



#### Gerichtliche Eilentscheidung/Prozessrecht und Baurecht

**Zulässigkeit eines Antrags auf gerichtliche Aufhebung einer behördlichen Aussetzungsentscheidung gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO; Verhältnis zum Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 3 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 VwGO; Auslegung und Umdeutung. Vorliegen eines vollzugsfähigen Verwaltungsaktes im Falle der Aufhebung des Ursprungs-VA durch die Widerspruchsbehörde und späterer (isolierter) Anfechtungsklage gegen den Widerspruchsbescheid (§ 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Erfordernis eines vorangegangenen behördlichen Verfahrens (§ 80 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 6 VwGO).**

**Begründetheitsmaßstab, insbesondere die Bedeutung der Rechtsverletzung des Dritten.**

**Baurecht: Zulässigkeit von Diskotheken im allgemeinen Wohngebiet; Reichweite des Nachbarschutzes im beplanten Innenbereich.**

**§§ 42, 80, 80 a VwGO; 30, 31, 212 a BauGB; 4, 7 BauNutVO**

---

#### Vorbereitendes Gutachten

Mit dem vorliegenden Antrag begehrt der Antragsteller, „die sofortige Vollziehbarkeit“ der ihm erteilten Baugenehmigung „herzustellen“.

##### A. Zulässigkeit des Antrags

I. Der **Verwaltungsrechtsweg**, der auch für die Anrufung der Verwaltungsgerichte um den Erlass von Eilentscheidungen gegeben sein muss (Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rdnr. 2; Debus Jura 2006, 487, 488), ist vorliegend gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet: Die Baugenehmigung vom 16.10.2006, um deren Vollziehung (Realisierung) es geht, ist aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Landesbauordnung (BauO), des BauGB sowie der BauNutVO erteilt worden. Auch die Aussetzungsentscheidung der Bezirksregierung vom 05.12.2006, gegen die der Antragsteller sich möglicherweise wendet, ist eine hoheitliche Maßnahme, da sie aufgrund von § 80 a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 80 Abs. 4 VwGO ergangen ist.

II. Als **statthafte Rechtsschutzform** kommt ein **Antrag auf gerichtliche Schutzmaßnahmen nach § 80 a Abs. 3 VwGO** in Betracht.

1. Sämtliche in § 80 a Abs. 3 (i.V.m. Abs. 1 und 2) VwGO genannten Fälle setzen voraus, dass es um die **Vollziehung eines** (begünstigenden oder belastenden) **Verwaltungsakts mit drittbelastender oder drittbegünstigender Wirkung** (VA mit Doppelwirkung) geht. Dabei ist, wie sich insbesondere aus § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO ergibt, der Begriff der Vollziehung nicht auf die Verwaltungsvollstreckung beschränkt, sondern erfasst auch alle behördlichen Folge- und Ausführungsmaßnahmen und darüber hinaus auch das (private) Gebrauchmachen von einer Begünstigung (Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998, Rdnr. 641, S. 284; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 23). Somit geht es hier um die Vollziehung eines Verwaltungsaktes. Weiterhin stellt eine Baugenehmigung, die – wie hier – nachteilige Auswirkungen für die Nachbarschaft haben kann, einen begünstigenden Verwaltungsakt mit drittbelastender Wirkung, also einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung dar. Gegen diesen Verwaltungsakt hat ein Dritter, nämlich die Beigeladene, einen Rechtsbehelf i.S.d. § 80 Abs. 1 VwGO eingelegt. Letztlich kann daher offen bleiben, ob



für alle Schutzmaßnahmen i.S.v. § 80 a VwGO bereits die Rechtsbehelfseinlegung erforderlich ist (verneinend Kopp/Schenke § 80 a Rdnr. 8).

Gleichwohl bestehen Bedenken gegen die Statthaftigkeit eines Eilantrags nach § 80 a Abs. 3 VwGO, weil die Baugenehmigung vom 16.10.2006 bereits durch den Widerspruchsbescheid vom 08.01.2007 aufgehoben worden ist. Entsprechend der Ansicht des Antragsgegners könnte sie damit im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung als **nicht mehr existent** anzusehen sein. In diesem Fall gäbe es ohnehin nichts mehr zu vollziehen, sodass auch der gestellte Eilantrag, der auf Ermöglichung der sofortigen Vollziehung gerichtet ist, ins Leere gehen würde.

Da die vorliegende (stattgebende) Widerspruchsentscheidung darauf gerichtet ist, den ursprünglichen Verwaltungsakt zum Erlöschen zu bringen, könnte von der Unwirksamkeit der Baugenehmigung aufgrund von § 43 Abs. 2 VwVfG auszugehen sein. Etwas anderes könnte sich aber daraus ergeben, dass der Antragsteller gegen den Widerspruchsbescheid Klage (nach § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO) erhoben hat. Aufgrund der aufschiebenden Wirkung dieser Klage könnte von der (vorläufigen) Nichtexistenz des Widerspruchsbescheides und damit von einem „Wiederaufleben“ der ursprünglichen Baugenehmigung auszugehen sein. Gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO hat die Anfechtungsklage – ebenso wie der Widerspruch – aufschiebende Wirkung. Nach ausdrücklicher Klarstellung in § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO gilt dies auch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten sowie Verwaltungsakten mit Doppelwirkung, sodass auch die Aufhebung einer Baugenehmigung im Widerspruchsverfahren suspendiert werden kann. In diesem Zusammenhang ist vorliegend auch nichts dafür ersichtlich, dass die Klage von vornherein einer aufschiebenden Wirkung nicht fähig ist, etwa wegen Verfristung (s. dazu Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 50 m.w.N.; AS-Skript VwGO, 3. Aufl. 2006, S. 209 f.). Mit der am 23.01.2007 bei Gericht eingegangenen Klage ist die Monatsfrist des § 74 Abs. 1 VwGO eingehalten. Auch ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 VwGO greift vorliegend nicht ein. Insbesondere ist nicht die – auch beim Widerspruchsbescheid mögliche (VGH München NVwZ-RR 1996, 422, 423) – Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ausgesprochen worden (s. Nr. 5 des Bearbeitungsvermerks). Somit ist durch die Anfechtungsklage des Antragstellers die aufschiebende Wirkung im Hinblick auf den Widerspruchsbescheid vom 08.01.2007 ausgelöst worden. Die aufschiebende Wirkung verbietet alle Maßnahmen, die in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf die Verwirklichung des Verwaltungsaktes gerichtet sind (h.L. der **Vollziehungs- oder Verwirklichungshemmung**; s. BVerwG NJW 1983, 776, 777; Redeker/vOertzen, VwGO, 14. Aufl. 2004, § 80 Rdnr. 4; Finkelnburg/Jank Rdnr. 641, S. 284; AS-Skript VwGO S. 212). Aus dem angefochtenen Verwaltungsakt dürfen also für die Dauer der aufschiebenden Wirkung keine Rechtsfolgen hergeleitet werden. Ob der suspendierte Verwaltungsakt darüber hinaus (tatsächlich) unwirksam ist (so die Lehre der **Wirksamkeitshemmung**; s. z.B. Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 22), braucht hier nicht entschieden zu werden, da sich daraus für den vorliegenden Fall keine weiterreichenden Rechtsfolgen (wie z.B. bei der Aufrechnung BVerwG a.a.O.; str.) herleiten ließen. Danach ist vorliegend davon auszugehen, dass der Widerspruchsbescheid (vorerst) als nicht ergangen und damit die ursprüngliche Baugenehmigung als nach wie vor existent anzusehen ist. Trotz ihrer Aufhebung im Widerspruchsverfahren kann sie daher Gegenstand eines Eilantrags nach § 80 a Abs. 3 VwGO sein (ebenso VGH Mannheim BRS 57 Nr. 243, S. 582 f. = VBIBW 1995, 431).

2. **Spezielle Antragsart** im Rahmen des § 80 a Abs. 3 VwGO könnte ein Antrag auf **Anordnung der sofortigen Vollziehung** gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 3 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO sein. Ausdrücklich und *expressis verbis* hat der Antragsteller einen solchen Antrag nicht gestellt. Stattdessen hat er beantragt, „die sofortige Vollziehbarkeit der Baugenehmigung herzustellen“, womit das letztlich erstrebte Ziel bezeichnet wird, nämlich die Baugenehmigung sofort realisieren zu können. Es kommt daher eine entsprechende Auslegung in einen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung in Betracht, wenn dies dem vorbezeichneten Antragsziel gerecht wird.

Der Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung greift (nur) für die Fälle ein, in denen dem eingelegten (oder noch einzulegenden) Rechtsbehelf entsprechend der Grundregel des



§ 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung zukommt. Für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist daher kein Raum, wenn die aufschiebende Wirkung spezialgesetzlich ausgeschlossen ist und der Verwaltungsakt daher bereits kraft Gesetzes sofort vollzogen werden kann. Der Anwendungsradius des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ist demnach durch § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-3 und S. 2 VwGO begrenzt: Soweit die aufschiebende Wirkung bereits kraft Gesetzes entfällt, ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung weder möglich noch nötig (Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. I, Stand April 2006, § 80 Rdnr. 139 a.E). Im vorliegenden Fall greift die Spezialregelung des § 212 a Abs. 1 BauBG ein, wonach Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens keine aufschiebende Wirkung haben. Danach wäre für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 3, Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO kein Raum.

Etwas anderes könnte sich aber daraus ergeben, dass die Bezirksregierung als Widerspruchsbehörde die Vollziehung der Baugenehmigung durch Bescheid vom 05.12.2006 gemäß § 80 a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 80 Abs. 4 VwGO bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Widerspruch ausgesetzt hat. Damit ist die Spezialregelung des § 212 a Abs. 1 BauGB vorläufig wieder außer Kraft gesetzt worden und der Bauherr darauf angewiesen, dass die Baugenehmigung wieder vollziehbar gemacht wird. Bedenken bestehen jedoch, ob zur Erreichung dieses Zieles die Anordnung der sofortigen Vollziehung erforderlich ist. Es könnte nämlich die **gerichtliche Aufhebung der (behördlichen) Aussetzungsentscheidung**, die gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO ausdrücklich vorgesehen ist, ausreichend sein. Damit kommt die gesetzliche Regelung des § 212 a Abs. 1 BauGB wieder voll zur Geltung. Durch eine solche Vorgehensweise ist der Bauherr auch hinreichend gegen erneute Aussetzungsentscheidungen geschützt. In materieller Hinsicht prüft das Gericht nämlich nicht nur die Rechtmäßigkeit der behördlichen Aussetzungsentscheidung, sondern nimmt – ebenso wie im Falle des § 80 Abs. 5 VwGO – im Rahmen einer eigenen Ermessensentscheidung eine umfassende Interessenabwägung vor (Finkelnburg/Jank Rdnr. 836, S. 387). Kommt es dabei zu dem Ergebnis, dass das Vollzugsinteresse höher zu bewerten ist als das Aussetzungsinteresse des Dritten, so ist die Behörde jedenfalls bei unveränderter Sach- und Rechtslage daran gehindert, eine abweichende Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 172). Richtige Antragsart ist daher ein Antrag auf gerichtliche Aufhebung der behördlichen Aussetzungsentscheidung gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO (so ausdrücklich VGH München BayVBl. 2003, 406 = BauR 2003, 669; VGH Mannheim BRS 57 Nr. 243, S. 582 = VBIBW 1995, 431; im Erg. ebenso OVG Münster BRS 62 Nr. 191, S. 781, 782; Finkelnburg/Jank Rdnr. 820, S. 382 oben; Budroweit/Wuttke JuS 2006, 876, 879; AS-Skript VwGO S. 254; a.A. Schoch VwGO § 80 Rdnr. 216; Fricke in Hoppenberg/deWitt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Bd. 2, Stand März 2006, Kap. K V Rdnr. 31 und 91: Antrag auf Vollzugsanordnung, was ebenfalls vertretbar ist; s. Nachwort).

