

Prof. Dr. Martin Wickel, LL.M.

**Rechtsgutachten über die Möglichkeiten der
städtebaurechtlichen Steuerung der „Wohnarten“
Dauerwohnen, touristisches Wohnen und
Zweitwohnungsnutzung durch
Fremdenverkehrsgemeinden**

erstellt für das

Inselbauamt Sylt

stellvertretend für die Sylter Gemeinden List, Kampen,
Wenningstedt-Braderup, Sylt und Hörnum

Stand der Gesetzgebung: 2011

Stand von Literatur und Rechtsprechung: Mitte 2011

Die nachfolgenden Ausführungen spiegeln die wissenschaftliche Meinung des Verfassers wider. Sie sind mit wissenschaftlichen Methoden gewonnen worden. Es kann keine Gewähr dafür übernommen werden, dass die Praxis, insbesondere die Rechtsprechung, oder die Wissenschaft den hier vertretenen Ansichten folgt.

Im Folgenden erfolgt eine umfangreiche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Schrifttum zu den Fragestellungen des Gutachtens. Die Auswahl der benutzten und zitierten Quellen erfolgte nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten. Die dargestellten Ansichten aus Literatur und Rechtsprechung stellen nicht unbedingt die Ansicht des Verfassers dar. Es wird darauf hingewiesen, dass keine Gewähr besteht, dass die Praxis, insbesondere die Rechtsprechung, oder die Wissenschaft den in der Literatur vertretenen Positionen oder den Ergebnissen und Begründungen der Rechtsprechung folgt.

Vorbemerkung

Die Situation der Insel Sylt wird durch das Amt Landschaft Sylt im Rahmen der Projektbeschreibung für das Modellprojekt „Sicherung und Erweiterung von Dauerwohnraum für Einheimische auf der Insel Sylt“ wie folgt skizziert:

Fremdenverkehrsgemeinden seien durch folgende „Wohnarten“ geprägt:

- „Dauerwohnen“ (das Wohnen Einheimischer in Miet-, Eigentumswohnungen und Eigenheimen)
- Touristisches Wohnen (das temporäre Wohnen Ortsfremder in Hotels, Pensionen, Ferienwohnungen und –häusern)
- „Zweitwohnen“ (das temporäre Wohnen Ortsfremder in ausschließlich eigen genutzten Zweitwohnungen)

Dabei fänden in hoch intensiven Fremdenverkehrsräumen wie der Insel Sylt unter den genannten „Wohnarten“ folgende Verdrängungsprozesse statt:

- Das touristische Wohnen verdränge das Dauerwohnen
- Das eigen genutzte Zweitwohnen verdränge das Dauerwohnen
- Das eigen genutzte Zweitwohnen verdränge das touristische Wohnen

Vor diesem Hintergrund soll in dem folgenden Gutachten die Frage gestellt werden, in welcher Weise die beschriebenen Umwandlungs- und Verdrängungsprozesse einer Steuerung mit städtebaurechtlichen Instrumenten zugänglich sind. Dabei werden vor allem die folgenden Instrumente des BauGB untersucht:

- A. Fremdenverkehrssatzungen nach § 22 BauGB
- B. Milieuschutzsatzungen nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB
- C. Bebauungspläne
- D. Städtebauliche Verträge.

Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen dabei die Dauerwohnnutzung, die Ferienwohnnutzung und die Freizeitwecken dienende Zweitwohnungsnutzung.

Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf den Anwendungsmöglichkeiten der genannten nach dem geltenden Recht. Aufbauend auf den Ergebnissen werden jedoch auch Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Städtebaurechts herausgearbeitet, die als Diskussionsbeitrag in ein späteres Gesetzgebungsverfahren Eingang finden könnten.

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommer 2011 durch die Gemeinde Sylt und das Amt Landschaft Sylt in Auftrag gegeben, im Dezember 2011 abgeschlossen und als vorläufige Fassung im Januar 2012 dem Inselbauamt Sylt vorgelegt. Literatur und Rechtsprechung sind in dem zitierten Umfang ausgewertet und wurden im Wesentlichen bis zu einem Veröffentli-

chungszeitpunkt Mitte 2011 berücksichtigt. Eine begrenzte sprachliche Überarbeitung ist im September 2014 erfolgt. Inhaltliche Ergänzungen wurden hingegen nicht mehr vorgenommen. Das Gutachten befindet sich somit rechtlich auf dem genannten Stand Mitte 2011. Neuere Entwicklungen sowohl in der Gesetzgebung als auch in Rechtsprechung und Literatur sind nicht mehr berücksichtigt. Das ist bei der Heranziehung des Gutachtens zu berücksichtigen.

Hamburg, im September 2014

Martin Wickel

Inhaltsverzeichnis

VORBEMERKUNG 3

INHALTSVERZEICHNIS 5

ZUSAMMENFASSUNG 9

A. § 22 BauGB: Fremdenverkehrssatzungen 9

B. Erhaltungssatzungen gemäß § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB 12

C. Bebauungsplan 15

D. Städtebauliche Verträge 19

E. Konzept zur Weiterentwicklung des bestehenden Städtebaurechts 20

GUTACHTEN 21

A. § 22 BauGB: Fremdenverkehrssatzungen 21

 I. Allgemeines 21

 II. Inhalt des Genehmigungsvorbehalts 23

 III. Voraussetzungen einer Fremdenverkehrssatzung 25

 1. Gemeinden oder Gemeindegebiete, in denen § 22 BauGB anwendbar ist 25

 2. Form der Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts 27

 3. Voraussetzung für die Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts 28

 a. Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr 29

 aa. 1. Fallgruppe: Gebietstypen der BauNVO 29

 bb. 2. Fallgruppe: faktische Baugebiete 30

 cc. 3. Fallgruppe: sonstige Gebiete mit Fremdenverkehrsfunktion 30

 dd. Unbenannte Fälle 31

 ee. Vorhandene oder vorgesehene Zweckbestimmung 32

 b. Gebietsabgrenzung 33

 c. Beeinträchtigung der Zweckbestimmung und der geordneten städtebaulichen Entwicklung 35

 d. Sicherheitsbedürfnis 38

 IV. Voraussetzungen für die Versagung der Genehmigung 38

 1. Ermessen? 38

 2. Erfordernis einer konkreten Beeinträchtigung 40

 a. Voraussetzungen einer konkreten Beeinträchtigung 40

b. Umwandlung von Ferienwohnungen	42
c. Umwandlung von Wohnungen, die nicht der Fremdenbeherbergung dienen	43
d. Beeinträchtigung bei bereits bestehender oder nicht abwendbarer Nutzung als Zweitwohnung?... 43	
e. Privatrechtliche Absicherung der Fremdenverkehrsfunktion?	44
f. Beeinträchtigung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung.....	45
3. Vormerkungsschutz	45
4. Vorliegen einer besonderen Härte	45
V. Bewertung der Vorschrift und Ausblick	47
B. Erhaltungssatzungen gemäß § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB	51
I. Anwendung in der vorliegenden Problematik und Systematik.....	51
1. Praktische Bedeutung.....	51
2. Überblick über das Instrumentarium	52
3. Verhältnis zum Bauplanungs- und Bauordnungsrecht	53
4. Sonstige Satzungen und Regelungen des § 172 BauGB.....	54
II. Voraussetzungen für den Erlass einer Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB	55
1. Erhaltungsziel der Milieuschutzsatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB	55
2. Vorliegen besonderer städtebaulicher Gründe.....	56
a. Besondere städtebauliche Gründe als Voraussetzung für den Erlass einer Erhaltungssatzung	56
b. Begriff der besonderen städtebaulichen Gründe	56
c. Anforderungen an die Konkretisierung.....	56
d. Vorliegen besonderer städtebaulicher Gründe	58
3. Abwägung.....	61
4. Inhalt.....	62
5. Gebietsabgrenzung.....	64
6. Zeitliche Befristung	65
III. Genehmigungserteilung	66
1. Genehmigungspflichtige Vorgänge.....	66
a. Rückbau, Änderung, Nutzungsänderung	66
b. Relevanz hinsichtlich der Erhaltungsziele	68
c. Anwendung auf die hier interessierenden Vorgänge	70
aa. Fallgruppen.....	70
bb. Orientierung an der Rechtsprechung zu § 29 Abs. 1 BauGB.....	71
cc. Fallgruppe: Umwandlung einer Dauerwohnung	72
dd. Fallgruppe: Umwandlung einer Ferienwohnung	73
2. Versagungsgründe	75
a. Beeinträchtigung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung	75
b. Besondere städtebauliche Gründe	76
c. Beurteilung des einzelnen Vorhabens	76

d. Ermessen	77
3. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit	79
4. Gründe für die Erteilung nach § 172 Abs. 4 S. 3 BauGB.....	79
IV. Bewertung der Vorschrift und Ausblick	79
C. Bebauungsplan.....	82
I. Wohnen – Dauerwohnen – Zweitwohnung – Ferienwohnung	82
1. Der Begriff des „Wohnens“	83
2. Die planungsrechtliche Einordnung von Ferienwohnungen.....	83
a. Ferienwohnungen als Wohnung?	83
b. Ferienwohnung als Betrieb des Beherbergungsgewerbes	90
c. Ferienwohnung als sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb	96
aa. Vermietung von Ferienwohnungen als gewerbliche Tätigkeit im planungsrechtlichen Sinne.....	96
bb. Annahme einer Bagatellschwelle?	98
cc. Begriffe des Gewerbebetriebs und der Ferienwohnung in der Systematik der BauNVO.....	100
dd. Ausschluss von Vermietungen aus dem Begriff des Gewerbebetriebs	101
ee. Rechtsprechung des BGH zum WEG	102
ff. Ergebnis	103
d. Stellungnahme	103
3. Planungsrechtliche Einordnung der Zweitwohnungsnutzung	107
a. Rechtsprechung und Literatur	107
b. Entwicklung eines eigenen Standpunkts (Abgrenzung von der Wochenendhausnutzung)	109
II. Beschränkung des „Wohnens“ auf Dauerwohnen durch Ortsansässige.....	114
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit von § 1 Abs. 9 BauNVO	116
2. Anwendbarkeit des § 1 Abs. 9 BauNVO im reinen Wohngebiet?.....	117
3. Zweitwohnungsnutzung zu Freizeit Zwecken als abgrenzbare Unterart der Nutzung	118
III. Sondergebiet „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“	121
1. Allgemeine Charakterisierung des Sondergebiets.....	121
2. Rechtsgrundlage des § 11 Abs. 2 BauNVO.....	122
3. § 11 Abs. 1 BauNVO: wesentlicher Unterschied.....	123
4. Festsetzung der Zweckbestimmung	126
5. Regelung der Art der Nutzung	127
a. Nutzungsart: „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“	127
b. Nutzungsart: „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnungen“.....	129
c. Bestimmung der höchstzulässigen Zahl von Wohnungen	129
d. Anteilmäßige Bestimmung von dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnungen	131
6. Zusammenfassung	132
IV. Vorhabenbezogener Bebauungsplan	133
V. Handlungsempfehlung	135

1. Ferienwohnnutzungen.....	135
2. Eigen genutzte Zweitwohnungen	136
3. Formulierungsvorschlag	137
D. Städtebauliche Verträge	138
I. Absicherung der Dauerwohnnutzung durch „Einheimischenmodelle“	138
II. Sicherung der Dauerwohnnutzung als Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages oder eines Bebauungsplans	140
III. Bindungsdauer	141
1. Bindungsdauer bei Einheimischenmodellen	141
2. Übertragbarkeit auf die Absicherung von Dauerwohnnutzungen	145
IV. Durchsetzbarkeit der Einheimischenbindung	148
V. Bewertung.....	149
E. Konzept zur Weiterentwicklung des bestehenden Städtebaurechts	150
I. Regelungskomplex: Bebauungsplan.....	150
II. Handlungsfeld: §§ 22, 172 BauGB	151

Zusammenfassung

Im Folgenden werden die wesentlichen Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst. Die Zusammenfassung bietet lediglich einen Überblick und ist mit den entsprechenden Textstellen zusammenzulesen. Entsprechend wurde auf eine differenzierte Darstellung des Meinungsstandes sowie auf Nachweise aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet.

Die Zusammenfassung ist wie das Gutachten in vier Teile gegliedert. Es finden sich des Weiteren die wichtigsten Überschriften auf den darunter liegenden Gliederungsebenen. Ansonsten ist die Zusammenfassung innerhalb der Teile laufend durchnummeriert.

A. § 22 BauGB: Fremdenverkehrssatzungen

1. § 22 BauGB wurde 1987 eingeführt mit dem Ziel, den Fremdenverkehrsgemeinden ein Instrument zur Steuerung und Verhinderung der Umwandlung von Ferienwohnungen, aber auch Dauerwohnungen in Zweitwohnungen an die Hand zu geben. § 22 BauGB schafft einen zweistufigen Mechanismus. Im ersten Schritt wird eine Fremdenverkehrssatzung erlassen, die einen Genehmigungsvorbehalt begründet. Dies kann alternativ auch in einem Bebauungsplan geschehen (im Folgenden wird vereinfachend stets nur von Fremdenverkehrssatzung gesprochen). Der Genehmigungsvorbehalt erfasst die Begründung und Teilung von Wohnungseigentum und Teileigentum (§ 1 WEG) sowie weiterer Rechte nach dem WEG. Die zweite Stufe bildet die Erteilung der Genehmigung nach § 22 Abs. 4 und 5 BauGB.

Inhalt des Genehmigungsvorbehalts

2. Nach der herrschenden Meinung findet § 22 BauGB nur auf die in § 22 Abs. 1 BauGB ausdrücklich genannten *Rechtsvorgänge nach dem WEG* Anwendung. Eine Anwendung auf „Umgebungsgeschäfte“, bei denen die Zweitwohnungsnutzung auf anderer rechtlicher Grundlage eingerichtet wird, wird verneint.

Voraussetzungen einer Fremdenverkehrssatzung

3. Gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 BauGB ist die Fremdenverkehrssatzung nur in Gemeinden anwendbar, die oder deren Teile *überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt* sind. Dies soll jedenfalls dann der Fall sein, wenn die öffentliche und private Infrastruktur auf Fremdenverkehrsbedürfnisse ausgerichtet ist, das Beherbergungsgewerbe dementsprechend eine dominierende Rolle spielt und anderen Wirtschaftszweigen den Rang ablauft.

4. Die Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts kann durch eine *gesonderte Fremdenverkehrsatzung* erfolgen, was den Regelfall darstellt. Es ist aber auch möglich, entsprechende Bestimmungen in einen *Bebauungsplan* aufzunehmen.
5. Die Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts setzt voraus, dass dies „zur *Sicherung der Zweckbestimmung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion*“ erfolgt (§ 22 Abs. 1 S. 1 BauGB). Durch die Begründung oder Teilung der genannten Rechte muss „die vorhandene oder vorgesehene Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und dadurch die geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt werden“ können (§ 22 Abs. 1 S. 3 BauGB). § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB enthält eine nicht abschließende Aufzählung von Fällen, in denen eine solche Zweckbestimmung anzunehmen ist.
6. Bei der *ersten Fallgruppe* knüpft der Gesetzgeber dabei an bestimmte Gebietstypen der BauNVO (Kurgebiete, Gebiete für die Fremdenbeherbergung, Wochenend- und Ferienhausgebiete) an, bei denen die entsprechende Zweckbestimmung durch den Bebauungsplan gewährleistet ist. Die *zweite Fallgruppe* bilden entsprechende faktische Baugebiete. Die *dritte Fallgruppe* schließlich bilden Gebiete „mit Fremdenverkehrsfunktion, die durch Beherbergungsbetriebe und Wohngebäude mit Fremdenbeherbergung geprägt sind“. Die Prägung bezieht sich auf das Gebiet muss also nicht für jedes einzelne Grundstück vorliegen, das in die Satzung einbezogen wird. Auch kann die Abgrenzung des Satzungsgebiets „mit einer gewissen Großzügigkeit und Pauschalität“ erfolgen. Die grundstücksgenaue Anwendung des Mechanismus des § 22 BauGB erfolgt im Genehmigungsverfahren. Auch außerhalb dieser Fallgruppen besteht die Möglichkeit, die Zweckbestimmung eines Gebiets für den Fremdenverkehr anzunehmen. Das kann auch bei Außenbereichsflächen der Fall sein.
7. Die jeweilige Zweckbestimmung muss bei Erlass der Fremdenverkehrsatzung bereits *vorhanden* sein. Sie kann sich in Bauleitplänen, aber auch in informellen Planungen oder anderen Beschlüssen der Gemeinde manifestieren.
8. Bei der *Abgrenzung des Satzungsgebiets* kommt der Gemeinde *kein planerisches Ermessen* zu. Bei der Abgrenzung sind die von der gesetzlichen Regelung genannten Kriterien zugrunde zu legen. Die Satzung kann in der Regel nicht für das gesamte Gemeindegebiet erlassen werden. Allerdings steht es den Gemeinden frei, nicht alle Flächen, die in Betracht kämen, in das Satzungsgebiet einzubeziehen.
9. Für den Erlass der Satzung reicht die *Möglichkeit einer Beeinträchtigung* der Zweckbestimmung des Gebiets aus. Es besteht eine gesetzliche Vermutung, dass die Zweitwohnungsbildung regelmäßig eine Beeinträchtigung nach sich zieht. Dabei muss – nach um-

strittener Auffassung – nicht unbedingt bereits ein gewisser Bestand an Zweitwohnungen vorhanden sein. Aus der Formulierung des § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB („und dadurch die geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt werden kann“) folgt schließlich, dass die für den Erlass der Satzung städtebauliche Gründe ausschlaggebend sein müssen.

Voraussetzungen für die Versagung der Genehmigung

10. „Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn durch die Begründung oder Teilung der Rechte die Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und dadurch die städtebauliche Entwicklung und Ordnung beeinträchtigt wird“ (§ 22 Abs. 4 S. 1 BauGB). Daneben sind andere Versagungsgründe nicht zulässig.
11. Umstritten ist die Frage, ob der Verwaltung auch beim Vorliegen von Versagungsgründen ein *Ermessen* zukommt, die Genehmigung gleichwohl zu erteilen, was vom Verfasser verneint wird.
12. Die Versagung der Genehmigung erfordert – anders als der Erlass der Satzung, für den die Möglichkeit einer Beeinträchtigung ausreicht – eine *konkrete Beeinträchtigung* der Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und damit einhergehend der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung (§ 22 Abs. 4 S. 1 BauGB). Auch hier ist die gesetzliche Vermutung, dass der Begründung von Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgemeinden ein städtebauliches Gefährdungspotenzial innewohnt, zugrunde zu legen. Diese Vermutung ist allerdings nicht unwiderleglich.
13. Bei der Beurteilung kann auch von kleinen Vorhaben eine Beeinträchtigung ausgehen, da diese aufgrund einer möglichen *Vorbildwirkung* nicht isoliert zu betrachten sind. Umstritten ist die Frage, ob auch bereits von den ersten Umwandlungsfällen eine Beeinträchtigung ausgehen kann.
14. Eine Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion kann zum einen vorliegen, wenn eine *Ferienwohnung* umgewandelt wird. Das gilt aber auch dann, wenn eine *Wohnung* umgewandelt wird, *die bislang nicht der Fremdenbeherbergung gedient hat*. Die Tendenz zur Entstehung von „Rollladensiedlungen“ und „Geisterstädten“ besteht auch hier.
15. Eine Beeinträchtigung kann sogar vorliegen, wenn das betroffene Haus *bereits als Zweitwohnung* genutzt wird. Allerdings finden sich untergerichtliche Entscheidungen, die einen Genehmigungsanspruch angenommen haben, weil der Antragsteller auch ohne Genehmigung nicht an einer Zweitwohnungsnutzung gehindert sei.

16. Selbst eine *privatrechtliche Verpflichtung* – etwa einer Dienstbarkeit – die Wohnung weiterhin dem Fremdenverkehr zur Verfügung zu stellen, lässt die Beeinträchtigung nicht entfallen.
17. Dem Erfordernis der *Beeinträchtigung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung* (§ 22 Abs. 4 S. 1 BauGB) kommt im Wesentlichen die Funktion zu, darauf zu verweisen, dass es städtebauliche Gründe sein müssen, die die Versagung der Genehmigung tragen.
18. Liegt eine *besondere Härte* vor, hat die Behörde ein Ermessen die Genehmigung zu erteilen (§ 22 Abs. 4 S. 3 BauGB). Dabei muss es sich um eine ungewollte und unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers handeln.

Bewertung und Ausblick

19. Die Stärke der Fremdenverkehrssatzung liegt darin, dass sie nicht an die schwer zu kontrollierende Umwandlung in eine Zweitwohnung als genehmigungsbedürftigen Vorgang anknüpft, sondern an die Begründung und Teilung der Rechte nach dem WEG. Damit macht sie sich das Eintragungserfordernis in das Grundbuch zunutze. Dieser Mechanismus ist sehr *vollzugsfreundlich*.
20. Dieser Mechanismus begründet aber zugleich die zentrale Schwäche des § 22 BauGB. Da sich Zweitwohnungsnutzungen auch auf anderem Wege begründen lassen (*Umgehung*), ist die Wirksamkeit der Regelung stark eingeschränkt.
21. Bei der Weiterentwicklung des Instrumentariums sollte an dem Grundgedanken der Regelung festgehalten werden. Nur sollte ihre Reichweite über die bisher erfassten Rechtsvorgänge nach dem WEG hinaus ausgeweitet werden.

B. Erhaltungssatzungen gemäß § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB

1. Auch Erhaltungssatzungen nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB (sogenannte Milieuschutzsatzungen) sind ein Instrument, den hier im Mittelpunkt stehenden Umwandlungsprozessen zu begegnen.
2. § 172 BauGB schafft ein *zweistufiges Instrumentarium*: Auf der ersten Stufe steht die Schaffung eines *Genehmigungsvorbehalts* für den Rückbau, die Änderung und Nutzungsänderung baulicher Anlagen durch den Erlass einer Erhaltungssatzung. Ein Erhaltungsbereich kann auch in einem Bebauungsplan festgesetzt werden. Aufgrund der größeren praktischen Relevanz der gesonderten Erhaltungssatzung wird im Folgenden nur auf diese Bezug genommen. Die zweite Stufe stellt die Erteilung der *Genehmigung* dar.

3. Die Erhaltungssatzung *überlagert die bauplanungsrechtliche Situation* und schafft einen *selbstständigen Genehmigungstatbestand*.

Voraussetzungen für den Erlass einer Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB

4. *Erhaltungsziel* der Milieuschutzsatzung ist die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung. Es kommt nicht auf eine bestimmte oder besondere Zusammensetzung an: Gegenstand des Schutzes kann jede Art von Wohnbevölkerung sein.
5. Das Vorliegen *besonderer städtebaulicher Gründe* wird nach hier zugrunde gelegter Ansicht bereits als Voraussetzung für den Erlass der Erhaltungssatzung verlangt. Erforderlich ist, dass die Verdrängung der Wohnbevölkerung nachteilige städtebauliche Auswirkungen von einigem Gewicht hätte.
6. Für die Konkretisierung dieser nachteiligen Auswirkungen reichen vage Befürchtungen nicht aus. Die nachteiligen Folgen müssen durch *Prognosen* belegt werden.
7. Die besonderen städtebaulichen Gründe können sich zum Beispiel aus dem Funktionieren bestimmter *Infrastrukturen* ergeben, wenn diese auf die ansässige Bevölkerung abgestimmt sind. Das OVG Lüneburg hat mit Blick auf die Erhaltungssatzungen der Stadt Westerland die Gründe darin gesehen, dass „die Verdrängung der ortsansässigen Wohnbevölkerung die Erhaltungsbereiche außerhalb der Saison des Lebens beraubt und den *Eindruck toter Stadtviertel* entstehen läßt“. Es ist naheliegend, dass diese Erwägungen nach wie vor Gültigkeit haben.
8. Die überwiegende Auffassung nimmt an, dass die Gemeinde beim Erlass der Erhaltungssatzung abwägen muss, wobei der Umfang der *Abwägung* hinter der planerischen Abwägung zurückbleibt. Als Gegenstände der Abwägung werden insbesondere genannt: Entscheidung über den Erlass; Zeitpunkt des Erlasses; Gebietsabgrenzung. Das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Erhaltungssatzung unterliegt nicht der Abwägung.
9. In der Erhaltungssatzung ist das *Erhaltungsgebiet* zu bestimmen und sind die *Erhaltungsziele* festzulegen. Erhaltungsziele und Versagungsgründe dürfen nicht erweitert werden.
10. Die *Gebietsabgrenzung* bestimmt sich nach dem Vorliegen der Erhaltungszwecke. Dabei müssen die Voraussetzungen der Erhaltungssatzung nicht für jedes einzelne erfasste Grundstück vorliegen. Unbedenklich ist es wohl, wenn nur ein Teil der schützenswerten Fläche einbezogen wird.
11. Die Erhaltungssatzung kann, muss aber nicht zeitlich *befristet* werden. Vorliegend ist eine zeitliche Befristung eher fernliegend, da ein Ende des Umwandlungsdrucks nicht absehbar ist.

Genehmigungserteilung

12. Bei Milieuschutzsatzungen unterliegen der Rückbau, die Änderung und die Nutzungsänderung baulicher Anlagen der *Genehmigungspflicht*.
13. Der *Rückbau* umfasst die vollständige oder teilweise Beseitigung der Anlage.
14. Eine *Änderung* geht mit einem Eingriff in die bauliche Substanz einher. Bloße Instandsetzungsarbeiten sind nicht umfasst.
15. Besonderes Augenmerk ist hier auf die *Nutzungsänderung* zu legen, da die Umwandlung von einer Dauerwohnung in eine Zweitwohnung auch ohne bauliche Eingriffe vorstattengehen kann. Die Nutzungsänderung ist eine Änderung der Nutzungsweise, durch die der Anlage eine von der bisherigen Nutzung abweichende Zweckbestimmung gegeben wird. Die Funktion der Anlage wird in rechtserheblicher Weise geändert.
16. Die genannten Vorgänge unterfallen nur dann der Genehmigungspflicht, wenn sie eine mögliche *Relevanz für die Erhaltungsziele* der Milieuschutzsatzung entfalten.
17. Der *Umwandlung einer Dauerwohnung* entweder in eine Zweitwohnung oder eine Ferienwohnung kommt danach Relevanz für die Erhaltungsziele der Milieuschutzsatzung zu, da sie sich auf die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung auswirkt. Es handelt sich um eine – soweit keine Änderung vorliegt – genehmigungspflichtige Nutzungsänderung.
18. Die *Umwandlung einer Ferienwohnung* in eine Zweitwohnung dürfte hingegen die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung nicht berühren und ist demgemäß nach hier vertretener Auffassung kein genehmigungspflichtiger Vorgang.
19. Die Genehmigung darf „nur versagt werden, wenn die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll“ (§ 172 Abs. 4 S. 1 BauGB). Es ist zu prüfen, ob ein Vorhaben geeignet ist, die *Gefahr der Verdrängung der vorhandenen Wohnbevölkerung* hervorzurufen und ob eine solche Verdrängung aus den besonderen städtebaulichen Gründen nachteilige Folgen haben würde.
20. Die *Umwandlung von Dauerwohnungen* in Zweit- oder Ferienwohnungen führt in diesem Sinne zu einer Verdrängung der ortsansässigen Wohnbevölkerung. Soweit man bezüglich der Umwandlung einer Ferienwohnung in eine Zweitwohnung einen genehmigungspflichtigen Vorgang annehmen würde, würde es hier wohl an einer Beeinträchtigung der Wohnbevölkerung fehlen.
21. Die *Versagung der Genehmigung* setzt voraus, dass die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll.

22. Bei der Beurteilung ist das einzelne Vorhaben nicht isoliert zu betrachten, sondern auch seine mögliche *Vorbildwirkung* zu berücksichtigen.
23. Liegt kein Versagungsgrund vor, hat der Antragsteller einen *Anspruch* auf die Genehmigung. Nach überwiegender – jedoch umstrittener – Ansicht hat die Behörde jedenfalls beim Vorliegen atypischer Fallgestaltungen ein *Ermessen*, die Genehmigung trotz Vorliegens eines Versagungsgrundes zu erteilen.
24. Ein Genehmigungsanspruch kann trotz des Vorliegens eines Versagungsgrundes unter bestimmten Voraussetzungen auch beim Vorliegen *wirtschaftlicher Unzumutbarkeit* bestehen (§ 172 Abs. 4 S. 2 BauGB). Diese ist nach überwiegender Auffassung objektbezogen zu beurteilen.
25. Ein Genehmigungsanspruch besteht ferner unter den Voraussetzungen des § 172 Abs. 4 S. 3 BauGB.

Bewertung und Ausblick

26. Die Milieuschutzsatzung hat gegenüber der Fremdenverkehrssatzung den Vorteil, dass sie an dem eigentlichen *städtebaulichen Phänomen*, der Umwandlung von Dauerwohnungen, ansetzt. Umgehungen, wie bei § 22 BauGB gesehen, sind dementsprechend nicht in dem gleichen Maße möglich.
27. Als Defizit ist festzuhalten, dass die *Umwandlung einer Ferienwohnung* in eine Zweitwohnung nach hier vertretener Auffassung durch das Instrument der Milieuschutzsatzung nicht wirksam erfasst wird.
28. Es wird vermutet, dass im Rahmen der Milieuschutzsatzungen im Hinblick auf die Begründung von Zweitwohnungen ein *Vollzugsdefizit* besteht. Der Regelung fehlt der vollzugsfreundliche Mechanismus des § 22 BauGB.
29. Bei der Umwandlung von Dauerwohnungen könnten jedoch andere rechtliche Vorgänge als Anlass für eine entsprechende Kontrolle genommen werden: Abmeldung eines Hauptwohnsitzes; Zahlung einer Zweitwohnungssteuer; Entrichtung von Kurtaxe; Entscheidung über die Ausübung von Vorkaufsrechten.

C. Bebauungsplan

1. Eine Steuerung der *drei Sylter Wohnformen* (Dauerwohnen, Zweitwohnen, touristisches Wohnen) durch Bebauungspläne erfordert eine Einordnung dieser Nutzungsarten in das System der BauNVO und die Beantwortung der Frage, inwieweit sie in Bebauungsplänen einer differenzierenden Steuerung zugänglich sind.

2. Ausgangspunkt ist die *Definition des Wohnens*. In Abgrenzung zu anderen Nutzungsformen ist Wohnen im Sinne etwa der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 BauNVO unter anderem durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit sowie die Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises gekennzeichnet.

Die planungsrechtliche Einordnung von Ferienwohnungen

3. Ferienwohnungen stellen nach der hier vertretenen Auffassung *keine Wohnnutzung* dar. Dies ist insbesondere auch aus einer typisierenden Betrachtungsweise zu folgern: Da die BauNVO den Begriff des „Wohngebäudes“ (z.B. § 3 Abs. 2 BauNVO) neben dem Begriff des Ferienhauses (§ 10 Abs. 4 BauNVO) verwendet, darf der Begriff des „Wohnens“ im Sinne der BauNVO nicht so weit gefasst werden, dass er auch Ferienwohnnutzungen mit einschließen würde. Demgemäß sind Ferienwohnungen in reinen Wohngebieten (§ 3 BauNVO) und allgemeinen Wohngebieten (§ 4 BauNVO) keine regelmäßig zulässige Nutzung.
4. Ob Ferienwohnungen als *Betriebe des Beherbergungsgewerbes* im Sinne des §§ 3 Abs. 3 Nr. 1, 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO zu qualifizieren sind, ist in hohem Maße umstritten. Nach der hier vertretenen Ansicht spricht insbesondere die Tendenz in der Rechtsprechung dagegen. Dies folgt zum einen wiederum aus der typisierenden Betrachtungsweise. Das Nebeneinander der Nutzungsarten Beherbergungsbetrieb und Ferienhaus in der BauNVO erfordert, dass diese voneinander abzugrenzen sind. Weiterhin hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung jedenfalls angedeutet, die Erbringung von Dienstleistungen über die bloße Überlassung der Räume hinaus sei ein konstituierendes Merkmal eines Beherbergungsbetriebes, hat dies jedoch letztlich offen gelassen.
5. In der Folge wäre daraus zu schließen, dass Ferienwohnungen in reinen Wohngebieten und allgemeinen Wohngebieten nicht als ausnahmsweise zulässige Nutzungen (§§ 3 Abs. 3 Nr. 1, 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO) anzusehen wären.
6. Ob es möglich ist, Ferienwohnungen als *sonstige nicht störende Gewerbebetriebe* im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO zu qualifizieren, ist nicht eindeutig geklärt. Weder kann die Rechtmäßigkeit solcher Festsetzungen ausgeschlossen werden, noch ist sie zu bestätigen. Die rechtliche Situation ist bis zu einer Klärung durch die Rechtsprechung oder den Gesetzgeber von großer Unklarheit geprägt.

Stellungnahme

7. Die planungsrechtliche Einordnung von Ferienwohnungen außerhalb von Ferienhausgebieten nach § 10 Abs. 4 BauNVO ist *unklar*. Diese Situation stellt für die Planungspraxis

in den Fremdenverkehrsgemeinden ein Problem dar. Eine Klarstellung – vorzugsweise durch den Verordnungsgeber – ist wünschenswert.

8. Dabei muss eine *eindeutige Zielvorstellung* bezüglich der Verortung der Ferienwohnungen im System der Gebietskategorien entwickelt werden: Es ist zu entscheiden, in welchen Baugebieten Ferienwohnungen – gegebenenfalls ausnahmsweise – zulässig sein sollen. Aus der Sicht des Verfassers erscheint eine Regelung vorzugswürdig, die Ferienwohnungen nicht als regelmäßig zulässige Nutzung in reinen und allgemeinen Wohngebieten zulässt, was unter der derzeitigen Fassung der BauNVO durch den Ausschluss aus dem Begriff des Wohnens gewährleistet ist. Ferienwohnungen sollten vielmehr als ausnahmsweise zulässige Nutzungen sowohl in reinen wie auch allgemeinen Wohngebieten vorgesehen werden. Unter der derzeit geltenden Fassung der BauNVO wäre das nur durch Einbeziehung in den Begriff des Betriebs des Beherbergungsgewerbes möglich.
9. Weniger sinnvoll erscheint aus der Sicht des Verfassers eine *strikte Trennung* von „Wohngebieten“ und Ferienwohnnutzungen, die dann ausschließlich in Sondergebieten möglich wären.

Planungsrechtliche Einordnung der Zweitwohnungsnutzung

10. Die wohl herrschende Meinung bezieht die Zweitwohnungsnutzung, auch dann, wenn sie ausschließlich Erholungszwecken dient, in die *Wohnnutzung* im Sinne etwa der §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO mit ein.
11. Allerdings erscheint es nach Auffassung des Verfassers möglich, in Abgrenzung der Wohnnutzung zu den *Wochenendhausnutzungen* (§ 10 Abs. 3 BauNVO), die allein Erholungszwecken dienende Zweitwohnungsnutzung aus dem allgemeinen Begriff des „Wohnens“ auszugrenzen. Ob sich dieser Standpunkt in der Rechtspraxis durchsetzen könnte, erscheint ungewiss.
12. Nach hier vertretener Auffassung ist es unter bestimmten Voraussetzungen möglich, die ausschließlich Freizeitwecken dienende Zweitwohnungsnutzung im Wege der *planerischen Feinststeuerung* (§ 1 Abs. 5 und 9 BauNVO) aus der allgemein zulässigen Wohnnutzung auszuschließen.
13. Dabei erweisen sich *Anlagen, die der Freizeitwohnnutzung dienen*, als ein objektiv bestimmbarer Anlagentyp, was die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 9 BauNVO ist. Eine weitere Aufgliederung in allein Freizeitwecken dienende Zweitwohnung und Ferienwohnungen erscheint ebenfalls möglich.

14. Die Anwendung der Feinsteuerung nach § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO erscheint im *reinen Wohngebiet* (§ 3 BauNVO) – entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht – aufgrund des Wortlauts des § 1 Abs. 5 BauNVO ausgeschlossen.

Sondergebiet „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“

15. In der Planungspraxis der Sylter Gemeinden finden sich die Sondergebiete „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“. In diesen Sondergebieten werden nach hier vertretener Ansicht nicht lediglich die zwei Nutzungsarten Dauerwohnen und Touristenbeherbergung nebeneinandergestellt, sondern zu einer *spezifischen Nutzungsart* miteinander verbunden. Das Leitbild ist der Vermieter, der ein Wohngebäude mit seiner Familie bewohnt und innerhalb des Gebäudes Ferienwohnungen eingerichtet hat, die dem Zweck des Nebenerwerbs dienen.

16. Die Sondergebiete „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ könnten ihre *Rechtsgrundlage* in § 11 Abs. 2 BauNVO finden.

17. Auch die Voraussetzung des § 11 Abs. 1 BauNVO, dass sich das Sondergebiet *wesentlich* von den Baugebieten nach den §§ 2 bis 10 BauNVO *unterscheiden* muss, ist erfüllt. Zum einen führt das Sondergebiet „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ die zwei Nutzungsformen Dauerwohnen und Ferienwohnnutzung in einer Weise zusammen, die insbesondere in reinen und allgemeinen Wohngebieten nicht zu erreichen ist. Zugleich lässt sich dieser Gebietstyp auch nicht unter Einsatz des § 1 Abs. 4 – 9 BauNVO im Rahmen eines reinen oder allgemeinen Wohngebiets modellieren.

18. Die Sondergebiete kennen nach hier vertretener Auffassung *zwei Nutzungsarten*, die nebeneinandergestellt werden: „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“ sowie „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“.

19. Im Rahmen von Sondergebieten nach § 11 Abs. 2 BauNVO kann die Gemeinde die Bezeichnungen der Nutzungsarten der BauNVO (hier: Wohngebäude) verwenden, diese jedoch entsprechend der besonderen Zweckbestimmung des Sondergebiets abwandeln. Dabei ist sie weder an die Nutzungsarten der §§ 2 – 9 BauNVO noch an die Differenzierungsmöglichkeiten des § 1 Abs. 4 – 9 BauNVO gebunden, sondern besitzt eine eigene Definitionsmacht über die zulässigen Anlagen. Sie kann die Merkmale bestimmen, die zur Erreichung des Planungsziels am besten geeignet sind. Vor diesem Hintergrund stellen sich die Festsetzungen „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“ und „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“ jeweils als *eigenständige Nutzungsarten* dar.

20. Die Festsetzung einer *höchstzulässigen Zahl* von Wohnungen sowie die Festsetzung eines *Verhältnisses von Dauerwohnungen und Ferienwohnungen* stellen sich danach als Merkmale zur Beschreibung der zulässigen Nutzungsart dar. Die Festsetzung der höchstens zulässigen Zahl an Wohnungen lässt sich im Übrigen auch auf § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB stützen.

Vorhabenbezogener Bebauungsplan

21. Das Ziel der Sicherung der Dauerwohnnutzung lässt sich auch im Rahmen des Instrumentariums des § 12 BauGB verfolgen. Dabei sind die Gemeinden im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans insbesondere nicht an die diskutierten Grenzen BauNVO gebunden, wenn dieser auch eine Leitlinien- und Orientierungsfunktion zuzumessen ist.

Handlungsempfehlungen

22. Es wird vor allem vorgeschlagen, den Begriff des Freizeitwohnens gegenüber dem Begriff des Wohnens in der BauNVO zu verselbstständigen. Der Begriff des Freizeitwohnens sollte dabei Ferienwohnungen und Zweitwohnungen umfassen. Die Nutzungsart Freizeitwohnen könnte als ausnahmsweise zulässige Nutzung in §§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 3 BauNVO aufgenommen werden. In Verbindung mit den Differenzierungsmöglichkeiten insbesondere der § 1 Abs. 6 und 9 BauNVO würde sich den Gemeinden ein zielgenaues Steuerungsinstrument für die einbezogenen Nutzungsarten in den Bebauungsplänen eröffnen.

D. Städtebauliche Verträge

1. Städtebauliche Verträge kommen grundsätzlich zur Absicherung von Dauerwohnnutzungen in Betracht.
2. Bei der Bestimmung der Anforderungen an solche Verträge liegt ein Vergleich mit den Anforderungen nahe, die für sogenannte *Einheimischenmodelle* entwickelt wurden. Dabei muss es sich bei Verträgen, die der Absicherung des Dauerwohnens dienen, nicht unbedingt um Einheimischenmodelle handeln. Die Vertragsziele weisen aber große Übereinstimmungen auf, wobei die möglichen Vertragsgestaltungen sehr vielfältig sind.
3. Hauptanwendungsbereich der städtebaulichen Verträge werden solche Regelungen sein, die in Bebauungsplänen nicht getroffen werden können. Soweit städtebauliche Verträge Festsetzungen in Bebauungsplänen ersetzen sollen, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit sogenannter planersetzender Verträge.
4. Angestrebt wird grundsätzlich eine *unbefristete* Absicherung des Dauerwohnrechts.

5. Im Rahmen von Einheimischenmodellen muss die Einheimischenbindung in der Regel *befristet* werden. In der Rechtsprechung und Literatur werden Zeiträume von bis zu 20 – äußersten Falls 30 Jahren – diskutiert.
6. Es erscheint nach Auffassung des Verfassers naheliegend, dass das grundsätzliche Erfordernis einer Befristung auch auf solche Verträge übertragen wird, die das Dauerwohnrecht absichern. In der Rechtsprechung findet sich ein Beispiel, in dem eine 25-jährige Bindungsfrist als noch nicht unangemessen angesehen wurde.
7. In vielen Fällen sind Einheimischenbindungen *nicht unmittelbar durchsetzbar*. Bei einem Verstoß gegen die vertraglichen Regelungen müssen stattdessen zum Beispiel gewährte Subventionen zurückgezahlt werden. Das schränkt die Effektivität solcher Modelle zur Erreichung der Dauerwohnbindung weiter ein.
8. Insgesamt ist festzustellen, dass auch städtebauliche Verträge zur Absicherung von Dauerwohnrechten wohl in der Regel eine Befristung enthalten müssen. Damit scheiden die städtebaulichen Verträge als Instrument zur unbefristeten Absicherung von Dauerwohnbindungen aus.

E. Konzept zur Weiterentwicklung des bestehenden Städtebaurechts

Gutachten

A. § 22 BauGB: Fremdenverkehrssatzungen

I. Allgemeines

Im Mittelpunkt des Gutachtens stehen die folgenden Umwandlungsprozesse: Wohnungen, die zuvor der dauerhaft ansässigen Wohnbevölkerung zur Verfügung gestanden haben, werden in im Wesentlichen eigen genutzte Zweitwohnungen und wechselnden Personenkreisen zur Verfügung stehende Ferienwohnungen umgewandelt. Des Weiteren werden Ferienwohnungen in Zweitwohnungen umgewandelt. Ein Instrument, um den beschriebenen Prozessen zu begegnen, stellt die „Fremdenverkehrssatzung“ nach § 22 BauGB dar. Hauptziel dieser Regelung ist die Eindämmung der Zweitwohnungsbildung in Fremdenverkehrsgemeinden, in denen ein entsprechender Umwandlungsdruck besteht. Auf der Insel Sylt finden sich Musterbeispiele für Fremdenverkehrsgemeinden. Hier kann – Vergleiche verbieten sich, da entsprechende empirische Untersuchungen nicht vorliegen – wohl von einem besonders hohen Umwandlungsdruck ausgegangen werden. So hat die damalige Stadt Westerland bereits im Entstehungsprozess der Vorschrift eine hervorgehobene Rolle gespielt. Das lässt sich etwa daran ablesen, dass sie im Mittelpunkt des gesetzgebungsbegleitenden Planspiels des Deutschen Instituts für Urbanistik stand.¹ Auch in der aktuellen Praxis der Gemeinde Sylt spielen die Fremdenverkehrssatzungen formal durchaus noch eine prominente Rolle. So finden sich allein im Ortsteil Westerland fünf Fremdenverkehrssatzungen. Insgesamt finden sich in fünf der sieben Ortsteile Fremdenverkehrssatzungen, die jeweils einen großen Teil der bebauten Gebiete umfassen. Ebenso bestehen Fremdenverkehrssatzungen in List und Kampen. Vor diesem Hintergrund ist es jedoch umso bemerkenswerter, dass nach Einschätzung des Inselbauamtes, die Regelung des § 22 BauGB in der Praxis weitgehend leerläuft, sodass erwogen wird, die Satzungen aufzuheben.

Allgemein scheint die Annahme des Instrumentariums durch die kommunale Praxis recht unterschiedlich zu sein. Dies hat *Greiving* aufgrund einer Umfrage in den Ländern Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein im Jahr 2000 festgestellt. Zu dieser Zeit fanden sich nach *Greiving* Fremdenverkehrssatzungen vor allem auf den Nordseeinseln und in den bayerischen Alpen.²

¹ Schäfer/Scharmer/Schmidt-Eichstaedt, Planspiel zum Baugesetzbuch, 1986, S. 93 ff.

² Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 343 (Fn. 43).

Die mit der Einführung des BauGB 1987 geschaffene Regelung ist vom Bundesverwaltungsgericht als verfassungsmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 GG angesehen worden.³

§ 22 BauGB schafft einen zweistufigen Mechanismus. Im ersten Schritt wird gemäß § 22 Abs. 1, 2, 9 und 10 BauGB die „Fremdenverkehrssatzung“ erlassen, die einen Genehmigungsvorbehalt für „die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 des Wohnungseigentumsgesetzes)“ sowie „entsprechend für die in den §§ 30 und 31 des Wohnungseigentumsgesetzes bezeichneten Rechte“ begründet. Dies kann auch in einem Bebauungsplan geschehen. Die zweite Stufe bildet die Erteilung der Genehmigung nach § 22 Abs. 4 und 5 BauGB. Die Genehmigung ist gemäß § 22 Abs. 6 BauGB Voraussetzung für die von § 22 Abs. 1 BauGB erfassten Eintragungen in das Grundbuch.

Die wesentlichen Motive für den Erlass der Regelung lassen sich der Gesetzesbegründung entnehmen:

„In den Fremdenverkehrsorten (Kur- und Erholungsorten) werden mit zunehmender und sich verstetigender Tendenz kleinere und größere Beherbergungsbetriebe aller Art und private Wohnhäuser in Appartementhäuser – in der Regel in der Rechtsform von Eigentumswohnungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz – umgewandelt (...). Dies kann in den Kur- und Erholungsorten die Zweckbestimmung der betreffenden Gebiete für den Fremdenverkehr und damit die städtebauliche Funktion dieser Orte erhebliche beeinträchtigen. Die Zweitwohnungen stehen dem Fremdenverkehr (wechselnder Personenkreis der Feriengäste, insbesondere in den Saisonzeiten) mindestens überwiegend, z.T. sogar in der Regel nicht mehr zur Verfügung. Der Verlust an Unterkunftsmöglichkeiten kann in den meisten Fällen auch nicht mehr durch Neuausweisung von Bauland gelöst werden, weil in den Fremdenverkehrsgebieten die Landschaft für die Erholung erhalten bleiben muß. Die Orte veröden zunehmend; die private und öffentliche Infrastruktur für den Fremdenverkehr wird nicht mehr ausgelastet. Dadurch wachsen sich die Probleme zu solchen der gemeindlichen und städtebaulichen Struktur und Funktion insgesamt aus.

Das geltende Bauplanungsrecht enthält keine unmittelbaren Handhaben zur Verhinderung einer unerwünschten Zunahme von Zweitwohnungen; z.T. kann – aber nur begrenzt – mittelbar der dargelegten Entwicklung bauplanungsrechtlich entgegengewirkt werden: (...).

(...) Im heutigen Fremdenverkehr besteht aber eine große Nachfrage nach Unterbringungsmöglichkeiten in abgeschlossenen Wohneinheiten. Um zu verhindern, daß abgeschlossene Wohneinheiten in Wohnungseigentum umgewandelt, als Zweitwohnungen genutzt und damit dem Fremdenverkehr entzogen werden, bedarf es der Einführung einer Genehmigungspflicht bei Begründung von Wohnungseigentum. Die Umwandlung in Wohnungseigentum ist regelmäßig der „Einstieg“ in die Zweckentfremdung

³ BVerwG, Beschl. v. 21.04.1994 – 4 B 193/93 –, NVwZ 1995, 271; BVerwGE 96, 217, 222 f.

für Fremdenverkehrszwecke. Die Bauaufsicht kann nicht durch laufende Überprüfung, ob die Wohnungen für Gäste und Erholungssuchende zur Verfügung gestellt werden, die Einhaltung von behördlichen Auflagen, die bei der Bildung von Wohnungseigentum erteilt werden, überwachen.

Auch werden bei der für die Begründung von Wohnungseigentum erforderlichen Abgeschlossenheitsbescheinigung städtebauliche Auswirkungen nicht berücksichtigt. Um jedoch diesen Erfordernissen Rechnung tragen zu können, bedarf es der vorgesehenen Einführung von städtebaulich begründeten, unmittelbar wirkenden Genehmigungsvorbehalten.⁴

Das Bundesverwaltungsgericht hat ausgeführt:

„Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich indes, daß die Beeinträchtigung nicht so sehr in der Begründung von Wohnungseigentum als solchem gesehen wird, die ja als bloße rechtliche Veränderung nach außen nicht in Erscheinung tritt. Der Gesetzgeber hat an diesen Rechtsvorgang vielmehr deshalb angeknüpft, weil das Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgebieten regelmäßig den „Einstieg“ in die Zweitwohnungsnutzung und damit in die Zweckentfremdung für Fremdenverkehrszwecke bedeute (vgl. insbesondere BTDrucks. 10/4630 S. 55 und 79; BTDrucks. 10/6166 S. 143). Der gesetzlichen Regelung liegt somit die tatsächliche Vermutung zugrunde, daß der Begründung von Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgebieten ein städtebauliches Gefährdungspotential innewohnt, dem durch eine Erschwerung der Bildung von Wohnungseigentum begegnet werden soll. Die mit der Begründung von Zweitwohnungen verbundene Beeinträchtigung für den Fremdenverkehr liegt zum einen darin, daß diese Wohnungen der wechselnden Benutzung durch Fremde entzogen werden, zum anderen in der Tendenz zur Bildung von sog. „Rolladensiedlungen“ oder „Geisterstädten“ mit den damit verbundenen finanziellen und städtebaulich nicht vertretbaren Belastungen einer nicht ausgenutzten, gleichwohl aber vorzuhaltenden Infrastruktur“.⁵

Das Instrumentarium soll im Folgenden darauf untersucht werden, inwiefern es in der Lage ist, einen sinnvollen Beitrag zur Steuerung der drei Sylter Wohnformen, Dauerwohnen, Ferienwohnen, Zweitwohnen, zu leisten und dabei insbesondere die Dauerwohnfunktion zu sichern. Dabei wird auf eine Reihe von rechtlichen Gesichtspunkten im Zusammenhang mit § 22 BauGB eingegangen. Die Untersuchung setzt aber Schwerpunkte, sodass nicht alle Fragen, die sich im Zusammenhang mit § 22 BauGB stellen könnten, behandelt werden.

II. Inhalt des Genehmigungsvorbehalts

Gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 BauGB können unter bestimmten Voraussetzungen Gemeinden in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung bestimmen, dass „die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 des Wohnungseigentumsgeset-

⁴ BT-Drs. 10/4630, S. 55.

⁵ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 238 f. – Sylt.

zes) der Genehmigung unterliegt“. Gemäß § 22 Abs. 1 S. 2 BauGB gilt dies „entsprechend für die in den §§ 30 und 31 des Wohnungseigentumsgesetzes bezeichneten Rechte“.

Die Rechtsprechung hat sich vereinzelt auch mit rechtlichen Konstruktionen zur Umgehung des § 22 BauGB beschäftigt. So hat das LG Flensburg in einer Entscheidung vom 30.05.2000 festgestellt:

„Durch die Aufteilung des Grundstücks und die Eintragung der Verwaltungs- und Benutzungsregelung sowie den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 1010 BGB wird erreicht, dass die einzelnen Wohnungen wie Wohnungseigentum in sich abgeschlossene Raumeinheiten darstellen, die getrennt voneinander veräußert werden können. Bei der Eintragung von Regelungen nach § 1010 BGB entsteht zwar kein Eigentum wie bei einer Aufteilung in Wohnungseigentum, aber es entsteht ein „verdinglichtes“ Rechtsverhältnis auf Benützung von Wohnungen, Gebäudeteilen oder Flächen im Freien (...). Die Stellung des Miteigentümers wird dadurch weitgehend der Stellung des Wohnungseigentümers angeglichen. Die so geschaffenen Raumeinheiten können genauso wie Wohnungseigentumseinheiten als Zweitwohnungen genutzt werden. Die Unterschiede zum Wohnungseigentum, wie z.B. dass der Miteigentumsanteil nur eingeschränkt belastbar ist, steht einer Nutzung als Zweitwohnung nicht entgegen.“⁶

Diese Konstruktion wurde von dem Gericht als unzulässiges Umgehungsgeschäft angesehen.⁷ Dem ist jedoch das Schleswig-Holsteinische OLG ausdrücklich entgegen getreten.

„Auf die "§ 1010 BGB-Regelung" kann angesichts dieses eindeutigen Wortlauts § 22 BauGB nicht unmittelbar angewendet werden. Danach ist eine Genehmigungspflicht nämlich nur für die darin genannten Fälle, dagegen nicht für Bruchteilseigentum oder für die Miete sowie sonstige Nutzungsrechte, wie z. B. das dingliche Wohnrecht (§ 1093 BGB) an Zweitwohnungen eingeführt worden (...). Eine analoge Anwendung scheidet schon deshalb aus, weil es insoweit an einer planwidrigen Lücke fehlt“.

Damit schließt das Gericht zum einen eine Anwendung des § 22 BauGB jenseits der im Wortlaut genannten Fälle aus.⁸ Ebenso hat das Gericht die Annahme eines verbotenen Umgehungsgeschäfts verneint.⁹ Die Position des OLG Schleswig findet in der Literatur wohl überwiegend Zustimmung.¹⁰

⁶ LG Flensburg, B. v. 30.05.2000 – 5 T 144/00 –, ZfIR 2000, 567, 569.

⁷ LG Flensburg, B. v. 30.05.2000 – 5 T 144/00 –, ZfIR 2000, 567, mit ablehnender Anmerkung von Grziwotz.

⁸ So ausdrücklich für das Bruchteilseigentum auch Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 1.

⁹ Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 19.07.2000 – 2 W 112/00 –.

¹⁰ Frind, Bruchteilsgemeinschaft statt Wohnungseigentümergeinschaft, ZMR 2001, 429, 430; Dürr, in: Brügelmann, BauGB, Loseblatt, § 22 Rn. 20; Rieger, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 22 Rn. 4; Grziwotz, Spannowsky/Uechtritz, Beck'scher Onlinekommentar, BauGB, Stand 01.11.2011, § 22 Rn. 18; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Stand: 100. Erg. 2011, § 22 Rn. 9. Anders hingegen Prahl, Wohnungsrechte auf nordfriesischen Inseln und anderswo, Rpfleger 2008, 411, 413 f., der die Position des LG Flensburg befürwortet.

Aufgrund des – soweit dem Verfasser bekannt – Fehlens einer höchstrichterlichen Stellungnahme erscheint es theoretisch möglich, dass diese Frage auch noch in einem anderen Sinne endgültig entschieden werden könnte. Da die – soweit untersucht, die Existenz weiterer obergerichtlicher oder höchstrichterlicher Entscheidungen kann nicht ausgeschlossen werden – einzige obergerichtliche Entscheidung und die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur jedoch die Anwendung des § 22 Abs. 1 S. 1 und 2 BauGB auf andere als die dort ausdrücklich genannten Rechtsvorgänge verneinen, soll hiervon auch im Folgenden ausgegangen werden.

III. Voraussetzungen einer Fremdenverkehrsatzung

1. Gemeinden oder Gemeindegebiete, in denen § 22 BauGB anwendbar ist

§ 22 BauGB ist nicht allgemein für alle Gemeinden anwendbar. Der Gesetzgeber hat hier vielmehr ein besonderes städtebauliches Instrument für „Gemeinden geschaffen, die oder deren Teile überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt sind“ (§ 22 Abs. 1 S. 1 BauGB). Während die ursprüngliche Fassung der Vorschrift im BauGB 1987 noch voraussetzte, dass eine Landesverordnung die betreffenden Gemeinden bestimmte, werden die Voraussetzungen nunmehr unmittelbar durch § 22 BauGB umrissen. Danach setzt eine Fremdenverkehrsatzung voraus, dass es sich um Gemeinden handelt, „die oder deren Teile überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt sind“. Noch zu der alten Fassung des § 22 Abs. 1 S. 1 BauGB, in der das Tatbestandsmerkmal des Überwiegens der Fremdenverkehrsprägung als Grundlage für die entsprechende Landesverordnung galt, hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt:

„Aus dem Ziel der Vorschrift, die Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr von Kur- und Erholungsorten durch Erhaltung von Unterkunftsmöglichkeiten für Feriengäste zu bewahren, ergibt sich, daß eine Prägung durch den Fremdenverkehr dann anzunehmen ist, wenn die öffentliche und private Infrastruktur der Gemeinde (oder des Gemeindeteils) auf die Fremdenverkehrsbedürfnisse ausgerichtet ist (...), wenn also das Beherbergungsgewerbe eine dominierende Rolle spielt und anderen Wirtschaftszweigen den Rang abläuft“.¹¹

Nach in der Literatur vertretener Meinung kommt es gemäß dem Zweck des § 22 BauGB darauf an, dass der Fremdenverkehr, der die Gemeinde prägt, auf Unterkunftsmöglichkeiten angewiesen ist. Orte, die lediglich dem Tagestourismus dienen, sollen dementsprechend ausscheiden.¹²

¹¹ BVerwG, Beschl. v. 21.04.1994 – 4 B 193/93 –, NVwZ 1995, 271 f. So auch Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 10; Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 6. Etwas weiter demgegenüber Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 1.

¹² Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 18; Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 10; Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow, Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, Loseblatt, § 22 Rn. 9; Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 6; Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit

In der Literatur werden darüber hinaus als Anhaltspunkte etwa die Darstellung der Fremdenverkehrsräume in landesweiten Raumordnungsplänen und Regionalplänen oder die landesrechtlichen Vorschriften über die Anerkennung von Orten als Kur- und sonstige Erholungsorte angesehen.¹³ Inwieweit diese Festlegungen ausschlaggebend sein sollen, ist in der Literatur allerdings umstritten. So bestreitet *Dürr*, dass die Prägung allein auf die Anerkennung als Kurort oder einer Funktionszuweisung für den Fremdenverkehr in einem Regionalplan gestützt werden könne, wobei er der regionalplanerischen Festlegung als Fremdenverkehrs- oder Erholungsgemeinde aber indizielle Wirkung zuerkennt.¹⁴

In der Literatur umstritten ist auch die Frage, ob den Gemeinden bezüglich der Beurteilung, ob sie überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt sind, eine Einschätzungsprärogative zukommt.¹⁵

Erforderlich ist nur die überwiegende Prägung eines Gebiets. Unschädlich soll demgemäß sein, wenn der betreffende Ort oder Ortsteil auch Grundstücksnutzungen mit geringer oder keiner Fremdenverkehrsfunktion aufweist.¹⁶ Die räumliche Differenzierung ergibt sich aus dem Gebietszuschnitt der Satzung und im jeweiligen Genehmigungsverfahren.

