

Bundesverwaltungsgericht

Urteil vom 27.04.1993

1 C 9/92

Ein aus drei gewerberechtlich selbständigen Spielhallen bestehender Komplex kann eine betriebliche Einheit sein und als solche einen baurechtlich genehmigten Bestand darstellen. Dann kann der Umgestaltung in eine Spielhalle (im wesentlichen durch Herausnahme nichttragender Wände) die bodenrechtliche Relevanz fehlen, auch wenn nunmehr ein zusätzliches Gewinnspielgerät aufgestellt werden darf. Die vorgesehene Nutzung hält sich solchenfalls innerhalb der Bandbreite der baurechtlich bereits genehmigten Nutzung.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. betreibt mit Baugenehmigung drei Spielhallen mit 27,95 qm, 29,57 qm und 110 qm Nutzfläche. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich des im September 1988 in Kraft getretenen Bebauungsplans der Stadt D., der es als Teil eines Kerngebietes ausweist. Nach einer textlichen Festsetzung sind hier u. a. Spielhallen unzulässig. Die Kl. beantragte die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis für eine Umwandlung der drei Spielhallen in eine Spielhalle von 159,60 qm Nutzfläche. Der Bekl. verwies sie darauf, daß das Vorhaben der baurechtlichen Genehmigung bedürfe, und erklärte, die Spielhallenerlaubnis vor jener Genehmigung nicht zu erteilen. Mit ihrer Klage hat die Kl. geltend gemacht, sie habe einen Anspruch auf Erteilung der nachgesuchten Spielhallenerlaubnis; die Umgestaltung sei keine baugenehmigungsbedürftige Nutzungsänderung.

Das VG hat die Klage abgewiesen, das OVG hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung der Sache an das OVG.

Aus den Gründen:

Das angefochtene Urteil beruht auf der Auffassung, die nach § VWGO § 75 S. 1 VwGO zulässige Klage sei unbegründet, weil der nachgesuchten Spielhallenerlaubnis der Versagungsgrund des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 2 GewO entgegenstehe. Dies ist jedoch nicht aus den vom OVG dargelegten Gründen der Fall. Eine abschließende Entscheidung hängt von der Prüfung landesrechtlicher Vorschriften ab, die der Senat nicht vornehmen kann.

1. Die Kl. hat das erforderliche Antrags- bzw. Sachbescheidungsinteresse. Zwar fehlt es an einer Baugenehmigung, obwohl diese nach den Erwägungen des BerGer. erforderlich ist; das OVG hätte ohne Annahme der Baugenehmigungsbedürftigkeit nicht von einem Vorhaben i. S. des § BAUGB § 29 BauGB ausgehen können. Das in dem Fehlen der Baugenehmigung liegende Hindernis für die Ausnutzung einer Spielhallenerlaubnis ist aber nicht schlechthin unausräumbar (BVerwGE 84, BVERWGE Jahr 84 Seite 11 (BVERWGE Jahr 84 Seite 13) = NVwZ 1990,

NVWZ Jahr 1990 Seite 559). Die Festsetzung des Bebauungsplans steht nämlich dem Vorhaben der Kl. den folgenden Ausführungen gemäß nicht entgegen; unüberwindbare Hindernisse bauordnungsrechtlicher Art sind vom BerGer. nicht festgestellt und auch nicht erkennbar.

2. Rechtsgrundlage für die beantragte Spielhallenerlaubnis ist § GEWO § 33i GewO. Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht ein Anspruch, wenn keiner der Versagungsgründe des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II GewO vorliegt (BVerwGE 70, BVERWGE Jahr 70 Seite 180 (BVERWGE Jahr 70 Seite 181) = NVwZ 1985, NVWZ Jahr 1985 Seite 269). Das BerGer. ist der Auffassung, der Versagungsgrund des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 2 GewO liege vor. Nach dieser Vorschrift ist die Erlaubnis zu versagen, wenn die zum Betrieb des Gewerbes bestimmten Räume wegen ihrer Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügen. Das ist aber nicht schon aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung der Fall.

