

Dr. Gerrit Manssen, Wissenschaftlicher Assistent a.Z., Universität Regensburg

Die Aufnahme von auf Landesrecht beruhenden Regelungen in den Bebauungsplan (§ 9 Abs. 4 BauGB)

I. Aktueller Anlaß

§ 9 Abs. 4 BauGB ermöglicht – wort- und inhaltsgleich mit § 9 Abs. 4 BBauG 1976 – die Aufnahme von auf Landesrecht beruhenden Regelungen in den Bebauungsplan, soweit dies von der Landesgesetzgebung vorgesehen wird. Wichtigster Anwendungsfall hierfür ist der Erlass von sog. örtlichen Bauvorschriften [1]. § 9 Abs. 4 BauGB war lange Zeit eine sowohl von Rechtsprechung als auch Literatur eher wenig beachtete Vorschrift [2]. In jüngerer Zeit wird ihr jedoch verstärkt die Aufmerksamkeit vor allem der baurechtlichen Judikatur zuteil. Dieses Interesse betrifft zwei Problemfelder. Das eine ergibt sich aus dem Inkrafttreten des BauGB zum 1. 7. 1987. Einige Landesbauordnungen verweisen bezüglich des Erlasses von örtlichen Bauvorschriften im allgemeinen oder zumindest bei Aufnahme in den Bebauungsplan noch auf die Bestimmungen des BBauG [3]. Dies ist vor allem in einem Punkt problematisch, nämlich hinsichtlich des neugefaßten § 11 BauGB. Während nach altem Recht (§ 11 BBauG) Bebauungspläne genehmigungspflichtig waren, hat § 11 BauGB ein Anzeigeverfahren eingeführt, mit dem Ziel, die kommunale Planungshoheit zu stärken [4]. Verstände man nun die noch in den Landesbauordnungen enthaltenen Bezugsnahmen des BBauG als sog. statische Verweisung, würden also die Vorschriften des Bauplanungsrechts in der Fassung gelten, die sie bei Inkrafttreten der jeweiligen Landesbauordnung hatten, hätte dies zur Konsequenz, daß örtliche Bauvorschriften bei Aufnahme in den Bebauungsplan noch einem Genehmigungsverfahren unterliegen. Sachgerechter ist jedoch die Annahme einer „dynamischen Verweisung“ [5]. Andere Bundesländer haben aus den neugefaßten Bestimmungen des BauGB die Konsequenz gezogen, in Zukunft auf die Regeln des Bauplanungsrechts in der jeweiligen gültigen Fassung zu verweisen [6]. In beiden Fällen stellt sich damit die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher gleitender Bezugsnahmen auf eine Rechtsordnung eines anderen Kompetenzträgers.

Die zweite – für alle Bauordnungen relevante – Frage betrifft das Problem der Aufstockung von

Flachdächern [7]. Flachdächer wurden in früheren Jahren oft im Wege einer nach § 9 Abs. 4 BauGB/BBauG in den Bebauungsplan aufgenommenen örtlichen Bauvorschrift den Eigentümern vorgeschrieben. Sie erwiesen sich im Laufe der Zeit vor allem bei „kostensparender“ Bauausführung häufig als undicht, so daß Gemeinden mit dem Wunsch von Eigentümern konfrontiert wurden, die Festsetzungen zu ändern und auch Sattel-, Pult- oder ähnliche Dächer zuzulassen [8]. Im vorliegenden Beitrag soll der Aspekt dieses Themas diskutiert werden, der unmittelbar mit § 9 Abs. 4 BauGB zusammenhängt. Verfahrensrechtlich stellt sich nämlich für die Gemeinden das Problem, ob es möglich ist, eine förmliche Änderung des Bebauungsplanes zu vermeiden und die entsprechenden Gestaltungsvorschriften im Wege des Erlasses einer einfachen Satzung nach der entsprechenden Landesbauordnung zu modifi-

[1] Gaentzsch, Berliner Kommentar zum BauGB (1989), § 9 Rdnr. 69; Gelzer, in: Gelzer/Birk, Bauplanungsrecht, 5. Auflage (1991), Rdnr. 215 f. Das Landesrecht hat durchgehend von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, siehe für die neuen Bundesländer § 83 Abs. 4 BauO i.V.m. § 2 Abs. 1 Gesetz zur Einführung des Gesetzes über die BauO, § 73 Abs. 6 LBO BW, Art. 91 Abs. 3 S. 1 BayBO, § 7 BlNAG-BauGB, § 110 Abs. 4 BremLBO, § 5 Hamb. G. über die Feststellung von Bauleitplänen und ihre Sicherung i.d.F. d. G. v. 22. 9. 1987, GVBl. S. 177; § 118 Abs. 4 HBO i.V.m. § 1 VO v. 28. 1. 1977, GVBl. I, 102, § 98 NBauO, § 81 Abs. 4 BauONW, § 86 Abs. 6 LBO Rh.-Pf., § 83 Abs. 4 LBO Saarl., § 82 Abs. 4 LBO Schl.-H. Zu weiteren Aufnahmemöglichkeiten instruktiv Gierke, in: Brügelmann u.a., Kommentar zum BauGB, § 9 Rdnr. 510 ff. (Stand: Mai 1990).