Söfker vertritt überdies die Ansicht, dass die Prägung noch nicht vorhanden sein muss. Aus dem Zusammenhang mit § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB („vorhandene oder vorgesehene Zweckbestimmung“) schließt er, dass auch einer Gemeinde das Satzungsrecht zukomme, die in einem Gebiet die Fremdenverkehrsfunktion zunächst noch entwickeln wolle und die Fremdenverkehrssatzung zur Sicherung dieser Entwicklung für erforderlich halte.¹⁷ Dieser Standpunkt wird in der Literatur aber bestritten.¹⁸ *Rieger* hält dem etwa entgegen, in einem Ort, der sich noch zu einem Fremdenverkehrsort entwickeln wolle, läge die Gefahr, dass Zweitwohnungen überhandnähmen, noch so fern, dass der Genehmigungsvorbehalt nicht gerechtfertigt sei.¹⁹ Die vorstehenden Ausführungen vermitteln einen exemplarischen Eindruck von dem Meinungsstand. Auf eine eigene Stellungnahme wird verzichtet.

Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 337; ähnlich Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 1.

¹³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 19; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 5; Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 6; Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 337.

¹⁴ Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 11.

¹⁵ Bejahend Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 9: „gewisse Einschätzungsprärogative“; in diese Richtung auch Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 1. Ablehnend Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 11.

¹⁶ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 18.

¹⁷ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 18.

¹⁸ So *Kraft*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 9.

¹⁹ Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 6.

2. Form der Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts

Gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 BauGB kann die Bestimmung in einem Bebauungsplan oder einer sonstigen Satzung erfolgen. Im Folgenden wird regelmäßig nur auf die (Fremdenverkehrs-)Satzung Bezug genommen. Dies schließt aber die Bestimmung durch Bebauungsplan mit ein, soweit die Ausführungen nicht aus Gründen der Regelungsform unanwendbar sind. Die Regelung als eigenständige Satzung hat gegenüber der Integration in den Bebauungsplan verschiedene Vorteile. In der Literatur werden beispielsweise genannt:

- Die Erforderlichkeit der Einführung des Genehmigungsvorbehalts kann unabhängig von der Erforderlichkeit eines Bebauungsplans bestehen.²⁰
- Das betroffene Gebiet ist nicht notwendigerweise mit dem Gebiet eines Bebauungsplans identisch, zumal da kein Bebauungsplan bestehen muss.²¹
- Die gesonderte Satzung ist unabhängig von dem materiell- und verfahrensrechtlichen Schicksal des Bebauungsplans. Dies betrifft die geringeren verfahrensrechtlichen Anforderungen und die Unabhängigkeit von der Wirksamkeit des Bebauungsplans.²²

Als Vorteil der Integration in den Bebauungsplan wird demgegenüber genannt, dass bei einer gesonderten Satzung die Gebietsabgrenzung hinreichend bestimmt vorzunehmen sei. Diese ergebe sich bei der Integration in den Bebauungsplan aus diesem.²³

Wird die Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts in einen Bebauungsplan integriert, gelten die verfahrensrechtlichen Anforderungen des Bauplanungsrechts für Bebauungspläne.²⁴

Für die Bestimmung in einer sonstigen Satzung enthält § 22 Abs. 2 und 10 BauGB spezielle Anforderungen. Gegebenenfalls kommen die Vorschriften über den Erlass kommunaler Satzungen zum Tragen. Gemäß § 22 Abs. 2 S. 1 BauGB ist die Satzung ortsüblich bekannt zu machen. Dabei kann die Gemeinde gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 BauGB die Regelungen des § 10 Abs. 3 S. 2 – 5 BauGB (Ersatzverkündung) entsprechend anwenden. Die Anforderungen des § 22 Abs. 2 S. 3 und 4 BauGB (Mitteilung an das Grundbuchamt) sind einzuhalten. In der Literatur findet sich der Hinweis, dass Letzteres auch im Fall der Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts in einem Bebauungsplan gilt, obgleich der Wortlaut eine Anwendung allein auf die Fälle der gesonderten Satzung nahelege.²⁵ Weiterhin wird in der Literatur die Ansicht

²⁰ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 20; Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 339.

²¹ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 20.

²² Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 20; Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 339.

²³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 20.

²⁴ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 10.

²⁵ Dürr, in: Brügelmann, § 22 Rn. 22.

vertreten, dass die unterbliebene Mitteilung an das Grundbuchamt keinen Einfluss auf das Inkrafttreten der Satzung und die Wirksamkeit des Genehmigungsvorbehalts habe.²⁶ Zu beachten ist allerdings laut *Krautzberger* und *Söfker*, dass das Grundbuchamt durch die Mitteilung allgemein Kenntnis erlange, sodass in den Fällen, in denen keine Mitteilung erfolgt ist, auch kein Negativtestat erforderlich sei.²⁷ *Grziwotz* führt jedoch aus, dass das Grundbuchamt bei Kenntnis von der Einführung des Genehmigungsvorbehalts – trotz noch nicht eingegangener Mitteilung – das Grundbuch durch eine Aufteilung nicht unrichtig machen dürfe.²⁸ In der Folge des Europarechtsanpassungsgesetzes Bau von 2004 ergaben sich gemäß § 244 Abs. 6 BauGB Besonderheiten.²⁹ Im Übrigen soll seitens des Verfassers zu diesen Fragen keine Stellung genommen werden.

Gemäß § 22 Abs. 10 S. 1 BauGB muss die Gemeinde einer sonstigen Satzung eine Begründung beifügen. Für die Bestimmung im Bebauungsplan ergibt sich das Begründungserfordernis bereits aus § 9 Abs. 8 BauGB. In beiden Fällen ist gemäß § 22 Abs. 10 S. 2 BauGB darzulegen, dass die in § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB „bezeichneten Voraussetzungen für die Festlegung des Gebiets vorliegen“.

§ 22 Abs. 9 BauGB sieht vor, dass die sonstige Satzung noch die Festsetzung der höchstzulässigen Zahl der Wohnungen in Wohngebäuden nach Maßgabe des § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB enthalten kann. § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB erlaubt nicht die Unterscheidung von Ferienwohnungen und sonstigen Wohnungen.³⁰ Bei der Festsetzung der höchstzulässigen Zahl an Wohnungen ist gemäß § 22 Abs. 9 S. 2 BauGB der betroffenen Öffentlichkeit und berührten Behörden und sonstigen Trägern öffentlicher Belange Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb angemessener Frist zu geben.

3. Voraussetzung für die Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts

Die Voraussetzungen des Erlasses einer Satzung nach § 22 BauGB beziehungsweise zur Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts in einem Bebauungsplan ergeben sich aus § 22 Abs. 1 S. 1, 3 und 4 BauGB. Nach § 22 Abs. 1 S. 1 BauGB kann die Bestimmung des Genehmigungsvorbehalts „zur Sicherung der Zweckbestimmung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen“ erfolgen. Gemäß § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB setzt die Bestimmung eines Gebiets in der Satzung voraus, „dass durch die Begründung oder Teilung der Rechte die vorhan-

²⁶ Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 19, 24; Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 13, 19; so wohl auch Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 22: „verfahrensrechtliche Nebenpflicht“.

²⁷ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 11; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 43.

²⁸ Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 19.

²⁹ Vgl. Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 19, 44.

³⁰ Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 12.

dene oder vorgesehene Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und dadurch die geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt werden kann“. § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB schließlich enthält eine nicht abschließende Aufzählung von Beispielen, in welchen Fällen die Zweckbestimmung eines Gebiets für den Fremdenverkehr anzunehmen ist.³¹

a. Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr

Gemäß § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB muss die vorhandene oder vorgesehene Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr beeinträchtigt werden können. § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB konkretisiert, in welchen Fällen eine solche Zweckbestimmung angenommen werden kann. Danach ist die „Zweckbestimmung eines Gebiets für den Fremdenverkehr (...) insbesondere anzunehmen bei Kurgebieten, Gebieten für die Fremdenbeherbergung, Wochenend- und Ferienhausgebieten, die im Bebauungsplan festgesetzt sind, und bei im Zusammenhang bebauten Ortsteilen, deren Eigenart solchen Gebieten entspricht, sowie bei sonstigen Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen, die durch Beherbergungsbetriebe und Wohngebäude mit Fremdenbeherbergung geprägt sind“. Damit lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden: Bebauungsplangebiete, sogenannte faktische Baugebiete und sonstige Gebiete.³² Die Verwendung des mit dem BauROG 1998 eingefügten Wortes „insbesondere“ weist darauf hin, dass es sich hier nur um eine beispielhafte Aufzählung von Gebieten mit der Zweckbestimmung Fremdenverkehr handelt. Hier besteht eine Abweichung gegenüber § 22 Abs. 2 S. 3 BauGB a. F., der vom Bundesverwaltungsgericht noch als abschließende Regelung verstanden wurde.³³

aa. 1. Fallgruppe: Gebietstypen der BauNVO

Mit der Nennung von Kurgebieten, Gebieten für die Fremdenbeherbergung sowie Wochenend- und Ferienhausgebieten knüpft der Gesetzgeber an Begrifflichkeiten aus der BauNVO an. In den entsprechenden Gebieten ist die Zweckbestimmung durch den Bebauungsplan gewährleistet.³⁴ Etwas anderes soll nach in der Literatur vertretener Ansicht nur dann gelten, wenn die Festsetzungen eines Bebauungsplans aufgrund abweichender Nutzung funktionslos geworden sind.³⁵ Nur am Rande sei erwähnt, dass die Einbeziehung von Wochenendhausgebieten, zum Teil auch Ferienhausgebieten, in der Literatur zum Teil kritisch gesehen wird. Wochenendhäuser dienen in der Regel nicht der Fremdenbeherbergung, sondern dem Erholungsinteresse der Wohnungsinhaber, weswegen der Zweck des § 22 BauGB nicht erreichbar

³¹ Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 21.

³² BVerwG, Urt. v. 15.05.1997 – 4 C 9/96 –, BVerwGE 105, 1, 2.

³³ Zur alten Rechtslage BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 21/93 -, BVerwGE 96, 217, 220.

³⁴ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 21/93 -, BVerwGE 96, 217, 220. So auch Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 11.

³⁵ Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 11; Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 12.

sei.³⁶ Hieraus werden zum Teil auch verfassungsrechtliche Bedenken abgeleitet.³⁷ Dieser Aspekt soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden.

bb. 2. Fallgruppe: faktische Baugebiete

Soweit § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB auf im Zusammenhang bebaute Ortsteile, „deren Eigenart solchen Gebieten entspricht“, Bezug nimmt, handelt es sich der Sache nach um faktische Baugebiete im Sinne des § 34 Abs. 2 BauGB, die ihrer Eigenart nach den genannten Gebiets-typen der BauNVO entsprechen.³⁸

cc. 3. Fallgruppe: sonstige Gebiete mit Fremdenverkehrsfunktion

Der dritte Bereich, den § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB für die Fremdenverkehrssatzung öffnet, sind sonstige Gebiete „mit Fremdenverkehrsfunktionen, die durch Beherbergungsbetriebe und Wohngebäude mit Fremdenbeherbergung geprägt sind“. Das Bundesverwaltungsgericht weist darauf hin, dass hier das Schwergewicht in der Fremdenbeherbergung liege, nicht einer anderen Fremdenverkehrsfunktion. Der Gesetzgeber habe „hier unter Beschränkung auf spezifische Funktionen – eine gewisse Ausweitung auf Gebiete mit Wohnbebauung und Betriebe der Fremdenbeherbergung ermöglichen wollen“. Diese „Nutzungsstruktur (könne) durch Festsetzungen eines Bebauungsplans oder durch vorhandene Bebauung oder Nutzung tatsächlich geprägt sein“. Das komme auch bei einer „siedlungstypischen Streubesiedlung“ in Betracht, „die damit durchaus eine organische Siedlungsstruktur – selbst im Außenbereich (§ 35 BauGB) – aufweisen kann“.³⁹ Die Prägung eines Gebiets setzt nicht voraus, dass jedes einzelne Grundstück in dem genannten Sinne genutzt wird. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

„Es ist nicht erforderlich, daß jedes einzelne Grundstück im Satzungsgebiet für Zwecke der Fremdenbeherbergung oder für Fremdenverkehrszwecke genutzt wird; denn die städtebauliche Prägung eines bebauten Gebiets leitet sich aus der für dieses Gebiet charakteristischen Art der baulichen Nutzung ab, ohne daß diese auf jedem einzelnen Grundstück in dem Gebiet vorliegen müßte. Maßgeblich ist nicht eine quantitative Gegenüberstellung der für Fremdenbeherbergung und der auf andere Weise genutzten Grundstücke, sondern eine wertende Betrachtung, die die städtebauliche Besonderheit des vorgesehenen Satzungsgebiets zu erfassen sucht. Der Senat hat in diesem Sinne bereits wiederholt betont, daß Gewerbegebiete oder Außenbereichsflächen in der Regel nicht durch Fremdenbeherbergung geprägte Gebiete sind und deshalb nicht in den

³⁶ So Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 12; Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 8; Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 4.

³⁷ Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 12.

³⁸ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 21/93 -, BVerwGE 96, 217, 221. So auch Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 12; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 23.

³⁹ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 21/93 -, BVerwGE 96, 217, 221.

Geltungsbereich einer Fremdenverkehrssatzung einbezogen werden können, daß aber auf der anderen Seite einzelne Straßen oder Bereiche ohne Gebäude mit Fremdenbeherbergung eine im übrigen vorhandene und das Gesamtgebiet erfassende Prägung durch Fremdenbeherbergung regelmäßig nicht aufheben (...). Auf die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage, ob auf einem Grundstück angesichts der dort festgestellten Nutzung die Begründung oder die Teilung der Rechte nach dem Wohnungseigentumsgesetz droht oder möglich erscheint, ob also für die Einbeziehung dieses Grundstücks in den Geltungsbereich der Satzung ein rechtliches Bedürfnis besteht, kommt es für den städtebaulichen Begriff der Prägung des Gebiets nicht an.“⁴⁰

Daraus leitet das Gericht beispielsweise ab, dass die Nutzung von Flächen im Satzungsgebiet zu öffentlichen Zwecken (etwa öffentliche Verwaltung, Grünflächen, kirchliche, soziale oder kulturelle Zwecke) die Prägung durch Fremdenbeherbergung nur in Sonderfällen, nicht aber im Regelfall aufheben könne.⁴¹ Die Regelung des § 22 Abs. 2 S. 3 BauGB a. F. (§ 22 Abs. 1 S. 4 BauGB) sei gebiets-, nicht grundstücksbezogen. Die grundstücksgenaue Beantwortung der Frage nach der Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion bleibt danach der zweiten Stufe des Mechanismus, der Erteilung der Genehmigung, vorbehalten.⁴² Schließlich stellt das Gericht fest, dass der Zweck der Regelung, „durch die Verhinderung oder Verzögerung von „Rolladensiedlungen“ die besonders hohen Investitionen von Fremdenverkehrsgemeinden für Infrastruktureinrichtungen (...), die den Bedarf der Einwohnerschaft weit übersteigen“, abzusichern, es rechtfertige, „die Abgrenzung des Satzungsgebiets mit einer gewissen Großzügigkeit und Pauschalität vorzunehmen“.⁴³

dd. Unbenannte Fälle

Wie bereits erwähnt, sind die drei im Gesetz ausdrücklich genannten Fallgruppen nicht abschließend.⁴⁴ Zu der alten Fassung des Gesetzes hatte das Bundesverwaltungsgericht die Ansicht vertreten, die in § 22 Abs. 2 S. 3 BauGB a. F. genannten Fallgruppen seien abschließend.⁴⁵ Hierauf hat der Gesetzgeber bei der Novellierung 1998 reagiert. Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme angemerkt, die „Rechtsänderungen, die die Zweckbestimmung eines Fremdenverkehrsgebiets beeinträchtigen können, [seien] (...) nicht auf die in § 22 Abs. 2 S. 3 BauGB [a. F.] genannten Gebiete, insbesondere nicht auf überwiegend bebaute Bereiche beschränkt. Solche Beeinträchtigung [könnten] sich auch im Außenbereich, dort wiederum selbst außerhalb einer i.S.d. § 22 Abs. 2 S. 3 BauGB [a. F.] geprägten siedlungstypischen

⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 15.05.1997 – 4 C 9/96 –, BVerwGE 105, 1, 3.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 15.05.1997 – 4 C 9/96 –, BVerwGE 105, 1, 3 f.

⁴² BVerwG, Urt. v. 15.05.1997 – 4 C 9/96 –, BVerwGE 105, 1, 4. Siehe auch Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 24.

⁴³ BVerwG, Urt. v. 15.05.1997 – 4 C 9/96 –, BVerwGE, 105, 1, 4 f. So auch Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 6.

⁴⁴ Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 5.

⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 – 4 C 21/93 –, BVerwGE 96, 217, 220.

Streubesiedlung, sowie etwa in kritischen Bereichen zwischen den in dieser Vorschrift genannten, eindeutig bestimmbar Gebieten ergeben“.⁴⁶ Die Gesetzesänderung zielt somit vor allem auf die mögliche Einbeziehung von Außenbereichsflächen, und zwar über die vom Bundesverwaltungsgericht bereits einbezogene Streubesiedlung im Außenbereich⁴⁷ hinaus.⁴⁸ Auch in diesen „unbenannten“ Fällen ist gemäß § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB eine Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr, die durch die Begründung oder Teilung der Rechte beeinträchtigt werden kann, erforderlich. Die Einzelheiten sind in der Literatur umstritten.⁴⁹

ee. Vorhandene oder vorgesehene Zweckbestimmung

§ 22 Abs. 1 S. 3 BauGB stellt auf die vorhandene oder vorgesehene Zweckbestimmung des Gebiets ab. Obgleich die Zweckbestimmung also noch nicht in allen Fällen realisiert sein muss, reicht es wohl nicht aus, wenn sie erst durch den Erlass der Satzung erfolgt. Bezüglich der ersten Fallgruppe des § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB – Baugebiete – führt das Bundesverwaltungsgericht aus:

„Die Festsetzungen im Bebauungsplan sind entweder bereits „vollzogen“, dann liegt eine vorhandene Zweckbestimmung vor, oder sie bedürfen noch der baulichen Umsetzung; dann ist die Nutzung als Zweckbestimmung jedenfalls vorgesehen.“⁵⁰

Auch die erst vorgesehene Zweckbestimmung ist demnach dem Erlass der Satzung vorgegeben. Im Hinblick auf die zweite Fallgruppe des § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB (faktische Gebiete) führt das Bundesverwaltungsgericht aus:

„Hier ergibt sich die bereits vorhandene Zweckbestimmung aus der tatsächlich bestehenden Nutzungsstruktur des betrachteten Gebiets. Auch hier ist die Zweckbestimmung nicht erst mit einer Regelung nach § 22 Abs. 2 Satz 1 BauGB konzeptionell und damit konstitutiv zu treffen, sondern der Gemeinde durch die tatsächlich vorhandene städtebauliche und spezifisch fremdenverkehrsbezogene Siedlungsstruktur objektiv vorgegeben. Die Gemeinde knüpft mit ihrer Regelung nach § 22 Abs. 2 BauGB an diese Struktur an, ohne sie dadurch indes erstmals zu bestimmen.“⁵¹

Und schließlich zu der dritten Fallgruppe des § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB (sonstige Gebiete):

⁴⁶ BT-Drs. 13/6392, S. 107.

⁴⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 – 4 C 21/93 –, BVerwGE 96, 217, 221.

⁴⁸ Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 13; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 28; Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 13; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 6; Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 5.

⁴⁹ Vgl. z.B. Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 14; demgegenüber Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 13. Ein Beispiel bildet Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 28.

⁵⁰ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 – 4 C 21/93 –, BVerwGE 96, 217, 220.

⁵¹ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 – 4 C 21/93 –, BVerwGE 96, 217, 221.

„Auch für dieses „sonstige“ Gebiet wird erkennbar mit der ausdrücklich geforderten Prägung an eine bereits vorgegebene, nicht erst durch eine Fremdenverkehrsatzung zu schaffende, spezifisch fremdenverkehrsbezogene Siedlungsstruktur angeknüpft.“⁵²

Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, ist die Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr dementsprechend eine Voraussetzung für den Erlass der Satzung nach § 22 BauGB. Sie muss also bereits vorhanden sein und erfolgt nicht erst durch den Erlass der Satzung. Bezüglich der Frage, worin sich eine vorgesehene Zweckbestimmung ausdrücken kann, wird in der Literatur zum einen auf bestehende, aber noch nicht vollzogene Bebauungspläne, aber auch auf informelle Planungen und andere Beschlüsse der Gemeinde verwiesen.⁵³

b. Gebietsabgrenzung

§ 22 Abs. 1 BauGB regelt die Gebietsabgrenzung einer Satzung nicht unmittelbar. Die Gemeinde hat hierbei sachliche Kriterien zugrunde zu legen, die sich aus den Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 S. 3 und 4 BauGB ableiten lassen.⁵⁴ Ein planerisches Ermessen bezüglich der Gebietsabgrenzung besteht nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 22 BauGB a. F. nicht. Das Gericht führt – jeweils bezogen auf § 22 BauGB a. F. – zur Gebietsabgrenzung aus:

„§ 22 Abs. 2 Satz 1 BauGB selbst enthält keine unmittelbare Aussage darüber, wie der räumliche Geltungsbereich des Bebauungsplans oder der sonstigen Satzung zu bestimmen ist. Daraus folgt nicht, daß der Gemeinde durch § 22 Abs. 2 Satz 1 BauGB – etwa ähnlich wie durch § 1 Abs. 3 BauGB – ein planerisches Ermessen eingeräumt ist, das sich nur an der städtebaulichen Entwicklung auszurichten hätte. Vielmehr ergibt das systematische Zusammenspiel der in § 22 Abs. 2 Satz 1 BauGB enthaltenen Ermächtigungsgrundlage mit den weiteren, in § 22 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BauGB genannten inhaltlichen Voraussetzungen, daß die Gemeinde ihrer Entscheidung sachliche Kriterien zugrunde zu legen hat, die der Gesetzgeber einer planerischen Beurteilung bewußt entzogen hat.“⁵⁵

Die Satzung kann gemäß der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der Regel nicht für das Gesamtgebiet einer Fremdenverkehrsgemeinde erlassen werden, außer die Gemeinde würde ausnahmsweise in allen Gebietsteilen die genannten Voraussetzungen erfüllen. Das Bundesverwaltungsgericht hebt hervor, der Gesetzgeber habe sich „für eine nur gebiets-

⁵² BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 21/93 -, BVerwGE 96, 217, 221.

⁵³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 29; Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 338.

⁵⁴ Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 9; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 32.

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 21/93 -, BVerwGE 96, 217, 218. So auch Krautzberger, in: Batis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 6; Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 9.

bezogene und konkrete Sicherung bestimmter Gebiete der Gemeinde entschieden“.⁵⁶ Die Gemeinden seien nur soweit befugt, den Genehmigungsvorbehalt auszulösen, „wie eine Gefährdung, welche die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum gerade in ihren auf Fremdenverkehr ausgerichteten Gebietsteilen betrifft, erwartet werden kann“.⁵⁷ Die umfassten Gebiete müssen jedoch nicht lückenlos durch die Fremdenbeherbergung geprägt sein. Das Gericht stellt fest, eine „geringe Anzahl ausschließlich für Wohnzwecke genutzter Häuser in einem kleinen Bereich heb[e] die Prägung durch die Fremdenbeherbergung nicht auf, wenn diese in der weiteren Umgebung und damit in dem größeren Gesamtgebiet gegeben“ sei.⁵⁸

Eine Ausnahme von der Beschränkung der Schutzwürdigkeit auf Teile der Ortslage einer Fremdenverkehrsgemeinde behandelt das Gericht in seinem Urteil vom 27.09.1995. Dort hatte die Gemeinde die gesamte Ortslage mit Ausnahme des Gewerbegebiets und der Bebauung im Außenbereich in die Satzung mit einbezogen. Das Gericht stellte – bezogen auf die alte Fassung des § 22 BauGB – fest, dies sei „abweichend vom Regelfall, in dem immer nur Teile der Ortslage einer Fremdenverkehrsgemeinde im Sinne von § 22 Abs. 1 BauGB [a. F.] schutzwürdig nach § 22 Abs. 2 BauGB [a. F.]“ seien, möglich. Dabei war das Gericht davon ausgegangen:

„eine Aufteilung des Gemeindegebiets in abgestuft gefährdete Zonen sei nicht möglich, weil das gesamte der Satzung unterstellte Gebiet eine überwiegend Fremdenverkehrszwecken dienende Infrastruktur mit etwa 100 Betten in gewerblichen Betrieben des Fremdenverkehrs und weiteren etwa 400 Betten in Privatzimmern und Ferienwohnungen aufweise.“⁵⁹

Den Fall, dass die Gemeinde nicht alle in Betracht kommenden Flächen in die Satzung mit einbezieht, behandelt das OVG Schleswig in einer Entscheidung vom 23.10.1997. Die Gemeinde sei „nicht gezwungen, sämtliche Gebiete, die die Voraussetzungen für den Erlaß einer Fremdenverkehrssatzung erfüllen, ebenfalls in die Satzung einzubeziehen“. Es sei „die ureigenste Aufgabe der Gemeinde, selbst das Satzungsgebiet festzulegen, wobei sie lediglich daran gehindert [sei] dieses größer, als nach den gesetzlichen Anforderungen möglich, zu gestalten. Eine Beschränkung auf besonders gefährdete Bereiche [sei] ihr unbenommen.“⁶⁰

⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 21/93 -, BVerwGE 96, 217, 222. So auch Krautzberger, in: Batis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 6; Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 9; Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 9.

⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 21/93 -, BVerwGE 96, 217, 223 f.

⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 - 4 C 28/94 -, BVerwGE 99, 242, 248. So auch Krautzberger, in: Batis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 6; Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 9.

⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 - 4 C 28/94 -, BVerwGE 99, 242, 247.

⁶⁰ OVG Schleswig, Urt. v. 23.10.1997 - 1 K 16/95 -, juris; ebenso BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 - 4 C 25/93 -, juris Rn. 27. In der Literatur zustimmend beispielsweise Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 337 f.

Eng damit ist im Übrigen die Frage nach der Möglichkeit einer nur teilweisen Nichtigkeit – anstatt der vollständigen Nichtigkeit – einer zu weit gefassten Satzung verbunden. Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Teilnichtigkeit in einer Entscheidung vom 07.07.1994 verneint. Zu den Gründen führt es aus:

„[D]ie nach § 22 Abs. 2 Satz 1 BauGB [a. F.] ermöglichte Maßnahme der Sicherung erfordert von der Gemeinde eine Beurteilung, ob und in welcher Hinsicht sie von dem ihr eingeräumten Ermessen Gebrauch machen will, die in § 22 Abs. 2 Satz 3 BauGB [a. F.] aufgeführten Gebietsteile im Sinne des § 22 Abs. 2 Satz 2 BauGB [a. F.] vor Beeinträchtigungen zu schützen. Diese nötige und der Entschließung der Gemeinde aufgetragene Entscheidung konnte und durfte das Berufungsgericht nicht durch eine eigene Beurteilung ersetzen (...). Die Beigeladene (...) hat (...) keine weiteren Überlegungen darüber angestellt, in welcher Weise sie innerhalb dieses zu weit gefaßten Bereichs das ihr in § 22 Abs. 2 Satz 1 BauGB [a. F.] eröffnete Ermessen ausüben will. Die in § 22 Abs. 2 BauGB [a. F.] zugelassene Beschränkung der sonst freien Begründung und Teilung von Wohnungseigentum dient der Sicherung bestimmter Fremdenverkehrsfunktionen im Gemeindegebiet. Die Beigeladene hat zu beurteilen - wie § 22 Abs. 11 BauGB [a. F.] nochmals verdeutlicht -, welche Gebiete sie aus welchen Erwägungen heraus als in ihrer Fremdenverkehrsfunktion schutzbedürftig ansieht. Diese auch kommunalpolitisch zu verantwortende Entscheidung darf das Gericht der Beigeladenen nicht abnehmen.“⁶¹

c. Beeinträchtigung der Zweckbestimmung und der geordneten städtebaulichen Entwicklung

§ 22 Abs. 1 S. 3 BauGB setzt weiterhin voraus, dass die Zweckbestimmung des Gebiets durch die Begründung oder Teilung der Rechte beeinträchtigt werden kann. Die Literatur konkretisiert dies dahin gehend, dass nicht verlangt werden könne, dass die Beeinträchtigung bereits eingetreten oder zu erwarten sei.⁶² Als ausreichend angesehen werden die „abstrakte Möglichkeit“⁶³ oder die „realistische Möglichkeit“ einer Beeinträchtigung.⁶⁴ Söfker gibt als Maßstab aus, dass „nach den allgemeinen Erfahrungen in der betreffenden Gemeinde“, „ein entsprechendes Gefährdungspotenzial“ bestehe oder entstehe.⁶⁵ Dabei wird auf die dem § 22 BauGB zugrunde liegende gesetzliche Vermutung Bezug genommen, dass die Zweitwohnungsnutzung die beschriebenen negativen Effekte haben könne.⁶⁶ Kraft folgert daraus, dass die Möglichkeit einer Beeinträchtigung in der Regel zu bejahen sei, wenn es sich um ein Ge-

⁶¹ BVerwG, Urt. v. 07.07.1994 – 4 C 25/93 –, juris Rn. 27. Ebenso VGH München, Urt. v. 16.08.1993 – 26 B 92/2506 –, juris Rn. 24 (vollständige Nichtigkeit); Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 7; a.A. hingegen Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB/BauNVO, 6. Aufl., 2010 § 22 Rn. 7.

⁶² Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 15.

⁶³ Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 8.

⁶⁴ Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 15.

⁶⁵ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 30; des Weiteren Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 15.

⁶⁶ Siehe dazu BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 238 f. – Sylt.

biet mit der genannten Zweckbestimmung handele.⁶⁷ *Grziwotz* hält die gesetzliche Vermutung in den Katalogfällen sogar für unwiderleglich.⁶⁸

Umstritten ist in der Literatur, ob auch Gebiete, in denen noch keine Zweitwohnungen vorhanden sind, im Sinne der Zweckbestimmung beeinträchtigt sein können. *Rieger* verneint dies mit dem Argument, ein gewisser Bestand an Eigentumswohnungen erscheine auch mit Blick auf die Fremdenverkehrsfunktion unbedenklich.⁶⁹ Demgegenüber vertritt etwa *Söfker*, auch bei der erstmaligen Begründung oder Teilung von Rechten nach dem WEG bestehe die Möglichkeit einer Beeinträchtigung.⁷⁰

Das OVG Schleswig hat sich in einer Entscheidung vom 05.08.1993 mit den zu dieser Zeit vertretenen Literaturmeinungen auseinandergesetzt und kam letztlich zu diesem Schluss:

„Entscheidend ist, daß die betreffende Gemeinde durch § 22 BauGB ein Instrumentarium in die Hand bekommen hat, durch dessen Anwendung Rechtsvorgänge verhindert werden sollen, die nach den Erfahrungen der Praxis in der Regel den Einstieg in die Nutzung als Zweitwohnung darstellen, nämlich die Begründung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz. An der Richtigkeit solcher Erfahrungen hegt der Senat keine Zweifel. Demzufolge muß die betreffende Gemeinde die Möglichkeit haben, sich rechtzeitig auf sich abzeichnende Entwicklungen einzustellen und die rechtlichen Grundlagen dafür zu schaffen, unerwünschten Entwicklungen wirksam begegnen zu können. Dann aber ist es nur konsequent, die Anforderungen für den Erlaß einer Satzung gemäß § 22 BauGB niedrig zu halten und sie zum Erlaß einer Satzung stets dann bereits zu ermächtigen, wenn aufgrund bestehender Erfahrungen nach den Vorstellungen der Gemeinde ein bestimmtes Gebiet in seiner Fremdenverkehrsfunktion droht beeinträchtigt zu werden. Ob man die zu erwartende Beeinträchtigung dann als "mögliche" ansieht oder aber als "konkrete", die sich aber wahrscheinlich realisieren werde, bleibt letztlich unerheblich.“⁷¹

Diese Ausführungen hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 21.04.1994 unbeanstandet gelassen.⁷²

Ein weiteres Beispiel bietet eine Entscheidung des VGH Mannheim vom 02.10.1992:

„Durch eine weitere Bildung von Teileigentum in diesem Gemeindeteil kann die Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und dadurch die geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt werden. Dies setzt noch keine konkrete Be-

⁶⁷ Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 15.

⁶⁸ Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 8.

⁶⁹ Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 10.

⁷⁰ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 30; in diese Richtung auch Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 14 allerdings im Zusammenhang mit der Versagung der Genehmigung.

⁷¹ Schleswig-Holsteinisches OVG, Urt. v. 05.08.1993 – 1 L 123/91 –, juris; des Weiteren Schleswig-Holsteinisches OVG, Urt. v. 21.10.1993 – 1 L 218/91 –, juris.

⁷² BVerwG, Beschl. v. 21.04.1994 – 4 B 193/93 –, NVwZ 1995, 271, 272.

einträchtigung voraus. Im Hinblick auf den Gesetzeszweck, nämlich bereits das Entstehen von Mißständen zu verhindern, dürfen die Anforderungen insoweit nicht überspannt werden (...). Die Ag. führt hierzu in der Begründung der angegriffenen Satzung aus, es sei bereits eine erhebliche Zahl an Zweitwohnungen (245) festgestellt worden; dabei handle es sich um ca. 9 % des gesamten Wohnungsbestandes. Auf Grund der bevorzugten Lage am Bodenseeufer und der immer geringer werdenden Bauflächen sei seit einiger Zeit feststellbar, daß vermehrt Bauvorhaben mit kleinstrukturierten Wohnungen, welche nachträglich oftmals als Eigentumswohnungen ausgewiesen würden, beantragt würden. Damit wird die Gefahr einer künftigen Fehlentwicklung hinreichend konkret dargelegt.⁷³

Gemäß § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB muss weiterhin auch die geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt sein. Damit verweist der Gesetzgeber darauf, dass städtebauliche Gründe für den Erlass der Satzung ausschlaggebend sein müssen.⁷⁴ Als unzulässiger Grund wird demgegenüber etwa die Beeinflussung der Grundstückspreise,⁷⁵ die Steuerung des Wettbewerbs⁷⁶ oder betriebswirtschaftliche Gründe⁷⁷ genannt. Die städtebauliche Konzeption wird durch die Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit selbst bestimmt.⁷⁸ Sie soll sich nach in der Literatur vertretener Ansicht nicht unbedingt in entsprechenden Bauleitplänen niederschlagen müssen.⁷⁹ Neben Bauleitplänen werden als mögliche Manifestierung der städtebaulichen Entwicklungsvorstellungen auch sonstige Beschlüsse der Gemeinde und auch die Begründung der Satzung nach § 22 Abs. 10 BauGB⁸⁰ sowie allgemein informelle Planungen genannt.⁸¹ Nach *Krautzberger* soll sogar auf die Eigenart der Umgebung abgestellt werden können,⁸² wobei hier allerdings die Frage zu stellen ist, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen allein die tatsächliche Eigenart eines Gebiets Ausdruck einer Entwicklungsvorstellung sein kann. *Kraft* weist in Übereinstimmung mit dem OVG Schleswig darauf hin, § 22 BauGB sei auch nicht lediglich subsidiär als „ultima ratio“ einzusetzen, wenn alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft seien.⁸³ *Söfker* stellt fest, dass im Allgemeinen davon ausgegan-

⁷³ VGH Mannheim, Urt. v. 02.10.1992 – 8 S 2849/91 –, NJW 1993, 3216, 3217.

⁷⁴ Begründung des Gesetzentwurfs zum BauGB 1987 BT-Drs. 10/4630, S. 79. So auch *Kraft*, in: *Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow* (Fn. 12), § 22 Rn. 16; *Dürr*, in: *Brügelmann*, § 22 Rn. 17.

⁷⁵ *Kraft*, in: *Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow* (Fn. 12), § 22 Rn. 16; *Grziwotz*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 10), § 22 Rn. 9.

⁷⁶ *Dürr*, in: *Brügelmann*, § 22 Rn. 17; *Grziwotz*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 10), § 22 Rn. 9.

⁷⁷ *Greiving*, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 339.

⁷⁸ *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 22 Rn. 31; *Kraft*, in: *Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow* (Fn. 12), § 22 Rn. 16.

⁷⁹ *Kraft*, in: *Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow* (Fn. 12), § 22 Rn. 16.

⁸⁰ *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 22 Rn. 31.

⁸¹ *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 8), § 22 Rn. 9.

⁸² *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 8), § 22 Rn. 9.

⁸³ *Kraft*, in: *Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow* (Fn. 12), § 22 Rn. 16; OVG Schleswig, Urt. v. 05.08.1993 – 1 L 123/91 –, juris.

gen werden könne, dass bei Vorliegen einer Gefahr der Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion auch eine Beeinträchtigung der geordneten städtebaulichen Entwicklung bestehe.⁸⁴ Auf eine eigene Stellungnahme zu den exemplarisch wiedergegebenen Standpunkten wird an dieser Stelle verzichtet.

d. Sicherungsbedürfnis

§ 22 Abs. 1 S. 1 BauGB verlangt weiterhin für den Erlass der Satzung, dass diese zur Sicherung der Zweckbestimmung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion dient. Dieses Sicherungsbedürfnis sieht *Söfker* ohne Weiteres als gegeben an, wenn die Voraussetzung des § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB, die mögliche Beeinträchtigung der Zweckbestimmung und damit der geordneten städtebaulichen Entwicklung, erfüllt ist.⁸⁵

IV. Voraussetzungen für die Versagung der Genehmigung

Durch den Erlass der Satzung wird ein Genehmigungsvorbehalt begründet, der im konkreten Einzelfall ein Genehmigungsverfahren erforderlich macht. Das Verfahren ist in § 22 Abs. 5 BauGB geregelt.

Die Genehmigungsvoraussetzungen finden sich in § 22 Abs. 4 BauGB. Gemäß § 22 Abs. 4 S. 1 BauGB „darf [die Genehmigung] nur versagt werden, wenn durch die Begründung oder Teilung der Rechte die Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und dadurch die städtebauliche Entwicklung und Ordnung beeinträchtigt wird“. Die Regelung ist abschließend insofern, als andere Versagungsgründe daneben nicht zulässig sind.⁸⁶

Im Falle der Versagung der Genehmigung hat der Eigentümer gemäß § 22 Abs. 7 BauGB unter den Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 BauGB und unter Anwendung der weiteren genannten Regelungen einen Anspruch auf Übernahme des Grundstücks.

1. Ermessen?

Der Wortlaut der Regelung („darf nur versagt werden“) scheint ein Ermessen zu eröffnen, die Genehmigung auch im Fall des Vorliegens des Versagungsgrundes zu erteilen. Andererseits spricht der Wortlaut des § 22 Abs. 4 S. 3 BauGB, wonach die Regelung in einem bestimmten

⁸⁴ *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 31; so auch *Dürr*, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 17.

⁸⁵ *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 31.

⁸⁶ *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 14; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 45; *Kraft*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 28.

Ausnahmefall erteilt werden „kann“, gegen ein solches Ermessen.⁸⁷ In der Literatur ist die Frage umstritten. Die wohl überwiegende Auffassung gesteht der zuständigen Behörde kein Ermessen zu. Das bedeutet, dass die Genehmigung unter den genannten Voraussetzungen zu versagen ist, wenn keine der Ausnahmen des § 22 Abs. 4 S. 2 und 3 BauGB vorliegt.⁸⁸ *Brohm* hat demgegenüber vertreten, es sei ein Ermessen anzunehmen.⁸⁹ Nicht ganz eindeutig äußert sich *Grziwotz*. Einerseits verweist er auf den Gesetzeswortlaut, der eine Genehmigungserteilung zulasse. Dies spricht für die Annahme eines Ermessens. Andererseits führt er dann weiter aus, bei einer Genehmigungserteilung trotz Vorliegens der Versagungsgründe, bestehe in Vergleichsfällen wegen des darin liegenden Gesetzesverstoßes kein Anspruch auf Genehmigungserteilung. Die Annahme eines Gesetzesverstoßes spricht wiederum gegen ein Ermessen der Behörde.⁹⁰

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf eine ähnliche Kontroverse zur Auslegung des § 172 BauGB. Dort hat das Bundesverwaltungsgericht zu dem insofern ähnlichen Wortlaut des § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB („darf die Genehmigung nur versagt werden, wenn“) ausgeführt:

„Der Wortlaut dieser Bestimmung schließt es allerdings nicht aus, daß die Genehmigung trotz Vorliegens eines Versagungsgrundes gleichwohl nach pflichtgemäßem Ermessen erteilt werden kann. Soll bei Vorliegen eines Versagungsgrundes die Erteilung einer Genehmigung strikt ausgeschlossen sein (gebundene Entscheidung), so bringt das Gesetz das regelmäßig dadurch zum Ausdruck, daß die Genehmigung „zu versagen ist“ (vgl. z. B. § 20 Abs. 1 BauGB). Auch bei der Formulierung „darf nur versagt werden, wenn“ kann sich aus dem Regelungszusammenhang ergeben, daß bei Vorliegen von Versagungsgründen kein Ermessensspielraum mehr für die Erteilung der Genehmigung bestehen soll, wie das etwa hinsichtlich der Genehmigung des Flächennutzungsplans anzunehmen sein wird (vgl. § 6 Abs. 2 BauGB).“

Bei § 172 Abs. 4 BauGB hat das Gericht in der Folge einen solchen, für die zwingende Genehmigungsversagung sprechenden Regelungszusammenhang nicht erkennen können. Damit kommt die Rechtsprechung im Ergebnis zu dem Schluss, dass § 172 Abs. 4 BauGB jedenfalls in atypischen Fallgestaltungen ein Ermessen einräumt (siehe dazu im Einzelnen unten B. III. 2. d.). Im Unterschied zu § 172 Abs. 4 BauGB ist bei § 22 Abs. 4 BauGB aber auf die bereits erwähnte Regelung des § 22 Abs. 4 S. 3 BauGB hinzuweisen, die einen Fall regelt, in dem die Behörde ein Ermessen haben soll. Hierin könnte der vom Bundesverwaltungsgericht angesprochene Regelungszusammenhang zu sehen sein, der die Annahme einer gebundenen Ent-

⁸⁷ Rieger, in: Schrödter, § 22 Rn. 15; Dierkes, Die Genehmigungsversagung nach § 172 BauGB, BauR 1993, 129, 131.

⁸⁸ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 14; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 45; Dürr, in: Brügelmann, § 22 Rn. 30.

⁸⁹ Brohm, Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich, JZ 1995, 369, 375.

⁹⁰ Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 22.

scheidung, also die Verneinung eines Ermessens, im Rahmen des § 22 Abs. 4 S. 1 BauGB rechtfertigt.

Nach Auffassung des Verfassers sprechen demgemäß die überwiegenden Gründe für die Verneinung eines Ermessens im Rahmen des § 22 Abs. 4 S. 1 BauGB. Das heißt, bei Vorliegen von Versagungsgründen kann die Genehmigung nicht erteilt werden. Auf die bestehenden Unsicherheiten bei dieser Auslegung wird ausdrücklich hingewiesen.

In jedem Fall ist die Genehmigung zu erteilen, wenn der Versagungsgrund des § 22 Abs. 4 S. 1 BauGB nicht vorliegt. Es besteht ein Genehmigungsanspruch, der ein Versagungsersessen der Behörde ausschließt.⁹¹

2. Erfordernis einer konkreten Beeinträchtigung

a. Voraussetzungen einer konkreten Beeinträchtigung

Während für den Erlass der Satzung die Möglichkeit einer Beeinträchtigung ausreicht (s.o. A. III. 3. c.), muss im Rahmen des Genehmigungsverfahrens eine konkrete Beeinträchtigung festgestellt werden.⁹² Das Gesetz konkretisiert nicht, welche Form von Beeinträchtigung vorliegen muss. Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu fest:

„Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich indes, daß die Beeinträchtigung nicht so sehr in der Begründung von Wohnungseigentum als solchem gesehen wird, die ja als bloße rechtliche Veränderung nach außen nicht in Erscheinung tritt. Der Gesetzgeber hat an diesen Rechtsvorgang vielmehr deshalb angeknüpft, weil das Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgebieten regelmäßig den „Einstieg“ in die Zweitwohnungsnutzung und damit in die Zweckentfremdung für Fremdenverkehrszwecke bedeute (...).“

Die Feststellung einer konkreten Beeinträchtigung wird durch die dem § 22 BauGB zugrunde liegende gesetzliche Vermutung erleichtert. Das Bundesverwaltungsgericht führt aus:

„Der gesetzlichen Regelung liegt (...) die tatsächliche Vermutung zugrunde, daß der Begründung von Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgebieten ein städtebauliches Gefährdungspotential innewohnt, dem durch eine Erschwerung der Bildung von Wohnungseigentum begegnet werden soll. Die mit der Begründung von Zweitwohnungen verbundene Beeinträchtigung für den Fremdenverkehr liegt zum einen darin, daß diese Wohnungen der wechselnden Benutzung durch Fremde entzogen werden, zum anderen in der Tendenz zur Bildung von sog. „Rolladensiedlungen“ oder „Geisterstädten“

⁹¹ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 45; Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 15; Dürr, in: Brügelmann, § 22 Rn. 30.

⁹² BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 28/94 –, BVerwGE 99, 242, 245; OVG Schleswig, Urt. v. 05.08.1993 – 1 L 123/91 –, juris. Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 26.

mit den damit verbundenen finanziellen und städtebaulich nicht vertretbaren Belastungen einer nicht ausgenutzten, gleichwohl aber vorzuhaltenden Infrastruktur“.⁹³

Die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Vermutung ist, wie das Bundesverwaltungsgericht feststellt, nicht unwiderleglich.⁹⁴

Zu der Frage, wann eine Beeinträchtigung im konkreten Fall anzunehmen ist, führt das Bundesverwaltungsgericht aus:

Eine „Beeinträchtigung [liegt] jedenfalls dann vor, wenn aufgrund der konkreten örtlichen Gegebenheiten und feststellbaren Entwicklungstendenzen durch die beantragte Teilung eine (weitere) Verschlechterung der Situation eintritt“.⁹⁵

Problematisch kann die Beurteilung des Vorliegens einer Beeinträchtigung bei kleinen Vorhaben sein, die für sich betrachtet noch nicht zu einer Beeinträchtigung führen. Das Bundesverwaltungsgericht weist diesbezüglich aber darauf hin, dass das einzelne Vorhaben nicht isoliert betrachtet werden dürfe und auch eine negative Vorbildwirkung für die Annahme einer Beeinträchtigung bereits ausreiche:

„Danach liegt eine Beeinträchtigung jedenfalls dann vor, wenn aufgrund der konkreten örtlichen Gegebenheiten und feststellbaren Entwicklungstendenzen durch die beantragte Teilung eine (weitere) Verschlechterung der Situation eintritt (...). Dabei darf die jeweils beantragte Teilung nicht isoliert gesehen werden, da sie – für sich genommen – gerade bei kleineren Vorhaben oft noch nicht zu einer Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion führen wird. Es ist vielmehr regelmäßig eine Reihe solcher Einzelvorgänge, die sukzessiv zu den negativen städtebaulichen Folgen führt. Es reicht deshalb aus, wenn von dem beantragten Vorhaben eine negative Vorbildwirkung ausgeht, die gegebene Situation gleichsam “negativ in Bewegung gebracht” wird“.⁹⁶

Im konkreten Fall stellte das Bundesverwaltungsgericht darauf ab, dass innerhalb eines Jahrzehnts 20 % der Wohnungen als Zweitwohnungen dem Fremdenverkehr entzogen worden seien. Bei einer weiteren Zunahme liege die (weitere) Beeinträchtigung der Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr auf der Hand.⁹⁷

In der Literatur wird dementsprechend darauf hingewiesen, dass ein konkreter Kausalitätsnachweis nicht erforderlich sei.⁹⁸

In der Literatur wird aus der zitierten Rechtsprechung weiterhin der Schluss gezogen, dass die Versagung nicht erst in Betracht komme, wenn in der Gemeinde bereits wiederholt Zweit-

⁹³ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 238 f. – Sylt.

⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 28/94 –, BVerwGE 99, 242, 246.

⁹⁵ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 239.

⁹⁶ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 239 – Sylt.

⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 240 – Sylt.

⁹⁸ Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 28; Dürr, in: Brügelmann, § 22 Rn. 27.

wohnungen entstanden sind.⁹⁹ Auch dies wird jedoch bestritten.¹⁰⁰ Das OVG Schleswig hat in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1993 angenommen, die Genehmigung sei erst dann zu versagen, „wenn mindestens in einigen Einzelfällen (...) festgestellt werden“ könne, „dass die Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr – durch Schaffung von Zweitwohnungen – beeinträchtigt worden“ sei.¹⁰¹ Die zweite der zitierten Entscheidungen des OVG Schleswig war die Grundlage für die zuvor zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die im Übrigen die Insel Sylt betraf. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich zu der Frage, ob auch die erste Umwandlung in eine Zweitwohnung bereits eine Beeinträchtigung der Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr darstellen kann, letztlich jedoch nicht geäußert, da es auf diesen Gesichtspunkt in der Entscheidung wie gesehen nicht ankam. Die Frage ist damit noch nicht abschließend entschieden.

Für die Feststellung der Beeinträchtigung ist gemäß der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts das Gebiet der Fremdenverkehrssatzung nach § 22 BauGB maßgeblich, nicht hingegen das Gebiet des Bebauungsplans, in dem die von der Genehmigung betroffene Wohnung liegt.¹⁰²

b. Umwandlung von Ferienwohnungen

Im vorliegenden Zusammenhang müssen zwei Fallgruppen unterschieden werden. Der Umwandlung in Zweitwohnungen unterliegen zum einen Ferienwohnungen oder Beherbergungsbetriebe, die bislang zur Unterbringung von Touristen zur Verfügung stehen. Dieser Umwandlungsprozess steht im Zentrum der mit § 22 BauGB verfolgten gesetzgeberischen Bemühungen. Die Gesetzesbegründung hebt vor allem auch darauf ab, dass die Zweitwohnungen dem Fremdenverkehr im Sinne wechselnder Feriengäste nicht mehr zur Verfügung stehen und diese Verluste nicht durch die Ausweisung neuen Baulands kompensiert werden können.¹⁰³ Damit ist davon auszugehen, dass die Umwandlung von Ferienwohnungen grundsätzlich eine Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion darstellen kann.

⁹⁹ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 14; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 48; Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 24.

¹⁰⁰ Dagegen allerdings Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 18.

¹⁰¹ Schleswig-Holsteinisches OVG, Urt. v. 05.08.1993 – 1 L 123/91 –, juris; Schleswig-Holsteinisches OVG, Urt. v. 21.10.1993 – 1 L 218/91 –, juris.

¹⁰² BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 28/94 –, BVerwGE 99, 242, 245; BVerwG, Urt. v. 15.05.1997 – 4 C 9/96 –, BVerwGE 105, 1, 5 – Langeoog; so auch Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 28.

¹⁰³ BT-Drs. 10/4630, S. 55.

c. Umwandlung von Wohnungen, die nicht der Fremdenbeherbergung dienen

Schwieriger erscheint der Fall, dass eine Wohnung, die bislang nicht der Fremdenbeherbergung diente, umgewandelt soll. Hier liegt der Einwand nahe, dass die Fremdenverkehrsfunktion nicht unmittelbar betroffen wird. So stellt beispielsweise auch *Krautzberger* fest, die Versagung komme nur in Betracht, „wenn mit der Begründung oder Teilung der Rechte im Sinne des § 22 Abs. 1 BauGB eine Wohnung dem Fremdenverkehr entzogen würde“.¹⁰⁴

Das Bundesverwaltungsgericht legt aber einen weiteren Begriff der Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion zugrunde. Unter Bezugnahme auf die zitierte Tendenz zur Bildung von Rolladensiedlungen und Geisterstädten stellt das Gericht fest:

„Da die zuletzt genannte Tendenz auch bei der Aufteilung bisheriger Wohnhäuser in Eigentumswohnungen gilt, wird die Fremdenverkehrsfunktion nicht nur bei der Aufteilung bisheriger Beherbergungsbetriebe in Eigentumswohnungen beeinträchtigt, sondern grundsätzlich auch bei der Aufteilung bisheriger Wohnhäuser. Davon geht auch die Begründung des Gesetzes aus, die die Umwandlung privater Wohnhäuser in Apartmenthäuser ausdrücklich erwähnt (BTDrucks. 10/4630 S. 55 l. Sp. oben) und eine mögliche Beeinträchtigung auch bei solchen Grundstücken bejaht, die noch nicht Fremdenverkehrszwecken gedient haben (aaO S. 79 l. Sp.).“¹⁰⁵

Ob durch die Begründung von Wohnungseigentum konkret Wohnraum verloren geht, der für die Fremdenbeherbergung geeignet ist, soll nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht entscheidend sein.¹⁰⁶ Im Anschluss an diese Rechtsprechung kommt auch *Krautzberger* zu der Feststellung, eine Beeinträchtigung komme auch dann in Betracht, wenn ein bisher nur für Dauerwohnzwecke genutztes Gebäude in Eigentumswohnungen aufgeteilt werde.¹⁰⁷

d. Beeinträchtigung bei bereits bestehender oder nicht abwendbarer Nutzung als Zweitwohnung?

Eine Beeinträchtigung der Zweckbestimmung des Satzungsgebiets und damit der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung hat das Bundesverwaltungsgericht auch in einem Fall angenommen, in dem das betroffene Haus bereits als Zweitwohnung genutzt wurde und damit der Fremdenbeherbergung entzogen war. In diesem Fall nahm das Gericht an, dass die

¹⁰⁴ *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 8), § 22 Rn. 14.

¹⁰⁵ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 239 – Sylt. Zustimmung Grziwotz, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 10), § 22 Rn. 23. Vgl. auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 01.02.1991 – 1 M 153/90 –, BRS 52 Nr. 92 zu „Wohngebäuden mit Fremdenbeherbergung“.

¹⁰⁶ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 28/94 –, BVerwGE 99, 242, 244.

¹⁰⁷ *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 8), § 22 Rn. 14.

„Begründung zweier rechtlich selbständiger und damit unabhängig voneinander verkehrsfähiger Wohneinheiten (...) die damit eingeleitete Entwicklung weiter verfestigen“ würde. Der „Anreiz, eine größere und damit auch hinsichtlich der laufenden wirtschaftlichen Belastung kostspieligere wirtschaftliche Einheit zumindest gelegentlich zu vermieten, um auf diese Weise etwa die Kosten für die Unterhaltung von Grund und Gebäude zu senken“, sei „größer, als wenn es sich um zwei kleinere wirtschaftliche Einheiten mit jeweils geringerer Kostenlast in der Hand zweier voneinander selbständiger Eigentümer handelte“.¹⁰⁸

In der untergerichtlichen Rechtsprechung finden sich jedoch auch Beispiele für Entscheidungen, die in eine andere Richtung zu tendieren scheinen. Hingewiesen sei auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Augsburg. Das Gericht hat einen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung in mehreren Fällen angenommen. Gemäß der ursprünglichen Baugenehmigung und des Nutzungskonzepts der bestehenden Bruchteilseigentumsgemeinschaft sei der Kläger nicht an der Nutzung als Zweitwohnung, durch Vermietung oder Eigennutzung, gehindert. Dementsprechend vergrößere sich die Gefahr der Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion – Entstehung einer „Rölladensiedlung“ – durch die Begründung von Wohnungseigentum nicht.¹⁰⁹ Inwiefern sich diese Entscheidungen mit der zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Einklang bringen lassen, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Es stellt sich allerdings die Frage, ob hier nicht die zitierte gesetzliche Vermutung (s.o.) unterlaufen wird. In der Tendenz bedeutet diese Rechtsprechung, dass Fremdenverkehrssatzungen nach § 22 BauGB ins Leere laufen: Die Genehmigung wäre deshalb zu erteilen, weil sich die Bildung einer Zweitwohnung ohnehin nicht vermeiden lässt.¹¹⁰ Ob die konkreten Gegebenheiten der zugrunde liegenden Fälle – in dem betroffenen Ort unterlagen „weite Teile“ des Ortes dem Genehmigungsvorbehalt nach § 22 Abs. 4 BauGB, sodass „kaufinteressierten Zweitwohnsitznehmern vielfach keine andere Möglichkeit offen (stand), als sich auf den Erwerb von Bruchteilseigentum zu beschränken“¹¹¹ – eine wesentliche Einschränkung dieser Tendenz bedeuten, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

e. Privatrechtliche Absicherung der Fremdenverkehrsfunktion?

Fraglich erscheint, ob es möglich ist, auf anderem Wege sicherzustellen, dass trotz der Begründung oder Teilung der Rechte im Sinne des § 22 Abs. 1 BauGB, die Wohnung weiterhin dem Fremdenverkehr zur Verfügung steht, und dementsprechend die Genehmigung erteilt werden kann. In der Literatur wird hier – wohl auch gemäß einer zumindest früher vorzufin-

¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 15.05.1997 – 4 C 9/96 –, BVerwGE 105, 1, 6 f. – Langeoog.

¹⁰⁹ VG Augsburg, Urt. v. 27.02.2008 – Au 4 K 07.1511 –, juris. Siehe auch VG Augsburg, Urt. v. 27.02.2008 – Au 4 K 08.41 –, juris; VG Augsburg, Urt. v. 16.10.2005 – Au 4 K 05.791 –, juris.

¹¹⁰ Vgl. Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 24.

