



**23.09.2014**

## Wichtige neue Entscheidung

### Immissionsschutzrecht: Kein verlängerter Ausschank im Freien beim Fürther Grafflmarkt

§ 12 GastG, § 3 Abs. 1 BImSchG, § 6 der 18. BImSchV, § 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 und 8 BauNVO, Nr. 1 Satz 2 Buchst. b TA Lärm, Art. 14 Abs. 1 GG

Gestattung nach § 12 GastG aus Anlass eines Flohmarktes  
Bewirtschaftung von Freischankflächen während der Nachtzeit  
Zu erwartende Beurteilungspegel von bis zu 74 dB(A) nach 22.00 Uhr  
Bauplanungsrechtlich festgesetztes Mischgebiet mit besonderen Schutzvorkehrungen zugunsten der Wohnnutzung vor Gaststättenlärm  
Rechtsfigur des „sehr seltenen Ereignisses“

*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 17.09.2014, Az. 22 CS 14.2013*

### Orientierungssätze:

1. Die Erheblichkeit bzw. Zumutbarkeit von Lärmbelastigungen bestimmt sich im Rahmen von § 3 Abs. 1 BImSchG in wesentlicher Hinsicht nach der Lage des beeinträchtigten Objekts bzw. der dort ausgeübten Nutzung; die Art des Gebiets, in dem sich die Liegenschaft des Rechtsschutzsuchenden befindet bzw. eine grundstücksbezogene Nutzung ausgeübt wird, bestimmt maßgeblich den Grad der zuzubilligenden Schutzwürdigkeit.

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite eingestellt.

**[www.landesanwaltschaft.bayern.de](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de)**

2. Die TA Lärm kann auf Gaststätten, für die § 12 Abs. 1 GastG den Betrieb „unter erleichterten Voraussetzungen“ zulässt, nicht unmodifiziert angewendet werden. Die „erleichterten Voraussetzungen“ haben zur Folge, dass bei der Bestimmung der Erheblichkeits- bzw. Zumutbarkeitsschwelle die Seltenheit des Anlasses und seine Besonderheit, d.h. seine Bewertung unter den Gesichtspunkten der Herkömmlichkeit, der Sozialadäquanz und der allgemeinen Akzeptanz zu berücksichtigen sind.
3. Es spricht viel dafür, dass Nr. 1 Satz 2 Buchst. b TA Lärm nicht nur „reine“ Freiluftgaststätten, sondern auch Freischankflächen unterfallen, die einen Annex zu einem in einem Gebäude liegenden Lokal bilden.

Hinweise:

Die Stadt Fürth hatte für den traditionellen Grafflmarkt in der Gustavstraße den Betreibern der dort ansässigen Gaststätten erlaubt, bis 1.00 Uhr nachts im Freien auszuschenken. Hiergegen hat ein Anwohner einen Eilantrag eingereicht, dem das Verwaltungsgericht Ansbach mit Beschluss vom 12.9.2014 (AN 4 S 14.01456) stattgab. Die hiergegen von der Stadt Fürth erhobene Beschwerde wurde vom Bayerischer Verwaltungsgerichtshof nun zurückgewiesen.

Die zu erwartenden Lärmbelastungen während der Nachtzeit würden – so die Begründung des Gerichts – das den Anwohnern zumutbare Maß erheblich übersteigen. Dabei maß der Senat vor allem dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass die Stadt im einschlägigen Bebauungsplan ein Mischgebiet festgesetzt hatte, in welchem Vergnügungsstätten generell für unzulässig erklärt und erlaubnispflichtige Schank- und Speisewirtschaften nicht zugelassen waren. Zwar waren vorhandene Betriebe wegen Bestandsschutzes davon ausgenommen, doch waren Erweiterungen dieser Betriebe dahingehend eingeschränkt worden, dass sie nur ausnahmsweise und dann zulässig sein sollten, wenn die Wohnnutzung in der Nachbarschaft nicht gestört wird.

