

Anspruch auf vorläufige befristete Duldung des Betriebs einer Bestandsspielhalle

OVG Hamburg, Beschl. v. 6.11.2018 - 4 Bs 37/18

(VG Hamburg, 6.2.2018 - 17 E 9994/17)

HmbSpielhG § 2 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2, § 9 Abs. 6 Satz 1; HmbSpielhWeiterbetrErlVO § 3 Abs. 1 Nr. 9

1. Der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber darf nach § 9 Abs. 6 Satz 1 HmbSpielhG, § 4 Abs. 1 Nr. 9 SpielhWeiterbetrErlVO für den fristgerechten Antrag auf Erteilung einer Weiterbetriebserlaubnis die Vorlage der Kopie einer Baugenehmigung für erforderlich halten. Nur eine die Nutzung als Spielhalle ausweisende Baugenehmigung entfaltet in der Regel eine Bindungswirkung für die Gewerbebehörde insoweit, als sie den Betrieb einer Spielhalle nicht nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG aus baurechtlichen Gründen versagen darf. Eine Baugenehmigung kann nicht durch einen Lageplan oder einen Grundriss ersetzt werden, da diesen eine solche rechtliche Relevanz nicht zukommt.

2. Diese Pflicht zur Vorlage einer Baugenehmigung belastet den Antragsteller auch dann nicht unverhältnismäßig, wenn bei der für die Erlaubniserteilung oder für die Baugenehmigung zuständigen Dienststelle keine oder nur lückenhafte Unterlagen vorliegen.

3. Das Fehlen der Baugenehmigung führt nicht dazu, dass dem Antrag auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG das erforderliche Sachbescheidungsinteresse fehlt.

4. Die Gewerbebehörde bzw. das Gericht müssen gegebenenfalls eine eigenständige Prüfung im Rahmen des § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG vornehmen, ob die Erteilung der beantragten Erlaubnis möglicherweise deshalb zu versagen ist, weil die Nutzung von Räumen als Spielhalle baurechtlich nicht genehmigungsfähig sein könnte.

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

I.

Die Antragstellerin begehrt die weitere Duldung des Betriebs ihrer Spielhalle.

Die Antragstellerin betreibt am Standort XXX-Straße in [...] Hamburg eine Spielhalle. Die Räume befinden sich im Einkaufszentrum E. (Hamburg). Die Spielhalle, die auf zwei Ebenen insgesamt 181,40 m² Nutzfläche zuzüglich Nebenräume misst, wird mindestens seit 1996 von wechselnden Inhabern betrieben. Ihr war im Jahr 2008 eine spielhallenrechtliche Erlaubnis erteilt worden. Für den Betrieb dieser Spielhalle bestand nach dem Hamburgischen Spielhallengesetz vom 4. Dezember 2012 (HmbGVBl. S. 505, zuletzt geänd. durch Gesetz vom 2.7.2016, HmbGVBl. S. 323, - HmbSpielhG -) eine Übergangsfrist bis zum 30. Juni 2017. Am 20. September 2016 erließ der Senat der Antragsgegnerin eine Verordnung, mit der das Verfahren zur Erteilung von Erlaubnissen zum Weiterbetrieb von Bestandsspielhallen geregelt wird (- SpielhWeiterbetErlVO gültig ab 28.9.2016, HmbGVBl. 2016, 445). Danach sind die Antragsunterlagen für den Weiterbetrieb vollständig bis zum 1. Dezember 2016, 12:00 Uhr, vorzulegen.

Mit Schreiben vom 30. September 2016 beantragte die Antragstellerin die Erteilung einer Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG und machte zudem eine unbillige Härte geltend, weil der Geschäftsführer nur eine Spielhalle betreibe. Dazu reichte sie u. a. Mietverträge, einen Grundriss ihrer Spielhalle sowie einen Lageplan ein. Der Lageplan lässt das Geschäftszeichen [...] erkennen und weist unter der Adresse XXX-Straße einen „Spielsalon“ aus. Mit Schreiben vom 30. November 2016 legte die Antragstellerin weitere Unterlagen vor, darunter die Kopie eines Baugenehmigungsbescheides vom 22. Oktober 1968 mit der Nummer 1019/68 über die Errichtung von HEW-Fernwärmeübertragungsstationen, außerdem die Kopie des Baugenehmigungsbescheides vom 8. Januar 1996 mit dem Geschäftszeichen [...]. Der Bescheid bezieht sich auf die Grundstücke YYY-Straße, 113 h sowie XXX-Straße und betrifft „Umbau und Erweiterung des EKZ E“. Zudem übersandte die Antragstellerin u. a. einen Grundriss des Erdgeschosses des Einkaufszentrums E. Dieser ist als Anlage zu einem Baugenehmigungsbescheid (Nr. [...], Datum nicht erkennbar, „Einkaufszentrum E in Hamburg-[...]“) ergangen. Die von der Antragstellerin genutzten Räume sind mit „Spiel-Café“ bezeichnet.

Die Antragstellerin verwies darauf, ihr Geschäftsführer habe die Bauakte eingesehen und könne eine Baugenehmigung nicht vorlegen; in der beim Bauamt geführten Bauakte zum Einkaufszentrum E. sei das Spielhallenobjekt nicht enthalten. Aus einer E-Mail der Mitarbeiterin der Antragsgegnerin vom 9. November 2016 ergibt sich, dass diese die Bauakte eingesehen und keine Baugenehmigung gefunden habe. 1967 sei eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Laden- und Wohnzeile erteilt worden. Bereits 1988 sei ausweislich des Gewerberegisters dort eine Spielhalle angemeldet gewesen.

Nach den Messungen der Antragsgegnerin vom 12. Oktober 2017 beträgt der Abstand zur nächstgelegenen Spielhalle 565 m. Vorläufige Prüfungen der Antragsgegnerin haben ergeben, dass Einrichtungen, die vorwiegend von Kindern und Jugendlichen aufgesucht werden, nicht in einem Umkreis von 100 m gelegen sind.

Mit Bescheid vom 16. Oktober 2017 versagte die Antragsgegnerin die Erteilung einer spielhallenrechtlichen Erlaubnis. Zur Begründung führte sie aus: Die Antragstellerin habe nicht innerhalb der Frist bis zum 1. Dezember 2016 die Kopie einer Baugenehmigung vorgelegt. Die Erlaubnis sei nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG zu versagen, da nicht festgestellt werden könne, dass die zum Betrieb der Spielhalle bestimmten Räume nach ihrer Beschaffenheit den polizeilichen Anforderungen genügen. Bei der Belegenheit in dem genehmigten Einkaufszentrum handele sich um ein Ladengeschäft, da der Begriff „Spiel-Café“ nicht sinngemäß mit einer Spielhalle gleichzusetzen sei. Die Spielhalle liege in einem nach der BauNVO 1962 ausgewiesenen Mischgebiet, sodass im Detail hätte geprüft werden müssen, ob der Betrieb einer Spielhalle im XXX-Straße, [...] Hamburg bauordnungsrechtlich grundsätzlich überhaupt zulässig sei. Eine Baugenehmigung bzw. Nutzungsänderungsgenehmigung habe bei Antragstellung am 1. Dezember 2016 nicht vorgelegen und eine solche sei auch später nicht nachgereicht worden. Die Antragstellerin habe die erforderliche Nutzungsänderungsgenehmigung nicht eingeholt. Eine Befreiung von den Anforderungen des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG könne nicht zugelassen werden.

Gegen diesen Bescheid hat die Antragstellerin Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden worden ist.

