

Oberverwaltungsgericht Münster

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 4 GastG

- 1. Nach nordrhein-westfälischem Landesrecht entfalten bauaufsichtliche Ordnungsverfügungen keine der Baugenehmigung entsprechende Bindungswirkung für das gaststättenrechtliche Erlaubnisverfahren.**
- 2. Die rechtskräftige Zuerkennung eines begrenzten Nachbaranspruchs auf bauaufsichtliches Einschreiten gegen den Betrieb einer Gaststätte zwecks Einhaltung des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots ist für einen von dem Nachbarn gegen die Erteilung einer Gaststättenerlaubnis angestrebten Anfechtungsprozess nicht vorgreiflich.**
- 3. Soweit keine bindende Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde über die Zulässigkeit der durch den Betrieb einer Gaststätte verursachten Immissionen vorliegt, hat die Gaststättenbehörde im Rahmen des Erlaubnisverfahrens auch hinsichtlich der immissionsschutzbezogenen Anforderungen eigenständig die Vereinbarkeit des jeweiligen Betriebs mit gaststättenrechtlichen Vorschriften zu beurteilen.**
- 4. Ob die Erlaubnis für eine Gaststättenerweiterung gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG zu versagen ist, weil der Gewerbebetrieb schädliche Umwelteinwirkungen befürchten lässt, beurteilt sich nach den Immissionen, die der erweiterte Betrieb einschließlich des bereits vorhandenen Bestands insgesamt verursacht.**
- 5. Für die Rechtmäßigkeit einer Gaststättenerlaubnis kommt es grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung an. Spätere Änderungen der Sach- und Rechtslage zugunsten des Betreibers der Gaststätte sind bei Anfechtung durch einen Dritten jedoch zu berücksichtigen.**
- 6. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Betriebsgeräusche von Freischankflächen von Gaststätten, die keine "reinen" Freiluftgaststätten sind, kann die TA Lärm jedenfalls als Orientierungshilfe unter Berücksichtigung der Besonderheiten menschlicher Lebensäußerungen dienen.**

OVG Münster, Urteil vom 23.05.2018, Az.: 4 A 2588/14

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 30.10.2014 geändert.

Die der Beigeladenen erteilte Gaststättenerlaubnis vom 29.4.2010 wird aufgehoben, soweit hiermit ein Betrieb des Biergartens (westlicher Teil) nach 22:00 Uhr gestattet worden ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Verfahrens beider Instanzen einschließlich der Kosten der Beigeladenen, die für erstattungsfähig erklärt werden, zur Hälfte. Die Beklagte und die Beigeladene tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Kläger jeweils zu einem Viertel. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung im Verhältnis zwischen Beklagter und Beigeladener nicht statt.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Kläger wenden sich als Nachbarn gegen eine Gaststättenerlaubnis, mit der die Beklagte der Beigeladenen die Erweiterung ihrer Schank- und Speisewirtschaft um einen Biergarten gestattet hat.

Das Wohngrundstück der Kläger befindet sich am äußersten Ende eines von der Straße An der L.

in S.

in westlicher Richtung abzweigenden Stichweges. Die Straße An der L.

zweigt ihrerseits nördlich von der Alten L1.

Straße ab. Beide Straßen sind durchgängig mit Wohnhäusern bebaut. Ein Bebauungsplan existiert nicht. Südlich des klägerischen Grundstücks, ca. 30 m vom Wohnhaus der Kläger entfernt, betreibt die Beigeladene die Gaststätte „I.

“. Das Grundstück der Beigeladenen geht nach Westen unmittelbar in die ausgedehnten Waldflächen des L2.

über. Südlich grenzt es an das Vereinsgelände eines Tennisclubs und östlich an Gärten von Wohngrundstücken.

Die Gaststätte besteht als Ausflugslokal im Grünen bereits seit den 1950er Jahren. Spätestens seit den 1970er Jahren fand auch eine außergastronomische Nutzung als „Gartenlokal“ statt. Die Wohnbebauung entlang der Straße An der L.

und der Alten L2.

Straße ist erst im Laufe der 1970er Jahre an die Gaststätte herangerückt. Die Beigeladene übernahm die Gaststätte Ende des Jahres 1977 und betrieb sie zunächst auf Grundlage einer vorläufigen Erlaubnis vom 17.3.1978. In dem zugrunde liegenden Antrag ist als Betriebszeit 10:00 bis 18:00 Uhr angegeben. Unter dem 7.5.1981 erteilte

die Beklagte der Beigeladenen eine Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft.

Der damals zuständige Landrat des Rheinisch-Bergischen Kreises erteilte der Beigeladenen unter dem 4.10.2000 auf der Grundlage von § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 BauGB eine Baugenehmigung zur Erweiterung ihrer Gaststätte um einen Anbau. Der – inzwischen errichtete – Anbau umfasst im Erdgeschoss einen kleinen und einen großen Gesellschaftsraum sowie Küche, Garderobe und Toiletten, im Obergeschoss Gäste- und sonstige Zimmer. Der Bereich des streitgegenständlichen Biergartens, der sich westlich an einen schon vor Errichtung des Anbaus existierenden Gebäudeteil anschließt, ist in den Plänen, die durch Zugehörigkeitsvermerke zum Bestandteil der Baugenehmigung gemachte worden sind, als „Terrasse“ bzw. als „Terrasse – vorhanden.“ eingezeichnet. In der ebenfalls mit Zugehörigkeitsvermerk versehenen Betriebsbeschreibung finden sich die Angaben „gastronom. Speisen- u. Getränke“ und „es wird innerhalb des Gebäudes und außerhalb (Terrasse) bedient“; als Betriebszeit wird 10:00 bis 24:00 Uhr angegeben; als Geräuschquellen sind ausschließlich PKW auf den Parkplätzen in der Zeit zwischen 9:30 und 24:00 Uhr angegeben; das Feld „Maßnahmen zur Vermeidung schädlicher Geräusche“ enthält den Eintrag „nicht störend“.

Die inzwischen dafür zuständige Beklagte erteilte der Beigeladenen unter dem 25.9.2001 eine weitere Baugenehmigung für ein als „Nachtrag“ zur Baugenehmigung vom 4.10.2000 beantragtes Vorhaben. Es umfasste eine Lüftungsanlage an der nördlichen Gebäudeseite sowie eine sich östlich an den großen Gesellschaftsraum anschließende Außenterrasse (Ostterrasse). Nach der Nebenbestimmung Nr. 2 der Genehmigung vom 25.9.2001 ist der Betrieb der Außenterrasse bis 22:00 Uhr zulässig.

Unter dem 25.4.2002 erteilte die Beklagte der Beigeladenen für die neuen Betriebsräume und -flächen (kleiner und großer Gesellschaftsraum, Ostterrasse) eine Gaststättenerlaubnis als Erweiterung der Erlaubnis vom 7.5.1981.

Schon in den 1990er Jahren, vermehrt aber nach der Gaststättenerweiterung und bis heute beschwerten sich die Kläger wiederholt bei der Beklagten wegen von ihnen als unzumutbar empfundenen Geräuschbelästigungen durch den Gaststättenbetrieb insbesondere zur Nachtzeit.

Eine auf Aufhebung der Baugenehmigung vom 25.9.2001 gerichtete Klage der Kläger wies das Oberverwaltungsgericht NRW mit rechtskräftigem Urteil vom 13.11.2009 – 7 A 528/07 – mit der Begründung ab, die Kläger hätten ihr Klagerecht verwirkt. Mit ebenfalls rechtskräftig gewordenem Urteil vom selben Tag – 7 A 146/08 – (DVBl. 2010, 259 = juris) verpflichtete das Oberverwaltungsgericht NRW die Beklagte über eine erstinstanzlich vom Verwaltungsgericht (Urteil vom 6.11.2007 – 2 K 5454/06 –) ausgesprochene Verpflichtung hinaus, über einen Antrag der Kläger auf bauaufsichtliches Einschreiten gegen den Betrieb der Beigeladenen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Zur Begründung führte es aus, der Betrieb der Beigeladenen, der lediglich als „nicht störender“ genehmigt worden sei, sei tatsächlich störend und verstoße zum Nachteil der Kläger gegen das in § 35 Abs. 2 und 3 BauGB enthaltene Gebot der Rücksichtnahme. Die von der Gaststätte ausgehenden Geräuschimmissionen seien den Klägern nicht zumutbar, die der Beklagten vom Verwaltungsgericht aufgegebenen Maßnahmen zur Sicherung ihrer Rechte nicht ausreichend. Beurteilungsmaßstab seien grundsätzlich die Immissionsrichtwerte für ein allgemeines Wohngebiet nach der TA Lärm von 55 dB(A) tags und 40 dB(A) nachts. Um die Einhaltung der Beurteilungspegel zu gewährleisten, komme eine Fülle gegebenenfalls auch zu kombinierender, im Auswahlermessen der Beklagten stehender Einzelmaßnahmen in Betracht.

Mit Ordnungsverfügung vom 21.1.2010 gab die Beklagte – den Vorgaben des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 6.11.2007 folgend – der Beigeladenen die Durchführung einer Reihe von Lärmschutzmaßnahmen auf. Als „Vorhaben“ ist in der Ordnungsverfügung angegeben:

„Erweiterung der Gaststätte; Nachtrag vom 28.03.2001; Klage wegen Bauordnungsrecht hier: Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 06.11.2009 [sic!] zur Erteilung von nachträglichen Auflagen“.

Am 29.4.2010 erteilte die Beklagte der Beigeladenen eine Gaststättenerlaubnis für einen „Biergarten (westlicher Teil)“ als Erweiterung der Erlaubnis vom 7.5.1981. In dem Bescheid heißt es:

„3. Beschränkungen der Betriebszeit

[...]

Die Betriebszeit für die Außengastronomie richtet sich nach den jeweils gültigen gesetzlichen Vorgaben und endet spätestens um 24 Uhr gemäß § 9 Abs. 2 [...] (Landes-Immisionsschutzgesetz – LImSchG). Dies bedeutet in der Konsequenz, dass die Aufräumarbeiten zeitlich so vorzunehmen sind, dass der Biergarten zu diesem Zeitpunkt vollständig geräumt und geschlossen sein muss.

Bei der Nutzung des Biergartens sollen als Anhaltspunkt, für die zu erdulden Emission auf Basis eines allgemeinen Wohngebiets, die Messwerte der TA-Lärm herangezogen werden: 55 db(A) tagsüber mit max. 30 db(A) zusätzlich in kurzen Lärmspitzen, nachts 40 db(A) zuzüglich 25 db(A) bei Lärmspitzen.

Zum Schutz der Nachbarschaft (Nachtruhe) kann die Betriebszeit auf 22 Uhr vorverlegt werden.“

Nach Eintritt der Rechtskraft des Bescheidungsurteils des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 13.11.2009 im Verfahren 7 A 146/08 erließ die Beklagte gegenüber der Beigeladenen unter dem 18.1.2011 eine weitere Ordnungsverfügung mit lärmschutzbezogenen Anordnungen, die sich auch auf die Nutzung der Außenflächen beziehen. Unter anderem wurde eine Nutzung der Ostterrasse für den Gaststättenbetrieb untersagt. Die Ordnungsverfügung vom 21.1.2010 wurde hierdurch teilweise ersetzt.

Auf einen Antrag der Kläger auf Vollstreckung aus dem Bescheidungsurteil des Oberverwaltungsgerichts NRW gab das Verwaltungsgericht Köln mit Beschluss vom 31.8.2012 – 11 M 27/11 – der Beklagten auf, ab Zustellung des Beschlusses den Betrieb jeglicher Außengastronomie nach 22:00 Uhr und ab dem 2.1.2013 den Betrieb der Gaststätte als Innen- und Außengastronomie nach 22:00 Uhr zu untersagen. Zuvor hatte es Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens des Dipl.-Ing. E.

Q.

, Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW (LANUV).

Daraufhin erließ die Beklagte unter dem 25.9.2012 eine entsprechende Ordnungsverfügung, mit der sie zugleich anderslautende Anordnungen in der Ordnungsverfügung vom 18.1.2011 ersetzte und die Baugenehmigung vom 25.9.2001 insoweit widerrief, als damit ein Betrieb nach 22:00 Uhr zugelassen worden war.

Das Oberverwaltungsgericht NRW änderte den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 31.8.2012 mit Beschluss vom 15.5.2013 – 7 E 954/12 –. Der Beklagten wurde ein Zwangsgeld für den Fall angedroht, dass sie ihrer Verpflichtung aus dem Bescheidungsurteil vom 13.11.2009 hinsichtlich der Beschränkung des Betriebs der Beigeladenen zur Nachtzeit nicht bis zum 30.6.2013 nachkomme. Den weitergehenden Vollstreckungsantrag der Kläger lehnte das Oberverwaltungsgericht ab. Zur Begründung führte es aus, die Beklagte habe ihre Verpflichtung, den Betrieb der Beigeladenen auf

das nach dem Gebot der Rücksichtnahme zulässige Maß zu beschränken, hinsichtlich der Nachtzeit bislang nur unzureichend erfüllt. Allerdings sei – entgegen dem Verwaltungsgericht – nicht davon auszugehen, dass ausschließlich eine vollständige Unterbindung jeglichen Gaststättenbetriebs nach 22:00 Uhr in Betracht komme, um den gebotenen Schutz der Kläger nach Maßgabe eines Richtwerts von 40 dB(A) sicherzustellen. Eine dahingehende Ermessensreduzierung lasse sich nicht feststellen. Weitergehende Beschränkungen des Tagbetriebs könnten die Kläger nicht beanspruchen.

Daraufhin übersandte die Beklagte dem Umweltamt des Rheinisch-Bergischen Kreises ein von der Beigeladenen vorgelegtes Lärmschutzkonzept der L4.

Schalltechnik GmbH vom 16.11.2012 mit Ergänzung vom 12.6.2013 mit der Bitte um fachtechnische Stellungnahme. Der Rheinisch-Bergische Kreis beteiligte das LANUV, Dipl.-Ing. Q.

, und teilte der Beklagten mit, dass die Errichtung einer Lärmschutzwand unmittelbar an den Parkplätzen bei der vorgesehenen Nutzung, d. h. die Umsetzung des vorliegenden Lärmschutzkonzeptes, zu einer Unterschreitung des maßgeblichen Immissionsrichtwerts führe.

Am 28.6.2013 erließ die Beklagte unter Abänderung der Ordnungsverfügung vom 25.9.2012, namentlich unter Aufhebung der Untersagung eines Betriebs nach 22:00 Uhr sowie des teilweisen Widerrufs der Baugenehmigung, gegen die Beigeladene eine Ordnungsverfügung. Darin gab sie der Beigeladenen die Errichtung einer nördlich der Parkplätze gelegenen Lärmschutzwand sowie eine Reihe weiterer im Lärmschutzkonzept der L4.

Schalltechnik GmbH vorgesehener Lärmschutzmaßnahmen auf.

Einen erneuten Antrag der Kläger auf Vollstreckung aus dem Bescheidungsurteil des Oberverwaltungsgerichts NRW lehnte das Verwaltungsgericht Köln mit Beschluss vom 10.9.2013 – 11 M 29/13 – ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Oberverwaltungsgericht NRW mit Beschluss vom 25.4.2014 – 7 E 1008/13 – (juris) zurück. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus: Hinsichtlich des Tagbetriebs der Gaststätte habe es bereits mit seinem im ersten Vollstreckungsverfahren ergangenen Beschluss vom 15.5.2013 – 7 E 954/12 – mit bindender Wirkung für die Beteiligten entschieden, dass durch die bis dahin ergangenen Anordnungen der Beklagten die aus dem zu vollstreckenden Urteil folgenden Vorgaben für die Bescheidung des Anspruchs der Kläger auf bauaufsichtliches Einschreiten erfüllt seien. Hinsichtlich des Nachtbetriebs habe die Beklagte mit dem Erlass der Ordnungsverfügungen, zuletzt jener vom 28.6.2013, das zur Umsetzung der Vorgaben des Bescheidungsurteils Erforderliche getan.