¹¹¹ VG Augsburg, Urt. v. 27.02.2008 – Au 4 K 08/41 –, juris Rn. 26; ebenso VG Augsburg, Urt. v. 27.02.2008 – Au 4 K 07/1511 –, juris Rn. 29.

denden Praxis – eine Absicherung auf privatrechtlichem Wege, insbesondere durch Dienstbarkeiten, für möglich gehalten.¹¹² Dem steht jedoch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entgegen. Das Gericht nimmt eine Beeinträchtigung selbst dann an, wenn die Antragsteller sich verpflichten würden, die betreffende Wohnung nicht als Zweitwohnung zu nutzen. Das gelte selbst für den Fall, dass eine schuldrechtlich oder sachenrechtlich wirksame Verpflichtung vorliegen würde. Auch hier bestehe das Überwachungsproblem fort, mit der Folge, dass die Vermutung der Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion nicht ausgeräumt werden könne.¹¹³

f. Beeinträchtigung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung

Aus der Beeinträchtigung der Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr muss zugleich eine Beeinträchtigung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung folgen. Dieser Voraussetzung wird in der Literatur die eigenständige Bedeutung weitgehend abgesprochen.¹¹⁴ Letztlich dürfte es sich hier, ebenso wie bei § 22 Abs. 1 S. 3 BauGB (s.o. A. III. 3. c.), um einen Hinweis handeln, dass es städtebauliche Gründe sein müssen, die die Versagung der Genehmigung tragen. Allerdings findet sich auch die Ansicht, erste Umwandlungsfälle seien auch deshalb unerheblich, weil hier eine Beeinträchtigung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung noch nicht anzunehmen sei.¹¹⁵

3. Vormerkungsschutz

In den Fällen des § 22 Abs. 4 S. 2 BauGB (Vormerkungsschutz) ist die Genehmigung zu erteilen.

4. Vorliegen einer besonderen Härte

Gemäß § 22 Abs. 4 S. 3 BauGB kann die Genehmigung trotz Vorliegens der Versagensvoraussetzungen des § 22 Abs. 4 S. 1 BauGB „erteilt werden, um wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden, die für den Eigentümer eine besondere Härte bedeuten“ würden. Als mögliche wirtschaftliche Nachteile werden in der Literatur zum Beispiel Beeinträchtigungen der Fort-

¹¹² Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 14; Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 30 ff. In diese Richtung auch Dürr, in: Brügelmann, § 22 Rn. 28.

¹¹³ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 241 – Sylt, für den Fall einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit; BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 28/94 –, BVerwGE 99, 242, 245 f., für den Fall einer schuldrechtlichen Verpflichtung. Vgl. auch Schleswig-Holsteinisches OVG, Urt. v. 05.08.1993 – 1 L 123/91 –, juris. So auch Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 19. Dagegen Dürr, in: Brügelmann, § 22 Rn. 28. Sehr kritisch zu BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237; Schmidt, Beerdigung einer Dienstbarkeit, MittBayNot 1996, 179, 179 f.

¹¹⁴ Dürr, in: Brügelmann, § 22 Rn. 29.

¹¹⁵ Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 18.

führung eines Beherbergungsbetriebs oder der Lebensführung des Eigentümers genannt, soweit diese ihre Ursache in der Versagung der Genehmigung haben würden.¹¹⁶ Es muss sich jedoch auch um eine besondere Härte handeln, die sich aus besonderen Umständen ergeben muss. Das Bundesverwaltungsgericht verlangt hier „ungewollte und unverhältnismäßige Belastungen des Eigentümers“.¹¹⁷ Kraft verlangt, dass diese Belastungen nicht dem „typischen Risikobereich eines Eigentümers zuzurechnen“ seien dürften.¹¹⁸ Im konkreten Fall führt das Gericht aus:

„Daran fehlt es jedoch, wenn ein Eigentümer – wie hier die Klägerin – ein Wohnhaus errichtet und später feststellt, daß eine gewinnbringende Veräußerung nur bei einer Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum möglich ist, zumal wenn er in Kenntnis der Beschränkungen einer vorhandenen Satzung nach § 22 BauGB gehandelt hat. Die Fehlkalkulation eines Bauträgers allein kann die Erteilung einer Genehmigung nach der Härteklausele nicht rechtfertigen.“¹¹⁹

In seinem Urteil vom 15.05.1997 stellt das Gericht fest:

„Aus dem Vorbringen der Klägerinnen ergibt sich nichts dazu, daß die Versagung der Genehmigung wirtschaftliche Nachteile zur Folge hätte, die für die Klägerinnen eine besondere Härte bedeuteten. Ihnen steht frei, das Grundstück und das Gebäude in gleicher Weise wie bisher oder im Rahmen des baurechtlich Zulässigen (§ 30 BauGB) auch anders zu nutzen. Das ist nicht unverhältnismäßig.“¹²⁰

Als Beispiele für eine besondere Härte werden in der Literatur genannt: der Eigentümer, der auf die Einnahmen aus dem Verkauf der Eigentumswohnung aus persönlichen Gründen dringend angewiesen ist und anderenfalls einen schwerwiegenden Schaden erleidet;¹²¹ Gefährdung der Fortführung eines Beherbergungsbetriebes;¹²² Gefährdung der Alterssicherung des Inhabers ohne den Verkauf.¹²³ Diese in der Literatur genannten Beispiele mögen eine Orientierung geben. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles.¹²⁴

Das OVG Lüneburg hat in seiner Entscheidung vom 21.10.1993 eine besondere Härte verneint: Erhebliche finanzielle Aufwendungen zur Finanzierung einer Eigentumswohnung wur-

¹¹⁶ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 16; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 51.

¹¹⁷ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 28/94 –, BVerwGE 99, 242, 248 im Anschluss an Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 22 Rn. 16.

¹¹⁸ Kraft, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 32.

¹¹⁹ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 28/94 –, BVerwGE 99, 242, 248. Zustimmung Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 29.

¹²⁰ BVerwG, Urt. v. 15.05.1997 – 4 C 9/96 –, BVerwGE 105, 1, 6.

¹²¹ Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 32.

¹²² Grziwotz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 22 Rn. 29.

¹²³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 51; Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 342.

¹²⁴ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 51.

den, jedenfalls in dem Fall, dass eine wirtschaftlich ausweglose Situation der Eigentümer nicht besteht, als nicht ausreichend betrachtet.¹²⁵ In der Rechtsprechung findet sich weiterhin ein Beispiel des Verwaltungsgerichts München.¹²⁶ Dort hatte das Gericht den Umstand, dass die Eigentümerin das Grundstück in Kenntnis einer Bindung für den Fremdenverkehr erworben habe, und den Umstand, dass die Vermietung von Zimmern oder Wohnungen an Feriengäste grundsätzlich möglich und wirtschaftlich sei, als Anhaltspunkte genommen, die gegen eine besondere Härte sprächen. „Saisonale bzw. konjunkturell bedingte Schwankungen in der Belegung“ trafen „regelmäßig alle am Markt vertretenen Anbieter, sodass darin keine nur einen einzelnen unverhältnismäßig treffende Belastung gesehen werden“ könne.

Zu den exemplarisch referierten Ansichten soll an dieser Stelle nicht Stellung genommen werden.

Soweit die Voraussetzung des § 22 Abs. 4 S. 3 BauGB erfüllt ist, kommt der zuständigen Behörde ein Ermessen zu.

V. Bewertung der Vorschrift und Ausblick

§ 22 BauGB enthält einen besonderen Wirkungsmechanismus. Er macht nicht den städtebaulich unerwünschten Prozess der Umwandlung von Dauerwohnungen oder Ferienwohnungen in Zweitwohnungen zum Anknüpfungspunkt für ein Verbot. Vielmehr nimmt der Gesetzgeber die in § 22 Abs. 1 S. 1 und 2 BauGB genannten Rechtsvorgänge als Ausgangspunkt. Diese stehen stellvertretend für die Zweitwohnungsbildung, auf die die gesetzliche Regelung eigentlich abzielt. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die Begründung der bezeichneten Rechte in vielen Fällen zu einer Nutzung als Zweitwohnung führt.

Hierin liegt zunächst eine Stärke dieser Regelung. Der Gesetzgeber geht letztlich davon aus, dass die Einhaltung der planungsrechtlichen Vorgaben, soweit diese die Bildung von Zweitwohnungen überhaupt ausschließen können, nicht kontrollierbar ist. Er unterstellt ein Vollzugsdefizit. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus:

„Die tatsächliche Umsetzung dieser Absicht [eine Eigentumswohnung nicht als Zweitwohnung zu nutzen] wäre zudem nicht in praktikabler Weise überprüfbar, da zwischen der Nutzung einer Wohnung ausschließlich als Zweitwohnung oder als fremdenverkehrsmäßig vermieteter Wohnung zahlreiche Übergangs- und Zwischenstadien denkbar sind, die nach außen "optisch" kaum unterscheidbare Nutzungen darstellen. Eine effektive Überprüfung der tatsächlichen Nutzung innerhalb dieses Rahmens würde daher konkrete Nachforschungen "vor Ort" (einschließlich eines Betre-

¹²⁵ Schleswig-Holsteinisches OVG, Urt. v. 21.10.1993 – 1 L 218/91 –, juris.

¹²⁶ VG München, Urt. v. 30.06.2010 – M 9 K 08.4664 –, juris.

tungs- und Befragungsrechts) voraussetzen, die wegen der jederzeitigen leichten Veränderbarkeit der Nutzung zudem mehr oder weniger permanent erfolgen müssten.“¹²⁷

Um diesem zu begegnen, macht der Gesetzgeber sich die Erforderlichkeit der Eintragung in das Grundbuch für die Begründung bestimmter Rechte zunutze. Indem er die Begründung dieser Rechte einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt und die Erteilung der Genehmigung zur Voraussetzung der Eintragung in das Grundbuch macht, übernimmt gleichsam das Grundbuchverfahren die Kontrollfunktion. Die Entstehung einer „Schwarznutzung“ ist damit weitgehend ausgeschlossen, da der Zweitwohnungsinhaber zur Begründung der angestrebten Rechte eine Genehmigung benötigt und deshalb von sich aus an die zuständigen Behörden herantreten wird.

In diesem Regelungsmechanismus ist jedoch auch zugleich die Schwäche des § 22 BauGB begründet. Soweit es um die Vermeidung der Schaffung von Zweitwohnungen geht, muss dieser Regelungsmechanismus versagen, wenn dieser Prozess nicht mit der Bildung der in § 22 BauGB bezeichneten Rechte einhergeht. Die seitens des Inselbauamts geschilderten Erfahrungen zeigen, dass die Zweitwohnungsnutzung auf anderen Rechtsverhältnissen, als denen, deren Begründung unter den Genehmigungsvorbehalt des § 22 BauGB fällt, gegründet wird. § 22 BauGB wird auf diese Weise „umgangen“. Rechtsprechung und Literatur hat vor allem das so genannte „§ 1010 BGB-Modell“ beschäftigt (s.o. A. II.). Auf die Details dieser – oder anderer – Umgehungsstrategien soll an dieser Stelle – auftragsgemäß – nicht eingegangen werden. Weitere nicht umfasste Rechtsvorgänge nennt *Dürr*.¹²⁸ Zu beachten ist aber auch, dass der § 22 BauGB bereits bei einer allein auf einem schuldrechtlichen Mietverhältnis beruhenden Zweitwohnungsnutzung nicht eingreift. Festzuhalten ist damit, dass nach Aussagen der Auftraggeberin § 22 BauGB in seiner derzeitigen Form keine Wirkung mehr entfaltet. Bezeichnend ist, dass dementsprechend erwogen wird, die Fremdenverkehrssatzungen nach § 22 BauGB aufzuheben. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Sylter Gemeinden wohl Musterfälle von Fremdenverkehrsgemeinden sein dürften und hier – Vergleiche verbieten sich, da entsprechende empirische Untersuchungen nicht vorliegen – wohl von einem besonders hohen Umwandlungsdruck auszugehen ist. Auch stand die damalige Stadt Westerland im Mittelpunkt des gesetzgebungsbegleitenden Planspiels des Deutschen Instituts für Urbanistik.¹²⁹

Bemerkenswert erscheinen im Übrigen die zitierten Ausführungen des Verwaltungsgerichts Augsburg, das – zugespitzt und verkürzt ausgedrückt – aus der Möglichkeit der Zweitwohnungsbildung auf anderem Wege gefolgert hat, die Begründung der Rechte im Sinne des § 22 Abs. 1 S. 1 und 2 BauGB könne die Zweckbestimmung der betroffenen Gebiete für den

¹²⁷ BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 28/94 –, BVerwGE 99, 242, 246; des Weiteren BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 240 – Sylt.

¹²⁸ Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 20.

¹²⁹ Schäfer/Scharmer/Schmidt-Eichstaedt, Planspiel zum Baugesetzbuch, 1986, S. 93 ff.

Fremdenverkehr schon deshalb nicht beeinträchtigen, weil die Zweitwohnungen ohnehin entstünden. Dies würde bedeuten, dass aus der Möglichkeit der Umgehung ein Anspruch auf Genehmigung folgt, was in der Tendenz die Regelung des § 22 BauGB letztlich leerlaufen ließe. Inwieweit dieser Rechtsprechung zuzustimmen ist, soll hier nicht weiter vertieft werden.

Hinsichtlich des konkreten Umgangs mit bestehenden Fremdenverkehrssatzungen nach § 22 BauGB lassen sich folgende Überlegungen anstellen. Die Annahme, dass die Fremdenverkehrssatzungen nach § 22 BauGB keine Wirkung erzielen, legt ihre Aufhebung nahe. Dabei soll die Frage der Verhältnismäßigkeit des Festhaltens an den Satzungen hier ausgeklammert werden. Letztlich stellt sich die grundsätzliche Frage nach der Berechtigung des Instruments der Fremdenverkehrssatzung. Interessant erschiene in diesem Zusammenhang ein Vergleich der Entwicklung in solchen Gebieten, in denen die Satzungen in der Vergangenheit konsequent angewendet wurden, mit Gebieten, in denen das nicht geschehen ist.

Wirkungen können nach Auffassung des Verfassers von den Fremdenverkehrssatzungen noch in zweierlei Hinsicht ausgehen: Zunächst stellt sich die Frage, ob den Satzungen nicht doch eine gewisse Wirkung zugemessen werden kann. Hier ließe sich zum einen die Vermutung anstellen, dass einzelne potentielle Käufer von Zweitwohnungen durch die fehlende Möglichkeit, die in § 22 Abs. 1 BauGB genannten Rechte nach dem WEG zu begründen oder zu teilen, abgeschreckt werden. Bei einer Aufhebung der Satzung könnten diese wieder auf den Wohnungsmarkt zurückkehren und auf diese Weise die Nachfrage nach Zweitwohnungen noch erhöhen. Unterstellt man in diesem Fall weiter steigende Preise, würde der Anreiz zur Umwandlung noch zunehmen. Allerdings obliegt es der Einschätzung der Gemeinde, ob dieser Effekt praktisch überhaupt noch eine Rolle spielt. Zum Zweiten ist zu bemerken, dass die Umgehungslösungen gegenüber dem Erwerb der genannten Rechte juristische und wirtschaftliche Nachteile mit sich zu bringen scheinen (wobei dies im Gutachten nicht im Einzelnen untersucht wird). Käufer, die eine Genehmigung erteilt bekommen, weil sie keine Zweitwohnung begründen, hätten demgegenüber einen Vorteil. Ob diese zugegebenermaßen eingeschränkte und das eigentliche Ziel – die Verhinderung der Bildung von Zweitwohnungen – wohl nicht erreichenden Wirkungen ein Festhalten an den Satzungen rechtfertigt, obliegt der Einschätzung der Gemeinde.

Strategisch lassen sich folgende Überlegungen anstellen. Wie in dem Gutachten aufgezeigt wird, ist eine Ausdehnung der Anwendung des § 22 BauGB auf die erwähnten Umgehungskonstruktionen nach derzeitiger Rechtslage wohl unwahrscheinlich bis weitgehend ausgeschlossen. Jedenfalls die Rechtsprechung des OLG Schleswig steht dem entgegen. Allerdings ist es theoretisch denkbar – wenn auch nicht notwendigerweise wahrscheinlich –, dass dieser Standpunkt von anderen Gerichten nicht bestätigt und durch höchstrichterliche Rechtsprechung in der Zukunft revidiert würde. In diesem Fall könnten die bestehenden Satzungen nach § 22 BauGB eine neue Wirkungsdimension erhalten.

Eine weitere Überlegung könnte auf eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 22 BauGB durch den Gesetzgeber zielen. Sollte der Gesetzgeber sich in der Zukunft der Problematik der Fremdenverkehrsgemeinden in der Weise annehmen, dass er den Anwendungsbereich des § 22 BauGB ausweitet, könnte das Vorhandensein bestehender Satzungen von Vorteil sein. Eine Ausweitung würde zwar wohl eher nicht bestehende Satzungen erfassen. Die Ergänzung bestehender Satzungen oder die Ersetzung einer bestehenden Satzung durch eine neue Satzung durch die Gemeinde im Anschluss an eine etwaige Novelle erschiene aus der Sicht des Verfassers jedoch einfacher als die vollständige Neuaufstellung.

Mit Blick auf die Weiterentwicklung des Städtebaurechts sind grundsätzliche Schlüsse aus der Betrachtung des § 22 BauGB zu ziehen. Zum einen könnte der Schluss gezogen werden, dass der Ansatz des § 22 BauGB „gescheitert“ ist. Die Begründung hierfür könnte darin liegen, dass § 22 BauGB nicht am eigentlichen städtebaulichen Phänomen, der Entstehung von Zweitwohnungen, anknüpft, sondern stellvertretend an der Begründung und Teilung der in § 22 Abs. 1 BauGB genannten Rechte. Allerdings sind auch eine Reihe der Umgehungsstrukturen eintragungspflichtig. Hier liegt es nach Auffassung des Verfassers näher, den Ansatz des § 22 BauGB nicht vollständig aufzugeben, sondern auf mögliche Umgehungsstrukturen auszuweiten.

Unabhängig hiervon ist der Fokus auch auf solche Instrumente zu richten, die die spezifische Schwäche des § 22 BauGB nicht aufweisen. Das heißt, es sollen verstärkt Instrumente in den Blick genommen werden, die an dem jeweiligen städtebaulichen Phänomen selbst anknüpfen. Dies schon deshalb, weil auch bei einer Ausweitung des § 22 BauGB nicht auszuschließen ist, dass es zu neuen Umgehungsstrukturen kommt. Dabei soll aber der Grundgedanke des § 22 BauGB, die Kontrollfreundlichkeit, aufgegriffen werden. Hierfür scheint sich besonders das Instrument des Genehmigungsvorbehalts zu eignen, da es die Verwaltung in die Situation versetzt, dass ein Antragsteller von ihr die Genehmigung für die Vornahme einer Handlung ersucht.¹³⁰ Die Verwaltung muss also ihrerseits nicht in erster Linie selbst ermittelnd tätig werden.

¹³⁰ Auch Greiving, Die Satzung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion gemäß § 22 BauGB und ihre gemeindliche Anwendungspraxis, DVBl. 2001, 336, 344 hält den Genehmigungsvorbehalt für ein zentrales Instrument.

B. Erhaltungssatzungen gemäß § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB

I. Anwendung in der vorliegenden Problematik und Systematik

1. Praktische Bedeutung

Ausgangspunkt des Gutachtens ist wie gesehen, dass Wohnungen, die zuvor der dauerhaft ansässigen Wohnbevölkerung zur Verfügung gestanden hatten, im Wesentlichen in eigen genutzte Zweitwohnungen und wechselnden Personenkreisen zur Verfügung stehende Ferienwohnungen umgewandelt werden. Außerdem findet ein Umwandlungsprozess von Ferienwohnungen in Zweitwohnungen statt.

Ein Mittel, um diesen Prozessen zu begegnen, ist die Erhaltungssatzung nach § 172 BauGB – in der hier interessierenden Konstellation in Form der auch sogenannten Milieuschutzsatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB. In der Anwendung dieses Instruments kann die Gemeinde Sylt bereits auf Erfahrungen zurückgreifen und hat eine besondere Rolle in der Fortentwicklung des Instrumentariums gespielt. So lagen der auch heute noch viel zitierten Entscheidung des OVG Lüneburg vom 25.04.1983¹³¹ zu Erhaltungssatzungen nach § 39h BBauG a. F. zwei – vom Gericht aufrechterhaltene – Satzungen für Teile von Westerland zugrunde.

Auch aktuell spielen die Erhaltungssatzungen nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB auf der Insel Sylt eine erhebliche Rolle. Nach Auskunft des Inselbauamts finden sich in allen Sylter Gemeinden Erhaltungssatzungen. In der Gemeinde Sylt finden sich in fünf der sieben Ortsteile Erhaltungssatzungen, die zumindest auch der Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung dienen.¹³² Dabei wird die Stoßrichtung der Erhaltungssatzungen deutlich in der Formulierung, die sich in der Erhaltungssatzung Westerland IX findet, die aber für die meisten anderen vom Verfasser recherchierten Erhaltungssatzungen repräsentativ ist:

„Zur Erhaltung der vorhandenen Bevölkerungsstruktur, die sich weitgehend durch eine ortsgebundene Wohnbevölkerung auszeichnet, die mit ihrem Hauptwohnsitz und Lebensmittelpunkt im Ort ansässig ist und deren Zusammensetzung für die Erhaltung der Wohn- und Wirtschaftsstruktur des Ortsteiles Westerland zwingend erforderlich ist (...).“¹³³

Im Folgenden werden die wesentlichen Aspekte der Anwendung der Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB auf die hier im Mittelpunkt stehenden Umwandlungsprozesse untersucht. Die Untersuchung setzt demgemäß Schwerpunkte und erörtert nicht alle rechtli-

¹³¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905.

¹³² <http://www.grips-sylt.info/grips/index.html?user=gast&pw=gast&zeigen=22&rw=3457164&hw=6086409&m=200000> (letzter Aufruf 29.12.2011)

¹³³ http://www.grips-sylt.info/grips_daten/e_wesIX/Wes.%C2%A7172.Gebiet.IX.Plan.Text.pdf (letzter Aufruf 29.12.2011).

chen Fragen, die möglicherweise mit dem Erlass und der Anwendung von Erhaltungssatzungen verbunden sind.

2. Überblick über das Instrumentarium

Der Gesetzgeber schafft in § 172 BauGB ein zweistufiges Instrument.¹³⁴ Im ersten Schritt wird für ein bestimmtes Gebiet die Erhaltungssatzung erlassen. Möglich ist auch, die Regelungen in einem Bebauungsplan zu treffen. Die Wahl der Rechtsform steht im Ermessen der Gemeinde.¹³⁵ Beim Erlass durch eine gesonderte Satzung kommen die Verfahrensanforderungen des Bebauungsplans nicht zur Anwendung.¹³⁶ Gegebenenfalls kommen die Bestimmungen über den Erlass kommunaler Satzungen zum Tragen.¹³⁷ Für die Veröffentlichung kommt gemäß § 172 Abs. 1 S. 3 BauGB § 16 Abs. 2 BauGB zur Anwendung.¹³⁸ Die Festlegung des Erhaltungsgebietes in einem Bebauungsplan bietet sich etwa an, wenn für das betroffene Gebiet ohnehin die Aufstellung eines Bebauungsplans beabsichtigt ist oder für die Erreichung der Erhaltungsziele weitere Festsetzungen in einem Bebauungsplan erforderlich sind.¹³⁹ Soweit das Erhaltungsgebiet in einem Bebauungsplan festgelegt wird, kommen die verfahrensrechtlichen Anforderungen des Bauleitplanverfahrens zum Tragen.¹⁴⁰

Die Variante der Festlegung in einem Bebauungsplan soll im Folgenden nicht detailliert untersucht werden. Dementsprechend wird in der Darstellung pauschal auf die Erhaltungssatzung Bezug genommen. Die Ausführungen gelten jedoch für die Festlegung eines Erhaltungsgebiets in einem Bebauungsplan entsprechend, außer es ergeben sich aus der Wahl der Rechtsform spezifische Abweichungen.

Aus der Erhaltungssatzung folgt eine Genehmigungspflicht für den Rückbau, die Änderung oder die Nutzungsänderung baulicher Anlagen. Soweit die Landesregierung von der Verordnungsermächtigung des § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB Gebrauch gemacht hat, kommt in den Fällen der Milieuschutzsatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB noch die Genehmigungspflicht für die Begründung von Wohnungseigentum und Teileigentum (§ 1 WEG) hinzu. Die Erteilung der Genehmigung stellt die zweite Stufe des Instrumentariums dar. Mit dem Ge-

¹³⁴ BVerwG, Urt. v. 03.07.1987 – 4 C 26/85 –, BVerwGE 78, 23, 26

¹³⁵ Bank, in: Brügelmann, § 172 Rn. 50; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 58.

¹³⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2906; Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 51; Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 23; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 66.

¹³⁷ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 51.

¹³⁸ Vgl. hierzu BVerwG, Beschl. v. 08.07.1992 – 4 NB 20/92 –, NVwZ-RR 1993, 262.

¹³⁹ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 51; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 58. Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 18.05.2001 – 4 CN 4/00 –, BVerwGE 114, 247, 256 f.

¹⁴⁰ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 51; Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 23.

nehmungsvorbehalt wird der Gemeinde ein Instrument an die Hand gegeben, mit dessen Hilfe sie unerwünschte Entwicklungen kontrollieren kann.¹⁴¹

Weiterhin steht der Gemeinde im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ein Vorkaufsrecht zu, das sich gemäß § 24 Abs. 2 BauGB jedoch nicht auf den Kauf von Rechten nach dem WEG und Erbbaurechten erstreckt.

3. Verhältnis zum Bauplanungs- und Bauordnungsrecht

Die Erhaltungssatzung überlagert die bauplanungsrechtliche Situation. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies im Hinblick auf die Genehmigung nach § 172 Abs. 3 BauGB (Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB) für den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 1 BauGB ausdrücklich entschieden.¹⁴² Die Frage, ob dies auch „im Fall eines dauerhaften Widerspruchs zwischen den Festsetzungen eines Bebauungsplans und den Regelungen der Erhaltungssatzung“ gelte, hat das Gericht in der zitierten Entscheidung ausdrücklich offen gelassen.¹⁴³ Von der Literatur wird wohl überwiegend vertreten, dass allgemein auch solche Vorhaben, die bauplanungsrechtlich gemäß §§ 30 ff. BauGB zulässig sind, dem Genehmigungsvorbehalt unterliegen und gemäß der Erhaltungsziele der Satzung unzulässig werden können.¹⁴⁴ Gleichwohl wird in der Literatur auch eine Pflicht zur Herstellung „materieller Konkordanz“ des Planungsrechts vertreten.¹⁴⁵ Lemmel legt für Fälle der Kollision von Erhaltungssatzung und Bebauungsplan die Prüfung der Wirksamkeit der Normen nahe.¹⁴⁶ Der Frage, inwieweit sich aus dem Widerspruch von planungsrechtlicher Situation im Sinne der §§ 30 ff. BauGB und den Erhaltungszielen einer Erhaltungssatzung Handlungspflichten der Gemeinde ergeben können, soll an dieser Stelle jedoch nicht vertieft nachgegangen werden.

Die Erhaltungssatzung schafft einen selbstständigen Genehmigungstatbestand, der insbesondere nicht von der bauordnungsrechtlichen Genehmigungspflicht abhängt, was sich auch an der Regelung des § 173 BauGB zeigt.¹⁴⁷

¹⁴¹ Vgl. Köhler, in: Schrödter (Fn. 10), § 172 Rn. 5.

¹⁴² BVerwG, Beschl. v. 03.12.2002 – 4 B 47/02 –, NVwZ-RR 2003, 259.

¹⁴³ BVerwG, Beschl. v. 03.12.2002 – 4 B 47/02 –, NVwZ-RR 2003, 259.

¹⁴⁴ Bank, in: Brügelmann, § 172 Rn. 44; Köhler, in: Schrödter, BauGB § 172 Rn. 36; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 42.

¹⁴⁵ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 43; in diese Richtung auch Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 140 f.

¹⁴⁶ Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 30.

¹⁴⁷ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 1, 44; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 4.

4. Sonstige Satzungen und Regelungen des § 172 BauGB

Im Rahmen dieser Untersuchung wird allein die Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB („zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung“) behandelt, die auch als Milieuschutzsatzung bezeichnet wird.¹⁴⁸ § 172 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ist demgegenüber von untergeordneter Rolle, weil hier das Erhaltungsziel die städtebauliche Eigenart des Gebiets aufgrund seiner städtebaulichen Gestalt ist, also die Bewahrung der baulichen Struktur.¹⁴⁹ Zwar mag mit den zugrunde liegenden Prozessen auch eine Veränderung der städtebaulichen Gestalt einhergehen. Hierbei handelt es sich jedoch um einen Nebengesichtspunkt, dem in dieser Untersuchung nicht weiter nachgegangen werden soll. Auch die Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 Nr. 3 BauGB „bei städtebaulichen Umstrukturierungen“ soll nicht weiter vertieft werden. Die Abgrenzung zu den Satzungen nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB wird hier darin gesehen, dass der Anknüpfungspunkt der Satzungen nach § 172 Abs. 1 Nr. 3 BauGB beabsichtigte Umstrukturierungsprozesse sind. Die Erhaltungssatzung solle hier für einen sozialverträglichen Ablauf sorgen. Demgegenüber erfasst § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB allgemein Vorhaben, die zu einer Verdrängung der Wohnbevölkerung führen.¹⁵⁰ Zumindest die Erhaltungszwecke des § 172 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB lassen sich aber nach in der Literatur verbreiteter Ansicht kombinieren.¹⁵¹

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB die Landesregierungen ermächtigt, „für die Grundstücke in Gebieten einer Satzung nach Satz 1 Nr. 2 durch Rechtsverordnung mit einer Geltungsdauer von höchstens fünf Jahren zu bestimmen, dass die Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 des Wohnungseigentumsgesetzes) an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, nicht ohne Genehmigung erfolgen darf“. Soweit ersichtlich besteht eine solche Rechtsverordnung im Land Schleswig-Holstein nicht.¹⁵² Diese Möglichkeit wird nicht in die Untersuchung mit einbezogen.

¹⁴⁸ Vgl. Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1137.

¹⁴⁹ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 27.

¹⁵⁰ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 28.

¹⁵¹ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 17; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 22; Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 5.

¹⁵² Vgl. Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 115; Oehmen, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 172 Rn. 9: nur Hamburg habe von der Verordnungsermächtigung bislang Gebrauch gemacht.

II. Voraussetzungen für den Erlass einer Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB

1. Erhaltungsziel der Milieuschutzsatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB

Die Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB setzt voraus, dass die Gemeinde das Ziel der „Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung“ verfolgt. Bereits § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB verweist auf die Konkretisierung dieses Ziels in § 172 Abs. 4 BauGB. Dieser regelt, dass die Genehmigung nur versagt werden darf, „wenn die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll“.

Erhaltungsziel der Milieuschutzsatzung ist hier die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung. Dabei kommt es nicht auf eine bestimmte oder besondere Zusammensetzung der Wohnbevölkerung an. Eine Erhaltungssatzung kommt nach wohl ganz überwiegender Auffassung grundsätzlich bei jeder Art von Wohnbevölkerung in Betracht.¹⁵³ Das Bundesverwaltungsgericht formuliert – noch bezogen auf § 39h BBauG a. F. –:

„Schutzwürdig ist deshalb ein Gebiet mit grundsätzlich jeder Art von Wohnbevölkerung, soweit deren Zusammensetzung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll.“¹⁵⁴

Den Grundgedanken der Regelung – ebenfalls noch bezogen auf § 39h BBauG a. F. – formuliert das Bundesverfassungsgericht wie folgt:

„Damit kann für die in einem intakten Gebiet wohnenden Menschen der Bestand der Umgebung gesichert und so die Bevölkerungsstruktur in einem bestimmten Ortsteil vor unerwünschten Veränderungen geschützt werden.“¹⁵⁵

Allenfalls bei einer Bevölkerungsstruktur, die städtebaulich unerwünscht ist oder zu Missständen führt, wird erwogen, sie aus dem Anwendungsbereich der Erhaltungssatzung auszuschließen.¹⁵⁶

¹⁵³ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 69; BayVGH, Urt. v. 05.08.1994 – 2 N 91/2476 –, NVwZ-RR 1995, 429; Löhr, NVwZ 1982, 19, 20; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 41; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 19; Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 8; Bank, in: Brüggemann, § 172 Rn. 25. Anders hingegen LG München, Urt. v. 03.08.1981 – O 18478/80 –, NVwZ 1982, 59, 60.

¹⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 69.

¹⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.01.1987 – 1 BvR 969/83 –, NVwZ 1987, 879; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 69.

¹⁵⁶ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 41 f., nennt als Beispiel eine Wohnbevölkerung, die durch „weit überdurchschnittliche, anhaltende Kriminalität oder verbreiteten Vandalismus“ auffällt; BayVGH, Urt. v. 05.08.1994 – 2 N 91/2476 –, NVwZ-RR 1995, 429: „negativ zu bewertende Strukturen, etwa eine einseitige Bevölkerungsstruktur“.

2. Vorliegen besonderer städtebaulicher Gründe

a. Besondere städtebauliche Gründe als Voraussetzung für den Erlass einer Erhaltungssatzung

Nicht ganz deutlich ist, ob auch das Vorliegen besonderer städtebaulicher Gründe bereits eine Voraussetzung für den Erlass der Satzung ist, oder ob dieses Tatbestandsmerkmal erst bei Versagung der Genehmigung erfüllt sein muss. Der Wortlaut der Regelung ließe sich zwar auch im Sinne der zweiten Interpretation deuten. In Literatur und Rechtsprechung wird diese Voraussetzung jedoch zumeist bereits für den Erlass der Erhaltungssatzung verlangt.¹⁵⁷ Auch der Gesetzgeber hat bei der Regelung des § 172 Abs. 1 BauGB den städtebaulichen Charakter der Regelung betont.¹⁵⁸ Und schließlich bietet auch der Gesetzeswortlaut selbst einen Anhaltspunkt: Bei der Nennung des Erhaltungsziels in § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB wird bereits auf die Regelung des § 172 Abs. 4 BauGB verwiesen.¹⁵⁹ Da diese Frage letztlich im vorliegenden Kontext nicht von Gewicht ist, soll die strengere Auslegung zugrunde gelegt werden, die auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entsprechen dürfte: Das Vorliegen der besonderen städtebaulichen Gründe ist bereits für den Erlass der Satzung zu verlangen.

b. Begriff der besonderen städtebaulichen Gründe

Der Begriff der besonderen städtebaulichen Gründe wird vom Gesetzgeber an verschiedenen Stellen im Städtebaurecht verwendet. Bei den besonderen städtebaulichen Gründen soll es sich nicht um eine spezielle Kategorie städtebaulicher Gründe handeln. Die Besonderheit der städtebaulichen Gründe soll vielmehr aus ihrer Beziehung zu der besonderen städtebaulichen Situation, aus der Zielrichtung der jeweiligen Vorschrift abzuleiten sein.¹⁶⁰ Das bedeutet, die Verdrängung der Wohnbevölkerung, der § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB entgegenwirkt, muss auch nachteilige städtebauliche Auswirkungen haben.¹⁶¹

c. Anforderungen an die Konkretisierung

Das OVG Lüneburg hat in seiner Entscheidung vom 25.04.1983 dazu ausgeführt:

¹⁵⁷ So offenbar auch BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 69. Aus der Literatur Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 42; Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 8; Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1137, 1139.

¹⁵⁸ BT-Drs. 10/4630, S. 139.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu BayObLG, Beschl. v. 23.11.1994 – 3 ObOWi 93/94 –, BauR 1995, 368, 370.

¹⁶⁰ So Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 43.

¹⁶¹ Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 8; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 43.

„Dabei reichen freilich vage Befürchtungen, die mehr oder weniger jede Veränderung als möglicherweise nachteilig erscheinen lassen, nicht aus, vielmehr müssen sich die nachteiligen Folgen - besondere städtebauliche Gründe i. S. des § 39h III BBauG - mit der bei Prognosen möglichen Sicherheit abschätzen lassen.“¹⁶²

Dem folgt in der Literatur beispielsweise *Stock*.¹⁶³ Dabei soll eine Gemeinde jedoch nicht gezwungen sein, bis zum Eintritt der städtebaulichen Probleme abzuwarten. Schon bei ersten Vorhaben oder konkreten Absichten sei der Erlass der Erhaltungssatzung gerechtfertigt.¹⁶⁴ Der VGH München führt dazu aus:

„Hiervon schon im Vorfeld als möglich erkannter unerwünschter Entwicklungen Gebrauch zu machen, entspricht der gesetzgeberischen Intention. Der Gemeinde kann nicht zugemutet werden, mit dem Erlaß einer Erhaltungssatzung abzuwarten, bis die hierdurch zu steuernden strukturellen Veränderungen einsetzen, wie andererseits der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einer rein prophylaktischen Anwendung dieses Instrumentariums entgegensteht; Anhaltspunkte für eine mögliche negative Entwicklung müssen daher vorliegen. Ausreichend ist aber bereits das Aufkommen eines sich andeutenden Verdrängungsprozesses“.¹⁶⁵

In der Literatur wird darauf hingewiesen, vorbereitende Untersuchungen seien zwar nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet. Ihre Erforderlichkeit ergäbe sich für Festlegungen nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB aber aus der „Natur der Sache“. Genannt werden Untersuchungen zur Bevölkerungsstruktur und die sich aus der Veränderung der Zusammensetzung der Bevölkerung ergebenden städtebaulichen Auswirkungen.¹⁶⁶ Allerdings wird vertreten, dass eine Gemeinde auf vorhandene Daten zurückgreifen darf, wenn diese noch genügend aktuell seien.¹⁶⁷

Der VGH München hat die Anforderungen an die Prognose wie folgt beschrieben:

„Die Gemeinde darf sich bei der Prognose der künftigen Entwicklung auf nach der Lebenserfahrung typische Entwicklungen stützen (...). Besondere vorbereitende Untersuchungen sind – anders als bei Sanierungssatzungen (vgl. § 141 BauGB) – nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn die Gemeinde aus der Analyse bei ihr bereits vorhandener Daten zur Erkenntnis gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Erhaltungssatzung gegeben sind (BayVGH vom 2.4.1996 BayVBl 1996, 594). Die gerichtliche Kontrolle der ihrem Wesen nach prognostischen Entscheidung bezieht sich allein darauf, ob die der Prognose zugrunde gelegten Maßstäbe methodisch fachgerecht erstellt

¹⁶² OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2908.

¹⁶³ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 44.

¹⁶⁴ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 44.

¹⁶⁵ VGH München, Urt. v. 02.04.1996 – 1 N 92/1636 –, NVwZ-RR 1997, 595.

¹⁶⁶ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 75.

¹⁶⁷ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 75; des Weiteren Köhler, in: Schröder, § 172 Rn. 8; Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1137, 1137 f.

worden sind und ob bei der Prognoseentscheidung von willkürlichen Annahmen oder von offensichtlichen Unwahrscheinlichkeiten ausgegangen ist“.¹⁶⁸

Der Rückgriff auf die „nach der Lebenserfahrung typischen Entwicklungen“ findet sich auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Im Zusammenhang mit der Genehmigungserteilung führt das Bundesverwaltungsgericht zu den Anforderungen an die Prognose aus:

„Die Frage, ob eine einzelne genehmigungspflichtige Baumaßnahme zu einer solchen allgemeinen Verdrängungsgefahr führt, ist in den meisten Fällen nur aufgrund einer Prognose der künftigen Entwicklung zu beantworten. (...)

Die gerichtliche Kontrolle dieser ihrem Wesen nach prognostischen Entscheidung der Beklagten bezieht sich allein darauf, ob die der Prognose zugrunde gelegten Maßstäbe methodisch fachgerecht erstellt wurden. Davon ist im vorliegenden Fall auszugehen. Es entspricht der Lebenserfahrung, daß bauliche Maßnahmen, die zu Mieterhöhungen führen können, die über der für das Erhaltungsgebiet ermittelten Durchschnittsmiethöhe oder auch durchschnittlichen Mietbelastungsgrenze liegen, tendenziell zur Gefahr der Verdrängung der ansässigen Wohnbevölkerung führen“.¹⁶⁹

Zu den exemplarisch wiedergegebenen Standpunkten soll hier keine Stellung genommen werden.

d. Vorliegen besonderer städtebaulicher Gründe

Als Beispiele für besondere städtebauliche Gründe wird vom Bundesverwaltungsgericht etwa das Funktionieren bestimmter Infrastrukturen, die auf die ansässige Bevölkerung abgestimmt sind, genannt.¹⁷⁰ Das Gericht führt beispielsweise aus:

„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte hier als besondere städtebauliche Gründe ins Feld geführt, daß die Infrastruktureinrichtungen des Altstadtgebiets abgestimmt seien auf die ansässige Bevölkerung, die gekennzeichnet sei durch geringe Mobilität bei einem hohen Anteil älterer Personen und durch ein niedriges Einkommensniveau. Preisgünstiger Ersatzwohnraum könne für die ansässige Bevölkerung im Falle ihrer Verdrängung nicht zur Verfügung gestellt werden. Mit dem Zuzug einkommensstärkerer Bevölkerungskreise in das Satzungsgebiet sei eine Erhöhung des jetzt unterdurchschnittlichen Motorisierungsgrads verbunden; das würde Um- und Neubaumaßnahmen erforderlich machen.

¹⁶⁸ BayVGH, Urt. v. 18.04.2005 – 2 N 02/2981 –, juris Rn. 18; vgl. auch VGH München, Urt. v. 02.04.1996 – 1 N 92/1636 –, NVwZ-RR 1997, 595.

¹⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 71 f. So auch Köhler, in: Schrödter (Fn. 10), § 172 Rn. 31.

¹⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 69 f. Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 19; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 49.

Diese Gründe sind geeignet, als auf die konkrete Situation bezogene und deshalb "besondere" (...) städtebauliche Zielsetzungen den Erlaß einer Erhaltungssatzung zu rechtfertigen.¹⁷¹

Vorliegend kann zwar nicht davon gesprochen werden, dass spezielle Infrastrukturen betroffen sind. Es wird vielmehr davon ausgegangen, dass es sich um die allgemein üblichen örtlichen Infrastrukturen handelt. *Bank* nennt aber auch die Gefahr einer Nichtauslastung der Einrichtungen der Infrastruktur als möglichen städtebaulichen Grund.¹⁷² Nimmt man an, dass die „normalen“ Infrastruktureinrichtungen für ihr Funktionieren einen gewissen Grad der Auslastung erfordern, könnte in der Verdrängung der ortsansässigen Wohnbevölkerung durch Feriengäste und Zweitwohnungsinhaber ein städtebauliches Problem liegen, da diese insbesondere außerhalb der Tourismussaison wohl nicht für die nötige Auslastung der Infrastrukturen sorgen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass das OVG Lüneburg in seiner Entscheidung vom 25.04.1983 den Gesichtspunkt der Nichtauslastung der Infrastrukturen als tragfähigen städtebaulichen Grund in Zweifel gezogen hatte:

„Ob die nachteiligen Folgen von Abbruch, Umbau oder Änderung baulicher Anlagen für die Infrastruktur zur Rechtfertigung einer Erhaltungssatzung beitragen können, erscheint ebenfalls zweifelhaft. Die Reduzierung der ständigen Auslastung der Infrastruktureinrichtungen bei gleichzeitiger Erhöhung der Spitzenbelastung, die mit dem weiteren Bau von Eigentumswohnungen bzw. Ferienappartements verbunden ist, ist aus städtebaulicher Sicht sicherlich nicht wünschenswert. Die Möglichkeit einer Infrastruktursperre nach § 9a VIII BBauG zum Schutz vor Überlastung der Infrastruktureinrichtungen durch Einrichtung weiterer Wohnstätten legt es freilich nahe, daß der Gesetzgeber bei den besonderen städtebaulichen Gründen i. S. des § 39h III Nr. 3 BBauG diesen Gesichtspunkt nicht im Auge hatte. Dies kann aber offenbleiben, weil auch die infrastrukturellen Nachteile einer Verdrängung der Wohnbevölkerung im Zusammenhang einer Begründung einer Erhaltungssatzung ihren Platz haben und in einem solchen Zusammenhang auch dann keinen Abwägungsfehler belegen, wenn die infrastrukturellen Nachteile selbst die Erhaltungssatzung nicht rechtfertigen können.“¹⁷³

Inwieweit diese Argumentation des OVG Lüneburg heute noch Gültigkeit beansprucht, ist nicht zu beurteilen. Ob die Berufung auf die Nichtauslastung der „normalen“ Infrastruktur allein als besonderer städtebaulicher Grund den Erlass der Erhaltungssatzung rechtfertigen kann, kann vorliegend nicht abschließend beurteilt werden.

¹⁷¹ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 69 f.

¹⁷² *Bank*, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 25.

¹⁷³ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2908 f.

Mit Bezug auf Fremdenverkehrsgemeinden wird in der Literatur auch die Unterausnutzung von Erholungseinrichtung als besonderer städtebaulicher Grund genannt.¹⁷⁴ Ob diese Situation im Hinblick auf eine Milieuschutzsatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB überhaupt relevant werden kann, erscheint nach Auffassung des Verfassers jedoch unklar. Dies könnte in der vorliegenden Konstellation am ehesten zutreffen, wenn Ferienwohnungen in Zweitwohnungen umgewandelt und dann nicht mehr in gleichem Umfang genutzt würden. Dieser Fall ist jedoch – wie noch zeigen sein wird – gemäß der hier vertretenen Auffassung kein Anwendungsfall der Milieuschutzsatzung (s. unten B. III. 1. c. dd.).

Auch die Gefährdung der vorhandenen Fremdenverkehrsstruktur in Form des privaten Vermietungsgewerbes kann gemäß der Rechtsprechung des OVG Lüneburg zu § 39h BBauG a. F. den Erlass einer Erhaltungssatzung – nicht rechtfertigen. Es handele sich um eine Vorschrift des Bodenrechts, die nicht als Instrument der gemeindlichen Wirtschaftspolitik eingesetzt werden könne.¹⁷⁵

Gleichwohl kommt auch das OVG Lüneburg in seiner Entscheidung vom 25.04.1983 zu der Annahme den Erlass einer Erhaltungssatzung rechtfertigender besonderer städtebaulicher Gründe. Diese hat das Gericht letztlich aus folgender Überlegung abgeleitet:

„Die besonderen städtebaulichen Gründe, die die Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung in den Satzungsbereichen I und II vernünftigerweise geboten erscheinen lassen, liegen nach alle dem in der Befürchtung begründet, daß die Verdrängung der ortsansässigen Wohnbevölkerung die Erhaltungsbereiche außerhalb der Saison des Lebens beraubt und den Eindruck toter Stadtviertel entstehen läßt.“¹⁷⁶

Diesen Ausführungen kommt insofern besondere Bedeutung zu, als sie wie bereits erwähnt auf Erhaltungssatzungen in Westerland bezogen waren. Ob die Ausführungen des OVG Lüneburg aus dem Jahr 1983 auch heute noch uneingeschränkt Gültigkeit beanspruchen können, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden. Es erscheint aus der Sicht des Verfassers aber in jedem Fall naheliegend, dass diese Erwägungen des OVG Lüneburg nach wie vor Gültigkeit beanspruchen und die besonderen städtebaulichen Gründe im Sinne des § 172 Abs. 4 BauGB begründen können.

Auch in der Literatur werden die Verdrängung der ansässigen Wohnbevölkerung infolge der Umwandlung von Haus- in Wohnungseigentum oder Miet- in Eigentumswohnungen sowie die Verdrängung der ortsansässigen Wohnbevölkerung durch die Entstehung von Zweitwohnungen und Ferienappartements als besondere städtebauliche Gründe genannt.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 50.

¹⁷⁵ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905 (2908).

¹⁷⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905 (2909).

¹⁷⁷ Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1137, 1141 f.; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 44 m.w.N.; Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 8.

Bei einer Gesamtbetrachtung sprechen nach Auffassung des Verfassers gute Gründe für die Annahme, dass jedenfalls bestimmte Gebiete, die von den beschriebenen Prozessen betroffen sind, für den Erlass einer Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB in Betracht kommen.

3. Abwägung

Die Frage, ob der Erlass einer Erhaltungssatzung dem Abwägungsgebot unterliegt, ist in der Literatur umstritten und in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bislang wohl nicht geklärt.

Das OVG Lüneburg hat in seiner Entscheidung vom 25.04.1983 diese Frage bejaht, den Umfang der Abwägung jedoch gegenüber dem Abwägungsgebot in der Bauleitplanung beschränkt:

„Der Erlaß der Erhaltungssatzung nach § 39h BBauG setzt keine so umfassende Abwägung voraus, wie der Erlaß eines Bebauungsplanes. Zum einen ist der Inhalt der Satzung nach § 39h BBauG - ein Genehmigungsvorbehalt für Abbruch, Umbau oder Änderung baulicher Anlagen aus den Gründen der Absätze 3 und 4 - mit den komplexen Festsetzungen eines Bebauungsplanes nicht vergleichbar, zum anderen ist die Erhaltungssatzung - anders als die Bauleitplanung - an relativ genaue materielle Voraussetzungen gebunden. Darüber hinaus wird die Entscheidung über die Erhaltung der einzelnen baulichen Anlagen noch nicht mit der Erhaltungssatzung getroffen, sondern im Genehmigungsverfahren für das einzelne Vorhaben. Die Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens mit der Erörterung nach § 39h VIII BBauG und die Folgen einer unzumutbaren Genehmigungsversagung nach § 39h VI, VII BBauG tragen den Belangen der betroffenen Eigentümer Rechnung und erübrigen insoweit eine Abwägung beim Erlaß der Satzung. Sind in dem vorgesehenen Erhaltungsgebiet bauliche Anlagen vorhanden, die das Ortsbild prägen und deshalb erhaltenswert sind bzw. ist die Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erforderlich, hat die Gemeinde lediglich die Gefahr des Abbruchs, Umbaus oder der Änderung baulicher Anlagen mit ihren städtebaulichen Folgen zu gewichten, weil der Gesetzgeber durch das der Erhaltungssatzung folgende Genehmigungsverfahren die Belange der Grundstückseigentümer ausreichend berücksichtigt hat.“¹⁷⁸

Auch die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur bejaht die Pflicht zur Abwägung. Dies mit dem Verweis darauf, dass die Abwägung ein zentraler Bestandteil jeglicher rechtsstaatlichen Planung sei.¹⁷⁹ Allerdings wird auch darauf hingewiesen, dass die Abwägung von

¹⁷⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2907 f.

¹⁷⁹ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 53; Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 19; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 68; a.A. hingegen Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1138.

der bei der Aufstellung von Bauleitplänen zu unterscheiden sei.¹⁸⁰ Aufgrund der Zweistufigkeit des Instrumentariums treffe die Gemeinde mit dem Erlass der Erhaltungssatzung noch keine endgültig verbindliche Entscheidung für das einzelne Vorhaben. Diese erfolge erst im Genehmigungsverfahren. Der Gegenstand der Abwägung ist dementsprechend beschränkt. *Bank* nennt den Zeitpunkt des Erlasses, die Gebietsabgrenzung, die Beurteilung der Erhaltungswürdigkeit und der Durchführbarkeit als die wesentlichen Gegenstände.¹⁸¹ *Lemmel* hebt die Gebietsabgrenzung hervor.¹⁸² *Stock* nennt ebenfalls das Ob der Aufstellung mit einem bestimmten Erhaltungsziel und das Wie der Abgrenzung.¹⁸³

Das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Erhaltungssatzung unterliegt damit auch nach Auffassung der wohl überwiegenden Literatur nicht der Abwägung.¹⁸⁴

Soweit die Festlegung des Erhaltungsgebiets im Bebauungsplan erfolgt, wird hingegen in der Literatur die Anwendbarkeit des Abwägungsgebots des § 1 Abs. 7 BauGB vertreten.¹⁸⁵ Auch hier sollen jedoch nach Auffassung etwa von *Stock* mit Blick auf die Zweistufigkeit nicht die gleichen hohen Anforderungen wie bei anderen Festsetzungen des Bebauungsplans gelten.¹⁸⁶ *Bank* kommt diesbezüglich zu dem Schluss, dass es für die materielle Entscheidung einer Gebietsfestlegung im Ergebnis keinen Unterschied mache, ob sie durch kommunale Satzung oder durch Bebauungsplan vorgenommen werde.¹⁸⁷ Es kann darauf verzichtet werden, zu dieser Frage abschließend Stellung zu nehmen.

4. Inhalt

Zum Inhalt einer Erhaltungssatzung hat das Bundesverwaltungsgericht noch unter der Geltung des § 39h BBauG a. F. ausgeführt:

„Als Inhalt der Erhaltungssatzung ist also außer der Abgrenzung ihres räumlichen Geltungsbereichs nur vorgesehen, daß angegeben wird, welche der nach den Absätzen 3 und 4 des § 39 h BBauG möglichen Gründe Anwendung finden sollen. Einer Begründung, wie sie etwa für einen Bebauungsplan vorgeschrieben ist (§ 9 Abs. 8

¹⁸⁰ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 68; *Lemmel*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 19.

¹⁸¹ *So Bank*, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 53.

¹⁸² *Lemmel*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 19.

¹⁸³ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 69.

¹⁸⁴ *Lemmel*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 19; *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 68.

¹⁸⁵ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 68; *Bank*, in: Brügelmann, BauGB § 172 Rn. 54.

¹⁸⁶ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 73; ebenso *Bank*, in: Brügelmann, BauGB § 172 Rn. 54. In der Rechtsprechung siehe VGH Mannheim 28.11.1991 – 8 S 1476/91 – juris, Rn. 43.

¹⁸⁷ *Bank*, in: Brügelmann, BauGB § 172 Rn. 54.

BBauG = § 9 Abs. 8 BauGB), bedarf die Satzung nach § 39 h BBauG nicht (vgl. auch BVerfG, Nichtannahmebeschluß vom 26. Januar 1987 aaO S. 466).“

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass § 39h Abs. 1 S. 2 BBauG a. F. („In der Satzung ist anzugeben, welche der in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Gründe auf das festgelegte Gebiet zutreffen.“) eine entsprechende Regelung enthielt, die in § 172 BauGB nicht übernommen wurde. Gleichwohl wird auf die Entscheidung in der Literatur noch Bezug genommen.¹⁸⁸ Insbesondere *Stock* kommt zu dem Schluss, dass eine Erhaltungssatzung nach wie vor diese Bestimmung treffen muss.¹⁸⁹ Auch der VGH München stellt unter Berufung auf die zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts fest:

„Notwendiger Inhalt einer Satzung zu Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung (sog. Milieuschutzsatzung) ist außer der Festlegung des Erhaltungsgebietes nur die Angabe, welcher der in § 172 Abs. 1 BauGB bezeichneten Gründe für das Gebiet zutrifft.“¹⁹⁰

Dementsprechend muss also zum einen das Erhaltungsgebiet genau und eindeutig festgelegt werden (zur Gebietsabgrenzung sogleich B. II. 5.).¹⁹¹

In der Satzung müssen weiterhin die Erhaltungsziele festgelegt werden, was bedeutet, dass der Satzung zu entnehmen sein muss, um welchen Typ von Erhaltungssatzung es sich handelt.¹⁹² Unzulässig soll es sein, die Erhaltungsziele oder die Versagungsgründe über den Katalog des § 172 BauGB hinaus zu erweitern.¹⁹³ Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf die Zweistufigkeit des Instrumentariums der alten Regelung des § 39h BBauG a. F. ausgeführt:

„Aus ihr folgt, daß die Gemeinde in der Satzung gemäß § 39 h Abs. 1 BBauG nur zu regeln hat, in welchem Gebiet und aus welchen der in § 39 h Abs. 3 und 4 BBauG dafür vorgesehenen Gründe das Erfordernis eines besonderen Genehmigungsverfahrens für den Abbruch, den Umbau oder die Änderung baulicher Anlagen statuiert werden soll. Als Entscheidungsprogramm für die Baugenehmigungsbehörde im Verfahren nach § 39 h Abs. 5 BBauG sind allein diejenigen der im Gesetz aufgeführten Gründe als Versagungsgründe maßgeblich, die die Gemeinde in der Satzung ausgewählt hat. Eine Regelung von Versagungsgründen in der Satzung ist für den Vollzug des Gesetzes nicht erforderlich und – jedenfalls soweit es um die Normierung eigener über § 39 h BBauG hinausgehender Versagungsgründe geht – der Gemeinde auch nicht erlaubt;

¹⁸⁸ So z.B. Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 21.

¹⁸⁹ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 60.

¹⁹⁰ Bayersicher VGH, Urt. v. 18.04.2005 – 2 N 02/2981 –, juris Rn. 15.

¹⁹¹ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 52; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 62; Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1137, 1138.

¹⁹² Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 21; Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1137, 1138; VGH Kassel, Urt. v. 24.11.1995 – 4 UE 1290/92 –, juris Rn. 45.

¹⁹³ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 52; Lemmel, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 21; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 60, 128.

freilich begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, wenn eine Gemeinde deklaratorisch auf die Versagungsgründe des § 39 Abs. 3 und 4 BBauG Bezug nimmt oder sie entweder wörtlich oder doch in strenger inhaltlicher Übereinstimmung wiederholt.“¹⁹⁴

Ebenso wird vertreten, dass die Gemeinden die Erhaltungsziele und die Versagensgründe auch nicht einschränken können.¹⁹⁵

Soweit die Festlegung des Erhaltungsgebiets durch sonstige Satzung erfolgt, bedarf es keiner Begründung.¹⁹⁶

5. Gebietsabgrenzung

Die Gebietsabgrenzung erfolgt gemäß dem Vorliegen der Erhaltungszwecke. Für die Rechtmäßigkeit einer Erhaltungssatzung kommt es jedoch nicht darauf an, dass die Voraussetzungen für den Erlass der Satzung für jedes einzelne Grundstück gegeben sind. Der VGH München führt hierzu aus:

„Der mit einer solchen Satzung erstrebte städtebauliche Milieuschutz ist nach der Regelung des Baugesetzbuches zweistufig angelegt (vgl. BVerwGE 78, 23 (26) = NJW 1988, 1339). Auf der - im vorliegenden Fall interessierenden - ersten Stufe wird mit dem Erlaß der Satzung allgemein das Gebiet bezeichnet, in dem durch ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt bestimmte bauliche Maßnahmen einer vorbeugenden Kontrolle in bezug auf das allgemeine Erhaltungsziel unterworfen werden. Für das einzelne Grundstück ist mit einer solchen Satzung noch keine verbindliche Nutzungsregelung verbunden. Eine solche Regelung vollzieht sich erst in der zweiten Stufe des Verfahrens, nämlich bei der Entscheidung über einen das einzelne Grundstück betreffenden Genehmigungsantrag. Demgemäß kommt es für die Rechtmäßigkeit einer Erhaltungssatzung nicht darauf an, ob für ein einzelnes Grundstück die Voraussetzungen zum Satzungserlaß gegeben sind. Auf die das einzelne Grundstück betreffenden Verhältnisse ist erst abzustellen beim Verfahren bezüglich der Behandlung eines hierfür gestellten Genehmigungsantrags.“¹⁹⁷

Auch das OVG Lüneburg hatte sich in seiner Entscheidung vom 25.04.1983 bereits mit dieser Frage in diesem Sinne auseinandergesetzt:

„Die Rechtmäßigkeit der Erhaltungssatzung hängt nicht davon ab, daß alle Gebäude im Geltungsbereich der beiden Erhaltungssatzungen unter den in den Satzungen genannten Gründen erhaltungswürdig sind. Die Einführung des Genehmigungsvorbe-

¹⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 03.07.1987 – 4 C 26/85 –, BVerwGE 78, 23, 26 f. Siehe auch Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 21; vgl. auch VGH Kassel, Urt. v. 24.11.1995 – 4 UE 1290/92 –, juris Rn. 45.

