

# Urteil Az. Au 5 K 12.1360\*

VG Augsburg

31. Januar 2013

## Tenor

- 1 I. Die Klage wird abgewiesen.
- 2 II. Die Kosten des Verfahrens hat die Klägerin zu tragen.
- 3 III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## Tatbestand

- 4 Die Klägerin hat mit Formblattantrag vom 27. Juni 2012 bei der Beklagten eine Nutzungsänderungsgenehmigung für die im Erdgeschoss der auf dem Grundstück Fl.Nr. ... der Gemarkung ... befindlichen Gaststätte in eine Spielhalle beantragt. Nach den vorgelegten Planunterlagen beträgt die Nettotonutzfläche der Spielhalle 96,65 m<sup>2</sup>.
- 5 Mit Bescheid vom 19. September 2012, Az: ..., hat die Beklagte den Antrag auf Nutzungsänderung der Gaststätte in eine Spielhalle wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses als unzulässig abgelehnt.
- 6 Zur Begründung hat die Beklagte im Wesentlichen ausgeführt, ein Bauantrag dürfe auch dann abgelehnt werden, wenn das Vorhaben nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Bayerische Bauordnung (BayBO) gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoße. Dem Bauantrag fehle das erforderliche allgemeine Sachbescheidungsinteresse, da eine nach anderen Rechtsvorschriften für das Vorhaben erforderliche öffentlich-rechtliche Gestattung nicht erteilt werden könne und der

---

\*<http://openjur.de/u/613611.html> (= openJur 2013, 16940)

Bauherr deshalb von einer Baugenehmigung bzw. Nutzungsänderungsgenehmigung ohnehin keinen Gebrauch machen könne. Für das Vorhaben könne die notwendige Spielhallenkonzession seitens der Ordnungsbehörde der Beklagten nicht erteilt werden. Nach der seit dem 1. Juli 2012 maßgeblichen Rechtslage bedürfe der Betrieb einer Spielhalle neben der gewerberechtlichen Erlaubnis nach §33i GewO auch einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach §24 Abs. 1 des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) i.V.m. Art. 9 des Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (AGGlüStV). Ein Antrag auf Erteilung einer Spielhallenkonzession müsste im vorliegenden Fall aber abgelehnt werden, da der nach Art. 9 Abs. 3 AGGlüStV geforderte Mindestabstand von 250 m Luftlinie zur nächsten Spielhalle nicht gewahrt sei. Der Abstand zur nächsten Spielhalle, die sich im Anwesen auf dem Grundstück Fl.Nr. ... der Gemarkung ... befinde, betrage nur 89 m Luftlinie. Zwar sehe Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV vor, dass unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalles Ausnahmen zugelassen werden könnten. Da die geplante Spielhalle weniger als 30 m vom Eingang eines Gymnasiums und einer Realschule entfernt läge, könne eine solche Ausnahme aber nicht erteilt werden. Darüber hinaus fehle es dem Antrag auch an dem besonderen Sachbescheidungsinteresse gemäß Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO, da er – wie dargelegt – Art 9 Abs. 3 AGGlüStV widerspreche.

- 7 Die Klägerin hat mit Schreiben vom 19. Oktober 2012, eingegangen bei Gericht per Fernkopie am 19. Oktober 2012, Klage erhoben und beantragt,
- 8 die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 19. Februar 2012 zu verpflichten, den Bauantrag vom 29. Juni 2012 zu genehmigen.
- 9 Die Beklagte hat mit Schreiben vom 5. November 2012 beantragt,
- 10 die Klage abzuweisen.
- 11 Die Klägerin hat mit Schreiben vom 25. November 2012 den Klageantrag vom 19. Oktober 2012 dahingehend ergänzt, dass sie nunmehr weiter beantragt,
- 12 hilfweise die Beklagte zu verpflichten, den Bauantrag vom 29. Juni 2012 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verbescheiden.
- 13 Zur Begründung der Klage hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 25. November 2012 eine Bestandsaufnahme der im Straßengeviert „...“ vorhandenen Nutzungen vorgelegt. Nach den Angaben der Klägerin befinden sich in dem für die Beurteilung der Zulässigkeit des Vorhabens maßgeblichen Gebiet mindestens eine kerngebietstypische Vergnügungsstätte (Spielhalle), Betriebe des Beherbergungsgewerbes (...), Verwaltungsgebäude (...), öffentliche Gebäude (Schulgebäude), ein historischer Konzertsaal, eine Bildungs-Akademie (...), Lehrlingsausbildungsstätten, ausbildungsbegleitende Hilfen (...), Seminar- und Bildungsstätten (...), Einzelhandelsbetriebe, Schank- und Speisewirtschaften, Spezialitäten-

