

## **Bundesverwaltungsgericht**

**Urteil vom 09.10.1984**

**1 C 21/83**

1. Die Erlaubnispflicht nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I 1 GewO setzt nicht voraus, daß die geplante Spielhalle die Merkmale eines Betriebes aufweist.
2. Will jemand das Spielhallengewerbe in mehreren voneinander unabhängigen Betriebsstätten betreiben, so ist ihm auf seinen Antrag - das Fehlen von Versagungsgründen unterstellt - für jede Betriebsstätte eine gesonderte Erlaubnis zu erteilen.

### **Zum Sachverhalt:**

Der Kl. begehrt Erlaubnisse zum Betrieb von mehreren Spielhallen in einem Einkaufszentrum, in dem er früher bereits mit zeitlich befristeten Erlaubnissen Spielhallen betrieben hat. Sein Antrag ist von der Bekl. mit der Begründung abgelehnt worden, der Kl. habe vor, in dem Einkaufszentrum einen einheitlichen Spielhallenbetrieb zu unterhalten, in dem im Gegensatz zur Absicht des Kl. nicht mehr als drei Geldspielgeräte aufgestellt werden dürften. Die räumlichen Unterteilungen änderten an dieser Beurteilung nichts. Sie seien lediglich vorgenommen worden, um die Regelung über die Begrenzung der Höchstzahl an Spielgeräten zu umgehen. Widerspruch, Klage und Berufung des Kl. blieben ohne Erfolg (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1983, NVWZ Jahr 1983 Seite 297). Die Revision des Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

### **Aus den Gründen:**

Erfolglos muß ... der Versuch des Kl. bleiben, den geltend gemachten Anspruch aus dem Umstand abzuleiten, daß ihm bis zum 31. 12. 1978 befristete Erlaubnisse gem. § GEWO § 33i GewO erteilt worden sind. Durch die zeitliche Befristung der Erlaubnisse hat sich die Bekl. in den Stand gesetzt, nach Fristablauf die Sach- und Rechtslage in vollem Umfange einer neuen Bewertung zu unterziehen, so daß den von der Revision angestellten Erwägungen über eine Selbstbildung der Verwaltung und einen Vertrauensschutz, den der Kl. beanspruchen könne, die Grundlage fehlt. Gemäß der verfassungsrechtlich unbedenklichen Regelung des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I 2 GewO war die Befristung grundsätzlich zulässig. Seiner Meinung, im konkreten Falle seien die Voraussetzungen für eine Befristung nicht erfüllt gewesen, hätte der Kl. durch die rechtsmittelmäßige Bekämpfung der Befristung Ausdruck geben müssen. Da der Kl. jedoch die befristeten Erlaubnisbescheide hat bestandskräftig werden lassen, können seine Bedenken im vorliegenden Verfahren keine Berücksichtigung finden.

Zu Recht rügt indes der Kl. die auf einen betrieblichen Spielhallenbegriff gestützten Erwägungen, mit denen das BerGer. die Versagung der beantragten Erlaubnisse rechtfertigt. Das Berufungsurteil beruht auf der Auffassung, der Kl. habe schon deshalb keinen Anspruch auf die

begehrten Erlaubnisse, weil die organisatorischen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Beaufsichtigung jeder einzelnen Spielhalle nicht gegeben seien und infolgedessen ein Begriffsmerkmal der im Gesetz als Betrieb ausgewiesenen Spielhalle bei jedem Erlaubnisfall fehle. Diese Auffassung des BerGer. ist mit § GEWO § 33i GewO nicht vereinbar.

Nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I 1 GewO bedarf der Erlaubnis, wer gewerbsmäßig eine Spielhalle betreiben will. Dem Antrag auf Erteilung einer diesbezüglichen Erlaubnis ist stattzugeben, wenn keiner der Versagungsgründe des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II GewO vorliegt.

