

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 11.04
OVG 1 B 20.03

Verkündet
am 9. März 2005
Thiele
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 2005
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. B a r d e n h e w e r und die Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. H a h n , B ü g e , Dr. G r a u l i c h und V o r m e i e r

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin vom 12. Mai 2004 wird zurückgewiesen.

Die Kläger tragen als Gesamtschuldner die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I.

Die Kläger wenden sich gegen die Untersagung eines Betriebes, den sie als Internet-Café bezeichnen. Sie betreiben, zunächst unter der Bezeichnung "p. G." und seit September 2003 unter der Bezeichnung "I.-f.", in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Gewerbe, das sie im Jahr 2001 beim Bezirksamt T.-Sch. von B. wie folgt anmeldeten: "Bereitstellung von Computersystemen - Hard- und Software -, Verkauf und Beratung - Schulungen - Getränkeautomaten". Ab 3. April 2002 erweiterten sie den Gewerbebetrieb um den "Einzelhandel mit bzw. Verkauf von Süßigkeiten und Eis (in verpacktem Zustand) und Kaffee sowie Schulungen für PC". Nach einem jedenfalls früher verwendeten Formular für eine vorgesehene "Einverständniserklärung" der Eltern bzw. Erziehungsberechtigten, mit der die entgeltliche Nutzung der in dem Betrieb angebotenen Spiele durch Minderjährige erlaubt werden sollte, wird in dem Betrieb ein Computernetzwerk für Spiele, Netzwerk- und Internetanwendungen zur Verfügung gestellt.

Am 12. April 2002 stellten Polizeibeamte um 0:45 Uhr fest, dass sich ein 13-Jähriger in dem Betrieb aufhielt, in welchem gleichzeitig von anderen Besuchern so genannte "Baller-Spiele" gespielt wurden. Das Bezirksamt leitete daraufhin gegen die Kläger ein Verfahren zur Verhinderung der Fortsetzung eines unerlaubten Betriebes einer Spielhalle ein. Die Kläger machten geltend, bei ihrem Betrieb handele es sich nicht um eine Spielhalle oder vorwiegend dem Spielbetrieb dienende Räume.

Mit zwei gleich lautenden Bescheiden vom 10. Juli 2002 (unter dem 18. Juli 2002 mit zutreffender Rechtsmittelbelehrung versehen) untersagte das Bezirksamt den Klägern den ohne Erlaubnis begonnenen Betrieb einer Spielhalle und forderte sie auf, die Gewerbetätigkeit spätestens einen Tag nach Vollziehbarkeit der Bescheide einzustellen und drohte ihnen für den Fall der Nichtbefolgung ein Zwangsgeld in Höhe von 15 000 € an. Zur Begründung führte das Bezirksamt aus, das Gewerbe werde nicht in der angezeigten Form, sondern als Spielhalle ausgeübt. Bei der polizeilichen Überprüfung sei festgestellt worden, dass an den untereinander vernetzten Computern "Ego-Shooter" gelaufen seien. Zweck dieser Software sei die Unterhaltung und das bloße Spielen, ohne dass eine finanzielle Gewinnmöglichkeit bestehe. Die bereitgehaltenen Spiele gingen über das Maß der bei jedem Computer mitgelieferten Betriebssoftware für Spiele hinaus. Die Computer seien Multifunktionsgeräte, an denen sowohl Geschäftsanwendungen und Internetnutzungen stattfinden als auch Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit erfolgen könnten. Bei der Beurteilung der tatsächlichen Anwendung komme es nicht auf die überwiegende Nutzung an, sondern darauf, dass an den Geräten Spiele gespielt werden könnten. Unerheblich sei, dass die PC auch noch für andere Zwecke, wie z.B. zum Internet-Surfen genutzt werden könnten. Für die Beurteilung sei das Gepräge einer spielhallentypischen Situation entscheidend, die sich von dem Ambiente eines von seriösen Nutzern aufgesuchten Business-Betriebes mit PC-Arbeitsumgebung deutlich abhebe. Durch den verdeckten Betrieb einer Spielhalle als Internet-Café würden die Vorschriften des Jugendschutzes umgangen.

