

### **Zum Sachverhalt:**

Der Kl. geht es mit ihrer Klage darum, daß ihr die Bekl. den Betrieb eines Spielhallenkomplexes erlaubt. Durch Bescheid vom 14. 1. 1980 lehnte die Bekl. den Antrag ab. Zur Begründung führte sie aus, die Erlaubnis sei nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO zu versagen, weil der Betrieb der geplanten Spielhallen eine Gefährdung von Schülern, Kindern von Gastarbeitern und sporttreibenden Jugendlichen befürchten lasse.

Nach erfolglosem Widerspruch gab das VG durch Bescheidungsurteil der Klage statt. Die Berufung der Bekl. wies der VGH zurück.

### **Aus den Gründen:**

Die Berufung ist zulässig, jedoch nicht begründet. Zu Recht hat das VG die von der Kl. angegriffenen Bescheide aufgehoben und die Bekl. zur Neubescheidung verpflichtet. Die Bekl. ist entgegen der von ihr vertretenen Ansicht nicht gehalten, den Antrag der Kl., ihr den Spielhallenbetrieb ... zu erlauben, aufgrund des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO abzulehnen.

Allerdings ist die Bekl. entgegen der Auffassung der Kl. nicht schon durch den positiven Bauvorbescheid vom 30. 5. 1979 und die bestandskräftige Baugenehmigung vom 20. 9. 1979 daran gehindert, die in § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I GewO vorgeschriebene Erlaubnis zu versagen. Zwar hat die Baurechtsbehörde - wie zunächst in Aussicht gestellt - die Genehmigung erteilt, im Erdgeschoß des Gebäudes W.-Straße 7 nicht nur drei Spielhallen und Toilettenanlagen einzubauen, sondern darüber hinaus die Nutzung entsprechend zu ändern, und diese Entscheidungen binden auch die Behörde der Bekl., die für die Erlaubnis nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I GewO zuständig ist; daraus kann aber - wie die Kl. selbst einräumt - nicht der Schluß gezogen werden, daß die Erlaubnis nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I GewO entbehrlich wäre (vgl. OVG Koblenz, NVwZ 1982, NVWZ Jahr 1982 Seite 122). Das käme nur in Betracht, wenn der Gesetzgeber das Verfahren in der Art einer Planfeststellung geregelt hätte, die alle nach anderen Rechtsvorschriften notwendigen öffentlichrechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse ersetzt (vgl. § FSTRG § 18b FStrG). Eine solche Möglichkeit ist jedoch in der Landesbauordnung nicht vorgesehen. Der hier einschlägige § BADWÜRTTBAUO § 95 BADWÜRTTBAUO § 95 Absatz I 1 BadWürttBauO verleiht der Baurechtsbehörde nicht die umfassende Zuständigkeit, die baurechtlich gestattete Nutzung auch

gewerberechtlich zu erlauben, sondern läßt die Zuständigkeit der für die Erlaubnis nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I GewO zuständigen Behörde als solche unberührt. Die Regelung, daß die Baugenehmigung in Aussicht zu stellen (§ BADWÜRTTBAUO § 91 BADWÜRTTBAUO § 91 Absatz I 1 BadWürttBauO) bzw. zu erteilen ist, wenn dem Vorhaben keine öffentlichrechtlichen Vorschriften entgegenstehen, darf nicht so verstanden werden, daß auch solche Voraussetzungen für eine Erlaubnis nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I GewO zu prüfen sind, für die der Baurechtsbehörde die Kompetenz fehlt. Eine Bindungswirkung kann sich freilich dann ergeben, wenn gewerberechtlich bestimmte bauliche Anforderungen gestellt werden. Insoweit wirkt die Zuständigkeit der Baurechtsbehörde in das Verfahren zur Erteilung der Spielhallenerlaubnis hinein.

Allein die für diese Erlaubnis zuständige Behörde hat daher nicht die Frage zu beantworten, ob der Ast. die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt (§ 33i II Nr. 1 i. V. mit § 33c II bzw. § GEWO § 33d GEWO § 33D Absatz III GewO), sondern auch zu entscheiden, ob etwa eine Gefährdung der Jugend oder eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs zu befürchten ist (§ GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO). Daran hat sich die Baurechtsbehörde im vorliegenden Fall gehalten und weder mit dem Bauvorbescheid noch mit der Baugenehmigung die in § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO normierten Versagungsgründe in Verkennung ihrer Kompetenz verneint. Sie hat im Gegenteil in der Baugenehmigung fürsorglich auf entsprechende Bedenken hingewiesen, die Entscheidung aber dem gewerberechtlichen Erlaubnisverfahren vorbehalten. Daß sich die Baurechtsbehörde in Wahrnehmung ihrer Kompetenz mit der Nutzung zum Zwecke des Spielhallenbetriebs einverstanden erklären, das Amt für öffentliche Ordnung dagegen die Spielhallenerlaubnis nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO versagen kann, obwohl beide Dienststellen Behörden der Bekl. sind, steht außer Frage.

