



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 1 B 161/11
(VG: 1 V 365/11)

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch den Senator für Umwelt, Bau und Verkehr,
Ansgaritorstraße 2, 28195 Bremen,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch die Richter
Göbel, Prof. Alexy und Traub am 29. Mai 2012 beschlossen:

**Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des
Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 1. Kam-
mer – vom 04. Juli 2011 wird zurückgewiesen.**

**Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfah-
rens.**

**Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf
10.000,00 Euro festgesetzt.**

Gründe

A.

Die Antragstellerin betreibt zwei Spielhallen in dem Gebäude A. Straße in Bremen-Habenhausen. Das Grundstück liegt im unbeplanten Innenbereich. Baurechtliche Grundlage der Nutzung für Spielhallen ist die 2. Nachtrags-Baugenehmigung vom 24.07.1987. Nach der Betriebsbeschreibung, die Bestandteil der Genehmigung ist, sollten die Spielhallen täglich um 8.00 Uhr geöffnet und um 22.00 Uhr geschlossen werden. Tatsächlich waren die Spielhallen seit Juni 2008 werktags von 6.00 bis 24.00 Uhr und sonn- und feiertags von 11.00 bis 24.00 Uhr geöffnet. Mit Verfügung vom 17.11.2008 erteilte die Antragsgegnerin das Gebot, die genehmigten Öffnungszeiten von 09.00 bis 22.00 einzuhalten. Gegen diese Verfügung erhob die Antragstellerin Widerspruch. Seit Mai 2009 waren die Spielhallen täglich von 06.00 bis 02.00 Uhr, freitags und samstags durchgehend geöffnet. Mit einer weiteren Verfügung vom 03.07.2009 erteilte die Antragsgegnerin daraufhin das Verbot, die Spielhallen über die genehmigten Öffnungszeiten von 08.00 bis 22.00 Uhr hinaus zu nutzen bzw. nutzen zu lassen; zugleich wurden ein Zwangsgeld in Höhe von 5000 Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung angedroht und die sofortige Vollziehung der Verfügung angeordnet. Auch gegen diese Verfügung erhob die Antragstellerin Widerspruch. Einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung für die verlängerten Öffnungszeiten lehnte die Antragsgegnerin ab; auch dagegen erhob der Antragsteller Widerspruch. Mit Widerspruchsbescheid vom 02.02.2011 wies die Antragsgegnerin die Widersprüche gegen die Verfügungen vom 17.11.2008 und 03.07.2009 als unbegründet zurück. Mit Bescheid vom gleichen Tag wies sie auch den Widerspruch gegen die Versagung der Baugenehmigung zurück. Über die dagegen erhobenen Klagen ist noch nicht entschieden.

Den Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Verfügung vom 03.07.2009 wiederherzustellen, lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 04.07.2011 ab. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

B.

Die Beschwerde ist nicht begründet. Gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO prüft das Oberverwaltungsgericht nur die innerhalb der gesetzlichen Frist dargelegten Gründe. Sie rechtfertigen keine Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

I.

Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, sind die Voraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung nach § 79 Abs. 1 Satz 2 der Bremischen Landesbauordnung (BremLBO) gegeben. Die Nutzung der Spielhallen zum Betrieb nach 22.00 Uhr ist formell illegal. Sie ist auch nicht offensichtlich genehmigungsfähig. Auf die Offensichtlichkeit der Genehmigungsfähigkeit ist, wie auch von der Beschwerde zu Recht nicht in Zweifel gezogen wird, abzustellen, weil die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit nicht im Nutzungsuntersagungsverfahren, sondern in dem dafür vorgesehenen Genehmigungsverfahren zu klären ist. Lediglich dann, wenn auch schon ohne Durchführung eines Genehmigungsverfahrens offenkundig ist, dass die aufgenommene Nutzung den Vorschriften des materiellen Baurechts entspricht, muss dies im Nutzungsuntersagungsverfahren berücksichtigt werden, weil das Nutzungsverbot andernfalls unverhältnismäßig wäre (Beschl. des Senats vom 07.04.1999 – 1 B 25/99 – , NordÖR 1999, 374).

