

1 B 56/24
1 L 2042/23



Oberverwaltungsgericht des Saarlandes

Beschluss

In dem Verfahren

der A., A-Straße, A-Stadt,

– Antragstellerin und Beschwerdeführerin –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte B., B-Straße, B-Stadt, - -

gegen

das Landesverwaltungsamt, vertreten durch den Direktor, Am Markt 7, 66386 St. Ingbert, - -

– Antragsgegner und Beschwerdegegner –

wegen gesetzlicher Einführung eines Rauchverbots in Spielhallen

hat der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch die Vizepräsidentin des Oberverwaltungsgerichts Freichel, den Richter am Oberverwaltungsgericht Körner und den Richter am Oberverwaltungsgericht Haus am 2. September 2024

b e s c h l o s s e n:

Unter entsprechender Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 28. März 2024 - 1 L 2042/23 - wird im Wege einstweiliger Anordnung festgestellt, dass die Antragstellerin vorläufig - bis zum Ergehen einer die 1. Instanz abschließenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Klageverfahren 1 K 889/24 - nicht verpflichtet ist, zu gewährleisten, dass in ihrer Spielhalle in der C-Straße in A-Stadt in einem dort eingerichteten abgetrennten Raucherbereich, in dem keine Spielmöglichkeit angeboten wird, nicht geraucht wird.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,- € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin betreibt neben anderen Spielhallenstandorten im Saarland seit Mai 2023 eine Spielhalle in A-Stadt, vor deren Eröffnung sie entsprechend dem damals gemäß § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpielhG a.F. geltenden partiellen Rauchverbot einen abgetrennten Raucherbereich, in dem keine Spielmöglichkeit angeboten wird, eingerichtet hat. Am 8.12.2023 ist der neu gefasste § 4 SSpielhG in Kraft getreten, nach dessen Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 das Rauchen in Spielhallen seither gänzlich verboten ist. Nach § 6 Abs. 5 Satz 2 SSpielbG besteht in den saarländischen Spielbanken und ihren Zweigspielbetrieben die Möglichkeit, das Rauchen in abgetrennten Raucherbereichen zuzulassen.

Der Antrag vom 12.12.2023, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufig festzustellen, dass die Antragstellerin nicht verpflichtet ist, zu gewährleisten, dass in ihrer Spielhalle in dem dort eingerichteten abgetrennten Raucherbereich nicht geraucht wird, ist vom Verwaltungsgericht durch Beschluss vom 28.3.2024, zugestellt am 29.3.2024, zurückgewiesen worden. Der Antrag sei, wozu näher ausgeführt wird, zulässig; in der Sache bleibe er ohne Erfolg, da ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht sei. Ein solcher ergebe sich nicht bereits aus dem Hinweis Nr. 15 des Erlaubnisbescheids vom 11.11.2021, nach dem das Rauchen in einem abgetrennten Raum der damaligen Gesetzeslage entsprechend gestattet gewesen sei. Ebenso wenig sei die neue Vorschrift ausweislich ihres eindeutigen Wortlauts und des in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers einer verfassungskonformen Auslegung des Inhalts, dass in abgegrenzten Bereichen weiterhin geraucht werden dürfe, zugänglich. Das Feststellungsbegehren könne schließlich nicht unter dem Aspekt einer Verfassungswidrigkeit des für Spielhallen neu eingeführten Rauchverbots Erfolg haben. Dies würde voraussetzen, dass die Kammer von der Verfassungswidrigkeit der Regelung überzeugt ist, was nicht der Fall sei. Die Berufsausübungsfreiheit sei nicht verletzt, da vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls den Eingriff in Art. 12 GG rechtfertigten; so diene das Verbot sowohl dem Nichtraucherschutz als auch dem Spielerschutz. Art. 14 GG mache eine Übergangsregelung zur Vermeidung einer Entwertung der getätigten Investitionen nicht erforderlich und ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liege ebenfalls nicht vor. Insbesondere lasse sich eine Ungleichbehandlung nicht daraus herleiten, dass - anders noch als zur Zeit der im März 2017 ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit der

damaligen Fassung des Saarländischen Spielhallengesetzes - nach neueren Erhebungen die vom sog. Kleinen Spiel an Spielautomaten in Spielbanken und vom AutomatenSpiel in Spielhallen ausgehenden Suchtgefährdungen ähnlich hoch einzuschätzen seien. Denn nach dem „Glücksspielsurvey“ der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung aus dem Jahr 2019/2020 wiesen das Kleine Spiel in der Spielbank einen Anteil an mindestens problematisch Spielenden von 13,8 % (2013/2014: 8,7 %) und die Geldspielautomaten in Spielhallen und Gaststätten einen Anteil von 11,7 % (2013/2014: 28,62 %) auf; eine Studie aus dem Jahr 2021 des Instituts für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung der Universität Bremen komme zu dem Ergebnis, dass unter den Spielenden an Geldspielautomaten in Spielhallen und der Gastronomie ein Anteil von 33,4 % eine Glücksspielbezogene Störung aufweise und unter den Spielenden an Glücksspielautomaten in Spielbanken ein Anteil von 31,5 %. Allerdings gelte das seitens des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit dem Abstands- und Verbundverbot angeführte Argument, dass Spielbanken im Vergleich zu Spielhallen in wesentlich geringerem Umfang verfügbar und Spielhallen aufgrund ihrer größeren Zahl und ihrer Präsenz in den meisten Kommunen im Alltag verankert seien, angesichts des landesweiten Vorhandenseins von (einschließlich der Zweigstellen) sieben Spielbanken im Vergleich zu - immer noch - 121 Spielhallen nach wie vor; in der Gesamtschau belege die Verfügbarkeit und die Verankerung von Spielhallen im Alltag das höhere Gefährdungspotential der Spielhallen und stelle sich als hinreichender Sachgrund für die unterschiedliche Behandlung von Spielbanken und Spielhallen dar.