¹⁹⁵ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 52; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 62; 128.

¹⁹⁶ Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 22; Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 55; Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1137, 1139.

¹⁹⁷ BayVGH, Urt. v. 05.08.1994 – 2 N 91/2476 –, NVwZ-RR 1995, 429, 430.

halts für den Satzungsbereich weist die konkrete Prüfung, ob “die (einzelne) bauliche Anlage erhalten bleiben soll”, der zweiten Stufe, dem Genehmigungsverfahren zu.“¹⁹⁸

In der Literatur wird jedoch die Ansicht vertreten, es sei zulässig, bestimmte Vorhaben im Einzelfall vom Anwendungsbereich der Erhaltungssatzung auszunehmen, soweit sie die Erhaltungsziele nicht beeinträchtigen könnten.¹⁹⁹

Stock vertritt, dass für die Gebietsabgrenzung letztlich die gleichen Maßstäbe („Abgrenzung des Satzungsgebiets mit einer gewissen Großzügigkeit und Pauschalität“, siehe dazu oben A. III. 3. a. cc.) anzusetzen seien, wie im Zusammenhang mit § 22 BauGB.²⁰⁰

Schließlich formuliert das OVG Lüneburg Anforderungen an die Bestimmung des Geltungsbereichs:

„Bei der Satzung nach § 39h III Nr. 3 BBauG muß der Massierung oder Streuung der Gebäude Rechnung getragen werden, die für die Erhaltung der Wohnbevölkerung wichtig sind. Auch bei der Grenzziehung ist aber zu beachten, daß nicht alle Gebäude erhaltenswert sein müssen: das ermöglicht eine praktikable, d. h. i. d. R. auch gradlinige Grenzziehung.“²⁰¹

Unbedenklich soll es im Übrigen sein, wenn nur ein Teil der schützenswerten Flächen in die Erhaltungssatzung mit einbezogen werden. Die Grenze soll sich hier dort ergeben, wo die Erhaltungssatzung sinnlos wird.²⁰²

Grundsätzlich soll der Erlass der Erhaltungssatzung im Ermessen der Gemeinde stehen (siehe oben zur Abwägung B. II. 3.).²⁰³

6. Zeitliche Befristung

In der Literatur wird zum Teil darauf hingewiesen, die Gefährdung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung sei in der Regel ein zeitlich begrenzter Vorgang.²⁰⁴ Die Satzung selbst könne, müsse aber nicht zeitlich unbefristet sein.²⁰⁵ Beim Fehlen einer Befristung sei die Sat-

¹⁹⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2908.

¹⁹⁹ Bank, in: Brügelmann, BauGB § 172 Rn. 52; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 62.

²⁰⁰ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 63.

²⁰¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2908. Dem folgend Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 64.

²⁰² In diese Richtung Hess VGH, Beschl. v. 28.04.1986 – 3 N 1578/84 –, DVBl 1986, 693, 694; auf diesen Maßstab scheint auch BVerwG, Beschl. v. 23.06.1992 – 4 NB 9/92 –, abzuheben. In der Literatur Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 26; Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 27.

²⁰³ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 27; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 65; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 26; Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 27.

²⁰⁴ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 28a, 56a.

²⁰⁵ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 28a.

zung jedoch aufzuheben, wenn sich bei einer Zwischenkontrolle der Wegfall der Anwendungsvoraussetzungen erweise.²⁰⁶

Allerdings liegt es nach Auffassung des Verfassers nahe, hinsichtlich der Tendenz zur Entstehung von Zweitwohnungen in Fremdenverkehrsgemeinden von einem dauerhaften Phänomen auszugehen. *Bank* führt für die These der zeitlichen Begrenztheit der Gefährdung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung an, die Bevölkerung erfahre selbst mit der Zeit Veränderungen.²⁰⁷ Bei den in den Fremdenverkehrsgemeinden zu verhindernden Vorgängen kann es aber zu einer gleichsam natürlichen Veränderung nicht kommen, da das zu schützende Merkmal der Zusammensetzung der Bevölkerung ihre Ortsansässigkeit ist, ein Merkmal, das von den Inhabern eigen genutzter Zweitwohnungen nach den hier vorgegebenen Definitionen nicht erfüllt wird. Auch ist derzeit nicht absehbar, dass der Umwandlungsdruck prinzipiell abnehmen würde. Deshalb ist eine generelle zeitliche Befristung in den vorliegenden Fällen nach Ansicht des Verfassers eher fernliegend. Unabhängig davon sollte aber im jeweiligen Einzelfall nach Erlass der Satzung das Vorliegen der Voraussetzungen der Satzung regelmäßig überprüft werden.

III. Genehmigungserteilung

1. Genehmigungspflichtige Vorgänge

a. Rückbau, Änderung, Nutzungsänderung

In der Literatur wird festgestellt, dass alle in § 172 Abs. 1 BauGB genannten Vorhaben dem Genehmigungsvorbehalt unterliegen, wenn die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen. Eine Differenzierung soll nicht möglich sein.²⁰⁸ Für alle Typen von Erhaltungsgebieten erklärt § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB den Rückbau, die Änderung und die Nutzungsänderung für genehmigungspflichtig. Die Errichtung von baulichen Anlagen ist gemäß § 172 Abs. 1 S. 2 BauGB hingegen nur bei Satzungen nach § 172 Abs. 1 Nr. 1 BauGB genehmigungspflichtig. Dies findet auf Milieuschutzsatzungen nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB keine Anwendung. Dementsprechend wird diese Möglichkeit hier nicht weiter vertieft. Unter den Voraussetzungen des § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB ist auch die Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 WEG) im Anwendungsbereich einer Milieuschutzsatzung genehmigungspflichtig. Dies setzt allerdings eine entsprechende Rechtsverordnung der Landesregierung voraus, die – soweit die Kenntnis des Verfassers reicht – für Schleswig-Holstein nicht vor-

²⁰⁶ *Bank*, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 28a, 56a; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 32.

²⁰⁷ *Bank*, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 28a.

²⁰⁸ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 3; *Bank*, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 1.

liegt,²⁰⁹ weshalb auch bei der Betrachtung der geltenden Rechtslage diese Option keine Rolle spielen soll. Wegen der Ähnlichkeiten zu der Regelung des § 22 BauGB soll aber im Rahmen der Betrachtung der Möglichkeiten zur Rechtsfortbildung hierauf zurückgekommen werden (siehe unten E.).

Rückbau umfasst die vollständige oder teilweise Beseitigung der baulichen Anlage.²¹⁰

Eine Änderung geht mit einem Eingriff in die bauliche Substanz einer baulichen Anlage einher.²¹¹ Laut *Krautzberger* umfasst sie etwa den Umbau, den Ausbau oder die Erweiterung der baulichen Anlage. Auch die Modernisierung oder die Instandsetzung sollen Änderungen in diesem Sinne sein können, sofern sie eine Änderung im hier relevanten Sinne zum Gegenstand haben. Die bauliche Instandhaltung soll hingegen nicht umfasst sein.²¹² Zu diesem Ergebnis kommt auch das Bundesverwaltungsgericht, wenn es ausführt:

„Änderungen baulicher Anlagen, die von vornherein nicht geeignet sind, sich auf die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung auszuwirken, unterfallen auch nicht dem Genehmigungsvorbehalt. (...) Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften und der ergangenen Rechtsprechung ist es folgerichtig, (...) bloßen Instandsetzungsarbeiten eine derartige Wirkung abzusprechen und damit die Genehmigungsbedürftigkeit zu verneinen.“²¹³

In vielen Fällen wird die Umwandlung einer Dauerwohnung in eine Zweit- oder Ferienwohnung jedoch ohne Eingriffe in die bauliche Substanz erfolgen. Jedenfalls sind solche Eingriffe nicht zwingend erforderlich. Deshalb soll hier besonderes Augenmerk auf die Nutzungsänderung als genehmigungspflichtigen Vorgang gelegt werden. Eine Nutzungsänderung setzt im Gegensatz zu einer Änderung keine baulichen Veränderungen voraus.²¹⁴ Der zuständige Bundestagsausschuss führte zur Aufnahme der Nutzungsänderung in den Katalog der genehmigungspflichtigen Handlungen durch das BauGB 1987 an:

„Die Einbeziehung der Nutzungsänderung trägt dem Umstand Rechnung, daß städtebauliche Erhaltungsziele im Einzelfall schon durch eine Nutzungsänderung ohne gleichzeitige bauliche Maßnahmen beeinträchtigt werden können.“²¹⁵

Krautzberger definiert den Begriff der Nutzungsänderung in § 29 Abs. 1 BauGB wie folgt:

²⁰⁹ Vgl. Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 115; Oehmen, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 172 Rn. 9: nur Hamburg habe von der Verordnungsermächtigung bislang Gebrauch gemacht.

²¹⁰ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 5.

²¹¹ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 70.

²¹² Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 6.

²¹³ BVerwG, Beschl. v. 17.12.2004 – 4 B 85/04 –, NVwZ 2005, 445, 446.

²¹⁴ Köhler, in: Schrödter (Fn. 10), § 172 Rn. 41.

²¹⁵ BT-Drs. 10/6166, S. 137.

„Unter Nutzungsänderung einer baulichen Anlage ist eine Änderung der Nutzungsweise zu verstehen, durch die der Anlage eine von der bisherigen Nutzung abweichende Zweckbestimmung gegeben, d.h. die ihr bisher zugewiesene Funktion in rechtserheblicher Weise geändert wird. Sie kann, muss aber nicht notwendig auch von einer Änderung der Bausubstanz begleitet sein.“²¹⁶

In der Literatur wird angemerkt, dass die bloße Änderung der Nutzungsrechtsform von Miete in Eigentum keine Nutzungsänderung darstelle.²¹⁷

b. Relevanz hinsichtlich der Erhaltungsziele

Die Begriffe der Änderung und der Nutzungsänderung finden sich auch in § 29 BauGB. Inwieweit die Begriffe gleich zu setzen sind, ist in der Literatur und Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt. Durch die Aufnahme der Nutzungsänderung als Auslöser der Genehmigungspflicht beabsichtigte der Gesetzgeber eine Angleichung an den Vorhabenbegriff nach § 29 BauGB.²¹⁸ Zu beachten ist allerdings, dass der Vorhabenbegriff in § 29 Abs. 1 BauGB nicht nur über den äußeren Vorgang der Änderung oder Nutzungsänderung definiert wird. Darüber hinaus wird im Rahmen des § 29 Abs. 1 BauGB einschränkend die planungsrechtliche oder bodenrechtliche Relevanz eines Vorhabens verlangt. Diese besteht, wenn ein Vorhaben die abwägungserheblichen „Belange in einer Weise berührt oder berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen“.²¹⁹ Fraglich ist, inwieweit dieses Kriterium auf die Begriffe der Änderung und Nutzungsänderung nach § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB zu übertragen ist.

Gemäß einer in der Literatur verbreiteten Ansicht soll es für die Änderung – und wohl auch für die Nutzungsänderung – im Sinne des § 172 Abs. 1 BauGB auf diese bodenrechtliche Relevanz nicht ankommen. *Lemmel* führt bezüglich der Änderung aus:

„Der Begriff der Änderung in § 172 Abs. 1 Satz 1 ist nicht mit dem Begriff der Änderung im Vorhabenbegriff des § 29 Abs. 1 identisch (...). Es kommt also nicht darauf an, ob die Änderung städtebauliche Relevanz in dem Sinne besitzt, dass sie durch eine verbindliche Bauleitplanung geregelt werden könnte“.²²⁰

Lemmel verlangt demgemäß lediglich, dass die Änderung geeignet ist, die Erhaltungsziele zu berühren.²²¹ Folgt man diesem Ansatz, kommt man zu einem Begriff der Änderung im Sinne des § 172 Abs. 1 BauGB, der in der Regel weiter reicht als der Begriff der Änderung nach

²¹⁶ Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 29 Rn. 41.

²¹⁷ Köhler, in: Schrödter (Fn. 10), § 172 Rn. 41.

²¹⁸ Gesetzesbegründung BT-Drs. 10/4630, S. 139.

²¹⁹ BVerwG, Urt. v. 07.05.2001 – 6 C 18/00 –, BVerwGE 114, 206, 209.

²²⁰ Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 12; des Weiteren Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 172 Rn. 106; Köhler, in: Schrödter, § 172 Rn. 39 f.

²²¹ Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 12.

§ 29 Abs. 1 BauGB. Auch *Stock* führt aus, dass der Genehmigungsvorbehalt weit angelegt sei und sich auf alle Änderungen erstrecke, die sich auf das jeweilige Erhaltungsziel auswirken könnten. Auf die allgemeine planungsrechtliche Relevanz einer Änderung komme es im Erhaltungsrecht nicht an.²²² Nach *Bank* ist eine „städtebauliche Relevanz“ zu verlangen. Erhaltungsrechtlich relevant seien demgemäß nur solche Vorhaben, die geeignet seien, das Schutzziel des Erhaltungstatbestandes aus besonderen städtebaulichen Gründen zu beeinträchtigen.²²³

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

„Änderungen baulicher Anlagen, die von vornherein nicht geeignet sind, sich auf die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung auszuwirken, unterfallen auch nicht dem Genehmigungsvorbehalt.“²²⁴

Und unter Berufung auf *Lemmel* (s.o.) stellt es in einer anderen Entscheidung für die Frage, ob es sich um eine Änderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB handele, darauf ab, ob die Maßnahme auch vom Umfang her geeignet sei, die Ziele der Erhaltungssatzung zu berühren.²²⁵

Obwohl dies in der Literatur und Rechtsprechung nicht detailliert erörtert wird, liegt es nahe, auch den Begriff der Nutzungsänderung nicht von seiner bodenrechtlichen Relevanz her zu fassen, sondern jegliche Änderung in der Nutzung einzubeziehen, die die Erhaltungsziele der Satzung berühren kann. So stellt *Stock* ausdrücklich fest:

„Die Genehmigungsfrage, die erneut aufgeworfen wird, ist hier aber anders als in Fällen des § 29 nach den jeweiligen Erhaltungszielen zu beurteilen.“²²⁶

Auch *Krautzberger* stellt auf die jeweiligen Erhaltungsziele ab, wenn er feststellt:

„Auch hier ist jedoch nicht jede beliebige Nutzungsänderung von Bedeutung, sondern nur eine solche, die planungsrechtliche Belange i.S. des § 1 berührt, und zwar entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen.“²²⁷

Zugleich scheint er aber auch die Frage nach der bodenrechtlichen Relevanz jedenfalls als Indiz heranziehen zu wollen.

„Von Bedeutung sind in der Regel solche Nutzungsänderungen, die die rechtliche Qualität der bisher zulässigen Nutzung ändern und damit in bodenrechtlicher Hinsicht

²²² *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 106.

²²³ *Bank*, in: Brügelmann, § 172 Rn. 42a.

²²⁴ BVerwG, B. v. 17.12.2004 – 4 B 85/04 –, NVwZ 2005, 445, 446.

²²⁵ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 70.

²²⁶ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 107.

²²⁷ *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 8.

die Genehmigungsfrage neu aufwerfen, also zB Gewerbe statt Wohnen, Einzelhandel statt Großhandel, störender Betrieb statt nicht störender Betrieb.“²²⁸

Nach alledem sprechen nach Ansicht des Verfassers überzeugende Argumente dafür, dass die Begriffe der Änderung und Nutzungsänderung im Rahmen der § 29 Abs. 1 BauGB und § 172 Abs. 1 BauGB jeweils hinsichtlich des äußeren Vorgangs, jedenfalls weitgehend gleichzusetzen sind. Die Begriffe unterscheiden sich nach Ansicht des Verfassers im Kontext des § 29 Abs. 1 BauGB und im Kontext des § 172 Abs. 1 BauGB jedoch hinsichtlich des rechtlichen Bezugspunktes, der ihnen Relevanz verleiht. Im Zusammenhang des § 172 Abs. 1 BauGB kommt es demgemäß nicht auf die bodenrechtliche Relevanz an, die im Rahmen des § 29 Abs. 1 BauGB verlangt wird, sondern auf die Relevanz im Hinblick auf die Erhaltungsziele. Letzteres dürfte im Übrigen auch für den in § 29 Abs. 1 BauGB nicht genannten, in § 172 Abs. 1 BauGB jedoch miterfassten Rückbau gelten.²²⁹ Gemäß dieses Ansatzpunktes kann es dazu kommen, dass eine Änderung oder Nutzungsänderung die Genehmigungspflicht nach § 172 Abs. 1 BauGB auslöst, ohne dass die „Genehmigungsfrage“ im Hinblick auf die bodenrechtliche Relevanz neu aufgeworfen würde. Eine endgültige Klärung dieser Systematik durch insbesondere die Rechtsprechung steht jedoch noch aus.

c. Anwendung auf die hier interessierenden Vorgänge

aa. Fallgruppen

Nach der soeben vertretenen Ansicht kommt es somit auf die mögliche Relevanz einer Änderung oder Nutzungsänderung im Hinblick auf die Erhaltungsziele der Erhaltungssatzung, vorliegend also einer möglichen Beeinflussung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung, an. Dementsprechend stellt sich für die drei hier im Mittelpunkt stehenden Umwandlungsprozesse die Frage, inwieweit sie als Änderung oder Nutzungsänderung Relevanz für die Erhaltungsziele haben können. Im Einzelnen sind hier folgende Vorgänge zu unterscheiden:

- (1) Die Umwandlung von Wohnungen, die bislang dem Dauerwohnen der ortsansässigen Bevölkerung dienen, in Ferienwohnungen zur Beherbergung wechselnder Feriengäste
- (2) die Umwandlung von Wohnungen, die bislang dem Dauerwohnen der ortsansässigen Bevölkerung dienen, in im Wesentlichen eigen genutzte Zweitwohnungen und
- (3) die Umwandlung von Ferienwohnungen in Zweitwohnungen.

Zunächst ist festzustellen, dass diese Vorgänge in vielen Fällen keine baulichen Änderungen erfordern werden, sodass es sich hier häufig allenfalls um Nutzungsänderungen im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB handeln wird.

²²⁸ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 8.

²²⁹ Bank, in: Brügelmann, BauGB § 172 Rn. 42a, der unterschiedslos von Vorhaben im Sinne des § 172 Abs. 1 BauGB spricht.

bb. Orientierung an der Rechtsprechung zu § 29 Abs. 1 BauGB

Eine gewisse Orientierung bei der Fassung des Begriffs der Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB kann auch die Betrachtung der Rechtsprechung zu der Nutzungsänderung im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB geben. So findet sich in der Rechtsprechung etwa das Beispiel einer Betriebswohnung, die in eine allgemein verfügbare Wohnung umgewandelt wird. Hierin sah das Bundesverwaltungsgericht eine Nutzungsänderung im Sinne des § 29 BBauG a. F., obgleich sich die faktische Benutzung gar nicht änderte. Ausschlaggebend war, dass das Bauplanungsrecht – dies zeigt die BauNVO – das Wohnen von Aufsichts- und Bereitschaftspersonen, des Betriebsinhabers und des Betriebsleiters anders behandelt als das allgemeine Wohnen.²³⁰ Ein weiteres Beispiel aus der Rechtsprechung ist die Ausdehnung des Betriebs einer Almgaststätte von der Bewirtschaftung nur während der Winterzeit auf ganzjährigen Betrieb.²³¹ Thematisch nah an den hier interessierenden Fällen, nämlich gleichsam als Spiegelbild, steht der Fall des OVG Münster, dass in der dauerhaften Nutzung eines Wochenendhauses als Lebensmittelpunkt eine Nutzungsänderung im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB gesehen hat.²³²

Auch wenn es bei einer Unterscheidung der Begriffe der Änderung beziehungsweise Nutzungsänderung nach § 172 Abs. 1 BauGB und § 29 Abs. 1 BauGB nicht ausgeschlossen scheint, dass im Einzelfall eine bodenrechtlich relevante Änderung oder Nutzungsänderung im Sinne des § 29 BauGB nicht als Änderung beziehungsweise Nutzungsänderung im Sinne des § 172 BauGB zu qualifizieren wäre, so lässt sich anhand der Judikatur zu Nutzungsänderungen im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB gleichwohl ein Eindruck gewinnen, was auch als Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 BauGB zu betrachten wäre. Die Fälle zeigen, dass es in der faktischen Nutzung nicht einer gravierenden äußeren Änderung bedarf, um eine Nutzungsänderung anzunehmen. Entscheidend war hier jeweils, dass die äußerlich nur leicht geänderte Nutzung unter bodenrechtlichen Gesichtspunkten anders zu beurteilen war als die von außen betrachtet ähnliche alte Nutzung.

²³⁰ BVerwG, Urt. v. 27.05.1983 – 4 C 67/78 –, juris. Siehe auch Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 29 Rn. 42.

²³¹ BVerwG, Beschl. v. 06.09.1999 – 4 B 74/99 –, NVwZ 2000, 678, 679: „Nach Ansicht des BerGer., das diese Grenzziehung zu Recht vornimmt, würde die von den Kl. angestrebte uneingeschränkte gastronomische Nutzung der „Alm“ nicht mehr als Betriebsform eines „Versorgungsstützpunkts für Skifahrer und Wanderer“, sondern einer gewöhnlichen („normalen“), durch ihren Standort begünstigten Gaststätte für Auto- und Bustrouisten entsprechen. Danach ist nicht zweifelhaft, dass das Vorhaben der Kl. eine Nutzungsänderung i.S. von § 29I BauGB zum Inhalt hat, für die sich die Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit neu stellt.“ Siehe auch Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 29 Rn. 42b.

²³² OVG Münster, Urt. v. 23.10.2006 – 7 A 4947/05 –, juris Rn. 52: „Wird ein Wochenendhaus dauerhaft als Lebensmittelpunkt der betreffenden Bewohner und damit als Wohngebäude genutzt, liegt damit eine Nutzungsänderung im Sinne von § 29 Abs. 1 BauGB vor. Für die jeweiligen Nutzungen sind unterschiedliche bauplanungsrechtliche Regelungen einschlägig.“ Siehe auch Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 29 Rn. 42.

Die Übertragung dieser Rechtsprechung gelingt jedoch nicht ohne Weiteres. Zuzugeben ist, dass in jedem der beschriebenen Beispiele, sich die planungsrechtliche Beurteilung der betroffenen Anlage durch die Änderung in der Benutzung verändert hat. Im Beispiel der Betriebswohnung verlor diese ihren Status als etwa im Gewerbegebiet nach § 8 Abs. 3 BauNVO ausnahmsweise zulässige Nutzung. Im Beispiel der Almhütte ging die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB verloren. Und schließlich werden Wochenendhäuser durch die Zuordnung zu § 10 Abs. 1 BauNVO von allgemeinen Wohngebäuden unterschieden. Diese Änderung in der bauplanungsrechtlichen Beurteilung bedingt jeweils die bodenrechtliche Relevanz, die zur Qualifizierung als Nutzungsänderung im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB führt. Ein entsprechender, relativ einfach festzustellender Anhaltspunkt, wie dort der Wandel in der rechtlichen Einordnung, fehlt, wenn die Qualifizierung als Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB von der Beeinträchtigung des Erhaltungsziels des jeweiligen Erhaltungsgebiets her zu bestimmen ist.

Übertragbar erscheint jedoch nach Auffassung des Verfassers der Gedanke, dass die Nutzungsänderung nicht in einer gravierenden Änderung der Nutzung liegen muss, sondern – spiegelbildlich zu dem Wochenendhausbeispiel – in der Ersetzung einer dauerhaften Nutzung durch eine nur noch vorübergehende Nutzung für wenige Wochen im Jahr liegen kann. Maßgeblich für die Einordnung als Nutzungsänderung ist dann die mögliche Beeinträchtigung des Erhaltungsziels durch die Umwandlung.

cc. Fallgruppe: Umwandlung einer Dauerwohnung

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die hier interessierenden Fälle der Umwandlung einer Dauerwohnung in eine Zweitwohnung beziehungsweise in eine Ferienwohnung, dann zeigt sich, dass das Erhaltungsziel – die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung – wohl regelmäßig betroffen sein wird.²³³ Die Dauerwohnung wird durch Ortsansässige genutzt, die ihren Lebensmittelpunkt in der jeweiligen Gemeinde haben. Bei der Umwandlung werden diese ersetzt durch Zweitwohnungsnutzer, die ihre Zweitwohnung typischerweise nur wenige Wochen im Jahr nutzen, oder durch ständig wechselnde Feriengäste. Beides hat nach Ansicht des Verfassers Auswirkungen auf die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung. Eine Relevanz im Hinblick auf das Erhaltungsziel des § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB dürfte damit also regelmäßig vorliegen.

Vor diesem Hintergrund vertritt der Verfasser die Ansicht, dass die Umwandlung einer Dauerwohnung in eine eigen genutzte Zweitwohnung oder in eine Ferienwohnung als Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB zu qualifizieren ist, womit diese dem Genehmigungsvorbehalt unterfällt. An dieser Stelle ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die

²³³ Vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2908 f.; Schladebach, Milieuschutzsatzungen, BauR 2000, 1137, 1140.

Rechtslage in diesem Punkt unsicher ist. Inwieweit die hier vertretene Position sich in der Praxis, vor allem in der Rechtsprechung durchsetzen würde, ist demgemäß unklar.

dd. Fallgruppe: Umwandlung einer Ferienwohnung

Schwieriger ist hingegen die Einordnung der Umwandlung einer Ferienwohnung in eine eigen genutzte Zweitwohnung. Vom äußeren Ablauf her dürfte eine Nutzungsänderung ohne Weiteres zu bejahen sein. Eine intensive Nutzung durch wechselnde Feriengäste wird ersetzt durch eine weniger intensive Nutzung im Wesentlichen allein durch den Inhaber der Wohnung. Es wäre wohl sogar die bodenrechtliche Relevanz und damit die Qualifizierung als Nutzungsänderung im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB zu bejahen, denn die Nutzung als Ferienwohnung ist gemäß der Kategorisierungen der BauNVO eine andere Nutzungsart als die Zweitwohnungsnutzung (s. unten C. I.).

Die Relevanz für das Erhaltungsziel und damit die Qualifizierung als Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB ist hier jedoch fraglich. Durch den Nutzerwechsel von wechselnden Feriengästen hin zu Zweitwohnungsnutzern wird die ortsansässige Bevölkerung nicht betroffen. Fraglich ist, ob auch die touristischen Mieter einen Teil der Wohnbevölkerung darstellen. Zwar wird zuweilen im Bereich des Planungsrechts der Begriff des „touristischen Wohnens“ benutzt. Ein weites Verständnis des Begriffs des Wohnens scheint demgemäß auch für touristische Wohnformen offen zu sein.²³⁴ Näherliegend erscheint dem Verfasser jedoch ein Begriffsverständnis der Wohnbevölkerung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB, das sich an der Definition des Wohnens im Zusammenhang mit Wohngebäuden im Sinne der BauNVO orientiert. Das Bundesverwaltungsgericht definiert eine Wohnnutzung anhand dieser Kriterien: „eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie Freiwilligkeit des Aufenthalts“.²³⁵ Zumindest das Kriterium der auf Dauer angelegten Häuslichkeit kann dem touristischen Wohnen wohl nicht zuerkannt werden (siehe dazu unten C. I. 2. a.). Nach der Auffassung des Verfassers erscheint es naheliegender, Touristen nicht in den Kreis der Wohnbevölkerung einzubeziehen. Dies wird gestützt durch *Löhr*, der die Motivlage des Gesetzgebers für die Einführung der Milieuschutzsatzung in § 39h BBauG a. F. dahin gehend beschrieben hat, dass es „ganz allgemein darum [gehe], den in einem Gebiet wohnenden Menschen „ihre“ Umwelt zu sichern, wenn sie sie an anderer Stelle schwer finden und häufig nicht bezahlen können“.²³⁶ Auch das OVG Lüneburg stellt in seiner Entscheidung vom 25.04.1983 allein auf die Verdrängung der ortsansässigen Wohnbevölkerung als Vorgang ab, dem mit Maßnahmen zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung zu begegnen sei.²³⁷ So führte das

²³⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.03.1982 – 4 C 59/78 –, NJW 1982, 2512, 2513.

²³⁵ BVerwG, Beschl. v. 25.03.1996 – 4 B 302/95 –, NVwZ 1996, 893, 894.

²³⁶ Löhr, Wohnungsmodernisierung, Stadterneuerung und „Milieuschutz“, NVwZ 1982, 19, 20.

²³⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2908 f.

Gericht ausdrücklich an, die „Gefährdung der vorhandenen Fremdenverkehrsstruktur in Form des privaten Vermietungsgewerbes in den Erhaltungsgebieten könnte für sich allein den Erlaß einer Satzung nach § 39h BBauG nicht rechtfertigen, denn § 39h BBauG [sei] eine Vorschrift des Bodenrechts und [könne] nicht als Instrument gemeindlicher Wirtschaftspolitik eingesetzt werden“.²³⁸ Auch dies deutet in die Richtung, dass die Umwandlung von Ferienwohnungen in eigen genutzte Zweitwohnungen kein Vorgang ist, der den Erhalt der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung im Sinne des § 172 BauGB beeinträchtigt.

Allenfalls ließe sich darüber nachdenken, ob die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung durch die Umwandlung von touristischen Wohnungen in eigen genutzte Zweitwohnungen nicht noch in einer weiteren Hinsicht unter Druck geraten könnte. Selbst wenn der Wegfall der touristischen Gäste die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung nicht tangiert, weil diese nicht Teil der Wohnbevölkerung sind, so könnte sich jedoch durch die Zunahme von Zweitwohnungen die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung verändern, wenn die Eigennutzer der Zweitwohnungen als Wohnbevölkerung zu qualifizieren sind. In diesem Fall verschiebt sich das Verhältnis von ortsansässiger Dauerwohnbevölkerung und nur wenige Wochen im Jahr anwesender Eigennutzer von Zweitwohnungen. Aber ob diese Betrachtungsweise noch von dem Zweck des § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB, der vor allem die Verdrängung der Bevölkerung – um die es hier nicht ginge – vermeiden will,²³⁹ erfasst wäre, erscheint aus Sicht des Verfassers sehr fraglich.

Trotz der verbleibenden Unsicherheit erscheint es nach der Auffassung des Verfassers näherliegend, die Umwandlung von Ferienwohnungen in eigen genutzte Zweitwohnungen nicht in den Anwendungsbereich der Milieuschutzsatzung einzubeziehen, sodass hierin bereits keine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB zu sehen ist. Soweit man der Nutzungsänderung von einer Ferienwohnung in eine eigen genutzte Zweitwohnung noch zuspräche, dass sie die Erhaltungsziele berühren könnte, und sie demgemäß als Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB qualifizieren würde, stellten sich die gleichen Fragen dann allerdings bezüglich der Genehmigungserteilung. Hier wäre dann gemäß § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB zu fragen, ob die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll, ob also die Nutzungsänderung die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung überhaupt beeinträchtigen kann. Dies soll hier nicht weiter vertieft werden.

²³⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.1983 – 1 C 1/82 –, NJW 1984, 2905, 2908.

²³⁹ Vgl. zum Zweck etwa Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 24.

2. Versagungsgründe

Es kann somit festgehalten werden, dass nach Ansicht des Verfassers die Umwandlung einer Dauerwohnung in eine eigen genutzte Zweitwohnung oder eine Ferienwohnung zumindest eine Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB darstellen kann und dass vor allem eine Relevanz bezüglich der Erhaltungsziele einer Milieuschutzsatzung angenommen werden kann. Damit kommt der Genehmigungsvorbehalt zum Tragen.

Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen für die Versagung der Genehmigung vorliegen. Gemäß § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB darf die Genehmigung in „den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 4 (...) nur versagt werden, wenn die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll“.

Dabei geht es um die gleichen Fragen, wie bei Erlass der Satzung. *Stock* stellt fest:

„Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des konkreten Vorhabens geht es der Sache nach um dieselben Anforderungen wie bei Erlass der Satzung. Diese Prüfung reduziert sich im Wesentlichen auf die Frage, ob der Rückbau, die Änderung, die Nutzungsänderung (...) sachlich begründeten Anlass zu der Sorge gibt, dass die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung nachteilhaft verändert wird“.²⁴⁰

Das Bundesverwaltungsgericht beschreibt das Prüfprogramm dahin gehend, dass festzustellen ist, ob das Vorhaben „geeignet ist, die Gefahr der Verdrängung der vorhandenen Wohnbevölkerung hervorzurufen“ und ob „eine solche Verdrängung aus den besonderen städtebaulichen Gründen nachteilige Folgen haben würde“.²⁴¹

a. Beeinträchtigung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung

Hier stellt sich die Frage, inwieweit die einzelnen Umwandlungsprozesse, die auf der Insel Sylt zu beobachten sind, die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung beeinflussen können. Im Einzelnen sind hier – wie gesehen – folgende Vorgänge zu unterscheiden:

- (1) Die Umwandlung von Wohnungen, die bislang dem Dauerwohnen der ortsansässigen Bevölkerung dienen, in Ferienwohnungen zur Beherbergung wechselnder Feriengäste
- (2) die Umwandlung von Wohnungen, die bislang dem Dauerwohnen der ortsansässigen Bevölkerung dienen, in im Wesentlichen eigen genutzte Zweitwohnungen und
- (3) die Umwandlung von Ferienwohnungen in Zweitwohnungen.

Die Umwandlung von Dauerwohnungen in den Fallgruppen (1) und (2) dürfte nach Auffassung des Verfassers ohne Weiteres als eine Beeinträchtigung der Zusammensetzung der

²⁴⁰ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 175.

²⁴¹ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 2 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 70.

Wohnbevölkerung betrachtet werden. In diesen Fällen wird die ortsansässige Wohnbevölkerung in jedem Fall durch „Bewohner“ verdrängt, die die jeweilige Wohnung nur zu Freizeit-zwecken nutzen.

Fallgruppe (3) stellt nach der hier vertretenen Auffassung – wie gesehen – bereits keine Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB dar, da ihr die mögliche Relevanz im Hinblick auf die Erhaltungsziele der Milieuschutzsatzung fehlt. Vertritt man, was nicht ausgeschlossen werden soll, hier eine andere Auffassung, dann wäre hier zu fragen, ob die Genehmigungserteilung zu einer Beeinträchtigung der Wohnbevölkerung führen kann. Dies soll hier nicht abschließend betrachtet werden.

b. Besondere städtebauliche Gründe

Die Versagung der Genehmigung im Bereich einer Milieuschutzsatzung setzt nach § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB voraus, dass die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung *aus besonderen städtebaulichen Gründen* erhalten werden soll. Für die Frage des Vorliegens solcher Gründe kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Erlass der Satzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB verwiesen werden (s.o. B. II. 2.).

c. Beurteilung des einzelnen Vorhabens

Bei der Beurteilung der Frage, ob das Vorhaben „geeignet ist, die Gefahr der Verdrängung der vorhandenen Wohnbevölkerung hervorzurufen“ und ob „eine solche Verdrängung aus den besonderen städtebaulichen Gründen nachteilige Folgen haben würde“,²⁴² soll es – ähnlich wie bei § 22 BauGB (s.o. A. IV. 2. a.) – nicht darauf ankommen, dass das zu genehmigende Projekt für sich betrachtet bereits negative Änderungen in der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung bewirkt:

„Da eine einzelne Baumaßnahme innerhalb eines größeren Satzungsgebiets kaum jemals zu einer städtebaulich ins Gewicht fallenden Änderung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung führen wird, darf eine solche Maßnahme auch nicht isoliert gesehen werden. Es kommt vielmehr darauf an, ob die einzelne Maßnahme aufgrund ihrer Vorbildwirkung geeignet ist, eine Entwicklung in Gang zu setzen, die tendenziell die Veränderung der Zusammensetzung der vorhandenen Wohnbevölkerung nach sich zieht (vgl. zur ähnlichen Problematik bei den sog. Fremdenverkehrssatzungen nach § 22 BauGB: Urteil vom 27. September 1995 – BVerwGE 99, 237).“²⁴³

Diese Rechtsprechung findet auch in der Literatur Zustimmung.²⁴⁴

²⁴² BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 2 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 70.

²⁴³ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 71.

²⁴⁴ So z.B. Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 49.

Das Gericht stellt nachfolgend fest, die Frage, ob ein genehmigungspflichtiges Vorhaben zu einer solchen allgemeinen Verdrängungsgefahr führe, sei in den meisten Fällen nur auf der Grundlage einer Prognose zu beantworten.²⁴⁵

Damit würde sich die Frage stellen, ob die Untersuchungen, die bereits für den Erlass der Erhaltungssatzung erforderlich sein können, bei der Erteilung der Genehmigung zu wiederholen sind. Wie mit der vom Bundesverwaltungsgericht formulierten Anforderung umzugehen ist, ist nicht ganz klar. *Stock* stellt fest, dass nicht in jedem Einzelfall erneut geprüft werden müsse, ob die besonderen städtebaulichen Gründe weiterhin vorliegen. Solange die Erhaltungssatzung in Kraft sei und die Gemeinde noch nicht gehalten sei, die ursprünglichen empirischen Daten über das Erhaltungsgebiet auf ihre Aktualität zu überprüfen, dürfe das Fortbestehen der besonderen städtebaulichen Gründe unterstellt werden.²⁴⁶ Inwieweit dieser Weg gangbar ist, kann nicht abschließend beurteilt werden.

d. Ermessen

Liegt der Versagungsgrund des § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB nicht vor, hat der Antragsteller einen *Anspruch* auf Erteilung der Genehmigung.²⁴⁷

Umstritten ist, ob der Behörde beim Vorliegen des Versagungsgrundes des § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB noch ein *Ermessen* zukommt, die Genehmigung gleichwohl zu erteilen. In der Literatur wird ein solches Ermessen insbesondere von *Stock* bestritten. Die Genehmigung sei „zwingend zu versagen“.²⁴⁸ In der Rechtsprechung hat diesen Standpunkt der VGH Kassel vertreten.²⁴⁹ Dem steht jedoch eine andere Ansicht in der Literatur²⁵⁰ und in der Rechtsprechung entgegen. Das Bundesverwaltungsgericht führt in seiner Entscheidung vom 18.06.1997 aus:

„Der Wortlaut dieser Bestimmung schließt es allerdings nicht aus, daß die Genehmigung trotz Vorliegens eines Versagungsgrundes gleichwohl nach pflichtgemäßem Ermessen erteilt werden kann. Soll bei Vorliegen eines Versagungsgrundes die Erteilung einer Genehmigung strikt ausgeschlossen sein (gebundene Entscheidung), so bringt das Gesetz das regelmäßig dadurch zum Ausdruck, daß die Genehmigung „zu versagen ist“ (vgl. z. B. § 20 Abs. 1 BauGB). Auch bei der Formulierung „darf nur versagt

²⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 71.

²⁴⁶ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 175.

²⁴⁷ Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 25; Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 62; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 38.

²⁴⁸ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 131; so auch Oehmen, in: Spannowsky/Uechtritz, Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 172 Rn. 17; des Weiteren Dierkes, BauR 1993, 129 ff.

²⁴⁹ VGH Kassel, Beschl. v. 11.05.1992 – 3 UE 174/89 –, NVwZ-RR 1993, 401.

²⁵⁰ So z.B. Köhler, in: Schrödter (Fn. 10), § 172 Rn. 52; Schöpfer, Die ablehnende Entscheidung nach § BAUGB § 172 BauGB - gebundene Entscheidung oder Ermessensentscheidung?, NVwZ 1991, 551.

werden, wenn“ kann sich aus dem Regelungszusammenhang ergeben, daß bei Vorliegen von Versagungsgründen kein Ermessensspielraum mehr für die Erteilung der Genehmigung bestehen soll, wie das etwa hinsichtlich der Genehmigung des Flächennutzungsplans anzunehmen sein wird (vgl. § 6 Abs. 2 BauGB). Ein solcher für die zwingende Genehmigungsversagung sprechender Regelungszusammenhang ist indes bei § 172 Abs. 4 BauGB nicht in der Weise eindeutig erkennbar, daß trotz des Wortlauts ein Ermessensspielraum ausscheiden müßte. Der Senat vermag es nicht auszuschließen, daß es auch bei Annahme einer Verdrängungsgefahr im Einzelfall atypische Fallgestaltungen geben mag, die gleichwohl die Erteilung der Genehmigung im Ermessenswege rechtfertigen. Es läßt sich nicht erkennen, daß der Gesetzgeber auch in diesen Fällen eine strikte Regelung im Sinne der zwingenden Genehmigungsversagung normieren wollte (so auch im Ergebnis, aber ohne Begründung, BVerwGE 78, 23 zu § 39 h BBauG).²⁵¹

Das Bundesverwaltungsgericht nimmt also jedenfalls für atypische Fallgestaltungen die Möglichkeit eines Ermessens an. Diese Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht auch nach der Einführung des § 172 Abs. 4 S. 3 BauGB bestätigt. In einer etwas anderen Konstellation hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 30.06.2004 ausgeführt:

„Veräußert der Eigentümer entgegen der nach § 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 6 BauGB eingegangenen Verpflichtung nicht an einen Mieter im Sinne dieser Vorschrift, sondern an einen Dritten, so entspricht es der in der Gesetzessystematik angelegten Regel, die Veräußerungsgenehmigung zu versagen. Gleichwohl kommen atypische Fallgestaltungen in Betracht, die eine Erteilung der Genehmigung im Ermessenswege rechtfertigen (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation das Senatsurteil vom 18. Juni 1997 – BVerwGE 105, 67).“²⁵²

Somit erscheint es naheliegend, etwa mit *Lemmel*²⁵³ oder *Bank*²⁵⁴ anzunehmen, dass der Behörde ein Ermessen zukommt, die Genehmigung trotz des Vorliegens eines Versagungsgrundes zu erteilen, wobei dieses Ermessen an das Vorliegen einer atypischen Situation gebunden sei.²⁵⁵

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, trotz des Vorliegens von Versagungsgründen könne die Genehmigung erteilt werden, wenn die Erhaltungsziele durch entsprechende Nebenbestimmungen gesichert werden könnten.²⁵⁶ Hierzu soll hier keine Stellung genommen werden.

²⁵¹ BVerwG, Urt. v. 18.06.1997 – 4 C 2/97 –, BVerwGE 105, 67, 72 f.

²⁵² BVerwG, Urt. v. 30.06.2004 – 4 C 1/03 –, BVerwGE 121, 169, 181.

²⁵³ Lemmel, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 172 Rn. 25.

²⁵⁴ Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 63.

²⁵⁵ Im Ergebnis ähnlich Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 38.

²⁵⁶ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 29; Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 62a; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 38; Oehmen, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 172 Rn. 16; OVG Berlin v. 10.06.2004 – 2 B 3/02 –, ZfBR 2004, 697, 698.

3. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit

Gemäß § 172 Abs. 4 S. 2 BauGB ist die Genehmigung „zu erteilen, wenn auch unter Berücksichtigung des Allgemeinwohls die Erhaltung der baulichen Anlage oder ein Absehen von der Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist“. Die Regelung kommt zum Tragen, wenn an sich der Versagungsgrund des § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB vorliegt.²⁵⁷ Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur vertritt, die wirtschaftliche Unzumutbarkeit sei objektbezogen zu beurteilen. Es sei hingegen nicht auf die persönlichen Verhältnisse des Eigentümers abzustellen.²⁵⁸ § 172 Abs. 4 S. 2 BauGB begründet einen Genehmigungsanspruch.²⁵⁹

4. Gründe für die Erteilung nach § 172 Abs. 4 S. 3 BauGB

Ein Anspruch auf Genehmigung besteht ferner, wenn einer der Genehmigungsgründe des § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 – 6 BauGB vorliegt. Gemäß § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 BauGB ist die Genehmigung zu erteilen, „wenn die Änderung einer baulichen Anlage der Herstellung des zeitgemäßen Ausstattungszustands einer durchschnittlichen Wohnung unter Berücksichtigung der bauordnungsrechtlichen Mindestanforderungen dient“.

Die Genehmigungsgründe des § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 2 – 6 BauGB beziehen sich auf die Fälle, in denen die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum einer Genehmigung nach § 172 Abs. 4 BauGB bedürfen.²⁶⁰

IV. Bewertung der Vorschrift und Ausblick

Die Regelung des § 172 BauGB vermeidet die Schwäche des § 22 BauGB, indem sie nicht stellvertretend an einer Rechtshandlung, sondern an dem städtebaulichen Phänomen anknüpft, dem die Erhaltungssatzung in der Ausformung der Milieuschutzsatzung entgegenwirken soll: Hier wird die Umwandlung einer Dauerwohnung in eine Zweitwohnung zum genehmigungspflichtigen Vorgang, und zwar nach hier vertretener Auffassung auch dann, wenn diese ohne weiteren baulichen Eingriff vor sich geht, da die entsprechende Umwandlung eine Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB darstellt.

Als Defizit ist allerdings festzuhalten, dass der durch die Milieuschutzsatzung begründete Genehmigungsvorbehalt nur wirksam eingreift, wenn eine Dauerwohnung aufgegeben wird.

²⁵⁷ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 181.

²⁵⁸ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 172 Rn. 50; Köhler, in: Schrödter (Fn. 10), § 172 Rn. 97; Bank, in: Brügelmann, BauGB § 172 Rn. 92; so im Wesentlichen auch Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 173 Rn. 37 mit Nachweisen für die Gegenansicht.

²⁵⁹ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 181.

²⁶⁰ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 172 Rn. 195; Bank, in: Brügelmann (Fn. 10), § 172 Rn. 98.

Im Fall der Umwandlung einer Ferienwohnung in eine Zweitwohnung liegt nach hier vertretener Auffassung mangels einer möglichen Relevanz der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung im Sinne des § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB bereits keine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung vor. Diese Vorgänge können also von einer Milieuschutzsatzung nicht wirksam unterbunden werden. Allerdings dürfte diesem Umstand letztlich nur geringe Bedeutung zukommen. Wie noch zu zeigen sein wird, stellt die Umwandlung einer Ferienwohnung in eine eigen genutzte Zweitwohnung eine Nutzungsänderung im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB dar und bedeutet eine Änderung der Nutzungsart im Sinne der BauNVO. Dementsprechend wird eine solche Nutzungsänderung häufig bauplanungsrechtlich unzulässig sein.

Problematisch ist jedoch, dass hinsichtlich der Begründung von Zweitwohnungen wahrscheinlich ein nicht unerhebliches Vollzugsdefizit besteht. Denn anders als bei der Begründung oder Teilung der in § 22 BauGB genannten Rechte ist der Rückbau, die Änderung oder die Nutzungsänderung einer baulichen Anlage nicht notwendig mit einer Grundbucheintragung verbunden. Es fehlt hier mithin an dem „selbstvollziehenden“ Mechanismus, der im Zusammenhang mit § 22 BauGB beschrieben wurde. Soweit die jeweiligen Vorhabenträger nicht von sich aus eine Genehmigung beantragen, kann ein etwaiger Verstoß nur aufgedeckt werden, wenn die jeweilige Gemeinde anderweitig von der relevanten Handlung erfährt. Insbesondere bei der Nutzungsänderung, worunter nach hier vertretener Auffassung auch die Aufgabe der Nutzung durch einen ortsansässigen Dauernutzer und die Begründung einer Zweitwohnung stattdessen fällt, ist der Vorgang auch von außen kaum wahrnehmbar. Hinzu tritt, dass der Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 213 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nur den nicht genehmigten Rückbau oder die nicht genehmigte Änderung einer baulichen Anlage umfasst, nicht hingegen die Nutzungsänderung. Es kann darüber spekuliert werden, ob seitens der Betroffenen hier überhaupt ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein besteht. Jedenfalls wird durch den fehlenden Ordnungswidrigkeitentatbestand das „Risiko“ einer nicht genehmigten Nutzungsänderung erheblich reduziert.

Konkret lässt sich für die Anwendungspraxis feststellen, dass eine Ausdehnung möglich ist, indem die Gemeinden auch für die Umwandlung von Dauerwohnraum in eine Zweitwohnungsnutzung eine Genehmigung nach §§ 172 f. BauGB verlangen, da es sich hierbei um eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB handelt. Eine zentrale Frage ist die der Vollziehbarkeit der Regelung. Wie bereits der Gesetzgeber beim Erlass des § 22 BauGB festgestellt hat, ist die Nutzung aller Wohnungen kaum zu kontrollieren. Allerdings bietet die Umwandlung einer Dauerwohnung wohl verschiedene Anhaltspunkte für eine anlassbezogene Kontrolle seitens der Bauaufsicht. Da der Dauerwohner regelmäßig mit Hauptwohnsitz in der Gemeinde gemeldet sein wird und dieser sich verändert, könnte eine Kontrolle an dem Meldevorgang anknüpfen. Bei der Aufnahme einer Zweitwohnungsnutzung könnte die Zahlung einer Zweitwohnungssteuer zum Anlass einer Kontrolle genommen werden. Wird die Wohnung als Ferienwohnung genutzt, könnte Gleiches gegeb-

nenfalls bei der Entrichtung von Kurtaxe erfolgen.²⁶¹ Soweit es hier zur Veräußerung von Immobilien kommt, könnte auch die Anfrage im Hinblick auf die Ausübung etwaiger Vorkaufsrechte zum Anlass für eine Kontrolle genommen werden. Ob und wieweit eine Kontrolle aus den gegebenen Anlässen tatsächlich erfolgen kann oder ob hier rechtliche Hindernisse – etwa in Form datenschutzrechtlicher Regelungen – bestehen, kann hier nicht beurteilt werden.

Hinsichtlich einer Reform der Regelung durch den Gesetzgeber wäre an eine Ausdehnung des Ordnungswidrigkeitstatbestandes auch auf die Nutzungsänderung zu denken. Dies könnte Vollzugsdefiziten entgegenwirken.

Schließlich wäre darüber nachzudenken, ob die Regelung des § 172 BauGB nicht grundsätzlich im Sinne der Erhaltung der Struktur von Fremdenverkehrsgemeinden zu ergänzen wäre. Dies könnte dann auch die Umwandlung von Ferienwohnungen in Zweitwohnungen einbeziehen. Hierauf wird abschließend noch einzugehen sein.

²⁶¹ Vgl. Dürr, in: Brügelmann (Fn. 10), § 22 Rn. 28.

C. Bebauungsplan

Die Bauleitplanung ist das zentrale Handlungsinstrumentarium der Gemeinden im Bereich der Stadtentwicklung. Wie bereits gesehen, war die Einführung des § 22 BauGB auch eine Reaktion auf die in der Gesetzesbegründung festgestellten mangelnden Steuerungsmöglichkeiten im Rahmen des Bauplanungsrechts. Die Betrachtung der bauplanungsrechtlichen Instrumente soll gleichwohl nicht vernachlässigt werden. Zum einen stellt sich die Frage, ob der Befund der mangelnden Steuerungswirkung immer noch gültig ist. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, stellt sich in Anbetracht auch der Schwächen vor allem des § 22 BauGB, aber auch der Milieuschutzsatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB die Frage, ob das Bauplanungsrecht in Richtung einer effektiveren Steuerungswirkung weiterentwickelt werden kann.

Es ist darauf hinzuweisen, dass hier nur auf die speziellen, im Rahmen dieses Gutachtens im Mittelpunkt stehenden Fragen eingegangen wird. Es versteht sich von selbst, dass die Bebauungspläne auch den allgemeinen Anforderungen an Bauleitpläne unterliegen, ohne dass dies hier erörtert wird.

I. Wohnen – Dauerwohnen – Zweitwohnung – Ferienwohnung

Wie bereits beschrieben, liegt das hier gutachterlich zu behandelnde Problem darin, dass die Funktion „Dauerwohnen“ im Sinne der Nutzung einer Wohnung durch Ortsansässige, die ihren Lebensmittelpunkt in der jeweiligen Gemeinde haben, zunehmend verdrängt wird. An die Stelle der Dauerwohnnutzung tritt zum einen die Nutzung als Zweitwohnung. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass die Wohnung im Wesentlichen nur wenige Wochen im Jahr zu Erholungszwecken durch ihren Inhaber genutzt wird. Zum anderen werden Dauerwohnungen auch zu Ferienwohnungen umgewandelt. Ferienwohnungen in diesem Sinne stehen dem touristischen Wohnen zur Verfügung, also ständig wechselnden Feriengästen. Weiterhin verdrängt die Zweitwohnungsnutzung auch die Ferienwohnnutzung, das heißt, Ferienwohnungen werden zu Zweitwohnungen umgewandelt und stehen damit nicht mehr zur Vermietung an wechselnde Touristen zur Verfügung.

Das planerische Ziel kann grob in der Weise umschrieben werden, dass zum einen sichergestellt werden soll, dass Wohnungen für die Dauerwohnnutzung erhalten bleiben. Zum anderen soll die Ferienwohnnutzung gezielt gesteuert werden. Eine allein Erholungszwecken dienende Zweitwohnungsnutzung ist möglichst auszuschließen. Soll zur Erreichung dieses planerischen Ziels die Bauleitplanung und hier das Instrument des Bebauungsplans, auf das sich die Darstellungen beschränken und konzentrieren, eingesetzt werden, bedarf es zunächst einer Einordnung der drei „Sylter Wohnarten“ (Dauerwohnen, Zweitwohnen, touristisches Wohnen) in das Gefüge der Nutzungsarten nach der BauNVO und ihrer daraus folgenden Zuordnung zu den Baugebietstypen. Daran anschließend stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise diese

drei Wohnarten jeweils einer spezifischen Steuerung im Rahmen von Bebauungsplänen zugänglich sind.

Die Vielfalt der Möglichkeiten, Festsetzungen in Bebauungsplänen zu kombinieren, lässt eine vollständige Darstellung aller denkbaren Ausgestaltungen, die den hier interessierenden Prozessen entgegenwirken würden, nicht möglich erscheinen. Im Folgenden erfolgt in Absprache mit dem Inselbauamt eine Konzentration auf eine Reihe ausgewählter Konstellationen.

1. Der Begriff des „Wohnens“

Um sich dem Problem zu nähern, stellt sich zunächst die Frage nach einer Definition für die Wohnnutzung im Sinne etwa des § 3 Abs. 2 BauNVO oder des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Begriff der Wohnnutzung im Sinne des § 3 Abs. 1 BauNVO 1968 anhand folgender Kriterien definiert:

„eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie Freiwilligkeit des Aufenthalts“.²⁶²

Das Bundesverwaltungsgericht erläutert diese Definition dahin gehend:

„Diese Definition ist aus der Abgrenzung zu anderen planungsrechtlichen Nutzungsformen (Beherbergung, Heimunterbringung, Formen der sozialen Betreuung und Pflege) entwickelt worden. Sie soll den Bereich des Wohnens als Bestandteil der privaten Lebensgestaltung kennzeichnen. Gemeint ist damit die Nutzungsform des selbstbestimmt geführten privaten Lebens "in den eigenen vier Wänden", die auf eine gewisse Dauer angelegt ist und keinem anderen in der Baunutzungsverordnung vorgesehenen Nutzungszweck verschrieben ist, insbesondere keinem Erwerbszweck dient“.²⁶³

2. Die planungsrechtliche Einordnung von Ferienwohnungen

Im Folgenden stellt sich zunächst die Frage, wie Ferienwohnungen planungsrechtlich einzuordnen sind. Gemäß § 10 Abs. 4 BauNVO sind Ferienhäuser dazu bestimmt, „überwiegend und auf Dauer einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zu dienen“.

a. Ferienwohnungen als Wohnung?

Zunächst ist untersuchen, ob es sich bei Ferienwohnungen um eine Wohnnutzung im Sinne etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO („Wohngebäude“) handeln kann.

²⁶² BVerwG, Beschl. v. 25.03.1996 - 4 B 302/95 -, NVwZ 1996, 893, 894; BVerwG, Beschl. v. 17.12.2007 - 4 B 54/07 -, juris.

²⁶³ BVerwG, Beschl. v. 25.03.2004 - 4 B 15/04 -, juris Rn. 4.

In einer Entscheidung vom 12.03.1982 hat das Bundesverwaltungsgericht zur Abgrenzung von Wohngebäuden einerseits und Ferien- und Wochenendhäusern andererseits Folgendes ausgeführt:

„Zwar kann nach allgemeinem Sprachgebrauch auch ein Ferien- oder Wochenendhaus als ein "Wohngebäude" bezeichnet werden; denn auch Ferien- oder Wochenendhäuser dienen dem Wohnen. Gleichwohl unterscheidet das Bundesbaurecht begrifflich zwischen Wohngebäuden einerseits und Ferien- und Wochenendhäusern andererseits: Während nach den §§ 2, 3, 4, 4 a, 5 und 6 der Baunutzungsverordnung in der Fassung vom 15. September 1977 (BGBl. I S. 1763) - BauNVO - "Wohngebäude" in den entsprechenden Baugebieten zulässig sind, bezieht sich § 10 Abs. 3 BauNVO auf "Wochenendhäuser" und § 10 Abs. 4 BauNVO auf "Ferienhäuser". Diese begriffliche Unterscheidung im Bebauungsrecht begründet zumindest Zweifel, ob sich § 35 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BBauG auch auf Ferien- oder Wochenendhäuser und nicht nur auf Wohngebäude in einem engeren Sinne bezieht.“²⁶⁴

Erkennbar wird eine typisierende Betrachtungsweise. Aus dem Nebeneinander der Begriffe „Wohngebäude“, „Ferienhaus“ und „Wochenendhaus“ scheint das Gericht auf die Notwendigkeit einer Abgrenzung der entsprechenden Nutzungen zu schließen. Diesen Ansatz greift das Gericht auch in seiner Entscheidung vom 08.05.1989 wieder auf, wenn es ausführt:

„In der BauNVO werden zudem die allgemeine Wohnnutzung und die Ferienwohnnutzung als eigenständige Nutzungsarten aufgeführt. Die damit vorgegebene Unterscheidung verbietet es, den Begriff der Beherbergung so weit zu fassen, daß er auch die mietweise Überlassung von selbständigen Wohnungen, sei es auch nur zu Ferienzwecken, einschließt.“²⁶⁵

Diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts greift das OVG Greifswald in seiner Entscheidung vom 28.12.2007 auf. Im konkreten Fall hatte das Gericht zu entscheiden, ob die Nutzung einer Dachgeschosswohnung in einem Zweifamilienhaus als Ferienwohnung bauplanungsrechtlich eine Wohnnutzung darstellte und damit in einem allgemeinen Wohngebiet zulässig ist:

„Die im Kern des Beschwerdevorbringens stehende Frage, ob sich eine Ferienwohnnutzung bauplanungsrechtlich (lediglich) als eine Unterform der Wohnnutzung darstellt und damit im vorliegend festgesetzten Allgemeinen Wohngebiet zulässig ist, beantwortet der Senat im Sinne der erstinstanzlichen Entscheidung, wonach es sich bei der gebotenen typisierenden Betrachtung bei der Ferienwohnnutzung gegenüber der allgemeinen Wohnnutzung um eine eigenständige Nutzungsart handelt.