Der vom Antragsteller gestellte Antrag kann ohne weiteres entsprechend ausgelegt werden. Der von ihm verwendete neutrale Begriff „Herstellung der sofortigen Vollziehbarkeit“ erfasst nämlich nicht nur die Anordnung der sofortigen Vollziehung i.S.v. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, sondern auch die Aufhebung der getroffenen Aussetzungsentscheidung. Da damit der gesetzlich angeordnete Ausschluss der aufschiebenden Wirkung (hier nach § 212 a Abs. 1 BauGB) wieder auflebt, laufen nämlich beide Anträge auf dasselbe vom Antragsteller angestrebte Ziel hinaus. Es handelt sich hier also nicht um eine Umdeutung des Antrags, die im Hinblick auf die anwaltliche Vertretung bedenklich sein könnte (Finkelnburg/Jank Rdnr. 297, S. 141 für das Verhältnis von gerichtlichem Aussetzungsverfahren und einstweiligem Anordnungsverfahren; a.A. offenbar Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 21 und § 123 Rdnr. 4). Völlig unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Antragsgegner offenbar von einem Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung ausging. Denn die Antragsart bestimmt sich allein nach dem Begehren des Antragstellers und nicht nach der Rechtsauffassung des Antragsgegners (vgl. § 88 VwGO).



Der Antrag des Antragstellers ist nach alledem als Antrag auf gerichtliche Aufhebung der Aussetzungsentscheidung der Bezirksregierung Neustadt vom 05.12.2006 gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1. Fall 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2, § 80 Abs. 4 VwGO statthaft.

III. Für Anträge gemäß § 80 a Abs. 3 VwGO ist – ebenso wie für Anträge nach § 80 Abs. 5 VwGO – in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO die **Antragsbefugnis** erforderlich (Finkelnburg/Jank Rdnr. 827, S. 384; Zilkens JuS 2006, 338, 339). Diese steht dem Antragsteller zu. Er kann geltend machen, durch die infolge der Aussetzungsentscheidung drohenden Verzögerungen des Bauvorhabens in seinem Recht auf Grundeigentum (Art. 14 GG) verletzt zu sein.

IV. Für den Antrag muss weiterhin ein **Rechtsschutzbedürfnis** bestehen.

Bedenken dagegen könnte man wegen Fehlens eines **vorgeschaleteten behördlichen Verfahrens** auf Aufhebung der Aussetzungsentscheidung haben. Ein solches Erfordernis könnte sich aus § 80 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 6 VwGO ergeben. Danach könnte es erforderlich gewesen sein, dass die vom Gericht erstrebte Regelung zunächst bei der Behörde beantragt und dieser Antrag abgelehnt worden ist. Ob und inwieweit dies der Fall ist, wird allerdings unterschiedlich und kontrovers beantwortet. Nach einem Großteil der Rspr. und Rechtslehre stellt die diesbezügliche Verweisung in § 80 a Abs. 3 S. 2 VwGO lediglich eine Rechtsgrundverweisung dar und gilt daher nur für den sachlichen Geltungsbereich des § 80 Abs. 6 VwGO, also nur für die Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO (OVG Koblenz DÖV 2004, 167 f.; Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 80 a Rdnr. 18 f.; Kopp/Schenke § 80 a Rdnr. 21 m.w.N.; Finkelnburg/Jank Rdnr. 830, S. 385; Zilkens JuS 2006, 338, 340). Nach der Gegenmeinung ist die Verweisung des § 80 a Abs. 3 S. 2 VwGO mangels entsprechender Einschränkungen als Rechtsfolgenverweisung anzusehen ist und erfasst daher grundsätzlich auch die übrigen Fälle des § 80 a VwGO (OVG Lüneburg BauR 2004, 1596; OVG Koblenz NVwZ 1994, 1015). Nach einer vermittelnden Ansicht soll ein vorgeschaltetes behördliches Verfahren nur für das Begehren auf Anordnung der sofortigen Vollziehung erforderlich sein, während die Aussetzung der Vollziehung wegen ihrer besonderen Eilbedürftigkeit unmittelbar beim Gericht beantragt werden könne (Schoch § 80 a Rdnr. 75 und 78; Redeker/vOertzen § 80 a Rdnr. 5 a; AS-Skript, Die öffentlich-rechtliche Assessor Klausur 2, 7. Aufl. 2006, S. 258 oben und 260 unten). Andere halten ein vorgeschaltetes behördliches Verfahren (nur) dann für erforderlich, wenn die Behörde bislang noch nicht mit der Frage der Vollziehbarkeit befasst war, sei es in Form der Anordnung der sofortigen Vollziehung (OVG Weimar ThürVBl 2006, 152, 153) oder – wie hier – in Form der Aussetzung der Vollziehung beim gesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung (Schmaltz DVBl. 1992, 230, 234; Heydemann NVwZ 1993, 419, 424). Der Streit in dieser Frage braucht indes nur entschieden zu werden, wenn es tatsächlich an einem vorgeschaltetem behördlichen Verfahren fehlt. Behörde i.S.d. § 80 Abs. 6 VwGO wäre hier allein die Widerspruchsbehörde, da sie die Aussetzungsentscheidung getroffen hat. Die Ausgangsbehörde dagegen wäre als untergeordnete Behörde gar nicht befugt, eine von der übergeordneten Widerspruchsbehörde abweichende Regelung zu treffen und die Aussetzungsentscheidung der Bezirksregierung aufzuheben (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 111; zur Bindungswirkung des Widerspruchsbescheides s. auch BVerwG NVwZ 2002, 1252, 1254). Vorliegend hat der Antragsteller bei der Bezirksregierung die „Rückgängigmachung“ ihrer Aussetzungsentscheidung beantragt, was letztlich auf die Aufhebung hinausläuft. Wenn der Antragsgegner demgegenüber meint, der Antragsteller hätte die „Anordnung der sofortigen Vollziehung“ beantragen müssen, so widerspricht dies den obigen Ausführungen zur Antragsart (s. A II 2, S. 2 f.). Der somit zutreffend gestellte Antrag auf Rückgängigmachung (= Aufhebung) der Aussetzungsentscheidung ist von der Bezirksregierung zwar nicht ausdrücklich abgelehnt worden. Mit der Aufhebung der Baugenehmigung im Widerspruchsverfahren hat die Bezirksregierung jedoch eindeutig zu erkennen gegeben, dass sie nicht gewillt ist, dem Antragsteller die sofortige Realisierung des Bauvorhabens zu ermöglichen. Darin liegt – sozusagen als Minus – die konkludente Ablehnung der Aufhebung ihrer Aussetzungsentscheidung. Dem Sinn und Zweck des Vorschaltverfahrens, nämlich die Verwaltungsgerichte zu



entlasten (Puttler in Sodan/Ziekow § 80 Rdnr. 179), ist damit vollauf Genüge getan. Da die Widerspruchsentscheidung auch dem Antragsteller zugestellt worden ist (s. Nr. 5 des Bearbeitungsvermerks), liegt in jedem Falle ein den Erfordernissen des § 80 Abs. 6 VwGO genügend vorgeschaltetes behördliches Verfahren vor.

Das Rechtsschutzbedürfnis kann nach alledem nicht infrage gestellt werden.

V. Die **Verfahrensvollmacht** des Vertreters des Antragstellers (§ 67 Abs. 3 VwGO) ergibt sich aus der für das Klageverfahren eingereichten Prozessvollmacht. Letztere erfasst nämlich gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 82 ZPO auch das vorläufige Rechtsschutzverfahren (Kopp/Schenke § 67 Rdnr. 55).

Die Vertretungsbefugnis des Beklagtenvertreters ist jedenfalls wegen der hinterlegten Generalvollmacht gegeben. Abgesehen davon geht die inzwischen h.M. davon aus, dass Behördenbedienstete mit Befähigung zum Richteramt (bzw. Diplomjuristen) im Hinblick auf die Regelung des § 67 Abs. 1 S. 3 VwGO keiner Vollmacht bedürfen (BVerwG NVwZ 1994, 266; DVBl. 1996, 381; Kopp/Schenke § 67 Rdnr. 12; a.A. BVerwG NVwZ 1992, 1088).

VI. Für die Entscheidung über den Antrag auf Aufhebung des Aussetzungsbescheides ist gemäß § 80 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO das **Gericht der Hauptsache** zuständig. Danach ist das Verwaltungsgericht Neustadt schon deshalb zur Entscheidung über den vorliegenden Antrag berufen, weil die Hauptsacheklage bereits vor diesem Gericht anhängig gemacht worden ist (vgl. Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 142). Darüber hinaus ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit für das Hauptsacheverfahren auch nach Maßgabe der §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO gegeben. Eine Baugenehmigung betrifft ein ortsgebundenes Rechtsverhältnis i.S.d. § 52 Nr. 1 VwGO (Kopp/Schenke § 52 Rdnr. 7).

VII. Richtiger **Antragsgegner** ist analog § 78 Abs. 1 VwGO grundsätzlich die Ausgangsbehörde (Nr. 2) bzw. die sie tragende Körperschaft (Nr. 1), da der zu vollziehende Verwaltungsakt von dieser erlassen worden ist (Finkelnburg/Jank Rdnr. 827, S. 384; Debus Jura 2006, 487, 489; Zilkens JuS 2006, 338, 340). Wendet sich jedoch – wie hier – der Antragsteller gegen eine Maßnahme der Widerspruchsbehörde (Aussetzungsentscheidung), so ist der Antrag nach § 80 a Abs. 3 VwGO gegen diese bzw. die sie tragende Körperschaft zu richten (Finkelnburg/Jank a.a.O.). Dies entspricht der Regelung des § 78 Abs. 2 VwGO, wonach „Behörde“ i.S.d. § 78 Abs. 1 VwGO die Widerspruchsbehörde ist, wenn die Beschwerde erst durch die Widerspruchsentscheidung eingetreten ist. Da im Land L von der Ermächtigung des § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO kein Gebrauch gemacht wurde (s. Nr. 7 des Bearbeitungsvermerks), ist der Antrag in Übereinstimmung mit § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu Recht gegen das Land L als Träger der Bezirksregierung gerichtet worden.

