

Zweifelhaft wäre die Vereinbarkeit des Verwaltungsvertrages mit dem Ordnungsbehördenrecht allenfalls dann, wenn die Ordnungsbehörde vertraglich auf eine Gefahrenbeseitigung verzichten würde. Dies wäre mit der Aufgabe der Ordnungsbehörden, Gefahren abzuwehren, nicht zu vereinbaren. Beschränkt sich die vertragliche Vereinbarung jedoch darauf, einen der Verantwortlichen nicht mehr in Anspruch zu nehmen, dann bleibt eine Gefahrenbeseitigung in jedem Fall möglich. Sollte es sich im konkreten Fall herausstellen, daß auch die Inanspruchnahme weiterer Störer unzulässig ist, dann verbliebe der zuständigen Behörde die Möglichkeit der Gefahrenbeseitigung im Wege des Eigenhandelns.

## V. Schluß

Am Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages über die Sanierung einer Altlast können alle Beteiligten, d. h. sowohl die zuständigen Behörden als auch die möglichen Zustands- und Verhaltensstörer, ein erhebliches Interesse haben. Das wohl entscheidende öffentliche Interesse liegt in der damit vorhandenen Möglichkeit, Altlastenverdachtsflächen verkehrsfähiger zu machen und für eine neue Nutzung zu mobi-

lisieren. Eine Vereinbarung über die Sanierung des Grundstückes dient damit vor allem auch dem Freiraumschutz, da eine weitergehende Inanspruchnahme des bislang ungenutzten Freiraumes vermieden werden kann. Der öffentlichen Hand bieten Sanierungsvereinbarungen außerdem den Vorteil, daß mit ihnen die erheblichen Durchsetzungsschwächen des ordnungsrechtlichen Instrumentariums überwunden werden können. Für den Verhaltensverantwortlichen kann die Sanierungsvereinbarung Klarheit über den von ihm zu verantwortenden und zu finanzierenden Sanierungsumfang bringen. Mit seiner Entlassung aus der Verhaltensverantwortlichkeit nach der Sanierung wird für ihn das Risiko einer zukünftigen Inanspruchnahme ausgeschlossen. Soweit neben dem Verhaltensstörer andere Störer als ordnungsrechtlich Verantwortliche in Betracht kommen, dient eine Sanierungsvereinbarung ihren Interessen, weil mit der darin vereinbarten Sanierung die Notwendigkeit ihrer Inanspruchnahme eingeschränkt wird. Schließlich kann auch Dritten, die durch die Bodenverunreinigungen der Altlast gefährdet werden könnten, eine Sanierungsvereinbarung nur gelegen kommen, weil damit eine Altlastensanierung, die ansonsten aufgrund des Polizei- und Ordnungsrechts kaum oder nur mit großen Schwierigkeiten durchgesetzt werden könnte, ermöglicht wird.

# Die Entwicklung des wirtschaftsrelevanten öffentlichen Baurechts 1987–1989

Univ.-Prof. Dr. Christoph Gusy und wiss. Mitarb. Jürgen Sauer, Mainz

Die folgende Übersicht bezieht sich auf den Zeitraum vom Inkrafttreten der 3. Verordnung zur Änderung der BauNVO (1.1. 1987) bis zur Verkündung der 4. Änderungsverordnung am 26.1.1990. Sie behandelt das Recht der Bauleitplanung (BBauG, BauGB, BauNVO), soweit es wirtschaftsrelevant ist; also in dem Umfang, in welchem es gewerblich genutzte Bauvorhaben (Errichtung oder bauliche Änderung von Gebäuden, Nutzungsänderung) betrifft.

## I. Die Entwicklung durch den Gesetz- und den Ordnungsgeber

Die 3. Verordnung zur Änderung der BauNVO<sup>1</sup> trat zum 1.1. 1987 in Kraft. Durch sie wurde § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO neu gefaßt und Satz 4 angefügt. Sie senkte die »Regelgröße«, bei deren Überschreiten »Auswirkungen« auf Infrastruktur, Verkehr, Versorgung und vorhandene Betriebe vermutet werden, von 1 500 qm auf 1 200 qm ab. Die amtliche Begründung lautete, daß nach den früheren Erfahrungen mit negativen Auswirkungen schon bei einer geringeren Geschoßfläche als 1 500 qm zu rechnen sei<sup>2</sup>. Der eingefügte Satz 4 diene der Klarstellung, um Anhaltspunkte für Abweichungen von der Vermutungsregel herauszustellen. Kraft der Überleitungsvorschrift des § 25b Abs. 2 BauNVO findet § 11 Abs. 3 S. 4 BauNVO n.F. auch auf solche Bebauungs-

pläne entsprechende Anwendung, für die bislang § 11 Abs. 3 BauNVO a.F. galt.

Das am 1.7.1987 in Kraft getretene BauGB<sup>3</sup> brachte gleichfalls wirtschaftsrelevante Änderungen<sup>4</sup>. Während § 1 Abs. 6 BBauG pauschal die Belange der Wirtschaft als einen bei der Bauleitplanung zu berücksichtigenden Belang aufgeführt hatte, werden diese nun in § 1 Abs. 5 S. 2 Nr. 8 BauGB ausdifferenziert. Ausdrücklich als berücksichtigungswürdig aufgenommen wurde die mittelständische Struktur der Wirtschaft im Interesse einer verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung; ferner die Erhaltung, Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen. Damit sollte im Zusammenhang mit § 11 Abs. 3 BauNVO 1987 der Konzentration im Einzelhandel im Interesse einer ausgewogenen Einzelhandelsstruktur Einhalt geboten werden<sup>5</sup>, zugleich über den Arbeitsplatzschutz eine

1 VO vom 19.12.1986, BGBl I, S. 2665.

2 Vgl. die Begründung zur Änderungsverordnung, BR-Drs. 541/86, S. 3.

3 G. vom 8.12.1986, BGBl I, S. 2191.

4 In seiner Rede vor dem Dt. Bundestag am 23.10.1986 nannte der damalige Bundesbauminister Dr. Schneider als zentrale politische Ziele des Gesetzes u. a. den Schutz des Mittelstandes und die Schaffung investitionsfreundlicher Rahmenbedingungen für Wirtschaft und Gewerbe; vgl. Plenarprotokoll der 241. Sitzung des Dt. Bundestages, S. 18583 ff.

5 Ausführlich zur Stellung von Einzelhandelsinteressen in der Bauleitplanung Frank, NVwZ 1987, 369 ff.

den Bestand eines Betriebes sichernde Planung gerechtfertigt werden.

