

**Titel:**

**Klage einer Gemeinde auf Aufhebung der Baugenehmigung für Spielhalle**

**Normenketten:**

BauGB § 34 Abs. 2, § 36

BayBO Art. 67, Art. 68

BauNVO § 4a Abs. 3 Nr. 2, § 6 Abs. 2 Nr. 8, Abs. 3, § 15 Abs. 1

AGGlStV Art. 9 Abs. 3 S. 1

GlStV § 29 Abs. 4 S. 4

GG Art. 28 Abs. 2

**Leitsätze:**

**1. Steht die Erteilung des Einvernehmens im Ermessen der Gemeinde, kommt dessen Ersetzung nur in Betracht, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null und damit ein Rechtsanspruch des Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung besteht. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)**

**2. Eine Spielhalle mittlerer Größe stellt regelmäßig keine kerngebietstypische Vergnügungsstätte dar, kann aber in einem Mischgebiet zugelassen werden, das überwiegend durch gewerbliche Nutzung geprägt ist. (Rn. 34 – 37) (redaktioneller Leitsatz)**

**3. In Gebietsteilen mit überwiegender Wohnnutzung steht der Schutz der umliegenden Bewohner als städtebaulicher Belang dem Rechtsanspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung für eine Spielhalle entgegen. (Rn. 39 – 41) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Klage einer Gemeinde gegen Baugenehmigung, Nutzungsänderung für Betrieb einer Spielhalle, Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens, Kein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, Faktisches Mischgebiet, Ermessensreduzierung auf Null (verneint), Baugenehmigung, Spielhalle, Vergnügungsstätte, gewerbliche Nutzung, gemeindliche Planungshoheit, Gebietscharakter

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 34758

**Tenor**

I. Die Baugenehmigung des Landratsamts Freising vom 31. Juli 2017 wird aufgehoben.

II. Der Beklagte und der Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens zu je 1/2 zu tragen.

III. Die Kostenentscheidung ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand**

**1**

Die Klägerin wendet sich gegen die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens und die Erteilung einer Baugenehmigung für eine Spielhalle auf dem Grundstück FINr. 987 Gemarkung ...

**2**

Das Vorhabengrundstück liegt in der Nähe des Rathauses der Klägerin und ist mit drei Gebäuden bebaut. Das streitgegenständliche Gebäude befindet sich im nordwestlichen Teil des Vorhabengrundstücks an der B.-Straße. In der näheren Umgebung werden unter anderem folgende Geschäfte betrieben: Apotheke, Café, Friseursalons, Modegeschäft, Restaurants und ein Supermarkt. Die Öffnungszeiten der auf den Grundstücken FINr. 19 und 933/2 Gemarkung ... (die im Folgenden genannten Flurnummern liegen alle in derselben Gemarkung) betriebenen Restaurants werden im Internet (Abruf am 27. Oktober 2020) abends mit 17:30 Uhr bis 23:00 Uhr angegeben. Südlich des Vorhabengrundstücks befindet sich in ca. 110 m Entfernung die ca. 7 m Breite H.-Straße (St ...\*). In ca. 170 m Entfernung (Luftlinie) zum Grundstück FINr.

987 wird auf dem südlich der H.-Straße gelegenen Grundstück FINr. 29 eine Spielhalle betrieben. Das Vorhabengrundstück liegt nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans.

### 3

Unter dem 24. Oktober 2016 beantragte der Beigeladene die Erteilung einer Baugenehmigung für eine Nutzungsänderung eines Friseurladens in eine Spielhalle auf dem Grundstück FINr. 987. Gemäß den Antragsunterlagen sind im Erdgeschoss auf einer Nutzfläche von 82,9 m<sup>2</sup> neun Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit, zwei Dart- und zwei Unterhaltungsgeräte ohne Auszahlungsmöglichkeit sowie ein Billardtisch vorgesehen. Im Kellergeschoss (42,7 m<sup>2</sup> Nutzfläche) sind im Eingabeplan eine Teeküche und Toiletten für die Gäste eingezeichnet. Das Kellergeschoss ist mit dem Erdgeschoss über eine Treppe verbunden. Die Betriebszeiten sind in der Betriebsbeschreibung mit 7:00 Uhr bis 1:00 Uhr an Werk sowie Sonn- und Feiertagen angegeben. Weiter ist in der Betriebsbeschreibung folgendes angegeben worden: kein Ausschank von alkoholischen Getränken; keine Speisenzubereitung und kein Speisenverkauf; kostenfreie Übertragung von Sport-Live-Übertragungen.