*Anm.: Nur scheinbar a.A. ist der VGH Mannheim (NVwZ-RR 1998, 611, 612), der nicht die Behörde, sondern den Nachbarn als richtigen Antragsgegner ansah. In diesem Fall ging es nicht um eine behördliche, sondern um eine gerichtliche Aussetzungsentscheidung, die der Nachbar zuvor erwirkt hatte. Da es sich um ein Rechtsmittelverfahren gegen die gerichtliche Aussetzungsentscheidung handelte, war Beschwerdegegner der Nachbar als Antragsteller des erstinstanzlichen Verfahrens.*

## B. Begründetheit des Antrags

I. Anhaltspunkte dafür, dass die Aussetzungsentscheidung der Bezirksregierung formell rechtswidrig ist und daher – spiegelbildlich analog zur formfehlerhaften Vollzugsanordnung (s. dazu AS-Skript VwGO S. 224) – schon aus diesem Grunde aufzuheben ist, liegen nicht vor. Insbesondere war die Bezirksregierung als Widerspruchsbehörde für die Aussetzung zuständig (§ 80 Abs. 4 S. 1 VwGO). Eine Anhörung des dadurch belasteten Antragstellers ist anlässlich der Stellungnahme über den Widerspruch (§ 71 VwGO) erfolgt. Letztlich kann daher offen bleiben, ob die Aussetzung – wiederum spiegelbildlich analog zur Vollzugsanordnung – überhaupt einer Anhörung gemäß (bzw. analog) § 28 VwVfG bedarf (s. dazu Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 109 i.V.m. Rdnr. 82).



Falls man in analoger (spiegelbildlicher) Anwendung des § 80 Abs. 3 VwGO auch eine Begründung der (drittbelastenden) Aussetzungsentscheidung für erforderlich hält (so Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 112 a.E. und § 80 a Rdnr. 13 b), so ist auch diesem Erfordernis Genüge getan (s. Klageschrift).

II. In **materieller** Hinsicht unterliegt der Antrag auf Aufhebung einer Aussetzungsentscheidung den gleichen Regeln wie der Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung, da es in beiden Fällen um das Vollziehbarmachen des begünstigenden Verwaltungsaktes geht. Materiell ist der Antrag daher begründet, wenn das Gericht aufgrund einer eigenen, originären Ermessensentscheidung zu dem Ergebnis kommt, dass das **Verwirklichungsinteresse** des Begünstigten das **Suspendierungsinteresse** des belasteten Dritten **überwiegt** (Finkelnburg/Jank Rdnr. 836, S. 387; AS-Skript VwGO S. 260; AS-Skript, Die öffentlich-rechtliche Assessor Klausur 2, S. 269; s. auch OVG Münster NVwZ 2006, 481; OVG Weimar ThürVBl 2006, 152, 154 sowie Zilkens JuS 2006, 338, 340 für den umgekehrten Fall der Aussetzung eines drittbelastenden Verwaltungsakts).

1. Ein überwiegendes Vollzugsinteresse ist zunächst dann anzunehmen, wenn der angefochtene Verwaltungsakt nach summarischer Prüfung offensichtlich **rechtmäßig** ist (VGH München NVwZ 1998, 1191, 1194; VGH Kassel DVBl. 1990, 718, 719; VGH Mannheim VBlBW 1990, 137, 138; Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 58 Rdnr. 43, S. 655 oben; Zilkens JuS 2006, 338, 342; AS-Skript VwGO a.a.O.). Ein darüber hinausgehendes, besonderes Interesse gerade am Sofortvollzug, wie es teilweise beim Aussetzungsverfahren im Rahmen eines zweipoligen Rechtsverhältnisses (§ 80 Abs. 5 VwGO) verlangt wird (BVerfG NVwZ 2004, 93, 94; OVG Münster NVwZ 2006, 481, 483; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 159), bedarf im Falle des privaten Gebrauchmachens von einer Begünstigung keiner besonderen Hervorhebung. Der begünstigte Adressat als Privatperson hat nämlich (fast) immer ein schutzwürdiges Interesse daran, von einem rechtmäßigen Verwaltungsakt auch sofort Gebrauch machen zu können (AS-Skript VwGO S. 254). Ob ein besonderes Vollzugsinteresse dann erforderlich ist, wenn es um die (mittelbare) Begünstigung eines Dritten durch einen belastenden Verwaltungsakt, wie im Falle einer nachbarschützenden Bauordnungsverfügung (Fälle des § 80 a Abs. 2 VwGO), geht, braucht hier nicht entschieden zu werden (bejahend OVG Berlin LKV 1999, 196 LS 1; zustimmend Redeker/vOertzen § 80 a Rdnr. 10). Im vorliegenden Fall geht es nämlich um die unmittelbare Begünstigung des Adressaten (Fälle des § 80 a Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VwGO).

Die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung vom 16.10.2006 hängt davon ab, ob das beabsichtigte Vorhaben **planungsrechtlich zulässig** ist. Da das Vorhaben im Gebiet eines (qualifizierten) Bebauungsplanes liegt, kommt es nach § 30 Abs. 1 BauGB entscheidend darauf an, ob es den Festsetzungen des Bebauungsplanes entspricht. Dies wiederum richtet sich, da das betreffende Gebiet laut Bebauungsplan als „allgemeines Wohngebiet“ ausgewiesen ist, nach § 4 BauNutZVO. Gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 BauNutZVO werden nämlich durch die Festsetzung von Baugebieten die Vorschriften der §§ 2 bis 14 BauNutZVO Bestandteil des Bebauungsplanes. Dabei ist das Gericht nicht an die planungsrechtliche Einstufung der Genehmigungsbehörde – hier § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNutZVO – gebunden und auf deren Überprüfung beschränkt, zumal auf die Baugenehmigung grundsätzlich ein Anspruch besteht (zur fehlenden Bindung des Gerichts an die Rechtsauffassung der Behörden allgemein s. BVerwGE 122, 1, 3 = NVwZ 2005, 215; AS-Skript VwGO S. 165).

a) § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNutZVO sieht als Regelbebauung im allgemeinen Wohngebiet u.a. „die der Versorgung des Gebiets dienenden **Schankwirtschaften**“ vor. Der Begriff der Schankwirtschaft ist abzugrenzen von dem der Vergnügungsstätte i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNutZVO, was allerdings Schwierigkeiten bereiten kann, wenn in einer Gaststätte sowohl Getränke verabreicht als auch „Vergnügen“ geboten wird. Entscheidend ist in diesem Fall, wo das jeweilige Übergewicht liegt. Bei ausgesprochenen Tanzlokalen wie Diskotheken liegt das Übergewicht eindeutig bei der Musikdarbietung, der Tanzgelegenheit und der damit verbundenen „Möglichkeit des Kennenlernens“, also beim sog. Vergnügen; der Konsum von Getränken tritt demgegenüber in den Hintergrund. Es ist daher folgerichtig, Diskotheken be-



grifflich nicht als Schankwirtschaften, sondern als Vergnügungsstätten einzuordnen (BVerwG NVwZ 2000, 1054; Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rdnr. 1363, S. 489 und Rdnr. 1434 S. 512; Fickert/Fieseler, BauNutzVO, 10. Aufl. 2002, § 4 a Rdnr. 22.2 und 22.3; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Bd. V, Stand Juli 2006, § 4 BauNutzVO Rdnr. 21, Stichwort: Diskotheken; Ziegler in Kohlhammer Kommentar zum BauGB, Bd. 6, Stand Mai 2006, § 4 a BauNutzVO Rdnr. 69). Danach ist das Vorhaben nicht nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNutzVO zulässig.

b) Das Vorhaben des Antragstellers könnte – entsprechend seiner Ansicht – als „**sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb**“ i.S.v. § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNutzVO anzusehen sein. In diesem Fall wäre, da auch die in der BauNutzVO vorgesehenen Ausnahmen Bestandteil des Bebauungsplanes werden (§ 1 Abs. 3 S. 2 BauNutzVO), die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB eröffnet (Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg a.a.O., Bd. II, Stand Juli 2006, § 31 Rdnr. 23; Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. 2005, § 31 Rdnr. 13).

Gegen die Einordnung als „sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb“ spricht jedoch, dass der Verordnungsgeber – anders als vor der Novellierung im Jahre 1990 – den Begriff der „Vergnügungsstätte“ enumerativ aufführt. Durch die nunmehr detaillierte Regelung in den einzelnen hierfür vorgesehenen Baugebieten hat der Verordnungsgeber die Vergnügungsstätten als eigene Nutzungsart erfasst und sie aus dem Begriff des „sonstigen Gewerbebetriebes“ herausgenommen. Deren Zulässigkeit ist somit in der BauNutzVO abschließend geregelt (BVerwG DÖV 1991, 111; NVwZ 2000, 1054; OVG Münster BRS 65 Nr. 165, S. 724; Gelzer/Bracher/Reidt a.a.O. Rdnr. 1431, S. 510 f.; im Ergebnis ebenso Fickert/Fieseler a.a.O., § 4 Rdnr. 22.3). Da sie nicht in den Katalog des § 4 BauNutzVO fallen, können sie somit nicht über den Umweg der Einordnung als „sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb“ zugelassen werden (anders die h.M. vor der Novellierung; z.B. BVerwGE 68, 207, 212; s. auch den Meinungsstand bei Knaup/Stange, BauNutzVO, 7. Aufl. 1983, S. 49). Unerheblich ist daher in diesem Zusammenhang, ob von dem Diskothekenbetrieb tatsächlich Störungen ausgehen würden.

c) Da auch **Befreiungstatbestände** nach § 31 Abs. 2 BauGB nicht vorliegen (s. Nr. 3 des Bearbeitungsvermerks), ist der Diskothekenbetrieb in dem hier gegebenen allgemeinen Wohngebiet planungsrechtlich unzulässig. Die Baugenehmigung vom 16.10.2006 ist daher rechtswidrig.