Am 14. Dezember 2017 hat sie vorläufigen Rechtsschutz mit dem Ziel beantragt, die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Fortbetrieb der Spielhalle am Standort XXX-Straße in [...] Hamburg bis zum rechtskräftigen Abschluss des Erlaubnisverfahrens zu dulden. Sie hat geltend gemacht: Wegen der Eilbedürftigkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung und weil die Antragsgegnerin nicht bereit sei, den Fortbetrieb der Spielhalle über den 31. Dezember 2017 hinaus zu dulden, liege ein Anordnungsgrund vor. Es bestehe auch ein Anordnungsanspruch, da das Vorhaben erlaubnisfähig sei. Versagungsgründe im Sinne des § 2 HmbSpielhG lägen nicht vor. § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG stehe der Erteilung der Erlaubnis nicht entgegen. Wenn man unterstelle, dass auch die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit eines Vorhabens einen der Erlaubnis entgegenstehenden Sachverhalt im Sinne der „polizeilichen Anforderungen“ darstelle, entfalte eine vorhandene Baugenehmigung Bindungswirkung. Der Baugenehmigungsbescheid für das Einkaufszentrum E. umfasse auch die zur Genehmigung gestellte Spielhalle. Dies ergebe sich unzweifelhaft aus dem Baugenehmigungsbescheid nebst seinen grün gestempelten Anlagen. Es seien Räumlichkeiten als Nutzungsart im Umfang von ca. 190 m² als „Spiel-Café“ genehmigt worden. Dieses stelle in bauplanungsrechtlicher Hinsicht eine Vergnügungsstätte dar. Prägend für das Leistungsangebot in einem Spiel-Café sei die kommerzielle Unterhaltung der Gäste durch Geld- oder Warenspielgeräte, gegebenenfalls in Kombination mit Geschicklichkeitsspielen wie z.B. Billard, Tischfußball oder Dart. „Spiel-Cafés“ seien ebenso wie Spielhallen in bauplanungsrechtlicher Hinsicht daher als Vergnügungsstätten zu qualifizieren. Sie

seien keine Schank- und Speisewirtschaften im Sinne des § 3 Abs. 1 Spielverordnung (SpielV), sondern spielhallenähnliche Betriebe, da das Spiel den Hauptzweck bilde. Genehmigt sei also eine Vergnügungsstätte.

Selbst wenn die auf ein „Spiel-Café“ lautende Baugenehmigung die Errichtung und den Betrieb einer Spielhalle nicht umfasse, rechtfertige dies nicht die Versagung der Spielhallenerlaubnis nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG. Die Antragsgegnerin hätte in diesem Fall vielmehr dezidiert festzustellen gehabt, dass das Vorhaben bauplanungs- oder bauordnungsrechtlich unzulässig sei. Dies sei nicht geschehen. Wäre eine solche Prüfung erfolgt, hätte sich die Spielhalle als genehmigungsfähig erwiesen. Immerhin seien an dem Standort bereits seit 20 Jahren Spielhallen auf der Grundlage von Erlaubnissen nach § 33 i GewO betrieben worden.

Mit Beschluss vom 6. Februar 2018 hat das Verwaltungsgericht die Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, gegenüber der Antragstellerin keine Maßnahmen zur Beendigung oder Sanktionierung des Weiterbetriebs der in der XXX-Straße in [...] Hamburg belegenen Spielhalle zu ergreifen.

[...]

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

II.

Die zulässige Beschwerde hat nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Die Antragsgegnerin hat mit den in ihrer Beschwerdebegründung dargelegten Gründen (§ 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO) die tragenden Erwägungen der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts ernsthaft in Zweifel gezogen. Sie hat darauf hingewiesen, entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts liege hier eine wirksame Baugenehmigung, die die Nutzung der Fläche als Spielhalle erlaube, nicht vor. Auch bemesse sich der Störungsgrad der Spielhalle hier stärker nach den sozialschädlichen Auswirkungen einer Spielhallennutzung als nach dem sich aus der Lage ergebenden Quellverkehr. Zudem sei der Tenor der angegriffenen Entscheidung zu weit gefasst. Damit erschüttert die Antragsgegnerin den Beschluss des Verwaltungsgerichts.

Die hiernach grundsätzlich zulässige vollständige Überprüfung der Sach- und Rechtslage durch das Beschwerdegericht führt allerdings zu einer nur geringfügigen Änderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Das Verwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht die Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO verpflichtet, den Betrieb ihrer Spielhalle in der XXX-Straße in [...] Hamburg im Hinblick auf die Prüfung

der Erteilung einer Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG vorläufig weiter zu dulden. Insoweit bleibt die Beschwerde ohne Erfolg (1). Diese Duldung ist aber auf den Zeitpunkt bis einen Monat nach der Zustellung des Widerspruchsbescheides zu begrenzen. Insoweit ist die - zeitlich nicht befristete - Entscheidung des Verwaltungsgerichts zu ändern (2).

1. Die Voraussetzungen für eine vorläufige befristete Duldung des Spielhallenbetriebs liegen vor.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung treffen, wenn die Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Den hierfür notwendigen Anordnungsgrund hat die Antragstellerin ebenso gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht (a) wie einen Anordnungsanspruch (b).

a) Mit ihrem Verweis auf die mit einer drohenden Schließung der Spielhalle wegen einer fehlenden Erlaubnis verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und die im Falle eines Weiterbetriebs der Spielhalle ohne die seit dem 1. Juli 2017 für Bestandsspielhallen nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis drohenden ordnungs- und strafrechtlichen Konsequenzen hat die Antragstellerin einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

b) Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Zwar hat die Antragstellerin die im Verfahren auf Neuerteilung einer Spielhallenerlaubnis erforderlichen notwendigen Unterlagen nicht nach § 9 Abs. 6 Satz 2 HmbSpielhG vorgelegt (aa). Eine Prüfung der allgemeinen Vorschriften ergibt jedoch, dass es gegenwärtig offen ist, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer spielhallenrechtlichen Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG möglicherweise vorliegen (bb). Bei einer Abwägung überwiegt das Interesse der Antragstellerin an einem vorübergehenden Weiterbetrieb (cc).

aa) Der Antrag, mit dem die Antragstellerin als Inhaberin einer Bestandsspielhalle den Weiterbetrieb ihrer Spielhalle begehrt, dürfte nach § 9 Abs. 6 Satz 2 1. Halbsatz HmbSpielhG nicht mehr zu berücksichtigen sein. Danach werden Erlaubnisansprüche von Bestandsunternehmen, die nach dem maßgeblichen Zeitpunkt eingehen oder nicht sämtliche notwendigen Antragsunterlagen umfassen, nicht (vorrangig) berücksichtigt. Dies dürfte hier der Fall sein.

Die Antragstellerin hat binnen der nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SpielhWeiterbetrErlVO einzuhaltenen Frist, nämlich bis zum 1. Dezember 2016, 12:00 Uhr, nicht die nach § 4 Abs. 1 Nr. 9 SpielhWeiterbetrErlVO erforderlichen Unterlagen vorgelegt. Nach dieser Regelung hat der Antragsteller dem Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis eine Kopie der Baugenehmigung einschließlich Lageplan beziehungsweise Grundriss über die zum Spielbetrieb vorgesehenen

Räumlichkeiten mit Quadratmeterangabe der dem Spielbetrieb dienenden Grundfläche beizufügen. Diesen Anforderungen genügen die mit dem Antrag und bis zum Ende der Frist eingereichten Unterlagen nicht. Es fehlte die Kopie einer Baugenehmigung, die die zulässige Nutzung der Räume als Spielhalle ausweist.

