

voll.<sup>58</sup> Durch die Implementierung eines staatlichen Monopols wird der Markt verkleinert und erheblich besser kontrollierbar gemacht und so der erwartete Erlös sowie die Erfolgswahrscheinlichkeit der Manipulation von Sportereignissen verringert.<sup>59</sup>

Problematisch ist jedoch, dass aufgrund der faktischen Gegebenheiten das Verbot nur einen sehr kleinen Teil des weltweiten Wettmarkts erfasst und der finanzielle Manipulationsanreiz in vielen ausländischen Märkten erhalten bleibt. Das Grundproblem der bei Sportereignissen nur eingeschränkten Anwendbarkeit des Ausschlussprinzips und der damit verbundenen Ähnlichkeit zu öffentlichen

Gütern<sup>60</sup> führt dazu, dass sich jeder Anbieter – legal oder illegal – des Sportereignisses für seine Geschäftsaktivitäten bedienen kann. Eine erfolversprechende Maßnahme ist die Unterbindung der Finanzströme zu solchen Wettanbietern<sup>61</sup>, die damit zumindest vom deutschen Markt abgeschnitten wären.

Die gesetzliche Festlegung von Höchstesätzen für legalisierte Anbieter würde aus einer einzelnen Wette die großen Gewinnmöglichkeiten nehmen und so die Transaktionskosten für Manipulationsvorhaben erhöhen. Dies würde für viele Wettmanipulationen die Gewinnschwelle so stark erhöhen, dass diese unterblieben.

Schließlich sollten Wettformen untersagt werden, die sich auf ein relativ einfach herbeizuführendes Wettereignis beziehen. Hierbei sind insbesondere Live-Wetten<sup>62</sup> zu nennen, die auch nicht durch Frühwarnsysteme erkennbar sind.

Insgesamt ist festzuhalten, dass es keine „Patentlösungen“ gegen wettgetriebene Manipulationen von Sportereignissen gibt. Umso wichtiger ist jedoch eine intelligente Kombination verschiedener Instrumente, um das Ausmaß der Manipulationen zu begrenzen und den öffentlichen Glauben in einen integren sportlichen Wettbewerb zu stärken.

58 Jedoch können nach den jüngsten Entscheidungen des EuGH vom 8.9.2010 (Urteile in der Rechtssache C46/08, ZfWG 2010, 344 ff. und in den verbundenen Rechtssachen C 316/07, C 358/07, C 359/07, C 360/07, C 409/07 und C 410/07, ZfWG 2010, 332 ff.) die deutschen Gerichte angesichts der von ihnen getroffenen Feststellungen Grund zu der Schlussfolgerung haben, dass die deutsche Regulierung den Glücksspielmarkt nicht in kohärenter und systematischer Weise begrenzt. Zum einen bemängelte er, dass der staatliche Wett- und Glücksspielanbieter ungehindert Werbung betreibt und sich damit der Gesetzgeber von seiner Zielsetzung des Schutzes der Öffentlichkeit vor den Gefahren des Glücksspiels entferne, wobei sich diese Feststellungen allein auf die Rechtslage nach dem bis 31.12.2007 geltenden LottStV beziehen und nicht auf die Rechtslage nach dem ab 01.01.2008 in Kraft getretenen GlüStV. Zum anderen könne es an einer kohärenten Regelung des Glücksspielsektors fehlen, da das (wahrscheinlich gefährlichere) gewerbliche Automatenspiel nicht dem Monopol unterfällt. Aus diesen Gründen steht es den deutschen Gerichten frei, die entsprechenden monopolbegründenden Regelungen nach Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse bis zur Schaffung eines europarechtskonformen Zustandes nicht mehr anzuwenden.

59 Insoweit hat auch der EuGH bei der Beurteilung der Zulässigkeit des portugiesischen Glücksspielmonopols in seiner Entscheidung *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa* „Betrugsvorbeugung“ als „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ anerkannt, vgl. Ur. v. 8.9.2009 – C-42/07, NJW 2009, S. 3221 ff., ähnlich auch die entsprechende Argumentation des *Bundesverfassungsgericht* zum deutschen Sportwettenmonopol in NJW 2006, 1261 = GewArch 2006, 199.

60 Siehe dazu Abschnitt I.

61 Zu den derzeit juristisch bereits möglichen Maßnahmen vgl. Fn. 40 und 41.

62 Diese erfassen Einzelereignisse, wie gelbe Karten oder Freistöße, die relativ einfach herbeizuführen sind.

## Der Spielhallen-Boom: Planerische Steuerung von Vergnügungsstätten

Von Prof. Dr. Bernhard Stür, Münster\*

„Eine Milliardenindustrie, die eine gefährliche und in kultureller Hinsicht heikle Tätigkeit betrifft. Eine Dienstleistung, die dank neuer Kommunikationsmittel leicht die Grenzen überschreitet. Ein nicht harmonisierter Sektor, zu dem es nur eine Einzelfallrechtsprechung gibt - Alle diese Elemente kommen im Spielsektor zusammen. Deshalb ist es nicht erstaunlich, dass der Sektor stark umstritten ist und in Zukunft sehr wahrscheinlich weitere Konflikte hervorbringen wird“. Mit diesen Worten beschreibt der Generalanwalt *Paolo Mengozzi* in seinen Schlussanträgen<sup>1</sup> zum deutschen Glücksspielmonopol den

Sprengstoff, der mit diesen Gerichtsverfahren verbunden ist.

Der EuGH<sup>2</sup> hat in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>3</sup> nun eine Richtung gewiesen. Ein staatliches Monopol auf Sportwetten<sup>4</sup> und Lotterien ist danach nur gerechtfertigt, wenn die mit ihm verbundenen Ziele, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen<sup>5</sup>, auch tatsäch-

\* Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser am 7.9.2010 auf dem Expertenforum „Der Spielhallenboom – Kommunen ohne Chancen“ auf Einladung der Spielbank Saarbrücken gehalten hat.

1 Schlussanträge des Generalanwalts vom 4.3.2010 in den verbundenen Rechtssachen – C-316/07, C-358/07 bis C-409/07 und C-410/07 – Wetteraukreis und Baden-Württemberg, ZfWG 2010, 55; vgl. bereits Schlussanträge des Generalanwalts *Yes Bot* vom 26.1.2010 – C-409/06 – Winner Wetten, ZfWG 2010, 45.

2 EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-358/07 bis C-409/07 und C-410/07 – Wetteraukreis und Baden-Württemberg, ZfWG 2010, 332, Ur. v. 8.7.2010 – C-447/10, C-448/10 – Sjöberg, ZfWG 2010, 264.

3 EuGH, Ur. v. 6.11.2003 – C-243/01 – Gambelli; Ur. v. 8.9.2009 – C-42/07 – DVBI 2009, 1371 m. Anm. *Mintas*, 1373 = EuZW 2009, 689 m. Anm. *Winkel Müller*, 692 – Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd.

4 *Dietlein*, ZfWG 2010, 159; *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland, Diss. iur. 2009.

5 *Diegmann*, ZRP 2007, 126.

lich erreicht werden können<sup>6</sup>. Beteiligt sich der Staat demgegenüber durch umfangreiche Werbemaßnahmen<sup>7</sup> etwa durch den staatlich lizenzierten Anbieter Oddset<sup>8</sup> und durch Erteilung von Konzessionen an private Spielhallenbetreiber aktiv an der Förderung des Glücksspiels, ist das staatliche Monopol nicht gerechtfertigt und stellt einen Verstoß gegen Art. 43 EG (Niederlassungsfreiheit) und Art. 49 EG (Dienstleistungsfreiheit) dar<sup>9</sup>. Danach sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach dem EU-Primärrecht verboten. Das Urteil des EuGH, das zugleich den Anfang 2008 in Kraft getretenen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen (GlüStV)<sup>10</sup> in Deutschland für europarechtswidrig erklärte, hat in Fachkreisen durchaus wie eine Bombe eingeschlagen.<sup>11</sup>

Auch das österreichische Glücksspielmonopol wurde vom EuGH gekippt.<sup>12</sup> Das Betreiben von Spielbanken ist nach österreichischem Recht nur dem Staat erlaubt. Dieser vergab nur eine Konzession an eine österreichische Aktiengesellschaft. Ein deutscher Staatsbürger war wegen des Betriebens zweier Spielbanken in Österreich strafrechtlich verurteilt worden. Diese Beschränkung der Konzession auf inländische Betreiber zur Verhinderung von Straftaten sei unverhältnismäßig, entschied der EuGH. Außerdem liege eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit vor, weil die Vergabe der Konzession nicht ausgeschrieben worden war.