Erlaubnispflichtiger Tatbestand ist das gewerbsmäßige Betreiben einer Spielhalle. Spielhalle ist gem. § 33i I 1, 2. Halbs. GewO ein Unternehmen, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele i. S. des § 33c I 1 oder des § 33d I 1 oder der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dient. Die Erlaubnis wird dem Gewerbetreibenden für bestimmte Räume erteilt, in denen die in § 33i I 1, 2. Halbs. GewO erwähnten Spielgeräte aufgestellt und die dort erwähnten Spiele veranstaltet werden können.

Ist mindestens ein solcher Raum vorhanden, in dem das Spielhallengewerbe ausgeübt werden soll und kann, so ist der erlaubnispflichtige Tatbestand erfüllt. Weitergehenden Anforderungen braucht die räumliche Betriebsstätte als Voraussetzung der Erlaubnispflichtigkeit nicht zu genügen. Indem das BerGer. durch seine Auffassung vom betrieblichen Spielhallenbegriff die Erlaubnispflicht von zusätzlichen Kriterien abhängig gemacht hat, hat es die Systematik des § GEWO § 33i GewO verkannt und die Erlaubnispflichtigkeit an Voraussetzungen geknüpft, die ausschließlich im Rahmen des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II GewO bei der Behandlung der Frage der Erlaubnisversagung zu beurteilen sind. Besteht bei einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit ein Versagungsgrund i. S. des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II GewO, so ist diese Tätigkeit verboten; ist aber eine bestimmte Tätigkeit gar nicht erlaubnispflichtig, so kann sie mangels Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen des Erlaubnisvorbehaltes ohne Erlaubnis ausgeübt werden.

Die Erlaubnispflicht gem. § GEWO § 33i GewO ist durch das Vierte Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5. 2. 1960 (BGBl I, 61) zu dem Zwecke eingeführt worden, das Spielhallengewerbe einer umfassenden vorbeugenden Kontrolle zu unterwerfen (vgl. BT-Dr III/318, S. 16). Würde man die Merkmale des Betriebsbegriffes zum erlaubnispflichtigen Tatbestand rechnen, so führte dies zu einer Einengung des Erlaubnisvorbehaltes und damit der Möglichkeit einer vorbeugenden Kontrolle, die der Zielsetzung des Gesetzes gänzlich zuwiderliefe. Die Gefahren, denen durch den Erlaubnisvorbehalt gewehrt werden soll, entfallen nicht dann, wenn die Begriffsmerkmale nicht gegeben sind, von deren Vorhandensein das Berufungsurteil die Existenz einer Spielhalle abhängig macht. Mit der gesetzgeberischen Intention ist es deshalb auch unvereinbar, entsprechend der Auffassung des BerGer. die Theorie vom betrieblichen Spielhallenbegriff darauf zu stützen, daß in der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung der Begriff des Betriebes verwendet wird. Auch im Wortlaut des § GEWO § 33i GewO findet sich kein Anhaltspunkt für die Richtigkeit der Auffassung des BerGer., eine

Spielhalle erfordere "nicht nur räumlich-bauliche, sondern auch organisatorische Voraussetzungen", sie müsse "eine selbständige, in sich geschlossene räumlich-bauliche und organisatorische Einheit bilden und auch bei natürlicher Betrachtungsweise als ein Betrieb angesehen werden können". Absatz 1 Satz 1 des § GEWO § 33i GewO stellt auf das Betreiben einer Spielhalle ab, womit ersichtlich lediglich die Ausübung des Gewerbes, nicht aber die Betriebseigenschaft gemeint ist. Dasselbe gilt für die in Absatz 2 Nrn. 2, 3 verwendete Formulierung "Betrieb des Gewerbes", abgesehen davon, daß das BerGer. das Vorliegen von Versagungsgründen i. S. des § GEWO § 33i Absatz II GewO hat dahingestellt sein lassen und schon deshalb ein etwaiger mit den Betriebsmerkmalen zusammenhängender Versagungsgrund gemäß der vorgenannten Bestimmung die Argumentation des BerGer. nicht zu stützen vermag. Entgegen der Auffassung des BerGer. verbieten sich auch Schlußfolgerungen aus § 3 der Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (Spielverordnung - SpielVO -) i. d. F. der Bekanntmachung vom 28. 11. 1979 (BGBl I, S. 1991), zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 24. 8. 1984 (BGBl I, 1154) und der dieser Regelung zugrundeliegenden Ermächtigungsbestimmung des § GEWO § 33f GewO, weil die vorgenannte Ermächtigung nicht der Durchführung des § GEWO § 33i GewO dient.

