
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



verkündet am 26.10.2018

gez.: Bleichrodt
Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

- 3. Senat -

3 KO 745/13

Verwaltungsgericht Weimar

- 5. Kammer -

5 K 395/06 We

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der Frau _____ K_____,
A_____, _____ K_____

Klägerin und Berufungsklägerin

bevollmächtigt:
Rechtsanwalt Thomas Jauch,
Zorbauer Hauptstraße 9, 06686 Lützen OT Zorbau

gegen

den Ilm-Kreis,
vertreten durch den Landrat,
Ritterstraße 14, 99310 Arnstadt

Beklagter und Berufungsbeklagter

wegen

Gaststättenrechts,
hier: Berufung

hat der 3. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Bathe, den Richter am Oberverwaltungsgericht Peters und den an das Gericht abgeordneten Richter am Sozialgericht Dr. Meisel

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Oktober 2018

für Recht erkannt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass ihr im Jahr 2005 eine gaststättenrechtliche Erlaubnis zu erteilen gewesen wäre.

Unter dem 20. Juni 1997 beantragte die "F_____ GbR" im Anschluss an einen Bauvorbescheid vom 28. Mai 1997 die Genehmigung für die Errichtung einer „Gastronomie-Erlebnisscheune“ auf dem Grundstück Flur 5 Nr. a___, A_____, in K_____. Dem Bauantrag war beigelegt eine Betriebsbeschreibung des Architekten S_____, nach der Ziel des Vorhabens die Errichtung eines Restaurants -Schank- und Speisewirtschaft- verbunden mit folkloristischen und kleinkünstlerischen Darbietungen und eigener Speisenherstellung mit täglichen Öffnungszeiten von 11.00 bis 24.00 Uhr war.

Im Einvernehmen mit der Gemeinde K_____ erließ der Beklagte unter dem 14. Oktober 1997 eine mit umfangreichen bauordnungsrechtlichen Nebenbestimmungen versehene Baugenehmigung zur Errichtung einer Gastronomie-Erlebnisscheune auf Grundlage der vorgelegten Betriebsbeschreibung. In einem ersten Nachtrag vom 8. Dezember 1997 wurde die Genehmigung um ein bautechnisches Prüfergebnis ergänzt.

In der Folge übernahm die Klägerin die Rechte aus den bestehenden Genehmigungen und offenen Bauanträgen.

Am 18. Oktober 2000 beantragte die Klägerin mit dem Ziel einer teilweisen Nutzungsänderung die Erweiterung der Baugenehmigung zur Nutzung der Scheune als Veranstaltungsraum mit - einem damit im zeitlichen Zusammenhang baurechtlich genehmigten und errichteten - Rang und Obergeschoss für verschiedene Anlässe und Musikdarbietungen ohne eigene Speisenherstellung mit einer Platzkapazität von maximal 200 Personen auf Grundlage einer am 27. November 2000 vorgelegten neuen Betriebsbeschreibung. Danach sollte die Erlebnisscheune als Schank- und Speisewirtschaft mit bis zu zwölf öffentlichen Musikveranstaltungen im Jahr betrieben werden, darüber hinaus sollten geschlossene Veranstaltungen in Form von Weihnachts-, Firmen-, und Familienfeiern durchgeführt werden. Mit Bescheid vom 30. November 2000 erließ der Beklagte einen als „2. Nachtrag zur Baugenehmigung vom 30. November 2000“ bezeichneten Bescheid, der unter anderem folgende Festlegung enthielt:

„Nach geänderter Betriebsbeschreibung (eingereicht 27.11.2000) will die Antragstellerin die Erlebnisscheune nur noch als Schank- und Speisewirtschaft i.S. von § 4a Abs. 2 Ziff. 2 BauNVO ganzjährig nutzen. Das Vorhaben stellt somit keine Vergnügungsstätte i.S. des § 4a Abs. 3 Ziff. 2 BauNVO dar.“

Die baulichen Veränderungen an der Erlebnisscheune wurden genehmigt; die Auflagen der ursprünglichen Baugenehmigung sollten bestehen bleiben.

Im Zeitraum zwischen Juli 2002 und Ende 2009 verpachtete die Klägerin die Erlebnisscheune an ihren Sohn _____ W_____, der sie nach den Maßgaben der genehmigten baulichen Nutzung betrieb.