Die Kläger haben am 14.3.2012 Klage gegen die ihnen erst am 20.2.2012 bekannt gewordene Gaststättenerlaubnis vom 29.4.2010 erhoben und zur Begründung vorgetragen: Die Erlaubnis verstoße gegen die nachbarschützende Vorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG. Durch den Betrieb des Biergartens komme es insbesondere nach 22:00 Uhr auf ihrem Wohngrundstück zu unzumutbaren Geräuscheinwirkungen.

Diese Frage sei von der Beklagten im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren und nunmehr vom Verwaltungsgericht selbständig zu prüfen. Der Biergarten sei baurechtlich nicht genehmigt. Die von der Beklagten erlassenen Ordnungsverfügungen entfalteten insoweit keine Bindungswirkung. Mangels Gestattungswirkung regelten sie im Verhältnis zu ihnen – den Klägern – nicht bindend den Umfang des hinzunehmenden Gaststättenbetriebs. Die Ordnungsverfügungen seien nicht Inhalt einer Baugenehmigung geworden. Die materielle Rechtskraft der Beschlüsse des Oberverwaltungsgerichts NRW

vom 15.5.2013 – 7 E 954/12 – und vom 25.4.2014 – 7 E 1008/13 – beschränke sich auf die Frage, ob die Beklagte ihrer Verpflichtung auf bauordnungsbehördliches Einschreiten gemäß dem Bescheidungsurteil vom 13.11.2009 – 7 A 146/08 – nachgekommen sei, und zwar aufgrund einer Überprüfung mit den Mitteln des Vollstreckungsverfahrens.

Die von dem Biergarten verursachten Geräuschimmissionen überschritten auf ihrem – der Kläger – Wohngrundstück die maßgeblichen Immissionsrichtwerte. Das Gutachten des Dipl.-Ing. Q.

vom 30.4.2012 und das Lärmschutzkonzept der L4.

Schalltechnik GmbH seien nicht aussagekräftig. Die darin jeweils zugrunde gelegte Annahme, 50 % der Biergartenbesucher sprächen gleichzeitig mit normaler oder allenfalls mit gehobener Stimme, werde der typischen Biergartensituation nicht gerecht. Diese sei dadurch geprägt, dass die Besucher vielfach durcheinander sprächen und sich gegenseitig zu übertönen suchten, dass laut gerufen und gelacht werde, Stühle gerückt würden sowie mit Gläsern und Geschirr geklirrt und geklappert werde. Die durch besondere Ton-, Impuls- und Informationshaltigkeit geprägte Eigenart von Biergartengeräuschen sei in den Berechnungen nicht durch Vergabe entsprechender Zuschläge berücksichtigt worden. Weder das Gutachten noch das Lärmschutzkonzept äußerten sich zu kurzzeitigen Geräuschspitzen. Der dafür geltende Immissionsrichtwert von 60 dB(A) nachts gemäß Nr. 6.1 TA Lärm werde schon durch einzelne Rufe im Biergarten überschritten. Dies sei der von ihnen vorgelegten Stellungnahme des Dr. Q1.

, B.

D. GmbH, vom 4.2.2014 mit Ergebnissen einer Immissionsmessung zu entnehmen. Die der Gaststättenerlaubnis zum Lärmschutz beigefügte Nebenbestimmung sei insbesondere deshalb fehlerhaft, weil sie eine Überschreitung des Immissionsrichtwerts für nächtliche Geräuschspitzen zulasse. Überdies könne die bloße Festschreibung zulässiger Beurteilungspegel nicht überwacht werden. Der Gaststättenerlaubnis fehle zudem die notwendige Begrenzung der Anzahl der in dem Biergarten zulässigen Sitzplätze, die in den schalltechnischen Berechnungen mit 66 zugrunde gelegt worden sei. In den Berechnungen seien schließlich verhaltensbedingte Geräusche wie etwa Rufe oder Lachen nicht abgebildet, die durch Besucher auf dem Parkplatz der Gaststätte verursacht würden und dem Betrieb der Beigeladenen zuzurechnen seien. Diese Geräusche führten nachts zu einer Überschreitung der Immissionsrichtwerte sowohl für den Beurteilungspegel als auch für einzelne kurzzeitige Geräuschspitzen. Schließlich seien die der Beigeladenen durch Ordnungsverfügungen aufgegebenen Lärmschutzmaßnahmen in mehrfacher Hinsicht unpraktikabel. Dies gelte namentlich für eine Abschaltung der Lüftungsanlage des Restaurants nach 22:00 Uhr (Ziff. 2 Buchst. c der Ordnungsverfügung vom 28.6.2013). Denn auch um diese Zeit hielten sich noch Gäste und Personal in dem Restaurant auf, sodass ein Betrieb der Lüftungsanlage aus Gründen des Gesundheitsschutzes erforderlich sei.

Die Kläger haben beantragt,
die Gaststättengenehmigung zur Erweiterung der Gaststätte „Landgasthof I.

“ vom 29.4.2010 aufzuheben,
hilfsweise,
die Gaststättengenehmigung insoweit aufzuheben, als ein Betrieb nach 22:00 Uhr zugelassen wird,
weiter hilfsweise,
die Gaststättenerlaubnis insoweit aufzuheben, als der Beigeladenen der Ausschank alkoholischer Getränke nach 22:00 Uhr im Biergarten gestattet wird.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat geltend gemacht, die Kläger hätten ein etwaiges Abwehrrecht verwirkt. Der Biergarten werde bereits seit Jahrzehnten in dem durch die angefochtene Erlaubnis zugelassenen Umfang betrieben, ohne dass es vor 2001 zu Beschwerden der seit 1986 in der Nachbarschaft wohnenden Kläger gekommen sei. Im Übrigen sei nicht zu befürchten, dass durch den Betrieb des Biergartens schädliche Umwelteinwirkungen zum Nachteil der Kläger hervorgerufen würden. Der Biergarten werde zu ihrem Wohnhaus hin durch das Gaststättengebäude abgeschirmt. Zudem stellten die bestandskräftigen Baugenehmigungen vom 4.10.2000 und 25.9.2001 verbindlich fest, dass der genehmigte Biergarten und seine genehmigte Nutzung den baurechtlichen Anforderungen entsprächen. Damit sei auch für das gaststättenrechtliche Verfahren verbindlich entschieden, dass sich die mit der bestimmungsgemäßen Nutzung des Biergartens typischerweise verbundenen Immissionen im Rahmen des nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG Zulässigen hielten. Schließlich stelle die angefochtene Gaststättenerlaubnis ihrerseits durch die unter Ziffer 3 geregelten Vorgaben den gebotenen Schallschutz am Haus der Kläger sicher.

Die Beigeladene hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Zu Begründung hat sie sich dem Vorbringen der Beklagten angeschlossen und darüber hinaus vorgetragen: Ausweislich der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 25.4.2014 – 7 E 1008/13 – sei nach Erlass der Ordnungsverfügung vom 28.6.2013 sichergestellt, dass der Gaststättenbetrieb in seiner heutigen Form die maßgeblichen Immissionsrichtwerte, insbesondere den Nachtwert von 40 dB(A), einhalte.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht hat die Beklagte erklärt, Ziffer 3 Absatz 3 des angefochtenen Bescheids sei verbindlich zu verstehen und anstelle der Zahl 25 solle die Zahl 20 gelten. Die Beigeladene hat erklärt, sie teile diese Auffassung.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, die Klage sei zulässig. Das Klagerecht sei nicht verwirkt. Die Kläger hätten unmittelbar nach Kenntniserlangung von der Gaststättenerlaubnis geklagt. Die Klage sei jedoch unbegründet. Aufgrund der der Beigeladenen in den Jahren 2000 und 2001 erteilten Baugenehmigungen in der Gestalt, die sie durch die Ordnungsverfügungen der Beklagten gefunden hätten, stehe bindend fest, dass sich die von einer bestimmungsgemäßen Nutzung des Biergartens ausgehenden Immissionen im Rahmen des nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG Zulässigen hielten. Die Baugenehmigungen erstreckten sich auf den Biergarten. Das ergebe sich zum einen daraus, dass dieser sowohl in den einen Bestandteil der Baugenehmigung vom 4.10.2000 bildenden Plänen eingezeichnet als auch in der ebenfalls zu dieser Baugenehmigung gehörenden Betriebsbeschreibung als Terrasse mit einer Betriebszeit von 10:00 bis 24:00 Uhr angegeben sei. Zum anderen träfen auch die späteren Ordnungsverfügungen Regelungen bezüglich des Betriebs des Biergartens, bei denen es sich um nachträgliche modifizierende Auflagen zu den Baugenehmigungen handle. Aufgrund der Feststellungswirkung der Baugenehmigungen und unter Berücksichtigung der Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts NRW in seinem Beschluss vom 25.4.2014 – 7 E 1008/13 – stehe nunmehr auch gaststättenrechtlich bindend fest, dass die von der Gaststätte einschließlich des Biergartens ausgehenden Geräuschemissionen der Nachbarschaft und damit auch den Klägern zumutbar seien.

Die Klage bleibe auch deshalb erfolglos, weil die Einwände der Kläger ausschließlich im baurechtlichen Verfahren geltend zu machen gewesen seien. Nach der gesetzlichen

Zuständigkeitsordnung falle die Entscheidung darüber, ob die bei bestimmungsgemäßem Betrieb einer Gaststätte typischerweise zu erwartenden Immissionen das Maß des rechtlich Zulässigen wahren, in die originäre Kompetenz der Baubehörde. Diesbezügliche Einwände seien daher im baurechtlichen Verfahren anzubringen. Deshalb sei es sachgerecht, den bestandskräftigen Ordnungsverfügungen der Beklagten hinsichtlich der Frage der Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Anforderungen Bindungswirkung auch unabhängig davon zuzusprechen, ob sie als Bestandteil der Baugenehmigung anzusehen seien.

Schließlich sei der Betrieb des Biergartens nach der angefochtenen Gaststättenerlaubnis und den dazu in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen der Beklagten und der Beigeladenen nur bei Einhaltung der Immissionsrichtwerte für ein allgemeines Wohngebiet nach der TA Lärm gestattet. Damit sei den nachbarschützenden Anforderungen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG Genüge getan. Die von den Klägern thematisierten tatsächlichen Immissionen des Biergartenbetriebs seien für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Gaststättenerlaubnis unerheblich.

Zur Begründung ihrer vom Senat zugelassenen Berufung vertiefen die Kläger ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Betrieb des Biergartens widerspreche schon deshalb im Hinblick auf seine örtliche Lage dem öffentlichen Interesse im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG, weil der Biergarten als bauliche Anlage ohne die dafür erforderliche Baugenehmigung errichtet worden sei. Die angefochtene Gaststättenerlaubnis treffe nicht hinreichend Sorge gegen unzumutbare Lärmbelästigungen der Kläger insbesondere nachts. Sie sei in nachbarrechtsrelevanter Hinsicht unbestimmt, weil sie den Umfang der Nutzung des Biergartens nicht regele. Es fehle ein Bestuhlungsplan zur Begrenzung der Gästezahl. Zudem könne der Zugang zum Gastraum dauerhaft offen stehen und so Lärm von dort nach außen dringen. Die schalltechnische Auflage sei auch nach ihrer Konkretisierung in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht nicht geeignet, den gebotenen Lärmschutz sicherzustellen. Die Geräusche hingen wesentlich vom Gästeverhalten ab, das die Beigeladene nicht ausreichend beeinflussen könne. Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit würden durch den Betrieb des Biergartens jedenfalls im Zusammenwirken mit dem Betrieb des Parkplatzes die Immissionsrichtwerte für den Beurteilungspegel und für kurzzeitige Geräuschspitzen von 40 dB(A) bzw. 60 dB(A) überschritten. Über die bereits erstinstanzlich vorgebrachten Einwände gegen das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Q.

und das Lärmschutzkonzept der Firma L4.

hinaus sei darauf hinzuweisen, dass die Beigeladene an betriebsstarken Tagen den an der L 170 gelegenen Wanderparkplatz mitbenutze, der durch einen mit zehn weißen Kugelleuchten beleuchteten Weg mit der Gaststätte verbunden sei. Eine realistische Immissionsprognose müsse diese Quelle einbeziehen. Die Kläger seien im vorliegenden Verfahren berechtigt, die Unzumutbarkeit der Immissionen geltend zu machen. Mangels Baugenehmigung für den Biergarten stehe dem die Feststellungswirkung einer solchen Baugenehmigung nicht entgegen. Die Ordnungsverfügungen der Beklagten entfalteten weder Legalisierungs- noch Feststellungswirkung des Inhalts, dass von dem Betrieb der Beigeladenen keine den Klägern unzumutbaren Lärmbelästigungen ausgingen.

Die Kläger beantragen,
das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 30.10.2014 zu ändern und die Gaststättenerlaubnis vom 29.4.2010 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt ergänzend vor: Durch das Bescheidungsurteil des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 13.11.2009 – 7 A 146/08 – sowie seinen Beschluss vom 25.4.2014 – 7 E 1008/13 – sei über die Frage eines effektiven und ausreichenden Lärmschutzes der Kläger rechtskräftig entschieden. Danach stehe mit Bindungswirkung auch für das vorliegende Verfahren fest, dass die Beklagte ihrer aus dem Bescheidungsurteil folgenden Verpflichtung zum Erlass nachträglicher Anordnungen zwecks Einhaltung des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots nachgekommen sei, dass die Kläger keine weitergehenden Lärmschutzmaßnahmen beanspruchen könnten und dass der Gaststättenbetrieb in dem baurechtlich genehmigten – den Biergarten einschließenden – Umfang dem Gebot der Rücksichtnahme genüge. Diese Entscheidungen hätten präjudizielle Wirkung für die von den Klägern abermals aufgeworfene Frage, ob der Betrieb der Gaststätte in dem genehmigten Umfang hinsichtlich der Geräuschimmissionen Nachbarrechte verletze. Im Übrigen sei der gebotene Lärmschutz zugunsten der Kläger durch die unter Ziffer 3 der angefochtenen Gaststättenerlaubnis getroffene Regelung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beklagten und der Beigeladenen sichergestellt. Die Vorgabe einzuhaltender Immissionsrichtwerte sei nur dann unzureichend, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Werte nicht sicher eingehalten werden könnten. Vorliegend sei indes durch die nachträglichen Anordnungen der Beklagten sowie das dazu eingeholte Schallgutachten der Nachweis erbracht, dass die festgesetzten Immissionsrichtwerte bei Beachtung der der Beigeladenen aufgegebenen Maßnahmen eingehalten würden.

Die Beigeladene beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und schließt sich dem Vorbringen der Beklagten im Berufungsverfahren an.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung den Sachverständigen Dipl.-Ing. Q.

zu dem von ihm erstellten Gutachten angehört, außerdem den von den Klägern beauftragten Gutachter Dr. Q1.

, B.

D. GmbH, sowie den von der Beigeladenen beauftragten Gutachter Dipl.-Ing. U.

, L4.

Schalltechnik GmbH. Wegen der Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakte des vorliegenden Verfahrens und der beigezogenen Gerichtsakten des VG Köln in den Verfahren 11 M 27/11 (drei Bände), 11 K 844/11 (drei Bände) und 11 M 29/13 (ein Band) sowie der ebenfalls beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten (sieben Bände) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 28.5.2018 gibt dem Senat keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, die auch nicht beantragt ist. Die

Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung steht gemäß § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO grundsätzlich im Ermessen des Gerichts. Zwar kann sich dieses Ermessen zu einer Rechtspflicht zur Wiedereröffnung verdichten. Nachgelassene oder – wie hier – nachgereichte Schriftsätze erzwingen jedoch nur dann eine Wiedereröffnung, wenn das Gericht ihnen wesentlich neues Vorbringen entnimmt, auf das es seine Entscheidung stützen will.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 12.7.2017 – 4 BN 9.17 –, juris, Rn. 3, m. w. N.

Das ist hier nicht der Fall. Der Senat stützt seine Entscheidung weder auf das Vorbringen zu einer verkehrslärmbedingten Vorbelastung des Grundstücks der Kläger noch auf das Vorbringen zu dem Polizeieinsatz am 10.5.2018.

Die Berufung der Kläger hat teilweise Erfolg. Die Klage ist zulässig (dazu I.) und insoweit begründet, als die angefochtene Gaststättenerlaubnis einen Biergartenbetrieb nach 22:00 Uhr gestattet; hinsichtlich der Erlaubnis eines Betriebs vor 22:00 Uhr ist die Klage unbegründet (dazu II.).

