

--- kein Dokumenttitel vorhanden ---

**Fortsetzungsfeststellungsklage; faktisches Gewerbegebiet, Entertainment-Center; ausnahmsweise Zulässigkeit von Vergnügungsstätten; „trading-down-Effekt“**

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof 2. Senat, Urteil vom 20.12.2012, 2 B 12.1977

§ 113 Abs 1 S 4 VwGO, § 113 Abs 5 S 1 VwGO, § 34 Abs 2 BauGB, § 8 Abs 3 Nr 3 BauNVO, § 15 Abs 1 BauNVO, Art 71 S 1 BauO BY

**Tenor**

I. Unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts München vom 21. Februar 2011 wird festgestellt, dass die Beklagte bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland und anderer Rechtsvorschriften am 1. Juli 2012 verpflichtet war, der Klägerin auf ihre Bauvoranfrage vom 5. Januar 2010 einen bauplanungsrechtlichen Vorbescheid für die Nutzungsänderung in ein Entertainment-Center mit 6 Spielhallen á 144 m<sup>2</sup> mit jeweils 12 Geldspielgeräten zuzüglich Nebenflächen auf ca. 1.200 m<sup>2</sup> auf dem Grundstück ... Ring 243 (Fl.Nr. 880/51 Gemarkung S...) zu erteilen.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vollstreckbar. Der Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

- 1 Die Klägerin beehrte von der Beklagten die Erteilung eines Vorbescheids zur Nutzungsänderung eines vorhandenen Bürohauses in ein Entertainment-Center mit 4 bis 6 Spielhallen zu 144 m<sup>2</sup> (zuzüglich Nebenräume) mit jeweils 12 Geldspielgeräten auf dem Grundstück ... Ring 243, Fl.Nr. 880/51 der Gemarkung S... (Plan-Nr. 10-243). Es wurde folgende Vorbescheidsfrage gestellt:
- 2 „Ist die Nutzungsänderung eines vorhandenen Bürohauses
- 3 1.1 in ein Entertainment-Center mit vier Spielhallen á 144 m<sup>2</sup> mit jeweils 12 Geldspielgeräten zuzüglich Nebenflächen auf ca. 800 m<sup>2</sup>,

- 4 1.2 in ein Entertainment-Center mit 6 Spielhallen á 144 m<sup>2</sup> mit jeweils 12 Geldspielgeräten zuzüglich Nebenflächen auf ca. 1.200 m
- 5 jeweils planungsrechtlich zulässig?“
- 6 Die Öffnungszeiten sollten täglich von 7.00 bis 6.00 Uhr und sonntags von 8.00 bis 3.00 Uhr betragen. Es sollten weder Speisen noch alkoholische Getränke angeboten werden.
- 7 Die Beklagte beantwortete mit Vorbescheid vom 18. Januar 2010 die gestellten Vorbescheidfragen negativ. Die nähere Umgebung entspreche einem Gewerbegebiet nach § 8 BauNVO. Die ausnahmsweise Zulassung des gegenständlichen Vorhabens als kerngebietstypische Vergnügungsstätte könne in Ausübung pflichtgemäßem Ermessens nicht erteilt werden. Das Vorhaben sei weder städtebaulich vertretbar noch mit den öffentlichen Belangen vereinbar. Es sei ein „trading-down“-Effekt zu befürchten.
- 8 Das Verwaltungsgericht wies mit Urteil vom 21. Februar 2011 die Klage ab. Aufgrund der beim Augenschein gewonnenen Erkenntnisse kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass die nähere Umgebung des streitgegenständlichen Vorhabens einem faktischen Gewerbegebiet entspreche. Mit dem streitgegenständlichen Vorbescheidsantrag würden kerngebietstypische Vergnügungsstätten abgefragt, da schon bei einer Einzelbetrachtung der Spielhallen der Schwellenwert mit einer vorgesehenen Größe von 144 m<sup>2</sup> deutlich überschritten werde. Vergnügungsstätten könnten nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO in einem Gewerbegebiet ausnahmsweise zugelassen werden. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB lägen jedoch nicht vor. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO seien die in den §§ 2 bis 14 BauNVO aufgeführten baulichen und sonstigen Anlagen im Einzelfall unzulässig, wenn sie nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebiets widersprüchen. Zwar sei in maßgeblichen faktischen Gewerbegebieten nördlich des ... Rings bislang noch keine Vergnügungsstätte vorhanden. Das abgefragte Vorhaben selbst beinhalte aber die Variante der Schaffung von 6 bzw. 4 eigenständigen Spielhallen und damit einer Häufung solcher Anlagen. Zwar werde in den Fällen, in denen eine bauliche und betriebliche Einheit mehrere Spielotheken vorliege, von einer einheitlichen Vergnügungsstätte auszugehen sein. Die im konkreten Fall gestellten Vorbescheidfragen umfassten zwar durchaus auch eine Nutzung der 6 bzw. 4 Spielhallen als einheitliche Vergnügungsstätte, seien aber nicht darauf beschränkt, sondern beinhalteten vielmehr auch eine Nutzung von 6 bzw. 4 separaten Vergnügungsstätten. Zwar sollten die Spielhallen im gleichen bestehenden Gebäude verwirklicht werden. Daraus folge jedoch nicht zwingend, dass eine bauliche Einheit vorliege. Planzeichnungen, aus denen eine bauliche Einheit innerhalb dieses Gebäudes entnommen werden könne, seien von der Klägerin nicht eingereicht worden. Es sei noch nicht einmal ersichtlich, in welchen Stockwerken des viergeschossigen Gebäudes die jeweiligen Spielotheken untergebracht werden sollten. Eine Nutzung von 6 bzw. 4 eigenständigen Spielhallen sei nicht mit der ausnahmsweisen Zulässigkeit von Vergnügungsstätten im faktischen Gewerbegebiet zu vereinbaren. Die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vorbescheidsvorhaben könne auch nicht im Weg einer Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB erreicht werden. Die Zulassung des streitgegenständlichen Vorhabens berühre den Gebietscharakter des faktischen Gewerbegebiets. Dies folge zum einen schon daraus, dass nach den konkreten Vorbescheidfragen auch eine Nutzung mit 6 bzw. 4 eigenständigen Spielhallen, von denen jede für sich genommen den Schwellenwert zur Kerngebietstypik deutlich überschreite, möglich wäre. Es sei davon auszugehen, dass mit einer zu erwartenden Bezugsfallwirkung das Gebiet seinen Charakter als faktisches Gewerbegebiet verliere. Schließlich sei auch zu berücksichtigen, dass das streitgegenständliche Vorhaben zu einem Nutzungskonflikt mit dem unmittelbar südlich auf Fl.Nrn. 880/31 angrenzenden Hotel führe.

