

Wolter Hoppenberg | Postfach 2773 | 59017 Hamm

Hamm, 28.02.2011

Oberverwaltungsgericht für das Land
Nordrhein-Westfalen
Aegidiikirchplatz 5
48143 Münster**RA Thomas Tyczewski/
RA Daniel Birkhölzer**

DB / D106/25889

Sekretariat: Frau Neuperger

Telefon: 02381/92122-453

Telefax: 02381/92122-7014

birkhoelzer@wolter-hoppenberg.de

Unser Zeichen: 4129/10W31

(bitte immer angeben)

Per Telefax: 02 51 / 505-352In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren
Tripp ./ Stadt Dorsten
10 A 237/11

begründen wir unseren Berufungszulassungsantrag vom 25.01.2011 wie folgt:

Die Berufung ist nach § 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO zuzulassen, da ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 14.12.2010 bestehen, die Rechtssache besondere tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten aufweist und das angegriffene Urteil ferner auf einem Verfahrensfehler beruht.

A.

Sowohl im Hinblick auf die von der erkennenden Kammer angenommene Klageänderung als auch hinsichtlich der Annahme der Kammer, dass das Vorhaben des Klägers als privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB zu betrachten ist, bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des streitgegenständlichen Urteils und begründen den Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

**Wir sind umgezogen! Sie finden uns jetzt in unseren neuen Büroräumlichkeiten
an der Münsterstraße 1 – 3 in 59065 Hamm****Wolter Hoppenberg**Büro Hamm
Münsterstr. 1-3
59065 Hamm

Tel.: +49 (0) 2381-92122-0

Fax.: +49 (0) 2381-92122-755

Büro Münster

Hafenweg 14

48155 Münster

Tel.: +49 (0) 251-9179988-0

Fax.: +49 (0) 251-9179988-855

www.wolter-hoppenberg.de

mail@wolter-hoppenberg.de

USt-IdNr. DE 125 233 481

Sparkasse Hamm

BLZ 410 500 95

Kto.-Nr. 135 525

IBAN: DE84 4105 0095 0000 1355 25

BIC: WELADED1HAM

Sparkasse Münsterland-Ost

BLZ 400 501 50

Kto.-Nr. 341 750 67

IBAN: DE88 4005 0150 0034 1750 67

BIC: WELADED1MST

EMPFANGSZEIT 28. FEB. 15:40

I.

Im Rahmen der Zulässigkeit der Klage nimmt das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen im streitgegenständlichen Urteil vom 14.12.2010 einen Übergang des Klagebegehrens von der Erteilung einer Baugenehmigung auf Erteilung eines eine konkrete Fragestellung betreffenden Bauvorbescheides an und betrachtet dies als zulässige Klageänderung i.S. des § 91 VwGO. Bereits diese Annahme begründet ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils.

Die erkennende Kammer hält die Klageänderung für sachdienlich und führt aus, dass mit der Klärung der streitigen Frage ein absehbarer neuer Rechtsstreit zwischen den Beteiligten vermieden werde und dass die erforderliche behördliche Vorbeschäftigung mit der Vorbescheidsfrage stattgefunden habe. Ausweislich des die Baugenehmigung ablehnendes Bescheides des Beklagten vom 23.10.2008 habe dieser sich sowohl mit der bauplanungsrechtlichen Einschätzung des klägerischen Bauvorhabens als auch mit der ursprünglich beantragten Stellplatzvariante im südlichen und der später ins Verfahren eingebrachten Variante der Stellplätze im nördlichen Grundstücksbereich beschäftigt und die maßgeblichen Abteilungen und Fachbehörden eingebunden.

Schließlich hält die Kammer die Bauvoranfrage auch für bescheidungsfähig, da sich auf der Grundlage der eingereichten Unterlagen hinreichend genau feststellen lasse, welches Vorhaben Gegenstand des Vorbescheids sein soll. Dass die Fläche - insbesondere hinsichtlich der Stellplatzanlage - im Lageplan eher grob dargestellt sei, hält die Kammer ausweislich der Entscheidungsgründe des Urteils in Bezug auf den begehrten planungsrechtlichen Vorbescheid für unschädlich.