Zwar kann nach allgemeinem Sprachgebrauch auch ein Ferien- oder Wochenendhaus als ein "Wohngebäude" bezeichnet werden; denn auch Ferien- oder Wochenendhäuser dienen dem Wohnen. Gleichwohl unterscheidet das Bauplanungsrecht begrifflich zwi-

²⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 12.03.1982 – 4 C 59/78 –, NJW 1982, 2512, 2513 (Text übernommen aus juris).

²⁶⁵ BVerwG, Beschl. v. 08.05.1989 - 4 B 78/89 –, NVwZ 1989, 1060.

schen Wohngebäuden einerseits und Ferien- und Wochenendhäusern andererseits: Während nach den §§ 2, 3, 4, 4 a, 5 und 6 der Baunutzungsverordnung in der Fassung vom 15. September 1977 (BGBl. I S. 1763) - BauNVO - "Wohngebäude" in den entsprechenden Baugebieten zulässig sind, bezieht sich § 10 Abs. 3 BauNVO auf "Wochenendhäuser" und § 10 Abs. 4 BauNVO auf "Ferienhäuser". Diese begriffliche Unterscheidung ist im Bauplanungsrecht angelegt (...). Die BauNVO führt die allgemeine Wohnnutzung einerseits und die Ferienwohnnutzung andererseits als eigenständige Nutzungsarten auf (...).“

Sodann führt es weiter aus:

„Um den Wohnbegriff in Abgrenzung zu anderen Nutzungsarten unter Zugrundelegung der o.g. typisierenden bauplanungsrechtlichen Betrachtungsweise sachgerecht zu erfassen, bedarf es einer wertenden Betrachtung aller Umstände. Zu unterscheiden ist die im wesentlichen an der Zweckbestimmung des Aufenthalts in den Räumen (...) ausgerichtete (reine) Wohnnutzung von der Ferienwohnnutzung, in der der für das Dauerwohnen maßgebende eigenständige bzw. unabhängig zu gestaltende häusliche Wirkungskreis nicht angenommen werden kann (...). Zum Begriff des Wohnens gehört eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, zu der auch die Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises gehört (...). Mit der Dauerhaftigkeit des Wohnens ist zunächst nicht der Gegensatz von längerer und kürzerer oder von unbestimmter und bestimmter Dauer zu verbinden. So schließt etwa eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit als Inbegriff des Wohnens einen Zweitwohnsitz nicht aus (Senat, U. v. 11.07.2007 - 3 L 75/06 -). Ausgehend von der Zweckbestimmung des Aufenthalts in den Räumen unterscheidet sich Wohnen von anderen Nutzungsarten, die sich durch ein übergangsweises, nicht "alltägliches" Wohnen oder ein provisorisches, einem begrenzten Zweck dienendes Unterkommen auszeichnen. "Ferienwohnen" ist ebensowenig auf Dauer angelegt wie das Unterkommen in Herbergen jeder Art. Vom Nutzungskonzept her bieten Ferienwohnungen den zumeist wochenweisen vorübergehenden Aufenthalt für ständig wechselnde Feriengäste (...), während reine (Dauer)Wohnungen - ungeachtet der Frage der Aufenthaltsdauer - von einem über einen längeren Zeitraum gleichbleibenden Bewohnerkreis genutzt werden. Gerade die daraus resultierenden unterschiedlichen bodenrechtlichen Auswirkungen der beiden Nutzungsarten rechtfertigen die bauplanungsrechtliche typisierende Unterscheidung.

Unterscheidet sich danach die Ferienwohnnutzung von der (reinen) Wohnnutzung, ergibt sich aus der Systematik der Gebietstypen der BauNVO einerseits und den Festsetzungen im hier maßgeblichen Bebauungsplan andererseits, dass eine Ferienwohnnutzung im Plangebiet nicht zulässig ist. Die Beschränkung der Nutzungsarten in den in §§ 2 - 9 BauNVO geregelten Gebietstypen bedeutet nämlich, dass eine andere als die bezeichnete Nutzungsart in dem entsprechenden Gebiet grundsätzlich nicht zulässig ist, soweit die Gemeinde nicht von den durch § 1 Abs. 4 bis 10 BauNVO eingeräumten Möglichkeiten Gebrauch macht und Ausnahmen nicht zugelassen werden.“²⁶⁶

²⁶⁶ OVG Greifswald, Urt. v. 28.12.2007 – 3 M 190/07 –, juris Rn. 10 ff.

Ausgangspunkt der Entscheidung ist somit eine typisierende Betrachtungsweise, die aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgeleitet wird. Dabei wird die typisierende Betrachtung durch eine „wertende Betrachtung aller Umstände“ ergänzt,²⁶⁷ in deren Rahmen die „auf Dauer angelegte Häuslichkeit“ zum entscheidenden Abgrenzungskriterium wird. Im Ergebnis kommt das Gericht damit zu dem Schluss, dass es sich bei einer Ferienwohnnutzung gegenüber der allgemeinen Wohnnutzung um eine eigenständige Nutzungsart handele, das „Ferienwohnen“ vom allgemeinen „Wohnen“ somit nicht umfasst ist.

Diesem Ansatz folgt auch das OVG Lüneburg in einer Entscheidung vom 18.07.2008:

Der Begriff des Wohnens ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (...) durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie Freiwilligkeit des Aufenthalts gekennzeichnet. Diese Definition ist aus der Abgrenzung zu anderen planungsrechtlichen Nutzungsformen (Beherbergung, Heimunterbringung, Formen der sozialen Betreuung und Pflege) entwickelt worden. Sie soll den Bereich des Wohnens als Bestandteil der privaten Lebensgestaltung kennzeichnen. Gemeint ist damit die Nutzungsform des selbstbestimmt geführten privaten Lebens "in den eigenen vier Wänden", die auf eine gewisse Dauer angelegt ist und keinem anderen in der Baunutzungsverordnung vorgesehenen Nutzungszweck verschrieben ist, insbesondere keinem Erwerbszweck dient. Darunter fallen Ferienwohnungen nicht; bei ihnen fehlt es jedenfalls (typischerweise) an der auf Dauer angelegten Häuslichkeit (...). Darüber hinaus nennt die Baunutzungsverordnung das "Ferienhaus" als eigene Nutzungsart in § 10 Absätze 1 und 4.²⁶⁸

Damit stellt das OVG Lüneburg das Kriterium der „auf Dauer angelegten Häuslichkeit“ in den Vordergrund und nimmt auf die typisierende Betrachtungsweise anhand der Nutzungskategorien der BauNVO nur noch ergänzend Bezug.

Folgt man der beschriebenen Rechtsprechung, dann scheiden Ferienwohnungen aus dem Begriff des Wohnens aus. Dieses Ergebnis wird auch durch einen Leitsatz des OVG Münster in einer im Übrigen unveröffentlichten Entscheidung vom 17.01.1996 bestätigt.²⁶⁹ Auch das OVG Schleswig stellt in einem unveröffentlichten Beschluss vom 25.01.2000 fest, „eine Ferienwohnung beziehungsweise ein Ferienhaus sei kein Wohngebäude im Sinne des § 3 Abs. 2 BauNVO und könne daher in einem reinen Wohngebiet allenfalls ausnahmsweise als kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO zugelassen werden.“²⁷⁰ Allerdings hatte das Gericht noch in einem ebenfalls unveröffentlichten Beschluss

²⁶⁷ Vgl. dazu auch OVG Münster, Beschl. v. 14. 8. 2007 – 10 A 1219/06 –, NVwZ-RR 2008, 20, 21.

²⁶⁸ OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.07.2008 – 1 LA 203/07 –, BauR 2008, 2022, 2023.

²⁶⁹ OVG Münster, Urt. v. 17.01.1996 – 7 A 166/96 –, juris.

²⁷⁰ OVG Schleswig, Beschl. v. 25.01.2000 – 1 L 81/98 –, mit Verweis auf OVG Schleswig, Urt. v. 23.04.1998 – 1 L 268/96 –. Vgl. auch OVG Schleswig, Beschl. v. 08.09.1995 – 1 M 65/95 –, juris: Ferienwohnung kein Vorhaben i.S.d. § 10 Abs. 2 BauGB-MaßnG.

vom 26.06.1995 ausgeführt, die Einrichtung einer Ferienwohnung wäre als Wohnnutzung in einem allgemeinen Wohngebiet ohne Weiteres zulässig.²⁷¹

In der Literatur wird wohl überwiegend angenommen, dass eine Nutzung als Ferienwohnung kein Wohnen im Sinne der BauNVO darstellt. *Ziegler* führt aus, dass ein Vorhaben für eine Unterkunft, das sich unter eine gegenüber dem Wohngebäude speziellere Nutzungsart subsumieren lasse, die Qualifizierung als Wohngebäude ausschließe. In diesem Sinne seien Wochenend- und Ferienhäuser, die nur in den für sie nach § 10 Abs. 2 S. 1 BauNVO festgesetzten Sondergebieten eine Nutzungsart seien, eine gegenüber dem Wohngebäude speziellere Nutzungsart.²⁷² Damit knüpft er an die bereits beschriebene typisierende Betrachtungsweise des Bundesverwaltungsgerichts an. Auch *Reidt* stellt fest, mit der auf Dauer angelegten Häuslichkeit, über die sich die Wohnnutzung definiert, sei die Nutzungsform des selbstbestimmt geführten privaten Lebens in den eigenen vier Wänden, die auf eine gewisse Kontinuität angelegt sei, gemeint.²⁷³ Die betreffenden Räumlichkeiten dürften nicht ständig wechselnden Gästen zum nur vorübergehenden – gleichsam provisorischen – Aufenthalt zur Verfügung stehen.²⁷⁴ Ebenso schließt *Stock* Ferienhäuser und Ferienwohnungen aus dem Begriff der Wohnnutzung aus.²⁷⁵

In der Literatur finden sich jedoch auch Stimmen, die das Ferienwohnen in die Wohnnutzung im Sinne der § 3 Abs. 2 BauNVO und § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO einbeziehen. Insbesondere vertritt *Bielenberg*, die Nutzung von Wohnungen und Wohnhäusern als Ferienwohnungen und Ferienhäusern durch mietweise Überlassung an Feriengäste sei auch in den Wohngebieten, in denen das Dauerwohnen zulässig sei (etwa reine oder allgemeine Wohngebiete), planungsrechtlich nicht unzulässig. Die planungsrechtliche Relevanz einer Feriennutzung zeige sich darin, dass es sich, wenn die weiteren Voraussetzungen für einen Betrieb vorlägen, um einen Beherbergungsbetrieb handele.²⁷⁶ Damit scheint sich ein Bild zu ergeben, wonach die Vermietung von Ferienwohnungen in reinen und allgemeinen Wohngebieten grundsätzlich zulässig ist, jedoch ab einem gewissen Umfang ein Betrieb angenommen werden müsse, was zu einer in der Regel ausnahmsweisen Zulässigkeit führt. Zu beachten ist allerdings, dass diese Ausführungen im Rahmen der Behandlung der Frage erfolgen, ob Ferienwohnungen einen Betrieb des Beherbergungsgewerbes darstellen können. In die gleiche Richtung scheinen auch die Ausführungen von *Jäde* zu zielen. Dieser qualifiziert die Vermietung von Fremdenzimmer und Ferienwohnungen als Wohnen. Wohnen sei nicht notwendig Dauerwohnen, sondern kön-

²⁷¹ OVG Schleswig, Beschl. v. 26.06.1995 – 1 M 37/95 –, unveröffentlicht.

²⁷² *Ziegler*, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, § 3 BauNVO Rn. 46.

²⁷³ *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl., 2004, Rn. 1317. Vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 15.08.1995 – 11 A 850/92 –, juris Rn. 24 ff. zur Unterbringung einer ausgelagerten Heimgruppe für schwer erziehbare Jugendliche.

²⁷⁴ *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt (Fn. 273), Rn. 1317.

²⁷⁵ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 3 BauNVO Rn. 41.

²⁷⁶ *Bielenberg*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand 75. Ergänzungslieferung, § 3 BauNVO Rn. 20.

ne auch nur vorübergehendes Wohnen sein, sofern hiervon auf das prinzipiell nur einer Wohnnutzung gewidmete Umfeld keine anderen als wohnartige Einwirkungen ausgingen.²⁷⁷

Zu fragen wäre also, ob die Vermietung von Ferienwohnungen oder auch Gästezimmern als bis zu einem gewissen Umfang der privaten Lebensführung zugehörig zu betrachten und damit möglicherweise in den Wohnbegriff einzubeziehen ist. Das Empfangen von Gästen und auch die Zurverfügungstellung von Übernachtungsmöglichkeiten dürften in jedem Fall noch Teil der Wohnnutzung sein. Der entscheidende Unterschied im Vergleich zur Ferienwohnung dürfte jedoch sein, dass Letztere nicht der „Beherbergung“ privater Gäste dient, sondern einem wechselnden Personenkreis gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden. Es dominiert nicht die private Beziehung zum „Gast“, sondern es handelt sich um einen „Feriengast“, zu dem zunächst keine private Beziehung besteht. Im Vordergrund steht der Zweck der Einnahmeerzielung.

Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 28.06.1995 im Hinblick auf die Wohnungsprostitution offensichtlich auch überlegt, ob diese bis zu einer gewissen Schwelle noch Wohnnutzung sein kann:

„Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 25. November 1983 - BVerwG 4 C 21.83 - BVerwGE 68, 213/217) ist ein Bordell grundsätzlich ein gewerblicher Betrieb, und zwar auch dann, wenn die Prostitution mit einer Wohnnutzung in den selben Räumen verbunden ist. Es mag zwar zweifelhaft sein, ob bereits bei jeder - insbesondere etwa nur gelegentlicher - Ausübung der Prostitution schon von einem Bordell und damit von einem Gewerbebetrieb gesprochen werden kann. Hier aber hat der Kläger die Wohnung von vornherein zum Zwecke der Ausübung der Prostitution vermietet, so daß von einer gewerbsmäßigen Prostitution im üblichen Sinne auszugehen ist. Auch die "Wohnungsprostitution" ist im bauplanungsrechtlichen Sinn nicht nur der Wohnnutzung, sondern zumindest auch der gewerblichen Nutzung zuzurechnen.“²⁷⁸

Selbst wenn man dies im Sinne der beschriebenen Literaturmeinung zitieren wollte, ist jedoch zu berücksichtigen, dass in den meisten Fällen der Vermietung von Ferienwohnungen, das Maß der Wohnnutzung auch nach den in dieser Entscheidung erkennbaren Maßstäben überschritten wäre.

Weiterhin kann auf eine Entscheidung des OVG Münster verwiesen werden, die hier eingeschränkt als Beispiel dienen kann. Das Gericht hatte in dieser Entscheidung vom 14.08.2007 zu beurteilen, ob die Vermietung von Zimmern in einem durch die Vermieterin bewohnten Einfamilienhaus an Mességäste für die Dauer von jeweils bis zu fünf Tagen als Wohnnutzung zulässig sei. Zunächst stellt das Gericht fest, die „tageweise Nutzung vollständig eingerichteter und mit Bettwäsche bzw. Handtüchern ausgestatteter Gastzimmer, die Bestandteil einer

²⁷⁷ Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiss (Fn. 61), § 3 BauNVO Rn. 4.

²⁷⁸ BVerwG, Beschl. v. 28.06.1995 – 4 B 137/95 –, NVwZ-RR 1996, 84.

Wohnung oder eines Wohnhauses sind, durch Personen, die an einer der in E. regelmäßig stattfindenden Fachmessen teilnehmen, [sei] schon nach dem natürlichen Wortsinn des Begriffs nicht als „Wohnen“ zu bezeichnen“. Das Gericht hatte sich aber scheinbar mit der Frage beschäftigt, ob diese Form der Vermietung noch Teil der Wohnnutzung durch die Vermieterin sei. Diese Frage wird nicht ausführlich behandelt. Das Gericht führt aus: „Auch die weiteren Ausführungen der Zulassungsbegründung, nach denen die gewerbliche Tätigkeit der Klägerin eine bloße Wohnnutzung darstellt, vermögen nicht zu überzeugen.“ Hieraus mag man Anhaltspunkte ableiten, dass das Gericht diese Frage verneint. *Stock* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die tage- oder wochenweise Vermietung möblierter Zimmer in der Wohnung oder im Wohngebäude des Vermieters eine „dem Wohnen besonders angenäherte Form der Beherbergung“ sei. Dabei geht es allerdings um die Qualifizierung als im reinen Wohngebiet zulässiger kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes.²⁷⁹

Nicht abschließend beurteilt wird auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser hat in einer jüngeren Entscheidung angenommen, die Vermietung einer Eigentumswohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste sei Teil der „zulässigen Wohnnutzung“.²⁸⁰ Allerdings bezieht sich diese Entscheidung auf den Begriff der Wohnnutzung im Sinne des § 1 Abs. 2 WEG. Inwiefern die Interpretation dieses Begriffs Auswirkungen auf das Verständnis des Begriffs des Wohnens im Sinne der BauNVO hat, ist an dieser Stelle nicht abschließend zu klären.

Ebenso wenig kann abschließend beurteilt werden, ob der Gesetzgeber selbst die Nutzung von Wohngebäuden im Sinne etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO als Ferienwohnungen für zulässig erachtet. Darauf könnte allerdings eine Formulierung in § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB hinweisen. Dort wird auf sonstige Gebiete mit Fremdenverkehrsfunktionen Bezug genommen, die durch Beherbergungsbetriebe und *Wohngebäude mit Fremdenbeherbergung* geprägt sind.²⁸¹ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Zweck des § 22 BauGB nicht ist, planungsrechtlich Nutzungsmöglichkeiten zu eröffnen, sondern die Regelung die tatsächliche Prägung von Gebieten zum Anknüpfungspunkt nimmt. Ob der Gesetzgeber demgemäß davon ausging, dass in Wohngebäuden im Sinne etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO Ferienwohnnutzung zulässig sind oder dies sogar nahelegen wollte, lässt sich nicht abschließend klären. Nach Ansicht des Verfassers erscheint dieser Schluss jedoch nicht zwingend.

Es zeigt sich, dass bereits bezüglich der Frage, ob Ferienwohnungen eine normale Wohnnutzung darstellen können, kein vollständig einheitliches Bild in Literatur und Rechtsprechung

²⁷⁹ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 3 BauNVO Rn. 76.

²⁸⁰ BGH, Urt. v. 15.01.2010 – V ZR /72/09 –, NJW 2010, 3093 Rn. 14.

²⁸¹ Vgl. zu einer solchen Konstellation im Rahmen des § 22 BauGB OVG Lüneburg, Beschl. v. 01.02.1991 – 1 M 153/90 –, BRS 52 Nr. 92.

besteht. Da aber das Bundesverwaltungsgericht und die Oberverwaltungsgerichte sich überwiegend einig sind und dieser Standpunkt auch von der überwiegenden Literatur unterstützt wird, liegt aus der Sicht des Verfassers der Schluss näher, Ferienwohnnutzungen nicht als zulässige Wohnnutzungen etwa im Sinne der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO anzusehen. Soweit dem gefolgt wird, sind Ferienwohnungen im reinen Wohngebiet nach § 3 BauNVO und im allgemeinen Wohngebiet nach § 4 BauNVO keine allgemein zulässigen Nutzungen.

b. Ferienwohnung als Betrieb des Beherbergungsgewerbes

Damit stellt sich die Frage, ob die Vermietung von Ferienwohnungen als Betriebe des Beherbergungsgewerbes im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO oder § 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO anzusehen ist. Dies ist insofern von Bedeutung, als in diesem Fall Ferienwohnungen in reinen Wohngebieten (§ 3 BauNVO) und allgemeinen Wohngebieten (§ 4 BauNVO) wenigstens als Ausnahme zugelassen werden könnten, nämlich gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO als „kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes“ oder gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO als „Betriebe des Beherbergungsgewerbes“. Die Frage ist umstritten.

Dabei wird überwiegend vertreten, dass der planungsrechtliche Begriff des Betriebs des Beherbergungsgewerbes nicht mit dem gaststättenrechtlichen Begriff des Beherbergungsbetriebs identisch ist.²⁸²

Zum Begriff des Betriebs im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO führt das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 27.11.1987 aus:

„Zu den Merkmalen eines Betriebs im bebauungsrechtlichen Sinn gehört nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die organisatorische Zusammenfassung von Betriebsanlagen und Betriebsmitteln zu einem bestimmten Betriebszweck.“²⁸³

Diese Definition findet in der Literatur nach wie vor Zustimmung.²⁸⁴

Zu der Frage, ob es sich bei der Vermietung von Ferienwohnungen überhaupt um ein Beherbergungsgewerbe handeln kann, führte das OVG Lüneburg in einer Entscheidung vom 20.05.1987 aus:

Der Begriff des kleinen Beherbergungsbetriebes i.S. des § 3 Abs. 3 BauNVO, an den der Plangeber anknüpft, umfaßt nach dem Sinn dieser Regelung und der Systematik der BauNVO nicht nur Betriebe, die Unterkunft mit Frühstück bieten, sondern auch

²⁸² BVerwG, Urt. v. 29.04.1992 – 4 C 43/89 –, BVerwGE 90, 140, 143, mit Nachweisen für die Gegenmeinung. Ähnlich Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 4 Rn. 110. A.A. wohl VGH Kassel, Beschl. v. 29.11.1989 – 4 TG 3185/89 –, NJW 1990, 1131, 1132.

²⁸³ BVerwG Beschl. v. 27.11.1987 – 4 B 230/87, 4 B 231/87 –, ZfBR 1988, 143.

²⁸⁴ So z. B. Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 4 BauNVO Rn. 115.

solche, deren Leistung, wie bei der Vermietung von Ferienwohnungen, sich im wesentlichen auf die Überlassung der gemieteten Räume beschränkt. Der Senat sieht keinen Grund, warum dieser Begriff planungsrechtlich enger zu verstehen ist als er im Gaststättenrecht verwendet wird. (...) Unter dem für die BauNVO wesentlichen Gesichtspunkt der Auswirkungen eines Betriebes auf seine Umgebung ist es im Rahmen des § 3 Abs. 3 BauNVO unwesentlich, ob ein Betrieb außer der Unterkunft in geringfügigem Umfang (Verabreichung von Frühstück an Hausgäste) Nebenleistungen anbietet oder sich, wie der Vermieter von Ferienwohnungen, auf die Bereitstellung der Unterkunft beschränkt. Beiden ist gemeinsam der wesentliche Unterschied zu den Schank- und Speisewirtschaften, die geeignet sind, stärkere Störungen des Wohnfriedens hervorzurufen (...). Die Systematik der BauNVO enthält keine Hinweise, die gegen die hier vertretene Auslegung des Beherbergungsbetriebes i.S. des § 3 Abs. 3 BauNVO sprechen könnten. Der Umstand, daß § 10 Abs. 1, 4 BauNVO Ferienhausgebiete als gesonderte Baugebiete aufführt, deutet nicht darauf hin, daß die Vermietung von Ferienwohnungen nicht Gegenstand eines Beherbergungsbetriebes i.S. der BauNVO sein kann (a.A. offenbar BVerwG, Beschluß v. 7.9.1984 – 4 N 3.84 –, NVwZ 1985, 338, 339, jedoch ohne abschließende Stellungnahme). Die Notwendigkeit, den Begriff der Ferienwohnnutzung in diesem Zusammenhang einzuführen, erklärt sich schon daraus, daß der in den vorangegangenen Vorschriften verwendete Begriff des Beherbergungsbetriebes eine umfassendere Nutzung zum Ausdruck bringt als die Nutzung durch Ferienwohnungen; er umfaßt neben dieser auch das Anbieten von Unterkunftsmöglichkeiten mit Frühstück in Räumen, die nicht die Ausstattung einer Wohnung haben.“²⁸⁵

In der Folge beschäftigte sich das Gericht dann mit der Frage, ob es sich noch um einen kleinen Beherbergungsbetrieb im Sinne des § 3 Abs. 3 BauNVO handelte. Diese Frage wurde im konkreten Fall (10 Wohnungen, davon 8 Wohnungen mit je ca. 28 qm und 2 Wohnungen mit je ca. 19 qm, ausgelegt für nicht weniger als etwa 30 Betten) verneint, womit das Vorhaben im reinen Wohngebiet unzulässig war.²⁸⁶

Diese Entscheidung wurde vom Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 27.11.1987 bestätigt, wobei das Gericht sich im Detail aber nur mit der Frage auseinandersetzte, ob es sich bei dem Betrieb um einen *kleinen* Betrieb des Beherbergungsgewerbes handelte. Die grundsätzliche Qualifizierung als Beherbergungsgewerbes wurde offensichtlich vorausgesetzt.²⁸⁷

Ansonsten finden sich in der Rechtsprechung auch des OVG Schleswig vereinzelt Anhaltspunkte dafür, dass die Vermietung einer Ferienwohnung als Betrieb des Beherbergungsgewerbes angesehen werden könnte. So stellt das Gericht – wie bereits zitiert – in einem unveröffentlichten Beschluss vom 25.01.2000 fest, „eine Ferienwohnung beziehungsweise ein Feri-

²⁸⁵ OVG Lüneburg, Urt. v. 20.05.1987 – 1 A 124/86 –, BRS 47 Nr. 37.

²⁸⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 20.05.1987 – 1 A 124/86 –, BRS 47 Nr. 37.

²⁸⁷ BVerwG Beschl. v. 27.11.1987 – 4 B 230/87, 4 B 231/87 –, BRS 47 Nr. 36.

enhaus sei kein Wohngebäude im Sinne des § 3 Abs. 2 BauNVO und könne daher in einem reinen Wohngebiet allenfalls ausnahmsweise als kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO zugelassen werden.²⁸⁸

Dem steht allerdings eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 07.09.1984 entgegen, in der das Gericht – die Frage letztlich jedoch offen lassend – ausgeführt hatte, dass vieles dafür spreche, dass „die Nutzung „Betriebe des Beherbergungsgewerbes“ nicht die allgemeine Wohnnutzung (einschließlich der Nutzung als Zweitwohnung) und nicht die Ferienwohnung im Sinne des § 10 Abs. 4 BauNVO“ umfasse, weil die BauNVO die allgemeine Wohnnutzung und die Ferienwohnnutzung als städtebaulich relevante, eigenständige Nutzungsarten neben der Nutzungsart „Beherbergungsbetriebe“ regele.²⁸⁹ Auf diese Entscheidung hatte das OVG Lüneburg in seiner zitierten Entscheidung vom 20.05.1987 Bezug genommen unter dem Hinweis auf eine „andere Auffassung“ des Bundesverwaltungsgerichts, das die Frage nicht abschließend geklärt habe. Diese abschließende Stellungnahme des Bundesverwaltungsgerichts erfolgt dann jedoch in der oben bereits zitierten Entscheidung vom 08.05.1989. In dieser ging es um ein „Aparthotel“, das außer Restaurants und verschiedenen Nebeneinrichtungen lediglich Appartementwohnungen enthielt, von denen 66 % einer Vermieterpflicht unterlagen. In dieser Entscheidung heißt es:

„In der Baunutzungsverordnung werden zudem die allgemeine Wohnnutzung und die Ferienwohnnutzung als eigenständige Nutzungsarten aufgeführt. Die damit vorgegebene Unterscheidung verbietet es, den Begriff der Beherbergung so weit zu fassen, daß er auch die mietweise Überlassung von selbständigen Wohnungen, sei es auch nur zu Ferienzwecken, einschließt. Ein Beherbergungsbetrieb liegt nur vor, wenn Räume ständig wechselnden Gästen zum vorübergehenden Aufenthalt zur Verfügung gestellt werden, ohne daß diese dort ihren häuslichen Wirkungskreis unabhängig gestalten können. Das hat der Senat bereits in dem angeführten Urteil vom 7. 9. 1984 (...) angedeutet, dort aber offengelassen, weil es im Ergebnis nicht darauf ankam.“²⁹⁰

Damit greift das Bundesverwaltungsgericht hier auch wieder auf die typisierende Betrachtungsweise zurück, die auch bereits bei der Frage, ob es sich bei einer Ferienwohnnutzung um Wohnen im Sinne der BauNVO handelt, eine Rolle gespielt hat (s.o.).

Zurecht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die letztgenannte Entscheidung zu der Entscheidung vom 27.11.1987 im Widerspruch stehe.²⁹¹ Allerdings kann man diesen Widerspruch nach Ansicht des Verfassers am ehesten dann auflösen, wenn man berücksichtigt, dass in der Entscheidung vom 27.11.1987 die Frage, ob die Vermietung von Ferienwohnungen ein

²⁸⁸ OVG Schleswig, Beschl. v. 25.01.200 – 1 L 81/98 –, mit Verweis auf OVG Schleswig, Urt. v. 23.04.1998 – 1 L 268/96 –. Vgl. auch OVG Schleswig, Beschl. v. 08.09.1995 – 1 M 65/95 –, juris: Ferienwohnung kein Vorhaben i.S.d. § 10 Abs. 2 BauGB-MaßnG.

²⁸⁹ BVerwG, Beschl. v. 07.09.1984 – 4 N 3/84 –, NVwZ 1985, 338, 339.

²⁹⁰ BVerwG, Beschl. v. 08.05.1989 – 4 B 78/89 –, NVwZ 1989, 1060.

²⁹¹ Bielenberg, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Baugesetzbuch, 75. Aufl. 2004, § 3 BauNVO Rn. 20.

Beherbergungsgewerbe im Sinne des § 3 Abs. 3 BauNVO darstellt, nicht entscheidungserheblich war, da es sich in jedem Fall nicht um einen *kleinen* Betrieb des Beherbergungsgewerbes handelte. So bemerkt auch *Ziegler* die Entscheidung gebe wegen der Begrenzung der Fragestellung für die hier zu entscheidende Frage wohl nichts her.²⁹²

Als konstituierendes Merkmal für die Annahme eines Betriebs des Beherbergungsgewerbes könnte sich nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.04.1992 auch die Erbringung von Dienstleistungen über die Überlassung der Räume hinaus erweisen. Dort führte das Gericht im Zusammenhang mit Ein-Zimmer-Appartements (Zweibett-Zimmer mit Vorraum, Dusche/WC und Kochnische) aus:

Das „Fehlen von Gemeinschaftsräumen und die Absicht der Klägerin, den Gästen keine nennenswerten Dienstleistungen zu erbringen, [deuten] darauf hin, daß auch kein Pensionsbetrieb, der dem typischen Bild eines Beherbergungsbetriebes entspricht, geplant ist. Der Begriff des Beherbergungsbetriebes ist jedoch in der Baunutzungsverordnung nicht näher umschrieben. In einem weiteren Sinne könnte auch das Vorhaben der Klägerin noch einen Beherbergungsbetrieb darstellen. Diese Frage kann aber letztlich offenbleiben (...)“.²⁹³

Ausdrücklich hält sich das Gericht auch eine Ausdehnung des Begriffs des Beherbergungsbetriebs offen. Zu dieser Entscheidung ist allerdings zu bemerken, dass es nicht um Ferienappartements ging, sondern um Appartements, die der Unterbringung von Arbeitskräften (z.B. Montagearbeiter) dienen sollten. Damit stellte sich die Frage nach der Abgrenzung im Sinne der oben zitierten typisierenden Betrachtungsweise zu den Ferienwohnungen im Sinne des § 10 Abs. 4 BauNVO nicht.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich aus der Analyse der Rechtsprechung kein eindeutiges Bild hinsichtlich der möglichen Qualifizierung von Ferienwohnungen als Betriebe des Beherbergungsgewerbes ergibt. Das OVG Lüneburg hat in der zitierten Entscheidung vom 20.05.1987 festgestellt, der Begriff des Beherbergungsbetriebes im Sinne des § 3 Abs. 3 BauNVO umfasse auch das Vermieten von Ferienappartements für Feriengäste.²⁹⁴ In diese Richtung scheint auch das OVG Schleswig in dem bereits zitierten allerdings unveröffentlichten Beschluss vom 25.01.2000 zu tendieren.²⁹⁵ Auch der VGH Kassel hat, ohne dass es im konkreten Fall darauf angekommen wäre – im konkreten Fall ging es um Aussiedlerwohnheime –, die Vermietung die bloße Überlassung von Räumen (z.B. Ferienwohnungen) in den Begriff des Beherbergungsgewerbes mit einbezogen.²⁹⁶ Das OVG Greifswald lässt dies in

²⁹² Ziegler, in: Brügelmann (Fn. 10), § 3 BauNVO Rn. 81.

²⁹³ BVerwG, Urt. v. 29.04.1992 – 4 C 43/89 –, BVerwGE 90, 140, 142 f.

²⁹⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 20.05.1987 – 1 A 124/86 –, BRS 47 Nr. 37. Im Anschluss daran VG Braunschweig, Urt. v. 27.11.2002 – 2 A 567/01 –, juris Rn. 26.

²⁹⁵ OVG Schleswig, Beschl. v. 25.01.200 – 1 L 81/98 –.

²⁹⁶ VGH Kassel, Beschl. v. 29.11.1989 – 4 TG 3185/89 –, NJW 1990, 1131, 1132.

seiner Entscheidung vom 28.12.2007 entgegen der Vorinstanz, die keinen Beherbergungsbetrieb angenommen hatte, offen.²⁹⁷ Die zitierten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts lassen eine Tendenz zur Anwendung der typisierenden Betrachtungsweise erkennen, wonach die bloße Vermietung einer Ferienwohnung in Abgrenzung zur Ferienwohnung im Sinne des § 10 Abs. 4 BauNVO kein Beherbergungsbetrieb ist. In der Entscheidung vom 29.04.1992 hat das Bundesverwaltungsgericht überdies an die Erbringung von zusätzlichen Dienstleistungen als Merkmal des Beherbergungsbetriebs angeknüpft, sich allerdings auch die Öffnung zugunsten eines weiteren Begriffs des Beherbergungsbetriebs offen gehalten.

In der Literatur findet sich ebenfalls ein uneinheitliches Bild. Dabei kann im Folgenden nur auf einige Elemente der Diskussion eingegangen werden.

Gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 08.05.1989 und die darin zugrunde gelegte typisierende Betrachtungsweise wendet sich in der Literatur *Stock* im Anschluss an *Bielenberg*. Außerhalb von Ferienhausgebieten nach § 10 Abs. 2 und 4 BauGB sei die entgeltliche Unterbringung von Feriengästen in Ferienwohnungen und Ferienhäusern planungsrechtlich als Beherbergung zu bewerten. Der Begriff der Beherbergung und des Beherbergungsbetriebs werde allein in Ferienhausgebieten nach § 10 Abs. 4 BauNVO durch den Begriff des Ferienhauses und der Ferienwohnung verdrängt.²⁹⁸

In diesem Sinne könnte man unter Umständen auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift deuten. Die Regelung zu den Ferienhausgebieten wurde erst 1977 in § 10 BauNVO eingefügt. Zuvor kannte die BauNVO eine Regelung zu Ferienwohnnutzungen nicht. Das hieße, bis zu der Regelung des § 10 BauNVO 1977 hätte die typisierende Betrachtungsweise die Einbeziehung der Ferienwohnnutzung in den Begriff des Beherbergungsbetriebes nicht ausgeschlossen. Die Regelung zu den Ferienhausgebieten wurde 1977 auf Veranlassung des Bundesrates unter anderem durch die Regelung zu den Ferienhausgebieten ergänzt. Laut der Begründung war der Zweck der Regelung, neben den bereits geregelten Wochenendhausgebieten auch andere Gebiete, die der Erholung dienen, einer Regelung zuzuführen.²⁹⁹ Anhaltspunkte für einen umfassenden Ausschluss von Ferienwohnungen etwa aus Wohngebieten finden sich hingegen nicht.

Zur Frage, ob ein Beherbergungsbetrieb auch dann vorliegen könne, wenn neben der Überlassung der Räumlichkeiten keine weiteren Dienstleistungen erbracht werden, kommt wiederum *Stock* zu dem Schluss, das Fehlen *hoteltypischer Nebenleistungen* rechtfertige nicht zwangsläufig den Schluss, es liege kein Beherbergungsbetrieb vor. Ein Beherbergungsbetrieb könne

²⁹⁷ OVG Greifswald, Urt. v. 28.12.2007 – 3 M 190/07 –, juris Rn. 11.

²⁹⁸ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 4 BauNVO Rn. 114, auch § 3 BauNVO Rn. 76; in Anschluss an *Bielenberg*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Baugesetzbuch, 75. Aufl. 2004, § 3 BauNVO Rn. 20.

²⁹⁹ BR-Drs. 261/77 (Beschluss), S. 7.

sich auch auf das schlichte Bereitstellen eines Gästezimmers beschränken und von der Erbringung weiterer Nebenleistungen, wie dem Frühstück oder der Bereitstellung von Gemeinschaftsräumen, absehen.³⁰⁰ *Ziegler* kommt hier zusammenfassend zu dem Ergebnis, Service sei für Betriebe des Beherbergungsgewerbes üblich, aber nicht Voraussetzung. Allerdings führt er weiter aus, die Möglichkeit, den häuslichen Wirkungskreis unabhängig zu gestalten, sei bei Betrieben des Beherbergungsgewerbes nicht gegeben. Später stellt er bezüglich Ferienhäusern wiederum fest, dass dort die Eigengestaltung des häuslichen Wirkungskreises – „ferienmäßig“ – möglich sei. Das scheint Ferienhäuser und Ferienwohnungen aus dem Begriff des Betriebs des Beherbergungsgewerbes auszuschneiden.³⁰¹

Weiterhin stellen *Fickert/Fieseler* fest, unter den Begriff des Beherbergungsbetriebes nach § 3 Abs. 3 BauNVO falle auch das Vermieten von Ferienappartements für Feriengäste.³⁰² Auch *Reidt* fasst eine „Anlage mit Ferienwohnungen“ noch unter den Begriff des Beherbergungsbetriebs.³⁰³

Aber auch in der Literatur finden sich Stimmen, die die Vermietung von Ferienwohnungen aus dem Begriff des Betriebs des Beherbergungsgewerbes ausschließen. Dies gilt etwa für *Knaup/Stange*³⁰⁴ und wie gesehen wohl auch *Ziegler*.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass in der Literatur die Ansicht zu überwiegen scheint, dass die Vermietung von Ferienwohnungen einen Betrieb des Beherbergungsgewerbes darstellen kann. Vor allem der Ansatz von *Bielenberg* und *Stock* kollidiert aber mit der vom Bundesverwaltungsgericht benutzten typisierenden Betrachtungsweise, wonach sich die unterschiedlichen in der BauNVO geregelte Nutzungsarten, Wohngebäude, Beherbergungsbetrieb und Ferienhaus, ausschließen.

Vor diesem Hintergrund kommt der Verfasser zu keinem eindeutigen Bild. Aufgrund der Bedeutung des typisierenden Ansatzes in der Rechtsprechung scheint dem Verfasser der Ausschluss der Vermietung von Ferienwohnungen aus dem Begriff des Beherbergungsbetriebs jedoch näher zu liegen.

Soweit die Qualifizierung von Ferienwohnungen als Betriebe des Beherbergungsgewerbes verneint wird, steht fest, dass sie in einem reinen Wohngebiet nach § 3 BauNVO auch nicht ausnahmsweise gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO zugelassen werden können. Für das allgemeine Wohngebiet nach § 4 BauNVO käme es bezüglich der Beurteilung einer ausnahmsweisen Zulässigkeit noch auf die mögliche Einordnung als sonstige nicht störende Gewerbebetriebe im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO an (siehe unten C. I. 2. c.).

³⁰⁰ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 4 BauNVO Rn. 110.

³⁰¹ *Ziegler*, in: Brügelmann (Fn. 10), § 3 BauNVO Rn. 81, 83, 86.

³⁰² *Fickert/Fieseler*, BauNVO, 11. Aufl., 2008, § 3 Rn. 19.

³⁰³ *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt (Fn. 273), Rn. 1347.

³⁰⁴ So *Knaup/Stange*, BauNVO, 8. Aufl., 1997, § 3 Rn. 46.

Nähme man entgegen der hier vertretenen Tendenz mit einem Teil der Literatur eine Qualifizierung als Betrieb des Beherbergungsgewerbes an, wären Ferienwohnungen in reinen Wohngebieten gegebenenfalls als kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO ausnahmsweise zulässig. Gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauNVO könnten sie unter den dort genannten Voraussetzungen auch zur regelmäßig zulässigen Nutzung aufgewertet werden. In allgemeinen Wohngebieten wären sie auch in größerem Umfang gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO ausnahmsweise zulässig. Eine Aufwertung zur regelmäßig zulässigen Nutzung gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauNVO ist auch hier möglich.

c. Ferienwohnung als sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb

Soweit die Einordnung als Betrieb des Beherbergungsgewerbes verneint wird, stellt sich die Frage nach der möglichen Qualifizierung als „sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb“ im Sinne etwa des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO. Damit wären Ferienwohnungen im allgemeinen Wohngebiet eine ausnahmsweise zulässige Nutzung. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, inwieweit die Vermietung von Ferienwohnungen ein Gewerbe im Sinne der BauNVO darstellt. Nimmt man hingegen an, es handele sich bei der Vermietung von Ferienwohnungen um einen Beherbergungsbetrieb, dürfte der Rückgriff auf den Zulässigkeitstatbestand der sonstigen nicht störenden Gewerbebetriebe jedenfalls im Bereich des § 4 BauNVO verschlossen sein. Jedenfalls in der Literatur wird angenommen, dass § 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO insofern § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO verdrängt.³⁰⁵

aa. Vermietung von Ferienwohnungen als gewerbliche Tätigkeit im planungsrechtlichen Sinne

Der Begriff des Gewerbes ist ein eigenständiger planungsrechtlicher Begriff, der jedoch im Bauplanungsrecht nicht näher definiert wird.³⁰⁶ In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Begriff des Gewerbebetriebs dem Gewerberecht zwar entlehnt, mit diesem Begriff aber nicht identisch sei.³⁰⁷ Demgemäß wird in der Literatur normalerweise der gewerberechtliche – und auch der steuerrechtliche³⁰⁸ – Begriff des Gewerbes als Ausgangspunkt genommen, zugleich aber darauf hingewiesen, dass der Begriff gegebenenfalls der planungsrechtlichen Modifikation bedarf.³⁰⁹ Dabei verweist *Stock*³¹⁰ auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die sich mit der Frage beschäftigte, ob die Vermietung von Ferienwohnungen im ge-

³⁰⁵ Stock, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 2. Aufl., 2003, § 4 Rn. 75; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 4 BauNVO Rn. 118, 120.

³⁰⁶ Stock, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, § 8 Rn. 16.

³⁰⁷ Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 2 Rn. 24.

³⁰⁸ So z.B. Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 2 Rn. 24.

³⁰⁹ So z.B. Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 8 Rn 16; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt (Fn. 273), Rn. 1530; Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 2 Rn. 24.

³¹⁰ Stock, in: Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 8 Rn. 16.

werbrechtlichen Sinne als Ausübung eines Gewerbes zu betrachten wäre. In dieser Entscheidung definiert das Bundesverwaltungsgericht den Begriff des Gewerbes im gewerbrechtlichen Sinne wie folgt:

„Gewerbe in diesem Sinne (ist) jede nicht sozial unwertige (generell nicht verbotene), auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe (freie wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit höherer Art sowie persönliche Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern) und bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens.“³¹¹

Im Hinblick auf die Einordnung der Vermietung von Ferienappartements war dann im Folgenden allein die Frage erheblich, ob es sich bei der Vermietung von Ferienappartements noch um die „bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens“ handelte. Zur Einordnung verweist das Gericht auf die Zwecke der gewerbrechtlichen Einbindung, nämlich den Schutz der Allgemeinheit, insbesondere des Verbrauchers sowie der Arbeitnehmer. Dabei sei die Schutzwürdigkeit zwar grundsätzlich gegeben, wenn sich jemand im Rahmen einer auf Erwerb gerichteten selbstständigen Tätigkeit an Verbraucher wende und/oder Beschäftigte heranziehe. Sie sei aber umso geringer, je mehr sich die Betätigung im „Privaten“ abspiele, und um so größer, je mehr sie sich nach „außen“ entfalte.³¹² Im konkreten Fall handelte es sich um zehn Ferienwohnungen mit bis zu 55 Betten. Es bestand die Möglichkeit der Benutzung einer Waschmaschine und eines Trockners. Bettwäsche und Handtücher konnten von einem benachbarten Hotel bezogen werden. Es wurden Dienste einer Angestellten des Hotels bei der Abwicklung sowie Reinigungsdienstleistungen des Hotels selbst in Anspruch genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht kam aufgrund der Gesamtbetrachtung der Umstände zu dem Schluss, dass es sich um einen Gewerbebetrieb im gewerbrechtlichen Sinne handelte:

„Die Zahl der Wohnungen und der Betten, die durchschnittliche Belegungsdauer von zwei bis sechs Wochen sowie die ganzjährige Nutzung und vor allem der durch diese Umstände bedingte schnelle Wechsel der Mieter geben im Sinne der oben dargelegten Grundsätze bereits gewichtige Anhaltspunkte für die Annahme eines Gewerbes. Die Tätigkeit des Kl. ist durch mehrere Umstände gekennzeichnet, die einen über das bei bloßer (langfristiger) Vermietung von möblierten Wohnungen übliche Maß hinausgehenden Einsatz von Kapital, Arbeitskraft sowie Organisation belegen. Über die Beziehungen zu den Gästen hinaus sind Beziehungen nach „außen“ vorhanden, durch die der Bereich des „Privaten“ verlassen wird. Dem Erscheinungsbild nach stellt sich die Tätigkeit im wesentlichen wie ein Beherbergungsbetrieb in einem Feriengebiet dar, der auch vorliegen kann, wenn sich die Leistung auf die Überlassung des gemieteten Raumes beschränkt (BVerwG, Buchholz 451.41 § 1 GaststG Nr. 1, S. 2 = GewArch 1976, 170 (171)). Dieses Bild ergibt sich auch daraus, daß die betreffenden Apparte-

³¹¹ BVerwG, Urt. v. 26.01.1993 – 1 C 25/91 –, NVwZ 1993, 775.

³¹² BVerwG, Urt. v. 26.01.1993 – 1 C 25/91 –, NVwZ 1993, 775, 775 f.

ments in demselben Gebäude liegen und unter einer ‐Etablissementbezeichnung‐ (Haus Nordmeer) zusammengefaßt präsentiert werden. Der Kl. wendet sich in seiner regelmäßigen Werbung zudem an eine nicht näher abgegrenzte Vielzahl potentieller Feriengäste, gleichsam um ‐Urlaub zu verkaufen‐. Angesichts der ganzjährigen Öffnung des Betriebes und des häufigen Wechsels der Feriengäste, wie er bei 10 Ferienwohnungen mit bis zu 55 Betten vorliegt, ist auch eine gewisse unternehmerische Organisation unabdingbar. Eine Gesamtwürdigung dieser Umstände ergibt, daß die Grenze des Unerheblichen überschritten und die Einbindung in den gewerberechtlichen Ordnungsrahmen geboten ist.³¹³

Das Bundesverwaltungsgericht stellt jedoch selbst fest, dass wegen ‐der spezifisch ordnungsrechtlichen Zielsetzung des Gewerberechts (...) demgegenüber etwa abweichende Grundsätze und gerichtliche Erkenntnisse in anderen Rechtsbereichen zur Abgrenzung von gewerblicher Tätigkeit und Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens im gegebenen Zusammenhang zurücktreten‐ müssten. Deshalb treffe die ‐Entscheidung auch keine Aussage z.B. über die baurechtliche (...) Einordnung des Betriebs‐.³¹⁴

Ein Hinweis auf die planungsrechtliche Betrachtungsweise ergibt sich aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.04.1992. Dort entschied das Gericht wie bereits erwähnt über die Nutzung von sieben Räumen (Ein-Zimmer-Appartements), bei denen es sich um Zweibett-Zimmer mit Vorraum, Dusche/WC und Kochnische handelte. Zielgruppe der Vermietung waren nicht Erholungssuchende, sondern Arbeitnehmer (z.B. Montagearbeiter), die dort einen vorübergehenden Wohnbedarf von etwa zwei bis sechs Monaten abdecken sollten. Nachdem das Gericht hier zunächst die Qualifizierung als Wohnnutzung und als Beherbergungsbetrieb erörtert und jeweils letztlich offen gelassen hatte, sprach es im Folgenden von einer Unterbringung ‐im Rahmen eines gewerblichen Betriebes‐ und ging von der Einordnung als Gewerbebetrieb aus.³¹⁵

Dementsprechend ist hervorzuheben, dass die planungsrechtliche Einordnung der Vermietung von Ferienwohnungen von der gewerberechtlichen Einordnung unabhängig ist. Andererseits kann aber auch festgehalten werden, dass die Vermietung von Ferienwohnungen dem Bild einer gewerblichen Tätigkeit jedenfalls in einem weiteren Sinne entspricht, was auch eine entsprechende planungsrechtliche Einstufung jedenfalls nicht ausgeschlossen erscheinen lässt.

bb. Annahme einer Bagatellschwelle?

Als problematisch könnte sich bei der gewerberechtlichen Einstufung die Frage nach einer Bagatellschwelle, unterhalb derer die Annahme eines Gewerbes nicht mehr gerechtfertigt erscheint, darstellen. Dabei soll vorliegend keine Aussage getroffen werden, ob im Gewerbe-

³¹³ BVerwG, Urt. v. 26.01.1993 – 1 C 25/91 –, NVwZ 1993, 775, 776.

³¹⁴ BVerwG, Urt. v. 26.01.1993 – 1 C 25/91 –, NVwZ 1993, 775, 776.

³¹⁵ BVerwG, Urt. v. 29.04.1992 – 4 C 43/89 –, BVerwGE 90, 140, 142 ff.

recht eine solche Bagatellschwelle besteht und wo sie liegen könnte, die zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts legt die Annahme einer solchen aber nahe („Grenze des Unerheblichen“). Nimmt man eine solche Bagatellschwelle jedoch an, würde ihre Übertragung in das Planungsrecht zu dem Ergebnis führen, dass eine Vermietung im größeren Umfang als Gewerbebetrieb im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO zu qualifizieren und damit ausnahmsweise zulässig wäre. Demgegenüber wäre die Zulassung kleinerer „Vermieter“, die die Bagatellschwelle nicht überschreiten, auch ausnahmsweise unzulässig (wenn sie nicht in eine andere Kategorie des § 4 Abs. 2 oder 3 BauNVO fallen). Dieses Ergebnis schiene dem Zweck des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO sogar entgegen zu laufen. Die Regelung erlaubt gerade nur die ausnahmsweise Zulassung *nicht störender* Gewerbebetriebe. Je geringer der Umfang der einzustufenden Tätigkeit ist, desto weniger Störungen dürften regelmäßig von ihr ausgehen.

Dementsprechend liegt es nach Auffassung des Verfassers näher, hier auf die unterschiedlichen Funktionen der Gewerbebegriffe im Gewerberecht und im Bauplanungsrecht abzuheben. Im Bereich des Gewerberechts wird eine selbstständige Tätigkeit ab einem gewissen Umfang in den gewerberechtlichen Ordnungsrahmen eingebunden. Die Annahme einer Grenze, unterhalb derer sich die Tätigkeit als unerheblich darstellt, führt zu einer Erleichterung insofern, als sie dem gewerberechtlichen Ordnungsrahmen nicht unterworfen ist. Mit Blick auf die Vermietung von Ferienwohnungen erlaubt erst die Zuordnung zum Begriff des nicht störenden Gewerbebetriebs im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO die wenigstens ausnahmsweise Zulassung einer Nutzung, die anderenfalls unzulässig wäre. Die Annahme einer Bagatellschwelle würde im praktischen Ergebnis dazu führen, dass gerade weniger umfangreiche Tätigkeiten unzulässig wären. Dies spricht nach Auffassung des Verfassers dafür, dass eine solche Bagatellschwelle im Bauplanungsrecht nicht zum Tragen kommt. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man entgegen der oben vertretenen Ansicht dazu kommen würde, dass die Vermietung an Feriengäste bis zu einer gewissen Schwelle noch Teil der Wohnnutzung durch den Vermieter ist.³¹⁶

³¹⁶ In diese Richtung zielen – allerdings in einem anderen Kontext, nämlich Wohnungsprostitution – offenbar folgende Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts, Beschl. v. 28.06.1995 – 4 B 137/95 –, NVwZ-RR 1996, 84: „Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 25. November 1983 - BVerwG 4 C 21.83 - BVerwGE 68, 213/217) ist ein Bordell grundsätzlich ein gewerblicher Betrieb, und zwar auch dann, wenn die Prostitution mit einer Wohnnutzung in den selben Räumen verbunden ist. Es mag zwar zweifelhaft sein, ob bereits bei jeder - insbesondere etwa nur gelegentlicher - Ausübung der Prostitution schon von einem Bordell und damit von einem Gewerbebetrieb gesprochen werden kann. Hier aber hat der Kläger die Wohnung von vornherein zum Zwecke der Ausübung der Prostitution vermietet, so daß von einer gewerbsmäßigen Prostitution im üblichen Sinne auszugehen ist. Auch die "Wohnungsprostitution" ist im bauplanungsrechtlichen Sinn nicht nur der Wohnnutzung, sondern zumindest auch der gewerblichen Nutzung zuzurechnen“.

cc. Begriffe des Gewerbebetriebs und der Ferienwohnung in der Systematik der BauNVO

Der Begriff des Gewerbebetriebs ist als Oberbegriff zu verstehen. Daneben erscheinen in der BauNVO Regelungen für spezielle gewerbliche Betätigungen.³¹⁷ Soweit man die Ferienwohnung oder Ferienhausvermietung auch als gewerbliche Betätigung im planungsrechtlichen Sinne betrachtet, stellt sich auch hier die Frage nach dem Verhältnis zum allgemeineren Begriff des Gewerbebetriebs. Vor allem stellt sich die Frage, ob die Benutzung des speziellen Begriffs in der BauNVO – hier des Ferienhauses – im Rahmen einer Baugebietsvorschrift – hier des § 10 BauNVO – den Rückgriff auf den allgemeinen Begriff des Gewerbebetriebs in anderen Baugebietsregelungen ausschließt.³¹⁸ Konkret stellt sich die Frage, ob die Regelung der Ferienwohnnutzung in § 10 BauNVO die ausnahmsweise Zulassung von Ferienwohnungen als sonstige nicht störende Gewerbebetriebe im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO ausschließt.

In einer Entscheidung vom 08.11.2001 stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, aus der Erwähnung einer speziellen Nutzungsart in einer der Gebietsvorschriften der §§ 2 – 9 BauNVO und ihrer Nichterwähnung in einer anderen Gebietsvorschrift ergebe sich nicht zwangsläufig, dass diese Nutzung in dem anderen Baugebiet unzulässig ist. Im Regelfall sei davon auszugehen, dass ein besonders erwähnter spezieller Gewerbebetrieb zugleich unter den allgemeinen Begriff des Gewerbebetriebs in der Baunutzungsverordnung fallen könne.³¹⁹ Das Gericht nimmt beispielsweise Bezug auf die Erwähnung des Betriebs des Beherbergungsgewerbes in einigen Baugebietsvorschriften, was gemäß der Entscheidung vom 29.04.1992³²⁰ keine Ausschlusswirkung für andere Baugebiete bedeute.³²¹ Die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts bezieht sich allerdings nur auf die Systematik der Baugebietstypen der §§ 2 – 9 BauNVO und lässt demgemäß offen, ob sich dies auch für die in § 10 Abs. 1 und 4 BauNVO genannten Ferienhäuser gelten würde.

Zugleich verweist das Bundesverwaltungsgericht auf das Beispiel der Vergnügungsstätten. Für diese hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die speziellen Regelungen über die Zulässigkeit von Vergnügungsstätten in einigen Baugebieten ausschließen, dass diese in anderen als Gewerbebetriebe zugelassen würden. Maßgeblich sei hier ein auch im Verordnungstext erkennbarer Wille des Ordnungsgebers, Vergnügungsstätten aus dem allgemeinen Begriff des Gewerbebetriebs herauszunehmen.³²²

³¹⁷ Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 8 Rn. 15.

³¹⁸ Vgl. Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 8 Rn. 15.

³¹⁹ BVerwG, Urt. v. 08.11.2001 – 4 C 18/00 –, NVwZ 2002, 730, 731.

³²⁰ BVerwG, Urt. v. 29.04.1992 – 4 C 43/89 –, BVerwGE 90, 140.

³²¹ BVerwG, Urt. v. 08.11.2001 – 4 C 18/00 –, NVwZ 2002, 730, 731.

³²² BVerwG, Urt. v. 08.11.2001 – 4 C 18/00 –, NVwZ 2002, 730, 731.

Auf diese Problematik kann an dieser Stelle jedoch nur hingewiesen werden. Ob die Rechtsprechung aus den genannten Gründen eine Qualifizierung der Vermietung von Ferienwohnungen als Gewerbebetrieb im planungsrechtlichen Sinne ausschließen würde, kann nicht abschließend beurteilt werden.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die oben beschriebene typisierende Betrachtungsweise des Bundesverwaltungsgerichts hinzuweisen. Das Gericht hatte insbesondere in seiner Entscheidung vom 12.03.1982 aus der Nennung der Ferienhäuser in § 10 Abs. 1 und 4 BauNVO geschlossen, dass eine Abgrenzung gegenüber den Begriffen der Wohnnutzung und des Beherbergungsbetriebs erfolgen müsse.³²³ Wenn man diese typisierende Betrachtungsweise auch auf den Begriff des Gewerbebetriebs ausweitet, dann spräche dies dafür, hierin einen Willen des Verordnungsgebers zu erkennen, Ferienhäuser und –wohnungen aus dem Begriff des Gewerbebetriebs auszugrenzen. Ob dieser Ansatz aber überhaupt uneingeschränkt zum Tragen kommt und ob er in der beschriebenen Weise (Ausweitung auf Gewerbebetriebe) weiterentwickelt würde, ist offen. Hinzuzuweisen ist auf die grundlegende Kritik durch *Stock* und *Bielenberg* (s.o.). Außerdem nimmt das Bundesverwaltungsgericht wie gesehen an, dass der Begriff des Gewerbebetriebes so weit ist, dass andere Nutzungsarten davon umfasst sein können. Das spräche gegen die Übertragung der typisierenden Betrachtungsweise auch auf die Abgrenzung der Vermietung von Ferienwohnungen von Gewerbebetrieben.