Typisch für eine Hotelnutzung sei ein höheres Ruhebedürfnis zur Nachtzeit. Der Verkehr laufe auf der F... Bahnhofstraße an dem Hotel vorbei. Das streitgegenständliche Vorhaben erweise sich in der konkreten Situierung nicht als gewerbegebietsverträglich.

- 9 Mit der zugelassenen Berufung verfolgte die Klägerin ihr Ziel weiter. Das Verwaltungsgericht habe dem Vorbescheidsantrag der Klägerin einen Inhalt zugeschrieben, der ihm objektiv nicht zukomme. Denn beantragt worden sei der Vorbescheid für ein Entertainment-Center, das aus 6 (hilfsweise 4) Spielhallen bestehen solle. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass entgegen dem Wortlaut des Antrags hiermit mehrere voneinander unabhängige Vorhaben gemeint sein könnten, widerspreche dem in dem Antrag zum Ausdruck kommenden Begehren der Klägerin. Bei dem zur Genehmigung gestellten Vorhaben handle es sich um das erste dieser Art in der näheren Umgebung. Dies schließe die Annahme einer Häufung aufgrund der Anzahl der Anlagen zwingend aus. Die Annahme, dass allein wegen der kerngebietstypischen Größe der geplanten Spielstätte mit negativen Auswirkungen auf das umgebende Gewerbe zu rechnen und eine nachhaltige Veränderung des Gebietscharakters die Folge sein solle, sei nicht tragfähig. Vergnügungsstätten könnten unabhängig davon, ob sie „kerngebietstypisch“ oder „nicht kerngebietstypisch“ seien, im Gewerbegebiet ausnahmsweise zugelassen werden. Dies sei auch Ziel des Gesetzgebers gewesen. Die Größe der Spielhalle könne nur insoweit eine Rolle spielen, als sie in Bezug gesetzt werden müsse zum Umfang des Gewerbegebiets und zu der Größe der hier im Übrigen vorhandenen Gewerbebetriebe. Nur wenn im Vergleich zu deren Größe das Spielhallenvorhaben überdimensioniert sei, könne es im Hinblick auf seinen Umfang der Eigenart des Baugebiets widersprechen. Dies sei hier offensichtlich nicht der Fall. Es fänden sich zahlreiche andere Gewerbebetriebe, die deutlich größer als das geplante Entertainment-Center seien. Dies gelte erst recht, wenn man die ebenfalls ausschließlich gewerblich genutzte Bebauung südlich des ... Rings und östlich der F... Bahnhofstraße in die Betrachtung miteinbeziehe. Die entlang des ... Rings angesiedelten Gewerbebetriebe hätten nahezu alle einen überörtlichen Einzugsbereich. In den Charakter dieser Umgebung füge sich das geplante Entertainment-Center ein. Anhaltspunkte für den von der Beklagten behaupteten, aber durch keine Tatsache belegten „trading-down“-Effekt lägen nicht vor. Für ein Gewerbegebiet könne dieser Gesichtspunkt keine auch nur annähernd vergleichbare Bedeutung wie für klassische Geschäftsgebiete zukommen.
- 10 Am 25. Juni 2012 wurde das „Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glückspielwesen in Deutschland und andere Rechtsvorschriften (AGGlüStV)“ für Bayern beschlossen. Das Gesetz ist am 1. Juli 2012 in Kraft getreten.
- 11 Im Hinblick hierauf hat die Klägerin ihren Verpflichtungsantrag fallen gelassen und **beantragt** stattdessen nunmehr,
- 12 das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 21. Februar 2011 und den Bescheid der Beklagten vom 18. Januar 2010 aufzuheben sowie festzustellen, dass die Beklagte bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland und anderer Rechtsvorschriften am 1. Juli 2012 verpflichtet war, der Klägerin auf ihre Bauvoranfrage vom 5. Januar 2010 einen bauplanungsrechtlichen Vorbescheid für die Nutzungsänderung in ein Entertainment-Center mit 6 Spielhallen á 144 m<sup>2</sup> mit jeweils 12 Geldspielgeräten zuzüglich Nebenflächen auf ca. 1.200 m<sup>2</sup>,
- 13 hilfsweise in ein Entertainment-Center mit 4 Spielhallen á 144 m<sup>2</sup> mit jeweils 12 Geldspielgeräten

zuzüglich Nebenflächen auf ca. 800 m<sup>2</sup> auf dem Grundstück ... Ring 243 (Fl.Nr. 880/51 Gemarkung S...) zu erteilen.

