

Beschluss Az. OVG 1 S 224.10*

OVG Berlin-Brandenburg

21. Dezember 2010

Leitsätze

Wer Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit in einem von ihm selbst betriebenen Geschäftslokal aufstellt, aber keine Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle nach §33 i GewO besitzt, kann sich gegenüber einer Betriebsstilllegung gemäß §15 Abs. 2 GewO nicht auf ihm als Aufsteller erteilte Geeignetheitsbestätigungen nach §33c Abs 3 Satz 1 GewO i.V.m. §1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV berufen, wenn er den Betrieb des Geschäftslokals nicht entsprechend der ihm erteilten Geeignetheitsbestätigung als Schank- oder Speisewirtschaft ausrichtet, sondern tatsächlich einen spielhallenähnlichen Betrieb unterhält. Die Feststellungswirkung der Geeignetheitsbestätigung kann ein solches Verhalten des Gewerbetreibenden nicht legalisieren, so dass es für die Stilllegung des Betriebs grundsätzlich keiner vorherigen Aufhebung der Geeignetheitsbestätigungen bedarf, selbst wenn diese von Anfang an fehlerhaft erteilt worden sein sollten.

Tenor

- 1 Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 28. Oktober 2010 wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert. Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der Widersprüche gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 14. Juni 2010 anzuordnen, wird abgelehnt.
- 2 Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge.
- 3 Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 15.000 EUR festgesetzt.

Gründe

- 4 Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners ist begründet. Nach dem Beschw-

*<http://openjur.de/u/283756.html> (= openJur 2012, 14365)

erdevorbringen hat das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Widersprüche gegen die beiden für sofort vollziehbar erklärten Betriebseinstellungsverfügungen vom 14. Juni 2010 für die Betriebe der Antragstellerin in der M. links und rechts zu Unrecht wiederhergestellt; die Entscheidung des Verwaltungsgerichts erweist sich auch nicht als aus anderen Gründen richtig.

- 5 Die Antragstellerin hat für beide Lokale den Betrieb einer erlaubnisfreien Gaststätte als Gewerbe angemeldet. Sie verfügt auch über eine Erlaubnis gemäß §33 c Abs. 1 Satz 1 GewO, Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit aufzustellen; aus dieser Stellung heraus hat sie für beide Lokale Geeignetheitsbestätigungen der Lokale für Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeiten beantragt und durch Bescheide vom 20. April 2010 erhalten. Bei einer Kontrolle am 2. Juni 2010 wurde festgestellt, dass es in beiden Lokalen an einer umfassenden Einrichtung für eine Gaststätte fehle, in einem Lokal („Links“) sei keine Servicekraft anwesend gewesen, es habe keine Speisekarte und keinen Preisaushang gegeben. In den Räumen des anderen Lokals sei auch von der Servicekraft geraucht worden; diese habe auf Befragen angegeben, dass sie auch das andere Lokal betreue und Getränke für Spieler gratis seien. Dominierend seien die aufgestellten Spielgeräte. Da die Antragstellerin unstrittig weder über eine Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle oder eines ähnlichen Unternehmens nach §33 i GewO noch eine Geeignetheitsbestätigung für die Aufstellung der Geräte in einer Spielhalle verfügte, forderte der Antragsgegner mit den in der Hauptsache angefochtenen Bescheiden die Betriebseinstellung innerhalb von drei Tagen nach Vollziehbarkeit der Bescheide, zugleich drohte er die Schließung und Versiegelung der Räume im Wege unmittelbaren Zwangs an und erklärte die Bescheide für sofort vollziehbar. Die Antragstellerin erhob am 22. Juni 2010 jeweils Widerspruch und beantragte beim Verwaltungsgericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag unter Hinweis auf die Wirkung der Geeignetheitsbestätigungen, die nicht widerrufen worden seien, entsprochen. Nach dem Inhalt beider Geeignetheitsbestätigungen werde in beiden Lokalen eine Gaststätte betrieben; diese Feststellung sei nach dem Zweck der Geeignetheitsbestätigung für den Gewerbetreibenden bindend, denn sie solle ihn von der Prüfung der Eignung des Geräteaufstellortes freistellen und Zweifelsfälle nach der Spielverordnung klären. Sie seien auch nicht erloschen oder sonst aufgehoben worden; eine nachträgliche Änderung der maßgeblichen Verhältnisse sei auf den Bestand der sich auf den Zeitpunkt ihrer Erteilung beziehenden Bestätigungen ohne Auswirkung, liege aber auch nicht vor, da die Betriebe nach der Überprüfung im Rahmen der Anträge auf Erteilung der Geeignetheitsbestätigungen nicht wesentlich verändert worden seien.
- 6 Mit der Beschwerde wendet der Antragsgegner ein, dass sich die Antragstellerin auf die Geeignetheitsbestätigungen, die ihr als Aufstellerin für die Gaststätten erteilt worden seien, nicht berufen könne, da sie als Gewerbetreibende tatsächlich keine Gaststätten, sondern einen spielhallenähnlichen Betrieb führe. Dem Antragsgegner gehe es nicht um die Entfernung der Gewinnspielgeräte aus den Räumlichkeiten, sondern um die auf die Person des Betreibers bezogene Er-