Am 17. Juli 2002 sprachen die Kläger beim Bezirksamt vor. Der Kläger zu 2 führte aus, dass er seinen Betrieb zum "Jugendtreff" ausgebaut habe, in dem er eine Fernsehcke für Jugendliche bereithalte. Bei einer weiteren polizeilichen Kontrolle am

17. September 2002 gegen 12:45 Uhr wurden u.a. zwei Kinder und zwei Volljährige festgestellt, die die Computer zum Spielen nutzten oder nach eigenen Angaben genutzt hatten.

Das Bezirksamt wies die gegen die Untersagungsbescheide eingelegten Widersprüche der Kläger durch Widerspruchsbescheide vom 20. September 2002 zurück. Bei weiteren Kontrollen am 20. Januar 2003 gegen 17:45 Uhr und am 20. November 2003 gegen 14:10 Uhr wurde jeweils die überwiegende Zahl der Besucher beim Computerspiel angetroffen.

Das Verwaltungsgericht Berlin hat die Klagen der Kläger, die es zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden hat, durch Urteil vom 30. Juni 2003 abgewiesen. Das Obergerverwaltungsgericht B. hat die dagegen eingelegte Berufung mit dem Ziel der Änderung des verwaltungsgerichtlichen Urteils und der Aufhebung der genannten Bescheide durch Urteil vom 12. Mai 2004 (GewArch 2004, 385 = K&R 2005, 47) im Wesentlichen aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Die angefochtenen Bescheide fänden ihre rechtliche Grundlage in § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO, wonach die zuständige Behörde die Fortsetzung eines erlaubnispflichtigen, jedoch ohne Erlaubnis betriebenen oder begonnenen Gewerbes verhindern könne. Das von den Klägern betriebene Gewerbe sei nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO erlaubnispflichtig. Im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts betrieben die Kläger gewerbsmäßig ein in einer Spielhalle ähnliches Unternehmen, das überwiegend der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit diene. Bei den nach Angaben des Klägers zu 2 installierten 30 Rechnern, die alle für Spiele genutzt werden könnten und die sowohl über das Internet als auch ohne Internet über einen so genannten Router miteinander verbunden seien, handele es sich um Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO. Unter diesen Begriff fielen nicht nur eigens für den Spielbetrieb entwickelte Automaten bzw. Spielkonsolen, vielmehr werde auch ein multifunktionales Gerät wie ein Computer erfasst, wenn es neben anderen Anwendungsmöglichkeiten zumindest auch zu dem Zweck aufgestellt sei, als Unterhaltungsspiel eingesetzt zu werden. Dabei sei unerheblich, ob die Software der Spiele auf den Festplatten der PC bereits vorinstalliert worden sei oder die Spiele durch Ein-

legen einer CD-Rom mit geringem Aufwand auf den PC überspielt oder direkt online über das Internet verfügbar gemacht würden. Durch dieses Verständnis werde nicht die Möglichkeit genommen, erlaubnisfrei ein Internet-Cafè zu betreiben, weil es die Kläger in der Hand hätten, durch technische Vorkehrungen oder durch Anweisungen des Aufsichtspersonals eine Nutzung der Computer zum Spielen zu unterbinden.

Die im Gewerbebetrieb aufgestellten Spielgeräte seien Unterhaltungsspiele im Sinne des Erlaubnistatbestandes. Daran ändere sich nichts dadurch, dass einige der im Betrieb angebotenen Spiele besondere Fertigkeiten im Umgang mit dem PC erforderten, Computerspiele unter Leistungskriterien veranstaltet würden und für bestimmte Spiele sogar Meisterschaften mit Preisgeldern in erheblicher Höhe stattfänden. Die Nutzung eines PC zu Spielzwecken bleibe Unterhaltung und stelle nicht etwa Teilnahme an einer sportähnlichen Veranstaltung dar.