[2] Ein deutliches Indiz hierfür ist, daß viele führende Lehrbücher zum Bauplanungsrecht sich – soweit sie die Vorschrift überhaupt erwähnen – auf sehr kurze Hinweise zur Existenz des § 9 Abs. 4 BauGB beschränken, vgl. etwa Battis, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 2. Aufl. (1987), S. 85 f.; Finkelnburg, Öffentliches Baurecht, Bd. 1, Bauplanungsrecht, 2. Aufl. (1989), S. 130f.; sehr knapp auch die Kommentierung von Cholewa, in: Cholewa/Dyong von der Heide, BauGB, 2. Aufl. (1990), § 9 Nr. 5. Siehe jüngst auch BVerwG, Beschl. v. 12. 3. 1991, NVwZ 1991, 874 (875).

[3] Vor allem § 73 Abs. 5 und 6 LBO BW, Art. 91 Abs. 3 Satz 2 BayBO; vgl. auch § 97 Abs. 1 NBauO.

[4] Zur Entstehungsgeschichte siehe Gierke (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 1ff. (Stand: August 1988); von der Heide, Das Anzeigeverfahren im Baugesetzbuch (1990), S. 26 ff.; zum allgemeinen Ziel der Stärkung der kommunalen Planungshoheit durch das BauGB vgl. BT-Drucks. 10/4630, S. 49. Ob mit dem Anzeigeverfahren für die Gemeinden allerding viel gewonnen ist, kann man bezweifeln, s. Jäde, BauR 1988, 163 (163); Peine, DVBl. 1991, 603; sehr kritisch Gelzer (o. Fußn. 1), Rdnr. 381: „Vergeblich wird ein Vorteil der Neuregelung gesucht.“

[5] Siehe ausführlicher unten IV.

[6] So vor allem § 81 Abs. 4 BauO NW, § 83 Abs. 4 LBO Saarl., § 83 Abs. 4 BauO für die neuen Bundesländer.

[7] Dazu ausführlich Bosch, ZfBR 1987, 182 ff.

[8] Zur Problematik der rechtlichen Wirksamkeit von solchermaßen motivierten Plánänderungen siehe VGH Bad.-Württ., Urt. v. 7. 5. 1987, BauR 1988, 310 ff.; Beschl. v. 30. 7. 1987, BRS 47 Nr. 11, 35 ff.; Beschl. v. 23. 10. 1989, BWP 1990, 234; Beschl. v. 18. 6. 1990, VBIBW 1991, 25 f.; HessVGH, Beschl. v. 24. 9. 1987, BauR 1988, 312 ff.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 30. 6. 1987, BauR 1988, 307 ff.; Urt. v. 14. 9. 1990, BRS 50 Nr. 11, 33 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 24. 8. 1990, BauR 1991, 48 = BRS 50 Nr. 41, 105 f.

zieren. Zwar dürfte nach den Regeln des BauGB in vielen Fällen ein vereinfachtes Änderungsverfahren nach § 13 BauGB in Betracht kommen [9]. Die in § 13 Abs. 1 Satz 2–4 BauGB vorgesehenen verfahrensrechtlichen Sicherungen bedingen aber trotzdem vielfach einen erheblich höheren Aufwand als der normale Satzungserlaß gemäß den Kommunalordnungen der Länder [10].

II. Formelle oder materielle Deutung des § 9 Abs. 4 1. Halbs. BauGB

Die Änderung von in den Bebauungsplan aufgenommenen Vorschriften durch einfache Satzung wird in zwei jüngeren Entscheidungen des OVG Münster [11] und einem Urteil des OVG Lüneburg [12] eindeutig verworfen. Eine solche Satzung sei „ganz offensichtlich unwirksam“ [13]. Gestalterische Festsetzungen könnten auf diese Weise nicht wirksam außer Kraft gesetzt werden; wenn sie einmal Teil des Bebauungsplanes geworden seien, könnten sie nur durch Bebauungsplan im für die Änderung von Bebauungsplänen vorgeschriebenen Verfahren geändert oder außer Kraft gesetzt werden [14].

Zunächst ließe sich eine solche Auffassung aus dem jeweiligen Landesrecht ableiten. Vor allem, wenn sich das Verfahren für die Aufstellung einer einfachen Satzung über örtliche Bauvorschriften von dem bei Aufnahme der Gestaltungsvorschriften in den Bebauungsplan wesentlich unterscheidet [15], ist schon den Landesbauordnungen die Aussage zu entnehmen, daß für die Aufhebung die gleichen Anforderungen einzuhalten sind wie beim Erlass [16]. Wählt man hingegen wie das OVG Münster und vor allem das OVG Lüneburg eine bauplanungsrechtliche Begründung, indem man darauf abstellt, daß die Gestaltungsvorschriften Teil des Bebauungsplans geworden sind, darf nicht übersehen werden, daß es zwei Grundpositionen zum Verständnis des § 9 Abs. 4 BauGB gibt. Die erste und nach wie vor wohl herrschende läßt sich als „formelle“ Auffassung bezeichnen [17]. Die formelle Theorie besagt vor allem, daß Gestaltungsvorschriften auch dann, wenn sie Bestandteil des Bebauungsplanes werden, ihren rein materiell-bauordnungsrechtlichen Charakter bewahren [18]. Sie würden durch die Aufnahme nicht zu planerischen Festsetzungen [19]. Die Funktion des § 9 Abs. 4 BauGB liege im wesentlichen darin, die von § 9 Abs. 1 BauGB ausgehende Sperrwirkung für weitere