laubnispflichtigkeit des Spielhallenbetriebes gemäß §33 i GewO, der nicht durch die Erlangung der konkreten Geeignetheitsbescheinigungen umgangen werden könne.

- 7 Diese Einwände stellen die Richtigkeit der Überlegungen des Verwaltungsgerichts, das die Qualifizierung der Betriebe der Antragstellerin als Gaststätten durch die Geeignetheitsbestätigungen als verbindlich festgestellt erachtet, in Frage. Es liegt nämlich so, dass Adressat der Geeignetheitsbestätigung der Geräteaufsteller als Gewerbetreibender ist (vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, Stand Januar 2007, §33 c, Rn. 35); er soll – ausgehend von der typischen Konstellation, dass Geräteaufsteller und der Inhaber des Gewerbebetriebes, in dem die Aufstellung des Spielgerätes erfolgt, personenverschieden sind - von dem Nachweis der Zulässigkeit der Aufstellung in den jeweiligen Betriebsräumen, die seinem Einfluss entzogen sind, entlastet werden. Auch kann die Bestätigung nur zum Inhalt haben, was zum Zeitpunkt ihrer Ausstellung tatsächlich vorliegt, und ihre Feststellungswirkung beschränkt sich darauf, dass die Verhältnisse am Aufstellort denjenigen im Zeitpunkt der Erteilung der Geeignetheitsbestätigung entsprechen. Dies hat das Verwaltungsgericht unter dem von ihm nur cursorisch abgehandelten Gesichtspunkt nachträglicher Änderungen auch zutreffend erkannt. Den Fall verfehlt es jedoch, wenn es darauf abstellt, dass die Aufstellungsorte nach dem unwidersprochenen Vortrag der Antragstellerin seit den Betriebsprüfungen und damit auch seit Erteilung der Geeignetheitsbestätigungen im Wesentlichen unverändert seien. Darauf kommt es nicht an, weil die Antragstellerin hier nicht als Aufstellerin der Geräte, sondern als Betreiberin der Geschäftslokale, in denen die Spielgeräte aufgestellt sind, in Anspruch genommen wird.
- 8 5Die Geschäftslokale der Antragstellerin stellen sich unter Berücksichtigung des gesamten Akteninhalts und des Vorbringens der Beteiligten objektiv nicht als Schankwirtschaften im Sinne des §1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV dar. Für die Frage, ob die Antragstellerin eine entsprechende Gaststätte mit den nach §1 Abs. 1 Nr. 1 und §3 Abs. 1 SpielVO darin zugelassenen Geld- oder Warenspielgeräten oder einen nach §33 i GewO erlaubnispflichtigen spielhallenähnlichen Betrieb führt, ist nicht die in den Geeignetheitsbestätigungen bezeichnete Qualifikation des Aufstellorts maßgeblich, sondern das tatsächlich in den Räumen ausgeübte Gewerbe. Hat dieses keinen Gaststättenbetrieb, sondern eine Spielhalle oder einen spielhallenähnlichen Betrieb zum Gegenstand, benötigt die Antragstellerin eine Erlaubnis nach §33 i GewO. Auf die ihr erteilten Geeignetheitsbestätigungen kann sie sich als mit der Aufstellerin identische Betreiberin der Lokalitäten nur berufen, soweit die Bestätigung ihrer tatsächlichen Tätigkeit entspricht, was hier nicht der Fall ist.
- 9 Hiervon ausgehend findet die Schließungsverfügung ihre Rechtsgrundlage in §15 Abs. 2 GewO. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde die Fortsetzung des Betriebes verhindern, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben wird. Die Vorausset-