Im Anwendungsbereich der §§ 30ff. BauGB sind wirtschaftsrelevante Änderungen bei der Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich und im Außenbereich eingetreten<sup>6</sup>. Das in § 34 Abs. 1 BBauG noch enthaltene Erfordernis »... wenn sonstige öffentliche Belange nicht entgegenstehen« wurde nicht in § 34 Abs. 1 BauGB übernommen. Damit wurde der Rechtsprechung des BVerwG Rechnung getragen, wonach eine im Innenbereich zulässige Bebauung nicht über die öffentlichen Belange des § 34 Abs. 1 BBauG entschädigungslos ausgeschlossen werden darf<sup>7</sup>. § 34 Abs. 2 BauGB erklärt – im Unterschied zu § 34 Abs. 3 BBauG – die BauNVO lediglich hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung für maßgeblich. Bezüglich des Maßes der baulichen Nutzung und der Bauweise ist nunmehr allein auf das »Einfügen« i. S. d. § 34 Abs. 1 BauGB abzustellen. Die wichtigste Neuerung im vorliegenden Zusammenhang enthält § 34 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BauGB. Danach kann eine nach den Absätzen 1 und 2 unzulässige Nutzungsänderung oder Erneuerung von zulässigerweise errichteten Anlagen im Einzelfall zugelassen werden, wenn das Vorhaben einem Betrieb dient, städtebaulich vertretbar und mit nachbarlichen Interessen sowie öffentlichen Belangen vereinbar ist. Diese Vorschrift hat für Gemengelagen besondere Bedeutung. Bei einem räumlichen Neben- oder Durcheinander von gewerblicher und Wohnnutzung läßt der durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährte Bestandsschutz zwar die Erhaltung oder Modernisierung des Betriebes zu, nicht aber eine Erweiterung oder Nutzungsänderung. Beide können nunmehr unter Befreiung vom Einfügungsgebot des § 34 Abs. 1 BauGB genehmigt werden. Ausgenommen von dieser Regelung sind allerdings Einzelhandelsbetriebe, die die verbrauchernehe Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigen können (§ 34 Abs. 3 2 BauGB).

In den Kreis der nach § 35 Abs. 1 BauGB im Außenbereich privilegierten Vorhaben wurden kerntechnische Anlagen aufgenommen (Nr. 6). § 35 Abs. 4 Nr. 6 BauGB gestattet im Gegensatz zu § 35 Abs. 5 Nr. 5 BBauG nunmehr die bauliche Erweiterung eines zulässigerweise errichteten Betriebes auch dann, wenn die Erweiterung nicht notwendig ist, um die Fortführung des Betriebes zu sichern. Eine Erweiterung muß lediglich im Verhältnis zum vorhandenen Betrieb angemessen sein.

Die gewandelten gesetzlichen Rahmenbedingungen legten eine Überarbeitung der BauNVO nahe, die am 27. 1. 1990 in Kraft trat<sup>8</sup>. Die 4. ÄnderungsVO basierte auf dem Gedanken der Kontinuität; die bisherigen Rechtsgrundlagen hätten sich im wesentlichen bewährt. Insbesondere blieb § 11 Abs. 3 BauNVO entgegen anderslautenden Anregungen des Bundesrates unverändert<sup>9</sup>. Für die hier behandelten Fragen ergeben sich Änderungen in einer Präzisierung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für kleine Vergnügungstätten, insbesondere von Spielhallen. Statt einer generellen »Eindämmung der Spielhallenflut« ist hier eine »kleine Lösung« vorgezeichnet. Danach sind solche Einrichtungen in reinen und allgemeinen Wohngebieten, in Kleinsiedlungs- und Industriegebieten generell unzulässig; umgekehrt allgemein zulässig in Kern- und Gewerbe- sowie in bestimmten Mischgebieten. Im übrigen sind sie nur ausnahmsweise zulässig. Erweitert wurde auch die Zulässigkeit von Einrichtungen zur »Betreuung und Pflege ihrer Bewohner«. Sie gelten gem. § 3 Abs. 4 BauNVO fortan als »Wohngebäude« und sind überall

zulässig, wo Wohnnutzung zulässig ist. Damit reagierte der Ordnungsgeber auf die Entwicklung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Wohnheimen<sup>10</sup>.

## II. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Die im Berichtszeitraum zu verzeichnende Rechtsprechung erging noch zu dem alten Recht, insbesondere der BauNVO 1987. Allerdings dürften wegen der nur geringfügigen Änderungen des § 11 Abs. 3 BauNVO die überkommenen Grundsätze auch in der Zukunft ihre Anwendbarkeit behalten. Die Masse der Entscheidungen betraf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Einkaufszentren, großflächigen (Einzel-) Handelsbetrieben und von Vergnügungstätten, insbesondere von Spielhallen. Die Rechtsprechung zu diesen Nutzungen wird gesondert dargestellt (dazu 1 b, c). Vorab werden die wenigen Entscheidungen mit Relevanz für Gewerbebetriebe aller Art angeführt (dazu 1 a).

### 1. Die Zulässigkeit von Gewerbebetrieben im Planbereich

#### a) Allgemeines

Das BVerwG hielt in einem Bebauungsplan die Ausweisung eines »eingeschränkten Gewerbegebiets«, in welchem nur solche Gewerbebetriebe zulässig sind, die das Wohnen nicht wesentlich stören, für zulässig. Es sah darin einen nach § 1 Abs. 5–9 BauNVO zulässigen Ausschluß bestimmter Nutzungen. Eine Annäherung des Gewerbegebiets an einen Mischgebietscharakter verneinte es; die allgemeine Zweckbestimmung des Gewerbegebiets sei noch gewahrt<sup>11</sup>.

Hinsichtlich des Verhältnisses von gewerblicher und Wohnnutzung in Mischgebieten bestätigte das BVerwG<sup>12</sup> ein Urteil des VGH Mannheim<sup>13</sup>. Anlässlich der Frage der Unzulässigkeit eines Gewerbebetriebs (Lebensmitteldiscounter) im Mischgebiet nach § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO entschied das BVerwG, daß keine der Nutzungsarten ein deutliches Übergewicht erlangen solle. Wo nur noch 15 % der Baugebietsfläche für Wohnnutzung zur Verfügung stehe, sei ein »ausgewogenes Verhältnis« nicht mehr gewahrt. Das solchermaßen drohende »Umkippen« eines Baugebiets widerspreche dessen Eigenart.

Bei der Überprüfung von bauplanungsrechtlichen Nutzungsuntersagungen bejahte das BVerwG im Verfahren nach § 47 VwGO die Antragsbefugnis eines Mieters, welcher nach

6 Vgl. zum Ganzen Dürr, VBIBW 1987, 201 (206ff.); Bröll/Busse, BayVBl 1987, 425ff.

7 BVerwG, Urt. v. 24. 2. 1978 – 4 C 12/76 –, BRS 33, Nr. 57; BVerwG, Urt. v. 23. 5. 1980 – 4 C 79/77 –, BauR 1980, 449.

8 VO v. 23. 1. 1990, BGBl I 127; Neufassung verkündet ebd., S. 133; in Kraft seit dem 27. 1. 1990. Begründung: BR-Drs. 354/89; dazu Jahn, VR 1989, 389.