14 Die Beklagte **beantragt**,

15 die Berufung zurückzuweisen.

16 Der positiven Beantwortung der abgefragten Nutzung stehe bereits das fehlende Sachbescheidungsinteresse entgegen. Denn zum einen seien nach dem Bayerischen Ausführungsgesetz zum Glücksspiel Staatsvertrag Mehrfachspielhallen ohnehin nicht mehr möglich und zum anderen halte die Einzelspielhalle den vorgeschriebenen Mindestabstand von 250 m Luftlinie zu einer anderen Spielhalle nicht ein. Im Übrigen berühre die Zulassung des streitgegenständlichen Vorhabens den Gebietscharakter des faktischen Gewerbegebiets. Die abgefragte Spielhallenfläche von maximal 864 m<sup>2</sup> Spielhallenfläche überschreite bei weitem die Schwelle der Rechtsprechung zur Kerngebietstypik. Eine Spielhallenfläche dieser immensen Dimension in dem hierzu betrachtenden Gebiet führe zu Spannungen mit den vorhandenen Nutzungen.

17 Die Landesadvokatur Bayern hat sich am Verfahren beteiligt. Sollten die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 AGGlStV vorliegen, fehle für die Klage das Rechtsschutzinteresse, weil aufgrund der Gesetzesänderung eine Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 Glücksspielstaatsvertrag, Art. 9 Abs. 2 AGGlStV, ausgeschlossen sei und von der Baugenehmigung damit kein Gebrauch gemacht werden könne.

18 Der Senat hat das Vorhabensgrundstück und die nähere Umgebung am 22. November 2012 in Augenschein genommen. Die Beteiligten haben auf mündliche Verhandlung verzichtet. Hinsichtlich der übrigen Einzelheiten wird auf die Niederschrift über den Augenschein, die Gerichtsakten und die dem Gericht vorliegenden Behördenakten Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

19 Der Senat entscheidet über die Berufung mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung (§ 101 Abs. 2 VwGO).

20 Die zulässige Berufung (§ 124 VwGO) ist begründet. Die Klägerin verfolgt nur noch den Fortsetzungsfeststellungsantrag und hat den Hauptantrag auf Erteilung eines positiven bauplanungsrechtlichen Vorbescheids fallengelassen.

21 1. Der Antrag ist als Fortsetzungsfeststellungsantrag (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO entsprechend) zulässig.

22 a) Die Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO gilt entsprechend für Verpflichtungsklagen (allgemeine Meinung, vgl. nur Schmidt in Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 113 RdNr. 7 und 9 m.w.N.). Das Verfahren kann fortgesetzt werden mit dem Ziel der Feststellung, dass die Ablehnung des ursprünglich beantragten Vorbescheids rechtswidrig und die Beklagte verpflichtet gewesen ist, den Verwaltungsakt zu erlassen.

23 b) Die Klägerin hat für den ursprünglich gestellten Hauptantrag kein Rechtsschutzbedürfnis mehr. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt insbesondere dann, wenn sie an einer Verwertung des begehrten Vorbescheids gehindert und deshalb der Vorbescheid ersichtlich nutzlos wäre (vgl. Rennert in Eyermann,

a.a.O., vor § 40 RdNr. 18; Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl. 2012, Vorb. § 40 RdNr. 38). So liegt der Fall hier. Am 25. Juni 2012 wurde das „Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland und andere Rechtsvorschriften (AGGlüStV)“ für Bayern beschlossen. Das Gesetz ist am 1. Juli 2012 in Kraft getreten. Kernziel des bayerischen Ausführungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag ist die Beendigung des weiteren Zuwachses von Spielhallen, insbesondere auch von Spielhallenkomplexen. Die Erlaubnisteilung (§ 24 GlüStV i.V.m. Art. 9 Abs. 2 und 3 AGGlüStV) ist demnach ausgeschlossen für „Mehrfachspielhallen“ (baulicher Verbund mit weiteren Spielhallen oder gemeinsames Gebäude oder Gebäudekomplex) und Einzelspielhallen, die den vorgeschriebenen Mindestabstand von 250 m Luftlinie zu einer anderen Spielhalle nicht einhalten. Während die zuständige Erlaubnisbehörde vom Mindestabstand von 250 m Luftlinie unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standorts und der Lage des Einzelfalls Ausnahmen zulassen kann (Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV), ist eine Ausnahme für „Mehrfachspielhallen“ nicht vorgesehen. Auf der gegenüberliegenden Seite des ... Rings befindet sich bereits ein Spielcenter (vgl. Niederschrift vom 22.11.2012 S. 2). Unabhängig davon, ob hier vom Gebot des Mindestabstands eine Ausnahme wegen eines atypischen Einzelfalls zugelassen werden könnte, ist jedenfalls eine „Mehrfachspielhalle“ – wie hier abgefragt – nicht mehr möglich. Vom Ausschluss der Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist (Art. 9 Abs. 2 Satz 1 AGGlüStV), ist keine Ausnahme möglich. Selbst wenn der Klägerin der beantragte bauplanungsrechtliche Vorbescheid erteilt werden würde, ist dieser für sie ersichtlich nutzlos, weil sie die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis für ihr Vorhaben derzeit nicht mehr erhalten könnte. In einer solchen Situation fehlt der Klägerin für den Hauptantrag das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Infolge des Inkrafttretens des bayerischen Ausführungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag hat sich für sie der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt. Substanzierte Einwände gegen die Gültigkeit des Ausführungsgesetzes wurden nicht erhoben.