### 4

Der Bauantrag des Beigeladenen ging bei der Klägerin am 2. November 2016 ein.

### 5

Mit Beschluss des Bau-, Planungs- und Umweltausschusses vom 6. Dezember 2016 versagte die Klägerin das gemeindliche Einvernehmen. Begründet wurde die Versagung damit, dass das Vorhaben nicht in einem überwiegend durch gewerbliche Nutzung geprägten Gebiet liege und daher hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung nicht nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO zulässig sei. Die gewerbliche Nutzung in der näheren Umgebung beschränke sich im Wesentlichen auf die Erdgeschosse der umliegenden Gebäude. Sollte die Umgebung nicht als faktisches Baugebiet einzustufen sein, wäre das Vorhaben ebenfalls unzulässig, weil es in der näheren Umgebung keine weiteren Vergnügungsstätten gebe. Die ca. 150 m entfernte Spielhalle auf dem Grundstück FINr. 29 habe für das Vorhaben keine prägende Wirkung. Es handle sich bei der dortigen Spielhalle um einen Ausreißer, der in keiner Sichtbeziehung zu dem Vorhaben stehe. Die südlich des Vorhabens liegende H.-Straße habe trennende Wirkung.

### 6

Mit Schreiben vom 30. Mai 2017 hörte das Landratsamt die Klägerin zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens an. Zur Begründung führte das Landratsamt aus, dass die beantragte Spielhalle zwar nicht nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO, jedoch ausnahmsweise nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 3 BauNVO zulässig sei. Das Vorhaben sei mangels anderer Vergnügungsstätten nördlich der H.-Straße kaum geeignet, eine Änderung des Gebietscharakters herbeizuführen. Eine städtebaulich unerwünschte Entwicklung, wie z. B. ein „Trading-DownEffekt“, sei durch eine einzelne nicht kerngebietstypische Vergnügungsstätte nicht zu befürchten. Die Grenzen des § 15 Abs. 1 BauNVO seien eingehalten.

### 7

Am 4. Juli 2017 beschloss der Bau-, Planungs- und Umweltausschuss der Klägerin, dass das gemeindliche Einvernehmen weiterhin versagt wird. Das Vorhaben sei aus städtebaulichen Gründen nicht mit der Umgebung vereinbar, weshalb auch eine ausnahmsweise Zulassung des Vorhabens nicht in Betracht komme. Der Schutz der umliegenden Wohnnutzung vor Lärmbelästigungen und Gefahrensituationen durch An- und Abfahrtsverkehr überwiege gegenüber dem Interesse des Beigeladenen, an diesem Ort eine Spielhalle betreiben zu können. Das Vorhaben liege in einem städtebaulich besonders sensiblen zentralen Versorgungsbereich. Die Klägerin sei seit Jahren bestrebt, die Attraktivität dieses zentralen Versorgungsbereichs zu erhalten und zu stärken.

### 8

Mit Bescheid vom 31. Juli 2017 wurde dem Beigeladenen die beantragte Baugenehmigung erteilt (Nr. 1) und das gemeindliche Einvernehmen ersetzt (Nr. 2). Zur Begründung wurde vorgetragen, dass das Vorhaben nach § 6 Abs. 3 BauNVO ausnahmsweise zulässig sei. Die von der Klägerin befürchteten nächtlichen Lärmbelästigungen durch Besucher sowie durch An- und Abfahrtsverkehr seien lediglich Vermutungen. Die Klägerin erkenne, dass es sich nur um eine sehr kleine Spielhalle mit weniger als 80 m<sup>2</sup> reiner Spielfläche handle. Es sei eher mit einer überschaubaren Zahl an Besuchern und dementsprechenden Lärmauswirkungen zu rechnen. Städtebauliche Gründe würden dem Vorhaben nicht

entgegenstehen. Da auch die Grenzen des § 15 Abs. 1 BauNVO nicht überschritten seien, sei das gemeindliche Einvernehmen gemäß Art. 67 BayBO zu ersetzen gewesen.