I. Die Klage ist als Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere haben die Kläger ihr Klagerecht nicht verwirkt.

Der rechtsvernichtende Vorgang der Verwirkung ist anzunehmen, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung eines Rechts längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Verpflichtete infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten darauf vertrauen durfte, dass dieser das Recht nach so langer Zeit nicht mehr geltend machen würde, der Verpflichtete ferner tatsächlich darauf vertraut hat, dass das Recht nicht mehr ausgeübt würde und sich infolgedessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.1.2017 – 8 B 23.16 –, NVwZ-RR 2017, 430 = juris, Rn. 14, m. w. N.; OVG NRW, Beschluss vom 1.12.2017 - 4 B 1504/17 -, juris, Rn. 8.

Hier fehlt es schon an dem für eine Verwirkung des Klagerechts erforderlichen Zeitmoment. Die streitgegenständliche Gaststättenerlaubnis vom 29.4.2010 war den Klägern nicht bekannt gegeben worden. Nach ihrem unbestrittenen Vorbringen haben sie erst anlässlich des Ortstermins in dem Verfahren 11 M 27/11 (VG Köln) am 6.2.2012 von der Erlaubnis Kenntnis erlangt. Auf ihre schriftliche Bitte vom 8.2.2012 hat ihnen die Beklagte eine Fotokopie der Erlaubnis übersandt, die sie am 20.2.2012 erhalten haben. Die Kläger haben am 14.3.2012 Klage erhoben. Zwischen dem Zeitpunkt, in dem sie von der Erlaubnis Kenntnis erlangt haben, und der Klageerhebung lag danach ein Zeitraum, der nur geringfügig länger war als die regelmäßige Klagefrist von einem Monat gemäß § 74 Abs. 1 VwGO. Dies genügt nicht für die Annahme einer gegen Treu und Glauben verstößenden Untätigkeit.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.5.1991 – 4 C 4.89 –, NVwZ 1991, 1182 = juris, Rn. 22 f.

II. Die Klage ist teilweise begründet. Die Gaststättenerlaubnis vom 29.4.2010 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin ihren Rechten (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO), soweit sie einen Biergartenbetrieb nach 22:00 Uhr gestattet. Im Übrigen ist die Erlaubnis nicht in einer Rechte der Kläger verletzenden Weise rechtswidrig.

Hinsichtlich der Gestattung eines Biergartenbetriebs nach 22:00 Uhr verstößt die angefochtene Erlaubnis zum Nachteil der Kläger gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG.

Danach ist die gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GastG erforderliche Erlaubnis unter anderem zu versagen, wenn der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes befürchten lässt. Insoweit hat § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG nachbarschützenden Charakter.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 9.12.1992 – 4 A 2033/90 –, GewArch 1993, 254 = juris, Rn. 44 ff., m. w. N., und Beschluss vom 3.11.2015 – 4 B 652/15 –, GewArch 2016, 158 = juris, Rn. 25 ff.; siehe auch BVerwG, Urteil vom 7.5.1996 – 1 C 10.95 –, BVerwGE 101, 157 = juris, Rn. 32 f.

1. Die Kläger haben ihr materielles nachbarliches Abwehrrecht aus § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG nicht verwirkt.

Zur Unterscheidung zwischen materiellem Abwehrrecht und dessen Verwirkung einerseits sowie verfahrensrechtlichem Widerspruchs- bzw. Klagerecht und deren Verwirkung andererseits vgl. BVerwG, Urteil vom 16.5.1991 – 4 C 4.89 –, NVwZ 1991, 1182 = juris, Rn. 18, 24 f.

Das gilt selbst bei Wahrunterstellung des Vortrags der Beklagten, die Beigeladene betreibe den streitigen Biergarten in dem durch die angefochtene Erlaubnis gestatteten Umfang tatsächlich schon seit mehreren Jahrzehnten, ohne dass die Mitte der 1980er-Jahre zugezogenen Kläger vor dem Jahr 2001 jemals Beschwerden hiergegen erhoben hätten. Denn der Beginn des Zeitraums, der für eine Verwirkung des materiellen Abwehrrechts der Kläger in Betracht zu ziehen ist, liegt jedenfalls nicht vor dem Jahr 2001 [dazu a)]. Seither sind die Kläger nicht in treuwidriger Weise untätig geblieben [dazu b)]. Im Übrigen hat die Beigeladene nicht im Vertrauen darauf, die Kläger würden ihr Abwehrrecht nicht mehr ausüben, Dispositionen getroffen [dazu c)].

a) Dahinstehen kann, ob auch hinsichtlich des materiellen nachbarlichen Abwehrrechts für den Beginn des für eine Verwirkung in Betracht zu ziehenden Zeitraums auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem die Kläger Kenntnis von der streitgegenständlichen Gaststättenerlaubnis erlangt haben. Die Erlaubnis könnte für die Geltendmachung nachbarlicher Abwehrrechte der Kläger gegen den Gaststättenbetrieb der Beigeladenen deshalb eine zeitliche Zäsur bedeuten, weil mit ihr eine Legalisierung eines insoweit bislang gaststättenrechtlich nicht erlaubten Betriebs einherging.

Vgl. für die Erteilung einer Baugenehmigung BVerwG, Urteil vom 16.5.1991 – 4 C 4.89 –, NVwZ 1991, 1182 = juris, Rn. 23.

Eine solche Zäsurwirkung hatten jedenfalls die im Jahr 2001 durchgeführten baulichen Erweiterungen des Gasthofs der Beigeladenen auf der Grundlage der Baugenehmigungen vom 4.10.2000 und 25.9.2001 sowie die anschließende Nutzung der erweiterten Anlagen und die dafür unter dem 25.4.2002 erteilte Gaststättenerlaubnis. Wegen des ganz erheblichen Umfangs der Erweiterungen stellte sich für die Kläger die Frage eines Vorgehens gegen den Gaststättenbetrieb insgesamt neu. Das gilt auch für den gegebenenfalls bereits zuvor vorhandenen und genutzten Biergarten unabhängig davon, ob er von den Baugenehmigungen umfasst ist. Denn die mit dem genehmigten neuen Anbau verbundenen erheblichen Kapazitätserweiterungen (insbesondere großer und kleiner Gesellschaftsraum, Küche), die neue Lüftungsanlage sowie die neue Ostterrasse konnten die bestehenden Immissionsverhältnisse zum Nachteil der Kläger verändern. Es verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn sich die Kläger in einer in dieser Weise wesentlich geänderten Gesamtsituation auch gegen den Betrieb des Biergartens zu Wehr setzen, zu dessen Duldung sie nach den bisherigen Verhältnissen gegebenenfalls noch bereit waren.

b) Die Kläger sind insoweit rechtzeitig tätig geworden. Seit dem Jahr 2001 haben sie fortgesetzt und für die Beigeladene erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie den Gaststättenbetrieb in dem nunmehr bestehenden Umfang wegen der damit verbundenen Geräuschimmissionen nicht hinnehmen wollen. Bereits mit Schreiben vom 15.5.2001 hat der Kläger die Beklagte im Zusammenhang mit der „momentane[n] erneute[n] Fertigstellung eines Neubaus“ durch die Beigeladene mitgeteilt, er fühle sich seit Jahren durch den Betrieb der Gaststätte in seiner Nachtruhe gestört. Die Beklagte möge dafür Sorge tragen, dass solche Störungen in Zukunft unterblieben, und er bitte darum, dies „auch in der Konzessionserteilung für den Neubau zu berücksichtigen.“ Die Beklagte hat die Beigeladene hierüber in Kenntnis gesetzt. In seinem Schreiben vom 20.11.2001 an die Beklagte hat der Kläger vorgebracht, die Erweiterung der Gaststätte habe sich für ihn und seine Familie „sehr nachteilhaft“ ausgewirkt aufgrund von „Veranstaltungen mit unerträglich lauter Musik und Grölereien von betrunkenen Gästen im Freien“ und eine „ununterbrochene An- und Abfahrt von Fahrzeugen in den Morgenstunden“. Auch wolle er „nicht durch Biergartenlärm tagsüber und während des Wochenendes belästigt werden.“ Er bitte darum, einen Antrag „um Erweiterung der Gaststättenerlaubnis für einen neuen Biergarten im Hof des Erweiterungsbaus sowie der Verlängerung der Ausschankzeiten“ abzulehnen. Seine Familie und er würden „durch den bereits vorhandenen Biergarten auf der rechten Seite des Gebäudes im Frühling und Sommer jetzt schon erheblich belästigt“. In dem von dem Kläger mitunterzeichneten Schreiben seines Nachbarn vom 23.11.2001 wendet sich dieser unter Hinweis auf bisher schon durch die Gaststätte hervorgerufene Belästigungen der Nachbarschaft gegen „eine Verlängerung der Öffnungszeiten oder gar die Einrichtung eines ‚Biergartens‘ oder eine[r] anders bezeichnete[n] Bewirtung außerhalb geschlossener Räume“. Im Juni 2002 beschwerten sich die Kläger bei der Beklagten über nächtliche Ruhestörungen durch den Betrieb der Beigeladenen. Weitere Lärmbeschwerden datieren von Juli und August 2003. Mit Schreiben vom 12.8.2003 haben sich die damaligen Bevollmächtigten der Kläger in der Frage der Geräuschimmissionen durch die Gaststätte an die Beklagte gewandt und um Akteneinsicht ersucht. Unter dem gleichen Datum haben sie die Beigeladene darüber informiert, dass die Kläger sie mit der konsequenten Anzeige einer jeden nächtlichen Ruhestörung sowie damit beauftragt hätten, „den von Ihrem Gaststättenbetrieb unzulässiger Weise zur Nachtzeit ausgehenden Lärm zur Einstellung zu bringen.“ Am 22.1.2004 haben die Kläger bei der Beklagten ein „ordnungsbehördliches Einschreiten in Form von nachträglichen Auflagen gemäß § 61 Abs. II S. 1 BauO-NW“ beantragt und am 8.6.2004 eine entsprechende Verpflichtungsklage gegen die Beklagte erhoben. Seither ist die Frage der Gewährleistung eines hinreichenden Schutzes der Kläger vor den von der Gaststätte einschließlich des Biergartens ausgehenden Geräuschen Gegenstand bis heute andauernder gerichtlicher Auseinandersetzungen zwischen Klägern, Beklagter und Beigeladener.

c) Eine Verwirkung des materiellen Abwehrrechts der Kläger scheidet im Übrigen auch deshalb aus, weil nicht ersichtlich ist, dass die Beigeladene im Vertrauen darauf, dass die Kläger ein ihnen zustehendes Abwehrrecht nicht mehr ausüben würden, Dispositionen getroffen hat. Nach dem Vorbringen der Beklagten, dem sich die Beigeladene angeschlossen hat, wird der Biergarten bereits seit Jahrzehnten in dem mit der angefochtenen Erlaubnis gestatteten Umfang betrieben. Soweit die Beklagte geltend macht, die Beigeladene habe sich in ihren betrieblichen Vorkehrungen so eingerichtet, dass der Biergarten ein wesentlicher Bestandteil des Gasthofs sei, ist dies also im Wesentlichen bereits vor der beschriebenen zeitlichen Zäsur des Jahres 2001 und mithin nicht im Vertrauen auf eine Untätigkeit der Kläger während des insoweit in Betracht zu ziehenden Zeitraums geschehen. Dass die Beigeladene später in Bezug auf den Biergarten Dispositionen in einem Umfang getroffen hätte, dass ihr durch eine – unterstellt – verspätete Durchsetzung des materiellen Abwehrrechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

2. Die angefochtene Erlaubnis verstößt nicht bereits deshalb gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 GastG, weil der Biergarten als bauliche Anlage ohne die dafür erforderliche Baugenehmigung errichtet worden ist. Das Gaststättengesetz verbietet nicht, die Gaststättenerlaubnis vor einer etwa erforderlichen Baugenehmigung zu erteilen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.10.1989 – 1 C 18.87 –, BVerwGE 84, 11 = juris, Rn. 22, und Beschluss vom 18.3.1998 – 1 B 33.98 –, GewArch 1998, 254 = juris, Rn. 8.

3. Die angefochtene Gaststättenerlaubnis verstößt zum Nachteil der Kläger gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG, weil ein (Nacht-)Betrieb des Biergartens der Beigeladenen nach 22:00 Uhr schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes befürchten lässt. Soweit die in dieser Hinsicht teilbare Erlaubnis einen (Tag-)Betrieb des Biergartens bis 22:00 Uhr gestattet, steht sie hingegen mit § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG in Einklang.

Weder aufgrund erteilter Baugenehmigungen noch nach den von der Beklagten gegenüber der Beigeladenen erlassenen Ordnungsverfügungen steht mit bindender Wirkung für die gaststättenrechtliche Erlaubniserteilung fest, dass der Betrieb des Biergartens schädliche Umwelteinwirkungen nicht befürchten lässt [dazu a)]. Bislang im Verhältnis der Beteiligten ergangene Gerichtsentscheidungen haben ebenfalls keine entsprechende Präjudizwirkung [dazu b)]. Deshalb hat der Senat aufgrund einer eigenen Beurteilung der voraussichtlichen betriebsbedingten Immissionen zu entscheiden, ob der Erlaubnisversagungsgrund zu befürchtender schädlicher Umwelteinwirkungen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG erfüllt ist [dazu c)]. Das ist insoweit der Fall, als es um einen Betrieb nach 22:00 Uhr geht [dazu d)], während die Erlaubnis für einen Betrieb bis 22:00 Uhr nicht zu versagen ist [dazu e)].

a) Weder durch der Beigeladenen oder früheren Grundstückseigentümern erteilte Baugenehmigungen noch die von der Beklagten gegenüber der Beigeladenen erlassene Ordnungsverfügungen ist mit bindender Wirkung für die gaststättenrechtliche Erlaubniserteilung festgestellt, dass der Betrieb des Biergartens keine schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG befürchten lässt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei einer Gesamtschau dieser Verwaltungsakte.

Zwar entfaltet die baurechtliche Genehmigung einer Gaststätte, solange die Genehmigung besteht und die Verhältnisse sich nicht rechtserheblich ändern, Bindungswirkung dahin, dass die Gaststättenbehörde die entsprechende Gaststättenerlaubnis nicht aus baurechtlichen Gründen versagen darf. Mit Erteilung der Baugenehmigung ist auch über die Zulässigkeit der typischerweise mit der bestimmungsgemäßen Nutzung der Gaststätte in ihrer jeweiligen örtlichen Umgebung verbundenen Immissionen entschieden. Daher ist durch die bestandskräftige Baugenehmigung einer konkreten Gaststätte nicht nur deren Vereinbarkeit mit den Immissionsschutzanforderungen des Bauplanungsrechts bindend festgestellt, sondern zugleich bindend entschieden, dass die von der Nutzung der Gaststätte typischerweise ausgehenden Immissionen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG zulässig sind.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 4.10.1988 – 1 C 72.86 –, BVerwGE 80, 259 = juris, Rn. 31 f., und vom 17.10.1989 – 1 C 18.87 –, BVerwGE 84, 11 = juris, Rn. 17; Beschluss vom 14.6.2011 – 4 B 3.11 –, GewArch 2012, 45 = juris, Rn. 5; OVG NRW, Beschluss vom 3.11.2015 – 4 B 652/15 –, GewArch 2016, 158 = juris, Rn. 44.

Dafür muss aber eine Baugenehmigung für die Gaststätte tatsächlich vorliegen. Daran fehlt es hier. Der Biergarten der Beigeladenen, auf den sich die angefochtene Gaststättenerlaubnis bezieht, ist baurechtlich nicht genehmigt.

aa) Der Biergarten ist Gegenstand weder der Baugenehmigung vom 4.10.2000 noch jener vom 25.9.2001.

