

Welche Bauordnung gilt? – Statische oder dynamische Verweisung auf das Landesrecht in § 20 Abs. 1 BauNVO



Zgl. Anmerkungen zu OVG Münster, Beschl. v. 03.05.2018 – 10 A 2937/15

von Rechtsanwalt Dr. Nils Gronemeyer, Paderborn*

I. Einführung

Ein klassischer Fall in der anwaltlichen Baurechtspraxis: Die Familie kauft 2016 von der Gemeinde ein neu ausgewiesenes Baugrundstück. Der Bebauungsplan setzt unter anderem die Zulässigkeit von einem Vollgeschoss bei einer Gebäudehöhe von max. 11 m fest. Die Familie lässt entsprechend planen und bekommt im Genehmigungsverfahren grünes Licht zum Baubeginn. Nachdem das Wohnhaus fertiggestellt und bezogen ist, stellt sich heraus, dass die Wände im Obergeschoss – wie auch immer das passieren konnte – ca. drei Steine höher geworden sind als geplant mit der Folge, dass auch das Obergeschoss ein Vollgeschoss ist. Die Gemeinde versagt ihr Einvernehmen zur Erteilung einer Baugenehmigung unter Befreiung von der Festsetzung „ein Vollgeschoss“, die Baugenehmigungsbehörde erlässt eine Rückbauverfügung und einen Bußgeldbescheid – das Unheil scheint seinen Lauf zu nehmen.

Zwischenzeitlich wird die neue Bauordnung 2018 für das Land NRW mit Wirkung zum 01.01.2019 erlassen. Sie enthält in § 2 Abs. 6 Satz 1 eine neue Definition des Begriffs „Vollgeschoss“. Entscheidend ist nicht mehr das Maß zwischen den Fußbodenoberkanten bzw. zwischen der Fußbodenoberkante und der Dachhaut, sondern die lichte Höhe des Geschosses. Dabei ist ein Geschoss nunmehr erst dann ein Vollgeschoss, wenn es eine lichte Höhe von mindestens 2,30 m über mehr als drei Viertel der darunterliegenden Grundfläche hat. Der Fall scheint gelöst. Die Decke im Obergeschoss des Einfamilienhauses soll soweit abgehängt werden, dass diese Maße eingehalten werden. Ein Abtragen des Dachstuhls und eine Reduzierung der Wandhöhe scheint nicht mehr erforderlich.

Noch bevor der entsprechende Bauantrag gestellt werden kann, wird der Beschluss des OVG Münster vom 03.05.2018¹ bekannt, der eindeutig fest-

stellt, dass § 20 Abs. 1

BauNVO eine statische und keine dynamische Verweisung auf das Bauordnungsrecht beinhaltet. Maßgeblich sei grundsätzlich die Rechtslage, die dem Satzungsbeschluss, gegebenenfalls seiner Bekanntmachung zugrunde liege. Angesichts dieses Urteils weigert sich die Baugenehmigungsbehörde, § 2 Abs. 6 BauO NRW 2018 auf ein Gebäude anzuwenden, das im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes aus dem Jahr 2016 liegt. Zu Recht?

II. Die Entscheidung des OVG Münster vom 03.05.2018

Dem Beschluss des OVG Münster vom 03.05.2018 lag die Klage eines Bauherrn zugrunde, der sein eingeschossiges Gebäude um ein Staffelgeschoss aufstocken wollte. Der Bebauungsplan aus dem Jahr 1972 enthielt Festsetzungen zur Grundflächenzahl, Geschossflächenzahl und zur Anzahl der Vollgeschosse. Nach der Planbegründung sollten die Grundstücke eingeschossig und nur ausnahmsweise zweigeschossig bebaut werden, um einen Übergang der Bebauung zur freien Landschaft zu erreichen. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab mit der Begründung, der Kläger habe keinen Anspruch auf Erteilung der für sein Vorhaben notwendigen Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplanes zur Geschossflächenzahl sowie der Zahl der Vollgeschosse. Der Kläger wandte dagegen unter anderem ein, es bedürfe gar keiner Befreiung von der festgesetzten Zahl der Vollgeschosse, weil das Obergeschoss als Staffelgeschoss kein Vollgeschoss sei. Das OVG Münster hat die zugelassene Berufung zurückgewiesen. Das Vorhaben sei bau-

* Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Agrarrecht in der Kanzlei Brandt Rechtsanwälte, Paderborn.