Das von den Klägern betriebene Unternehmen diene auch überwiegend der Aufstellung von Unterhaltungsspielgeräten ohne Gewinnmöglichkeit. Der Einwand der Kläger, die vorhandenen Computer würden keinesfalls überwiegend für Spiele, sondern in weit größerem Ausmaß für andere Internet-Anwendungen in Anspruch genommen, sei angesichts des Umstandes, dass sämtliche Computer eine bestimmungsgemäße Verwendung als Unterhaltungsspiel zuließen, rechtlich ohne Bedeutung. Maßgeblich für das Tatbestandsmerkmal "ausschließlich oder überwiegend" des § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO sei nicht die faktische Nutzung der Geräte, sondern deren Nutzungsmöglichkeit. Bereits der Umstand, dass die Computer prinzipiell allen Gästen als Spielgeräte offen stünden, führe zur Annahme zumindest eines spielhallenähnlichen Betriebes im Sinne von § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO. Das von solchen Betrieben ausgehende und einen Erlaubnisvorbehalt insbesondere im Interesse des Jugendschutzes rechtfertigende Gefahrenpotential folge bereits aus der Möglichkeit einer entsprechenden Nutzung und entfalle nicht dadurch, dass die Computer von den Besuchern auch für andere Zwecke genutzt werden könnten. Gerade Computerspiele, die über miteinander vernetzte PC gespielt werden könnten, übten auf Jugendliche eine Anziehungskraft aus, die derjenigen entspreche, die der Gesetzgeber bei Schaffung des § 33i GewO für Spielhallen damaliger Prägung im Blick gehabt habe.

Sinn und Zweck der Erlaubnispflicht von Spielhallen und spielhallenähnlichen Betrieben lägen im Schutz der Jugend vor spielhallentypischen Gefahren sowie im Schutz vor einer übermäßigen Ausbeutung des Spieltriebs. Eine Gefährdung der Jugend durch öffentlich aufgestellte, elektronische Bildschirm-Unterhaltungsspielgeräte sei schon deshalb zu besorgen, weil der Gesetzgeber im Jugendschutzgesetz zu erkennen gegeben habe, dass er von einer Gefährdung der Jugend durch die Spiele ausgehe. Zudem sei bis zur Beherrschung solcher Spiele ein nicht unerheblicher finanzieller Aufwand erforderlich. Führe mithin die auch für jugendliche Besucher bestehende Möglichkeit, selbst zu entscheiden, zu welchem Zweck jeder der im Betrieb der Kläger aufgestellten Computer benutzt werden solle, zur Bejahung des unbestimmten Rechtsbegriffs "überwiegend" im Sinne von § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO, sei es für die Entscheidung unerheblich, ob der Betrieb nach dem Gesamteindruck so eingerichtet und geführt werde, dass er durch die Nutzung der Computer für Spielanwendungen geprägt werde. Im Übrigen sei nach Lage des Falles auch davon auszugehen, dass nach der faktischen Nutzung der im Betrieb der Kläger aufgestellten 30 Rechner der Schwerpunkt des Betriebes im Bereitstellen von PC zu Spielzwecken liege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision, mit der die Kläger die Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen und der angefochtenen Bescheide anstreben. Zur Begründung machen sie geltend, bei den 30 Rechnern handele es sich nicht um Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit im Sinne von § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO. Der Gesetzgeber habe bei Schaffung des § 33i GewO Computer oder gar Computerspiele nicht im Blick gehabt. Auch der gesetzgeberische Zweck spreche nicht für eine Ausweitung auf Internet-Cafès. Im Vordergrund habe seinerzeit die erhebliche Sorge gestanden, dass die Inhaber bzw. Betreiber von Spielhallen wegen mutmaßlicher Begleitkriminalität einer besonderen Zuverlässigkeitsprüfung unterzogen werden müssten. Die Nutzung eines Computers zu Spielzwecken diene außerdem der Teilnahme an einer sportähnlichen Veranstaltung. Zu berücksichtigen seien ferner ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie diejenigen der Kinder und Jugendlichen sowie ihrer Eltern aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.

Das beklagte Land tritt der Revision unter Verteidigung des angefochtenen Urteils entgegen.

Der Vertreter des Bundesinteresses hält ebenfalls das angefochtene Urteil für zutreffend.

II.