Schon zuvor hatte das BVerfG<sup>13</sup> das im Land Bayern bestehende Monopol für Sportwetten mit der Berufsfreiheit in Art. 12 GG für nicht vereinbar und für verfassungswidrig erklärt. Die rechtliche Struktur, die Vermarktungsmodalitäten und seine Ausgestaltung sei nicht konsequent und aktiv am Ziel der Begrenzung der

Wettleidenschaft und der Suchtbekämpfung ausgerichtet gewesen, urteilten die Karlsruher Richter.<sup>14</sup>

Der EuGH bestätigte diese Vorbehalte und verwies auch darauf, dass sich neben den staatlichen Lotterien und Spielbanken ein millionenschwerer Markt an Pferdewetten und Automaten spielen<sup>15</sup> entwickelt habe, und § 33 i GewO und die Spielverordnung (SpielV)<sup>16</sup> vielfältige Arten von Glücksspielen wie Spielautomaten in Spielhallen, Schank- und Speisewirtschaften sowie Beherbergungsbetrieben ermögliche. Wer selbst die Werbetrommel für das Glücksspiel rühre, der könne nicht andere von der Teilnahme am Marktgeschehen ausschließen – klare Worte, die eine Beibehaltung des Glücksspielmonopols nur zulassen, wenn die Spielsucht auch tatsächlich bekämpft wird und dies nicht nur ein Lippenbekenntnis bleibt.

Soll das staatliche Glücksspielmonopol daher erhalten bleiben, bedarf es nachhaltiger und ineinander greifender Maßnahmen, die auf eine Bekämpfung der Spielsucht abzielen. Dabei kommt auch den Städten und Gemeinden eine durchaus wichtige Aufgabe zu. Sie können ihre kommunale Planungshoheit dafür einsetzen, die „Spielhallenflut“ zu steuern und mit den städtebaulichen und infrastrukturellen Belangen in Einklang zu bringen. Denn eines ist auch klar: Ein ungesteuerter Wildwuchs von Spielhallen hat nicht nur nachteilige gesellschaftliche Auswirkungen, sondern ist auch schädlich für Städtebau und Infrastruktur.

## I. Planungsrechtliche Zulässigkeit von Vergnügungsstätten

Städtebauliche Nutzungskonflikte treten auch bei Vergnügungsstätten auf, wobei insbesondere die Spielhallen zu gemeindlicher Kritik und Gegenmaßnahmen geführt haben.<sup>17</sup> Die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vergnügungsstätten ist an den unterschiedlichen Gebietskategorien der BauNVO ausgerichtet. Die BauNVO 1990 hat dabei die Vergnügungsstätten aus dem allgemeinen Anlagen- und Betriebstyp der Gewerbebetriebe herausgenommen und eine eigenständige Nutzungsform der Vergnügungsstätten eingeführt. Zugleich ist hierdurch bewirkt worden, dass die Vergnügungsstätten, wenn sie in dem Katalog der zulässigen Nutzungen der einzelnen Gebietsarten nicht erwähnt sind, nicht sozusagen über den Umweg einer gewerblichen Nutzung zulässig

6 Zu vergleichbaren Anforderungen für die Einschränkung des Dienstleistungsverkehrs bei Laserdrome-Spielen *Szczekalla*, JA 2002, 992 – dort bejaht.

7 Zur Werbung für unerlaubtes Glücksspiel *Hambach/Berberich*, K&R 2010, 237.

8 Eine Oddset-Wette ist eine Sportwette, die auf der Grundlage „fester (set) Gewinnquoten (odds)“ angeboten wird; zugleich ist Oddset in Deutschland der Markenname einer Sportwette von Lotto; *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht 2008, S. 185; *Janz*, NJW 2003, 1694.

9 Zum Glücksspielmonopol *Becker*, ZfWG 2009, 1; *Bolay*, MMR 2009, 669; *Brugger*, ZfWG 2009, 256 (Rechtsprechungsübersicht); *Dederer*, NJW 2010, 198; *Dörr*, DVBl 2010, 69; *Ennuschat*, ZfWG 2009, 329; *Jouran/Mahne*, NVwZ 2009, 11190; *Kolb*, Die Veranstaltung von Glücksspielen, Diss. iur. 2009; *Korte*, NVwZ 2009, 283; *Ohler*, EuR 2010, 253; *Postel*, EuZW 2007, 565; zum Verbot von Glücksspielen im Internet *Stein*, ZfWG 2009, 332; zur Bekämpfung des Glücksspiels durch Sperrverfügungen gegenüber dem Access-Provider *Ennuschat/Klestil*, ZfWG 2009, 389.

10 *Hecker*, ZfWG 2010, 167; *Hilf*, ZfWG 2010, 1; zur Internetaufsicht über unerlaubtes Glücksspiel *Büssow/von Schmeling*, ZfWG 2010, 239.

11 Das BVerfG hat inzwischen ein staatliches Sportwettenmonopol nur bei konsistenter Bekämpfung von Suchtgefahren für zulässig erklärt und die Sache unter Aufhebung der Berufungsurteile zur anderweitigen Verhandlung an das OVG München zurückverwiesen BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 8 C 13.09, 8 C 14.09 –.

12 EuGH, Urt. v. 9.9.2010 – C-64/08 – *Engelmann*, ZfWG 2010, 415; Schlussanträge des Generalanwalts *Ján Mazák* v. 23.2.2010 – C-64/08 –.

13 BVerfG, Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01 – BVerfGE 115, 276 – Bayerisches Sportwettenmonopol; *Fremuth*, NSZ 2007, 15; *Kment*, NVwZ 2006, 617.

14 Die geänderte Fassung des Länderstaatsvertrages (dazu statt aller Dietlein/Hecker/Ruttig, Kommentar zum Glücksspielrecht, München 2008, S. 8) hatte das BVerfG allerdings abgesegnet, B. v. 14.10.2008 – 1 BvR 928/08 – NVwZ 2008, 1338 m. Anm. *Bumke*, Der Saal 49, 77; *Hüsken*, ZfWG 2009, 153; *Korte*, NVwZ 2009, 283; *Hilf/Ploeckl*, ZfWG 2009, 8; zur erlaubten Werbung nach dem GlüStV *Mahne/Jouran*, NVwZ 2009, 1190; zur Zulässigkeit von Turnierpokerveranstaltungen nach dem GlüStV *Hüsken*, ZfWG 2009, 77.

15 *Reekmann*, ZfWG 2010, 229.

16 *Dietlein/Hüsken*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht 2008, S. 353.

17 Zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Spielhallen *Jahn*, LKV 1992, 41; *Kempfen*, DZWIR 1995, 361; *Knip*, GewArch. 1983, 149; *Odenthal*, GewArch. 1992, 261; *Schlemminger/Winterstein*, NVwZ 1988, 1078; *Schönleiter*, GewArch. 1988, 113; *Stüer*, StuGR 1989, 8.

sind.<sup>18</sup> Die Zulässigkeit von Vergnügungsstätten ist in der BauNVO 1990 daher abschließend geregelt. Ihre Zulassung als „sonstige Gewerbebetriebe“ kommt daneben nicht mehr in Betracht.<sup>19</sup> Vergnügungsstätten dienen der Erholung und Entspannung. Da kann es schon einmal zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, ob neben einer Spielhalle oder einem Automatencenter auch ein Wettbüro mit reiner Wettvermittlung eine Vergnügungsstätte darstellt.<sup>20</sup> Es spricht allerdings einiges dafür, den Begriff der Vergnügungsstätte weit zu fassen.

### 1. „Numerus clausus“ der Vergnügungsstätten

Die BauNVO 1990, die erstmals einen numerus clausus der Vergnügungsstätten enthält, unterscheidet dabei zwei Formen solcher Nutzungen:<sup>21</sup>

Kerngebietstypische Vergnügungsstätten haben als zentrale Dienstleistungsbetriebe einen über ein Stadtviertel hinausreichenden größeren Einzugsbereich und sind für ein größeres, allgemeines Publikum zu erreichen.<sup>22</sup> Sie sind grundsätzlich nur im Kerngebiet allgemein (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO) und im Gewerbegebiet (§ 8 Abs. 3 Satz 3 BauNVO) ausnahmsweise zulässig.