Ein eindeutiges Bild lässt sich auch hier nicht feststellen.

dd. Ausschluss von Vermietungen aus dem Begriff des Gewerbebetriebs

Zu beachten ist auch die von *Ziegler* vertretene Position, der jegliche Vermietung und Verpachtung aus dem planungsrechtlichen Begriff des Gewerbebetriebs aus, womit sich die Vermietung von Ferienwohnungen, auch nicht als Gewerbebetrieb darstellen würde. *Ziegler* weist insbesondere darauf hin, dass eine Vermietung kein Vorhaben im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB sei, weil sie keine Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage sei. Dementsprechend sei Vermieten planungsrechtlich irrelevant. Es könne aber eine Nutzungsänderung zur Folge haben, wenn es zu einer anderen Nutzung führe.³²⁴ Dem ist nach Auffassung des Verfassers im Grundsatz zuzustimmen. Die hier in Bezug genommene Vermietung einer Ferienwohnung stellt sich dann aber nur als Bestandteil einer Reihe von Tätigkeiten dar, die insgesamt betrachtet das Bild einer gewerblichen Nutzung ergeben. Ein anderer Bestandteil ist die Bestimmung des Nutzungszwecks der entsprechenden Räumlichkeiten als vorübergehender Aufenthalt für wechselnde Personen. In diesem Sinne steht hier die Anknüpfung an den Vorgang der Vermietung für die Nutzung einer Wohnung eines Hauses oder

³²³ BVerwG, Urt. v. 12.03.1982 – 4 C 59/78 –, NJW 1982, 2512, 2513 (Zitat korrigiert gemäß juris).

³²⁴ *Ziegler*, in: Brügelmann (Fn. 10), § 2 BauNVO Rn. 164.

einzelner Räume für den vorübergehenden Aufenthalt durch wechselnde Personen. Diese ist Nutzung ist in die Systematik der Nutzungsarten der BauNVO einzuordnen.

ee. Rechtsprechung des BGH zum WEG

Beachtliche Zweifel an der Einordnung der Vermietung von Ferienwohnungen als nicht störende Gewerbebetriebe könnte auch die folgende Betrachtungsweise des Bundesgerichtshofs in einer Entscheidung vom 15.01.2010 haben:

„Für die wohnungseigentumsrechtliche Einordnung einer solchen Nutzung kommt es aber weder darauf an, welcher steuerrechtlichen Einkommensart die Einkünfte aus der Vermietung einer Eigentumswohnung zuzuordnen sind, noch darauf, ob die Vermietung einer Eigentumswohnung, wie etwa bei gewerblichen Wohnungsunternehmen, Teil der unternehmerischen Tätigkeit des Eigentümers ist. Entscheidend ist nach §§ 1 II, III, 13 I WEG allein, welche Nutzung in der Wohnung selbst stattfindet. Die Nutzung der Wohnung selbst ist bei der Vermietung einer Eigentumswohnung an laufend wechselnde Ferien- oder Gäste mit vergleichbaren Unterkunftsbedürfnissen nicht gewerblich. Auch in diesem Fall dient die Wohnung den Gästen als Unterkunft und damit Wohnzwecken.“³²⁵

In dieser Entscheidung ging es allerdings nicht um die planungsrechtliche Einordnung, sondern um die Qualifizierung der Ferienwohnnutzung im Kontext des WEG. Des Weiteren führte in der konkreten Entscheidung die Betonung der „Wohnzwecke“ auch bei der Ferienwohnnutzung zu einer Einordnung als Wohnnutzung im wohnungseigentumsrechtlichen Sinne, ein Weg, der bauplanungsrechtlich wie gesehen wohl nicht offen steht. Wie schon beim Vergleich der planungsrechtlichen Situation mit der gewerberechtlichen Situation angeführt, würde die Nicht-Qualifizierung als gewerbliche Nutzung im planungsrechtlichen Sinne dazu führen, dass die Ferienwohnnutzung nicht erleichtert oder zulässig, sondern unzulässig wird. Dieses Ergebnis scheint jedenfalls partiell gegen den Sinn der Regelung des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO, der ausnahmsweisen Zulässigkeit gerade nicht störender Gewerbebetriebe, zu verstoßen. Gegen eine Übertragung der Sichtweise des Bundesgerichtshofs spricht auch, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 29.04.1992 die Vermietung von Zweibett-Zimmern mit Vorraum, Dusche/WC und Kochnische als Teil einer gewerblichen Nutzung angesehen hatte. Aus Sicht des Verfassers erscheint damit im vorliegenden Zusammenhang im Planungsrecht eine andere Qualifizierung als im wohnungseigentumsrechtlichen Sinne näherliegend.³²⁶

³²⁵ BGH, Urt. v. 15.01.2010 – V ZR 72/09 –, NJW 2010, 3093 Rn. 17.

³²⁶ BVerwG, Urt. v. 29.04.1992 – 4 C 43/89 –, BVerwGE 90, 140, 144 f.

ff. Ergebnis

Die Einordnung von Ferienwohnungen als sonstige nicht störende Gewerbebetriebe im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO entspricht nach Auskunft des Inselbauamts derzeit der baurechtlichen Praxis auf Sylt. Aus der Sicht des Verfassers lässt sich die Rechtmäßigkeit dieser Festsetzung aufgrund der analysierten Rechtsprechung und Literatur nicht eindeutig ausschließen, aber auch nicht bestätigen. Die Qualifizierung als sonstiger Gewerbebetrieb ist somit mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Insbesondere die dargelegte typisierende Betrachtungsweise des Bundesverwaltungsgerichts, die bereits gegen eine Qualifizierung der Ferienwohnnutzung als Wohnnutzung oder als Betrieb des Beherbergungsgewerbes spricht, würde in der Tendenz gegen eine Einstufung als sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb sprechen. In Abwesenheit entsprechender Äußerungen der Rechtsprechung oder einer ausführlichen Behandlung in der Literatur lässt sich diesbezüglich aber keine abschließende Einschätzung vornehmen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bei einer grundsätzlichen Einordnung der Vermietung von Ferienwohnnutzung als Gewerbebetrieb im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO der Tatbestand weiterhin voraussetzt, dass es sich um ein *nicht störendes* Gewerbe handelt. Die Störeeigenschaften eines Betriebs – hier soll in der Regel eine typisierende Betrachtungsweise zugrunde zu legen sein³²⁷ – müssen dabei mit Blick auf das festgesetzte Baugebiet, seine Zweckbestimmung sowie die zulässigen Nutzungen, beurteilt werden. Eine Störung ist nach *Stock* zu verneinen, wenn die Auswirkungen des Betriebs das gebietsadäquate Maß an Störung nicht überschreitet.³²⁸

d. Stellungnahme

Wie sich gezeigt hat, ist die planungsrechtliche Einordnung von Ferienwohnungen außerhalb von Ferienhausgebieten nach § 10 Abs. 4 BauNVO unklar. Diese Situation stellt für die Fremdenverkehrsgemeinden eine Belastung dar, weil eine rechtssichere Planung damit erschwert oder sogar unmöglich gemacht wird. Gerade der hohe Entwicklungsdruck, dem die Gemeinden der Insel Sylt ausgesetzt sind, macht jedoch ein zielgenaues Instrumentarium erforderlich. Die erforderliche Klarheit lässt sich vorliegend vorzugsweise durch eine entsprechende Ergänzung der BauNVO bewerkstelligen (zu Reformvorschlägen s.u.). Auch die Entwicklung einer eindeutigen Position in der Rechtsprechung könnte die notwendige klarstellende Wirkung haben.

Die Auseinandersetzung mit Ferienwohnungen im Rahmen der BauNVO sollte durch eine eindeutige Zielvorstellung bezüglich der Verortung der Ferienwohnungen im System der Ge-

³²⁷ So *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 4 BauNVO Rn. 73.

³²⁸ *Stock*, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 4 Rn. 71.

bietskategorien geprägt sein: Es ist zu entscheiden, in welchen Baugebieten Ferienwohnungen – gegebenenfalls ausnahmsweise – zulässig sein sollen. Die Auswirkungen der verschiedenen möglichen Regelungskonzepte lassen sich anhand der Diskussion um die behandelten Nutzungsarten (Wohnnutzung, Beherbergungsgewerbe, Gewerbebetrieb) verdeutlichen.

Der Ausschluss aus dem Bereich der Wohnnutzung im Sinne etwa des § 3 Abs. 2 BauNVO oder des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO bedeutet einen Ausschluss als Regelnutzung in reinen und allgemeinen Wohngebieten. Aus der Sicht der Steuerung durch die Fremdenverkehrsgemeinden ist das nach Auffassung des Verfassers zu begrüßen. Denn anderenfalls ließe sich die Entstehung von Ferienwohnungen nur im Wege des Ausschlusses aus der Wohnnutzung über die Feinsteuerung nach § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO steuern. Da aber diese Form der Feinsteuerung nach hier vertretener Auffassung im reinen Wohngebiet aufgrund des Anwendungsbereichs des § 1 Abs. 5 BauNVO nicht zum Tragen kommt (siehe unten C. II. 2.), wäre dort die Ferienwohnnutzung nicht zu beschränken. Im allgemeinen Wohngebiet wäre die Feinsteuerung des § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO allerdings anwendbar. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Ferienwohnungen gerade in reinen Wohngebieten, aber auch in allgemeinen Wohngebieten Störungen hervorrufen können. Dies zeigen die Ausführungen des OVG Münster in einer Entscheidung vom 14.08.2007. Dort ging es zwar um die Vermietung von Zimmern an Messe Gäste, doch der in dem Zitat zum Ausdruck kommende Grundgedanke dürfte übertragbar sein.

„Die Beschränkung der Regelnutzung in einem Reinen Wohngebiet auf das Wohnen bzw. in einem Allgemeinen Wohngebiet auf das Überwiegen der Wohnnutzung dient der Schaffung einer Umgebung, die durch Wohnruhe und Homogenität der Nutzung geprägt ist. Demgegenüber ist eine Beherbergung stets mit dem Eindringen eines wechselnden Personenkreises in die Umgebung verbunden und deshalb typischerweise durch ein gewisses Maß an Unruhe und Verkehr geprägt; dies soll in einem Reinen Wohngebiet durch die Beschränkung auf „kleine“ Beherbergungsbetriebe stark eingeschränkt werden, während es in einem Allgemeinen Wohngebiet zwar ebenfalls nur ausnahmsweise, aber ggf. in größerem Umfang zulässig ist.³²⁹

Im konkreten Fall zog das Gericht daraus den Schluss, dass es ein zulässiges planerisches Ziel sei, die tageweise Aufnahme von Gästen auszuschließen oder zu reduzieren. Dieser Gedanke lässt sich jedoch auch auf die in der Regel über wenige Wochen erstreckende Vermietung an wechselnde Feriengäste übertragen. Vor allem wenn der Anteil der Ferienwohnungen durch Berücksichtigung im Rahmen der allgemein zulässigen Nutzung nicht mehr oder nur begrenzt beschränkbar wäre und demgemäß einen großen prozentualen Anteil an den zur Verfügung stehenden Wohnungen in Anspruch nähme, stünde zu befürchten, dass die Dauerwohnnutzung in dem beschriebenen Sinne „durch das Eindringen eines wechselnden Personenkreises in die Umgebung“ gestört würde.

³²⁹ OVG Münster, Beschl. v. 14.08.2007 – 10 A 1219/06 –, NVwZ-RR 2008, 20, 21.

Die Qualifizierung als Betrieb des Beherbergungsgewerbes würde demgegenüber den Gemeinden die am weitesten reichenden Steuerungsmöglichkeiten eröffnen. Ohne weitere ergänzende Festsetzungen wären Ferienwohnungen dann im Rahmen des jeweiligen Tatbestands entweder als kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes (§ 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO) oder als Betrieb des Beherbergungsgewerbes (§ 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO) nach Maßgabe des § 31 Abs. 1 BauGB ausnahmsweise zulässig. Über die Feinsteuerung nach § 1 Abs. 6 BauNVO, die auch für reine Wohngebiete Anwendung findet, ließen sich Beherbergungsbetriebe jeweils zu allgemein zulässigen Nutzungen aufwerten (§ 1 Abs. 6 Nr. 2 BauNVO) oder gänzlich ausschließen (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 BauNVO). Gemäß der Möglichkeiten des § 1 Abs. 9 BauNVO ließe die Feinsteuerung auch noch weitergehende Differenzierungsmöglichkeiten zu. Bei der hier wohl ausschließlich relevanten „Aufwertung“ der Betriebe des Beherbergungsgewerbes gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauNVO – gegebenenfalls in Verbindung mit § 1 Abs. 9 BauNVO – zu allgemein zulässigen Nutzungen ist jedoch zu beachten, dass die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebiets gewahrt bleiben muss. Gerade bei reinen Wohngebieten dürften sich hieraus enge Grenzen ergeben, da anderenfalls die Zweckbestimmung gemäß § 3 Abs. 1 BauNVO („Wohnen“) verlassen und durch die Zweckbestimmung des allgemeinen Wohngebiets nach § 4 Abs. 1 BauNVO (vorwiegend Wohnen) ersetzt würde.³³⁰

Die Einbeziehung von Ferienwohnungen in den Begriff des Beherbergungsgewerbes im Sinne der § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO und § 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO wäre damit – unter der geltenden Fassung der BauNVO (siehe zu weitergehenden Reformvorschlägen unten) – der konsequente Weg, reine und allgemeine Wohngebiete der Ferienwohnnutzung überhaupt zu öffnen. Das entspricht laut Auskunft des Inselbauamts auch der tatsächlichen Situation auf der Insel Sylt, da dort sowohl in reinen als auch in allgemeinen Wohngebieten Ferienwohnungen zu finden sind. Der Ausschluss der Ferienwohnnutzung aus dem Begriff des Beherbergungsgewerbes, den wie gesehen die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nahezulegen scheint, bedeutet hingegen, dass jedenfalls reine Wohngebiete gegen das „Eindringen“ von Ferienwohnungen umfassend immunisiert sind.

Soweit Ferienwohnungen nicht in den Begriff des Beherbergungsbetriebs mit einbezogen werden, lässt sich die beschriebene Steuerung in allgemeinen Wohngebieten gewährleisten, wenn die Vermietung von Ferienwohnungen als sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO zu qualifizieren ist. Schließt man Ferienwohnungen hingegen nicht nur aus dem Begriff des Beherbergungsgewerbes, sondern auch aus dem Begriff des Gewerbebetriebs aus, sind allgemeine Wohngebiete in gleicher Weise gegen das „Eindringen“ von Ferienwohnungen immunisiert wie die reinen Wohngebiete.

Ein Ausschluss der Ferienwohnungen sowohl aus der allgemeinen Wohnnutzung, aus dem Begriff des Beherbergungsgewerbes und aus dem Begriff des sonstigen nicht störenden Ge-

³³⁰ Vgl. Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 1 Rn. 108.

werbebetriebs würde einen vollständigen Ausschluss aus den beiden behandelten Wohngebietstypen bedeuten. Auch dies wäre als Grundentscheidung im Rahmen der BauNVO denkbar. Damit ließen sich Ferienwohnungen im Wesentlichen nur im Rahmen von Sondergebieten verwirklichen. Ob eine derartig strikte Trennung der städtebaulichen Funktionen Wohnen und Erholung jedenfalls im Hinblick auf Ferienwohnungen gewollt oder sinnvoll ist, kann abschließend nicht beurteilt werden. Eine allgemeine und grundsätzliche strikte Trennung dieser beiden Funktionen kann aber wohl nicht angenommen werden.³³¹

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass ein vollständiger Ausschluss von Ferienwohnungen aus den Wohngebieten und eine Beschränkung derselben auf Sondergebiete nach Auskunft des Inselbauamts der tatsächlichen Situation auf der Insel Sylt im Augenblick nicht entsprechen. In der Tendenz würde dies auch eine räumliche Trennung der Ferienwohnfunktion von der normalen Wohnnutzung bedeuten. Damit wäre zum einen der Nebenerwerb vieler Bewohner durch die Vermietung etwa einer Einliegerwohnung an Touristen verbaut. Auch würde es zu einer Form der „Gettoisierung“ der Einheimischen führen, insbesondere wenn man ein Mischungsverhältnis von 40% Dauerwohnnutzung und 60% Freizeitwohnnutzung unterstellt, das vom Inselbauamt Sylt als Zielvorstellung definiert wird.

Ein vollständiger Ausschluss von Ferienwohnungen aus den reinen und allgemeinen Wohngebieten scheint auch mit den Vorstellungen, die der Gesetzgeber selbst offensichtlich zugrunde legt, zu kollidieren. Die Existenz der Regelung des § 22 BauGB legt dies jedenfalls nahe. Hier geht der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, dass es einen Übergang von Ferienwohnnutzung zu Zweitwohnnutzungen gibt und auch die Umwandlung von für das Dauerwohnen genutzten Wohnungen in Zweitwohnungen ist eine Fallgruppe, die von der Regelung umfasst wird. Es wird also zumindest tatsächlich eine gewisse Durchlässigkeit zwischen den verschiedenen Wohnarten (Dauerwohnen, Zweitwohnen, touristisches Wohnen) angenommen, die bei der beschriebenen strikten Ausgrenzung von Ferienwohnungen aus reinen und allgemeinen Wohngebieten eher untypisch wäre. Insbesondere ist auf § 22 Abs. 1 S. 4 BauGB hinzuweisen, der vorsieht, dass die „Zweckbestimmung eines Gebiets für den Fremdenverkehr (...) insbesondere anzunehmen (ist) bei Kurgebieten, Gebieten für die Fremdenbeherbergung, Wochenend- und Ferienhausgebieten, die im Bebauungsplan festgesetzt sind, und bei im Zusammenhang bebauten Ortsteilen, deren Eigenart solchen Gebieten entspricht, sowie bei sonstigen Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen, die durch Beherbergungsbetriebe und Wohngebäude mit Fremdenbeherbergung geprägt sind“. Damit geht auch der Gesetzgeber davon aus, dass es neben den aufgezählten Sondergebieten noch weitere „Gebiete mit Frem-

³³¹ Vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 29.04.1992 – 4 C 43/89 –, BVerwGE 90, 140, 145: „Ebensowenig dient das Gewerbegebiet der Erholung. Die Baunutzungsverordnung sieht für diesen Zweck die Festsetzung von Sondergebieten nach den §§ 10 und 11 Abs. 2 BauNVO vor; ferner können Vorhaben mit dieser Zweckbestimmung mit dem Charakter von Baugebieten vereinbar sein, in denen - weitgehend störungsfrei - gewohnt werden darf.“

denverkehrsfunktion“ gibt, die unter anderem durch „Wohngebäude mit Fremdenbeherbergung geprägt sind“. Solche sonstigen Gebiete mit Fremdenverkehrsfunktion wären bei einem vollständigen Ausschluss von Ferienwohnungen aus den Gebietstypen der §§ 2 bis 9 BauNVO nach Ansicht des Verfassers planungsrechtlich nicht zu erklären. Zwar ist in diesem Zusammenhang zuzugeben, dass § 22 BauGB nicht primär die planungsrechtliche Situation von Grundstücken im Blick hat, sondern vielmehr auch auf die Schwierigkeiten des Vollzugs der Vorschriften über die planungsrechtliche Zulässigkeit reagiert. Andererseits sprechen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber von der vollständigen Wirkungslosigkeit der planungsrechtlichen Zulässigkeitsregelungen ausgegangen ist und mit § 22 BauGB gleichsam ein alternatives, der sonstigen planungsrechtlichen Situation entthobenes Steuerungsinstrument für die Stadtentwicklung einführen wollte.

3. Planungsrechtliche Einordnung der Zweitwohnungsnutzung

Im Mittelpunkt des Gutachtens steht die Frage, wie der Umwandlung von Wohnungen – Dauerwohnungen wie Ferienwohnungen – in eigen genutzte Zweitwohnungen begegnet werden kann. Ebenso wie die Ferienwohnnutzung ist demgemäß im Folgenden auch die Zweitwohnungsnutzung zu Erholungszwecken in die Kategorien der BauNVO einzuordnen.

Dabei ist als erstes zu untersuchen, ob eine eigen genutzte Zweitwohnung, die ausschließlich Erholungszwecken dient, noch als Wohnnutzung im Sinne etwa des § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO angesehen werden kann.

a. Rechtsprechung und Literatur

In der Rechtsprechung findet sich hier eine Stellungnahme des OVG Greifswald in einer Entscheidung vom 11.07.2007. Dort wird ein Wohnen an einem Zweitwohnsitz als Wohnen im Sinne des § 4 Abs. 1 BauNVO angesehen. Dabei hatten die Betroffenen vorgetragen, dass sie das Haus „im Wesentlichen zu eigenen Erholungszwecken“ nutzten.³³² Das Gericht führt aus:

„Der bauplanungsrechtliche Begriff des Wohnens ist gesetzlich nicht definiert, doch ist er durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie Freiwilligkeit des Aufenthaltes geprägt (...). Die auf Dauer angelegte Häuslichkeit als Inbegriff des Wohnens schließt einen sogenannten Zweitwohnsitz nicht aus, wenn dieser in (un)regelmäßigen Abständen regelmäßig bewohnt wird. Entscheidend ist, dass über die Zweitwohnung eine Besitzherrschaft besteht und der Verfügungsberechtigte den Zweitwohnsitz als Häuslichkeit betrachtet (...). Diese Voraussetzungen für ein Wohnen am Zweitwohnsitz liegen vor. Die Beigeladenen zu 1. und 2. sind Eigentümer des Hauses, halten sich nach den insoweit übereinstimmenden Darstellungen der Beteiligten immer wieder in

³³² OVG Greifswald, Urt. v. 11.07.2007 – 3 L 74/06 –, juris Rn. 34.

dem Haus auf und betrachten es nach ihrer eigenen glaubwürdigen Darstellung als Teil ihrer Häuslichkeit.“³³³

Die dem Begriff des Wohnens immanente Häuslichkeit werde auch dann nicht notwendigerweise aufgegeben, wenn die Inhaber es in ihrer Abwesenheit anderen Personen zur Fremdnutzung überließe.³³⁴ Die Frage, ob durch die Überlassung des gesamten Hauses an Dritte zu Ferienzwecken gegen die Festsetzungen eines Bebauungsplans verstoßen wird, der eine „abgeschlossene zum Dauerwohnen geeignete Wohnung festsetzt“, hat das Gericht offen gelassen.³³⁵ Damit kam das Gericht in einem einschlägigen Fall der Zweitwohnungsnutzung zu Erholungszwecken zu dem Ergebnis, dass diese Nutzung von dem Begriff der „normalen“ Wohnnutzung noch umfasst ist. Allerdings ist zu beachten, dass sich das Gericht mit einer Differenzierung anhand des Zwecks der Zweitwohnungsnutzung – Freizeitwohnen oder anderer Zweck – nicht auseinandergesetzt hat.

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts findet sich in der Entscheidung vom 07.09.1984, in der es um die Vermeidung der Entstehung von Zweitwohnungen, die wohl allein Erholungszwecken gedient hätten, ging, die Formulierung:

„Vieles spricht dafür, daß bereits die Nutzung „Betriebe des Beherbergungsgewerbes“ nicht die allgemeine Wohnnutzung (einschließlich der Nutzung als Zweitwohnung) und nicht die Ferienwohnung i.S. des § 10 IV BauNutzVO umfaßt“.³³⁶

Der Klammerzusatz könnte dahin gedeutet werden, dass auch das Bundesverwaltungsgericht von der Einbeziehung von Zweitwohnungen in die allgemeine Wohnnutzung ausgeht. Später in der Entscheidung formuliert das Gericht noch einmal, dass die Zweitwohnungsnutzung für eine nur kurze Zeit im Jahr „eine bestimmte Art des Wohnens“ sei.³³⁷

Die deutlichste Stellungnahme zu der hier vorliegenden Frage findet sich, soweit untersucht, in der Kommentierung von *Fickert/Fieseler*. Diese vertreten die Ansicht, dass die auf Dauer angelegte Häuslichkeit auch noch eine Zweitwohnung (Zweithaus) einschließe, über die neben der eigentlichen Wohnung als erstem Wohnsitz als Wochenend- bzw. Feriendomizil, das in unregelmäßigen Abständen regelmäßig bewohnt wird, verfügt werde. Das Kriterium der Dauer könne mithin auch in einem sich ständig wiederholenden Aufenthalt in einem Zweitwohnsitz zum Ausdruck kommen, der zu den Wochenenden und/oder Ferien aufgesucht werde.³³⁸ Der Begriff des Wohngebäudes umfasse alle Formen des dauernden Wohnens ein-

³³³ OVG Greifswald, Urt. v. 11.07.2007 – 3 L 74/06 –, juris Rn. 49.

³³⁴ OVG Greifswald, Urt. v. 11.07.2007 – 3 L 74/06 –, juris Rn. 49. Vgl. dazu auch BVerwG, Beschl. v. 17.12.2007 – 4 B 54/07 –, juris. Bestätigt durch OVG Greifswald, Urt. v. 28.12.2007 – 3 M 190/07 –, juris Rn. 10 f.

³³⁵ OVG Greifswald, Urt. v. 11.07.2007 – 3 L 74/06 –, juris Rn. 50.

³³⁶ BVerwG, Beschl. v. 07.09.1984 – 4 N 3/84 –, NVwZ 1985, 338, 339.

³³⁷ BVerwG, Beschl. v. 07.09.1984 – 4 N 3/84 –, NVwZ 1985, 338, 340.

³³⁸ Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 3 Rn. 1.2.

schließlich Zweit- und Ferienwohnungen, die – wenn auch nur vorübergehend genutzt – zum Wohnen auf Dauer eingerichtet und benutzbar seien.³³⁹ Die Einbeziehung von Zweitwohnungen in den Begriff des Wohnens trifft in der Literatur auf Zustimmung, wobei allerdings – soweit ersichtlich – nicht näher auf die Zwecke des „Zweitwohnens“ eingegangen wird.³⁴⁰

Die hier zitierten Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur gehen somit davon aus, dass die Zweitwohnungsnutzung eine Wohnnutzung im Sinne etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO darstellt. Dabei wird nicht nach dem Zweck des Aufenthalts differenziert, weshalb auch allein Erholungszwecken dienende Zweitwohnungen in den Anwendungsbereich mit einzubeziehen sind.

b. Entwicklung eines eigenen Standpunkts (Abgrenzung von der Wochenendhausnutzung)

Ob diese Herangehensweise der OVG Greifswald und von *Fickert/Fieseler* der Problematik der allein Erholungszwecken dienenden Zweitwohnungsnutzung in der rechtlichen Einordnung gerecht werden, erscheint aus der Sicht des Verfassers jedoch nicht ohne Zweifel. Wie gesehen wird sowohl vom OVG Greifswald als auch von *Fickert/Fieseler* entscheidend auf das Kriterium der Dauer abgestellt. Es ist aber fraglich, ob damit die Definition des Wohnens im Sinne der BauNVO tatsächlich schon vollständig „abgearbeitet“ ist. Wie bereits zitiert, definiert das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 25.03.2004 Wohnen im Sinne des § 4 Abs. 1 BauNVO wie folgt:

„Zum Begriff des Wohnens gehört eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, die Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie die Freiwilligkeit des Aufenthalts (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. März 1996 - BVerwG 4 B 302.95 - NVwZ 1996, 893). Diese Definition ist aus der Abgrenzung zu anderen planungsrechtlichen Nutzungsformen (Beherbergung, Heimunterbringung, Formen der sozialen Betreuung und Pflege) entwickelt worden. Sie soll den Bereich des Wohnens als Bestandteil der privaten Lebensgestaltung kennzeichnen. Gemeint ist damit die Nutzungsform des selbstbestimmt geführten privaten Lebens "in den eigenen vier Wänden", die auf eine gewisse Dauer angelegt ist u n d keinem anderen in der Baunutzungsverordnung vorgesehenen Nutzungszweck verschrieben ist, insbesondere keinem Erwerbszweck dient“.³⁴¹

Das Gericht hebt dabei die zusätzliche Voraussetzung – neben der auf Dauer angelegten privaten Lebensführung „in den eigenen vier Wänden“ – hervor, dass die Nutzungsform des Wohnens keinem anderen in der BauNVO vorgesehenen Nutzungszweck verschrieben ist.

³³⁹ Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 3 Rn. 10.1.

³⁴⁰ Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 3 Rn. 17.

³⁴¹ BVerwG, Beschl. v. 25.03.2004 – 4 B 15/04 –, juris Rn. 4 (Hervorhebung im Original).

Zweitwohnungsnutzungen zunächst in den Bereich der allgemeinen Wohnnutzung im Sinne etwa des § 3 Abs. 2 BauNVO oder des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO einzuordnen, erscheint – ohne dass dies jedoch einer vertieften Untersuchung unterzogen werden soll – dem ersten Anschein nach sachgerecht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Zweitwohnungsnutzungen sehr unterschiedlichen Zwecken dienen können. Sie können zum Beispiel beruflich veranlasst sein („Wochenendpendler“). Diese Art von Zweitwohnungsnutzung ist als soziales Phänomen zu akzeptieren und stellt auch auf Sylt kein besonderes Problem dar. Vorliegend stehen jedoch solche Zweitwohnungsnutzungen im Fokus, die allein Erholungszwecken dienen. Bezüglich dieser Gruppe von Zweitwohnungsnutzungen stellt sich allerdings die Frage, ob hier nicht doch eine Differenzierung anhand des Zwecks des Aufenthalts erforderlich ist. Anlass hierfür gibt, dass die BauNVO neben der Kategorie des Wohngebäudes (z.B. in § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO) auch die Kategorie des Wochenendhauses in § 10 Abs. 1 und 3 BauNVO kennt.

Ein Wochenendhaus „dient nach seiner Zweckbestimmung zum zeitlich begrenzten – also nicht dauernden – Aufenthalt an Wochenenden, in den Ferien (im Urlaub) oder in sonstiger Freizeit“.³⁴² In Abgrenzung zum Ferienhaus wird das Wochenendhaus nicht überwiegend von einem wechselnden Personenkreis genutzt, sondern immer wieder von den gleichen Personen. Dem widerspricht es nicht, wenn das Wochenendhaus zeitweilig auch wechselnden Personen, gegebenenfalls auch mietweise, zur Verfügung gestellt wird.³⁴³ Es darf jedoch nicht auf Dauer mietweise als Ferienhaus oder Wohnhaus genutzt werden.³⁴⁴ Ein Wochenendhaus kann von seiner Ausstattung her zum dauerhaften Wohnen geeignet sein.³⁴⁵ Die Nutzung zum dauernden Wohnen ist jedoch in einem Wochenendhausgebiet eine unzulässige Nutzung.³⁴⁶

Betrachtet man diese Umschreibung des Wochenendhauses, zeigt sich als wesentliches Merkmal der „Wochenendnutzung“ die zeitlich begrenzte, auf die Freizeit beschränkte Nutzung durch nicht wechselnde Personen. Dies entspricht aber genau der Beschreibung der Nutzung einer eigen genutzten Zweitwohnung, die ausschließlich zu Erholungszwecken dient.

Allerdings stellt sich ebenso wie bei der Ferienwohnnutzung die Frage, ob die Wochenendwohnnutzung in einem Wohngebäude eine zulässige Nutzung sein kann. Bei der Ferienwohnnutzung ist dies wie gesehen aufgrund der typisierenden Betrachtungsweise, die eine Abgren-

³⁴² BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168; BVerwG, Urt. v. 18.01.1991 – 8 C 63/89 –, BVerwGE 87, 299, 303; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 10 BauNVO Rn. 16.

³⁴³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 10 BauNVO Rn. 18; vgl. auch BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168.

³⁴⁴ BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 10 BauNVO Rn. 18.

³⁴⁵ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 10 BauNVO Rn. 20; vgl. auch BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168.

³⁴⁶ BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168; BVerwG, Urt. v. 18.01.1991 – 8 C 63/89 –, BVerwGE 87, 299, 303; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 10 BauNVO Rn. 18; Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 10 Rn. 23.

zung von Wohnnutzungen und Ferienwohnnutzung erfordert, nicht möglich. Auch bezüglich der Wochenendnutzungen stellt sich die Frage nach der Anwendung und der Tragweite der typisierenden Betrachtungsweise. Als Ausgangspunkt ist auch hier wieder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.03.1982, mit der das Gericht die Grundlage für die oben bereits mehrfach beschriebene typisierende Betrachtungsweise gelegt hatte, zu wählen:

Zwar kann nach allgemeinem Sprachgebrauch auch ein Ferien- oder Wochenendhaus als ein "Wohngebäude" bezeichnet werden; denn auch Ferien- oder Wochenendhäuser dienen dem Wohnen. Gleichwohl unterscheidet das Bundesbaurecht begrifflich zwischen Wohngebäuden einerseits und Ferien- und Wochenendhäusern andererseits: Während nach den §§ 3, 4, 4a, 5 und 6 BauNutVO i. d. F. vom 15. 9, 1977 (BGBl I, 1763) "Wohngebäude" in den entsprechenden Baugebieten zulässig sind, bezieht sich § 10 II BauNutVO auf "Wochenendhäuser" und § 10 IV BauNutVO auf "Ferienhäuser".³⁴⁷

Es zeigt sich deutlich, dass diese Entscheidung nicht nur eine Abgrenzung von Wohngebäuden und Ferienhäusern, sondern in diesem Sinne auch von Wohngebäuden und Wochenendhäusern erforderlich macht, was bedeutet, dass die normale Wohnnutzung von der Wochenendwohnnutzung zu unterscheiden ist. Tatsächlich ging es in der genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wohl auch nicht um ein Ferienhaus, sondern um ein Wochenendhaus. Jedenfalls enthält die Entscheidung entsprechende Anhaltspunkte.³⁴⁸ Dies legt nahe, dass gemäß dieser typisierenden Betrachtungsweise Wochenendhausnutzungen in gleicher Weise aus dem Begriff des Wohnens etwa im Sinne des § 3 Abs. 2 oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO auszuscheiden sind wie Ferienwohnnutzungen. In seiner Entscheidung vom 12.03.1982 hat das Gericht bereits unterschiedliche Rechtsfolgen daran geknüpft, ob ein Wohngebäude zu Dauerwohnzwecken oder lediglich zu „Freizeitwohnzwecken“ („Ferien- oder Wochenendhaus an Wochenenden oder in den Ferien“) genutzt wurde.³⁴⁹ Bestätigt wird das durch eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.09.1988, in der das Gericht zu dem Begriff des Wohngebäudes in § 35 Abs. 4 Nr. 5 BauGB ausführt:

Schon der Wortlaut der Vorschrift läßt erkennen, daß sie auf Wochenendhäuser nicht anwendbar ist. Denn Wohn- und Wochenendhäuser werden im Bundesbaurecht generell unterschieden. Während nach den §§ 2, 3, 4, 4a, 5 und 6 BauNutVO "Wohnge-

³⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 12.03.1982 – 4 C 59/78 –, NJW 1982, 2512, 2513.

³⁴⁸ Das legen jedenfalls die folgenden auf § 35 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BBauG a. F. bezogenen Ausführungen: „Nutz dagegen eine Familie, die über eine den heutigen Wohnansprüchen gerecht werdende Wohnung verfügt, daneben zusätzlich ein einfaches Ferien- oder Wochenendhaus an Wochenenden oder in den Ferien, so fehlt eine vergleichbare Rechtfertigung dafür, ein solches Ferien- oder Wochenendhaus durch einen Neubau zu ersetzen. (...) Ebenso wenig wäre einzusehen, daß ein ehemals privilegiertes, aber heute als Ferien- oder Wochenendhaus genutztes Gebäude durch einen Neubau sollte ersetzt werden dürfen, nur weil es der Eigentümer - wenn auch noch so selten - ausschließlich eigennutzt, während bei Vermietung des Ferien- oder Wochenendhauses ein Ersatzbau nicht zulässig ist. BVerwG, Urt. v. 12.03.1982 – 4 C 59/78 –, NJW 1982, 2512, 2513 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

³⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 12.03.1982 – 4 C 59/78 –, NJW 1982, 2512, 2513.

bäude” in den entsprechenden Baugebieten zulässig sind, bezieht sich § 10 III BauNutzVO auf “Wochenendhäuser”.³⁵⁰

In einer Entscheidung vom 25.06.2001 hat das Gericht in Erwägung gezogen, hinsichtlich der rechtlichen Konsequenzen auf den Zweck der Zweitwohnungsnutzung abzustellen. Im konkreten Fall ging es um die Neuerrichtung eines Gebäudes nach § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauGB i.d.F v. 1998. Die Regelung erlaubt unter verschiedenen Voraussetzungen die Neuerrichtung eines Wohngebäudes im Außenbereich, wenn das vorhandene Gebäude seit längerer Zeit vom Eigentümer selbst genutzt wird. Das Bundesverwaltungsgericht führte hierzu aus:

„Mit der Teilprivilegierung sollte die Verbesserung unzureichender Wohnverhältnisse durch Errichtung eines Ersatzbaus ermöglicht, nicht aber die Schaffung oder Erhaltung einer Erholungsmöglichkeit im Außenbereich gefördert werden (...). Hiervon mag der Fall zu unterscheiden sein, dass ein Eigentümer (oder Familienmitglied) aus beruflichen Gründen am Ort der Arbeitsstätte oder in dessen Nähe eine Zweitwohnung unterhält.“³⁵¹

Inwiefern diesen Entscheidungen ein Aussagegehalt über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus zuerkannt werden kann, ist offen. Jedenfalls die Entscheidung vom 12.03.1982 wird insofern über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus verallgemeinert, als sie als Grundlage für die typisierende Betrachtungsweise zitiert wird.³⁵²

Auch in der Rechtsprechung des OVG Schleswig findet sich ein Hinweis, dass die ausschließliche Nutzung eines für die Dauerwohnnutzung genehmigten Hauses zu Erholungszwecken zu der genehmigten Nutzung in einem bauplanungsrechtlichen „Spannungsverhältnis“ stehen könnte.

„Ist jedoch - wie hier - eine bestimmte Nutzung genehmigt, wird der Status bzw. die Eigenschaft des Gebäudes, was die Nutzung angeht, durch diese Genehmigung bestimmt, d.h. ein als Wochenendhaus genehmigtes Haus bleibt ein Wochenendhaus, auch wenn in ihm dauernd gewohnt wird, genauso wie ein für Dauerwohnzwecke genehmigtes Haus - rechtlich - nicht dadurch zum Wochenendhaus wird, dass es nur zu Erholungszwecken genutzt wird.“³⁵³

Die Dauerwohnnutzung eines Wochenendhauses wird allgemein als unzulässige Nutzung betrachtet.³⁵⁴ Würde man dies auf die umgekehrte Konstellation übertragen, käme man zu

³⁵⁰ BVerwG, Beschl. v. 13.09.1988 – 4 B 155/88 –, NVwZ-RR 1988, 173.

³⁵¹ BVerwG, Beschl. v. 25.06.2001 – 4 B 42/01 –, BauR 2002, 1059.

³⁵² Vgl. z.B. OVG Greifswald, Urt. v. 28.12.2007 – 3 M 190/07 –, juris.

³⁵³ OVG Schleswig, Urt. v. 07.08.1998 – 1 L 242/96 –, zitiert nach OVG Schleswig, Beschl. v. 07.02.2001 – 1 L 125/00 –, juris Rn. 8.

³⁵⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168; BVerwG, Urt. v. 18.01.1991 – 8 C 63/89 – BVerwGE 87, 299, 303; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 10 BauNVO Rn. 18; Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 10 Rn. 23.

dem Ergebnis, dass die Nutzung eines für Dauerwohnzwecke genehmigten Hauses allein für Erholungszwecke ebenfalls eine unzulässige Nutzung wäre.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die typisierende Betrachtungsweise bereits im Bereich der Ferienwohnnutzungen nicht ohne Kritik geblieben ist. Würde man dem insbesondere von *Stock* vertretenen Ansatz, wonach die Ferienhausnutzung den Begriff des Beherbergungsbetriebs nur in Ferienhausgebieten verdrängt, Ferienwohnungen in anderen Baugebieten hingegen als Betriebe des Beherbergungsgewerbes zu qualifizieren sind, folgen und auf die Wochenendhausnutzung übertragen, käme man zu anderen Ergebnissen. In diesem Fall wäre die „Wochenendnutzung“ begrifflich auf Wochenendhäuser und Wochenendhausgebiete beschränkt und würde allein hier eine eigenständige Nutzungsart bilden. Innerhalb eines Wochenendhausgebiets wäre dann darauf zu achten, dass die Grenze der Wochenendnutzung nicht überschritten wird. Außerhalb des Wochenendhausgebiets würde die Wochenendnutzung beziehungsweise die dieser im Wesentlichen entsprechende Zweitwohnungsnutzung hingegen eine normale Wohnnutzung darstellen, da sie der allgemeinen Einordnung von Zweitwohnungsnutzungen folgen würde.

Die Frage, ob Zweitwohnungsnutzungen, die allein der Erholung dienen, in der beschriebenen Weise aus dem Begriff der Wohnnutzung etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO ausgeschieden werden können, kann nicht abschließend beurteilt werden. Der Verfasser hält diesen Standpunkt für vertretbar. Ob und inwieweit sich diese Position aber in der Rechtspraxis, insbesondere in der Rechtsprechung durchsetzen können, erscheint offen. In der Konsequenz würde eine solche Position jedoch bedeuten, dass die Nutzung als eigen genutzte Zweitwohnung, die allein Erholungszwecken dient, eine in einem Wohngebäude nach § 3 Abs. 2 BauGB oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauGB unzulässige Freizeitwohnnutzung darstellt. Die Verwendung des Begriffs der Freizeitwohnnutzung bietet sich hier an, weil er eine Gemeinsamkeit der Ferienwohnnutzung und der Wochenendwohnnutzung herausstellt und das Problem der Fremdenverkehrsgemeinden sehr treffend beschreibt.

Die Implikationen dieser Betrachtungsweise sind weittragend. Soweit ersichtlich geht das Inselbauamt derzeit davon aus, dass auch eine allein dem Freizeitwohnen dienende Zweitwohnungsnutzung eine normale Wohnnutzung im Sinne etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO darstellt. Soweit untersucht wird auch in Literatur und Rechtsprechung der Schluss, allein dem Freizeitwohnen dienende Zweitwohnungsnutzungen aus dem der allgemeinen Wohnnutzung auszuschließen, nicht gezogen, wobei eine detaillierte Auseinandersetzung mit dieser Problematik, soweit die Kenntnis des Verfassers reicht, auch nicht erfolgt. In jedem Fall ist die hier erwogene Position wie dargelegt mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Ob sie sich in der Rechtspraxis, vor allem in der Rechtsprechung, durchsetzen können, ist damit äußerst unsicher. Es stellt sich auch hier die Frage, ob und inwieweit die typisierende Betrachtungsweise tatsächlich noch Gültigkeit beanspruchen kann und schließlich, ob sie sich auf diesen Bereich übertragen ließe. Auch stellt sich die Frage, ob

sich andere Abgrenzungskriterien finden ließen, mit denen sich die allgemeine Wohnnutzung von der Wochenendhausnutzung unterscheiden ließe, ohne dass die allein Erholungszwecken dienende Zweitwohnungsnutzung aus dem Begriff des allgemeinen Wohnens ausgeschieden werden müsste.

Aus städtebaulicher Sicht könnte der Ausschluss der Zweitwohnungsnutzung aus der normalen Wohnnutzung jedoch einige Vorteile bringen. Auf der Insel Sylt zeigt sich, dass an manchen Orten wohl allein dem Freizeitwohnen dienende Zweitwohnungsnutzungen die Dauerwohnnutzung durch Ortsansässige in starkem Maße verdrängen. So weist die Gemeinde Kampen neben 560 Hauptwohnsitzen 1050 Nebenwohnsitze aus.³⁵⁵ Auch in der Gemeinde Sylt finden sich in den größeren Ortsteilen Anteile der Nebenwohnsitze an den Gesamtwohnsitzen von um die 18%, in den kleineren Ortsteilen zum Teil beträchtlich mehr.³⁵⁶ Die negativen städtebaulichen Folgen solcher Entwicklungen hat der Gesetzgeber bei der Einführung des § 22 BauGB ausdrücklich anerkannt. Das vom Bundesverwaltungsgericht beschriebene Szenario von „Rollladensiedlungen“ und „Geisterstädten“ findet sich zum Teil wohl verwirklicht.³⁵⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es aus städtebaulicher Sicht durchaus angemessen, die Zweitwohnungsnutzung von der Dauerwohnnutzung zu differenzieren, eine entsprechende Auslegung des Begriffs der Wohnnutzung (Wohngebäude) in der BauNVO ließe sich also auf sachliche Erwägungen zurückführen. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass ein Ausschluss der allein Erholungszwecken dienenden Zweitwohnungsnutzung aus dem Begriff des Wohnens im Sinne etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO dazu führt, dass diese Nutzungsform in den genannten Gebieten insgesamt unzulässig wäre. Denn innerhalb des Katalogs der allgemein oder ausnahmsweise zulässigen Nutzungen dieser beiden Baugebietstypen finden sich neben den „Wohngebäuden“ in § 3 Abs. 2 BauNVO und in § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO keine weiteren Nutzungsarten, die eine private Zweitwohnungsnutzung umfassen könnten. Anders als bei Ferienwohnungen, bei denen eine Einstufung als Betriebe des Beherbergungsgewerbes oder als sonstige nicht störende Gewerbebetriebe diskutiert werden kann und zum Teil auch angenommen wird, wären die allein Erholungszwecken dienende Zweitwohnungsnutzungen im Wesentlichen auf Sondergebiete verwiesen.

II. Beschränkung des „Wohnens“ auf Dauerwohnen durch Ortsansässige

Geht man davon aus, dass die Nutzung als eigen genutzte Zweitwohnung zu Erholungszwecken eine Wohnnutzung im Sinne etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO und § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO darstellt, stellt sich die Frage, ob die Nutzungsart „Wohngebäude“ einer Feinsteuerung

³⁵⁵ http://www.grips-sylt.de/index.php?option=com_content&view=article&id=73&Itemid=115 (letzter Zugriff 05.01.2012).

³⁵⁶ <http://www.grips-sylt.de> (letzter Zugriff 05.01.2012).

³⁵⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.09.1995 – 4 C 12/94 –, BVerwGE 99, 237, 238 f. – Sylt.

dergestalt zugänglich ist, dass die hier im Fokus stehenden Zweitwohnungsnutzungen gezielt ausgeschlossen werden können. Neben dem Ausschluss der allein der Erholung dienenden Zweitwohnungsnutzung aus dem allgemeinen Begriff des Wohnens erschiene dies als weitere Möglichkeit, der unerwünschten Entstehung oder Zunahme von Zweitwohnungsnutzungen zu Freizeit Zwecken zu begegnen. In der Gemeinde Sylt ist dies zum Teil bereits planerische Praxis. So findet sich etwa in dem Bebauungsplan Westerland 64³⁵⁸ für ein Mischgebiet nach § 6 BauNVO die Festsetzung „Dauerwohnen“ sowohl als allgemein zulässige Nutzung (Obergeschoss) als auch als ausnahmsweise zulässige Nutzung (Erdgeschoss).

Ein erster Eindruck der planungsrechtlichen Literatur scheint gegen eine solche Möglichkeit der Feinsteuerung zu sprechen. Zur Steuerung der Zweitwohnungsnutzung durch Bebauungspläne führt *Söfker* aus, es sei „zu berücksichtigen, dass die bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvorschriften keine Festsetzungen von Zweitwohnungen kennen, sondern nur allgemein das Wohnen als Zulässigkeitsmaßstab – in Abgrenzung zu anderen baulichen und sonstigen Nutzungen – regeln“.³⁵⁹ Auch der Gesetzgeber ging bei der Einführung des § 22 BauGB davon aus, dass es „keine unmittelbaren Handhaben zur Verhinderung einer unerwünschten Zunahme von Zweitwohnungen“ im Bauplanungsrecht gebe.³⁶⁰

Im Übrigen wird in der Kommentarliteratur³⁶¹ als Beispiel für die planerische Steuerung, die der Zweitwohnungsbildung entgegenwirken soll, häufig Bezug genommen auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 07.09.1984. Hier hatte das Gericht zum einen eine Festsetzung, wonach Küchen und Kochstellen in Zuordnung zu einzelnen Zimmern von Beherbergungsbetrieben nicht zulässig sind, für zulässig erklärt. Zum anderen hat es darauf hingewiesen, dass die allgemeine Wohnnutzung auch bereits durch den in der Festsetzung verwendeten Begriff „Beherbergungsbetriebe für Fremdversorgung“ ausgeschlossen werde. Allerdings betraf dies ein Sondergebiet im Sinne des § 11 Abs. 2 BauNVO. Auch wurde hier letztlich jegliche Wohnnutzung, die auf Eigengestaltung des häuslichen Wirkungskreises angewiesen ist, ausgeschlossen.³⁶² Eine Differenzierung zwischen der Dauerwohnnutzung und der Zweitwohnnutzung zu Erholungszwecken erfolgte somit nicht.

Ohne dass diesbezüglich der Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden könnte, hat die Recherche in Literatur und Rechtsprechung somit keine nennenswerten Anhaltspunkte für die Zulässigkeit der Differenzierung innerhalb der Nutzungsart „Wohngebäude“ im hier interessierenden Sinne in den Gebietstypen der §§ 2 – 9 BauNVO ergeben. Der Gesetzgeber hat die-

³⁵⁸ http://www.grips-sylt.info/grips_daten/b_wes64/Wes.B.64.00.Text.pdf (letzter Zugriff 05.01.2012).

³⁵⁹ *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 13; vgl. auch Bielenberg, Planungsrecht und Wohnungseigentumsgesetz, ZfBR 1982, 7.

³⁶⁰ BT-Drs. 10/4630, S. 55.

³⁶¹ *Dürr*, in: Brügemann (Fn. 10), § 22 Rn. 3; *Lemmel*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 22 Rn. 3.

³⁶² BVerwG, Beschl. v. 07.09.1984 – 4 N 3/84 –, NVwZ 1985, 338, 339.

se Möglichkeit bei Erlass des § 22 BauGB, also bei der Beschäftigung mit den Problemen der Fremdenverkehrsgemeinden ebenfalls nicht erwogen. All dies spricht wohl eher gegen eine Möglichkeit, im Rahmen der Nutzung „Wohnen“ Differenzierungen zugunsten des Dauerwohnens durch Ortsansässige vorzunehmen.

Andererseits ist die Auseinandersetzung in der Literatur auch nicht durch eine detaillierte Beschäftigung mit dieser Problematik geprägt, weswegen das Fehlen entsprechender befürwortender Stimmen auch einfach als das Fehlen einer Auseinandersetzung mit dieser Problematik gewertet werden könnte. Deshalb sollen im Folgenden Überlegungen angestellt werden, ob sich die Beschränkung der Wohnnutzung auf Dauerwohnen durch Ortsansässige nicht doch bewerkstelligen lässt.

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit von § 1 Abs. 9 BauNVO

Die Beschränkung der Wohnnutzung im oben beschriebenen Sinne in Gebieten, in denen Wohngebäude als Nutzung regelmäßig zulässig sind, könnte eventuell über § 1 Abs. 9 BauNVO möglich sein. Dieser erlaubt unter anderem, wenn besondere städtebauliche Gründe dies rechtfertigen,³⁶³ in einem Bebauungsplan bei Anwendung des § 1 Abs. 5 – 8 BauNVO festzusetzen, dass nur bestimmte Arten der in den Baugebieten allgemein zulässigen baulichen oder sonstigen Anlagen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können. Damit ermöglicht der Verordnungsgeber in den Bebauungsplänen eine Feinsteuerung, die über die Möglichkeiten der § 1 Abs. 5 – 8 BauNVO noch hinausgeht. § 1 Abs. 5 BauNVO erlaubt etwa unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere unter Wahrung der allgemeinen Zweckbestimmung des Baugebiets, im Bebauungsplan festzusetzen, dass bestimmte Arten von Nutzungen, die nach den §§ 2, 4 – 9 und 13 allgemein zulässig sind, nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können. Eine solche Nutzung sind nach *Ziegler* auch die beispielsweise in §§ 4 Abs. 2 Nr. 1, 4a Abs. 2 Nr. 1, 6 Abs. 2 Nr. 1 BauGB genannten „Wohngebäude“.³⁶⁴

Verfeinernd kann gemäß § 1 Abs. 9 BauNVO festgesetzt werden, dass nur eine „Unterart“ der allgemein zulässigen Nutzung zulässig, unzulässig oder nur ausnahmsweise zulässig sein soll. Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu aus:

„Der erkennende Senat stimmt dem Berufungsgericht auch insoweit zu, als es im Ergebnis zwischen den beiden genannten Absätzen des § 1 BauNVO 1977 keinen qualitativen, sondern nur einen graduellen Unterschied gesehen hat. § 1 Abs. 9 BauNVO erlaubt der Gemeinde, „bei Anwendung der Absätze 5 bis 8“, d. h. innerhalb einzelner Nutzungsarten oder Ausnahmen und unter Wahrung der allgemeinen Zweckbestim-

³⁶³ Vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 07.09.1984 – 4 N 3/84 –, NVwZ 1985, 338, 340, zum Aspekt der Planrechtfertigung.

³⁶⁴ *Ziegler*, in: *Brügelmann* (Fn. 10), § 1 BauNVO Rn. 293.

mung des Baugebiets noch weiter zu differenzieren und “nur bestimmte Arten” von Anlagen, d. h. Unterarten von Nutzungen, mit besonderen Festsetzungen zu erfassen.³⁶⁵

2. Anwendbarkeit des § 1 Abs. 9 BauNVO im reinen Wohngebiet?

Soweit es um die Beschränkung auf Dauerwohnen durch Ortsansässige in Gebieten geht, in denen Wohngebäude eine allgemein zulässige Nutzung darstellen, käme § 1 Abs. 9 BauNVO in Verbindung mit § 1 Abs. 5 BauNVO zum Tragen. Dabei ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 5 BauNVO sich – jedenfalls nach dem Wortlaut der Regelung – nicht auf reine Wohngebiete nach § 3 BauNVO erstreckt. Dies ist auch die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur.³⁶⁶ *Ziegler* führt demgegenüber allerdings aus, § 1 Abs. 5 BauNVO sei auch auf die reinen Wohngebiete anwendbar.³⁶⁷

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 9 BauNVO („bei Anwendung der Absätze 5 bis 8“) ist die Anwendung des § 1 Abs. 9 BauNVO nur im Rahmen der Anwendung unter anderem des § 1 Abs. 5 BauNVO möglich. Das hieße, die Regelung kann in reinen Wohngebieten nicht in Verbindung mit § 1 Abs. 5 BauNVO zum Tragen kommen. Eine Feinsteuerung gemäß § 1 Abs. 9 BauNVO bezüglich der allgemein zulässigen Nutzung des § 3 Abs. 2 BauNVO („Wohngebäude“) wäre ausgeschlossen. Das scheint in der Literatur jedoch umstritten zu sein. So geht *Stock* in einer Kommentierung von 2003 offensichtlich von der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 9 BauNVO auf Unterarten von Wohngebäuden aus.³⁶⁸ Demgegenüber führt er in einer Kommentierung von 2009 mit Bezug auf allgemein zulässige Wohngebäude ausdrücklich aus, § 1 Abs. 9 BauNVO sei nicht anwendbar. Von dieser Festsetzungsermächtigung dürfe nur bei „bei Anwendung“ des Absatzes 5 Gebrauch gemacht werden. Dieser Weg sei insoweit verschlossen.³⁶⁹ *Ziegler* hält demgegenüber den Zugriff auf Unterarten der Wohngebäude über § 1 Abs. 9 BauNVO für möglich.³⁷⁰ In diese Richtung scheinen auch *Fickert/Fieseler* zu tendieren.³⁷¹

Die Anwendung des § 1 Abs. 9 BauNVO auch auf die allgemein zulässige Nutzungsart „Wohngebäude“ in § 3 Abs. 2 BauNVO würde insofern Sinn ergeben, als zwar kaum vor-

³⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 22.05.1987 – 4 C 77/84 –, BVerwGE 77, 317, 320.

³⁶⁶ *Stock*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 3 BauNVO Rn. 24; *Knaup/Stange* (Fn. 304), § 3 Rn. 68; *Reidt*, in: *Gelzer/Bracher/Reidt* (Fn. 273), Rn. 1670; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 1 BauNVO Rn. 64; *Roeser*, in: *König/Roeser/Stock* (Fn. 305), § 1 Rn. 65.

³⁶⁷ *Ziegler*, in: *Brügelmann* (Fn. 10), § 3 BauNVO Rn. 8.

³⁶⁸ *Stock*, in: *König/Roeser/Stock* (Fn. 305), § 3 Rn. 14.

³⁶⁹ *Stock*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 3 BauNVO Rn. 25.

³⁷⁰ *Ziegler*, in: *Brügelmann* (Fn. 10), § 3 BauNVO, Rn. 8.

³⁷¹ Sie halten den Ausschluss von „Heimen“ in reinen Wohngebieten für sinnvoll, ohne allerdings die Ermächtigungsgrundlage zu nennen, *Fickert/Fieseler* (Fn. 302), § 3 Rn. 14.2.

stellbar ist, dass Wohngebäude in reinen Wohngebieten insgesamt für unzulässig erklärt werden, ohne dass die Zweckbestimmung des Gebiets verloren ginge. Insofern ist der Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des § 1 Abs. 5 BauNVO konsequent.³⁷² Der Ausschluss einzelner Unterarten der Wohnnutzung im Sinne des § 3 Abs. 2 BauNVO könnte hingegen einen Sinn ergeben. Soweit würde der gleichsam automatische Ausschluss des § 1 Abs. 9 BauNVO durch den Ausschluss des § 1 Abs. 5 BauNVO eine Lücke darstellen. Andererseits ist der Wortlaut der Regelung eindeutig. Diese Kontroverse kann an dieser Stelle nicht endgültig aufgelöst werden. Im Folgenden wird grundsätzlich gemäß dem Wortlaut der Regelungen und der Ansicht von *Stock* in der Kommentierung von 2009 angenommen, dass eine Feinsteuerung im Hinblick auf die allgemein zulässige Nutzungsart Wohngebäude des § 3 Abs. 2 BauNVO nicht in Betracht kommt. Hier wird auf die entsprechende Unsicherheit, dass die Rechtsprechung auch der anderen Ansicht folgen könnte, hingewiesen. Dieser Streit wäre letztlich von der Rechtsprechung oder dem Gesetzgeber zu entscheiden.

