



HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der Firma ...,
A-Straße, A-Stadt,

Klägerin und Berufungsklägerin,

bevollmächtigt: Rechtsanwalt Michael Wollenhaupt,
Elisabeth-Consbruch-Straße 3, 34131 Kassel,

gegen

die Stadt Frankfurt am Main,
vertreten durch den Magistrat, - Rechtsamt -,
Sandgasse 6, 60311 Frankfurt am Main,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

wegen Ordnungsrechts

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 8. Senat - durch

Vizepräsidenten des Hess. VGH ...,
Richterin am Hess. VGH ...,
Richter am Hess. VGH ...,
ehrenamtlichen Richter Herr ...,
ehrenamtliche Richterin ...

ohne mündliche Verhandlung aufgrund der Beratung vom 2. August 2023 für Recht
erkannt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festgesetzten Kosten abwenden, falls nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1. Die Beteiligten streiten über die Frage, ob das Hessische Nichtraucherschutzgesetz in Spielhallen Anwendung findet, die Getränke anbieten.
2. Die Klägerin betreibt in Frankfurt am Main mehrere Spielhallen. In einer dieser Spielhallen bietet sie den Besuchern Kaffee, Tee und Softdrinks zum Preis von je 1,00 € an. Mit Schreiben vom 7. April 2014 wies die Beklagte die Klägerin u. a. darauf hin, dass bei einer Ausgabe von Getränken das Rauchverbot des Hessischen Nichtraucherschutzgesetz gelte und forderte sie auf, dieses ggf. umzusetzen. Dem widersprach die Klägerin mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 17. Juli 2014 und beantragte zudem festzustellen, dass in ihren Spielhallen das Rauchen auch bei gleichzeitiger entgeltlicher Abgabe von Speisen und Getränken gestattet sei.
3. Am 7. November 2014 erhob die Klägerin Feststellungsklage. Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, ein Rauchverbot nach dem Hessischen Nichtraucherschutzgesetz bestehe auch bei entgeltlicher Abgabe einzelner Getränke in ihren Spielhallen nicht, da es sich dabei um eine völlig untergeordnete Nebenleistung zum Spielhallengewerbe handele und eine Gaststätte damit nicht betrieben werde. Ein solches Rauchverbot sei zudem eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung gegenüber Spielbanken, die von dem für Gaststätten geltenden Rauchverbot ausgenommen seien, ohne dass es hierfür hinreichende Gründe gebe.
4. Die Klägerin hat beantragt,
 - festzustellen, dass das Hessische Nichtraucherschutzgesetz in ihren Spielhallen keine Anwendung findet,
 - hilfsweise festzustellen, dass bei verfassungskonformer Auslegung des Hessischen Nichtraucherschutzgesetzes das Rauchen in ihren Spielhallen bei gleichzeitiger entgeltlicher Abgabe von Speisen und Getränken gestattet ist.
5. Die Beklagte hat beantragt,
 - die Klage abzuweisen.

6. Sie ist der Ansicht, Spielhallen seien Gaststätten, in denen das Rauchen nach dem Hessischen Nichtraucherschutzgesetz verboten sei, sofern dort Speisen und/oder Getränke entgeltlich angeboten würden. Denn die Abgabe von Getränken in Spielhallen erfolge gewerbsmäßig, da sie zumindest darauf gerichtet sei, den Spielbetrieb zu fördern. Eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung gegenüber Spielbanken sei nicht erkennbar.
7. Mit Urteil vom 27. April 2015 wies das Verwaltungsgericht die Klage ab und führte zur Begründung aus, der Hauptantrag sei bereits unzulässig, da er nicht auf die Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten gerichtet sei. Der Hilfsantrag sei zwar zulässig, jedoch unbegründet. Durch die Getränkeausgabe unterfalle die Spielhalle der Klägerin dem in Gaststätten geltenden Rauchverbot des Hessischen Nichtraucherschutzgesetzes. Denn durch die entgeltliche Getränkeausgabe betreibe sie in dieser Spielhalle ein Gaststättengewerbe. Unerheblich sei, dass Hauptzweck der klägerischen Tätigkeit der Betrieb einer Spielhalle sei. Denn dies schließe nicht aus, dass gleichzeitig eine Gaststätte betrieben werde. Es liege auch keine Ungleichbehandlung gegenüber Spielhallen vor, da diese konzessioniert seien, die Besucherdaten erfassen müssten und somit die Gewähr dafür böten, dass Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren solche Spielbanken nicht betreten könnten. Dies sei in Spielhallen nicht in gleicher Weise sichergestellt.
8. Auf den hiergegen gerichteten Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung hat der Senat mit Beschluss vom 30. November 2018 - 8 A 1084/15.Z - die Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung zugelassen. Zur Begründung der Berufung wiederholt und vertieft die Klägerin ihr bisheriges Vorbringen und führt ergänzend aus, die Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung überzeuge nicht. Insbesondere habe das Verwaltungsgericht die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 11. März 2015 - 1 BvL 8/14 - ignoriert.
9. Die Klägerin beantragt,
 - unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 27. April 2015 - - festzustellen, dass das Hessische Nichtraucherschutzgesetz in den Spielhallen der Klägerin keine Anwendung findet,
 - hilfsweise festzustellen, dass bei verfassungskonformer Auslegung des Hessischen Nichtraucherschutzgesetzes das Rauchen in den Spielhallen der

Klägerin bei gleichzeitiger entgeltlicher Abgabe von Speisen und Getränken gestattet ist.

10. Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
11. Sie trägt insbesondere vor, das Verwaltungsgericht habe die Klage zu Recht abgewiesen. Der Hauptantrag sei unzulässig, da abstrakte Rechtsfragen, die nicht unmittelbar ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand hätten, nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein könnten. Der Hilfsantrag sei zwar zulässig, in der Sache jedoch unbegründet. Entgegen der Auffassung der Klägerin unterfielen Spielhallen, welche gleichzeitig entgeltlich Speisen und/oder Getränke abgeben, der Vorschrift des § 1 Abs. 2 HGastG. Zudem bedürfe es im vorliegenden Fall keiner verfassungskonformen Auslegung des § 2 Abs. 5 Nr. 5 HGastG dahingehend, dass diese Vorschrift um Spielhallen zu ergänzen sei. Denn das Gaststättengesetz sehe Ausnahmen vom Rauchverbot vor.
12. Wegen der weiteren Einzelheiten des Beteiligtenvorbringens sowie des Akteninhalts wird auf die Gerichtskate (2 Bände) sowie die Behördenakte (1 Heft) Bezug genommen, die Gegenstand der Beratung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

13. Der Senat entscheidet im schriftlichen Verfahren gemäß § 101 Abs. 2 VwGO, da die Beteiligten insoweit ihr Einverständnis erklärt haben.
14. Die Berufung der Klägerin ist - auch im Hauptantrag - zulässig. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts kann sich die Klägerin im Wege der negativen Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO an das Gericht wenden und dort auf Feststellung klagen, dass das Hessische Nichtraucherschutzgesetz in ihren Spielhallen keine Anwendung findet. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage statthaft ist, wenn die Feststellung begehrt wird, dass wegen Ungültigkeit oder Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kein Rechtsverhältnis zu dem anderen Beteiligten begründet ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16.07.2015 - 1 BvR 1014/13 - juris m. w. N.; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 09.11.2022 - 1 BvR 161/21 - juris).

15. Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die begehrte Feststellung, auch der Hilfsantrag hat keinen Erfolg. Im Einzelnen gilt Folgendes:
16. Das Verwaltungsgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gekommen, dass das Hessische Nichtraucherschutzgesetz auch in Spielhallen Anwendung findet bei gleichzeitiger entgeltlicher Abgabe von Getränken, da eine Spielhalle in diesem Fall wie eine Gaststätte zu behandeln ist.
17. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 11 Hessisches Nichtraucherschutzgesetz ist das Rauchen verboten in Gebäuden und sonstigen umschlossenen Räumen von Gaststätten im Sinne des § 1 Abs. 2 des Hessischen Gaststättengesetzes vom 28. März 2012. Hiernach betreibt ein Gaststättengewerbe, wer gewerbsmäßig Getränke oder Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist. Letzteres ist unstreitig der Fall, da die fragliche Spielhalle der Klägerin einem bestimmten Personenkreis, nämlich volljährigen Personen, zugänglich ist. Auch werden die Getränke von der Klägerin nach ihren eigenen Angaben zu einem Preis von je 1,00 € entgeltlich zum Verzehr an Ort und Stelle ausgegeben. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist zudem eine Gewerbsmäßigkeit des Getränkeverkaufs zu bejahen. Gewerbsmäßig ist jede auf Erzielung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen Vorteils gerichtete, selbstständig ausgeübte, auf gewisse Dauer berechnete Tätigkeit. Auf den Erfolg der Tätigkeit kommt es dabei nicht an (vgl. Metzner, Kommentar zum Gaststättenrecht, 6. Aufl., § 1 Rn. 12, zit. nach Beck-online). Gewerbsmäßigkeit liegt insbesondere auch dann vor, wenn Leistungen nicht nur aus Gastlichkeit angeboten werden, sondern damit in erster Linie der Zweck verfolgt wird, den so Bewirteten in Zukunft als Gast oder Kunden zu gewinnen bzw. zu erhalten oder durch seine Empfehlung den Kundenkreis zu erweitern (vgl. Metzner, a. a. O., Rn. 18 f.). Von einer Gewerbsmäßigkeit wäre auch dann auszugehen, wenn durch die Verabreichung von Getränken der Spielbetrieb stabilisiert oder gefördert würde (vgl. Bay. OLG, Beschluss vom 29.09.1994 - 3 OB OWi 71/94 - juris). Dies vorausgesetzt liegt im vorliegenden Fall zumindest ein mittelbarer Vorteil durch die Abgabe von Getränken vor. Denn die Bewirteten sollen als Gäste oder Kunden erhalten bzw. neu gewonnen werden, zudem soll der Spielbetrieb stabilisiert und gefördert werden.