**9**

Am 11. August 2017 hat die Klägerin beim Bayerischen Verwaltungsgericht München Klage erhoben und beantragt,

**10**

die an den Beigeladenen adressierte Baugenehmigung des Beklagten vom 31. Juli 2017 aufzuheben.

**11**

Zur Begründung trägt die Klägerin vor, dass die Voraussetzungen für eine Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht vorlägen. Das gemeindliche Einvernehmen sei weder rechtswidrig versagt worden noch bestehe ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung. Die Eigenart der näheren Umgebung entspreche einem faktischen Mischgebiet, das nicht überwiegend durch gewerbliche Nutzungen geprägt sei. Das Vorhaben sei nicht nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO allgemein zulässig. Es könne auch nicht nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 3 BauNVO ausnahmsweise zugelassen werden, weil die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 BauNVO vorlägen. Das Vorhaben widerspreche der Eigenart des Mischgebiets. Die das Vorhaben prägende Umgebung sei durch Wohnbebauung und Gewerbeeinheiten gekennzeichnet, die der zentralen Versorgung der Wohnbevölkerung dienen. Die besondere städtebauliche Situation gebiete den Vorrang der schützenswerten Interessen der Wohnbevölkerung vor nächtlichen Lärmbeeinträchtigungen durch den das Vorhaben begleitenden An- und Abfahrtsverkehr sowie die Besucher der Spielhalle. Bei den vorgesehenen Betriebszeiten sei zu befürchten, dass die Beeinträchtigungen für die umliegenden Bewohner das Maß des Zumutbaren überschreiten. Zu befürchten sei eine Abwertung des Mischgebiets und eine negative Vorbildwirkung. Dem Vorhaben würden auch besondere, nicht bereits von § 15 Abs. 1 BauNVO erfasste städtebauliche Gründe entgegenstehen. Das Bestreben der Klägerin, die Attraktivität des zentralen Versorgungsbereichs für die Wohnbevölkerung um die B.-Straße zu erhalten, stelle einen besonderen städtebaulichen Grund i.S.d. § 1 Abs. 9 BauNVO dar. Daher bestehe kein Rechtsanspruch des Beigeladenen auf Erteilung der Baugenehmigung. Eine für die Ersetzung des Einvernehmens erforderliche Ermessensreduzierung auf Null liege nicht vor. Dem Bauantrag fehle zudem das Sachbescheidungsinteresse, weil sich in ca. 190 m Entfernung schon eine Vergnügungsstätte befinde. Die glücksspielrechtliche Erlaubnis könne wegen der Unterschreitung des nach Art. 9 Abs. 3 AGGlüStV erforderlichen Mindestabstands nicht erteilt werden. Ohne glücksspielrechtliche Erlaubnis sei die Baugenehmigung für den Beigeladenen nutzlos.

**12**

Der Beklagte tritt dem entgegen und beantragt,

**13**

die Klage abzuweisen.

**14**

Der Beigeladene beantragt ebenfalls,

**15**

die Klage abzuweisen.

**16**

Am 21. Januar 2019 beantragte der Beigeladene die Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 GlüStV i.V.m. Art. 9 AGGlüStV und stellte zugleich einen Antrag auf Ausnahme vom Mindestabstand nach Art. 9 Abs. 3 AGGlüStV. Die Anträge wurden mit Bescheid vom 3. April 2019 vom Landratsamt abgelehnt. Zur Begründung der Ablehnung wurde ausgeführt, dass eine Erlaubnis nicht erteilt werden könne, weil eine weitere Spielhalle innerhalb des in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 AGGlüStV festgelegten Mindestabstands von 250 m Luftlinie liege. Eine Befreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV sei nicht beantragt worden; sie könne auch nicht erteilt werden, weil es sich um eine neuzugründende Spielhalle handle. Eine Ausnahme von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 AGGlüStV könne gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV ebenfalls nicht erteilt werden, weil es sich bei der beantragten Spielhalle um keinen atypischen Einzelfall handle.

**17**

Gegen den Ablehnungsbescheid vom 3. April 2019 hat der Beigeladene am \*. Mai 2019 Klage (M 16 K 19.2081) beim Bayerischen Verwaltungsgericht München erhoben, über die noch nicht entschieden wurde.

## **18**

Am 27. Oktober 2020 wurde ein Augenschein auf dem Grundstück FINr. 987 und in dessen Umgebung durchgeführt. Daran anschließend fand die mündliche Verhandlung statt. Bezüglich ihres Verlaufs wird auf die Niederschrift verwiesen.