Die Antragstellerin hat gegen diesen Beschluss am 2.4.2024 Beschwerde eingelegt und stützt diese maßgeblich auf das Vorliegen einer Verletzung des durch Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 44 i.V.m. Art. 12 SVerf gewährleisteten Gleichbehandlungsgrundsatzes, da nach der Gesetzeslage ein absolutes Rauchverbot nur in Spielhallen, nicht aber in Spielbanken, in denen das Rauchen in abgetrennten Bereichen weiterhin zulässig sei, gelte. Für diese Ungleichbehandlung, die die ohnehin bestehende Bevorteilung der Spielbanken (u.a. kein Werbeverbot, Alkoholausschank, keine Beschränkung hinsichtlich Fläche und der Aufstellung der Spielgeräte in Gruppen) verstärke, gebe es keinen sachlichen Grund. Seit Ergehen der seitens des Antragsgegners zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts am 7.3.2017 habe sich die Ausgangslage grundlegend geändert. Das „Kleine Spiel“ in Spielbanken weise nach aktuellen Untersuchungen einen Anteil von 13,8 % an mindestens problematisch Spielenden (zuvor: 8,7 %) auf, während auf die Geldspielautomaten in Spielhallen und Gaststätten nur noch ein Anteil von 11,7 % (zuvor: 28,62 %) entfalle, und sei daher mittlerweile das gefährlichste stationäre Spiel von allen Glücksspielangeboten. Zwar ziehe das Verwaltungsgericht diese aktuellen Erkenntnisse nicht in Zweifel, verkenne aber, dass diese der damaligen auf das Gefährdungspotential abstellenden Argumentation des Bundesverfassungsgerichts die Grundlage entzogen hätten. Das auf Spielhallen beschränkte Rauchverbot konterkarriere das Gesetzesziel, dem Spielerschutz zu dienen. Denn im Saarland gebe es eine - im bundesweiten Vergleich weit überdurchschnittlich - hohe Zahl an Spielbankenstandorten, die in den besiedelten Landesteilen flächendeckend von Westen nach Osten verteilt und von überall her ohne größeren Aufwand erreichbar seien; hinzu trete, dass es in zahlreichen saarländischen Gemeinden inzwischen keine Spielhallen mehr gebe. Auch werde im Internet mit der Möglichkeit, in den Spielbanken zu rauchen, geworben; es sei unerheblich, wer diese Werbung veranlasse, da allein die Tatsa-

che, dass hiermit geworben werde, die Bedeutung des Rauchens für den Entschluss, wo man spiele, bestätige. Die Geltung des Rauchverbots nur in Spielhallen habe angesichts der aufgezeigten Gegebenheiten zur Folge, dass Kunden, die rauchen wollen, in die Spielbanken abwanderten; dieser Effekt spiegele sich in den seit Inkrafttreten des Gesetzes festzustellenden, durch entsprechende Erhebungen belegten Umsatzeinbrüchen der streitgegenständlichen Spielhalle und der saarländischen Spielhallen im Allgemeinen wider, die sich auf ca. 30 % beliefen. Angesichts all dessen fehle jede vernünftige Begründung, weshalb der Landesgesetzgeber, wenn er ein Rauchverbot für notwendig erachte, dieses nicht konsequenterweise auf Spielhallen und Spielbanken ausdehne. Zudem stünden die Geldspielgeräte in den Spielbankenstandorten dicht gedrängt auf enger Fläche, was bei Spielhallen aus Gründen der Suchtproblematik als problematisch angesehen werde, und in örtlicher Nähe zu den übrigen dort angebotenen Glücksspielen. So gebe es in den sieben saarländischen Spielbankstandorten insgesamt 774 Glücksspielautomaten. Die Zahl der Geldspielgeräte in den derzeit noch 121 saarländischen Spielhallen¹ belaufe sich demgegenüber nur auf 985. Die Raucherkabinen in den Spielbanken seien verglast, so dass die Spielenden ihre Geräte im Auge behalten könnten. All dies diene nicht dem angeblich angestrebten Spielerschutz, sondern laufe ihm sowie der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts zuwider, nach der dem Saarland aufgegeben sei, „eine an § 1 GlüStV orientierte Beschränkung sowohl der Dependancen oder Zweigniederlassungen der Spielbanken als auch des Angebots an Spielautomaten an den einzelnen Standorten der Spielbanken durchzusetzen“. Spätestens seit Inkrafttreten der Neuregelung sei es - entgegen der damaligen Argumentation des Bundesverfassungsgerichts - nicht mehr gerechtfertigt, anzunehmen, dass das Angebot des Automatenspiels in Spielbanken im Saarland in seiner tatsächlichen Ausgestaltung nicht den Zielen der Bekämpfung der Spielsucht und der Kanalisierung des Spieltriebs widerspreche und sich nicht an den fiskalischen Interessen des Landes orientiere; ebenso sei die weitere Annahme des Bundesverfassungsgerichts, die absolute Zahl der Spielautomaten in Spielbanken werde erheblich geringer bleiben als die Zahl der Spielgeräte in Spielhallen, durch die inzwischen nahezu identischen Zahlen widerlegt. Das Saarland werde seiner Obliegenheit, „dafür Sorge zu tragen, dass die Reduzierung der Zahl der Spielhallen nicht durch eine Ausweitung des Automatenspiels und eine Vermehrung der Standorte von Spielbanken und ihren Dependancen konterkariert wird“, nicht gerecht. Die in Anlehnung an das Bundesverfassungsgericht seitens des Antragsgegners als Sachgrund der unterschiedlichen Behandlung angeführte These, das Spiel in Spielbanken sei anders als das Spiel in den überall verfügbaren Spielhallen aus dem Alltag hervorgehoben, könne angesichts der aufgezeigten Veränderungen der Rahmenbedingungen nicht mehr verfangen. Daran ändere die in der Beschwerdeerwiderung zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nichts, da es dort, anders als vorliegend, an einem entsprechenden Sachenvortrag gefehlt habe. Wie wichtig die Rauchmöglichkeit für die staatlichen Standorte aus finanzieller Sicht sei, zeige sich daran, dass infolge der Erwägungen des Senats in seinem Beschluss vom 20.11.2014 im Saarländischen Nichtraucherschutzgesetz (gemeint: Saarländisches Spielbankgesetz) ausdrücklich geregelt worden sei, dass in den Spielbanken weiterhin geraucht werden dürfe;

¹ nach der sog. Trümper-Studie des Arbeitskreises Sucht e.V. (Stand 1.1.2022) gebe es nur noch 92 Spielhallen, vgl. Anlage B 2; nach der aktuellsten Auswertung des Automaten-Verbands-Saar e.V. gebe es 94 Spielhallenstandorte mit 985 Geldspielgeräten, vgl. Anlage B 3

die Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren belegten, dass ein Zusammenhang mit dem erwirtschafteten Bruttospielbetrag und dem Rauchen in den Spielbanken gesehen worden sei. Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes zur Ungleichbehandlung von privaten Wettvermittlungsstellen und staatlichen Lotto-Annahmestellen während der Corona-Pandemie bestätige ebenfalls, dass die geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des nur für Spielhallen geltenden Rauchverbots berechtigt seien. Schließlich müsse der verfahrensgegenständliche Antrag unabhängig von der Frage der Verfassungswidrigkeit des Rauchverbots Erfolg haben, da unter Ziffer III.15 des erteilten und nicht widerrufenen Erlaubnisbescheids gestattet worden sei, das Rauchen in einem untergeordneten und abgetrennten Bereich zuzulassen; diese Bestimmung in der erteilten Erlaubnis entfalte, wozu näher ausgeführt wird, Legalisierungswirkung, die gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SVwVfG bis zu einem etwaigen Widerruf gelte. Die seitens des Verwaltungsgerichts offen gelassene Frage des Bestehens eines Anordnungsgrundes sei auf der Grundlage einer Interessenabwägung zu beantworten, die angesichts der Unzumutbarkeit einer erstmaligen rechtlichen Klärung in einem Bußgeldverfahren und der eine Verletzung in ihren Grundrechten bewirkenden jedenfalls teilweise nicht rückgängig zu machenden wirtschaftlichen Folgen der Ungleichbehandlung zu ihren Gunsten ausgehen müsse. Sie habe zwecks Einrichtung einer Raucherkabine erhebliche Investitionen getätigt und sei durch die seit Inkrafttreten der Neuregelung zu verzeichnenden Umsatzrückgänge in ihrer Existenz bedroht.