Andererseits gab der Bayerische Verwaltungsgerichtshof der Stadt insoweit Recht, als er eine unmodifizierte Anwendung der TA Lärm auf gemäß § 12 GastG „aus be-

sonderem Anlass“ privilegierte Gaststätten ausschloss und zu erkennen gab, dass er insoweit keinen Unterschied zwischen reinen Freiluftgaststätten und solchen mit dazugehörenden Gasträumen sieht. Maßgeblich für die Bestimmung der Erheblichkeits- bzw. Zumutbarkeitsgrenze kommt es für das Gericht auf die Kriterien der Seltenheit, der Herkömmlichkeit, der Sozialadäquanz und der allgemeinen Akzeptanz des Anlasses ab. Von einem „sehr seltenen Ereignis“ könne vorliegend aber nicht ausgegangen werden, da in der Gustavstraße Veranstaltungen mit ähnlich hoher Lärmbelastung der Anwohner in großer Zahl und in engen zeitlichen Abständen stattfänden.

Das Verfahren hat in der Lokalpresse große Beachtung gefunden (siehe Fürther Nachrichten vom 17.9.2014 S. 29 und vom 19.9.2014 S. 33). Auch der Bayerische Landtag war mit dem Fall bereits befasst (vgl. die Petition „Unsere Gustavstraße Fürth“ [Vorgangsmappe WI.0012.17] sowie die schriftliche Anfrage LT-Drs. 17/1003).

Dr. Unterreitmeier  
Oberlandesanwalt

## **Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

- \*\*\*\*\* -

gegen

**Stadt Fürth,**

vertreten durch den Oberbürgermeister,  
Schwabacher Str. 170, 90762 Fürth,

- Antragsgegnerin -

beigeladen:

1. \*\*\*\*\*
  2. \*\*\* \*\*\*\*\*
- zu 1 und 2 wohnhaft: \*\*\*\*\*

wegen

Gestattung nach § 12 GastG

(Antrag nach § 80a Abs. 3, § 80 Abs. 5 VwGO);

hier: Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach vom 12. September 2014,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schenk,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Demling,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Ertl

ohne mündliche Verhandlung am **17. September 2014**  
folgenden

## **Beschluss:**

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.  
Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- III. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,-- € festgesetzt.

## **Gründe:**

- 1 Die zulässige Beschwerde, in deren Rahmen der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO auf die Prüfung der in der Begründung dieses Rechtsmittels vorgebrachten Gesichtspunkte beschränkt ist, bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat dem Rechtsschutzbegehren des Antragstellers nach § 80a Abs. 3, § 80 Abs. 5 VwGO zu Recht entsprochen.
- 2 Zutreffend weist die Beschwerdebegründung allerdings darauf hin, dass eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Klage des Antragstellers nicht damit begründet werden kann, er werde durch die Auswirkungen der verfahrensgegenständlichen Gestattung in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG beeinträchtigt. Denn da der Antragsteller nicht mehr in der G\*\*\*\*\*straße wohnt, scheidet bereits die Möglichkeit einer geräuschbedingten Beeinträchtigung seiner Gesundheit als Folge der durch diesen Verwaltungsakt zugelassenen Handlungen aus.
- 3 Dessen ungeachtet besitzt der Antragsteller die entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Antragsbefugnis. Auf der Grundlage der in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes regelmäßig nur möglichen, aber auch ausreichenden überschlägigen Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist darüber hinaus davon auszugehen, dass er durch die Gestattung vom 1. September 2014 in einem subjektiven Recht verletzt wird, wie das nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO Voraussetzung für den Erfolg einer diesen Verwaltungsakt betreffenden Anfechtungsklage ist. Denn der Antragsteller ist (Mit-)Eigentümer der Anwesen G\*\*\*\*\*straße 42 und 44. Allen derzeit erkennbaren Umständen nach wird sein Grundrecht auf Eigentum durch die Geräuschbelastung, die als Folge des verfahrensgegenständlichen Bescheids zu erwar-

ten steht, entgegen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nicht lediglich nach Maßgabe der Gesetze eingeschränkt.

