

# Beschluss Az. 3 A 496/13.Z\*

Hessischer VGH

18. September 2013

## Leitsätze

1. Kerngebietstypisch ist eine Vergnügungsstätte und damit eine Spielhalle dann, wenn sie als zentraler Dienstleistungsbetrieb einen größeren Einzugsbereich besitzt und für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar ist oder erreichbar sein soll.

2. Bei dem von der Rechtsprechung herangezogenen Schwellenwert von 100 qm handelt es sich um einen Anhaltswert, der bauplanungsrechtlich weniger nach den Vorgaben der Spielverordnung als nach natürlicher Betrachtungsweise zu berechnen ist.

3. Bei der Berechnung der Größe einer Vergnügungsstätte ist unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zur Verkaufsflächenberechnung in §11 Abs. 3 BauN-VO darauf abzustellen, was nach natürlicher Betrachtungsweise der jeweiligen Nutzungsart zuzurechnen ist. Danach sind Aufsichtsbereiche einer Spielhalle der Einrichtung hinzuzurechnen.

## Tenor

- 1 Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 17. Dezember 2012 - 8 K 1561/11.F - wird abgelehnt.
- 2 Die Klägerin hat die Kosten des Berufungszulassungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die für erstattungsfähig zu erklären sind, zu tragen.
- 3 Der Streitwert wird auch für das Zulassungsverfahren auf 65.154,00 festgesetzt.

---

\*<http://openjur.de/u/652378.html> (= openJur 2013, 40828)

## Gründe

- 4 Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 17. Dezember 2012 - 8 K 1561/11.F - bleibt ohne Erfolg.
- 5 Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main hat mit dem angefochtenen Urteil die Klage der Klägerin, mit der diese begehrt hat, den Widerspruch der Beigeladenen vom 29. Oktober 2009 gegen die ihr, der Klägerin, erteilte Baugenehmigung der Beklagten vom 7. August 2009, vom 27. Mai 2010 sowie vom 24. Juni 2010 zurückzuweisen, abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die durch die Beigeladene angefochtene Baugenehmigung sei rechtswidrig und verletze diese in ihren Rechten, so dass die Klägerin keinen Anspruch auf Zurückweisung des Nachbarwiderspruchs habe.
- 6 Der mit Schriftsatz vom 11. März 2013 - fristgerecht - geltend gemachte Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils (§124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) rechtfertigt die Zulassung der Berufung nicht.
- 7 Ernstliche Zweifel im Sinne des §124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bestehen, wenn gegen die Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung gewichtige Gesichtspunkte sprechen. Zur Darlegung der ernstlichen Zweifel ist es erforderlich, dass der die Zulassung des Rechtsmittels begehrende Beteiligte einen die angegriffene Entscheidung tragenden Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Argumenten infrage stellt (BVerfG, Beschluss vom 21.01.2009 - 1 BvR2424/06 - juris). Dazu muss er sich mit den entscheidungstragenden Annahmen des Verwaltungsgerichts auseinandersetzen und im Einzelnen dargetun, in welcher Hinsicht und aus welchen Gründen diese Annahmen ernstlichen Zweifeln begegnen (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Stand Mai 2010, Rdnr. 25 zu §124). Im Einklang mit den Grundsätzen des Rechtsmittelrechts, der Teleologie des §124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, nach der diese grob ungerechte Entscheidungen verhindern soll, ist grundsätzlich auf das Ergebnis abzustellen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 19. Aufl., 2013, §124 Rdnr. 7a m.w.N.). Dabei können sich ernstliche Zweifel an der Richtigkeit einer Entscheidung auch aus einer nachträglichen Veränderung der Sach- oder Rechtslage ergeben, soweit dieser auch materiellrechtliche Bedeutung für die Beurteilung des geltend gemachten prozessualen Anspruchs zukommt (vgl. Kopp/Schenke, a.a.O., §124 Rdnr. 7c).
- 8 Daran gemessen begründen die Ausführungen im Zulassungsantrag der Klägerin keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils.
- 9 Allerdings ist der Klage und damit auch dem Antrag auf Zulassung der Berufung nicht bereits deshalb der Erfolg versagt, weil mittlerweile am 10. Juli 2012 eine für das Vorhaben der Klägerin negative Bebauungsplanänderung in Kraft getreten ist. Die Beklagte hat im Zulassungsverfahren mit Schriftsatz vom 19.

