

Bundesverwaltungsgericht, Urt. v. 20.08.1992 – 4 C 54.89

Amtlicher Leitsatz:

Hat die Genehmigungsbehörde über einen Bauantrag aufgrund einer Rechtsänderung nunmehr nach Ermessen zu entscheiden, so ist das Ermessen regelmäßig auf Null reduziert, wenn dem Antragsteller die Baugenehmigung vor Inkrafttreten der Rechtsänderung zu Unrecht vorenthalten worden ist und nachträglich keine Umstände eingetreten sind, die eine Ermessensausübung zuungunsten des Antragstellers rechtfertigen.

Ein Billardcafé kann je nach tatsächlicher Ausgestaltung als Vergnügungsstätte im Sinne der Baunutzungsverordnung anzusehen sein.

Der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. August 1992
durch
den Vizepräsidenten Prof. Dr. Schlichter,
die Richter Hien, Dr. Lemmel,
die Richterin Heeren und
den Richter Halama
für Recht erkannt:

Tenor:

Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 22. September 1989 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlußentscheidung vorbehalten.

Gründe

I.

Der Kläger begehrt die Erteilung einer Baugenehmigung für ein Billardcafé im östlichen Teil eines bisher als Möbelmarkt genutzten Gebäudes in Das Billardcafé soll auf einer Fläche von 230 qm über eine Cafétheke mit 13 Plätzen, 24 weitere Sitzplätze an Tischen sowie vier Spieltische für den Billardbetrieb verfügen. Im mittleren Teil des ehemaligen Möbelmarktes betreibt der Bruder des Klägers eine baurechtlich genehmigte Spielhalle mit einer Fläche von 95 qm.

Das fragliche Grundstück liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans "...", welcher für den Bereich des Grundstücks die Festsetzung "Gewerbegebiet" enthält. Dieser Bebauungsplan ist nach der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ungültig, weil er nicht ausgefertigt sei. Die nähere Umgebung des Grundstücks entspricht nach der tatsächlichen Bebauung und Nutzung einem Gewerbegebiet.

Den Antrag des Klägers vom 18. Februar 1988 auf Erteilung der Baugenehmigung lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 13. März 1988 im wesentlichen mit der Begründung ab, daß das Billardcafé wegen des auf dem Billardbetrieb liegenden Nutzungsschwerpunkts als Vergnügungsstätte eingestuft und hinsichtlich der bauplanungsrechtlichen Beurteilung zudem mit der direkt angrenzenden Spielhalle als Einheit betrachtet werden müsse. In der vorgesehenen Größenordnung sei es als kerngebietstypische Vergnügungsstätte anzusehen und damit in einem Gewerbegebiet nicht zulässig.

Widerspruch und Klage des Klägers blieben erfolglos. Auf seine Berufung hat das Berufungsgericht unter Zurückweisung der Berufung im übrigen das Urteil des Verwaltungsgerichts sowie den Bescheid der Beklagten und den Widerspruchsbescheid aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, über den Bauantrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt: Die bauplanungsrechtliche Beurteilung des Vorhabens richte sich nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 8 BauNVO. Danach sei es städtebaulich zulässig. Zwar könne es weder als Sportstätte noch als Schank- und Speisewirtschaft eingestuft werden. Vielmehr ergebe eine Gesamtwürdigung den Charakter einer Vergnügungsstätte, weil die Besucher das Lokal weniger mit dem Ziel des Konsums von Speisen und Getränken als mit dem Hauptziel der Unterhaltung, Entspannung und angenehmen Freizeitgestaltung aufsuchen würden. Es fehle aber an dem Merkmal "kerngebietstypisch". Das gelte selbst bei einer Betrachtung von Billardcafé und benachbarter Spielothek als Einheit. Die Errichtung des Billardcafés würde nicht dazu führen, ein größeres und allgemeineres Publikum anzuziehen, als dieses bei der vorhandenen Spielothek

bereits jetzt der Fall sei. Im Ergebnis sei die Sache allerdings trotz der bestehenden bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nicht spruchreif, da die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit und insbesondere die Stellplatzfrage noch nicht geprüft worden seien.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision rügt die Beklagte die Verletzung materiellen Rechts. Der Kläger tritt der Revision entgegen.