Hier ist zumindest nicht offensichtlich, dass sich die untersagte Nutzung nach § 34 Abs. 2 BauGB in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Dabei ist unerheblich, ob die Eigenart der näheren Umgebung, wie das Verwaltungsgericht meint, einem Mischgebiet nach § 6 BauNVO oder – so der Vortrag der Beschwerde – einem Gewerbegebiet nach § 8 BauNVO entspricht. Die Spielhallen der Antragstellerin sind, wie auch von der Beschwerde nicht bestritten wird, Vergnügungsstätten, die wegen ihrer Zweckbestimmung oder ihres Umfangs nur im

Kerngebiet allgemein zulässig (§ 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO). Solche sog. kerngebietstypischen Vergnügungsstätten sind im Mischgebiet generell unzulässig. Im Gewerbegebiet können sie nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO nur ausnahmsweise zugelassen werden. Dazu bedarf es gemäß § 34 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. § 31 Abs. 1 BauGB einer Ermessensentscheidung der Behörde im Einzelfall (vgl. BVerwG, Beschl. v. 01.06.2007 – 4 B 13.07 - , BRS 71 Nr. 156). Die Notwendigkeit einer solchen Entscheidung steht der Annahme entgegen, die Genehmigungsfähigkeit der Nutzung sei offensichtlich (Beschl. des Senats vom 07.04.1999, a.a.O., S. 375).

Etwas Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn das Ermessen der Behörde hier nur in der Weise ausgeübt werden könnte, dass die Genehmigung erteilt wird. Eine solche Ermessensreduzierung auf Null könnte gegeben sein, wenn die Behörde in ständiger Verwaltungspraxis Genehmigungen für die ausnahmsweise zulässige Nutzung von Spielhallen in (ausgewiesenen oder faktischen) Gewerbegebieten, auf die § 8 BauNVO in der seit 1990 geltenden Fassung anwendbar ist, auch für die Zeit nach 22.00 Uhr erteilen würde und deshalb auf Grund des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) gehalten wäre, auch der Antragstellerin eine solche Genehmigung zu erteilen. Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor. Wie sich den Darlegungen der Antragsgegnerin zu den von der Antragstellerin angeführten Vergleichsfällen entnehmen lässt, hat die Antragsgegnerin ihr Ermessen in unterschiedlicher Weise gehandhabt und sich dabei zumindest auch von den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls leiten lassen. Eine Selbstbindung der Verwaltung, die zu einem Anspruch auf Genehmigung einer Ausnahme ohne Einzelfallprüfung führen könnte, ist deshalb nicht ersichtlich.

II.

Jedenfalls nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Würdigung ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin auch bei Ausübung des Ermessens, das ihr nach § 79 Abs. 1 Satz 2 BremLBO zusteht, nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßen hat. Zwar ist zur Zeit nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin über ein Handlungskonzept für ein Einschreiten verfügt, das alle Fälle erfasst, in denen die genehmigten Öffnungszeiten für Spielhallen überschritten werden. Ein flächendeckendes Vorgehen gegen zeitweise illegal betriebene Spielhallen findet gegenwärtig offensichtlich nicht statt. Allein daraus, dass die Behörde bisher nicht gegen alle Überschreitungen der genehmigten Öffnungszeiten von Spielhallen vorgegangen ist, folgt aber noch nicht, dass das Einschreiten gegenüber der Antragstellerin diese in willkürlicher Weise benachteiligt. Die Behörde darf – etwa in Ermangelung ausreichender personeller und sachlicher Mittel – anlassbezogen vorgehen und sich auf die Verhängung von Nutzungsverböten im Einzelfall beschränken, wenn sie dafür sachliche Gründe anzuführen vermag (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.07.1976 – 4 B 22.76 - , Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 5; Beschl. v. 19.02.1992 – 7 B 106/91 – NVwZ-RR 1992, 360). Es ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sich die Behörde – zunächst – darauf beschränkt, in solchen Fällen tätig zu werden, in denen ihr gravierende Verstöße gegen die Beschränkung der Öffnungszeiten bekannt werden. Dabei ist es sachgerecht, dem Einschreiten gegenüber solchen Spielhallen Vorrang einzuräumen, die wegen ihrer Größe von mehr als 100 m² in besonderer Weise geeignet sind, bodenrechtliche Spannungen hervorzurufen. Ein willkürliches und damit rechtswidriges Einschreiten zu Lasten der Antragstellerin läge dann vor, wenn der Behörde die Überschreitung von Öffnungszeiten bei Spielhallen vergleichbarer Größe in ähnlich gelagerter Umgebung bekannt geworden wäre, sie in diesen Fällen aber – anders als im Fall der Antragstellerin – untätig geblieben wäre. Das kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht festgestellt werden.

Das gilt auch unter Berücksichtigung der von der Antragstellerin benannten Objekte.

