



**SÄCHSISCHES
OBERVERWALTUNGSGERICHT**

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der:

- Antragstellerin -
- Antragsgegnerin Abänderungsverfahren -
- Antragsgegnerin Zulassungsverfahren -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

gegen

den Landkreis Stollberg
vertreten durch den Landrat
Uhlmannstraße 1-3, 09366 Stollberg (Erzgeb.)

- Antragsgegner -
- Antragsteller Abänderungsverfahren -
- Antragsteller Zulassungsverfahren -

beigeladen:

- 1.
- 2.
- 3.

wegen

Baunachbarstreit; § 80 Abs. 7 VwGO
hier: Antrag auf Zulassung der Beschwerde

hat der 1. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Sattler, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Dahlke-Piel und die Richterin am Verwaltungsgericht Ebner

am 15. Juli 1999

beschlossen:

Auf den Antrag des Antragsgegners (des ursprünglichen Verfahrens 3 K 369/97, zugleich Antragsteller des Abänderungsverfahrens und des Zulassungsverfahrens) wird die Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 12. Mai 1999 - 3 K 122/99 - zugelassen.

Gründe

Der Senat kann über den Antrag in der sich aus dem Rubrum ergebenden Besetzung entscheiden, weil Richterin am Verwaltungsgericht nicht gem. § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 41 Nr. 6 ZPO von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist. Diese Regelung soll nur verhindern, dass ein Richter seine eigene Entscheidung überprüft, die Befassung anlässlich eines früheren Rechtsstreits erfüllt den Tatbestand dagegen nicht (BVerwG, Beschl.v. 2.10.1997, NVwZ-RR 1998, 268; Beschl.v. 26.7.1995, NVwZ-RR 1996, 122). Es besteht auch nicht die Besorgnis der Befangenheit (§ 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO). Dieser Sichtweise hat sich der Antragsgegner inzwischen ausdrücklich angeschlossen; die übrigen Beteiligten haben insoweit nichts Gegenteiliges vorgetragen.

Der Zulassungsantrag ist zulässig, insbesondere besteht für ihn ein Rechtsschutzbedürfnis. Die Erteilung der zweiten Nachtragsbaugenehmigung, mit der die Bedenken gegen die Bestimmtheit der ursprünglichen Baugenehmigung ausgeräumt werden sollten, führt nämlich nicht dazu, dass die Beigeladenen nunmehr ohne erneute gerichtliche Entscheidung und ungeachtet der Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 12.10.1998 (3 K 369/97) in den Besitz einer vollziehbaren Baugenehmigung gelangt wären, die es ihnen erlauben würde, das Vorhaben durchzuführen (so aber OVG NW, Beschl.v. 3.6.1996, NVwZ RR 1997, 447). Vielmehr dauert die Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht grundsätzlich auch dann fort, wenn nachträglich eine Änderungsgenehmigung ergeht. Insoweit ist der Bauherr oder die

Bauaufsichtsbehörde gehalten, zunächst die aufschiebende Wirkung durch einen Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO zu beenden. Der Erlass einer Nachtragsbaugenehmigung verhilft dem Bauherrn nämlich deshalb nicht zu einer sofort ausnutzbaren Baugenehmigung, weil Grundlage der Ausführung des Vorhabens nach wie vor die ursprüngliche Baugenehmigung wenn auch in Gestalt der Nachtragsbaugenehmigung ist. Das Zusammenwirken von ursprünglicher Baugenehmigung und dazu erteilter Nachtragsbaugenehmigung hat zur Folge, dass die Realisierung des Vorhabens nur dann möglich ist, wenn (auch) von der ursprünglich erteilten Genehmigung Gebrauch gemacht werden darf. Die Fortdauer der Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen die ursprüngliche Baugenehmigung hindert deshalb nach wie vor die Ausführung des Vorhabens (OVG Saarland, Beschl.v. 23.8.1995 - 2 W 33/95 -; OVG Schl.-H., Beschl.v. 16.3.1993 - 1 M 8/93 -, jeweils zitiert nach Jüris).

Der Antrag auf Zulassung der Beschwerde ist auch begründet, weil ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung im Sinne von § 146 Abs. 4 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bestehen.

