

lichen Verfahren). Im Rahmen des weiteren Verfahrens ist zu prüfen, ob und inwieweit Anpassungen des Weges erforderlich und naturschutzrechtlich auszugleichen sind.

[36] 2. Die in der ersten Instanz vorgebrachten naturschutzrechtlichen Bedenken, insbesondere das Vorkommen der Gelbbauchunke in der Kiesgrube „A. H.“, führen nicht zum Abbruch des Erlaubnisverfahrens. Die erhobenen Bedenken sind im Rahmen des fortzusetzenden weiteren Erlaubnisverfahrens mit den vorgesehenen Verfahrensrechten der Kl. zu klären. Sie berechtigen nicht dazu, das Erlaubnisverfahren zu beenden, insbesondere kann – wie dargelegt – die nach § 15 V BNatSchG erforderliche naturschutzfachliche Bewertung und Abwägung nicht außerhalb des Verwaltungsverfahrens und ohne Rücksicht auf den Rechtsstatus des Vorhabens erfolgen. Es ist nicht ersichtlich, dass es im Hinblick auf die Sonderregelungen des § 44 V BNatSchG unausweichlich bei der Erteilung der Erlaubnis zu einem Verstoß gegen § 44 I BNatSchG (naturschutzrechtliches Tötungsverbot) kommen wird. Danach liegt ein Verstoß gegen § 44 I BNatSchG nicht vor, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Soweit erforderlich, können nach § 44 V 3 BNatSchG auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden. Bei der Abwägung nach § 15 V BNatSchG hat der Beekl. zu beachten, dass es sich um ein bauplanungsrechtlich privilegiertes Vorhaben handelt, das in einer in dem Flächennutzungsplan der Verbandsgemeinde Linz festgesetzten Konzentrationsfläche für den Kiesabbau liegt. Die Beigel. hat hierzu auch das nach § 36 BauGB erforderliche Einvernehmen erklärt. Zudem ist bei dieser Fläche in dem „Konzept für einen umweltverträglichen Kiesabbau Landkreis Neuwied“ (1996) kein Konfliktpotenzial erkannt worden. Der Kl. ist auf der Grundlage von entsprechenden Hinweisen der unteren Naturschutzbehörde – soweit erforderlich – die Gelegenheit zur Ergänzung der Antragsunterlagen um Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen einzuräumen.

[37] 3. Dem Sachbescheidungsinteresse der Kl. steht nicht entgegen, dass nach dem rechtskräftigen Urteil des LG Koblenz vom 15.4.2014 – 1.O 626/13, BeckRS 2016, 03809 –

derzeit noch eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten der Firma K. besteht, die für diese ein Wegerecht über die zur Auskiesung vorgesehenen Grundstücke vorsieht. Das Wegerecht ist räumlich beschränkt und hindert allenfalls auf einer geringen Teilfläche die Ausnutzung der beantragten Erlaubnis. Der Kl. stehen zudem zivilrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung, die Auswirkungen des derzeit noch mittig im geplanten Abbaugelände gelegenen und über zumindest drei verschiedene Parzellen führenden Weges durch die Geltendmachung eines Anspruchs auf Verlegung der Grunddienstbarkeit nach § 1023 BGB erheblich zu reduzieren (vgl. *Staudinger/Mayer*, Großkommentar zum BGB, § 1023 Rn. 20 f.). Dies gilt auch dann, wenn die Kl. den Weg auf Dauer auf dieser Trasse erhalten müsste. Für diesen Fall dürfte zumindest die vorübergehende Verlegung der Ausübung des Wegerechts auf eine andere Trasse und die Rückverlegung nach entsprechender Verfüllung des Tagebaus möglich sein. Dem Beekl. obliegt nicht die Aufgabe, die zivilrechtlichen Streitigkeiten der Kl. als Ast. mit Dritten zu klären (vgl. *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2014, 382 Ls. = BeckRS 2014, 46378 zum Bergrecht).