2. Umstritten ist, ob allein die objektive Rechtswidrigkeit einem überwiegenden Verwirklichungsinteresse entgegensteht oder ob dazu die (subjektive) **Rechtsverletzung des Dritten** hinzukommen muss.

a) Teilweise wird – analog zum fehlenden öffentlichen Vollzugsinteresse beim rechtswidrigen Verwaltungsakt im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO – angenommen, auch eine Privatperson habe kein schutzwürdiges Interesse an der Verwirklichung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes. In diesem Falle überwiege grundsätzlich das Suspendierungsinteresse des Dritten (Ennuschat NWVBl 2005, 319, 321, 322; Proppe JA ÜbbI. 1992, 62, 67; Pietzner/Ronellenfisch § 58 Rdnr. 43, S. 654; offenbar auch Kirste VBlBW 2001, 71, 78). Ein überwiegendes Verwirklichungsinteresse könne dann allenfalls aus einer von den Erfolgsaussichten unabhängigen Interessenabwägung hergeleitet werden (OVG Saarlouis BRS 40 Nr. 170 zur alten Rechtslage).

b) Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass das Suspendierungsinteresse des Dritten nicht schutzwürdig sein kann, wenn dieser nicht in eigenen Rechten verletzt ist. Dementsprechend würde er auch im Hauptsacheverfahren – trotz Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts – erfolglos bleiben. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – der Dritte im Widerspruchsverfahren (zunächst) Erfolg hatte. Denn bei fehlender Rechtsverletzung ist der stattgebende Widerspruchsbescheid rechtswidrig und muss – trotz Rechtswidrigkeit des AusgangsVA – auf Klage des Begünstigten aufgehoben werden. Bei fehlender Rechtsverletzung verbleibt es daher letztendlich bei der rechtswidrigen Begünstigung. Dementsprechend geht



die h.M. zu Recht davon aus, dass das Suspendierungsinteresse des Dritten nur dann überwiegt, wenn er in eigenen Rechten verletzt ist (OVG Münster DÖV 2004, 581 f.; VGH Mannheim BauR 2006, 1862, 1863; OVG Weimar ThürVBl 2006, 152, 154, 157; VG Gera ThürVBl 2006, 13; VG Hannover NVwZ-RR 2006, 16, 17; Puttler in Sodan/Ziekow § 80 a Rdnr. 26 und 31; Redeker/vOertzen § 80 a Rdnr. 10; AS-Skript VwGO S. 260 f.; AS-Skript Die öffentlich-rechtliche Assessorklausur 2, S. 270). Hierin liegt auch kein Widerspruch zum Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO, bei welchem die Rechtsverletzung i.d.R. nicht ausdrücklich verlangt wird. Denn im Rahmen des dort gegebenen zweipoligen Rechtsverhältnisses ist der Antragsteller als Adressat des ihn belastenden Verwaltungsaktes praktisch immer in eigenen Rechten – zumindest aus Art. 2 Abs. 1 GG – verletzt. In den Fällen des § 80 a VwGO kann dagegen die Rechtsverletzung des Dritten – ebenso wie bei der Nachbarklage – durchaus problematisch sein. Somit kommt es im vorliegenden Fall darauf an, ob die Beigeladene in ihren Rechten verletzt ist.

aa) Dazu ist zunächst erforderlich, dass die verletzte Norm **nachbarschützenden Charakter** hat. Die Vorschrift des § 4 BauNutZVO betrifft die **Art der baulichen Nutzung**. Durch die Bestimmungen der §§ 2 ff. BauNutZVO werden jedem der dort genannten Baugebiete bestimmte Funktionen zugeordnet. Damit die jeweiligen Funktionen erfüllt werden können, ist es erforderlich, dass sich alle Betroffenen im Rahmen der vorgegebenen Nutzung halten. Die Planbetroffenen werden dadurch im Hinblick auf die Nutzung ihrer Grundstücke zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbunden. Die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit des eigenen Grundstücks wird dadurch ausgeglichen und erst dadurch zumutbar, dass auch alle anderen Grundeigentümer diesen Beschränkungen unterworfen sind. Wegen dieser Ausgleichsfunktion ist es allgemein anerkannt, dass die Vorschriften der §§ 2 ff. BauNutZVO über die Art der baulichen Nutzung nachbarschützend sind (BVerwGE 94, 151, 152, 155; NVwZ 2000, 679 und 1054, 1055; VGH München NVwZ-RR 2002, 490; BayVBl 2004, 664, 665; Battis/Krautzberger/Löhr a.a.O., § 31 Rdnr. 64; Kopp/Schenke § 42 Rdnr. 99; AS-Skript ÖffBauR, 3. Aufl. 2006, S. 153; zum – grundsätzlich fehlenden – Nachbarschutz der Vorschriften über das Maß der baulichen Nutzung s. Battis/Krautzberger/Löhr § 31 Rdnr. 68 m.w.N.; Kopp/Schenke a.a.O.).

bb) Die Beigeladene ist durch den Verstoß gegen die somit nachbarschützende Vorschrift des § 4 BauNutZVO aber nur dann in ihren Rechten verletzt, wenn sie auch zum **geschützten Personenkreis** gehört. Insoweit ist zunächst unproblematisch, dass das Grundeigentum (sowie andere eigentumsähnliche dingliche Berechtigungen) – anders als bloß obligatorische Nutzungsrechte (Miete, Pacht) – ein abwehrfähiges Recht darstellt (BVerwG NVwZ 1998, 956; VGH Mannheim VBlBW 2006, 394; Kopp/Schenke § 42 Rdnr. 97; Kaplonek/Mittag JA 2006, 664, 665; AS-Skript ÖffBauR S. 150; AS-Skript VwGO S. 253). Bedenken könnten jedoch hinsichtlich der räumlichen Reichweite des Nachbarschutzes bestehen. Aus der o.g. Ausgleichsfunktion folgt zunächst, dass der Nachbarschutz nicht auf die unmittelbar angrenzenden Nachbarn beschränkt sein kann (Gelzer/Bracher/Reidt Rdnr. 1812, S. 625). Vielmehr hat grundsätzlich jeder Eigentümer (oder sonst dinglich Berechtigte) eines bestimmten Plangebietes einen Anspruch auf Einhaltung der festgesetzten Nutzungsart, also einen „Gebietserhaltungsanspruch“ (BVerwG NVwZ 2000, 679, 680 und 1054, 1055; VGH München a.a.O.; Konrad JA 2006, 59; Schoch Jura 2004, 317, 319 f.). Da mit der Zulassung einer artfremden Nutzung das oben beschriebene Austauschverhältnis gestört und die (schleichende) Verfremdung des Gebietes eingeleitet wird, bedeutet bereits dies eine potentielle Verschlechterung für die übrigen Planbetroffenen, sodass es auf eine konkrete Beeinträchtigung ihres Eigentums nicht ankommt (BVerwG a.a.O.; VGH München BayVBl 2004, 664, 665; Kopp/Schenke § 42 Rdnr. 99; Konrad a.a.O.). Danach ist grundsätzlich auch die räumliche Entfernung zwischen dem genehmigten Vorhaben und dem Grundstück des Rechtsbehelfsführers unbeachtlich. Da das Grundstück der Beigeladenen **demselben Plangebiet** (allgemeines Wohngebiet) wie das des Antragstellers angehört, wäre danach der Nachbarschutz für die Beigeladene unproblematisch. Ein Teil der Rspr. und Lit. will allerdings eine Ausnahme für den Fall machen, dass das Grundstück des Rechtsbehelfsführers aufgrund besonderer Umstände nicht mehr im **Einwirkungsbereich** des genehmigten Vorhabens liegt, insbe-



sondere wenn es vom Standort des genehmigten Bauvorhabens so weit entfernt liegt, dass es von den belastenden Auswirkungen nicht mehr betroffen ist (VGH Mannheim BRS 27 Nr. 31, S. 59; Dürr in Kohlhammer Kommentar zum BauGB, Bd. 2, Stand Sept. 2005, § 30 Rdnr. 82; ähnlich Gelzer/Bracher/Reidt Rdnr. 1812, S. 626 oben und Rdnr. 1824, S. 629; Zilkens JuS 2006, 338, 339). Ob man dem folgt, braucht hier nicht entschieden zu werden, da dieser Ausnahmefall ersichtlich nicht gegeben ist. Das Grundstück der Beigeladenen liegt nämlich durchaus im Einwirkungsbereich des genehmigten Vorhabens, wie sich aus den Schutzgütern der betreffenden Gebietsfestsetzung ergibt. Bei einem Wohngebiet geht es nämlich nicht nur um die (akustische und optische) „Wohnruhe“, sondern auch um den „Wohnwert“ und das „Wohnklima“ (VGH Mannheim a.a.O.; Ernst/Zinkahn/Bielenberg a.a.O. Bd. V, § 3 BauNutztVO Rdnr. 27). Auch danach kommt es also nicht darauf an, ob vom Hause der Beigeladenen aus der unmittelbare Betrieb der Diskothek optisch und akustisch wahrnehmbar ist. Da sich ihr Grundstück nur 100 m entfernt und auf derselben Straße befindet, ist sie mit dem planwidrigen Vorhaben konfrontiert, sobald sie das Haus um einige Schritte verlässt. Vor allem aber wäre sie – auch vom Innern des Hauses – den Auswirkungen des „Umfeldes“ des Diskothekenbetriebes ausgesetzt. Da die Diskothek am Ende der Kantstraße, einer Sackgasse, errichtet werden soll, gilt dies insbesondere für den An- und Abfahrverkehr. Dieser würde in einem Wohngebiet auch als funktionsfremd empfunden, da Diskotheken erfahrungsgemäß nicht nur Bewohner des engeren Umfeldes anziehen, sondern einen erheblich größeren Einzugsbereich haben. Hinzu kommt, dass insbesondere der Abfahrtsverkehr zu später Nachtstunde erfolgt. Dadurch würde das „Wohnklima“ in einer auch für die Beigeladene erheblichen Weise beeinträchtigt, ohne dass es darauf ankommt, ob auch Ruhestörungen zu befürchten sind. Die Beigeladene gehört daher in jedem Fall zum geschützten Personenkreis. Sie wird daher in ihren Rechten aus § 4 BauNutztVO verletzt.

Nach alledem überwiegt das Suspendierungsinteresse der Beigeladenen. Der Antrag auf Aufhebung der Aussetzungsentscheidung ist daher unbegründet und zurückzuweisen.

### **C. Kostenentscheidung**

Gemäß § 154 Abs. 1 VwGO hat der Antragsteller als unterlegener Teil die Kosten des Verfahrens zu tragen. Dabei sind gemäß § 162 Abs. 3 VwGO auch etwaige außergerichtliche Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären. Sie hat nämlich (erfolgreich) einen eigenen Antrag gestellt und sich damit dem Kostenrisiko des § 154 Abs. 3 VwGO ausgesetzt. In diesem Fall entspricht es der Billigkeit, ihre etwaigen Kosten dem unterlegenen Teil, hier also dem Antragsteller, aufzuerlegen (Kopp/Schenke § 162 Rdnr. 23 m.w.N.).



Daraus ergibt sich der nachstehende

**Entscheidungsentwurf:**

**Verwaltungsgericht Neustadt**

Az: 5 D 63/07

**Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

des Kaufmanns Ernst Schneider, Kantstraße 23, Seefeld,

Antragstellers,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Bauer in Seefeld -

g e g e n

das Land L, vertreten durch die Bezirksregierung Neustadt, Turmstraße 2-6, Neustadt,

Antragsgegner,

Beigeladen: die Rechtspflegerin Irmgard Vogel, Kantstraße 11, Seefeld,

wegen Vollzugs einer Baugenehmigung,

hat das Verwaltungsgericht Neustadt – 5. Kammer – am 22.02.2007 durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Carstens sowie die Richterinnen am Verwaltungsgericht Reuber und Sommer beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen.

**Begründung**

I.

Der Antragsteller ist Eigentümer des Wohn- und Geschäftshauses Kantstraße 23 in Seefeld. Die Kantstraße ist eine Sackgasse ohne Seitenstraßen. Sie liegt in einem Gebiet, das durch Bebauungsplan der Stadt Seefeld als „allgemeines Wohngebiet“ ausgewiesen ist. Das Anwesen des Antragstellers liegt am Ende der Straße. Mit Ausnahme eines Ladenlokals im Hause des Antragstellers befinden sich auf der Kantstraße nur Wohnhäuser.