Während des Revisionsverfahrens ist die Neufassung der Baunutzungsverordnung vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 133) - BauNVO 1990 - in Kraft getreten. Ferner hat die Beklagte am 18. Februar 1991 für den Bereich des Bebauungsplans "... " eine Veränderungssperre beschlossen. Der Kläger macht geltend, die Veränderungssperre sei unwirksam.

Der Oberbundesanwalt beteiligt sich nicht am Verfahren.

II.

Die zulässige Revision der Beklagten hat mit dem Ergebnis der Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht Erfolg. Zwar entsprach das Urteil des Berufungsgerichts, wie noch darzulegen ist, im Zeitpunkt seiner Entscheidung der Rechtslage. Das Revisionsgericht hat jedoch Rechtsänderungen, die während des Revisionsverfahrens eingetreten sind, grundsätzlich zu beachten (vgl. Urteil vom 27. Februar 1992 - BVerwG 4 C 43.87 - Buchholz 406.12 § 25 c BauNVO Nr. 1 = BauR 1992, 472 mit weiteren Nachweisen) und darf insoweit gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 562 ZPO auch selbst Vorschriften des Landesrechts, zu denen die ortsrechtliche Veränderungssperre gehört, anwenden (vgl. Urteil vom 22. Mai 1980 - BVerwG 7 C 73.78 - Buchholz 415.1 Allgemeines Kommunalrecht Nr. 32). Bei Berücksichtigung des neuen Rechts bedarf es für eine abschließende Entscheidung weiterer Aufklärung des Sachverhalts.

Der Antrag des Klägers, die Beklagte zur Erteilung der Baugenehmigung zu verpflichten, müßte jedenfalls gegenwärtig als unbegründet zurückgewiesen werden, wenn die am 18. Februar 1991 vom Rat der Beklagten beschlossene Veränderungssperre wirksam wäre. Nach § 2 Nr. 1 der Satzung über die Veränderungssperre dürfen nämlich Vorhaben im Sinne von § 29 BauGB in ihrem räumlichen Geltungsbereich nicht durchgeführt werden. Auch eine Ausnahme nach § 14

Abs. 2 BauGB käme hier nicht in Betracht. Ihr ständen überwiegende öffentliche Belange entgegen, weil die Zulassung einer Vergnügungsstätte dem Zweck der Veränderungssperre zuwiderlaufen würde; denn nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten soll die Veränderungssperre eine Planung sichern, durch die Vergnügungsstätten im Planbereich ausgeschlossen oder zumindest auf bestimmte Bereiche konzentriert werden sollen. Fehlt es aber schon an den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 BauGB, so kann eine Ausnahme auch nicht im Ermessenswege zugelassen werden (vgl. Beschluß vom 9. Februar 1989 - BVerwG 4 B 236.88 - ZfBR 1989, 171 <172> - insoweit in Buchholz 406.11 § 14 BauGB Nr. 13 nicht abgedruckt; Beschluß vom 17. Mai 1989 - BVerwG 4 CB 6.89 - Buchholz 310 § 112 VwGO Nr. 9).