## **19**

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf die Gerichts- und Behördenakten in diesem und im Verfahren M 16 K 19.2081 Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

## **20**

1. Die Klage hat Erfolg, weil sie zulässig und begründet ist.

## **21**

1.1. Die Klage ist zulässig.

## **22**

Die Klägerin ist gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt, weil sie durch die Baugenehmigung vom 31. Juli 2017 eine Verletzung ihrer gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und einfachgesetzlich über § 36 BauGB geschützten gemeindlichen Planungshoheit geltend machen kann. Die Ersetzung des Einvernehmens gemäß Nr. 2 des streitgegenständlichen Bescheids stellt für die Klägerin einen belastenden Verwaltungsakt dar, gegen den sie eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO erheben kann (vgl. Art. 67 Abs. 3 Satz 2 BayBO).

## **23**

Die Anfechtungsklage richtet sich nach dem Antrag der Klägerin sowohl gegen die Erteilung der Baugenehmigung (Nr. 1) als auch die Einvernehmensersetzung (Nr. 2), sodass der Bescheid vom 31. Juli 2017 als insgesamt angefochten anzusehen ist (vgl. BayVGh, B.v. 27.10.2000 - 1 ZS/CS 00.2727 - BayVBl 2001, 242, juris Rn. 9).

## **24**

1.2. Die Klage ist begründet, weil die Erteilung der Baugenehmigung und die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens rechtswidrig ist und die Klägerin dadurch in ihrer gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Planungshoheit verletzt wird (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

## **25**

Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB kann das versagte gemeindliche Einvernehmen ersetzt werden, wenn die Versagung rechtswidrig ist. Steht die Erteilung des Einvernehmens im Ermessen der Gemeinde, weil etwa die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit im Ermessen steht, kommt eine Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i.V.m. Art. 67 BayBO nur dann in Betracht, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null und damit ein Rechtsanspruch des Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung besteht (vgl. Spieß in Jäde/Dirnberger, BauGB, 8. Auflage 2017, § 36 Rn. 98 m.w.N.; Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Auflage 2019, § 36 Rn. 16; Greim-Diroll in Spannowsky/Manssen, BeckOK, Stand: 1.6.2020, Art. 67 Rn. 6 f.).

## **26**

Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens ist rechtswidrig. Das Einvernehmen der Klägerin war zwar gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB erforderlich (vgl. unter 1.2.1.), dem Beigeladenen steht jedoch kein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung für die Spiehhalle zu (1.2.2.).

## **27**

1.2.1. Die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens war erforderlich und wurde von der Klägerin nicht erteilt.

## **28**

Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB entscheidet die Baugenehmigungsbehörde im bauaufsichtlichen Verfahren über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB im Einvernehmen mit der Gemeinde.

Das Vorhaben liegt in der Ortsmitte der Klägerin und ist auf allen Seiten von Bebauung umgeben. Die Zulässigkeit richtet sich nicht nach § 30 Abs. 1 BauGB, weil das Vorhabengrundstück nicht im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans liegt. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des streitgegenständlichen Vorhabens beurteilt sich daher nach § 34 BauGB, sodass das Landratsamt über die Zulässigkeit des Vorhabens im Einvernehmen mit der Klägerin zu entscheiden hat.

## **29**

Das gemeindliche Einvernehmen wurde nicht erteilt. Die Klägerin hat weder ihre Zustimmung zu dem Vorhaben gegeben noch gilt das Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB als erteilt. Der Bau-, Planungs- und Umweltausschuss der Klägerin hat am 6. Dezember 2016 beschlossen, das gemeindliche Einvernehmen zu versagen. Dieser Beschluss ging dem Landratsamt am 13. Dezember 2016 zu, sodass die Klägerin ihr Einvernehmen rechtzeitig innerhalb von zwei Monaten nach Einreichung der Bauantragsunterlagen am 2. November 2016 versagt hat (vgl. § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB). Das gemeindliche Einvernehmen wurde auch nicht nachträglich hergestellt, weil die Klägerin nach Anhörung durch das Landratsamt am 4. Juli 2017 erneut beschlossen hat, dass das Einvernehmen weiterhin versagt wird.