1 OVG Münster, Beschl. v. 03.05.2018 – 10 A 2937/15, juris Rdnr. 25.

planungsrechtlich unzulässig, weil es den Festsetzungen des Bebauungsplans hinsichtlich der Geschossflächenzahl und der Zahl der Vollgeschosse widerspreche. Der Vortrag der Klägerin, es handele sich bei dem Vorhaben entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts um ein eingeschossiges Gebäude, sei unzutreffend. Nach § 2 Abs. 5 der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der hier maßgeblichen Fassung vom 27.01.1970 seien Vollgeschosse Geschosse, die vollständig über der festgelegten Geländeoberfläche liegen und über mindestens zwei Drittel ihrer Grundfläche die für Aufenthaltsräume erforderliche lichte Höhe haben. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt. Das Gericht führt weiter aus: „§ 2 Abs. 5 BauO NRW 1970 ist einschlägig. § 18 BauNVO a.F. (heute § 20 Abs. 1 BauNVO) stellt eine statische und keine dynamische Verweisung auf Bauordnungsrecht dar. Maßgebend ist grundsätzlich die Rechtslage, die dem Satzungsbeschluss, gegebenenfalls seiner Bekanntmachung zugrunde liegt.² Für die Annahme, der Rat hätte über § 18 BauNVO a.F. bei Erlass des Bebauungsplans auf eine andere als die seinerzeit geltende Bauordnung verweisen wollen, ist nichts ersichtlich. Auch § 18 BauNVO a.F. gibt für ein solches Verständnis nichts her.“³

III. Meinungsstand und Diskussion

Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes gilt die Baunutzungsverordnung in der Fassung zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses und die jeweils aktuelle Bauordnung. So war jedenfalls bislang die überwiegende Verwaltungspraxis.⁴ So einfach ist das aber nicht.

1. Für die Regelungen zur Art der baulichen Nutzungen in den §§ 2 bis 14 BauNVO ergibt sich die Anwendung der jeweils zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses geltenden Fassung der BauNVO aus § 1 Abs. 3 Satz 2 BauNVO, wonach diese Vorschriften unmittelbare Bestandteile des Bebauungsplans werden. Bei den Planaussagen über das Maß der baulichen Nutzung fehlt eine entsprechende Vorschrift. Die Bestimmungen über das Maß der baulichen Nutzung sind „planergänzende Vorschriften“.⁵ Sie geben dem Plangeber Obergrenzen vor oder greifen nur, wenn der Plangeber Regelungen zum Maß der baulichen Nutzung nicht getroffen hat. Die Ermächtigung zum Erlass der Baunutzungsverordnung in § 9a BauGB (früher

§ 2 Abs. 5 BauGB) räumt dem Verordnungsgeber keine unmittelbare Einflussnahme auf die Zulässigkeit baulicher oder sonstiger Anlagen ein. Die BauNVO soll der planenden Gemeinde vielmehr nur das Instrumentarium an die Hand geben, ihre Planvorstellungen im Plan zum Ausdruck zu bringen. Damit sich spätere Änderungen der Baunutzungsverordnung auf „alte“ Pläne nicht auswirken und die Planungshoheit der Gemeinde geschützt wird, muss die Verbindung zwischen einem Bebauungsplan und der Baunutzungsverordnung in dem Sinne „statisch“ sein.⁶ Dies wird durch die Überleitungsvorschriften der §§ 25 bis 25d BauNVO erreicht, wonach für einen Bebauungsplan immer die Fassung der BauNVO anzuwenden ist, die zum Zeitpunkt seiner Offenlegung nach § 3 Abs. 2 BauGB galt.