März 2013 unwidersprochen vorgetragen, dass für das Baugrundstück mittlerweile der Bebauungsplan NW 103c Nr. 1 Ä gilt, der in seiner Textfestsetzung Nr. A.11 festsetzt: „Innerhalb der Mischgebiete (MI) sind Vergnügungsstätten nicht zulässig.“ Die Änderung des Bebauungsplans zum 10. Juli 2012 ist jedoch für das vorliegende Verfahren ohne rechtliche Bedeutung, da bei Drittanfechtungen für den Bauherrn der Grundsatz gilt, dass hinsichtlich der maßgeblichen Sach- und Rechtslage auf den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung abzustellen ist (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO Kommentar, 3. Aufl. 2010, §113, Rdnr. 119m.w.N.).

- 10 Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat jedoch keinen Erfolg, da die erstinstanzliche Annahme, es handle sich bei dem streitgegenständlichen Bauvorhaben um eine kerngebietstypische Vergnügungsstätte, die in dem Mischgebiet auch ohne die soeben zitierte Bebauungsplanänderung nicht zulassungsfähig ist, nicht zu beanstanden ist. Die Klägerin meint, das Verwaltungsgericht sei bei der Berechnung der für die Abgrenzung von kerngebietstypischen zu sonstigen Vergnügungsstätten angestellten Berechnung der Nutzfläche fehlerhaft von einer Nutzfläche von 108,59 qm ausgegangen und habe dabei unter Verkennung der Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit - SpielV - zu Unrecht die Fläche des Aufsichtsbereiches (6,99 qm), die Fläche der Fensterbrüstungen (1,52 qm), die Fläche der Trennmauern zur Spielfläche (0,84 qm) sowie einen dreiprozentigen Putzabstrich (2,98 qm) nicht in Abzug gebracht. Dem kann im Ergebnis nicht gefolgt werden.
- 11 Gem. §6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO sind in Mischgebieten Vergnügungsstätten im Sinne des §4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO in den Teilen des Gebiets zulässig, die durch gewerbliche Nutzungen geprägt sind. Bei Vergnügungsstätten im Sinne des §4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO handelt es sich um solche, die nicht wegen ihrer Zweckbestimmung oder ihres Umfangs nur in Kerngebieten allgemein zulässig sind.
- 12 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der der Senat folgt, ist typisch für ein Kerngebiet eine Vergnügungsstätte und damit eine Spielhalle dann, wenn sie als zentraler Dienstleistungsbetrieb einen größeren Einzugsbereich besitzt und für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar ist oder jedenfalls erreichbar sein soll (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Juli 1988 - BVerwG 4 B 119.88- a.a.O. für das Gewerbegebiet). Für diese Beurteilung wird in erster Linie die Größe des Betriebes maßgeblich sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Februar 1986 - BVerwG 4 C 31.83- a.a.O.), die bei einer Spielhalle vor allem durch die Fläche (Raumgröße), die Zahl und die Art der Spielgeräte und die Besucherplätze bestimmt wird. Die Frage, ob eine mit dem Charakter eines allgemeinen Wohngebietes unverträgliche, nur im Kerngebiet zulässige Vergnügungsstätte vorliegt, lässt sich nicht generell, sondern nur nach den Verhältnissen des Einzelfalles beantworten (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.05.1990 - 4 C 49.89- juris), wobei dem von der Rechtsprechung herangezogenen „Schwellenwert“ von 100 qm Grundfläche lediglich die Bedeutung eines wesentlichen Anhalts zukommt, ohne damit andere Kriterien von vorn here-