a) Es ist nicht völlig zweifelsfrei, daß zu den polizeilichen Anforderungen an die Beschaffenheit oder Lage der zu dem Betrieb des Gewerbes bestimmten Räume i. S. des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 2 GewO auch die Bestimmungen des Bauplanungsrechts gehören. Der Wortlaut der Vorschrift könnte einen Anhalt für einen engeren Regelungsgehalt bieten, weil Prüfungsobjekte die Lage und die Beschaffenheit von Räumen, sonach regelmäßig von Teileinheiten einer Anlage, sind und zum Prüfungsmaßstab die polizeilichen Anforderungen gemacht werden, was eine Einschränkung auf ordnungsrechtliche Gesichtspunkte beinhalten könnte. § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO macht dagegen den Betrieb des Gewerbes zum Gegenstand der Prüfung nach Kriterien, von denen einige bauplanungsrechtliche Bezüge haben. Das könnte darauf hindeuten, daß es in § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 2 GewO auf spezifisch (bau-) ordnungsrechtliche Anforderungen ankommt. § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 2 GewO ist durch das Vierte Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5. 2. 1960 (BGBl I, 61) eingefügt worden. Zunächst war nach dem Entwurf der Bundesregierung (BT-Dr III/318, S. 2) ein § 33e vorgesehen, nach dem die Erlaubnis u. a. zu versagen sein sollte, wenn die Errichtung des Betriebs im Hinblick auf seine örtliche Lage oder die zu verwendenden Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere eine erhebliche Belästigung der Allgemeinheit befürchten läßt. Damit vergleichbare Regelungen in § GASTSTG § 4 GASTSTG § 4 Absatz I Nr. 3 GaststG und § GEWO § 33a GEWO § 33A Absatz II Nr. 3 GewO erfordern die Prüfungen des Bauplanungsrechts (BVerwGE 84, BVERWGE Jahr 84 Seite 11 (BVERWGE Jahr 84 Seite 13) = NVwZ 1990, NVWZ Jahr 1990 Seite 559; Michel-Kienzle, GaststG, 11. Aufl., § 4 Rdnr. 50; Friauf-Dickersbach, GewO, Stand: Dezember 1987, § 33a Rdnr. 38). § 33e des Entwurfs der Bundesregierung ist indessen nicht Gesetz geworden. Den Gesetzesmaterialien kann nichts dafür entnommen werden, warum es zu der auf den ersten Blick einengenden Änderung gekommen ist. § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 2 GewO entspricht weitgehend dem § GASTSTG § 4 GASTSTG § 4 Absatz I Nr. 2 GaststG, der dahin verstanden wird, daß er die Verhältnisse innerhalb des Gewerbebetriebs erfaßt (vgl. Michel-Kienzle, § 3 Rdnr. 36), während das Verhältnis zur Umgebung in § GASTSTG § 4 GASTSTG § 4 Absatz I Nr. 3 GaststG geregelt ist.

Eine vergleichbare Sicht könnte für eine enge Auslegung des § GEWO § 33i GEWO § 33i Absatz II Nr. 2 GewO sprechen. Andererseits wurde die bei Inkrafttreten des § GEWO § 33i GewO geltende Vorschrift des § 2 I Nr. 3 des Gaststättengesetzes vom 28. 4. 1930 (RGBl I, 146), wonach die Gaststättenerlaubnis zu versagen war, wenn die zum Betrieb des Gewerbes bestimmten Räume wegen ihrer Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügten, nicht allgemein eng verstanden, sondern es wurde auch die örtliche Lage der verwendeten Räume in den Prüfungsrahmen einbezogen (vgl. OVG Münster, GewArch 1957/58, 15 (16); aber auch BVerwG, Buchholz 451.40 § GASTSTG § 2 GaststG Nr. 12, S. 15 = GewArch 1957/58, 61). Berücksichtigt man ferner, daß die Aufgabe der Polizei, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren, grundsätzlich den Schutz der gesamten Rechtsordnung umfaßt, ließe sich demnach trotz der angeführten Zweifel die Regelung dahin auslegen, daß die für eine Spielhalle vorgesehenen Räume wegen ihrer Lage den polizeilichen Anforderungen auch dann nicht genügen, wenn sie in Baugebieten gelegen sind, in denen der Betrieb von Spielhallen unzulässig ist, ihre Nutzung als Spielhalle mithin der Rechtsordnung widerspricht. Der Senat neigt deswegen dazu, daß das Bauplanungsrecht nicht als Prüfungsmaßstab ausscheidet, braucht diese Frage aber aus Anlaß des vorliegenden Falles nicht abschließend zu beantworten, da die Festsetzung des Bebauungsplans über den Ausschluß von Vergnügungsstätten dem Vorhaben der Kl. nicht entgegengehalten werden kann.