Mischgebietsverträgliche Vergnügungsstätten (WB-Vergnügungsstätten) i. S. des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO haben einen geringeren Einzugsbereich und eine geringere Größe. Sie sind allgemein in solchen Teilen des Mischgebietes, die überwiegend durch gewerbliche Struktur geprägt sind (§ 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO), im Übrigen ausnahmsweise in besonderen Wohngebieten (§ 4 a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO), im Dorfgebiet (§ 5 Abs. 3 BauNVO), in den übrigen Teilen des Mischgebietes mit nicht überwiegend gewerblicher Struktur (§ 6 Abs. 3 BauNVO) und im Gewerbegebiet (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO) zulässig.

In Kleinsiedlungsgebieten (§ 2 BauNVO), reinen und allgemeinen Wohngebieten (§§ 3 und 4 BauNVO) und in Industriegebieten (§ 9 BauNVO) sind Vergnügungsstätten unzulässig. Außerdem ist nach § 15 Abs. 1 BauNVO das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme zu beachten.

Die Abgrenzung der kerngebietstypischen von der mischgebietsverträglichen (WB-)Vergnügungsstätte ist nach dem Grad des Einzugsbereichs und ihren Auswirkungen zu beurteilen. Kerngebiete nach § 7 BauNVO haben innerhalb des städtebaulichen Ordnungsgefüges zentrale Funktionen. Das Wohnen tritt dort zurück, sowohl nach Umfang und Gewicht gegenüber den anderen Nutzungen als auch in dem, was ihm im Hinblick auf die

Standortanforderungen und die Auswirkungen der zentralen Kerngebietsnutzungen an passiver Rücksichtnahme zuzumuten ist. Kerngebietstypische Vergnügungsstätten haben einen größeren Einzugsbereich und sollen für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar sein.

Die überwiegende Prägung durch gewerbliche Nutzungen im Mischgebiet i. S. des § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO setzt allerdings nicht voraus, dass der prozentuale Anteil der jeweils grundstücksbezogen ermittelten, gewerblich genutzten Geschossflächen gegenüber dem Anteil der Wohnnutzung dienenden Geschossflächen rechnerisch ein Übergewicht hat. Dazu ist eine Gesamtbetrachtung erforderlich, in die auch weitere gebietsprägende Faktoren einzubeziehen sind. Dabei kann auch von Bedeutung sein, in welchem Maße die Erdgeschossenebene gewerblich genutzt ist und inwieweit die gewerbliche Nutzung bis in die Obergeschosse reicht.<sup>23</sup> Die nach § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO vorzunehmende Beurteilung, ob ein Gebietsteil eines Mischgebietes überwiegend durch gewerbliche Nutzung geprägt ist, erfordert eine wertende Gesamtbetrachtung, die sich nicht in einer rein rechnerischen (quantitativen) Betrachtungsweise erschöpft. Der Bereich muss so weit gezogen werden, wie sich die geplante Vergnügungsstätte in städtebaulich relevanter Weise auswirken kann.<sup>24</sup> Zudem setzt das Mischungsverhältnis einer einseitigen Ausrichtung auf gewerbliche Nutzungen Grenzen.<sup>25</sup>

### 2. Spielhallen

An dieser grundsätzlichen Systematik orientiert sich auch die Zulässigkeit von Spielhallen, bei denen kerngebietstypische und WB-Spielhallen zu unterscheiden sind.<sup>26</sup>

Kerngebietstypische Spielhallen haben als zentraler Dienstleistungsbetrieb einen größeren Einzugsbereich und sind für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar. Sie haben eine Größenordnung von mehr als 90 m<sup>2</sup> Nutzfläche, mehr als 6 Geldspielgeräte, mehr als 40 Besucherplätze und eine längere Öffnungszeit als 22.00 Uhr. Solche kerngebietstypischen Spielhallen sind nur in ausgewiesenen Kerngebieten oder in nicht beplanten Innenbereichen mit Kerngebietsstruktur allgemein oder in Gewerbegebieten ausnahmsweise zulässig.<sup>27</sup>

Mischgebietsverträgliche Spielhallen (WB-Spielhallen) unterhalb dieser Grenze sind in den überwiegend gewerblich geprägten Mischgebieten allgemein zulässig. Es handelt sich dabei um Betriebe mit einer Nutzfläche von ca. 90 m<sup>2</sup> und nicht mehr als 6 Geldspielmöglichkeiten. Die

18 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. München 2009, Rdn. 606.

19 BVerwG, B. v. 9.10.1990 – 4 B 120.90 – NVwZ 1991, 266 = ZfBR 1991, 35.

20 Rausch, DöV 2009, 667.

21 Stüer, DVBl 1990, 469; Bauer/von Cube/Heinig, JuS 2006, 152; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. München 2009, Rdn. 606.

22 BVerwG, Urt. v. 21.2.1986 – 4 C 31.83 – NVwZ 1986, 643 – Spielkasino; VG Gera, Urt. v. 8.10.1998 – 4 K 212/98 GE – ThürVBl. 1999, 69 = VwRR MO 1999, 67 – Multiplex-Kino.

23 BVerwG, B. v. 29.7.1991 – 4 B 40.91 – NVwZ 1991, 1078 = BauR 1991, 714 – Spielhalle im Kerngebiet. Zu Sportwettbüros als Vergnügungsstätten Rausch, DöV 2009, 667.

24 BVerwG, B. v. 13.6.2005 – 4 B 36.05 – ZfBR 2005, 699 = BauR 2005, 1886.

25 BVerwG, Urt. v. 4.5.1988 – 4 C 34.86 – BVerwGE 79, 309 = BauR 1988, 440 – Hofgarten.

26 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. München 2009, Rdn. 614

27 BVerwG, B. v. 28.7.1988 – 4 B 119.88 – NVwZ 1989, 50 = DVBl 1989, 378 – Spielhalle; Urt. v. 18.5.1990 – 4 C 49.89 – ZfBR 1990, 245 – Diskothek; Urt. v. 20.8.1992 – 4 C 57.89 – ZfBR 1993, 35 = DVBl 1993, 109.

Öffnungszeiten sind regelmäßig auf 22.00 Uhr bzw. ausnahmsweise auf 23.00 Uhr begrenzt.

Kleinere (wohngebietsverträgliche) Spielhallen<sup>28</sup> mit nicht mehr als 50 m<sup>2</sup> Nutzfläche und höchstens 2 bis 3 Geldspielgeräten werden in der BauNVO 1990 nicht mehr erwähnt. Sie sind als isolierte Spielhallen im allgemeinen Wohngebiet daher im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage unter Geltung der früheren Fassungen der BauNVO nicht mehr zulässig.<sup>29</sup> Allerdings könnten Anlagen in einer solchen Größenordnung als untergeordneter Teil eines Gaststätten-, Restaurant- oder Hotelbetriebes wohngebietsverträglich und damit im Wohngebiet zulässig sein. Denn nach § 3 der SpielV dürfen in Schank- und Speisewirtschaften bis zu zwei und ggf. sogar drei Geldspielgeräte aufgestellt werden.<sup>30</sup>

Die Zulässigkeit von Vergnügungsstätten ist in der BauNVO 1990 abschließend geregelt.<sup>31</sup> Die BauNVO bringt dieses Regelungsziel dadurch zum Ausdruck, dass sie in den §§ 4 a Abs. 3 Nr. 2, 5 Abs. 3, 6 Abs. 2 Nr. 8 und Abs. 3, 7 Abs. 2 Nr. 2 und 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO 1990 eine detaillierte Regelung über die regelmäßig bzw. ausnahmsweise Zulässigkeit von Vergnügungsstätten nunmehr durchgehend als besondere Nutzungsart erfasst und sie zugleich – abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG<sup>32</sup> – aus dem allgemeinen Begriff der Gewerbebetriebe herausnimmt.<sup>33</sup>

### 3. Spielhallen als Einheit

Mehrere Vergnügungsstätten (Spielhallen) in einem Gebäude bilden eine Einheit, wenn sie zusammen betrieben werden und eine unmittelbare räumliche Verbindung haben.<sup>34</sup> Ob die Spielhallen gewerberechtlich eine Einheit bilden, ist dafür unerheblich.<sup>35</sup> Bildet eine Spielhalle mit einer Gaststätte eine betriebliche Einheit, so kann sie je nach den Einzelfallumständen bereits als kerngebietstypisch zu beurteilen sein. Dabei kann die durch die Betriebseinheit bewirkte größere Attraktivität der Spielhalle von Bedeutung sein. Eine einheitliche Beurteilung ist vorzunehmen, wenn die Vorhaben unmittelbar räumlich verbunden sind. Ist etwa die Spielhalle durch einen unmittelbaren Zugang mit einer Gaststätte verbunden und entsteht hierdurch eine betriebliche Einheit, so ist die Frage der kerngebietstypischen Nutzung unter Einbeziehung des Gaststättenteils zu beantworten. Dabei kann sich ergeben, dass die Spielhalle trotz ihrer Verbindung mit einer Gaststätte nur der Entspannung und Freizeitbetätigung in einem begrenzten Stadtteil dient, also nicht kerngebietstypisch ist. Ebenso kann die Spielhalle aber durch

die Gaststätte derart in ihrer Attraktivität gesteigert werden, dass sie infolge der Betriebseinheit als zentraler Dienstleistungsbetrieb mit einem größeren Einzugsbereich für ein größeres und allgemeines Publikum zu gelten hat und deshalb allgemein nur in einem Kerngebiet und ausnahmsweise in einem Gewerbegebiet zugelassen werden darf.<sup>36</sup> Bei Mehrfachspielhallen wird man in der Regel von einer kerngebietstypischen Vergnügungsstätte ausgehen müssen, weil diese Spielhallen typischerweise auf einen größeren Besucherkreis ausgelegt sind.