## **30**

1.2.2. Das gemeindliche Einvernehmen konnte nicht nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i.V.m. Art. 67 BayBO ersetzt werden, weil der Beigeladene keinen Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung für die beantragte Spielhalle hat.

## **31**

Aufgrund der im Rahmen des Augenscheins getroffenen Feststellungen ist das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die nähere Umgebung des Vorhabengrundstücks als faktisches Mischgebiet i.S.v. § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 BauNVO zu qualifizieren ist. Zur näheren Umgebung zählen dabei die Grundstücke an der B.-Straße von der Abzweigung der O.-Straße an (Norden) bis zum Ende der B.-Straße an der H.-Straße (Süden) sowie die westlich des Vorhabengrundstücks liegenden Grundstücke an der D.-Straße ab Höhe der Grundstücke FINr. 18/5 und 988/15 (Norden) bis zum Ende der D.-Straße an der H.-Straße (Süden). Die vielbefahrene und ca. 7 m breite H.-Straße (St ...\*), die die Bundesstraße B\*\* und die Autobahn A9 verbindet, hat trennende Wirkung, sodass die südlich der H.-Straße liegenden Grundstücke nicht mehr zur maßgeblichen näheren Umgebung zu zählen sind. Die nähere Umgebung entspricht einem Mischgebiet i.S.v. § 6 BauNVO, weil sich dort eine Mischung aus Wohnen und Gewerbe findet; das vorhandene Gewerbe stört das Wohnen nicht wesentlich. In der näheren Umgebung sind z. B. folgende gewerbliche Nutzungen zu finden: Restaurants auf den Grundstücken FINr. 19 und 993/2; Modegeschäft und Fotostudio auf dem Vorhabengrundstück FINr. 987; Supermarkt auf dem Grundstück FINr. 18, Apotheke und Arztpraxen auf dem Grundstück FINr. 18; Hotel auf dem Grundstück FINr. 24. Die gewerbliche Nutzung ist dabei hauptsächlich auf die Gebäude westlich der B.-Straße sowie südlich der M.-L.-Straße auf der östlichen Seite der B.-Straße beschränkt, wohingegen nördlich der M.-L.-Straße auf der östlichen Seite der B.-Straße und in der D.-Straße fast ausschließlich Wohnnutzung zu finden ist.

## **32**

Obwohl in einem Mischgebiet Vergnügungsstätten gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 8 und Abs. 3 BauNVO zulässig sein können, besteht hier kein Rechtsanspruch des Beigeladenen auf Erteilung der Baugenehmigung. Die beantragte Spielhalle ist nach der Art der baulichen Nutzung nicht nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO allgemein zulässig (vgl. unter 1.2.2.1.). Ein Rechtsanspruch kann zudem nicht aus § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 3 BauNVO hergeleitet werden, weil keine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt (1.2.2.2.)

## **33**

1.2.2.1. Das Vorhaben ist nicht nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO allgemein zulässig, weil die Vergnügungsstätte in keinem Teil des faktischen Mischgebiets liegt, der überwiegend durch gewerbliche Nutzung geprägt ist.

## **34**

Nach § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO sind Vergnügungsstätten i.S.d. § 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO in den Teilen zulässig, die überwiegend durch gewerbliche Nutzung geprägt sind. Mit Vergnügungsstätten i.S.d. § 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO sind Vergnügungsstätten gemeint, die nicht wegen ihrer Zweckbestimmung oder ihres Umfangs nur in Kerngebieten allgemein zulässig sind. Als kerngebietstypisch werden dabei solche

Vergnügungsstätten angesehen, die als zentrale Dienstleistungsbetriebe einen größeren Einzugsbereich haben und für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar sein sollen (vgl. BVerwG, U.v. 25.11.1983 - 4 C 64/79 - BVerwGE 68, 207, juris Rn. 11; BVerwG, B.v. 28.7.1988 - 4 B 119/88 - NVwZ 1989, 50, juris Rn. 3). Davon abzugrenzen sind Vergnügungsstätten, die nur der Entspannung und Freizeitbetätigung in einem begrenzten Stadtteil dienen (vgl. BVerwG, U.v. 25.11.1983 - 4 C 64/79 - BVerwGE 68, 207, juris Rn. 11). Für die Beurteilung ist in erster Linie die Größe des Betriebes maßgeblich, d.h. bei Spielhallen vor allem die Fläche (Raumgröße), die Zahl und die Art der Spielgeräte sowie die Besucherplätze (vgl. BVerwG, U.v. 18.5.1990 - 4 C 49/89 - NVwZ 1991, 264, juris Rn. 25). Eine Spielhalle mit einer Grundfläche von 98 m<sup>2</sup> stellt dabei regelmäßig keine kerngebietstypische Vergnügungsstätte dar, weil sie hinsichtlich ihrer Größe noch zum mittleren Bereich der Spielhallen mit Geldspielgeräten zu zählen ist (vgl. BVerwG, U.v. 20.8.1992 - 4 C 57/89 - NVwZ-RR 1993, 66, juris Rn. 22).