b) Auf sich beruhen kann ebenfalls, ob die Festsetzung des Bebauungsplans dem Vorhaben nur dann entgegengehalten werden könnte, wenn es sich dabei um ein Vorhaben i. S. des § BAUGB § 29 BauGB handelt, oder ob der Bebauungsplan als gemeindliche Satzung außerhalb des Baugenehmigungsverfahrens auch ohne Anwendungsvermittlung durch § BAUGB § 29 BauGB Geltungsanspruch hat. Denn unter den Umständen des Falles liegt kein Vorhaben i. S. des § BAUGB § 29 BauGB vor und die vorgesehene Maßnahme stellt sich als lediglich geringfügige Modifizierung der vor Inkrafttreten des Bebauungsplans zulässigen Nutzung dar, die durch den Bebauungsplan in ihrer Zulässigkeit nicht berührt wird.

aa) Gem. § BAUGB § 29 BauGB gilt für Vorhaben, die der Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben und die einer bauaufsichtlichen Genehmigung oder Zustimmung bedürfen oder die der Bauaufsichtsbehörde angezeigt werden müssen, u. a. § BAUGB § 30 BauGB, nach dem im Geltungsbereich eines sogenannten qualifizierten Bebauungsplans ein Vorhaben zulässig ist, wenn es den Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. Von § BAUGB § 29 BauGB erfaßte Änderung oder Nutzungsänderungen sind nur solche Vorgänge, die von städtebaulicher oder planungsrechtlicher Relevanz sind, was voraussetzt, daß durch die Veränderung bodenrechtliche Belange berührt werden können (BVerwG, Buchholz 406.16 Grundeigentumsschutz Nr. 47, S. 7 = NVwZ 1983, NVWZ Jahr 1983 Seite 667). Daran fehlt es hier. Die Beantwortung der Frage, ob eine Änderung oder Nutzungsänderung i. S. des § BAUGB § 29 BauGB vorliegt, erfordert einen Vergleich des Bestandes mit der Anlage nach der vorgesehenen Umgestaltung. Gegenstand der baurechtlichen Beurteilung war bei Einrichtung des Spielhallenbetriebs 1980/81 das Vorhaben, wie es seinerzeit zur Prüfung gestellt worden war. Es ist Sache des Bauherrn,