Der Verordnungsgeber durfte nach § 4 Abs. 1 Nr. 9 SpielhWeiterbetrErlVO die Vorlage der Kopie einer Baugenehmigung unabhängig davon für erforderlich halten, ob zusätzlich ein Lageplan oder Grundriss vorgelegt wurde. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Der Begründung des Gesetzgebers zu § 9 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 HmbSpielhG, der zur Regelung des Erlaubnisverfahrens für Bestandsspielhallen ermächtigt, und des Verordnungsgebers lassen sich hinreichend deutlich Sinn und Zweck des Vorlageerfordernisses entnehmen. Der Verordnungsgeber wollte in § 4 SpielhWeiterbetrErlVO diejenigen Antragsunterlagen bestimmen, die die Gewerbebehörde für die abschließende Prüfung des Antrags nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG zwingend benötigt. Er hat deshalb - wie sich aus dem Hinweis in der Verordnungsbegründung auf das Aufgreifen der derzeitigen Rechtsanwendung ergibt - u. a. die (Kopie der) Baugenehmigung als für die Antragsprüfung erforderlich angesehen, weil sie bereits in der Vergangenheit im Antragsverfahren nach § 33 i GewO als notwendig für den Erhalt der Spielhallenerlaubnis angesehen wurde. Dies beruht darauf, dass nur eine erteilte Baugenehmigung in der Regel eine Bindungswirkung für die Gewerbebehörde insoweit entfaltet, als dem Betrieb einer Spielhalle bauplanungs- und bauordnungsrechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen (vgl. dazu unten). Sie kann nicht durch einen Lageplan oder einen Grundriss ersetzt werden; diesen kommt eine solche rechtliche Relevanz nicht zu. Zudem ist die Baugenehmigung generell geeignet, den (Weiterbetriebs-) Erlaubnisantrag nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG zu konkretisieren und dasjenige Vorhaben zu bezeichnen, in dem der Antragsteller den Spielhallenbetrieb nach § 2 HmbSpielhG (weiter-)führen will (vgl. ausführl. zum Verständnis des § 9 Abs. 6 Satz 1 HmbSpielhG und des § 4 SpielhWeiterbetriebsErlVO: OVG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2017, 4 Bs 52/17, n.v.).

Die Entscheidung des Verordnungsgebers, von dem Antragsteller einer Bestandsspielhalle nach § 4 Abs. 1 Nr. 9 SpielhWeiterbetrErlVO zu verlangen, dass dieser innerhalb der Frist des § 2 Abs. 1 Satz 1 SpielhWeiterbetrErlVO die Kopie der Baugenehmigung (ggf. nebst Vorlagen) vorlegt, ist sachlich gerechtfertigt. Bei der Entscheidung über die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG ist diese notwendig zu berücksichtigen. Baugenehmigung und Spielhallenerlaubnis stehen nebeneinander und müssen nach den jeweiligen Regelungen eingeholt werden (vgl. allgemein Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 33i Rn.37). Während die Baugenehmigung sich auf die bauplanungs- und bauordnungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens bezieht, umfasst die Spielhallenerlaubnis die gewerberechtliche Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle. Grundsätzlich ersetzt eine Baugenehmigung nicht die Spielhallenerlaubnis (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1

BvR 1314/12 u.a., BVerfGE 145, 20, juris Rn. 207; OVG Hamburg, Beschl. v. 26.11.2014, 4 Bs 97/14, n.v.; OVG Magdeburg, Beschl. v. 4.9.2013, 1 M 88/13, juris Rn. 7, 8). Gleiches gilt im umgekehrten Verhältnis. Allerdings ist die Gewerbebehörde an eine erteilte Baugenehmigung insoweit gebunden, als es um die Entscheidung von Fragen geht, deren Beurteilung in die originäre Entscheidungskompetenz der Baubehörde fällt oder zumindest zu ihr den stärkeren Bezug hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., BVerfGE 145, 20, juris Rn. 207; zu § 4 GaststG: BVerwG, Urt. v. 17.10.1989, 1 C 18.87, BVerwGE 84, 11, juris Rn. 13, 24; Beschl. v. 5.9.1993, 1 B 18.96, Buchholz 451.20 § 33 i GewO Nr. 22, juris Rn. 9; Beschl. v. 14.6.2011, 4 B 3.11, GewArch 2012, 45, juris Rn. 5). Die baurechtliche Genehmigung einer Spielhalle entfaltet, solange sie wirksam ist und die Verhältnisse sich nicht rechtserheblich geändert haben, Bindungswirkung insoweit, als die Gewerbebehörde die entsprechende Spielhallenerlaubnis nicht nach §§ 33 i Abs. 2 Nr. 2 GewO, § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG aus baurechtlichen Gründen versagen darf (vgl. Hahn, in: Friauf, GewO, Stand Februar 2017, § 33 i Rn. 65; Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Dezember 2016, § 33 i Rn. 26 ff., 27 b).

Solche (eine Bindungswirkung auslösenden) Unterlagen hat die Antragstellerin hier nicht vorgelegt. Sie hat keine Baugenehmigung vorgelegt, die die baurechtliche Zulässigkeit der Nutzung der Immobilie als Spielhalle ausweist:

Die eingereichte, der HEW erteilte Baugenehmigung Nr.1019/68 betrifft die Einrichtung von HEW-Fernwärmeübergabestationen und -kanälen an der o.g. Adresse und ist daher unergiebig für die hier streitige Nutzung. Die der Fa. XY-Baugesellschaft mbH erteilte, das Einkaufszentrum betreffende Baugenehmigung vom 8. Januar 1996 ist zu dem Bauantrag mit dem Geschäftszeichen [...] („Umbau und Erweiterung des EKZ E.“) ergangen. Sie betrifft die Straßen XXX-Straße und auch die Räume, die die Antragstellerin nutzt, nämlich die Adressen YYY-Straße. Der Baugenehmigung selbst lässt sich bezüglich der baurechtlichen Zulässigkeit der hier streitigen Nutzung nichts entnehmen; dies gilt auch, soweit Befreiungen von bauplanungsrechtlichen Ausweisungen erteilt wurden. Zu diesem Geschäftszeichen hat die Antragstellerin außerdem einen Lageplan, in dem die hier streitgegenständliche Fläche mit „Spielsalon“ bezeichnet ist, sowie eine Nutzflächenberechnung vorgelegt. Danach hat im Bauteil K der (streitige) Laden Nr. 4 einen Bestand von 140,45 m². Den Unterlagen lässt sich aber nicht entnehmen, dass diese Teil des Baugenehmigungsbescheids über das EKZ vom 8. Januar 1996 geworden sind. Denn nur aus den von der Baugenehmigung ausdrücklich in Bezug genommenen Vorlagen (- sie umfasst nur die Vorlagen Nrn. 45/3-14, 18, 19, 21, 44 -), ergibt sich, ob und in welchem Umfang die bisher von der Antragstellerin ausgeübte Nutzung genehmigt wurde. Der Kopie des Lageplans mit der Bezeichnung „Spielsalon“ ist nicht zweifelsfrei zu entnehmen, welche (von der Baugenehmigung möglicherweise in Bezug genommene) Vorlagen-Nummer er trägt und ob er als Anlage zum Baugenehmigungsbescheid vom 8. Januar 1996 tatsächlich mit einem Genehmigungsvermerk versehen („grün gestempelt“)