Der Inhalt einer Baugenehmigung als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt (vgl. § 69 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW) wird wesentlich durch den ihr zugrunde liegenden Bauantrag mitbestimmt. Ein Bauantrag ist als Willenserklärung des Bürgers gegenüber der Behörde nach dem erklärten Willen auszulegen, d. h. danach, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte. Dafür ist zum einen auf die Angaben des Bauherrn in dem Bauantragsformular, zum anderen auf die von ihm eingereichten Bauvorlagen abzustellen. Soweit diese von der Behörde mit Zugehörigkeitsvermerk versehen sind, werden sie zum inhaltlichen Bestandteil der Baugenehmigung und haben Anteil an ihren Rechtswirkungen.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 26.9.1991 – 11 A 1604/89 –, NWVBl. 1992, 176 = juris, Rn. 48 ff., und Beschluss vom 12.1.2001 – 10 B 1827/00 –, NVwZ-RR 2001, 430 = juris, Rn. 3 ff.

Ausgehend davon ist der Biergarten nicht Gegenstand der Baugenehmigung vom 4.10.2000.

Offengelassen noch durch OVG NRW, Urteil vom 13.11.2009 – 7 A 146/08 –, DVBl. 2010, 259 = juris, Rn. 72.

Das mit dieser Baugenehmigung zugelassene und darin als „Erweiterung des Café-Restaurants „I1.

“ bezeichnete Vorhaben ist in dem zugrunde liegenden Bauantragsformular wie folgt beschrieben:

„Anbau eines Hausteils zur Aufnahme von Gesellschaften; beabsichtigt sind hier Toiletten, Gasträume, Küche und eine Eigentümerwohnung.“

Ein Biergarten wird nicht erwähnt. Das gilt auch für die von der Beigeladenen eingereichten Bauvorlagen. In dem mit Zugehörigkeitsvermerk versehenen amtlichen Lageplan ist im Bereich des Biergartens eine „Terrasse“ im Bestand verzeichnet, ebenso in der gleichfalls zum Bestandteil der Baugenehmigung gemachten Erdgeschoss-Grundrisszeichnung, insoweit gekennzeichnet durch den Zusatz „vorhand.“ Dies entspricht der von der Beigeladenen bestätigten Angabe der Beklagten, der streitige Biergarten werde an dieser Stelle tatsächlich schon seit Jahrzehnten betrieben. In den Bauvorlagen wird eine „Terrasse“ zudem noch erwähnt in der ebenfalls mit Zugehörigkeitsvermerk versehenen Betriebsbeschreibung, wonach „innerhalb des Gebäudes und außerhalb (Terrasse) bedient“ wird. Dieser Angabe lässt sich indes bei objektiver Würdigung nicht entnehmen, dass Gegenstand des Bauantrags nicht nur eine Erweiterung des Gaststättengebäudes durch einen neu zu errichtenden Anbau sein sollte, sondern darüber hinaus auch eine nachträgliche Legalisierung einer tatsächlich bereits vorhandenen Terrasse und ihrer schon verwirklichten Nutzung als Biergarten oder sonstige Außengastronomie gewollt war. Der der Baugenehmigung vom 2.10.2000 zugrunde liegende Bauantrag und die zugehörigen Bauvorlagen beruhen ersichtlich auf der Vorstellung der Beigeladenen, sie benötige eine (weitere) Baugenehmigung nur für die beabsichtigte Erweiterung des Gaststättengebäudes, nicht aber auch für den bereits genutzten Bestand einschließlich der (West-)Terrasse. Dies zeigt sich außer an der zitierten, ausschließlich den geplanten Anbau beschreibenden Bezeichnung des Vorhabens in dem Bauantragsformular auch daran, dass die Terrasse – anders als der Anbau – in dem amtlichen Lageplan und der Grundrisszeichnung jeweils nicht vermaßt ist und überdies weder in der als Teil der Bauvorlagen eingereichten Berechnung der Nutzfläche der beantragten baulichen Erweiterung noch in dem vom Rheinisch-Bergischen Kreis als damals zuständiger Genehmigungsbehörde angeforderten Bestuhlungsplan berücksichtigt ist. Gegen eine Einbeziehung einer vorhandenen

Außengastronomie in den Bauantrag spricht zudem, dass in der Betriebsbeschreibung als Geräuschquellen ausschließlich PKW auf den Parkplätzen angegeben sind, nicht hingegen auch Gäste der Außengastronomie auf der „Terrasse“, was sich bei einer Erstreckung des Bauantrags auch hierauf wegen der geringen Entfernung zur benachbarten Wohnbebauung aufgedrängt hätte. Schließlich wird in den Antragsunterlagen zu dem der Baugenehmigung vorausgegangen Vorbescheid vom 10.11.1998 im Bereich des Biergartens eine Terrasse im Bestand geführt und von dem zur Entscheidung gestellten Neubauvorhaben unterschieden. Die von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung geäußerte Einschätzung, aus naturschutzrechtlichen Regelungen bzw. Nebenbestimmungen im Baugenehmigungsbescheid lasse sich auf eine Erstreckung der Genehmigung auf den Biergarten schließen, trifft nicht zu. Der Bescheid enthält keine derartigen Bestimmungen.

Die Baugenehmigung vom 25.9.2001 erstreckt sich ebenfalls nicht auf den Biergarten. Sie hat eine Lüftungsanlage an der nördlichen Gebäudeseite sowie eine östlich an den großen Gesellschaftsraum angrenzende Außenterrasse (Ostterrasse) zum Gegenstand.

Die Baugenehmigungen vom 4.10.2000 und 25.9.2001 erfassen den Biergarten auch nicht in Folge der von der Beklagten gegenüber der Beigeladenen erlassenen Ordnungsverfügungen vom 21.1.2010, 18.1.2011, 25.9.2012 und 28.6.2013. Dies ergibt sich aus der grundlegenden systematischen Unterscheidung des Bauordnungsrechts zwischen der Erteilung von Baugenehmigungen einerseits und dem Erlass bauaufsichtlicher Verfügungen andererseits. Der Regelungsgehalt der Ordnungsverfügungen der Beklagten hat keine entsprechende Reichweite. Durch die Baugenehmigung gemäß § 75 BauO NRW wird ein bestimmtes Vorhaben zur Ausführung freigegeben und seine Übereinstimmung mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften festgestellt. Die den Bauaufsichtsbehörden eingeräumte Befugnis zum ordnungsbehördlichen Einschreiten dient dagegen der Rechtsdurchsetzung. Eine entsprechende Ermächtigung enthält insbesondere § 61 Abs. 1 Satz 1 und 2 BauO NRW. Danach haben die Bauaufsichtsbehörden in Wahrnehmung ihrer Aufgabe, unter anderem bei Errichtung, Änderung und Nutzung baulicher Anlagen über die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften und aufgrund dieser Vorschriften erlassener Anordnungen zu wachen, nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Vorschrift wird sowohl in den Ordnungsverfügungen der Beklagten als auch in dem ihnen zugrundeliegenden Bescheidungsurteil des 7. Senats des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 13.11.2009 – 7 A 146/08 – (DVBl. 2010, 259 = juris, Rn. 54 ff.) als Rechtsgrundlage dafür benannt, die Betriebsgeräusche der als „nicht störend“ genehmigten Gaststätte der Beigeladenen auf das den Klägern zumutbare Maß zu beschränken. Eine Baugenehmigung hingegen ist ein den Adressaten begünstigender, seinen Rechtskreis erweiternder Verwaltungsakt. Bauaufsichtliche Verfügungen sind für die jeweiligen Adressaten belastende, ihren Rechtskreis beschränkende Verwaltungsakte. Eben hierauf sind die Ordnungsverfügungen der Beklagten nach Ziel und Regelungsgehalt gerichtet. Sie geben der Beigeladenen die Errichtung einer Lärmschutzwand sowie Betriebsbeschränkungen zum Schutz der Kläger vor unzumutbaren Geräuschmissionen auf. Dass unter den angeordneten Maßnahmen solche sind, die (auch) den Betrieb des Biergartens betreffen, rechtfertigt ebenso wenig wie die Bezeichnung der Anordnungen als „nachträgliche Auflagen“ den Schluss auf eine damit einhergehende baurechtliche Genehmigung des Biergartens. Weder setzt eine bauaufsichtliche Verfügung das Bestehen einer Baugenehmigung voraus, noch vermag sie eine solche zu ersetzen. Letzterem steht schon die Antragsgebundenheit der Baugenehmigung (vgl. § 69 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW) entgegen. Die von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung angeführte Vorschrift des § 61 Abs. 2 Satz 1 BauO NRW sieht lediglich vor, dass auch nach Erteilung einer Baugenehmigung Anforderungen gestellt werden können, um dabei nicht voraussehbare Gefahren oder unzumutbare Belästigungen von der Allgemeinheit oder denjenigen, die die bauliche Anlage benutzen,

abzuwenden. Sie ermächtigt nicht zu einer gegenständlichen Erweiterung einer erteilten Baugenehmigung. Auch ihrem konkreten Regelungsgehalt nach enthalten die Ordnungsverfügungen der Beklagten lediglich Beschränkungen, nicht aber (auch) eine Gestattung des Betriebs unter anderem des Biergartens. „Modifizierende Auflagen“ im Sinne von Inhaltsbestimmungen der – nicht auf den Biergarten bezogenen – Baugenehmigungen sind es – auch angesichts des Fehlens eines für Rechtsklarheit sorgenden entsprechenden Zugehörigkeitsvermerks („Grünstempel“) – nicht.

bb) Die von der Beklagten gegenüber der Beigeladenen erlassenen Ordnungsverfügungen entfalten auch nicht unabhängig davon, ob sie als Bestandteile der Baugenehmigungen anzusehen sind, hinsichtlich der Frage der Einhaltung immissionsschutzrechtlicher Anforderungen Bindungswirkung für die gaststättenrechtliche Erlaubniserteilung. Die Ordnungsverfügungen haben keine einer Baugenehmigung vergleichbare bindende Feststellungswirkung.

(1) Soweit das Verwaltungsgericht eine Bindungswirkung der Ordnungsverfügungen deshalb für „sachgerecht“ hält, weil es in Übereinstimmung mit einer in Rechtsprechung und Schrifttum zum Teil vertretenen Auffassung,

vgl. VG Gießen, Beschluss vom 23.1.2001 – 8 G 3077/00 –, GewArch 2001, 255 = juris, Rn. 10; Metzger, Gaststättengesetz, 6. Auflage 2002, § 4 Rn. 367, annimmt, die lärmschutzbezogenen Einwände der Kläger gegen den Betrieb des Biergartens seien baurechtlicher Natur und deshalb ausschließlich im baurechtlichen Verfahren geltend zu machen gewesen, überzeugt diese Annahme nicht. Sie steht nicht in Einklang mit § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG ist die Erlaubnis zu versagen ist, wenn der Gewerbebetrieb unter anderem schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes befürchten lässt. Dies setzt eine entsprechende Prüfungsbefugnis der für die Erlaubniserteilung zuständigen Gaststättenbehörde und die Relevanz diesbezüglicher Einwände Dritter im Erlaubnisverfahren notwendig voraus. Gleiches gilt mit Blick auf § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG, wonach Gewerbetreibenden, die einer Erlaubnis bedürfen, jederzeit Auflagen zum Schutz unter anderem gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erteilt werden können. Eine generelle Beschränkung der Prüfungsbefugnis der Gaststättenbehörde ergibt sich nicht mit Blick auf die Zuständigkeit der zur Baugenehmigungserteilung für die jeweilige Gaststätte berufenen Bauaufsichtsbehörde. Gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Zu diesen Vorschriften zählen auch solche des Bauplanungsrechts, die – wie etwa § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO sowie § 35 Abs. 2 und 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB – die Zulässigkeit des Vorhabens im Hinblick auf die mit ihm in einer bestimmten örtlichen Umgebung typischerweise verbundenen Immissionen regeln. Insoweit überschneiden sich die Prüfungsmaßstäbe von Gaststätten- und Bauaufsichtsbehörde. Die vom Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts,

Urteil vom 4.10.1988 – 1 C 72.86 –, BVerwGE 80, 259 = juris, Rn. 31 f., betrifft die von dem jeweiligen Prüfungsmaßstab zu unterscheidende Frage der Bindungswirkung der für eine konkrete Gaststätte erteilten Baugenehmigung im nachfolgenden gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren. Soweit die typischerweise mit der bestimmungsgemäßen Nutzung einer Gaststätte in einer konkreten baulichen Umgebung verbundenen Immissionen zu beurteilen sind, besteht ein stärkerer Bezug zur originären Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörde, die deshalb die insoweit maßgebliche Entscheidung zu treffen hat. Daraus folgt, dass durch die bestandskräftige Baugenehmigung einer konkreten Gaststätte nicht nur die Vereinbarkeit mit baurechtlichen Immissionsschutzanforderungen bindend festgestellt ist, sondern zugleich bindend entschieden ist, dass sich die von der Nutzung der Gaststätte typischerweise ausgehenden Immissionen im Rahmen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG halten.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 4.10.1988 – 1 C 72.86 –, BVerwGE 80, 259 = juris, Rn. 32; ebenso etwa BVerwG, Beschluss vom 14.6.2011 – 4 B 3.11 –, GewArch 2012, 45 = juris, Rn. 5.

Hieraus ergibt sich indes nicht, dass die mit dem bestimmungsgemäßen Betrieb einer Gaststätte typischerweise verbundenen Immissionen sowie darauf bezogene Einwände eines Nachbarn im Rahmen der §§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG nicht von Bedeutung sind. Im Gegenteil: Die Frage, ob eine Baugenehmigung hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Lärmwirkungen Bindungswirkung entfaltet, stellt sich überhaupt nur, wenn die Erteilung der Gaststättenerlaubnis von der Zulässigkeit der betreffenden Lärmwirkungen abhängt. Soweit es an einer bindenden Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde hierzu fehlt, hat die Gaststättenbehörde im Rahmen des Erlaubnisverfahrens auch hinsichtlich der immissionsschutzbezogenen Anforderungen eigenständig die Vereinbarkeit des jeweiligen Betriebs mit gaststättenrechtlichen Vorschriften zu beurteilen.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 9.12.1992 – 4 A 2033/90 –, GewArch 1993, 254 = juris, Rn. 66.

Wenn die Gaststättenbehörde über einen Erlaubnisantrag zu einem Zeitpunkt zu entscheiden hat, in dem eine bindende baurechtliche Vorentscheidung nicht vorliegt, ist es ihr im Übrigen auch nicht verwehrt, über baurechtliche Fragen zu befinden.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.10.1989 – 1 C 18.87 –, BVerwGE 84, 11 = juris, Rn. 16, und Beschluss vom 18.3.1998 – 1 B 33.98 –, GewArch 1998, 254 = juris, Rn. 8; OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 24.10.2011 – OVG 1 B 60.09 –, OVGE 32, 127 = juris, Rn. 23 f., 26.

(2) Auch ungeachtet der Reichweite der Prüfungsbefugnis der Gaststättenbehörde entfalten die Ordnungsverfügungen der Beklagten nicht die ihnen vom Verwaltungsgericht beigemessene, einer Baugenehmigung vergleichbare Bindungswirkung.

Durch die baurechtliche Genehmigung einer Gaststätte ist zugleich bindend entschieden, dass sich die von ihrer bestimmungsgemäßen Nutzung typischerweise ausgehenden Immissionen im Rahmen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG halten, weil der Baugenehmigung Feststellungswirkung zukommt. Die Baugenehmigung regelt, dass ein bestimmtes Vorhaben ausgeführt werden darf (Baufreigabe), und trifft die verbindliche Feststellung, dass das genehmigte Vorhaben mit dem im Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung geltenden öffentlichen Recht übereinstimmt, soweit dies nach dem jeweils maßgeblichen Landesrecht Prüfungsgegenstand im bauordnungsrechtlichen Genehmigungsverfahren ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.10.1989 – 1 C 18.87 –, BVerwGE 84, 11 = juris, Rn. 17; OVG NRW, Urteil vom 11.9.2003 – 10 A 4694/01 –, BauR 2003, 1870 = juris, Rn. 58 f., m. w. N.

Ob andere Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden eine der Baugenehmigung entsprechende Bindungswirkung (auch) für das gaststättenrechtliche Erlaubnisverfahren entfalten, beurteilt sich nach Landesrecht, in erster Linie dem Bauordnungsrecht des jeweiligen Landes.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.10.1989 – 1 C 18.87 –, BVerwGE 84, 11 = juris, Rn. 18, zur Ablehnung einen Bauantrags.

Nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht, das den Ordnungsverfügungen der Beklagten zugrunde liegt, haben diese keine derartige Bindungswirkung.

Durch den Erlass einer bauaufsichtlichen Verfügung gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 und 2 BauO NRW wird dem Adressaten eine bestimmte Verhaltenspflicht auferlegt, um rechtswidrige Zustände bei der Errichtung, der Änderung, dem Abbruch, der Nutzung, der Nutzungsänderung oder der Instandhaltung baulicher Anlagen abzuwehren. Eine bauaufsichtliche Verfügung zielt, zumal ihr Erlass im Ermessen der Bauaufsichtsbehörden liegt, nicht darauf, dem Adressaten eine gesicherte Rechtsposition dergestalt zu verschaffen, dass er bei Befolgung der ihm auferlegten Pflichten grundsätzlich mit keinen weitergehenden Beschränkungen rechnen muss. Die Auferlegung einer Verhaltenspflicht durch Verfügung nach § 61 Abs. 1 Satz 1 und 2 BauO NRW umfasst deshalb nicht zugleich die verbindliche Feststellung, bei Befolgung der Verhaltenspflicht entspreche etwa der Zustand oder die Nutzung der betreffenden baulichen Anlage den rechtlichen Anforderungen. Dementsprechend wird auch durch die Ordnungsverfügungen der Beklagten nicht zugleich festgestellt, bei Befolgung der der Beigeladenen auferlegten Verhaltenspflichten stünden die mit dem bestimmungsgemäßen Betrieb der Gaststätte einschließlich des Biergartens typischerweise verbundenen Immissionen mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Einklang.

cc) Frühere, zeitlich vor den Baugenehmigungen vom 4.10.2000 und 25.9.2001 der Beigeladenen und ihren Rechtsvorgängern erteilte Baugenehmigungen betrafen weder einen Biergarten noch eine sonstige Außengastronomie oder eine Terrasse in dem hier in Rede stehenden Bereich an der Westseite des Gaststättengebäudes. Gegenteiliges haben die Beklagte und die Beigeladene auch nicht substantiiert geltend gemacht.

b) Auch aufgrund zwischen den Beteiligten ergangener gerichtlicher Entscheidungen steht für die gaststättenrechtliche Erlaubniserteilung nicht bindend fest, dass der Betrieb des Biergartens der Beigeladenen auf dem Wohngrundstück der Kläger keine schädliche Umwelteinwirkungen befürchten lässt.

Eine entsprechende Bindung ergibt sich insbesondere nicht aus der materiellen Rechtskraft des Urteils des 7. Senats des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 13.11.2009 – 7 A 146/08 – (DVBl. 2010, 259 = juris, Rn. 54 ff.) und seines Beschlusses vom 25.4.2014 – 7 E 1008/13 – (juris). Durch das Urteil wurde die Beklagte verpflichtet, über einen Antrag der Kläger auf bauaufsichtliches Einschreiten gegen den Betrieb der Beigeladenen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Dem lag die Auffassung zugrunde, der Betrieb der Gaststätte – einschließlich des Biergartens – verletze wegen der damit verbundenen, den Klägern unzumutbaren Lärmwirkungen das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme. Mit dem Beschluss vom 25.4.2014 wies der 7. Senat im Verfahren auf Vollstreckung aus dem Bescheidungsurteil eine Beschwerde der Kläger mit der Begründung zurück, durch die von der Beklagten inzwischen erlassenen Ordnungsverfügungen, zuletzt jene vom 28.6.2013, seien die Vorgaben des zu vollstreckenden Urteils erfüllt. Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Einschätzungen des Gerichts zur ursprünglichen Unzumutbarkeit und nunmehrigen, nach Erlass der Ordnungsverfügungen gewährleisteten Zumutbarkeit der Gaststättengeräusche für die Kläger nehmen an der Rechtskraft der Entscheidungen nicht teil.

Gemäß § 121 Nr. 1 VwGO binden rechtskräftige Urteile, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist, die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger. Die Vorschrift findet auf andere Entscheidungen als Urteile entsprechende Anwendung, soweit sie der materiellen Rechtskraft fähig sind.

Vgl. Rennert, in: Eyermann, VwGO, 14. Auflage 2014, § 121 Rn. 5 f.; W.-R. Schenke, in: Kopp/ Schenke, VwGO, 23. Auflage 2017, § 121 Rn. 4, jeweils m. w. N.

Der Streitgegenstand ist identisch mit dem prozessualen Anspruch, der seinerseits gekennzeichnet ist durch die erstrebte, im Klageantrag zum Ausdruck zu bringende Rechtsfolge sowie den Klagegrund, nämlich den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 10.5.1994 – 9 C 501.93 –, BVerwGE 96, 24 = juris, Rn. 9, und Beschluss vom 24.10.2006 – 6 B 47.06 –, NVwZ 2007, 104 = juris, Rn. 13, jeweils m. w. N.

Danach ist der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens auf Aufhebung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis unstreitig nicht identisch mit dem Streitgegenstand des Verfahrens 7 A 146/08 auf bauaufsichtliches Einschreiten oder dem Streitgegenstand des Vollstreckungsverfahrens 7 E 1008/13.

Allerdings kann auch bei fehlender Identität der Streitgegenstände eine Bindungswirkung nach § 121 VwGO dann eintreten, wenn die rechtskräftige Zuerkennung oder Aberkennung eines prozessualen Anspruchs für einen anderen prozessualen Anspruch, der zwischen den Beteiligten streitig ist, vorgreiflich ist. Ob das der Fall ist, richtet sich nach dem Umfang der Rechtskraft der Entscheidung im Vorprozess, für den wiederum der seinerzeitige Streitgegenstand maßgebend ist. Rechtskräftig wird nur die Feststellung der Rechtsfolge als Ergebnis der Subsumtion des Sachverhalts unter das Gesetz. Die Rechtskraft ist damit auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils beschränkt, nämlich die im Entscheidungssatz sich verkörpernde Schlussfolgerung aus Rechtsnorm und Lebenssachverhalt. Hingegen erstreckt sich die Rechtskraft nicht auf die einzelnen Urteilelemente, also nicht auf tatsächliche Feststellungen, die Feststellung einzelner Tatbestandsmerkmale, die der Entscheidung zugrunde liegenden vorgreiflichen Rechtsverhältnisse sowie sonstige Vorfragen sowie Schlussfolgerungen, auch wenn diese für die Entscheidung tragend gewesen sind. Bestimmte rechtliche Vorfragen, die sowohl für den rechtskräftig entschiedenen als auch für den anhängigen prozessualen Anspruch von Bedeutung sind, begründen keine Vorgreiflichkeit, weil sie von der Rechtskraft nicht erfasst werden.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 10.5.1994 – 9 C 501.93 –, BVerwGE 96, 24 = juris, Rn. 10, und vom 18.9.2001 – 1 C 4.01 –, BVerwGE 115, 111 = juris, Rn. 13 ff., jeweils m. w. N.

Daraus folgt, dass dem einen Anspruch der Kläger auf Neubescheidung ihres Antrags auf bauaufsichtliches Einschreiten der Beklagten gegen die Beigeladene bejahenden Urteil vom 13.11.2009 keine bindende Wirkung in Bezug auf die Frage zukommt, im welchem Umfang die Kläger durch den Gaststättenbetrieb verursachte Geräuschimmissionen hinnehmen müssen. Die in Rechtskraft erwachsende Rechtsfolge des Urteils besteht in der Verpflichtung der Beklagten zu bauaufsichtlichem Einschreiten gegen die Beigeladene. Diese Verpflichtung ist für den hier streitgegenständlichen Anspruch der Kläger auf Aufhebung der Gaststättenerlaubnis vom 29.4.2010 ersichtlich nicht vorgreiflich, weil die Rechtmäßigkeit der Gaststättenerlaubnis nach den §§ 2 ff. GastG davon nicht abhängt. Soweit der 7. Senat in seinem Urteil festgestellt hat, der Betrieb des Gasthofs verstoße – unter den damaligen Rahmenbedingungen – gegen das in § 35 Abs. 2 und 3 BauGB verankerte Gebot der Rücksichtnahme, weil die davon ausgehenden Geräuschimmissionen den Klägern nicht zumutbar seien, und er sich darüber hinaus dazu verhalten hat, in welchem Umfang und in welcher Art des Betriebs die Gast-stätte den Klägern gegenüber als zumutbar anzusehen sei, hat er hiermit lediglich Vorfragen beantwortet. Diese mögen sich zwar im Rahmen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG in grundsätzlich gleicher Weise stellen. Die diesbezüglichen Ausführungen des 7. Senats nehmen jedoch als Urteilelemente an der Rechtskraft nicht teil.

Nichts anderes folgt daraus, dass sich bei Bescheidungsurteilen der Umfang der materiellen Rechtskraft nur unter Berücksichtigung der tragenden Entscheidungsgründe bestimmen lässt.

Vgl. zur Bestimmung der Rechtskraftwirkung von Bescheidungsurteilen anhand der Urteilsgründe BVerwG, Urteil vom 27.1.1995 – 8 C 8.93 –, NJW 1996, 737 = juris, Rn. 13, m. w. N.

Denn hierdurch werden die einem Bescheidungsurteil zugrunde liegenden rechtlichen Erwägungen als bloße Urteilelemente nicht Teil des Streitgegenstands im Sinne von § 121 VwGO. Streitgegenstand der Bescheidungsklage ist der prozessuale Anspruch des Klägers auf Neubescheidung. Die Heranziehung der tragenden Entscheidungsgründe dient der Eingrenzung der Rechtskraftwirkung im Rahmen des durch Klageantrag und Klagegrund bestimmten Streitgegenstands.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 24.10.2006 – 6 B 47.06 –, NVwZ 2007, 104 = juris, Rn. 13 ff.; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 17.6.2010 – 9 S 1780/08 –, DÖV 2010, 788 (Leitsatz) = juris, Rn. 22.

Auch dem im Vollstreckungsverfahren 7 E 1008/13 ergangenen Beschluss vom 25.4.2014 kommt in Bezug auf die von den Klägern hinzunehmenden Geräuschimmissionen der Gaststätte im vorliegenden Verfahren keine Bindungswirkung zu. Sollte der Beschluss der materiellen Rechtskraft fähig sein, beschränkte sich diese auf die im Vollstreckungsverfahren streitgegenständliche Frage eines – vom 7. Senat verneinten – Anspruchs der Kläger auf Androhung bzw. Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen die Beklagte wegen (teilweiser) Nichtbefolgung des Bescheidungsurteils vom 13.11.2009. Auch insoweit betreffen die Erwägungen des 7. Senats dazu, in welchem Umfang und in welcher Art des Betriebs die Gaststätte den Klägern gegenüber als zumutbar anzusehen sei, lediglich rechtliche Vorfragen.

c) Mithin hat der Senat eigenständig zu beurteilen, ob der Versagungsgrund nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG erfüllt ist, weil der mit der angefochtenen Erlaubnis gestattete Betrieb des Biergartens schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes befürchten lässt. Dabei sind nicht nur solche Immissionen zu berücksichtigen, die auf atypischen Betriebseigentümlichkeiten beruhen, die mit der Person des Betreibers und seiner besonderen Betriebsweise zusammenhängen können. Vielmehr sind, wie ausgeführt, auch die mit dem bestimmungsgemäßen Betrieb in der konkreten Umgebung typischerweise verbundenen Immissionen in den Blick zu nehmen. Die Prüfungsbefugnis der Beklagten im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG erstreckt sich auch darauf.

d) Der Versagungsgrund nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG ist hier erfüllt, soweit die angefochtene Erlaubnis einen Betrieb des Biergartens über 22:00 Uhr hinaus betrifft. Dieser Nachtbetrieb lässt schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes zum Nachteil der Kläger befürchten. Insoweit ist nicht hinreichend gesichert [dazu dd)], dass die maßgebliche Gesamtbelastung durch die von der Gaststätte insgesamt verursachten Geräusche [dazu aa)] unter Berücksichtigung der der Beigeladenen von der Beklagten durch Ordnungsverfügungen nachträglich aufgegebenen Lärmschutzmaßnahmen [dazu bb)] das den Klägern zumutbare Maß [dazu cc)] wahrt.

aa) Es sind nicht nur isoliert die durch den Betrieb allein des Biergartens verursachten Geräusche in den Blick zu nehmen. Vielmehr kommt es auf die durch die Gaststätte einschließlich des Biergartens verursachte Gesamtbelastung an.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG ist die Erlaubnis zu versagen, wenn „der Gewerbebetrieb“ im Hinblick auf seine örtliche Lage oder die Verwendung der Räume schädliche Umwelteinwirkungen befürchten lässt. Dass insoweit der Gesamtbetrieb gemeint ist, es also bei der Erlaubnis einer Änderung oder – wie hier – Erweiterung einer Gaststätte auf die durch den Betrieb insgesamt verursachten Geräusche ankommt, vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GastG, 14. Auflage 2003, § 3 Rn. 27, ergibt sich jedenfalls aus dem Akzeptorbezug des Begriffs der schädlichen Umwelteinwirkungen nach § 3 Abs. 1 BImSchG, auf den § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG Bezug nimmt. Ob die durch eine Betriebsänderung bzw. -erweiterung verursachten Emissionen sich am Einwirkungsort als Immissionen niederschlagen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen, hängt wesentlich von der Immissionsvorbelastung durch den bereits vorhandenen Bestand ab, die deshalb berücksichtigt werden muss.

Vgl. für die immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung auch BVerwG, Urteile vom 11.2.1977 – 4 C 9.75 –, DVBl. 1977, 770 = juris, Rn. 27 f., und vom 24.10.2013 – 7 C 36.11 –, BVerwGE 148, 155 = juris, Rn. 38 a. E., 44, 47; Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, § 16 Rn. 33, 36.

bb) Dabei ist auf diejenige Gesamtbelastung auf dem Grundstück der Kläger abzustellen, die der Gaststättenbetrieb einschließlich des in Rede stehenden westlichen Biergartens bei Einhaltung der Lärmschutzmaßnahmen verursacht, die die Beklagte der Beigeladenen durch Ordnungsverfügungen aufgegeben hat.

Zwar kommt es für die Rechtmäßigkeit einer Gaststättenerlaubnis grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung an.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 4.10.1988 – 1 C 72.86 –, BVerwGE 80, 259 = juris, Rn. 36, und Beschluss vom 18.3.1998 – 1 B 33.98 –, GewArch 1998, 254 = juris, Rn. 11; OVG NRW, Urteil vom 9.12.1992 – 4 A 2033/90 –, GewArch 1993, 254 = juris, Rn. 57, und Beschluss vom 3.11.2015 – 4 B 652/15 –, GewArch 2016, 158 = juris, Rn. 16.

Die Ordnungsverfügungen sind, mit Ausnahme jener vom 21.1.2010, der streitgegenständlichen Erlaubnis vom 29.4.2010 jedoch zeitlich gefolgt.

Eine für den Betreiber der Gaststätte günstige nachträgliche Entwicklung ist bei Anfechtung durch einen Dritten aber zu berücksichtigen.

Vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GastG, 14. Auflage 2003, § 4 Rn. 93; allgemein für gewerberechtliche Genehmigungen auch Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 4. Auflage 2014, § 113 Rn. 119; offengelassen von BVerwG, Beschluss vom 8.2.1995 – 1 B 6.94 –, GewArch 1995, 247 = juris, Rn. 5 (Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle), und OVG NRW, Urteil vom 9.12.1992 – 4 A 2033/90 –, GewArch 1993, 254 = juris, Rn. 115 ff. (Gaststättenerlaubnis).

Bei Anfechtung einer Baugenehmigung durch einen Nachbarn ist in der Rechtsprechung seit Langem anerkannt, dass während des anhängigen Verfahrens eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage zugunsten des Bauherrn zu berücksichtigen sind. Dafür sprechen in erster Linie Gründe der Prozessökonomie. Die Aufhebung einer Genehmigung soll unterbleiben, wenn ein erneut gestellter Genehmigungsantrag positiv zu bescheiden wäre.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 5.10.1965 – 4 C 3.65 –, BVerwGE 22, 129 = juris, Rn. 13, und vom 15.2.1985 – 4 C 42.81 –, NVwZ 1986, 205 = juris, Rn. 9 f.; ebenso für die

atomrechtliche Genehmigung BVerwG, Urteil vom 19.12.1985 – 7 C 65.82 –, BVerwGE 72, 300 = juris, Rn. 26 a. E.