restaurants, Dienstleister (Architekten, Kosmetik, Werbeagenturen, Reisebüros, Maklerbüros, Hotel), eine öffentliche Großgarage mit über 200 Stellplätzen, Sportschulen, ein Sportverein (Übungsstätten mehrerer Sportvereine), ein Vereinsheim (... Verein), zentrale soziale Einrichtungen (Drogenhilfe, ..., Kindergarten, Betreuungsverein), Gewerbebetriebe (...meisterbetrieb, Elektrowerkstatt) sowie Ärzte und andere Dienstleister aus dem Gesundheitsbereich. Gehe man vom Vorliegen einer Gemengelage aus, sei das Vorhaben nach §34 Abs. 1 Baugesetzbuch (BauGB) planungsrechtlich zulässig. Liege ein faktisches Mischgebiet vor, sei die Spielhalle nach §34 Abs. 2 BauGB, §6 Abs. 2 Nr. 8 Baunutzungsverordnung (BauNVO) ebenfalls planungsrechtlich allgemein zulässig, da von einer überwiegend gewerblichen Nutzung in der näheren Umgebung des Baugrundstückes auszugehen sei. Selbst wenn man die nähere Umgebung nicht als überwiegend gewerblich geprägt einstufe, sei das Vorhaben in dem faktischem Mischgebiet nach §34 Abs. 2 BauGB, §6 Abs. 3 BauNVO, §31 Abs. 1 BauGB jedenfalls ausnahmsweise zulässig. Auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen seien gegeben. So stünden Stellplätze in ausreichender Zahl zur Verfügung. Das Erfordernis weiterer, nicht bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Genehmigungen führe nicht zum Wegfall des Sachbescheidungsinteresses. Gemäß §24 Abs. 1 GlüStV erfolge die Erteilung glücksspielrechtlicher Erlaubnisse unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse. In dieser Regelung und weil bislang weder das Baugesetzbuch, die Gewerbeordnung oder die Bayerische Bauordnung entsprechend geändert worden seien, sei die Baugenehmigung unabhängig von den glücksspielrechtlichen Vorschriften. Des Weiteren sei zu beachten, dass die glücksspielrechtlichen Vorschriften Ausnahme- und Befreiungsregelungen enthielten, die im Ermessenswege zu beurteilen seien. Diese Abwägungsvorgänge könnten im Baugenehmigungsverfahren nicht nachvollzogen werden. Insbesondere habe die Abwägung nicht durch die Stellungnahme des Ordnungsamtes der Beklagten im Schreiben vom 6. August 2012 an das Bauamt der Beklagten vorweggenommen werden dürfen.

- 14 Mit Schreiben vom 19. Januar 2013 hat die Klägerin ihre Klagebegründung noch um folgende Ausführungen ergänzt. Bei den glücksspielrechtlichen Vorschriften handle es sich nicht um andere öffentlich-rechtliche Anforderungen im Sinne des Art. 59 Satz 1 Nr. 3 BayBO, da die Erweiterung des Prüfprogrammes voraussetze, dass eine fachrechtliche Entscheidung wegen der Baugenehmigungsbedürftigkeit des Vorhabens entfalle. Das sei aber vorliegend nicht der Fall. In §24 Abs. 1 GlüStV werde ausdrücklich geregelt, dass die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis bedürfe. Gegen die Auffassung der Beklagten, dass glücksspielrechtliche Erfordernisse zum Entfall des Sachbescheidungsinteresses im Baugenehmigungsverfahren führen könnten, spreche auch die Vielzahl der Prüfungskriterien des Art. 9 AGGlüStV wie das Verbot von Mehrfachkonzessionen, die Einhaltung des Mindestabstandes von 250 m, die Einhaltung der Anforderungen des Jugendschutzes, Werbebeschränkungen sowie die Anforderungen an das Sozial- und Aufklärungskonzept. Schon aufgrund der Vielzahl und der relativen Unbestimmtheit dieser glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorausset-