9 Dazu Begr. a. a. O., S. 27ff.

10 Dazu näher II 4. Gemeinschaftsunterkünfte für Asylberechtigte sind als »Anlagen für soziale Zwecke« fortan gem. § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO auch im reinen Wohngebiet zulässig, da diese – im Unterschied zu den sonstigen, in jener Vorschrift genannten Anlagen – nicht auf die »Bedürfnisse der Bewohner des Gebiets« beschränkt sind.

11 BVerwG, Beschl. v. 15. 4. 1987, ZfBR 1987, 262.

12 BVerwG, Urt. v. 4. 5. 1988, NJW 1988, 3168 = DVBl 1988, 848 = ZfBR 1988, 234 = BauR 1988, 309 = NVwZ 1989, 50.

13 VGH Mannheim, Urt. v. 18. 6. 1986, VBIBW 1987, 106.

dem Inkrafttreten des Bebauungsplans Räume mietete und von der Nutzungsuntersagung betroffen war<sup>14</sup>.

#### b) Insbesondere: Die Zulässigkeit von Einkaufszentren und großflächigen (Einzel-)Handelsbetrieben im Planbereich

Im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans ist die Errichtung von Einzelhandelsbetrieben zulässig in Dorfgebieten (§ 5 Abs. 2 Nr. 5 BauNVO), in Mischgebieten (§ 6 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO), in Kerngebieten (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO) und als »Gewerbebetrieb aller Art« in Gewerbe- (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO) sowie in Industriegebieten (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO). Sofern es sich bei einem Handelsbetrieb um ein Einkaufszentrum handelt, schreibt § 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauNVO 1977/1987 abweichend von den genannten Vorschriften einen Kern- bzw. Sondergebietszwang für entsprechende Gewerbebetriebe vor<sup>15</sup>. Für großflächige (Einzel-)Handelsbetriebe gilt das gleiche, wenn ein Betrieb aufgrund seiner Art, Lage oder seines Umfangs sich nicht nur unwesentlich auf Ziele der Raumordnung oder Landesplanung oder die städtebauliche Entwicklung auswirken kann (§ 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 BauNVO 1977/1987). In der Praxis gab es bis zum Beginn des Berichtszeitraums vor allem Kontroversen um den Begriff des »Einkaufszentrums« und um den der »Großflächigkeit«.

#### aa) Der Kern- und Sondergebietszwang nach § 11 Abs. 3 BauNVO 1977 (1987)

Wann ein »Einkaufszentrum« anzunehmen ist, kann begrifflich von unterschiedlichen Merkmalen abhängen. Eine gefestigte Rechtsprechung hat sich hierzu im Berichtszeitraum nicht ergeben. Definitionsvorschläge des Handels wie des Schrifttums stellen auf die Größe eines solchen Betriebes, mögliche städtebauliche Auswirkungen und vor allem den Umstand ab, ob unter einem Dach mehrere Branchen versammelt sind<sup>16</sup>. Das OVG Münster nahm ein Einkaufszentrum bei einer Mehrheit von verschiedenen Branchen auf einer Geschoßfläche von mehr als 1 200 qm an<sup>17</sup>.

Bis zu Beginn des Berichtszeitraums war höchststrichterlich nicht entschieden, ob die »Großflächigkeit« ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ist oder ob jeder Betrieb, von dem Auswirkungen i. S. d. § 11 Abs. 3 BauNVO 1977 ausgehen können, ein großflächiger i. S. der Vorschrift ist. Zuvor hatte lediglich der VGH Mannheim in der Großflächigkeit ein eigenes Tatbestandsmerkmal gesehen und als Untergrenze der Großflächigkeit eine Verkaufsfläche von 1 000 qm angenommen<sup>18</sup>. Der Verordnungsgeber hat mit der Novellierung von § 11 Abs. 3 BauNVO die Fragen offengelassen. Nunmehr hat das BVerwG dem VGH Mannheim aufgrund rechtssystematischer Erwägungen insoweit zugestimmt, als es die Eigenschaft der Großflächigkeit als selbständiges Tatbestandsmerkmal bejahte<sup>19</sup>. Zustimmung fand auch, für jeden einzelnen Betrieb als Bezugsgröße zur Feststellung der Großflächigkeit die Verkaufsfläche heranzuziehen. Gleichzeitig stellte das BVerwG klar, daß es auf das Sortiment eines Handelsbetriebes oder auf die Größe der Ansiedlungsgemeinde zur Feststellung der Großflächigkeit nicht ankomme. Letztere Faktoren könnten nur eine Rolle bei der Prüfung der Frage spielen, ob planungsrelevante Auswirkungen zu erwarten sind<sup>20</sup>. Eine Untergrenze von 1 000 qm Verkaufsfläche lehnte das BVerwG in den genannten Entscheidungen jedoch ab. Der VGH Mannheim hatte unter Zu-

grundelegung des Faktors 1,5 Geschoß- und Verkaufsfläche relationiert und auf der Grundlage der in § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO 1977 enthaltenen Vermutungsgröße von 1 500 qm Geschoßfläche eine Mindestverkaufsfläche von 1 000 qm angenommen. Das BVerwG führte dagegen zutreffend an, daß wegen der Eigenständigkeit des Merkmals der Großflächigkeit auch unterhalb der Vermutungsgrenze der Nachweis von Auswirkungen möglich sein müsse und die Großflächenuntergrenze deshalb nicht von der Auswirkungsvermutung abhängig gemacht werden dürfe. Es nahm die Bestimmung der Großflächenuntergrenze deshalb nach der »üblichen Obergrenze« derjenigen Einzelhandelsbetriebe vor, die in den anderen Baugebieten zulässig sind. Dabei kam es auf eine Verkaufsfläche von nicht wesentlich unter 700 qm<sup>21</sup>. Diese Rechtsprechung<sup>22</sup> fand auch Eingang in die Entscheidungspraxis der Oberverwaltungsgerichte<sup>23</sup>.

Daß durch Kumulation mehrerer nicht-großflächiger Einzelhandelsbetriebe ein großflächiger Handelsbetrieb entstehen könne, hat das BVerwG für den Fall bejaht, daß mehrere Betriebe als »Einheit« zu sehen sind. Als Indiz für eine solche Einheit mehrerer rechtlich selbständiger Betriebe wurde angesehen, daß für beide Betriebe ein Grundstückseigentümer einen Bauantrag für ein Grundstück stellte und zugleich die Sortimente beider Betriebe aufeinander abgestimmt waren<sup>24</sup>.

Die Auswirkungsvermutung des § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO 1977 griff nach der Rechtsprechung des BVerwG auch dann, wenn eine nur geringfügige Überschreitung der Geschoßflächenzahl (19 qm) zu verzeichnen war. Dies galt auch, wenn die Verkaufsfläche um wenige Quadratmeter unter 1 000 qm liegt<sup>25</sup>. Die Vermutung ist gem. § 11 Abs. 3 S. 4 i. V. m. § 25 b Abs. 2 BauNVO 1987 widerlegbar, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß trotz Erreichens der Vermutungsgrenze keine Auswirkungen zu verzeichnen oder trotz Unterschreitung der Vermutungsgrenze mit Auswirkungen zu rechnen ist. Der BayVGH hat bei einem Möbelhaus, in welchem mehr als 1/3 der Verkaufsfläche nicht für Möbel, sondern für den Verkauf von »Randsortiment« genutzt werden sollte, einen atypischen Fall verneint<sup>26</sup> und damit die Vermutung greifen lassen.

