

## VG Braunschweig, Beschl. v. 29.06.2022 – 1 B 123/22 –

### Tenor

Die Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes werden abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragsteller jeweils zur Hälfte.

Der Wert des Streitgegenstands wird auf 10.000, -- EUR festgesetzt.

### Gründe:

1 Die Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, die darauf gerichtet sind, im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO bis zum Abschluss eines verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahrens, das bisher nicht anhängig ist, festzustellen, dass die Antragsteller berechtigt sind, in den von ihnen unter der Anschriften I. in Goslar (Antragstellerin zu 1) und J. in G. (Antragsteller zu 2) betriebenen Spielhallen einen vollständig umschlossenen und an seinem Eingang deutlich sichtbar als Raucherraum gekennzeichneten Nebenraum einzurichten und dort das Rauchen zu gestatten, bleiben ohne Erfolg.

2 Nach § 123 VwGO kann zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung in Gestalt einer vorläufigen Feststellung des in der Hauptsache sachlich Begehrten geboten sein (sog. Feststellungsanordnung, vgl. Sächs. OVG, Beschluss vom 17.6.2021 – 6 B 23/21 -, juris; OVG Rheinl.-Pfalz, Beschluss vom 1.12.2017 – 7 B 11634/17 -, juris; Nds. OVG, Beschluss vom 4.4.2012 – 8 ME 49/12 -, juris).

3 Die dementsprechend statthaften Anträge der Antragsteller zielen auf die Gewährung vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes, da es bislang noch nicht zu der von den Antragstellern befürchteten Verhängung von Bußgeldern durch die Antragsgegnerin gekommen ist. Die Zulässigkeit eines auf die Gewährung vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes gerichteten Antrags nach § 123 VwGO setzt ein qualifiziertes, gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzinteresse voraus. Die Gewährung vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutzes kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn es dem Rechtsschutzsuchenden nicht zumutbar ist, das Verwaltungshandeln abzuwarten und die nachträglichen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel auszuschöpfen. Eine derartige Unzumutbarkeit kann bestehen, wenn schon die kurzfristige Hinnahme der befürchteten Handlungsweise geeignet ist, den Betroffenen in seinen Rechten in besonders schwerwiegender Weise zu beeinträchtigen. Dies ist anzunehmen, um der Schaffung vollendeter, später nicht mehr rückgängig zu machender Tatsachen zuvorzukommen, und wenn anders dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann (vgl. Schoch in: Schoch/Schneider,

VwGO, Stand: Juli 2021, § 123 Rn. 45 f.; Kuhla in: Posser/Wolf BeckOK-VwGO, Stand: Juli 2021, § 123 Rn. 43 ff.).

4 Droht der Erlass eines Bußgeldbescheides - den die Antragsteller nach ihrem Vorbringen gestützt auf § 5 Abs. 1 Nr. 3 Nds. Nichtraucherschutzgesetz (Nds. NiRSG) befürchten - ist es dem Antragsteller möglich und regelmäßig auch zumutbar, den Schuldvorwurf in einem rechtsstaatlich ausgestalteten Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gerichtlich überprüfen zu lassen. Vorläufiger vorbeugender Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten mit dem Ziel, den Erlass eines Bußgeldbescheides zu verhindern, ist regelmäßig nicht zu erlangen. Hierdurch würde die Zuständigkeit der Strafgerichte für die repressive Rechtmäßigkeitskontrolle behördlicher Bußgeldbescheide nach § 68 OWiG umgangen, ohne dass den Betroffenen allein durch den Erlass des Bußgeldbescheides wesentliche Nachteile treffen würden. Denn ein Bußgeldbescheid ist gemäß § 89 OWiG erst nach Eintritt der Bestandskraft vollstreckbar; eine sofortige Vollziehung kraft Gesetzes oder kraft besonderer behördlicher Anordnung kennt das Ordnungswidrigkeitengesetz nicht. Nur dann, wenn die Ahndung im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren von der Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen abhängt, kann es dem Betroffenen nicht zuzumuten sein, diese Klärung „auf der Anklagebank“ erleben zu müssen (vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 4.4.2012 – 8 ME 49/12 -, juris, m. w. N.).