Diese Annahmen des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen erweisen sich jedoch als unzutreffend. Der Sachdienlichkeit einer Klageänderung steht im vorliegenden Fall die evidente Unzulässigkeit des geänderten Klageantrages entgegen.

Eine Sachdienlichkeit der Klageänderung i.S. des § 91 Abs. 1 VwGO ist nur dann gegeben, wenn die Klageänderung der endgültigen Ausräumung des sachlichen Streitstoffs zwischen den Parteien im laufenden Verfahren zu dienen geeignet ist und der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt. Ein völlig neuer Streitstoff scheidet mithin aus.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.02.1980 - IV C 61.77, DVBl. 1980, 598; BVerwG, Beschluss vom 16.08.1989 - 5 B 87/89, VBIBW 1990, 56; VGH Mannheim, Urteil vom 12.11.1979 - 14.B - 918/79, BayVBl. 1980, 296; Schmid, in: Sodan/Ziekow, § 91 VwGO, Rdn. 36.

Nicht sachdienlich ist eine Klageänderung beispielsweise dann, wenn es für den geänderten Sachantrag an einem behördlichen Verfahren fehlt oder es dem Kläger für das neue Klagebegehren am dafür erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis mangelt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 07.10.1980 - 6 C 39/80, NJW 1981, 1683; BVerwG, Urteil vom 03.07.1987 - 4 C 12/84, NJW 1988, 1228; OVG Münster, Urteil vom 15.01.1992 - 7 A 81/89, NVwZ 1993, 493; Ortlow/Riese, in: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, § 91 VwGO, Rdnr. 63.

Die Sachdienlichkeit der Klageänderung scheitert im vorliegenden Fall daran, dass der Kläger einen Bauvorbescheid in der Form, wie ihn die erkennende Kammer hier angenommen hat, beim Beklagten nie beantragt hat.

Da der Bauvorbescheid einen Ausschnitt aus dem feststellenden Teil der Baugenehmigung darstellt und hinsichtlich der durch ihn entschiedenen Fragen für den nachfolgenden Bauantrag verbindlich ist, ist der Vorbescheid - wie aus dem Verweis in § 71 Abs. 2 BauO NRW hervorgeht - gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW schriftlich bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde zu beantragen. Eine den Anforderungen des § 69 BauO NRW genügende Bauvoranfrage hat der Kläger jedoch nie eingereicht.

Der Kläger hat am 26.02.2008 zunächst nur einen Bauantrag für einen Hundenauslaufplatz auf dem Flurstück 447 eingereicht, der sich zu der Frage, an welcher Stelle die notwendigen Stellplätze anzuordnen sind, keine Aussage trifft. Mit ergänzendem Bauantrag am 08.04.2008 hat der Kläger, nachdem er auf die Notwendigkeit eines Nachweises von Stellplätzen hingewiesen worden war, einen Plan eingereicht, auf dem die Stellplatzfläche im südlichen Bereich des Flurstücks 447 eingezeichnet sind (Bl. 21 des Verwaltungsvorgangs).

Nachdem die Untere Landschaftsbehörde Bedenken gegen die Anordnung von Stellplätzen im südlichen Grundstücksbereich geltend gemacht hat, hat der Kläger mit Schreiben vom 28.07.2008 einen Alternativvorschlag unterbreitet, der die Anordnung der Stellplätze im nördlichen Grundstücksbereich vorsah. Diesem Schreiben war ein unbemaßter Plan (Bl. 80 des Verwaltungsvorgangs) beigefügt, auf dem die Stellplatzfläche im nördlichen Grundstücksbereich ebenfalls nicht bemaßt eingezeichnet worden war.