§ 17 Abs. 8 BauNVO schreibt der planenden Gemeinde vor, in ausgewiesenen Sondergebieten das Maß der baulichen

14 BVerwG, Beschl. v. 11. 1. 1988, VBIBW 1989, 54.

15 Zu der mit dem Sondergebietszwang nach § 11 Abs. 3 BauNVO 1968 zusammenhängenden Frage, wann ein Einkaufszentrum oder ein Verbrauchermarkt vorwiegend der übergemeindlichen Versorgung dienen soll, vgl. BVerwG, Beschl. v. 1. 9. 1989 – 4 B 99/89 –, DÖV 1989, S. 1094.

16 Hierzu Jahn, UPR 1989, 371ff.

17 OVG Münster, Beschl. v. 23. 11. 1987, DVBl 1988, 548.

18 VGH Mannheim, Ur. v. 20. 3. 1985, VBIBW 1985, S. 296.

19 BVerwG, Ur. v. 22. 5. 1987, NVwZ 1987, 1076 = BauR 1987, 528 = GewArch 1988, 35; BVerwG, Ur. v. 22. 5. 1987, NVwZ 1987, 969 = GewArch 1988, 40.

20 Gegen die Verkaufsfläche als Bezugsgröße Jahn, NVwZ 1987, 1053 (1055); Frank, NVwZ 1987, 369.

21 Die 700 qm – Untergrenze findet sich schon bei OVG Lüneburg, Beschl. v. 8. 1. 1986, BauR 1986, 187. Kritisch zu dieser Untergrenze Schenke in: Dichtl/Schenke (Hrsg.), Einzelhandel und BauNVO, 1988, 28ff.

22 Bestätigt in BVerwG, Ur. v. 4. 5. 1988, BauR 1988, 440 (443).

23 OVG Münster, Ur. v. 3. 11. 1988, NVwZ 1989, 676.

24 BVerwG, Ur. v. 22. 5. 1987, NVwZ 1987, 1074 (1076). Bestätigend BVerwG, Ur. v. 4. 5. 1988, BauR 1988, 440 (443).

25 BVerwG, Beschl. v. 28. 7. 1989, DÖV 1989, 1093 = BauR 1989, 704 = ZfBR 1989, 266.

26 BayVGH, Ur. v. 13. 10. 1987, BRS 47, Nr. 59.

Nutzung festzusetzen. Auf diesem Weg ist es grundsätzlich möglich, in einem Sondergebiet für großflächige Handelsbetriebe Betriebsgrößenobergrenzen durch Bebauungsplan festzulegen. Eine Planung, welche durch die Festsetzung einer solchen Obergrenze die sondergebietspezifische Nutzung (hier: großflächige Handelsbetriebe) bei über einem Drittel der betroffenen Grundstücke faktisch ausschließt, mißachtet nach der Rechtsprechung des VGH Mannheim den privaten Belang der Bodennutzung<sup>27</sup>.

#### bb) Planungsrechtlicher Ausschluß an sich zulässigen Einzelhandels nach § 1 Abs. 5, 9 BauNVO

Einzelne Kommunen waren in den 80er Jahren dazu übergegangen, in Bebauungsplänen Einzelhandelsnutzungen auch in Baugebieten auszuschließen, in denen eine solche gewerbliche Nutzung durch die BauNVO vorgesehen und an sich zulässig ist. Ihr planungsrechtliches Instrument war der Ausschluß von Nutzungsarten nach § 1 Abs. 5 BauNVO und der Ausschluß von bestimmten Arten baulicher oder sonstiger Anlagen nach § 1 Abs. 9 BauNVO. Bis zum Beginn des Berichtszeitraums war höchstrichterlich nicht entschieden, ob § 1 Abs. 5 BauNVO erlaubte, einzelne unter einer Nummer einer Baugebietsvorschrift zusammengefaßte Nutzungen als unzulässig auszuschließen oder ob dies nur hinsichtlich aller unter einer Nummer einer Baugebietsvorschrift zusammengefaßten Nutzungen möglich ist. Die Meinungen im Schrifttum und in der Rechtsprechung waren geteilt<sup>28</sup>.

Das BVerwG nahm zu der Problematik des § 1 Abs. 5, 9 BauNVO in zwei Entscheidungen vom 22. 5. 1987 Stellung<sup>29</sup>. In einem Fall des Ausschlusses von Vergnügungsstätten jeglicher Art aus einem Kerngebiet durch Bebauungsplan bejahte das BVerwG für § 1 Abs. 5 BauNVO die Möglichkeit des Ausschlusses auch einzelner von mehreren, unter einer Nummer einer Baugebietsvorschrift zusammengefaßten Nutzungen. Maßgeblich hierfür seien allerdings 2 Voraussetzungen: (1) das Vorliegen städtebaulicher Gründe für einen solchen Ausschluß und (2) die Wahrung der allgemeinen Zweckbestimmung des betreffenden Baugebiets. Systematisch entwickelte es hieraus auch Auslegungsgrundsätze für § 1 Abs. 9 BauNVO. Danach stelle § 1 Abs. 9 BauNVO dem Träger der Planungshoheit die Möglichkeit zur Verfügung, typisierte Unterarten von Nutzungen bei Vorliegen besonderer städtebaulicher Gründe auszuschließen. In der zweiten Entscheidung lag dem BVerwG der auf § 1 Abs. 5, 9 BauNVO gestützte Ausschluß von Einzelhandelsbetrieben ab einer bestimmten Verkaufsflächengröße durch Bebauungsplan zur Entscheidung vor. Das Gericht sah in der Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen nicht den Ausschluß einer bestimmten Unterart der baulichen Anlage »Einzelhandelsbetrieb« nach § 1 Abs. 9 BauNVO, da mit der Festsetzung der Größe der Verkaufsfläche kein bestimmter Typ baulicher Anlagen erfaßt werde<sup>30</sup>. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des BVerwG sah das OVG Münster die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5, 9 BauNVO dann als erfüllt an, wenn einem Bebauungsplan, der Einzelhandelsbetriebe bestimmter Branchen aus einem Gewerbegebiet ausschloß, eine an städtebaulichen Gründen orientierte Typisierung zugrundeliegt. Dies sollte etwa gelten, wenn Einzelhandelsbetriebe der Branchen Schuh- und Lederwaren sowie Textilien zum Schutz der Versorgung vor allem der nichtmotorisierten Käuferschichten mit Gütern des täglichen

Bedarfs generell aus einem Baugebiet ausgeschlossen sind<sup>31</sup>.

