

Studienklausur im Öffentlichen Recht

stud. iur. Daniel Müller & stud. iur. Rocky Glaser (LL.B. – Öffentliche Verwaltung)

Die Studienklausur ist eine neue Art von Studienpraxisbeitrag. Der Hanover Law Review liegt viel daran, authentische Klausur- und Hausarbeitsleistungen zu veröffentlichen. Dennoch mangelt es manchmal an veröffentlichungsfähigen Sachverhalten oder Leistungen aus gewissen Rechtsbereichen, um die Kategorie "Studienpraxis" divers und interessant aufzustellen. Dem begegnet die Studienklausur: Sie ist von Studierenden der Redaktion entworfen, gelöst und veröffentlicht.

A hat nach jahrelanger Arbeit ausgesorgt und plant seinen Ausstieg aus dem bisherigen Berufsleben. Als begeisterter Anhänger der in Mode gekommenen Musikrichtung Big-Room, einer Spielart des Electro-House, möchte er Kreative fördern und gleichzeitig selbst in den Genuss neu geschaffener Stücke kommen. Daher schwebt ihm ein geräumiges Nachtlokal vor, welches regelmäßig Abendveranstaltungen auch nach 22 Uhr als Plattform für den entsprechenden Nachwuchs anbieten soll. Selbstverständlich sollen die Gäste im Rahmen dessen die Möglichkeit zum Tanzen auf einer großen Freifläche innerhalb des Gebäudes erhalten. Weiterhin ist, um der voraussichtlich ausgelassenen Stimmung gerecht zu werden, der Ausschank alkoholischer und koffeinhaltiger Getränke geplant. Gegen entsprechende Einnahmen hat A auch nichts einzuwenden.

Glücklicherweise hat A im Laufe seines Lebens in diverse, günstige Grundstücke investiert. Die kreisangehörige Gemeinde G, gelegen im Landkreis K des Landes Niedersachsen, hat erst kürzlich einen Aufstellungsbeschluss bezüglich eines qualifizierten Bebauungsplans gefasst, welcher eines der von A erworbenen Grundstücke einschließt. Aufgrund der Lage der G nahe einer wachsenden, größeren Universitätsstadt sah der Rat die Gelegenheit gekommen, für ein zuvor unbeplantes Gebiet am Rand der Gemeinde ein Gewerbegebiet auszuweisen. Die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung wurde bereits fehlerfrei durchgeführt.

Das Gebiet umfasst bisher einen moderat gepflegten, herkömmlichen Fußballplatz ohne technische Ausstattung sowie etwas abseits davon am Rande den Reparaturbetrieb des N, welcher sich seit jeher gegen Entgelt in die Jahre gekommener landwirtschaftlicher Zugmaschinen annimmt. In den Gebäuden befindet sich auch Schlafplätze für N sowie etwaiges Hilfspersonal. Das restliche Gemeindegebiet ist durch einen ausgedehnten Waldstreifen optisch abgetrennt. Zu allen anderen Seiten befinden sich Wiesen und Felder.

A nahm von der Entscheidung des Rats der G freudig Kenntnis und reicht sogleich einen vollständigen Bauantrag ein. Das Nachtlokal soll durch einen kompletten Umbau einer seit mehreren Jahrzehnten auf dem Grundstück befindlichen Lagerhalle entstehen, welche nicht mehr genutzt wird. Dabei sollen diverse Schallschutzmaßnahmen vorgenommen werden. Die zunächst skeptische G leitet den Bauantrag an den Landkreis weiter. Ein angefordertes Lärmgutachten ergibt, dass vom Nachtlokal Immissionen von durchschnittlich 45 dB(A) ausgehen werden. Dies hält man vor Ort für akzeptabel und erteilt, nachdem man zur Überzeugung gelangt ist, dass das Vorhaben des A der G zu überregionaler Bedeutung verhelfen kann, das gemeindliche Einvernehmen. Daraufhin erteilt wiederum der Landrat die begehrte Baugenehmigung.

N hält die Genehmigungserteilung für einen Fehler, da der neue Bebauungsplan der Wirtschaft dienen soll und nicht der allgemeinen Belustigung. Mit der Ansiedlung von Gewerbe im Rahmen der regionalen Wirtschaftsförderung könne er sich als Freund der Gemeinde gerade noch abfinden, aber ein solches Nachtlokal überschreite die Grenze des Zumutbaren. Es sei nicht nur mit erheblichem Lärm zu rechnen, auch würde unerwünschtes Publikum angezogen, welches im Rahmen der Veranstaltungen durch berauschende Substanzen enthemmt werde. Außerdem stellt er zutreffend fest, dass im Stadtinneren genügend Kapazitäten zur Beherbergung eines solchen Vorhabens zur Verfügung ständen. Weiterhin sei der Bebauungsplan noch nicht einmal wirksam. Nach anwaltlicher Beratung stellt N innerhalb der Widerspruchsfrist gegen die Baugenehmigung einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz beim zuständigen Verwaltungsgericht.

Hat der Antrag des N Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungshinweis: Der qualifizierte Bebauungsplan der G entspricht den baurechtlichen Vorgaben.

Vorschriften

Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz
(Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm)
Vom 26. August 1998 (GMBI Nr. 26/1998 S. 503)

1. Anwendungsbereich

Diese Technische Anleitung dient dem Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche sowie der Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen durch Geräusche.

Sie gilt für Anlagen, die als genehmigungsbedürftige oder nicht genehmigungsbedürftige Anlagen den Anforderungen des Zweiten Teils des Bundes – Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) unterliegen, mit Ausnahme folgender Anlagen:

- a) Sportanlagen, die der Sportanlagenlärmschutzverordnung (18. BImSchV) unterliegen,
- b) sonstige nicht genehmigungsbedürftige Freizeitanlagen sowie Freiluftgaststätten,
- c) nicht genehmigungsbedürftige landwirtschaftliche Anlagen,
- d) Schießplätze, auf denen mit Waffen ab Kaliber 20 mm geschossen wird,
- e) Tagebaue und die zum Betrieb eines Tagebaus erforderlichen Anlagen,
- f) Baustellen,
- g) Seehafenumschlagsanlagen,
- h) Anlagen für soziale Zwecke.

[...]

6. Immissionsrichtwerte

6.1 Immissionsrichtwerte für Immissionsorte außerhalb von Gebäuden

Die Immissionsrichtwerte für den Beurteilungspegel betragen für Immissionsorte außerhalb von Gebäuden

[...]

b) in Gewerbegebieten

tags 65 dB(A)

nachts 50 dB(A)

[...]

Einzelne kurzzeitige Geräuschspitzen dürfen die Immissionsrichtwerte am Tage um nicht mehr als 30 dB(A) und in der Nacht um nicht mehr als 20 dB(A) überschreiten.

6.4 Beurteilungszeiten

Die Immissionsrichtwerte nach den Nummern 6.1 bis 6.3 beziehen sich auf folgende Zeiten:

- 1. tags 06.00 – 22.00 Uhr
- 2. nachts 22.00 – 06.00 Uhr. [...]

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Der Antrag des N hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies

nach der Generalklausel i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Zunächst müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Hierfür müsste die Rechtsnatur der streitentscheidenden Norm öffentlich-rechtlich sein.¹ Dieses ist der Fall, wenn in Rede stehende Normen aufgrund der Hoheitsträger berechtigten und so öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Hier stehen Normen des öffentlichen Baurechts im Zusammenhang mit der Erteilung einer Baugenehmigung in Rede. Diese berechtigen bzw. verpflichten

¹ Ruthig in: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 40 Rn. 6b; Ehlers/Schneider in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL, Stand: Juli 2019, § 40 Rn. 204.

die Bauaufsichtsbehörden als Träger hoheitlicher Gewalt in dieser Funktion und stellen nach Maßgabe der modifizierten Subjektstheorie öffentliches Recht dar. Folglich ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlich. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist diese nicht verfassungsrechtlicher Art.² Eine abdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthaftigkeit

Der Antrag müsste statthaft sein. Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, vgl. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. N begehrt die Suspendierung der Baugenehmigung des A.

