

nicht die Fehlerhaftigkeit der Festsetzungen für das Sondergebiet SO 3, das Industriegebiet und das Gewerbegebiet nach sich zieht. Obwohl für das gesamte Plangebiet die Zielsetzung gilt, dass künftig eine weitere Ausdehnung des zentrenrelevanten Einzelhandels und großflächiger Betriebe mit nicht zentrenrelevanten Sortimenten vermieden werden soll, tragen die Festsetzungen des Plans für das Sondergebiet SO 3, das Industriegebiet und das Gewerbegebiet jeweils für sich genommen zu einer sinnvollen städtebaulichen Ordnung bei. Der Senat kann aber nicht sicher prognostizieren, dass die Ag. den Einzelhandel im Industriegebiet und im Gewerbegebiet auch dann ausgeschlossen hätte, wenn sie die Fehlerhaftigkeit der Festsetzungen für die Sondergebiete SO 1 und SO 2 gekannt hätte. Das wird das OVG zu klären haben und dabei vermutlich das Einzelhandelskonzept 2009 der Ag. auswerten müssen, dessen Umsetzung der Änderungsbebauungsplan dient. Dem Konzept mögen sich Gesichtspunkte dafür entnehmen lassen, ob und inwieweit die Festsetzungen für die einzelnen Gebiete aufeinander bezogen und voneinander abhängig sind.

Anmerkung von Rechtsanwalt Dr. Christian Giesecke, LL. M. und Rechtsanwalt Dr. Gerrit Krupp*

I. Verkaufsflächenobergrenzen für Sondergebiete im Spannungsfeld zwischen planerischer Freiheit und unzulässiger Kontingentierung

Bei der Ausweisung sonstiger Sondergebiete gem. § 11 II BauNVO für großflächigen Einzelhandel oder Einkaufszentren darf die Gemeinde den zulässigen Anlagentyp selbst bestimmen und für diesen eine Verkaufsflächenobergrenze festsetzen. Neben einer absoluten Verkaufsflächenobergrenze kann sie auch Verkaufsflächenzahlen festsetzen, welche als Verhältniszahl die maximale Verkaufsfläche im Verhältnis zur Grundstücksgröße bestimmen, soweit hiermit bestimmte Typen von Einzelhandelsbetrieben erfasst und die Art der baulichen Nutzung geregelt wird (zu alledem *BVerwGE* 131, 86 [90 f.] = *NVwZ* 2008, 902 [903]).

Bei Ausübung des so eröffneten planerischen Freiraums bewegt sich die Gemeinde im Spannungsfeld zwischen ihrem Ziel, die Ansiedlungen mittels festgesetzter Verkaufsflächenobergrenzen zu steuern und dem grundsätzlichen Regelungsansatz der BauNVO. Das *BVerwG* hält hierzu in ständiger Rechtsprechung fest, dass der BauNVO eine vorhabenunabhängige Kontingentierung von Nutzungsoptionen grundsätzlich fremd ist. Vielmehr müsse grundsätzlich jedes Baugrundstück für jede nach dem Nutzungskatalog des dort festgesetzten Baugebiets zulässige Nutzung in Betracht kommen. Die Festsetzung einer Verkaufsflächenobergrenze dürfe die Nutzungsoptionen nicht gebietsbezogen kontingentieren. Andernfalls drohe ein „Windhundrennen“ Bauwilliger, die nach Erschöpfung des Kontingents an der Verwirklichung der Nutzungsoptionen gehindert seien. Eine solche Festsetzung finde in § 11 BauNVO keine Rechtsgrundlage. Anders zu beurteilen sei die Festsetzung einer Verkaufsflächenobergrenze für ein Sondergebiet nur dann, wenn in dem Gebiet ohnehin nur ein Handelsbetrieb zulässig sei; in diesem Fall sei die gebiets- mit der vorhabenbezogenen Verkaufsflächenobergrenze identisch (s. zu alledem nur *BVerwGE* 131, 86 [91 f.] = *NVwZ* 2008, 902). Dies könne weder durch einen städtebaulichen Vertrag noch durch – wandelbare – Eigentumsverhältnisse gewährleistet werden: Erforderlich sei, dass nach den Festsetzungen des Bebauungsplans selbst nur ein Betrieb zulässig sei (*BVerwG*, *NVwZ* 2010, 782 [784]).