#### c) Insbesondere: Zulässigkeit von Spielhallen und Vergnügungsstätten im Planbereich

Spielhallen sind als Vergnügungsstätten im Kerngebiet allgemein (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO), in besonderen Wohngebieten ausnahmsweise (§ 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO) zulässig. Die Frage, ob Spielhallen auch Gewerbebetriebe i. S. d. BauNVO und damit auch in anderen Baugebieten zulässig sind, hatte das BVerwG bereits früher bejaht<sup>32</sup>. Aus dem Umstand, daß Vergnügungsstätten als eine spezielle gewerbliche Nutzungsart nur in einer Baugebietsvorschrift allgemein für zulässig erklärt sind, schloß das BVerwG nicht auf deren Unzulässigkeit in allen anderen Baugebieten. Vielmehr sei mit der Zweckbestimmung eines Baugebietes zugleich ein bestimmter, dieser Zweckbestimmung entsprechender Typus der jeweiligen Nutzungsart angesprochen. Vergnügungsstätten im Kerngebiet seien danach vom Typ her gerade solche, die einen größeren Einzugsbereich haben und für ein größeres Publikum gedacht sind. Deshalb könne eine nicht kerngebietstypische Vergnügungsstätte als »sonstiger« Gewerbebetrieb auch in einem anderen Baugebiet zulässig sein, sofern sie den dort genannten weiteren Voraussetzungen entspreche.

#### aa) Zur Zulässigkeit von Spielhallen als (sonstiger) Gewerbebetrieb i. S. d. BauNVO

Aufgrund der Kriterien des BVerwG entschied das OVG Hamburg, daß im allgemeinen Wohngebiet nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO 1962 eine Spielhalle mit 10 Geldspielgeräten auf 180 qm Nutzfläche eine kerngebietstypische Nutzung darstelle und deshalb als nichtstörender Gewerbebetrieb zulässig sei<sup>33</sup>.

In Mischgebieten nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO sind Spielhallen als »sonstige« Gewerbebetriebe zulässig, wenn sie kein kerngebietstypischer zentraler Betrieb sind und das Wohnen nicht wesentlich stören. Das BVerwG orientiert sich bei der Frage, ob eine kerngebietstypische Einrichtung vorliegt, an der Größe der geplanten Spielfläche. So verneinte es den Kerngebietscharakter bei einer Spielhalle mit einer Spielfläche von 52 qm<sup>34</sup>. Der Hess. VGH hat die Zulässigkeit einer Spielhalle mit 135 qm Nutzfläche verneint, da es

27 VGH Mannheim, NK-Urt. v. 22. 2. 1989, VBIBW 1989, 306.

28 Vgl. die Darstellung des Streitstandes bei BVerwG, Beschl. v. 22. 5. 1987, NVwZ 1987, 1072 = DVBI 1987, 1001 = DÖV 1987, 1010 = BauR 1987, 520.

29 BVerwG a.a.O.

30 BVerwG, Urt. v. 22. 5. 1987, NVwZ 1987, 1074 = GewArch 1988, 34 = BVerwGE 77, 317.

31 OVG Münster, Urt. v. 10. 11. 1988, NVwZ 1989, 679. S. zu § 8 Abs. 4 BauNVO 1968 nun auch BVerwG, Urt. v. 30. 6. 1989, 4 C 16/88, UPR 1989, 436. Danach ist die »Ausgliederung« bestimmter Gewerbebezüge (Einzelhandelsbetriebe, Verbrauchermärkte) zulässig, sofern diese Nutzungsarten in anderen Gewerbegebieten der Gemeinde erlaubt sind.

32 BVerwG, Urt. v. 25. 11. 1983, BauR 1984, 172 = DVBI 1984, 340 = GewArch 1984, 139 = BVerwGE 68, 207; BVerwG, Urt. v. 21. 12. 1986 - 4 C 31/83 -, BauR 1986, 417 = NVwZ 1986, 643 = GewArch 1986, 242 = VBIBW 1987, 14.

33 OVG HH, Urt. v. 27. 2. 1989, Bf 35/88, BauR 1989, 707. Allerdings lag im entschiedenen Einzelfall eine Nutzungsänderung vor, die nach der Feststellung des Urteils den Bestandsschutz des Art. 14 GG genoß.

34 BVerwG, Urt. v. 21. 12. 1986, BauR 1986, 417 = NVwZ 1986, 643 = GewArch 1986, 242 = VBIBW 1987, 14.

sich hierbei um eine kerngebietstypische Einrichtung handele<sup>35</sup>. Während das OVG Lüneburg eine allgemeingültige Grenze zwischen mischgebietsverträglichen Spielhallen und solchen mit Kerngebietscharakter bei 100 qm Nutzfläche zieht<sup>36</sup>, tendiert das OVG Bremen zur Berücksichtigung der tatsächlichen Auswirkungen einer Spielhalle (270 qm) auf die vorhandene Baugebietstypik<sup>37</sup>.

Im Gewerbegebiet nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO verneinte der VGH Mannheim<sup>38</sup> in einem vom BVerwG<sup>39</sup> bestätigten Urteil die Zulässigkeit einer Spielhalle mit über 200 qm Nutzfläche. Eine solche kerngebietstypische Vergnügungsstätte gehöre nicht in ein Gewerbegebiet, weil sie mit der gewerbegebietstypischen Nutzung nicht im Einklang stehe<sup>40</sup>. Dagegen sei im Industriegebiet nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO ein Spielkasino mit 2 Roulettetischen zu je 15 Plätzen auf 47 qm Spielfläche als »sonstiger Gewerbebetrieb« zulässig<sup>41</sup>. Dabei stellte das Gericht ausdrücklich nicht auf die Anzahl der zu erwartenden Besucher, sondern auf die Zahl der vorhandenen Besucherplätze ab.