zungen könne deren Fehlen weder im Einzelfall noch grundsätzlich zur Feststellung des fehlenden Sachbescheidungsinteresses im Baugenehmigungsverfahren führen. Darüber hinaus seien die Regelungen des GlüStV und des AGGlüStV, zumindest teilweise, verfassungswidrig. So stelle z.B. der vorgeschriebene Mindestabstand von 250 m zwischen zwei Spielhallen eine Ungleichbehandlung und zugleich einen rechtswidrigen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum dar, da unter anderem nicht geklärt sei, welche von mehreren bestehenden Spielhallen innerhalb des Mindestabstandes nach dem Auslaufen von Übergangsfristen den Vorzug erhalte. Die in Art. 9 Abs. 3 Satz 3 AGGlüStV vorgesehene Möglichkeit, eine Ausnahme von dem Mindestabstand zuzulassen, sei unbestimmt, da die Entscheidung ohne nähere Angabe von Kriterien dem Ermessen der Behörde vorbehalten sei und offen bleibe, wann nach der Gesetzgebung ein besonders gelagerter Einzelfall vorliege. Im Übrigen wird auf die weiteren Ausführungen der Klägerin in dem Schreiben vom 19. Januar 2013 Bezug genommen.

- 15 Die Beklagte hat mit Schreiben vom 30. Januar 2013 beantragt,
- 16 die Klage in Bezug auf den Haupt- und den Hilfsantrag abzuweisen.
- 17 Im Übrigen hat die Beklagte in ihrem Schreiben vom 30. Januar 2013 auf die Begründung ihres Bescheides Bezug genommen und weiter ausgeführt, im Rahmen der Ablehnung eines Bauantrages wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO sei nicht erforderlich, dass das Vorhaben offensichtlich gegen andere öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoße. Die im Rahmen der Prüfung der Zulassung einer Ausnahme nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV anzustellenden Erwägungen zu den Verhältnissen im Umfeld des jeweiligen Standortes der Spielhalle bzw. deren Lage im Einzelfall seien auch regelmäßig Gegenstand der Prüfung und Beurteilung durch die Bauaufsichtsbehörden im Rahmen der Entscheidung, ob sich ein Vorhaben nach §34 BauGB in die nähere Umgebung einfüge. Deshalb sei auch in besonderem Maße eine fachliche Kompetenz der Bauaufsichtsbehörde zu bejahen und eine Offensichtlichkeit des Entgegenstehens anderer, im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nicht zu prüfender öffentlich-rechtlicher Vorschriften nicht erforderlich.
- 18 Am 31. Januar 2013 fand die mündliche Verhandlung vor Gericht statt.
- 19 Ergänzend wird auf die vorgelegten Behördenakten, die Gerichtsakten und die Niederschrift über die mündliche Verhandlung Bezug genommen.

## Gründe

- 20 Die zulässige Klage ist nicht begründet.