zungen dieser Vorschrift liegen bei summarischer Prüfung hier vor. Denn es dürfte sich bei den benachbarten Lokalen nicht um eine Schankwirtschaft im Sinne von §1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV handeln. Dazu gehören nur solche Gaststätten, bei denen der Ausschank den Hauptzweck des Betriebs ausmacht, nicht aber solche Unternehmen, die Getränke lediglich als untergeordnete Nebenleistung anbieten (vgl. Marcks in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. II, Stand Januar 2007, §1 SpielV, Anm. 2). Zwar knüpft die Spielverordnung insoweit an Begrifflichkeiten etwa des Gaststättengesetzes an, sie verfolgt aber andere Regelungsziele. Die in der Spielverordnung getroffenen Bestimmungen dienen - wie sich aus der zugrundeliegenden Ermächtigung ergibt - der Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs, dem Schutz der Allgemeinheit und der Spieler sowie dem Interesse des Jugendschutzes (§33 f Abs. 1 GewO). Dieses Regelungsziel hat der Verordnungsgeber dadurch zu erreichen gesucht, dass er die Aufstellung von Geldspielgeräten in §1 Abs. 1 SpielV auf solche Orte beschränkt hat, in denen das Spielen den Hauptzweck bildet und die deshalb besonderen Zulässigkeitsanforderungen unterliegen (Spielhallen oder ähnliche Unternehmen und Wettannahmestellen) oder bei denen die Zulassung einer begrenzten Zahl von Geldspielgeräten (§3 Abs. 1 Satz 1 SpielV) unter Wahrung des Jugendschutzinteresses aus anderen Gründen vertretbar erscheint. Der Annahme, dass letzteres für Schank- und Speisewirtschaften bejaht werden kann, liegt erkennbar die Erwägung zugrunde, dass derartige Betriebe nicht in erster Linie zur Befriedigung des Unterhaltungsbedürfnisses aufgesucht werden und eine Ausbreitung des Spieltriebs deshalb nicht zu befürchten ist (vgl. Begründung der Verordnung zur Änderung der Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit, BR-Drucks. 752/75 S. 2 zu §3 SpielV). Dies gilt aber nur für solche Unternehmen, die sich nach ihrem Leistungsangebot als Gaststätten im herkömmlichen Sinne darstellen, d.h. die von den Besuchern in erster Linie zur Wahrnehmung der gaststättentypischen Tätigkeiten (Einnahme von Speisen und Getränken, Kommunikation) aufgesucht werden. Das ist nicht der Fall, wenn es den Besuchern in erster Linie darum geht, sich an den Spielgeräten zu betätigen und die Einnahme von Getränken nur als ein zusätzliches Angebot wahrgenommen wird.

- 10 Hier spricht nach dem Erscheinungsbild der Lokale, das sich für den beschließenden Senat sowohl aus den Verwaltungsvorgängen als auch aus den von der Antragstellerin eingereichten Lichtbildern und Grundrissen erschließt, sowie den Feststellungen über die Betriebsmodalitäten bei der Kontrolle am 2. Juni 2010 alles dafür, dass der Ausschank von Getränken nicht den Hauptzweck darstellt, sondern der Betrieb der Spielgeräte. Die relativ kleinen Räume werden durch die darin aufgestellten jeweils drei Spielgeräte dominiert, sie sind sonst wenig einladend möbliert und Spieler erhalten nach den Feststellungen des Antragsgegners die Getränke gratis. Die im weiteren Verfahren von der Antragstellerin vorgelegten Getränkearten ändern daran nichts entscheidend. Ihr Vorhandensein bei einer Betriebskontrolle mag für einen Gaststättenbetrieb sprechen; ihr Nachreichen besitzt diese Aussagekraft nicht und ist insbesondere für die Frage, ob es sich dabei um den Hauptzweck des Betriebes handelt, unergiebig. Nach