Infolge dieser Rechtsprechung ging die Planungspraxis dazu über, im Bebauungsplan nur „einen“ Handelsbetrieb des jeweiligen Typs zusammen mit der gewünschten Verkaufsflächenobergrenze festzusetzen. Diese Praxis ist rechtlich bedenklich und stieß deswegen auf berechtigte Kritik in der Literatur (*Bischopink*, *ZfBR* 2010, 223 [227]). Denn für die numerische Kontingentierung auf „einen“ Betrieb bietet die BauNVO ebenfalls keine Rechtsgrundlage (*Bischopink*, *ZfBR* 2010, 223 [227]; BeckOK BauNVO/Köppler, Stand 15.12.2019, § 11 BauNVO Rn. 78). Eine Quantifizierung der Nutzungsart lässt die BauNVO nur in wenigen ausdrücklich geregelten Fällen zu (*BVerwGE* 131, 86 [91] = *NVwZ* 2008, 902 [903]). Daher kommt die Festsetzung „eines“ Betriebs des jeweiligen Anlagentyps nur dann in Betracht, wenn in dem Sondergebiet aufgrund anderer Festsetzungen – namentlich zum Maß der baulichen Nutzung bzw. der überbaubaren Fläche – oder des Zuschnitts des Baugebiets der Anlagentyp ohnehin nur einmal realisiert werden kann. Dann hat eine solche Festsetzung nur deklaratorischen Charakter (*OVG Lüneburg*, *BauR* 2012, 1199 [1200]; *OVG Münster*, *BRS* 78 Nr. 48, S. 232; BeckOK BauNVO/Köppler, Stand 15.12.2019, § 11 BauNVO Rn. 78).

Die oben genannte Rechtsprechung führte zu weiteren Fragestellungen für die Festsetzungspraxis. Das *OVG Münster* stellte bei der Übertragung dieser Rechtsprechung des *BVerwG* auf die Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen in Sondergebieten für Einkaufszentren fest, die Zweckbestimmung „Einkaufszentrum“ gewährleiste nicht, dass dort nur ein Handelsbetrieb zulässig sei. Denn ein Einkaufszentrum könne auch aus mehreren Einzelhandelsbetrieben bestehen (*OVG Münster*, *DVBl* 2015, 1325 [1326] mit krit. Anm. *Haaß*, *DVBl* 2015, 1328).

II. Das Urteil des BVerwG und seine Folgen für die Praxis

Das Urteil entwickelt die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen in Sondergebieten fort. Mehr in einem Nebensatz stellt das *BVerwG* gegensätzlich zum *OVG Münster* klar, dass Verkaufsflächenobergrenzen für Einkaufszentren zulässig sind, unabhängig davon, ob das Einkaufszentrum aus einem oder mehreren Handelsbetrieben besteht. Die Möglichkeit der Festsetzung von Mindestverkaufsflächen wird erneut bestätigt. In Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung überrascht es nicht, dass keine Rechtsgrundlage für die numerische Beschränkung der Anzahl der zulässigen Vorhaben zB auf „ein[s]“ besteht. Sofern diese numerische Limitierung konstitutiv ist und nicht nur deklaratorisch nachvollzieht, dass in dem Sondergebiet vor den Hintergrund sonstiger rechtlicher (zB Baugrenzen) oder tatsächlicher (zB Zuschnitt des Gebiets) Beschränkungen ohnehin nur ein Vorhaben des festgesetzten Anlagentyps realisiert werden kann, handelt es sich sonst um eine unzulässige gebietsbezogene Kontingentierung. Da in der Planungspraxis diese Festsetzungsmethodik häufig gewählt wurde, um den Anforderungen des *BVerwG* Rechnung zu tragen, besteht für eine Vielzahl dieser Bebauungspläne nun ein Unwirksamkeitsrisiko.