- 24 c) Das für den Fortsetzungsfeststellungsantrag erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist gegeben. Die Absicht, einen Schadenersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen, kann ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines vorher erledigten Verwaltungsakts nur dann begründen, wenn der Amtshaftungsprozess nicht offensichtlich aussichtslos ist (vgl. BVerwG vom 22.1.1998 Az. 2 C 4/97 NVwZ 1999, 404). Da ein Schadenersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung ein Verschulden voraussetzt, ist der Amtshaftungsprozess dann offensichtlich aussichtslos, wenn ein dem Dienstherrn zurechenbares Verschulden des handelnden Bediensteten ausscheidet. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn ein Kollegialgericht das Verwaltungshandeln als objektiv rechtmäßig angesehen hat, es sei denn, das Kollegialgericht wäre von einem falschen Sachverhalt ausgegangen (vgl. BVerwG vom 22.1.1998 a.a.O., vom 9.8.1990 Az. 1 B 94.90 BayVBl 1991, 26). Auch der Bundesgerichtshof (vgl. BGH vom 2.4.1998 Az. III ZR 111/97 NVwZ 1998, 878) geht davon aus, dass eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung nicht in Betracht kommt, wenn ein Kollegialgericht aufgrund sorgfältiger Sachverhaltsfeststellung unter erschöpfender Würdigung die Rechtmäßigkeit der Amtstätigkeit bejaht hat.
- 25 Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen vorliegend nicht offensichtlich ausgeschlossen. Die Beklagte hat die Erteilung eines Vorbescheids mit der Begründung abgelehnt, es handle sich um eine kerngebietstypische Vergnügungsstätte, die zu einer nachhaltigen Veränderung des Gebietscharakters führen würde. Durch die Auslösung einer beträchtlichen Veränderung des Gebietscharakters sei ein „trading-down-Effekt“ zu befürchten. Demgegenüber hat das

Verwaltungsgericht die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass die im konkreten Fall gestellten Vorbescheidsfragen durchaus eine Nutzung der 6 bzw. 4 Spielhallen als einheitliche Vergnügungsstätte umfassten darauf aber nicht beschränkt sei, sondern vielmehr auch eine Nutzung von 6 bzw. 4 separaten Vergnügungsstätten beinhalte. Damit sei eine im Baugebiet lediglich ausnahmsweise zulässige Anlage unzulässig, weil es ansonsten zu einer Häufung solcher Anlagen im Baugebiet käme. Die Beklagte und das Erstgericht haben den Vorbescheidsantrag der Klägerin aus unterschiedlichen Gründen abgelehnt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Verwaltungsgericht von einem falschen Sachverhalt ausgegangen ist. Die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen ist in einer solchen Konstellation nicht offensichtlich aussichtslos.

- 26 2. Die Beklagte war bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland und anderer Rechtsvorschriften am 1. Juli 2012 verpflichtet, der Klägerin auf ihre Bauvoranfrage vom 5. Januar 2012 einen bauplanungsrechtlichen Vorbescheid für die Nutzungsänderung in ein Entertainment-Center mit 6 Spielhallen á 144 m<sup>2</sup> mit jeweils 12 Geldspielgeräten zuzüglich Nebenflächen auf ca. 1.200 m<sup>2</sup>, auf dem Grundstück ... Ring 243 zu erteilen (§ 113 Abs. 5 Satz 1, Abs. 1 Satz 4 VwGO, Art. 71 Satz 1, Art. 68 Abs. 1 Satz 1, Art. 59 Satz 1 Nr. 1 BayBO). Das Verwaltungsgericht hat die Klage der Klägerin gegen die Ablehnung des beantragten Vorbescheids zu Unrecht aus planungsrechtlichen Gründen abgewiesen. Bauplanungsrecht steht dem Anspruch der Klägerin auf Erteilung der beantragten Genehmigung nicht entgegen (§ 34 Abs. 1, Abs. 2 BauGB, § 15 Abs 1 Satz 1 BauNVO).
- 27 a) Das Bauvorhaben ist als Vergnügungsstätte im faktischen Gewerbegebiet (s. aa)) ausnahmsweise gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO zulässig (s. bb)); das Vorhaben scheitert nicht an § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO (s. cc)).
- 28 aa) Die Eigenart der für das Vorhaben der Klägerin maßgeblichen näheren Umgebung im Sinn von § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB entspricht einem Gewerbegebiet nach § 8 BauNVO. Als „nähere Umgebung“ in diesem Sinn ist der umliegende Bereich anzusehen, soweit sich die Ausführung des Vorhabens auf ihn auswirken kann und soweit er seinerseits den bodenrechtlichen Charakter des zur Bebauung vorgesehenen Grundstücks prägt oder doch beeinflusst (vgl. BVerwG vom 26.5.1978 Az. IV C 9.77 BVerwGE 55, 369; vom 20.8.1998 Az. 4 B 79/98 BauR 1999, 32). Die Grenzen sind nicht schematisch, sondern nach der jeweiligen städtebaulichen Situation zu bestimmen (vgl. BVerwG vom 28.8.2003 Az. 4 B 74/03 – juris). Bei § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist die nähere Umgebung für jedes der Merkmale gesondert zu ermitteln, weil die wechselseitige Prägung unterschiedlich weit reichen kann (vgl. BVerwG vom 6.11. 1997 Az. 4 B 172/97 ZfBR 1998, 164). Bei dem Nutzungsmaß ist der maßgebliche Bereich in der Regel enger zu begrenzen als bei der Nutzungsart, die bei § 34 Abs. 2 BauGB inmitten steht; meist führt die größere Nähe zu einer stärker prägenden Wirkung (vgl. Hofherr in Berliner Kommentar zum BauGB, Stand: September 2010, § 34 RdNr. 17 m.w.N.). Bei der für die Prüfung erforderlichen Bestandsaufnahme ist grundsätzlich alles tatsächlich Vorhandene in den Blick zu nehmen.
- 29 Unter dem Eindruck der Augenscheinseinnahme ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass das Baugrundstück hinsichtlich der Nutzungsart durch die Bebauung im dem Viertel, das im Süden durch den ... Ring, im Westen und Norden durch die F... Bahnhofstraße und im Osten durch die Autobahn A 9 und die Autobahnabfahrt gebildet wird, geprägt wird und seinerseits das Erscheinungsbild der Bebauung in diesem Viertel beeinflusst. Dabei ist die Bebauung an der F... Bahnhofstraße beidseitig miteinzubeziehen, während die Bebauung südlich des ... Rings nicht mehr heranzuziehen ist. Beim ... Ring handelt es sich um