Festsetzungen aufzuheben [20]. § 9 Abs. 4 BauGB erschöpfe sich in einem Angebot an den Landesgesetzgeber, den Ortsgesetzgeber von dem „Instrumentarium“ des BauGB Gebrauch machen zu lassen; es komme zu keiner inhaltlichen „Vorprägung“ der bauordnungsrechtlichen Sachverhalte durch das Bauplanungsrecht [21]. Bauplanungsrechtliche und bauordnungsrechtliche Bestimmungen werden nur äußerlich in einem Plan verbunden [22], ohne in einen unmittelbaren inhaltlichen Zusammenhang zu treten. Sie bilden also nur der Form, nicht dem Inhalt nach eine Einheit. Die Folgen eines solchen Verständnisses sind folgende:

1. Die Landesgesetzgeber bestimmen nach § 9 Abs. 4 2. Halbs. autonom, welche Bestimmungen für die Aufstellung von Vorschriften gelten, die in den Bebauungsplan aufgenommen werden sollen [23]. Es steht ihnen also frei, den Erlass solcher Bestimmungen gleichen, ähnlichen oder anderen Vorschriften zu unterwerfen, als

[9] OVG Lüneburg, BRS 50 Nr. 11, 33.

[10] Im wesentlichen die gleichen Anforderungen an eine einfache Satzung wie bei der Aufnahme in den Bebauungsplan stellen allerdings § 73 Abs. 5 und 6 LBO BW, Art. 91 Abs. 3 BayBO, §§ 97, 98 NBauO; unterschiedlich verlaufen beide Verfahren vor allem nach § 81 BauO NW, § 86 LBauO Rh.-Pf. und § 83 LBO Saarl., da es dort für den Erlass der einfachen Satzung bei den allgemeinen Regeln für Kommunalentscheidungen bleibt.

[11] Beschl. v. 24. 8. 1990, BauR 1991, 48 = BRS 50 Nr. 41, 105 f.; ebenso OVG Münster, Beschl. v. 11. 4. 1988 – 7a ND 6/88.

[12] Urt. v. 14. 9. 1990, BRS 50 Nr. 11, 33 ff.

[13] OVG Münster, BauR 1991, 48 = BRS 50 Nr. 41, 106.

[14] OVG Lüneburg, BRS 50 Nr. 11, 34; OVG Münster, BauR 1991, 48 = BRS 50 Nr. 41, 106; ebenso Bosch, ZiBR 1987, 182 (185). Zustimmend zur Entscheidung des OVG Münster Gelzer, BRS 50, S. V.

[15] Siehe die Nachweise o. Fußn. 10.

[16] Ein wichtiges Argument für eine solche Interpretation bildet die Rechtsprechung des BVerwG zur Aufhebung von für nichtig erkannten Bebauungsplänen, wo aus Gründen der Rechtssicherheit auch die Einhaltung eines vollständigen Änderungsverfahrens verlangt wird; siehe Urt. v. 21. 11. 1986, E 75, 142 ff. = BauR 1987, 171 = DVBl. 1987, 481 ff. mit zust. Anm. Steiner.

[17] Siehe Gelzer (o. Fußn. 1), Rdnr. 200. Den besten Eindruck von Aussagen und Konsequenzen dieser Auffassung erhält man entweder dort oder bei Gierke (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 498 ff. (Stand: Mai 1990). Vor allem werden konsequent die Folgen aus diesem Ansatz gezogen, und nicht – wie es sonst gelegentlich zu beobachten ist – in sich widersprüchliche Mischpositionen vertreten; siehe dazu die folgenden Darstellungen und Nachweise.

[18] So Ortloff, Öffentliches Baurecht, Bd. 2, 2. Aufl. (1990), S. 34; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 3. Aufl. (1991), § 9 Rdnr. 107.

[19] Ortloff (o. Fußn. 18), S. 34.

[20] So ausdrücklich Gierke (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 498.

[21] So OVG Saarland, Urt. v. 4. 12. 1981, BRS 38 Nr. 48, 110 (111).

[22] So ausdrücklich Grossé-Suchsdorf/Schmalz/Wiechert, NBauO/NDSchG, 4. Aufl. (1987), § 98 Rdnr. 5.

[23] So auch Gierke (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 498: § 9 Abs. 4 BauGB könnte die Aufnahme von Regelungen nach Landesrecht nicht an inhaltliche oder verfahrensmäßige Voraussetzungen binden; ebenso ders., a. a. O., Rdnr. 531; dies ist auch die Auffassung der Gesetzesbegründung zu § 9 Abs. 4 BBauG 1976, siehe BT-Drucks. 7/2496, S. 41.

sie für solche nach § 9 Abs. 1 BauGB gelten [24]. So ist nach formellem Verständnis unproblematisch, den Erlaß von örtlichen Bauvorschriften auch im Falle der Aufnahme in den Bebauungsplan dem übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden zuzuordnen. Die Genehmigungsverfahren brauchen sich genausowenig zu entsprechen wie die Genehmigungsmaßstäbe [25].

2. Es kommt durch die Aufnahme nach § 9 Abs. 4 BauGB zum Erlaß von zwei Regelungskomplexen, die lediglich in einem Planwerk zusammengefaßt sind. Es muß deshalb bei der Beschußfassung im Gemeinderat nachweislich über beide Komplexe beraten und abgestimmt werden [26].