2. Dass die Bauordnung immer in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden ist, folgt aus dem Umstand, dass es entsprechende Vorschriften über die Anwendung früherer Fassungen des Gesetzes nicht gibt. Warum soll nun für § 2 Abs. 6 BauO NRW etwas anderes gelten?

a) Aus der Formulierung des § 20 Abs. 1 Satz 1 BauNVO⁷ „Als Vollgeschosse gelten Geschosse, die nach landesrechtlichen Vorschriften Vollgeschosse sind oder auf ihre Zahl angerechnet werden“ lässt sich kein Anhaltspunkt für einen statischen oder dynamischen Verweis auf das Landesrecht entnehmen. In der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung zur BauNVO 1962⁸ heißt es zu § 18: „Wenn sein Inhalt bundeseinheitlich

2 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 24.02.2009 – 7 A 2091/81; Schulte, in: Boeddinghaus/Hahn/Schulte/Radeisen, BauO NRW – Kommentar, § 2 BauO, Rdnr. 79 ff.

3 Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 15.02.1984 – 3 S 1279/83, BRS 42 Nr. 114; a.A. VGH Kassel, Beschl. v. 26.07.1984 – 4 TG 1669/84, BRS 42 Nr. 113; offen gelassen in OVG Münster, Beschl. v. 18.01.2006 – 7 B 1685/05 und v. 31.01.1992 – 11 B 3035/91.

4 Vgl. Boeddinghaus, in: Boeddinghaus/Hahn/Schulte/Radeisen, BauO NRW – Kommentar, § 2 Rdnr. 80.

5 Uechtritz, Bauplanungsrechtliche Konsequenzen der Änderung des Vollgeschossbegriffs in den Bauordnungen der Länder, BauR 1986, 172.

6 BVerwG, Urt. v. 23.04.1969 – 4 C 12.67, BVerwGE 32, 31 (35), BVerwG, Urt. v. 27.02.1992 – 4 C 43/87, juris Rdnr. 34; König/Petz, in: König/Roeser/Stock, BauNVO – Kommentar, Einl. Rdnr. 22.

7 Vormals § 18 BauNVO, in allen Fassungen gleichlautend.

8 Abgedruckt bei Boeddinghaus/Franßen/Rohde, BauNVO 1977, § 18 Rdnr. 1.

bestimmt würde, so wären Unterschiede zwischen dem planungsrechtlichen und bauordnungsrechtlichen Begriff nicht zu verhindern“. Dies kann jedoch nur verhindert werden, wenn die Verweisung in § 18 dynamisch ist.

b) Das OVG Münster verweist in seinem Beschluss vom 03.05.2018 zur Begründung der statischen Verweisung mit den Worten „Maßgebend ist grundsätzlich die Rechtslage, die dem Satzungsbeschluss, ggfs. der Bekanntmachung zugrunde lag“ auf das Urteil des 7. Senats vom 24.02.2009.⁹ Diese Aussage hat der 7. Senat zwar getroffen, sie wird aber vom 10. Senat aus dem Zusammenhang gerissen. In der Entscheidung von 2009 ging es nicht um die Frage, ob § 18 BauNVO 1977 dynamisch oder statisch auf das Landesrecht verweist, sondern um die Frage, ob das Landesrecht anzuwenden ist, das während der Aufstellung des Bebauungsplanes galt oder das zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses geänderte Landesrecht. Letzteres hat das OVG bejaht. Die Aussage des 10. Senats in seinem Urteil vom 03.05.2018 „Für die Annahme, der Rat hätte über § 18 BauNVO a.F. bei Erlass des Bebauungsplans auf eine andere als die seinerzeit geltende Bauordnung verweisen wollen, ist nichts ersichtlich. Auch § 18 BauNVO a.F. gibt für ein solches Verständnis nichts her.“ ist eher eine Behauptung als eine Begründung. Hier verweist das OVG auf die Entscheidungen des VGH Mannheim vom 15.02.1984¹⁰ einerseits und des VGH Kassel vom 26.07.1984,¹¹ der die gegenteilige Auffassung vertritt, andererseits. Die beiden Entscheidungen können als Ausgangspunkt der seitdem währenden Diskussion über die Rechtsnatur des § 18 bzw. § 20 Abs. 1 BauNVO als statische oder dynamische Verweisung bezeichnet werden.