#### bb) Planungsrechtlicher Ausschluß an sich zulässiger Spielhallennutzung nach § 1 Abs. 5, 9 BauNVO

Für den planungsrechtlichen Ausschluß der Spielhallennutzung aus einem Baugebiet gilt im Grundsatz das bereits oben zum Ausschluß von Einzelhandelsnutzung Gesagte. Insbesondere darf die planende Gemeinde über § 1 Abs. 5 BauNVO keine von der Wertung des Bundesgesetzgebers (Gewerbefreiheit für den Betrieb von Spielhallen) abweichende eigene »Spielhallenpolitik« betreiben und einen Ausschluß auf ethische oder jugendpolitischen Gründe stützen<sup>42</sup>. Regelungen im Bebauungsplan sind demnach auch insoweit allein aufgrund planungsrechtlich zulässiger Erwägungen möglich. Auf dieser Grundlage bestätigte das BVerwG die Zulässigkeit eines Ausschlusses von Vergnügungsstätten aus einem Kerngebiet nach § 1 Abs. 5 BauNVO. Als städtebaulichen Grund erkannte es die Sicherung der Attraktivität und Nutzungsvielfalt der Innenstadt ebenso an wie die Intention, das Wohnen in diesem Bereich wieder attraktiv zu machen. Die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebietes sah es als gewahrt an, da Vergnügungsstätten nicht das »Wesen« des Kerngebiets ausmachten<sup>43</sup>. Der Ausschluß von Nutzungsunterarten nach § 1 Abs. 9 BauNVO<sup>44</sup> muß gegenüber dem Ausschluß nach § 1 Abs. 5 BauNVO auf besondere städtebauliche Gründe gestützt werden. Einen besonderen städtebaulichen Grund sah das OVG Lüneburg in der Gefährdung der Versorgungsfunktion des Kerngebiets, die von der Verdrängung von Einzelhandels- und seriösen Dienstleistungsbetrieben durch Spielhallen und sog. Sex-Kinos und von der damit einhergehenden Absenkung des geschäftlichen Niveaus ausgeht<sup>45</sup>. Das OVG Bremen sah in einer Bedrohung der für ein Kerngebiet typischen Nutzungsvielfalt und einer Entwicklung in Richtung Vergnügungsviertel einen besonderen städtebaulichen Grund für den Ausschluß von Spielhallen nach § 1 Abs. 5, 9 BauNVO aus einem Kerngebiet<sup>46</sup>. Aus den gleichen Gründen billigte das OVG Münster eine planungsrechtliche Festsetzung, wonach bestimmte Unterarten der Nutzungsart Vergnügungsstätten (etwa Spielhallen) nur ausnahmsweise zulässig sind<sup>47</sup>. Von Festsetzungen nach § 1 Abs. 5, 9 BauNVO wird nicht nur die Errichtung, sondern auch der Umbau bereits bestehender und genehmigter Spielhallen erfaßt. Über die sich aus der Vorhabenqualität des Umbaus ergebende Anwendbarkeit

der §§ 30ff. BauGB erfaßt der planungsrechtliche Ausschluß von Spielhallen aus einem Kerngebiet auch einen Spielhallenumbau<sup>48</sup>. So sieht das VG Düsseldorf in dem geplanten Umbau zweier bestehender Spielhallen in eine einzige dann eine planungsrechtlich relevante – und damit unter § 29 BauGB fallende – Änderung einer baulichen Anlage, wenn die Intensität des Spielbetriebs gesteigert werden soll. Den Ausschluß »aller Vergnügungsstätten« aus einem Gewerbegebiet durch Bebauungsplan hält der VGH Mannheim nach § 1 Abs. 5 BauNVO für zulässig, wenn ansonsten die »dörfliche Struktur« der planenden Gemeinde gefährdet ist<sup>49</sup>.

#### 2. Veränderungssperre nach § 14 BauGB und Spielhallenbenutzung

Eine Veränderungssperre schließt die Durchführung von Vorhaben i. S. d. § 29 BauGB aus (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Zu der Frage, ob die Errichtung einer Spielhalle ein »Vorhaben« i. S. d. § 29 BauGB darstellt und so durch eine Veränderungssperre ausgeschlossen werden kann, gab es im Berichtszeitraum zwei bejahende Entscheidungen. Das BVerwG entschied, daß die Nutzungsänderung eines im künftigen Planbereich liegenden Kinos in eine Spielhalle planungsrechtlich relevant und deshalb ein Vorhaben i. S. D. § 29 BauGB ist<sup>50</sup>. Auch das OVG Münster geht von der Vorhabensqualität der Errichtung einer Spielhalle aus. Die weitere Frage, ob die geplante Nutzung auch dann von der Veränderungssperre erfaßt werde, wenn sie in den Bereich eines eisenbahnrechtlichen Planaufstellungsbeschlusses nach §§ 36, 38 BundesbahnG falle, bejahte das OVG für den Fall, daß kein Vorrang der eisenbahnrechtlichen Planung vor der gemeindlichen Bauleitplanung besteht. Dieser Vorrang bestehe dann nicht, wenn es sich bei dem Vorhaben nicht um eine dem Betrieb der Bahn dienende Anlage handele. Da letzteres bei einer Spielhalle ersichtlich nicht der Fall sei, könne auch im Anwendungsbereich eines eisenbahnrecht-

35 Hess. VGH, Urtr. v. 11. 7. 1986, GewArch 1987, 67 = UPR 1987, 148.

36 OVG Lüneburg, Urtr. v. 11. 9. 1987, BRS 47, Nr. 51.

37 OVG Bremen, Beschl. v. 31. 8. 1987, BRS 47, Nr. 206.

38 VGH Mannheim, Urtr. v. 20. 4. 1988, NVwZ 1989, 79.

39 BVerwG, Beschl. v. 28. 7. 1988 – 4 B, BauR 1988, 693 = UPR 1989, 75 = NVwZ 1989, 50 = Buchholz 406.12, Nr. 8 zu § 8 BauNVO.

40 Kritisch hierzu Jeromin, NVwZ 1989, 31.

41 VGH Mannheim, Beschl. v. 27. 6. 1989, BauR 1989, 699 = VBIBW 1990, 26, verneinte zugleich die Eigenschaft des Casinos als »kerngebietstypische Vergnügungsstätte«.

42 BVerwG, Beschl. v. 22. 5. 1987 – 4 N 4/86 –, NVwZ 1987, 1072 (1073) = GewArch 1988, 33 = BVerwGE 77, 308 auf Vorlagebeschluß des OVG Lüneburg, Beschl. v. 7. 10. 1986 – 6 C 43/85 –, UPR 1987, 150. Ebenso OVG Münster, Urtr. v. 9. 1. 1989, UPR 1989, 355.

43 BVerwG a. a. O. (Fn. 32).

44 Hierzu grundlegend BVerwG, Urtr. v. 22. 5. 1987, NVwZ 1987, 1074 = GewArch 1988, 34.

45 OVG Lüneburg, Urtr. v. 11. 9. 1986, NVwZ 1987, 1091 = UPR 1987, 149 = GewArch 1987, 310 = DÖV 1987, 211.

46 OVG Bremen, Urtr. v. 1. 12. 1987, GewArch 1988, 172 = BRS 47, Nr. 49.

47 OVG Münster, Urtr. v. 9. 1. 1989, UPR 1989, 355.

48 VG Düsseldorf, Urtr. v. 11. 10. 1988 (nicht rechtskräftig), GewArch 1989, 233.

49 VGH Mannheim, Beschl. v. 20. 4. 1988, NVwZ 1989, 78. Da Vergnügungsstätten allerdings nicht zu den in § 8 BauNVO gesondert aufgeführten Nutzungsarten gehören, diese vielmehr eine Unterart der Nutzung »Gewerbebetriebe aller Art« ist, kann ein planungsrechtlicher Ausschluß nur auf § 1 Abs. 9 BauNVO gestützt werden.

50 BVerwG, Beschl. v. 1. 3. 1989, BauR 1989, 308 = UPR 1989, 426.

lichen Planfeststellungsbeschlusses eine Spielhallennutzung mit der Veränderungssperre untersagt werden<sup>51</sup>. Das OVG Berlin war mit der Frage befaßt, ob eine Veränderungssperre, welche den künftigen planungsrechtlichen Ausschluß von Spielhallen sichern soll, dann unwirksam wird, wenn ein neuer, geänderter Flächennutzungsplan in Kraft getreten ist. Das Gericht verneinte dies für den Fall, daß mit dem neuen Flächennutzungsplan das ursprüngliche, eigentliche Planungsziel weiter verfolgt wird<sup>52</sup>.