Nachdem das Thüringer Landesverwaltungsamt in anderen, ebenfalls das Grundstück betreffenden Verwaltungsverfahren Zweifel an der Rechtmäßigkeit der

Baugenehmigungen geäußert hatte, begehrte die Klägerin die Aufhebung der Bescheide. Eine mit diesem Ziel erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht Weimar mit Urteil vom 10. Dezember 2003 (Az. 1 K 409/03.We) mit der Begründung mangelnder Klagebefugnis ab; es handele sich um lediglich begünstigende Verwaltungsakte, deren Bestand die Klägerin rechtlich nicht beschwere.

Eine im Jahr 2004 gegen den Beklagten auf den Ersatz der im Hinblick auf die genannten Baugenehmigungen getätigten Investitionen und des Pachtausfalls für den Zeitraum vom 1. Dezember 2000 bis 30. Juli 2002 gerichtete Klage wies das Thüringer Oberlandesgericht zweitinstanzlich mit Urteil vom 8. April 2009 mit der Begründung ab, dass weder mit der Baugenehmigung vom 14. Oktober 1997, noch mit der vom 30. November 2000 eine bauplanungsrechtlich unzulässige Vergnügungsstätte rechtswidrig erlaubt worden sei und es der Klägerin an einem nicht auf ihre eigene Verantwortung zurückgehenden Investitionsschaden fehle.

Unter dem 17. November 2005 beantragte die Klägerin die hier streitgegenständliche Gaststättenerlaubnis nach § 2 Abs. 1 GaststG. Sie bekundete darin, den Betrieb „Erlebnisscheune“ vom bisherigen Betriebsinhaber _____ W_____ zu übernehmen und fügte die Betriebsbeschreibung des Architekten S_____ bei, die sie bereits zum Bestandteil ihres Bauantrages vom Juni 1997 gemacht hatte.

Mit Bescheid vom 3. April 2006 versagte der Beklagte die Genehmigung. Das auf Grundlage der Betriebsbeschreibung von 1997 geplante Vorhaben sei mit der für das Betriebsgebäude gültigen Baugenehmigung in der Fassung des 2. Nachtrages vom 30. November 2000 nicht vereinbar. Diese beruhe auf der abweichenden Betriebsbeschreibung vom 27. November 2000, die wesentliche Beschränkungen enthielte. Unter dem 24. April 2006 legte die Klägerin Widerspruch ein, über den bisher nicht entschieden worden ist.

Bereits vorher, am 13. März 2006, hatte die Klägerin Untätigkeitsklage beim Verwaltungsgericht Weimar erhoben. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung bestehe. Das Vorhaben sei nach der Baugenehmigung vom 14. Oktober 1997, die Grundlage des gaststättenrechtlichen Genehmigungsverfahrens sei, zulässig. Diese Baugenehmigung sei zu keinem Zeitpunkt zurückgenommen oder widerrufen worden.

Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens trat am 1. Dezember 2008 das Thüringer Gaststättengesetz in Kraft, nach dessen § 2 Abs. 1 es keiner Genehmigung, sondern lediglich der Anzeige der Betriebsaufnahme bedurfte. Unter dem 9. April 2009 zeigte der Ehemann der Klägerin, Herr _____ K____, den Betrieb der „Erlebnisscheune“ an.

Die Klägerin hat aufgrund der Änderung der Rechtslage ihren Vortrag umgestellt und nunmehr die Feststellung begehrt, dass die Gaststättengenehmigung bis zum Inkrafttreten der Neuregelung zu gewähren war bzw. der Versagungsbescheid rechtswidrig gewesen ist. Sie verfüge über das erforderliche Feststellungsinteresse, da sie wegen der Verweigerung der Genehmigung für den Zeitraum von der Antragstellung am 18. November 2005 bis zum Inkrafttreten der Novellierung des Thüringer Gaststättengesetzes am 1. Dezember 2008 beabsichtige, Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten geltend zu machen.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

festzustellen, dass bis zum Inkrafttreten des Thüringer Gaststättengesetzes vom 19. Oktober 2008 am 1. Dezember 2008 ein Anspruch der Klägerin auf Erteilung der beantragten Gaststättenerlaubnis bestanden hat;

hilfsweise, dass der Versagungsbescheid des Beklagten rechtswidrig war.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass auch die auf Feststellung des Genehmigungsanspruches gerichtete Klage unbegründet sei, da der vom 2. Nachtrag zur Baugenehmigung vom 30. November 2000 maßgeblich gestaltete bauplanungsrechtliche Rahmen die gaststättenrechtliche Genehmigung des auf Grundlage der Betriebsbeschreibung von 1997 geplanten Vorhabens nicht zulasse. Auch unter Berücksichtigung der zivilgerichtlichen Urteile ergebe sich nichts anderes.