außen wird der sich durch das Vorhandensein nur einer Aufsichtsperson für beide aneinandergrenzenden Lokale und die installierte Videoüberwachung weitgehend als einheitlicher Betrieb mit getrennten Zugängen, aber sechs darin betriebenen Spielgeräten, wahrgenommen. Dieser Betrieb ist als „Cafe Casino“ bezeichnet und wirbt nach außen für „N.“, d.h. für Spiele und Spielautomaten eines österreichischen Unternehmens. Über Ebay-Kleinanzeigen wurde für diese Betriebsstätte eine „weibliche Spielhallenaufsicht“ und ein männlicher Nachtschichtarbeiter für das „Casino“ der Antragstellerin gesucht. Die Antragstellerin bestreitet zwar unter Vorlage einer freilich nur in Kopie eingereichten Versicherung an Eides statt die Urheberschaft für diese Anzeigen; dies ist indessen vor dem Hintergrund, dass sich die Anzeige für den männlichen Nachtschichtarbeiter nach der Ortsangabe auf den Betrieb der Antragstellerin bezieht und darin dieselbe Mobilfunknummer angegeben ist, die der Ehemann der Antragstellerin bei der in ihrem Auftrag erfolgenden Beantragung der Geeignetheitsbestätigungen mitgeteilt hatte, und diese Anzeige laut Ebay vom selben Anbieter stammt, wie diejenige, mit der im selben Postleitzahlbereich eine weibliche Spielhallenaufsicht gesucht wird, nicht glaubhaft. Liegt demnach ein spielhallenähnlicher Betrieb vor, für den die Antragstellerin weder die erforderliche Erlaubnis nach §33 i GewO noch in ihrer Eigenschaft als Aufstellerin der Geräte über die passenden Geeignetheitsbestätigungen verfügt, durfte der Antragsgegner die Schließung des Betriebes anordnen.

- 11 8Die Geeignetheitsbestätigungsbescheide vom 20. April 2010 ändern daran nichts. Mit ihnen wird gegenüber der Antragstellerin als Geräteaufstellerin eine Eignung des Aufstellungsortes festgestellt, die jedenfalls am 2. Juni 2010 bei der Betriebskontrolle durch den Antragsgegner nicht mehr gegeben war. Hätte sich, wie die Antragstellerin behauptet und wovon das Verwaltungsgericht ausgeht, an den betrieblichen Gegebenheiten seit Erteilung der Geeignetheitsbestätigungen nichts geändert, so folgt daraus zunächst grundsätzlich, dass auch diese Geeignetheitsbestätigungen so nicht hätten erteilt werden dürfen und als rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte unter den Voraussetzungen des §48 VwVfG zurücknehmbar sind. Dass sie jedoch auch dann, wenn von einer solchen Aufhebungsmaßnahme abgesehen wird, ihrer Natur nach nicht geeignet sind, eine am Aufstellort tatsächlich betriebene Spielhalle legalisieren zu können, ergibt sich ohne weiteres daraus, dass der Betreiber einer Spielhalle insoweit einer Erlaubnis nach §33 i GewO bedarf und im Übrigen als Aufsteller auch entsprechende Geeignetheitsbestätigungen für eine Örtlichkeit nach §1 Abs. 1 Nr. 2 SpielV benötigt. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, ohne Änderungen der betrieblichen Gegebenheiten bestehe die Regelungswirkung der Geeignetheitsbestätigung fort mit der Folge, dass der Aufstellungsort eine Gaststätte sei, berücksichtigt das im Ergebnis nicht hinreichend. Denn die Geeignetheitsbestätigung geht in der hier vorliegenden Konstellation „ins Leere“. Zwar ist es richtig, dass die Bestätigungswirkung der Bescheide für den Geräteaufsteller regelmäßig nicht dadurch entfällt, dass die damit festgestellte Eignung des Aufstellungsortes tatsächlich von Anfang an nicht gegeben war, so dass es wohl einer vorherigen Aufhebung der Geeignetheitsbestätigung für Maßnahmen gegenüber

