



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 4 B 43.10  
OVG 7 A 640/09

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 8. November 2010  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Rubel,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Jannasch und  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Philipp

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 19. Juli 2010 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, der diese selbst trägt.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 10 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Beklagte hat dem Beigeladenen am 6. März 2007 eine Baugenehmigung mit dem Betreff „Nutzungsänderung: Gewerbebetrieb (von gewerbliches Lager in Büroräume)“ erteilt. Während des Berufungsverfahrens hat sie die Genehmigung mit Bescheid vom 5. Mai 2010 dahin abgeändert, dass die Anzahl der Pkw-Bewegungen, die gemäß Nr. 6 der Nebenbestimmung in den rückwärtigen Grundstücksbereich fahren dürfen, monatlich 300 Fahrzeuge nicht überschreiten darf; außerdem hat sie die Betriebszeit auf werktags von 7.00 Uhr bis 18.00 Uhr beschränkt. Der Beigeladene hatte zuvor in einem „Teilverzicht“ erklärt, dass er insoweit von der Baugenehmigung nicht mehr Gebrauch machen werde.
- 2 Die Klägerin hat geltend gemacht, dass auf die Genehmigung nicht teilweise verzichtet werden könne, denn der „Teilverzicht“ beziehe sich nicht auf einen

objektiv abgrenzbaren und benennbaren Teil der Genehmigung; jede Änderung einer Baugenehmigung lasse in der Regel ein aliud entstehen.

- 3 Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil des Verwaltungsgerichts zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass hier auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung vom 6. März 2007 abzustellen sei. Die Änderungsgenehmigung vom 5. Mai 2010 führe nicht dazu, dass es für die baurechtliche Zulässigkeit des Vorhabens auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung der Änderungsgenehmigung ankommen würde, denn mit ihr habe die Beklagte keine Genehmigung für ein sogenanntes aliud, also für ein Vorhaben erteilt, das von dem zuvor Genehmigten so erheblich abweicht, dass sich die Genehmigungsfrage neu gestellt hätte. Vielmehr bestätige die Änderungsgenehmigung der Sache nach lediglich den Teilverzicht des Beigeladenen, mit dem dieser eine in der Bandbreite der zuvor genehmigten Nutzung liegende Reduzierung des betrieblichen Geschehens erklärt habe (UA S. 15). Die nähere Umgebung habe jedenfalls am 6. März 2007 einem allgemeinen Wohngebiet entsprochen, in dem das Vorhaben des Beigeladenen als nicht störender Gewerbebetrieb ausnahmsweise habe zugelassen werden dürfen.

## II

- 4 Die auf die Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwGO gestützte Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision bleibt ohne Erfolg.
- 5 1. Die Rechtssache hat nicht die von der Klägerin geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung.
- 6 Die Klägerin möchte rechtsgrundsätzlich geklärt wissen,

ob und ggf. in welcher Konstellation im Rahmen einer Änderungs-/Nachtragsgenehmigung auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung der Ausgangsge-

nehmung oder auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung der Änderungsgenehmigung abzustellen ist.