eine hier sechsspürige (inklusive Abbiegespuren) dicht befahrene Ein- und Ausfallstraße, bei der ein mit Gras und einzelnen Bäumen bewachsener ca. 2 m breiter Trennstreifen vorhanden ist (vgl. Niederschrift über den Augenschein vom 22.11.2012 S. 2). Der ... Ring hat trennende Wirkung.

- 30 In der so bestimmten näheren Umgebung befinden sich im Wesentlichen eine Tankstelle, ein McDonald's-Imbiss, die Fa. ... mit Gewerbehallen und Verwaltungsgebäuden, der Münchner Gewerbehof mit zahlreichen Firmen, ein VW-Zentrum mit Verkaufsräumen, Werkhallen und Parkplätzen, ein Lagerverkauf für Sportartikel und Kleidung, die Firma Glas-Spiegel ..., ein Betonwerk, eine Holzhandlung und weitere gewerbliche Nutzung. Die wenigen Wohnungen (Haus F... Bahnhofstraße 2 und im Obergeschoss der F... Bahnhofstraße 18) werden teilweise als Betriebsleiterwohnungen genutzt. Im streitgegenständlichen Gebäude ist ebenfalls Gewerbe untergebracht. Angesichts der Größe des Gebiets handelt es sich bei dem vorgefundenen Hotel um einen Fremdkörper, der nicht die Kraft hat, die Eigenart der näheren Umgebung zu prägen. Damit liegt ein faktisches Gewerbegebiet vor. Dies ist unter den Beteiligten auch unstrittig. Die Zulässigkeit des Vorhabens nach seiner Art beurteilt sich deshalb gemäß § 34 Abs. 2 Halbsatz 2 BauGB nach § 31 Abs. 1 BauGB, § 8 Abs. 3, § 15 BauNVO.
- 31 bb) Bei dem Vorhaben handelt es sich um eine Vergnügungsstätte im Sinn des § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO. Der Umstand, dass das geplante Entertainment-Center als kerngebietstypisch zu qualifizieren ist, hindert eine ausnahmsweise Zulassung nicht. Auch kerngebietstypische Spielhallen können in einem faktischen Gewerbegebiet zugelassen werden. § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO differenziert nicht zwischen kerngebietstypischen und nicht kerngebietstypischen Spielhallen (vgl. BVerwG vom 20.8.1992 Az. 4 C 54/98 NVwZ-RR 1993, 65; BayVGh vom 15.12.2010 Az. 2 B 09.2419 – juris; Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: 1.4.2010, § 8 BauNVO RdNr. 46; Stock in König/Roeser/Stock, BauNVO, 2. Auflage 2003, § 8 RdNr. 52; Jäde in Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB/BauNVO, 6. Auflage 2010, § 8 BauNVO RdNr. 17). Das faktische Gewerbegebiet hat mit der ausnahmsweisen Zulässigkeit von auch sonst nur im Kerngebiet zulässigen Vergnügungsstätten gleichsam eine Auffangfunktion. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass Gewerbebetriebe unterschiedlich strukturiert und daher im Einzelfall auch kerngebietstypische Vergnügungsstätten in ihnen unbedenklich sein können. Insbesondere im ländlichen Raum ist dies von Bedeutung, da hier meist nur wenig Möglichkeiten für die Unterbringung von kerngebietstypischen Vergnügungsstätten bestehen und ein Gewerbegebiet hier oftmals die einzige Möglichkeit der Unterbringung darstellt (vgl. BayVGh vom 7.10.2010 Az. 2 B 09.1287 – juris).
- 32 cc) Die Zulassung des klägerischen Vorhabens scheidet nicht an § 15 Abs. 1 BauNVO. Diese Vorschrift schränkt die Zulässigkeit von Vorhaben, die mit den Festsetzungen eines Bebauungsplans übereinstimmen bzw. nach § 34 Abs. 2 BauGB in Verbindung mit §§ 2 bis 9 BauNVO allgemein zulässig sind oder jedenfalls – wie hier – im Weg einer Ausnahme zugelassen werden können, im Einzelfall ein (vgl. BVerwG vom 25.1.2007 Az. 4 C 1.06, BVerwGE 28, 118; vom 6.10.1989 Az. 4 C 14.87 BVerwGE 82, 343; BayVGh vom 15.12.2010 a.a.O.). § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO ergänzt die §§ 2 bis 14 BauNVO; das gilt nicht nur für durch einen Bebauungsplan festgesetzte Baugebiete, sondern auch für unbeplante Gebiete, deren Eigenart gemäß § 34 Abs. 2 BauGB einem Plangebiet der BauNVO – hier einem Gewerbegebiet nach § 8 BauNVO – entspricht (vgl. BVerwG vom 16.12.2008 Az. 4 B 68.08 BRS 73 Nr. 82). Dabei vermittelt § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO auch einen Anspruch auf Aufrechterhaltung der typischen Prägung eines Baugebiets (vgl. BVerwG vom 13.5.2002 Az. 4 B 86.01 NVwZ 2002, 1384).