Für zukünftige Planungen kann dieses Risiko vermieden werden, indem zum einen eine Verkaufsflächenzahl für die jeweiligen Sortimente festgelegt wird. Diese erweist sich in

* Der Autor *Giesecke* ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner bei *Lenz und Johlen* Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Köln; der Autor *Krupp* ist Rechtsanwalt ebendort.

der Praxis allerdings häufig als unflexibel. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* müssen mit der Verkaufsflächenzahl die Art der baulichen Nutzung und die Ansiedlung bestimmter Betriebstypen geregelt werden. Die Bestimmung einzelner Typen über das Verhältnis von Verkaufs- und Grundstücksfläche gestaltet sich ohnehin schwierig (*Bischopink*, ZfBR 2010, 223 [227 f.]). Kann aber zudem die zulässige Zahl der Vorhaben nicht rechtmäßig limitiert werden, so ist auch darüber hinaus fraglich, ob die Verkaufsflächenzahl einen mittels Verkaufsflächenobergrenze bestimmten Anlagentyp umschreibt. Denn dann ist auch die Ansiedlung mehrerer kleinerer Betriebe auf Grundlage der Verkaufsflächenzahl möglich, anstatt des einen größeren Betriebs, den die Gemeinde bei der Bestimmung der Verkaufsflächenzahl als „Typ“ vor Augen hatte. Dem kann zum einen durch die Festsetzung einer städtebaulich begründeten Mindestverkaufsfläche begegnet werden. Zum anderen wird zT eine Entsprechung von Festsetzungen zur Immissionsvorsorge und Verkaufsflächenzahlen postuliert. Beide stellen letztlich auch auf das „Störpotenzial“ der Anlage ab, im Falle der Festsetzung von Verkaufsflächenzahlen bezogen auf eine schützenswerte Zentren- und Versorgungsstruktur (*Höhn*, DVBl 2012, 74 [77], aufgegriffen durch *OVG Münster*, BauR 2017, 1307 [1312]). Dem folgend würde die Art der Nutzung aber mit einer Verkaufsflächenzahl auch dann definiert, wenn offen bleibt, ob auf einem Grundstück ein großes oder mehrere kleine Vorhaben realisiert werden können.

Zum anderen kann wie bisher eine absolute Zahl als Verkaufsflächenobergrenze festgesetzt werden, wenn in dem entsprechenden Gebiet nur ein „vorhabengeeignetes Baugrundstück“ liegt. Dann wäre die absolute Verkaufsflächenobergrenze in Relation zu diesem Grundstück der Sache nach letztlich nichts anderes als eine zulässige relative Verkaufsflächenzahl. Das *BVerwG* knüpft damit die Zulässigkeit der absoluten Verkaufsflächenobergrenze stärker an das Baugrundstück als bisher an den zulässigen Betrieb. Ob dies zu deutlichen Veränderungen in der Planungspraxis und Rechtsprechung führt, bleibt abzuwarten. Denn es ist unklar, wann ein Baugrundstück vorhabengeeignet ist. Das Baugrundstück ist nach § 19 III BauNVO im Regelfall das unter einer eigenständigen Nummer geführte Grundstück im grundbuchrechtlichen Sinne (vgl. *BVerwG*, ZfBR 2001, 421; *Hartmann/Schilder* in *Bönker/Bischopink*, BauNVO, § 19, 28 f.). Doch woraus ergibt sich die nach dem *BVerwG* erforderliche Vorhabeneignung? Diese kann eigentlich nur dann vorliegen, wenn die Grundstücksgröße bereits nur die Errichtung eines solchen Betriebs erlaubt oder rechtlich ausgeschlossen ist, dass durch Teilung des Grundstücks mehrere Baugrundstücke entstehen können. Dies führt zu dem Problem, dass nach den rein bauordnungsrechtlichen Teilungsgenehmigungen die Regelung des § 19 BauGB nicht Gegenstand des Prüfprogramms ist. Zudem wird eine rechtmäßige Festsetzung dadurch erschwert, dass die Vorhabeneignung zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses vorliegen muss und danach nicht mehr veränderbar sein darf. Gerade bei der Überplanung freier Grundstücke oder bebauter Grundstücke, die freigezogen werden sollen, wird es schwierig werden, dieser Anforderung gerecht zu werden. Um eine hohe Plansicherheit zu erlangen, wird es konkretisierender Rechtsprechung bedürfen.

Als bewährte Variante bietet sich daher die Festsetzung von Baufenstern sowie Mindest- und Maximalverkaufsflächen an. Dadurch kann sichergestellt werden, dass in dem jeweiligen Sondergebiet nur ein Einzelhandelsbetrieb errichtet werden kann.

11 Gastwirtschaft im allgemeinen Wohngebiet

BauNVO § 4 II Nr. 2; VwGO § 139 III 4

Einer Schank- und Speisewirtschaft, die iSv § 4 II Nr. 2 BauNVO der Versorgung eines allgemeinen Wohngebiets dient, kann nicht entgeggehalten werden, sie sei wegen der von ihrem Betrieb ausgehenden Störungen gebietsunverträglich.