Der nunmehr 65-jährige Antragsteller betrieb bis zum 30.11.2006 im Erdgeschoss seines Hauses eine Fahrradhandlung mit Reparaturwerkstatt. Um die – insgesamt 120 m<sup>2</sup> großen – Räumlichkeiten im Erdgeschoss nach der Aufgabe des Geschäftsbetriebes besser vermieten zu können, hatte er beim Bauaufsichtsamt der Stadt Seefeld die Genehmigung zum Umbau der Räume als Tanzlokal (Diskothek) beantragt. Diese Genehmigung wurde ihm durch Bauschein vom 16.10.2006 erteilt. Dabei wurde das Vorhaben als „sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb“ i.S.v. § 4 Abs. 3 Nr. 2 der Baunutzungsverordnung (BauNutzVO) eingestuft und demgemäß eine Ausnahme nach § 31 Abs. 1 des Baugesetzbuches (BauGB) zugelassen.

Gegen diese Baugenehmigung legte die Beigeladene, Eigentümerin und Bewohnerin des 100 m entfernt liegenden Hauses Kantstraße Nr. 11, mit einem vom 30.10.2006 datierten Schreiben Widerspruch ein, welcher bei der Stadt Seefeld am darauf folgenden Tage einging. In dem Schreiben beantragte sie gleichzeitig, die Vollziehung der Baugenehmigung auszusetzen. Das Widerspruchsschreiben wurde dem Antragsteller zur Stellungnahme zugeleitet, woraufhin dessen Verfahrensbevollmächtigter dem Widerspruchsbegehren einschließlich dem darin enthaltenen Aussetzungsbegehren widersprach. Gleichwohl verfügte die Bezirksregierung in Neustadt mit einem vom 05.12.2006 datierten Vorabbescheid die Aussetzung der Baugenehmigung. Der Tenor der Entscheidung lautet:



„Die Vollziehung der Baugenehmigung des Widerspruchsgegners vom 16.10.2006 wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Widerspruch der Widerspruchsführerin vom 30.10.2006 ausgesetzt.“

Mit Schreiben vom 13.12.2006, bei der Bezirksregierung am darauf folgenden Tag eingegangen, ließ der Antragsteller daraufhin durch seinen Verfahrensbevollmächtigten beantragen, die Aussetzungsentscheidung wieder rückgängig zu machen. Durch Widerspruchsbescheid vom 08.01.2007 hob die Bezirksregierung sodann die dem Antragsteller erteilte Baugenehmigung wieder auf, ohne dabei auf den vorbezeichneten Antrag vom 13.12.2006 einzugehen. Die sofortige Vollziehung wurde in dem Widerspruchsbescheid nicht angeordnet. In beiden Entscheidungen wurde zur Begründung ausgeführt, von dem Betrieb einer Diskothek seien Störungen zu erwarten, die den Bewohnern in dem hier gegebenen, durch Bebauungsplan ausgewiesenen allgemeinen Wohngebiet nicht zugemutet werden könnten. Es handle sich daher nicht mehr um einen „nicht störenden Gewerbebetrieb“ i.S.v. § 4 Abs. 3 Nr. 2 Bau-NutzVO. Die Beigeladene werde dadurch als Eigentümerin und Bewohnerin des nahe gelegenen, demselben Baugebiet (allgemeines Wohngebiet) zuzuordnenden Wohnhauses auch in ihren Rechten verletzt.

Gegen den Widerspruchsbescheid hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 22.01.2007, bei Gericht am darauf folgenden Tag eingegangen, Anfechtungsklage (nach § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO) erhoben. Für dieses Verfahren hat sein Bevollmächtigter Prozessvollmacht eingereicht.

Mit dem vorliegenden – ebenfalls vom 22.01.2007 datierten und am 23.01.2007 bei Gericht eingegangenen – Antrag begehrt der Antragsteller im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die „Herstellung der sofortigen Vollziehbarkeit“ der Baugenehmigung durch das Gericht. Unter Bezugnahme auf die Klagebegründung vertritt er die Ansicht, die Baugenehmigung sei rechtmäßig, da angesichts der ihm auferlegten Schallisierungsmaßnahmen Störungen für die Nachbarschaft ausgeschlossen seien. Selbst wenn jedoch Störungen zu befürchten wären, so sei die Beigeladene wegen der räumlichen Lage ihres Grundstücks in keinem Fall davon betroffen. Sie werde daher durch die Baugenehmigung nicht in ihren Rechten verletzt. Sei der Widerspruchsbescheid somit rechtswidrig, so könne er – der Antragsteller – mit den Bauarbeiten nicht bis zum Abschluss des Klageverfahrens warten, wie dies in der Aussetzungsentscheidung vorgesehen sei. Im Hinblick auf die Aufgabe des eigenen Geschäftsbetriebes sei er auf die zu erwartenden Mieteinnahmen dringend angewiesen. In der bisherigen Branche habe das Ladenlokal nicht vermietet werden können. Bei längerem Leerstand sei auch mit einer Minderung des Mietwertes zu rechnen.

Der Antragsteller beantragt,

„die sofortige Vollziehbarkeit der Baugenehmigung des Oberbürgermeisters der Stadt Seefeld vom 16.10.2006 herzustellen.“

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er hält den Antrag bereits für unzulässig. Nach der erfolgten Aufhebung im Widerspruchsverfahren sei eine Baugenehmigung, deren sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet werden könnte, überhaupt nicht mehr vorhanden. Weiterhin mangle es an einem vorgeschalteten behördlichen Verfahren nach § 80 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 6 VwGO. Der Antragsteller habe bislang weder bei der Stadt Seefeld noch bei der Bezirksregierung einen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung der Baugenehmigung gestellt. Allein der an die Bezirksregierung gerichtete Antrag auf Rückgängigmachung der Aussetzungsentscheidung reiche nicht aus. Darüber hinaus sei der Antrag auch unbegründet. Die Baugenehmigung sei, wie sich aus dem Widerspruchsbescheid ergebe, rechtswidrig. Schon aus diesem Grunde könne dem Antragsteller ein überwiegendes Vollzugsinteresse nicht zur Seite stehen.



Die Beigeladene beantragt ebenfalls,  
den Antrag zurückzuweisen.

Sie vertritt – ebenso wie in ihrem Widerspruch vom 30.10.2006 – die Ansicht, Diskotheken seien in einem allgemeinen Wohngebiet unzulässig. Als Eigentümerin und Bewohnerin eines Hauses desselben Wohngebietes sei sie durch die Baugenehmigung auch in ihren Rechten verletzt, wobei es auf die räumliche Entfernung nicht ankomme.

## II.

Der vorliegende Antrag des Antragstellers, „die sofortige Vollziehbarkeit“ der ihm erteilten Baugenehmigung „herzustellen“, ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet.

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, da die Baugenehmigung vom 16.10.2006, um deren Vollziehung (Realisierung) es geht, aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Landesbauordnung (BauO), des BauGB sowie der BauNutztVO erteilt worden ist. Auch die Aussetzungsentscheidung der Bezirksregierung vom 05.12.2006, gegen die der Antragsteller sich wendet, ist eine hoheitliche Maßnahme, da sie aufgrund von § 80 a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 80 Abs. 4 VwGO ergangen ist.

Der gestellte Antrag ist auf eine gerichtliche Schutzmaßnahme nach § 80 a Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VwGO gerichtet und in diesem Rahmen statthaft. Es geht um die Vollziehung eines für den Adressaten und Antragsteller des vorliegenden Verfahrens begünstigenden Verwaltungsaktes, gegen den ein (dadurch belasteter) Dritter, nämlich die Beigeladene, einen Rechtsbehelf i.S.v. § 80 Abs. 1 VwGO eingelegt hat. Dabei ist, wie sich insbesondere aus § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO ergibt, der Begriff der Vollziehung nicht auf die Verwaltungsvollstreckung beschränkt, sondern erfasst auch alle behördlichen Folge- und Ausführungsmaßnahmen und darüber hinaus auch das (private) Gebrauchmachen von einer Begünstigung. Letzteres ist bei der Realisierung einer Baugenehmigung der Fall.

Bedenken gegen die Statthaftigkeit eines Eilantrags nach § 80 a Abs. 3 VwGO bestehen auch nicht etwa deshalb, weil die Baugenehmigung vom 16.10.2006 bereits durch den Widerspruchsbescheid vom 08.01.2007 aufgehoben worden ist. Den diesbezüglichen Einwänden des Antragsgegners ist zwar insoweit zu folgen, als bei einem Wegfall des zu vollziehenden Verwaltungsaktes für Eilanträge nach §§ 80 und 80 a VwGO kein Raum mehr ist, weil es dann ohnehin nichts mehr zu vollziehen gibt. Insbesondere würde dann auch der vorliegende, auf Ermöglichung der sofortigen Vollziehung gerichtete Eilantrag ins Leere gehen. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners führt die Aufhebung im Widerspruchsverfahren vorliegend jedoch nicht dazu, dass die Baugenehmigung im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung als nicht mehr existent anzusehen wäre. Zwar ist der Tenor des Widerspruchsbescheides darauf gerichtet, den ursprünglichen Verwaltungsakt zum Erlöschen zu bringen. Gleichwohl kann für das vorliegende Verfahren nicht von der Unwirksamkeit der Baugenehmigung aufgrund von § 43 Abs. 2 VwVfG ausgegangen werden. Dem steht nämlich entscheidend entgegen, dass der Antragsteller gegen den Widerspruchsbescheid Klage (nach § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO) erhoben hat. Aufgrund der aufschiebenden Wirkung dieser Klage ist von der (vorläufigen) Nichtexistenz des Widerspruchsbescheides und damit von einem „Wiederaufleben“ der ursprünglichen Baugenehmigung auszugehen. Gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO hat die Anfechtungsklage – ebenso wie der Widerspruch – aufschiebende Wirkung. Nach ausdrücklicher Klarstellung in § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO gilt dies auch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten sowie Verwaltungsakten mit Doppelwirkung, sodass auch die Aufhebung einer Baugenehmigung im Widerspruchsverfahren suspendiert werden kann. Dafür, dass die Klage von vornherein einer aufschiebenden Wirkung nicht fähig ist, etwa wegen Verfristung, ist nichts ersichtlich. Mit der am 23.01.2007 bei Gericht eingegangenen Klage ist nämlich die Monatsfrist des § 74 Abs. 1 VwGO in jedem Fall eingehalten. Auch ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 VwGO greift vorliegend nicht ein. Insbesondere ist nicht die – auch beim Widerspruchsbescheid mögliche – sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet worden. Die folglich durch die Anfechtungsklage des



Antragstellers im Hinblick auf den Widerspruchsbescheid vom 08.01.2007 ausgelöste aufschiebende Wirkung verbietet alle Maßnahmen, die in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf die Verwirklichung des Verwaltungsaktes gerichtet sind. Aus dem an gefochtenen Verwaltungsakt dürfen also für die Dauer der aufschiebenden Wirkung keine Rechtsfolgen hergeleitet werden. Danach ist vorliegend davon auszugehen, dass der Widerspruchsbescheid (vorerst) als nicht ergangen und damit die ursprüngliche Baugenehmigung als nach wie vor existent anzusehen ist. Trotz ihrer Aufhebung im Widerspruchsverfahren kann sie nach alledem Gegenstand eines Eilantrags nach § 80 a Abs. 3 VwGO sein.