Mit Urteil vom 12. Januar 2010 hat das Verwaltungsgericht Weimar die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass das erforderliche Feststellungsinteresse nicht gegeben sei. Es fehle bereits an der substantiierten Darlegung, dass der Klägerin überhaupt ein Schaden durch die Verweigerung der

Gaststättenerlaubnis entstanden sein könnte, da die Erlebnisscheune im fraglichen Zeitraum verpachtet gewesen sei. Eine Wiederholungsgefahr sei ebenfalls nicht erkennbar.

Dem Antrag der Klägerin, die Berufung gegen das Urteil zuzulassen, hat der Senat mit Beschluss vom 4. Dezember 2013, zugestellt am 28. Januar 2014, wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten der Sache entsprochen.

In ihrer am 26. Februar 2014 bei Gericht eingegangenen Berufungsbegründung vertritt die Klägerin die Auffassung, dass ein Feststellungsinteresse bereits wegen ihrer Absicht, den Beklagten im Wege eines Amtshaftungsprozesses in Anspruch zu nehmen, bestehe. Keinesfalls könne ein solches Verfahren als aussichtslos bezeichnet werden. Es sei davon auszugehen, dass der Schadensersatzanspruch über den Betrag, den sie durch das Pachtverhältnis eingenommen habe, hinausgehe. Eine eigene Bewirtschaftung unter den Bedingungen der erstrebten Genehmigung wäre ertragreicher gewesen. Im Übrigen wiederholt sie ihren erstinstanzlichen Vortrag. Die baurechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der begehrten Genehmigung seien gegeben gewesen. Die Reichweite der Baugenehmigung vom Oktober 1997 sei durch den 2. Nachtrag vom 30. November 2000 nicht beschränkt worden. Auf ihrer Grundlage habe die begehrte Gaststättenerlaubnis erteilt werden müssen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Weimar vom 12. Januar 2010 abzuändern und festzustellen, dass sie bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Thüringer Gaststättengesetzes vom 19. Oktober 2008 am 1. Dezember 2008 einen Anspruch auf Erteilung der am 17. November 2005 beantragten Gaststättenerlaubnis hatte.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt im Wesentlichen die erstinstanzliche Entscheidung und wiederholt und vertieft seine Ausführungen aus dem erstinstanzlichen Verfahren. Es fehle am erforderlichen Feststellungsinteresse. Der beabsichtigte Amtshaftungsprozess sei

aussichtslos; die Verneinung eines Anspruchs dränge sich auf. Der Vortrag der Klägerin sei bereits unschlüssig, soweit sie meine, dass ihr durch die Versagung der gaststättenrechtlichen Genehmigung ein Schaden entstanden sei. Dies folge hier aus dem Umstand, dass der Betrieb im fraglichen Zeitraum verpachtet gewesen sei. Die Klage sei auch unbegründet, die Erteilung der begehrten Gaststättenerlaubnis sei nicht mit der gültigen Baugenehmigung in der Fassung vom 30. November 2000 vereinbar gewesen.

Im Übrigen wird Bezug genommen auf die Gerichts- und Behördenakten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe

Die Berufung hat keinen Erfolg.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat das Feststellungsbegehren der Klägerin im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

1. Die statthafte Feststellungsklage ist, anders als dies das Verwaltungsgericht annimmt, zulässig.

Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig. Die Umstellung von einem Anfechtungs- auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag stellt keine Klageänderung dar, die an die Voraussetzungen des § 91 VwGO gebunden wäre (BVerwG, Urteil vom 22. Januar 1998 - 2 C 4.97 -, NVwZ 1999, 404; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 18. September 2018 - 8 A 1884/16 - juris).