Bei dieser Rechtslage lassen die den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des BerGer. keinen Zweifel an dem Anspruch des Kl., daß ihm das Betreiben des Spielhallengewerbes in den in Aussicht genommenen Räumen erlaubt wird, wenn keine Versagungsgründe vorliegen. Der Kl. beansprucht allerdings nicht nur eine Erlaubnis, sondern vier Erlaubnisse, hilfsweise sogar fünf Erlaubnisse. Mit diesem Prozeßziel kann der Kl. nur Erfolge haben, wenn die einzelnen Erlaubnisansträge jeweils erlaubnisfähige Gegenstände betreffen.

Für die Beurteilung dieser Frage der Erlaubnisfähigkeit ist von § GEWO § 3 GewO auszugehen. Nach Satz 1 dieser Bestimmung ist der gleichzeitige Betrieb desselben Gewerbes in mehreren Betriebsstätten gestattet. Damit trifft das Gesetz eine Feststellung, die inhaltlich unmittelbar aus Art. GG Artikel 12 GG folgt. Sie wird durch die weiteren Vorschriften der Gewerbeordnung unter Berücksichtigung verfassungskonformer Auslegung nicht weiter eingeschränkt, als dies zur Verwirklichung des jeweiligen Regelungszieles erforderlich ist. Bezüglich der Regelungen über die raumbezogenen erlaubnispflichtigen Gewerbe im allgemeinen und des § GEWO § 33i GewO im besonderen bedeutet dies, daß Versagungsgründe, die der Gewerbeausübung in einer Betriebsstätte entgegenstehen, die gleichartige Gewerbeausübung in einer anderen Betriebsstätte nicht hindern dürfen. Beabsichtigt ein Ast. die Ausübung eines erlaubnispflichtigen Gewerbes in zwei Betriebsstätten und rechtfertigen nur Lage und/oder Beschaffenheit einer dieser Betriebsstätten die Erlaubnisversagung, so hat der Ast. einen Anspruch darauf, daß ihm die Erlaubnis zur Gewerbeausübung in der zweiten Betriebsstätte erteilt wird, sofern die Ausübung des Gewerbes in dieser Betriebsstätte tatsächlich möglich ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die verschiedenen Betriebsstätten in unterschiedlichen Orten oder an unterschiedlichen Stellen innerhalb desselben Ortes oder innerhalb eines Gebäudekomplexes liegen. In allen diesen Fällen ist die einzelne Betriebsstätte Gegenstand der Prüfung, ob gegen die Gewerbeausübung nach Maßgabe der sachbezogenen Erlaubnisvoraussetzungen Bedenken bestehen. Will ein Ast. das