3. Das Normenkontrollverfahren richtet sich nicht nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, sondern nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO [27]. Es ist also nur dann zulässig, wenn der Landesgesetzgeber ein solches Verfahren gegen untergesetzliche Rechtsvorschriften des Landesrechts zugelassen hat. Wird in einem Land ein Bebauungsplan im Wege der Normenkontrolle angegriffen, das den Weg nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO nicht eröffnet hat, sind im Fall eines relevanten formellen oder materiellen Mangels nur die eigentlichen bauplanungsrechtlichen Festsetzungen für nichtig zu erklären, diejenigen auf bauordnungsrechtlicher Grundlage hingegen nicht Gegenstand des Verfahrens.

4. Der bauplanungsrechtliche und der bauordnungsrechtliche Komplex unterliegen nicht notwendigerweise dem gleichen rechtlichen Schicksal [28]. Vor allem führt die Ungültigkeit der bauordnungsrechtlichen Bestimmungen im Grundsatz nicht zur Nichtigkeit der bauplanungsrechtlichen und umgekehrt.

Auf der Grundlage eines solchen formellen Verständnisses bestehen gegen die Entscheidungen des OVG Münster und des OVG Lüneburg [29] Bedenken. Denn wenn § 9 Abs. 4 BauGB keine Vorschriften über das Verfahren macht, nach dem eine Gestaltungsvorschrift bei Aufnahme in den Bebauungsplan aufzustellen ist, leuchtet nicht ein, warum aus bauplanungsrechtlichen Gründen ein Änderungsverfahren nach dem BauGB soll stattfinden müssen, um die Vorschriften wieder aufzuheben.

Die allein formelle Deutung des § 9 Abs. 4 BauGB überzeugt jedoch nicht [30]. Zunächst wäre bei rein formellem Verständnis die Aussage des § 9 Abs. 4 1. Halbs. BauGB relativ banal. Die Vorschrift besagte letztlich nur, daß zwei Pläne äußerlich zusammengefaßt werden dürfen. Daß der Sinn des § 9 Abs. 4 1. Halbs. ein weitergehenderer ist, ergibt sich dann, wenn man nach dem Zweck der durch § 9 Abs. 4 BauGB ermöglichten Verbindung fragt. Es geht nach einhelliger Meinung darum, daß der Bundesgesetzgeber das Bebauungsplanverfahren insgesamt für den Erlaß solcher Regelungen zur Verfügung stellen will, die inhaltlich zusammengehören, die sich also zur Erreichung des Planzwecks ergänzen und den Gesamtplan funktionsfähig machen, für die jedoch der Bundesgesetzgeber nur partiell eine Bundesgesetzgebungskompetenz annahm [31]. Für die Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB und örtliche Bauvorschriften ist dies besonders evident. Die Regelung der Bebauung in einem Plangebiet bliebe unter Umständen in erheblichen Teilen unvollständig, wenn es nicht möglich wäre, die notwendigen gestaltungsrechtlichen Fragen mitzuregeln [32]. Die Abwägungsgesichtspunkte sind teilweise identisch und stehen in einem Verhältnis der gegenseitigen Ergänzung und Kompensation [33]. So beeinflußt etwa die nach § 9 Abs. 4 BauGB festge-

[24] Anders, obwohl eigentlich Vertreter der formellen Auffassung, Orloff (o. Fußn. 18), S. 34 und wohl auch Löhr (o. Fußn. 18), § 9 Rdnr. 111.

[25] So Gierke (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 545; Löhr (o. Fußn. 18), § 9 Rdnr. 111, letzterer jedoch erheblich zu undifferenziert, da er nicht nach dem jeweiligen Landesrecht unterscheidet. Die Auffassung, daß nach allen Landesbauordnungen der Erlaß von örtlichen Bauvorschriften im übertragenen Wirkungskreis erfolgt, ist eindeutig unrichtig, siehe etwa §§ 57 Abs. 2 Satz. 2, 81 BauO NW und dazu Gädke/Böckenförde/Temme, LBauO NRW, 8. Aufl. (1989), § 81 Rdnr. 1: Der Erlaß von örtlichen Bauvorschriften falle in den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden; auch für den Bereich der LBO BW geht man vom Erlaß im eigenen Wirkungskreis aus, siehe Schlotterbeck von Arnim, LBO für Baden-Württemberg, 3. Aufl. (1989), § 73 Rdnr. 1. Ausführlich zur Einordnung in den eigenen oder übertragenen Wirkungskreis Manssen, Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften (1990), S. 110 ff.

[26] So auch Hess.VGH, Urt. v. 19. 7. 1988, BauR 1989, 178 (179) = BRS 48 Nr. 112, 270 (272); Gelzer (o. Fußn. 1), Rdnr. 218; Gierke (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 544; Bosch, ZfBR 1987, 182 (185); anders Löhr (o. Fußn. 18), § 9 Rdnr. 107; Bielenberg, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm. z. BBauG, § 9 Rdnr. 87 b (Stand: August 1981).

[27] Ebenso OVG Saarland, BRS 38 Nr. 48, 110 (111); anders Orloff (o. Fußn. 18), S. 35.

[28] So auch Gierke (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 558.

[29] Nachweise oben Fußn. 11 und 12.

[30] Ausführlicher hierzu und zum folgenden Manssen (o. Fußn. 25), S. 226 ff.