Das Verwaltungsgericht hat seinen Beschluss im Kern darauf gestützt, dass die von den Beigeladenen vorgelegten Unterlagen (noch) nicht zum Gegenstand einer Nachtragsbaugenehmigung gemacht worden seien. Schon deshalb seien diese Unterlagen nicht geeignet, die Unbestimmtheit der Baugenehmigung, die zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Nachbarwiderspruchs geführt hatte, zu beseitigen. Diese Begründung erweist sich als nicht mehr tragfähig, nachdem sich im Zulassungsverfahren herausgestellt hat, dass der Antragsgegner bereits vor der Beschlussfassung durch das Verwaltungsgericht eine solche Nachtragsbaugenehmigung erteilt hatte.

Das reicht im vorliegenden Fall aus, um eine Beschwerdezulassung nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 146 Abs. 4 VwGO zu rechtfertigen, obgleich sich über die Erfolgsaussichten des angestrebten Beschwerdeverfahrens derzeit keine sichere Prognose stellen lässt. Zwar kommt es nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats für die Frage, ob ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung bestehen, nicht auf die Begründung, sondern auf das vom Verwaltungsgericht gefundene Ergebnis an. Auch reicht es für die Zulassung regelmäßig nicht aus, dass die bloße Möglichkeit besteht, der Senat werde anders entscheiden als das Verwaltungsgericht. Diese Grundsätze bedürfen indes einer Einschränkung, wenn sich die tragende Begründung des Verwaltungsgerichts als unzutreffend erweist und die Frage, ob das Ergebnis gleichwohl richtig bleibt, erst aufgrund einer aufwendigen und

wenigstens teilweise erstmaligen Durcharbeitung und Durchdringung des Streitstoffes entschieden werden kann. Das gilt jedenfalls dann, wenn das Verwaltungsgericht - von seinem Standpunkt aus konsequent - die weitere Prüfung zu einem sehr frühen Zeitpunkt abbricht. Unter diesen Umständen käme die Prüfung, ob sich der Beschluss gleichwohl als im Ergebnis als richtig erweist, der Durchführung des Beschwerdeverfahrens bereits nahe, was nicht Sinn und Zweck des Zulassungsverfahrens ist (vgl. bereits Beschluss des Senats vom 26.3.1999 - 1 S 306/97 -; VGH Bad.-Württ., Beschl.v. 22.10.1997, NVwZ 1998, 196; Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., § 124 RdNr. 7a).

Die Tatsache, dass die Nachtragsbaugenehmigung erteilt worden ist, kann im vorliegenden Zulassungsverfahren auch Berücksichtigung finden, obgleich sie dem Verwaltungsgericht nicht bekannt war und infolge dessen von ihm auch nicht verwertet werden konnte.

Der Senat bejaht eine Berücksichtigung jedenfalls im Eilverfahren für solche Tatsachen, die bereits zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung vorlagen, deren Vorliegen zwischen den Beteiligten unstrittig ist und die ein Beteiligter ohne Verschulden im Sinne von § 80 Abs. 7 VwGO nicht vorgetragen hat.

Das ergibt sich im Einzelnen aus folgenden Erwägungen:

Im Zulassungsverfahren fehlt es einerseits an einer ausdrücklichen Präklusionsvorschrift, wie sie § 87b VwGO für das erstinstanzliche Verfahren enthält; andererseits fehlt auch eine Vorschrift wie § 128a VwGO, die die Berücksichtigung neuen Vortrages im zugelassenen Berufungsverfahren ausdrücklich einräumt. Sinn und Zweck des Zulassungsverfahrens sprechen zur Überzeugung des Senats für eine Einbeziehung jedenfalls im dargelegten beschränkten Umfang. Zwar werden die Obergerichte im konkreten Verfahren durch eine möglichst restriktive Auslegung der Zulassungsgründe besonders effektiv entlastet, was ja ein Sinn und Zweck des mit dem 6. VwGO-Änderungsgesetz eingeführten Zulassungsrechts gewesen war. Andererseits ist aber bei einer umfassenderen Betrachtung der Prozessökonomie nicht von der Hand zu weisen, dass durch die Einbeziehung neuer Tatsachen durch das OVG neue erstinstanzliche Verfahren (die ihrerseits wieder zu Zulassungsverfahren führen können) vermieden werden (vgl. OVG Hamburg, Beschl.v. 17.2.1989, DVBl. 1998, 187 [1088]; ThürOVG, Beschl.v.13.3.1998, DVBl. 1998, 849 [850]; Kopp/Schenke 11. Aufl., § 124 RdNr. 7; Kuhla/Hüttenbrink, DVBl. 1999, 889 [906]). Besonders wenig effektiv ist eine Präklusion dann, wenn ein Zulassungsantragsteller - wie hier - sowohl auf neue Tatsachen abhebt als auch