Der Antragsgegner führt aus, es gebe kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass sich eine Rechts- bzw. Gesetzeslage nicht ändere. Die Eingriffsintensität sei gering. Die Spielhalle könne weiterbetrieben werden und eine Existenzgefährdung sei durch nichts belegt, zumal die Antragstellerin weitere Spielhallen im Saarland betreibe. Die Befürchtung einer Abwanderung von Kunden in die Spielbanken sei spekulativ, zumal nur 22,7 % der 18- bis 64-Jährigen rauchten und die Raucher inzwischen daran gewöhnt seien, dass sie zum Rauchen nach draußen gehen müssten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei es gerechtfertigt, Spielhallen und Spielbanken unterschiedlich zu regulieren, und das unionsrechtliche Kohärenzgebot sei erst verletzt, wenn divergierende Regelungen die verfolgten Gemeinwohlziele sektorenübergreifend nicht nur berührten, sondern in einer Weise unterliefen, die ihre Eignung zur Zielerreichung aufhebe. Spielbanken seien aufgrund der begrenzten Zahl der Standorte aus dem Alltag herausgehoben, während das Spiel in Spielhallen aufgrund der großen Verfügbarkeit und der wesentlich zahlreicheren Standorte Bestandteil des alltäglichen Lebens sei. Hiervon sei auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 17.11.2023 ausgegangen. Im Übrigen sei hinsichtlich der Zahl der Spielhallen klarzustellen, dass es - Stand 30.4.2024 - im Saarland 118 Spielhallen mit 1191 Geldspielgeräten gebe; in den Spielbanken befänden sich 756 Automaten. Eine Gestattung des Rauchens, die trotz zwischenzeitlicher Gesetzesänderung fortgelte, lasse sich, wie das Verwaltungsgericht dargelegt habe, dem Bescheid nicht entnehmen; die dortige Formulierung unter Ziffer III.15 sei ein bloßer Hinweis entsprechend der damals geltenden Rechtslage.

Auf die Hinweis- und Aufklärungsverfügung des Senats vom 17.7.2024 hat die Antragstellerin mitgeteilt, in der Hauptsache sei unter dem Aktenzeichen 1 K 889/24 Klage erhoben. Der Antragsgegner hat zu der Ausgestaltung der Raucherkabinen in den Spielbankstandorten ausgeführt sowie betont, dass in den Spielbanken für das dort mögliche Rauchen nicht geworben werde und es in den

Raucherkabinen keine Spielangebote gebe. Beide Beteiligten haben ihre jeweiligen Standpunkte vertieft.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin hat Erfolg. Ihr Antrag, vorläufig festzustellen, dass sie nicht verpflichtet ist, zu gewährleisten, dass in der streitgegenständlichen Spielhalle in einem dort eingerichteten abgetrennten Raucherbereich, in dem keine Spielmöglichkeit angeboten wird, nicht geraucht wird, ist zulässig (1) und begründet (2).

1. Zutreffend geht das Verwaltungsgericht von der Zulässigkeit des im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verfolgten Begehrens der Antragstellerin aus.

Es hat insoweit dargelegt, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung in Gestalt einer vorläufigen Feststellung des in der Hauptsache sachlich Begehrten zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes geboten sein kann, wenn es um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis geht. Eine solche Feststellungsanordnung komme insbesondere in Fällen in Betracht, in denen - wie vorliegend - ein Betroffener Rechtsschutz zur Sicherung seiner Rechte sucht, die er aus der von ihm angenommenen Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung herleitet. Auch sei im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO die Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses im Streit, nämlich die Klärung, ob die Antragstellerin berechtigt ist, wie bisher und entgegen der neu gefassten Regelung in § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpielhG in ihrer Spielhalle das Rauchen in einem dort eingerichteten abgetrennten Raucherbereich zu ermöglichen; das notwendige Rechtsschutzbedürfnis sei angesichts der Bußgeldbewehrung des Rauchverbots und eines im Fall der Zuwiderhandlung drohenden Widerrufs der Spielhallenerlaubnis ebenfalls gegeben.

Alldem ist auf der Grundlage der ständigen höchstrichterlichen² und obergerichtlichen³ Rechtsprechung uneingeschränkt zuzustimmen. Das Bundesverfassungsgericht hat gerade auch in seiner zur Verfassungsmäßigkeit der ursprünglichen Fassung des Saarländischen Spielhallengesetzes ergangenen Entscheidung vom 7.3.2013⁴ die Notwendigkeit einer vorbeugenden und mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz verbundenen negativen Feststellungsklage zur (fachgerichtlichen) Klärung der Verbindlichkeit gesetzlicher Verbote und Verpflichtungen aufgezeigt. Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts ergänzend sei mit Blick auf das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache angemerkt, dass

² BVerfG, Beschluss vom 24.6.1992 - 1 BvR 1028/91 -, juris Leitsätze und Rn. 20 ff., Stattgebender Kammerbeschluss vom 7.4.2003 - 1 BvR 2129/02 -, juris Rn. 12 ff., Nichtannahmebeschlüsse vom 5.9.2005 - 1 BvR 1781/05 -, juris Rn. 10, vom 15.12.2011 - 2 BvR 2362/11 -, juris Ls. 2 und 4b, Rn. 4 f., und vom 14.8.2013 - 2 BvR 1601/13 -, juris Rn. 3 f., jew. m.w.N.