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Gründe des angefochtenen Urteils ergeben zwar in einem Punkt eine Verletzung revisiblen Rechts, die Entscheidung stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar, so dass die Revision zurückzuweisen ist (§ 144 Abs. 4 VwGO)

1. Rechtsgrundlage für die angefochtenen Verfügungen ist § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO. Danach kann die Fortführung des Betriebes verhindert werden, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben wird. In dem für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt der Berufungsentscheidung (Urteil vom 2. Februar 1982 - BVerwG 1 C 20.78 - Buchholz 451.20 § 30 GewO Nr. 2 = GewArch 1982, 200) haben die Kläger ein zulassungsbedürftiges Gewerbe ohne Zulassung betrieben. Zum Betrieb des Gewerbes der Kläger war eine Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO erforderlich, über die sie nicht verfügen. Wer gewerbsmäßig eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen betreiben will, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO oder des § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO oder der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dient, bedarf nach der genannten Vorschrift der Erlaubnis der zuständigen Behörde.

a) Die Erlaubnis wird dem Gewerbetreibenden für bestimmte Räume erteilt, in denen die Spielgeräte aufgestellt oder die Spiele veranstaltet werden. Ist mindestens ein Raum vorhanden, in dem das Spielhallengewerbe ausgeübt werden soll, so ist der erlaubnispflichtige Tatbestand gegeben.

b) Neben der räumlichen Komponente ist für den Begriff der Spielhalle wesentlich, dass das Unternehmen ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO oder des § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO oder der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dient. Unter den Umständen des vorliegenden Falles kommt von den mehreren in der Vorschrift genannten tatbestandlichen Alternativen allein die zuletzt genannte Alternative in Betracht. Deren Voraussetzungen sind erfüllt, denn der Betrieb der Kläger dient der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit.

aa) Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit sind nicht näher definiert. Das Gesetz verwendet hier nicht den Begriff des Spielgerätes. Daraus ist abzuleiten, dass es sich nicht um eine Apparatur handeln muss, die nach ihrem In-Gang-Setzen unter Einsatz von Energie durch technische Einrichtungen Spielabläufe bewirkt. Allerdings können auch derartige Spielgeräte unter den weiteren Begriff des "Spiels" subsumiert werden. Es kann sich nach dem Wortlaut um beliebige Spiele handeln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Wort "Spiel" mehrdeutig ist (vgl. Brockhaus/Wahrig, Deutsches Wörterbuch; Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, jeweils unter dem Stichwort "Spiel"). Im vorliegenden Zusammenhang geht es um die Bereitstellung einer Einrichtung, mit der gespielt werden kann. Das Gesetz ordnet dem Merkmal "Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit" das Merkmal "gewerbsmäßige Aufstellung" zu. Das deutet darauf hin, dass die Spieleinrichtung in irgendeiner Weise im Raum platziert wird, also stationär ist. Der Fall erfordert dazu keine weiteren Erwägungen, da die Computer als körperliche Gegenstände in den Räumen der Kläger einen bestimmten abgegrenzten Platz beanspruchen. Vorausgesetzt wird, dass die Spiele zur "Unterhaltung" gespielt werden. Damit wird zum einen eine Abgrenzung zu den Gewinnspielgeräten und Gewinnspielen im Sinne der §§ 33c und 33d GewO getroffen, zum anderen wird das Geschehen durch das genannte Merkmal auch von Sportveranstaltungen abgegrenzt. Die Abgrenzung wird im Allgemeinen danach erfolgen, dass Sport regelmäßig auf die Erhaltung und ggf. Steigerung der Leistungsfähigkeit zielt, während beim Spiel Zeitvertreib, Entspannung und Zerstreuung im Vordergrund stehen. Dabei muss die typische Nutzung eines bestimmten Gerätes oder bestimmter Vorrichtungen in den Blick genommen werden. Allein der Umstand, dass zum Spiel gehören kann, in möglichst kurzer Zeit

einen möglichst großen Erfolg zu erzielen, macht ein Spiel noch nicht zum Sport. Auch der Umstand, dass viele Spiele auch unter Wettbewerbsbedingungen veranstaltet werden können, führt noch nicht dazu, dass aus der Teilnahme am Spiel Sport wird. Computerspiel ist selbst dann kein Sport, wenn es im Wettbewerb veranstaltet wird. Typischerweise wird ein Computerspiel nicht gespielt, um sich zu "ertüchtigen".

bb) Multifunktionsgeräte wie Computer, die sowohl zum Spielen als auch zu anderen Zwecken (etwa Textverarbeitung, Internetrecherchen oder Kommunikation) genutzt werden können, sind Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit, wenn sie gewerblich einem Spielmöglichkeiten nachsuchenden Publikum zu Spielzwecken angeboten werden.