wurde. Der ebenfalls zum Geschäftszeichen [...] vorgelegten Liegenschaftskarte, die zudem als Vorlage Nr. 45.1 nicht Gegenstand des Baugenehmigungsbescheides vom 8. Januar 1996 ist, lässt sich kein Hinweis auf eine Baugenehmigung oder die genehmigte Nutzung als Spielhalle entnehmen. Die keine Nutzungsbezeichnungen enthaltenden Positionspläne der „Bauteile K und L“, die die Antragstellerin ebenfalls vorgelegt hat, sind als Anlagen zu einem nicht vorgelegten Baugenehmigungsbescheid vom 6. Mai 1997 genehmigt worden, der ebenfalls den Umbau und die Erweiterung des EKZ E. betreffen dürfte. Weiterhin hat die Antragstellerin zu dem Geschäftszeichen [...] einen Lageplan des Einkaufszentrums E. (Erdgeschoss), der eine genehmigte Anlage zu einem Baugenehmigungsbescheid darstellt, dessen Datum nicht entziffert werden kann, vorgelegt. Auf diesem ist die streitgegenständliche Fläche als „Spiel-Café 190,00 m² neu“ bezeichnet. Zu diesem Geschäftszeichen liegt weiterhin eine „Ermittlung der neuen Dienstleistungs- und Verkaufsflächen“ vor. Dort ist ein „Spiel-Café“ mit einer vermietbaren Nutzfläche von neu 190,00 m² aufgeführt. Den Baugenehmigungsbescheid hat die Antragstellerin zu diesem Geschäftszeichen (...) allerdings nicht eingereicht. Der weiter vorgelegte Lageplan vom 20. September 1995 (Vorlage Nr. 44/2) ist ausweislich des Stempels als Anlage zu einem (nicht vorgelegten) Baugenehmigungsbescheid vom 3. November 1995, der das Geschäftszeichen [...] trägt, genehmigt worden. Allerdings enthält er keinen Hinweis auf genehmigte Nutzungen. Weitere eingereichte Lagepläne und Grundrisszeichnungen lassen sich bestimmten Genehmigungsverfahren bereits nicht zuordnen. Eine Baugenehmigung in der Form der Nutzungsänderungsgenehmigung, die im Zusammenhang mit einer Baugenehmigung das Einkaufszentrum betreffend die baurechtliche Zulässigkeit der Nutzung der Fläche als Spielhalle ergeben könnte, hat die Antragstellerin ebenfalls nicht vorgelegt.

Die in § 4 Abs. 1 Nr. 9 SpielhWeiterbetrErlVO formulierte Verpflichtung zur fristgerechten Vorlage der Kopie einer Baugenehmigung ist auch nicht im vorliegenden Fall unverhältnismäßig. Das Verlangen, innerhalb der Frist des § 2 Abs. 1 Satz 1 SpielhWeiterbetrErlVO eine die Zulässigkeit der Nutzung als Spielhalle ausweisende Baugenehmigung (ggf. nebst genehmigter Anlagen; auch in Form der Nutzungsänderungsgenehmigung) als notwendige Unterlage vorzulegen, ist nicht deshalb sachwidrig, weil die von der Verordnung erfassten Betreiber von Bestandsspielhallen - wie hier die Antragstellerin - ihre Betriebe in der Regel (auch in baurechtlicher Hinsicht) bisher unbeanstandet geführt haben dürften. Auch bei einer Neuerteilung verliert die Baugenehmigung nicht ihren Zweck. Die Gewerbebehörde kann ggf. durch einen Vergleich zwischen der die formelle und materielle Baurechtmäßigkeit des Vorhabens bestätigenden Baugenehmigung und den jetzigen Verhältnissen prüfen, ob zwischenzeitlich eine für die Erlaubnis nach § 2 HmbSpielhG relevante faktische Nutzungsänderung oder eine Änderung der baurechtlich genehmigten Fläche erfolgt ist. Die Vorlage von Lageplänen oder Grundrissen ist nicht ausreichend, da diese keine Aussage über die konkrete baurechtliche Genehmigung des Vorhabens treffen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2017, 4 Bs 52/17, n.v.). Gleiches gilt für eingereichte Bauvorlagen, die als Anlagen zu einem nicht vorgelegten Baugenehmigungsbescheid genehmigt wurden. Zwar können diese auf eine genehmigte Nut-

zung hinweisen; nur aus der Baugenehmigung lassen sich aber deren Umfang, zudem ggf. Befreiungen und Ausnahmen von bauplanungs- oder bauordnungsrechtlichen Vorgaben sowie Vorbehalte und Auflagen ersehen.

Auch durfte der Ordnungsgeber davon ausgehen, dass der Eigentümer oder Mieter eines Gebäudes oder von Räumen im Besitz der vollständigen Unterlagen u. a. über die baurechtliche Zulässigkeit eines bauplanungsrechtlich besonderen Anforderungen unterliegenden Vorhabens ist oder als Mieter vom Vermieter diese Unterlagen unter normalen Umständen innerhalb eines Zeitraums von fast vier Monaten (hier vom ersten Hinweisschreiben Anfang August 2016 bis zum Stichtag 1. Dezember 2016) unproblematisch erlangen kann. Die in § 4 Abs. 1 Nr. 9 SpielhWeiterbetrErlVO formulierte Pflicht, u. a. eine Kopie der Baugenehmigung innerhalb einer gesetzten Frist vorzulegen, gewährleistet eine Gleichbehandlung aller Antragsteller unabhängig davon, ob dem jeweiligen Gewerbefachamt (zufällige und zutreffende) Kenntnisse über die baurechtliche Situation der jeweiligen Spielhalle vorliegen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2017, 4 Bs 52/17, n.v.).

Allerdings hat sich hier der Geschäftsführer der Antragstellerin vor dem 1. Dezember 2016 erfolglos bemüht, bei dem zuständigen Bauamt der Antragsgegnerin eine Baugenehmigung oder einen Nachweis über die Baurechtmäßigkeit der bisher ausgeübten Nutzung aufzufinden. Auch Mitarbeitern der Antragsgegnerin ist es bisher nicht gelungen, in den Bauakten einen Baugenehmigungsbescheid die Fläche in der XXX-Straße betreffend oder eine Baugenehmigung (nebst Anlagen) über die Errichtung des Einkaufszentrums, die die zulässige Nutzung der Fläche ausweist, zu finden. Dass der Geschäftsführer der Antragstellerin vor dem Ablauf der Frist allerdings auch bei dem Vermieter der Flächen oder der Verwaltungsgesellschaft (vergeblich) die Herausgabe einer Kopie der Baugenehmigung erbeten hat, hat die Antragstellerin bisher zwar behauptet, aber nicht nachgewiesen. Dies kann aber dahinstehen. Denn die Antragstellerin trägt die Beweislast für die von ihr behauptete, hier bis zum 1. Dezember 2016 nachzuweisende Rechtsposition, dass ihre Bestandsspielhalle über eine die Nutzung als Spielhalle ausweisende Baugenehmigung verfügt, die im spielhallenrechtlichen Erlaubnisverfahren als notwendige Unterlage vorgelegt wurde und zu beachten ist. Beruft sich ein Bürger auf Bestandsschutz, z. B. weil er behauptet, das Bauwerk sei genehmigt und deswegen formell baurechtmäßig, oder beruft er sich nur auf die materielle Baurechtmäßigkeit, macht er eine für ihn günstige Rechtsposition geltend. Erweist sich als unaufklärbar, ob der Betroffene über eine Baugenehmigung verfügt und/oder aus Gründen der formellen oder materiellen Legalität Bestandsschutz genießt, so geht das zu seinen Lasten (vergleiche zum Vertrauens- und Bestandsschutz gegenüber einer Abbruchanordnung: BVerwG, Beschl. v. 5.8.1991, 4 B 130.91, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 35, juris Rn. 4; grundsätzlich: BVerwG, Beschl. v. 17.7.2003, 4 B 55.03, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 166, juris Rn. 5). Davon ist der Ordnungsgeber ausgegangen. Daraus folgt, dass es an einer notwendigen Unterlage im Sinne des § 9 Abs. 6 Satz 2 HmbSpielhG fehlt, wenn eine die baurechtlich zulässige Nutzung

der Räume als Spielhalle ausweisende Baugenehmigung nicht bis zum Fristende am 1. Dezember 2016 vorgelegt wird. Dies hindert ggf. eine Prüfung der baurechtlichen Genehmigungsfähigkeit der Spielhalle im Verfahren nach den allgemeinen Vorschriften nicht (siehe unten), bb) Da die Antragstellerin die erforderliche Baugenehmigung nicht fristgerecht vorgelegt hat, ist das Verfahren nach § 9 Abs. 6 Satz 6 HmbSpielhG nach den allgemeinen Vorschriften zu bescheiden. Danach ist gegenwärtig offen, ob ein Versagungsgrund nach § 2 Abs. 5 HmbSpielhG der Erteilung der Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG entgegensteht.