### 35

Neben der Voraussetzung, dass es sich um eine Vergnügungsstätte i.S.d. § 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO handelt, muss die Vergnügungsstätte nach § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO in einem Teil des Mischgebiets liegen, der überwiegend durch gewerbliche Nutzung geprägt ist. Ob und inwieweit eine überwiegende Prägung durch gewerbliche Nutzungen vorliegt, beurteilt sich dabei nicht bloß nach quantitativen, sondern auch nach qualitativen Kriterien, weshalb sich eine rein rechnerische Betrachtungsweise verbietet. Die Frage der überwiegenden Prägung ist nicht bereits dann zu verneinen, wenn der prozentuale Anteil der jeweils grundstücksbezogen ermittelten gewerblich genutzten Geschoßflächen gegenüber dem Anteil der Wohngeschossflächen rechnerisch kein Übergewicht hat. Erforderlich ist vielmehr eine wertende Gesamtbetrachtung und damit auch die Einbeziehung weiterer gebietsprägender (qualitativer) Faktoren (vgl. BVerwG, B.v. 13.6.2005 - 4 B 36/05 - BauR 2005, 1886, juris Rn. 4; BVerwG, B.v. 7.2.1994 - 4 B 179/93 - UPR 1994, 262, juris Rn. 2). Eine überwiegende Prägung i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO liegt nicht vor, wenn im Wesentlichen nur in den Erdgeschossen Läden und Gastwirtschaften betrieben werden, im Übrigen aber Wohnnutzung vorliegt und einzelne Gebäude ausschließlich zu Wohnzwecken genutzt werden (vgl. VGH BW, U.v. 9.9.1993 - 8 S 1609/92 - juris Ls.).

### 36

Bei der Spielhalle des Beigeladenen handelt es sich um eine Vergnügungsstätte i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 8 i.V.m. § 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO. Die Spielstätte hat nach dem Eingabeplan im Erdgeschoss eine Nutzfläche von 82,9 m<sup>2</sup>, auf der neun Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit, zwei Dart- und zwei Unterhaltungsgeräte ohne Auszahlungsmöglichkeit sowie ein Billardtisch betrieben werden sollen. Bei dieser Größe und Ausstattung ist anzunehmen, dass die Spielhalle nicht als zentraler Dienstleistungsbetrieb einen größeren Einzugsbereich haben und für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar sein soll, sondern vielmehr den Bewohnern in der Ortsmitte rund um den ...bereich zur Verfügung stehen soll. Die Spielhalle liegt mit ihrer Nutzfläche im Übrigen auch unterhalb von 98 m<sup>2</sup> und damit der Grundfläche, bei der regelmäßig noch keine kerngebietstypische Vergnügungsstätte angenommen wird (vgl. BVerwG, U.v. 20.8.1992 - 4 C 57/89 - NVwZ-RR 1993, 66, juris Rn. 22). Die Spielhalle des Beigeladenen ist daher allenfalls zum mittleren Bereich der Spielhallen mit Geldspielgeräten zu zählen und damit nicht als kerngebietstypisch zu qualifizieren.