in auszuschließen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29.10.1992 - 4 B 103/92 - juris). Dabei wird in der Rechtsprechung betont, dass der Schwellenwert von 100 qm Nutzfläche keine starre Grenze darstellt, sondern nur als Anhaltswert und damit als Faustregel zu verstehen sei, maßgeblich sei die örtliche Situation (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Kommentar, Loseblatt, Stand: 2013, §6 BauNVO Rdnr. 43 m.w.N., Rdnr. 71m.w.N.). Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es im bauplanungsrechtlichen Verfahren hinsichtlich der Beantwortung der Frage, ob es sich bei einer zur (baurechtlichen) Genehmigung gestellten Vergnügungsstätte um eine kerngebietstypische oder sonstige Vergnügungsstätte handelt sowie bei dem dabei auch in den Blick zu nehmenden Schwellenwert von 100 qm nicht auf die ggfs.nach den Vorgaben der SpielV zu berücksichtigenden differenzierten und auf die Aufstellmöglichkeiten von Spielgeräten abstellenden Berechnungsmethoden an, sondern auf die bauplanungsrechtlich zu beurteilenden Auswirkungen, die von bestimmten Nutzungsgrößen - seien es ausschließl. Flächen zur Aufstellung von Spielgeräten, seien diese kombiniert mit Cafés, Gaststätten etc.- an. Dabei ist unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zur Verkaufsflächenberechnung in §11 Abs. 3 BauNVO darauf abzustellen, was nach natürlicher Betrachtungsweise der jeweiligen Nutzungsart zuzurechnen ist (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., §11 BauNVORdnr. 53d mit Nachweisen). Zur Nutzfläche einer Spielhalle gehören unter Anlegung dieser Maßstäbe die Flächen eines in der Spielhalle befindlichen Aufsichtsbereichs ebenso wie diejenigen der gesamten, dem Spielhallenbetrieb dienenden Räumlichkeiten, ohne dass hierbei Flächen von Fensterbrüstungen, Türleibungen, Trennwänden oder gar aufgebrachtem Putz in Abzug zu bringen sind.

- 13 Nach der von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Flächenberechnung der Spielhalle (Bl. 195 ff. GA) ist nach ihren eigenen Angaben von einer Gesamtfläche von 109,06 qm anzugehen, von der sie allerdings 6,99 qm für den Aufsichtsbereich, 3 % Putzfläche entsprechend 2,95 qm sowie 3,13 qm für Fensterbrüstungen, Türleibungen, Trennwände u.ä. abgezogen hat. Selbst wenn man mit der Klägerin die Bereiche für Fensterbrüstungen, Trennwände etc. heraus rechnen wollte und lediglich den eindeutig der Nutzung als Spielhalle dienenden Aufsichtsbereich von 6,99 qm hinzurechnet, ergäbe dies einen Wert von 103,25 qm, der oberhalb des oben genannten Schwellenwertes liegt und damit im Regelfall die Annahme einer kerngebietstypischen Vergnügungsstätte rechtfertigt. Noch eindeutiger fällt das Ergebnis bei Einrechnung der übrigen von der Klägerin heraus gerechneten Positionen aus, eine Berechnung für deren Richtigkeit nach Ausfassung des Senats überwiegend viel spricht, da nur so die (bauplanungsrechtlich) zu beurteilenden Auswirkungen der Spielhalle bei natürlicher Betrachtungsweise realitätsnah erfasst werden können. Die bauplanungsrechtlichen Auswirkungen beziehen sich nämlich auf die Anlage insgesamt, wobei die Frage, ob eine Spielhalle als kerngebietstypisch wahrgenommen wird, nicht abhängig ist von der Dicke der Trennwände im Inneren der Einrichtung. Ausgehend davon hat der Senat keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils.