- 7 Sie macht geltend, dass die nähere Umgebung jedenfalls bei Erteilung der Änderungsgenehmigung einem reinen Wohngebiet entsprochen habe, in dem der Gewerbebetrieb des Beigeladenen unzulässig sei.
- 8 Die bezeichnete Frage bedarf, soweit sie entscheidungserheblich wäre, nicht der Klärung in einem Revisionsverfahren. In einem Fall wie dem vorliegenden ist sie ohne Weiteres in dem vom Oberverwaltungsgericht entschiedenen Sinne zu beantworten.
- 9 Ob eine angefochtene Baugenehmigung den Nachbarn in seinen Rechten verletzt, beurteilt sich grundsätzlich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung. Nur nachträgliche Änderungen zugunsten des Bauherrn sind zu berücksichtigen. Änderungen zu seinen Lasten haben außer Betracht zu bleiben (Beschluss vom 23. April 1998 - BVerwG 4 B 40.98 - Buchholz 406.11 § 9 BauGB Nr. 87; Urteil vom 19. September 1969 - BVerwG 4 C 18.67 - Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 25 S. 59). Die erteilte Baugenehmigung vermittelt dem Bauherrn eine Rechtsposition, die sich, wenn ein Nachbar die Genehmigung anfecht, gegenüber während des Rechtsmittelverfahrens eintretenden Änderungen der Sach- und Rechtslage durchsetzen kann (Urteil vom 13. Dezember 2007 - BVerwG 4 C 9.07 - BVerwGE 130, 113 Rn. 13). Das ist in der Rechtsprechung geklärt. Auch das Oberverwaltungsgericht ist von diesem Grundsatz ausgegangen (UA S. 15).
- 10 Verzichtet der Bauherr teilweise auf die Ausnutzung der erteilten Baugenehmigung und schreibt die Genehmigungsbehörde diesen Verzicht durch eine Änderung der Genehmigung fest, richtet sich die Frage, ob der aufrechterhaltene Teil der Baugenehmigung den Nachbarn in seinen Rechten verletzt, weiterhin nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung der ursprünglichen Baugenehmigung. Denn auch für den aufrechterhaltenen Teil des Vorhabens hat der Bauherr bereits durch die Erteilung der Baugenehmigung eine gegenüber nachträglichen Änderungen der Sach- und Rechtslage geschützte

Rechtsposition erlangt. Durch die Änderung der Genehmigung wird in einem solchen Fall lediglich deren Umfang nachträglich eingeschränkt. Ein teilweiser Verzicht auf die Ausnutzung einer Baugenehmigung und eine entsprechende Änderung der Genehmigung sind allerdings nur möglich, wenn das genehmigte Vorhaben teilbar ist. Ob und inwieweit das der Fall ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Hier hat das Oberverwaltungsgericht die Reduzierung der höchstzulässigen Anzahl von Pkw-Bewegungen und der Betriebszeit als „eine in der Bandbreite der zuvor genehmigten Nutzung liegende Reduzierung des betrieblichen Geschehens“ (UA S. 15), das reduzierte Vorhaben also nicht als aliud, sondern als abtrennbaren Teil des ursprünglichen Vorhabens angesehen. An diese tatrichterliche Würdigung der hier gegebenen Umstände wäre der Senat in einem Revisionsverfahren gemäß § 137 Abs. 2 VwGO gebunden. Dass der Betrieb durch die genannte Reduzierung des Betriebsumfangs von einem störenden zu einem nicht störenden Gewerbebetrieb wird, steht der Teilbarkeit des Vorhabens nicht entgegen.

- 11 2. Als Divergenzrüge macht die Klägerin geltend, dass das Oberverwaltungsgericht von dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Oktober 1965 - BVerwG 4 C 3.65 - (BVerwGE 22, 129) abgewichen sei. In diesem Urteil habe das Bundesverwaltungsgericht den Grundsatz aufgestellt, dass es für die Frage der Rechtswidrigkeit einer Baugenehmigung grundsätzlich darauf ankomme, wie die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung beschaffen sei. Demgegenüber habe das Oberverwaltungsgericht den Rechtssatz zugrunde gelegt, dass es bei der zu beurteilenden Änderungsgenehmigung nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Änderungsgenehmigung für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ankomme, sondern auf den Zeitpunkt der Erteilung der Ursprungsgenehmigung.
- 12 Die geltend gemachte Divergenz liegt nicht vor. Einen Rechtssatz zu der hier entscheidungserheblichen Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung einer Nachbarklage gegen eine Baugenehmigung maßgebend ist, wenn der Bauherr auf die Ausnutzung der Baugenehmigung teilweise verzichtet und die Baugenehmigungsbehörde die Baugenehmigung entsprechend geändert hat, hat der

Senat in seinem Urteil vom 5. Oktober 1965 nicht aufgestellt. Um eine derartige Fallkonstellation ging es in der damaligen Entscheidung nicht.

- 13 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Jannasch

Dr. Philipp