(1.) Der Wortlaut des Gesetzes lässt es ohne weiteres zu, derartige Geräte als Unterhaltungsspiele anzusehen, wenn sie auch zum Spielen genutzt werden können.

(2.) Die Entstehungsgeschichte des § 33i GewO gibt keine Hinweise auf die Behandlung von Multifunktionsgeräten, steht ihrer Einordnung als Unterhaltungsspiel ohne Gewinnmöglichkeit aber auch nicht entgegen. Bis zum 30. September 1960 gab es bundesrechtlich keine besondere Erlaubnispflicht für die Eröffnung und den Betrieb von Spielhallen. Nachdem sich Ende der fünfziger Jahre Spielhallen vor allem in Großstädten erheblich vermehrt hatten und nicht selten durch in ihrer Zuverlässigkeit zweifelhafte Unternehmer betrieben wurden, sah die Bundesregierung in Übereinstimmung mit den Bundesländern Anlass, zum Schutz vor allem der "halbwüchsigen Jugend" eine Erlaubnispflicht mit vorgängiger Prüfung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden einzuführen (vgl. BTDrucks III/318 S. 16). Die nachträgliche Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO erschien nicht ausreichend, zumal auch die Lage des Betriebes und der Räume in die Prüfung einbezogen werden sollte. Das Vierte Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5. Februar 1960 (BGBl I S. 61) führte daher vom 1. Oktober 1960 an eine personen- und raumbezogene Erlaubnis für Spielhallen und ähnliche Unternehmen ein.

Der Gesetzgeber des § 33i GewO ging ausweislich der Begründung des Entwurfs (BTDrucks III/318 S. 16) davon aus, dass nach dem Sprachgebrauch eine Spielhalle ein Betrieb ist, in dem Spielgeräte aufgestellt sind, an denen sich die Gäste nach

Belieben betätigen können. Der Schwerpunkt des Betriebes liege in der Bereitstellung der Spielgeräte. Dem wurde in der Begründung das Spielcasino gegenübergestellt, das nach der ursprünglichen Fassung in der Vorschrift ausdrücklich erwähnt werden sollte. Dieses wurde dahingehend charakterisiert, dass hier die Veranstaltung von Spielen mit Gewinnmöglichkeit ohne Bereitstellung mechanisch betriebener Geräte im Vordergrund stehe; zudem werde hier im Allgemeinen ein Eintrittsgeld verlangt oder der Erwerb der Mitgliedschaft in einem Spielclub gefordert. Spielbanken sollten hingegen nicht der Erlaubnispflicht unterworfen werden. Zur Vermeidung von Missverständnissen wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens der Begriff des Spielcasinos aus dem Gesetzeswortlaut herausgenommen.

Dass dem Gesetzgeber bei Erlass des § 33i GewO Computer nicht vor Augen gestanden haben, worauf die Kläger in der Revisionsbegründung hinweisen, besagt nicht, dass das Gesetz sie nicht erfassen kann. Das Gesetz ist nicht starr auf das bei seinem Erlass Vorgefundene bezogen. Es zielt auf eine Regelung für eine grundsätzlich unbeschränkte Zukunft und ist für nachfolgende Entwicklungen offen. § 33i GewO verwendet mit dem Begriff des Unterhaltungsspiels nicht nur einen Oberbegriff für seinerzeit vorhandene Spiele, sondern erstreckt sich auch auf solche Spiele, die erst nachfolgend entwickelt werden. Nichts spricht für die Annahme, der Gesetzgeber habe es ermöglichen wollen, nach seinem Erlass neue Spiele zu entwickeln, die allein wegen des Zeitpunktes ihrer Entwicklung aus seinem Anwendungsbereich ausgenommen wären. Das würde dem dargestellten Gesetzesziel widersprechen und zu Umgehungen geradezu auffordern.