- 4 Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG sind immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftige Anlagen – hierzu gehören sowohl Gaststätten einschließlich ihrer Freischankflächen als auch sonstige Flächen, auf denen durch eine Gestattung im Sinn von § 12 GastG eine von § 1 GastG erfasste Betätigung zugelassen wird – so zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, verhindert werden. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG und § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG wiederholen und bekräftigen dieses Gebot. Wie sich u. a. aus der Erwähnung der „Nachbarschaft“ in § 3 Abs. 1 BImSchG ergibt, besteht das Erfordernis, schädliche Umwelteinwirkungen zu vermeiden, nicht nur im Interesse des Gemeinwohls, sondern auch betroffener Einzelpersonen. Die vorstehend aufgeführten Normen besitzen deshalb drittschützenden Charakter.
- 5 Unter welchen Voraussetzungen Umwelteinwirkungen die in § 3 Abs. 1 BImSchG vorausgesetzte Schwelle der „erheblichen“ Nachteile bzw. der „erheblichen“ Belästigungen erreichen, lässt sich – soweit andere Rechtsgüter als die menschliche Gesundheit in Frage stehen – nicht anhand eines generell-abstrakten Maßstabs beurteilen. Ausschlaggebend kommt es vielmehr darauf an, ob die fraglichen Immissionen dem Betroffenen unter Würdigung aller Umstände zumutbar sind (vgl. z.B. Jarass, BImSchG, 9. Aufl. 2012, § 3 Rn. 47 m.w.N.). Namentlich in den Fällen, in denen die Rechtsverletzung des Betroffenen nur aus dem Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) hergeleitet werden kann, bestimmt sich die Zumutbarkeit in wesentlicher Hinsicht nach der Lage des beeinträchtigten Objekts bzw. der dort ausgeübten Nutzung; die Art des Gebiets, in dem sich die Liegenschaft des Rechtsschutzsuchenden befindet bzw. eine grundstücksbezogene Nutzung ausgeübt wird, bestimmt maßgeblich den Grad der zuzubilligenden Schutzwürdigkeit (vgl. z.B. Jarass, a.a.O. Rn. 55 ff. m.w.N.).
- 6 Erhebliche Bedeutung kommt vor diesem Hintergrund der Tatsache zu, dass die Anlagen des Antragstellers im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegen, der sich ausdrücklich den Schutz der dort ausgeübten Wohnnutzung zum Ziel setzt. Es handelt sich gerade nicht um ein Kerngebiet im Sinn von § 7 BauNVO. Der nach Lage der Akten seit dem 19. Februar 1988 rechtskräftige, mit Wirkung ab dem 8. Februar 1997 geänderte Bebauungsplan 001 der Antragsgegnerin setzt für das fragliche Gebiet grundsätzlich ein Mischgebiet fest. Solche Gebiete dienen nach § 6 Abs. 1 BauNVO dem Wohnen und der Unterbringung solcher Gewerbebetriebe, die das Wohnen nicht wesentlich stören. Einen über dieses Maß signifikant hinausgehenden

Schutz erfahren Wohnnutzungen durch den Bebauungsplan 001 dadurch, dass er – abweichend von § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO – Vergnügungsstätten generell für unzulässig erklärt und entgegen § 6 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO auch erlaubnispflichtige Schank- und Speisewirtschaften (eingeschränkt nur durch eine Bestandsschutzklausel zugunsten vorhandener Betriebe) nicht zulässt. Erweiterungen bestandsgeschützter Gaststätten sind nach den textlichen Festsetzungen dieses Bebauungsplans nur ausnahmsweise und u. a. nur dann zulässig, wenn „die Wohnnutzung ... in der Nachbarschaft nicht gestört wird“.