- 21 Der Klägerin steht kein Anspruch auf Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 19. September 2012 und Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der Baugenehmigung zu dem Bauantrag vom 27. Juni 2012 oder Verpflichtung der Beklagten zur erneuten Verbescheidung des Bauantrages unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu (§113 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 VwGO).
- 22 1. Nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BayBO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegen stehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. Die Bauaufsichtsbehörde darf nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO den Bauantrag auch ablehnen, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Der Prüfungsumfang nach Art. 59 Satz 1 BayBO wird durch diese Vorschrift aber nicht erweitert (vgl. BayVGh, B.v. 16.10.2012 – 15 ZB 11.1016 – juris; BayVGh, B.v. 7.2.2011 – 2 ZB 11.11 – juris). Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO enthält vielmehr zusätzlich zum allgemeinen Sachverbescheidungsinteresse ein landesrechtlich geregeltes, besonderes Sachbescheidungsinteresse speziell für das Baugenehmigungsverfahren. Die Ablehnung des Bauantrages erfolgt in diesem Fall nicht wegen eines Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BayBO sondern wegen Fehlens des besonderen Sachbescheidungsinteresses (vgl. Lechner in Simon/Busse, BayBO Bd. 1, Stand September 2012, Art. 68 Rn. 171).
- 23 Die Spielhalle weist nach den Bauplänen eine Nett Nutzfläche von 96,65 m<sup>2</sup> auf und bleibt damit unter der für das Vorliegen eines Sonderbaues nach Art. 2 Abs. 4 Nr. 8 maßgeblichen Nett Nutzfläche von 150 m<sup>2</sup>, so dass ein vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren nach Art. 59 Satz 1 BayBO mit dem dafür vorgesehenen Prüfprogramm durchzuführen ist.
- 24 2. Im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren prüft die Bauaufsichtsbehörde die Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§29 bis 38 BauGB und den Regelungen örtlicher Bauvorschriften im Sinne des Art. 81 Abs. 1 BayBO (Art. 59 Satz 1 Nr. 1 BayBO), beantragte Abweichungen im Sinne des Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 BayBO (Art. 59 Satz 1 Nr. 2 BayBO) sowie andere öffentlich-rechtliche Anforderungen, soweit wegen der Baugenehmigung eine Entscheidung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entfällt, ersetzt oder eingeschlossen wird (Art. 59 Satz 1 Nr. 3 BayBO).
- 25 2.1 Die Klägerin hat Abweichungen im Sinne des Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 BayBO nicht beantragt, so dass sich das Prüfprogramm der Bauaufsichtsbehörde nach Art. 59 Satz 1 Nr. 2 BayBO hierauf nicht erstreckt.
- 26 2.2 Die Baugenehmigung ersetzt auch keine nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderlichen Genehmigungen bzw. lässt diese entfallen oder schließt diese ein im Sinne des Art. 59 Satz 1 Nr. 3 BayBO. Nach §24 Abs. 1 GlüStV bedarf die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle unbeschadet sonstiger

Genehmigungserfordernisse einer Erlaubnis nach dem Glücksspielstaatsvertrag. Die Baugenehmigung lässt auch nicht die nach §33 i GewO erforderliche gewerberechtliche Erlaubnis entfallen oder schließt diese ein. Diese Vorschriften sind daher nicht nach Art. 59 Satz 1 Nr. 2 BayBO vom Prüfprogramm der Bauaufsichtsbehörde im vereinfachten Genehmigungsverfahren umfasst.

- 27 2.3 Es kann vorliegend für den Fall, dass von der Entscheidungsreife des Bauantrages auszugehen ist, dahingestellt bleiben, ob das Vorhaben mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§29 bis 38 BauGB, die nach Art. 59 Satz 1 Nr. 1 BayBO zum Prüfprogramm im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren gehören, übereinstimmt.
- 28 Des Weiteren kann dahin gestellt bleiben, ob, wenn Entscheidungsreife nicht gegeben ist, weil eine weitere Sachaufklärung erforderlich ist, der Bescheid nach §113 Abs. 3 Satz 1 VwGO ohne Entscheidung in der Sache aufzuheben und zur Durchführung der noch erforderlichen Ermittlungen und erneuten Entscheidung an die Bauaufsichtsbehörde zurückzuverweisen ist.
- 29 Die Klage ist nämlich ungeachtet dessen bereits aus den unten unter Nr. 4 näher dar gelegten Gründen nicht begründet.
- 30 3. Es kann auch dahin gestellt bleiben, ob die Beklagte den Bauantrag zu Recht wegen des Fehlens eines allgemeinen Sachbescheidungsinteresses abgelehnt hat.
- 31 Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Prüfung des allgemeinen Sachbescheidungsinteresses als allgemeine Antragsvoraussetzung von der Prüfung der öffentlich-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen zu unterscheiden ist und daher auch im vereinfachten Genehmigungsverfahren die Ablehnung eines Bauantrages aufgrund fehlenden allgemeinen Sachbescheidungsinteresses nicht von vorneherein ausgeschlossen ist (vgl. BayVGH, U.v. 23.3.2006 – Az. 26 D 05.555 – juris Rn. 18). Die Baugenehmigungsbehörden sind nicht verpflichtet, in die Prüfung eines Genehmigungsantrages einzutreten, wenn der Antragsteller die Genehmigung zwar möglicherweise formal beanspruchen kann, jedoch klar ist, dass er aus Gründen, die jenseits des Verfahrensgegenstandes liegen, an einer Verwertung der begehrten Genehmigung gehindert ist und deshalb die Genehmigung für ihn ersichtlich nutzlos wäre (vgl. BVerwG, U.v. 24. 10.1980 – Az. 4 C 3/78 – BverwGE, 128/130). Voraussetzung für ein fehlendes allgemeines Sachbescheidungsinteresse ist aber, dass sich das rechtliche Hindernis, das dem Gebrauchmachen von der Baugenehmigung entgegensteht, schlechthin nicht ausräumen lässt. Das allgemeine Sachbescheidungsinteresse fehlt nicht schon dann, wenn lediglich zweifelhaft oder ungewiss ist, ob der Antragsteller wegen (vermeintlicher) Hindernisse von der angestrebten Genehmigung Gebrauch machen kann oder nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass ein offensichtliches Hindernis dem Gebrauchmachen von der Baugenehmigung entgegensteht, wobei an das Vorliegen der Offensichtlichkeit strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. BVerwG, U.v. 24.10.1980 a.a.O.). Eine das allgemeine Sachbescheidungsinteresse