³ Hamburgisches OVG, Beschlüsse vom 4.3.2014 - 4 Bs 328/13 -, juris Rn. 10 f., und vom 19.5.2015 - 4 Bs 14/15 -, juris Rn. 13 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.10.2014 - OVG 1 S 30.13 -, juris Rn. 17 f.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013 - 1 BvR 1874/13 u.a. -, juris Rn. 85 - 87

dieses Verbot der begehrten einstweiligen Anordnung nicht entgegensteht; eine Vorwegnahme ist ausnahmsweise zulässig, wenn sie zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, weil die sonst zu erwartenden Nachteile erheblich, unzumutbar und nicht mehr zu beseitigen wären. Dass die begehrte vorübergehende Aussetzung des Rauchverbots gegebenenfalls bezüglich der Vergangenheit nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, schadet nicht; eine solche zeitweise Vorwegnahme wohnt notwendigerweise jeder vorläufigen Entscheidung inne.⁵

2. Die fristgerecht begründete und auch sonst zulässige Beschwerde hat Erfolg.

Die zur Beschwerdebegründung am 2. und 29.4.2024 eingereichten Schriftsätze, die gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO den Umfang der seitens des Senats vorzunehmenden Prüfung beschränken, und die Ausführungen der Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 22.5.2024, vom 19.7.2024 und vom 5.8.2024, soweit diese den fristgerechten Beschwerdevortrag ergänzen bzw. auf die Hinweise des Senats eingehen, geben Veranlassung, die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern.

2.1. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch nach § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. § 920 ZPO glaubhaft gemacht.

2.1.1. Dem Verwaltungsgericht ist zunächst darin zuzustimmen, dass sich ein solcher Anordnungsanspruch nicht bereits aus einer das Rauchen im abgetrennten Bereich - ungeachtet künftiger Änderungen der Gesetzeslage - legalisierenden Wirkung der Ausführungen unter Punkt III.15 des Bescheids herleitet.

Der Erlaubnisbescheid enthält unter Gliederungspunkt „III. Hinweise“ Ziffer 15 in Bezug auf das Rauchen in Spielhallen Ausführungen, die ausweislich der gewählten Formulierung lediglich die insoweit durch § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpielhG a.F. und die hierzu ergangene Rechtsprechung vorgegebene Rechtslage erläutern. So heißt es einleitend, „Rauchen ist ... gestattet“, nicht „Rauchen wird ... gestattet“, bzw. an späterer Stelle „ist ... untersagt“, nicht „wird ... untersagt“. Ferner heißt es, der Antragsgegner gehe in Anlehnung an die Rechtsprechung des Senats „davon aus, dass ... die Anforderungen des Gesetzes ... erfüllt sind, wenn ...“, und es folgt eine Zusammenfassung der Bedeutung dieser Rechtsprechung im konkreten Fall; all dies entspricht nicht der Diktion, die üblicherweise gewählt wird, wenn behördlicherseits eine Regelung getroffen werden soll, sondern lässt typischerweise auf eine bloße Information zur Rechtslage schließen, die sich naturgemäß auf die zur Zeit der Erlaubniserteilung aktuelle Rechtslage bezogen hat. Dass die Ausführungen zum Rauchen und den insoweit zu beachtenden Anforderungen dem Gliederungspunkt „III. Hinweise“, nicht dem Gliederungspunkt „II. Nebenbestimmungen“ des Bescheids zugeordnet sind, bestätigt den Befund, dass der Antragsgegner nicht beabsichtigt hatte, bestimmte

⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.10.2014, a.a.O., Rn. 18; Hamburgisches OVG, Beschluss vom 19.5.2015, a.a.O., Rn. 17; vgl. auch Bayerischer VGH, Beschluss vom 30.11.2010 - 9 CE 10.2468 -, juris Ls. 1 und Rn. 20 ff. (zu einer vorbeugenden Feststellungsklage begleitenden einstweiligen Untersagung der Anwendung eines Gesetzes seitens der Behörde)

Modalitäten des Gebrauchmachens von der Erlaubnis einer eigenständigen Regelung zuzuführen.⁶

2.1.2. Ein Anordnungsanspruch ist indes mit Blick auf die angezweifelte Verfassungsgemäßheit des § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpielhG n.F. dargetan; nach Überzeugung des Senats wird sich die gesetzliche Vorgabe eines strikten Rauchverbots in Spielhallen voraussichtlich im Hauptsacheverfahren als materiell verfassungswidrig erweisen, weil das Rauchen in der Vergleichsgruppe der Spielbanken unverändert erlaubt bleibt. Eine Regelung diesen Inhalts bewirkt einen gleichheitswidrigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin.

Eine einstweilige Anordnung im Hinblick auf die von der Antragstellerin geltend gemachte mögliche Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ist bei formellen Gesetzen nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 100 Abs. 1 GG möglich; das Gericht muss von der Verfassungswidrigkeit der in Rede stehenden Vorschrift überzeugt sein.⁷

Der Antragstellerin wurde unter dem 11.11.2021 die Erlaubnis zum Betrieb der verfahrensgegenständlichen Spielhalle erteilt; nach entsprechenden Umbauarbeiten hat sie diese am 31.5.2023 eröffnet. Entsprechend der Erlaubnis und der damaligen Rechtslage hat sie inmitten des Raumes eine verglaste Raucherkabine eingebaut, um ihren Kunden die Möglichkeit zu geben, während einer Spielpause ohne Verlassen der Spielhalle und ohne Beeinträchtigung der übrigen Anwesenden zu rauchen. Dieses Konzept ist seit Inkrafttreten der ein striktes Rauchverbot vorsehenden Regelung in § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpielhG n.F. hinfällig geworden. Die Antragstellerin muss nach der neuen Gesetzeslage sicherstellen, dass in der Spielhalle niemand raucht. Damit greift die aktuelle Regelung in ihre durch Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit als Betreiberin einer Spielhalle⁸ ein; ihr wird die Möglichkeit genommen, das Angebot ihrer Spielhalle für rauchende Kunden attraktiv zu gestalten, während Spielbanken weiterhin die Möglichkeit des Rauchens in Raucherkabinen anbieten können.⁹ Ein Sachgrund, der geeignet wäre, die dieser Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin innewohnende Ungleichbehandlung im Verhältnis zu den Spielbanken zu rechtfertigen, ist nicht gegeben.

Berufsausübungsregelungen müssen nicht nur den Anforderungen genügen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, sie müssen vielmehr auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsgemäß sein und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei ist dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung verwehrt. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Eine

⁶ vgl. zur Abgrenzungsproblematik z.B.: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Komm. 25. Aufl. 2024, § 36 Rn. 11 f.; Ziekow, VwVfG, Komm., 4. Aufl. 2020, § 36 Rn. 4 und § 35 Rn. 34

⁷ z.B. Hamburgisches OVG, Beschluss vom 19.5.2015, a.a.O., Rn. 21 m.w.N.

