VGH München, Beschluss v. 19.04.2023 – 9 ZB 22.1495

**Titel:**

## Nutzungsänderung einer Pizzeria in eine Pizzeria mit Lieferservice

**Normenketten:**

BauNVO § 1, § 4
BauNVO § 1, § 4 (idF bis zum 1.1.1964)
BauGB § 9, § 31 Abs. 2
BBauG § 9 Abs. 1 Nr. 9 lit. h (idF von 1960)
GaststättenG § 1 Abs. 1

**Leitsätze:**

**1. Eine Nutzungsänderung liegt vor, wenn die neue Nutzung aus Sicht der berührten öffentlich-rechtlichen Vorschriften eine andere Qualität als die bisherige Nutzung aufweist. Dies ist noch nicht bei jeder geänderten Anlagennutzung der Fall, da jede Nutzung eine gewisse Variationsbreite aufweist, sondern erst, wenn die Variationsbreite überschritten wird und für die geänderte Nutzung andere bauordnungs- oder bauplanungsrechtliche Anforderungen in Betracht kommen als für die bisherige Nutzung, so dass sich die Frage der Genehmigungsfähigkeit neu stellt. (Rn. 8) (redaktioneller Leitsatz)**
**2. Bei mehreren in Betracht kommenden Nutzungsarten ist für die Beurteilung des Vorhabens auf den Schwerpunkt der Nutzung abzustellen. Dabei ist das bestimmende Merkmal des Betriebs durch die Gesamtwürdigung aller Umstände zu ermitteln. (Rn. 10) (redaktioneller Leitsatz)**
**3. Je tiefer die Befreiung von Festsetzungen eines Bebauungsplans in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist. (Rn. 15) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Pizzeria mit Lieferservice, Schank- und Speisewirtschaft, Allgemeines Wohngebiet, Befreiung, Grundzüge der Planung., Grundzüge der Planung, Nutzungsänderung, Überschreitung der Variationsbreite, Schwerpunkt der Nutzung

**Vorinstanz:**

VG Ansbach, Urteil vom 12.05.2022 – AN 9 K 20.02573

**Fundstellen:**

GewA 2023, 351
LSK 2023, 8770

## Tenor

I. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt.

II. Die Klägerin hat die Kosten des Zulassungsverfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 20.000,00 € festgesetzt.

## Gründe

I.

1
Die Klägerin begehrt eine Baugenehmigung für die Nutzungsänderung einer Pizzeria in eine Pizzeria mit Lieferservice.

2
Das streitgegenständliche Vorhaben liegt im Bereich des qualifizierten Bebauungsplans Nr. 3736 der Beklagten, der bezüglich der Art der baulichen Nutzung folgende Regelung enthält: „Der Geltungsbereich ist ‚Allgemeines Wohngebiet' im Sinne des § 4 Baunutzungsverordnung (BauNVO). Die Ausnahmen nach § 4

Abs. 3 BauNVO werden nicht Bestandteil des Bebauungsplanes, unbeschadet der im Plan enthaltenen Festsetzung, wonach auf einem der Grundstücke eine Tankstelle allgemein zulässig ist.“ Im Planblatt zum Bebauungsplan Nr. 3736 ist zur Tankstellenfestsetzung festgehalten: „Festsetzung im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe h BBauG und § 1 Abs. 5 BauNutzVO (allgemein zulässig)“. Am konkreten Vorhabenstandort ist im Bebauungsplan „Laden“ festgesetzt. Für das streitgegenständliche Grundstück genehmigte die Beklagte mit Bescheid vom 16. Januar 1976 die Nutzungsänderung des ursprünglich vorhandenen Ladens in eine Gaststätte/Pizzeria. Am 25. Mai 2020 beantragte die Klägerin eine Baugenehmigung für die Nutzungsänderung in eine Pizzeria mit Lieferservice und zugleich eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB.

3
Die gegen den ablehnenden Bescheid der Beklagten erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 12. Mai 2022 abgewiesen. Mit ihrem Antrag auf Zulassung der Berufung verfolgt die Klägerin ihr Rechtschutzbegehren weiter. Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

4
Bezüglich der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf die Gerichtsakten sowie die vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

5
Der zulässige Antrag auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg. An der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bestehen keine ernstlichen Zweifel (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Außerdem weist die Rechtssache weder besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten auf (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) noch hat sie grundsätzliche Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).