durch seinen Genehmigungsantrag den Inhalt des Vorhabens festzulegen, soweit er sich dabei innerhalb der Grenzen hält, die einer Zusammenfassung oder Trennung objektiv gesetzt sind (BVerwG, Buchholz 406.11 § BAUGB § 21 BauGB Nr. 23 = NVwZ-RR 1992, 345). Aus den vom BerGer. in Bezug genommenen Verwaltungsvorgängen ergibt sich, daß seinerzeit die Baugenehmigung zur Nutzungsänderung eines Teppichgeschäfts in drei Spielhallen erteilt worden ist. Ob diese unter baurechtlichen Aspekten jeweils isoliert zu sehen oder ein einheitliches Vorhaben waren, ist durch Auslegung der Baugenehmigung zu klären, die das BVerwG vornehmen kann, zumal das OVG hierzu keine Ausführungen gemacht hat (BVerwGE 67, BVERWGE Jahr 67 Seite 222 (BVERWGE Jahr 67 Seite 234) = NJW 1983, NJW Jahr 1983 Seite 2589). Die Frage ist danach zu beantworten, ob es sich um jeweils selbständige Nutzungseinheiten oder Teile einer betrieblichen Einheit handelt (vgl. BVerwG, Buchholz 406.11 § BAUGB § 29 BauGB Nr. 47 = NVwZ-RR 1993, 66 = GewArch 1993, GEWA Jahr 1993 Seite 35; auch BVerwG, NVwZ-RR 1993, 287 = GewArch 1993, GEWA Jahr 1993 Seite 84 (GEWA Jahr 1993 Seite 85)). Nach den Gegebenheiten des Falles ist hier eine betriebliche Einheit genehmigt worden. Dafür genügt allerdings nicht schon die Belegenheit der drei Hallen in einem Gebäude (BVerwG, Buchholz 406.11 § BAUGB § 29 BauGB Nr. 47 = NVwZ-RR 1993, 66 = GewArch 1993, GEWA Jahr 1993 Seite 35). Die betriebliche Einheit kommt aber hier darin zum Ausdruck, daß die Nutzung durch ein- und dieselbe Betreiberin auf der Grundlage eines einheitlichen Mietvertrags erfolgt und die Einheitlichkeit des Nutzungskonzepts durch ein gemeinsames Lager und einen einheitlichen Raum für Hartgeldaufbewahrung auch baulich dokumentiert wurde. Hinzu kommt, daß die drei Eingangstüren über eine nur rund 7 qm "allgemein zugängliche Fläche" erreicht werden, die innerhalb des Gebäudes liegt. Diese Kriterien rechtfertigen die Annahme, daß eine organisatorische Zusammenfassung der drei Spielhallen zu dem Zweck der Führung eines Betriebs vorliegt. Unter Berücksichtigung der betrieblichen Einheit ließ sich die baurechtliche Zulässigkeit der Anlage von Anfang an nur unter Einbeziehung aller drei Spielhallen beurteilen (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1993, 287 = GewArch 1993, GEWA Jahr 1993 Seite 84). Das war unter dem Aspekt des Baurechts ein Vorhaben mit einer Betriebsfläche von rund 160 qm, auch wenn die Anlage wegen der damaligen gewerberechtlichen Regelung zum Zwecke der Aufstellung möglichst vieler Gewinnspielgeräte in sich aufgestellt war. Damit stellt sich schon der Bestand als zentraler Dienstleistungsbetrieb mit einem größeren Einzugsbereich für ein größeres und allgemeines Publikum dar (vgl. BVerwG, Buchholz 406.16 Grundeigentumsschutz Nr. 52, S. 19 = NVwZ 1991, NVWZ Jahr 1991 Seite 264).

Diese Bewertung des genehmigten Bestandes rechtfertigt es, in der nunmehr vorgesehenen Maßnahme keinen Vorgang von städtebaulicher bzw. planungsrechtlicher Relevanz zu sehen. Als Änderung der baulichen Substanz spielt sie sich ausschließlich im Inneren ab, ohne Auswirkungen auf das bodenrechtlich relevante Maß der baulichen Nutzung zu haben (vgl. dazu Dürr, in: Brügelmann, BauGB, § BAUGB § 29 Rdnr. 6). Auch hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung erfolgt keine Änderung. Es handelt sich nach wie vor um einen Spielhallenbetrieb. Da bereits der Bestand eine Nutzfläche von 160 qm aufweist, ändert sich auch nicht die Größe mit