### 37

Die Spielhalle liegt jedoch nicht in einem Teil des Gebiets, der überwiegend durch gewerbliche Nutzungen geprägt ist. Die örtlichen Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung zum Vorhabengrundstück stellen sich so dar, dass die gewerblichen Nutzungen im Wesentlichen auf die Erdgeschosse der umliegenden Gebäude beschränkt sind. Es liegt zwar im südlichen Bereich der B.-Straße (H.-Straße bis zum Supermarkt auf dem Grundstück FINr. 18) mehr gewerbliche Nutzung als im nördlichen Bereich der B.-Straße (bis zur Abzweigung der O.-Straße) und in der D.-Straße vor. Dies führt jedoch nach Ansicht des Gerichts nicht dazu, dass die unmittelbare Umgebung des Vorhabengrundstücks als ein überwiegend durch gewerbliche Nutzungen geprägter Bereich zu qualifizieren ist. Auch in diesem Bereich gibt es lediglich vereinzelt (Arztpraxen im 1. OG auf dem Grundstück FINr. 16, Hotel auf dem Grundstück FINr. 24, Psychotherapiepraxis im 1. OG auf dem Grundstück FINr. 933/2, Designmarketingfirma auf dem Grundstück FINr. 18/4) gewerbliche Nutzungen oberhalb der Erdgeschosse. In den übrigen Gebäuden in der unmittelbaren Umgebung, die regelmäßig eine Höhenentwicklung von E + 3, E + 2 + D und E + 2 aufweisen, ist in den Obergeschossen ausschließlich Wohnnutzung zu finden; dies gilt insbesondere für die Häuserzeile auf dem Vorhabengrundstück FINr. 987 und dem Grundstück FINr. 19 mit einer

Höhenentwicklung von E + 3. Gegen eine Prägung des Bereichs durch gewerbliche Nutzungen spricht zudem, dass die Gebäude nördlich der M.-L.-Straße auf der östlichen Seite der B.-Straße, die in ca. 30 m Entfernung zum Vorhabenstandort beginnen, sowie der westlich des Vorhabengrundstücks liegende Bereich an der D.-Straße fast ausschließlich und damit auch in den Erdgeschossen zu Wohnzwecken genutzt werden. Es liegt daher keine in quantitativer Hinsicht überwiegende gewerbliche Nutzung in der unmittelbaren Umgebung vor; es überwiegen vielmehr deutlich die zu Wohnzwecken genutzten Flächen gegenüber der gewerblichen Nutzung. Es bestehen auch keine örtlichen Besonderheiten (z. B. Außenwerbung oder Beleuchtung der Gewerbebetriebe, Wohnnutzung nur in den höheren Obergeschossen oder nur in den Gebäuderücksprüngen), die dazu führen könnten, dass die gewerbliche Nutzung aus qualitativer Hinsicht als für den Gebietsteil prägend anzusehen wäre.

### 38

1.2.2.2. Ein Anspruch des Beigeladenen auf Erteilung der Baugenehmigung ergibt sich nicht aus § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 3 BauNVO, weil solche Vergnügungsstätten nur ausnahmsweise zugelassen werden können und das Ermessen hier nicht auf Null reduziert ist.

### 39

Nach § 6 Abs. 3 BauNVO können Vergnügungsstätten i.S.d. § 4a Abs. 2 Nr. 3 BauNVO außerhalb der in § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO bezeichneten Teile des Gebiets ausnahmsweise zugelassen werden. Die Entscheidung über die Zulässigkeit solcher Vorhaben steht somit - auch wenn wie hier die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 3 BauNVO erfüllt sind (vgl. unter 1.2.2.1.) - im Ermessen der Baugenehmigungsbehörde. Bei der Ermessensausübung kommt es dabei zum einen auf den Umfang der beantragten Nutzung und zum anderen auf die örtlichen Gegebenheiten an (vgl. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 138. EL Mai 2020, § 6 BauNVO Rn. 49; Wahlhäuser in Bönker/Bischopink, BauNVO, 2. Auflage 2018, § 6 Rn. 86). In Gebietsteilen mit überwiegender Wohnnutzung steht der Schutz der Wohnnutzung der Zulassung von Spielhallen indes häufig entgegen (vgl. HessVGh, U.v. 20.6.1991 - 3 UE 3557/88 - GewArch 1992, 198, juris Rn. 34; Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 138. EL Mai 2020, § 6 BauNVO Rn. 49).

### 40

Die Klägerin hat die Versagung des Einvernehmens mit einer Reihe von städtebaulichen Erwägungen begründet und insbesondere vorgetragen, dass die Spielhalle zu Lärmbetrübungen für die umliegende Wohnnutzung führen würde. Ob die Entscheidung der Klägerin ermessensfehlerfrei erging, kann hier letztlich offenbleiben, weil die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nur dann rechtmäßig ist, wenn dem Bauherrn ein Rechtsanspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung zusteht (vgl. unter 1.2.). Ein solcher Rechtsanspruch bestünde im Rahmen von § 6 Abs. 3 BauNVO jedoch nur dann, wenn das Ermessen auf Null reduziert wäre.

