

Ein Betrieb, in dem der Umsatz an Getränken und Snacks nur saisonal höher liegt als die Einnahmen aus dem Betrieb zweier Glücksspielgeräte, ist nicht mit der erforderlichen Beständigkeit durch den Schank- oder Speisebetrieb geprägt.

GewO § 33c Abs. 3
GewO § 33f Abs. 1 Nr. 1
SpielV § 1 Abs. 1 Nr. 1
SpielV § 1 Abs. 2 Nr. 2

OVG NRW, Urteil vom 9.10.2024 – 4 A 1698/20 –;
I. Instanz: VG Gelsenkirchen – 19 K 1011/18 –.

Der Kläger beantragte bei der Beklagten festzustellen, dass das Café mit Alkoholausschank „Bar U.“ als Aufstellort für Geldspielgeräte geeignet sei. Die Beklagte lehnte die begehrte Feststellung mit Blick darauf ab, dass an dem Aufstellort die Verabreichung von Speisen oder Getränken nur eine untergeordnete Rolle spiele. Das Erscheinungsbild der Gaststätte lasse nicht auf eine übliche Schankwirtschaft schließen. Die spärliche Inneneinrichtung sei nicht gaststättentypisch. Das vorhandene Geschirr bestehe aus einer nur sehr geringen Menge an Gläsern. Eine Zapfanlage sei nicht vorhanden. Die einzige Kühlmöglichkeit stelle ein etwa für Trinkhallen typischer Verkaufskühlschrank dar. Ferner sei zu bezweifeln, dass der Betrieb ohne das Aufstellen der Geldspielgeräte wirtschaftlich rentabel geführt werden könne. Das VG gab der Klage nach Durchführung eines Ortstermins und Vorlage von betriebswirtschaftlichen Auswertungen für den Betrieb statt. Die Berufung der Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage auf Verpflichtung zur Erteilung einer Geeignetheitsbestätigung nach § 33c Abs. 3 GewO für die Betriebsstätte „Bar U.“ ist unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 2.2.2018 ist rechtmäßig, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte ihm bestätigt, die genannte Betriebsstätte stelle einen geeigneten Aufstellort für Geldspielgeräte nach § 33c Abs. 3 GewO dar.

Nach § 33c Abs. 3 Satz 1 GewO darf der Gewerbetreibende Spielgeräte im Sinne des Absatzes 1 nur aufstellen, wenn ihm die zuständige Behörde schriftlich bestätigt hat, dass der Aufstellungsort den auf der Grundlage des § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO erlassenen Durchführungsvorschriften entspricht. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 der gemäß § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO erlassenen Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (SpielV) darf ein Geldspielgerät unter anderem nur aufgestellt werden in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden. Ein Geldspielgerät darf nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SpielV unter anderem nicht in Betrieben aufgestellt werden, in denen die Verabreichung von Speisen oder Getränken nur eine untergeordnete Rolle spielt.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass mit Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften solche Räume gemeint sind, die durch den Schank- oder Speisebetrieb geprägt sind und nicht überwiegend einem anderen Zweck dienen. Eindeutig ergibt sich dies aus dem Sinn des § 1 SpielV, der die Aufstellung von Geldspielgeräten gemäß der Ermächtigung des § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO auf bestimmte Gewerbebezüge und Betriebe beschränkt, nämlich auf Schank- und Speisewirtschaften und Beherbergungsbetriebe (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV), Spielhallen und ähnliche Unternehmen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 SpielV) sowie Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher ohne Sportwettenvermittlung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 SpielV). Der Zulassung von Geldspielgeräten in den genannten Gewerbebezügen liegt die Erwägung zugrunde, dass hier entweder – wie bei den Spielhallen und Wettannahmestellen – das Spielen den Hauptzweck bildet und entsprechende Zulassungsvoraussetzungen gelten oder aber – in Gaststätten- und Beherbergungsbetrieben – das Spielen nur Annex der im Vordergrund stehenden Bewirtungs- oder Beherbergungsleistung ist und Kinder und Jugendliche keinen oder nur eingeschränkten Zugang haben. Die in § 1 Abs. 1 SpielV normierte Beschränkung der Aufstellungsorte für Geldspielgeräte würde aufgehoben, wenn schon durch die Nebenleistung eines Getränkeangebots eine Schankwirtschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV und damit die Zulässigkeit der Aufstellung von Geldspielgeräten begründet werden könnte; denn ein solcher Getränkeausschank lässt sich ohne großen Aufwand auch in Betrieben einrichten,

die der Verordnungsgeber durch Nichtaufnahme in die Liste des § 1 Abs. 1 SpielV von Geldspielgeräten gerade freihalten wollte.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 18.3.1991 – 1 B 30.91 –, juris, Rn. 5, m. w. N., und Urteil vom 19.9.2018 – 8 C 16.17 –, BVerwGE 163, 102 = juris, Rn. 18.