1. Abgrenzung gem. § 123 Abs. 5 VwGO

Es könnte ein Antrag nach §§ 80, 80a VwGO einschlägig sein. Aus § 123 Abs. 5 VwGO folgt, dass Anträge nach §§ 80, 80a VwGO grundsätzlich Vorrang vor solchen nach § 123 Abs. 1 VwGO haben. Es müsste somit ein noch nicht bestandskräftiger Verwaltungsakt in Rede stehen.³ Die Baugenehmigung stellt einen Verwaltungsakt i.S.d. der VwVfG und des NVwVfG dar.⁴ Die Baugenehmigung ist wegen eines in der Hauptsache statthaften Drittanfechtungswiderspruchs und mangels Ablauf der Widerspruchsfrist i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 1, 2 a. A. VwGO i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 4 lit. a NJG noch nicht bestandskräftig. Eine gesonderte Bekanntgabe gem. § 41 VwVfG an N ist nicht erforderlich. Ein entsprechender Widerspruch würde nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 212a Abs. 1 BauGB keinen Suspensiveffekt gem. § 80 Abs. 1 VwGO entfalten. Insoweit kann dem Begehren des N durch die Anordnung einer aufschiebenden Wirkung entsprochen werden. Daher scheidet ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO aus.

2. Abgrenzung §§ 80, 80a VwGO

In Betracht kommt ein Antrag nach §§ 80a Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2. Im Gegensatz zum Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO muss der Angriffsgegenstand ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung sein.⁵ Hierbei entspricht die Belastung des einen der Begünstigung eines anderen.⁶ Die Baugenehmigung hebt das präventive Bauverbot gegenüber A auf und gebietet N, das Bauvorhaben zu dulden. Ein

entsprechender Antrag nach § 80a VwGO ist einschlägig.

III. Antragsbefugnis

N müsste antragsbefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO analog. Der Antragsteller muss geltend machen können, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Der Adressatengedanke ist trotz Belastung des N nicht anwendbar, dieser ist höchstens Zustellungsadressat. Insofern müsste N ein subjektiv – öffentliches Recht zu kommen, dessen Verletzung zumindest möglich erscheint.

1. Subjektiv öffentliches Recht des N

Ein subjektiv-öffentliches Recht könnte sich aus drittschützenden Normen ergeben, deren Schutzbereich für N eröffnet ist. Im Rahmen des § 33 Abs. 1 BauGB ist erforderlich, dass der Antragsteller nicht nur die Verletzung von Rechten im Zusammenhang mit diesem Zulassungstatbestand, sondern auch ohne Rückgriff auf die Norm des § 33 BauGB die Verletzung subjektiver Rechte geltend machen kann, ist bei Nichtvorliegen der entsprechenden Voraussetzungen doch für die Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit auf die allgemeinen Tatbestände der §§ 30, 34, 35 BauGB abzustellen.⁷

a) Drittschützende Normen

Drittschützende Normen müssten vorliegen. Nach der Schutznormtheorie muss eine Norm neben dem Schutz von Allgemeininteressen zumindest auch dem Schutz der Individualinteressen des Rechtsschutzsuchenden dienen.⁸

aa) Zulassungstatbestand des § 33 Abs. 1 BauGB

Streitig ist, ob sich ein Nachbar auf die fehlende Planreife nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 BauGB berufen kann.⁹ Dies kann jedoch dahinstehen, denn Rechte des N können sich zumindest aus dem künftigen Bebauungsplan ergeben, insoweit bestehen keine Besonderheiten zu bereits wirksamen Bebauungsplänen.¹⁰ Drittschutz entfalten die Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung als Gewerbegebiet gem. § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. §§ 1 Abs. 3 S. 2, 8 BauNVO in Form des Gebietserhaltungsanspruchs, denn die Festsetzungen begründen ein wechselseitiges, nachbarliches Austauschverhältnis zwischen den Grundstücken

² Vgl. hierzu: BVerfG NVwZ 1988, 817 (817f.); Reimer in: BeckOK VwGO, 51. Edition, Stand: 01.07.2019, § 40 Rn. 97f.

³ BVerwG LKV 2007, 132 (133).

⁴ Auf diesen Zusatz wird im Folgenden verzichtet.

⁵ Gersdorf in: BeckOK VwGO (Fn. 2), § 80a Rn. 42.

⁶ Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Aufl. 2014, § 80a Rn. 2.

⁷ Vgl. VGH Mannheim VBIBW 2004, 146; Dürr in: Brügelmann, BauGB Bd. 3, §§ 32 – 84, 112. EL, Stand: Oktober 2019, § 33 Rn. 32.

⁸ Vgl. Happ in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 42 Rn. 89; Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig, GG, 87. EL, Stand: März 2019, Art. 19 Abs. 4 Rn. 127ff.

⁹ Vgl. Dürr in: Brügelmann, BauGB Bd. 3, §§ 32–84 (Fn. 8), § 33 Rn. 32.

¹⁰ Stock in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 135. EL, Stand: September 2019, § 33 Rn. 99.

im Plangebiet und schaffen so eine bau- und bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft.¹¹

Aus § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. §§ 1 Abs. 3 S. 2, 8 Abs. 1 BauNVO folgt ein Gebietsprägungserhaltungsanspruch, welcher die Einhaltung des Gebots der Gebietsverträglichkeit umfasst.¹² Aus § 31 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 8 Abs. 3 BauNVO folgt Drittschutz, soweit die Ausnahme rechtswidrig erteilt wurde und das betreffende Vorhaben einer nachbarschützenden Festsetzung widerspricht.¹³ Auch kann § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO als Ausprägung des Gebots der Rücksichtnahme drittschützende Wirkung entfalten.¹⁴ Das grundsätzlich objektiv-rechtliche Gebot der Rücksichtnahme hat nach der Subjektivierungsformel des BVerwG in all seinen gesetzlichen Ausprägungen drittschützende Wirkung, soweit in qualifizierter und individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgrenzbaren Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist.¹⁵ Ein fehlendes Anerkenntnis nach § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB kann nicht gerügt werden, da eine vom tatsächlichen Inhalt der Baugenehmigung losgelöste drittschützende Wirkung verfehlt wäre.¹⁶ Im Zusammenhang mit dem Zulassungstatbestand des § 33 BauGB folgt Drittschutz somit grundsätzlich aus dem Gebietserhaltungs- und Gebietsprägungserhaltungsanspruch sowie ggf. den Ausnahmeregelungen und dem Gebot der Rücksichtnahme.

bb) Zulassungstatbestand des § 35 BauGB

Soweit hier der Außenbereich einschlägig ist, könnten entsprechende Rechte aus § 35 Abs. 1 BauGB fließen. Aufgrund der unterschiedlichen Privilegierungstatbestände fehlt dem Außenbereich jedoch ein Gebietscharakter, aus welchem Erhaltungsansprüche folgen könnten und es verbleibt nur das in § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB enthaltene Rücksichtnahmegebot als drittschützende Regelung, soweit die Subjektivierungsformel erfüllt ist.¹⁷

cc) Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG

Eine Geltendmachung der Verletzung von Art. 14 GG scheidet aufgrund des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts bei Unanwendbarkeit des Adressatengedanken aus, das Baurecht hat den Inhalt und die Schranken des Eigentumsrechts einfachgesetzlich konkretisiert.¹⁸

b) Eröffnung des Schutzbereichs

Der Schutzbereich der Normen ist für N jeweils in räumlicher als auch persönlicher Hinsicht eröffnet, da er als Eigentümer des unmittelbaren Nachbargrundstücks Nachbar im Sinne des Baurechts ist.

2. Evidenzformel

Die Verletzung der Rechte müsste möglich erscheinen. N kann sich als aus der Allgemeinheit individualisiertes Rechtssubjekt grundsätzlich auf das Rücksichtnahmegebot in Form des § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO und § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB berufen. Eine Verletzung erscheint nicht offensichtlich ausgeschlossen, da von dem Vorhaben des A Lärmimmissionen und auch sonstige negative Effekte wie eine erhebliche Verkehrssteigerung zu erwarten sind. Die Verletzung des Gebietserhaltungs- bzw. Gebietsprägungserhaltungsanspruchs erscheinen ebenso denkbar, ein Gewerbegebiet dient gem. § 8 Abs. 1 BauNVO vorwiegend der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Gewerbebetrieben und die maßgebliche Schwelle könnte überschritten sein. Soweit von den Regelungen eine Ausnahme gemacht wurde, kann auch diese in Abweichung der N schützenden Rechte fehlerhaft erteilt worden sein. Daher erscheint die Verletzung möglich.