(1) Zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats hindert § 2 Abs. 5 Nr. 4 und 6 HmbSpielhG die Erteilung der Spielhallenerlaubnis hier nicht. Messungen der Antragsgegnerin haben ergeben, dass die Entfernung zur nächsten Bestandsspielhalle mehr als 500 m beträgt (565 m) und dass sich nach gegenwärtigen Ermittlungen in dem Abstand von 100 m keine Einrichtungen befinden, die vorwiegend von Kindern und Jugendlichen aufgesucht werden (Messung Bl. 233 d. Sachakte; Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.5.2017).

(2) Ob die Erlaubnis nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG deshalb zu versagen sein könnte, weil die zum Betrieb bestimmten Räume wegen ihrer Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügen, hat die Antragsgegnerin im Widerspruchsverfahren zu prüfen. Nach gegenwärtiger Einschätzung kommt in Betracht, dass ein Versagungsgrund in Hinblick auf die Einhaltung baurechtlicher Vorschriften nicht vorliegen dürfte. Dies bedarf weiterer Prüfung im Widerspruchsverfahren. Eine Entscheidung darüber hat die Antragsgegnerin bisher nicht getroffen:

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 33 i Abs. 2 Nr. 2 GewO, dem § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG entspricht, dürfte bei der Prüfung dieses Versagungsstatbestandes zu klären sein, ob einer Spielhallenerlaubnis möglicherweise (bau-)ordnungsrechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen. Es sei nicht völlig zweifelsfrei, ob zu den polizeilichen Anforderungen im Sinne des § 33 i Abs. 2 Nr. 2 GewO auch die Bestimmungen des Bauplanungsrechts gehören (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.4.1993, 1 C 9.92, Buchholz 451.20 § 33 i GewO Nr. 15, juris Rn. 13). Die Regelung des § 33 i Abs. 2 Nr. 2 GewO dürfe nicht eng verstanden werden. Daher scheidet das Bauplanungsrecht wohl nicht als Prüfungsmaßstab aus (BVerwG, a.a.O., juris Rn. 13 a.E.; vgl. auch Rn. 17; i. E. offenlassend). Daraus dürfte folgen, dass die bauordnungsrechtliche und auch die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit des Vorhabens einen der Erteilung einer Erlaubnis entgegenstehenden Sachverhalt im Sinne der „polizeilichen Anforderungen“ nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG darstellen kann (vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 5.2.1996, 1 B 18.96, Buchholz 451.20 § 33 i GewO Nr. 22, juris Rn. 7; vgl. zu § 33 i GewO auch Reeckmann, in: Pielow, GewO, 2. Aufl. 2016, § 33 i GewO Rn. 31). Eine solche Prüfung hat die Antragsgegnerin bisher nicht vorgenommen.

Die Antragsgegnerin hat im Bescheid vom 16. Oktober 2017 zur Begründung ihrer Entscheidung, dass der Erteilung der Erlaubnis der Versagungsgrund des § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG entgegenstehe, lediglich auf die fehlende Baugenehmigung hingewiesen und darauf, dass die Ladenfläche in einem Mischgebiet nach der BauNVO 1962 liege, sodass auf Antrag der Antragstellerin hätte geprüft werden müssen, ob der Betrieb einer Spielhalle baurechtlich grundsätzlich überhaupt zulässig sei. Eine entsprechende Baugenehmigung bzw. Nutzungsänderungsgenehmigung habe die Antragstellerin zum 1. Dezember 2016 nicht vorgelegt und sie sei auch nicht nachgereicht oder beantragt worden.

Diese Erwägungen rechtfertigen für sich genommen nicht die Versagung der hier begehrten spielhallenrechtlichen Erlaubnis.

Erneuter Prüfung im Widerspruchsverfahren bedarf, ob möglicherweise die eingereichte Kopie eines Lageplans mit der Bezeichnung der streitigen Fläche als „Spielsalon“, der das Geschäftszeichen [...] trägt und dessen Vorlagen-Nummer sich nicht hinreichend klar entziffern lässt (wohl 45/67), von der Wirkung des Baugenehmigungsbescheids mit demselben Geschäftszeichen vom 8. Januar 1996 umfasst ist, weil er eine mit einem Genehmigungsvermerk versehene Vorlage darstellt, auf die sich der Bescheid bezieht. In einem solchen Fall könnte möglicherweise die Bezeichnung „Spielsalon“ die Prüfung veranlassen, ob eine Nutzung der Fläche als Vorhaben, in dem Unterhaltungsspielgeräte in der Form der Geldgewinnspielgeräte angeboten werden, genehmigt wurde. Sollte die Vorlage tatsächlich die Nr. 45/67 tragen, dürfte sie vom Baugenehmigungsbescheid wohl nicht erfasst sein (vgl. S. 10).

Selbst wenn dies der Fall sein sollte, bedürfte es einer weiteren Prüfung der baurechtlichen Genehmigungsfähigkeit der angestrebten Nutzung. Zwar wäre die für die Erteilung der Spielhallenerlaubnisse zuständige (Gewerbe-)Behörde der Antragsgegnerin bei ihrer spielhallenrechtlichen Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG dann gegenwärtig mangels einer nachgewiesenen, erteilten Baugenehmigung für die Nutzung der Fläche als Spielhalle nicht gebunden (vgl. zur Bindung bei erteilter Baugenehmigung: BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u. a., juris Rn. 207; zu § 4 GaststG: BVerwG, Urt. v. 17.10.1989, 1 C 18.87, BVerwGE 84, 11, juris Rn. 13, 24; zu § 33 i GewO: Beschl. v. 5.2.1996, 1 B 18.96, Buchholz 451.20 § 33 i GewO Nr. 22, juris Rn. 9; Beschl. v. 14.6.2011, 4 B 3.11, GewArch 2012, 45, juris Rn. 5). Denn nur die baurechtliche Genehmigung einer Spielhalle entfaltet, solange sie wirksam ist und die Verhältnisse sich nicht rechtserheblich geändert haben, Bindungswirkung insoweit, als die Gewerbebehörde die entsprechende Spielhallenerlaubnis nicht aus baurechtlichen Gründen versagen darf (s.o., vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2017, 4 Bs 52/17, n.v.; Hahn, in: Friauf, GewO, Stand März 2017, § 33 i Rn. 65; Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: April 2018, § 33 i Rn. 26 ff., 27 b).