- 7 Dass die geräuschbezogenen Auswirkungen der verfahrensgegenständlichen Gestattung eine solche Störung darstellen, die zudem erheblich im Sinn von § 3 Abs. 1 BImSchG und unzumutbar im Sinn der vorstehend dargestellten Kriterien ist, kann – auch im Licht des Beschwerdevorbringens – nicht ernsthaft bezweifelt werden.
- 8 Allerdings wendet sich die Antragsgegnerin zu Recht gegen eine „schematische“ Anwendung der TA Lärm. Eine unmodifizierte Anwendung der TA Lärm verbietet sich im vorliegenden Fall bereits deshalb, weil § 12 Abs. 1 GastG den Betrieb erlaubnisbedürftiger Gaststätten „unter erleichterten Voraussetzungen“ zulässt. Ob die hier von der Antragsgegnerin erteilte Gestattung nach § 12 GastG auch einer Person erteilt werden kann, die Inhaberin einer Erlaubnis nach § 2 GastG ist, kann hier offenbleiben. Jedenfalls haben die dann zu beachtenden „erleichterten Voraussetzungen“ zur Folge, dass bei der Bestimmung der Erheblichkeits- bzw. Zumutbarkeitsschwelle die Seltenheit des Anlasses und seine Besonderheit, d.h. seine Bewertung unter den Gesichtspunkten der Herkömmlichkeit, der Sozialadäquanz und der allgemeinen Akzeptanz zu berücksichtigen sind (BayVGH, U.v. 22.10.1998 – 22 B 98.602 – juris, BGH, U.v. 26.9.2003 – V ZR 41/03 – UPR 2004, 31/32). Hinzukommt, dass die Nummer 1 Satz 2 Buchst. b der TA Lärm Freiluftgaststätten ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich dieses Regelwerks ausnimmt (so auch BVerwG, B.v. 3.8.2010 – 4 B 9.10 – BRS 76 [2010] Nr. 188). Diese Bestimmung zielt gerade darauf ab, die Zumutbarkeitsschwelle unter dem Gesichtspunkt der sozialen Bedeutung von Freiluftgaststätten und der örtlichen bzw. regionalen Herkömmlichkeit solcher Anlagen ggf. anheben zu können (vgl. BR-Drs. 254/98, S. 47). Aufgrund der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. August 2010 (a.a.O. Rn. 4) spricht viel dafür, dass der Nummer 1 Satz 2 Buchst. b der TA Lärm nicht nur „reine“ Freiluftgaststätten (d.h. solche gastronomische Betätigungen, die ohne Anbindung an eine in geschlossenen Räumen betriebene Gaststätte stattfinden), sondern auch Freischankflächen unterfallen, die einen Annex zu einem in einem Gebäude liegenden Lokal bilden.

Auch andere Regelwerke stehen zur Beurteilung der Geräusche, denen sich die Anwesen des Antragstellers als Folge der verfahrensgegenständlichen Gestattung ausgesetzt sehen werden, nicht zur Verfügung. Nicht einschlägig ist insbesondere die Sportanlagenlärmschutzverordnung (18. BImSchV), da die Tatbestandsmerkmale des § 1 dieser Verordnung, aus denen sich ihr Anwendungsbereich ergibt, offensichtlich nicht erfüllt sind. Die Antragsgegnerin hat in der Beschwerdebeurteilung nicht aufgezeigt, dass vorliegend eine analoge Anwendung der Sportanlagenlärmschutzverordnung in Betracht kommt; nicht dargelegt wurde namentlich das Bestehen einer (absichtlichen oder planwidrigen) Regelungslücke. Da der Verordnungsgeber den Lärm, der von sonstigen Freizeitbetätigungen ausgeht, nicht ebenso privilegiert hat, wie das hinsichtlich des Sports geschehen ist, ist für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Sportanlagenlärmschutzverordnung kein Raum (ähnlich Reidt/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. IV, Stand Dezember 2006, § 1 18. BImSchV Rn. 29).

- 10 Ebenfalls nicht einschlägig ist die vom Länderausschuss für Immissionsschutz im Mai 1995 als Muster-Verwaltungsvorschrift verabschiedete sog. „Freizeitlärm-Richtlinie“, da sie sich ausweislich ihres Abschnitts 1 für Gaststätten ausdrücklich keine Geltung beimisst.
- 11 Im Rahmen der nach alledem gebotenen einzelfallbezogenen Betrachtungsweise fällt ausschlaggebend ins Gewicht, dass die Lärmbelastung, die aus der verfahrensgegenständlichen Gestattung resultieren wird, angesichts eines von der Antragsgegnerin selbst prognostizierten Beurteilungspegels während der Nachtzeit von bis zu 74 dB(A) derart hoch ist, dass sie das Maß dessen, was Betroffenen in dem konkreten Gebiet zugemutet werden darf, auch bei Gestattungen aus besonderem Anlass überschreitet. Hierbei kann nicht außer Betracht bleiben, dass alle vorgenannten Regelwerke davon ausgehen, selbst innerhalb von Mischgebieten, in denen die Wohnnutzung nicht in jener besonderen Weise als schutzbedürftig ausgestaltet wurde, wie das durch den Bebauungsplan 001 geschehen ist, werde das Maß der während der Nachtzeit hinzunehmenden Lärmfracht auf einen Beurteilungspegel von 45 dB(A) beschränkt, bei seltenen Ereignissen auf 55 dB(A). In einem Mischgebiet, in dem gaststättenrechtliche Nutzungen grundsätzlich nur noch in dem beim Inkrafttreten des einschlägigen Bebauungsplans bestehenden Umfang zulässig sind, und in dem Erweiterungen dieser Nutzungen von der Voraussetzung der unterbleibenden Störung der Wohnnutzung abhängig gemacht werden, sind nächtliche Beurteilungspegel von der Art, wie sie für den 19. September 2014 ab 22.00 Uhr prognostiziert wurden, auch bei besonderen Anlässen nicht mehr von der Duldungspflicht der Nachbarschaft umfasst. Angesichts der Geräuschbelastung, der sich die Anlieger der