Zur Prüfung der Wirksamkeit der Veränderungssperre bedarf es jedoch weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Berufungsgericht. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat konnte nicht geklärt werden, ob der Beschluß der Beklagten, einen (geänderten) Bebauungsplan aufzustellen, bekanntgemacht worden ist. Nach § 14 Abs. 1 BauGB setzt der Erlaß einer Veränderungssperre einen Aufstellungsbeschluß voraus; dieser muß gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB ortsüblich bekanntgemacht werden. Zwar können der Beschluß über die Aufstellung des Bebauungsplans und der Beschluß über die Veränderungssperre in derselben Gemeinderatssitzung gefaßt werden; in Kraft treten kann die Veränderungssperre jedoch erst, wenn der Aufstellungsbeschluß auch bekanntgemacht worden ist (Beschluß vom 9. Februar 1989 a.a.O.). Dies schließt nicht aus, daß die Gemeinde eine zunächst unterlassene Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses später nachholen und die Veränderungssperre erneut bekanntmachen kann (Beschluß vom 6. August 1992 - BVerwG 4 N 1.92 - zur Veröffentlichung vorgesehen). In der mündlichen Verhandlung konnte aber nicht festgestellt werden, daß die Beklagte in dieser Weise verfahren ist. Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt insoweit weiter aufzuklären. Ergibt sich danach, daß die Veränderungssperre im Zeitpunkt der erneuten Entscheidung des Berufungsgerichts gültig ist, ist die Verpflichtungsklage des Klägers unbegründet und seine Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts insgesamt zurückzuweisen.

Erweist sich die Veränderungssperre dagegen als ungültig, wird auf folgendes hingewiesen:

Mit dem Inkrafttreten der Neufassung der Baunutzungsverordnung vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 133) - BauNVO 1990 - hat sich die materielle Rechtslage in der Weise geändert, daß zur Ergänzung des § 34 Abs. 2 BauGB nunmehr die Vorschriften der BauNVO 1990 heranzuziehen sind. Dies hat zur Folge, daß es auch in diesem Zusammenhang nicht mehr auf die vom Berufungsgericht erörterte Frage ankommt, ob das streitige Billardcafé neben einer Spielothek

als kerngebietstypische Vergnügungsstätte anzusehen ist und deshalb im Gewerbegebiet nicht zugelassen werden kann; denn für die Zulassung einer Vergnügungsstätte nach § 8 BauNVO 1990 ist es - im Gegensatz zur Rechtslage nach § 8 BauNVO in den Fassungen von 1962, 1968 und 1977 - unerheblich, ob sie als kerngebietstypisch oder als nicht kerngebietstypisch einzuordnen ist. Unter den Begriff der "Gewerbebetriebe aller Art" im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO 1990 fallen nämlich einerseits weder die kerngebietstypischen noch die nicht kerngebietstypischen Vergnügungsstätten. Vielmehr ist die Zulässigkeit von Vergnügungsstätten in der BauNVO 1990 ausdrücklich und damit zugleich abschließend geregelt. Die BauNVO 1990 enthält in den §§ 4 a Abs. 3 Nr. 2, 5 Abs. 3, 6 Abs. 2 Nr. 8 und Abs. 3, 7 Abs. 2 Nr. 2 und 8 Abs. 3 Nr. 3 eine detaillierte Regelung über die regelmäßige bzw. ausnahmsweise Zulässigkeit von Vergnügungsstätten in den verschiedenen Baugebieten. Mit dieser Regelung hat der Verordnungsgeber die Vergnügungsstätten als eine besondere Nutzungsart erfaßt und sie zugleich aus dem allgemeinen Begriff der Gewerbebetriebe herausgenommen (Beschluß vom 9. Oktober 1990 - BVerwG 4 B 120.90 - Buchholz 406.12 § 4 BauNVO Nr. 4 = ZfBR 1991, 35). Andererseits können Vergnügungsstätten nunmehr aber nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO 1990 ausnahmsweise zugelassen werden. Die Vorschrift gibt zwar im Regelfall keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Baugenehmigung, sondern nur einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Bauantrag. Auf ihrer Grundlage können aber auch kerngebietstypische Vergnügungsstätten genehmigungsfähig sein.