einem Geräteaufsteller, der personenverschieden von dem Inhaber des Betriebes am Aufstellort ist, bedürfte. Die Feststellungswirkung der Geeignetheitsbestätigung kann im Falle der Personenidentität des Aufstellers und des Betriebsinhabers des Aufstellungsortes nicht darüber hinausreichen; die Regelungswirkung beschränkt sich ihrer Funktion nach immer auf die Tätigkeit des Aufstellers der Spielgeräte. Für den mit dem Aufsteller identischen Betriebsinhaber des Aufstellungsortes ergibt sich daraus aber nicht nur keine weitergehende Legalisierungswirkung, sondern es folgen aus der Personengleichheit spezifische Einschränkungen, die für Maßnahmen der hier vorliegenden Art eine vorherige Aufhebung der Geeignetheitsbestätigung entbehrlich machen. Da der Gewerbetreibende für die Ausrichtung des Gewerbebetriebes und damit auch für die Kongruenz der konkreten Ausübung mit der behördlich angezeigten und zur Grundlage etwa von Geeignetheitsbestätigungen gemachten Tätigkeit verantwortlich ist, trifft ihn die Obliegenheit, dafür Sorge zu tragen, dass sich der Gewerbebetrieb am Aufstellort mit den ihm als Geräteaufsteller bestätigten Betriebsmodalitäten jederzeit deckt. Die Konstellation der Personenidentität von Aufsteller und Inhaber des Gewerbebetriebes am Aufstellort hat atypischen Charakter, weil die Geeignetheitsbestätigung den Aufsteller insoweit nicht von der Überprüfung der betrieblichen Gegebenheiten am Aufstellort entlasten kann, sondern ihn umgekehrt als Betreiber des Aufstellortes dahin festlegt, dass er die Spielgeräte nur im Einklang mit der Rechtsordnung betreiben kann, wenn er seinen Betrieb deckungsgleich zu dem ausrichtet, was ihm als Aufsteller mit der Geeignetheitsbestätigung bescheinigt worden ist. Muss er die Fehlerhaftigkeit eines solchen Bescheides erkennen, weil der Gewerbebetrieb am Aufstellort von der bestätigten Betriebsform nach §1 Abs. 1 SpielV abweicht, ist es seine Sache, auf die Korrektur dieser Fehler durch die Behörde hinzuwirken; unterlässt er dies und führt er einen von der Geeignetheitsbestätigung abweichenden Betrieb fort, entfällt deren Regelungswirkung wie regelmäßig im Fall einer nachträglichen Änderung, weil sie den „wahren“ Sachverhalt verfehlt und dies auf eigenes Verhalten des Betriebsinhabers zurückzuführen ist. Hiervon ausgehend ist es für die Beschwerdeentscheidung ohne Belang, wie es im Einzelnen zur Erteilung der möglicherweise von Anfang an rechtswidrigen Geeignetheitsbestätigungen gekommen ist; der Antragsgegner ist allerdings unter Berücksichtigung der in §33 f GewO genannten Schutzzwecke und ihrer unionsrechtlich gebotenen einheitlichen Verfolgung auch im Bereich des Automatenspiels gehalten, die Gewerbeüberwachung so zu organisieren, dass ausgereichte Geeignetheitsbestätigungen jedenfalls die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt ihrer Erteilung zuverlässig widerspiegeln und die verwaltungsbehördliche Praxis kein systematisches Unterlaufen des zu ihrer Wahrung geschaffenen Erlaubniserfordernisses für Spielhallen und der insoweit geltenden besonderen Bestimmungen der Spielverordnung ermöglicht. Mängel insoweit rechtfertigen indes den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gegen den Antragsgegner in der Beschwerdeerwidern nicht, wenngleich in entsprechenden Fallkonstellationen ein konsequentes Vorgehen auch für die Rücknahme der den Aufstellern erteilten Geeignetheitsbestätigungen sprechen mag. Eher schon könnte – käme es noch darauf an - das Verhalten der Antragstellerin als widersprüchlich beanstandet werden, soweit

sie sich für die Erlaubnisfreiheit ihres Gewerbes auf die Geeignetheitsbestätigungen beruft, obwohl sie deren - nach ihrem eigenen Vorbringen von Anfang an vorhandene - Fehlerhaftigkeit kennen musste und deshalb zu keinem Zeitpunkt annehmen durfte, dass der Betrieb der Spielgeräte im Einklang mit der Rechtsordnung steht.

- 12 Erweist sich die Maßnahme einschließlich der Androhung des unmittelbaren Zwangs hiernach als voraussichtlich rechtmäßig, muss in der Abwägung das Interesse der Antragstellerin zurücktreten, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens von der Vollziehung der Schließungsanordnungen verschont zu bleiben. Ohne die Maßnahme liefen die vom Antragsgegner in der Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung genannte Schutzziele der Erlaubnispflicht von Spielhallen leer, bis der Rechtsweg ausgeschöpft ist. Überdies ist es auch zur Vermeidung einer negativen Vorbildwirkung geboten, unverzüglich gegen die Antragstellerin vorzugehen.
- 13 Die Kostenentscheidung folgt aus §154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §47 Abs. 1, §53 Abs. 2 Nr. 2, §52 Abs. 1 GKG.
- 14 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§152 Abs. 1 VwGO, §68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. §66 Abs. 3 Satz 3 GKG).