

**Oberverwaltungsgericht für das Land Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 8. Juni 2016,
Az. 2 L 25/13**

Tenor

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Schwerin vom 22. August 2012 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der vom Gericht festgesetzten Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit einer gewerberechtlichen Auflage.

Die Klägerin betreibt auf der Grundlage entsprechender Erlaubnisse in Rostock insgesamt vier Spielhallen. In diesen Spielhallen sind jeweils Raucherräume eingerichtet, die flächenmäßig deutlich kleiner sind als der den Nichtrauchern vorbehaltene Spielhallenbereich. Die Raucherräume sind durch Wände abgetrennt vom jeweiligen Nichtraucherbereich und können nur erreicht werden, wenn der jeweilige Nichtraucherbereich durchschritten wird. In dem Raucherräumen befinden sich jeweils sechs Geldspielgeräte und keine weiteren Spielgeräte. In den Nichtraucherbereichen befinden sich jeweils sechs Geldspielgeräte und weitere Spielgeräte wie Billard- und Snookertische.

Nach Anhörung der Klägerin erließ der Beklagte für die einzelnen Spielhallen am 24. 06.2011 gleichlautende Auflagenbescheide, die gestützt auf § 33i GewO folgendes bestimmten:

„Wenn ein Nebenraum als Raucherbereich eingerichtet wird, ist sicherzustellen, dass die Spielhalle durch den Hauptraum ihr Gepräge erhält. Der Raucherraum ist so zu errichten, dass er gegenüber dem Hauptraum (Nichtraucherbereich) eine untergeordnete Größe und eine untergeordnete Funktion aufweist. Es ist zu gewährleisten, dass im Raucherbereich nach Art und Anzahl weniger Spielgeräte aufgestellt sind als im Hauptraum der Spielhalle.“

Die dagegen eingelegten Widersprüche blieben ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 22.08.2012 auf die Klage der Klägerin die jeweiligen Bescheide insoweit aufgehoben, als im Nebenraum der Spielhalle mit dem Raucherbereich weniger Spielgeräte mit

Gewinnmöglichkeiten als im Hauptraum der Spielhalle mit dem Nichtraucherbereich aufgestellt werden dürfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Bescheide erfüllten zwar den Tatbestand des § 33i Abs. 1 Satz 2 GewO, genügten aber den Anforderungen der nach der Norm geforderten Ermessensentscheidung nicht. Der Beklagte habe die von der Klägerin gewünschte Aufteilung der Geldspielgeräte im Verhältnis 6/6 auf Nichtraucher- und Raucherbereich nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht hinreichend in die Ermessenprüfung eingestellt.

Der Senat hat mit Beschluss vom 04.12.2013 die Berufung des Beklagten zugelassen. Der Beklagte hat die Berufung mit folgenden Überlegungen begründet: Der Begriff „Nebenraum“ i.S.d. § 2 Abs. 1 NichtRSchutzG M-V sei der Tatbestandsseite der Norm zuzuordnen und nicht der Ermessenseite. Dies verkenne das Verwaltungsgericht. Als Nebenraum sei ein Raum dann anzusehen, wenn er nicht nur flächenmäßig kleiner sei als der Hauptraum, sondern auch eine nachrangige Funktion habe. Die untergeordnete Funktion könne nicht nach dem Verhältnis von Rauchern zu Nichtrauchern bestimmt werden. Das Nichtraucherschutzgesetz M-V beruhe auf dem Gedanken, dass das Rauchen absolut verboten sei und es nur ausnahmsweise in gesonderten, unbedeutenden Räumen erlaubt sei. Für die Abgrenzung sei der Umsatz von ausschlaggebender Bedeutung. Würden im Raucherraum so viele Geldspielgeräte wie im Hauptraum aufgestellt, würde der Umsatz in beiden Räumen nahezu gleich sein, weil die Geldspielgeräte den Hauptumsatz generierten. Das widerspreche der Funktion eines Nebenraumes. Auch die tatsächlichen Annahmen des Verwaltungsgerichts zur Funktionsweise von Geldspielgeräten seien unzutreffend.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Schwerin vom 22.08.2012 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Zweck des Nichtraucherschutzgesetzes sei nicht der Versuch, den Rauchern das Rauchen abzugewöhnen, sondern der Schutz des Nichtrauchers. Dieser sei unter Berücksichtigung des durch das Nichtraucherschutzgesetz M-V erfolgten Eingriffs in die Grundrechte der Art. 12 und 14 GG des Spielhallenbetreibers dadurch gewährleistet, dass die Nichtraucher die Möglichkeit hätten, das Angebot der Spielhalle zu nutzen, ohne dabei mit dem Raucherbereich in Berührung zu kommen. Der Schutzzweck des Nichtraucherschutzgesetzes M-V verlange nicht, dass im Nichtraucherbereich mehr Geldspielgeräte stehen als im Raucherbereich, weil diese Geldspielgeräte im Nichtraucherbereich regelmäßig auch dann nicht ausgelastet seien, wenn dort gleich viele wie im Raucherbereich aufgestellt seien. Dies liege daran, dass die überwiegende Zahl der Besucher der Spielhallen Raucher und die Geldspielgeräte die Hauptattraktion der Spielhallen seien.