⁸ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 120

⁹ vgl. zu einer ähnlich gelagerten Problematik: BVerfG, Beschluss vom 24.1.2012 - 1 BvL 21/11 -, juris Rn. 43

strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich insbesondere aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Denn dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.¹⁰

Kraft der Neuregelung sind nunmehr zwar Spielhallen und Gaststätten, was das Rauchen angeht, gleichgestellt, denn die Einrichtung von Raucherbereichen in Gaststätten ist im Saarland schon seit dem 1.7.2010 nicht mehr zulässig. Im Gegensatz hierzu darf in den Spielbanken und deren Zweigspielbetrieben nach der am 13.1.2017 in Kraft getretenen Regelung des § 6 Abs. 5 SSpielbG ungeachtet der dort befindlichen Gastronomie weiterhin in abgetrennten Raucherbereichen geraucht werden. Hintergrund der Einführung des § 6 Abs. 5 SSpielbG war ein Beschluss des Senats vom 20.11.2014, in dem die Frage erörtert wurde, ob in Spielbanken kraft des § 2 Abs. 1 Nr. 7 SNRSchG ein absolutes Rauchverbot gilt¹¹; dies hatte den Landesgesetzgeber veranlasst¹², „klarzustellen“, dass dies nicht der Fall sei, das Rauchen vielmehr in abgetrennten - bereits 2010 eingerichteten - Raucherbereichen zulässig sei.

Damit ist das Rauchen in Spielhallen und Spielbanken im Saarland seit Inkrafttreten des § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpielhG n.F. am 8.12.2023 unterschiedlich geregelt; die Betreiber von Spielhallen werden Beschränkungen unterworfen, die für den Betrieb von Spielbanken nicht gelten. Dies obwohl das Bundesverfassungsgericht dargelegt hat, dass beide Gruppen insofern wesentlich gleich sind, als in ihren Betrieben jeweils - zumindest auch - Glücksspiel um Geld an Spielautomaten bzw. Geldspielgeräten angeboten wird; dass sich die Bauart der Spielautomaten in Spielbanken von derjenigen der Geldspielgeräte in Spielhallen unterscheidet, begründet keine wesentlichen, die Vergleichbarkeit ausschließenden Unterschiede.¹³

Gleichzeitig besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass in wirtschaftlicher Hinsicht ein Konkurrenzverhältnis zwischen den privat betriebenen Spielhallen und den Spielbanken besteht, was die Erforderlichkeit eines Sachgrundes für Regelungen, die das Potential haben, die Attraktivität des Spielens in Spielhallen zu mindern und daher wettbewerbsverzerrend in das Marktgeschehen eingreifen können, angesichts der fiskalischen Interessen des Landes in besonderem Maße zu Tage treten lässt.¹⁴

So gehören die wesentlichen Anteile an der Betreibergesellschaft der saarländischen Spielbanken gemäß § 5 Abs. 3 SSpielbG dem Saarland, das nach Maßgabe der §§ 14 Abs. 1, 15 SSpielbG wesentliche Teile des Bruttospielertrags und des Gewinns der Spielbanken abschöpft; dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 7.3.2013 zu der Feststellung veranlasst, es sei nicht

¹⁰ BVerfG, Beschlüsse vom 24.1.2012, a.a.O., Rn. 40 f., und vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 171; Hamburgisches OVG, Beschluss vom 19.5.2015, a.a.O., Rn. 26 mit zahlreichen Nachweisen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung

¹¹ OVG des Saarlandes, Beschluss vom 20.11.2014 - 1 B 351/14 -, amtl. Abdr. S. 8 f.

¹² Landtags-Drs. 15/1891 vom 6.7.2016, S. 1 f., 4

¹³ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 172

¹⁴ vgl. hierzu: BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 122

ausgeschlossen, dass das Verbundverbot und die weiteren Beschränkungen des (damals) neuen Spielhallengesetzes indirekt auch fiskalische Interessen des Landes durch Verlagerung auf das Angebot der Spielbanken fördern. Insoweit bestehe ein Konkurrenzverhältnis zwischen den Spielhallen und den Spielbanken, die im Saarland Dependancen oder Zweigniederlassungen betreiben, in denen ausschließlich und losgelöst von den übrigen Glücksspielangeboten der Spielbanken vergleichbares Glücksspiel an Automaten bzw. Geräten angeboten wird, zumal die Spielbanken durch die ausdrückliche Ausnahme in § 33 h Nr. 1 GewO von der Anwendbarkeit der spielhallenbezogenen Regelungen der Gewerbeordnung ausgenommen seien.¹⁵

Einen hinreichend gewichtigen Sachgrund, der geeignet wäre, den durch das strikte Rauchverbot des § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpielhG bedingten Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Spielhallenbetreiber trotz unverändert fortbestehender Zulässigkeit des Rauchens in Spielbanken und ungeachtet deren vergleichbaren Glücksspielangebots an Automaten bzw. Geräten zu rechtfertigen, vermag der Senat nicht zu erkennen.

Grundsätzlich ist es Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich oder ungleich ansehen will. Der Gesetzgeber muss allerdings eine Auswahl sachgerecht treffen. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder anderweitig einleuchtender Grund für die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt.¹⁶

a) Der Gesetzesbegründung anlässlich der Einführung eines absoluten Rauchverbots in Spielhallen sind keine Erwägungen zur Frage einer etwaigen Gleich- bzw. Ungleichbehandlung im Verhältnis zwischen Spielhallen und Spielbanken zu entnehmen. Der Hinweis, mit der Einführung eines vollständigen Rauchverbots entfallende die bisherige atypische Möglichkeit für Spielhallenbetreiberinnen und Spielhallenbetreiber, das Rauchen in untergeordneten und abgetrennten Bereichen zu gestatten¹⁷, bezieht sich seinem Sinngehalt nach allein auf die Vergleichsgruppe der Gaststätten. Insoweit sei angemerkt, dass das Ausblenden der Vergleichsgruppe der Spielbanken in der Gesetzesbegründung angesichts der seit Jahren geführten rechtlichen Diskussion zum Gleichbehandlungsgrundsatz im Dreiecksverhältnis Spielbanken - Spielhallen - Gaststätten durchaus verwundert, zumal die jeweilige Vergleichsproblematik in der Leitlinien des Spielhallenrechts aufzeigenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2013 erörtert ist.¹⁸

b) Dass die Gesetzesbegründung insoweit unergiebig ist, schließt indes nicht aus, dass sachliche Gründe für die nunmehrige Ungleichbehandlung des Rauchens in Spielhallen und in Spielbanken streiten mögen. Für die verfassungsrechtliche Prüfung ist nicht ausschlaggebend, ob die maßgeblichen Gründe für

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 142

¹⁶ z.B. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 29.9.2010 - 1 BvR 1789/10 -, juris Rn. 27 m.w.N.