Dort ist der Parkplatz erstmalig im nördlichen Bereich des Flurstücks 447 verzeichnet. Zugleich ist der Beschriftung dieses Lageplans zu entnehmen, dass der Hundenauslaufplatz auf dem Flurstück 507 auf der gegenüberliegenden Seite der B 224 errichtet werden soll. Die Beschriftung „Hundenauslaufplatz“ ist zugleich mit dem Zusatz „Neuer Antrag!“ verbunden. Dem Vermerk auf Bl. 83 des Verwaltungsvorgangs ist zu entnehmen, dass der Kläger um Prüfung dieses Alternativvorschlags gebeten hatte, ein eigener (neuer) Antrag wurde dagegen nicht gestellt.

Der auf Bl. 80 eingereichte Lageplan stellt daher noch keine Bauvorlage im Sinne des § 69 Abs. 1 BauO NRW dar. Vielmehr dokumentiert der Verwaltungsvorgang, dass es sich hierbei allein um einen Alternativvorschlag gehandelt hat, der allein Gegenstand von Gesprächen gewesen ist, die außerhalb des Verfahrens geführt worden sind. Eine

(formale) Einbeziehung dieses Alternativvorschlags in das Baugenehmigungsverfahren hat jedoch nicht stattgefunden.

Dies wird auch dadurch deutlich, dass das auf dem Lageplan beschriebene neue Vorhaben auf einem ganz anderen Flurstück errichtet werden soll, nämlich auf Flurstück 507. Gerade diese Änderung des Baugrundstücks hätte es erforderlich gemacht, einen vollständig neuen Bauantrag einzureichen.

Die Durchführung eines eigenständigen Genehmigungsverfahrens zur Erteilung des begehrten Vorbescheids war vorliegend auch nicht entbehrlich. Dies wird zwar für den Fall angenommen, dass im Baugenehmigungsverfahren gerade auch über die Frage negativ entschieden worden ist, die jetzt nur noch isoliert zur Prüfung gestellt werden soll, und betrifft regelmäßig Fallgestaltungen, in denen einem erneuten Verfahren wegen des geänderten Begehrens lediglich formale Bedeutung zukäme, ohne dass der Zweck des Verfahrens eine Wiederholung erforderte.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 15.01.1992 - 7 A 81/89, NVwZ 1993, 493.

Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben. Dem Genehmigungsverfahren zur Erteilung des von der erkennenden Kammer angenommenen Bauvorbescheids kommt hier keineswegs nur formale Bedeutung zu, sondern es wäre aufgrund des vorgeschriebenen Antrags nach § 69 Abs. 1 BauO NRW zwingend durchzuführen gewesen. Mangels Antrag ist ein eigenes Genehmigungsverfahren hinsichtlich eines planungsrechtlichen Vorbescheides in der Variante mit den Stellplätzen am Nordende des Geländes aber zu keinem Zeitpunkt in Gang gesetzt worden.

Folglich war die vom Verwaltungsgericht Gelsenkirchen im streitgegenständlichen Urteil angenommene Bauvoranfrage nicht bescheidungsfähig, so dass die Klageänderung nicht als sachdienlich betrachtet werden kann.

II.

Im Rahmen der Begründetheit der Klage geht das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen in seinem Urteil vom 14.12.2010 davon aus, dass es sich bei dem vom Kläger geplanten umzäunten Hunderauslaufplatz nebst Stellplatzanlage um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB handelt. Diese Annahme erweist sich als unzutreffend und begründet ebenfalls ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der getroffenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen.

Die erkennende Kammer versteht das Vorhaben des Klägers ausweislich der Entscheidungsgründe des Urteils dahingehend, dass jedermann gegen ein geringes Entgelt von 2,00 EUR das umzäunte Areal mit seinem Hund aufsuchen und diesen dort ohne Leine und Maulkorb laufen lassen kann. Weiter geht die Kammer davon aus, dass ein so verstandenes Vorhaben nachteilige Wirkungen auf die Umgebung entfaltet, einerseits wegen des erheblichen Lärmpotenzials und zum anderen wegen des vorhandenen Gefährdungspotenzials.