3. Zwischenergebnis

N ist antragsbefugt.

IV. Vorverfahren

Streitig ist das Erfordernis eines Vorverfahrens. Nach einer Auffassung handelt es sich bei § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO um eine Rechtsgrundverweisung, insoweit wäre das Vorverfahren nur bei Abgaben und Kosten i.S.v. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 6 S. 1 VwGO erforderlich.¹⁹ Vorliegend wird nicht um Abgaben oder Kosten gestritten und es wäre entbehrlich. Nach anderer Auffassung wird auf die Rechtsfolge verwiesen und ein Vorverfahren wäre grundsätzlich durchzuführen, im Lichte von Art. 19 Abs. 4 GG wird davon teilweise gem. § 80 Abs. 6 S. 2 Nr. 2 VwGO bei „drohender Vollstreckung“ eine Ausnahme gemacht, wenn also der Begünstigte unmittelbar vom Verwaltungsakt Gebrauch machen will.²⁰ Anhaltspunkte dafür, dass A die

¹¹ BVerwG NJW 1994, 1546; Dürr in: Brügelmann, BauGB Bd. 2, §§ 9-31 BauGB, 112. EL, Stand: Oktober 2019, § 30 Rn. 46.

¹² Vgl. BVerwG NVwZ 2002, 1118; NVwZ 2008, 786.

¹³ Dürr, Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht, KommJur 2005, 201 (208); Söfker in: Ernst et al. (Fn. 10), BauGB § 31 Rn. 68a.

¹⁴ Vgl. BVerwG NVwZ 1985, 37 (38).

¹⁵ BVerwG NJW 1978, 62 (63f.); BVerwG ZfBR 2014, 257 (259).

¹⁶ Vgl. OVG Koblenz BauR 2012, 1362.

¹⁷ BVerwG NVwZ 2000, 552 (553).

¹⁸ BVerwG NVwZ 1992, 977 (979); Muckel/Ogorek, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 70.

¹⁹ Vgl. VGH Kassel NVwZ 1993, 491; OVG Bremen NVwZ 1993, 592.

²⁰ Vgl. OVG Koblenz NVwZ 1994, 1015; OVG Lüneburg NVwZ 1994, 698.

Baugenehmigung unmittelbar verwertet, bestehen nicht. Daher wäre ein Vorverfahren erforderlich.

Aufgrund unterschiedlicher Ergebnisse ist der Streit zu entscheiden. Der Wortlaut der Norm sei zwar nicht eindeutig, es handle sich bei dem uneingeschränkten Verweis jedoch um ein Redaktionsversehen.²¹ Das 4. VwGOÄndG sollte nicht nur der Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit dienen, sondern auch der Verbesserung des Rechtsschutzes für den Bürger, daher komme laut Gesetzesmaterialien eine Ausdehnung über den Bereich der Abgabenangelegenheiten wegen der besonderen Eilbedürftigkeit nicht in Betracht.²² Hiergegen könnte eingewendet werden, dass der Gesetzgeber eine Korrektur im 6. VwGOÄndG unterlassen habe, jedoch ist eine unterbliebene Korrektur allein kein tauglicher Anhaltspunkt für einen Wandel der gesetzgeberischen Intention.²³ Letztlich spricht der Ausnahmecharakter des § 80 Abs. 6 VwGO für eine Rechtsgrundverweisung.²⁴ Daher ist ein Vorverfahren entbehrlich.

V. Antragsfrist

Eine Antragsfrist ist nicht erforderlich.²⁵ Eine Verwirkung scheidet evident aus.

VI. Richtiger Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist der Rechtsträger der Behörde, die die Baugenehmigung erteilt hat. K als Rechtsträger der zuständigen Bauaufsichtsbehörde i.S.d. §§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog, 57 Abs. 1 S. 1, 58 Abs. 2, 59 Abs. 1 NBauO²⁶ ist richtiger Antragsgegner.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

N ist gem. §§ 61 Nr. 1 Alt. 1, 63 Nr. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. K ist gem. §§ 61 Nr. 1 Alt. 2, 63 Nr. 2 VwGO beteiligten- und vertreten durch den Landrat gem. §§ 62 Abs. 3 VwGO, 86 Abs. 1 S. 2, 7 Abs. 2 Nr. 4 NkomVG prozessfähig.

VIII. Zuständiges Gericht

Der Antrag wurde beim zuständigen Verwaltungsgericht gestellt, vgl. §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 S. 1, 45, 52 Nr. 1 VwGO, 73 Abs. 2 NJG.

IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

N müsste das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis aufweisen.

1. Rechtsbehelf in der Hauptsache

Streitig ist, ob der Rechtsbehelf in der Hauptsache wie bei einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zumindest gleichzeitig eingelegt werden muss oder nicht. N hat den Drittanfechtungswiderspruch noch nicht eingelegt. Daher ist der Streit erheblich und eine Stellungnahme erforderlich. Die Befürworter führen an, dass ein Eilantrag ohne Hauptsacherechtsbehelf mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar und systematisch wegen § 80 Abs. 1 VwGO ausgeschlossen sei.²⁷ Ohne Hauptsacherechtsbehelf könne dessen Suspensiveffekt logisch nicht eintreten.²⁸ Dagegen lässt sich argumentieren, dass Rechtsbehelfsfristen vor Art. 19 Abs. 4 GG unzulässig verkürzt würden und ein Wertungswiderspruch zu den Fällen besteht, in denen ein Widerspruchsverfahren gem. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht vorgesehen ist, vgl. § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO.²⁹ Insoweit erscheint das Erfordernis nicht zwingend und steht dem Rechtsschutzbedürfnis des N nicht entgegen.

2. Verweisung auf den Zivilrechtsweg

Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt nicht aufgrund von Abwehrmöglichkeiten auf dem Zivilrechtsweg, denn der privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Nachbarrechtsschutz ist gleichrangig ausgestaltet, mithin besteht ein Wahlrecht des Rechtsschutzsuchenden.³⁰

3. Keine offensichtliche Unzulässigkeit in der Hauptsache

Der Drittanfechtungswiderspruch ist nicht offensichtlich unzulässig, er ist insbesondere statthaft und die Widerspruchsfrist nicht abgelaufen, so dass N diesen formgerecht einlegen kann, §§ 70 Abs. 1, 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VwGO.

X. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

B. Beiladung

A ist gem. § 65 Abs. 2 VwGO beizuladen.

C. Begründetheit

Der Antrag des N müsste begründet sein. Der Antrag wäre

²¹ Hoppe in: Eyermann, VwGO (Fn. 7), § 80a Rn. 22; Gersdorf in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (Fn. 1), § 80a Rn. 64.

²² Vgl. BT-Drs. 11/7030, 17, 25.

²³ Vgl. Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (Fn. 1), § 80a Rn. 75a.

²⁴ W.-R. Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO (Fn. 1), § 80a Rn. 21.

²⁵ Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (Fn. 1), § 80a Rn. 70.

²⁶ Vgl. OVG Lüneburg, BeckRS 2008, 33528; Kintz in: BeckOK VwGO (Fn. 2), § 78 Rn. 9.

²⁷ Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (Fn. 1), § 80 Rn. 461.

²⁸ Vgl. VGH Mannheim VBlBW 1991, 469; Hoppe in: Eyermann, VwGO (Fn. 7), § 80 Rn. 81.

²⁹ W.-R. Schenke, Rechtsprechungsübersicht zum Verwaltungsprozeß – Teil 4, JZ 1996, 1155 (1160).

³⁰ Stollmann/Beaucamp, Öffentliches Baurecht, 11. Aufl. 2017, §§ 1 Rn. 8ff., 20 Rn. 3ff.

begründet, soweit eine gerichtliche Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des N das Vollzugsinteresse überwiegt, vgl. §§ 80a Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Dies richtet sich maßgeblich nach den Erfolgsaussichten eines entsprechenden Rechtsbehelfs in der Hauptsache.

I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Fraglich erscheint, inwieweit dieser begründet wäre. Er ist begründet, soweit die dem A erteilte Baugenehmigung rechtswidrig und der N dadurch in seinen Rechten verletzt ist, vgl. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO analog.

1. Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung

a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Erteilung der Baugenehmigung des A ist § 70 Abs. 1 S. 1 NBauO.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Baugenehmigung müsste zunächst formell rechtmäßig, d.h. unter Einhaltung der Vorschriften über Zuständigkeit, Verfahren und Form erteilt worden sein. Der Landkreis K ist als untere Bauaufsichtsbehörde gem. §§ 59 Abs. 1, 58 Abs. 2, 57 Abs. 1 NBauO sachlich zuständige Behörde für die Erteilung der Baugenehmigung. Der nach § 67 Abs. 1 S. 1 NBauO erforderliche Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung ist einschließlich der erforderlichen Bauvorlagen formgerecht eingereicht worden. Das Einvernehmen der G wurde eingeholt, vgl. § 36 BauGB. Die Baugenehmigung ist formell rechtmäßig.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Baugenehmigung müsste materiell rechtmäßig sein. Gem. § 70 Abs. 1 S. 1 NBauO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn die Baumaßnahme, soweit sie genehmigungsbedürftig ist, dem öffentlichen Baurecht entspricht.

aa) Genehmigungsbedürftigkeit

Grundsätzlich bedürfen Baumaßnahmen gem. § 59 Abs. 1 NBauO der Baugenehmigung, soweit sich nicht aus den §§ 60 bis 62, 74f. NBauO anderes ergibt.³¹

(1) Baumaßnahme, § 2 Abs. 13 NBauO

Bei dem genehmigten Vorhaben müsste es sich um eine Baumaßnahme handeln. Eine solche ist gem. § 2 Abs. 13 BauGB u. a. die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage. Bauliche Anlagen sind

gem. § 2 Abs. 1 S. 1 NBauO mit dem Erdboden verbundene oder auf ihm ruhende, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Das Gebäude ist fest mit dem Erdboden verbunden und aus Bauprodukten hergestellt. Der Umbau stellt eine Änderung dar. Eine Baumaßnahme liegt vor.

(2) Keine Genehmigungsfreiheit

Die Baumaßnahme dürfte nicht ausnahmsweise genehmigungsfrei sein. Ein Ausnahmetatbestand der NBauO nach §§ 60 bis 62, 74f. NBauO liegt nicht vor. Eine Genehmigungsbedürftigkeit liegt vor.

Hier könnte kurz auf eine denkbare Genehmigungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG eingegangen werden. Auf die Kunstfreiheit kann sich jedermann berufen, geschützt ist auch der Wirkbereich bzw. der Vermittler zwischen Künstler und Publikum.¹ Der sachliche Schutzbereich wird angesichts der Offenheit des Kunstbegriffs durch drei nebeneinander angewendete Definitionen eingegrenzt.² Nach dem engsten, formalen Kunstbegriff sind die herkömmlichen Arten der Kunst, beispielsweise Theater und Bildhauerei, geschützt.³ Die Kunstfreiheit stellt vom Baugenehmigungsverfahren jedoch grundsätzlich nicht frei, da dieses auch zur Realisierung ihrer immanenten Grundrechtsschranken in Form kollidierender Verfassungswerte dient.⁴ Eine Ausnahme könnte für Spontankunst in Betracht kommen.⁵ Ein Fall der Spontankunst ist vorliegend nicht gegeben.

¹ Vgl. BVerfG NJW 1971, 1645; Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Rn. 18.

² Vgl. Epping, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 276.

³ BVerfG NJW 1985, 261, 262; Kempen in: BeckOK GG, 41. Edition, Stand: 15.05.2019, Art. 5 Rn. 159.

⁴ BVerwG NJW 1995, 2648, 2649; Schütz, Artemis und Aurora vor den Schranken des Bauplanungsrechts – BVerwG, NJW 1995, 2648, JuS 1996, 498 (501).

⁵ Vgl. zur straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis: VGH Mannheim, NJW 2019, 2876.

³¹ Sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, vgl. Brohm, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2002, § 28 Rn. 8.

bb) Genehmigungsfähigkeit

Das Vorhaben müsste genehmigungsfähig sein.

(1) Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht

Das Vorhaben müsste mit Vorschriften des Bauplanungsrechts vereinbar sein.

(a) Bauvorhaben i. S. d. § 29 Abs. 1 BauGB

Gem. § 29 Abs. 1 BauGB gelten für Vorhaben, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung baulicher Anlagen zum Inhalt haben, die §§ 30 bis 37 BauGB. Der Begriff der baulichen Anlage ist nicht identisch mit dem Anlagenbegriff des § 2 Abs. 1 NBauO, sondern eigenständig auszulegen.³² Entscheidend ist, ob das Vorhaben in einer auf Dauer gedachten Weise mit dem Erdboden verbunden ist³³ und eine bodenrechtliche Relevanz aufweist.³⁴ Eine solche ist anzunehmen, wenn das Vorhaben geeignet ist, bodenrechtliche Spannungen hervorzurufen, insbesondere wenn die Belange des § 1 Abs. 6 BauGB dergestalt berührt sein könnten, dass das Bedürfnis nach einer verbindlichen Bauleitplanung entsteht.³⁵ Aufgrund des geplanten Umbaus der Lagerhalle zu einem Nachtlokal und dessen Nutzung könnten jedenfalls die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse (Nr. 1), die Erhaltung vorhandener Ortsteile (Nr. 4) sowie die Belange der Wirtschaft (Nr. 8 lit. a) betroffen sein. Ein Vorhaben, dessen Zulässigkeit sich nach den §§ 30 bis 37 BauGB bemisst, liegt mithin vor.

(b) Zulässigkeit im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, § 30 BauGB

Die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens kann sich mangels eines bestehenden wirksamen Bebauungsplans für das fragliche Gebiet weder aus § 30 Abs. 1 noch aus § 30 Abs. 2 oder Abs. 3 BauGB ergeben.

(c) Zulässigkeit im unbeplanten Innenbereich, § 34 BauGB

Die planungsrechtliche Zulässigkeit könnte sich indes unter den Voraussetzungen des § 34 BauGB ergeben. Hierfür müsste sich das Vorhaben innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befinden. Unter einem solchen ist jeder Bebauungskomplex von eigenständigem

Gewicht zu verstehen, der Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist und trotz möglicher Baulücken den Eindruck von Geschlossenheit und Zugehörigkeit vermittelt.³⁶ Abzugrenzen ist dieser unbeplante Innenbereich insbesondere von der reinen Splittersiedlung, wobei diese Abgrenzung nach den tatsächlichen Umständen des konkreten Einzelfalles vorzunehmen ist.³⁷ In dem Gebiet, in dem das Vorhaben durchgeführt werden soll, ist neben dem Grundstück des A lediglich ein weiteres bebautes Grundstück, auf welchem sich der Reparaturbetrieb des N befindet, sowie ein gepflegter Fußballplatz ohne weitere technische Ausstattung belegen. Die übrigen Flächen sind hingegen unbebaut und von Wiesen und Feldern umgeben sowie durch einen ausgedehnten Waldstreifen von dem restlichen Gemeindegebiet optisch abgetrennt. Das fragliche Gebiet ist damit nicht Teil einer geschlossenen Siedlungsstruktur. Die Zulässigkeit des Vorhabens richtet sich nicht nach § 34 BauGB.

(d) Zulässigkeit gem. § 35 BauGB

Das Vorhaben könnte gem. § 35 BauGB zulässig sein.

(aa) Negativabgrenzung

Es handelt sich um den Außenbereich i.S.d. § 35 BauGB, da weder ein wirksamer Bebauungsplan noch ein Fall des unbeplanten Innenbereichs vorliegt.

(bb) Differenzierung nach § 35 Abs. 1 und 2 BauGB

Das Vorhaben des A könnte gem. § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert sein. Es könnte sich um ein außenbereichsadäquates Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB handeln. Dann dürfte sich das Vorhaben nicht im Innenbereich der betroffenen Gemeinde verwirklichen lassen.³⁸ Vorliegend kann A das Vorhaben auch im Innenbereich der G verwirklichen. Ein anderer der enumerativ aufgezählten Privilegierungstatbestände ist nicht einschlägig. Daher ist das Vorhaben nicht privilegiert.