ausschließende Offensichtlichkeit kann nur dann angenommen werden, wenn ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar ist, dass von der Genehmigung in keiner Weise Gebrauch gemacht werden kann. Dabei muss die Entscheidung darüber, ob eine solche Offensichtlichkeit vorliegt, nach der Wortbedeutung auf eindeutigen, nicht bestrittenen und nicht bestreitbaren Grundlagen beruhen (vgl. BayVGh, U.v. 23.3.2006 – Az. 26 B 05.555 – BayVBl 2006, 537).

- 32 Ob an diesen Maßstäben gemessen der Klägerin das allgemeine Sachbescheidungsinteresse für den streitgegenständlichen Bauantrag fehlt, weil es im oben genannten Sinne auf der Hand liegt, dass die glücksspielrechtliche Genehmigung nach §24 GlüStV, Art. 9 AGGlüStV nicht erteilt werden kann und die Klägerin deshalb von der Baugenehmigung offensichtlich in keiner Weise Gebrauch machen kann, kann letztlich dahin gestellt bleiben, weil die Beklagte ungeachtet dessen den Bauantrag aus den unter Nr. 4 dargelegten Gründen rechtmäßig ablehnen konnte.
- 33 4. Die Beklagte hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise die beantragte Baugenehmigung bzw. Nutzungsänderungsgenehmigung ausdrücklich auf der Grundlage des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO abgelehnt.
- 34 4.1 Nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BayBO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. Den sich daraus ergebenden Rechtsanspruch des Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung hat der Gesetzgeber aber eingeschränkt, indem er durch Gesetzesänderung vom 27. Juli 2009 (GVBl S. 385) mit Wirkung vom 1. August 2009 den Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO um den Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO ergänzt hat, nach dem die Bauaufsichtsbehörde den Bauantrag auch ablehnen darf, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige, d.h. nicht dem Prüfprogramm der Art. 59 und 60 BayBO unterfallende öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.
- 35 Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO enthält, zusätzlich zum allgemeinen Sachbescheidungsinteresse, eine landesrechtlich geregelte Sondervorschrift zur Zulässigkeit des Sachbescheidungsinteresses nur für das Baugenehmigungsverfahren (vgl. Lechner in Simon/Busse, BayBO Bd. I, a.a.O. Rn. 171).
- 36 Sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften sind, wie sich aus der Bezugnahme auf Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BayBO ergibt, alle diejenigen materiell-rechtlichen Rechtsvorschriften, die außerhalb des materiellen Prüfungsumfangs des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BayBO, im vorliegenden Fall außerhalb des Prüfungsumfangs des Art. 59 Satz 1 BayBO, liegen (vgl. Lechner in Simon/Busse, BayBO, a.a.O. Rn. 172).
- 37 Bei §24 GlüStV und Art. 9 AGGlüStV handelt es sich um solche öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO (vgl. BayVGh, U.v. 20.12.2012 – Az. 2 B 12.1977 – juris Rn. 23).