3. Zweitwohnungsnutzung zu Freizeit Zwecken als abgrenzbare Unterart der Nutzung

Die Anwendung des § 1 Abs. 9 BauNVO würde voraussetzen, dass durch den Ausschluss der Zweitwohnungsnutzung eine „bestimmte Art“ der allgemein zulässigen baulichen oder sonstigen Anlagen betroffen wird. Gemäß dem obigen Zitat des Bundesverwaltungsgerichts muss es sich eine Unterart der Nutzung „Wohngebäude“ handeln. Hierfür formuliert das Bundesverwaltungsgericht Anforderungen:

„Setzt der Bebauungsplan ein Baugebiet fest, so richtet sich die Art der zulässigen Anlagen und Nutzungen grundsätzlich nach der allgemein von der Baunutzungsverordnung für diesen Gebietstyp vorgesehenen Bandbreite. Die Gemeinde hat jedoch die Möglichkeit, diese - für das Industriegebiet in § 9 BauNVO enthaltene - Typisierung durch die Differenzierungsmöglichkeiten des § 1 IV-X BauNVO zu modifizieren (vgl. § 1 III 2 BauNVO). Solche differenzierenden Festsetzungen können sich jedoch - mit Ausnahme der in § 1 X BauNVO getroffenen Regelung - stets nur auf bestimmte Arten der in dem Baugebiet allgemein oder ausnahmsweise zulässigen Anlagen oder Nutzungen beziehen. Entsprechend dem abstrakten Normcharakter des Bebauungsplans und seiner Funktion als Instrument der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung können mit den Festsetzungen des § 1 IV-IX BauNVO nur objektiv bestimmbare Typen von Anlagen erfaßt werden. Für die Umschreibung des Anlagentyps kann die Gemeinde zwar auf besondere in ihrem Bereich vorherrschende Verhältnisse abstellen; eine Planung konkreter einzelner Vorhaben ist jedoch auch mit den Differenzierungsmöglichkeiten des § 1 IV-IX BauNVO nicht gestattet“.³⁷³

³⁷² Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 1 BauNVO Rn. 64; Roeser, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 1 Rn. 65.

³⁷³ BVerwG, Beschl. vom 06.05.1993 - 4 NB 32/92 -, NVwZ 1994, 292.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist dabei also zu beachten, dass es sich um einen objektiv bestimmbaren Typ von Anlage beziehungsweise Nutzung handeln muss. Das Bundesverwaltungsgericht hat angemerkt, sofern Gattungsbezeichnungen oder ähnliche typisierende Beschreibungen verwendet würden, werfe dies in der Regel keine Probleme auf.³⁷⁴

Folgerichtig bedarf es einer eindeutigen Abgrenzbarkeit der jeweiligen Unterart der Nutzung.³⁷⁵ Das erscheint vorliegend schwierig. Dauerwohnungen und Zweitwohnungen unterscheiden sich nicht notwendigerweise in ihrem Äußeren.³⁷⁶ Die Dauerwohnung und die Zweitwohnung stellen zunächst einmal eine unterschiedliche Intensität der Nutzung der Anlage dar. Ob eine bloße Regelung der Aufenthaltsdauer (etwa Tage pro Jahr) als Kriterium für die Begründung eines eigenen Typs von Anlage ausreichen würde, erscheint zweifelhaft.

Eine Differenzierungsmöglichkeit lässt sich jedoch aus der Systematik der BauNVO ableiten. Wie gesehen stellt sich die Frage nach der Ausgrenzung der ausschließlich zu Erholungszwecken eigen genutzten Zweitwohnung allein dann, wenn diese Nutzung von der allgemeinen Wohnnutzung etwa im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO umfasst wird. Bereits oben wurde aufgezeigt, dass es sich bei der zu Erholungszwecken eigen genutzten Zweitwohnung um eine Form der Freizeitwohnnutzung handelt. Das Freizeitwohnen kennt die BauNVO in verschiedenen Formen, etwa in Form der Ferienwohnnutzung, aber auch in der Form der Wochenendnutzung. Auch in die Definition der Wochenendhausnutzung ist der Gegensatz von Freizeitwohnen und Dauerwohnen eingeflossen. Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 10.04.1986 zu Wochenendhäusern ausgeführt:

Das Wochenendhausgebiet „dient nach seiner Zweckbestimmung zum zeitlich begrenzten - also nicht dauernden - Aufenthalt an Wochenenden, in den Ferien (im Urlaub) oder in sonstiger Freizeit in meist landschaftlich bevorzugter Gegend. Der Begriff des Wochenendhauses ist gesetzlich nicht umschrieben, er hat sich aus der Zweckbestimmung herausgebildet. Bei einem Wochenendhaus handelt es sich nicht um eine „Dauer-“Wohnstätte, mag sie auch zum dauernden Wohnen geeignet sein“.³⁷⁷

Es zeigt sich also, dass die Nutzungsarten Dauerwohnen und Freizeitwohnen, Letzteres im Sinne einer auf die Freizeit – Wochenende, Ferien etc. – begrenzten „Wohnens“, typenmäßig voneinander unterscheidbar sind. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat im Kontext eines

³⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 22.05.1987 – 4 C 77/84 –, BVerwGE 77, 317, 321.

³⁷⁵ Knaup/Stange (Fn. 304), § 1 Rn. 109.

³⁷⁶ Vgl. auch OVG Schleswig, Urt. v. 07.08.1998 – 1 L 242/96 –, zitiert nach OVG Schleswig, Beschl. v. 07.02.2001 – 1 L 125/00 –, juris Rn. 8.

³⁷⁷ BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168. Vgl. auch OVG Koblenz, Urt. v. 22.08.1985 – 1 2/84 –, NVwZ 1986, 677, 678: „vorübergehender Aufenthalt zu Freizeit Zwecken“.

Sondergebiets „Freizeitwohnen und Segelsport“ das Freizeitwohnen als Nutzungsart bezeichnet.³⁷⁸

Dabei lässt sich der Begriff des Freizeitwohnens noch weiter aufgliedern. Gegenüber Ferienhäusern sind Wochenendhäuser dadurch abzugrenzen, dass sie dazu bestimmt sind, überwiegend und auf Dauer einem wechselnden Personenkreis – in der Regel im Wege der Vermietung – zum Erholungsaufenthalt zu dienen (§ 10 Abs. 4 BauNVO). Was mit dem Merkmal des Überwiegens gemeint ist, ist umstritten. Zumeist wird angenommen, damit sei zumindest auch gemeint, dass der überwiegende Teil des Gebäudes diesen Zwecken dienen müsse.³⁷⁹ Ob diese Position überzeugend ist, kann hier dahingestellt bleiben.³⁸⁰ In jedem Fall scheint es der überwiegenden Ansicht zu entsprechen, dass der Begriff des Überwiegens auch dahin gehend zu verstehen ist, dass Ferienhäuser überwiegend von wechselnden Personen genutzt würden, zugleich aber der Eigentümer das Ferienhaus nutzen dürfe.³⁸¹ Demgegenüber ist dem Wochenendhaus (normalerweise) die Benutzung durch ein und denselben Personenkreis eigentümlich.³⁸² Als weiteres Abgrenzungskriterium wird unter anderem die dauernde, ununterbrochene Nutzung der Ferienhäuser genannt.³⁸³

Anknüpfend an diese Definition erscheint es nach Auffassung des Verfassers möglich, gemäß § 1 Abs. 9 BauNVO die Nutzung ausschließlich zum Freizeitwohnen durch einen nicht überwiegend wechselnden Personenkreis auszuschließen. Es erscheint auch möglich, allein auf die Funktion des Freizeitwohnens abzustellen. Dies erfasst zwar neben der Wochenendhausnutzung auch die Ferienwohnnutzung, die wie gesehen (s.o. C. I. 2. a.) jedenfalls nach der überwiegenden Ansicht bereits definitorisch aus dem Bereich des Dauerwohnens ausgeschlossen ist. Der Ausschluss hätte also insofern eine überschießende Tendenz, als er eine Nutzung mit ausschließen würde, die nach dem wie oben dargelegt wohl herrschenden Verständnis bereits nicht enthalten ist. Auf diese Weise ließen sich aber Auslegungsprobleme vermeiden, zumal das OVG Greifswald in seiner Entscheidung vom 11.07.2007 die Überlassung der Wohnung an Dritte auch bei einer als Dauerwohnen zu qualifizierenden Zweitwohnungsnutzung nicht grundsätzlich ausgeschlossen hat und offen gelassen hat, ob eine Überlassung des gesamten

³⁷⁸ BVerwG, Beschl. v. 01.12.1994 – 4 NB 29/94 –, Buchholz 406.12 § 10 BauNVO Nr. 3.

³⁷⁹ So z.B. Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 10 Rn. 34.1; Knaup/Stange (Fn. 304), § 10 Rn. 44; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt (Fn. 273), Rn. 1585.

³⁸⁰ Dagegen Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 10 Rn. 30.

³⁸¹ Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 10 Rn. 30; diesen führen als Alternative auch Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 10 Rn. 34.1 auf; ebenso Knaup/Stange (Fn. 304), § 10 Rn. 44; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt (Fn. 273), Rn. 1585.

³⁸² Knaup/Stange (Fn. 304), § 10 Rn. 24. In diesem Sinne auch BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168.

³⁸³ Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 10 Rn. 28; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt (Fn. 273), Rn. 1584; BGH, Urt. v. 10.04.1986 – III ZR 209/84 –, NVwZ 1987, 168.

Hauses an Dritte zu Ferienzwecken von den Festsetzungen des Bebauungsplans noch gedeckt sei.³⁸⁴

Erneut ist darauf hinzuweisen, dass diese Frage in Literatur und Rechtsprechung nicht detailliert erörtert wird. Nach Auffassung des Verfassers erscheint es möglich, die wie gesehen bereits praktizierte Beschränkung der allgemeinen Wohnnutzung auf Dauerwohnen in der beschriebenen Weise zu begründen. Die vorgeschlagene Lösung ist jedoch mit Unsicherheiten behaftet. Ob die Rechtspraxis dieser Betrachtungsweise folgen würde, ist offen.

III. Sondergebiet „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“

1. Allgemeine Charakterisierung des Sondergebiets

Aufgrund der aufgezeigten Probleme mit der planerischen Steuerung der Zweitwohnungsnutzung und der Ferienwohnnutzung wird in der Planungspraxis der Sylter Gemeinden das Sondergebiet „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ eingesetzt. Im Folgenden wird die Zulässigkeit der Verwendung dieses Sondergebietstyps untersucht. Dabei wird nicht umfassend die rechtliche Zulässigkeit dieser Sondergebietsregelungen, die sich im Einzelnen auch durchaus unterscheiden, betrachtet, sondern es erfolgt eine Beschränkung auf die spezifischen Eigenheiten dieses Sondergebietstyps. Auch in diesem Rahmen erfolgt eine Schwerpunktsetzung und Beschränkung auf einzelne Aspekte, die in den vorbereitenden Gesprächen mit dem Inselbauamt eine besondere Rolle gespielt haben. Es werden demgemäß nicht alle rechtlichen Fragen, die dieser Sondergebietstyp aufwirft, behandelt. Eine umfassende Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieses Sondergebietstyps ist auf der Grundlage der nachfolgenden Ausführungen noch nicht möglich. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass auch die Festsetzung von Sondergebieten den allgemeinen Anforderungen an die Bebauungspläne – insbesondere, aber nicht nur § 1 BauGB – unterliegt, was im Folgenden nicht speziell hervorgehoben wird.

Das Ziel des Sondergebietstyps „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ ist es, neben Wohnungen, die dem Dauerwohnen durch Ortsansässige dienen, auch Ferienwohnungen zuzulassen. In dieser Weise soll die Zweitwohnungsnutzung ausgeschlossen werden.

Das charakteristische Merkmal dieser Sondergebietsfestsetzungen besteht darin, dass festgesetzt wird, dass die regelmäßig zulässigen Nutzungen im Wesentlichen beschränkt werden auf „Wohngebäude mit ausschließlich dauerwohnlicher Nutzung“ und „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnungen“ (z. B. Bebauungsplan Tinum 99³⁸⁵). Es findet sich auch die Formulierung „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und mit kleinen Betrieben des Beherbergungsgewerbes im Rahmen der höchstzulässigen Zahl der Wohnungen

³⁸⁴ OVG Greifswald, Urt. v. 11.07.2007 – 3 L 74/06 –, juris Rn. 49 f.

³⁸⁵ In Aufstellung, vgl. www.grips-sylt.de (letzter Zugriff 05.01.2012).

in Wohngebäuden“ (z. B. Bebauungsplan Westerland 57). Aus der Begründung ergibt sich allerdings, dass hiermit Ferienwohnungen gemeint sein dürften.³⁸⁶ Typischerweise wird auch die Zahl der zulässigen Wohnungen begrenzt.

Der Verfasser versteht diese Festsetzung in der Weise, dass hier nicht lediglich zwei Nutzungsarten – Dauerwohnen und Ferienwohnung – für allgemein zulässig erklärt werden sollen. Dies würde nicht ausschließen, dass in dem Gebiet auch eine praktisch ausschließliche oder sehr stark dominierende Ferienwohnnutzung entsteht. Dem Sondergebietstyp liegt nach Ansicht des Verfassers vielmehr das Bild einer sehr spezifischen Form von Touristenbeherbergung zugrunde, die auf das Plangebiet bezogen nicht lediglich neben der Funktion Dauerwohnen steht, sondern eng mit dieser verbunden ist. Das Leitbild könnte hier der Vermieter sein, der ein Wohngebäude mit seiner Familie bewohnt und innerhalb des Gebäudes Ferienwohnungen eingerichtet hat, die dem Zweck des Nebenerwerbs dienen. Auch wenn es sich hier lediglich um ein Leitbild handelt, an dem sich die Gemeinde orientiert, dessen vollständige Umsetzung jedoch nicht rechtlich verpflichtend festgesetzt wird, etwa weil der Bebauungsplan keinen Einfluss auf die Eigentumsverhältnisse nimmt, zeigt sich hieran auch die besondere Prägung des Sondergebiets „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“. Ob sich dieses Verständnis der Festsetzung in der Rechtspraxis durchsetzt, ist nicht sicher vorherzusagen.

2. Rechtsgrundlage des § 11 Abs. 2 BauNVO

Die Festsetzung eines solchen Sondergebiets könnte auf der Grundlage des § 11 Abs. 2 BauNVO erfolgen. Die Aufzählung der Arten von Sondergebieten in § 11 Abs. 2 BauNVO ist nicht abschließend. Demgemäß kommen auch andere Sondergebiete als sonstige Sondergebiete im Sinne des § 11 Abs. 2 BauNVO in Betracht.³⁸⁷ Allerdings wäre auch an eine Qualifizierung als Gebiet für den Fremdenverkehr in der Ausprägung Gebiet für die Fremdenbeherbergung zu denken. *Stock* nennt als mögliche Nutzung „Wohngebäude mit Privatunterkünften“.³⁸⁸ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Sondergebiete Dauerwohnen und Touristenbeherbergung stärker durch die Wohnfunktion geprägt sind, als dies in dem Begriff Gebiet für die Fremdenbeherbergung mitschwingt. Diese Frage braucht an dieser Stelle jedoch nicht vertieft zu werden.

³⁸⁶ http://www.grips-sylt.info/grips_daten/b_wes57/Wes.B.57.00.Begrueundung.pdf (letzter Zugriff 05.01.2012).

³⁸⁷ *Stock*, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 11 Rn. 21.

³⁸⁸ *Stock*, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 11 Rn. 22.

3. § 11 Abs. 1 BauNVO: wesentlicher Unterschied

Neben den allgemeinen Anforderungen an Bebauungspläne setzt § 11 Abs. 1 BauNVO voraus, dass sich das Sondergebiet von den Baugebieten nach §§ 2 – 10 BauNVO wesentlich unterscheidet. Maßstab für die Beurteilung sind dabei nicht die Baugebiete, die sich gegebenenfalls unter Anwendung der verschiedenen Spezifikationsmöglichkeiten des § 1 Abs. 4 – 10 BauNVO ergeben.

Für die Frage eines “wesentlichen” Unterschiedes i.S. des § 11 I BauNVO sind daher nicht die konkreten Festsetzungen des Sondergebietes mit den nach § 1 Vff. BauNVO möglichen Veränderungen zu vergleichen, sondern diese Festsetzungen mit der jeweiligen “abstrakten” Zweckbestimmung des Baugebietstyps.³⁸⁹

Als Vergleichsmaßstab kommen im Wesentlichen die Baugebietstypen, die stark durch Wohnnutzungen geprägt sind, also die Gebietstypen der §§ 3 und 4 BauNVO in Betracht. Das Sondergebiet „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ zeichnet sich demgegenüber gemäß seiner Zweckbestimmung dadurch aus, dass es „überwiegend der Unterbringung von Anlagen und Einrichtungen des Dauerwohnens sowie der Touristenbeherbergung“ dienen soll (Westerland 57).³⁹⁰ Dies spiegelt sich auch in den konkret zulässigen Nutzungsformen wieder. Zum einen findet sich eine Beschränkung der Wohnnutzung auf das Dauerwohnen. Jedenfalls wenn davon ausgegangen wird, dass auch eine Zweitwohnungsnutzung, die ausschließlich Erholungszwecken dient, von der normalen Wohnnutzung im Sinne der § 3 Abs. 2 BauNVO oder des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO umfasst wird, liegt in dieser Zweckbestimmung eine spezifische Einschränkung gegenüber den Wohngebieten. Neben diesem spezifischen Wohnzweck wird auch das Freizeitwohnen in Form von Ferienwohnungen umfasst. Die Einordnung des Ferienwohnens ist wie gesehen schwierig und letztlich nicht geklärt. Nach hier vertretener Auffassung kann das Ferienwohnen wohl nicht als Wohnnutzung im Sinne der § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO angesehen werden. Auch wenn man annimmt, Ferienwohnungen seien trotz des Ausschlusses aus dem Begriff der Wohnnutzung in den genannten Gebieten nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern – wie oben erwogen – von einer Qualifizierung als nicht störende Gewerbebetriebe oder – diese Ansicht ist ebenfalls zu finden – als Betriebe des Beherbergungsgewerbes ausginge, wären Ferienwohnungen damit in den Gebieten nach §§ 3 und 4 BauNVO entweder gar nicht oder nur ausnahmsweise zulässig. Daneben ist zu beachten, dass in dem Sondergebiet „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ nicht lediglich neben der Dauerwohnnutzung eine Ferienwohnnutzung zugelassen wird, sondern darüber hinaus, in sehr spezifischer Form eine Verbindung zwischen Dauerwohnen und Feri-

³⁸⁹ BVerwG, Beschl. v. 07.07.1997 – 4 BN 11/97 –, NVwZ-RR 1998, 416, 417. Vgl. in der Literatur Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 22; Ziegler, in: Brügelmann (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 7.

³⁹⁰ http://www.grips-sylt.info/grips_daten/b_wes57/Wes.B.57.00.Text.pdf

enwohnen vorgegeben wird, die sich daraus ergibt, dass Ferienwohnnutzungen nur zulässig sind, wenn sich in dem gleichen Gebäude auch eine Dauerwohnnutzung findet.

Auch das OVG Schleswig hat in seiner Rechtsprechung einen wesentlichen Unterschied im Vergleich zu den Baugebietstypen der §§ 2 – 10 BauNVO angenommen:

„Allerdings ist der Senat der Auffassung, dass die Sondergebietsfestsetzungen (...) mit der jeweiligen Zweckbestimmung „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“, beschränkt auf bestimmte Wohnungsgrößen, hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung dem Grunde nach Festsetzungen i.S.d. § 11 Abs. 1 und 2 BauNVO sind, die sich von den Baugebietstypen der §§ 2 bis 10 BauNVO, insbesondere den Baugebieten nach den §§ 3, 4 und 6 BauNVO wesentlich unterscheiden. Ein im Sinne des § 11 Abs. 1 BauNVO wesentlicher Unterschied liegt dann vor, wenn ein Festsetzungsgehalt gewollt ist, der sich keinem der in den §§ 2 ff. BauNVO geregelten Gebietstypen zuordnen und der sich deshalb sachgerecht mit einer auf sie gestützten Festsetzung auch nicht erreichen lässt (...). So stellt sich die Situation im angefochtenen Bebauungsplan dar. Die hier interessierende Zielvorgabe des Plangebers (Beibehaltung der gewachsenen Nutzungsstrukturen [Dauerwohnen mit Touristenbeherbergung] und Sicherung des Wohnbedarfs der einheimischen Bevölkerung), die nach Ziff. 2 der textlichen Festsetzungen dergestalt verwirklicht werden soll, dass in jedem Wohngebäude eine Dauerwohnung mit einer Größe von 130 m² pro Wohnfläche vorzusehen und zusätzlich pro Wohngebäude eine näher definierte Höchstzahl an Wohnungen mit Touristenbeherbergung zulässig ist, lässt sich nicht über die Festsetzungen eines reinen oder allgemeinen Wohngebiets (§§ 3, 4 BauNVO) oder eines Mischgebiets (§ 6 BauNVO) erreichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frage, ob der Satzungsgeber durch die Festsetzung eines Sondergebietes gemäß § 11 Abs. 1, 2 BauNVO von den Baugebietstypen der §§ 2 bis 10 BauNVO wesentlich abweicht, anhand der normierten allgemeinen Zweckbestimmung dieser Baugebietstypen „abstrakt“ zu beurteilen ist. Nicht entscheidend ist, in welcher Weise der Satzungsgeber – in dem er die ihm in § 1 Abs. 5 ff. BauNVO eröffneten Möglichkeiten nutzt – einen in den §§ 2 ff. BauNVO vorgesehenen Gebietstyp verändern kann (...). Die von der Antragsgegnerin festgesetzte Kombination „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ mit der Dominanz des Dauerwohnens in Verbindung mit der festgesetzten Größe der „Dauerwohnung“ kennt – abstrakt gesehen – weder das reine Wohngebiet noch das allgemeine Wohngebiet noch das Mischgebiet. Diese Baugebiete sind ganz allgemein dem Wohnen zugänglich, ohne dass auf bestimmte Arten von Wohnnutzungen (Nutzung zu eigenen Wohnzwecken, Ferienwohnnutzung, Nutzung als Zweitwohnung) und ohne dass insbesondere auf bestimmte Größen der Wohnungen für Dauerwohnzwecke abgestellt wird.“³⁹¹

Neben der Eingrenzung der Art der Wohnnutzung hat das Gericht allerdings auch auf die Bestimmung der Größe der Wohnungen für Dauerwohnzwecke abgestellt, die im Folgenden

³⁹¹ OVG Schleswig, Urt. v. 22.06.2000 – 1 K 22/99 – unveröffentlicht.

vom Gericht für unzulässig erklärt wurde. Nach Auffassung des Verfassers sind die Unterschiede zur Zweckbestimmung insbesondere der Wohngebiete auch ohne diese Größenbestimmung wesentlich im hier fraglichen Sinne.

Im Zusammenhang mit der wesentlichen Unterscheidung von den Baugebieten nach den §§ 2 – 10 BauNVO wird von einer – allerdings bestrittenen – Meinung in der Literatur auch verlangt, dass sich der gewollte Festsetzungsgehalt nicht auch durch Festsetzung eines der Baugebiete des §§ 2 – 10 BauNVO gegebenenfalls unter Anwendung der Möglichkeiten des § 1 Abs. 4 – 9 BauNVO herstellen lässt.³⁹² Ob dies zutrifft, muss jedoch vorliegend nicht abschließend entschieden werden, da das hier infrage stehende Sondergebiet diese Voraussetzung, wie im Folgenden gezeigt wird, wohl erfüllt.

Abzugrenzen sind hier wohl vor allem das reine Wohngebiet nach § 3 BauNVO sowie das allgemeine Wohngebiet nach § 4 BauNVO. Die besonderen Wohngebiete nach § 4a BauNVO sollen aus der Betrachtung ausgeklammert werden. Im Hinblick auf reine Wohngebiete ist zu beachten, dass die Festsetzung des Sondergebiets „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ in der Regel durch zwei Nutzungsformen (dazu sogleich unter C. III. 5.) gekennzeichnet ist, die sich im Katalog der Baugebietstypen so nicht finden. Zum einen werden „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“ festgesetzt, was gemäß den oben erzielten Ergebnissen in der Weise zu konkretisieren ist, dass eine Nutzung ausschließlich zum Freizeitwohnen ausgeschlossen wird. Wie gesehen ist nach der hier zugrunde gelegten Auffassung die Zweitwohnungsnutzung auch zu Erholungszwecken vom Begriff des „Wohngebäudes“ in § 3 Abs. 2 BauGB noch umfasst. Der Ausschluss der Zweitwohnungsnutzung zu Erholungszwecken lässt sich zwar wie gesehen nach hier vertretener Auffassung über die Differenzierungsmöglichkeit des § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO erreichen (s.o. C. II. 1.). Diese finden aber auf reine Wohngebiete nach § 3 BauNVO keine Anwendung. Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich auch die Nutzungsart „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“ im Rahmen des § 3 BauNVO wohl nicht herstellen ließe. Soweit man Ferienwohnungen nicht als Wohnungen und Betriebe des Beherbergungsgewerbes betrachtet – Letzteres ist nicht abschließend geklärt (s.o. C. I. 2. b.) –, wären Ferienwohnungen im reinen Wohngebiet nicht – auch nicht ausnahmsweise – zulässig.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob sich das allgemeine Wohngebiet nach § 4 BauNVO in der Weise abwandeln ließe, dass im Ergebnis die gleichen Festsetzungen erreicht werden. Die Nutzungsart „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“ lässt sich nach hier vertretener Auffassung auch in einem allgemeinen Wohngebiet unter Einsatz der Differenzierungsmöglichkeit von § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO festsetzen (s.o. C. II. 1.). Das gilt hingegen

³⁹² Ziegler, in: Brügelmann (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 7; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 19; Fickert/Fieseler (Fn. 302), § 11 Rn. 7; Knaup/Stange (Fn. 304), § 11 Rn. 11. Anders hingegen Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 11 Rn. 4; ähnlich VGH Mannheim, Urt. v. 24.07.1998 – 8 S 2952/97 –, juris.

nicht für die Nutzungsart „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“. Mit dieser Festsetzung wird die Nutzung „Wohngebäude“ im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO nicht nur eingeschränkt (dauerwohnliche Nutzung), was wie gesehen nach hier vertretener Ansicht gemäß § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO möglich ist, sondern zugleich auch erweitert um die Nutzung Ferienwohnung, die nach hier vertretener Auffassung (s.o. C. I. 2. a.) in der Nutzungsart „Wohngebäude“ im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO nicht enthalten ist. Eine solche Ausweitung dürfte jedoch über § 1 Abs. 9 BauNVO nicht möglich sein, da es hier um bestimmte Arten der allgemein oder ausnahmsweise zulässigen baulichen Anlagen geht, also um eine Unterart der zulässigen Art der Nutzung (s.o. C. II. 1.). Dieser Rahmen würde durch die Erweiterung um eine Ferienwohnnutzung überschritten.

Zu beachten ist ferner, dass nach hier zugrunde gelegter Betrachtungsweise des Verfassers durch die Festsetzung „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“ nicht lediglich zwei Nutzungsarten – dauerwohnliche Nutzung und Ferienwohnung – nebeneinander gestellt werden, sondern gleichsam eine neue Nutzungsart geschaffen wird, in der die beiden Nutzungsformen dauerwohnliche Nutzung und Ferienwohnung in spezifischer Weise aufeinander bezogen werden (s.u. C. III. 5. b.). Eine entsprechende Festsetzung, die die Ferienwohnnutzung mit der Dauerwohnnutzung in einem Gebäude verknüpft, wäre bezogen auf bestimmte Gebäude noch gemäß § 1 Abs. 7 BauNVO denkbar, der die so genannte vertikale Gliederung erlaubt. Allerdings setzt § 1 Abs. 7 BauNVO voraus, dass die Festsetzungen für bestimmte Geschosse, Ebenen oder sonstige Teile baulicher Anlagen getroffen werden. Erforderlich ist also eine örtliche Lokalisierung.³⁹³ Das ist bei der Festsetzung „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“ nicht der Fall, da hier keine näheren Vorgaben gemacht werden, wie die dauerwohnliche Nutzung und die Ferienwohnungen einander räumlich zugeordnet werden. Mit dieser Festsetzung wird nach hier vertretener ein spezieller Betriebstyp angestrebt. Dieser folgt dem Leitbild des Vermieters, der gegebenenfalls mit seiner Familie ein Haus selbst bewohnt und „nebenher“ Ferienwohnungen vermietet. Städtebaulich hat dies vor allem zur Folge, dass eine Durchmischung des Dauerwohnens mit Ferienwohnungen ermöglicht wird.

4. Festsetzung der Zweckbestimmung

§ 11 Abs. 2 BauNVO verlangt, dass für Sondergebiete in Bebauungsplänen die Zweckbestimmung und die zulässige Art der Nutzung festzusetzen sind. Hierzu führt das Bundesverwaltungsgericht aus:

Die „Festsetzung (der Zweckbestimmung) hat für Sondergebiete dieselbe Funktion, die für die Baugebiete nach §§ 2 bis 9 BauNVO dem jeweils ersten Absatz dieser Vor-

³⁹³ BVerwG, Beschl. v. 12.12.1991 – 4 NB 13/90 –, NVwZ-RR 1991, 455, 456; Knaup/Stange (Fn. 304), § 1 Rn. 93.

schriften zukommt. Ein Bebauungsplan, der ein Sondergebiet ohne eindeutige Zweckbestimmung festsetzt, erfüllt nicht die notwendigen Voraussetzungen, um eine geordnete städtebauliche Entwicklung zu gewährleisten (§ 1 Abs. 6 Satz 1 BBauG). (...) Ein Sondergebiet, für das der Bebauungsplan verschiedenartige Nutzungen nebeneinander - wie hier z.B. Wohngebäude, Ferienhäuser, Kleinsiedlungen - festsetzt, ohne den Zweck zu bestimmen, kann sich zu einem reinen oder allgemeinen Wohngebiet, zu einem Ferienhausgebiet oder zu einem Kleinsiedlungsgebiet entwickeln. In der Regel ist zur eindeutigen Zweckbestimmung eines Sondergebiets eine ausdrückliche Festsetzung im Bebauungsplan geboten.³⁹⁴

5. Regelung der Art der Nutzung

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die vorgenommene Regelung der Art der Nutzung möglich ist. Dabei sind nach hier vertretener Auffassung zwei Nutzungsarten voneinander zu unterscheiden: zum einen „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“ und zum anderen „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“.

a. Nutzungsart: „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“

Zum einen stellt sich die Frage, ob die Wohnnutzung in der beschriebenen Art auf dauerwohnliche Nutzung beschränkbar ist. Dabei ist grundsätzlich festzustellen, dass die Gemeinden „bei der Festsetzung der Art der Nutzung für ein Sondergebiet auch nicht an die in §§ 2 bis 10 BauNVO aufgeführten einzelnen Nutzungsarten gebunden“ sind.³⁹⁵

„Auch soweit sie einen Begriff aus dem Nutzungsartenkatalog der Baunutzungsverordnung verwendet, ist sie nicht gehindert, ihn entsprechend der besonderen Zweckbestimmung des Sondergebiets abzuwandeln“.³⁹⁶

Oben wurde wie gesehen (s.o. C. II. 1.) die Ansicht vertreten, dass ein Ausschluss der Zweitwohnungsnutzung durch eine Differenzierung nach § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO möglich ist. Dieses Ergebnis ist jedoch auf die Festsetzung der hier infrage stehenden Sondergebiete insofern nicht übertragbar, als gemäß § 1 Abs. 3 S. 3 BauNVO die Feinsteuerung nach § 1 Abs. 4 – 10 BauNVO für Sondergebiete keine Anwendung findet und stattdessen besondere Festsetzungen über die Art der Nutzung nach den §§ 10 und 11 BauNVO getroffen werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Differenzierungsmöglichkeiten bei der Festsetzung von Sonder-

³⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 18.03.1983 – 4 C 18/81 –, BVerwGE 67, 23, 24 f. Vgl. in der Literatur Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 27.

³⁹⁵ BVerwG, Beschl. v. 07.07.1997 – 4 BN 11/97 –, NVwZ-RR 1998, 416, 417. In der Literatur bspw. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 30.

³⁹⁶ BVerwG, Beschl. v. 08.05.1989 – 4 B 78/89 –, NVwZ 1989, 1060. In der Literatur bspw. Knaup/Stange (Fn. 304), § 11 Rn. 21; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 30.

gebieten hinter den Möglichkeiten der § 1 Abs. 4 – 10 BauNVO zurückbleiben. Das Bundesverwaltungsgericht stellt ausdrücklich fest:

„Im Rahmen des § 11 BauNVO ist die Gemeinde weder an die in den §§ 2 bis 9 BauNVO aufgeführten Nutzungsarten noch an die in § 1 IV bis X BauNVO für die normativ ausgestalteten Baugebiete eröffneten Differenzierungsmöglichkeiten gebunden. Vielmehr liegt die Definitionsmacht darüber, welche Anlagen zulässig oder ausnahmsweise zulassungsfähig sind, bei ihr. Sie kann die Art der baulichen Nutzung über die Möglichkeiten hinaus, die § 1 IV 1 Nr. 2 und § 1 IX BauNVO eröffnet, näher konkretisieren und zu diesem Zweck die Merkmale bestimmen, die ihr am besten geeignet erscheinen, um das von ihr verfolgte Planungsziel zu erreichen. Die Grundlage hierfür findet sich unmittelbar in § 11 BauNVO.“³⁹⁷

Die Bestimmung der Art der Nutzung kann damit unabhängig von den Bindungen der § 1 Abs. 4 – 10 BauNVO in differenzierter Form erfolgen.³⁹⁸ Dies soll im Übrigen nach herrschender Meinung nicht bedeuten, dass nicht auch Gliederungsmöglichkeiten entsprechend § 1 Abs. 4 – 10 BauNVO möglich sind.³⁹⁹ Die Differenzierungsmöglichkeiten im Rahmen der Sondergebiete nach § 11 Abs. 2 BauNVO bleiben somit nicht hinter den in den anderen Baugebieten nach § 1 Abs. 4 – 10 BauNVO möglichen Differenzierungen zurück, sondern die Art der baulichen Nutzung kann über die Möglichkeiten, die die genannten Regelungen herkömmlicherweise bieten, hinaus konkretisiert werden.⁴⁰⁰

Demgemäß erscheint es möglich, die zulässigen Nutzungsarten des Sondergebiets in der Weise zusammenzustellen, dass „normale“ Wohnnutzungen im Sinne etwa des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO zulässig sind, dabei aber die Freizeitwecken dienende Zweitwohnungsnutzung auszuschließen. Die beispielsweise verwandte Formulierung „Wohngebäude mit ausschließlich dauerwohnlicher Nutzung“ sollte nach Auffassung des Verfassers dementsprechend ergänzt werden. Wie bereits gesehen, kann die Festsetzung einer dauerwohnlichen Nutzung anderenfalls falsch interpretiert werden, da die Wohnnutzung im Sinne etwa der § 3 Abs. 2 BauNVO und § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO unter anderem über das Kriterium der „Dauer“ definiert werden, gleichzeitig aber wie gesehen angenommen wird, dass der Erholung dienende Zweitwohnungsnutzungen dieses Kriterium auch erfüllen. Wie die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 07.09.1984 (Festsetzung, dass Küchen und Kochstellen in Zuordnung zu den einzelnen Zimmern von Beherbergungsbetrieben nicht zulässig sind) zeigt, dürfte

³⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 28.02.2002 – 4 CN 5/01 –, NVwZ 2002, 1114, 1115; BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 – 4 CN 3/07 –, BVerwGE 131, 86 Rn. 16; BVerwG, Beschl. v. 09.02.2011 – 4 BN 43/10 –, ZfBR 2011, 374, 375.

³⁹⁸ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 1 BauNVO Rn. 42, § 11 BauNVO Rn. 30; Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 11 Rn. 16.

³⁹⁹ BVerwG, Beschl. v. 20.05.2003 – 4 BN 57/02 –, NVwZ 2003, 1259, 1260; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 30; Stock, in: König/Roeser/Stock (Fn. 305), § 11 Rn. 18; anderer Auffassung aber Boeddinghaus, BauNVO, 5. Aufl., 2005, § 11 Rn. 8.

⁴⁰⁰ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 30; BVerwG, Urt. v. 27.04.1990 – 4 C 36/87 –, NVwZ 1990, 1071, 1073.

es auch keinen Bedenken begegnen, die Grenze zwischen zulässigen Nutzungen und unzulässigen Nutzungen auch durch ausdrückliche Festsetzung einer Nutzung als unzulässig zu verdeutlichen.⁴⁰¹

b. Nutzungsart: „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnungen“

Wie gesehen sind die Gemeinden bei der Gestaltung von Sondergebieten nach § 11 Abs. 2 BauNVO nicht an die in den §§ 2 – 9 BauNVO genannten Nutzungsarten gebunden, sondern können neue Nutzungsarten konstruieren. Wie bereits erörtert, haben die Gemeinden im Rahmen des § 11 BauNVO die Definitionsmacht darüber, welche Anlagen zulässig oder ausnahmsweise zulassungsfähig sind. Sie sind dabei weder an die in den §§ 2 bis 9 BauNVO aufgeführten Nutzungsarten noch an die Differenzierungsmöglichkeiten in § 1 Abs. 4 bis 10 BauNVO gebunden.⁴⁰² In diesem Sinne stellt aus der Sicht des Verfassers auch die Festsetzung „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“ die Definition einer Nutzungsart dar, die das System der §§ 2 bis 9 BauNVO verlässt, die im Rahmen des § 11 BauNVO jedoch möglich ist. In den Gebäuden, die neben einer obligatorischen Dauerwohnutzung auch Ferienwohnungen vorsehen, werden also zwei Nutzungsformen in einem Vorhaben zu einer spezifischen Nutzungsmischung, die sich als neue Nutzungsart darstellt, zusammengeführt (siehe auch C. III. 1.). Leitbild dieser Nutzungsart könnte die Vorstellung eines „Wohnhauses“ sein, in dem der Vermieter mit seiner Familie selbst lebt und in dem er zum Zwecke des Nebenerwerbs Ferienwohnungen zur Vermietung anbietet. Diese Nutzungsart steht neben der insofern zu unterscheidenden Nutzungsart „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“. In Ermangelung einer ausführlichen Auseinandersetzung in Literatur und Rechtsprechung ist jedoch unklar, ob die Rechtspraxis der hier dargelegten Betrachtungsweise folgen würde. Bis zur Klärung durch die Rechtsprechung sind die Festsetzungen demgemäß mit Unsicherheiten behaftet.

c. Bestimmung der höchstzulässigen Zahl von Wohnungen

In den Sondergebieten „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ geht die Regelung der Nutzungsarten in vielen Fällen mit einer Bestimmung der höchstzulässigen Zahl von Wohnungen einher.

Die Rechtsgrundlage hierfür könnte der § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB bieten. Zweifel an der Anwendbarkeit der Regelung könnten sich aber daraus ergeben, dass § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB von „Wohnungen in Wohngebäuden“ spricht. Versteht man den Begriff des Wohngebäudes

⁴⁰¹ Ziegler, in: Brügelmann (Fn. 10), § 11 BauNVO Rn. 25b.

⁴⁰² BVerwG, Urt. v. 28.02.2002 – 4 CN 5/01 –, NVwZ 2002, 1114, 1115; BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 – 4 CN 3/07 –, BVerwGE 131, 86 Rn. 16; BVerwG, Beschl. v. 09.02.2011 – 4 BN 43/10 –, ZfBR 2011, 374, 375.

im Sinne etwa des § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO, dann schließt dies Ferienwohnungen wie gesehen (s.o. C. I. 2. a.) nach überwiegender Auffassung aus. Fraglich ist also, ob auch Ferienwohnungen Wohnungen im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB sein können. Dagegen spricht, dass das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 12.12.1990 die Anwendung des § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auf gemischtgenutzte Gebäude verneint hat.⁴⁰³ Für eine Anwendung spricht allerdings, dass der Gesetzgeber bei Einführung dieser Regelung Fremdenverkehrsgemeinden ausdrücklich als eines von zwei Anwendungsbeispielen für die Festsetzungsmöglichkeit des § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB genannt hat.⁴⁰⁴ Auch ist auf den systematischen Zusammenhang mit § 22 Abs. 9 BauGB hinzuweisen. Dieser bestimmt, dass in einer Fremdenverkehrssatzung, die nicht als Bebauungsplan erlassen wird, Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB getroffen werden können. Da der Schutz von Ferienwohnungen gegen Umwandlung in Zweitwohnungen zum primären Ziel der Regelung des § 22 BauGB gehört, spricht auch dies dafür, dass Ferienwohnungen als Wohnungen im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB anzusehen sind.

Die Anwendbarkeit des § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB wird auch durch eine Entscheidung des VGH München gestützt. Der Gerichtshof stellt fest, ein Gebäude sei schon dann als Wohngebäude anzusehen, wenn es auch dem Wohnen diene und die Wohnnutzung im Verhältnis zu anderen Nutzungen nicht nur von untergeordneter Bedeutung sei. Dafür lässt es das Gericht ausreichen, dass die Wohnnutzung einen nennenswerten Teil der Nutzfläche einnimmt. Die Wohnnutzung müsse nicht überwiegen.⁴⁰⁵

Auch in der Literatur findet sich die ausdrückliche Nennung von Ferienwohnungen als Anwendungsfall des § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.⁴⁰⁶ Aus der Sicht des Verfassers sprechen damit die besseren Gründe dafür, die Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auch für Wohngebäude zuzulassen, in denen sich neben dem „normalen“ Wohnzweck dienenden Wohnungen auch Ferienwohnungen finden, und dabei die zulässige Zahl von Wohnungen im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auch auf Ferienwohnungen zu beziehen.

Sollte entgegen der eben vertretenen Ansicht § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht zum Tragen kommen, erscheint es alternativ auch denkbar, die Begrenzung der Zahl der Wohnungen – Dauerwohnungen und Ferienwohnungen – als Teil der Festsetzung der Art der Nutzung zu betrachten, die sich auf § 11 Abs. 2 BauNVO stützt. Wie gesehen ist die Gemeinde bei der Festsetzung der Art der Nutzung in einem Sondergebiet nach § 11 Abs. 2 BauNVO nicht an die in der BauNVO genannten Nutzungsarten gebunden, sondern „kann die Art der baulichen Nutzung über die Möglichkeiten hinaus, die § 1 IV 1 Nr. 2 und § 1 IX BauNVO eröffnet, nä-

⁴⁰³ BVerwG, Beschl. v. 12.12.1990 – 4 NB 13/90 –, NVwZ-RR 1991, 455, 456.

⁴⁰⁴ BT-Drs. 10/4630, S. 72.

⁴⁰⁵ VGH München, Urt. v. 13.04.2006 – 1 N 04/3519 –, NVwZ-RR 2007, 79.

⁴⁰⁶ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 71; so wohl auch Rieger, in: Schrödter (Fn. 10), § 22 Rn. 13.

her konkretisieren und zu diesem Zweck die Merkmale bestimmen, die ihr am besten geeignet erscheinen, um das von ihr verfolgte Planungsziel zu erreichen.⁴⁰⁷ Mit der Begrenzung der Zahl der Wohnungen wird letztlich ein bestimmter Betriebstyp vorgegeben. Es handelt sich um die weitere Ausgestaltung des bereits beschriebenen Leitbildes. Der Vermieter, der das Haus selbst bewohnt, soll die Möglichkeit haben, gleichsam „nebenher“ auch eine einzelne Ferienwohnung oder eine geringe Zahl an Ferienwohnungen zu vermieten. Hier scheinen die Fälle der Bestimmung des Anlagentyps durch die Begrenzung der Verkaufsfläche im Bereich des Einzelhandels vergleichbar.⁴⁰⁸ Soweit man also – entgegen der hier vertretenen Auffassung – als Grundlage für die Anerkennung der höchstzulässigen Zahl von Wohnungen § 9 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht anerkennt, eröffnet sich nach Ansicht des Verfassers auch die Möglichkeit, diese Festsetzung in der beschriebenen Weise als Umschreibung der Art der Nutzung zu rechtfertigen.

d. Anteilsmäßige Bestimmung von dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnungen

Wie bereits mehrfach dargelegt, handelt es sich nach hier vertretener Auffassung bei der Festsetzung „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und Ferienwohnung“ um die Festsetzung einer speziellen Nutzungsart. Dabei werden die Dauerwohnnutzung und die Ferienwohnnutzung anteilmäßig zueinander in Verhältnis gesetzt. Dies geschieht in der Weise, dass ein Vorhaben innerhalb der höchstzulässigen Zahl von Wohnungen mindestens eine Dauerwohnung enthalten muss. So sieht der Bebauungsplan Tinum 99 zum Beispiel die Festsetzung „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung und mit 1 bis 2 Ferienwohnungen (zusammen max. 3 Wo)“ vor.

Zweifel an dieser anteilmäßigen Festsetzung könnten sich aus folgenden Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in einer Entscheidung vom 03.04.2008 ergeben:

„Dort, wo die Verordnung die Festlegung von Nutzungsanteilen (Quoten) oder die Quantifizierung einer Nutzungsart zulässt, wie in § 4 a Abs. 4 Nr. 2 und § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO und in Gestalt der Beschränkung freiberuflicher Berufsausübung auf „Räume“ in den Baugebieten der §§ 2 bis 4 (vgl. § 13 BauNVO), wird dies ausdrücklich geregelt.“⁴⁰⁹

Zwar stehen diese Ausführungen im Kontext der Beurteilung vorhabenunabhängiger, gebietsbezogener Kontingentierungen. Gleichwohl könnte hieraus abzuleiten sein, dass eine quotenmäßige Festsetzung oder die Quantifizierung von Nutzungen innerhalb eines Vorhabens unzulässig ist. Dem steht allerdings eine andere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

⁴⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 28.02.2002 – 4 CN 5/01 –, NVwZ 2002, 1114, 1115.

⁴⁰⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 – 4 CN 3/07 –, BVerwGE 131, 86 Rn. 16.

⁴⁰⁹ BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 – 4 CN 3/07 –, BVerwGE 131, 86, 91.

vom 29.09.1978 entgegen. Dort hatte das Gericht folgende Festsetzung dem Grunde nach unbeanstandet gelassen:

„In dem in der Planzeichnung festgesetzten SOB-Gebiet (Kurgebiet) sind Betriebe des Beherbergungsgewerbes, Kurheime und Erholungsheime, Folgeeinrichtungen wie Läden, Schankwirtschaften und Speisewirtschaften, bäderwirtschaftliche und sportliche Einrichtungen, Arztpraxen sowie Betriebswohnungen i.S. von § 7 Abs. 2 Nr. 6 BauNVO zulässig. Bis zu 30% der zulässigen Geschoßfläche kann eine Wohnnutzung zugelassen werden.“⁴¹⁰

Die Frage, ob und welche Bedeutung der letztgenannten Entscheidung hier zukommt, soll vorliegend jedoch offen gelassen werden. Denn letztlich handelt es nach Auffassung des Verfassers bei der Zuordnung von Dauerwohnungen und Ferienwohnungen nicht um eine Quantifizierung zweier Nutzungsarten. Die Beschränkung der Zahl der Ferienwohnungen im Verhältnis zu den Dauerwohnungen dient also der Beschreibung der zulässigen Nutzung.⁴¹¹ Dieser Standpunkt ist jedoch in Ermangelung einer intensiven Diskussion in Rechtsprechung und Literatur bis zur Klärung durch die Rechtsprechung von Unsicherheit geprägt.

6. Zusammenfassung

Vorstehend wurde eine Reihe von rechtlichen Problemen im Zusammenhang mit dem Sondergebietstyp „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ behandelt. Soweit hier behandelt, zeigen sich nach Ansicht des Verfassers keine absoluten rechtlichen Hindernisse für die Anwendung dieses Sondergebietstyps. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass dieser Sondergebietstyp neben den hier behandelten noch weitere Probleme aufwirft. Wie eingangs festgestellt, sind die vorstehenden Ausführungen auf bestimmte Aspekte beschränkt, andere, wie etwa die städtebauliche Verträglichkeit der entstehenden Nutzungsmischung, werden nicht behandelt. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass eine detaillierte Auseinandersetzung des Schrifttums und der Rechtsprechung mit dieser Form der Festsetzung fehlt. Eine andere gutachterliche Stellungnahme ist, wie der Auftraggeberin bekannt ist, zu dem Schluss gekommen, dieser Sondergebietstyp sei unzulässig. Die vorstehenden Ausführungen sind somit von Unsicherheiten geprägt. Eine endgültige Klärung durch die Rechtsprechung oder den Gesetzgeber steht noch aus. Ob sich die hier vertretene Betrachtungsweise durchsetzen würde, ist offen. Bis zu einer Klärung sind die Festsetzungen mit entsprechenden Unsicherheiten behaftet.

⁴¹⁰ BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 – 4 C 30/76 –, BVerwGE 56, 283.

⁴¹¹ Vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 09.05.1990 – 1 C 31/87 –, BRS 50 Nr. 26, zu einer Begrenzung der Zahl von Wohnungen als Regelung der Art der Nutzung in einem Sondergebiet nach § 11 BauNVO.

IV. Vorhabenbezogener Bebauungsplan

Im Rahmen des § 12 BauGB stellt das Städtebaurecht auch das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplans zur Verfügung. Bei § 12 BauGB handelt es sich um ein spezielles Instrumentarium, beim dem die Zulässigkeit von Vorhaben durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan bestimmt wird, wenn sich der Vorhabenträger zuvor auf der Grundlage eines Vorhaben- und Erschließungsplans im Rahmen eines Durchführungsvertrages zur Durchführung des Vorhabens verpflichtet (§ 12 Abs. 1 S. 1 BauGB). Der vorhabenbezogene Bebauungsplan ist in diesem Kontext an eine Reihe weiterer Voraussetzungen gebunden, auf die hier nicht eingegangen werden soll. Überdies finden grundsätzlich die allgemeinen Anforderungen an Bebauungspläne – insbesondere, aber nicht nur des § 1 BauGB – auch auf den vorhabenbezogenen Bebauungsplan und mit ihm auch den Vorhaben- und Erschließungsplan Anwendung, soweit sich keine Abweichungen aus speziellen Regelungen ergeben.⁴¹²

Gemäß § 12 Abs. 3 S. 1 BauGB wird der Vorhaben- und Erschließungsplan Bestandteil des vorhabenbezogenen Bebauungsplans. § 12 Abs. 3 S. 2 BauGB erklärt im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans eine Reihe von Regelungen des Städtebaurechts für unanwendbar. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass dies auch die Regelung des § 22 BauGB betrifft (§ 12 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB). Im Anwendungsbereich eines Vorhaben- und Erschließungsplans kann also der vorhabenbezogene Bebauungsplan nicht den Genehmigungsvorbehalt nach § 22 BauGB begründen. Ebenso kann in diesem Gebiet keine Fremdenverkehrssetzung nach § 22 BauGB bestehen.⁴¹³ Die Ziele des § 22 BauGB lassen sich nach *Krautzberger* jedoch auch in dem Durchführungsvertrag regeln.⁴¹⁴ Dabei ist zu beachten, dass der Durchführungsvertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag und als städtebaulicher Vertrag den allgemeinen Anforderungen an solche Verträge unterliegt.⁴¹⁵

Weiterhin ist die Gemeinde im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans bei der Bestimmung der Zulässigkeit der Vorhaben gemäß § 12 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB unter anderem nicht an die Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 BauGB und der BauNVO gebunden. Allerdings sind diese Regelungen für den vorhabenbezogenen Bebauungsplan und den Vorhaben- und Erschließungsplan nicht bedeutungslos. Das Bundesverwaltungsgericht führt zur alten Rechtslage unter dem BauGB-MaßnG aus:

⁴¹² Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 12 Rn. 24; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 12 Rn. 42, 68 ff., 130; Gatz, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 12), § 12 Rn. 19.

⁴¹³ Vgl. Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 12 Rn. 24.

⁴¹⁴ Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 12 Rn. 26; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 8), § 12 Rn. 30.

⁴¹⁵ Quaas/Kukk, in: Schrödter (Fn. 10), § 12 Rn. 25; speziell zur Angemessenheit im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB Quaas/Kukk, in: Schrödter (Fn. 10), § 12 Rn. 32.

„Der Katalog des § 9 BauGB und die Vorschriften der Baunutzungsverordnung sind für den Inhalt eines Vorhaben- und Erschließungsplans allerdings nicht bedeutungslos. Satzungen über einen Vorhaben- und Erschließungsplan sind am rechtlichen Maßstab einer geordneten städtebaulichen Entwicklung zu messen (§ 7 Abs. 2 Satz 1 BauGB-MaßnahmenG i.V.m. § 1 Abs. 3 bis 6 BauGB). Schon aus Gründen der Rechtssicherheit ist es daher sinnvoll, auf die aus der klassischen Bauleitplanung bekannte "Plansprache" zurückzugreifen und die Begriffe, zeichnerischen Festsetzungen und Planzeichen zu verwenden, die sich aus § 9 BauGB, der Baunutzungsverordnung und der Planzeichenverordnung ergeben. Insbesondere der Baunutzungsverordnung kommt darüber hinaus eine Leitlinien- und Orientierungsfunktion bei der Konkretisierung der Maßstäbe für eine geordnete städtebauliche Entwicklung zu“.⁴¹⁶

Der Mustereinführungserlass der Fachkommission Städtebau der ARGEBAU führt zu der Freistellung von den Anforderungen nach § 9 BauGB und von der BauNVO aus: „Dies bedeutet, dass Vorhabenträger und Gemeinde frei sind, anstatt eine Festsetzung nach den – allgemeinen – Kategorien der BauNVO vorzunehmen, eine genaue Nutzungsbeschreibung festzusetzen.“⁴¹⁷ Damit sind die Gemeinden im Wesentlichen von den hier diskutierten Grenzen der BauNVO und des § 9 Abs. 1 BauGB befreit. Als Beispiel für eine mögliche Festsetzung im Bereich eines Vorhaben- und Erschließungsplans wird die Einheimischenbindung genannt.⁴¹⁸ Eine zielgenaue Steuerung des Dauerwohnens und der beiden Formen des Freizeitwohnens – Ferienwohnnutzung und Zweitwohnungsnutzung – sollte demgemäß möglich sein.

Krautzberger weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch das in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB beschriebene Ziel der Sicherung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung zum Inhalt eines Vorhaben- und Erschließungsplans gemacht werden könne. Innerhalb des Instrumentariums des § 12 BauGB geht *Krautzberger* aber von einer gewissen Flexibilität in der Weise aus, dass es auch möglich sei, diese städtebauliche Zielsetzung im Durchführungsvertrag zu sichern. Dabei führt er an, dass Gründe der größeren Sachgerechtigkeit dafür sprechen könnten, die Regelung im Vorhaben- und Erschließungsplan zu treffen, da dieser vermittels des vorhabenbezogenen Bebauungsplans auch zum Gegenstand des Satzungsverfahrens einschließlich Öffentlichkeitsbeteiligung werde.⁴¹⁹

Die Zulässigkeit von vorhabenbezogenen Bebauungsplänen zur Steuerung der Sylter Wohnarten kann hier im Übrigen nicht abschließend geklärt werden. Offen gelassen wird auch, welche inhaltlichen Anforderungen aus städtebaurechtlicher Sicht an derartige Pläne zu stellen wären.

⁴¹⁶ BVerwG, Urt. v. 06.06.2002 – 4 CN 4/01 –, BVerwGE 116, 296, 299 f.

⁴¹⁷ Nr. 7.3, zitiert nach *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 12 Rn. 66.

⁴¹⁸ *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 12 Rn. 82.

⁴¹⁹ *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 12 Rn. 82.

V. Handlungsempfehlung

1. Ferienwohnnutzungen

Die Steuerung der drei Sylter Wohnarten wird zum einen durch die festgestellten Rechtsunsicherheiten beeinträchtigt. Vor allem die unklare Situation hinsichtlich der Qualifizierung von Ferienwohnungen erschwert die kommunale Planung. Diese Rechtsunsicherheit sollte durch eine Klarstellung im Rahmen der BauNVO beseitigt werden. Dabei erscheint es nach Auffassung des Verfassers vorzugswürdig, Ferienwohnungen nicht nur in hierfür maßgeschneiderten Sondergebieten zuzulassen, sondern auch die Wohngebiete für diese Nutzung zu öffnen. Dies sollte mit der Schaffung möglichst zielgenauer Steuerungsmöglichkeiten für die Gemeinden einhergehen. Als am besten geeignete Lösung erscheint dem Verfasser, die Ferienwohnnutzung in den Katalog der ausnahmsweise zulässigen Nutzungen des §§ 3 Abs. 3 und 4 Abs. 3 BauNVO – und gegebenenfalls bei weiteren Baugebietstypen – aufzunehmen. Dies könnte entweder in der Form geschehen, dass die Ferienwohnnutzung als eigenständige Art der Nutzung in die entsprechenden Kataloge aufgenommen wird. Diese Vorgehensweise hätte den Vorteil, dass wahrscheinlich weitere Auslegungsschwierigkeiten vermieden würden.

Exemplarischer Formulierungsvorschlag für § 3 BauNVO:

(3) Ausnahmsweise können zugelassen werden:

3. Ferienwohnungen.

Als Alternative besteht auch die Möglichkeit, den Begriff des Betriebs des Beherbergungsgewerbes entsprechend zu erweitern.

Exemplarischer Formulierungsvorschlag für § 3 BauNVO:

(3) Ausnahmsweise können zugelassen werden:

1. (...), sowie kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes einschließlich Ferienwohnungen“

In jedem Fall sollte sichergestellt werden, dass es sich jeweils nur um Ferienwohnnutzungen handelt, die in dem jeweiligen Gebietstyp nicht stören. Als Vorbild könnte hier die Beschränkung der ausnahmsweisen Zulässigkeit auf kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes in § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO dienen. Eine gewisse Feinsteuerung kann jedoch auch noch im Genehmigungsverfahren gemäß § 15 Abs. 1 BauNVO erfolgen. Die Zuordnung in den Katalog der ausnahmsweise zulässigen Nutzungen in Verbindung mit der möglichen Feinsteuerung nach § 1 Abs. 6 BauNVO (Aufwertung zur regelmäßig zulässigen Nutzung (Nr. 2) oder gänzlicher Ausschluss (Nr. 1)) gibt den Gemeinden das erforderliche zielgenaue Steuerungsinstrumentarium.

2. *Eigen genutzte Zweitwohnungen*

Die Problematik bezüglich der allein zu Erholungszwecken genutzten Zweitwohnungen ist auch durch eine Unsicherheit der Einordnung geprägt.