Spezielle Antragsart im Rahmen des § 80 a Abs. 3 VwGO ist der Antrag auf gerichtliche Aufhebung der von der Widerspruchsbehörde getroffenen Aussetzungsentscheidung. Gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 2 VwGO kann nämlich das Gericht behördliche Maßnahmen nach den Abs. 1 und 2 VwGO aufheben. Zu diesen behördlichen Maßnahmen gehört nach § 80 a Abs. 1 Nr. 2 insbesondere die Aussetzung der Vollziehung eines begünstigenden Verwaltungsaktes auf Antrag des dadurch belasteten Dritten. Wird diese Entscheidung vom Gericht wieder aufgehoben, so wird der Bauherr jedenfalls durch die getroffene Aussetzungsentscheidung nicht mehr an der Realisierung seines Vorhabens gehindert.

Dem Anliegen des Antragstellers wäre allerdings auch damit gedient, wenn das Gericht gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 3 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung der Baugenehmigung anordnet. Ein solcher Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung greift aber (nur) für die Fälle ein, in denen dem eingelegten (oder noch einzulegenden) Rechtsbehelf entsprechend der Grundregel des § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung zukommt. Für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist daher kein Raum, wenn die aufschiebende Wirkung spezialgesetzlich ausgeschlossen ist und der Verwaltungsakt daher bereits kraft Gesetzes sofort vollzogen werden kann. Der Anwendungsradius des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ist demnach durch § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-3 und S. 2 VwGO begrenzt: Soweit die aufschiebende Wirkung bereits kraft Gesetzes entfällt, ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung weder möglich noch nötig. Im vorliegenden Fall greift die Spezialregelung des § 212 a Abs. 1 BauBG ein, wonach Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens keine aufschiebende Wirkung haben. Danach ist für die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Baugenehmigung nach § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 3, Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO kein Raum.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Bezirksregierung als Widerspruchsbehörde die Vollziehung der Baugenehmigung durch Bescheid vom 05.12.2006 gemäß § 80 a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 80 Abs. 4 VwGO bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Widerspruch ausgesetzt hat. Zwar ist damit die Spezialregelung des § 212 a Abs. 1 BauBG vorläufig wieder außer Kraft gesetzt worden und der Bauherr darauf angewiesen, dass die Baugenehmigung wieder vollziehbar gemacht wird. Zur Erreichung dieses Zieles ist jedoch die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht erforderlich. Entsprechend den obigen Ausführungen ist die gerichtliche Aufhebung der (behördlichen) Aussetzungsentscheidung gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO völlig ausreichend. Damit kommt nämlich die gesetzliche Regelung des § 212 a Abs. 1 BauBG wieder voll zur Geltung. Durch eine solche Vorgehensweise ist der Bauherr auch hinreichend gegen erneute Aussetzungsentscheidungen geschützt. In materieller Hinsicht prüft das Gericht nämlich nicht nur die Rechtmäßigkeit der behördlichen Aussetzungsentscheidung, sondern nimmt – ebenso wie im Falle des § 80 Abs. 5 VwGO – im Rahmen einer eigenen Ermessensentscheidung eine umfassende Interessenabwägung vor. Kommt es dabei zu dem Ergebnis, dass das Vollzugsinteresse höher zu bewerten ist als das Aussetzungsinteresse des Dritten, so ist die Behörde jedenfalls bei unveränderter Sach- und Rechtslage daran gehindert, eine abweichende Interessenabwägung vorzunehmen. Sachdienliche Antragsart ist danach ein Antrag auf gerichtliche Aufhebung der behördlichen Aussetzungsentscheidung gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO.



Zwar hat der Antragsteller ausdrücklich und *expressis verbis* einen solchen Antrag nicht gestellt. Der von ihm gestellte Antrag kann jedoch ohne weiteres entsprechend ausgelegt werden. Der in seinem Antrag verwendete neutrale Begriff „Herstellung der sofortigen Vollziehbarkeit“ erfasst nämlich nicht nur die Anordnung der sofortigen Vollziehung i.S.v. § 80 a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, sondern auch die Aufhebung der getroffenen Aussetzungsentscheidung. Da damit der gesetzliche angeordnete Ausschluss der aufschiebenden Wirkung (hier nach § 212 a Abs. 1 BauGB) wieder auflebt, laufen nämlich beide Anträge auf dasselbe vom Antragsteller angestrebte Ziel hinaus. Völlig unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Antragsgegner offenbar von einem Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung ausging. Denn die Antragsart bestimmt sich allein nach dem Begehren des Antragstellers und nicht nach der Rechtsauffassung des Antragsgegners (vgl. § 88 VwGO).

Der Antrag des Antragstellers ist nach alledem als Antrag auf gerichtliche Aufhebung der Aussetzungsentscheidung der Bezirksregierung Neustadt vom 05.12.2006 gemäß § 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2, § 80 Abs. 4 VwGO statthaft.

Die für Anträge gemäß § 80 a Abs. 3 VwGO – ebenso wie für Anträge nach § 80 Abs. 5 VwGO – in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Antragsbefugnis steht dem Antragsteller zu. Er kann geltend machen, durch die infolge der Aussetzungsentscheidung drohenden Verzögerungen des Bauvorhabens in seinem Recht auf Grundeigentum (Art. 14 GG) verletzt zu sein.

Für den gestellten Antrag kann dem Antragsteller weiterhin auch das Rechtsschutzbedürfnis nicht abgesprochen werden. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners kann dem Antragsteller insoweit nicht vorgehalten werden, er habe es vor Anrufung des Gerichts versäumt, sich zunächst an die Behörde selbst zu wenden, um dort sein Anliegen durchsetzen. In diesem Zusammenhang ist schon fraglich, inwieweit für gerichtliche Eilanträge nach § 80 a Abs. 3 VwGO ein vorgeschaltetes behördliches Verfahren überhaupt erforderlich ist. Zwar verweist § 80 a Abs. 3 S. 2 VwGO hinsichtlich der vorzunehmenden gerichtlichen Maßnahmen u.a. auf § 80 Abs. 6 VwGO, wonach ein solches vorgeschaltetes behördliches Aussetzungsverfahren vorgesehen ist. Nach einem Großteil der Rspr. und Rechtslehre stellt die diesbezügliche Verweisung in § 80 a Abs. 3 S. 2 VwGO jedoch lediglich eine Rechtsgrundverweisung dar und gilt daher nur für den sachlichen Geltungsbereich des § 80 Abs. 6 VwGO, also nur für die Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO. Darum geht es hier nicht. Aber auch dann, wenn man der Gegenmeinung folgt, wonach die Verweisung des § 80 a Abs. 3 S. 2 VwGO mangels entsprechender Einschränkungen als Rechtsfolgenverweisung anzusehen ist und daher grundsätzlich auch die übrigen Fälle des § 80 a Abs. 3 VwGO erfasst, so wäre den Erfordernissen eines vorgeschalteten behördlichen Verfahrens hier Genüge getan. Behörde i.S.d. § 80 Abs. 6 VwGO wäre hier allein die Widerspruchsbehörde, da sie die Aussetzungsentscheidung getroffen hat. Die Ausgangsbehörde dagegen wäre als untergeordnete Behörde gar nicht befugt, eine von der übergeordneten Widerspruchsbehörde abweichende Regelung zu treffen und die Aussetzungsentscheidung der Bezirksregierung aufzuheben. Vorliegend hat der Antragsteller bei der Bezirksregierung die „Rückgängigmachung“ ihrer Aussetzungsentscheidung beantragt, was letztlich auf die Aufhebung hinausläuft. Wenn der Antragsgegner demgegenüber meint, der Antragsteller hätte die „Anordnung der sofortigen Vollziehung“ beantragen müssen, so widerspricht dies den obigen Ausführungen zur Antragsart. Der somit zutreffend gestellte Antrag auf Rückgängigmachung (= Aufhebung) der Aussetzungsentscheidung ist von der Bezirksregierung zwar nicht ausdrücklich abgelehnt worden. Mit der Aufhebung der Baugenehmigung im Widerspruchsverfahren hat die Bezirksregierung jedoch eindeutig zu erkennen gegeben, dass sie nicht gewillt ist, dem Antragsteller die sofortige Realisierung des Bauvorhabens zu ermöglichen. Darin liegt – sozusagen als Minus – die konkludente Ablehnung der Aufhebung ihrer Aussetzungsentscheidung. Dem Sinn und Zweck des Vorschaltverfahrens, nämlich die Verwaltungsgerichte zu entlasten, ist damit vollauf Genüge getan. Da die Widerspruchsentscheidung



auch dem Antragsteller zugestellt worden ist, liegt in jedem Falle ein den Erfordernissen des § 80 Abs. 6 VwGO genügendes vorgeschaltetes behördliches Verfahren vor.

Der Antragsteller hat sich weiterhin an das gemäß § 80 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO zuständige Gericht der Hauptsache gewendet. Danach ist das Verwaltungsgericht Neustadt schon deshalb zur Entscheidung über den vorliegenden Antrag berufen, weil die Hauptsacheklage bereits vor diesem Gericht anhängig gemacht worden ist. Darüber hinaus ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit für das Hauptsacheverfahren auch nach Maßgabe der §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO gegeben. Eine Baugenehmigung betrifft ein ortsgebundenes Rechtsverhältnis i.S.d. § 52 Nr. 1 VwGO. Der Antrag ist schließlich in Übereinstimmung mit dem im Verfahren nach § 80 a Abs. 3 VwGO analog heranzuziehenden § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu Recht gegen das Land L als Träger der Widerspruchsbehörde, die die im Streit befindliche Aussetzungsentscheidung getroffen hat, gerichtet worden.

Der danach zulässige Antrag ist jedoch in der Sache nicht begründet. Es liegen zunächst keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Aussetzungsentscheidung der Bezirksregierung formell rechtswidrig und daher – spiegelbildlich analog zur formfehlerhaften Vollzugsanordnung – schon aus diesem Grunde aufzuheben ist. Insbesondere war die Bezirksregierung als Widerspruchsbehörde für die Aussetzung zuständig (§ 80 Abs. 4 S. 1 VwGO). Eine Anhörung des dadurch belasteten Antragstellers ist anlässlich der Stellungnahme über den Widerspruch (§ 71 VwGO) erfolgt, sofern man im Rahmen der Aussetzungsentscheidung eine Anhörung überhaupt für erforderlich hält. Schließlich ist die Aussetzungsentscheidung auch begründet worden, sofern man in analoger (spiegelbildlicher) Anwendung des § 80 Abs. 3 VwGO eine solche Begründung für erforderlich hält.

Auch in materieller Hinsicht ist der Antrag nicht begründet. Die insoweit vom Gericht aufgrund einer eigenen, originären Ermessensentscheidung zu treffende Interessenabwägung führt nicht zu dem Ergebnis, dass das Verwirklichungsinteresse des begünstigten Antragstellers das Suspendierungsinteresse der belasteten Beigeladenen überwiegt.