Diese Grundsätze sind wegen der im Wesentlichen vergleichbaren Interessenlage auf den gaststättenrechtlichen Nachbarprozess übertragbar.

cc) Maßstab für die Beurteilung von Gaststättengeräuschen als schädliche Umwelteinwirkungen sind grundsätzlich die Vorgaben der TA Lärm. Als auf der Grundlage von § 48 BImSchG erlassene Allgemeine Verwaltungsvorschrift konkretisiert die TA Lärm für Geräusche den unbestimmten Rechtsbegriff der schädlichen Umwelteinwirkungen mit verbindlicher Wirkung auch für das gerichtliche Verfahren. Die TA Lärm ist auf Gaststätten als nicht genehmigungsbedürftige Anlagen im Sinne von § 22 BImSchG grundsätzlich anwendbar.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 7.12.2017 – 4 B 822/17 –, juris, Rn. 29 ff., m. w. N.

Vom Anwendungsbereich der TA Lärm ausgenommen sind allerdings nach Nr. 1 Satz 2 Buchst. b TA Lärm Freiluftgaststätten. Diese Ausnahmeregelung trägt der besonderen Lärmsituation von Freiluftgaststätten Rechnung, deren Geräusche wesentlich durch menschliches Verhalten bestimmt sind und deshalb mithilfe des standardisierten Beurteilungsverfahrens der TA Lärm nicht zutreffend bewertet werden können.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 3.8.2010 – 4 B 9.10 –, BauR 2010, 2070 = juris, Rn. 3; Feldhaus/Tegeger, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Bd. 4, Stand der Kommentierung: Juni 2016, Nr. 1 TA Lärm Rn. 16; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 4, Stand der Kommentierung: Dezember 2006, Nr. 1 TA Lärm Rn. 12 f.

Nach ihrem Sinn und Zweck gilt die Ausnahme nicht nur für „reine“ Freiluftgaststätten, in denen Speisen und Getränke ausschließlich im Freien serviert werden. Wegen einer in wesentlicher Hinsicht vergleichbaren Situation sind auch die Freiluftbereiche sogenannter gemischter, sowohl auf einen Innen- als auch einen Außenbetrieb ausgerichteter Gaststätten von Nr. 1 Satz 2 Buchst. b TA Lärm jedenfalls dann erfasst, wenn diese Bereiche bis auf wenige Meter an den Ruhebereich der Wohngrundstücke eines angrenzenden Wohngebiets heranreichen.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 3.8.2010 – 4 B 9.10 –, BauR 2010, 2070 = juris, Rn. 4, im Nachgang zu dem zwischen den Beteiligten des vorliegenden Verfahrens ergangenen Urteil des 7. Senats des OVG NRW vom 13.11.2009 – 7 A 146/08 –, DVBl. 2010, 259 = juris, Rn. 74 f., 77, 87 (dort angenommen für die damals noch betrieblich genutzte Ostterrasse, nicht aber für den hier streitigen Biergarten). Siehe auch OVG NRW, Beschlüsse vom 26.7.2013 – 4 B 193/13 –, NWVBl. 2014, 28 = juris, Rn. 14 ff., und vom 3.11.2015 – 4 B 652/15 –, GewArch 2016, 158 = juris, Rn. 35 ff., 46.

Ob dies für den hier streitigen Biergarten zutrifft, insbesondere unter Berücksichtigung einer gewissen Abschirmungswirkung, die das an der Ostseite des Biergartens befindliche Gaststättengebäude zu dem nordöstlich gelegenen Wohnhaus der Kläger hin hat, kann dahinstehen. Es bedarf vorliegend auch keiner abschließenden Entscheidung, ob weitergehend Freischankflächen generell der Ausnahmeregelung der Nr. 1 Satz 2 Buchst. b TA Lärm unterfallen,

vgl. in diesem Sinne Bay. VGH, Urteil vom 25.11.2015 – 22 BV 13.1686 –, GewArch 2016, 204 = juris, Rn. 58; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 4, Stand der Kommentierung: Dezember 2006, Nr. 1 TA Lärm Rn. 13; einschränkend Feldhaus/Tegeger, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Bd. 4, Stand der Kommentierung: Juni 2016, Nr. 1 TA Lärm Rn. 16,

und insoweit deshalb die Zumutbarkeitsgrenze mangels normativer Konkretisierung aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen ist. Denn einerseits ist es auch dann nicht ausgeschlossen, die TA Lärm jedenfalls als Orientierungshilfe heranzuziehen, soweit dem die Eigenart der zu beurteilenden Geräusche nicht entgegensteht,

vgl. Bay. VGH, Urteil vom 25.11.2015 – 22 BV 13.1686 –, GewArch 2016, 204 = juris, Rn. 60 (TA Lärm insoweit als „antizipiertes Sachverständigengutachten“); Feldhaus/Tegeder, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Bd. 4, Stand der Kommentierung: Juni 2016, Nr. 1 TA Lärm Rn. 16; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 4, Stand der Kommentierung: Dezember 2006, Nr. 1 TA Lärm Rn. 14, während andererseits auch dann, wenn man den Anwendungsbereich der TA Lärm grundsätzlich als eröffnet ansieht, Besonderheiten menschlicher Lebensäußerungen bei der dem Tatrichter obliegenden Beurteilung der Zumutbarkeit der Geräusche zu berücksichtigen sein können.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 9.4.2003 – 6 B 12.03 –, GewArch 2003, 300 = juris, Rn. 12; OVG NRW, Beschluss vom 7.12.2017 – 4 B 822/17 –, juris, Rn. 33.

dd) Ausgehend hiervon haben die Kläger durch einen Betrieb des Biergartens nach 22:00 Uhr schädliche Umwelteinwirkungen zu befürchten.

(1) Der Beurteilung der Gaststättengeräusche sind im Ausgangspunkt die Immissionsrichtwerte für den Beurteilungspegel für allgemeine Wohngebiete gemäß Nr. 6.1 Satz 1 Buchst. e TA Lärm zugrunde zu legen. Diese betragen tags 55 dB(A) und nachts 40 dB(A). Einzelne kurzzeitige Geräuschspitzen dürfen die Immissionsrichtwerte am Tage um nicht mehr als 30 dB(A) und in der Nacht um nicht mehr als 20 dB(A) überschreiten. Beurteilungszeiten sind gemäß Nr. 6.4 TA Lärm der ganze Tag (6:00 bis 22:00 Uhr) und die lauteste Stunde der Nacht (22:00 bis 6:00 Uhr).

Eine grundsätzliche Heranziehung der für allgemeine Wohngebiete maßgeblichen Werte trägt der tatsächlichen und rechtlichen Situation der Grundstücke der Kläger und der Beigeladenen Rechnung. Diese Situation ist dadurch geprägt, dass die Erweiterung der im Außenbereich befindlichen Gaststätte an ein faktisches reines Wohngebiet herangerückt ist, dort aber von den Klägern deshalb grundsätzlich hingenommen werden muss, weil die der Beigeladenen hierfür erteilten Baugenehmigungen den Klägern gegenüber bestandskräftig geworden sind. Diesen vom 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts NRW in Bezug auf das in § 35 Abs. 2 und 3 BauGB verankerte baurechtliche Rücksichtnahmegebot angestellten Erwägungen,

vgl. OVG NRW, Urteil vom 13.11.2009 – 7 A 146/08 –, DVBl. 2010, 259 = juris, Rn. 63 ff., insb. Rn. 71 f., 78,

die von den Beteiligten nicht in Zweifel gezogen werden, schließt der Senat sich für § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG grundsätzlich an. Die Vorschrift stellt hinsichtlich der mit einem Gaststättenbetrieb in einer bestimmten örtlichen Umgebung verbundenen Immissionen keinen anderen Zulässigkeitsmaßstab auf als das baurechtliche Rücksichtnahmegebot.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 4.10.1988 – 1 C 72.86 –, BVerwGE 80, 259 = juris, Rn. 31, für das Verhältnis von § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG und § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO.

In der Gemengelage von gewerblicher Außenbereichsnutzung der Beigeladenen und Wohnnutzung der Kläger am Rande des angrenzenden faktischen reinen Wohngebiets ist nach Nr. 6.7 TA Lärm ein Zwischenwert zu bilden, soweit dies nach der gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme erforderlich ist. Für die Höhe des Zwischenwertes ist die konkrete Schutzwürdigkeit des betroffenen Gebietes maßgeblich; wesentliche Kriterien sind die Prägung des Einwirkungsgebiets durch den Umfang der Wohnbebauung einerseits und durch Gewerbe- und Industriebetriebe andererseits, die Ortsüblichkeit

eines Geräusches und die Frage, welche der unverträglichen Nutzungen zuerst verwirklicht wurde (Nr. 6.7 Sätze 4 und 5 TA Lärm). Damit knüpft die TA Lärm an die in der Rechtsprechung zum baurechtlichen Rücksichtnahmegebot entwickelten Grundsätze an. Danach hängen die Anforderungen, die nach dem Gebot der Rücksichtnahme zu stellen sind, wesentlich von den jeweiligen Umständen ab. Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung derer ist, denen die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugutekommt, umso mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, umso weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Bei diesem Ansatz kommt es für die sachgerechte Beurteilung des Einzelfalls wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem an, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmeverpflichteten nach Lage der Dinge zuzumuten ist.

Vgl. grundlegend BVerwG, Urteil vom 25.2.1977 – 4 C 22.75 –, BVerwGE 52, 122 = juris, Rn. 22; aus jüngerer Zeit etwa BVerwG, Urteil vom 27.6.2017 – 4 C 3.16 –, BVerwGE 159, 187 = juris, Rn. 11 ff., und Beschluss vom 14.9.2017 – 4 B 26.17 –, ZfBR 2018, 73 = juris, Rn. 6.

Wegen der bestandskräftigen Baugenehmigungen für die im baurechtlichen Außenbereich gelegene Gaststätte der Beigeladenen und im Hinblick darauf, dass im Außenbereich regelmäßig die gleichen Schutzmaßstäbe wie für andere gemischt nutzbare Bereiche gelten, mithin die für Kern-, Dorf- und Mischgebiete nach Nr. 6.1 Satz 1 Buchst. d TA Lärm einschlägigen Werte, vgl. OVG NRW, Urteil vom 18.11.2002 – 7 A 2127/00 –, NVwZ 2003, 756 = juris, Rn. 36, m. w. N.; OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 17.10.2017 – 8 B 11345/17 –, ZNER 2017, 529 = juris, Rn. 32, führt dies hier zu einer Anhebung der für das Wohngrundstück der Kläger geltenden Immissionsrichtwerte auf die Werte für allgemeine Wohngebiete.

Da jedoch nicht auch der Biergarten baurechtlich genehmigt ist, eine gesteigerte Rücksichtnahmepflicht der Kläger insoweit also nicht schon aus der baurechtlichen Genehmigungslage folgt, bedarf es nach Einschätzung des Senats bei der Zwischenwertbildung einer Differenzierung: Eine Ausschöpfung der für allgemeine Wohngebiete maßgeblichen Immissionsrichtwerte ist den Klägern nach Lage der Dinge nur insoweit zumutbar, als dies – bei Einhaltung des Standes der Lärminderungstechnik (vgl. Nr. 6.7 Satz 3 TA Lärm) – für die Nutzung des baurechtlich genehmigten Bestands der Gaststätte sowie einen Tagbetrieb des Biergartens (bis 22:00 Uhr) erforderlich ist. Demgegenüber ist den Klägern eine durch einen Nachtbetrieb des Biergartens (nach 22:00 Uhr) zusätzlich verursachte Erhöhung des Gesamtgeräuschpegels der Gaststätte oberhalb der Immissionsrichtwerte für reine Wohngebiete selbst dann nicht zumutbar, wenn die Gesamtbelastung die Immissionsrichtwerte für allgemeine Wohngebiete nicht überschreitet.

Hinsichtlich des Biergartens besteht eine die Schutzwürdigkeit der Kläger mindernde Vorbelastung, dies allerdings nur in Bezug auf einen Betrieb zur Tagzeit. Teil des seit den 1950er Jahren zunächst als einfaches Ausflugslokal bestehenden Gaststättenbetriebs war spätestens seit den 1970er Jahren auch eine außergastronomische Nutzung als Gartenlokal. Dies bedingt eine entsprechende tatsächliche Vorbelastung der erst im Laufe der 1970er Jahre an die Gaststätte herangerückten Wohnbebauung entlang der Straße An der L.

. Die Vorbelastung besteht indes nicht auch hinsichtlich der Nachtzeit, weil das damalige Ausflugslokal bei Entstehung der umgebenden Wohnbebauung und auch später noch regulär nur am Tag betrieben wurde. Ausweislich der Angabe der Beigeladenen in dem von ihr nach Übernahme des Lokals gestellten Erlaubnisanspruchs vom 14.12.1977 war die

Betriebszeit 10:00 bis 18:00 Uhr. Noch im Jahr 2005 wurden in dem Internetauftritt der Gaststätte als Öffnungszeiten 11:00 bis 22:00 Uhr an Wochentagen und 10:00 bis 22:00 Uhr an Wochenenden sowie Feiertagen genannt (Heft 6 der Beiakten, Bl. 212).

Die Kläger sind nicht unabhängig vom Bestehen einer nächtlichen Vorbelastung zu einer gesteigerten Rücksichtnahme auch auf einen Nachtbetrieb des Biergartens verpflichtet. Die Lage ihres Grundstücks am Rand zum Außenbereich bewirkt insoweit keine Minderung der Schutzwürdigkeit der Wohnnutzung im Verhältnis zu dem Betrieb der Beigeladenen, bei dem es sich nicht um ein im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiertes Vorhaben handelt und der in seinem heutigem, gegenüber dem ursprünglichen Zuschnitt ganz erheblich erweiterten Umfang erst nachträglich an die zwischenzeitlich entstandene Wohnbebauung herangerückt ist. Die Gaststätte hat durch den im Jahr 2000 bestandskräftig genehmigten Anbau eine erhebliche Kapazitätserweiterung erfahren, die eine Bewirtung auch größerer Gesellschaften ermöglicht (insgesamt 92 Innensitzplätze laut von der Beigeladenen im Baugenehmigungsverfahren vorgelegter Bestuhlungsberechnung vom 23.12.1999, bis zu 120 Personen innen laut Internetauftritt der Beigeladenen). Der Konflikt mit der unmittelbar benachbarten ruhebedürftigen Wohnbebauung wurde hierdurch wesentlich verschärft. Unter diesen Bedingungen ist eine weitere Verschlechterung der Immissionsituation durch eine zusätzliche außergastronomische Nutzung zur Nachtzeit den Klägern billigerweise nicht mehr zumutbar.

(2) Die Lärmschutzregelung unter Ziffer 3 Absatz 3 der angefochtenen Erlaubnis, durch die der Beigeladenen unter Berücksichtigung der von ihr und der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht dazu abgegebenen Erklärungen die Einhaltung der Immissionsrichtwerte für ein allgemeines Wohngebiet verbindlich aufgegeben wird, ist für sich genommen nicht geeignet, den gebotenen Lärmschutz der Kläger sicherzustellen. Das gilt auch unabhängig von den vorstehenden Erwägungen zur Unzumutbarkeit eines durch einen Nachtbetrieb des Biergartens erhöhten Gesamtgeräuschpegels oberhalb der (Nacht-) Immissionsrichtwerte für ein reines Wohngebiet.

Betriebszeitbeschränkungen und Auflagen, die der Gewährleistung des gesetzlichen Nachbarschutzes gemäß §§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG dienen, müssen diesen Nachbarschutz ausreichend gewährleisten. Hierzu gehört, dass sich die Grenze zumutbarer bzw. zulässiger Belastung für Nachbarn und Betreiber bestimmen lässt und ihre Einhaltung aufgrund der Regelungen der Erlaubnis sichergestellt erscheint, sodass sich der Schutz der Nachbarschaft gegebenenfalls auch mittels Verwaltungszwangs durchsetzen lässt.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 3.11.2015 – 4 B 652/15 –, GewArch 2016, 158 = juris, Rn. 29 f., m. w. N.