38 4.2 Die Beklagte hat im Bescheid vom 19. September 2012 in rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass für die Spielhalle der Klägerin eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach Art. 24 GlüStV, Art. 9 AGGlüStV, nicht erteilt werden kann. Nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 AGGlüStV darf die Erlaubnis nach §24 Abs. 1 GlüStV nur erteilt werden, wenn ein Mindestabstand von 250 m Luftlinie zu einer anderen Spielhalle nicht unterschritten wird. Im vorliegenden Fall weist die der Spielhalle der Klägerin nächstgelegene genehmigte und betriebene Spielhalle, die sich auf dem Grundstück Fl.Nr. ... der Gemarkung ... befindet, einen Abstand von lediglich 89 m zur geplanten Spielhalle der Klägerin auf. Der in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 AGGlüStV geforderte Mindestabstand von 250 m wird damit deutlich unterschritten. Zwar kann nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV die zuständige Erlaubnisbehörde, hier das Ordnungsamt der Beklagten, unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalles Ausnahmen von dem in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 AGGlüStV festgesetzten Mindestabstand zulassen. Danach hat die Beklagte im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld der geplanten Spielhalle und der Lage des Einzelfalles zu Recht angenommen, dass eine solche Ausnahme bereits deshalb nicht erteilt werden kann, weil die geplante Spielhalle lediglich ca. 50 m von einem auf dem Grundstück Fl.Nr. ... der Gemarkung ... gelegenen Gymnasium bzw. einer Realschule entfernt liegt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Anspruch auf Erteilung einer Ausnahme von dem regelmäßig geforderten Mindestabstand von 250 m Luftlinie „unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalles“ nicht bereits dann anzunehmen ist, wenn nach Bauplanungsrecht, insbesondere den §§2 bis 10 BauNVO, die Spielhalle bauplanungsrechtlich allgemein oder ausnahmsweise zulässig wäre. Gegenstand der Prüfung nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV ist vielmehr die Frage, ob es „unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalles“ ausnahmsweise mit den Zielsetzungen des Glücksspielstaatsvertrages vereinbar ist, dass der in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 AGGlüStV geforderte Mindestabstand unterschritten wird. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 20. Dezember 2012 (U.v. 20.12.2012 – Az. 2 B 12.1977 – juris Rn. 23) hierzu ausgeführt, dass eine Ausnahme bei Vorliegen eines „atypischen Einzelfalles“ in Betracht komme. Ein solcher atypischer Einzelfall, in dem gerade auch unter Berücksichtigung der speziellen Zielsetzungen des Glücksspielstaatsvertrages eine Ausnahme zugelassen werden kann, liegt aber nach der von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 25. November 2012 vorgelegten umfangreichen Bestandsaufnahme der in der näheren Umgebung der geplanten Spielhalle vorhandenen Nutzungen im Straßengeviert „...“ und der von der Beklagten dem Gericht in der mündlichen Verhandlung vorgelegten planungsrechtlichen Stellungnahme vom 14. Januar 2013 nicht vor. Unabhängig davon, ob man die maßgebliche nähere Umgebung als Mischgebiet im Sinne des §34 Abs. 2 BauGB, §6 BauNVO, als Kerngebiet im Sinne des §34 Abs. 2 BauGB, §7 BauNVO oder als Gebiet sui generis planungsrechtlich einstuft, ist jedenfalls ein atypischer Einzelfall der die Erteilung



einer Ausnahme nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalles rechtfertigen könnte, zu verneinen. So befindet sich an der „...straße“ in einem Abstand von lediglich ca. 50 m zu der geplanten Spielhalle das bereits genannte Gymnasium bzw. die Realschule. Innerhalb des oben genannten Straßengeviertes und in einem Abstand von weniger als 250 m Luftlinie zu der geplanten Anlage liegen darüber hinaus zwei weitere Schulen, nämlich die Mittelschule ... in der „...straße“ und eine städtische Berufsschule in der „...gasse“. In geringer Entfernung zu der geplanten Spielhalle befindet sich eine zentrale Einrichtung des „...Bildungswerkes“ (Verwaltung, Lehrsäle, Seminarräume, Jugendwohnheim). Im Übrigen finden sich in dem maßgeblichen Straßengeviert die typischen innerstädtischen gewerblichen Nutzungen (Fotostudio, Reisebüro, Apotheke, Restaurant, Boutique, Bäckereifiliale), in den Obergeschossen aber auch Wohnnutzung. Weitere Spielhallen existieren bis auf die erwähnte Spielhalle auf dem Grundstück FlNr. ... der Gemarkung ... in dem genannten Straßengeviert bislang nicht. Zusammenfassend ist danach festzustellen, dass unter Berücksichtigung der speziellen Zielsetzung des Glücksspielstaatsvertrages, der Verhältnisse im Umfeld des Standortes der Spielhalle und der Lage des Einzelfalles die Voraussetzungen für die Annahme eines atypischen Einzelfalles nicht vorliegen.