Ein überwiegendes Vollzugsinteresse kann zunächst nicht mit der Begründung angenommen werden, der zu vollziehende Verwaltungsakt sei nach summarischer Prüfung offensichtlich rechtmäßig. Es ist zwar richtig, dass im Falle offensichtlicher Rechtmäßigkeit das Vollzugsinteresse des begünstigten Adressaten das Aussetzungsinteresse des belasteten Dritten überwiegt. Insoweit bedarf es für den Adressaten eines begünstigenden Verwaltungsaktes mit drittbelastender Wirkung auch nicht eines darüber hinausgehenden, besonderen Interesses gerade am Sofortvollzug, wie es teilweise beim Aussetzungsverfahren im Rahmen eines zweipoligen Rechtsverhältnisses (§ 80 Abs. 5 VwGO) verlangt wird. Der begünstigte Adressat als Privatperson hat nämlich immer ein schutzwürdiges Interesse daran, von einem rechtmäßigen Verwaltungsakt auch sofort Gebrauch machen zu können. Im vorliegenden Fall ist jedoch der zu vollziehende Verwaltungsakt nicht offensichtlich rechtmäßig; er ist im Gegenteil offensichtlich rechtswidrig.

Die dem Antragsteller erteilte Baugenehmigung vom 16.10.2006 ist rechtswidrig, da das geplante Vorhaben bauplanungsrechtlich nicht zulässig ist. Es verstößt gegen § 30 Abs. 1 BauGB, da es den Festsetzungen des hier maßgeblichen Bebauungsplanes nicht entspricht. Das Vorhaben des Antragstellers fällt nämlich nicht in den Katalog des § 4 BauNutzVO, welcher die zulässigen Bauvorhaben in einem auch hier gegebenen allgemeinen Wohngebiet aufzählt. Dieser Katalog ist, abgesehen von – hier nicht einschlägigen – Nebenanlagen i.S.v. § 14 BauNutzVO, abschließend mit der Folge, dass alle dort nicht aufgeführten Vorhaben den Festsetzungen des Bebauungsplanes widersprechen. Gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 BauNutzVO werden nämlich durch die Festsetzung von Baugebieten die Vorschriften der §§ 2 bis 14 BauNutzVO Bestandteil des Bebauungsplanes. Da sich die vom Antragsteller beabsichtigte Errichtung einer Diskothek unter keines der in § 4 BauNutzVO genannten Bauobjekte einordnen lässt, widerspricht sein Vorhaben folglich den Festsetzungen des Bebauungsplanes. In diesem Zusammenhang nützt es dem Antragsteller auch nichts, dass das Gericht nicht an die planungsrechtliche Einstufung der Genehmigungsbehörde – hier § 4 Abs. 3 Nr. 2 Bau-



NutzVO – gebunden und auf deren Überprüfung beschränkt ist, sondern im Hinblick auf den grundsätzlichen Genehmigungsanspruch eine umfassende Prüfung der einschlägigen planungsrechtlichen Norm vorzunehmen hat. Denn das Vorhaben des Antragstellers fällt insgesamt nicht unter § 4 BauNutzVO, und zwar weder unter die Tatbestände der Regelbebauung (§ 4 Abs. 2 BauGB) noch die der zulässigen Ausnahmen des allgemeinen Wohngebiets (§ 4 Abs. 3 BauNutzVO).

Bei dem beabsichtigten Diskothekenbetrieb handelt es sich zunächst nicht um eine „der Versorgung des Gebiets dienende Schankwirtschaft“, welche § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNutzVO als Regelbebauung im allgemeinen Wohngebiet vorsieht. Es handelt sich vielmehr um eine Vergnügungsstätte i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNutzVO, die im allgemeinen Wohngebiet gerade nicht als zulässiges Vorhaben aufgeführt ist. Die in diesem Zusammenhang vorzunehmende Abgrenzung kann allerdings zugegebenermaßen Schwierigkeiten bereiten, wenn in einer Gaststätte sowohl Getränke verabreicht als auch „Vergnügen“ geboten wird. Entscheidend ist in diesem Fall, wo das jeweilige Übergewicht liegt. Bei ausgesprochenen Tanzlokalen, wie Diskotheken, liegt das Übergewicht eindeutig bei der Musikdarbietung, der Tanzgelegenheit und der damit verbundenen „Möglichkeit des Kennenlernens“, also beim sog. Vergnügen; der Konsum von Getränken tritt demgegenüber in den Hintergrund. Entsprechend der einhelligen Meinung in Rspr. und Lit. ist es daher nur folgerichtig, Diskotheken begrifflich nicht als Schankwirtschaften, sondern als Vergnügungsstätten einzuordnen. Damit fallen sie aus dem Katalog der im allgemeinen Wohngebiet zulässigen Regelbebauung (§ 4 Abs. 2 BauNutzVO) heraus.

Das Vorhaben des Antragstellers kann – entgegen seiner Ansicht – auch nicht als „sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb“ i.S.v. § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNutzVO angesehen werden. Zwar wäre in diesem Fall, da auch die in der BauNutzVO vorgesehenen Ausnahmen Bestandteil des Bebauungsplanes werden (§ 1 Abs. 3 S. 2 BauNutzVO), die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB eröffnet. Gegen die Einordnung als „sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb“ spricht jedoch entscheidend, dass der Verordnungsgeber – anders als vor der Novellierung im Jahre 1990 – den Begriff der „Vergnügungsstätte“ enumerativ aufführt. Durch die nunmehr detaillierte Regelung in den einzelnen hierfür vorgesehenen Baugebieten hat der Verordnungsgeber die Vergnügungsstätten als eigene Nutzungsart erfasst und sie aus dem Begriff des „sonstigen Gewerbebetriebes“ herausgenommen. Deren Zulässigkeit ist somit in der BauNutzVO abschließend geregelt. Da sie nicht in den Katalog des § 4 BauNutzVO fallen, können sie nicht über den Umweg der Einordnung als „sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb“ zugelassen werden. Unerheblich ist daher in diesem Zusammenhang, ob von dem Diskothekenbetrieb tatsächlich Störungen ausgehen würden.

Da schließlich auch Befreiungstatbestände nach § 31 Abs. 2 BauGB nicht vorliegen, ist der Diskothekenbetrieb in dem hier gegebenen allgemeinen Wohngebiet planungsrechtlich unzulässig. Die Baugenehmigung vom 16.10.2006 ist nach alledem rechtswidrig, sodass unter dem Gesichtspunkt „offensichtlicher Rechtmäßigkeit“ der zu realisierenden Begünstigung ein überwiegendes Vollzugsinteresse nicht bejaht werden kann.

Der Antragsteller hat kein schutzwürdiges Interesse daran, von der rechtswidrigen Baugenehmigung sofort Gebrauch machen zu können. Vielmehr überwiegt das Aussetzungsinteresse der Beigeladenen, sodass für das Gericht kein Anlass bestand, die Aussetzungsentscheidung der Widerspruchsbehörde aufzuheben. Geht man – analog zum fehlenden öffentlichen Vollzugsinteresse beim rechtswidrigen Verwaltungsakt im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO – mit einer Mindermeinung davon aus, auch eine Privatperson habe kein schutzwürdiges Interesse an der Verwirklichung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes, so stehen das überwiegende Aussetzungsinteresse der Beigeladenen und damit das fehlende überwiegende Vollzugsinteresse des Antragstellers außer Frage. Zum gleichen Ergebnis gelangt man aber auch dann, wenn man mit der h.M. davon ausgeht, dass allein die objektive Rechtswidrigkeit ein überwiegendes Aussetzungsinteresse des Dritten noch nicht begründet, sondern die Verletzung subjektiver Rechte des Dritten hinzukommen muss. Diese Ansicht erscheint deshalb



überzeugender, weil das Suspendierungsinteresse des Dritten nicht schutzwürdig sein kann, wenn dieser nicht in eigenen Rechten verletzt ist. Dementsprechend würde er auch im Hauptsacheverfahren – trotz Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts – erfolglos bleiben. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – der Dritte im Widerspruchsverfahren (zunächst) Erfolg hatte. Denn bei fehlender Rechtsverletzung ist der stattgebende Widerspruchsbescheid rechtswidrig und muss – trotz Rechtswidrigkeit des AusgangsVA – auf Klage des Begünstigten aufgehoben werden (§ 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Bei fehlender Rechtsverletzung verbleibt es daher letztendlich bei der rechtswidrigen Begünstigung. Auch nach Maßgabe dieser Einschränkung überwiegt vorliegend das Aussetzungsinteresse der Beigeladenen. Diese wird nämlich durch die angefochtene Baugenehmigung durchaus in eigenen Rechten verletzt.

Der dazu zunächst erforderliche nachbarschützende Charakter des hier einschlägigen § 4 BauNutzVO ist gegeben, da diese Norm zu den Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung (§§ 2 ff. BauNutzVO) gehört, welche anerkanntermaßen nachbarschützenden Charakter haben. Durch diese Vorschriften werden nämlich jedem der dort genannten Baugebiete bestimmte Funktionen zugeordnet. Damit die jeweiligen Funktionen erfüllt werden können, ist es erforderlich, dass sich alle Betroffenen im Rahmen der vorgegebenen Nutzung halten. Die Planbetroffenen werden dadurch im Hinblick auf die Nutzung ihrer Grundstücke zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbunden. Die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit des eigenen Grundstücks wird dadurch ausgeglichen und erst dadurch zumutbar, dass auch alle anderen Grundeigentümer diesen Beschränkungen unterworfen sind. Wegen dieser Ausgleichsfunktion beinhalten die Vorschriften der §§ 2 ff. BauNutzVO über die Art der baulichen Nutzung nicht nur Pflichten, sondern korrespondierend damit auch entsprechende subjektive Rechte der Planbetroffenen.