[31] BVerwG, NVwZ 1991, 874 (875); Gierke (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 496; vgl. auch Löhr (o. Fußn. 18), § 9 Rdnr. 109. Zur Kompetenzverteilung im Baurecht siehe BVerfG, Gutachten v. 16. 6. 1954, E 3, 407 ff.; Beschl. v. 28. 10. 1975, E 40, 261 (265 ff.).

[32] Siehe Manssen (o. Fußn. 25), S. 102 ff.

[33] Siehe hierzu und zum folgenden Bosch, ZfBR 1987, 182 (185).

setzte Dachneigung und Dachform zusammen etwa mit der Festsetzung der Geschoßflächenzahl (§ 16 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO) oder Geschoßzahl (§ 16 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO) Belichtung, Belüftung und Besonnung der Nachbargrundstücke. Weiter hat die Dachneigung Einfluß darauf, inwieweit das Dachgeschoß Vollgeschoß i. S. der Landesbauordnung ist (siehe § 20 Abs. 1 BauNVO). Nach § 20 Abs. 3 BauNVO können Flächen in einem Dachgeschoß, welches nicht Vollgeschoß ist, auf die zulässige Geschoßfläche anzurechnen sein [34].

Diese Überlegungen führen zu einem materiellen Verständnis des § 9 Abs. 4 BauGB. Was ermöglicht werden soll, ist die Schaffung eines einheitlichen Planungs- und Planzusammenhangs [35] von Regelungen, die sachlich zusammengehören [36]. Ein einheitliches Planwerk ergibt sich aber nur dann, wenn die einzelnen Regelungen soweit nötig auch rechtlich einheitlichen Regeln folgen. Erforderlich ist deshalb ein trotz unterschiedlicher Geltungsgrundlagen einheitlicher Verfahrens- [37] und Abwägungsvorgang. Ein solches materielles Verständnis des § 9 Abs. 4 BauGB führt deshalb zu folgenden Konsequenzen:

1. Das Verfahren bei der Aufstellung von Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB und von Gestaltungsvorschriften bei Aufnahme in den Bebauungsplan muß sich in allen relevanten Punkten entsprechen [38]. Die Landesgesetzgeber haben ein Ermessen hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit von Vorschriften des BauGB (§ 9 Abs. 4 2. Halbs. BauGB) im Hinblick auf die Aufstellung des Planes nur insoweit, als solche Vorschriften als nichtanwendbar auszuscheiden sind, die für die zu treffende Regelung nicht passen [39]. Es erstreckt sich weiterhin darauf, welche Vorschriften anzuwenden sind, wenn Festsetzungen i. S. des § 9 Abs. 4 BauGB getroffen wurden, etwa die Frage, wonach sich die Gewährung von Ausnahmen und Befreiungen richtet.

2. Bauordnungsrechtliche und bauplanungsrechtliche Bestandteile bilden ein einheitliches Planergebnis, das auf einem einheitlichen Abwägungsvorgang beruhen muß.

3. Bei der Abstimmung im Gemeinderat ist nur ein Beschuß notwendig und zulässig.

4. Die Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde muß in einem Verfahren von einer Behörde und nach einheitlichen Maßstäben durchgeführt werden. Wegen § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB können deshalb (effektiv) in den Bebauungsplan aufgenommene örtliche Bauvorschriften keiner Zweckmäßigkeitsskontrolle unterworfen werden.

5. Bauordnungsrechtliche und bauplanungsrechtliche Bestandteile unterliegen im Grundsatz den gleichen Bestandskraftregeln. Ist der eine Komplex unwirksam, richten sich die Folgen für den anderen nach den allgemeinen Regeln über die Teilnichtigkeit von Bebauungsplänen [40].

6. Das Normenkontrollverfahren gegen einen Bebauungsplan mit aufgenommenen Gestaltungsvorschriften richtet sich insgesamt nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO [41].

Gegen ein solches materielles Verständnis des § 9 Abs. 4 2. Halbs. BauGB wird der Vorwurf der Aushöhlung landesrechtlicher Kompetenzen erhoben [42]. Der Bund ist jedoch unter keinem Gesichtspunkt verpflichtet, dem Landesrecht das Bebauungsplanverfahren zu „eröffnen“, d. h. vor allem seine eigenen Abwägungsanforderungen um die aus der bauordnungsrechtlichen Regelung zu ergänzen. Geschieht dies trotzdem, steht es ihm frei, hierfür sachgerechte Bedingungen aufzustellen.

[34] Bei „alten“ Bebauungsplänen, die vor dem 1.1.1990 öffentlich ausgelegt worden sind, ist eine Mitehrnung nach § 20 Abs. 2 Satz 2 BauNVO 1977 auch weiterhin erforderlich, siehe § 25 c BauNVO 1990 und ausführlich Fickert/Fieseler, BauNVO, 6. Aufl. (1990), § 20 BauNVO Rdnr. 23.

[35] Vgl. auch OVG Münster, NVwZ 1984, 595: „Untrennbare Regellungszusammenhänge“.

[36] So auch OVG Lüneburg, BRS 50 Nr. 11, 34.

[37] So auch OVG Lüneburg, BRS 50 Nr. 11, 35.

[38] So auch Gaentzsch (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 70.

[39] So auch Bielenberg (o. Fußn. 26), § 9 Rdnr. 87 a; Manssen (o. Fußn. 25), S. 234 f.

[40] Vgl. zu letzterem BVerwG, Beschl. v. 18. 7. 1989, E 82, 225 ff. = NVwZ 1990, 157 ff.; Beschl. v. 8. 8. 1989, NVwZ 1990, 159 ff.; BayVGH, Urt. v. 12. 9. 1988, BRS 48 Nr. 110, 263 (264).