Nimmt man an, dass diese Zweitwohnungsnutzungen von der Wohnnutzung im Sinne der § 3 Abs. 2 BauNVO und § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO *umfasst* sind, ergibt sich, wie oben vertreten wurde, die Möglichkeit der Feinsteuerung gemäß § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO. Diese erscheint an sich als geeignetes Instrument, um die Zweitwohnungsnutzung in einem verträglichen Rahmen zu halten. Die Zweitwohnungsnutzung könnte zur lediglich ausnahmsweise zulässigen Nutzung herabgestuft oder ganz ausgeschlossen werden. Zu beachten ist jedoch, dass § 1 Abs. 5 BauNVO auf reine Wohngebiete im Sinne des § 3 BauNVO keine Anwendung findet. Ein Handlungsbedarf bestünde hier insofern, als auch reine Wohngebiete der Möglichkeit der Feinsteuerung des § 1 Abs. 5 BauNVO zu öffnen wären. Da Wohngebäude nach § 3 Abs. 2 BauNVO als einzige regelmäßig zulässige Nutzung nicht gemäß § 1 Abs. 5 BauNVO zur ausnahmsweise zulässigen Nutzung herabgestuft oder vollständig ausgeschlossen werden könnten, ohne dass die Zweckbestimmung des reinen Wohngebiets (Wohnen) beeinträchtigt würde, käme die Feinsteuerung wohl nur in Verbindung mit § 1 Abs. 9 BauNVO zum Tragen.

Sollte die Möglichkeit der Feinsteuerung in der hier beschriebenen Weise über § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO entgegen der hier vertretenen Ansicht nicht möglich sein, was abschließend nur durch die Rechtsprechung geklärt werden könnte, müsste ein solches Instrument geschaffen werden.

Nach Auffassung des Verfassers erscheint auch eine Auslegung vertretbar, wonach die allein Erholungszwecken dienende Zweitwohnungsnutzung von dem Begriff der Wohnnutzung im Sinne etwa des § 3 Abs. 2 BauNVO oder § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO *nicht umfasst* ist. In diesem Fall stellt sich der Handlungsbedarf anders dar. Der vollständige Ausschluss solcher, der Erholung dienender Zweitwohnungsnutzungen dürfte in vielen Fällen über das städtebaulich erforderliche Maß hinausgehen. Auch auf der Insel Sylt stellt nicht das Vorhandensein solcher Nutzungen an sich das Problem dar, sondern deren Überhandnehmen in der Form, dass andere Wohnarten im Wesentlichen verdrängt werden. Dementsprechend ist auch hier ein zielgenaues Steuerungsinstrument wünschenswert. Dies könnte darin liegen, auch die allein der Erholung dienenden Zweitwohnungsnutzungen in die Kataloge der ausnahmsweise zulässigen Nutzungen nach § 3 Abs. 3 BauNVO und § 4 Abs. 3 BauNVO und gegebenenfalls bei weiteren Baugebietstypen aufzunehmen. Denkbar erscheint auch eine Verknüpfung mit der Ferienwohnnutzung. Es böte sich an, als ausnahmsweise zulässige Nutzungsart „Freizeitwohnen (Ferienwohnungen und Zweitwohnungen)“ aufzunehmen. Der Klammerzusatz dient dabei der Erläuterung und der gleichzeitigen Abgrenzung gegenüber anderen möglichen Formen der Freizeitwohnnutzung.

Diese Handlungsempfehlung kann auch zum Tragen kommen, wenn die allein Erholungszwecken dienende Zweitwohnungsnutzung von dem Begriff der Wohnnutzung im Sinne der § 3 Abs. 2 BauNVO und § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO nach geltendem Recht umfasst wäre. Eine solche Regelung in der BauNVO müsste zwar dahin gehend interpretiert werden, dass die hier infrage stehenden Zweitwohnungsnutzungen zu Freizeit Zwecken vom Begriff des „normalen“ Wohnens nicht umfasst wären. Es wären aber über § 1 Abs. 6 und 9 BauNVO genau die benötigten Steuerungsmöglichkeiten für Kommunen eröffnet. Eine Öffnung des § 1 Abs. 5 BauNVO für reine Wohngebiete, die, da § 3 Abs. 2 BauNVO nur eine regelmäßig zulässige Nutzungsart kennt, systematisch schwierig einzuordnen wäre, könnte damit entfallen.

3. Formulierungsvorschlag

Aus dem Vorstehenden ergeben sich verschiedene Handlungsempfehlungen, die nicht alle bis hin zu einem Formulierungsvorschlag konkretisiert werden sollen. Der nach Auffassung des Verfassers am besten geeignete Vorschlag soll zur Veranschaulichung ausformuliert werden.

In den Katalog der ausnahmsweise zulässigen Nutzungen in den § 3 Abs. 3 BauNVO und § 4 Abs. 3 BauNVO sowie gegebenenfalls weiterer Baugebietstypen sollte als eigenständige Nutzungsart aufgenommen werden:

„Gebäude, die dem Freizeitwohnen (Ferienwohnungen, Zweitwohnungen) dienen.“

D. Städtebauliche Verträge

Grundsätzlich erscheint es auch denkbar, das Ziel der Schaffung und Erhaltung von Dauerwohnungen durch den Abschluss von städtebaulichen Verträgen abzusichern. Im Folgenden sollen einzelne rechtliche Aspekte solcher Verträge untersucht werden. Aufgrund der Vielzahl der möglichen Fallgestaltungen und der damit einhergehenden rechtlichen Fragen ist die Betrachtung jedoch auf einzelne Fragen beschränkt. Auch auf die Behandlung vergabe- und europarechtlicher Fragestellungen⁴²⁰ wird dabei verzichtet.

I. Absicherung der Dauerwohnnutzung durch „Einheimischenmodelle“

§ 11 Abs. 1 S. 2 BauGB zählt in den Nrn. 1 – 4 mögliche Gegenstände städtebaulicher Verträge auf, wobei diese Regelung, wie in der Formulierung („insbesondere“) und durch § 11 Abs. 4 BauGB zum Ausdruck kommt, nicht abschließend ist.⁴²¹ Daneben sieht § 11 Abs. 4 BauGB vor, dass die Zulässigkeit anderer städtebaulicher Verträge unberührt bleibt.⁴²² Für die hier vorliegende Problematik kommen vor allem die sogenannten „Planverwirklichungsverträge“ des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB in Betracht, und zwar in der Variante der Sicherung der Deckung „des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung“. Der Einsatz zur Sicherung der Versorgung mit Dauerwohnungen ist bereits insofern naheliegend, als – so *Krautzberger* – einige der entsprechenden „Einheimischenmodelle“ noch vor der Einführung der Regelung des städtebaulichen Vertrages in § 11 BauGB gerade in Fremdenverkehrsgebieten zur Absicherung der Bauabsichten der einheimischen Bevölkerung auch gegenüber der Entstehung von Zweitwohnsitzen entwickelt worden seien.⁴²³

Einheimischenmodelle werden von *Grziwotz* wie folgt beschrieben:

„Baulandförderungsmodelle, die unter dem Begriff der „Einheimischenmodellen“ praktiziert werden, dienen insbesondere in Ballungs- und Fremdenverkehrsgebieten der Ausweisung günstiger Bauplätze, die von den Erwerbern, die bestimmte Kriterien erfüllen müssen (Einkommen, Kinderzahl, kein Immobilieneigentum etc.), für einen bestimmten Zeitraum selbst genutzt werden. Damit soll ähnlich wie in § 22 BauGB eine Zweitwohnungsbildung vermieden werden. Gerade in Fremdenverkehrsgebieten besteht die städtebauliche Zielsetzung der Verhinderung eines Leerstands, d. h. von Geisterstädten, die nicht zuletzt mit gemeindlichen Folgekosten wegen der Vorhaltung der Infrastruktureinrichtungen verbunden sind. Gleichzeitig wird damit dem Gebot ei-

⁴²⁰ Zu Letzteren Portz, *Einheimischenmodelle* auf dem Prüfstand der EU-Kommission, *KommJur* 2010, 366.

⁴²¹ Löhr, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 8), § 11 Rn. 5; speziell für § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB: Quaaas/Kukk, in: *Schrödter* (Fn. 10), § 11 Rn. 25.

⁴²² Stich, in: *Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow* (Fn. 12), § 11 Rn. 40.

⁴²³ *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Fn. 10), § 11 Rnr. 151. Vgl. zu dem Zusammenhang auch OLG München, Urteil vom 20.01.1998 - 25 U 4623/97 -, *NJW* 1998, 1962, 1963; *Grziwotz*, Probleme der sog. „Einheimischenmodelle“, *NJW* 1993, 2665; *Grziwotz*, Unvernünftiges Einheimischenmodell contra Menschenwürde, *KommJur* 2009, 376.

ner sozialgerechten Nutzung von Grund und Boden entsprochen. Sie soll nicht dem überschaubaren Spiel der freien Kräfte überlassen bleiben, das in Fremdenverkehrsgebieten zu einem Luxus-Wettlauf geführt hat. Einheimischenmodelle waren deshalb stets mit sozialen, insbesondere wohnungspolitischen Zielsetzungen gemischt.⁴²⁴

Hinzu kommt bei den typischen Einheimischenmodellen eine Bindung an Einheimische, das heißt Bürger, die schon seit längerer Zeit ihren Wohnsitz in der Gemeinde haben.⁴²⁵

Zu beachten ist, dass es sich bei der Sicherung der Dauerwohnnutzung nicht unmittelbar um ein Einheimischenmodell im beschriebenen Sinne handeln muss. Vor allem sind vertragliche Modelle zur Sicherung des Dauerwohnens denkbar, die nicht notwendigerweise auf die Einheimischeneigenschaft abstellen müssen. Das Ziel der Bereitstellung von Wohnraum für die Zwecke des Dauerwohnens wird auch dann erreicht, wenn die Wohnungen neu Zugezogenen zur Verfügung gestellt werden. Eine Ortsansässigkeit vor dem Beginn der Nutzung ist nicht erforderlich. Die Erreichung des Ziels des Dauerwohnens erfordert nur, dass die Nutzer fortan ihren Lebensmittelpunkt in der jeweiligen Gemeinde begründen.

Die mögliche Vielfalt an vertraglichen Gestaltungen zeigt eine Entscheidung des OLG München vom 02.11.2000, die die hier im Mittelpunkt stehende Problematik sehr genau widerspiegelt. Dort hatte die Gemeinde eine Genehmigung gemäß § 22 BauGB zur Aufteilung eines Anwesens nach WEG erteilt. Im Gegenzug hatte der Eigentümer zum einen die Verpflichtung übernommen, „das neu zu begründende Wohnungs- und Teileigentum nur an Personen zu veräußern, die entweder selbst seit mindestens fünf Jahren ihren ersten Wohnsitz im Gemeindegebiet haben oder an Abkömmlinge und Ehegatten solcher Personen“. Hier kommt eine Einheimischenbindung zum Ausdruck. Zum anderen hatte sich der Eigentümer verpflichtet „die auf dem Grundstück befindlichen Wohnungen nicht zu anderen Zwecken als zur persönlichen Nutzung für den Grundstückseigentümer und dessen Familie sowie zur Dauervermietung an Personen, die dort ihren dauernden Aufenthalt haben oder zu Zwecken der Beherbergung von Personen im Rahmen einer gewerblichen Fremdenvermietung zu nutzen“. Eine Verwendung zur Nutzung als Zweitwohnung war ausdrücklich ausgeschlossen. In diesem zweiten Teil der Verpflichtung kommen dem § 22 BauGB entsprechende Zielsetzungen der Gemeinde zum Tragen.⁴²⁶

Insgesamt dürften aber vertragliche Gestaltungen zur Sicherung des Dauerwohnens den beschriebenen Einheimischenmodellen soweit angenähert sein, dass es aus Sicht des Verfassers naheliegend erscheint, die entsprechenden Anforderungen zu übertragen.

Zentral für die rechtliche Bewertung von Einheimischenmodellen ist im Übrigen, dass sie regelmäßig mit einer Subvention verbunden sind, etwa in Form der verbilligten Überlassung

⁴²⁴ Grziwotz, Unvernünftiges Einheimischenmodell contra Menschenwürde, KommJur 2009, 376.

⁴²⁵ Portz, Einheimischenmodelle auf dem Prüfstand der EU Kommission, KommJur 2010, 366.

⁴²⁶ Siehe OLG München, Urt. v. 02.11.2000 – 1 U 2072/00 –, MittBayNot 2001, 98, 99.

eines Grundstücks. Obwohl dies in dem vom OLG München entschiedenen Fall nicht zutrifft (siehe dazu unten D. III. 2.), wird hier gleichwohl zunächst davon ausgegangen, dass für die vertragliche Absicherung des Dauerwohnens das Gleiche gilt, also der entsprechenden Nutzungsbeschränkung eine subventionierte Überlassung der Grundstücke gegenübersteht.

II. Sicherung der Dauerwohnnutzung als Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages oder eines Bebauungsplans

Wie § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB zeigt, beziehen sich diese Verträge in der Regel auf Ziele, die in der Bauleitplanung verfolgt werden. Vertragliche Regelungen kommen hier also insbesondere zur Anwendung, um zusätzliche Regelungen zu schaffen, die die Erreichung dieser Ziele fördern und sichern, die aber nicht selbst in Bebauungsplänen getroffen werden können. So stellen auch *Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt* fest, Vereinbarungen im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB seien gerade in den Fällen von großer Bedeutung, in denen die sich aus § 9 BauGB und der BauNVO ergebenden Festsetzungsmöglichkeiten nicht ausreichen.⁴²⁷ Nach hier vertretener Ansicht kann die Dauerwohnnutzung jedoch zum Teil auch unmittelbar in Bebauungsplänen festgesetzt werden. Einer vertraglichen Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten eines Wohngebäudes im Sinne der BauNVO bedürfte es vor dem Hintergrund dieser Festsetzungsmöglichkeit insoweit nicht.

Vor diesem Hintergrund würde sich die Frage stellen, ob die Gemeinden auch auf eine entsprechende Festsetzung im Bebauungsplan verzichten und stattdessen eine vertragliche Regelung anstreben könnten. Zweifel diesbezüglich weckt eine Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg vom 18.12.2007. Das Gericht führt aus, eine vertragliche Regelung vermöge die erforderliche Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB nicht zu ersetzen. „Denn ungeachtet der durch § 11 BauGB eröffneten Möglichkeit der Gemeinde, städtebauliche Verträge zu schließen,“ lasse „es der Grundsatz der Planmäßigkeit „nach Maßgabe dieses Gesetzbuchs“ (vgl. § 1 Abs. 1 BauGB) nicht zu, die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke durch andere Mittel als die der Bauleitplanung vorzubereiten und zu leiten. Vertragliche Gestaltungen dürf[t]en nicht an die Stelle der Entwicklungs- und Ordnungsfunktion der Bauleitplanung treten“.⁴²⁸ Diese Entscheidung ist in der Literatur jedoch auf Kritik gestoßen. Während das Gericht die in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB genannte Möglichkeit, „die Durchführung des Ausgleichs im Sinne des § 1a Abs. 3“ zum Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages zu machen, als einzige Ausnahme ansieht,⁴²⁹ sieht *Krautzberger* diese Regelung als beispielhaft

⁴²⁷ Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, *Städtebauliche Verträge*, 2. Aufl., 1999, S. 84.

⁴²⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18.12.2007 – 2 A 3/07 –, juris Rn. 52.

⁴²⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18.12.2007 – 2 A 3/07 –, juris Rn. 52.

an und hält in der Folge planeretzende Regelungen in Verträgen für möglich.⁴³⁰ Dieser Streit muss an dieser Stelle jedoch nicht aufgelöst werden. Denn der Hauptanwendungsfall entsprechender Regelungen dürfte nach Auffassung des Verfassers in den Fällen liegen, in denen entsprechende Festsetzungen nicht möglich sind.

Keine Rolle spielt der Streit im vorliegenden Zusammenhang dann, wenn entgegen der hier vertretenen Auffassung die Beschränkung der Wohnnutzung auf eine Dauerwohnnutzung in Bebauungsplänen nicht möglich sein sollte. Dann bieten sich entsprechende ergänzende Regelungen in Verträgen als Lösung an.

III. Bindungsdauer

Von entscheidender Bedeutung kann auch die Dauer möglicher vertraglicher Bindungen sein. Dies betrifft vorliegend konkret die Frage, für welchen Zeitraum die Dauerwohnbindung zwischen der Gemeinde und dem Grundstückseigentümer vereinbart werden kann. Das Ziel der Gemeinden der Insel Sylt besteht grundsätzlich in einer unbefristeten Absicherung des Dauerwohnens. Der Umwandlungsdruck wird schon seit langer Zeit beobachtet und es bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass dieser Druck in Zukunft nachlassen könnte. Vor diesem Hintergrund erscheinen befristete Lösungen nicht sinnvoll.

1. Bindungsdauer bei Einheimischenmodellen

Zur Frage, welche Bindungsfristen im Rahmen von Einheimischenmodellen für die Privaten noch angemessen sind, findet sich eine gewisse Bandbreite an Stellungnahmen. Eine feste Grenze lässt sich kaum definieren. Allerdings lässt sich aus der Rechtsprechung ein Eindruck für mögliche Höchstgrenzen gewinnen.

Das OLG München hatte in einer Entscheidung vom 20.01.1998 entschieden, eine Bindungsfrist von 20 Jahren an ein Einheimischenmodell sei nicht unangemessen lang, sodass die Frist weder wegen Verstoßes gegen § 10 Nr. 1 AGBG a. F. unwirksam sei noch ein Anspruch auf Herabsetzung bestehe.⁴³¹

Das OLG Frankfurt hingegen hatte in einer Entscheidung vom 22.08.2009 eine Selbstnutzungspflicht von 20 Jahren gemessen an § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB und § 307 Abs. 1 S. 1 BGB für unzulässig gehalten und Hinweise darauf gegeben, dass es eine Bindungsfrist von 10 bis zu 15 Jahren für zulässig erachten würde.⁴³² Dem ist jedoch der Bundesgerichtshof in seiner

⁴³⁰ Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 Rn. 166; ebenso Reidt, Die Änderung von bebauungsplanbegleitenden städtebaulichen Verträgen, in: Battis/Söfker/Stüer, Nachhaltige Stadt- und Raumentwicklung, FS für Krautzberger, 2008, S. 203, 206 f.

⁴³¹ OLG München, Urt. v. 20.01.1998 – 25 U 4623/97 –, NJW 1998, 1962, 1963.

⁴³² OLG Frankfurt, Urt. v. 27.08.2009 – 22 U 213/07 –, juris Rn. 16 f.

Entscheidung vom 16.04.2010 nicht gefolgt. Zunächst hat das Gericht die Frage, ob der Vertrag allein an § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB zu messen oder auch einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zu unterziehen sei, offen gelassen.⁴³³ Im Folgenden erklärt es dann die vom OLG Frankfurt für unzulässig gehaltene Selbstnutzungspflicht für gerechtfertigt. Grundsätzlich führt der Bundesgerichtshof zum Wesen der Einheimischenmodelle aus:

Die Veräußerung des Grundstücks an die Kl. erfolgte im Rahmen eines städtebaulichen Vertrags gem. § 11 I 2 Nr. 2 Halbs. 5 BauGB in Form eines so genannten Einheimischenmodells. Hierdurch soll in Gemeinden, die eine starke Nachfrage nach Bauland durch auswärtige Interessenten verzeichnen, Einheimischen der Erwerb von Bauflächen zu bezahlbaren, in der Regel deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preisen ermöglicht werden (...). Eine Veräußerung unter dem Verkehrswert ist den Gemeinden wegen des Gebots der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel nur gestattet, wenn dies der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und die zweckentsprechende Mittelverwendung sichergestellt wird. Gemeinden, die zur Förderung des Wohnbaus von Einheimischen Grundstücke verbilligt verkaufen, sind daher nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, für eine vertragliche Absicherung des – den verbilligten Grundstücksverkauf rechtfertigenden – Ziels der Einheimischenförderung Sorge zu tragen. Sie müssen insbesondere sicherstellen, dass die bevorzugten Käufer die auf den Grundstücken zu errichtenden Eigenheime für einen bestimmten Zeitraum selbst nutzen und nicht auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielen, indem sie das verbilligte Bauland alsbald zum Verkehrswert weiterveräußern oder den Grundbesitz an Dritte vermieten. Vertragliche Regelungen, die entsprechende Bindungen begründen, schaffen mithin erst die (öffentlich-)rechtlichen Voraussetzungen für die Vergabe preisgünstigen Baulands; sie müssen daher von den Zivilgerichten vor diesem Hintergrund interpretiert und auf ihre Angemessenheit überprüft werden“.⁴³⁴

Im Folgenden zeigt der Bundesgerichtshof den Zusammenhang zwischen den Bindungen des Grundstückseigentümers und den empfangenen Subventionen auf:

„Beschränkungen, die die öffentliche Hand dem Subventionsempfänger auferlegt, halten der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 I 1 BGB stand und entsprechen dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung i.S. des § 11 II 1 BauGB, wenn sie geeignet und erforderlich sind, um das Erreichen der mit dem Einheimischenmodell zulässigerweise verfolgten Zwecke im Bereich der Wohnungsbau-, Siedlungs- oder Familienpolitik für einen angemessenen Zeitraum sicherzustellen (...). Hierzu zählen nicht nur Verfügungs-, sondern auch Nutzungsbeschränkungen, insbesondere die Verpflichtung des Subventionsempfängers, das verbilligt überlassene Grundstück selbst zu nutzen (...). Die Zwecke der Subvention, insbesondere jungen einheimischen Familien in Ballungs- und Fremdenverkehrsgebieten zu einem Eigenheim zu verhelfen und keine

⁴³³ BGH, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09 –, NJW 2010, 3505 Rn. 9. Vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02 –, NJW 2003, 888, 889 f.

⁴³⁴ BGH, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09 –, NJW 2010, 3505 Rn. 12; vgl. auch BGH, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02 –, NJW 2003, 888, 891.

einseitigen Eigentümer- und Nutzerstrukturen in der Gemeinde entstehen zu lassen, werden nicht nur bei einem Weiterverkauf des Grundstücks vor Ablauf bestimmter Fristen verfehlt, sondern auch dann, wenn die Begünstigten das Eigenheim nicht mehr selbst nutzen, sondern es an Dritte vermieten oder leerstehen lassen. Das Grundstück wird dann nicht mehr von dem Erwerber genutzt, den die Gemeinde nach bestimmten Kriterien (z.B. nach Einkommen, Alter oder Kinderzahl) ausgewählt hat und für einen längeren Zeitraum anzusiedeln beabsichtigte.

Grundrechte des Subventionsempfängers, insbesondere sein Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG), werden durch eine Selbstnutzungsverpflichtung nicht beeinträchtigt. Es steht ihm selbstverständlich frei, jederzeit fortzuziehen. Dass er in diesem Fall die unter der Bedingung der Selbstnutzung erhaltene Subvention zurückgewähren muss, ist Folge seiner Entscheidung, an dem Einheimischenmodell teilzunehmen, statt ein Grundstück – teurer – auf dem freien Markt zu erwerben.⁴³⁵

Sodann stellt der Bundesgerichtshof klar, dass die Beschränkungen zeitlich begrenzt sein müssen, und stellt eine Verbindung zwischen der Höhe der Verbilligung und der angemessenen Bindungsdauer her:

„Die Beschränkungen, denen der Käufer unterliegt, müssen allerdings zeitlich begrenzt sein. Hinsichtlich der für ein Einheimischenmodell typischen Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen hat der *Senat* Bindungsfristen von bis zu 15 Jahren für unbedenklich gehalten (...), ohne damit eine Höchstgrenze festzulegen. Da die Bindung des Käufers der Preis für den verbilligten Erwerb des Grundstücks ist, steigt die zulässige Bindungsdauer mit dem Umfang der Verbilligung, so dass im Einzelfall auch eine Frist von mehr als 20 Jahren angemessen sein kann“.⁴³⁶

Im konkreten Fall lag die „Verbilligung mit 50 % deutlich über der bei Einheimischenmodellen üblichen Reduzierung des Kaufpreises um bis zu 30 % gegenüber dem Verkehrswert“. Vor diesem Hintergrund sah der Bundesgerichtshof eine Bindungsfrist von 20 Jahren als noch angemessen an.⁴³⁷

In einer Entscheidung vom 30.09.2005 hat der Bundesgerichtshof angenommen, ein für die Dauer von 30 Jahren vereinbartes Wiederkaufsrecht zugunsten einer Stadt sei jedenfalls dann angemessen, wenn die Stadt auch entsprechende Rechte nach dem Reichsheimstättengesetz hätte geltend machen können.⁴³⁸ Allerdings war diese Frist damit nicht mit den gleichen Erwägungen begründet wie Einheimischenmodelle. Deswegen führt das Gericht in einem späteren Teil der Entscheidung aus:

„Dabei kann auch hier offen bleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Ziele eines Einheimischenmodells sichernde Wiederkaufsrechte für einen

⁴³⁵ BGH, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09 –, NJW 2010, 3505 Rn. 14 f.

⁴³⁶ BGH, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09 –, NJW 2010, 3505 Rn. 16.

⁴³⁷ BGH, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09 –, NJW 2010, 3505 Rn. 17.

⁴³⁸ BGH, Urt. v. 30.09.2005 – V ZR 37/05 –, NJW-RR 2006, 298, 299.

deutlich längeren Zeitraum als 15 Jahre vereinbart werden können. Vorliegend ist jedenfalls eine - nicht überschrittene - Frist von 20 Jahren unbedenklich. Zu berücksichtigen ist, dass bei Einheimischenmodellen im Allgemeinen nur eine Reduzierung des Kaufpreises bis zu 30 % gegenüber dem Verkehrswert als zulässig, eine weitergehende Verbilligung demgegenüber als nicht mehr durch die mit dem Modell verbundenen städtebaulichen Zielen gerechtfertigt angesehen wird (...). Da die durch das Wiederkaufsrecht bewirkte Bindung des Käufers der Preis für den verbilligten Erwerb des Grundstücks ist (...), steigt die zulässige Bindungsdauer mit dem Umfang der Verbilligung. Wird bei einem Preisabschlag bis zu 30 % eine Bindungsdauer bis zu 20 Jahren als noch angemessen angesehen (...), ist bei einem Nachlass von mehr als 70% gegenüber dem Verkehrswert, wie er nach den Feststellungen des BerGer. hier gegeben ist, eine deutlich längere, möglicherweise bis zu 30 Jahren reichende Bindung des Käufers gerechtfertigt.⁴³⁹

Das Gericht verknüpft hier also einerseits eine Verbilligung von 30 % mit einer vielleicht noch angemessenen Bindungsdauer von 20 Jahren, verweist aber zugleich darauf, dass im Allgemeinen eine Verbilligung von 30 % bei Einheimischenmodellen als Grenze des städtebaulich Gerechtfertigten angesehen werde. Das spräche für eine höchstzulässige Bindung von 20 Jahren, die sich aus der Relation zu der gewährten Verbilligung von maximal 30 % ergäbe.

Einen weiteren Anhaltspunkt für eine absolute Obergrenze könnte gegebenenfalls der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.07.2006 entnommen werden. Dort führte das Gericht im Zusammenhang mit einem 1930 im Rahmen eines Grundstücksverkaufs durch die öffentliche Hand zum Zwecke der Ansiedlung von Familien vereinbarten Wiederkaufsrecht aus, spätestens nachdem eine Familie das Grundstück für die Dauer einer Generation, also für etwa 30 Jahre, selbst genutzt habe, sei das mit dem verbilligten Verkauf verbundene Ziel, einer Familie zu einem Eigenheim und damit zu einer Lebensgrundlage zu verhelfen, erreicht. Insbesondere stelle sich ein Verkauf des Grundstücks nach einer solchen Zeitspanne nicht als eine dem Subventionszweck zuwiderlaufende Bodenspekulation auf Kosten der Allgemeinheit dar.⁴⁴⁰

Das Gericht führt weiter aus:

„Die 30 Jahre übersteigende Bindungsdauer dient in der heutigen Zeit, in der kaum ein Eigenheim 90 Jahre von derselben Familie genutzt wird, letztlich nur noch dem Zweck, die gewährte Subvention und die zwischenzeitliche Steigerung des Bodenwerts bei den Rechtsnachfolgern des Begünstigten ganz oder teilweise wieder abzuschöpfen. Das mag aus Sicht des Bekl. nicht unbillig erscheinen, weil er auf diese Weise Mittel für neue Fördermaßnahmen erhält, rechtfertigt die Ausübung des Wiederkaufsrechts aber nicht. Nachdem die Subvention über einen längeren Zeitraum

⁴³⁹ BGH, Urt. v. 30.09.2005 – V ZR 37/05 –, NJW-RR 2006, 298, 300.

⁴⁴⁰ BGH, Urt. v. 21.07.2006 – V ZR 252/05 –, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 15; bestätigend BGH, Urt. v. 29.10.2010 – V ZR 48/10 –, NJW 2011, 515 Rn. 18.

zweckentsprechend verwendet worden ist, ist der Grund für die Beschränkung der Eigentümerrechte des Gemeinschuldners entfallen.“⁴⁴¹

Das spricht neben der bereits aus der Relation zur Verbilligung abgeleiteten Höchstgrenze für eine aus dem Zweck der Förderung abzuleitende Höchstgrenze von 30 Jahren.⁴⁴²

In seiner Entscheidung vom 29.11.2002 hat der Bundesgerichtshof noch darauf hingewiesen, dass bei der Ausübung der entsprechenden Rechte, im konkreten Fall der Geltendmachung eines Anspruchs auf Zahlung des Mehrerlöses, innerhalb der Bindungswirkung der Gemeinde jedoch ein Ermessen zustehen kann, in dessen Rahmen sie die besonderen Umstände des Einzelfalls, insbesondere die persönlichen Verhältnisse des Bürgers zu berücksichtigen hat.⁴⁴³

Nimmt man die zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Maßstab, zeigt sich nach Auffassung des Verfassers zum einen, dass eine unbefristete Absicherung des Einheimischenmodells durch städtebauliche Verträge nicht zulässig ist. Dabei ist von einer zulässigen Höchstfrist 20 bis 30 Jahren auszugehen. In der Literatur vertritt beispielsweise *Grziwotz*, dass die regelmäßige vertragliche Nutzungsbindung 10 – 15 Jahre nicht überschreiten dürfe. Ausnahmsweise könne auch eine längere Bindungsfrist angemessen sein.⁴⁴⁴ *Huber/Wollenschläger* stellen Rechtsprechung und Schrifttum zusammenfassend fest:

„Eine Bindungsdauer von 20 Jahren ist somit weitgehend akzeptiert – bei hinreichender Subventionierung und mit Blick auf die angestrebte Familienförderung. Ein Zeitraum von 25 Jahren ist dagegen besonders rechtfertigungsbedürftig, bei einer klaren Betonung der Förderung junger Familien und einer hohen Subventionierung aber noch vertretbar. Eine Bindung über 30 Jahre hinaus ist unzulässig.“⁴⁴⁵

2. Übertragbarkeit auf die Absicherung von Dauerwohnnutzungen

Inwieweit diese Ausführungen zu den zeitlichen Höchstgrenzen für die Bindungswirkung vertraglicher Vereinbarungen auch im Bereich städtebaulicher Verträge, die der Absicherung des Dauerwohnens dienen, Geltung beanspruchen könnten, ist nicht abschließend zu klären. Eine Übertragung erscheint aus der Sicht des Verfassers aber naheliegend.

Allerdings könnte man erwägen, ob eine vertragliche Regelung, die der Sicherung des Dauerwohnens dient, nicht schwerpunktmäßig anderen Zwecken dient, als denen, auf die die Einheimischenmodelle abzielen. Bei Letzteren geht es um primär um die Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 BauGB). Bei vertraglichen Regelungen, die das Dauerwohnen absichern, wird zwar auch dieser – oder ein ähnlicher – Zweck

⁴⁴¹ BGH, Urt. v. 21.07.2006 – V ZR 252/05 –, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 16.

⁴⁴² So auch Huber/Wollenschläger, Einheimischenmodelle, 2008, Rn. 139 f.: absolute Höchstgrenze.

⁴⁴³ BGH, Urt. v. 29.11.2002, NJW 2003, 888, 892.

⁴⁴⁴ Grziwotz, Unvernünftiges Einheimischenmodell contra Menschenwürde, KommJur 2009, 376.

⁴⁴⁵ Huber/Wollenschläger, Einheimischenmodelle, 2008, Rn. 146.

erfüllt. Daneben geht es aber auch um die Vermeidung negativer städtebaulicher Folgen („Rölladensiedlung“, „Geisterstädte“ siehe oben A. I.). Denkbar ist es auch, bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Frist die Vermeidung der negativen Folgen der Zweitwohnungsbildung in den Vordergrund zu stellen. In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen des OLG München in einer Entscheidung vom 02.11.2000 interessant. Dort verpflichteten sich die Eigentümer – wie oben bereits beschrieben – im Gegenzug für die Erteilung einer Genehmigung nach § 22 BauGB zur Aufteilung ihres Anwesens nach dem WEG,

- „1. das neu zu begründende Wohnungs- und Teileigentum nur an Personen zu veräußern, die entweder selbst seit mindestens fünf Jahren ihren ersten Wohnsitz im Gemeindegebiet haben oder an Abkömmlinge und Ehegatten solcher Personen,
2. die auf dem Grundstück befindlichen Wohnungen nicht zu anderen Zwecken als zur persönlichen Nutzung für den Grundstückseigentümer und dessen Familie sowie zur Dauervermietung an Personen, die dort ihren dauernden Aufenthalt haben oder zu Zwecken der Beherbergung von Personen im Rahmen einer gewerblichen Fremdenvermietung zu nutzen, wobei die Wohnungen nicht zur Nutzung als Zweitwohnung verwendet werden dürfen.“

Die Verpflichtung sollte eine Bindungswirkung von 25 Jahren haben und die Eigentümer verpflichteten sich zur Weitergabe der Verpflichtung an den Rechtsnachfolger im Falle des Verkaufs.⁴⁴⁶ Das Gericht selbst stellt an einer Stelle der Entscheidung fest, dass diese vertragliche Regelung mit einem Einheimischenmodell nicht voll vergleichbar sei.⁴⁴⁷

Zur Frage der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung führte das Gericht dann zunächst bezüglich der Vorteile der Eigentümer aus:

„Obwohl die Kläger auf lange Sicht gehindert sind, den Höchstpreis zu erzielen, ist nach Auffassung des Senats ein unangemessenes Verhältnis der beiderseitigen Leistungen deshalb nicht anzunehmen, weil die Kläger zum einen durch die ihnen vom Beklagten ermöglichte Aufteilung des Anwesens in Wohnungseigentum eine Wertsteigerung ihres Anwesens erfahren haben. Die Aufteilung in Wohnungseigentum ist ja gerade auch deshalb so attraktiv, weil kleinere selbständige Einheiten häufiger nachgefragt werden als große Anwesen und deshalb der Verkauf mehrerer kleinerer Wohnungen einen höheren Preis erzielt als der Verkauf des Anwesens im Ganzen“.⁴⁴⁸

Nachdem das Gericht dies noch im Detail dargestellt hatte, führte es sodann zur Frist aus:

„Im Hinblick auf diese ihnen durch die Gegenleistung des Beklagten entstandenen Vorteile erscheint auch die zeitliche Dauer von 25 Jahren nicht unangemessen. Zum einen besteht für den Beklagten, wie das Landgericht bereits bemerkt hat, nicht nur jetzt, sondern weiterhin und auch in 25 Jahren und darüber hinaus die Notwendigkeit,

⁴⁴⁶ OLG München, Urt. v. 02.11.2000 – 1 U 2072/00 –, MittBayNot 2001, 98, 99.

⁴⁴⁷ OLG München, Urt. v. 02.11.2000 – 1 U 2072/00 –, MittBayNot 2001, 98, 103.

⁴⁴⁸ OLG München, Urt. v. 02.11.2000 – 1 U 2072/00 –, MittBayNot 2001, 98, 102.

sein Gebiet, das überwiegend vom Fremdenverkehr lebt, vor Zweckentfremdung zu schützen. Er hat daher ein legitimes Interesse, wenn er durch seine Mitwirkung die Aufteilung in Wohnungseigentum ermöglicht und damit das Gefährdungspotenzial erhöht, auf einer möglichst langfristigen Bindung des Eigentümers zu bestehen, wenn er diesem durch seine Genehmigung die Teilung schon ermöglicht hat, wenigstens die Wohnungen nicht einer Zweitwohnungsnutzung zuzuführen. Auch ist der Erwerb von Grundstücken in der Regel auf eine gewisse Dauer angelegt, sodass es auch den Klägern gegenüber nicht unangemessen ist, wenn sie in der Ausnutzung ihrer sich gerade aus der Teilung ergebenden Möglichkeiten zur Erzielung eines möglichst hohen Preises für Teile des Anwesens über einen längeren Zeitraum gehindert sind. Der Zeitraum von 25 Jahren, den man gemeinhin als Generation bezeichnet, erscheint dem Senat bei wirtschaftlicher Betrachtung und Abwägung der beiderseitigen Leistungen und Interessen noch nicht unangemessen.“⁴⁴⁹

Die Entscheidung zeigt also mit Bezug auf die hier im Mittelpunkt stehende Problematik, dass das Gericht einerseits einen relativ langen Befristungszeitraum noch für angemessen hielt. Andererseits deutet die Formulierung „noch nicht unangemessen“ darauf hin, dass eine wesentlich längere oder gar unbefristete vertragliche Bindung die Grenzen der Angemessenheit überschreiten könnte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gegenleistung in dieser Konstellation nicht in einer Subvention bestand, sondern in der Erteilung der Genehmigung nach § 22 BauGB. Dass Fremdenverkehrssatzungen nicht befristet werden und der § 22 BauGB an sich auf eine zeitlich zunächst unbegrenzte Wirkung abzielt, würde in der Tendenz gegen die Notwendigkeit einer Befristung zur Wahrung der Angemessenheit sprechen. Letztlich schließt die Formulierung des OLG München auch eine zeitlich unbegrenzte Vertragspflicht nicht gänzlich aus. Allerdings kann auch angeführt werden, dass auch die Einheimischenmodelle städtebauliche Zielsetzungen verfolgen, die grundsätzlich unbefristet sind. So nannte beispielsweise der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 16.04.2010 als Zweck nicht nur das Ziel „jungen und einheimischen Familien in Ballungs- und Fremdenverkehrsgebieten zu einem Eigenheim zu verhelfen“, sondern auch „keine einseitigen Eigentümer- und Nutzerstrukturen in den Gemeinden entstehen zu lassen“.⁴⁵⁰

Aus der Sicht des Verfassers erscheint es nach alledem näherliegend, dass die Rechtsprechung auch für die hier interessierenden Vertragskonstruktionen eine zeitliche Begrenzung der Bindungswirkungen verlangen würde. Letztlich kann diese Frage vorliegend jedoch nicht endgültig geklärt werden.

Die Annahme der Erforderlichkeit einer zeitlichen Begrenzung der Bindungswirkung stellt jedoch die Tauglichkeit dieses Instruments zur Absicherung des Dauerwohnens grundsätzlich

⁴⁴⁹ OLG München, Urt. v. 02.11.2000 – 1 U 2072/00 –, MittBayNot 2001, 98, 103 (korrigiert nach juris).

⁴⁵⁰ BGH, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09 –, NJW 2010, 3505 Rn. 14.

infrage, da eine nur befristete Sicherung lediglich eine zeitliche Verlagerung des Problems mit sich bringt.

Dies dürfte im Übrigen auch für andere Vertragsgestaltungen gelten, mit denen Dauerwohnrechte gesichert werden sollen. Zu denken ist hier etwa auch an die Vereinbarung von Belegungsrechten. Auch wenn die vertragliche Konstruktion eine andere ist als bei den Einheimischenmodellen, die darauf abzielen den begünstigten Bevölkerungsgruppen Bauland zu verschaffen, spricht aus der Sicht des Verfassers einiges dafür, hier ähnliche Anforderungen bezüglich der Angemessenheit zu stellen wie in den zitierten Fällen. So stellen etwa *Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt* fest, auch hier bestünden Probleme bezüglich der Angemessenheit, wenn die Bindung nicht durch eine Förderung aus öffentlichen Mitteln aufgefangen werde.⁴⁵¹ Allerdings spricht *Krautzberger* davon, die Vereinbarung von Belegungs- und Mietpreisbindungen sei auch bei frei finanzierten Vorhaben möglich.⁴⁵² *Birk* stellt – wenn auch ohne Begründung – fest, das Benennungs- oder Belegungsrecht solle zeitlich – zum Beispiel auf 10 Jahre – begrenzt werden, um dem Eigentümer die freie Verfügbarkeit zu gewährleisten.⁴⁵³ Der Frage nach der Behandlung solcher Belegungsrechte soll an dieser Stelle aber nicht vertieft nachgegangen werden.

IV. Durchsetzbarkeit der Einheimischenbindung

Weiterhin können die Nutzungsbeschränkungen bei Einheimischenmodellen wohl auch nicht in jedem Fall unmittelbar durchgesetzt werden. Jedenfalls hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 16.04.2010 ausgeführt, die Selbstnutzungsverpflichtung in dem konkreten Fall begründe keine „zwangsweise durchsetzbare Primärverpflichtung der Kl., einen Auszug aus ihrem Haus zu unterlassen“. Die Selbstnutzungsverpflichtung begründe lediglich eine Obliegenheit der Käufer.⁴⁵⁴ Die Bindungsdauer von 20 Jahren hindere die Käufer nicht, früher aus dem Haus auszuziehen oder das Grundstück zu einem früheren Zeitraum zu verkaufen. Sie bestimme lediglich den Zeitraum, in dem die aus öffentlichen Mitteln gewährte Förderung zweckgebunden, also noch nicht endgültig in das Vermögen der Käufer übergegangen sei.⁴⁵⁵ Auch dies schmälert die Wirksamkeit des städtebaulichen Vertrags als Instrument zur Sicherung des Dauerwohnens, da nicht auszuschließen ist, dass das eigentliche städtebauliche Ziel, nämlich die Erhaltung von Dauerwohnraum, letztendlich verfehlt wird.

⁴⁵¹ Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge, 2. Auflage, 1999, S. 98.

⁴⁵² Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 11 Rn. 148.

⁴⁵³ Birk, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl., 2002, Rn. 503.

⁴⁵⁴ BGH, Urt. v. 16.04.2010, NJW 2010, 3505 Rn. 11.

⁴⁵⁵ BGH, Urt. v. 16.04.2010, NJW 2010, 3505 Rn. 17.

V. Bewertung

Wie gesehen, ist es naheliegend oder jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Angemessenheit vertraglicher Regelungen zur Absicherung von Dauerwohnnutzungen eine Befristung erfordert. Trifft dies zu, würden städtebauliche Verträge, das Ziel einer dauerhaften Verhinderung der hier im Mittelpunkt stehenden Umwandlungsprozesse nicht erreichen können.

E. Konzept zur Weiterentwicklung des bestehenden Städtebaurechts

Ziel des vorliegenden Gutachtens ist es auch, mögliche Wege der Weiterentwicklung des Städtebaurechts aufzuzeigen. Es hat sich gezeigt, dass in den drei schwerpunktmäßig untersuchten Bereichen – Fremdenverkehrssatzungen nach § 22 BauGB, Milieuschutzsatzungen nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB und der Steuerung durch Bebauungspläne – Schwächen und Lücken in der Ausgestaltung und Anwendung der Instrumente zu finden sind. Diese Mängel führen im Ergebnis dazu, dass die Gemeinden den hier im Mittelpunkt stehenden Umwandlungsprozessen nicht effektiv entgegensteuern können. Das wiederum bedeutet, dass die Umwandlung von Dauerwohnraum in Zweit- oder Ferienwohnungen sowie die Umwandlung von Ferienwohnungen in Zweitwohnungen begünstigt werden.

Auf diese Schwächen soll mit den nachfolgenden Empfehlungen reagiert werden. Dabei sollen hier zwei verschiedene Regelungskomplexe unterschieden werden, die zunächst selbstständig nebeneinanderstehen:

1. Bebauungsplan
2. §§ 22, 172 BauGB.

Auf die bereits am Ende der Abschnitte A. bis D. angestellten Überlegungen wird Bezug genommen.

I. Regelungskomplex: Bebauungsplan

Zum einen ist die Bauleitplanung zu nennen. Die Bauleitplanung, und hier das Instrument des Bebauungsplans muss in der Weise „geschärft“ werden, dass die Kommunen in der Lage sind, mit großer Genauigkeit die drei hier im Mittelpunkt stehenden Wohnformen – Dauerwohnen, touristisches Wohnen, und Zweitwohnungsnutzung – zu steuern.

Dabei sollte nach Auffassung des Verfassers das Regelungsziel sein, einerseits diese drei Wohnformen als selbstständige Nutzungskategorien eindeutig voneinander zu trennen. Hierfür bietet sich die Einführung des Begriffs des Freizeitwohnens als Nutzungsart in die BauNVO an, wobei dieser Begriff durch zwei (Unter-) Nutzungsarten – Ferienwohnnutzung und Zweitwohnungsnutzung – spezifiziert werden sollte. Dabei ist beachten, dass der BauNVO das Freizeitwohnen als Nutzungsart nicht fremd ist. Die Ferienwohnnutzung findet sich in Form der Ferienhausgebiete in § 10 Abs. 4 BauNVO. Und auch die allein freizeitorientierte Zweitwohnungsnutzung findet nach hier vertretener Ansicht in der Regelung der Wochenendhausgebiete nach § 10 Abs. 3 BauNVO als Nutzungsart bereits Berücksichtigung, wobei dieser Schluss von der herrschenden Meinung derzeit wohl nicht gezogen wird. Die Einführung des Freizeitwohnens als neuer Nutzungsart und die Unterteilung in Ferienwohnen und Zweitwohnungsnutzung würden also vor allem dazu führen, dass das Freizeitwohnen gegenüber anderen Nutzungsarten abgegrenzt wird. Vor allem im Hinblick auf die Zweitwohnungs-

nutzung würde auf diesem Weg die Herauslösung aus dem allgemeinen Begriff des Wohnens gelingen.

Das zweite Regelungsziel kann dann mithilfe der neu geschaffenen Nutzungsart Freizeitwohnen erreicht werden. Das zweite Regelungsziel sollte darin bestehen, neben den Sondergebieten auch die „normalen“ Gebietstypen für das Freizeitwohnen zugänglich zu machen, soweit sie sich dafür eignen. In Betracht kommen hier vor allem das allgemeine Wohngebiet nach § 4 BauNVO und das reine Wohngebiet nach § 3 BauNVO. Das nötige Maß an Steuerungsmöglichkeiten erhalten die Gemeinden, wenn in diesen beiden Gebietstypen, „Gebäude, die dem Freizeitwohnen (Ferienwohnungen, Zweitwohnungen) dienen“ in den Katalog der ausnahmsweise zulässigen Nutzungen aufgenommen werden. Hier läge eine deutliche Verbesserung gegenüber der derzeitigen Rechtslage. Wie aufgezeigt wurde, ist derzeit eine Steuerung der Nutzungsarten Ferienwohnnutzung und Zweitwohnungsnutzung zu Freizeit Zwecken nur eingeschränkt möglich und die aufgezeigten Steuerungsmöglichkeiten sind überdies mit erheblichen Unsicherheiten behaftet.

Konkret könnte eine Regelung wie folgt aussehen. In §§ 3 und 4 BauNVO sollte jeweils in Absatz 3 als zusätzliche ausnahmsweise zulässige Nutzung aufgenommen werden:

„(Nr.) Gebäude, die dem Freizeitwohnen (Ferienwohnungen, Zweitwohnungen) dienen.“

II. Handlungsfeld: §§ 22, 172 BauGB

Das zweite Handlungsfeld ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Regelungen des § 22 BauGB und des § 172 BauGB. Einzelne Ergänzungsmöglichkeiten wurden bereits im Rahmen der Bewertung dieser Regelungen aufgezeigt.

Ausgangspunkt einer Novellierung der Regelungen sollte aus Sicht des Verfassers eine zusammenfassende Betrachtung sein. § 22 BauGB wirkt von seinem Gesetzeszweck her der Zweitwohnungsbildung entgegen. Wie gezeigt lässt sich auch die Milieuschutzsatzung nach § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB in dieser Weise einsetzen. Die Stärke des § 22 BauGB liegt in seiner Vollzugsfreundlichkeit. Seine Schwäche liegt darin, dass er nicht an der Bildung von Zweitwohnungen selbst anknüpft, sondern an bestimmte Rechtsvorgänge nach dem WEG, was in der Praxis zu einer Umgehung der Regelung geführt hat. Die Stärke des § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB liegt demgegenüber darin, dass er an dem städtebaulichen Phänomen – der Verdrängung der Dauerwohnbevölkerung – selbst anknüpft. Allerdings kann er die Bildung von Zweitwohnungen nicht vollständig unterbinden, da die Umwandlung von Ferienwohnungen in Zweitwohnungen nach hier vertretener Auffassung keinen genehmigungspflichtigen Tatbestand § 172 Abs. 1 S. 1 BauGB darstellt. Die Schwäche des § 172 BauGB liegt überdies in den Vollzugsproblemen. Vor allem bloße Nutzungsänderungen sind von außen vielfach nicht ohne Weiteres zu erkennen.

Der erste Schritt sollte nach Auffassung des Verfassers darin bestehen, die Möglichkeiten des § 22 BauGB und des § 172 BauGB zu bündeln und die beiden Regelungen zusammenzufassen. Vorzugswürdig ist dabei eine Streichung des § 22 BauGB und die Integration des Instrumentariums in § 172 BauGB. Mit dieser Lösung würde gleichsam an die ersten gesetzgeberischen Überlegungen zu § 22 BauGB angeknüpft, da die ersten Vorschläge zur Einführung dieses Instrumentariums auf eine Integration in die Regelung über die Erhaltungssatzung im damaligen § 39h BBauG zielten.⁴⁵⁶

Wird nicht der Weg einer Integration des Instrumentariums des § 22 BauGB in den § 172 BauGB verfolgt, lassen sich die im Folgenden vorgestellten Änderungen auch gesondert jeweils durch eine Neufassung der § 22 BauGB und § 172 BauGB erreichen.

Die Integration in § 172 BauGB könnte dergestalt erfolgen, dass die Regelung um eine weitere Variante der Erhaltungssatzung („Nr. 4“) ergänzt werden könnte. Dieser neue Typus der Erhaltungssatzung sollte als Erhaltungsziel auf die Erhaltung der Struktur von Fremdenverkehrsgemeinden abzielen. Anders als in § 22 Abs. 1 BauGB sollte jedoch keine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Gebiete mit Fremdenverkehrsfunktion erfolgen. Der Druck zur Umwandlung von Dauerwohnungen kann gerade auch in Gebieten bestehen, die bislang keine Fremdenverkehrsfunktion ausüben.

Als genehmigungspflichtige Handlungen sollten alle in § 172 Abs. 1 S. 1 und 2 BauGB genannten Handlungen mit einbezogen werden: neben dem Rückbau, der Änderung und der Nutzungsänderung des Satz 1 also auch die Errichtung baulicher Anlagen des Satz 2. Gerade bei der Errichtung neuer Gebäude ist darauf zu achten, dass ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den „Wohnformen“ Dauerwohnen, Ferienwohnen und Zweitwohnungsnutzung hergestellt wird. Dies ist umso wichtiger, als im Bestand bereits erfolgte Umwandlungsprozesse sich in den meisten Fällen gar nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten rückabwickeln lassen. Deshalb müssen die Fremdenverkehrsgemeinden, die heute bereits eine Fehlgewichtung zwischen diesen Nutzungsarten feststellen, insbesondere bei der Errichtung neuer Gebäude oder bei der Erschließung neuer Gebiete darauf bedacht sein, die Fehlentwicklungen der Vergangenheit jedenfalls zum Teil auszugleichen.

Die entsprechenden Versagungsgründe für den neuen Typus der Erhaltungssatzung müssten dem Vorbild der Regelung des § 172 BauGB folgend wie in den Absätzen 3, 4 und 5 in einem gesonderten Absatz (z.B. Abs. 6) geregelt werden. Der Versagungsgrund muss auf die Erhaltung der Struktur der Fremdenverkehrsgemeinde Bezug nehmen, wobei hier das Regelungsziel, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Wohnformen Dauerwohnen, Ferienwohnen und Zweitwohnungsnutzung ausdrücklich genannt werden sollte. Dabei könnte auf die für eine Ergänzung der BauNVO vorgeschlagene neue Nutzungsart des Freizeitwohnens mit ih-

⁴⁵⁶ Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 10), § 22 Rn. 1.

ren spezifischen Unterarten von Nutzungen, Ferienwohnnutzung und Zweitwohnungsnutzung, Bezug genommen werden. Zugleich sollte wie in § 172 Abs. 4 BauGB ausdrücklich auch auf die besonderen städtebaulichen Gründe Bezug genommen werden. Dies verdeutlicht, dass die Gemeinde nicht aus anderen Gründen als städtebaulichen – etwa Gründen des Konkurrenzschutzes – die Genehmigung versagen darf.

Schließlich wären Gründe aufzunehmen, aus denen heraus die Genehmigung für die Errichtung, den Rückbau, die Änderung oder die Nutzungsänderung baulicher Anlagen erteilt werden kann oder zu erteilen ist.

Diese Regelung würde insgesamt dazu führen, dass anders als mit der Milieuschutzsatzung alle strukturellen Veränderungen in einer Fremdenverkehrsgemeinde durch die Erhaltungssatzung erfasst werden könnten. Das würde also auch die Umwandlung von Ferienwohnungen in Zweitwohnungen erfassen.

Die Integration des § 22 BauGB sollte des Weiteren in der Weise erfolgen, dass die besondere Stärke, nämlich seine Vollzugsfreundlichkeit, auch in der neuen Regelung zum Tragen kommt. Dementsprechend sollte für den Bereich des neuen Typs von Erhaltungssatzung auch die Begründung und Teilung der in § 22 Abs. 1 BauGB erfassten Rechte nach dem WEG einem Genehmigungsvorbehalt unterworfen werden. Dieser Mechanismus ist dem § 172 BauGB auch nicht fremd. § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB eröffnet die Möglichkeit, für Grundstücke im Geltungsbereich von Milieuschutzsatzungen (§ 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB) einen Genehmigungsvorbehalt für die Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 WEG) an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, zu begründen. Hierfür hält die Regelung eine Verordnungsermächtigung für die Landesregierungen bereit. Zumindest für den Anwendungsbereich des neuen Typs von Erhaltungssatzung sollte entsprechend der Genehmigungsvorbehalt des § 22 Abs. 1 BauGB in § 172 BauGB aufgenommen werden. Dabei ist zu beachten, dass der Genehmigungsvorbehalt des § 22 Abs. 1 BauGB weiter reicht als der des § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB, da er auch die in den §§ 30 und 31 WEG bezeichneten Rechte erfasst (§ 22 Abs. 1 S. 2 BauGB). Auch auf das Erfordernis einer entsprechenden Landesverordnung sollte verzichtet werden. Der Genehmigungsvorbehalt sollte im Anwendungsbereich des neuen Typs von Erhaltungssatzung unmittelbar zum Tragen kommen. Anderenfalls läge hierin ein Rückschritt gegenüber der Rechtslage nach § 22 BauGB. Allenfalls lässt sich darüber nachdenken, den Gemeinden freizustellen, ob sie den neuen Typ von Erhaltungssatzung mit einem entsprechenden Genehmigungsvorbehalt verknüpfen wollen.

Wie gesehen wird der Genehmigungsvorbehalt des § 22 BauGB in der Praxis jedoch umgangen, in dem andere Rechtskonstruktionen gewählt werden, um Zweitwohnungsnutzungen zu begründen. Zur Effektivierung der Regelung sollte der Anwendungsbereich des Genehmigungsvorbehalts dementsprechend ausgedehnt werden. Dabei sollte berücksichtigt werden,

dass die besondere Vollzugsfreundlichkeit des § 22 BauGB darauf beruht, dass seine Einhaltung gleichsam im Grundbuchverfahren kontrolliert wird. Der Genehmigungsvorbehalt sollte also ausgedehnt werden auf solche Rechtsvorgänge, die zur Begründung von Zweitwohnungsnutzungen dienen können und im Grundbuch eintragungsbedürftig sind. Aus Gründen der Bestimmtheit sollte eine enumerative Aufzählung erfolgen. Mit dieser Regelung ließen sich zwar nicht alle möglichen Nutzungsverhältnisse für Zweitwohnungsnutzungen erfassen. Wie gesehen kann eine Zweitwohnungsnutzung auch schlicht durch einen Mietvertrag begründet werden, der von dem hier beschriebenen Genehmigungsvorbehalt nicht erfasst würde. Hier ist jedoch zu konstatieren, dass eine lückenlose Regelung wohl kaum möglich ist. Unabhängig hiervon wäre die Umwandlung einer Dauerwohnung in eine zu Freizeit Zwecken genutzte Zweitwohnung auch als Nutzungsänderung im Sinne des § 172 Abs. 1 BauGB anzusehen und damit ein genehmigungspflichtiger Vorgang.

Schließlich wären gegebenenfalls spezifische Gründe aufzunehmen, aus denen heraus die Genehmigung für die Eintragung der entsprechenden Rechte erteilt werden kann oder zu erteilen ist.

Die weiteren Regelungen des § 22 BauGB wären, soweit benötigt, ebenfalls in § 172 BauGB zu überführen.

Eine Regelung des § 172 könnte gemäß der gemachten Vorschläge im Kern wie folgt aussehen:

(1) Die Gemeinde kann in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung Gebiete bezeichnen, in denen

(...)

4. zur Erhaltung der Struktur von Fremdenverkehrsgemeinden aus besonderen städtebaulichen Gründen (Absatz),

der Rückbau, die Änderung oder die Nutzungsänderung baulicher Anlagen der Genehmigung bedürfen. In den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 und 4 bedarf auch die Errichtung baulicher Anlagen der Genehmigung. (...) In Gebieten einer Satzung nach Satz 1 Nr. 4 können die Gemeinden bestimmen, dass die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 des Wohnungseigentumsgesetzes) der Genehmigung unterliegt. Dies gilt entsprechend für die in den §§ 30 und 31 des Wohnungseigentumsgesetzes bezeichneten Rechte sowie für *[Aufzählung: weitere im Grundbuch eintragungsbedürftige Rechte, die der Begründung von Zweitwohnungsnutzungen dienen]*.

(neu) In den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 4 und Satz *[Genehmigungsvorbehalt für die Teilung von Wohnungseigentum etc.]* darf die Genehmigung nur versagt werden, wenn die Struktur der Fremdenverkehrsgemeinde aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll. Die Struktur der Fremdenverkehrsgemeinde wird erhalten, wenn durch die Satzung ein ausgewoge-

nes Verhältnis zwischen Dauerwohnungen und Freizeitwohnnutzungen (Ferienwohnungen, Zweitwohnungen) erhalten oder hergestellt werden soll. Die Genehmigung ist zu erteilen [*Gründe*]. Die Genehmigung kann erteilt werden [*Gründe*].