Die Beigeladene gehört als Eigentümerin eines im Plangebiet gelegenen Grundstücks auch zu dem durch § 4 BauNutzVO geschützten Personenkreis. Daran ändert die räumliche Entfernung ihres Anwesens zum Standort des beabsichtigten Vorhabens nichts. Aus der o.g. Ausgleichsfunktion folgt nämlich, dass der Nachbarschutz nicht auf die unmittelbar angrenzenden Nachbarn beschränkt sein kann. Vielmehr hat grundsätzlich jeder Eigentümer (oder sonst dinglich Berechtigte) eines bestimmten Plangebietes einen Anspruch auf Einhaltung der festgesetzten Nutzungsart. Da mit der Zulassung einer artfremden Nutzung das oben beschriebene Austauschverhältnis gestört und die Verfremdung des Gebietes eingeleitet wird, bedeutet bereits dies eine potentielle Verschlechterung für die übrigen Planbetroffenen, sodass es auf eine konkrete Beeinträchtigung ihres Eigentums nicht ankommt. Danach ist grundsätzlich auch die räumliche Entfernung zwischen dem genehmigten Vorhaben und dem Grundstück des Rechtsbehelfsführers unbeachtlich. Ein Teil der Rspr. und Lit. will allerdings eine Ausnahme für den Fall machen, dass das Grundstück des Rechtsbehelfsführers aufgrund besonderer Umstände nicht mehr im Einwirkungsbereich des genehmigten Vorhabens liegt, insbesondere wenn es vom Standort des genehmigten Bauvorhabens so weit entfernt liegt, dass es den belastenden Auswirkungen nicht mehr ausgesetzt ist. Ob man dem folgt, braucht hier nicht entschieden zu werden, da dieser Ausnahmefall ersichtlich nicht gegeben ist. Das Grundstück der Beigeladenen liegt nämlich durchaus im Einwirkungsbereich des genehmigten Vorhabens, wie sich aus den Schutzgütern der betreffenden Gebietsfestsetzung ergibt. Bei einem Wohngebiet geht es nämlich nicht nur um die (akustische und optische) „Wohnruhe“, sondern auch um den „Wohnwert“ und das „Wohnklima“. Auch danach kommt es also nicht darauf an, ob vom Hause der Beigeladenen aus der unmittelbare Betrieb der Diskothek optisch und akustisch wahrnehmbar ist. Da sich ihr Grundstück nur 100 m entfernt und auf derselben Straße befindet, ist sie mit dem planwidrigen Vorhaben konfrontiert, sobald sie das Haus um einige Schritte verlässt. Vor allem aber wäre sie – auch vom Innern des Hauses – den Auswirkungen des „Umfeldes“ des Diskothekenbetriebes ausgesetzt. Da die Diskothek am Ende der Kantstraße, einer Sackgasse, errichtet werden soll, gilt dies insbesondere für den An- und Abfahrverkehr. Dieser würde in einem Wohngebiet auch als funktionsfremd empfunden, da Diskotheken erfahrungsgemäß nicht nur Bewohner des engen Umfeldes anziehen, sondern einen erheblich größeren Einzugsbereich haben. Hinzu



kommt, dass insbesondere der Abfahrtsverkehr zu später Nachtstunde erfolgt. Dadurch würde das „Wohnklima“ in einer auch für die Beigeladene erheblichen Weise beeinträchtigt, ohne dass es darauf ankommt, ob auch Ruhestörungen zu befürchten sind. Die Beigeladene gehört daher in jedem Fall zum geschützten Personenkreis. Sie wird in ihren Rechten aus § 4 BauNutzVO verletzt.

Nach alledem überwiegt das Suspendierungsinteresse der Beigeladenen. Der Antrag auf Aufhebung der Aussetzungsentscheidung war daher zurückzuweisen.

Gemäß § 154 Abs. 1 VwGO hat der Antragsteller als unterlegener Teil die Kosten des Verfahrens zu tragen. Dabei waren gemäß § 162 Abs. 3 VwGO auch etwaige außergerichtliche Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären. Sie hat nämlich (erfolgreich) einen eigenen Antrag gestellt und sich damit dem Kostenrisiko des § 154 Abs. 3 VwGO ausgesetzt. In diesem Fall entspricht es der Billigkeit, ihre etwaigen Kosten dem unterlegenen Teil aufzuerlegen.

**Rechtsmittelbelehrung:** Beschwerde gemäß §§ 146 Abs. 1, 147 VwGO unter Hinweis auf die Begründungspflicht des § 146 Abs. 4 VwGO

gez.  
Carstens

gez.  
Reuber

gez.  
Sommer

*Sehr geehrte Kursteilnehmerin, sehr geehrter Kursteilnehmer,*

*die Klausur weist wegen der nicht ganz alltäglichen Problematik einen durchaus gehobenen Schwierigkeitsgrad auf. Im Rahmen der Zulässigkeit des Antrags mussten Sie zunächst die richtige Antragsart herausarbeiten. Dabei war unschwer zu erkennen, dass es sich im Hinblick auf das hier gegebene dreipolige Rechtsverhältniss um einen Antrag auf Schutzmaßnahmen gemäß § 80 a Abs. 3 VwGO handelt. Bei der in diesem Zusammenhang auftauchenden Frage der fortdauernden Existenz des zu vollziehenden Verwaltungsaktes mussten Sie erkennen, dass infolge der durch die Klage gegen den Widerspruchsbescheid ausgelösten aufschiebenden Wirkung aus diesem vorerst keine Rechtsfolgen hergeleitet werden können und folglich die ursprüngliche Baugenehmigung als „wiederaufgelebt“ zu behandeln ist. Umständliche Ausführungen zum „Wesen“ der aufschiebenden Wirkung waren dabei nicht gefragt, da es darauf letztlich nicht ankam (vgl. VGH Mannheim BRS a.a.O. S. 583 = VBIBW 1995, 431). In aufbaumäßiger Hinsicht war es ohne weiteres vertretbar, diesen Problembereich nicht der Statthaftigkeit des Antrags, sondern dem Rechtsschutzbedürfnis zuzuordnen. Insofern konnten Sie eine Parallele zur gleichartigen Problematik beim Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ziehen. Dort wird die Frage, ob eine Erledigung des zu vollziehenden Verwaltungsaktes der Statthaftigkeit oder dem Rechtsschutzbedürfnis zuzuordnen ist, ebenfalls unterschiedlich beantwortet (s. dazu die Nachw. im AS-Skript VwGO S. 218 FN 845).*

*Ob Sie sich sodann innerhalb des § 80 a Abs. 3 VwGO für einen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 3 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 VwGO) oder für einen Antrag auf Aufhebung der von der Widerspruchsbehörde getroffenen Aussetzungsentscheidung (§ 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO) entschieden, war vom praktischen Ergebnis her zweitrangig. Der weitere Lösungsweg und damit auch das Ergebnis war in beiden Fällen (fast) gleich, da letztlich eine Abwägung der beteiligten Interessen vorzunehmen war. Dogmatisch dürfte allerdings der hier vertretenen Ansicht der Vorzug zu geben sein, weil sie das Anwendungsfeld des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung (Anwendungsbereich § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO) und das des Sofortvollzuges (Anwendungsbereich des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) klar voneinander abgrenzt. In diesem Sinne haben bereits mehrere Obergerichte in prozessual gleichgelagerten Fällen entschieden, dass der Rechtsschutz durch Aufhebung der Aussetzungsentscheidung zu gewähren ist (VGH München BayVBl. 2003, 406 = BauR 2003, 669; VGH Mannheim BRS 57 Nr. 243, S. 582 = VBIBW 1995, 431; OVG Münster BRS 62 Nr. 191, S. 782). Völlig unbedenklich ist es dagegen, einen Antrag auf (gerichtliche) Anordnung der sofortigen Vollzie-*



hung dann für statthaft zu halten, wenn die Aussetzungsentscheidung nicht wegen eines gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung, sondern wegen einer vorangegangenen behördlichen Vollzugsanordnung erfolgte (so Proppe JA ÜbbI. 1992, 652, 67 sowie Übungsklausur in BayVBl. 2003, 125, 127 zur Rechtslage vor Einfügung des § 212 a BauGB). Hier greift der Gesichtspunkt, dass das Anwendungsfeld des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung mit dem der Anordnung der sofortigen Vollziehung möglichst nicht miteinander zu vermischen ist, nicht ein.

Wer entgegen der hier vertretenen Lösung einen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 a Abs. 3 S. 1 Fall 3 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 VwGO) für statthaft hielt, hatte im Rahmen des Antragsgegners allerdings zu beachten, dass der Antrag dann nicht gegen das Land L als Träger der Widerspruchsbehörde, sondern gegen die Stadt Seefeld als Trägerin der Ausgangsbehörde zu richten war. Zwar ist auch dann die Beschwer erst durch die Entscheidung der Widerspruchsbehörde entstanden. Sieht man jedoch die Anordnung der sofortigen Vollziehung als maßgeblichen Streitgegenstand an, so ist im Rahmen des § 78 VwGO allein auf den Verwaltungsakt abzustellen, um dessen Vollziehung es geht. Dies ist ausschließlich die ursprüngliche Baugenehmigung. Für diesen Fall hatten Sie zu unterstellen, dass der Antrag von vornherein gegen die Stadt Seefeld gerichtet wurde (s. Nr. 1 des Bearbeitungsvermerks); das Rubrum war folglich entsprechend zu korrigieren.

Im Rahmen der Erörterung des „Vorschaltverfahrens“ (§ 80 Abs. 6 VwGO) war es nicht angezeigt, sich auf eine der beiden Meinungen zur Reichweite der Verweisungsvorschrift des § 80 a Abs. 3 S. 2 VwGO festzulegen. Es lag nämlich auf der Hand, dass durch den Antrag auf „Rückgängigmachung der Aussetzungsentscheidung“ sowie durch die anschließende Stattgabe des Widerspruchs der Vorschrift des § 80 Abs. 6 VwGO in jedem Fall Genüge getan war. Daher kam es auch nicht darauf an, ob die Ausnahmenvorschrift des § 80 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 VwGO (Untätigkeit der Behörde) eingreift. Völlig falsch wäre es dagegen gewesen, auf die Ausnahmeregelung des § 80 Abs. 6 S. 2 Nr. 2 VwGO abzustellen, wonach das Vorschaltverfahren dann entbehrlich ist, wenn „die Vollstreckung droht“. Zwar droht für den Nachbarn die Vollstreckung, wenn die Verwirklichung des Bauvorhabens unmittelbar bevorsteht (AS-Skript VwGO S. 257). Abgesehen davon, dass der Sachverhalt dafür zu wenig Anhaltspunkte bot, passt die Regelung des § 80 Abs. 6 S. 2 Nr. 2 VwGO von vornherein nur auf das Aussetzungsverfahren, mit welchem die (drohende) Vollstreckung abgewendet werden soll. Soll dagegen die Vollziehung – wie hier – durch den Antrag erst ermöglicht werden, so wird die Vollstreckung für den Rechtsschutzsuchenden nicht als „Bedrohung“ empfunden, sondern im Gegenteil herbeigewünscht.

Im Rahmen der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung mussten Sie – vorrangig, weil Regelbebauung und nicht nur Ausnahme – auch die Einordnung als „Schankwirtschaft“ (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNutztVO) erörtern, da das Gericht nicht an die planungsrechtliche Einstufung der Baubehörde gebunden ist. Sowohl die Einordnung unter § 4 Abs. 2 Nr. 2 als auch unter § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNutztVO war zwanglos zu beurteilen, wenn Sie den Begriff der „Vergnügungsstätte“ in § 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNutztVO entdeckt hatten. Hier erwies es sich wieder einmal als notwendig, ein Gesetzes- bzw. Verordnungswerk im Gesamtzusammenhang zu lesen. Dass neben der Rechtmäßigkeit auch die Rechtsverletzung zu problematisieren war, musste sich aus der Parallele zur Nachbarklage aufdrängen. Im Rahmen der Subsumtion der Rechtsverletzung war es notwendig, zwischen dem generellen nachbarschützenden Charakter der §§ 2 ff. BauNutztVO und – darauf aufbauend – der Reichweite dieses Nachbarschutztes zu unterscheiden. Dabei war es durchaus vertretbar, entsprechend der Ansicht des BVerwG allein darauf abzustellen, dass das Grundstück der Beigeladenen in demselben Plangebiet liegt wie das des Antragstellers. Für den unterlegenen Antragsteller ist es jedoch überzeugender, zusätzlich darauf abzustellen, dass das Grundstück der Beigeladenen darüber hinaus auch tatsächlich im Einwirkungsbereich des geplanten Vorhabens liegt.