- 33 Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO sind die in den §§ 2 bis 14 aufgeführten baulichen und sonstigen Anlagen im Einzelfall unzulässig, wenn sie nach Anzahl (siehe (a)), Lage (siehe (b)), Umfang (siehe (c)) oder Zweckbestimmung (siehe (d)) der Eigenart des Baugebiets widersprechen. Dies ist hier nicht der Fall. Auch bei einer Kombination der Tatbestandsmerkmale ist die angestrebte Nutzung nicht unzulässig (siehe (e)).
- 34 (a) Ausnahmsweise zulässige Anlagen können nach ihrer Anzahl der Eigenart des konkreten Baugebiets widersprechen. Eine im Baugebiet lediglich ausnahmsweise zulässige Anlage ist unzulässig, wenn es ansonsten zu einer Häufung solcher Anlagen im Baugebiet käme (vgl. Roeser in König/Roeser/Stock, a.a.O., § 15 RdNr. 18). Eine nach § 8 Abs. 3 BauNVO im Gewerbegebiet ausnahmsweise zulässiges Entertainment-Center kann im konkreten Fall der Eigenart des Baugebiets hinsichtlich der Anzahl widersprechen, wenn dort bereits ein solcher Betrieb oder gar eine Mehrzahl vorhanden ist (vgl. für Bordelle BVerwG vom 25.11.1983 Az. 4 C 21.83 - juris). Dies ist hier nicht der Fall.
- 35 Das Vorhaben ist aus bauplanungsrechtlicher Sicht als eine einheitliche Vergnügsstätte zu werten. Denn es liegt eine bauliche und betriebliche Einheit vor und die Aufteilung in mehrere Spielhallen bezweckt lediglich, die Voraussetzungen für ein Aufstellen der größtmöglichen Anzahl an Spielgeräten nach den Vorgaben der Spielverordnung (SpielV) zu ermöglichen. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass das strittige Vorhaben die Schaffung von 6 eigenständigen Spielhallen und damit eine Häufung solcher Anlagen beinhalte. Die bauliche und betriebliche Einheit ergibt sich daraus, dass im Vorbescheidsantrag von „einem“ Entertainment-Center die Rede ist. Wie die Klägerin im Augenscheinstermin unwidersprochen erklärte, soll das Entertainment-Center mit 6 Spielhallen im Erdgeschoss und im ersten Obergeschoss eingerichtet werden (vgl. Niederschrift über den Augenschein vom 22.11.2012 S. 2). Die Errichtung mehrerer Spielhallenkomplexe, die baulich und betrieblich voneinander unabhängig sind, wäre vom Vorbescheidsantrag nicht umfasst. Da es sich somit um die erste Anlage ihrer Art in dem konkreten Baugebiet handelt, widerspricht die Anlage ihrer Anzahl nach nicht der Eigenart des Baugebiets.
- 36 (b) Das Vorhaben widerspricht nicht nach seiner Lage der Eigenart des Baugebiets. Mit der Lage ist der Standort der baulichen Anlage gemeint (vgl. Ficker/Fieseler, BauNVO, 11. Auflage 2008, § 15 RdNr. 10.1). Das Vorhaben ist in der Nähe des ... Rings gelegen. Bei dem ... Ring handelt es sich um eine insgesamt vierspurige Ein- und Ausfallstraße. Von daher ist das Bauvorhaben – wie auch die meiste sonstige Nutzung des faktischen Gewerbegebiets – darauf angelegt, einen überörtlichen Kundenkreis anzuziehen. Das Baugebiet wird auch durch andere Betriebe, wie z.B. die Tankstelle oder die VW-Niederlassung mitgeprägt, die die Nähe zum ... Ring nutzen. Es ist daher nicht ersichtlich, wieso die Lage des Entertainment-Centers geeignet sein sollte, Widerspruch zur Eigenart des Baugebiets hervorzurufen.
- 37 (c) Nach dem Umfang kann eine Anlage der Eigenart des Baugebiets widersprechen, wenn sie im Verhältnis zu den Anlagen ihrer Umgebung größenmäßig aus dem Rahmen fällt (vgl. Fickert/Fieseler, a.a.O. RdNr. 10.2). Dies ist hier in quantitativer Hinsicht zu verneinen. Für den Senat ist nicht erkennbar, inwiefern die Größe des Vorhabens von insgesamt ca. 1.200 m<sup>2</sup> hinsichtlich des Umfangs der Eigenart des Baugebiets widersprechen sollte. Bereits innerhalb des Gevierts dürften schätzungsweise mehrere 10.000 m<sup>2</sup> Gewerbefläche vorhanden sein. Insofern kann von einer augenscheinlichen Unangemessenheit nicht gesprochen werden. Das Bauvorhaben widerspricht auch qualitativ nach seinem Umfang – in dem im konkreten Einzelfall Quantität in Qualität umschlagen würde – nicht der Eigenart eines faktischen Gewerbegebiets. Auch wenn nicht verkannt wird, dass eine Spielhalle der vorliegenden Größe einen