Bedenken bestehen freilich, soweit die Bekl. nunmehr im Berufungsverfahren den Standpunkt einnimmt, eine Erlaubnis für drei Spielhallen komme nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I GewO schon deshalb nicht in Betracht, weil nicht jede der drei geplanten Hallen in räumlich-baulicher Hinsicht eine selbständige Einheit bilde und es sich deshalb begrifflich nicht jeweils um eine Spielhalle i. S. des § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I GewO handle. Selbst wenn nicht jede der drei geplanten Hallen den räumlich-baulichen Anforderungen genügen sollte (vgl. das Ur. des Senats vom 24. 2. 1982, NVwZ 1983, NVWZ Jahr 1983 Seite 297 (in diesem Heft) = GewArch 1982, 329 m. w. Nachw.), so kann ihr die für die Erlaubnis nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I GewO zuständige Behörde deshalb die Erlaubnis für drei Spielhallen nicht mehr vorenthalten. Die für räumlich-bauliche Fragen zuständige Baurechtsbehörde hat aufgrund der von der Kl. vorgelegten Pläne den Einbau von drei Spielhallen und Toilettenanlagen genehmigt und eine entsprechende Nutzungsänderung gestattet. An diese bestandskräftige Entscheidung, daß räumlich-baulich keine Bedenken gegen den Betrieb von drei Spielhallen bestehen, ist die für die Erlaubnis nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I

GewO zuständige Behörde bei der Entscheidung über den Antrag der Kl. vom 19. 12. 1979, ihr den Betrieb von drei Spielhallen zu erlauben, gebunden.

Der Senat teilt jedoch die Ansicht des VG, daß die von der Kl. beantragte Erlaubnis zum Betrieb von drei Spielhallen in der W.- Straße 7 zu Unrecht nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO versagt worden ist, weil es genügt hätte, der befürchteten Gefährdung der Jugend durch Auflagen nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I 2 GewO vorzubeugen. Zwar sind Fallgestaltungen denkbar, die eine Versagung der Erlaubnis wegen Jugendgefährdung auch im Hinblick auf das in Art. GG Artikel 12 GG Artikel 12 Absatz I GG gewährleistete Grundrecht der Berufsfreiheit gerechtfertigt erscheinen lassen. Etwas anderes ergibt sich insbesondere nicht aus dem von der Kl. zitierten Referentenentwurf zur Neufassung des § JSCHÖG § 7 JSchÖG, in dem eine Lockerung des ausnahmslosen Verbotes der Anwesenheit von Minderjährigen in Spielhallen damit begründet wird, daß sich die bisherige pauschale Einordnung der Spielhallen als jugendgefährdende Orte in dieser Allgemeinheit in der Praxis nicht bestätigt habe und daher nicht aufrechterhalten werden könne. In diesem Entwurf kann schon deshalb kein Indiz dafür gesehen werden, daß § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO verfassungswidrig geworden sein könnte (vgl. das Urteil des Senats NVwZ 1983, NVWZ Jahr 1983 Seite 297 (in diesem Heft) = GewArch 1982, 329 m. w. Nachw.), weil er inzwischen durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung (Bt-Dr 9/1992 v. 21. 9. 1982) überholt ist, der an dem geltenden ausnahmslosen Verbot festhält.

Die Behörde darf aber nicht in allen Fällen, in denen sie eine Gefährdung der Jugend befürchtet, ohne weiteres die Erlaubnis nach § GEWO § 33 GEWO § 33 Absatz II Nr. 3 GewO verweigern. Sie hat sich vielmehr an dem in der Verfaasung verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren (vgl. Hesse, EuGRZ 1978, EUGRZ Jahr 1978 Seite 431), der gebietet, daß ein gewähltes Mittel zu dem angestrebten Zweck nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich sein muß. Daran fehlt es, wenn die Behörde ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht der Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können (BVerfG 19, 330 (337) = NJW 1966, NJW Jahr 1966 Seite 291; BVerfGE 25, BVERFGE Jahr 25 Seite 1 (BVERFGE Jahr 25 Seite 17 f.) = NJW 1969, NJW Jahr 1969 Seite 499). Diese Voraussetzung ist hier gegeben.

§ GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I 2 GewO, der die Möglichkeit von Auflagen vorsieht, bestimmt zwar im Gegensatz zu § GEWO § 33c GEWO § 33C Absatz I 2 GewO und § GEWO § 33d GEWO § 33D Absatz I 2 GewO nicht ausdrücklich, daß Auflagen im Interesse des Jugendschutzes erteilt werden können, läßt sie jedoch u. a. zum Schutze der Allgemeinheit zu. Zur Allgemeinheit gehören vor allem die durch den Spielhallenbetrieb besonders gefährdeten Kreise wie Minderjährige und Jugendliche. Der von der Bekl. vertretenen Auffassung, daß der Gesetzgeber in § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I 2 GewO deshalb nicht von Auflagen im Interesse der Jugend gesprochen habe, weil er diese für unzureichend halte und im Falle der

Jugendgefährdung die Versagung der Erlaubnis nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO als das allein angemessene Mittel ansehe, vermag sich der Senat mit der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinung nicht anzuschließen (vgl. VG Gelsenkirchen, GewArch 1982, 24; VG Stuttgart, GewArch 1968, 108; Landmann-Rohmer, GewO I, Stand: Januar 1982, § 33i Rdnrn. 10, 15; v. Olshausen-Schmidt, AutomatenR, 1972, Fußn. 129). Eine solche Konzeption stünde mit dem verfassungsrechtlich gebotenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in Einklang.

Als ein wirksames Mittel zur Gewährleistung eines effektiven Jugendschutzes kommen die Auflagen in Betracht, nur solchen Besuchern Zutritt zu den Spielhallen zu gewähren, die ihren Personalausweis, ihren Reisepaß oder ihren Führerschein vorgelegt haben (vgl. VG Stuttgart, GewArch 1968, 108), und die Zahl der Aufsichtspersonen so zu bemessen, daß diese Alterskontrollen tatsächlich durchgeführt werden können. Mit der Kl. hält es der Senat für unangemessen, von vornherein davon auszugehen, daß die Kontrollen nicht lückenlos durchgeführt werden. Auch läßt sich durch Stichproben leicht und schnell kontrollieren, ob die Kl. die Auflagen erfüllt. Zwar ist richtig, daß sie schon nach dem Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit Minderjährige am Zutritt hindern muß, während sie aber bei Verstößen gegen § JSCHÖG § 7 JSchÖG "lediglich" Strafen bzw. Bußgelder riskiert (§§ JSCHÖG § 13 und JSCHÖG § 14 JSchÖG), kann im Falle der Nichtbeachtung von Auflagen nach § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz I 2 GewO die erteilte Erlaubnis zurückgenommen werden (§ GEWO § 53 GEWO § 53 Absatz II Nr. 3 GewO).

Auf § GEWO § 33i GEWO § 33I Absatz II Nr. 3 GewO hätte sich die Bekl. im vorliegenden Fall nur dann stützen können, wenn bereits jetzt konkrete Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, daß die genannten Schutzmaßnahmen nicht "greifen", weil sie von der Kl. etwa mit der Begründung abgelehnt würden, sie seien zu aufwendig und könnten auch erwachsene Besucher abschrecken. Das ist aber nicht der Fall. Die Kl. hat in der mündlichen Verhandlung des Senats ihre Bereitschaft erklärt, Ausweiskontrollen durchzuführen und die dafür erforderlichen Aufsichtskräfte einzustellen. Anhaltspunkte dafür, daß hier - wie die Bekl. in ihrem Berufungsvortrag meint - eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs befürchtet werden muß, sind nicht ersichtlich. In jedem Fall könnte auch dieser Gefahr durch geeignete Auflagen vorgebeugt werden.

Da die Sache noch nicht spruchreif ist, weil es insbesondere noch an der nach § 33i II Nr. 1 i. V. mit § 33c II bzw. § GEWO § 33d GEWO § 33D Absatz III GewO erforderlichen Zuverlässigkeitsprüfung fehlt, kann das Gericht die Bekl. nicht zur Erteilung der begehrten Erlaubnis verpflichten. Vielmehr ist nach § VWGO § 113 VWGO § 113 Absatz IV 2 VwGO lediglich ein Bescheidungsurteil möglich. Etwas anderes kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil nur die Bekl. Berufung eingelegt hat.