sonstige Zulassungsgründe geltend macht. Nach der Gegenauffassung müsste er in solchen Fällen ein Zulassungsverfahren und ein Verfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO parallel betreiben. Wenn die Beschwerde zugelassen wird, sind Änderungen der Sach- und Rechtslage im Beschwerdeverfahren ohnehin zu berücksichtigen, so dass sich ein beim Verwaltungsgericht anhängiger Antrag nach § 80 Abs. 7 dann erledigen soll (so ausdrücklich Bader, VBIBW 1997, 449 [452]; vgl. auch VGH Bad.-Württ., Beschl.v. 4.6.1997, NVwZ 1998, 202; OVG Berlin, Beschl.v. 1.4.1998, NVwZ 1998, 1093). Dass eine solche Vorgehensweise der Prozessökonomie nicht dient, bedarf keiner weiteren Begründung.

Gegen eine Einbeziehung von Tatsachen, die bereits zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung objektiv vorlagen, lässt sich auch nicht einwenden, dass der Gesetzgeber für das Zulassungsverfahren zur Verwirklichung des Konzentrations- und Beschleunigungsgedankens in § 146 Abs. 5 VwGO (ebenso wie in § 124a Abs. 1 Satz 4) eine gesetzliche Begründungsfrist als deutliche Zäsur für die Durchführung des Zulassungsverfahrens gesetzt hat, die es u.a. dem Gericht ebenso wie den Beteiligten ersparen soll, die Angelegenheit danach noch weiter unter Kontrolle zu halten bzw. mit einer Entscheidung zuzuwarten. Dieses Argument ist nur für solche Umstände tragfähig, die erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind (vgl. OVG NW, Beschl.v. 12.1.1998, NVwZ 1998, 754 [756]; OVG Rh.-Pf., Beschl.v. 15.9.1997, DÖV 1998, 126; HessVGH, Beschl.v. 17.2.1997, NVwZ-RR 1998, 78). Die Pflicht zur Begründung innerhalb der gesetzlichen Frist zeigt lediglich, dass das Verfahren mit Ablauf dieser Frist „eingefroren“ werden soll. Insoweit ist nach der Konstruktion des Gesetzes in der Tat davon auszugehen, dass eine retrospektive Sicht der Dinge und nicht die in die Zukunft gerichteten Erfolgsaussichten des angestrebten Berufungs- oder Beschwerdeverfahrens maßgeblich sind. Dagegen gibt die gesetzliche Begründungsfrist für den Ausschluss bereits zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung vorhandener Tatsachen nichts her.

Soweit es um Tatsachen geht, die schon zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung gegeben waren, entstehen durch deren Berücksichtigung auch keine Probleme im Hinblick auf die Reichweite der Rechtskraft der erstinstanzlichen Entscheidung (vgl. zu diesem Gesichtspunkt jüngst Kuhla/Hüttenbrink aaO, S. 906).

Schließlich spricht auch die Auslegung des Begriffs „Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung“ nicht dafür, nachträglich geltend gemachte Tatsachen generell für nicht berücksichtigungsfähig zu halten (so aber VGH Bad.-Württ., Beschl.v. 15.7.1997, NVwZ

1998, 1999). Nach ständiger Rechtsprechung des beschließenden Senats und ganz überwiegender Auffassung kommt es nämlich auch ansonsten allein auf das vom Verwaltungsgericht gefundene Ergebnis an und nicht darauf, ob die Entscheidung von den Gründen getragen wird und das Ergebnis eines zutreffenden Rechtsanwendungsprozesses ist. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ist nicht lediglich dazu da, für das Gericht vermeidbare Fehler zu korrigieren, sondern soll der materiellen Einzelfallgerechtigkeit dienen und solche Entscheidungen einer erneuten Überprüfung zuführen, die der materiellen Gerechtigkeit widersprechen (ThürOVG, Beschl.v. 13.3.1998, DVBl. 1998, 849; BayVGH, Beschl.v. 5.11.1997, BayVBl. 1998, 154; OVG Rh.-Pf., Beschl.v. 15.9.1997, DÖV 1998, 126; Seibert, DVBl. 1997, 932 [937]). Auch ansonsten kommt es in Rechtsmittelverfahren in keiner Weise darauf an, aus welchen Gründen sich eine Entscheidung als unzutreffend erweist und ob der Fehler für das erstinstanzliche Gericht vermeidbar war oder nicht (OVG Hamburg, Beschl.v. 17.2.1998, DVBl. 1998, 1087; NdsOVG, Beschl.v. 9.2.1998, DVBl. 1998, 492 -Ls-).

