

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 8. September 2016, Az. 9 CE 16.1397

Tenor

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Antragstellerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Feststellung, dass der Betrieb von zwei Freischankflächen mit einer Größe von zuletzt jeweils ca. 40 m² keiner bauaufsichtlichen Genehmigung bedarf.

2

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 27. Juni 2016 abgelehnt. Einerseits würde mit der begehrten Feststellung die Hauptsache unzulässig vorweggenommen. Zum anderen habe die Antragstellerin keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin könne sich nicht auf eine aus Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO folgende Verfahrensfreiheit berufen, wonach Freischankflächen bis zu 40 m² verfahrensfrei sind. Die Freischankfläche mit einer Größe von nahezu 70 m² sei den als Spielothek genehmigten Räumlichkeiten „Sisha Top 1“ und „Sisha Top 2“ zugeordnet, die aus baurechtlicher Sicht einen einheitlichen Betrieb bilden würden. Selbst wenn von zwei Vergnügungsstätten ausgegangen werde, ergebe sich keine Verfahrensfreiheit, weil Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO auf Vergnügungsstätten keine Anwendung finde.

3

Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter. Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts handle es sich bei dem Betrieb der Antragstellerin nicht um eine Spielothek im gewerberechtlichen Sinn, sondern um eine Gaststätte. Zu Unrecht gehe das Verwaltungsgericht auch von einer betrieblichen Einheit aus. Die Antragsgegnerin habe in den Verwaltungsverfahren zwei (Anm.: gaststättenrechtliche) Genehmigungen erteilt und sei zu keinem Zeitpunkt von einer betrieblichen Einheit ausgegangen; für eine abweichende Beurteilung durch das Verwaltungsgericht sei kein Raum. Auch bestehe nicht die vom Verwaltungsgericht angenommene Notwendigkeit einer Nutzungsänderungsgenehmigung. Der Antragstellerin sei es schließlich nicht

zuzumuten, den Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwarten. Insoweit habe das Verwaltungsgericht außer Acht gelassen, dass die Antragstellerin nicht nur erhebliche finanzielle Einbußen erleide, sondern, dass die Lokalität immer wieder mit Polizeigewalt geräumt werde und entsprechende Maßnahmen ergriffen worden seien.

4

Die Antragstellerin beantragt,

5

den Beschluss des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 27. Juni 2016 aufzuheben und festzustellen, dass der Betrieb der zwei 39,26 m² und 39,75 m² großen Freischankflächen der Vergnügungsstätten „Top Shisha A“ und „Top Shisha B“ keines Genehmigungsverfahrens bedarf.

6

Die Antragsgegnerin beantragt,

7

die Beschwerde zurückzuweisen.

8

In der Beschwerdebegründung würden keine neuen wesentlichen Argumente vorgetragen. Zwischenzeitlich habe die Antragstellerin einen Antrag auf Erteilung der bauaufsichtlichen Genehmigung für die Nutzungsänderung von zwei Spielhallen in zwei Gaststätten („Tobshisha 1“ und „Topshisha 2“) eingereicht. Wegen des organisatorischen und wirtschaftlichen Zusammenhangs der „2 Gaststätten“ und „2 Freischankflächen“ müsse von nur einer Gaststätte ausgegangen werden. Beide Lokalitäten verfügten über einen gemeinsamen Eingang, gemeinsame Toiletten und einen Sisha-Vorbereitungsraum. Auch sei ein gemeinsamer Bauantrag gestellt worden.

9

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der Behördenakten der Antragsgegnerin verwiesen.

II.

10

Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

11

Die von der Antragstellerin innerhalb der gesetzlichen Begründungsfrist dargelegten Gründe, auf die sich die Prüfung zu beschränken hat (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), rechtfertigen keine Änderung der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts.

12

1. Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die begehrte Feststellung der Verfahrensfreiheit nicht auf eine vorläufige Maßnahme gerichtet, sondern mit der in der Hauptsache begehrten Feststellung identisch ist. Im Einklang mit der Rechtsprechung hat es weiter ausgeführt, dass die Vorwegnahme der Hauptsache im Verfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO ausnahmsweise nur dann möglich sei, wenn das Abwarten in der Hauptsache für die Antragstellerseite schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge habe und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg der Hauptsache spreche. Die geltend gemachten finanziellen Einbußen und der angenommene Imageschaden erfüllten diese strengen Anforderungen an eine nur ausnahmsweise mögliche Vorwegnahme der Hauptsache nicht. Eine Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz werde damit nicht dargelegt.