(3.) Sinn und Zweck des Gesetzes, wie sie bereits in seiner Entstehungsgeschichte zum Ausdruck gebracht worden sind, erfordern eine Einbeziehung der Computer, die nach ihrer Zweckbestimmung zu Spielzwecken genutzt werden können. Außer in den Gesetzesmaterialien werden Sinn und Zweck des § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO besonders augenfällig in den Erlaubnisversagungsgründen des § 33i Abs. 2 GewO angesprochen. Nach § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO ist die Erlaubnis unter anderem dann zu versagen, wenn der Betrieb des Gewerbes eine Gefährdung der Jugend befürchten lässt. Spielhallen stellen nach der Einschätzung des Gesetzgebers allgemein eine potentielle Gefahr für Kinder und Jugendliche dar. Der Grund hierfür liegt darin, dass Kinder und Jugendliche vor Spielleidenschaft und deren Folgen - Geldbedarf,

Taschengeldproblemen, Beschaffungskriminalität - bewahrt werden sollen (Urteil vom 2. Juli 1991 - BVerwG 1 C 4.90 - BVerwGE 88, 348 = Buchholz 451.20 § 33i Nr. 11 = GewArch 1991, 429). Dies kann auch dann gelten, wenn von Jugendlichen in Anspruch genommene Spiele an Computern zur Verfügung gestellt werden. Dass der Gesetzgeber auch in Bezug auf Spielhallen und Bildschirmspielgeräten nach wie vor von einem Gefahrenpotential ausgeht, wird in den Bestimmungen des Jugendschutzrechts deutlich zum Ausdruck gebracht. Nach § 6 Abs. 1 JuSchG darf Kindern und Jugendlichen (nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 JuSchG also Personen unter 18 Jahren) die Anwesenheit in öffentlichen Spielhallen oder ähnlichen vorwiegend dem Spielbetrieb dienenden Räumen nicht gestattet werden. Das Spielen von Kindern und Jugendlichen an öffentlich aufgestellten Bildschirmspielgeräten wird in § 13 JuSchG von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht. Mit diesen Bestimmungen bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er von einer durch elektronische Bildschirm-Unterhaltungsspiele begründeten Gefahr für Kinder und Jugendliche ausgeht.

Berücksichtigt man namentlich den Jugendschutz als Anliegen des gewerblichen Spielrechts, so können so genannte Internet-Cafés, in denen - wie im Betrieb der Kläger - Computer mit Internetanschluss auch zum Zweck der Nutzung als Spielgeräte aufgestellt sind, nicht von der Anwendung des § 33i GewO ausgenommen werden.

c) § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO knüpft die Erlaubnisbedürftigkeit auch daran, dass eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen betrieben werden soll, das "ausschließlich oder überwiegend" der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele oder der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dient. Das Oberverwaltungsgericht hat das Merkmal "überwiegend" auf die Möglichkeit der Nutzung der Computer zu Spielzwecken bezogen. Dieses Verständnis wird dem Gesetzeswortlaut nicht gerecht. Danach ist das Merkmal "überwiegend" bezogen auf "Spielhalle oder ähnliches Unternehmen", nicht auf die die gewerblichen Spiele beschreibenden Tatbestandsmerkmale. Es geht nicht darum, wie ein bestimmtes Gerät oder Spiel überwiegend genutzt wird, sondern darum, ob ein Unternehmen überwiegend der Aufstellung oder Veranstaltung von Spielgeräten oder Spielen dient. Damit greift das Gesetz den Umstand auf, dass der Raum, in

dem die Spielgeräte oder Spiele aufgestellt werden oder die anderen Spiele veranstaltet werden, zugleich auch anderweitig genutzt werden kann (vgl. Urteil vom 4. Oktober 1988 - BVerwG 1 C 59.86 - Buchholz 451.41 § 4 GastG Nr. 13 = GewArch 1989, 23). Ebenso ist es möglich, dass die in dem Raum bereitgestellten Einrichtungen sowohl zur Unterhaltung als auch zu einem anderen Zweck, etwa zum Sport, genutzt werden (vgl. Beschluss vom 25. November 1993 - BVerwG 1 B 187.93 - Buchholz 451.20 § 33c GewO Nr. 4 = GewArch 1994, 108). In solchen Fällen kommt es, wie das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen hat, für die Anwendung des § 33i GewO darauf an, wo der Schwerpunkt der gewerblichen Betätigung liegt oder - anders ausgedrückt - welche Art der Nutzung dem Betrieb das Gepräge gibt (vgl. Urteil vom 14. Dezember 1982 - BVerwG 1 C 71.79 - GewArch 1983, 135; Urteil vom 4. Oktober 1988, a.a.O.). Steht das Spielangebot im Vordergrund, so handelt es sich um eine Spielhalle oder ein spielhallenähnliches Unternehmen, das der Erlaubnispflicht nach § 33i GewO unterliegt. Steht hingegen die andere Nutzung im Vordergrund, so sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt. Denn die Gewerbeordnung unterwirft in § 33i nur solche Unternehmen einer präventiven Kontrolle, die den dort angesprochenen Spielzwecken "ausschließlich oder überwiegend", also hauptsächlich und nicht nur nebenbei dienen.