c) Der VGH Mannheim¹² führt zur Begründung der statischen Anwendung in § 18 BauNVO und dem Verweis auf die landesrechtlichen Vorschriften aus, der Verordnungsgeber der Baunutzungsverordnung habe die Gemeinde anweisen wollen, ihren Festsetzungen der Vollgeschosszahl der Geschossflächen die beim Planerlass jeweils geltenden Landesvorschriften zugrunde zu legen. Er habe aber nicht eine nachträgliche Änderung des Inhalts längst erlassener Bebau-

ungspläne mit entsprechenden Festsetzungen für den Fall einer Änderung der einschlägigen landesrechtlichen Begriffsbestimmungen herbeiführen wollen. Der Verordnungsgeber sei sichtlich bemüht gewesen, eine Rückwirkung von Vorschriften der Verordnung selbst zu vermeiden. Außerdem könne nicht davon ausgegangen werden, dass der jeweilige örtliche Plangeber bei Erlass eines Bebauungsplanes dem Begriff des Vollgeschosses auch jeden Inhalt geben wollte, den er künftig nach etwaigen landesrechtlichen Änderungen vielleicht einmal haben werde. Wolle die Gemeinde den in bestehenden Bebauungsplänen verwendeten Vollgeschossbegriff ändern, so müsse sie den Bebauungsplan ändern. Der Umstand, dass die gegenteilige Ansicht zu einer an sich wünschenswerteren Vereinfachung führe, könne daran nichts ändern. Dieser Auffassung haben sich die Mehrzahl der Obergerichte¹³ und ein Teil der Literaturmeinung¹⁴ angeschlossen.

d) Ein namhafter Teil der Literaturmeinung¹⁵ plädiert jedoch für eine dynamische Verweisung und folgt damit dem VGH Kassel.¹⁶ Dieser sieht in § 18 BauNVO a.F. eine dynamische Verweisung auf das Landesrecht. Er begründet dies zum einen damit, dass der Verordnungsgeber mit seiner Verweisung auf

-
- 9 OVG Münster, Urt. v. 24.02.2009 – 7 A 2091/08, juris Rdnr. 4.
 10 VGH Mannheim, Entsch. v. 15.02.1984 – 3 S 1279/83, BauR 1985, 289 (2090) = VBIBW 1985, 99 = BRS 42, Nr. 114.
 11 VGH Kassel, Entsch. v. 26.07.1984 – 4 TG 1669/84, BauR 1985, 293 (294) = BRS 42, Nr. 113.
 12 VGH Mannheim, nachgehend auch Urt. v. 01.10.1985 – 8 S 1658/85, juris; Beschl. v. 27.01.1999 – 8 S 19/99, juris = BRS 62 Nr. 91.
 13 OVG Saarlouis, Beschl. v. 28.07.1986 – 2 R 191/86, BRS 46 Nr. 100; OVG Berlin, Urt. v. 10.03.1089 – 2 B 4/87, DVBl 1989, 1065; OVG Koblenz, Beschl. v. 09.12.2020 – juris Rdnr. 25 mit Anm. Michael, jurisPR-ÖffBauR 1/2021 Anm. 3.
 14 Vgl. z.B. Dolde, Das Bebauungsrecht 1984/85, NJW 1986, 1021 (1023), Schiller, in: Schiller/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rdnr. 1489; Boeddinghaus, in: Boeddinghaus/Hahn/Schulte/Radeisen, BauO NRW – Kommentar, § 2 Rdnr. 80b; zur neuen BauO NRW auch Buntentbroich, Der neue Vollgeschossbegriff in der BauO 2018 NRW, BauR 2018, 1967 (1970).
 15 Z.B. Uechtritz, Bauplanungsrechtliche Konsequenzen der Änderung des Vollgeschossbegriffs in den Bauordnungen der Länder, BauR 1986, 172; König, in: König/Roeser/Stock, BauNVO – Kommentar, Einl. Rdnr. 44 und § 20 Rdnr. 7; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO – Kommentar, § 20 Rdnr. 17 ff.; Hartmann/Schiller, in: Bönker/Bischopink, BauNVO – Kommentar, § 20 Rdnr. 10.
 16 A.a.O. (Fn. 11).