Diesen rechtlichen Vorgaben folgend handelt es sich bei der streitgegenständlichen Betriebsstätte nicht um eine zur Aufstellung von Geldspielgeräten geeignete Schank- oder Speisewirtschaft. Weder nach dem optischen Erscheinungsbild (hierzu unter 1.) noch anhand der vorgelegten Umsatzzahlen (hierzu unter 2.) lässt sich eine überwiegende Prägung des Betriebs durch den Schank- und Speisebetrieb feststellen. Vielmehr kommt dem Ausschank von Getränken in dem Betrieb nur eine untergeordnete Rolle zu.

1. Bereits das optische Erscheinungsbild der streitgegenständlichen Betriebsstätte lässt nicht darauf schließen, dass die Bewirtungsleistung im Vordergrund steht. Weder die vorliegenden Lichtbilder noch die Ergebnisse der protokollierten Kontrollen vermitteln den Eindruck, dass die „Bar U.“ eine Schankwirtschaft mit dem Hauptzweck des Getränkeverkaufs darstellt. Ein auf den Hauptzweck des Getränkeverkaufs zum Konsum an Ort und Stelle gerichtetes Betriebskonzept lässt sich weder erkennen, noch ist ein solches substantiiert behauptet worden. Sowohl die Ausstattung der Bar als auch die Gästeanzahl lassen selbst seit der Renovierung einen zur Deckung des Lebensunterhalts des Betreibers auskömmlichen, den Betrieb prägenden Getränkeverkauf fernliegend erscheinen. Vielmehr ist der Betrieb sowohl von seiner Optik als auch von seiner Nutzung wesentlich auf die Einnahmen aus den Geldspielgeräten ausgerichtet und auf diese angewiesen, deren Bespielung durch das Vorhandensein eines für eine Gaststätte untypischen Geldwechslers erleichtert wird.

Auch nach der Renovierung, die durch Verlagerung und Verkleinerung der Theke zu einer optischen Vergrößerung der Räumlichkeit geführt hat, bleibt die von außen kaum einsehbare und als Bar erkennbare Räumlichkeit relativ klein. Das gilt

unabhängig davon, ob der Betrieb im Rahmen der Baugenehmigung und der Gaststättenerlaubnis mit 16 oder mit 25 Sitzplätzen, was zwischen den Beteiligten umstritten ist, betrieben werden darf. Die Einrichtung – Bestuhlung mit drei gepolsterten Barhockern an der Theke und gepolsterten Esszimmerstühlen um in Holzfarbe gehaltene Esstische ohne Tischdecke – ist weiterhin recht einfach gehalten. Hinter dem kleinen offenen Thekenbereich befinden sich auf einem Regalbrett vergleichsweise wenige Gläser. Auf einem darüber angebrachten Regalbrett steht eine Anzahl Flaschen mit alkoholhaltigen Getränken, ohne dass eine Sortierung oder aber Ausrichtung zum leichten Zugriff oder regelmäßigen Gebrauch erkennbar wäre. Weitere nicht alkoholische Getränke befinden sich in einem Selbstbedienungskühlschrank mit Glasfront. Bier und andere Alkoholika werden in einem haushaltsüblichen Kühlschrank unterhalb der Theke gekühlt vorgehalten. Im rechten Bereich der Theke befindet sich eine professionelle, italienische Kaffeemaschine, auf der wenige Tassen und Untertassen stehen. Vor der Theke steht ein Zigarettenautomat, direkt daneben ein Geldwechsler. Ausweislich der abfotografierten Getränkekarte bewegen sich die Preise für Kaffeespezialitäten zwischen 1,50 Euro und 3,00 Euro. Auch die Preise der übrigen laut Getränkekarte angebotenen Getränke bewegen sich in einem niedrigen bis mittleren Preissegment. Softdrinks werden für 2,00 Euro (0,2 l Wasser) bis 3,00 Euro (0,2 l Red Bull), alkoholische Getränke von 2,50 Euro (Bier) bis 5,00 Euro (0,05 l Ramazzotti) angeboten.