¹⁷ Landtags-Drs. 17/447 vom 15.6.2023, S. 19

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017, a.a.O., Rn. 141 ff., 170 ff.

die gesetzliche Neuregelung im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich als solche genannt wurden oder gar den Gesetzesmaterialien zu entnehmen sind; nicht die subjektive Willkür des Gesetzgebers führt zur Feststellung eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, sondern die objektive Unangemessenheit der Norm im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, die sie regeln soll.¹⁹ Ein die unterschiedliche Behandlung rechtfertigender Sachgrund ist allerdings nicht dargetan und bei Würdigung des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens nicht erkennbar.

aa) Der Aspekt des Nichtraucherschutzes scheidet als sachlich tragender Differenzierungsgrund von vornherein aus. So ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen es sachangemessen sein sollte, den mit einem absoluten Rauchverbot im Vergleich zu dem in Spielbanken fortgeltenden partiellen Rauchverbot einhergehenden gesteigerten Nichtraucherschutz nur den in Spielhallen spielenden Nichtrauchern und dem dortigen Personal zugutekommen zu lassen. Dem Nichtraucherschutz ist in beiden Arten von Spielstätten der gleiche Stellenwert zuzubilligen²⁰ und der den Spielbanken zugeschriebene Abstand vom Alltag rechtfertigt ein unterschiedliches Nichtraucherschutzniveau keinesfalls.

bb) Unter dem Aspekt Spielerschutz verweisen der Antragsgegner und das Verwaltungsgericht auf das dem Glücksspiel an Geldautomaten innewohnende Suchtpotential und meinen, die Regelung diene der Vermeidung einer Kumulation potenziell suchtgefährdenden Verhaltens und damit unmittelbar dem Spielerschutz. Durch die erzwungene Spielpause werde dem Spieler ermöglicht, vom Spielgeschehen Abstand zu nehmen. Es erscheine ohne weiteres plausibel, dass das durch das Rauchverbot erzwungene Verlassen der Spielhalle zum Zwecke des Rauchens eine größere Distanz zum Spielgeschehen schaffe als das Aufsuchen eines Raucherraums innerhalb der Spielhalle.

Diese Erwägungen mögen für sich genommen nachvollziehbar erscheinen. Sie erklären allerdings nicht, aus welchen Gründen ein in dieser Weise praktizierter Spielerschutz in Bezug auf die Spieler, die das im Wesentlichen gleichartige Automatenspielangebot der Spielbanken nutzen, nicht angestrebt bzw. nicht als angezeigt erachtet wird. Die hierin liegende unterschiedliche Handhabung rechtfertigt sich, wie das Verwaltungsgericht einräumt, insbesondere nicht (mehr) aus einem in validen Erhebungen festgestellten höheren Suchtpotential des Spiels in Spielhallen.

So stellt das Verwaltungsgericht vor dem Hintergrund der Ergebnisse der seitens der Antragstellerin bereits in erster Instanz angeführten aktuellen Studien zum Suchtpotential des Spiels an Geldautomaten in Spielhallen bzw. Spielbanken nicht in Frage, dass sich das dem Geldautomatenspiel innewohnende Suchtpotential seit Ergehen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2013 verschoben hat. Die neueren Studien deuteten darauf hin, dass - im Unterschied zu dem noch vom Bundesverfassungsgericht zugrunde gelegten Erkenntnisstand - inzwischen vom Automatenspiel in Spielhallen und Spielbanken

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 24.1.2012, a.a.O., Rn. 47

²⁰ vgl. im Einzelnen: BVerfG, Beschluss vom 24.1.2012, a.a.O., Rn. 48 ff.

ungeachtet der Frage der Verfügbarkeit eine ähnlich hohe Gefährdung ausgehen könnte.

Das Verwaltungsgericht meint allerdings, dies ändere nichts daran, dass die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, soweit sie auf das mit der größeren Verfügbarkeit des Spielhallenangebots im Alltag einhergehende Gefährdungspotential abstellt, nach wie vor verfangen und geeignet sei, die unterschiedliche Behandlung von Rauchern in Spielhallen und Spielbanken zu rechtfertigen. Dies überzeugt nicht.

Zunächst ist festzustellen, dass die vorbezeichnete Argumentation des Bundesverfassungsgerichts einen anderen Bezugspunkt als das damals für Spielhallen vorgesehene partielle Rauchverbot hatte. Die Regelung des § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpielhG a.F. (Rauchen nur in abgetrennten Raucherräumen) war zwar von den damaligen Verfassungsbeschwerdeführern ebenfalls angegriffen worden, allerdings wurde die Verfassungsbeschwerde insoweit als unzulässig zurückgewiesen, weil die Beschwerdeführer es versäumt hatten, zuvor um einstweiligen Rechtsschutz bei den Fachgerichten nachzusuchen.²¹ Die Verfassungsmäßigkeit des partiellen Rauchverbots war daher nicht Gegenstand der materiellrechtlichen Prüfung.

Im Rahmen seiner Sachprüfung, ob insbesondere das Verbundverbot und das Abstandsgebot eine Ungleichbehandlung der Spielhallen im Verhältnis zu den Spielbanken bewirken, hat das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf Spielbanken darauf hingewiesen, dass insoweit umfangreiche Spielerschutzvorschriften gelten, sich deren Angebotsumfang nicht an fiskalischen Interessen orientieren dürfe und die Spielbanken staatlicher Aufsicht unterlägen.²² In Bezug auf Spielhallen habe der Gesetzgeber auf die deutliche Expansion der Spielhallenbranche in den Jahren vor der Neuregelung reagieren und Maßnahmen zur Verminderung der Griffnähe und Verfügbarkeit des Spiels an Geldspielgeräten in Spielhallen ergreifen dürfen.²³ Die Reduzierung der Verfügbarkeit von Spielmöglichkeiten sei nach Einschätzung der Suchtwissenschaft und -beratungspraxis besonders wirksam zur Verhinderung und Bekämpfung von Glücksspielsucht.²⁴ Ein Sachgrund für die unterschiedliche Behandlung von Spielhallen und Spielbanken ergebe sich aus dem unterschiedlichen Gefährdungspotential beider Typen von Spielstätten (Verankerung im Alltag bei Spielhallen gegenüber Abstand vom Alltag bei Spielbanken) und der sehr unterschiedlichen Verfügbarkeit der Spielmöglichkeiten. Aufgrund dieser sich auch auf die Suchtproblematik auswirkenden Unterschiede sei eine Ungleichbehandlung durch Vorschriften, die eine mengenmäßige Begrenzung des Spiels in Spielhallen bezwecke, gerechtfertigt.²⁵

Diese antragsgegnerseits in Bezug genommenen Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts zu der aus dem Alltag hervorgehobenen Rolle der Spielbanken

²¹ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rdnrn. 84 ff.

²² BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 143 ff.

²³ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 150 f.

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 158

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 174

im Vergleich zur allgegenwärtigen Verfügbarkeit von Spielhallen überzeugen hinsichtlich der damals verfahrensgegenständlichen Maßnahmen zur mengenmäßigen Begrenzung des Spiels in Spielhallen durchaus.