Zulässig ist eine Fortsetzungsfeststellungsklage, wenn - erstens - die ursprüngliche Verpflichtungsklage zulässig war, - zweitens - nach Rechtshängigkeit ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, - drittens - ein klärungsfähiges Rechtsverhältnis besteht und - viertens - ein Feststellungsinteresse gegeben ist (BVerwG, Urteil vom 28. April 1999 - 4 C 4/98 -, BVerwGE 109, 74 - 80). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Die ursprüngliche Verpflichtungsklage war zulässig. Zwar fehlt es an der nach § 68 Abs. 2 VwGO erforderlichen Nachprüfung der Ablehnung im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens. Das fehlende Vorverfahren steht der Zulässigkeit jedoch gemäß § 75 VwGO nicht entgegen, denn über den Widerspruch der Klägerin ist ohne zureichenden Grund in angemessener Frist nicht entschieden worden.

Eine Erledigung ist durch Wegfall des Genehmigungserfordernisses mit Inkrafttreten des § 2 Abs. 1 ThürGastG eingetreten; zwischen der Klägerin und dem Beklagten als Genehmigungsbehörde besteht ein klärungsfähiges Rechtsverhältnis.

Die Klägerin kann sich auf ein berechtigtes Feststellungsinteresse berufen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts liegt unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitung eines zivilgerichtlichen Schadensersatzprozesses ein geschütztes Feststellungsinteresse vor.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann die Vorgeiflichkeit einer gerichtlichen Feststellung, dass die Behörde einen bestimmten Verwaltungsakt zu einem bestimmten Zeitpunkt hätte erlassen müssen, im Hinblick auf einen Schadensersatzprozess ein Feststellungsinteresse nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO begründen. Voraussetzung ist jedoch, dass eine Klage auf Schadensersatz oder Entschädigung anhängig ist oder ihre alsbaldige Erhebung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist (BVerwG, Beschluss vom 9. März 2005 - 2 B 111/04 - juris). Als Sachentscheidungsvoraussetzung muss das Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegen (BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 20/12 - juris). Die Absicht, Amtshaftungs- bzw. Schadensersatzansprüche geltend zu machen, kommt jedoch zur Begründung des Feststellungsinteresses dann nicht in Frage, wenn der beabsichtigte Prozess aussichtslos ist und die begehrte Feststellung dem Kläger keinen Nutzen bringen könnte (BVerwG, Urteile vom 17. Oktober 1985 - 2 C 42.83 - DVBl. 1986, 149, vom 18. Oktober 1985 - 4 C 21.80 - BVerwGE 72, 172 und vom 10. Dezember 2015 - 3 C 18/14 - juris). Davon ist auszugehen, wenn ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar ist, dass der behauptete zivilrechtliche Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt besteht (BVerwG, Urteil vom 26. April 2018 - 7 C 20/16 - juris). Bei der Prüfung der offensichtlichen Aussichtslosigkeit geht es nicht darum, dass "die Erfolgsaussichten des Haftungsprozesses schlechthin

geprüft werden und somit der von den Zivilgerichten zu führende Prozess auch in den von der Feststellung der Rechtswidrigkeit unabhängigen Teilen gleichsam vorweggenommen würde". Vielmehr müssen an das Vorliegen der Offensichtlichkeit strenge Anforderungen gestellt werden (BVerwG, Urteil vom 14. Januar 1980 - 7 C 92.79 - DÖV 1980, 917). Die Prüfung eines berechtigten Interesses gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO verlangt auch keine Schlüssigkeitsprüfung des beabsichtigten zivilrechtlichen Anspruchs im Hinblick auf alle anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale (BVerwG, Urteil vom 28. August 1987 - 4 C 31/86 - juris).

Nach diesen Maßgaben besteht im vorliegenden Fall ein hinreichendes Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

Ein Amtshaftungsprozess der Klägerin wäre nicht bereits wegen Eintritts der Anspruchsverjährung aussichtslos. Die Erhebung der Verpflichtungsklage auf Gewährung der gaststättenrechtlichen Genehmigung hat die Verjährung unterbrochen. Widerspruch und verwaltungsgerichtliche Klage gegen einen amtspflichtwidrig erlassenen Verwaltungsakt unterbrechen die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs, der aus der angefochtenen Maßnahme abgeleitet wird (BGH, Urteil vom 11. Juli 1985 - III ZR 62/84 - BGHZ 95, 238 - 246). Dies gilt auch in dem Fall, in dem amtspflichtwidrig der Erlass eines begehrten Verwaltungsaktes unterlassen wird (Brandenburgisches OLG, Urteil vom 13. Februar 2007 - 2 U 10/05 - juris).