Für eine danach gebotene tatsächliche und effektive Konfliktbewältigung genügt allein die Festsetzung bei dem Betrieb des Biergartens einzuhaltender Immissionsrichtwerte nach den hier gegebenen Umständen nicht. Die Kläger verweisen insoweit zutreffend auf die Eigenart der von dem Biergarten und dem Parkplatz der Gaststätte ausgehenden Geräusche, die wesentlich durch menschliches Verhalten verursacht sind, das von der Beigeladenen als Gaststättenbetreiberin kaum beeinflusst werden kann.

Vgl. auch OVG NRW, Beschluss vom 3.11.2015 – 4 B 652/15 –, GewArch 2016, 158 = juris, Rn. 31, 50 ff.

(3) Der durch § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG gebotene Schutz der Kläger vor schädlichen Umwelteinwirkungen ist auch unter Berücksichtigung der Lärmschutzmaßnahmen, die die Beklagte der Beigeladenen durch bauaufsichtliche Ordnungsverfügungen aufgeben

hat, für den Nachtbetrieb des Biergartens nicht sichergestellt. Bei einem Betrieb des Biergartens nach 22:00 Uhr sind zumutbare Lebensverhältnisse auf dem Grundstück der Kläger schon deshalb nicht gewährleistet, weil selbst der nach der TA Lärm für allgemeine Wohngebiete in der Nacht geltende Immissionsrichtwert für den Beurteilungspegel von 40 dB(A), der vorliegend jedenfalls als Orientierungswert dienen kann, nicht mit der gebotenen Sicherheit eingehalten wird.

Der zuletzt von der Beklagten erlassenen, den Nachtbetrieb der Gaststätte regelnden Ordnungsverfügung vom 28.6.2013 liegt das Lärmschutzkonzept der L4.

Schalltechnik GmbH vom 16.11.2012 mit Ergänzung vom 12.6.2013 zugrunde. Das auf Basis des Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. Q.

erstellte und mit Blick auf dessen Schreiben vom 5.6.2013 an den von der Beklagten um Stellungnahme ersuchten Rheinisch-Bergischen Kreis ergänzte Lärmschutzkonzept sieht für den Nachtbetrieb insbesondere den Ausschluss von Life-Musik oder Tanzmusik durch einen Alleinunterhalter im Bereich der Innengastronomie, den Betrieb der Außengastronomie ohne Beschallungsanlagen, die Abschaltung der Lüftungsanlagen für das Restaurant und die Küche sowie die Errichtung einer Lärmschutzwand zur Abschirmung der Parkplatzgeräusche vor. Für den Fall der Errichtung der Lärmschutzwand in der Variante A, die der Beigeladenen aufgegeben (Nr. 1 der Ordnungsverfügung vom 28.6.2013) und von ihr inzwischen umgesetzt worden ist, ermittelt das ergänzte Lärmschutzkonzept einen Beurteilungspegel von 39,9 dB(A) an dem am stärksten belasteten Immissionsort 1 (Lärmschutzkonzept, S. 5 f.; Ergänzung, S. 3 mit Tabelle 2).

Dieser prognostizierte Wert ist nach Überzeugung des Senats auf der Grundlage der mündlichen Befragung des Sachverständigen Dipl.-Ing. Q.

erheblich zu gering, weil die ihm zugrunde liegenden Annahmen zu den Bedingungen des Gaststättenbetriebs und den damit verbundenen Geräuschen zum Nachteil der Kläger nicht in jeder Hinsicht zutreffend sind.

Das ist zumindest deshalb der Fall, weil nächtliche laute Rufe oder Schreie von Gästen auf dem Parkplatz oder auf dem Weg zwischen Gaststätte und Parkplatz nicht in der nach Lage der Dinge gebotenen Weise prognostisch berücksichtigt worden sind. Bei Einbeziehung derartiger betriebsbedingter Einzelschallereignisse ergibt sich schon unter Berücksichtigung der Messergebnisse des Gutachters Dr. Q1.

, B.

D. GmbH, bei einer als typisch beschriebenen Nutzungssituation ein Beurteilungspegel von über 41 dB(A).

Durch das Verhalten von Gästen auf dem Parkplatz oder auf dem Weg zwischen Gaststätte und Parkplatz hervorgerufene Geräusche, die als unmittelbare Folgeerscheinungen mit dem Gaststättenbetrieb typischerweise verbunden sind, sind der Gaststätte zuzurechnen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 7.5.1996 – 1 C 10.95 –, BVerwGE 101, 157 = juris, Rn. 35; OVG NRW, Beschluss vom 28.9.2017 – 4 B 885/17 –, juris, Rn. 7 f., m. w. N.

Das gilt auch für laute Rufe oder Schreie von Gästen, zu denen es nach allgemeiner Lebenserfahrung insbesondere dann kommen kann, wenn Gäste sich beim Ankommen gegenseitig begrüßen oder beim Verlassen der Gaststätte – zumal unter Alkoholeinfluss –

voneinander verabschieden. Die dabei im vorliegenden Fall zu erwartenden Lärmspitzen finden in dem von der L4.

Schalltechnik GmbH in ihrem ergänzten Lärmschutzkonzept ermittelten Beurteilungspegel keinen ausreichenden Niederschlag. Zwar hat der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

in seinem dem Lärmschutzkonzept zugrunde liegenden Gutachten die Emissionsätze der Parkplätze auf dem Betriebsgrundstück entsprechend der Bayerischen Parkplatzlärmstudie (6. Auflage, August 2007) berechnet (vgl. Gutachten, S. 16, drittletzter Absatz, i. V. m. S. 9). Dazu hat der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung erklärt, er habe einen in der Parkplatzlärmstudie (dort S. 85 f.) vorgesehenen, auch Unterhaltungen von Personen abbildenden Zuschlag für die Parkplatzart (KPA) in Höhe von 3 dB(A) in Ansatz gebracht. Dieser Zuschlag trägt jedoch den hier zu erwartenden Lärmspitzen durch laute Schreie nicht ausreichend Rechnung. Der Gutachter Dr. Q1.

hat am 13.12.2013 während einer Veranstaltung im großen Gesellschaftsraum der Gaststätte nach 22:00 Uhr bei Messungen Spitzenpegel zwischen 61 und 64 dB(A) einen halben Meter vor der Mitte des geöffneten Schlafzimmerfensters der Kläger ermittelt. Als ursächlich hat Dr. Q1.

lautes Schreiben von Personen im Bereich des Parkplatzes ausgemacht. Das erscheint nach den räumlichen Umständen auch deshalb plausibel, weil sich in dem fraglichen Bereich der östliche Eingang der Gaststätte befindet. Als Verursacher der gemessenen Spitzenpegel sind deshalb realistischer Weise nicht nur Benutzer des Parkplatzes, sondern auch solche Gäste in Betracht zu ziehen, die sich – etwa zum Rauchen – nur vorübergehend vor der Gaststätte aufhalten.

Der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

hat hierzu in der mündlichen Verhandlung erklärt, lege man die von Dr. Q1.

gemessenen Spitzenpegel unter Berücksichtigung ihrer Impulshaltigkeit als Taktmaximalpegel zugrunde, komme er bezogen auf eine Stunde allein durch vier derartige Schallereignisse am Ort der Messungen zu einem Beurteilungspegel von 41,4 dB(A). Dieser von den sachverständig begleiteten Beteiligten unwidersprochen gebliebenen Einschätzung des Sachverständigen folgt der Senat. Schon hieraus ergibt sich eine voraussichtliche Überschreitung des Nacht-Immissionsrichtwerts von 40 dB(A). Selbst bei nur orientierender Heranziehung der TA Lärm in Bezug auf den Biergarten sind danach durch einen Nachtbetrieb der Gaststätte einschließlich des Biergartens schädliche Umwelteinwirkungen zu befürchten, weil unter Berücksichtigung der Besonderheiten unmittelbar durch Gästeverhalten bedingter Geräusche den Klägern jedenfalls kein höherer Lärmpegel zumutbar ist.

Hinzu kommen weitere Faktoren, aufgrund derer die Einhaltung des in dem Lärmschutzkonzept ermittelten Beurteilungspegels nicht hinreichend gesichert erscheint.

Weder die angefochtene Erlaubnis noch die von der Beklagten erlassenen Ordnungsverfügungen sehen eine Begrenzung der Anzahl der Gäste vor, die sich gleichzeitig in dem Biergarten aufhalten können. Von dieser Anzahl hängt indes das Ausmaß des Immissionsbeitrags des Biergartens und in der Folge die Höhe der durch die Gaststätte verursachten Gesamtbelastung des klägerischen Grundstücks ab. Dem Sachverständigengutachten, dem darauf aufbauenden Lärmschutzkonzept und der zu dessen Umsetzung erlassenen Ordnungsverfügung vom 28.6.2013 liegt eine Gästezahl

von 66 zugrunde. Sie ist der Beigeladenen indes nicht als Höchstgrenze verbindlich vorgegeben und eine Überschreitung auch nicht nach den tatsächlichen Verhältnissen praktisch ausgeschlossen. In ihrem Internetauftritt gibt die Beigeladene selbst für die Terrasse eine Kapazität von bis zu 80 Personen an („Familienfeiern, Hochzeiten, Geschäfts- oder Weihnachtsfeiern bis zu maximal 120 Personen – im Sommer mit Terrasse bis zu 200 Personen – ...“; abgerufen am 18.7.2017 und am 1.6.2018). Im Jahr 2013 hatte sie im Internet für den Biergarten ca. 100 Sitzplätze angegeben (Heft 16 der Beiakten, Bl. 216). Der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

und der Gutachter Dipl.-Ing. U.

, L4.

Schalltechnik GmbH, haben in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend ermittelt, der in dem Lärmschutzkonzept prognostizierte Beurteilungspegel von 39,9 dB(A) am Immissionsort 1 erhöhe sich bei 80 Gästen im Biergarten auf 40,1 dB(A) und bei 100 Gästen auf 40,4 dB(A). Ohne Erfolg bleibt der Hinweis der Beklagten, nach ihren Feststellungen im Rahmen regelmäßiger Kontrollen hielten sich regelmäßig nicht mehr als 20 Personen im Biergarten auf. Das ändert nichts an der Reichweite der angefochtenen Erlaubnis, die der Beigeladenen einen entsprechenden Betriebsumfang jedenfalls ermöglicht. Eine Beschränkung des erlaubten Betriebs resultiert auch nicht aus der von dem Vertreter der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung, die Beigeladene verpflichtete sich verbindlich gegenüber Klägern und Beklagter, auf der Außenterrasse 1, also in dem Biergarten, maximal 66 Plätze vorzuhalten und dort nicht mehr Gäste zu bewirten. Dass damit zugleich ein entsprechender teilweiser Verzicht auf die Erlaubnis verbunden sein sollte, ist der Erklärung nicht mit der notwendigen Klarheit zu entnehmen.

Zu einer möglichen Überschreitung des Nacht-Immissionsrichtwerts für den Beurteilungspegel kann überdies beitragen, dass Fahrzeuge vor der von der Beigeladenen errichteten Lärmschutzwand, d. h. an der dem klägerischen Grundstück zugewandten Seite der Wand, abgestellt werden. Das belegen die von den Klägern vorgelegten Fotos. Der Beigeladenen sind keine Maßnahmen aufgegeben worden, dies zu unterbinden. Eine durch Fahrzeugbewegungen und Gästeverhalten bedingte, zumal im Hinblick auf eine mögliche Reflexionswirkung der Wand problematische Zusatzbelastung ist deshalb nicht ausgeschlossen.

Des Weiteren enthält der in dem Lärmschutzkonzept prognostizierte Beurteilungspegel keinen Zuschlag für Informationshaltigkeit, obwohl Anlass dazu besteht. Die TA Lärm sieht für die Berechnung des Beurteilungspegels den Ansatz eines Zuschlags für Ton- und Informationshaltigkeit für die Teilzeiten vor, in denen in den zu beurteilenden Geräuschimmissionen ein oder mehrere Töne hervortreten oder in denen das Geräusch informationshaltig ist; für den Zuschlag ist je nach Auffälligkeit der Wert 3 oder 6 dB(A) anzusetzen (Nr. 2.10 Satz 1 TA Lärm i. V. m. Nr. A.2.5.2 Anlage zur TA Lärm). Der Zuschlag für Informationshaltigkeit trägt dem Umstand Rechnung, dass Geräusche, denen – wie etwa Sprache und Musik – Informationen zu entnehmen sind, eine verstärkte Aufmerksamkeit erregen und deshalb als besonders lästig empfunden werden können. Der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

hat in seinem dem Lärmschutzkonzept zugrunde liegenden Gutachten einen solchen Zuschlag nicht angesetzt (vgl. Gutachten, S. 20, Nr. 7). Der Gutachter Dr. Q1.

hat glaubhaft erklärt, bei der von ihm durchgeführten Messung seien am Messpunkt vor dem Schlafzimmerfenster der Kläger einzelne Worte zu verstehen gewesen, die von Personen im Bereich des Parkplatzes gesprochen worden seien. Dies macht einen Informationszuschlag erforderlich, wie der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat.

Schließlich berücksichtigen weder das Sachverständigengutachten noch das Lärmschutzkonzept die unstreitig stattfindende Nutzung des über einen Weg mit der Gaststätte verbundenen Wanderparkplatzes an der L170 durch Gäste der Beigeladenen und die von diesen Gästen auf dem Weg zu oder von der Gaststätte verursachten Geräusche. Auch diese Immissionen sind dem Betrieb der Beigeladenen zuzurechnen, zumal sie den Weg beleuchtet und so eine besondere Ursache für seine auch nächtliche Nutzung geschaffen hat. In der Nacht kommen praktisch nur Gäste der Gaststätte als Nutzer in Betracht, während ein allgemeiner Verkehr durch Spaziergänger und Wanderer nach 22:00 Uhr mit Blick auf den sich im Westen unmittelbar anschließenden Königsforst praktisch ausgeschlossen erscheint.

Ohne Erfolg bleibt der von der Beklagten im Nachgang zur mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 28.5.2018 erhobene Einwand des Bestehens einer erheblichen Vorbelastung des Grundstücks der Kläger durch Verkehrslärm, wie sie sich aus den Umgebungslärmkarten des LANUV NRW ergebe. Aus dem Vorbringen ergibt sich nicht, dass die durch den Betrieb der Beigeladenen verursachten Immissionen angesichts einer anderweitigen Vorbelastung nicht mehr erheblich wären. Eine entsprechende Irrelevanzregelung enthält Nr. 3.2.1 Abs. 5 TA Lärm. Danach darf die Genehmigung wegen einer Überschreitung der Immissionsrichtwerte nicht versagt werden, wenn infolge ständig vorherrschender Fremdgeräusche keine zusätzlichen schädlichen Umwelteinwirkungen durch die zu beurteilende Anlage zu befürchten sind. Diese auf immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen bezogene Regelung findet, wie in Nr. 4.2 TA Lärm vorausgesetzt wird, auf nicht genehmigungsbedürftige Anlagen entsprechende Anwendung.

Vgl. Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 4, Stand der Kommentierung: Dezember 2006, Nr. 4 TA Lärm Rn. 8; Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, § 48 Rn. 26.