5 Das Vorliegen einer solchen verwaltungsrechtlichen Zweifelsfrage, die es zwingend erfordert, gerade den Verwaltungsrechtsweg als „fachspezifischere“ Rechtsschutzform in Anspruch zu nehmen, machen die Antragsteller geltend, indem sie rügen, die zum 1. Januar 2022 erfolgte Aufnahme von Spielhallen in den Kreis der Räumlichkeiten, die in Niedersachsen einem Rauchverbot unterliegen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 Nds. NiRSG), stelle bei gleichzeitig unterbliebener Aufnahme von Spielhallen in den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Nr. 6 Nds. NiRSG, der die Einrichtung von Raucherräumen zulässt, eine verfassungsrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung gegenüber den in den Ausnahmetatbestand einbezogenen Einrichtungen sowie gegenüber Gaststätten dar, in denen die Einrichtung von Raucherräumen nach den Maßgaben von § 2 Abs. 2 Nds. NiRSG gestattet ist, und verletze zugleich die verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit.

6 Selbst wenn der Antrag auf Gewährung vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes vor diesem Hintergrund als zulässig betrachtet würde, ist er jedenfalls unbegründet, denn die Antragsteller haben das Vorliegen eines den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung tragenden Anordnungsgrundes nicht glaubhaft gemacht.

7 Der Anordnungsgrund ist gleichzusetzen mit einem spezifischen Interesse gerade an der begehrten vorläufigen Regelung. Dieses Interesse ergibt sich regelmäßig aus einer besonderen Eilbedürftigkeit der Rechtsschutzgewährung. Dabei ist einem die Hauptsache vorwegnehmenden Antrag im Verfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO dann stattzugeben, wenn durch das Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache für den Antragsteller schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung

in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre, und hinsichtlich des Anordnungsanspruchs ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der mit der Hauptsache verfolgte Anspruch begründet ist. Der besonderen Bedeutung der jeweils betroffenen Grundrechte und den Erfordernissen effektiven Rechtsschutzes ist Rechnung zu tragen (vgl. etwa Nds. OVG, Beschluss vom 29.7.2015 – 8 ME 33/15 -, juris, m. w. N.).

8 Hier erstreben die Antragsteller eine (vorläufige) Vorwegnahme der Hauptsache. Das Ziel der begehrten Feststellungsanordnung ist mit dem Ziel einer etwaigen Feststellungsklage identisch.

9 Die Antragsteller haben allerdings nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihnen ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch die Einhaltung des Rauchverbots der Betrieb ihrer Spielhallen an sich nicht beeinträchtigt wird, aus dem die Antragsteller ihren Gewinn erzielen. Soweit die Antragsteller vortragen, seit Inkrafttreten des Rauchverbots hätten sich ihre Umsätze um etwa 30 % verringert, haben sie dies durch keinerlei Nachweise glaubhaft gemacht. Bilanzen oder andere Unterlagen der Buchhaltung, die einen Vergleich ermöglichen würden, sind nicht vorgelegt worden. Erst recht ist nicht erkennbar, dass die Spielhallen der Antragsteller bei Einhaltung des Rauchverbots nicht mehr gewinnbringend betrieben werden könnten. Dies machen auch die Antragsteller nicht geltend. Hinzu kommt, dass schon vor dem Inkrafttreten des seit 1. Januar 2022 für alle Spielhallen in Niedersachsen gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 Nds. NiRSG geltenden Rauchverbots in einer Vielzahl von Spielhallen ein Rauchverbot bestanden hat, ohne dass erkennbar wäre, dass dieser Umstand dazu geführt hätte, dass betroffene Spielhallen wegen des Rauchverbots nicht mehr lukrativ geführt oder hätten aufgegeben werden müssen. Vor dem 1. Januar 2022 war nämlich für die Erteilung von Erlaubnissen für den Betrieb einer Spielhalle, die einem Auswahlverfahren nach § 10 a Nds. Glücksspielgesetz (NGLüSpG) in der seinerzeit geltenden Fassung unterlag, weil wegen der Regelungen über den Mindestabstand oder über den baulichen Verbund nicht alle beantragten Erlaubnisse erteilt werden konnten, maßgeblich, ob der am Auswahlverfahren teilnehmende Betreiber gegebenenfalls neben einer Erklärung, auf die Aufstellung von Geldspielgeräten in einer Gruppe zu verzichten (§ 10 Abs. 3 und Abs. 4 NGLüSpG), erklärt hatte, das Rauchen in der Spielhalle zu verbieten (§ 10 Abs. 5 NGLüSpG). Bei dieser Sachlage erscheint es den Antragstellern zumutbar, die begehrte Feststellung gegebenenfalls in einem Hauptsacheverfahren zu verfolgen und die betroffenen Spielhallen bis dahin ohne Raucherraum zu betreiben. Eine Vorwegnahme der Hauptsache im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ist zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht geboten.