(cc) Teilprivilegierung nach § 35 Abs. 4 BauGB

Das nichtprivilegierte Vorhaben könnte teilprivilegiert i.S.d. § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 bis 6 BauGB sein. Die Lagerhalle ist kein Vorhaben gem. § 35 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 S. 1 Nr. 1

³² BVerwGE 39, 154; 114, 2016; Muckel/Ogorek (Fn. 18), § 7 Rn. 14ff.

³³ BVerwGE 44, 59 (62); BVerwG NJW 1977, 2090 (2091).

³⁴ BVerwG, UPR 1997, 326 (327).

³⁵ Vgl. BVerwGE 44, 59 (62); BVerwG NVwZ 2001, 1046; Krämer in: Spannowsky/Uechtritz, Beck OK BauGB, 47. Edition, Stand: 01.08.2019, § 29 Rn. 5.

³⁶ BVerwGE 31, 22 (26); 85, 289; 152, 275; BVerwG NVwZ 2017, 412 (413).

³⁷ Vgl. Mann in: Hartmann/Mann/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, 2. Aufl. 2018, § 5 Rn. 64; Spieß in: Jäde/Dirnberger, Baugesetzbuch. Baunutzungsverordnung Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 34 Rn. 16.

³⁸ Brenner, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 639.

BauGB. A plant auch keinen Ersatzbau nach Nr. 2 oder 3. Die jahrzehntealte Lagerhalle ist mangels Anhaltspunkten weder erhaltenswert noch Wohngebäude i.S.d. vgl. Nr. 4 und 5. Die Halle dient nach dem Umbau auch nicht mehr als Lager und stellt keine Erweiterung nach Nr. 6 dar. Daher ist das Vorhaben nicht teilprivilegiert.

(dd) Keine Beeinträchtigung öffentlicher Belange

Das nichtprivilegierte Vorhaben des A dürfte öffentliche Belange nicht beeinträchtigen, § 35 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 S. 1 BauGB. Das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals ist durch eine gerichtlich voll überprüfbare, nachvollziehbare Abwägung zwischen den öffentlichen Belangen und dem Interesse des Bauherrn zu bestimmen.³⁹ Nachteile für die öffentlichen Belange sind der Kompensation nicht zugänglich.⁴⁰ Im Gegensatz zu § 35 Abs. 1 BauGB genügt eine bloße Beeinträchtigung der Belange, es mangelt an der besonderen Durchsetzungskraft eines privilegierten Vorhabens.⁴¹ Vorliegend könnte das in § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB enthaltene Gebot der Rücksichtnahme durch die Hervorrufung schädlicher Umwelteinwirkungen beeinträchtigt sein. Dies kann vorerst dahinstehen, soweit offensichtlich die natürliche Eigenart der Landschaft nach § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB beeinträchtigt ist. Der Umbau der Lagerhalle wird die großteilig von Bebauung freigehaltene Fläche optisch verändern. Selbst wenn man eine Mitprägung der Landschaft durch die Lagerhalle und den Sportplatz annimmt, so sticht ein Veranstaltungsort wie er A vorschwebt doch wesentlich aus der bisherigen Umgebung hervor und hebt sich deutlich ab. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt vor.

Das Gebot der Rücksichtnahme könnte an dieser Stelle mit Blick auf die nachbarrechtliche Situation bereits ausführlicher behandelt werden.

(ee) Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist nicht nach § 35 BauGB zulässig.

(e) Zulässigkeit wegen überwirkenden Bestandsschutzes

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit könnte aus überwirkendem Bestandsschutz folgen. Eine Bestandserweiterung unterliegt der Gewährung und Ausgestaltung

des Gesetzgebers und scheitert, soweit eine gesetzliche Regelung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vorhanden ist.⁴² Für Außenbereichsvorhaben hat der Gesetzgeber den Bestandsschutz i.R.d. § 35 Abs. 4 BauGB geregelt.⁴³ Für überwirkenden Bestandsschutz verbleibt kein Raum.

(f) Zulässigkeit gem. § 33 Abs. 1 BauGB

Das Vorhaben könnte nach Maßgabe des in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans gem. § 33 Abs. 1 BauGB zulässig sein.

(aa) Anwendbarkeit des § 33 BauGB

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens während der Aufstellung eines Bebauungsplans nach § 33 BauGB kommt grundsätzlich in Betracht, soweit das Vorhaben nicht bereits nach den §§ 30, 34, 35 BauGB zulässig ist. Insoweit ist § 33 BauGB subsidiär gegenüber den übrigen Zulassungstatbeständen.⁴⁴ Fraglich ist, ob § 33 BauGB überhaupt Anwendung finden kann, wenn das Vorhaben bereits nach einem der besonderen Zulassungstatbestände – wie im vorliegenden Fall nach § 35 BauGB – unzulässig ist. So könnten durch die Heranziehung der Festsetzungen künftiger Bebauungspläne die Vorschriften über die Vorhabenzulassung in unbeplanten Gebieten umgangen werden.

Der Wortlaut der §§ 33, 35 BauGB trifft zwar keine Aussage zum Verhältnis der beiden Zulassungstatbestände. Indes soll nach der Intention des § 33 BauGB durch den Vorgriff auf einen noch in Aufstellung befindlichen Bebauungsplan die zeitnahe Realisierung gerade solcher Vorhaben ermöglicht werden, die nach Inkrafttreten des Plans ohnehin zulässig wären, soweit gesichert ist, dass dieser Rechtswirkung entfalten wird.⁴⁵ Der Ausschluss der Anwendung des § 33 BauGB würde lediglich zu einer vorübergehenden Unzulässigkeit des Vorhabens bis zu dem Zeitpunkt führen, in dem der Bebauungsplan wirksam würde. Einer derartigen Verzögerung des Genehmigungsverfahrens soll mit § 33 BauGB speziell entgegengewirkt werden.⁴⁶ Der Zweck des § 35 BauGB, durch erhöhte Zulassungsanforderungen unbeplante Außenbereichsgebiete grundsätzlich von einer Bebauung freizuhalten⁴⁷, würde nicht dauerhaft erreicht werden. Von einer Gefahr der Umgehung der gesetzlichen

³⁹ Vgl. BVerwG NVwZ 2006, 87 (90).

⁴⁰ Vgl. BVerwG BauR 1973, 170; BVerwG NJW 1983, 739.

⁴¹ Vgl. VGH München, BauR 2010, 2071; *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2014, § 8 Rn. 73.

⁴² Vgl. BVerwG NVwZ 1990, 755, 757f.; BVerwG NVwZ-RR 1991, 231, 232.

⁴³ Vgl. VGH Kassel BauR 2018, 1384 (1385).

⁴⁴ *Scheidler*, Die Zulässigkeit von Vorhaben während der Planaufstellung, VBIBW 2017, 318 (319); *Spieß* in: *Jäde/Dirnberger* (Fn. 41), § 33 Rn. 1f.

⁴⁵ *Bartholomäi*, Die vorzeitige Zulässigkeit nach § 33 BauGB, BauR 2001, 725; vgl. auch BVerwG, NVwZ 2019, 227 (728); NVwZ 1986, 647 (648).

⁴⁶ Vgl. *Stock* in: *Ernst et al.* (Fn. 10), BauGB § 33 Rn. 5.

⁴⁷ *Jeromin* in: *Jeromin/Kroninger/Aschke*, Baugesetzbuch Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 35 Rn. 3; *Söfker* in: *Ernst et al.* (Fn. 10), BauGB § 35 Rn. 13.

Zulassungstatbestände durch die Heranziehung des künftigen Bebauungsplans ist damit nicht auszugehen. Demzufolge ist § 33 BauGB ausgehend von seiner Zielrichtung als Ausnahmeregelung zu den übrigen Zulassungstatbeständen zu qualifizieren. § 33 BauGB ist trotz der Unzulässigkeit des Vorhabens nach § 35 BauGB anwendbar.

(bb) Aufstellungsbeschluss, §§ 33 Abs. 1 HS. 1, § 2 Abs. 1 S. 2 BauGB

G hat den erforderlichen Beschluss über die Aufstellung eines qualifizierten Bebauungsplans für das Gebiet gefasst.