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts fehlt es nicht an der Darlegung eines möglichen Schadens. Zwar war - worauf das Verwaltungsgericht hinweist -, das Grundstück im fraglichen Zeitraum verpachtet und es wurden Einnahmen erzielt. Die Klägerin hatte aber vor, den Betrieb auf Grundlage einer eigenen, weiterreichenden Genehmigung zu führen. Zur Bejahung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses bedurfte es nicht der zahlenmäßig belegten Prognose einer hypothetischen Gewinnentwicklung. Es besteht die - im Rahmen der Anforderungen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses ausreichende - Möglichkeit, dass die Klägerin durch die eigene Führung des Betriebes einen die Pachteinnahmen übersteigenden Gewinn erzielt hätte. Dafür, dass die Übernahme des Betriebes am entgegenstehenden Willen des Pächters gescheitert wäre, gibt es keine Hinweise. Auch an der Ernsthaftigkeit der bekundeten Absicht,

Schadensersatzansprüche gerichtlich geltend zu machen, kann angesichts der bisher geführten Verfahren kein Zweifel bestehen. In welchem Umfang sich die Klägerin durch Verpachtung erzielte Einnahmen hätte anrechnen lassen müssen, ist eine Frage, die der Klärung im zivilgerichtlichen Verfahren vorbehalten wäre.

2. Die Klage ist jedoch unbegründet. Der ablehnende Bescheid ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs 1 Satz 1 VwGO). Die Klägerin hatte zum Zeitpunkt der Erledigung des Hauptsacheverfahrens keinen Anspruch auf die begehrte Gaststättenerlaubnis.

Anspruchsgrundlage war bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Freistaat Thüringen von der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG normierten Länderkompetenz zur Regelung des Gaststättenrechts mit dem am 1. Dezember 2008 in Kraft getretenen Thüringer Gaststättengesetz Gebrauch machte, § 2 Abs. 1 Gaststättengesetz des Bundes (GastG). Danach bedarf derjenige, der ein Gaststättengewerbe betreiben will, einer auf eine bestimmte Betriebsart und bestimmte Räume bezogenen Erlaubnis.

Es gilt dafür unter anderem die Einschränkung des § 4 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 1 GastG: Danach ist die Erlaubnis zu versagen, wenn der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht. Dazu gehört auch der Verstoß gegen baurechtliche Vorschriften. Widerspricht ein Gaststättenbetrieb wegen seiner örtlichen Lage ganz oder teilweise Vorschriften des Bauplanungsrechts, so widerspricht er insoweit auch dem öffentlichen Interesse im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG (BVerwG, Urteil vom 17. Oktober 1989 - 1 C 18/87 - BVerwGE 84, 11 - 17). Maßgeblich ist die erteilte Baugenehmigung. Wie in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannt ist, regelt die (positive) bauaufsichtliche Genehmigung nach dem Bauordnungsrecht der Länder nicht nur, dass ein bestimmtes Bauvorhaben ausgeführt werden darf; neben diesem gestattenden Teil (Baufreigabe) hat die Baugenehmigung vielmehr die umfassende Feststellung der Vereinbarkeit des Bauvorhabens einschließlich der ihm zugedachten Nutzung mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Inhalt, soweit sie für die baurechtliche Prüfung einschlägig sind (BVerwG, Urteil vom 17. Oktober 1989 - 1 C 18/87 - BVerwGE 84, 11, 13 f.). Des Weiteren ist geklärt, dass, wenn die von einer Gaststätte typischerweise zu erwartenden Belästigungen nach der Art des Baugebiets im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO als zumutbar anzusehen sind, dies zugleich

bedeutet, dass es sich dabei nicht um schädliche Umwelteinwirkungen oder sonstige erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG handelt (BVerwG, Urteil vom 4. Oktober 1988 - 1 C 72/86 - BVerwGE 80, 259, 262). Soweit die Baugenehmigungsbehörde zuständig ist, entfaltet die feststellende Regelung der Baugenehmigung im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren Bindungswirkung (BVerwG, Beschluss vom 14. Juni 2011 - 4 B 3/11 -, juris Rdn. 5).