größeren Einzugsbereich besitzt und für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar ist, so ist für den Senat im vorliegenden Einzelfall nicht nachvollziehbar, wieso die Zulassung des Vorhabens hinsichtlich des Gebietscharakters städtebaulich bedenklich sein sollte. Da auch die anderen Gewerbebetriebe ein überregionales Einzugsgebiet haben, stellt das beantragte Vorhaben keinen Fremdkörper dar. Insgesamt kommt dem Bauvorhaben eine untergeordnete Bedeutung zu. Es besteht auch nicht die Gefahr, dass sich ein städtebaulich selbständig bewertbarer Teil des faktischen Gewerbegebiets in ein „Vergnügungsviertel“ umwandelt.

- 38 Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Gebiet in den Abend- und Nachtstunden eine Prägung durch die Spielhalle erfährt, die dem Gebietscharakter widerspricht. Zwar war in den Abend- und Nachtstunden in den Gewerbegebieten üblicherweise nicht gearbeitet. Durch die in der Umgebung weiter vorhandene Nutzung, die ebenso in den Abend- und Nachtstunden stattfindet, wie z.B. die Tankstelle oder der Mc Donald's-Imbiss, wird verhindert, dass das Gebiet als Sondergebiet für Entertainment-Center anzusehen ist.
- 39 (d) Schließlich widerspricht auch nicht die Zweckbestimmung der Anlage der Eigenart des faktischen Gewerbegebiets. Zwar ist es zutreffend, dass in Gewerbegebieten in erster Linie gearbeitet wird (vgl. VGH Baden-Württemberg vom 26.8.2009 Az. 3 S 1057/09 - juris). Ausnahmsweise sind jedoch auch Vergnügungsstätten zulässig. Es ist nicht ersichtlich, dass mit dem Entertainment-Center ein ins Auge fallender, nahezu rund um die Uhr zu nutzender Zweckbau zugelassen würde, der sich im vorliegenden Fall nach seiner Eigenart nicht mehr in die Vielfalt der produzierenden und artverwandten Nutzungen, wie sie dem Leitbild des Gewerbegebiets entsprechen, einfügen würde.
- 40 (e) Auch wenn eine Nutzung bei Prüfung einzelner Tatbestandsmerkmale noch vertretbar wäre, können mehrere Merkmale zusammen zur qualitativen Unzulässigkeit des Vorhabens führen (vgl. dazu BVerwG vom 5.8.1983 Az. 4 C 96.79 BVerwGE 67, 334). Dies ist hier nicht der Fall. Ein Umkippen des Viertels etwa in eine Gemengelage ist nicht zu befürchten. Insbesondere ist im vorliegenden Fall auch kein „trading-down-Effekt“ zu erkennen. Ein „trading-down-Effekt“ liegt vor, wenn es auf Grund der Verdrängung des traditionellen Einzelhandels und eines Rückgangs der gewachsenen Angebots- und Nutzungsvielfalt durch Spielhallen zu einem Qualitätsverlust von Einkaufsstraßen und -zonen kommt (vgl. BayVGH vom 15.12.2010 a.a.O.; Brandenburg/Brunner, BauR 2011, 1851, 1857; Kaldewei, BauR 2009, 1227, 1228). Die Frage des „trading-down-Effekts“ stellt sich erst bei einer Überschreitung des vorgegebenen Rahmens nach § 34 Abs. 1 BauGB (vgl. BVerwG vom 15.12.1994 Az. 4 C 13/93 – NVwZ 1995, 698), bei Vorhaben in Plangebieten nach § 1 Abs. 2 BauNVO oder nach § 34 Abs. 2 BauGB, sowie bei der Bauleitplanung (vgl. BVerwG vom 4.9.2008 Az. 4 BN 9/08 BRS 73 Nr. 26). Das Gebiet verlöre hier jedoch mit der Zulassung der streitgegenständlicher Nutzung nicht seinen Charakter.
- 41 Der Senat folgt dabei der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach sich die Frage, ab wann von einem „trading-down-Effekt“ auszugehen ist, nicht allgemein, sondern nur mit Blick auf die Umstände des konkreten Einzelfalls beantworten lässt (vgl. BVerwG vom 4.9.2008 a.a.O.). Ob ein „trading-down-Effekt“ zu befürchten ist, beurteilt sich nicht nach quantitativen Faktoren. Auch wenn – wie hier – ein Entertainment-Center in einem Umfang bis zu 1.200 m<sup>2</sup> geplant ist, könnte sich die Vergnügungsstätte so negativ auf ihre Umgebung auswirken, dass sie der Eigenart des Baugebiets widerspricht.