### 3. Die Zulässigkeit von Gewerbebetrieben im unbeplanten Bereich

Hinsichtlich der Zulässigkeit eines großflächigen Handelsbetriebs im unbeplanten Innenbereich nach § 34 Abs. 1 BBauG entschied das BVerwG, daß Auswirkungen i.S.d. § 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2; 2 BauNVO 1977 unerheblich für die Zulässigkeit seien. Ein Handelsbetrieb innerhalb von im Zusammenhang bebauter Ortsteile sei zulässig, soweit bereits ähnliche Vorhaben vorhanden seien; hingegen unzulässig, soweit er aus dem Rahmen der bereits vorhandenen Nutzungen falle<sup>53</sup>.

In drei Entscheidungen ging es um die Frage der Zulässigkeit von Spielhallen im unbeplanten Innenbereich, wobei die nähere Umgebung Mischgebietscharakter aufweist. Die oben dargestellte, sich an der Größe der Spielfläche orientierende Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Spielhallen im ausgewiesenen Mischgebiet findet hier ihre Fortsetzung. Der hess. VGH entschied, daß es sich bei einer Spielhalle mit 191 qm Spielfläche und 45 Spielgeräten um eine kerngebiets-typische Nutzung handelt, die im unbeplanten Innenbereich mit Mischgebietscharakter nicht gem. § 34 Abs. 1, 3 BBauG i. V. m. § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO 1977 zulässig ist<sup>54</sup>. Zulässig ist dagegen nach einem Urteil des OVG Münster eine Spielhalle, die mit 65 qm Spielfläche nicht kerngebiets-typisch ist und die Wohnruhe nicht wesentlich stört (§ 34 Abs. 1, 3 BBauG i. V. m. § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO 1977). Relevant für die Beurteilung des letztgenannten Umstandes sind die abendliche Öffnungsdauer, der angesprochene Kundenkreis und die Frage des Alkoholausschanks<sup>55</sup>. Diese zum BBauG ergangene Rechtsprechung findet ihre Fortsetzung in einem Urteil zu § 34 Abs. 2 BauGB i. V. m. § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO 1977. Nach einem Beschluß des VGH Mannheim ist eine Spielhalle mit 151 qm Spielfläche und einem zugehörigen Bistro von 48 qm kerngebiets-typisch und damit nicht mehr mischgebietsverträglich<sup>56</sup>.

Zur Zulässigkeit von Gewerbebetrieben im Außenbereich entschied das BVerwG, daß landwirtschaftlich orientierte Lohnunternehmen nicht unter den Begriff der Landwirtschaft i.S.d. BauGB fallen und deshalb nicht zu den im Außenbereich privilegierten Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB fallen<sup>57</sup>.

### 4. Wohnheime und BauNVO

Wohnheime aller Art haben erhebliche wirtschaftliche Bedeutung erlangt, die in Zeiten des Wohnungsmangels und der sich wandelnden Altersstruktur der Bevölkerung noch zunehmen wird. Ihre bauplanungsrechtliche Einordnung sorgte in jüngerer Zeit für politischen Zündstoff. In der Rechtsprechung wurde die Tendenz deutlich, die Zulässigkeit solcher Einrichtungen auf möglichst wenige Baugebiete zu beschränken. Im Jahre 1985 hatte das OVG Münster über

die Zulässigkeit eines Behindertenwohnheims in einem Gebiet mit dem Charakter eines allgemeinen Wohngebietes (§ 34 Abs. 1, 2 BBauG) entschieden<sup>58</sup>. Das Wohnheim sei kein »Beherbergungsbetrieb« i.S.d. § 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO, da es Wohnraum für nicht nur vorübergehende, sondern für eine auf Dauer angelegte Nutzung schaffe. Es sei allerdings auch kein Wohngebäude (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO), sondern als »Anlage für soziale Zwecke« (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO) zu qualifizieren.

a) Dem schloß sich im Jahre 1989 der VGH Mannheim bei der Beurteilung von Altenpflegeheimen an<sup>59</sup>. Dabei ging es von einem Begriff des »Wohnens« aus, das »eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit mit freier Eigengestaltung des eigenen Wirkungskreises« voraussetze. Während dies bei Altenwohnheimen uneingeschränkt, Altenheimen immerhin noch eingeschränkt anzunehmen sei, lehnte das Gericht diese Eigenschaft bei Altenpflegeheimen ab. Als »Anlagen für soziale Zwecke« seien sie daher in einem reinen Wohngebiet unzulässig.

b) Gemeinschaftsunterkünfte für Asylsuchende werden auf dieser Grundlage einhellig<sup>60</sup> nicht als Wohnraum angesehen. Als maßgebliches Kriterium wird überwiegend darauf abgestellt, daß der Aufenthalt in ihnen – anders als in der Wohnung – kein freiwilliger sei<sup>61</sup>. Umgekehrt besteht positiv im Ergebnis Übereinstimmung, daß solche Unterkünfte als Anlagen für soziale Zwecke zu qualifizieren und nach Maßgabe der dafür geltenden Bestimmungen zulässig sei. Während dies für ein Dorfgebiet (§ 5 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO) und ein allgemeines Wohngebiet (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO) bejaht wurde<sup>62</sup>, hielt das OVG Münster die Unterkünfte im Gewerbegebiet für unzulässig<sup>63</sup>. Die »wohnähnliche Nutzung« der Unterkünfte, bei welcher eine menschenwürdige Unterbringung im Vordergrund stehe, sei mit dem Gebietscharakter eines Gewerbegebietes unvereinbar.

51 OVG Münster, Urt. v. 6. 10. 1988, GewArch 1989, 128 = NWVBI 1989, 199.

52 OVG Berlin, Urt. v. 28. 6. 1989, UPR 1990, 40 (nur Ls.).

53 BVerwG, Urt. v. 22. 5. 1987, BauR 1987, 528 = NVwZ 1987, 1078.

54 Hess. VGH, Urt. v. 19. 9. 1986 (nicht rechtskräftig), UPR 1987, 148 = BauR 1987, 178.

55 OVG Münster, Urt. v. 24. 6. 1987, BauR 1987, 665 = NVwZ 1987, 1093 = GewArch 1987, 392 = UPR 1988, 190.

56 VGH Mannheim, Beschl. v. 23. 2. 1989, VBIBW 1989, 344.

57 BVerwG, Beschl. v. 11. 8. 1989, DÖV 1989, S. 1095 = UPR 1989, 452 = ZfBR 1989, 269.

58 OVG Münster, Beschl. v. 23. 12. 1985, NJW 1986, 3157 = UPR 1987, 144.

59 VGH Mannheim, Urt. v. 17. 5. 1989, NJW 1989, 2278 = BauR 1989, 587.

60 Offengelassen wegen der Eigenart des konkreten Sachverhaltes bei VGH Mannheim, Beschl. v. 21. 3. 1989, NVwZ 1989, 977.