- 14 Auch die von der Klägerin geltend gemachte Divergenz gemäß §124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ist nicht hinreichend dargelegt. Erforderlich für eine erfolgreich vorgetragene Divergenz ist, dass ein tragender Grund der Entscheidung in Widerspruch zu einem tragenden Grund der Entscheidung eines der in §124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO genannten Gerichte steht und dieser Widerspruch dieselbe Rechtsvorschrift betrifft (vgl. Kopp/Schenke, a.a.O., §124 Rdnr. 11 m.w.N.).
- 15 Die Klägerin meint, das Verwaltungsgericht sei von der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Oktober 1991- 1 C 25.90 - (juris) abgewichen. Das Bundesverwaltungsgericht habe in der angeführten Entscheidung ausgeführt, dass ein Nebenraum im Sinne von §3 Abs. 2 Satz 3 SpielV nicht in der Weise abgegrenzt sein müsse, dass er durch Wände und Decken allseitig umschlossen sei. Weiter habe das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, bei der Berechnung der maßgeblichen Spielfläche im Sinne des §3 Abs. 2 Satz 3 SpielV sei nur diejenige tatsächlich dem Spielbetrieb dienende und diesem Spielbetrieb gewidmete Fläche einzubeziehen; abgegrenzte Flächen hingegen, die zwar ebenfalls für das ordnungsgemäße Funktionieren einer Aufgabe im Rahmen des Spielhallenbetriebes erfüllten, aber nicht dem Spielbetrieb gewidmet seien, sondern nur untergeordnete und dienende Funktionen hätten, wie z. B. ein von der eigentlichen Spielfläche abgegrenzter Aufsichtsbereich, hätten bei der Berechnung der maßgeblichen Spielfläche außer Betracht zu bleiben. Hiervon sei die Entscheidung des Verwaltungsgerichts abgewichen, indem sie davon ausgehe, dass der Aufsichtsbereich hinzuzusetzen sei, da es sich bei dieser Fläche um einen für die Aufrechterhaltung des Spielbetriebs notwendigen Bereich handele.
- 16 Wie bereits oben ausgeführt, kann aus den Begrifflichkeiten der SpielV die bauplanungsrechtliche Frage, ob es sich um eine kerngebietstypische oder nicht kerngebietstypische Vergnügungsstätte handelt, nicht beantwortet werden, da für beide Rechtsgebiete unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe gelten. Die Divergenz einer zu bauplanungsrechtlichen Fragen ergangenen Entscheidung zu einer zu der SpielV und den damit im Zusammenhang stehenden gewerberechtlichen Fragen ergangenen Entscheidung des BVerwG ist daher mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte und der anzuwendenden Rechtsnormen nicht dargelegt.
- 17 Die Klägerin hat auch die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gemäß §124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO nicht darlegen können. Grundsätzliche Bedeutung weist eine Rechtsstreitigkeit dann auf, wenn sie eine rechtliche oder tatsächliche Frage aufwirft, die für die Berufungsinstanz entscheidungserheblich ist und im Sinne der Rechtseinheit einer Klärung bedarf (vgl. Kopp/Schenke, VwGO Kommentar, a.a.O., §124 Rdnr. 10 m.w.N.).
- 18 Die Klägerin hält für grundsätzlich klärungsbedürftig die Frage, ob Flächen des Aufsichtsbereichs in einer Spielhalle zu der Spielfläche im Sinne des §3 Abs. 2 Satz 3 SpielV gehören oder ob diese Aufsichtsf lächen als nur mittelbar dem Spielbetrieb dienende und dem Spielzweck gewidmete Flächen aus der Spielfläche auszuklammern sind.

- 19 Für die Beantwortung dieser Frage bedarf es der Durchführung eines Berufungsverfahrens nicht, da die Frage zum einen für den hier zu entscheidenden Fall nicht entscheidungserheblich ist und sich die Frage zum anderen, soweit sie sich auf den bauplanungsrechtlich zu beurteilenden Sachverhalt bezieht, aus dem Gesetz beantworten lässt, ohne dass es hierfür der Durchführung eines Berufungsverfahrens bedürfte. Die Frage, ob der Aufsichtsbereich einer Spielhalle zu der Spielfläche des §3 Abs. 2 Satz 3 SpielV hinzuzurechnen ist, ist nicht entscheidungserheblich, da vorliegend nicht um die Voraussetzungen von §3 der SpielV gestritten wird. Im bauplanungsrechtlich verstandenen Sinn lässt sich die für grundsätzlich klärungsbedürftig gehaltene Frage aus der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Abgrenzung kerngebietstypischer zu nicht kerngebietstypischen Vergnügungsstätten sowie der Rechtsprechung zur Verkaufsflächenberechnung in §11 BauNVO hinreichend beantworten - wie oben ausgeführt -, so dass es der Durchführung eines Berufungsverfahrens nicht bedarf.
- 20 Auf die Rügen der Beklagten zur Aktivlegitimation der Klägerin kam es nach alledem nicht an.
- 21 Die Kostenentscheidung beruht auf §154 Abs. 2 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind aus Gründen der Billigkeit zu erstatten, zumal sie sich durch Antragstellung am Kostenrisiko beteiligt hat (§162 Abs. 3, 154 Abs. 3 VwGO). Die Streitwertfestsetzung, bei der der Senat der Vorinstanz folgt, beruht auf den §§47, 52, 63 Abs. 3 Satz 1 GKG.
- 22 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§152 Abs. 1 VwGO, §§68 Abs.1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).