Dabei müssen zunächst die Spielhallen unberücksichtigt bleiben, in denen Öffnungszeiten über 22.00 Uhr hinaus genehmigt worden sind, ohne dass dies offensichtlich rechtswidrig gewesen wäre. Dazu gehören Spielhallen, für die entsprechende Genehmigungen aufgrund planerischer Festsetzungen aufgrund der früher geltenden Rechtslage vor Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes oder nach der BauNVO 1962 erteilt werden durften, ebenso wie Spielhallen,

die nach heutiger Rechtslage allgemein (Kerngebiet) oder bei Annahme einer Ausnahme (Gewerbegebiet) zugelassen werden dürfen. Als Vergleichsfälle, auf die bei der Prüfung der Beachtung des Gleichheitssatzes abzustellen ist, kommen daher nur diejenigen Spielhallen in Betracht, die – wie das Objekt der Antragstellerin – in einem Mischgebiet oder – ohne dass die Voraussetzungen für eine Ausnahme gegeben sind – in einem Gewerbegebiet liegen und bei denen die genehmigte Öffnungszeit überschritten wird.

Soweit die Antragstellerin solche Spielhallen benannt hat, hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 09.02.2012 vorgetragen, diese Überschreitungen, die ihr bisher nicht bekannt geworden seien, müssten überprüft werden. Der Senat hat keine Veranlassung, daran zu zweifeln, dass eine solche Überprüfung zeitnah stattfindet und – wenn sie ergibt, dass auch in diesen Fällen die genehmigte Öffnungszeit überschritten wird – ein Nutzungsverbot verhängt wird. Die Antragsgegnerin wird im Rahmen des beim Verwaltungsgericht anhängigen Hauptsacheverfahrens spätestens zur mündlichen Verhandlung das Ergebnis ihrer Überprüfung und die daraus gezogenen Konsequenzen nachvollziehbar darzulegen haben.

Entsprechendes gilt auch für die von der Antragstellerin benannten Spielhallen, bei denen sich gegenwärtig nicht feststellen lässt, ob sie überhaupt als Vergleichsfälle in Betracht kommen, weil die entsprechenden Bauakten wegen Schimmelbefalls infolge eines Wasserschadens im Archiv der Antragsgegnerin aus gesundheitspolizeilichen Gründen bislang nicht zugänglich waren. Die Antragsgegnerin wird sich insoweit ernsthaft darum bemühen müssen, sich möglichst bald Zugang zu diesen Akten zu verschaffen, ihre Überprüfung innerhalb der genannten Zeiträume abzuschließen und über das Ergebnis zu berichten. Sollte der Zugang zu diesen Akten weiterhin nicht möglich sein, wird die Antragsgegnerin darlegen müssen, dass sie dies nicht zu vertreten hat und sich auch auf andere Weise nicht über die Sachlage informieren kann.

III.

Bis zum Abschluss der Überprüfung tatsächlicher oder vermeintlicher Vergleichsfälle jedenfalls überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der angefochtenen Verfügung das private Interesse der Antragstellerin an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. Könnte die Antragstellerin weiterhin wirtschaftlichen Nutzen aus der Öffnung ihrer Spielhallen über 22.00 Uhr hinaus ziehen, obwohl diese Erweiterung der Öffnungszeiten nicht genehmigt worden ist und aller Voraussicht nach auch nicht genehmigungsfähig ist, würde sie sich durch ihr illegales Verhalten Vorteile gegenüber denjenigen Konkurrenten verschaffen, die sich rechtstreu verhalten und ihre Spielhallen nur in dem genehmigten Umfang öffnen. Dies wäre ein Anreiz für weitere Spielhallenbetreiber, sich zur Mehrung ihrer Gewinne über die Beschränkungen des geltenden Rechts hinwegzusetzen und die Genehmigungsverfahren leerlaufen zu lassen. Ein solcher Anreiz muss vermieden werden. Sollte sich andererseits im Hauptsacheverfahren ergeben, dass die Antragsgegnerin gegen andere Spielhallenbetreiber in vergleichbarer Lage nicht einschreitet und diesen dadurch wirtschaftliche Vorteile gegenüber der Antragstellerin verschafft, kann dem privaten Interesse der Antragstellerin an der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage im Rahmen eines Verfahrens nach § 80 Abs. 7 VwGO noch hinreichend Rechnung getragen werden. Mit der Möglichkeit einer solchen Abänderung muss die Antragsgegnerin auch rechnen, wenn im weiteren Verfahren erkennbar werden sollte, dass die Antragsgegnerin die gebotene Überprüfung der ihr mit Schriftsatz vom 04.08.2011 benannten Vergleichsfälle nicht in angemessener Frist abgeschlossen hat.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 GKG.

gez. Göbel

gez. Prof. Alexy

gez. Traub