### 4. Schichtenbebauungspläne

Die Festsetzungen eines Bebauungsplans gelten allerdings grundsätzlich nur immer auf der Grundlage der jeweiligen Fassung der BauNVO im Zeitpunkt des Planerlasses. Dies kann zu „Schichtenbebauungsplänen“ in dem Sinne führen, dass für zu unterschiedlichen Zeiten aufgestellte Bebauungspläne auch unterschiedliche Fassungen der BauNVO anzuwenden sind. Die Überleitungsvorschrift in § 25 c Abs. 2 BauNVO 1990, wonach in Gebieten mit alten Bebauungsplänen die Überschreitung der zulässigen Geschossfläche durch Flächen von Aufenthaltsräumen in anderen als Vollgeschossen zugelassen werden konnte und damit jeweils die aktuelle Fassung der BauNVO anzuwenden ist, hat das BVerwG für verfassungswidrig erklärt.<sup>37</sup>

Auch im nicht beplanten Innenbereich kann bei der Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 34 Abs. 1 BauGB nicht sozusagen rechtssatzartig auf die jeweils neueste Fassung der BauNVO zurückgegriffen werden. Denn nicht die Wertung des Ordnungsgebers, sondern die des Gesetzgebers ist bei einer unterschiedlich geprägten Umgebung nach § 34 Abs. 1 BauGB entscheidend. Zwar verweist § 34 Abs. 2 BauGB hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung auf die Regeln der jeweils geltenden BauNVO, wenn die Eigenart der näheren Umgebung einem der in ihr bezeichneten Baugebiete entspricht. Allerdings sieht das BVerwG die BauNVO grundsätzlich als sachverständige Konkretisierung moderner Planungsgrundsätze an. Die Novellierung der BauNVO hinsichtlich der Vergnügungsstätten unterstreicht dabei lediglich die besondere städtebauliche Bedeutung, die den Vergnügungsstätten zukommt. Auch die zuvor geltende Fassung der BauNVO ist daher von dem Leitbild einer eigenständigen Nutzungsart der Vergnügungsstätten ausgegangen. Die Neufassung der BauNVO ist also lediglich Ausdruck einer Entwicklung, die bereits zuvor eingeleitet worden ist.<sup>38</sup> Es entspricht daher – so das BVerwG – einem allgemeinen städtebaulichen Erfahrungssatz und damit den Grundsätzen, die im nicht beplanten Innenbereich anzuwenden sind, dass sich Vergnügungsstätten, zumindest wenn sie in einem Gebiet gehäuft vorhanden sind, negativ auf ihre Umgebung auswirken, indem sie den sog.

28 VGH Mannheim, Urt. v. 27.6.1989 – 8 S 477/89 – NVwZ 1990, 86 = BauR 1989, 699.

29 BVerwG, B. v. 9.10.1990 – 4 B 120.90 – NVwZ 1991, 266 = DÖV 1991, 111 – WB-Spielhalle.

30 BVerwG, B. v. 29.10.1992 – 4 B 103.92 – DVBl 1993, 125 = DÖV 1993, 260.

31 BR-Drs. 354/89.

32 BVerwG, Urt. v. 25.11.1983 – 4 C 64.79 – BVerwGE 68, 207 – Tanzbar mit Spielkasino; Urt. v. 25.11.1983 – 4 C 21.83 – BVerwGE 68, 213 – Bordell.

33 BVerwG, B. v. 9.10.1990 – 4 B 120.90 – NVwZ 1991, 266; Urt. v. 20.8.1992 – 4 C 54.89 – BauR 1993, 51 = ZfBR 1993, 33 – Billardcafé.

34 Zu Mehrfachspielhallen Stühler, BauR 2009, 54.

35 BVerwG, Urt. v. 27.3.1990 – 1 C 47.88 – Buchholz 451.20 § 33 i GewO Nr.9.

36 BVerwG, B. v. 29.10.1992 – 4 B 103.92 – DVBl 1993, 125 = DÖV 1993, 260.

37 BVerwG, Urt. v. 27.2.1992 – 4 C 43.87 – BVerwGE 90, 57 = DVBl 1992, 727 – Tiefgaragenbonus; B. v. 18.2.2004 – 4 BN 2/04 – Schichtenbebauungsplan.

38 BVerwG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 C 13.93 – DVBl 1995, 515 – Spielhalle.

trading-down-Effekt auslösen.<sup>39</sup>

### 5. Gewerberechtliche Erlaubnis

Der Betrieb von Spielgeräten in Spielhallen oder einem ähnlichen Unternehmen bedarf nach § 33 i GewO der gewerberechtlichen Zulassung.<sup>40</sup> Die Erlaubnis ist für Geldspielgeräte, aber auch Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeiten erforderlich, wenn die Geräte in Spielhallen oder in vergleichbaren überwiegend mit Spielgeräten bestückten Unternehmen betrieben werden sollen. Die Erlaubnis ist nach § 33 i Abs. 2 GewO zu versagen, wenn die gesetzlichen Anforderungen der §§ 33 c Abs. 2 oder 33 d Abs. 3 GewO nicht eingehalten werden, die Räume wegen ihrer Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügen oder aus Gründen des Jugendschutzes, der übermäßigen Ausnutzung eines Spieltriebs oder wegen schädlicher Umwelteinwirkungen eine Versagung erforderlich erscheint. Bei der gewerberechtlichen Beurteilung von Spielhallen ist zudem die SpielVO zu beachten.<sup>41</sup>

Benachbarte Betriebsstätten können nur dann als selbstständig erlaubnisfähige Spielhallen angesehen werden, wenn sie räumlich so getrennt sind, dass bei natürlicher Betrachtungsweise die Sonderung der einzelnen Betriebsstätte optisch in Erscheinung tritt und die Betriebsfähigkeit jeder Betriebsstätte nicht durch die Schließung der anderen Betriebsstätten beeinträchtigt wird.<sup>42</sup> An der danach erforderlichen optischen Sonderung der einzelnen Betriebsstätten fehlt es, wenn es sich um nebeneinander gelegene Spielkabinen handelt, die zu einem hinter sämtlichen Kabinen entlangführenden Aufsichtsgang offen sind.<sup>43</sup> Die Spielhallen sind dann auch planungsrechtlich als Einheit zu betrachten. Demgegenüber handelt es sich um getrennte Spielhallen, wenn beide Hallen räumlich und optisch voneinander getrennt sind, allerdings von einer Aufsichtskabine her überwacht werden können. Hier dürfte auch die Überwachung durch eine Aufsichtsperson genügen.<sup>44</sup> Zudem ist bei der Nutzung als Spielhalle das Bauordnungsrecht einzuhalten, wozu auch die Erfüllung der Stellplatzpflicht gehört.<sup>45</sup> Eine Spielhalle oder andere Vergnügungsstätte kann daher schon deshalb bauordnungsrechtlich unzulässig sein, weil die dafür vorgesehenen rückwärtigen Kunden-Stellplätze in einem bisher ungestörten Wohngartenbereich mit gepflegten und ruhigen Erholungsmöglichkeiten vor allem abends trotz innerstädtischer Lage zu unzumutbaren Belästigungen für die betroffenen Nachbarn führen können.<sup>46</sup> In einer bauplanungsrechtlich als ein Vorhaben zu wertenden