10 Unabhängig davon ist auch ein Anordnungsanspruch nicht gegeben. Die Antragsteller haben keinen Anspruch auf die begehrte Feststellung. Die maßgeblichen Vorschriften des Nds. Nichtraucher-schutzgesetzes begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

11 Eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im wesentlichen gleicher Sachverhalte, die eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG darstellen würde, ist nicht gegeben. Soweit für Spielhallen im Gegensatz zu Einrichtungen im Sinne des Ausnahmetatbestands des § 2 Abs. 1 Nr. 6 Nds. NiRSG und zu Gaststätten gemäß § 2 Abs. 2 Nds. NiRSG gesetzlich nicht die Möglichkeit der Einrichtung eines Raucherraums vorgesehen ist, fehlt es schon an einer Ungleichbehandlung im wesentlichen gleicher Sachverhalte. Zwar unterfallen sämtliche Räumlichkeiten dem Rauchverbot nach § 1 Abs. 1 Nds. NiRSG. Im Gegensatz zu den anderen Räumlichkeiten dienen aber nur Spielhallen ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten (vgl. § 1 Abs. 4 Nds. Spielhallengesetz - NSpielhG -), weshalb der Gesetzgeber mit dem Rauchverbot nur in Bezug auf Spielhallen neben dem Ziel des Gesundheitsschutzes auch die Prävention pathologischen Spielens und den Schutz der Spieler verfolgt. Diese zusätzliche Zielsetzung räumen auch die Antragsteller unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs ein. In dieser ist zudem ausgeführt, dass glücksspielsuchtgefährdete Spieler häufig Raucher sind. Schutz vor pathologischem Spiel böten zeitliche Limitierungen des Spiels und Unterbrechungen des Spielflusses. Ein Rauchverbot in Spielhallen führe dazu, dass Raucher außerhalb der Spielhallen Rauchpausen einlegten und somit der Spielfluss unterbrochen werde. Eine Unterbrechung des Spielflusses unterbreche die Sogwirkung des Spielens und könne daher vor abhängigem/pathologischem Spielen schützen (LT-Drs. 18/10441, S. 31 f.). Mit dieser Begründung wäre im Übrigen zumindest eine sachliche Rechtfertigung einer etwaigen Ungleichbehandlung gegeben.

12 Hinsichtlich der vom Gesetzgeber bezweckten Unterbrechung des Spielflusses ist auch nicht der Argumentation der Antragsteller zu folgen, diese fände gleichermaßen statt, wenn die Spieler zum Rauchen einen vollständig umschlossenen Nebenraum aufsuchen müssten. Denn ein vollständiges Verlassen der Spielhalle zum Zweck des Rauchens schafft eine sich auch äußerlich abbildende deutlich größere Distanz zum Spielgeschehen in der Spielhalle, die sich auch darin ausdrückt, dass der Spieler zur Fortsetzung des Spiels den Entschluss fassen muss, die Spielhalle erneut zu betreten, als dies bei einem Raucherraum innerhalb der Spielhalle der Fall ist, bei dem der Spieler in der Spielhalle verbleibt.

13 Eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist auch nicht deshalb gegeben, weil nach dem Vorbringen der Antragstellerin anderen Bundesländern die Einrichtung von Raucherräumen auch für Spielhallen gestattet ist. Der Gleichheitssatz ist nicht anwendbar, wenn es um eine Ungleichbehandlung durch Regelungen verschiedener Kompetenzträger geht. Innerhalb des eigenen Kompetenzbereichs ist der Landesgesetzgeber prinzipiell nicht gehindert, von der Gesetzgebung anderer Länder abweichende Regelungen zu treffen (vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 8.5.2013 – 1 BvL 1/08 -, juris, Rn. 61, m. w. N.). Insoweit kommt es nicht darauf an, dass die von den Antragstellern genannten Bundesländer andere Regelungen getroffen haben mögen.