Eine überprüfbare Ermessensentscheidung auf der Rechtsgrundlage nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO 1990 hat die Beklagte bisher nicht getroffen. Insoweit wird das Berufungsgericht allerdings auch zu prüfen haben, ob dem Kläger möglicherweise ein Genehmigungsanspruch wegen einer Reduzierung des Ermessens der Beklagten auf Null zusteht. Ein solcher Anspruch wäre anzunehmen, wenn dem Kläger die beantragte Baugenehmigung vor Inkrafttreten der BauNVO 1990 zu Unrecht vorenthalten worden wäre und nachträglich keine Umstände eingetreten sind, die eine Ermessensausübung zuungunsten des Klägers rechtfertigen können; denn in diesem Fall wäre das der Beklagten in § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO 1990 eingeräumte Ermessen aufgrund der rechtswidrigen Ablehnung der Baugenehmigung und der sie als Folge ihres rechtswidrigen Verwaltungshandelns treffenden Folgenbeseitigungslast in der Weise gebunden, daß sie die Baugenehmigung erteilen müßte und jede andere Ermessensausübung fehlerhaft wäre (vgl. Beschluß vom 14. Mai 1968 - BVerwG 4 C 56.65 - Buchholz 406.11 § 14 BauGB Nr. 4 = NJW 1968, 2350).

Das Berufungsgericht hat die Versagung der Genehmigung durch den Bescheid vom 13. März 1988 unter dem Gesichtspunkt des Bauplanungsrechts als rechtswidrig angesehen, weil das Billardcafé - selbst wenn es mit der in demselben Gebäude bereits vorhandenen Spielothek als Einheit anzusehen ist - zwar eine Vergnügungsstätte sei, aber nicht das Merkmal

"kerngebietstypisch" im Sinne der Rechtsprechung des Senats (vgl. z.B. Beschluß vom 28. Juli 1988 - BVerwG 4 B 119.88 - Buchholz 406.12 § 8 BauNVO Nr. 8) erfülle. Diese Ausführungen unterliegen aus revisionsrechtlicher Sicht keinen Bedenken. Das Berufungsgericht hat unter Würdigung der konkreten tatsächlichen Verhältnisse das Billardcafé einerseits von einer Anlage für sportliche Zwecke und andererseits von einer Schank- und Speisewirtschaft abgegrenzt. Gegen eine Anlage für sportliche Zwecke spreche, daß kein Trainingsraum für Billardspieler, sondern ein Billardcafé mit 37 Sitzplätzen eingerichtet werden solle, wobei lediglich acht Personen gleichzeitig Billard spielen könnten. Auch eine Teeküche und ein Personalraum wären nicht notwendig, wenn der Kläger lediglich den Billardsport fördern wollte. Aus dem Vorhandensein lediglich einer Teeküche von 13 qm Größe ergebe sich andererseits, daß bei dem Betrieb das Verabreichen von Speisen und Getränken nicht im Vordergrund stehe. Eine Gesamtwürdigung aller Umstände spreche deshalb dafür, daß das Vorhaben der Unterhaltung, Entspannung und angenehmen Freizeitgestaltung dienen solle. Auf der Grundlage dieser vom Kläger insoweit nicht in Frage gestellten tatsächlichen Feststellungen begegnet es - entgegen der Auffassung des Klägers - keinen Bedenken, wenn das Berufungsgericht das in Frage stehende Billardcafé hier als Vergnügungsstätte eingestuft hat (vgl. auch Urteil vom 25. November 1983 - BVerwG 4 C 64.79 - BVerwGE 68, 207 <211> = Buchholz 406.12 § 6 BauNVO Nr. 5 S. 5). Auch die Verneinung der "Kerngebietstypik" des Billardcafés kann revisionsgerichtlich nicht beanstandet werden. Das Berufungsgericht hat dieses Merkmal selbst für den Fall verneint, daß das Billardcafé mit vier Spieltischen und 37 Sitzplätzen und die Spielothek mit 95 qm Nutzfläche als Einheit anzusehen seien; es erscheine nämlich ausgeschlossen, daß die Ergänzung der Spielothek durch das ebenfalls relativ kleine Billardcafé dazu führen werde, daß nunmehr ein größeres und allgemeineres Publikum aus einem größeren Einzugsbereich diese Vergnügungsstätte aufsuchen werde. Diese im wesentlichen auf der Einschätzung der tatsächlichen örtlichen Situation beruhende Beurteilung begegnet um so weniger Bedenken, als für die rechtliche Bewertung in diesem Zusammenhang die Spielothek außer Betracht zu bleiben hat und allenfalls im Rahmen einer Prüfung nach § 15 BauNVO von Bedeutung sein kann (vgl. Urteil ebenfalls vom 20. August 1992 - BVerwG 4 C 56.89 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Daß das Billardcafé neben der Spielothek hier an § 15 BauNVO scheitern könnte, hat das Berufungsgericht zwar nicht ausdrücklich erörtert, der Sache nach aber verneint. Auch insoweit ist revisionsgerichtlich nichts zu erinnern.