Die von der Klägerin beantragte gaststättenrechtliche Genehmigung war zu versagen. Das beabsichtigte Vorhaben war zu keinem Zeitpunkt mit der bauplanungsrechtlichen Genehmigungslage vereinbar. Dabei geht der Senat von Folgendem aus:

a. Anders als der Bevollmächtigte der Klägerin zuletzt in der mündlichen Verhandlung vortrug, war Gegenstand des behördlichen und des gerichtlichen Verfahrens nicht lediglich die Absicht der Klägerin, nur eine Schank- und Speisewirtschaft zu betreiben, sondern den Betrieb in Form einer Vergnügungsstätte zu führen, die gemäß § 4a Abs. 3 Nr. 2, § 5 Abs. 3 BauNVO in besonderen Wohngebieten bzw. Dorfgebieten nur ausnahmsweise zulässig ist. Dies ergibt sich ohne weiteres aus ihrem gesamten Vortrag im Verwaltungsverfahren und im gerichtlichen Verfahren. Die Klägerin legte im gaststättenrechtlichen Genehmigungsantrag die Betriebsbeschreibung von 1997 vor und beabsichtigte in der Annahme, dass die auf dieser Grundlage erlassene Baugenehmigung vom Oktober 1997 entsprechende Beschränkungen nicht enthält, zukünftig (wieder) die Durchführung einer unbegrenzten Zahl öffentlicher Unterhaltungsveranstaltungen. Diese Absicht ergibt sich unmissverständlich aus ihrer erstinstanzlichen Klagebegründung, in der sie ausführt:

„Es bleibt daher für die Klägerin die Möglichkeit, die Inbetriebnahme der durch Bescheid vom 14. Oktober bauordnungs- und bauplanungsrechtlich zugelassenen Schank- und Speisewirtschaft als Gaststätte für überregionale Erlebnisgastronomie im Sinne einer Vergnügungsstätte zu betreiben“.

Daran, dass sie die Genehmigung für den Betrieb einer Vergnügungsstätte erreichen wollte, hat sie auch während des zweitinstanzlichen Verfahrens festgehalten (so bereits in der Begründung des Zulassungsantrages). Auf Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung hat sie dies bestätigt und dazu ausgeführt, dass es aus betriebswirtschaftlichen Gründen erforderlich gewesen sei, eine größere Anzahl

öffentlicher Veranstaltungen in der Erlebnisscheune anzubieten. Nur so sei es ihr möglich, den Investitionsaufwand zu amortisieren.

b. Entgegen der Auffassung der Klägerin enthält aber bereits die Baugenehmigung vom 14. Oktober 1997, auf deren Grundlage sie eine erneute gaststättenrechtliche Genehmigung erstrebte, eine solche bauplanungsrechtliche Befugnis - nämlich eine Vergnügungsstätte mit zahlenmäßig unbeschränkten Veranstaltungen zu betreiben - nicht.

Der Umstand, dass die Betriebsbeschreibung von 1997 keine Beschränkung der Zahl von Veranstaltungen enthält, erlaubt nicht die Annahme, dass die auf dieser Grundlage erteilte Baugenehmigung vom 14. Oktober 1997 bauplanungsrechtlich den Betrieb einer Vergnügungsstätte mit einer unbegrenzten Zahl öffentlicher Veranstaltungen zulässt. Die Beschreibung schildert eine Betriebsform, die ihren eindeutigen Schwerpunkt in der Verabreichung von Speisen und Getränken hat. Die darauf gestützte Baugenehmigung erlaubt nur den Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft. Der vom Thüringer Oberlandesgericht in seinem von den Beteiligten erstrittenen Urteil vom 8. April 2009 (Az. 4 U 308/07) insoweit vertretenen Auffassung stimmt der Senat zu:

„Es fehlt bereits an dem die Vergnügungsstätte von der Schank und Speisewirtschaft unterscheidenden prägenden Unterhaltungscharakter des Betriebs. Mit der Errichtungsbaugenehmigung vom 14. Oktober 1997 hat der Beklagte eine nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 BauNVO zulässige Schank und Speisewirtschaft genehmigt. Hieran lässt der Wortlaut der - der Genehmigung zugrunde liegenden - Betriebsbeschreibung vom 20. Juni 1997 keinen Zweifel, indem es dort eingangs heißt "die Erlebnisscheune wird als Restaurant- Schank- und Speisewirtschaft betrieben“. Die weitere Darstellung des Unternehmensgegenstandes in der Betriebsbeschreibung stellt dieses Ergebnis nicht in Frage. Lediglich „zur kulturellen Umrahmung der jeweiligen Speiseneremonie“ sollten „musikalische und kleinkünstlerische Darbietungen“ angeboten werden. Dass nicht die kulturellen Darbietungen, sondern das (klassische) Gastronomieangebot an Speisen und Getränken im Vordergrund steht, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.“

Dass die Klägerin und wohl zeitweise auch der Beklagte und die Widerspruchsbehörde von einer darüber hinausgehenden Reichweite der Baugenehmigung ausgegangen sind, ändert an dieser Bewertung der Rechtslage nichts.

c. Unabhängig davon widersprach das - wie oben beschriebene streitgegenständliche - Vorhaben jedenfalls zum Zeitpunkt der Erledigung dem öffentlichen Interesse im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG, da die zu diesem Zeitpunkt gültige Baugenehmigung in der Fassung des unanfechtbaren 2. Nachtrages zur Baugenehmigung vom 30. November 2000 dem Vorhaben entgegenstand.

Der baurechtliche Genehmigungsnachtrag gestaltete wirksam die vorangegangene Fassung der Baugenehmigung vom 14. Oktober 1997 um. Er bezog sich auf dasselbe Grundstück und Gebäude, für das die Klägerin bauliche Veränderungen plante bzw. bereits umgesetzt hatte und eine veränderte Betriebsbeschreibung vorlegte. Auch wenn die geltende Baugenehmigung vom 30. November 2000 damit auf Grundlage der ausdrücklich zum Gegenstand gemachten neuen Betriebsbeschreibung zwölf öffentliche Veranstaltungen bauplanungsrechtlich erlaubte, stand sie der Erteilung der begehrten gaststättenrechtlichen Erlaubnis entgegen. Eine Begrenzung der Zahl öffentlicher Veranstaltungen war von der Klägerin gerade nicht - mehr - gewollt.

Ausdrücklich wurde in dem 2. Nachtrag vom 30. November 2000 zudem festgestellt, dass die Erlebnisscheune bauplanungsrechtlich nur als Schank- und Speisewirtschaft, nicht jedoch als Vergnügungsstätte zulässig ist. Sie erlaubte damit gerade nicht die Nutzung der Erlebnisscheune in dem von der Klägerin geplanten Umfang als Vergnügungsstätte zur Durchführung von Veranstaltungen, die in vom Speisenangebot losgelöster Form Unterhaltungszwecken dienen sollten.

Aus ihrer - nicht haltbaren - Auffassung, dass beide Genehmigungen nebeneinander existierten, vermag die Klägerin bereits deshalb nichts für sich herzuleiten, weil auch die vorangegangene Baugenehmigung - wie oben ausgeführt - ihrem Vorhaben bauplanungsrechtlich entgegenstand.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung angefochten werden. Die Beschwerde ist beim

Thüringer Obergerverwaltungsgericht

Jenaer Straße 2 a

99425 Weimar

durch einen Rechtsanwalt oder eine andere nach näherer Maßgabe des § 67 Abs. 2 und Abs. 4 Verwaltungsgerichtsordnung zur Vertretung befugte Person einzulegen. Die Beschwerde muss die Entscheidung bezeichnen, die angefochten werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Thüringer Obergerverwaltungsgericht einzureichen. In der Begründung muss entweder

– die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt werden

oder

– die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet werden, wenn geltend gemacht wird, von ihr werde in der in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidung abgewichen und die Entscheidung beruhe auf dieser Abweichung,

oder

– ein Verfahrensmangel bezeichnet werden, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Bathe

Peters

Dr. Meisel

B e s c h l u s s

Der Streitwert wird auch für das Berufungsverfahren gemäß §§ 63 Abs. 2, 52 Abs. 2, 47 GKG auf 15.000,00 EUR festgesetzt.

Hinweis:

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Bathe

Peters

Dr. Meisel