Für die weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat im Ergebnis zutreffend die angegriffenen Auflagenbescheide insoweit aufgehoben, als sie anordnen, dass im Raucherbereich weniger Geldspielgeräte aufgestellt werden als im Hauptraum der Spielhalle.

Die Auflagenbescheide des Beklagten sind insoweit rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten, als sie die Klägerin verpflichten, im Raucherbereich zahlenmäßig weniger Geldspielgeräte aufzustellen als im Nichtraucherbereich.

Ermächtigungsgrundlage für die angegriffenen Auflagenbescheide ist § 33i Abs. 1 Satz 2 GewO. Danach kann eine Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO nachträglich mit einer Auflage verbunden werden, soweit dies zum Schutz der Gäste vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen erforderlich ist. Die Klägerin betreibt die Spielhallen auf der Grundlage einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO. Hier dient die Auflage der Durchsetzung des § 2 Abs. 1 Nichtrauchererschutzgesetzes M-V (NichtRSchutzG M-V). Dies erfordert, dass sich die Auflage innerhalb des gesetzlichen Rahmens dieser Vorschrift hält. Dies ist aus folgendem Grund nicht geschehen:

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 NichtRSchutzG M-V dürfen in Spielhallen Raucherbereiche eingerichtet werden. Diese sind nach § 2 Abs. 1 Satz 2 NichtRSchutzG M-V als vollständig abgetrennte Nebenräume einzurichten, die die Belange des Nichtraucherschutzes nicht beeinträchtigen. Bei den von der Klägerin in den von den Auflagenbescheiden betroffenen Spielhallen eingerichteten Nebenräumen handelt es sich nach den Erkenntnissen des Beklagten um im Verhältnis zu den Nichtraucherbereichen flächenmäßig deutlich kleinere und von den Nichtraucherbereichen vollständig durch Wände abgetrennte Räume, die durch eine Tür betreten werden können, ohne dass die Nichtraucher gezwungen sind, diese Räume zu betreten, um in den Nichtraucherbereich zu gelangen. Insoweit erfüllt die Klägerin die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 2 NichtRSchutzG M-V. Der Begriff des Nebenraumes verlangt aber nicht nur, dass der flächenmäßig in Anspruch genommene Raum deutlich kleiner ist als der Nichtraucherbereich, sondern auch, dass funktionelle Nachrangigkeit gegenüber dem Nichtraucherbereich besteht. Das folgt aus der Bestimmung des § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 NichtRSchutzG M-V, wonach der Nebenraum die Belange des Nichtraucherschutzes nicht beeinträchtigen darf. Eine solche Beeinträchtigung ist dann gegeben, wenn der Raucherbereich funktionell nicht nachrangig gegenüber dem Nichtraucherbereich ist, insbesondere dann, wenn in ihm die Hauptattraktivität der jeweiligen Spielhalle aufgestellt ist und zur Verfügung steht. Maßgebend ist, dass der Nichtraucherschutz in der jeweiligen Spielhalle auch dann vollständig erreicht werden kann, wenn in ihr ein Raucherbereich eingerichtet ist. Der Senat folgt insoweit der Rechtsauffassung des Beklagten nicht, dass sich aus dem funktionellen Verständnis des Begriffes Nebenraum ergebe, dass in diesem in jedem Fall weniger Geldspielgeräte aufgestellt sein müssen als im

Nichtraucherbereich. Maßgebend ist nach Überzeugung des Senats im Geltungsbereich des § 2 Abs. 1 Satz 2 NichtRSchutzG M-V, dass der Nebenraum, in dem geraucht werden darf, die Belange des Nichtraucherschutzes nicht beeinträchtigt.