- 39 4.3 Das Gericht geht daher davon aus, dass der Behörde bei der Anwendung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV vorliegend bereits ein Ermessenspielraum nicht eröffnet ist. Aber auch wenn man zu dem Ergebnis käme, dass trotz des Nichtvorliegens eines atypischen Einzelfalles für die Behörde ein Ermessenspielraum besteht, handelte es sich dabei jedenfalls um ein sogenanntes intendiertes Ermessen. Dabei geht die Vorschrift für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne, nämlich hin zur Versagung der Ausnahme, aus und es müssen besondere Gründe vorliegen, um ausnahmsweise eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, ergibt sich das Ergebnis der Abwägung von selbst, weshalb es auch keiner weitergehenden Begründung dazu bedarf. In diesem Sinne wäre auch bei Annahme eines der Behörde eröffneten intendierten Ermessens die Feststellung der Beklagten im Bescheid vom 19. September 2012, nach der die Ausnahme wegen des geringen Abstandes zu dem Gymnasium bzw. der Realschule nicht erteilt werden kann, ausreichend und im Rahmen des nach §114 Satz 1 VwGO bei Ermessensentscheidungen eingeschränkten gerichtlichen Prüfungsumfanges rechtlich nicht zu beanstanden.
- 40 4.4 Das Gericht geht davon aus, dass ein Offensichtlichkeitsmerkmal – wie es beim allgemeinen Sachbescheidungsinteresse allgemein anerkannt ist – in der Vorschrift des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO keine ausreichende Stütze findet. Die Vorschrift wurde als Reaktion des Gesetzgebers auf die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Januar 2009 (U.v. 19.1.2009 – Az. 2 BV 08.2567 – BayVBl 2009, 507) eingefügt, in der festgestellt wurde, dass die Bauaufsichtsbehörde den Bauantrag nicht deshalb wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses ablehnen darf, weil dem Vorhaben ihrer Ansicht

nach im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren nicht zu prüfende Vorschriften entgegenstehen. In der Begründung zu der Ergänzung des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO um den Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO wird hierzu ausgeführt, „durch die Gesetzesänderung wird klargestellt, dass die Bauaufsichtsbehörden Bauanträge wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses als unzulässig ablehnen dürfen, wenn ein Verstoß gegen Vorschriften erkannt wird, die nicht im Prüfprogramm der Art. 59, 60 BayBO enthalten sind, sofern sich das Hindernis nicht – etwa durch eine Abweichung nach Art. 63 – ausräumen lässt“ (Bayerischer Landtag Drs. 16/1351 S. 2). Eine Einschränkung der Ablehnungsbefugnis auf die Fälle, in denen es von vornherein offensichtlich ist und auf der Hand liegt, dass der Bauherr von seiner Genehmigung keinen Gebrauch machen können, weil dem offensichtlich und schlechthin nicht ausräumbare rechtliche Hindernisse entgegenstehen, lässt sich dieser Begründung nicht entnehmen. Auch die Vollzugshinweise zu Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO vom 24. Juli 2009, Az II B4-4101-022/08 geben hierauf keinen Hinweis. Darin wird unter anderem festgestellt, es „... solle mit dieser Ergänzung der . . . neueren Rechtsprechung des . . . Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs begegnet werden. Die fehlende Möglichkeit, einen Bauantrag wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses abzulehnen hätte zur Folge, dass die Bauaufsichtsbehörden in derartigen Fällen zwar die Baugenehmigung erteilen müssten, gleichzeitig oder im unmittelbaren Anschluss aber ggf. eine Beseitigungsanordnung bzw. eine vorbeugende Baueinstellung erlassen würden. Dies sei – da umständlich und für den Bauherrn mit doppelten Gebühren verbunden – nicht sachgerecht und erwecke zudem den schwer ausräumbaren Anschein einer inneren Widersprüchlichkeit“.