den landesrechtlichen Vollgeschossbegriff in § 18 BauNVO gerade vermeiden wollte, dass bei ein und demselben Bauvorhaben ein städtebaulicher und ein bauaufsichtlicher Vollgeschossbegriff angewandt werden müssten. § 18 BauNVO sei eine „Blankettnorm“, die der Landesgesetzgeber im Rahmen seiner eigenen Gesetzgebungsbefugnis selbst ausfüllen könne. Der vorgeschriebene Geschossbegriff werde anders als bestimmte Vorschriften der BauNVO auch nicht ergänzender Bestandteil des Bebauungsplanes. § 1 Abs. 3 BauNVO greife hier nicht. Der Plangeber müsse deshalb damit rechnen, dass sich die Tragweite des Bebauungsplanes durch die Änderung der bauordnungsrechtlichen Begriffsbestimmung ändern könne.

- e) Johlen¹⁷ argumentiert für eine dynamische Anwendung mit dem in der Begründung zu § 2 Abs. 6 BauO¹⁸ mehrfach verwandten Begriff „künftig“. „Künftig“ solle nur noch auf die Geschosshöhe über einer Mindestgrundfläche abgestellt werden; „künftig“ solle nicht mehr auf das Maß zwischen den Fußbodenoberkanten abgestellt werden, sondern auf die lichte Höhe des Geschosses. Aus der Verwendung des Begriffs „künftig“ lässt sich aber nicht folgern, dass der Gesetzgeber § 2 Abs. 6 BauO NRW (nur) für künftige Bebauungspläne angewandt wissen wollte, zumal der Begriff Bebauungsplan in der Begründung gar nicht auftaucht und Vorhaben nach § 34 BauGB von der Vorschrift auch erfasst werden. Der Begriff „künftig“ in der Gesetzesbegründung muss daher rein zeitlich im Sinne von „zukünftig“ verstanden werden.
- f) Boeddinghaus¹⁹ hat schon in seiner Kommentierung zur BauO 2000 darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber keine Verschärfung des Vollgeschossbegriffs gegenüber der Regelung der BauNVO beabsichtigt habe, sondern eine Erleichterung für den Bauherrn beabsichtigt. Warum er trotzdem offensichtlich für eine statische Anwendung plädiert, ist vor diesem Hintergrund nicht verständlich.
- g) Buntenbroich²⁰ favorisiert ebenfalls eine statische Anwendung. Zur Begründung führt er aus, dass die Bauordnung 2018 den Vollgeschossbegriff und den Begriff des Nichtvollgeschosses gänzlich anders als die Bauordnung 2000 definiere. Dies führe dazu, dass ab dem 01.01.2019 Geschosse, die vor diesem

Datum noch als nicht Vollgeschosse einzuordnen waren, als Vollgeschosse gelten oder umgekehrt. Bei bestehenden Bebauungsplänen sei es wegen der gravierenden Unterschiede sinnvoll, den Vollgeschossbegriff statisch anzuwenden. Damit könnten unerwünschte und von der Gemeinde bei Beschlussfassung nicht beabsichtigte städtebauliche Auswirkungen vermieden werden.