(cc) Formelle Planreife, § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB

Die formelle Planreife nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB liegt vor, da im Rahmen des Aufstellungsverfahrens den Erfordernissen der öffentlichen Auslegung nach § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 2 BauGB sowie der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange nachgekommen wurde.⁴⁸

(dd) Materielle Planreife, § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB

Weiterhin muss gem. § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB anzunehmen sein, dass das Vorhaben den künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans nicht entgegensteht. Dies setzt zum einen voraus, dass mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass der Entwurf des Bebauungsplans mit den vorgesehenen Festsetzungen in Kraft tritt⁴⁹, sog. materielle Planreife. Dies umfasst die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Planentwurfs.⁵⁰ Überdies dürfte der Entwurf in seinem derzeitigen Stadium nicht im Anzeigeverfahren gem. § 246 Abs. 1a BauGB aufgrund von Rechtsverstößen angegriffen werden können.⁵¹ Zum anderen ist die Feststellung erforderlich, dass das Vorhaben mit den künftigen Festsetzungen vereinbar ist.⁵² Soweit es sich bei dem künftigen Plan um einen qualifizierten Bebauungsplan handelt, ist § 30 Abs. 1 entsprechend anzuwenden.⁵³

Der Planentwurf entspricht in formeller und materieller Hinsicht den Vorgaben des BauGB und lässt erwarten, dass er in seiner jetzigen Form in Kraft tritt. Eine Beanstandung durch die höhere Verwaltungsbehörde ist nicht zu erwarten. Insoweit liegt materielle Planreife vor. Das Vorhaben müsste auch mit den künftigen Festsetzungen vereinbar sein.

(aaa) Allgemeine Zulässigkeit nach Art der baulichen Nutzung

Das Vorhaben müsste den Vorgaben des künftigen Bebauungsplans über Art der baulichen Nutzung entsprechen. Der Bebauungsplanentwurf der G sieht für das fragliche Gebiet die Festsetzung eines Gewerbegebietes vor. Die Zulässigkeit von Vorhaben in einem solchen Gebiet richtet sich nach der BauNVO. Gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 BauNVO sind in Gewerbegebieten Gewerbebetriebe aller Art zulässig. Der von A beabsichtigte Betrieb eines Nachtlokals soll gewerbsmäßig erfolgen und könnte einen allgemein zulässigen Gewerbebetrieb darstellen. Allerdings kommt ebenso eine Einordnung als Vergnügungsstätte in Betracht, welche nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO nur ausnahmsweise zugelassen werden kann. Wesentliches Merkmal einer solchen ist die kommerzielle Unterhaltung der Besucher.⁵⁴ Diese speziellere Regelung fände jedenfalls gegenüber dem allgemeinen Tatbestand des Abs. 2 Nr. 1 vorrangig Anwendung.⁵⁵ Um welche Nutzungsart es sich bei dem Nachtlokal handelt, bedarf vorliegend der Abgrenzung. Abzustellen ist auf den Schwerpunkt der Nutzung.

Das Nachtlokal soll nach den Vorstellungen des A im Rahmen regelmäßiger Geschäftszeiten gewerbsmäßig betrieben werden. Primär sollen jedoch Abendveranstaltungen mit Live – Musik und einer Tanzmöglichkeit durchgeführt werden. Überdies ist ein Ausschank insbesondere alkoholischer Getränke vorgesehen. Dieser durch reine Freizeitbetätigung und Unterhaltung der Gäste geprägte Rahmen legt einen überwiegenden Vergnügungscharakter der Anlage nahe. Mithin ist von einer Vergnügungsstätte auszugehen, die als solche im Gewerbegebiet nicht allgemein zulässig ist.

(bbb) Ausnahmsweise Zulassungsfähigkeit gem. § 31 Abs. 1 BauGB i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO

Allerdings könnte das Vorhaben als Vergnügungsstätte gem. § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO ausnahmsweise zugelassen werden. Es handelt sich hierbei um eine gesetzliche Ausnahme i.S.d. § 31 Abs. 1 BauGB, die keiner ausdrücklichen gesonderten Festsetzung im Bebauungsplan bedarf.⁵⁶ Sie wird vielmehr als Festsetzung über die Art der baulichen

⁴⁸ Vgl. BVerwG NVwZ 1993, 1205 (1206).

⁴⁹ BVerwGE 117, 25 (39 ff); OVG Koblenz NVwZ-RR 2001, 638 (640); OVG Münster NVwZ-RR 2001, 568.

⁵⁰ Vgl. VG Mannheim, VBfBW 2004, 146; Bartholomäi (Fn. 45), BauR 2001, 725 (727).

⁵¹ Vgl. Rappenglitz, Fortgeschrittenenklausur – Öffentliches Recht: Lieber kein Gebäude als ein schlechtes Gebäude, JuS 2018, 685 (689).

⁵² Dürr in: Brügelmann, BauGB Bd. 3, 112. EL, Stand: Oktober 2019, § 33 Rn. 13; Tophoven in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 39), § 33 Rn. 20.

⁵³ Finkelnburg/Orloff/Kment, Öffentliches Baurecht. Band I: Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2017, § 25 Rn. 8.

⁵⁴ Fickert/Fieseler, Baunutzungsverordnung Kommentar, 13. Aufl. 2019, § 4a Rn. 22.

⁵⁵ Vgl. Stock in: König/Roeser/Stock, Baunutzungsverordnung, 4. Aufl. 2019, § 8 Rn. 52.

⁵⁶ Fickert/Fieseler (Fn. 54), BauNVO, Vor §§ 2-9, Rn. 6.

Nutzung i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BauGB gem. § 1 Abs. 3 Satz 1, 2 BauNVO *ipso iure* Bestandteil des Bebauungsplans.⁵⁷ Ferner enthält der Bebauungsplanentwurf keine Festsetzung gem. § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauNVO, nach der die Ausnahme des § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO nicht Bestandteil des künftigen Bebauungsplans werden solle. Auch eine Beschränkung auf bestimmte Teile baulicher Anlagen nach § 1 Abs. 7 Nr. 3 BauNVO oder auf bestimmte Arten von Vergnügungsstätten nach § 1 Abs. 9 BauNVO ist dem Planentwurf nicht zu entnehmen, sodass dieser eine Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB prinzipiell vorsieht.

Allerdings sind Ausnahmen nach § 8 Abs. 3 BauNVO nur zulässig, sofern sie generell mit der Zweckbestimmung des Gewerbegebiets vereinbar sind.⁵⁸ Gewerbegebiete dienen gem. § 8 Abs. 1 BauNVO vorwiegend der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Gewerbebetrieben. Dabei sind sie nicht auf das produzierende Gewerbe beschränkt und können auch durch die nach Abs. 3 nur ausnahmsweise zulassungsfähigen Anlagen mitbestimmt werden.⁵⁹ Maßgeblich ist jedoch, dass der Gebietscharakter durch Gewerbebetriebe geprägt wird und diese quantitativ überwiegen.⁶⁰

Die erteilte Baugenehmigung betrifft lediglich Errichtung und Betrieb einer Vergnügungsstätte im relevanten Gebiet, das im Übrigen bisher lediglich einen Fußballplatz und einen Reparaturbetrieb umfasst. Das Nachtlokal soll dabei nicht etwa auf einem unbebauten Grundstück errichtet werden, sondern durch Umbau einer nicht genutzten Lagerhalle. Zwar handelt es sich bei einer Vergnügungsstätte um einen Unterfall eines Gewerbebetriebs, der aufgrund seiner besonderen Nutzungsmodalitäten unter erhöhten Anforderungen zugelassen werden soll. Zu berücksichtigen ist die allgemeine Auffangfunktion des Gewerbegebiets⁶¹, das nach der gesetzlichen Konzeption insbesondere solche Anlagen erfassen soll, die wegen ihres Störgrades nicht in der Wohnnutzung dienenden Gebieten zulässig sind. Von einer überwiegenden Prägung des Erscheinungsbilds des Gebiets durch die Vergnügungsstätte ist daher nicht auszugehen. Der Charakter eines

Gewerbegebiets würde vielmehr auch bei Betrieb des Nachtlokals beibehalten werden. Die Ausnahme nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO ist im Ergebnis auch mit der Zweckbestimmung des künftigen Gewerbegebiets vereinbar.

Anmerkung: Sofern an dieser Stelle die Vereinbarkeit mit der Zweckbestimmung des Gewerbegebiets abgelehnt würde, wäre auf die Möglichkeit einer Befreiung unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 Nr. 2 aufgrund der städtebaulichen Vertretbarkeit oder gem. § 31 Abs. 2 Nr. 3 BauGB wegen nicht beabsichtigter Härte einzugehen (siehe hierzu ausführlich Hebelers (Fn. 61), JA 2015, 401 (403ff.)).