Ist demnach dem Kläger die beantragte Baugenehmigung - jedenfalls in bauplanungsrechtlicher Hinsicht - vor Inkrafttreten der BauNVO 1990 zu Unrecht vorenthalten worden, so könnten der oben erörterten Ermessensreduzierung nur nachträglich veränderte Umstände entgegenstehen. Ein solcher Umstand könnte grundsätzlich auch darin gesehen werden, wenn die Beklagte inzwischen ein planerisches Konzept zur Situierung von Vergnügungsstätten - etwa Konzentration auf ein bestimmtes Gemeindegebiet, Freihaltung der übrigen Flächen - entwickelt

hätte und ernsthaft umsetzen will. Auch hierzu fehlen derzeit verwertbare tatsächliche Feststellungen.

Das Vorbringen der Beklagten, inzwischen sei ein ausgefertigtes Exemplar des Bebauungsplans "... " vom 14. Juni 1976/17. März 1986 aufgefunden worden, gibt schließlich Anlaß, darauf hinzuweisen, daß das Berufungsgericht bei seiner erneuten Entscheidung das streitige Billardcafé möglicherweise - sofern es an einer wirksamen Veränderungssperre fehlt - nicht nach § 34 Abs. 2 BauGB, sondern auf der Grundlage der Festsetzungen dieses Bebauungsplans beurteilen muß. In diesem Fall würde sich die Frage stellen, ob Prüfungsmaßstab die Festsetzung eines Gewerbegebiets in Verbindung mit § 8 BauNVO 1968/1977 ist, oder ob gemäß § 25 c Abs. 3 Satz 1 BauNVO 1990 auf die Vorschriften der Baunutzungsverordnung 1990 über die Zulässigkeit von Vergnügungsstätten in den Baugebieten abzustellen ist. Der Senat hatte bisher keine Gelegenheit, die Gültigkeit des § 25 c Abs. 3 Satz 1 BauNVO 1990 zu überprüfen. Eine Entscheidung dieser Frage ist auch im vorliegenden Rechtsstreit nicht geboten, weil sie hier nur innerhalb nicht bindender rechtlicher Hinweise für das Berufungsgericht erfolgen könnte. Der Senat weist jedoch auf sein Urteil vom 27. Februar 1992 - BVerwG 4 C 43.87 - (Buchholz 406.12 § 25 c BauNVO Nr. 1 = BauR 1992, 472) hin, in dem er entschieden hat, daß § 25 c Abs. 2 BauNVO 1990 wegen Fehlens einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage nichtig ist überwiegendes könnte dafür sprechen, daß die Rechtslage im Hinblick auf § 25 c Abs. 3 Satz 1 BauNVO nicht anders ist.

Streitwertbeschluss:

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 40.000 DM festgesetzt.