Nach diesem Maßstab ist auch zu entscheiden, ob ein Internet-Café mit der Möglichkeit der Nutzung der Computer zum Spielen der Erlaubnispflicht nach § 33i GewO unterliegt oder nicht. Infolgedessen ist ein Internet-Café dann als eine erlaubnispflichtige Spielhalle zu bewerten, wenn die Gesamtumstände darauf schließen lassen, dass die Betriebsräume hauptsächlich dem Spielzweck gewidmet sind und die anderweitige Nutzung der Computer dahinter zurücktritt. Als für diese Bewertung maßgebliche Umstände kommen vor allem die Ausstattung der Räumlichkeiten und die Programmierung der Computer, aber auch die Selbstdarstellung des Unternehmens nach außen und die von dem Unternehmer betriebene Werbung, kurz: sein Betriebskonzept, in Betracht. Unabhängig von derartigen oder vergleichbaren Umständen, die zur Nutzung der Computer zum Spielen anreizen oder eine solche Nutzung nahe legen, kann sich ein Internet-Café, das zunächst nicht die Voraussetzungen des § 33i GewO erfüllt, auch tatsächlich zu einer Spielhalle oder einem spielhallenähnlichen Unternehmen weiterentwickeln, nämlich dann, wenn sich ergibt, dass die Computer von den Kunden des Unternehmens hauptsächlich zum Spielen ge-

nutzt werden. Da der Unternehmer es in der Hand hat, diese Nutzung der Computer zur Abwendung der Rechtsfolge des § 33i GewO zu unterbinden, kann er sich gegenüber der Gewerbeaufsichtsbehörde nicht darauf berufen, die eingetretene Entwicklung sei seinen Kunden zuzuschreiben und entspreche nicht seinen Absichten.

Der Betrieb der Kläger dient überwiegend der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen, weil die dort aufgestellten Computer vor allem zum Spielen genutzt werden. Denn nach dem vom Oberverwaltungsgericht festgestellten Sachverhalt liegt "auch nach der faktischen Nutzung der im Betrieb der Kläger aufgestellten 30 Rechner der Schwerpunkt des Betriebes im Bereitstellen von PC zu Spielzwecken" (Berufungsurteil S. 11). Das Oberverwaltungsgericht hat dies aus den im Betrieb der Kläger durchgeführten Polizeikontrollen und einer Erklärung des Klägers zu 2 gegenüber dem Bezirksamt T.-Sch. von B. gefolgert. Da die Kläger gegen diese Feststellung des Oberverwaltungsgerichts keine zulässige und begründete Verfahrensrüge vorgebracht haben, ist der erkennende Senat an sie gebunden (§ 137 Abs. 2 VwGO).

d) Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen die vorstehend dargestellte Auslegung und Anwendung des § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO nicht. Das Betreiben einer Spielhalle oder eines ähnlichen Unternehmens ist ein Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG. Die Erlaubnis nach § 33i gestattet den Zugang zu diesem Beruf. Deshalb müssen die gesetzlichen Voraussetzungen der Erlaubniserteilung vor Art. 12 Abs. 1 GG Bestand haben, insbesondere also verhältnismäßig in dem durch die sog. Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 377 ff.) konkretisierten Sinn sein. § 33i Abs. 2 GewO stellt Zulassungsvoraussetzungen auf. Sie stehen mit Art. 12 Abs. 1 GG in Einklang, da sie zum Schutz der besonders wichtigen Gemeinschaftsgüter notwendig sind, die den Gesetzgeber zur Einführung der Erlaubnispflicht bewogen haben. Die Berufszulassung steht nicht im Ermessen der Behörde. Wenn die Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sind, hat der Antragsteller einen Anspruch auf die Erlaubnis; eine Bedürfnisprüfung findet nicht statt (Urteile vom 30. März 1993 - BVerwG 1 C 16.91 - Buchholz 451.20 § 33i GewO Nr. 14 = GewArch 1993, 323 und vom 27. April 1993 - BVerwG 1 C 9.92 - Buchholz 451.20 § 33i GewO Nr. 15 = GewArch 1993, 374). Die mit § 33i GewO verbundene Präventivkontrolle ist geeignet und erforderlich, die in den Versagungsgründen des § 33i Abs. 2 GewO zum