Vergnügungsstätte können mehrere gewerberechtlich selbstständige Spielhallen i. S. von § 33 i GewO untergebracht sein. Wird die Raumaufteilung einer Vergnügungsstätte in mehrere gewerberechtliche Spielhallen geändert, um die Spielhallen den Anforderungen der Spielverordnung anzupassen, so genießt der Umbau regelmäßig Bestandsschutz, wenn sich der Nutzungsumfang gegenüber dem bisherigen Zustand nicht erhöht.<sup>47</sup>

### 6. Nutzungsänderungen

Die Anforderungen der Zulässigkeitsmaßstäbe der jeweiligen Baugebiete sind nicht nur bei der Errichtung von Gebäuden, sondern auch bei Nutzungsänderungen zu beachten, bei denen sich die planungsrechtliche Frage neu oder anders als bisher stellt. Ist etwa die Änderung der Benutzung einer baulichen Anlage als Nutzungsänderung i. S. von § 29 Abs. 1 BauGB einzustufen, so liegt keine Fortführung der bisher ausgeübten Nutzung vor. So ist etwa die Umwandlung eines Kinos in eine Spielhalle eine planungsrechtlich bedeutsame Nutzungsänderung,<sup>48</sup> die nach den vorgenannten Maßstäben zu beurteilen ist. Dabei ist ein Bestandsschutz für Nutzungsänderungen, die mit Festsetzungen eines inzwischen rechtsverbindlichen Bebauungsplans unvereinbar sind, nicht (mehr) gegeben, sobald die jeder Nutzung eigene tatsächliche Variationsbreite überschritten wird und der neuen Nutzung unter städtebaulichen Gesichtspunkten eine andere Qualität zukommt.<sup>49</sup> Neu aufgeworfen wird die Genehmigungsfrage immer dann, wenn für die neue Nutzung andere Vorschriften gelten als für die alte Nutzung, aber auch dann, wenn sich die Zulässigkeit der neuen Nutzung nach derselben Vorschrift bestimmt, nach dieser Vorschrift aber anders zu beurteilen ist als die frühere Nutzung. Bodenrechtlich relevant ist eine Nutzungsänderung auch dann, wenn sie für die Nachbarschaft erhöhte Belastungen mit sich bringt.<sup>50</sup> Auch die Nutzungsänderung einer Diskothek in eine Spielhalle ist daher nach dem jeweiligen Planungsrecht im Zeitpunkt der Genehmigung zu beurteilen.<sup>51</sup> Dasselbe gilt für die Nutzungsänderung, die in der Aufstellung von Gewinnspielgeräten (Glücksspielautomaten) in einem Snooker-Billardsalon liegt.<sup>52</sup> Nutzungsänderungen sind dabei u.a. auch dann gegeben, wenn ein Wechsel von einem Spartenbetrieb in einen anderen Spartenbetrieb vorliegt, also etwa von einer anderen Vergnügungsstätte in eine Spielhalle oder umgekehrt gewechselt wird.<sup>53</sup> Beiden Unterarten ist gemeinsam, dass sie als solche Gegenstand

39 BVerwG, B. v. 21.12.1992 – 4 B 182.92 – Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 15.

40 Zu den Anforderungen des Gewerberechts *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hüsken/Ruttig, Glücksspielrecht 2008*, Rdn. 318.

41 BVerwG, Urt. v. 4.10.1988 – 1 C 59.86 – NVwZ 1989, 51 = DVBl 1989, 374 – Abgrenzung Spielhalle/Schank- und Speisewirtschaft.

42 BVerwG, Urt. v. 9.10.1984 – 1 C 21.83 – BVerwGE 70, 180 – Spielhalle.

43 BVerwG, Urt. v. 30.5.1989 – 1 C 17.87 – NVwZ-RR 1989, 538.

44 BVerwG, B. v. 8.5.1990 – 1 B 177.89 – DÖV 1991, 76 – Spielhalle.

45 *Ziegler*, DÖV 1984, 831.

46 OVG Lüneburg, B. v. 23.9.1991 – 6 L 131/89 – BauR 1992, 55 – zur Stellplatzberechnung; B. v. 9.9.1991 – 6 L 184/89 – BauR 1992, 56.

47 Zu Mehrfachspielhallen *Stühler*, BauR 2009, 54.

48 BVerwG, B. v. 1.3.1989 – 4 B 24.89 – BauR 1989, 308 = NVwZ 1989, 666 – Kino in Spielhalle.

49 BVerwG, Urt. v. 15.3.1988 – 4 C 21.85 – Buchholz 406.16 Grundeigentumschutz Nr. 47; Urt. v. 14.1.1993 – 4 C 19.90 – DVBl 1993, 652.

50 BVerwG, B. v. 11.7.1994 – 4 B 134.94 – BRS 56 (1994), Nr. 164 – Schweinemast.

51 BVerwG, Urt. v. 18.5.1990 – 4 C 49.89 – NVwZ 1991, 264 = BauR 1990, 582 – Diskothek in Spielhalle; zum Übergangsheim VGH Mannheim, B. v. 7.1.1999 – 5 S 3075/98 – VGHBW RSprDienst 1999, Beilage 3 B 2.

52 BVerwG, B. v. 19.12.1994 – 4 B 260.94 – *Buchholz* 406.11 § 39 BauGB Nr. 54.

53 BVerwG, Urt. v. 20.8.1992 – 4 C 54.89 – *Buchholz* 406.12 § 8 BauNVO Nr. 1.

selbstständiger Festsetzungen sein können.<sup>54</sup>

### 7. Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme

Gegenüber Vergnügungsstätten können vor allem im Hinblick auf Lärmauswirkungen nachbarliche Abwehransprüche bestehen vor allem, wenn das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme verletzt ist. Dabei ist der jeweilige Gebietscharakter von Bedeutung. Anlagen, die hinsichtlich ihrer Störungen mit Vergnügungsstätten vergleichbar sind, können entsprechend einzuordnen sein.<sup>55</sup> Das Rücksichtnahmegebot hat eine objektiv-rechtliche und eine subjektivrechtliche Seite.<sup>56</sup> Dem objektiven Gebot der Rücksichtnahme kommt drittschützende Wirkung zu, so weit in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist.<sup>57</sup> Das gilt allerdings nur für diejenigen Ausnahmefälle, in denen (1) die tatsächlichen Umstände handgreiflich ergeben, auf wen Rücksicht zu nehmen ist, und (2) eine besondere rechtliche Schutzwürdigkeit des Betroffenen anzuerkennen ist.<sup>58</sup> Die Schutzwürdigkeit des Betroffenen, die Intensität der Beeinträchtigung, die Interessen des Bauherrn und das, was beiden Seiten billigerweise zumutbar oder unzumutbar ist, ist dann i.S. einer nachvollziehenden, nicht planerisch-gestalterischen Abwägung gegeneinander abzuwägen.<sup>59</sup> Welche Anforderungen das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme (objektiv-rechtlich) begründet, hängt nach Auffassung des BVerwG wesentlich von den jeweiligen Einzelfallumständen ab. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, umso weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen.<sup>60</sup>

### II. Planerische Steuerungsmöglichkeiten

Die Gemeinden haben mit der verbindlichen Bauleitplanung (Bebauungsplan) Steuerungsmöglichkeiten. Sie können die Vergnügungsstätten zwar nicht generell im gesamten Gemeindegebiet ausschließen, jedoch in bestimmte Bereiche verweisen und andere Bereiche des Gemeindegebietes von Vergnügungsstätten freihalten bzw. sie auf den Bestand zu begrenzen. Eine eigene Spielhallenpolitik im Sinne eines generellen oder weitgehenden Ausschlusses von Spielhallen dürfen sie allerdings

nicht betreiben. Der Ausschluss oder die Begrenzung der Vergnügungsstätten muss vielmehr durch städtebauliche Gründe getragen sein. Die Gemeinden sind daher berechtigt, bei Vorliegen entsprechender städtebaulicher Gründe die Einrichtung von Vergnügungsstätten auf bestimmte Teile des Gemeindegebietes zu beschränken, wo dies aus städtebaulichen Gründen sachgerecht erscheint. Dabei endet die Planungshoheit erst dort, wo die planungsrechtlichen Aussagen nicht mehr städtebaulich zu begründen, sondern an anderen, damit nicht zusammenhängenden Gesichtspunkten ausgerichtet sind. Die Gemeinden sind daher nicht gehindert, aus städtebaupolitischen Motiven eine eigene Konzeption für die Zulassung von Spielhallen zu entwickeln. Dabei kann gerade auch die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens dazu führen, dass die Gemeinde eigene planerische Vorstellungen durch die Aufstellung eines Bebauungsplans entwickelt.<sup>61</sup>

### 1. Städtebauliches Entwicklungskonzept

Es empfiehlt sich für die Gemeinde, das Konzept in einem städtebaulichen Entwicklungskonzept darzustellen (§ 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB). Ein Gesamtkonzept ermöglicht es den Gemeinden, Wildwüchsen entgegenzuwirken und die Nachbarschaft entsprechend zu schützen. Die Städte und Gemeinden sind zwar nicht befugt, derartige Nutzungen als missliebige planungsrechtlich generell ausschließen. Denn hier geht die Wertung des Gesetz- und Verordnungsgebers vor, dass derartige Nutzungen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben in § 33 i GewO sowie der SpielVO zulässig sind. Die Kommunen können jedoch das städtebauliche Instrument dazu einsetzen, die jeweiligen Nutzungen im Plangebiet steuernd zu regeln und sozusagen in bestimmte Richtungen zu kanalisieren. Sie müssen dabei nachvollziehbare Ausschluss- und Abwägungskriterien zugrunde legen. Zudem muss eine substantielle Nutzung gewährleistet bleiben.