(ccc) Zulässigkeit im Übrigen, insbesondere Vereinbarkeit mit § 15 BauNVO i. V. m. der TA Lärm

Darüber hinaus müsste das Vorhaben auch im Einzelfall zulässig sein. Hierfür muss es insbesondere den Anforderungen des baurechtlichen Rücksichtnahmegebotes genügen. Soweit sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 33 BauGB bemisst, findet das Gebot der Rücksichtnahme seine besondere Ausprägung in der Vorschrift des § 15 BauNVO, welche in diesen Fällen Anwendung findet.⁶² Danach dürfen von einer Anlage keine Belästigungen oder Störungen ausgehen, die nach der Eigenart des Baugebiets im Baugebiet selbst oder in dessen Umgebung unzumutbar sind, § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO.

Es handelt sich hierbei um ein normatives Korrektiv, das als Auslegungshilfe und -maßstab für die Anwendung gesetzlicher Zulässigkeitsvoraussetzungen dient.⁶³ Die Berücksichtigung des Rücksichtnahmegebots erfolgt grundsätzlich durch eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall.⁶⁴ Für die Feststellung der Unzumutbarkeit speziell von Immissionen ist indes entscheidend, ob für diese bereits verbindliche und abschließende normative Vorgaben bestehen⁶⁵, da das immissionsrechtliche Schutzniveau insoweit mit dem bauplanungsrechtlichen Schutz korrespondiert.⁶⁶ Ist dies der Fall, kommt eine einzelfallbezogene Abwägung nicht mehr in Betracht.⁶⁷ Eine solche ist hingegen erforderlich, wenn der jeweilige Immissionskonflikt

⁵⁷ Hebelers, Bauplanungsrechtliche Ausnahmen und Befreiungen gem. § 31 BauGB, JA 2015, 401 (402); Siegmund in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 55), § 33 Rn. 17; Söfker in: Ernst et al. (Fn. 10), BauGB § 31 Rn. 23.

⁵⁸ Vgl. BVerwGE 116, 155; OVG Koblenz, ZfBR 2012, 479.

⁵⁹ Söfker in: Ernst et al. (Fn. 10), BauNVO § 8 Rn. 9a.

⁶⁰ Stock in: König/Roeser/Stock (Fn. 61), § 8 Rn. 9; Ziegler in: Brügelmann, BauGB Bd. 6, 112. EL, Stand: Oktober 2019, § 8 BauNVO Rn. 2.

⁶¹ Söfker in: Ernst et al. (Fn. 10), BauNVO § 8 Rn. 46.

⁶² Pützenbacher in: Bönker/Bischopink, Baunutzungsverordnung Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 15 Rn. 8; Söfker in: Ernst et al. (Fn. 10), BauNVO § 15 Rn. 8; Schmidt/Bleker in: Spannowsky/Hornmann/Kämper, BeckOK BauNVO, 20. Edition, Stand: Dezember 2019, § 8 Rn. 237.

⁶³ Gaentzsch, Das Gebot der Rücksichtnahme bei der Zulassung von Bauvorhaben, ZfBR 2009, 321 (324).

⁶⁴ Vgl. BVerwG, NJW 1981, 1973.

⁶⁵ Uechtritz, Das baurechtliche Rücksichtnahmegebot: Konkretisierung von Reichweite und Inhalt durch Fallgruppenbildung, DVBl. 2016, 90 (95).

⁶⁶ BVerwGE 68, 58.

⁶⁷ Uechtritz (Fn. 65), DVBl. 2016, 90 (95); Gaentzsch (Fn. 69), ZfBR 2009, 321 (327) m. w. N.

nicht schon durch verbindliche Grenzwerte entschieden ist.⁶⁸ Hier sind von dem Betrieb des geplanten Nachtlokals Lärmimmissionen auf die unmittelbare Umgebung zu erwarten. Fraglich ist, ob für diese verbindliche normative Grenzwerte bestehen. Eine solche abschließende Regelung könnte die TA Lärm enthalten. Diese konkretisiert den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen i. S. d. § 3 Abs. 1 BImSchG für den Bereich des Gewerbelärms und ist im gerichtlichen Verfahren bindend.⁶⁹ Dabei knüpft sie primär an die Art von Lärm an, die durch technische Anlagen typischerweise bei Gewerbebetrieben auftritt.⁷⁰ Indes kann die TA Lärm nicht für die Beurteilung sonstiger, rein verhaltensbezogener Lärmimmissionen, etwa in Form von Freizeitlärm, herangezogen werden.⁷¹ Derartige Immissionen bedürfen mangels verbindlicher Grenzwerte regelmäßig einer einzelfallbezogenen Abwägung.⁷²

Der zu erwartende Lärm des Nachtlokals würde durch die regelmäßigen Abendveranstaltungen hervorgerufen werden. Zum einen würde bei diesen Live-Musik in nicht unerheblicher Lautstärke gespielt werden. Zum anderen ist auch mit lauten Gesprächen und Tanzgeräuschen insbesondere aufgrund der ausgelassenen Stimmung und des Alkoholausschanks zu rechnen. Diese Art von Lärm würde spezifisch durch das Verhalten der Gäste verursacht und nicht etwa durch eine Anlage i. S. d. Ziffer 1 TA Lärm. Demnach wären die Grenzwerte der TA Lärm grundsätzlich nicht einschlägig.

Ob ein solcher verhaltensbedingter Lärm ausnahmsweise einer den Vorschriften der TA Lärm unterliegenden Anlage zuzurechnen ist, hängt davon ab, ob ein innerer Zusammenhang zu dem Betrieb dieser Anlage besteht.⁷³ Daran fehlt es nicht schon deshalb, weil der Betreiber einer Anlage den verhaltensbedingten Lärm selbst nicht wünscht.⁷⁴ Auch wenn es sich hier bei den Lärmimmissionen primär um verhaltensbedingten Lärm handelt, können diese nicht ohne Weiteres als bloße Begleiterscheinung der genehmigten Anlage qualifiziert werden. Zweck des Betriebs eines Nachtlokals ist es, ein derartiges Verhalten zu ermöglichen und zu fördern. Als Betreiber hat A speziell ein Interesse daran, dass das emittierende Verhalten in seinem Nachtlokal ausgeübt werden kann. Ein innerer Zusammenhang zwischen dem Lärm und dem Betrieb des Nachtlokals ist daher anzunehmen. Folglich wird

das Rücksichtnahmegebot durch die Grenzwerte der TA Lärm verbindlich und abschließend konkretisiert. Die Unzumutbarkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO hat sich allein hieran zu messen.

Gem. Ziffer 6.1 lit. b) der TA Lärm beträgt der Immissionsrichtwert in Gewerbegebieten nachts, also zwischen 22:00 und 6:00 Uhr 50 dB (A). Der laut dem Lärmgutachten regelmäßig zu erwartende Lärm des Nachtlokals beträgt für den Zeitraum von 22 Uhr bis 5 Uhr nicht mehr als 45 dB (A) und überschreitet den verbindlichen Grenzwert damit nicht. Das durch die Vorschriften der TA Lärm konkretisierte Rücksichtnahmegebot des § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO ist mithin nicht verletzt.

Eine Unzulässigkeit wegen Widerspruchs zur Eigenart des Baugebiets gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO ist nicht ersichtlich.

Anmerkung: Entscheidend für die Anwendbarkeit der TA Lärm ist die richtige Einordnung der zu erwartenden Lärmimmissionen. Der Anwendungsbereich der TA Lärm im Rahmen des Rücksichtnahmegebots beschränkt sich zwar grundsätzlich auf Gewerbelärm. Jedoch kann auch verhaltensbedingter Lärm ausnahmsweise der TA Lärm unterfallen, wenn dieser einer Anlage zuzurechnen ist. Handelt es sich um andere, nicht anlagenbedingte Lärmarten, sind in der Regel andere normative Grenzwerte maßgeblich, z.B. die 18. BImSchV. Erst soweit keine verbindlichen Grenzwerte für einen Lärmtypus gelten ist die Zumutbarkeit in der Regel durch eine umfassende Abwägung zu prüfen. Dann können andere Vorschriften aber zumindest Indizwirkung haben, wie etwa die 16. BImSchV (vgl. BVerwG NVwZ 2008, 426, Roeser, in: Roeser/Stock, BauNVO, 4. Aufl. 2019, § 15 Rn. 35.) oder die Freizeitlärmrichtlinie (vgl. Uechtritz, DVBl. 2016, 90 (97f.)).