Weiter führt die erkennende Kammer aus, dass die zur Genehmigung gestellte Nutzung nach ihrer Auffassung auch nach Lockerung des Anleinzwanges in der Stadt Dorsten anders akzentuiert worden ist. Bei lebensnaher Betrachtung sei lediglich davon auszugehen, dass der Nutzerkreis ein unterschiedlicher sein dürfte. Nach der Lockerung des Anleinzwangs läge die Annahme nahe, dass der Auslaufplatz überwiegend von Haltern mit Hunden aufgesucht werde, die noch der Ausbildung bedürfen, so dass die Anlage nicht nur im Hinblick auf die zu erwartende Lärmimmissionen, sondern auch auf das Gefährdungspotenzial in einer geschlossenen Ortslage vernünftigerweise nicht anzusiedeln sei.

Schließlich - so die erkennende Kammer weiter - entspreche die Zweckbestimmung des klägerischen Vorhabens den Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB, so dass es

nach wertender Betrachtung der Kammer in einer Weise billigenswert sei, die es rechtfertige, es bevorzugt im Außenbereich zuzulassen. Die durch das Vorhaben verfolgten Zwecke lägen im Interesse der Allgemeinheit, das Vorhaben habe nur singulären Charakter und diene nicht den Freizeit- und Erholungswünschen Einzelner. Nach Ansicht der Kammer bestehe ein allgemeines Interesse daran, dass sich die nicht angeleiteten Hunde in einer gesicherten Umgebung außerhalb der geschlossenen Ortslage aufhalten können, um dort mit ihren Haltern zu spielen oder sich trainieren zu lassen oder mit anderen Hunden zu toben.

Diese Annahmen des Verwaltungsgerichts zur Einschlägigkeit der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB sind jedoch unrichtig.

Anerkannt ist, dass bei den von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB erfassten Bauvorhaben wegen der fehlenden gegenständlichen Umschreibung der von dieser Vorschrift erfassten Vorhaben eine enge Auslegung geboten ist, da hier sonst ein Einfallstor für eine unerwünschte starke Bebauung des Außenbereichs entstehen könnte.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 14.05.1969 - IV C 19.68, BVerwGE 34, 1; Urteil vom 03.05.1974 - IV C 10.71, BauR 1974, 328; Urteil vom 14.03.1975 - IV C 41.73, BVerwGE 48, 109; VG Bayreuth, Urteil vom 30.09.2004 - B 2 K 04.16.

§ 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB stellt daher allein darauf ab, ob in bestimmter Weise die Verwirklichung des Vorhabens im Außenbereich geboten ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 14.03.1975 - IV C 41.73, BVerwGE 48, 109; Urteil vom 28.04.1978 - IV C 53.76, BauR 1978, 385.

Eine Privilegierung muss somit als Bevorzugung in Richtung auf den Gleichheitssatz zu rechtfertigen sein. Daran fehlt es immer dann, wenn gegenüber dem allgemeinen Be-

dürfnis nach Erholung in der freien Natur, das dem Außenbereich zugeordnet ist, individuelle Erholungs- und Freizeitwünsche bevorzugt werden sollen.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 04.07.1991 - 4 B 109/91, BauR 1991, 717.

Die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB setzt daher voraus, dass die Durchführung des Vorhabens im Außenbereich gerade durch die besondere Eigenart des Vorhabens erfordert wird.

Vgl. VG Augsburg, Urteil vom 13.10.2004 - Au 4 K 03.1413.

Auch bei einem Vorhaben, das grundsätzlich allen Hundebesitzern zur Verfügung steht, muss von einem individuellen Personenkreis ausgegangen werden, nämlich dem Personenkreis der Hundebesitzer.

Vgl. VG Bayreuth, Urteil vom 30.09.2004 - B 2 K 04.16.