- 42 In dem hier vorliegenden Fall eines faktischen Gewerbegebiets ist aber ein „trading-down-Effekt“ nicht zu befürchten. Die gesamte Eigenart des faktischen Gewerbegebiets, welches u.a. eine Tankstelle, ein VW-Zentrum mit Verkaufsräumen und Werkhallen, einen Lagerverkauf für Sportartikel und Kleidung, ein Betonwerk und eine Holzhandlung umfasst, zeigt, dass schon aufgrund des Warenangebots das gesamte faktische Plangebiet auf einen übergeordneten Einzugsbereich abzielt und nicht der Versorgung bzw. Entspannung und Freizeit in einem begrenzten Stadtteil dient. Wie sich im Augenscheinstermin bestätigt hat, zielen die im Gebiet ansässigen Gewerbebetriebe auf Geschäftskunden ab, für die die Attraktivität der Umgebung keine Rolle spielt. Auch für die Endkunden, die im vorliegenden Fall die Angebote des faktischen Gewerbegebiets nutzen, ist die Attraktivität des Gebiets unerheblich. Es handelt sich diesbezüglich um Geschäfte zur funktionalen Bedarfsdeckung, bei denen die Attraktivität des Einkaufsbereichs oder das Einkaufserlebnis eine zu vernachlässigende Nebenrolle spielen. Eine Ausnahme, wonach auch im faktischen Gewerbegebiet ein „trading-down-Effekt“ zu bejahen sein könnte, ist für den Senat nicht ersichtlich.
- 43 Im vorliegenden Fall ist ansonsten nicht zu erkennen, welcher Gewerbebetrieb aus städtebaulichen Gründen vor der Ansiedlung einer Spielhalle geschützt werden müsste. Die soziale Wertigkeit des betroffenen Gebiets (vgl. zu diesem Aspekt bei einem Kerngebiet OVG Hamburg vom 12.12.2007 Az. 2 E 4/04.N BRS 73 Nr. 25 als Vorinstanz zu BVerwG vom 4.9.2008 a.a.O.) trägt hier den städtebaulichen Erfahrungssatz vom „trading-down-Effekt“ nicht. Denn die in dem Gebiet vorhandenen Nutzungen sind von ihrer sozialen Wertigkeit als durchschnittlich zu betrachten. In dem betroffenen Gebiet sind keine Nutzungen vorhanden, denen eine Spielhallennutzung widersprechen würde. Insbesondere auf die Gewerbebetriebe, die entlang des ... Rings liegen, hat das Vorhaben der Klägerin keine Auswirkungen. Denn für das Geschäft etwa einer Holzhandlung, einer Tankstelle oder eines Mc Donald's-Imbisses ist es unerheblich, ob die Klägerin ein Entertainment-Center betreibt oder nicht.
- 44 Soweit das Erstgericht einen Nutzungskonflikt des streitigen Vorhabens mit dem unmittelbar südlich auf Fl.Nr. 880/31 angrenzenden Hotel sieht, teilt der Senat diese Befürchtung nicht. Das Hotel ist als Fremdkörper einzustufen, was seine Schutzwürdigkeit mindert. Im Übrigen ist für eine Hotelnutzung zwar ein höheres Ruhebedürfnis zur Nachtzeit typisch. Richtig ist, dass auch zur Nachtzeit das streitgegenständliche Vorhaben einen Zu- und Abgangsverkehr auslösen wird. Jedoch liegt das Hotel in sehr geringer Entfernung zum ... Ring, der ein erhebliches Verkehrsaufkommen hat. Es ist lediglich durch die Tankstelle und den Mc Donald's-Imbiss vom ... Ring „abgeschirmt“. In der konkreten Lage des Hotels im vorliegenden faktischen Gewerbegebiet ist die Schutzbedürftigkeit des Hotels deutlich gemindert.
- 45 b) Die Klägerin hatte auch einen Anspruch auf die ausnahmsweise Zulassung des ausnahmefähigen Vorhabens.
- 46 Bei der Entscheidung über eine ausnahmsweise Zulassung eines Vorhabens gemäß § 34 Abs. 2 Halbsatz 2, § 31 Abs. 1 BauGB handelt es sich zwar um eine Ermessensentscheidung. Das Ermessen ist aber dem Zweck der Ermächtigung entsprechend auszuüben (Art. 40 BayVwVfG). Als Ermessenserwägungen kommen nur städtebauliche Gründe in Betracht. Liegen die Rechtsvoraussetzungen für die Gewährung einer Ausnahme vor, dann erfordern das vom Gesetzgeber mit der Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 1 BauGB i.V.m. den Ausnahmekatalogen der Baunutzungsverordnung verfolgte Ziel der städtebaulichen Flexibilität und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in aller Regel, dass die Ausnahme gewährt wird (vgl. BVerwG vom 19.9.2002 Az. 4 C 13/01 BVerwGE 117, 50). Bei einem ausnahmefähigen

Vorhaben ist deshalb die Ablehnung der ausnahmsweisen Zulassung nur dann ermessensgerecht, wenn besondere, nicht bereits von § 15 Abs. 1 BauNVO erfasste städtebauliche Gründe (vgl. BVerwG vom 17.12.1998 Az. 4 C 16/97 BVerwGE 108, 190; Jäde in Jäde/Dirnberger/Weiß, a.a.O., § 31 BauGB RdNr. 28) dem Vorhaben entgegenstehen. Andernfalls ist das Ermessen zu Gunsten des Bauherrn auf Null reduziert (vgl. BayVGH vom 6.7.2005 a.a.O.; vom 15.12.2010 a.a.O.). Städtebauliche Gründe, die eine ermessensgerechte Versagung der Ausnahme rechtfertigen könnten, sind aber weder substantiiert vorgetragen worden noch zu ersehen. Wie oben dargelegt, ist im vorliegenden Fall insbesondere der „trading-down-Effekt“ kein städtebaulicher Grund.

47 Nachdem auch die Erschließung gesichert war, war das Vorhaben planungsrechtlich zulässig (§ 34 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BauGB).

48 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

49 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen nach § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

## 50 **Beschluss**

51 Der Streitwert wird auf 259.200 Euro festgesetzt (§§ 47, 52 Abs. 1, GKG i.V.m. Nr. 9.1.5 des Streitwertkatalogs – DVBl 2004, 1525).