BVerwG, Urt. v. 20.3.2019 – 4 C 5/18 (*OVG Münster*)

Zum Sachverhalt: Die Kl. wendet sich gegen eine Baugenehmigung für eine Gaststätte in einem allgemeinen Wohngebiet.

Die Bekl. genehmigte dem Beigel. mit Bescheiden vom 30.12.2011 und 28.6.2013 den Umbau und die Restaurierung einer Schank- und Speisewirtschaft in D... Die Genehmigung erlaubt im Erdgeschoss des Hauses ... platz 14 eine Gaststätte im Brauhaus-Stil mit insgesamt 74 Plätzen in einer „Schwemme“ und einem Vereinszimmer, in dem mit einem Durchgang verbundenen Gebäude ... platz 15 ein Speiselokal mit 246 Sitzplätzen. Die Betriebszeit beginnt um 9 Uhr morgens und endet um 1 Uhr nachts.

Die Kl. wohnt auf dem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück A... Das Wohnhaus grenzt teils unmittelbar, teils mit geringem Abstand an das Gebäude ... platz 15. Für alle genannten Grundstücke setzt ein im Jahr 1989 bekannt gemachter Bebauungsplan ein allgemeines Wohngebiet fest.

Das VG *Düsseldorf* (Urt. v. 30.7.2015 – 4 K 2700/12, BeckRS 2015, 125083) wies die gegen die Genehmigungen gerichtete Anfechtungsklage ab. Im Berufungsrechtszug hat das *OVG Münster* (Beschl. v. 1.8.2017 – 10 A 2111/15, BeckRS 2017, 135387) die Bescheide aufgehoben. Es hat offengelassen, ob die Gaststätte als Schank- und Speisewirtschaft der Versorgung des Gebiets iSd § 4 II Nr. 2 BauNVO diene. Jedenfalls sei eine Gaststätte dieser Größe und mit diesen Betriebszeiten bei typisierender Betrachtung mit dem Charakter eines allgemeinen Wohngebiets nicht zu vereinbaren. Ein solches Vorhaben sei generell geeignet, das Wohnen in einem solchen Gebiet zu stören, und gebietsunverträglich. Der Kl. stehe ein Abwehrenspruch zur Wahrung des Gebietscharakters zu.

Nach Ergehen der Berufungsentscheidung genehmigte die Bekl. unter dem 8.5.2018 einem anderen Bauherrn den Umbau der Gaststätte. Diese Genehmigung gestattet insgesamt 250 Sitzplätze bei unveränderten Öffnungszeiten und wird von der Kl. in einem anderweitigen Verfahren angefochten.

Die vom *Senat* zugelassene Revision der Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen: [9] II. Die Revision führt zur Zurückverweisung der Sache an das *OVG* nach § 144 III 1 Nr. 2 VwGO. Die Voraussetzungen für eine Sachentscheidung liegen weiterhin vor (1.). Die Revision ist zulässig (2.) und begründet (3.), weil der angegriffene Beschluss gegen Bundesrecht verstößt (§ 137 I Nr. 1 VwGO).

[10] 1. Die Baugenehmigung vom 8.5.2018 für „Umbau und Verkleinerung der Gaststätte“ hat keine von Amts wegen zu prüfende Sachentscheidungsvoraussetzung entfallen lassen. Die Bezeichnung der Genehmigung skizziert das Verhältnis des neuen Vorhabens zum Bestand, ohne die früheren, hier streitgegenständlichen Bescheide zu ändern. Auch wenn nur entweder das eine oder das andere der beiden Vorhaben auf dem Baugrundstück verwirklicht werden kann, so lässt doch die zweite Baugenehmigung die erste in ihrem Regelungsgehalt unberührt (*BVerwGE* 82, 61 = NVwZ 1989, 1163 [1164]). Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die Genehmigungen unterschiedlichen Bauherren erteilt worden sind, die sich zivilrechtlich über die Nutzung verständigen müssen. Auf die von den Bet. erörterte Frage, welche Folgen die Änderung einer Baugenehmigung während eines gerichtlichen Verfahrens hat (vgl. *BVerwG*, NVwZ 2010, 63 = Buchholz 310 § 74 VwGO Nr. 15