der möglichen Folge einer deswegen gegebenen anderweitigen Bewertungsgrundlage für die Zulässigkeit der Anlage. Auswirkungen auf die Ausnutzbarkeit sind nur insoweit gegeben, als nach der Umgestaltung nicht nur die bisher in allen drei (gewerberechtlich für jeweils eigenständig angesehenen) Spielhallen zusammen zulässigen neun (vgl. BVerwG, Buchholz 451.20 § GEWO § 33i GewO Nr. 10, S. 15 = NVwZ 1990, NVWZ Jahr 1990 Seite 1075 = GewArch 1990, GEWA Jahr 1990 Seite 241 (GEWA Jahr 1990 Seite 243)), sondern zehn Gewinnspielgeräte aufgestellt werden dürfen. Diese Änderung kann jedoch nicht zu einer anderweitigen planungsrechtlichen Beurteilung führen. In einer Spielhalle dürfen in nach dem jeweils geltenden Gewerberecht limitierter Anzahl Gewinnspielgeräte und in beliebigem Umfang andere Spielgeräte aufgestellt werden. Die Zulässigkeit der Aufstellung eines weiteren Gewinnspielgerätes und eine - vom BerGer. weiter angeführte - gewisse Steigerung der Attraktivität der Spielhalle könnten nur dann bodenrechtliche Relevanz haben, wenn sie allein oder im Zusammenwirken mit anderen Faktoren ein Umschlagen in einen zentralen Dienstleistungsbetrieb bewirken könnten. Das ist aber nicht der Fall, wenn es sich wie hier bereits um einen solchen Betrieb handelt.

bb) Selbst wenn aber ein Vorhaben i. S. des § BAUGB § 29 BauGB gegeben ist oder der Bebauungsplan als gemeindliche Satzung ohne Anwendungsvermittlung durch § BAUGB § 29 BauGB gilt (vgl. BVerwGE 25, BVERWGE Jahr 25 Seite 243 (BVERWGE Jahr 25 Seite 251)), widerspricht die Maßnahme nicht dem materiellen Bauplanungsrecht. Denn der Bebauungsplan erfaßte bei seinem Inkrafttreten das Grundstück, auf dem die Spielhalle betrieben wird, im Zustand seiner legalen Nutzung. Wenn er nicht schon selbst dahin auszulegen ist, daß er eine legal ausgeübte Nutzung nicht für unzulässig erklären will, bleibt diese jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes baurechtlich zulässig (BVerwGE 44, BVERWGE Jahr 44 Seite 244 (BVERWGE Jahr 44 Seite 247) = NJW 1974, NJW Jahr 1974 Seite 811; BVerwGE 72, BVERWGE Jahr 72 Seite 362 (BVERWGE Jahr 72 Seite 363) = NJW 1986, NJW Jahr 1986 Seite 2126 = NVwZ 1986, NVWZ Jahr 1986 Seite 740 L). Art. GG Artikel 14 GG Artikel 14 Absatz I 1 GG verleiht einem rechtmäßig begründeten baurechtlichen Bestand und seiner Nutzung - innerhalb gewisser Grenzen - Durchsetzungskraft gegenüber neuen entgegenstehenden normativen Anforderungen (BVerwG, Buchholz 406.16 Grundeigentumsschutz Nr. 47, S. 9 = NVwZ 1989, NVWZ Jahr 1989 Seite 667). Dies gilt hinsichtlich der Nutzung, wenn die in ihr angelegte Variationsbreite nicht in bodenrechtlich relevanter Weise überschritten wird (BVerwG, Buchholz 406.16 Grundeigentumsschutz Nr. 52, S. 22 = NVwZ 1991, NVWZ Jahr 1991 Seite 264). Unter den dargelegten Umständen des Falles bleibt die Nutzung auch nach der Umgestaltungsmaßnahme innerhalb der Bandbreite des genehmigten Bestandes.

c) Das BerGer. hat von einem Standpunkt aus folgerichtig nicht geprüft, ob der Maßnahme Vorschriften des Bauordnungsrechts entgegenstehen. Insoweit beurteilt sich die Frage, ob die für die Spielhalle vorgesehenen Räume den polizeilichen Anforderungen genügen, nach den einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen (BVerwG, Buchholz 451.20 § GEWO § 33i GewO Nr. 3, S. 6 = GewArch 1985, GEWA Jahr 1985 Seite 65). Das BerGer. wird diese

Prüfung nachzuholen haben. Der erkennende Senat kann sie schon mangels entsprechender tatsächlicher Feststellungen nicht vornehmen.