Das (unterstellte) Fehlen der Baugenehmigung würde - worauf die Antragstellerin zu Recht hinweist - allerdings nicht zwingend dazu führen, dass dem Antrag auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis das erforderliche Sachbescheidungsinteresse fehlt. Der die Spielhallenerlaubnis begehrende Betroffene besitzt auch dann das erforderliche Sachbescheidungsinteresse, wenn es an einer erforderlichen Baugenehmigung fehlt und das in dem (möglichen) Fehlen der Baugenehmigung liegende Hindernis für die Ausnutzung der Spielhallenerlaubnis nicht schlechthin unausräumbar ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Voraussetzungen des Bebauungsplanes dem Vorhaben des Betroffenen nicht entgegen stehen (vgl. zu § 4 GastG: BVerwG, Urt. v. 17.10.1987, 1 C 18.87, BVerwGE 84, 11, juris Rn. 13; zu § 33 i GewO: Beschl. v. 27.4.1993, 1 B 9.92, Buchholz 451.20 § 33 i GewO Nr. 15, juris Rn. 11; Beschl. v. 5.2.1996, 1 B 18.96, Buchholz 451.20 § 33 i GewO Nr. 22, juris Rn. 5).

Ergibt die Prüfung der Antragsgegnerin, dass eine die Nutzung als Spielhalle erlaubende Baugenehmigung (noch) nicht vorliegt oder wurde diese abgelehnt, muss die Gewerbebehörde bzw. das Gericht gegebenenfalls eine eigenständige Prüfung im Rahmen des § 33 i Abs. 2 Nr. 2 GewO bzw. § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG vornehmen, ob der Erteilung der beantragten Erlaubnis möglicherweise ein Versagungsgrund entgegen steht, weil das Vorhaben des Antragstellers materiell bauplanungs- oder bauordnungsrechtlich unzulässig sein könnte.

Daran gemessen, kommt in Betracht, dass eine solche Prüfung im Widerspruchsverfahren ergibt, dass die von der Antragstellerin beehrte Nutzung baurechtlich genehmigungsfähig sein könnte.

(1) Bauordnungsrechtliche Bedenken hat die Antragsgegnerin, soweit sie im verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur baurechtlichen Genehmigungsfähigkeit der Spielhalle Ermittlungen angestellt bzw. diese geprüft hat, gegenwärtig nicht geltend gemacht. Auch soweit Mitarbeiter der Antragsgegnerin in den vergangenen Jahren vor Ort (gewerberechtliche) Kontrollen vorgenommen haben (Prüfungen vom 4.9.2008, vom 2.11.2012), ist zuletzt eine Übereinstimmung der „Bauzeichnung“ mit den „Begebenheiten vor Ort“ festgestellt worden.

(2) Auch käme die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens bzw. der beabsichtigten Nutzung möglicherweise in Betracht:

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens der Antragstellerin richtet sich nach den Festsetzungen des Bebauungsplans H. 12 vom 23. Juli 1968 und somit nach § 30 Abs. 1 BauGB i. V. m. § 6 BauNVO 1962. Die späteren Änderungen der Baunutzungsverordnung wirken sich nicht auf einen bereits in Kraft befindlichen Bebauungsplan aus (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.2.1992, 4 C 43.87, BVerwGE 90, 57, juris Rn. 34; Urt. v. 5.12.1986, 4 C 31.85, BVerwGE 75, 262, juris Rn. 21; VGH Mannheim, Urt. v. 7.7.2017, 3 S 381/17, VB1BW

2018, 34, juris Rn. 17). Die Umgebung der streitigen Fläche ist im Bebauungsplan H. 12 hinsichtlich der zulässigen Art der Bebauung als Mischgebiet ausgewiesen. Mischgebiete dienen nach § 6 Abs. 1 BauNVO 1962 dem Wohnen und der Unterbringung von Gewerbebetrieben, die das Wohnen nicht wesentlich stören. Zulässig sind nach § 6 Abs. 2 BauNVO 1962 in Mischgebieten u. a. neben Einzelhandelsbetrieben und Schank- und Speisewirtschaften (Nr. 2) „sonstige nicht wesentlich störende Gewerbebetriebe“ (Nr. 4). Nur § 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO 1962 benennt Vergnügungsstätten. Sie sind danach nur in Kerngebieten allgemein zulässig.

An diesen planerischen Vorgaben hat sich die Prüfung der Antragsgegnerin auszurichten. Hier dürfte allein die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Nutzung als Spielhalle im Sinne des HmbSpielhG in Rede stehen. Es spricht zwar einiges dafür, dass möglicherweise in der Vergangenheit die damaligen Betreiber eine überwiegend gaststättenrechtliche Nutzung der Fläche in dem auch vor dem Umbau bzw. der Erweiterung 1995/96 bestehenden Einkaufszentrum E. bezweckten. Dafür dürften die 1988 erfolgte gewerberechtliche Anmeldung („Schankwirtschaft und Speisewirtschaft mit Imbißwirtschaft mit Sitzgelegenheiten sowie Betrieb einer Spielhalle“) und die Bezeichnung der Nutzung als „Spiel-Café“ in der Anlage zu einem nicht leserlich datierten und nicht eingereichten Baugenehmigungsbescheid (Geschäftszeichen [...]) sprechen. Diese angegebene Nutzung deutet auf ein überwiegend gastronomisches Angebot („Café“) hin; der Betrieb von (Geld-)Spielgeräten - welcher Art auch immer - dürfte nach dieser Bezeichnung jedenfalls nicht der Hauptzweck der Nutzung gewesen sein. Die Bezeichnung „Spielsalon“ in der o.g. Vorlage (...) und spätestens die Gewerbeanmeldung im Jahr 2006 (Bl. 149 der Sachakte) dürften aber darauf hindeuten, dass vom damaligen Betreiber allein die Nutzung der Fläche als Spielhalle und nicht nur das Betreiben von maximal drei Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit in einer Schank- und Speisewirtschaft (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV) tatsächlich beabsichtigt (gewesen) ist. Dies lässt sich auch aus dem Vortrag der Antragstellerin und aus der dem Vorbetreiber im Jahr 2008 erteilten spielhallenrechtlichen Erlaubnis, die auf die SpielV verweist, schließen.

Spielhallen können (ebenso wie z.B. auch Internet-Cafés) unter den Begriffstypus der „Vergnügungsstätte“ fallen. Dieser ist eigen, dass sie eine meistens erhebliche (Lärm-)Belästigung der Funktion „Wohnen“ bewirkt (vgl. Fickert/Fieseler, BauNVO, 12. Aufl. 2014, § 4a Rn. 22.2, 22.23). Ob es sich bei der hier streitigen Nutzung als Spielhalle um einen sonstigen „nicht wesentlich störenden Gewerbebetrieb“ im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO 1962 oder schon um eine Vergnügungsstätte im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO 1962 handelt, ist nach der typisierenden Betrachtungsweise zu bestimmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine Vergnügungsstätte u. a. in einem Mischgebiet nur zulässig, wenn sie nicht dem Typus einer Vergnügungsstätte entspricht, wie er für solche Einrichtungen im Kerngebiet kennzeichnend ist, und wenn sie keine wesentlichen Störungen für die Wohnruhe vor allem am Abend und in der Nacht mit sich bringt (vgl. zur BauNVO 1977:

BVerwG, Urt. v. 25.11.1983, 4 C 64.79, BVerwGE 68, 207, juris Rn. 11 f.; Urt. v. 21.2.1986, 4 C 31.83, BRS 46 Nr. 51, juris Rn. 11). In einem Kerngebiet ist der Wohnnutzung ein Mehr an Beeinträchtigung der Wohnruhe zuzumuten. Bei Vergnügungsstätten kann typischerweise nicht davon ausgegangen werden, dass sie das „Wohnen nicht wesentlich stören“ (vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 5.10.2009, 1 MB 16.09, juris Rn. 31). Kerngebietstypische Spielhallen sind daher in einem Mischgebiet nicht allgemein zulässig (siehe BVerwG, Beschl. v. 28.7.1988, 4 B 119.88, Buchholz 406.12 § 8 BauNVO Nr. 8, juris Rn. 3; ebenso zum Gewerbegebiet: OVG Hamburg, Urt. v. 16.12.1993, Bf II 23/93, juris Rn. 22; Beschl. v. 9.7.2012, 2 Bs 140/12, n.v.; Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Februar 2018, § 6 BauNVO Rn. 35 zur Rechtslage vor der Änderung durch die BauNVO 1990).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist typisch für ein Kerngebiet eine Vergnügungsstätte, wenn sie als zentraler Dienstleistungsbetrieb einen größeren Einzugsbereich besitzt und für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar ist oder jedenfalls erreichbar sein soll (so BVerwG, Beschl. v. 28.7.1988, a.a.O., juris Rn.3). Es kommt nach der typisierenden Betrachtungsweise darauf an, ob von der beabsichtigten Nutzung unter Berücksichtigung der typischen Art und Weise des Betriebs der baulichen Anlage in der Regel Nachteile und Belästigungen ausgehen können, die so erheblich sind, dass die Nutzung in ein Kerngebiet verwiesen werden muss, weil dort zentrale Dienstleistungsbetriebe mit einem größeren Einzugsbereich regelmäßig untergebracht werden sollen.