Die Nutzung der Gaststätte lässt ebenfalls nicht erkennen, dass die Gaststätte durch den Schankbetrieb geprägt ist. Bei der zuletzt durchgeführten Kontrolle am 15.5.2024 hat sich trotz der Abendzeit der schon bei den früheren Ortsterminen (31.1.2018, 13.2.2020 und 28.2.2020) gewonnene Eindruck bestätigt, dass nur wenige Gäste – es waren sieben Gäste in der Außengastronomie und drei Gäste im Innenbereich – die Gaststätte aufsuchen und der Gesamtkonsum im Beobachtungszeitraum – ausschließlich zwei Tassen Espresso – kärglich ist. Insbesondere konnte bei keiner Kontrolle festgestellt werden, dass auch nur ein Gast ein Glas des teureren, hochprozentigen Alkohols zu sich genommen hätte. Auffällig – aber den Eindruck anhand der optischen Gestaltung der Gaststätte bestätigend – ist

hingegen, dass bei allen Kontrollen, so auch am 15.5.2024, die Geldspielgeräte bedient wurden.

2. Dass die Gaststätte nicht durch eine im Vordergrund stehende Bewirtungsleistung geprägt ist, wird anhand der vorgelegten und vom Steuerberater des Betreibers erläuterten Umsatzzahlen des Betriebs eindrucksvoll bestätigt. Der mit dem gastronomischen Angebot erzielte Umsatz lag sowohl für die im Verwaltungsverfahren nachgewiesenen Monate Juli bis Dezember 2017 als auch für die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachgewiesenen Jahre 2018 und 2019, in denen der Getränkeumsatz jeweils mit der Kennziffer 4400 H und der Provisionsanteil (50 % des Geldspielumsatzes) mit der Kennziffer 4569 H aufgeführt ist, weit unter dem Umsatz, der mit den Geldspielgeräten erzielt worden ist. Während für die Monate Juli bis Dezember 2017 Getränkeumsätze von 365,63 Euro bis 2.392,87 Euro erzielt worden sind, betrug allein der Provisionsanteil für die Geldspielgeräte in derselben Zeit von 1.391,17 Euro bis 1.749,12 Euro, was bei der zur Ermittlung des Geldspielumsatzes vorzunehmenden Verdoppelung jeweils zum Überwiegen der durch das Betreiben der Geldspielgeräte erzielten Einnahmen führt. Gleiches gilt für 2018 und 2019. Während Getränkeumsätze von 24.122,72 Euro und 30.919,04 Euro erzielt worden sind, betrug allein der Provisionsanteil aus dem Geldspielumsatz bereits 16.058,75 Euro und 19.125,20 Euro, woraus sich entsprechende Einnahmen von 32.117,50 Euro und 38.250,40 Euro bei der notwendigen Verdoppelung errechnen. Gleiches gilt für die kurz vor der mündlichen Verhandlung vorgelegte betriebswirtschaftliche Auswertung für die Monate Januar bis August 2024, die der Steuerberater als diejenige der „Bar U.“ bestätigt hat. Diese Aufstellung, die die Erlöslage nach Renovierung der Gaststätte und Erweiterung des Angebots um die Möglichkeit eines frühmorgendlichen „Coffee to go“ widerspiegeln soll, stützt nicht die Annahme, dass die Bewirtungsleistung nunmehr dauerhaft im Vordergrund des Betriebs steht. Vielmehr wird auch mittels dieser Erlöszahlen bekräftigt, dass die Einnahmen aus den Geldspielgeräten im größten Zeitanteil der ausgewerteten Erlöse diejenigen des Getränke-/Snackverkaufs erheblich übersteigen. Selbst wenn davon auszugehen sein sollte, dass – wie ein Mitarbeiter des Steuerberatungsbüros dem Prozessbevollmächtigten des Klägers in einer Verhandlungspause telefonisch bestätigt hat –