14 Eine Verletzung der grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit der Antragsteller ist ebenfalls nicht gegeben. Insbesondere stellt sich das Rauchverbot entgegen der

Auffassung der Antragsteller nicht als unverhältnismäßige Überregulierung dar, weil bereits mit anderen gesetzlichen Maßnahmen hinreichend auf die Unterbrechung des Spielflusses hingewirkt werde. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung hervorgehoben, dass die Bekämpfung und Verhinderung von Glücksspielsucht besonders schwer wiege, da es sich um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel handele. Besonderes Gewicht bekomme dieses Ziel dadurch, dass nach maßgeblichen Studien vom Spiel an Geldspielgeräten die mit Abstand höchsten Suchtgefahren ausgingen. Vor diesem Hintergrund hat es die Regelungen in Berlin und im Saarland zum Verbundverbot und zu den Abstandsgeboten auch unter Berücksichtigung der weiteren Einschränkungen des Spielhallenrechts als verfassungsrechtlich gerechtfertigt angesehen, obgleich es für möglich gehalten wurde, dass wegen der Gesamtbelastung nicht nur in Einzelfällen Spielhallenbetreiber ihren Beruf möglicherweise aufgeben müssten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. -, juris). Dem hat sich das Nds. Oberverwaltungsgericht für das niedersächsische Landesrecht angeschlossen (Nds. OVG, Beschluss vom 5.9.2017 – 11 ME 169/17 -, juris; Urt. v. 12.7.2018 – 11 LC 400/17 -, juris; Beschluss vom 2.8.2021 – 11 ME 104/21 -, juris; Beschluss vom 14.6.2022 – 11 ME 143/22 -, juris). Eine unverhältnismäßige Überregulierung ist auch nicht darin zu sehen, dass Spielhallen mittlerweile an das spielformübergreifende Sperrsystem „OASIS“ angeschlossen sind (vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 14.6.2022, a. a. O.). Das Sperrsystem führt lediglich zum Ausschluss gesperrter Spieler vom Glücksspiel und wirkt damit nachgelagert bei Personen, die einer Selbst- oder Fremdsperre unterliegen, während Maßnahmen zur Unterbrechung des Spielflusses eine „vorgelagerte“ Prävention von Spielsucht bewirken (vgl. im Zusammenhang mit dem Verbundverbot und dem Abstandsgebot: Nds. OVG, a. a. O.). Vor diesem Hintergrund kann unter Berücksichtigung des dem Landesgesetzgeber zukommenden Einschätzungsspielraums nicht angenommen werden, dass mit dem uneingeschränkten Rauchverbot für Spielhallen kein zusätzlicher suchtpreventiver Effekt mehr erreicht werden könnte. Einen Bedarf an - sich ergänzenden - Maßnahmen für die Verminderung der Spielsucht hat der niedersächsische Landesgesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung spielhallenrechtlicher Bestimmungen dargelegt, indem er darauf verwiesen hat, dass trotz fortwährender Bemühungen das existierende Glücksspielangebot dazu geführt habe, dass zwischen 250.000 bis 300.000 Menschen problematisch oder gar pathologisch spielten (LT-Drs. 18/10441, S. 29). Eine Überregulierung des Spielhallensektors ist deshalb auch nicht im Hinblick auf das uneingeschränkte Rauchverbot ohne die Möglichkeit der Einrichtung eines Raucherraums zu erkennen. Das gilt auch unter Berücksichtigung des in Niedersachsen auf alle Spielhallen erstreckten Erfordernisses einer regelmäßigen Zertifizierung durch eine akkreditierte Prüforganisation nach § 5 NSpielhG und die Regelungen der Spielverordnung (vgl. Nds. OVG, Beschl. v. 14.6.2022 – 11 ME 90/22 -, V. n. b.; Beschluss vom 14.6.2022 – 11 ME 143/22 -, juris, Rn. 5).

15 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.