Die Rechtsprechung hat diese Steuerungsmöglichkeiten für privilegierte Außenbereichsvorhaben (Abgrabungsvorhaben, Windkraftanlagen, Biogasanlagen) entwickelt<sup>62</sup>. Öffentliche Belange stehen danach einem nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB an sich privilegierten Vorhaben in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Gemeinden und Raumordnung haben daher die Möglichkeit, die Privilegierungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB durch entsprechende Ausweisungen zu unterbinden. Allerdings ist dazu eine konkrete standortbezogene Ausweisung erforderlich. Sofern eine Ausweisung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht erfolgt ist, können den privilegierten Vorhaben gleichwohl anderweitige Darstellungen des Flächennutzungsplans entgegenstehen.<sup>63</sup>

54 BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 N 4.86 – BVerwGE 77, 308 – Nummerndogma; B. v. 19.12.1994 – 4 B 260.94 – Buchholz 406.11 § 39 BauGB Nr. 54 – Snooker-Billardsalon.

55 BVerwG, B. v. 20.11.2006 – 4 B 56.06 – ZfBR 2007, 270 m. Anm. Gallois, IBR 2007, 338 – Festhalle als Vergnügungsstätte.

56 Zum Gebot der Rücksichtnahme als allgemeines Rechtsprinzip im öffentlichen Nachbarrecht und die Bildung von Fallgruppen nach Konfliktfeldern *Stühler*, BauR 2009, 1076.

57 BVerwG, Urt. v. 23.2.1977 – C 22.75 – BVerwGE 52, 122; Urt. v. 26.5.1978 – IV C 9.77 – BVerwGE 55, 369 – Harmonieurteil; Urt. v. 5.8.1983 – 4 C 96.79 – BVerwGE 67, 334 – Rücksichtnahme; Urt. v. 3.2.1984 – 4 C 17.82 – BVerwGE 68, 369 – SB-Warenhaus.

58 BVerwG, Urt. v. 6.10.1989 – 4 C 14.87 – BVerwGE 82, 343 = NJW 1990, 1192.

59 BVerwG, Urt. v. 5.8.1983 – 4 C 96.79 – BVerwGE 67, 334; Urt. v. 7.2.1986 – 4 C 49.82 – ZfBR 1986, 148; Urt. v. 6.10.1989 – 4 C 14.87 – BVerwGE 82, 343.

60 *Stürer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. München 2009, Rdn. 1603.

61 BVerwG, B. v. 26.10.1998 – 4 BN 43.98 – VwRR BY 1999, 103.

62 BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 – Kölner Auskiesungskonzentrationszone.

63 BVerwG, B. v. 3.6.1998 – 4 B 6.98 – NVwZ 1998, 960 = UPR 1998, 452; *Stürer/Vildomec*, BauR 1998, 427.

Ebenso können die planenden Städte und Gemeinden die verbindliche Bauleitplanung dazu nutzen, die Spielhallen auf bestimmte Standorte zu verweisen und sie in anderen Bereichen auszuschließen. Allerdings sollte dieser Ausschluss durch ein städtebauliches Entwicklungskonzept unterstützt werden, in dem die unterschiedlichen Belange abgewogen sind. Das Entwicklungskonzept hält allerdings nur einen Orientierungsrahmen für die jeweiligen planerischen Einzelentscheidungen auf der Ebene des Bebauungsplanes bereit. Im Rahmen der jeweiligen Planaufstellung müssen die Belange vor Ort nochmals in dem Sinne durch die Hand gehen, ob aufgrund der jeweiligen örtlichen Gegebenheiten Veränderungen bzw. Anpassungen erforderlich sind. Denn auch ein städtebauliches Entwicklungskonzept ist kein bindender Leitsatz, sondern im Rahmen der jeweiligen Planaufstellung der Abwägung zugänglich.

## 2. Einschränkungen nach § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO

Bei Wahrung des Gebietscharakters können Einschränkungen auch nach § 1 Abs. 5 BauNVO oder – wenn besondere städtebauliche Gründe dies rechtfertigen<sup>64</sup> – nach § 1 Abs. 9 BauNVO erfolgen. Nach § 1 Abs. 5 BauNVO kann im Bebauungsplan festgesetzt werden, dass bestimmte Arten von Nutzungen, die nach der BauNVO im Baugebiet allgemein zulässig sind, nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können, sofern die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebietes gewahrt bleibt.<sup>65</sup> Wenn besondere städtebauliche Gründe dies rechtfertigen, kann im Bebauungsplan nach § 1 Abs. 9 BauNVO bei Anwendung des § 1 Abs. 5 bis Abs. 8 BauNVO festgesetzt werden, dass nur bestimmte Arten der in den Baugebieten allgemein oder ausnahmsweise zulässigen baulichen oder sonstigen Anlagen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können. Jedes der in den §§ 4 bis 9 BauNVO bezeichneten Baugebiete dient einer auf den Gebietstypus zugeschnittenen, allgemeinen Zweckbestimmung. Das ergibt sich aus dem systematischen Aufbau der einzelnen Vorschriften, die den jeweiligen Baugebietstypus festlegen. Auch § 1 Abs. 5 bis 9 BauNVO setzt dies voraus. Diese allgemeine Zweckbestimmung darf durch die planerischen Festsetzungen nicht verloren gehen.<sup>66</sup>

## 3. Einfacher Bebauungsplan (§ 9 Abs. 2 a BauGB)

Die Gemeinde kann aber auch in einem einfachen Bebauungsplan zur Sicherung der zentralen Versorgungsbereiche Vergnügungsstätten allgemein oder Spielhallen speziell ausschließen oder begrenzen (§ 9 Abs. 2 a BauGB 2007). Nach dieser Vorschrift können für im Zusammenhang bebaute Ortsteile durch isolierte Festsetzungen Regelungen auch zur Sicherung zen-

traler Versorgungsbereiche getroffen werden.<sup>67</sup> Diese Möglichkeiten bestehen auch dann, wenn in dem einfachen Bebauungsplan die Art der baulichen Nutzung nicht festgesetzt wird. Zugleich wird der Blick auf ein städtebauliches Entwicklungskonzept gerichtet, das zwar für die Steuerung des Einzelhandels nicht zwingend ist, aber vom Gesetzgeber empfohlen wird. Und dies nicht ohne Grund: Im nicht beplanten Innenbereich ist grundsätzlich nur das Vorhandene bedeutsam – das, was man vor Ort sehen kann. Pläne und Konzepte sind bei der Beurteilung des Einfügens in die Eigenart der näheren Umgebung im Allgemeinen nicht von Belang.<sup>68</sup>

§ 34 Abs. 3 BauGB 2004 schließt bereits einen Teil dieser Lücke, indem von Innenbereichsvorhaben keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden erwartet werden dürfen. Durch Festsetzungen nach § 9 Abs. 2 a BauGB werden die planerischen Möglichkeiten der Gemeinden gestärkt. Sie können auch durch einen einfachen Bebauungsplan steuernd auf die Entwicklung der zentralen Versorgungsbereiche etwa im Hinblick auf Einzelhandelsvorhaben oder Spielhallen Einfluss nehmen. Berücksichtigt werden können dabei in der Regel nur bereits vorhandene oder beabsichtigte Vorhaben, für die bereits Baurecht in Bebauungsplänen besteht oder für die ein förmliches Planverfahren eingeleitet worden ist.<sup>69</sup> Die Festsetzungsmöglichkeiten nach § 9 Abs. 2 a BauGB haben daher Vorbildcharakter auch für den nicht beplanten Innenbereich. Ein gemäß § 9 Abs. 2 a BauGB erlassener Bebauungsplan kann auch Unterarten von Nutzungen im Sinne des § 1 Abs. 9 BauNVO ausschließen.<sup>70</sup> Das schließt auch den Ausschluss von Spielhallen ein, wenn dies zum Schutz des zentralen Versorgungsbereichs erforderlich ist.<sup>71</sup>