[41] So auch OVG Münster, Urt. v. 19. 8. 1983, NVwZ 1984, 595; BayVGH, Urt. v. 12. 9. 1988, Bay.VBl. 1989, 210 (211); Kopp, VwGO, 8. Aufl. (1989), § 47 Rdnr. 12; Boeddinghaus/Hahn, BauO NW, § 81 Rdnr. 132 (Stand: April 1990).

[42] S. Gierke (o. Fußn. 1), Rdnr. 531.

III. Folgen des materiellen Verständnisses für § 9 Abs. 4 2. Halbs. BauGB

Ist es Ziel des § 9 Abs. 4 BauGB, eine materielle Planeinheit zwischen Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB und aufgenommenen, auf landesrechtlicher Grundlage beruhenden Festsetzungen herzustellen, ist das Ermessen, welches § 9 Abs. 4 2. Halbs. BauGB dem Landesgesetzgeber für die Frage zugesteht, welche Vorschriften auf solche aufgenommenen Festsetzungen anzuwenden sind, erheblich stärker beschränkt, als dies im allgemeinen angenommen wird. Will der jeweilige Landesgesetzgeber einen materiellen Planzusammenhang ermöglichen, müssen die wesentlichen verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Vorschriften für das Aufstellen der Festsetzungen sich entsprechen. Die Landesgesetzgeber müssen deshalb ein gewisses Mindestprogramm für die die Aufnahme beschließende Stelle vorsehen, um eine effektive Ausschöpfung des § 9 Abs. 4 BauGB zu ermöglichen:

- Unabdingbar ist vor allem die auch sachlich nicht beschränkte Geltung des Abwägungsgebotes (§ 1 Abs. 6 BauGB) [43]. Die Aufnahme von örtlichen Bauvorschriften in den Bebauungsplan führt zu einem einheitlichen Plan und damit zu einem einheitlichen Gestaltungsvorgang.
- Aufzunehmende örtliche Bauvorschriften sind nach § 3 Abs. 2 BauGB mit auszulegen [44]. Bedenken und Anregungen können sinnvoll nur dann vorgebracht werden, wenn der Planentwurf insgesamt bekannt ist. Ebenfalls ist auch für Festsetzungen aufgrund von § 9 Abs. 4 BauGB eine Begründung nach § 9 Abs. 8 BauGB nötig [45].
- Die aufzunehmenden örtlichen Bauvorschriften müssen entsprechend § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB von der Gemeinde in eigener Verantwortung aufgestellt werden. Es ist mit der Zielsetzung von § 9 Abs. 4 BauGB nicht vereinbar, daß bei einem einheitlichen Planungsvorgang einzelne Festsetzungen einer staatlichen Zweckmäßigkeitskontrolle unterliegen. Durch den vielfach gegebenen Zusammenhang mit Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB würde sonst indirekt auch in solche Festlegungen eingegriffen, was gegen Art. 2 Abs. 1 BauGB verstieße.

- Aus gleichen Gründen ist ein einheitliches Kontrollverfahren nach § 11 BauGB nötig. Inhaltlich Zusammengehöriges darf insoweit verfahrensmäßig nicht voneinander getrennt werden.

- Ein einheitliches Planwerk muß einheitlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen unterliegen, d. h. die §§ 214–216 BauGB müssen anwendbar sein [46].

Sehen die Landesgesetzgeber die Geltung der genannten Vorschriften vor, oder schließen sie sie zumindest nicht aus und lassen so eine „bundesrechtskonforme“ Auslegung zu, ermöglichen sie die Schaffung des von § 9 Abs. 4 BauGB intendierten Planzusammenhangs [47]. Weichen sie an einer Stelle ab, kommt es nur zu einer formellen Aufnahme von örtlichen Bauvorschriften in den Bebauungsplan. Dies hat die oben bei der formellen Theorie beschriebenen Konsequenzen. Die Ermächtigung des § 9 Abs. 4 BauGB wird dann nur teilweise ausgeschöpft, nämlich hinsichtlich der Schaffung eines formell einheitlichen Planwerks. Verfahrens- und materiellrechtlich bleiben die Reglungskomplexe hingegen selbstständig.

Die praktischen Unterschiede zwischen einer nur formellen Aufnahme und einer auch materiellen Verbindung sind keineswegs völlig zu vernachlässigen. So wird die Möglichkeit der Erstellung eines Gesamtplans bei nur formeller Aufnahme erschwert. Die Gemeinde muß nachweislich zwei Verfahren einhalten. Sie muß sich beim Beschuß über den bauplanungsrechtlichen Teil im klaren sein, daß der bauordnungsrechtliche eigenen rechtlichen Regeln folgt. Deshalb ist insbesondere dann Vorsicht geboten, wenn die Regelungen aufeinander bezogen werden. Dies ist nur in dem Rahmen zulässig, wie man auch in anderen Zusammenhängen zwei Pläne aufeinander abstimmt [48].

[43] Vgl. auch Hess.VGH, Urt. v. 30.6.1987, HessStuGZ 1988, 408 (408), Beschl. v. 24.9.1987, BauR 1988, 312 (313); OVG Münster, Urt. v. 30.6.1981, BRS 38 Nr. 138, 322 (323); Urt. v. 30.6.1983, BRS 40 Nr. 152, 335 (337); vgl. auch Manssen (o. Fußn. 25), S. 239 ff., 271 ff.