13

Mit diesen Ausführungen setzt sich das Beschwerdevorbringen nicht substantiiert auseinander. Eingewandt wird – wie schon im erstinstanzlichen Verfahren – lediglich, dass die Antragstellerin mit erheblichen finanziellen Einbußen und einem ordnungsrechtlichen Einschreiten rechnen müsse. Das allgemein gehaltene Vorbringen, der Eingangsbereich mit Bestuhlung und Ausschank sei ein wesentliches Anziehungsmittel, um Kunden und somit Umsatz zu generieren und damit nicht nur ein willkommenes Plus, sondern ein erheblicher Bestandteil der Gaststätte, die nicht genutzt werden könne, was sehr wohl die Existenz des Inhabers bedrohen könne, genügt nicht, um die tatsächlichen Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz der Antragstellerin glaubhaft zu machen. Dass die Antragsgegnerin ordnungsrechtlich gegen den Betrieb der Freischankflächen einschreitet, begründet vorliegend schon deshalb keine beachtlichen Nachteile, weil die von der Antragstellerin in Bezug genommenen Bußgeldbescheide nicht die baurechtlich illegale Nutzung der Freischankflächen, sondern Zuwiderhandlungen nach dem Gaststättengesetz wegen fehlender Erlaubnis zum Betrieb der Freischankflächen zum Gegenstand haben.

14

2. Davon abgesehen hat die Antragstellerin auch keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Sie beruft sich für ihre Rechtsansicht auf Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO. Danach sind „Freischankflächen bis zu 40 m² einschließlich einer damit verbundenen Nutzungsänderung einer Gaststätte oder einer Verkaufsstelle des Lebensmittelhandwerks“ verfahrensfrei.

15

Es bedarf keiner Klärung, ob die als Shisha-Räume bezeichneten Nutzungen aufgrund der baurechtlichen Genehmigungslage bei Anwendung des Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO nach wie vor als Vergnügungsstätte „Spielhalle“ (nachfolgend Buchst. a) oder – wie die Antragstellerin einwendet – als Gaststätte zu betrachten sind (nachfolgend Buchst. b). Denn auch unter Berücksichtigung der mittlerweile beantragten Nutzungsänderung der beiden Räume in zwei Gaststätten liegt eine baurechtlich einheitlich zu beurteilende Nutzung beider Räumlichkeiten vor, die hier eine Ausnahme nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO vom verfahrensrechtlichen Grundsatz der Baugenehmigungspflicht ausschließt (Art. 55 Abs. 1 BayBO).

16

a) Wird mit dem Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Freischankflächen den bauaufsichtlich als Spielhallen genehmigten Räumen zuzuordnen sind, greift die Regelung des Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO schon mangels Vorliegens einer „Gaststätte“ nicht.

17

Dem steht nicht entgegen, dass der Antragstellerin mit Bescheiden vom 7. Juni 2016 gaststättenrechtliche Erlaubnisse für die Schankwirtschaften „Top Shisha a“ und „Top Shisha b“ erteilt wurden. Denn eine gaststättenrechtliche Erlaubnis entfaltet keine Bindungswirkung hinsichtlich der im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden Zulässigkeit einer Gaststätte (Schank- und Speisewirtschaft i.S.v. § 2, §§ 4 bis 7 BauNVO). Da der bauaufsichtlich als „Spielhalle“ (Vergnügungsstätte) genehmigte Betrieb der Antragstellerin ohne vorherige baurechtliche Nutzungsänderungsgenehmigung nicht als „Gaststätte“ (Schank- und Speisewirtschaft) betrieben werden darf, weil für eine Gaststätte andere öffentlich-rechtliche Anforderungen in Betracht kommen als für die Nutzung einer Spielhalle und die Errichtung oder Änderung einer Gaststätte auch nicht verfahrensfrei ist (vgl. Art. 57 Abs. 4 BayBO), kann sich die Antragstellerin schon nicht auf die Verfahrensfreiheit von Freischankflächen minderer Größe für Gaststätten berufen. Hierauf hat das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen. Der Einwand der Antragstellerin, aus Art. 57 BayBO folge die Verfahrensfreiheit für eine mögliche Nutzungsänderung, trifft nicht zu. Soweit sich deren Einwand auf den Wortlaut des Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO beziehen sollte, wird darauf hingewiesen, dass mit der Formulierung „einschließlich einer damit einhergehenden Nutzungsänderung“ die Nutzungserweiterung einer bestehenden Gaststätte ohne Freischankfläche in eine künftige Gaststätte mit Freischankfläche als verfahrensfrei erfasst wird, also die Erweiterung eines Gaststättenbetriebs von drinnen nach draußen, nicht aber die Änderung einer sonstigen Nutzung in eine Nutzung als Gaststätte (vgl. Dirnberger in Simon/Busse, a.a.O. Art. 57 Rn. 357 m.w.N.).

18

b) Von einem verfahrensfreien Vorhaben ist selbst dann nicht auszugehen, wenn die bislang bauaufsichtlich zugelassene Spielhallennutzung außer Acht gelassen und auf eine inzwischen ggf. auch baurechtlich zugelassene Nutzung der Räumlichkeiten als Gaststätte abgestellt wird. Denn anders als die Antragstellerin meint, liegen in diesem Fall nicht zwei Gaststätten, sondern lediglich eine Gaststätte i.S.v. Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO vor.