## 4. Plansicherungsinstrumente: Zurückstellung und Veränderungssperre

Gemeindliche Planungen können durch Veränderungssperre oder Zurückstellung von Bauvorhaben gesichert werden. Nach § 14 Abs. 1 BauGB kann die Gemeinde, wenn ein Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans gefasst ist, zur Sicherung der Planung für den künftigen Planbereich eine Veränderungssperre mit dem Inhalt beschließen, dass (1) Vorhaben i.S. des § 29 BauGB nicht durchgeführt oder bauliche Anlagen nicht besei-

64 BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 N 4.86 – BVerwGE 77, 308 – Nummerndogma.

65 BVerwG, B. v. 6.5.1996 – 4 NB 16.96 – Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 22; B. v. 11.5.1999 – 4 BN 15.99 – DVBI 1999, 1293 = UPR 1999, 352 – nachträglicher Ausschluss von Nutzungen.

66 BVerwG, B. v. 6.5.1996 – 4 NB 16.96 – Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 22.

67 Klinge, BauR 2008, 770; Reidt, BauR 2007, 2001; Sparwasser, VBIBW 2007, 281; Stür, ZfBR 2006, 747.

68 So zur früheren Rechtslage im Hinblick auf die Raumordnung BVerwG, Urt. v. 11.2.1993 – 4 C 15.92 – DVBI 1993, 914.

69 So bereits BVerwG, Urt. v. 4.5.1988 – 4 C 22.87 – BVerwGE 79, 318 = DVBI 1988, 960.

70 OVG Koblenz, Urt. v. 2.9.2009 – 8 A 11057/08 – DVBI 2009, 1393 = DÖV 2009, 1011 – Lebensmitteldiscountmarkt, dort auch zu den schädlichen Auswirkungen auf einen zentralen Versorgungsbereich im Sinne des § 34 Abs. 3 BauGB durch die Erweiterung eines Lebensmitteldiscountmarkts; Klinge, BauR 2008, 770.

71 Schmalz, DVBI 1993, 814. Dem Schutz der Wohnnutzung diene auch die in § 2 a BauGB-MaßnG eingeräumte, durch das BauROG 1998 aufgehobene Möglichkeit, in einfachen Bebauungsplänen die Zulässigkeit von Vergnügungsstätten zu begrenzen (Vergnügungsstättensetzung).

tigt werden dürfen und (2) erhebliche oder wesentlich wertsteigernde Veränderungen von Grundstücken und baulichen Anlagen, deren Veränderungen nicht genehmigungs-, zustimmungs- oder anzeigepflichtig sind, nicht vorgenommen werden dürfen. Die Vorschrift ermöglicht, während der Planaufstellung Baumaßnahmen, Nutzungsänderungen oder wertsteigernde Veränderungen des Grundstücks im Interesse der Plansicherung zu unterbinden. Die Veränderungssperre begründet dabei für den gesamten Bereich des Plangebietes eine Sperrwirkung in dem Sinne, dass konkrete Veränderungs- oder Bauabsichten im Hinblick auf die künftigen Ergebnisse der eingeleiteten Bauleitplanung verhindert werden können.<sup>72</sup>

Von dem Instrument der Veränderungssperre nach § 14 BauGB darf nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es um die Sicherung der Aufstellung eines Bebauungsplans geht. Die Veränderungssperre ist hingegen kein zulässiges Instrument, die Aufstellung oder Änderung eines Flächennutzungsplans zu sichern.<sup>73</sup> Die Zulässigkeit einer Veränderungssperre nach § 14 BauGB setzt eine hinreichend konkrete Planung zum Zeitpunkt ihres Erlasses voraus. Die Planung muss einen Stand erreicht haben, der ein Mindestmaß dessen erkennen lässt, was Inhalt des zu erwartenden Bebauungsplans sein soll. Eine Veränderungssperre ist daher unzulässig, wenn sich der Inhalt der beabsichtigten Planung noch in keiner Weise absehen lässt.<sup>74</sup> Vielmehr ist eine (positive) planerische Gestaltungsvorstellung erforderlich.<sup>75</sup> Dabei ist zu ermitteln, ob die Willensbekundungen nur vorgeschoben worden sind.<sup>76</sup>

Als vorläufiges Sicherungsmittel kann die Gemeinde auch einen Antrag nach § 15 BauGB auf Zurückstellung des Baugesuches bis zu einem Jahr stellen.<sup>77</sup> Die Zurückstellung eines Baugesuches kommt in Betracht, wenn eine Veränderungssperre nach § 14 BauGB nicht beschlossen worden oder noch nicht in Kraft getreten ist. Wird kein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt, wird auf Antrag der Gemeinde anstelle der Aussetzung der Entscheidung über die Zulässigkeit eine vorläufige Untersagung innerhalb einer durch Landesrecht festgesetzten Frist ausgesprochen. Die vorläufige Untersagung steht der Zurückstellung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BauGB gleich (§ 15 Abs. 1 Satz 3 BauGB).<sup>78</sup>

## 5. Abwägungserfordernisse – Bestandsschutz und Vertrauensschutz

Planänderungen unterliegen darüber hinaus gesteigerten, qualifizierten Anforderungen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich auf der Grundlage des ursprünglichen Bebauungsplans ein Vertrauensschutz entwickelt hat.<sup>79</sup> Vertrauensschutzgesichtspunkte haben allerdings keinen absoluten Schutz und sind durch entsprechend gewichtige andere Belange überwindbar. Gründe für eine Überplanung können sich aus vielfältigen Gesichtspunkten des Städtebaus, des Umweltschutzes oder des Naturschutzes<sup>80</sup> und der Landschaftspflege aber auch aus geänderten Raumanforderungen ergeben. Je nach dem Umfang des durch die Planung ausgelösten Vertrauens kann eine Änderungsplanung einem gesteigerten Verbesserungsgebot, einer erhöhten Begründungspflicht und einer gesteigerten Berücksichtigung von Bestandsschutzgesichtspunkten unterliegen.<sup>81</sup> Allerdings werden die Möglichkeiten einer Änderungsplanung durch Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes nicht von vornherein nur auf bestimmte, etwa besonders schwerwiegende Gründe beschränkt.<sup>82</sup>

Wird daher ein Bebauungsplan geändert, so ist das Interesse der Planbetroffenen an der Beibehaltung des bisherigen Zustands abwägungserheblich.<sup>83</sup> Zwar gewährt das BauGB keinen Anspruch auf den Fortbestand eines Bebauungsplans. Änderungen des Bebauungsplans sind nicht ausgeschlossen. Die Planbetroffenen besitzen jedoch regelmäßig ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass die ortsrechtlichen Festsetzungen des Plans nicht ohne Berücksichtigung ihrer Belange geändert werden. Nimmt der Plangeber Veränderungen bestehender Festsetzungen vor, muss er sich im Klaren darüber sein, dass er damit möglicherweise in das ursprüngliche planerische Konzept eingreift und es bedarf ggf. besonderer Überlegungen, ob diese Änderungen sachgerecht sind. Denn der ursprüngliche Bebauungsplan einschließlich sämtlicher Festsetzungen war seinerseits Gegenstand einer wohlabgewogenen Planung. Insbesondere, wenn mit der Änderungsplanung nur einzelne Festsetzungen oder ein größerer Teilbereich des ursprünglichen Plangebiets herausgegriffen werden, müssen – auch – im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG – sachliche Gründe für die beabsichtigten Änderungen vorliegen. Greift der Änderungsplan zudem in ein bestehendes Recht zur Bebauung ein, bedarf es besonderer Sorgfalt bei der Abwägung. Denn der normativen Entziehung oder Beschränkung desselben kommt erhebliches Gewicht zu, das sich im Rahmen der Abwägung auswirken muss. Beim Erlass wie bei der Änderung eines Bebauungsplans muss im Rahmen der planerischen Abwägung das private Interesse am Erhalt bestehender baulicher Nutzungsrechte mit dem öffentlichen Interesse an der gewollten städtebaulichen Neuordnung des Plangebiets abgewogen werden.

72 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. München 2009, Rdn. 1648.