[44] OVG Lüneburg, BRS 50 Nr. 11, 35.

[45] Anders – aus der Sicht der formellen Theorie konsequent – Glerke (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 543; Art. 91 Abs. 3 S. 3 BayBO läßt sich –entsprechend der materiellen Auffassung – restriktiv interpretieren, siehe Manssen (o. Fußn. 25), S. 239.

[46] So auch Gaentzsch (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 70. Den Gedanken, daß die im Rahmen einer Gesamtplanung erlassenen Pläne ein einheitliches rechtliches Schicksal haben, hat auch das BVerwG jüngst betont, siehe Urt. v. 10.8.1990, NVwZ 1991, 673 (673) = BRS 50 Nr. 2, 5.

[47] Ausführlich Manssen (o. Fußn. 25), S. 237 ff.

[48] Vgl. auch Manssen (o. Fußn. 25), S. 243 f.

IV. § 9 Abs. 4 BauGB und dynamische Verweisungen auf Bundesbaurecht

Im großen und ganzen lassen sich die von den Landesgesetzgebern getroffenen Regelungen mit den von § 9 Abs. 4 BauGB vorausgesetzten Anforderungen harmonisieren. Immer wieder für Probleme sorgen aber die Änderungen des Bundesbaurechts, auf die die Landesgesetzgeber oft erst nach Jahren reagieren. Dies betrifft zur Zeit vor allem den neugefaßten § 11 BauGB. Soweit die Landesbauordnungen noch ausdrücklich oder der Sache nach auf den § 11 BBauG verweisen [49], müßten – soweit die am 1. 7. 1987 eingetretene Änderung durch das BauGB nicht automatisch „mitgemacht“ wird – in den Bebauungsplan aufgenommene Vorschriften ausdrücklich genehmigt werden, bis die Landesgesetzgeber die Bauordnungen entsprechend angepaßt hätten. Ein solches Ergebnis erscheint unsinnig. Die meist zentralen Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung unterliegen „nur“ einem Anzeigeverfahren, die Vorschriften über Dachneigung, Kleinteiligkeit der Fenster, Art und Höhe der Einfriedungen etc. bedürften trotz Zusammenfassung in einem Plan der ausdrücklichen Genehmigung. Wenig sinnvoll erscheint es auch, wenn sich die Wirksamkeit der Regelungen eines Bebauungsplanes für die Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB nach §§ 214 ff. BauGB und die für aufgenommene Bestimmungen des Landesrechts nach §§ 155 a ff. BBauG richtet. Der VGH Baden-Württemberg hat deshalb im Ergebnis überzeugend für den Bereich der LBO BW die Auffassung vertreten, daß seit dem 1. 7. 1987 nicht mehr die Regeln des BBauG, sondern die des BauGB gelten [50]. Begründen läßt sich dies durch die Annahme, die Inbezugnahmen von Vorschriften des BBauG durch die Landesbauordnungen enthielten bereits eine dynamische Verweisung [51], wie sie nach Inkrafttreten des BauGB von einigen Landesgesetzgebern ausdrücklich vorgesehen wurde [52]. Bei einer dynamischen Verweisung umfaßt die Inbezugnahme der „fremden“ Regelungen automatisch auch spätere Änderungen [53].

Dynamische Verweisungen gelten jedoch in ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit als problematisch [54]. Handelt es sich wie im vorliegenden Zusammenhang um eine Verweisung von Landes- auf Bundesrecht, so ergeben sich Bedenken vor allem aus dem Demokratie-

prinzip [55]. Nach einer Formel des BVerfG verlangt es, daß die Ordnung eines nach dem Grundgesetz staatlicher Regelung offenstehenden Lebensbereiches durch Sätze des objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane zurückgeführt werden muß [56]. Demgemäß ist die Frage zu stellen, ob die mit Hilfe einer dynamischen Verweisung angestrebte Arbeitserleichterung für den Landesgesetzgeber (diese müßte die Vorschriften der Landesbauordnungen sonst dem jeweiligen Bundesstädtebaurecht anpassen) zu einer Preisgabe von Gesetzgebungsbefugnissen und einer Entziehung vor der Gesetzgebungspflicht führt.

Sie ist im Ergebnis zu verneinen. Eine dynamische Verweisung in der Bauordnung eines Landes auf das Bundesbaurecht führt nicht dazu, daß nun der Bund für das Land die Gesetzgebungsbefugnisse im Bereich bauordnungsrechtlicher Materien partiell ausübt [57]. Die Gesetzgebungsbefugnis wird nicht vom Land auf den Bund übertragen. Vielmehr gibt durchaus der Landesgesetzgeber den maßgeblichen Rechtsanwendungsbefehl. Wenn etwa das Bundesbaurecht auf § 11 BBauG verweist, heißt dies nicht, daß alles, was der Landesgesetzgeber in der Folge in § 11 BBauG regelt, auch für

[49] Vor allem § 73 Abs. 5 und 6 LBO BW und Art. 91 Abs. 3 Satz 2 BayBO.

[50] Urt. v. 17. 10. 1989, VBIBW 1991, 22 ff. m. zustimmender Anmerkung Manssen = BauR 1990, 448 f. = NVwZ-RR 1990, 290; ebenso Gaentzsch (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 70; für den Bereich der NBauO Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert (o. Fußn. 22), § 97 NBauO, Rdnr. 5 ff.