Nach Nr. 3.2.1 Abs. 5 Satz 2 TA Lärm ist eine wegen ständig vorherrschender Fremdgeräusche irrelevante Zusatzbelastung insbesondere dann anzunehmen, wenn für die Beurteilung der Geräuschimmissionen der Anlage weder Zuschläge gemäß dem Anhang für Ton- und Informationshaltigkeit oder Impulshaltigkeit noch eine Berücksichtigung tieffrequenter Geräusche nach Nr. 7.3 TA Lärm erforderlich sind und der Schalldruckpegel LAF(t) der Fremdgeräusche in mehr als 95 % der Betriebszeit der Anlage in der jeweiligen Beurteilungszeit nach Nr. 6.4 TA Lärm höher als der Mittelungspegel LAeq der Anlage ist. Diese Voraussetzungen sind hier schon deshalb nicht gegeben, weil, wie bereits dargelegt, für die Beurteilung der nächtlichen Gaststättengeräusche ein Zuschlag für Informationshaltigkeit erforderlich ist. Überdies hat der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

eine Vorbelastung durch Verkehrsgeräusche in seinem Gutachten mit Blick auf die benachbarte L170 in Betracht gezogen und ist am Maßstab des 95 %-Kriteriums gemäß Nr. 3.2.1 Abs. 5 TA Lärm zu dem Ergebnis gelangt, es sei unwahrscheinlich, dass die Straßenverkehrsgeräusche nachts als vorherrschende Fremdgeräusche dazu führten, dass die Geräusche der Gaststätte trotz einer Überschreitung des Nacht-Immissionsrichtwerts von 40 dB(A) keine zusätzlichen schädlichen Umwelteinwirkungen verursachten (vgl. Gutachten, S. 29 f.). Dem tritt die Beklagte nicht substantiiert entgegen. Ihr Hinweis auf in Lärmkarten angegebene Umgebungslärmpegel ist wegen des von der TA Lärm abweichenden Verfahrens zur Berechnung dieser Pegel (vgl. §§ 2 und 5 der 34. BImSchV i. V. m. der Bekanntmachung der Vorläufigen Berechnungsverfahren für den Umgebungslärm vom 22.5.2006, BAnz Nr. 154a) unerheblich.

e) Der Tagbetrieb des Biergartens bis 22:00 Uhr lässt unter Beachtung der Vorgaben der Ordnungsverfügungen der Beklagten keine schädlichen Umwelteinwirkungen zum Nachteil der Kläger befürchten. Die nach der TA Lärm für allgemeine Wohngebiete geltenden Tag-Immissionsrichtwerte für den Beurteilungspegel und für einzelne kurzzeitige Geräuschspitzen von 55 dB(A) bzw. 85 dB(A) werden durch die im Tagbetrieb entstehenden Gaststättengeräusche nicht überschritten. Diese Belastung ist den Klägern auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten unmittelbar durch menschliches Verhalten verursachter Geräusche zumutbar.

Das Spitzenpegelkriterium ist sicher eingehalten. Nach Berechnungen des von den Kläger beauftragten Gutachters Dr. Q1.

in seinen Stellungnahmen vom 18.7.2013 und 12.9.2013 werden selbst durch laute Torschreie im Biergarten und auf der Freifläche nördlich der Parkplätze lediglich Pegelspitzen zwischen 65,73 dB(A) und 72,69 dB(A) am Immissionsort 1 auf dem Grundstück der Kläger verursacht.

Was den Beurteilungspegel anbelangt, hat der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

in seinem Gutachten für einen den Maßgaben der Ordnungsverfügung vom 18.1.2001 entsprechenden Betrieb der Gaststätte an dem am stärksten belasteten Immissionsort 1 einen Wert von 50,0 dB(A) ermittelt (vgl. Nr. 7.11 des Gutachtens mit Tabelle 12, S. 28 f.). Der Immissionsrichtwert von 55 dB(A) wird danach so deutlich unterschritten, dass die Belastung auch unter Berücksichtigung der von den Klägern gegen das Gutachten erhobenen Einwände sowie des zwischenzeitlich baurechtlich genehmigten und gaststättenrechtlich erlaubten Biergartens 2 noch „auf der sicheren Seite“ liegt, zumal das Gutachten noch nicht die inzwischen errichtete Schallschutzwand sowie die (Rück-)Verlegung des Spielplatzes in den südwestlichen Teil des Grundstücks der Beigeladenen berücksichtigt.

Ohne Erfolg bleibt der Einwand, die in dem Gutachten zugrunde gelegte Annahme, 50 % der Biergartenbesucher sprächen gleichzeitig allenfalls mit gehobener Stimme, werde der typischen Biergartensituation nicht gerecht, und die durch besondere Ton-, Impuls- und Informationshaltigkeit geprägte Eigenart von Biergartengeräuschen sei in den Berechnungen nicht durch Vergabe entsprechender Zuschläge berücksichtigt worden. Der Emissionsansatz des Gutachtens für den Biergarten (50 % der Anwesenden mit 70 dB(A) bei gehobener Sprechweise) orientiert sich in vertretbarer Weise an technischen Regelwerken bzw. Studien. Das Gutachten (S. 16 i. V. m. S. 9) bezieht sich insoweit auf die VDI-Richtlinie 3770 „Emissionskennwerte von Schallquellen – Sport und Freizeitanlagen“ mit Stand April 2004, den Entwurf der VDI-Richtlinie 3770 mit Stand Mai 2011, die „Sächsische Freizeitlärmstudie“ von 2006 sowie eine Studie von Probst („Geräuschentwicklung von Sportanlagen und deren Quantifizierung für immissionsschutztechnische Prognosen“, 1994). Derartige Regelwerke bzw. Studien können als Erkenntnisquellen herangezogen werden. Gegen den Ansatz für den sprecherbezogenen Schalleistungspegel von 70 dB(A) haben die Kläger keine Einwände erhoben. Der 50 %-Ansatz erscheint nach allgemeiner Lebenserfahrung auch für die Situation in einem Biergarten plausibel. Eine besondere Impulshaltigkeit der Geräusche der Biergartengäste hat der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

in den Emissionsansätzen berücksichtigt (vgl. Gutachten, S. 20, 6. Absatz). Einen Zuschlag für Ton- und Informationshaltigkeit hat er zwar nicht angesetzt. Selbst wenn ein solcher Zuschlag – ebenso wie für die lauteste Nachtstunde – auch für Teilzeiten am Tage anzusetzen sein sollte, wäre eine Überschreitung des Immissionsrichtwerts nicht zu befürchten. Es käme ein Zuschlag nicht von 6 dB(A), sondern lediglich von 3 dB(A) gemäß Nr. A.2.5.2 Anlage zur TA Lärm in Betracht, weil nach den Beobachtungen des Gutachters Dr. Q1.

selbst bei lautem Rufen außen zur Nachtzeit lediglich einzelne Wörter – nicht ganze Gespräche – verständlich sind.

Auch unter zusätzlicher Berücksichtigung der fehlenden Begrenzung der Anzahl der Gäste, die sich gleichzeitig in dem Biergarten aufhalten können, wird der Immissionsrichtwert noch hinreichend sicher eingehalten. Das zeigt sich mit Blick auf die insoweit für den Nachtbetrieb angestellten ergebnisgleichen Berechnungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. Q.

und des Gutachter Dipl.-Ing. U.

. Danach ist selbst bei einer Zahl von 100 Gästen, die nach den gegebenen räumlichen Verhältnissen tatsächlich nicht wesentlich überschritten werden kann, im Vergleich zu dem auf dem Gutachten aufbauenden Lärmschutzkonzept eine Erhöhung des Beurteilungspegels in der Nacht von 0,5 dB(A) zu erwarten. Während diese Erhöhung im Nachtbetrieb wegen der insoweit im Lärmschutzkonzept prognostizierten nur äußerst knappen Einhaltung des Nach-Immissionsrichtwerts problematisch ist, fällt sie am Tag nicht wesentlich ins Gewicht.

Entsprechendes gilt für die Zusatzbelastung durch den zwischenzeitlich gestatteten, auf 20 Personen begrenzten Betrieb des Biergartens 2. Ausweislich der dazu von der L4.

Schalltechnik GmbH unter dem 4.10.2016 vorgelegten schalltechnischen Beurteilung, die zum Bestandteil der Baugenehmigung vom 7.7.2017 geworden ist, bewirkt die Zusatzbelastung eine Erhöhung des Beurteilungspegels um 0,2 dB(A) gegenüber dem von dem Sachverständigen Dipl.-Ing. Q.

in seinem Gutachten betrachteten, nur den mit lediglich 66 Personen besetzten Biergarten 1 umfassenden Betriebsszenario.

Schließlich hat eine zwecks Bewirtung im Biergarten dauerhaft geöffnete Außentür an der Westseite des Gaststättengebäudes nach der plausiblen Einschätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. Q.

in der mündlichen Verhandlung keinen wesentlichen Einfluss auf die Geräuschbelastung des klägerischen Grundstücks.

Die Beanstandungen der Kläger in Bezug auf die Belüftungsanlagen der Gaststätte berühren nicht die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Erlaubnis, soweit sie für den Tagbetrieb gilt. Durch Ordnungsverfügung vom 18.1.2001 hat die Beklagte der Beigeladenen aufgegeben, Lärmimmissionen durch den Betrieb der Lüftungsanlagen nach dem Stand der Technik zu beschränken, hierüber einen Schallschutznachweis vorzulegen und, falls keine spürbare Lärminderung möglich ist, die Lüftungsanlagen an die Gebäudewest- oder -südseite zu verlegen. Am 31.8.2012 und erneut durch Ordnungsverfügung vom 25.9.2012 hat die Beklagte klargestellt, dass eine Geräuschminderung ab 3 dB(A) „spürbar“ sei. Eine Lärminderung über den Stand der Technik hinaus können die Kläger nicht beanspruchen, weil der Immissionsrichtwert für den Beurteilungspegel eingehalten wird (vgl. § 22 Abs. 1 BImSchG, Nr. 4.2 Buchst. a und Nr. 4.3 TA Lärm). Die Einwände der Kläger – möglicherweise fehlende Kapselung des Elektromotors, abgenommene Abdeckung des Ventilators – beziehen sich auf einen nicht den Vorgaben der Ordnungsverfügung vom 18.1.2001 genügenden Zustand der Lüftungsanlage, dem die Beklagte gegebenenfalls im Wege der Verwaltungsvollstreckung abzuhelpen hat.

Soweit die Kläger beanstanden, Verkehrsgeräusche im Zusammenhang mit dem Parken von Kraftfahrzeugen an der Stichstraße zum Grundstück der Beigeladenen und auf Parkplätzen des benachbarten Tennisclubs seien bei der Lärmprognose außer Betracht geblieben, obwohl es sich jedenfalls überwiegend um Besucherverkehr der Gaststätte handle, überzeugt dies nicht. Insoweit handelt es sich um Verkehrsgeräusche, die dem Gaststättenbetrieb gemäß Nr. 7.4 Abs. 1 Satz 3 TA Lärm nur eingeschränkt zurechenbar sind.

Während Fahrzeuggeräusche auf dem Betriebsgrundstück sowie bei der Ein- und Ausfahrt gemäß Nr. 7.4 Abs. 1 Satz 1 und 2 TA Lärm als Teil der Zusatz- bzw. Vorbelastung zu berücksichtigen und mithin nach der TA Lärm zu bewerten sind, sind für Verkehrsgeräusche auf öffentlichen Verkehrsflächen gemäß Nr. 7.4 Abs. 1 Satz 3 TA Lärm die Absätze 2 bis 4 der Nr. 7.4 TA Lärm maßgeblich. Danach sollen Geräusche des An- und Abfahrtsverkehrs auf öffentlichen Verkehrsflächen in einem Abstand von bis zu 500 m von dem Betriebsgrundstück in Gebieten nach Nr. 6.1 c) bis f) TA Lärm durch Maßnahmen organisatorischer Art soweit wie möglich verhindert werden, soweit sie den Beurteilungspegel der Verkehrsgeräusche um mindestens 3 dB(A) erhöhen, keine Vermischung mit dem übrigen Verkehr erfolgt ist und die Immissionsgrenzwerte der Verkehrslärmschutzverordnung (16. BImSchV) erstmals oder weitergehend überschritten werden. Nach Nr. 7.4 Abs. 3 TA Lärm ist der Beurteilungspegel für den Straßenverkehr auf öffentlichen Verkehrsflächen nach den Richtlinien für den Lärmschutz an Straßen – Ausgabe 1990 – zu berechnen. Diese Regelungen schließen mit Bindungswirkung für die Gerichte eine weitergehende Zurechnung von Verkehrsgeräuschen aus.

BVerwG, Beschluss vom 8.1.2013 – 4 B 23.12 –, BauR 2013, 739 = juris, Rn. 5.

Sie gelten auch für die Nutzung von Parkflächen im öffentlichen Straßenraum, wenn die Parkvorgänge im Zusammenhang mit dem Betrieb der zu beurteilenden Anlage stehen.

Vgl. Bay. VGH, Beschluss vom 23.11.2016 – 15 CS 16.1688 –, juris, Rn. 29; OVG NRW, Urteil vom 5.7.2017 – 7 A 2432/15 –, BauR 2017, 1661 = juris, Rn. 85 ff.; a. A. Hansmann, in: Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, Bd. 4, Stand der Kommentierung: Dezember 2006, Nr. 7 TA Lärm Rn. 55.

Ausgehend davon haben Fahrzeuggeräusche durch Besucherverkehr der Gaststätte auf der Straße An der L.

bei der Ermittlung des Beurteilungspegels der Gaststättengeräusche außer Betracht zu bleiben. Es sind diesbezüglich auch keine organisatorischen Maßnahmen zur Lärminderung veranlasst. Unbeschadet der Frage einer Erhöhung des Beurteilungspegels der Verkehrsgeräusche zur Tagzeit durch den gaststättenbedingten Fahrzeugverkehr um mindestens 3 dB(A) liegen jedenfalls keine greifbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass der für allgemeine und reine Wohngebiete geltende Tag-Immissionsgrenzwert von 59 dB(A) gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 der 16. BImSchV überschritten wird. Das durch den Betrieb der Beigeladenen ausgelöste Verkehrsaufkommen auf der Straße An der L.

, einer reinen Anliegerstraße, hält sich in einem Rahmen, der keine Veranlassung zu der Annahme einer Grenzwertüberschreitung gibt.

Eine Erhöhung des über den ganzen Tag zu mittelnden Beurteilungspegels auf über 55 dB(A) ergibt sich auch nicht bei Berücksichtigung der Geräusche durch außerhalb des Betriebsgrundstücks an der Straße An der L.

oder auf dem Wanderparkplatz an der L 170 parkende Gäste auf ihrem Weg in die Gaststätte auf dem Grundstück der Beigeladenen, die der Sachverständige Dipl.-Ing. Q.

in seinem Gutachten nicht berücksichtigt hat. Diese Geräusche fallen in der energetischen Addition der zu berücksichtigenden Einzelschallquellen nicht erheblich ins Gewicht. Das belegen die in dem Sachverständigengutachten bei Ermittlung des Tag-Beurteilungspegels zugrunde gelegten quellenbezogenen Teil-Beurteilungspegel (vgl. Gutachten S. 29, Tabelle 12). Danach führt ein Betrieb des mit 66 Personen besetzten Biergartens am Immissionsort 1 zu einem Teil-Beurteilungspegel von 35,2 dB(A). Außerhalb des Betriebsgrundstücks parkende Gäste auf dem Weg von oder zu der Gaststätte, die nur gelegentlich und dann jeweils nur in geringerer Zahl zu erwarten sind, verursachen nach Lage der Dinge einen niedrigeren, jedenfalls aber keinen höheren Geräuschpegel als 66 im Biergarten permanent anwesende Gäste. Eine Zusatzbelastung dieses Umfangs fällt nicht erheblich ins Gewicht, weil ausweislich des Sachverständigengutachtens der allein durch den (Innen-)Restaurantbetrieb verursachte Teil-Beurteilungspegel bereits 45,9 dB(A) beträgt, mithin mehr als 10 dB(A) höher liegt als der für den Biergarten zugrunde gelegte Einzelpegel. Bei Pegeldifferenzen zwischen zwei Schalldruckpegeln von über 10 dB(A) hat aber der niedrigere Einzelpegel keinen erheblichen Einfluss auf den aus der energetischen Addition resultierenden Gesamtpegel. Dieser ist praktisch nicht oder nur geringfügig höher als der höhere der beiden Einzelpegel.

Vgl. Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Auflage 2003, § 10 Rn. 39; Tegeder, UPR 2000, 99 (100).

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 3, 155 Abs. 1, 159 Satz 1, 162 Abs. 3 VwGO, § 100 ZPO. Die erstinstanzlich gestellten, im Berufungsverfahren nicht aufrechterhaltenen Hilfsanträge sind in dem Hauptantrag enthalten und bedürfen deshalb keiner gesonderten Berücksichtigung. Es entspricht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, weil sie in beiden Instanzen Sachanträge gestellt hat und damit ein eigenes Kostenrisiko eingegangen ist.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nach § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.