[38] 4. Das Erlaubnisverfahren ist nicht entscheidungsreif und kann vom Senat auch nicht spruchreif gemacht werden. Zwar stehen nach alledem der Erteilung der Erlaubnis nach § 12 WHG keine zwingenden Versagungsgründe entgegen, dem Beekl. ist jedoch nach § 8 WHG bei der Erteilung ein Ermessen eingeräumt. Eine Ermessensreduzierung „auf Null“ ist im Hinblick auf die noch fehlenden ergänzenden Antragsunterlagen, die erforderlichen Ermittlungen und Bewertungen des Beekl. und die Natur des hier gewährten Ermessens (vgl. *BVerfGE* 58, 346 = NJW 1982, 745 = NVwZ 1982, 242 Ls.; *Czychowski/Reinhardt*, Kommentar zum WHG, 10. Aufl., § 8 Rn. 3 ff.) nicht ersichtlich. Wie oben dargelegt, ist das Erlaubnisverfahren „stecken geblieben“ (vgl. *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2010, 468; *BVerwG*, NVwZ 1990, 257 = NJW 1990, 1313 Ls.).

Anm. d. Schriftltg.: Zur ausreichenden Erschließung s. auch *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2015, 179. ■

Wirtschafts- und Gewerberecht

8 Gewerberechtlicher Begriff der Spielhalle

GlüStV §§ 3 VII, 24 I, 29 IV, GewO § 33 i; ZAG §§ 1, 8, 31; NRWAG GlüStV §§ 16, 18

1. Unter den gewerberechtlichen Begriff der Spielhalle fallen nicht Funktionsräume wie zum Beispiel ein Aufsichtsgang oder Toiletten, die lediglich als (gemeinsame) Einrichtungen der Betriebsfähigkeit mehrerer Spielräume dienen, welche ihrerseits als selbständig erlaubnisfähige Spielhallen Gegenstand verschiedener Erlaubnisse nach § 33 i I 1 GewO geworden sind.

2. Die Aufstellung eines EC-Geldautomaten in einem entsprechenden Funktionsraum darf ordnungsrechtlich nicht untersagt werden. (Leitsätze der Redaktion)

OVG Münster, Beschl. v. 19.11.2015 – 4 B 710/15

Zum Sachverhalt: Der Ast. wandte sich mit seinem Eilantrag gegen Ordnungsverfügungen der Ag. vom 26.3.2015, durch die ihm unter Anordnung der sofortigen Vollziehung untersagt wurde, in seinen Spielhallen 1 H.D. (Eingang vorne) bzw. 2 T.D. (Eingang hinten), einschließlich der jeweiligen Funktionsräume, einen EC-Kartenautomaten bereitzustellen.

Das VG lehnte den Antrag ab. Das OVG gab der Beschwerde des Ast. statt.

Aus den Gründen: [4] Die Beschwerdebeurteilung des Ast. rechtfertigt erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der durch die Ag. ausgesprochenen Ordnungsverfügungen, so dass deren Anfechtung im Hauptsacheverfahren Aussicht auf Erfolg verspricht. Vor diesem Hintergrund führt die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vorzunehmende

Interessenabwägung zur Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen diese Verfügungen.

[5] Überwiegendes spricht dafür, dass die Beschwerde zu Recht beanstandet, entgegen der Auffassung des VG habe keine Gefahr für die Öffentliche Sicherheit iSd § 14 I NRWOBG bestanden, welche die ausgesprochenen Untersagungen rechtfertige. Denn ein Verstoß des Ast. gegen das Verbot des § 16 VI Nr. 2 NRWAG GlüStV, in einer Spielhalle technische Geräte zur Bargeldabhebung, insbesondere einen EC-Kartenautomaten, bereitzuhalten, sei nicht festgestellt worden. Feststehe hier lediglich, dass der umstrittene EC-Kartenautomat außerhalb der Spielhallen 1 und 2 bereitgehalten worden sei. Spielhallen iSd § 16 VI Nr. 2 NRWAG GlüStV seien im Einklang mit der insoweit maßgeblichen Definition des § 3 VII GlüStV nur solche Räume, in denen Geldspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit aufgestellt würden. Zu diesen Räumen zähle jedoch insbesondere nicht das Foyer, in dem sich die Theke mit der Aufsicht für die Spielhallen befinde, wo der EC-Kartenautomat bereitgehalten worden sei.

[6] Maßgeblich für die Bestimmung der räumlichen Reichweite des Verbots der Bereitstellung von EC-Kartenautomaten zur Bargeldabhebung nach § 16 VI Nr. 2 NRWAG GlüStV ist in Folge der ausdrücklichen Bezugnahme dieser Norm auf § 16 I NRWAG GlüStV allein der dortige Begriff der Spielhalle. Spielhalle ist hiernach ein Unternehmen oder Teil eines Unternehmens im stehenden Gewerbe, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele iSd § 33 c I 1 oder des § 33 d I 1 der Gewerbeordnung dient; Schank- und Speisewirtschaften sind keine Spielhallen.