[51] So auch Gierke (o. Fußn. 1), Rdnr. 534, für die Landesbauordnungen, die noch auf das BBauG verweisen; Gaentzsch (o. Fußn. 1), § 9 Rdnr. 71.

[52] Siehe § 83 Abs. 4 BauO für die neuen Bundesländer, § 81 Abs. 4 BauO NW, § 83 Abs. 4 LBO Saarl.

[53] Zum Begriff vgl. Clemens, AöR 111 (1986), 63 (80); Ossenbühl, DVBl. 1967, 401 (403); Scholz, Festschrift für Gerhard Müller (1981), S. 509 (521).

[54] Ihre Zulässigkeit wird grundsätzlich bejaht von BVerfG, Beschl. v. 15. 7. 1969, E 26, 338 (366), Beschl. v. 23. 3. 1982, E 60, 135 (155), offengelassen hingegen im Beschl. v. 1. 3. 1978, E 47, 285 (312); für die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen weiterhin Baden, NJW 1979, 623 (624 ff.); Gamber, VBIBW 1983, 197 (198); Schneider, Gesetzgebung, 2. Aufl. (1991), Rdnr. 398; Scholz (o. Fußn. 53), S. 233 ff.; ablehnend hingegen Arndt, JuS 1979, 784 ff.; Ossenbühl, DVBl. 1967, 401 ff.; Sachs, NJW 1981, 1651 (1652); Staats, in: Rödig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung (1976), S. 244 (251); differenzierend Brugger, VerwArchiv 1987, 1 (24 ff.); Clemens, AöR 111 (1986), 63 (82 ff.); Schenke, NJW 1980, 743 (745), ders., Festschrift für Fröhler (1980), S. 87 (99 ff.).

[55] Vgl. Arndt, JuS 1979, 784 (785); Brugger, VerwArchiv 1987, 1 (S. 20 ff.); Fuss, Festschrift für Paulick (1973), 293 (298); hierzu und zu weiteren Bedenken – vor allem aus dem Bundesstaatsprinzip – Ossenbühl, DVBl. 1967, 401 (403 ff.); Schenke, NJW 1980, 743 (S. 747 ff.), ders., Festschrift für Fröhler (1980), S. 113 ff.; Staats (o. Fußn. 54), a. a. O.; Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik (1970), S. 181 ff.

[56] BVerfG, Beschl. v. 14. 6. 1983, E 64, 208 (214).

[57] Ausführlicher Manssen (o. Fußn. 25), S. 255 ff., ders., VBIBW 1991, 24 f.

den Bereich des Landesrechts Geltung haben soll. Die damit verbundene Aussage ist vielmehr die, daß die Vorschriften des Städtebaurechts über die aufsichtliche Kontrolle von Bebauungsplänen auch für örtliche Bauvorschriften gelten sollen. Die wesentliche Besonderheit zu einer „normalen“ Vorschrift besteht also darin, daß die nach außen wirksame Rechtsfolge sich indirekt, d. h. nur in Zusammenschau mit der Norm eines anderen Normgebers, ergibt. Entscheidend ist somit nur, ob der Landesgesetzgeber hinreichend deutlich gemacht hat, welche möglichen Inhalte des in Bezug genommenen Bundesrechts er auch für seinen Bereich akzeptiert. Der mögliche Inhalt des Verweisungsobjekts muß auf der Grundlage der verweisenden Norm bestimbar sein [58]. Bei einer solchen Sichtweise bestehen aber keine Bedenken, statt des ursprünglichen Genehmigungs- – seit dem 1. 7. 1987 auch für örtliche Bauvorschriften – ein Anzeigeverfahren durchzuführen. Die Verweisung auf § 11 BBauG/BauGB betrifft einen klar umrissenen Regelungsbereich [59]. Denn das Anzeige- ist gegenüber dem Genehmigungsverfahren trotz einiger technischer Besonderheiten ein Minus. Die vom Landesgesetzgeber gebotene Anwendung des für Bebauungspläne vorgesehenen Genehmigungsverfahrens umfaßt deshalb auch die Durchführung von Anzeigeverfahren.

Entsprechendes läßt sich für die Anwendung der §§ 214 ff. BauGB statt der §§ 155 a ff. BBauG annehmen.

V. Zusammenfassung

§ 9 Abs. 4 BauGB ermöglicht die Schaffung eines materiellen Planungs- und Planzusammenhangs zwischen Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB und aufgenommenen Festlegungen nach § 9 Abs. 4 BauGB. Ein solcher Zusammenhang erfordert die Geltung der wesentlichen Aufstellungsvorschriften des BauGB für Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB auch für die aufzunehmenden Bestimmungen. Dies wird am besten durch eine dynamische Verweisung des Landesbaurechts auf die entsprechenden Bestimmungen des BauGB erreicht, wie sie heute in § 81 Abs. 4 LBO NW, § 83 Abs. 4 LBO Saarl. und § 83 Abs. 4 BauO für die neuen Bundesländer enthalten ist. Die Landesbauordnungen, die noch das BBauG in Bezug nehmen, lassen sich jedoch weitgehend auch in diesem Sinne interpretieren. Insgesamt bestehen gegen eine solche Verweisung keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

[58] So zu Recht Scholz (o. Fußn. 53), S. 524.

[59] Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 15. 7. 1969, E 26, 338 (366), Beschl. v. 14.06.1983, E 64, 208 (215).