19

Der Antragstellerin wurden zwar zwei gaststättenrechtliche Erlaubnisse für die Räume „Top Shisha a“ und „Top Shisha b“ erteilt. Daraus folgt aber nicht, dass auch in baurechtlicher Sicht von zwei Gaststätten i.S.d. Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO auszugehen ist. Insbesondere ersetzt die Gaststättenerlaubnis nicht die nach Art. 55 Abs. 1 BayBO erforderliche Baugenehmigung. Denn zwischen der gaststättenrechtlichen Erlaubnis und der baurechtlichen Zulassung einer Gaststätte ist zu unterscheiden (vgl. BVerwG, U.v. 20.8.1992 – 4 C 57.89 – NVwZ-RR 1993, 66 = juris Rn. 21 m.w.N. zu Spielhallen), schon weil das Gaststättenrecht und das Städtebaurecht unterschiedliche Ziele verfolgen (BVerwG, U.v. 29.4.1992 – 4 C 43.89 – BVerwGE 90, 140 = juris Rn. 17); für das Verhältnis von Gaststättenrecht und Bauordnungsrecht gilt nichts anderes. Die Erlaubnis zum Betrieb eines Gaststättengewerbes wird für eine bestimmte Betriebsart und – wie hier – für bestimmte Räume erteilt (§ 3 Abs. 1 Satz 1 GastG), die nicht notwendigerweise baulich von anderen Räumen abgeschlossen sein müssen. Gegenstand der Baugenehmigung ist demgegenüber ein „Bauvorhaben“ (Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO), dessen Inhalt zwar grundsätzlich der Bauherr durch seinen (Bau-) Genehmigungsantrag festlegt, dem aber objektive Grenzen gesetzt sind, die einer Zusammenfassung oder – hier – Trennung von Vorhaben entgegenstehen können. Ob ein Bauherr ein Gesamtvorhaben oder mehrere Einzelvorhaben zur Genehmigung gestellt hat, beurteilt sich nach dem jeweiligen Genehmigungsantrag, der unter Umständen der Auslegung bedarf (vgl. BVerwG, B.v. 6.2.2013 – 4 B 39.12 – juris Rn. 11 m.w.N.). Auszugehen ist von den baulichen und betrieblich-funktionellen Gesichtspunkten (vgl. BVerwG, U.v. 24.11.2005 – 4 C 14.04 – BVerwGE 124, 376 = juris Rn. 16 ff. zu Einzelhandelsbetrieben; vgl. auch BVerwG, B.v. 29.10.1992 – 4 B 103.92 – NVwZ-RR 1993, 287 = juris Rn.4 zur betrieblichen Einheit von Gaststätten- und Spielhallenbereich). Selbständig ist ein Betrieb in baurechtlicher Beziehung nur dann, wenn er unabhängig von anderen Vorhaben genutzt werden kann und deshalb als eigenständiges Vorhaben (bauaufsichtlich) genehmigungsfähig wäre (BVerwG, U.v. 24.11.2005, a.a.O.). An der selbständigen Nutzbarkeit jeweils einer der beiden Shisha-Räume in diesem Sinne fehlt es hier. Ausweislich der nicht beanstandeten Feststellungen des Verwaltungsgerichts und der Ausführungen der Antragsgegnerin sind die beiden Shisha-Räume über einen gemeinsamen Haupteingang von außen zugänglich, sie sind durch einen Zugang in der gemeinsamen Wand miteinander verbunden und sie verfügen über eine gemeinsame Toilettenanlage sowie über gemeinsame Lagerräume bzw. einen gemeinsamen Vorbereitungsraum. Aufgrund dieser baulichen und betrieblich-funktionellen Beziehung sind die mit Gaststättenerlaubnissen vom 7. Juni 2016 zugelassenen Schankwirtschaften „Top Shisha a“ und „Top Shisha b“ als Funktionseinheit verbunden, die sie in baurechtlicher Hinsicht als eine Gaststätte i.S.d. Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO

ausweist. Nachdem die Freischankflächen somit e i n e r Gaststätte zugeordnet sind, sind die Maße der von der Antragstellerin separiert konzipierten Freischankflächen zu addieren. Nach der Beschwerdebeurteilung liegt die Größe der gesamten Freischankfläche demnach bei ca. 80 m² (bzw. nahezu 70 m² nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts) und überschreitet deshalb die Grenze einer die Verfahrensfreiheit begründenden Freischankfläche einer Gaststätte von „bis zu 40 m²“ nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. d BayBO.

20

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47, § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. Dieser Beschluss ist unanfechtbar § 152 Abs. 1 VwGO.