[7] Obwohl die Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung für ein Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (NRW LT-Drucks. 16/17, S. 43 f.) keinen näheren Aufschluss über den genauen Inhalt der Begriffsbestimmung in § 16 I NRWAG GlüStV gibt, lässt sich ihr Folgendes entnehmen: Der Landesgesetzgeber ist sich des normativen Rahmens bewusst gewesen, der für das Glücksspiel im Allgemeinen durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag gesetzt wird und wollte mit seinem Ausführungsgesetz lediglich ergänzende landesrechtliche Regelungen schaffen (vgl. NRW LT-Drucks. 16/17, S. 30, unter II).

[8] Deshalb beinhaltet die Begriffsbestimmung des § 16 I NRWAG GlüStV im Verhältnis zu derjenigen des § 3 VII GlüStV zwar eine Verengung des Begriffs der Spielhalle; denn § 3 VII GlüStV erfasst auch die gewerbsmäßige Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit und nimmt das Reisegewerbe sowie Schank- und Speisewirtschaften nicht ausdrücklich aus. Im Übrigen – und damit für den hiesigen Anwendungsfall – stimmen die Begriffe der Spielhalle in § 16 I NRWAG GlüStV und § 3 VII GlüStV aber überein. Da die Definition des § 3 VII GlüStV ihrerseits und zwar gerade im Bereich dieser Übereinstimmung, an den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff des § 33 i I 1 GewO anknüpft (vgl. Dietlein/Hüsken in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 3 GlüStV Rn. 22 und § 2 GlüStV Rn. 15, sowie Begründung zu dem GlüStV, Nds. LT-Drs. 16/4795, 91 letzter Satz), ist davon auszugehen, dass auch § 16 I NRWAG GlüStV diesen Begriff aufnimmt. Dafür sprechen – neben den offenkundigen Übereinstimmungen im Wortlaut – gesetzssystematische

Gründe. Denn die Übergangsbestimmungen des § 18 S. 2 NRWAG GlüStV iVm § 29 IV GlüStV und des § 18 S. 3 NRWAG GlüStV setzen voraus, dass Spielhallen für die Erlaubnisse iSd § 33 i I 1 GewO erteilt wurden, in ihrem erlaubten Bestand auch Spielhallen iSd § 16 I NRWAG GlüStV sind.

[9] Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG ist der gewerberechtliche Begriff der Spielhalle aber dergestalt raumbezogen, dass die Erlaubnis dem Gewerbetreibenden für bestimmte Räume (Spiel-Räume) erteilt wird, in denen die Geräte aufgestellt oder die Spiele veranstaltet werden können (vgl. § 33 i II Nr. 2 GewO; BVerwG, NVwZ-RR 1989, 538 mwN).

[10] Eine Spielhalle ist hiernach ein Raum, der ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele dient (vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 667).

[11] Für den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff ist dagegen nicht kennzeichnend, dass eine selbstständige, in sich geschlossene räumlich-bauliche und organisatorische Einheit vorliegt, die auch bei natürlicher Betrachtungsweise als ein Betrieb angesehen werden kann (vgl. BVerwGE 70, 180 = NVwZ 1985, 269).

[12] Dies hat nicht nur zur Folge, dass benachbarte Betriebsstätten als nach § 33 i I 1 GewO selbstständig erlaubnisfähige Spielhallen angesehen werden können, wenn sie räumlich so getrennt sind, dass bei natürlicher Betrachtungsweise die Sonderung der einzelnen Betriebsstätte optisch in Erscheinung tritt und die Betriebsfähigkeit jeder Betriebsstätte nicht durch die Schließung der anderen Betriebsstätten beeinträchtigt wird (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1989, 538).

[13] Es spricht auch dagegen, dass sich unter den gewerberechtlichen Begriff der Spielhalle in Anknüpfung an betrieblich-organisatorische Zusammenhänge Funktionsräume, wie zB ein Aufsichtsgang oder Toiletten (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1989, 538), fassen lassen, die lediglich als (gemeinsame) Einrichtungen der Betriebsfähigkeit mehrerer Spiel-Räume dienen, welche ihrerseits als selbstständig erlaubnisfähige Spielhallen Gegenstand verschiedener Erlaubnisse nach § 33 i I 1 GewO geworden sind.