Es erschließt sich aber nicht, inwiefern diese Erwägungen geeignet sein sollten, der streitgegenständlichen unterschiedlichen Behandlung von Rauchern in Spielhallen und Rauchern in Spielbanken einen rechtfertigenden Sachgrund zu bieten. Das Maß der Verfügbarkeit der unterschiedlichen Spielstätten bzw. das Ausmaß von deren Verankerung im Alltag weist keinen Bezug zu der Wirkweise eines Rauchverbots auf.

Nach dem Vortrag des Antragsgegners soll mit dem Rauchverbot erreicht werden, dass Spieler, die rauchen möchten, die Spielhalle verlassen müssen. Das Verwaltungsgericht hält es für plausibel, dass dies eine größere Distanz zum Spielgeschehen schafft, als es das Aufsuchen eines Raucherraumes innerhalb der Spielhalle vermag; für eine Fortsetzung des Spiels müsse erneut der Entschluss zum Betreten der Spielhalle gefasst werden. Dass dies so sein mag und daher mit dem Rauchverbot ein spieterschützender Effekt verbunden sein kann, hilft indes im streitgegenständlichen Zusammenhang nicht weiter.

Es erklärt insbesondere nicht, aus welchen Gründen der mit dem Rauchverbot bezweckte Spielerschutz auf das spielsuchtgefährdete Klientel der Spielhallen beschränkt wird, obwohl das Spiel an den Geldautomaten der Spielbanken nach aktuellen Erkenntnissen in etwa gleiche Suchtgefahren wie das Spiel an den Geldspielgeräten der Spielhallen in sich birgt. Der den Spielbanken zugeschriebene Abstand vom Alltag rechtfertigt dies ebenso wenig wie die durch ihre geringere Anzahl an Standorten bedingte geringere Verfügbarkeit von Spielbanken.

Ist das Argument der geringeren Verfügbarkeit und des Abstands der Spielbanken vom Alltag demzufolge schon vom Ansatz her nicht zur Rechtfertigung eines Rauchverbots nur in Spielhallen geeignet, so bedarf es keines näheren Eingehens darauf, ob die antragstellerseits oder die antragsgegnerseits angeführten Daten zur Anzahl der im Saarland noch existenten Spielhallen und zur Anzahl der landesweit in den Spielhallen bzw. Spielbanken vorhandenen Geldspielgeräte zutreffen oder nicht. Ungeachtet dessen sei angemerkt, dass sich auch bei Zugrundelegung der vom Antragsgegner genannten Zahlen (118 Spielhallen mit 1191 Geldspielgeräten im Vergleich zu 756 Automaten in den sieben Spielbank-Standorten) aufdrängt, dass sich die Relation, in der die Angebote dieser Spielstätten zueinander stehen, seit Ergehen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung infolge einer ganz erheblichen Verminderung des Angebots in Spielhallen verändert hat, und das Vorhandensein von durchschnittlich mehr als 100 Automaten an einem Spielbankenstandort die Frage aufwirft, ob mit einem derart massierten Angebot - derzeit noch - ein „Abstand vom Alltag“ einhergeht.

Die seitens des Antragsgegners zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.11.2023²⁶ rechtfertigt fallbezogen keine ihm günstigere Sichtweise. Dort ging es um die Zulässigkeit von Mindestabständen und des Verbundverbots unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung mit Spielbanken, weswegen

²⁶ BVerwG, Beschluss vom 17.11.2023 - 8 B 28/23 -, juris Rn. 1 und 11

der Hinweis auf die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nahe lag. Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht darauf abgestellt, dass der dortige Sachvortrag einen erneuten Klärungsbedarf nicht aufgezeigt hat, während die Antragstellerin vorliegend dezidiert, unter anderem zu neueren Erkenntnissen der Suchtforschung, vorträgt.

Soweit der Antragsgegner schließlich zur Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot ausführt, bleibt festzuhalten, dass diese mit der Beschwerde nicht in Frage gestellt wird.

2.2. Der Antragstellerin steht ein Anordnungsgrund zur Seite. Dem auf Spielhallen beschränkten Rauchverbot wohnt angesichts des insoweit attraktiveren Angebots der saarländischen Spielbanken das Potential spürbarer Mindereinnahmen inne.

Die Antragstellerin muss seit Inkrafttreten des strikten Rauchverbots in Spielhallen am 8.12.2023 sicherstellen, dass in ihrer Spielhalle nicht mehr geraucht wird und in Konsequenz hieraus auf jeden Fall in Kauf nehmen, dass die nach Bekunden des Antragsgegners angestrebte Wirkweise dieses Rauchverbots Platz greift, namentlich, dass das Rauchverbot dazu führt, dass Spieler, die eine Rauchpause außerhalb der Spielhalle einlegen, nicht mehr in die Spielhalle zurückkehren, sondern das Spiel früher, als sie dies sonst täten, beenden.

Zudem ist ihr weiterer Sachvortrag, es sei ernstlich zu befürchten - und zwischenzeitlich durch Umsatzrückgänge belegt -, dass bisherige Kunden, denen das Rauchen während des Spielens wichtig ist, gänzlich fernbleiben, nicht spekulativ, sondern liegt nach der Lebenserfahrung sogar durchaus nahe.

So hat das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf eine ehemalige hamburgische Regelung, nach der Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten nur für Schankwirtschaften, die Raucherräume einrichten durften, nicht aber für Speisewirtschaften, die dies nicht durften, festgestellt, es liege nahe, dass dies erhebliche wirtschaftliche Nachteile insbesondere für eher getränkegeprägte Speisegaststätten nach sich ziehe, bei denen die Gäste auf Speisen zwar nicht verzichten wollen, solche Lokale aber vorrangig aus anderen Gründen, etwa wegen der Geselligkeit, aufsuchen.²⁷ Eben dies macht die Antragstellerin der Sache nach geltend, wenn sie die Befürchtung äußert, dass die Spieler, die Wert auf das Rauchen legen, lieber gleich das insoweit allein noch attraktive Angebot der Spielbanken aufsuchen, also die bisher besuchte Spielhalle erst gar nicht mehr ansteuern.

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden - unter anderem zum Saarländischen Spielhallengesetz ergangenen - Entscheidung ausdrücklich auf das Bestehen eines Konkurrenzverhältnisses zwischen Spielhallen und Spielbanken hingewiesen und angesichts der indirekten fiskalischen Interessen der Länder betont hat, dass die Landesbehörden dafür Sorge zu tragen haben, dass die - damals angestrebte - Re-

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 24.1.2012, a.a.O., Rn. 43

duzierung der Zahl der Spielhallen nicht durch eine Ausweitung des Automatenspiels und eine Vermehrung der Standorte von Spielbanken und ihren Dependancen konterkariert wird.²⁸ Dass das Land insoweit in der Verantwortung ist, gilt uneingeschränkt auch in Bezug auf die dem Gesetzgeber obliegende Abwägung, ob ein auf Spielhallen beschränktes Rauchverbot dieser Verantwortung gerecht wird.