Ausdruck kommenden Schutzzwecke wirksam zu verfolgen, namentlich den Jugendschutz zu verwirklichen, dem § 6 JuSchG dient. Der Schutz der Jugend ist ein Verfassungsanliegen von hohem Rang (BVerfG, Beschluss vom 27. November 1990 - 1 BvR 402/87 - BVerfGE 83, 130 <139 f.>), das auch einen Erlaubnisvorbehalt und etwaige Kontrollen der Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen rechtfertigt. Verfassungsrecht gebietet hingegen nicht, dass der Betreiber einer Spielhalle ungehindert ein Geschäftsmodell realisieren kann, das auf die Nutzung durch Jugendliche abzielt, deren Schutz gerade durch den Erlaubnisvorbehalt und die Vorschriften des Jugendschutzrechts bewirkt werden soll. Die Grundrechte der Kinder und Jugendlichen zum Spielen (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Erziehungsrechte ihrer Eltern (Art. 6 Abs. 1 GG), auf welche die Kläger in ihrer Revisionsbegründung abheben, stehen dem verfassungsrechtlich begründeten Ziel des Jugendschutzes und der Durchsetzung der zu diesem Zweck erlassenen einfachrechtlichen Bestimmungen nicht entgegen.

e) Die nicht näher begründeten Bedenken aus europäischem Gemeinschaftsrecht bestehen nicht. Der Rechtsstreit weist keinen grenzüberschreitenden Bezug auf.

2. Betreiben die Kläger danach eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen ohne die dafür erforderliche Erlaubnis, so konnte die Behörde die Schließung des Betriebes anordnen. Nach den mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts weist der Betrieb der Kläger keine Besonderheiten auf, die es erfordert hätten, Ermessenserwägungen dahingehend anzustellen, ob von einer Schließung ggf. vorübergehend Abstand genommen werden sollte. Ohne das Vorliegen besonderer Umstände genügt es jedenfalls dann, wenn der Betroffene auf dem Standpunkt verharret, eine Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO weder zu benötigen noch beantragen zu wollen, dass die Behörde, wie hier im Widerspruchsbescheid, zum Ausdruck bringt, dass sie die Fortführung des nicht erlaubten Betriebes nicht hinzunehmen bereit ist, wenn der Betrieb nicht offenkundig genehmigungsfähig ist. So liegt es hier angesichts des auf die Nutzung durch Jugendliche zugeschnittenen Betriebskonzepts.

3. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 154 Abs. 2, § 159 Satz 2 VwGO, § 100 Abs. 1 ZPO.

Bardenhewer

Hahn

Richter am Bundes-
verwaltungsgericht
Büge kann wegen
Urlaubs nicht unter-
schreiben.
Bardenhewer

Graulich

Vormeier

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 10 000 € fest-
gesetzt.

Bardenhewer

Hahn

Graulich

Sachgebiet:	BVerwGE:	nein
Gewerberecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

GewO § 15 Abs. 2, §§ 33c, 33d, 33i
JuSchG §§ 6, 13

Stichworte:

Computer; "Internet-Café"; Computernetzwerk; Jugendschutz; Multifunktionsgerät; Spiel; Spielhalle; Sport; Unterhaltungsspiel ohne Gewinnmöglichkeit.

Leitsatz:

Stellt ein Gewerbetreibender in seinen Räumen Computer auf, die sowohl zu Spielzwecken als auch zu anderen Zwecken genutzt werden können, so bedarf er der Spielhallenerlaubnis nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO, wenn der Schwerpunkt des Betriebs in der Nutzung der Computer zu Spielzwecken liegt.

Urteil des 6. Senats vom 9. März 2005 - BVerwG 6 C 11.04

- I. VG Berlin vom 30.06.2003 - Az.: VG 4 A 358.02 -
- II. OVG Berlin vom 12.05.2004 - Az.: OVG 1 B 20.03 -