[14] Eine Einbeziehung solcher Funktionsräume in den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff stünde nämlich im Hinblick auf § 33 i II Nr. 2 GewO im Widerspruch zu der Annahme, dass diese Spiel-Räume isoliert, also ohne die organisatorische Einheit, die sie mit den Funktionsräumen bilden, Gegenstand einer Erlaubnis nach § 33 i I 1 GewO sein können. Sie hätte zudem zur Folge, dass oftmals dieselben Funktionsräume begrifflich Bestandteil verschiedener Spielhallen wären.

[15] Da davon auszugehen ist, dass § 16 I NRWAG GlüStV den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff aufnimmt, spricht hiernach Überwiegendes dafür, dass Funktionsräume, die außerhalb eines Spiel-Raums liegen, der isoliert als Spielhalle Gegenstand einer Erlaubnis nach § 33 i I 1 GewO geworden ist, dieser Spielhalle (auch) nach § 16 I NRWAG GlüStV nicht als Bestandteile zugerechnet werden können. Im vorliegenden Falle sind die Spielhallen 1 und 2 unter dem 1.9.2010 jeweils als isolierte Spiel-Räume Gegenstand von Erlaubnissen nach § 33 i I 1 GewO geworden. Dies wird ua dadurch deutlich, dass es in den Auflagen Nr. 4 zu diesen Erlaubnissen ausdrücklich heißt,

dass sich der Aufsichtsbereich außerhalb der Spielhalle befindet.

[16] Gegen die Annahme, dass zu einer Spielhalle iSd § 16 I NRWAG GlüStV die entsprechenden Funktionsräume zählen, könnte schließlich die Regelung des § 16 II 1 NRWAG GlüStV sprechen, der in Übereinstimmung mit § 24 I GlüStV ua bereits die Errichtung einer Spielhalle dem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Denn insbesondere ist zweifelhaft, weshalb sich dieser Erlaubnisvorbehalt auf Funktionsräume erstrecken sollte, die als gemeinsame Einrichtungen zwar auch der Betriebsfähigkeit eines Spielraums, überwiegend aber anderen gewerblicher Betriebsstätten dienen.

[17] Der Senat verkennt nicht, dass eine Auslegung des § 16 I NRWAG GlüStV iSd engen Begriffsverständnisses des Ast. dazu führt, dass der mit § 16 VI Nr. 2 NRWAG GlüStV bezweckte Spielerschutz (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung für ein Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, NRW LT-Drucks. 16/17, S. 44) für Fälle verfehlt wird, in denen einer Spielhalle zuzuordnende Aufsichts- und Servicebereiche außerhalb der Spiel-Räume liegen, die von ihren Funktionsräumen isoliert Gegenstand von Erlaubnissen nach § 33 i I 1 GewO und/oder nach § 24 I GlüStV sowie § 16 II 1 NRWAG GlüStV geworden sind. Die Auslegung des § 16 I NRWAG GlüStV muss sich aber an der Funktion orientieren, die dieser Begriffsbestimmung als einer Definition zukommt, die ausdrücklich für das gesamte Gesetz zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrags Geltung beansprucht. Einer auf den Kontext des § 16 VI Nr. 2 NRWAG GlüStV beschränkten Relativierung ist dieser umfassende Geltungsanspruch nicht zugänglich. Denn die letztgenannte Bestimmung betont mit der Formulierung Spielhalle iSd Abs. 1 gerade für ihren speziellen Regelungszusammenhang nochmals die alleinige Maßgeblichkeit der hier in Rede stehenden Begriffsbestimmung. Eine Einschränkung der Möglichkeiten zur Bargeldabhebung, die über die Räumlichkeiten einer Spielhalle hinausgeht und die etwa durch § 4 IV des Spielhallengesetzes Berlin geschaffen wurde (vgl. Vorlage des Senats von Berlin, Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin, Einzelbegründung zu § 4 IV, Abgeordnetenhaus Berlin Drucks. 16/4027, S. 14), hat der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber eindeutig nicht getroffen.

[18] Da keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der EC-Kartenautomat von dem Ast. innerhalb der in den Erlaubnissen vom 1.9.2010 jeweils als Spielflächen (Spiel-Räume) gekennzeichneten Räumlichkeiten der Spielhallen 1 oder 2 bereitgehalten worden ist, spricht Überwiegendes dafür, dass die angefochtenen Untersagungen insgesamt, also nicht nur hinsichtlich ihrer Erstreckung auf die Funktionsräume, rechtswidrig sind.