Diesem Personenkreis soll vorliegend der Vorrang eingeräumt werden, da der vom Kläger beantragte Hundeauslaufplatz vorrangig individuellen Erholungs- und Freizeitwünschen dient und somit nicht die Durchführung dieses Vorhabens im Außenbereich erfordert.

Auch bei einer allgemeinen und auch ständig wechselnd in Anspruch genommenen Zugänglichkeit des Platzes ist die Bevorzugung spezieller Erholungswünsche zu Lasten einer dadurch insoweit ausgeschlossenen allgemeinen Erholungsmöglichkeit ausgeprägt und es handelt es sich um die Befriedigung spezieller Freizeitwünsche.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.09.1989 - 4 B 93/89, DÖV 1990, 476; Urteil vom 14.03.1975 - IV C 41.73, BVerwGE 48, 109; VG Bayreuth, Urteil vom 30.09.2004 - B 2 K 04.16.

Das klägerische Vorhaben, dass gemäß Bl. 22 des Verwaltungsvorgangs ausschließlich den Zweck verfolgt, den Kunden die Möglichkeit zu bieten, ihre Hunde artgerecht gefahrlos abzuleinen und laufen zu lassen, dient vorliegend keinem öffentlichen Zweck, sondern den Freizeit- und Erholungswünschen der Hundehalter.

Es ist nicht erkennbar, warum die Eigenart des Vorhabens gerade die Durchführung im Außenbereich erforderlich macht. Angesichts des inzwischen geänderten Dorstener Ortsrechts und den Vorgaben des § 2 LHundG NRW können Hundebesitzer ohne Weiteres im Außenbereich mit ihren unangeleinten Hunden spazieren gehen. Welche Notwendigkeit also für einen Hundeauslaufplatz bestehen soll, ist nicht ersichtlich und vom Kläger auch nicht näher dargelegt worden.

Soweit der Kläger im Schriftsatz vom 05.11.2010 darauf hinweist, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse daran besteht, dass Mensch und Tier auf ein sozialverträgliches Miteinander trainiert werden, verkennt der Kläger, dass ein Hundeauslaufplatz - wie er vom Kläger beantragt und in seinem Bauantrag beschrieben wurde - nur die Möglichkeit verschaffen soll, Hunde dort auslaufen zu lassen.

Sofern auch ein Training mit dem Hund durchgeführt werden soll bzw. Schulungen abgehalten werden sollen, handelt es dabei um Dienstleistungen, die üblicherweise auf einem Hundeübungsplatz bzw. Hundesportplatz angeboten werden und die vom Nutzungszweck eines Hundeauslaufplatzes nicht mehr gedeckt sind. Da der Kläger jedoch nur einen Hundeauslaufplatz beantragt hat, muss er sich an dieser Nutzung auch festhalten lassen.

Mangels Anleinpflcht ist nicht erkennbar, warum die Hundebesitzer gerade auf der Fläche, auf der der Hundeauslaufplatz errichtet werden soll, ihre Hunde unangeleint laufen lassen sollten.

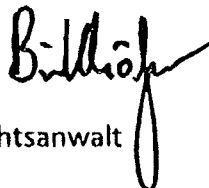
B.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen weist die Rechtssache ebenfalls besondere tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten auf, so dass auch der Berufungszulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO einschlägig ist.

C.

Die Annahme einer Klageänderung durch das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen stellt schließlich auch einen Verfahrensmangel dar, auf dem die Entscheidung der erkennenden Kammer beruhen kann. Demnach liegt auch der Berufungszulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO vor.

Die Verurteilung des Beklagten zu der Verpflichtung, dem Kläger den von ihm begehrten planungsrechtlichen Bauvorbescheid zu erteilen, basiert maßgeblich auf der von der erkennenden Kammer für zulässig erachteten Klageänderung. Da es jedoch an der nach § 91 Abs. 1 VwGO notwendigen Sachdienlichkeit der Klageänderung mangelt, ist ein Verfahrensfehler gegeben, der unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen genommen hat.


Rechtsanwalt