Für die Beurteilung als kerngebietstypisch ist in erster Linie auf die Größe des Betriebes abzustellen (vgl. BVerwG, Urt. v. 21.2.1986, 4 C 31.86, Buchholz 406.12 § 6 BauNVO Nr. 7, juris Rn. 10; ebenso OVG Hamburg, Urt. v. 14.11.2002, 2 Bf 700/98, HmbJVBl 2004, 62, 64, juris Rn. 36 ff.), die bei einer Spielhalle vor allem durch die Fläche (Raumgröße), die Zahl und die Art der Spielgeräte und die Besucherplätze bestimmt wird. Als nicht kerngebietstypisch wird in der Rechtsprechung eine Spielhalle angesehen, deren Nutzfläche auf etwa 100 m² begrenzt ist („Schwellenwert“, vgl. zu dessen Entwicklung und der damaligen Regelung der SpielV: Wahlhäuser, in Bönker/Bishopink, BauNVO, 2. Aufl. 2018, § 4a Rn. 90 f.). Die Frage, ob eine mit dem Charakter eines Mischgebietes unverträgliche, nur im Kerngebiet zulässige Vergnügungsstätte vorliegt, lässt sich aber nicht generell, sondern nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles beantworten (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.5.1990, 4 C 49.89, Buchholz 406.16 Grundeigentumsschutz Nr. 52, juris Rn. 22). Dem „Schwellenwert“ kommt lediglich die Bedeutung eines wesentlichen Anhalts zu, ohne damit andere Kriterien von vornherein auszuschließen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.10.1992, 4 B 103.92, Buchholz 406.12 § 6 BauNVO Nr. 12, juris Rn. 4). Erforderlich bleibt eine im Wesentlichen auf der Einschätzung der tatsächlichen örtlichen Situation beruhende Beurteilung (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 1.7.2015, 2 Bf 200/13, n.v.; VGH Kassel, Beschl. v. 18.9.2013, 3 A 496/13.Z, NVwZ-RR 2014, 89, 90, juris Rn. 9; vgl. auch Söfker, in:

Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Februar 2018, § 6 BauNVO Rn. 43 m. w. N. zur Rspr.).

Mit einer Nutzfläche von ca. 181 m² überschreitet die Spielhalle hier zwar den Schwellenwert deutlich. Ob die Antragstellerin in ihrer Spielhalle außer den zulässigen acht Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit weitere „Unterhaltungs-Spiele“ anbietet, ist nicht bekannt und bedarf der Ermittlung im Widerspruchsverfahren. Sollte dies - was der bisherige Vortrag der Antragstellerin und das Protokoll der Prüfung der Antragsgegnerin nahelegen - nicht der Fall sein, könnte allerdings einiges dafür sprechen, dass die Spielhalle möglicherweise nur der Entspannung und Freizeitbetätigung der Bewohner eines begrenzten (Teil-)Stadtteils von Hamburg [...] dient und nicht wegen ihrer Lage Besucher aus einem überörtlichen Einzugsbereich erwarten lässt. Möglicherweise könnte der Störungsgrad der Spielhalle gemessen an der nach dem Bebauungsplan ausgewiesenen Umgebung nicht dem einer kerngebietstypischen Vergnügsstätte entsprechen:

Die Nutzfläche der Spielhalle könnte hier nicht allein ausschlaggebend sein. Gegen die bloße Orientierung am Schwellenwert könnte sprechen, dass wegen der neuen gesetzlichen Beschränkung eine Spielhalle mit den nach § 4 Abs. 3 Satz 1 HmbSpielhG zulässigerweise maximal betriebenen acht Geldspielgeräten ggf. eine Größe von weniger als 100 m² haben kann. Ein solcher, weniger Spielgeräte aufweisender Betrieb könnte damit nach typisierender Betrachtung möglicherweise nicht nur in einem Kerngebiet zulässig sein (vgl. für eine Zuordnung als kerngebietstypisch bei 200 m²: VGH Mannheim, Urt. v. 2.4.1988, BRS 48 Nr. 39 m. w. N.; OVG Münster, Beschl. v. 15.6.2012, 2 A 2992/11, BRS 79 Nr. 84, juris Rn. 11). Denn das Störpotenzial einer Spielhalle dürfte nicht durch die Größe der Fläche als solche, sondern durch die Intensität der Nutzung der Fläche zum Aufstellen von Spielgeräten und den damit zu erwartenden Besucherzahlen und deren Begleiterscheinungen wie Parkverkehr bedingt sein (vgl. Wahlhäuser, in Bönker/Bischopink, BauNVO, 2. Aufl. 2018, § 4a Rn. 94; vgl. VGH München, Beschl. v. 4.10.2017, 1 ZB 15.1673, juris Rn. 5 zur „Lounge“). Zu Recht hat das Verwaltungsgericht weiter darauf hingewiesen, dass der Betrieb nach den gesetzlichen Bestimmungen wegen der Anforderungen an die Gestaltung (§ 4 Abs. 1 HmbSpielhG) und wegen des mutmaßlichen Fehlens eines Speisen- oder Getränkeangebots hier grundsätzlich nicht auf die Adressierung eines größeren Besucherkreises ausgelegt ist.

Zudem könnte die Lage und Umgebung des Vorhabens gegen eine nur kerngebietstypische Nutzung sprechen. Hier könnten möglicherweise die von dem Automatenangebot angesprochenen, zu erwartenden Besucher (auch solche des Einkaufszentrums) und dafür erforderliche Besucherparkplätze keinen Anhaltspunkt für eine durch die Spielhalle zu erwartende Störung des Wohnens bzw. anderer Nutzungen bieten. Auf den als Mischgebiet ausgewiesenen Flächen wurde wohl bereits 1968 ein Einkaufszentrum errichtet, das insbesondere nach der Erweiterung bzw. dem Umbau ab dem Jahr 1995 Dienstleistungsfunktionen für den (Teil-

)Stadtteil wahrnahm bzw. wahrnimmt. Nach dem Bebauungsplan H. 12 ist Wohnbebauung erst in einem gewissen Abstand hiervon ausgewiesen.

Die Häufung von im Mischgebiet zulässigen Gewerbebetrieben, nämlich hier von ca. 30 Fachgeschäften, Arztpraxen, Supermärkten und teilweise bis 23.00 Uhr geöffneten Lokalen (vgl. Internetauftritt des Einkaufszentrums: <http://. ./>), dürfte die Dienstleistungsfunktion des Einkaufszentrums als Nahversorgungszentrum und damit maßgeblich die Besucher- und Käuferströme und den sich daraus ergebenden An- und Abfahrts- sowie Parksuchverkehr hervorrufen und bestimmen. Letzterer wird nach der Ausweisung im Bebauungsplan H. 12 durch zentrale Parkflächen/Garagen kanalisiert. Eine (zusätzliche) Ausweisung von Parkflächen für die Spielhalle oder die in der XXX-Straße gelegenen Betriebe, die ein Störpotenzial erzeugen könnten, ist nach dem Bebauungsplan nicht vorgesehen.