[19] Dies führt im Rahmen einer Interessenabwägung zu der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage, soweit mit dieser die Untersagungen angefochten werden. Im Zuge dieser Abwägung kann das Interesse des Ast. an der aufschiebenden Wirkung seines erfolversprechenden Rechtsbehelfs nämlich nicht deshalb gegenüber dem öffentlichen Vollzugsinteresse vernachlässigt werden, weil offensichtlich feststünde, dass ihm die Bereithaltung des EC-Kartenautomaten lediglich zu unerlaubten Zahlungsdiensten (§ 1 II Nr. 1 ZAG) diene, die – wie die Ag. in der Begründung ihrer Untersagungsverfügungen (allerdings nicht tragend) ausführt – den Straftatbestand des § 31 ZAG erfüllen.

Die bislang behördlich festgestellten Tatsachen lassen keinen sicheren Schluss auf gesetzeswidrige Zahlungsdienste des Ast. zu. Ein Verstoß gegen § 31 ZAG würde nach § 8 I 1 und § 1 I Nr. 5 ZAG voraussetzen, dass die Zahlungsdienste des Ast. entweder für sich genommen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderten oder dass sie selbst gewerbsmäßig betrieben würden. Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn sich die für die gewerbliche Betätigung erforderliche Gewinnerzielungsabsicht gerade auf die Zahlungsdienste bezöge. Es genügt nicht, wenn die Zahlungsdienste die Gewinnerzielung im Rahmen einer anderen Geschäftstätigkeit – hier des Betriebs der Spielhallen – fördern sollen (vgl. BGH, Beschl. v. 11.6.2015 – 1 StR 368/14, ZWH 2015, 303 = BeckRS 2015, 13331, Rn. 79 ff. [Rn. 95 u. 96]).

[20] Es bestehen bislang keine zureichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Ast. gerade seine Zahlungsdienste – über eine bloße Förderung des Spielhallenbetriebs hinaus – mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht hat. Die von der Ag. festgestellten Tatsachen rechtfertigen auch nicht die Schlussfolgerung, dass diese Zahlungsdienste für sich genommen bereits einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern.

[21] Da § 8 I 1 ZAG mit der Heranziehung dieses Kriteriums eine Parallelregelung zu § 1 I 1 KWG trifft (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zahlungsdienstumsetzungsgesetz, Begründung, BT-Drs. 16/11613, 46 zu § 8 ZAG-E), kann insoweit auf die Rechtsprechung des BVerwG zu § 1 I 1 KWG zurückgegriffen werden.

[22] Hiernach lehnt sich das in Rede stehende Kriterium an Regelungen des Handelsgesetzbuchs an und hängt die Beantwortung der Frage, ob ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist, davon ab, ob die ordnungsgemäße Durchführung der konkret betriebenen Zahlungsdienste nach kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten eine spezifisch kaufmännische Betriebsweise nötig macht (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.6.1980 – BVerwG I C.13.74, GewArch 1981, 70 = BeckRS 1980, 03436).

[23] Soweit auch der Höhe des Umsatzes Bedeutung für die Notwendigkeit einer solchen Betriebsweise zukommt (vgl. BGH, Beschl. v. 11.6.2015 – 1 StR 368/14, ZWH 2015, 303 = BeckRS 2015, 13331 Rn. 94), wird in der handelsrechtlichen Literatur zu § 1 II HGB zwar die Auffassung vertreten, dass bei Jahresumsätzen ab 500.000 Euro in aller Regel außer Zweifel steht, dass eine kaufmännische Betriebsweise erforderlich ist (vgl. Röhrich in Röhrich/v. Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 112).

[24] Aus dem in der Zeit vom 28.2.2015 bis zum 4.3.2015 erzielten Umsatz von zusammen 1890 Euro, der sich aus den in den angefochtenen Untersagungsverfügungen vom 26.3.2015 konkret aufgeführten Zahlungsvorgängen ergibt, lässt sich aber auf einen derart hohen Jahresumsatz der Zahlungsdienste des Ast. nicht schließen. Von daher liegt ein Verstoß des Ast. gegen § 31 ZAG nicht auf der Hand.

[25] Ist die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Untersagungsverfügungen wiederherzustellen, ist auch für ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der hierauf bezogenen Zwangsgeldandrohungen nichts ersichtlich.

Anm. d. Schriftltg.: Zur Untersagung eines Spielhallenbetriebs s. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2015, 613. ■