Spielhallengewerbe in mehreren Betriebsstätten betreiben, in denen eine jeweils gesonderte Ausübung dieses Gewerbes möglich ist, so hat er einen Anspruch darauf, daß das rechtliche Schicksal der Betriebsstätten nicht miteinander verbunden wird und ihm eine Erlaubnis für jede einzelne Betriebsstätte, bezüglich der keine Versagungsgründe vorliegen, erteilt wird. Der Erfolg des kl. Begehrens hängt somit in diesem Punkt davon ab, ob in den Erlaubnis-Anträgen des Kl. jeweils eine Betriebsstätte bezeichnet ist und ob in der so ausgewiesenen einzelnen Betriebsstätte unabhängig von den anderen Betriebsstätten das Spielhallengewerbe ausgeübt werden kann. Nur in diesem Falle bezieht sich jeder Erlaubnis-Antrag auf eine erlaubnisfähige Betriebsstätte. Entgegen der im Berufungsurteil vertretenen Auffassung kommt es auch für diese Beurteilung nicht auf betriebsorganisatorische Merkmale an. Da der erlaubnispflichtige Tatbestand nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I 1 GewO an räumlichen Merkmalen ausgerichtet ist, entscheiden auch räumliche Kriterien darüber, ob eine Betriebsstätte gesonderte Erlaubnisfähigkeit besitzt. Bei benachbarten Betriebsstätten ist ausschlaggebend, ob die Betriebsstätten räumlich so getrennt sind, daß bei natürlicher Betrachtungsweise die Sonderung der einzelnen Betriebsstätten optisch in Erscheinung tritt und die Betriebsfähigkeit jeder Betriebsstätte nicht durch die Schließung der anderen Betriebsstätte beeinträchtigt wird. Unerheblich ist demgemäß die vom BerGer. für maßgeblich erachtete Frage, ob durch organisatorische Vorkehrungen eine intensive Beaufsichtigung der einzelnen Betriebsstätte gewährleistet ist. Dieser Frage kann Bedeutung zukommen bei der Entscheidung darüber, ob ein Versagungsgrund i. S. des § 33i II Nrn. 2, 3 GewO besteht, aber für die Beurteilung der gesonderten Erlaubnisfähigkeit einer Betriebsstätte ist sie ohne Gewicht. Das BerGer. hat auf eines der Kriterien abgehoben, die in der im Berufungsurteil erwähnten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift (BadWürtt. GABl 1980, 291) - SpielVwV - angeführt sind und mit denen der Erlaßgeber Zweifel darüber ausräumen wollte, ob benachbarte Spielstätten als "verschiedene Betriebe" anzusehen sind. Die Aufzählung dessen, was nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die einzelne Spielhalle gefordert werden muß, ist jedoch im Ansatz verfehlt, weil ihr der betriebliche Spielhallenbegriff zugrundeliegt, der - wie dargetan - mit Wortlaut und Regelungszweck des § GEWO § 33i GewO nicht zu vereinbaren ist. Da die in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für maßgeblich erachteten Kriterien auch baulich-räumliche Gesichtspunkte einschließen, überschneiden sich allerdings in einem Randbereich die Kriterien der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift mit dem zutreffenden Maßstab der Erlaubnisfähigkeit. So kommt der Geschlossenheit der baulichen Anlage und der Eingangssituation zweifellos indizielle Bedeutung zu.

Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben. Es verneint der Sache nach die Erlaubnisfähigkeit dessen, worauf sich das Erlaubnisbegehren des Kl. richtet, ohne daß dieser Befund von den tatsächlichen Feststellungen getragen wird. Der im Urteil enthaltene Hinweis, die "baulich-räumlichen Voraussetzungen" für "einen jeweils selbständigen Spielhallenbetrieb" seien erfüllt, spricht sogar eher für als gegen eine Erlaubnisfähigkeit im Umfange des kl. Begehrens. Die Sache muß indes schon deshalb zurückverwiesen werden, weil dem Senat in jedem Falle die tatsächlichen Grundlagen fehlen, um über das Bestehen oder Nichtbestehen der

Versagungsgründe zu befinden. Bei dieser Sachlage hält es der Senat für angebracht, dem BerGer. auch das abschließende Urteil zu überlassen, inwieweit eine an den räumlichen Gegebenheiten orientierte natürliche Betrachtungsweise i. S. der Ausführungen dieses Senatserkenntnisses die gesonderte Erlaubnisfähigkeit der vom Kl. bezeichneten Betriebsstätten erweist und der Kl. deshalb - das Fehlen von Versagungsgründen unterstellt - mehr als eine Erlaubnis beanspruchen kann.