61 OVG Berlin, Beschl. v. 2. 6. 1988, NVwZ 1988, 264; OVG Münster, Urt. v. 3. 11. 1988, BauR 1989, 581; VGH Mannheim, Beschl. v. 19. 5. 1989, NJW 1989, 2282 = BauR 1989, 584; letzterer stellte zudem auf die fehlende »Eigengestaltung« und die fehlende Dauerhaftigkeit ab.

62 VGH Mannheim, Beschl. v. 30. 5. 1989, NJW 1989, 2283 = BauR 1989, 586; für Zulässigkeit im allgemeinen Wohngebiet auch OVG Berlin a.a.O.

63 OVG Münster a.a.O.

### III. Ausblick

Die baurechtliche Diskussion der letzten Jahre kreiste insbesondere um die Sicherung und Erhaltung des Handlungsspielraumes der kommunalen Planungshoheit. Adressat mancher Kritik war überwiegend die Rechtsprechung, welche die Prüfungsmaßstäbe zu fein ziselieren und daher die Bauleitplanung zum bloßen Gesetzesvollzug degenerieren. In

dieser Diskussion haben BauGB und BauNVO eher Details markiert als Zeichen gesetzt. Im Bauplanungsrecht stehen die Zeichen gegenwärtig mehr auf Kontinuität und Rechtssicherheit als auf Wandel durch Reform. Schon deshalb ist die Rechtsprechung zur BauNVO 1987 auch für Auslegung und Anwendung der BauNVO 1990 von fortdauernder Bedeutung.

## Neufassung der Baunutzungsverordnung 1990 aus gewerbe- bzw. wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Sicht

*Dr. Jost Hüttenbrink, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Münster*

Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Baugesetzbuchs am 1.7. 1987 wurde auch eine Novellierung der Baunutzungsverordnung (BauNVO) geplant. Der Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau setzte deshalb im Jahre 1987 eine Arbeitsgruppe ein, die Vorschläge zur Bearbeitung und Novellierung der Baunutzungsverordnung ausarbeitete<sup>1</sup>. Der von der Arbeitsgruppe vorgelegte umfangreiche Bericht mündete Mitte 1989 in den Entwurf der vierten Verordnung zur Änderung der Baunutzungsverordnung ein<sup>2</sup>. Nach ausführlichen Diskussionen im Bundesrat trat die vierte Verordnung zur Änderung der Baunutzungsverordnung am 23. 1. 1990 am Tage nach ihrer Verkündung am 27. 1. 1990 in Kraft<sup>3</sup>.

### I. Allgemeine Vorschriften für Bauflächen und Baugebiete (§ 1 BauNVO)

Der Ordnungsgeber hat sich nicht bereitgefunden, die Auslegung des § 1 Abs. 4-9 BauNVO (insbesondere des § 1 Abs. 5 und Abs. 9 BauNVO), also das sogenannte »Instrumentarium der planerischen Feinsteuerung, die dieses durch das BVerwG<sup>4</sup> im Jahre 1987 gefunden hatte, zu berichtigen. Der Ordnungsgeber hat sich vielmehr auf den Standpunkt gestellt, daß sich die planerischen Differenzierungsmöglichkeiten im Sinne der Auslegung des BVerwG in der Praxis als tauglich erwiesen hätten<sup>5</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>5a</sup> hatte den Meinungsstreit zur Auslegung des § 1 Abs. 5 BauNVO<sup>6</sup> dahingehend entschieden, daß nicht nur die unter einer Nummer zusammengefaßten Nutzungsarten en bloc ausgeschlossen werden können, sondern daß auch einzelne Nutzungen, die unter einer Nummer ausgeführt worden sind, nach § 1 Abs. 5 BauNVO ausschlußfähig sind. Zu § 1 Abs. 9 BauNVO hatte das BVerwG ausgeführt, daß diese Vorschrift als *lex specialis* zu § 1 Abs. 5 BauNVO lediglich stärker ins Detail gehende Differenzierungen und Verfeinerungen bei der Ausgestaltung des Bebauungsplanes gestattete und deshalb auch Festsetzungen mit Größenbeschränkungen bezüglich einzelner Nutzungsarten zulasse.

Dies bedeute aber nicht, daß an die Festsetzung nach § 1 Abs. 9 BauNVO erschwerte Grundbedingungen geknüpft seien. Obwohl nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 9 BauNVO bei Festsetzungen nach § 1 Abs. 9 BauNVO das Vorliegen besonderer städtebaulicher Gründe gefordert wird, vertrat das BVerwG die Auffassung, daß mit »besonderen städtebaulichen Gründen« in § 1 Abs. 9 BauNVO lediglich gemeint sei, daß es speziellere Gründe gerade für die gegenüber § 1 Abs. 5 BauNVO noch feinere Ausdifferenzierung der zulässigen Nutzungen geben müsse; erschwerende Gründe seien hierunter nicht zu verstehen. Die Instanzgerichte haben sich unter Berufung auf das Urteil des BVerwG vom 22. 5. 1987<sup>6a</sup> zwischenzeitlich dem BVerwG angeschlossen. Dabei ist unverkennbar, daß den planenden Gemeinden bei der Ausgestaltung der Bebauungspläne ein erheblicher (m. E. zu weit gehender) Gestaltungsspielraum zugestanden wird. In der Praxis ist zu beobachten, daß die planenden Gemeinden die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. 5. 1987<sup>6b</sup> teilweise als Freibrief mißverstehen; dem Ordnungsgeber wäre zu empfehlen gewesen, den in der Praxis häufig anzutreffenden dirigistischen Tendenzen

1 Vgl. dazu »Materialien zur Baunutzungsverordnung«, Arbeitsgruppe »Baunutzungsverordnung beim Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau«, hrsg. v. Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, August 1988; ferner *Bielenberg/Söfker*, DVBl. 1988, 988ff.

2 Vgl. dazu BR-Drs. Nr. 354/89 v. 30. 6. 1989.

3 Vgl. dazu BGBl. I S. 127ff., 133ff., vgl. ferner *Stolz*, NVwZ 90, 518ff.; *Fickert*, BauR 90, 263ff. und *Jahn*, BauR 90, 280ff.

4 BVerwG, Urt. v. 22. 5. 1987, DVBl. 1987, 1004; vgl. zum seinerzeitigen Diskussionsstand ferner *Hüttenbrink*, DVBl. 1987, 1045ff., dort Fn. 25-28.

5 BR-Drs. Nr. 354/89 v. 30. 6. 1989, S. 23/24.

5a DVBl. 1987, 1004.

6 Vgl. dazu *Hüttenbrink*, DVBl. 1987, 1048/1049 m. w. N., insbesondere Fn. 25-30.

6a DVBl. 1987, 1004.

6b DVBl. 1987, 1004.