Ausweislich der Internetseite des EKZ geht der Betrieb der Spielhalle zwar möglicherweise über die Öffnungszeiten des Einkaufszentrums (8.00 Uhr bis 22.00 Uhr) und der Restaurants (teilw. bis 24.00 Uhr) zeitlich hinaus (bis 02.00 Uhr, an 2 Tagen bis 05.00 Uhr). Ob diese Angaben noch zutreffen, bedarf weiterer Prüfung. Insoweit dürfte klärungsbedürftig sein, ob sich daraus spezifische und in Bezug auf die Umgebung oder die davon entfernt liegende Wohnnutzung wahrnehmbare, im Mischgebiet nicht zumutbare Störungen ergeben könnten. Dort dürfen gewerbliche Nutzungen in der Regel nicht ohne jede Beeinträchtigung der Wohnruhe ausgeübt werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 21.2.1986, 4 C 31.86, Buchholz 406.12 § 6 BauNVO Nr. 7, juris Rn. 11).

Die von der Antragsgegnerin geltend gemachte Sozialschädlichkeit des Automatenspiels für die Stadtteilentwicklung ist für die Einschätzung des baurechtlich zu bestimmenden Störungsgrads der Spielhalle unerheblich. Zwar weist die Antragsgegnerin zu Recht darauf hin, dass diese Sozialschädlichkeit den Gesetzgeber veranlasst habe, (restriktive) Regelungen u. a. zum Spielerschutz in § 33 i GewO, in der SpielV und in dem HmbSpielhG zu schaffen. Gewerberechtliche und gesundheitsschutzbezogene Motive dürften aber bodenrechtlich unerheblich sein. Zwar können die von bestimmten Vergnügungsstätten ausgehenden städtebaulichen Folgen für die Umgebung wie die Beeinträchtigung des Stadt- und Straßenbildes und der Gebietsqualität („Trading-down“-Effekte) Anlass sein, um die Wohnbevölkerung oder andere sensible Nutzungen vor von Vergnügungsstätten ausgehenden nachteiligen Wirkungen zu schützen. Dafür sieht u. a. § 1 Abs. 4 bis 6 BauNVO 2017 den erst mit der BauNVO 1977 geregelten Ausschluss von Vergnügungsstätten im Bebauungsplan und Abs. 9 auch den Ausschluss bestimmter Arten von Vergnügungsstätten, so auch Spielhallen, vor. Für einen solchen Ausschluss müssen aber städtebauliche Gründe vorliegen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 4.9.2008, 4 BN 9.08, BauR 2009, 76, juris Rn 8; Beschl. v. 22.5.1987, 4 N 4.86, BVerwGE 77, 308, juris Rn. 12 ff.; Pützenbacher, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 2. Aufl. 2018, § 8 Rn. 157). Hier sind im Bebauungsplan H. 12 und in der BauNVO 1962 solche Ausschlüsse

von Vergnügungsstätten oder bestimmter Arten aus städtebaulichen Gründen oder Sonderregelungen zur (nur) ausnahmsweisen Zulässigkeit bestimmter Vergnügungsstätten oder ähnlicher Gewerbebetriebe nicht vorgesehen. Daher dürften gewerbe-, jugend- und spielerchutzbezogene Gründe das Gewicht des allein bodenrechtlich zu bestimmenden Störungsgrads des hier zu prüfenden Gewerbebetriebs nicht begründen können.

(cc) Da es nach den obigen Ausführungen in Betracht kommt, dass die Antragstellerin eine Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle (ggf. unter dem Vorbehalt einer ebenfalls einzuholenden Baugenehmigung) beanspruchen kann, dies aber in dem vorliegenden Eilverfahren nicht abschließend beurteilt werden kann, nimmt der Senat eine Folgenabwägung vor, die zu Gunsten der Antragstellerin ausfällt und damit zum Erlass der erstrebten einstweiligen Anordnung führt.

Der in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verankerte Anspruch des Bürgers auf eine tatsächlich und rechtlich wirksame Kontrolle verpflichtet die Gerichte, bei ihrer Entscheidungsfindung diejenigen Folgen zu erwägen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes für den Bürger verbunden sind. Dies gilt nicht nur im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO, sondern ist im Hinblick auf den in gleicherweise gegebenen Anspruch auf Gewährung effektiven (vorläufigen) Rechtsschutzes in Fällen drohender Grundrechtsbeeinträchtigung auch im einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO zu beachten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. Beschl. v. 25.2.2009, 1 BvR 120/09, NZS 2009, 674, juris Rn. 11) darf daher im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 VwGO das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition umso weniger zurückgestellt werden, je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können. Abzuwägen sind hiernach die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Antragstellerin aber einen Anspruch auf die Erteilung einer spielhallenrechtlichen Erlaubnis hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, obwohl der Antragstellerin diese im Ergebnis nicht erteilt werden könnte. Diese Abwägung führt dazu, dass der Betrieb der Antragstellerin zur Vermeidung schwerwiegender Nachteile gegenwärtig bis zu einer Überprüfung des Bescheides vom 16. Oktober 2017 im Widerspruchsverfahren zu dulden ist. Dafür spricht, dass die Antragstellerin - soweit ersichtlich - eine Spielhalle betreibt, die seit mindestens 20 Jahren, möglicherweise bereits seit 1988, (von wechselnden Inhabern) in dem Einkaufszentrum geführt wird, ohne dass die Antragsgegnerin das Fehlen der erforderlichen Baugenehmigung oder einer gaststätten- oder spielhallenrechtlichen Erlaubnis oder den Betrieb der Spielhalle beanstandet hätte. Zudem würde eine (möglicherweise nur zeitweise) Schließung der Spielhalle, auf die sich die Antragstellerin wohl nicht wegen der Lage ihrer Spielhalle (vgl. § 2 Abs. 2 und 3 HmbSpielhG) einstellen musste,

zu merkbaren finanziellen Folgen für sie führen. Andererseits ist mit dem Erlass der einstweiligen Anordnung zunächst nur eine zeitweise Duldung des Weiterbetriebs verbunden.

2. Einen über die vorläufige Duldung bis zum Ablauf eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides hinausgehenden Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Erlaubnisverfahrens, wie von der Antragstellerin beantragt, hat sie nicht glaubhaft gemacht. Es kommt in Betracht, dass die Antragsgegnerin im Widerspruchsverfahren bereits dem Begehren der Antragstellerin Rechnung trägt und eine spielhallenrechtliche Erlaubnis erteilt. Im Übrigen hat sie, wie die zwischen den verschiedenen (Bau- und Gewerbe-) Fachämtern ausweislich der Sachakte geführte Korrespondenz und die Einlassungen der Antragsgegnerin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausweisen, bereits mit der Überprüfung ihres Bescheides im Hinblick auf den Versagungsstatbestand des § 2 Abs. 5 Nr. 2 HmbSpielhG und die dabei zu berücksichtigende baurechtliche Genehmigungsfähigkeit des Betriebs der Spielhalle begonnen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG. Nach dem Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Ziff. 54.1) ist für das Interesse der Antragstellerin am Weiterbetrieb ihrer Spielhalle ein Wert von 15.000,- Euro anzunehmen. Dieser Wert ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu halbieren.

[...]