Der Nichtraucherschutz soll diejenigen Gäste vor den Gefahren des Passivrauchens schützen, die nicht selbst rauchen. Ihnen muss die Möglichkeit geboten werden, ihrem Interesse an Spielen, wie sie in einer Spielhalle konkret angeboten werden, nachzugehen ohne dabei passiv mitrauchen zu müssen. Dafür ist erforderlich, dass im Nichtraucherbereich alle von der Spielhalle angebotenen Arten von Spielgeräten in so großer Zahl angeboten werden, dass die nicht rauchenden Spieler, die den Gefahren des Passivrauchens nicht ausgesetzt werden dürfen, die Möglichkeit haben, diese Spielgeräte in angemessener Zeit und in angemessenem Umfang zu nutzen. Insbesondere müssen die nach dem übereinstimmenden Vortrag der Beteiligten vorrangig von den Besuchern der Spielhalle genutzten Geldspielautomaten in ausreichender Zahl den nicht rauchenden Gästen zur Verfügung stehen, so dass diese für diesen Personenkreis auch attraktiv genug sind, um sie aufzusuchen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Zahl der Geldspielgeräte im Raucherbereich die der Geldspielgeräte im Nichtraucherbereich nicht übersteigt. Unter diesen Umständen haben die nicht rauchenden Besucher einer Spielhalle regelmäßig ausreichend Möglichkeit, ihr Interesse an der Nutzung der Geldspielgeräte zu befriedigen, ohne dass sie veranlasst sein könnten, sich durch einen Aufenthalt im Raucherbereich den Gefahren des Passivrauchens auszusetzen. Unter Berücksichtigung der im Übrigen geltenden Anforderungen an die räumliche Größe des Raucherbereiches im Verhältnis zum Nichtraucherbereich und insbesondere den Vorgaben für das Aufstellen von Geldspielautomaten aus der Spielverordnung vom 27.01.2006 und dem Gebot, eine ausbeuterische Ausnutzung des Spieltriebes der Besucher der Spielhalle zu vermeiden (vgl. BVerwG Beschl. v. 25.11.1993 – 1 B 192/93, GewArch 1994, 20) ergeben sich ausreichend Einschränkungen für das Aufstellen von Geldspielautomaten im Raucherbereich, so dass grundsätzlich eine Beeinträchtigung der Belange des Nichtraucherschutzes dann zu verneinen sein dürfte, wenn alle diese vorstehend dargestellten Anforderungen eingehalten werden. Die zuständige Behörde hat im Einzelfall die Möglichkeit nachzuweisen, dass durch die konkrete Gestaltung der Einrichtung oder der Abläufe in der Spielhalle eine Beeinträchtigung des Nichtraucherschutzes vorliegt, obwohl die Zahl der Geldspielgeräte im Raucherbereich die Zahl der Geldspielgeräte im Nichtraucherbereich nicht übersteigt.

Der Beklagte hat solche konkreten Anhaltspunkte nicht zur Begründung seiner Auflagenbescheide herangezogen, sondern sich mit der allgemein gehaltenen Behauptung begnügt, dass das Aufstellen von sechs Geldspielgeräten in einem Raum mit 37 m² Grundfläche führe zu einer ausbeuterischen Ausnutzung eines durch die Gewinnerwartung geschaffenen Anreizes, sich mit unkontrollierter Risikobereitschaft großen Verlustgefahren auszusetzen und deshalb sei im Interesse des Nichtraucherschutzes generell erforderlich, dass die Zahl der Geldspielgeräte im Raucherbereich niedriger sein müsse als im Nichtraucherbereich. Unabhängig von der Frage, ob die Annahme des Beklagten zur ausbeuterischen Ausnutzung des Spieltriebes zutrifft – die zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stützt sich darauf, dass dies nur im Einzelfall beurteilt werden könne und deswegen einer

rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich sei -, hat dies mit dem Nichtraucherschutz nichts zu tun, sondern ist eine andere Problemstellung, der zwar mit einer Auflage nach § 33i Abs. 1 Satz 2 GewO begegnet werden kann, die aber einzelfallbezogen begründet werden muss. Soweit der Beklagte meint, dass die Konzentration von Geldspielgeräten in einem Raum mit ca. 37 m² Fläche zu einer Verlagerung der Hauptattraktivität der Spielhalle in diesen Raum führe, bleibt er dafür eine konkrete Begründung schuldig, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Hälfte der vorhandenen Geldspielgeräte im Nichtraucherbereich aufgestellt ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 167 VwGO, 708 ff. ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.