Wenngleich der Antragsgegner betont, dass die saarländischen Spielbanken nicht Urheber der Beiträge im Internet seien, die die Möglichkeit des Rauchens in den Spielbank-Standorten thematisieren bzw. hervorheben, dürfte dennoch zutreffen, dass allein die Tatsache, dass derartige Informationen im Internet kursieren, die Bedeutung des Rauchens für eine große Anzahl an spielaffinen Menschen belegt, was wiederum dafür spricht, dass sich ein einseitig für die Betreiber von Spielhallen geltendes Rauchverbot im Konkurrenzverhältnis zwischen Spielhallen und Spielbanken mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Lasten der Spielhallenbetreiber auswirkt. Deren wirtschaftliche Betroffenheit kann auch nicht mit dem Hinweis bagatellisiert werden, nur etwa ein Fünftel der erwachsenen unter 65 Jahre alten Bevölkerung gehöre zur Gruppe der Raucher; dies erlaubt bereits keinen verlässlichen Rückschluss auf den prozentualen Anteil der Raucher innerhalb der Gruppe der regelmäßig oder gelegentlich an Geldspielgeräten Spielenden.

Dem Bestehen eines Anordnungsgrundes steht schließlich nicht entgegen, dass es nur sieben Spielbank-Standorte im Saarland gibt und sich die Möglichkeit des Ausweichens dorthin daher als vernachlässigbar darstellen könnte. Denn die sieben Spielbank-Standorte sind in der Tat recht flächendeckend in den dichter besiedelten Landesbereichen verteilt und zudem befinden sich in gut erreichbarer Umgebung der verfahrensgegenständlichen Spielhalle gleich mehrere Spielbank-Niederlassungen. Es bedarf an dieser Stelle auch keiner Klärung, ob die fernbleibenden Spieler zu den Niederlassungen der saarländischen Spielbanken abwandern oder zu Hause bleiben, denn dies ist für das Maß der wirtschaftlichen Betroffenheit der Antragstellerin eher zweitrangig, zumal die Stammkunden von Spielbanken, die Wert auf das Rauchen legen, nach der Gesetzeslage keine Veranlassung haben, von dort fernzubleiben, und der Antragsgegner sich nicht bereitgefunden hat, sich zur Geschäftsentwicklung der saarländischen Spielbankniederlassungen seit Inkrafttreten der Neuregelung zu äußern.

2.3. Die Antragstellerin ist einstweilen berechtigt, der gesetzlichen Pflicht, die Beachtung des absoluten Rauchverbots in ihrer Spielhalle zu gewährleisten, nicht nachkommen zu müssen.

Dass den Fachgerichten die Kompetenz zur Verwerfung gesetzlicher Bestimmungen fehlt, hindert sie nicht, einem Rechtsschutzsuchenden bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen vorläufigen Rechtsschutz auch insoweit zu gewähren, als der gerügte Verfassungsverstoß in der Hauptsache nur durch eine verfassungsgerichtliche Entscheidung ausgeräumt werden kann.²⁹

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2013, a.a.O., Rn. 142 und 147

²⁹ Hamburgisches OVG, Beschluss vom 19.5.2015, a.a.O., Rn. 54 m.w.N.

Der Senat ist aus den dargelegten Gründen nach dem im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geltenden Maßstab davon überzeugt, dass die insoweit eindeutige und nicht verfassungskonform auslegbare³⁰ Vorschrift des § 4 Abs. 3 Satz 2 SSpiegelG n.F. materiell verfassungswidrig ist und die Befolgung der Norm bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache für die Antragstellerin mit nicht rückgängig zu machenden Schäden einherginge. Ungeachtet einer etwaigen, derzeit indes nicht substantiiert dargelegten Gefährdung der Existenz ihres mehrere Spielhallenstandorte umfassenden Unternehmens drohen der Antragstellerin erhebliche wirtschaftliche Nachteile, deren Hinnahme ihr nicht zumutbar ist, wenn, wie vorliegend, mit großer Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden kann, dass ihre Klage Erfolg haben wird. Ohne Relevanz ist in diesem Zusammenhang, dass derzeit offen ist, wie der Gesetzgeber den Gleichheitsverstoß nach der zu erwartenden Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Norm heilen wird.

Die Nachteile, die der Allgemeinheit entstehen, wenn die Antragstellerin die Regelung vorläufig nicht befolgen muss, sich diese aber im Hauptsacheverfahren als rechtmäßig erweisen würde, wiegen demgegenüber weniger schwer. Der Spielerschutz und die Suchtbekämpfung gehören zwar zu den in § 1 SSpiegelG aufgeführten Zielen und damit zu den zwingenden Gründen des Gemeinwohls, die Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen können. Andererseits ist die Vorgabe eines absoluten Rauchverbots in Spielhallen keine Maßnahme, die für den Spielerschutz oder die Bekämpfung der Spielsucht von zentraler Bedeutung wäre. Ein Rauchverbot mag andere Maßnahmen des Gesetzgebers, wie etwa die mengenmäßige Begrenzung der Spielmöglichkeiten, die Befristung der Erlaubnisse oder etwa die hinsichtlich der Werbung oder der gleichzeitigen Verfügbarkeit von Internetterminals vorgesehenen Einschränkungen, flankieren, ohne indes seinerseits in Bezug auf die verfolgten Ziele eine vergleichbare Effektivität aufweisen zu können. Vor diesem Hintergrund ist gegenwärtig dem öffentlichen Interesse am Schutz der Spieler und an der Bekämpfung der Spielsucht kein Vorrang einzuräumen.

3. Die zeitliche Begrenzung der im Tenor ausgesprochenen Feststellung, dass die Antragstellerin vorläufig nicht gewährleisten muss, dass in der verfahrensgegenständlichen Spielhalle nicht geraucht wird, bis zum Ergehen einer die 1. Instanz abschließenden Entscheidung über die im Hauptsacheverfahren anhängige Klage rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 SSpiegelG n.F. im dortigen Hauptsacheverfahren aller Voraussicht nach im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens verfassungsgerichtlich geklärt werden wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwertes erfolgt in Anwendung der §§ 63 Abs. 2, 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 und Abs. 2 GKG und berücksichtigt Ziffer 1.5 der Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

³⁰ vgl. hierzu die überzeugenden und im Beschwerdeverfahren nicht angegriffenen Ausführungen des Verwaltungsgerichts

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.

Freichel

Körner

Haus