G\*\*\*\*\*straße aufgrund der dort vorhandenen Gaststätten einschließlich ihrer Freischankflächen fortwährend ausgesetzt sehen, vermag hieran auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Gestattung vom 1. September 2014 lärmträchtige Betätigungen nur während einer einzigen Nacht zulässt.

- 12 Die von der Antragsgegnerin in Bezug genommene Rechtsfigur der „sehr seltenen Ereignisse“ vermag die damit einhergehende Beeinträchtigung der Nachbarschaft ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Vorschrift des § 6 der 18. BImSchV bezieht, ist diese Norm ebenso wenig unmittelbar oder entsprechend anwendbar, wie das aus den dargestellten Gründen für die Sportanlagenlärmschutzverordnung in ihrer Gesamtheit gilt. Allerdings hat die Rechtsprechung – auch des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (vgl. z.B. BayVGH, U.v. 13.5.1997 – 22 B 96.3327 – BayVBl 1997, 594) – anerkannt, dass es Veranstaltungen geben kann, denen für die örtliche Gemeinschaft eine derart herausragende Bedeutung zukommt, dass selbst die Einhaltung der für „seltene Ereignisse“ geltenden Lärmgrenz- oder -richtwerte nicht verlangt werden kann (ähnlich z.B. OVG RhPf, U.v. 14.9.2004 – 6 A 10949/04 – juris). Vorliegend ist jedoch bereits die Voraussetzung nicht erfüllt, dass es sich bei der erweiterten und verlängerten Bewirtungsmöglichkeit, die die Antragsgegnerin aus Anlass des am 19. September 2014 beginnenden „Grafflmarktes“ eingeräumt hat, um ein „sehr seltenes“ Ereignis handelt. Nach der Aufstellung, die der Antragsteller der Beschwerdeerwiderung vom 16. September 2014 beigefügt hat und der die Antragsgegnerin in ihrer Replik vom 17. September 2014 nicht entgegengetreten ist, finden in der G\*\*\*\*\*straße (bzw. in ihrem näheren Umfeld) Veranstaltungen, die mit einer ähnlich hohen Lärmbelastung der Anwohner einhergehen, vielmehr in großer Zahl und in engen zeitlichen Abständen statt (vgl. zu dem Erfordernis, bei der Beurteilung der Zumutbarkeit besonders geräuschintensiver Veranstaltungen auch die Gesamtbelastung, die sich für ein Grundstück durch andere Störereignisse ergibt, sowie die zwischen ihnen liegenden Abstände zu berücksichtigen, BGH, U.v. 26.9.2003 – V ZR 41/03 – UPR 2004, 31/32).
- 13 Einer Abänderung bedarf der angefochtene Beschluss entgegen dem Beschwerdevorbringen auch nicht unter dem Blickwinkel der erforderlichen Bestimmtheit. Die vom Verwaltungsgericht wiederhergestellte aufschiebende Wirkung hat eindeutig zur Folge, dass die Beigeladenen aus der verfahrensgegenständlichen Gestattung keine Befugnisse herleiten können. Die Rechtslage stellt sich vielmehr so dar, wie sie bestünde, wäre dieser Verwaltungsakt nicht erlassen worden. Der Umfang der gaststättenrechtlichen Befugnisse der Beigeladenen bestimmt sich deshalb nach Maßgabe der ihnen erteilten Erlaubnisse einschließlich der hierfür geltenden Nebenbestimmungen.

14 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Es entspricht im Sinn von § 162 Abs. 3 VwGO der Billigkeit, dass die Beigeladenen ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen, da sie im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt haben und sie von ihrer Interessenlage zudem als im Lager der unterlegenen Antragsgegnerin stehend anzusehen sind.

15 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG.

16 Dr. Schenk

Demling

Ertl