Schließlich kann gegen die hier gefundene Lösung nicht eingewandt werden, Sinn und Zweck des Zulassungsverfahrens geböten es nicht, den Beteiligten eine Einzelfallgerechtigkeit widerfahren zu lassen, die sie bereits selbst im ersten Rechtszug bei Wahrnehmung ihrer Obliegenheiten hätten erlangen können (so OVG Rh.-Pf., Beschl.v. 16.2.1998, NVwZ 1998, 1094 [1095]). Diesem Gesichtspunkt wird nämlich gerade dadurch Rechnung getragen, dass die Einbeziehung neuer Tatsachen auf solche Fälle beschränkt bleibt, bei denen ein entsprechender Vortrag ohne Verschulden unterblieben ist.

Sofern man die Berücksichtigung auf unstreitige oder offenkundige Tatsachen beschränkt, lässt sich auch nicht einwenden, im Zulassungsverfahren komme eine Beweisaufnahme nicht in Betracht (so VGH Bad.-Württ., Beschl.v. 18.12.1997, NVwZ 1998, 414).

Der Antragsgegner war auch im vorliegenden Fall ohne Verschulden gehindert, das Vorliegen der Nachtragsgenehmigung bereits im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht geltend zu machen. Zwar gebietet es die prozessuale Mitwirkungspflicht einer Behörde grundsätzlich, Änderungsgenehmigungen, die einen im Streit befangenen Verwaltungsakt betreffen, dem Gericht sowohl unverzüglich als auch unaufgefordert mitzuteilen. Im vorliegenden Fall besteht indes die Besonderheit, dass der Antragsgegner den Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO verfrüht, nämlich bereits aufgrund der geänderten Antragsunterlagen, gestellt hat. Offenbar hat er sich dabei von dem obiter dictum des Senats in dem vorangegangenen Beschluss vom 23.11.1998 in der Sache 1 S 681/98 leiten lassen. Dort hieß es: „Es bleibt den Beigeladenen unbenommen,

nach Einreichung der noch fehlenden Unterlagen zur Vorhabenbeschreibung und einer nachgewiesenen Zumutbarkeit für die Antragstellerin gegebenenfalls einen Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO zu stellen.“ Diesen Satz hat der Antragsgegner anscheinend wörtlich genommen und dahin (miss)verstanden, es komme allein auf die Ergänzung der Bauvorlagen an. Da der Wortlaut des Beschlusses eine solche Auslegung erlaubt und im Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung, die geeignet gewesen wäre, das Missverständnis auszuräumen, nicht stattgefunden hat, ist das Unterlassen des Antragsgegners im vorliegenden Fall als unverschuldet anzusehen.

Ist die Beschwerde nach alledem gem. § 146 Abs. 4 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, bedarf die Frage, ob noch weitere Zulassungsgründe vorliegen, keiner Entscheidung.

Der Senat vermag schließlich der Anregung des Antragsgegners, zugleich mit der Entscheidung über die Zulassung auch die Entscheidung über die Beschwerde zu treffen, nicht zu folgen. Das ist hier unter dem Gesichtspunkt der Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs schon deshalb nicht angezeigt, weil das OVG seine Beschwerdeentscheidung nunmehr aufgrund von Umständen treffen muss, die der Beurteilung des erstinstanzlichen Gerichts noch nicht unterlegen haben. Insoweit wird der Antragstellerin bereits (zulässigerweise) im Hinblick auf die Erteilung der Nachtragsbaugenehmigung eine Instanz genommen. Es geht aber nicht an, ihr darüber hinaus auch die Möglichkeit abzuschneiden, sich zu dieser Sachlage abschließend im Beschwerdeverfahren zu äußern.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

gez.:
Dr. Sattler

Dahlke-Piel

Ebner