(ddd) Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist mit den künftigen Festsetzungen vereinbar. Auch insoweit liegt die erforderliche materielle Planreife vor.

(ee) Schriftliches Anerkenntnis, § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB

Nach § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB müsste A die Festsetzungen des künftigen Bebauungsplans für sich und seine Rechtsnachfolger schriftlich anerkannt haben. Eine solche Erklärung

⁶⁸ Uechtritz (Fn. 65), DVBl. 2016, 90 (95).

⁶⁹ BVerwG, NVwZ 2013, 372 (373); BVerwGE 129, 209 (211ff.); Söfker in: Ernst et al. (Fn. 10), BauNVO Anh. Zu den Vorbemerkungen zur BauNVO Rn. 4.

⁷⁰ Vgl. Fricke, Passiver Lärmschutz im Anwendungsbereich der TA Lärm, ZfBR 2013, 627 (629); Rappen/Küas, Neue Herausforderungen für die Innenentwicklung von Städten, BauR 2013, 874 (880).

⁷¹ Vgl. BayVG, BauR 2013, 200; Söfker in: Ernst et al. (Fn. 10), BauNVO § 15 Rn. 23.

⁷² Uechtritz (Fn. 65), DVBl. 2016, 90 (98).

⁷³ Hansmann, Anwendungsprobleme der TA Lärm, ZUR 2002, 207 (209).

⁷⁴ Hansmann (Fn. 73), ZUR 2002, 207 (209).

hat A bislang nicht getätigt. Ob die Erklärung im Verfahren entsprechend § 45 Abs. 1, 2 VwVfG nachgereicht werden kann⁷⁵ oder im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung über den Antrag endgültig vorliegen muss⁷⁶ ist umstritten. Zwar ist das Erfordernis des schriftlichen Anerkenntnisses seiner Stellung in § 33 BauGB nach als Zulässigkeitsvoraussetzung ausgestaltet, was gegen eine rein verfahrensrechtliche Natur spricht. Allerdings würde das fehlende Anerkenntnis bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 33 BauGB im gerichtlichen Verfahren dazu führen, dass eine erteilte Genehmigung rechtswidrig wäre und der Antragsteller einen erneuten Bauantrag einschließlich der Erklärung über das Anerkenntnis einreichen müsste. Zur Vermeidung solcher widersprüchlichen Ergebnisse erscheint es sachgerecht, eine nachholbare Verfahrenshandlung anzunehmen. Folglich kann A die Erklärung über das Anerkenntnis bis zur letzten mündlichen Verhandlung nachreichen.

(ff) Gesicherte Erschließung, § 33 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

Von einer gesicherten Erschließung, d.h. dem Anschluss an das öffentliche Straßennetz, der Versorgung mit Elektrizität und Wasser und der Abwasserbeseitigung⁷⁷ ist auszugehen.

(g) Gemeindliches Einvernehmen, § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB

Das nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB erforderliche Einvernehmen ist von G erteilt worden. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der gemeindlichen Entscheidung bestehen nicht.

(h) Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist mit dem Bauplanungsrecht vereinbar.

(2) Vereinbarkeit mit dem Bauordnungsrecht

Das Vorhaben ist im Rahmen des Prüfungsumfangs des § 63 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 NBauO mit dem Bauordnungsrecht vereinbar.

(3) Vereinbarkeit mit dem sonstigen öffentlichen Recht

Das Vorhaben müsste mit den sonstigen Vorschriften des öffentlichen Rechts vereinbar sein. Fraglich erscheint, ob Normen des NGastG wegen dem Ausschank alkoholischer Getränke oder der GewO wegen dem Abhalten von

Tanzveranstaltungen der Erteilung der Baugenehmigung entgegenstehen. Landesrechtliche Regelungen nach § 33b GewO existieren im engeren Sinne nicht, es gelten lediglich die Einschränkungen nach dem NFeiertagsG.⁷⁸ Darüber hinaus sind gem. § 2 Abs. 17 NBauO nur die Vorschriften des öffentlichen Rechts erfasst, welche Anforderungen an bauliche Anlagen, Bauprodukte oder Baumaßnahmen stellen oder die Bebaubarkeit von Grundstücken regeln.⁷⁹ Die möglicherweise einschlägigen Normen haben keinen baurechtlichen Bezug und behandeln baurechtsfremde Fachfragen. Sie stehen der Baugenehmigung nicht entgegen. Das Vorhaben ist mit den sonstigen Vorschriften des öffentlichen Rechts vereinbar.

Anmerkung: Die Frage, ob bezüglich anderer Genehmigungsverfahren eine (ggf. modifizierte) Schlusspunkttheorie oder das Separationsmodell gilt, stellt sich nicht, da §§ 2ff. NGastG lediglich eine Anzeigepflicht vorsieht. Im Übrigen ist nach dem BVerwG auf die konkreten landesrechtlichen Regelungen abzustellen (NVwZ 1996, 377f.). Der Prüfungsumfang der §§ 2 Abs. 17, 70 Abs. 1 S. 1 NBauO soll nach dem OVG Lüneburg zumindest das Vorliegen einer Sanierungsgenehmigung i.S.d. engen Schlusspunkttheorie umfassen (vgl. BauR 2014, 1455).

(4) Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist genehmigungsfähig.

cc) Rechtsfolge

Gem. § 70 Abs. 1 S. 1 NBauO ist die Baugenehmigung zu erteilen. Streitig ist die Rechtsfolge bei Vorliegen einer Ausnahme gem. § 31 Abs. 1 BauGB. Teilweise wird vertreten, dass die „Kann – Norm“ in eine gebundene Entscheidung umzudeuten ist, nach anderer Auffassung ist eine Ermessensentscheidung zu treffen, eine Ausnahme darf jedoch nur aus städtebaulichen Gründen versagt werden.⁸⁰ Der Prüfungsumfang würde sich nach §§ 40 VwVfG, 114 S. 1 VwGO richten. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Der Streitentscheid kann dahinstehen. Die Baugenehmigung war zu erteilen.

d) Zwischenergebnis

Die Baugenehmigung ist rechtmäßig.

⁷⁵ OVG Rheinland-Pfalz, BauR 2012, 1362.

⁷⁶ Spieß in: Jäde/Dirnberger (Fn. 37), § 33 Rn. 15; Tophoven in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 35), § 33 Rn. 24.

⁷⁷ BVerwGE 64, 186.

⁷⁸ Vgl. Marcks in: Landmann/Rohmer, GewO, 81. EL, Stand: März 2019, § 33b Rn. 2f.

⁷⁹ Vgl. zum „unübersichtlichen“ Inhalt des Baunebenrechts: Mann in: Hartman/Mann/Mehde (Fn. 37), § 5 Rn. 99; Mann in: Große-Suchsdorf, Vorb., Rn. 25ff.

⁸⁰ Reidt in: Battis/Kratzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 31 Rn. 19.

2. Subjektive Rechtsverletzung des N

Eine Verletzung subjektiver Rechte des N scheidet aus.

II. Interessenabwägung

Nunmehr ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Bei gesetzlich angeordnetem Sofortvollzug überwiegt i.R.d. Verfahrens zur gerichtlichen Anordnung der aufschiebenden Wirkung stets das Vollzugsinteresse des Begünstigten, soweit nicht der Rechtsbehelf des Belasteten in der Hauptsache offene Erfolgsaussichten hat, dieser offensichtlich erfolgreich ist oder „ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts“ bestehen, § 80 Abs. 4 S. 3 Alt. 1 VwGO analog.⁸¹ Vorliegend liegt ein Fall des § 212a Abs. 1 BauGB vor. Nach summarischer Prüfung hat ein Drittanfechtungswiderspruch des N weder Erfolg, noch sind die Erfolgsaussichten offen oder es bestehen ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung. Daher überwiegt das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse des N.

D. Ergebnis

Der Antrag des N ist zulässig, aber unbegründet.

⁸¹ Vgl. Puttler in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80a Rn. 32.