die Erlöse aus den Geldspielautomaten nur noch unter dem Konto 4186 aufgeführt werden – und nicht mehr wie zumindest bis 2019 unter dem Konto 4569 (H) –, lässt sich daraus nicht schließen, dass der Betrieb von seinem Umsatz her nunmehr durch die gastronomische Leistung geprägt ist. Auch wenn, was der Kläger unter Vorlage der ersten Seite des Aufstellervertrags mit der T. S. GmbH (nunmehr: T. P. GmbH) bestätigt hat, die Einnahmen aus den Geldspielgeräten weiterhin zu 50 % dem Gastwirt als Erlös zustehen sollten, lässt die Aufstellung nicht erkennen, dass der Betrieb allein aus den Erträgen des Getränke-/Snackverkaufs wirtschaftlich betrieben werden könnte. Schon mit den Einnahmen aus den Geldspielgeräten lag die Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben, soweit sie nicht sogar negativ war, vielfach in einer so geringen Größenordnung, dass eine wirtschaftliche Betriebsführung ohne die Einnahmen aus dem Glücksspiel ausgeschlossen erscheint. Unabhängig davon ergibt sich für die Monate Januar bis einschließlich Mai 2024 durchgehend weiterhin ein Überwiegen der Einnahmen aus den Geldspielgeräten im Vergleich zu denjenigen aus dem Getränke-/Snackverkauf. So bewegten sich die unter dem Konto 4400 geführten Erlöse aus dem Getränke-/Snackverkauf zwischen 3.780,67 Euro (Mai 2024) und 6.034,43 Euro (April 2024), während die – um den Anteil des Automatenaufstellers hochgerechneten, d. h. verdoppelten – Einnahmen aus den Geldspielgeräten unter dem Konto 4186 zwischen 9.664,82 Euro (Mai 2024) und 6.957,82 Euro (April 2024) lagen. Ausschließlich in den Monaten Juni bis einschließlich August 2024 lagen die Erlöse aus dem Getränke-/Snackverkauf über den in diesen Monaten deutlich gegenüber den Vormonaten zurückgegangenen Gesamteinnahmen der Geldspielgeräte. Insoweit stehen im Juni 2024 Erlöse aus dem Getränke-/Snackverkauf von 8.267,22 Euro solchen aus den Geldspielgeräten in Höhe von 5.287,02 Euro, im Juli 2024 Erlöse aus dem Getränke-/Snackverkauf von 9.361,79 Euro denjenigen der Geldspielgeräte in Höhe von 4.227,38 Euro und im August 2024 Erlöse aus dem Getränke-/Snackverkauf von 11.310,95 Euro denjenigen der Geldspielgeräte in Höhe von 4.409,50 Euro gegenüber. Hieraus lässt sich indes keine fortlaufende Tendenz ableiten, die auf ein dauerhaftes Überwiegen der Erlöse aus der gastronomischen Leistung schließen lässt. Insbesondere lässt sich eine solche weder als Folge der Renovierung der Bar noch als Folge des

Frühangebots eines „Coffee to go“ ableiten. Sowohl die Auswirkungen der Renovierung als auch diejenigen der Anfang des Jahres erweiterten Öffnungszeiten für einen „Coffee to go“ hätten sich nicht erst ab Juni 2024 in den unter dem Konto 4400 geführten Umsätzen aus dem Getränke-/Snackverkauf widerspiegeln können, so dass hierfür andere Einflüsse maßgeblich sein müssen. Die genannten Umsätze sind insbesondere nicht schon seit Jahresanfang und nicht erkennbar verlässlich dauerhaft so gestiegen, dass sie allein eine wirtschaftliche Betriebsführung ermöglicht und die Einnahmen aus den Geldspielgeräten überstiegen hätten. Eine Tendenz, nach der die Einnahmen aus den Geldspielgeräten die Umsätze aus dem Getränke-/Snackverkauf im Gegensatz zu den früheren Jahren seit Juni 2024 und künftig dauerhaft übersteigen könnten, behauptet nicht (einmal) der Kläger, der sich den sehr auffälligen Anstieg der Erlöse aus der gastronomischen Leistung und den gleichzeitigen Rückgang der Geldspielumsätze in den Monaten Juni bis August 2024 mit dem Getränkeumsatz in der Außengastronomie in den warmen Sommermonaten und dem Unwillen der Gäste zum Betreten des Innenraums sowie Bespielen der Geldspielgeräte zu erklären sucht. Ein Betrieb, in dem der Umsatz an Getränken und Snacks nur saisonal höher liegt als die Einnahmen aus dem Betrieb zweier Glücksspielgeräte, ist aber nicht mit der erforderlichen Beständigkeit durch den Schank- oder Speisebetrieb geprägt.