18. Unerheblich ist hierbei, dass Hauptzweck der klägerischen Tätigkeit der Betrieb einer Spielhalle ist. Dies schließt nämlich nicht aus, dass gleichzeitig eine Gaststätte betrieben wird. Die Zulässigkeit teilgastronomischer Mischbetriebe ist insoweit allgemein anerkannt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11.03.2015 - 1 BvL 8/14 - juris Rn. 27; BVerwG, Urteil vom 04.10.1988 - 1 C 59.86 - NVwZ 1989, 51). Es ist weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich, dass das Hessische Nichtraucherschutzgesetz auf teilgastronomische Betriebe keine Anwendung finden soll.
19. Die fragliche Spielhalle der Klägerin unterfällt keiner der in § 2 Abs. 5 des Hessischen Nichtraucherschutzgesetzes vorgesehenen Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten. Insbesondere sind Spielhallen, die auch Getränke anbieten, nicht den Spielbanken im Sinne des Hessischen Spielbankgesetzes, die vom Rauchverbot in Gaststätten gemäß § 2 Abs. 5 Nr. 4 Hessisches Nichtraucherschutzgesetz ausgenommen sind, gleichzustellen. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG ist insoweit nicht zu erkennen. Bereits das Verwaltungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass bei Spielhallen infolge ihrer wesentlich größeren Zahl auch ein entsprechend höheres Suchtpotenzial besteht als bei den lediglich vier Spielbanken in Hessen, so dass es nicht zu beanstanden sei, dass der Gesetzgeber dem Nichtraucherschutz bei Spielbanken eine geringere Bedeutung beimesse. In diesem Zusammenhang hat auch das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass ein hinreichender Sachgrund für die unterschiedliche Behandlung von Spielhallen und Spielbanken in dem unterschiedlichen Gefährdungspotenzial beider Typen von Spielstätten liege (Verankerung im Alltag bei Spielhallen gegenüber Abstand vom Alltag bei Spielbanken), insbesondere in der sehr unterschiedlichen Verfügbarkeit der Spielmöglichkeiten, selbst wenn man die Dependancen bzw. Zweigniederlassungen der Spielbanken berücksichtige (vgl. BVerfG, Beschluss vom 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. - juris Rn. 174). Durch die Abgabe von Getränken bei einer gleichzeitigen Ausnahme vom Rauchverbot würde die Attraktivität der Spielhalle der Klägerin deutlich gesteigert und so die Anzahl und insbesondere die Verweildauer der Spieler erhöht. Eine Differenzierung zwischen Spielbanken und Spielhallen im obigen Sinne ist daher auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden (s. auch OVG Saarland, Urteil vom 05.07.2017 - 1 A 51/15 - juris Rn. 249 ff.).

20. Nach alledem ist auch - wie das Verwaltungsgericht im Ergebnis zu Recht festgestellt hat - der Hilfsantrag unbegründet. Zwar kann die Ungleichbehandlung von Spielhallen und Spielbanken nicht damit begründet werden, dass Spielbanken - anders als Spielhallen - die Gewähr dafür böten, dass Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren diese Örtlichkeiten nicht betreten könnten (vgl. bereits Beschluss des Senats vom 30.11.2018 - 8 A 1084/15.Z -). Ein Verstoß gegen das grundgesetzliche Gleichbehandlungsgebot liegt jedoch aus anderen Gründen nicht vor. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Im Übrigen bleibt es der Klägerin unbenommen, in der streitgegenständlichen Spielhalle und/oder in ihren anderen Spielhallen die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass eine Ausnahme vom Rauchverbot gemäß § 2 Abs. 5 Nrn. 1 und 2 des Hessischen Nichtraucherschutzgesetzes zum Tragen kommt. Ein ausnahmsloses Rauchverbot gilt nämlich in Spielhallen mit gastronomischem Angebot gerade nicht (siehe auch BVerfG, Beschluss vom 11.03.2015, a. a. O.).
21. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.
22. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 1 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
23. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht gegeben sind.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung angefochten werden. Die Beschwerde ist bei dem

**Hessischen Verwaltungsgerichtshof
Goethestraße 41 + 43
34119 Kassel**

einulegen. Die Beschwerde muss die Entscheidung bezeichnen, die angefochten werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof einzureichen. In der Begründung muss entweder

- die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt werden oder
- die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet werden, wenn geltend gemacht wird, von ihr werde in der in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidung abgewichen und die Entscheidung beruhe auf dieser Abweichung, oder
- ein Verfahrensmangel bezeichnet werden, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof und dem Bundesverwaltungsgericht besteht gemäß § 67 Abs. 4 VwGO Vertretungszwang. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird.

...

...

...

Richterin ... ist
wegen Urlaubs an der
Unterschriftleistung
gehindert

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe:

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 2 GKG und entspricht der Festsetzung der ersten Instanz sowie der vorläufigen Festsetzung im Senatsbeschluss vom 30. November 2018.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

...

...

...

Richterin ... ist
wegen Urlaubs an der
Unterschriftleistung
gehindert