73 OVG Münster, Urt. v. 28.1.2005 – 7 D 4/03.NE – Voraussetzungen für den Erlass einer Veränderungssperre.

74 BVerwG, B. v. 22.7.2008 – 4 BN 18.08 – Zulässigkeit der Veränderungssperre; B. v. 10.10.2007 – 4 BN 36.07 – ZfBR 2008, 70 = BauR 2008, 328 – Veränderungssperre.

75 OVG Saarland, Urt. v. 29.5.2008 – 2 C 149/07 – AS RP-SL 36, 170 = LKRZ 2008, 316 – Festlegung von Standorten für Rohstoffgewinnung.

76 OVG Saarland, Urt. v. 29.5.2008 – 2 C 153/07 – LKRZ 2008, 316.

77 Hoppe in: Hoppe/Bönker/Grotfelds § 10 Rdn. 26.

78 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. München 2009, Rdn. 1710.

79 BVerwG, Urt. v. 14.9.1992 – 4 C 3.91 – BVerwGE 91, 17; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. München 2009, Rdn. 207, 1197.

80 VGH Kassel, Urt. v. 30.11.1998 – 4 N 3576/89 – Villenbebauung.

81 Stüer, DVBl 1977, 1; Hoppe, FS Ule 1987, 75; Grupp, DVBl 1990, 81.

82 BVerwG, Urt. v. 14.9.1992 – 4 C 3.91 – BVerwGE 91, 17; B. v. 20.8.1992 – 4 NB 3.92 – DVBl 1992, 1441 = NVwZ 1993, 468; OVG Berlin, Urt. v. 28.2.1998 – 2 A 8.94 – BauR 1998, 978 für die Umwandlung einer landwirtschaftlich genutzten Fläche von Wohnbauland in Fläche für die Landwirtschaft.

83 BVerwG, Urt. v. 5.7.1974 – 4 C 50.72 – BVerwGE 45, 309 – Delog-Detag.

Dabei ist in die Abwägung einzustellen, dass sich der Entzug der baulichen Nutzungsmöglichkeiten für den Betroffenen wie eine (Teil-)Enteignung auswirken kann.<sup>84</sup>

### 6. Gesetzgeber und Kommunen sind am Ball

„Roma locuta – causa finita“, wissen wir aus einer Sonntagspredigt des Heiligen Augustinus aus dem Jahre 417. Was damals noch Allgemeingut war („wenn Rom gesprochen hat, ist der Fall zu Ende“), kann heute nicht mehr als landläufig gesicherte Erkenntnis gelten. Wenn es noch eines Beweises für die Grenzen dieses über viele Jahrhunderte tradierten Lehrsatzes bedurft hätte, die Luxemburger Richter haben mit ihren Urteilen zum deutschen und österreichischen Glücksspielmonopol den Beleg dafür erbracht. Der Verteilungskampf um die Erträge der Spielmilliarden geht weiter – ja er ist jetzt wohl erst richtig entbrannt. Das staatliche Glücksspielmonopol wird sich in dieser Auseinandersetzung nur behaupten, wenn es durch konsequentes Handeln begleitet wird. Dazu gehören nicht nur ein neuer Staatsvertrag zum Glücksspielwesen<sup>85</sup>, sondern ebenso klare Signale, die Spielsucht in Deutschland zu bekämpfen.

<sup>84</sup> OVG Münster, Urt. v. 18.5.2010 – 10 D 92/08.NE – Mettingen, mit Hinweis auf BVerfG, B. v. 19.12.2002 – 1 BvR 1402/01 – BRS 65 Nr. 6.

<sup>85</sup> Zur Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des Glücksspiels *Rengeling/Szczekalla*, in: Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rdn. 153.

Der deutsche Gesetzgeber steht an einem Scheideweg. Will er das Glücksspielmonopol retten, sind drakonische Maßnahmen gefragt: Die gewerberechtlichen Regelungen in § 33 c GewO müssten deutlich strenger gefasst und insbesondere den Mehrfachspielhallen in großen Entertainmentcentern härtere Bandagen angelegt werden. Überdacht werden müssten wohl auch die Anforderungen an die Gewinnspielmöglichkeiten in § 3 SpielV mit der virtuellen Umrechnung von Geldeinsätzen in Punkte. Auch dem gelegentlichen Warmglühen von Spielautomaten durch Spielhallen-Mitarbeiter oder der Vervielfältigung der Spielmöglichkeiten durch zeitgleiche Parallelspiele der Automatenspieler müsste ein Riegel vorgeschoben werden. Ob die Politik dazu allerdings die Kraft hat, steht dahin. Aber auch die Städte und Gemeinden könnten ihren Beitrag dazu leisten, die Spielsucht zu bekämpfen. Das bauplanungsrechtliche Instrumentarium steht bereit. Es sollte von den Kommunen mit dem Ziel genutzt werden, städtebauliche und infrastrukturelle Belange in den Planungsprozess einzubringen und zugleich einem ungeordneten Wildwuchs im Bereich der Spielhallen entgegenzuwirken. Wenn dies mit vereinten Kräften nicht gelingt, ist wohl auch das staatliche Glücksspielmonopol recht schnell am Ende.

## Aktuelle Fragen des Glücksspielrechts Wirtschaftliche Bedeutung des Glücksspielmarkts in Deutschland\* Von Andreas Dhom, München

Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs<sup>1</sup> zum deutschen Glücksspielrecht sind auf ein großes Medieninteresse gestoßen. Nachdem das Thema aus den Schlagzeilen verschwunden ist, ist es an der Zeit, sich genauer mit den rechtlichen Fragen zu beschäftigen. Worum geht es? Zunächst um viel Geld - einmal für den einen oder anderen Spieler, der zu den glücklichen Gewinnern zählt, in jedem Fall aber für die Anbieter der Glücksspiele und den Staat, die aus dieser Tätigkeit erhebliche Einnahmen erzielen. Betrachten wir deshalb den Markt etwas genauer, wobei die genannten Zahlen<sup>2</sup> lediglich ungefähre Größen darstellen, weil sie teilweise auf Schätzungen beruhen.

2009 wurden in Deutschland für die Teilnahme an Glücksspielen ungefähr 34 Mrd. € ausgegeben. Bei den Lotterien betrug der Jahresumsatz 2009 rund 8,2 Mrd. €, bei den Geldspielautomaten etwa 8,25 Mrd. €. Die Spielbanken hatten einen Jahresumsatz von rund 10 Mrd. €. Bei den online angebotenen Sportwetten wurden 3,7 Mrd. € umgesetzt, bei den stationären Wettbüros waren es 2,4 Mrd. €.

Dagegen kamen die ODDSET-Sportwette einschließlich Toto des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DLTB) auf lediglich 240 Mio. € Umsatz. Ebenso hoch war der Umsatz mit Pferdewetten. Mit sonstigen Online-Spielen (u.a. Casino, Poker) konnte ein Jahresumsatz von 1,2 Mrd. € erzielt werden.

Bei der Bewertung dieser Umsatzzahlen ist allerdings zu beachten, dass bei den einzelnen Spielarten die Ausschüttungsquoten, d.h. die an die Spieler ausgeschütteten Gewinne, sehr unterschiedlich festgelegt sind. So werden bei Lotto beispielsweise 50% ausgeschüttet. Bei Spielautomaten liegt die Ausschüttungsquote bei 60%. Bei der ODDSET-Wette des Deutschen Lotto- und Totoblocks werden lediglich 58% der eingenommenen Einsätze wieder ausgeschüttet, während bei den Online-Sportwetten mit einer Ausschüttungsquote von 92%, bei den stationären Wettbüros mit einer Ausschüttungsquote von 80 % und bei Pferdewetten mit 75% gerechnet werden kann.

Die entscheidende Kennzahl für die wirtschaftliche Bewertung der einzelnen Glücksspielbereiche ist daher der um die Ausschüttungen bereinigte Umsatz, der sogenannte Bruttospielertrag. Dieser betrug im Jahr 2009 in Deutschland rund 10 Mrd. € und teilte sich wie folgt auf:

\* Vortrag, gehalten vor der Münchener Juristischen Gesellschaft am 12.10.2010.

<sup>1</sup> Vom 8.9.2010, Rs. C-316/07 - M. Stoß u.a., ZfWG 2010, 332; Rs. C-46/08 - Carmen Media Ltd., ZfWG 2010, 344; Rs. C-409/06 - Winner Wetten GmbH, ZfWG 2010, 407.

<sup>2</sup> Goldmedia GmbH, Glücksspielmarkt Deutschland 2015, Key Facts zur Studie, April 2010