IV. Fazit

Aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 Satz 1 BauNVO und den Begründungen zur BauNVO lässt sich kein Anhaltspunkt für einen statischen oder dynamischen Verweis auf das Landesrecht entnehmen. Die Begründung, die das OVG Münster in seiner Entscheidung vom 03.05.2018 für die statische Anwendung formuliert, ist nicht überzeugend, weil insbesondere die zitierte Aussage des 7. Senats aus seinem Urteil vom 24.02.2009 keine vergleichbare Fragestellung betraf. Überzeugend ist auf den ersten Blick die Argumentation des VGH Mannheim, dass bei einer dynamischen Anwendung des § 20 Abs. 1 BauNVO und des § 2 Abs. 6 BauO der Planinhalt ohne Zutun des Plangebers verändert wird. Diese Argumentation ist aber nicht zu Ende gedacht. Sie berücksichtigt nicht, dass der Plangeber einen Bebauungsplan nicht nur in Ansehung der geltenden BauNVO aufstellt, sondern auch der jeweils geltenden Bauordnung. Dabei legt er seiner Planung nicht nur die Vorschriften zum Voll- und Nichtvollgeschoss in § 2 Abs. 6 BauO NRW zugrunde, sondern z.B. auch das Abstandsflächenrecht. § 6 BauO NRW ist durch die BauO 2018 grundlegend geändert und die einzuhaltenen Abstandsflächen sind nahezu halbiert worden. Ein Plangeber, der unter der Geltung des alten Abstandsflächenrechtes mit einer Abstandsflächenzahl von 0,8 H die Festsetzung eines Bauwuchs von 3 m für ausreichend gehalten hat, muss nunmehr feststellen, dass mit der neuen Abstandstiefe von 0,4 H ein Gebäude wesentlich näher bzw. höher an die Nachbargrenze rücken kann oder eine rückwärtige Gartenfläche bebaubar wird, die nach

17 Johlen, in: Gädtke/Johlen/Wenzel/Hanne/Kaiser/Koch/Plum, BauO-NRW – Kommentar, § 2 Rdnr. 269.

18 LT-Drucks. 17/2166, S. 97.

19 Boeddinghaus, in: Boeddinghaus/Hahn/Schulte/Radeisen, BauO NRW – Kommentar, § 2 Rdnr. 80b (Stand 2004).

20 Buntenbroich, Der neue Vollgeschossbegriff in der BauO 2018 NRW, BauR 2018, 1967 (1970).

dem alten Abstandsflächenrecht zumindest nicht sinnvoll bebaubar war. Hätte er das gewusst, hätte er vielleicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 2a BauGB ein anderes Abstandsflächenmaß festgesetzt.

Diesen Gedanken konsequent zu Ende geführt würde aber bedeuten, dass viele Vorschriften der Bauordnungen der Länder im Geltungsbereich von Bebauungsplänen statisch angewandt werden müssten und Änderungen der Bauordnungen nur sehr langsam umgesetzt würden. Das Ziel der Bauordnungsnovellen, Investitionsvorhaben insbesondere im Wohnungsbau zu erleichtern und den Rahmen zur Nutzung von (innerstädtischen) Nachverdichtungspotentialen zu schaffen,²¹ würde in Bebauungsplangebietern ohne vorherige Ände-

rung des Bebauungsplans nicht realisiert werden können. Die bis zu dem Urteil des OVG Münster vom 03.05.2018 überwiegende Verwaltungspraxis, die BauO NRW in der jeweils geltenden Fassung und damit dynamisch anzuwenden – und zwar auch die Definition des Vollgeschosses – sollte deshalb fortgeführt werden. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber eine Klarstellung vornimmt oder die Oberverwaltungsgerichte Gelegenheit bekommen, ihre Rechtsprechung zu überdenken.

21 Vgl. Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/2166, S. 2 und Begründung zum Gesetz zur Änderung der Landesbauordnung 2018, LT-Drucks. 17/3850, S. 1 f.