### 41

Eine Ermessensreduzierung auf Null würde voraussetzen, dass nach Lage der Dinge alle denkbaren Alternativen offenkundig nur unter pflichtwidriger Vernachlässigung eines eindeutig vorrangigen Sachgesichtspunkts gewählt werden können (vgl. BVerwG, U.v. 19.5.2016 - 5 C 36/15 - NJW 2016, 3607, juris Rn. 31 m.w.N.), d. h. die Erteilung der Baugenehmigung für die Bauaufsichtsbehörde die einzig ermessensfehlerfreie Entscheidung darstellen würde. Dies ist hier jedoch nicht gegeben. Wie bereits oben ausgeführt (vgl. unter 1.2.2.1.), überwiegt die Wohnnutzung auch in der unmittelbaren Umgebung des Vorhabenstandorts, sodass der Schutz der umliegenden Bewohner einen nicht bloß vernachlässigbaren städtebaulichen Belang darstellt. Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Tatsache, dass die Spielhalle nur eine Nutzfläche von 82,9 m<sup>2</sup> aufweist und in direkter Nachbarschaft zwei Restaurants auf den Grundstücken FINr. 19 und 993/2 betrieben werden. Hinsichtlich der Größe der Spielhalle ist zu berücksichtigen, dass von § 6 Abs. 3 BauNVO aufgrund dem sich aus der Rechtsprechung entwickelten „Schwellenwert“ von 100 m<sup>2</sup> zur Abgrenzung von kerngebietstypischen und nicht kerngebietstypischen Vergnügungsstätten (vgl. BVerwG, B.v. 29.10.1992 - 4 B 103/92 - NVwZ-RR 1993, 287, juris Rn. 4) ohnehin stets nur kleinere und mittlere Spielhallen erfasst werden und es sich bei der beantragten Spielhalle mit einer Nutzfläche nahe des „Schwellenwerts“ eher um eine „größere“ nicht kerngebietstypische Vergnügungsstätte handelt. Gegen eine Ermessensreduzierung auf Null spricht auch die Länge der Betriebszeiten der Spielhalle, die in der Betriebsbeschreibung mit 7:00 bis 1:00 Uhr an Werk sowie Sonn- und Feiertagen angegeben wurde. Durch diese Betriebszeiten verlagert sich die gewerbliche Nutzung um zwei weitere Stunden in die Nachtzeit, weil die Betriebszeiten der benachbarten Restaurants abends um

23:00 Uhr enden. Das übrige vorhandene Gewerbe (etwa Läden und Friseure) wird zudem nicht an Sonn- und Feiertagen betrieben. Die Erteilung der Baugenehmigung für die Spielhalle stellt daher aufgrund der schützenswerten Belange der umliegenden Wohnnutzung nicht die einzig ermessensfehlerfreie Entscheidung dar.

#### **42**

1.2.3. Da bereits wegen fehlender Ermessensreduzierung auf Null ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung für den Beigeladenen ausscheidet und die Ersetzung des Einvernehmens schon aus diesem Grund rechtswidrig ist, kann dahinstehen, ob dem Beigeladenen möglicherweise ein Sachbescheidungsinteresse für den Bauantrag fehlt, weil in ca. 170 m Entfernung (Luftlinie) schon eine Spielhalle betrieben wird und damit gegebenenfalls Art. 9 Abs. 3 Satz 1 AGGlüStV der Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 GlüStV entgegensteht.

#### **43**

Offenbleiben kann auch, ob eine glücksspielrechtliche Erlaubnis im baurechtlich genehmigten Umfang deshalb ausscheidet, weil im Eingabeplan auf einer Nutzfläche von 82,9 m<sup>2</sup> neun Geldspielgeräte eingezeichnet sind, gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 SpielV jedoch höchstens ein Geld- oder Warenspielgerät je 12 m<sup>2</sup> aufgestellt werden darf.

#### **44**

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 3 VwGO. Dem Beigeladenen können gemäß § 154 Abs. 3 VwGO Kosten auferlegt werden, weil er einen Antrag auf Klageabweisung gestellt hat.

#### **45**

3. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 167 VwGO i.V.m. § 709 Satz 2 ZPO.