- 41 Angesichts des eindeutigen und klaren Wortlautes der in Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO getroffenen Regelung überschritte es die Grenzen der zulässigen Auslegung, in die Vorschrift gleichwohl ein Offensichtlichkeitserfordernis hineinzuinterpretieren mit der Folge, dass eine Ablehnung auf der Grundlage dieser Vorschrift rechtmäßig nur erfolgen könnte, wenn die Anforderungen an das Offensichtlichkeitserfordernis, die das Bundesverwaltungsgericht bei der Prüfung des Fehlens des allgemeinen Sachbescheidungsinteresses stellt, erfüllt sind (für ein Offensichtlichkeitserfordernis wohl Molodovsky in Koch/Molodovsky/Famers, BayBO Bd.1, Stand Oktober 2012, Art. 68 Rn. 40).
- 42 Für eine differenzierende Betrachtungsweise dahingehend, dass im Rahmen der Ablehnung eines Bauantrages auf der Grundlage des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO für eine auf baurechtsfremde Rechtsbereiche gestützte Ablehnung des Bauantrages das Offensichtlichkeitserfordernis Anwendung finden soll, aber nicht in denjenigen Fällen, in denen es um Rechtsfragen geht, für deren Beurteilung die Bauaufsichtsbehörden in besonderem Maße fachlich kompetent sind, z.B. im Bereich des Bauordnungsrechts, bieten weder der Wortlaut der Vorschrift noch die oben zitierte Begründung der Vorschrift bzw. die Vollzugshinweise irgendwelche Anhaltspunkte (für eine differenzierende Betrachtung: Jäde in BayVB1 2010, 741, 743).

- 43 4.5 Aber selbst wenn man entgegen der oben vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass die Voraussetzungen für eine Ablehnung des Bauantrages auf der Grundlage des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO nur dann vorliegen, wenn es offensichtlich ist, dass das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, ist im konkreten Fall die Ablehnung des Bauantrages durch die Beklagte rechtmäßig erfolgt. Es liegt nämlich bereits aufgrund der dargelegten räumlichen Nähe der Spielhalle zu mehreren Schulen ersichtlich auf der Hand, dass ein atypischer Ausnahmefall im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 AGGlüStV, der unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Glücksspielstaatsvertrages, der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes der Spielhalle und der Lage des Einzelfalles eine Ausnahme von dem regelmäßig nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 AGGlüStV erforderlichen Mindestabstand rechtfertigte, nicht gegeben ist.
- 44 4.6 Für die Frage, ob ein Verstoß gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO gegeben ist, ist im Rahmen der hier vorliegenden Verpflichtungsklage auf die maßgebliche Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht abzustellen.
- 45 Zukünftige Entwicklungen, z.B. die potentielle Möglichkeit, dass die Nutzung der in einem Abstand von weniger als 250 m zur geplanten Spielhalle der Klägerin genehmigten und betriebenen Spielhalle auf dem Grundstück Fl.Nr. ... der Gemarkung ... endgültig aufgegeben wird, damit eventuell in der Zukunft ab der endgültigen Aufgabe der Nutzung der bereits vorhandenen Spielhalle der Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 1 AGGlüStV entfällt und ein Versagungsgrund nach Art. 68 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BayBO ab diesem Zeitpunkt ebenfalls nicht mehr gegeben ist, ist bei der Entscheidung über die vorliegende Klage unbeachtlich.
- 46 5. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Beklagte den Bauantrag der Klägerin vom 27. Juni 2012 rechtmäßig auf der Grundlage des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BayBO abgelehnt hat und der Klägerin kein Anspruch auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der Baugenehmigung bzw. Nutzungsänderungsgenehmigung bzw. erneute Verbescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zusteht.
- 47 Die Kostenentscheidung beruht auf §154 Abs. 1 VwGO. Der Ausspruch hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung ergibt sich aus §167 VwGO, §708 Nr. 11, §711 ZPO.
- 48 Beschluss
- 49 Der Streitwert wird auf 57.990,- EUR festgesetzt.
- 50 Gründe

- 51 Die Festsetzung des Streitwertes ergibt sich aus §52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. II.9.1.5 der Empfehlungen des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (600,- EUR x 96,65 m<sup>2</sup> Nett Nutzfläche).