6
1. Ob ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO), ist im Wesentlichen anhand dessen zu beurteilen, was die Klägerin innerhalb offener Frist dargelegt hat (§ 124 a Abs. 5 Satz 2 VwGO). Daraus ergeben sich solche Zweifel nicht. Die begehrte Nutzungsänderung ist baugenehmigungspflichtig aber nicht baugenehmigungsfähig. Die Voraussetzungen für eine Befreiung liegen nicht vor.

7
a) Das Vorbringen der Klägerin, die bereits vorgenommene Umwandlung der Pizzeria in eine Pizzeria mit Lieferservice stelle als lediglich geringfügige und zeitgemäße Anpassung an die heutigen und üblichen Verhältnisse keine Nutzungsänderung dar und bedürfe keiner Genehmigung, verhilft ihrem Zulassungsbegehren nicht zum Erfolg.

8
Eine Nutzungsänderung liegt vor, wenn die neue Nutzung aus Sicht der berührten öffentlich-rechtlichen Vorschriften eine andere Qualität als die bisherige Nutzung aufweist. Dies ist noch nicht bei jeder geänderten Anlagennutzung der Fall, da jede Nutzung eine gewisse Variationsbreite aufweist (BVerwG, U.v. 18.5.1990 – 4 C 49.89 – juris Rn. 37 – zum städtebaulichen Begriff), sondern erst, wenn die Variationsbreite überschritten wird und für die geänderte Nutzung andere bauordnungs- oder bauplanungsrechtlichen Anforderungen in Betracht kommen als für die bisherige Nutzung, so dass sich die Frage der Genehmigungsfähigkeit neu stellt (BayVGH, B.v. 28.2.2014 – 15 CS 13.1863 – BeckRS 2014, 49146 m.w.N.). Dabei liegt eine Überschreitung der Variationsbreite auch dann vor, wenn das bisher charakteristische Nutzungsspektrum durch die Änderung erweitert wird (BVerwG, U.v. 8.11.2010 – 4 C 10.09 – juris Rn. 12).

9
Hiervon ausgehend hat das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt, dass aufgrund der neuen Schwerpunktsetzung der bisherigen Gaststättentätigkeit hin zu einem verstärkten Lieferdienst geänderte Anforderungen an öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Tragen kommen als bisher, da mit einer anderen Lärmbelastung zu rechnen sei. Auch bestehe ein Aliud im Vergleich zur bisherigen Tätigkeit, so dass eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung vorliege (UA S. 10 f.). Sowohl die Verkleinerung des Gastraums als auch das für die Auslieferung von Speisen zur Verfügung stehende Personal sowie der auf Onlinebestellung und Lieferung von Speisen ausgerichtete Internetauftritt sprechen hier für eine neue

Schwerpunktsetzung. Auf das zusätzliche Argument einer fehlenden Vorlage der Gewerbeanmeldung und des Umsatzsteuerbescheides kommt es deshalb nicht an.

10
b) Der weitere Vortrag der Klägerin, das Vorhaben sei jedenfalls genehmigungsfähig, da es sich um eine Schank- und Speisewirtschaft gem. § 4 Abs. 2 BauNVO handele und damit im allgemeinen Wohngebiet grundsätzlich zulässig sei, führt ebenfalls nicht zum Erfolg. Unter diesen Nutzungstyp sind alle stehenden gewerblichen Betriebe einzuordnen, in denen Getränke und/oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden (vgl. § 1 Abs. 1 GaststättenG; VGH BW, U.v. 21.6.1994 – 5 S 1198/93 – juris Rn. 30). Bei mehreren in Betracht kommenden Nutzungsarten ist für die Beurteilung des Vorhabens auf den Schwerpunkt der Nutzung abzustellen. Dabei ist das bestimmende Merkmal des Betriebs durch die Gesamtwürdigung aller Umstände zu ermitteln (Hornmann in Spannowsky/Hornmann/Kämper, BeckOK BauNVO, Stand 15.1.2023, § 4 Rn. 62, 64). Insoweit hat das Verwaltungsgericht ausführlich und nachvollziehbar dargelegt, dass der Schwerpunkt des neuen Betriebs nicht in dem für die Schank- und Speisewirtschaft typischen Verzehr von Speisen vor Ort, sondern der Essensauslieferung liegt (UA S. 12) und dementsprechend eine Einordung als Schank- und Speisewirtschaft nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO verneint.

11
Soweit die Klägerin geltend macht, die streitgegenständliche Nutzung gehe nicht über die eines Ladens hinaus, überzeugt dies ebenfalls nicht. Läden im Sinne der Baunutzungsverordnung sind Räume, die nach dem herkömmlichen Sprachverständnis eine Beschränkung der Grundfläche aufweisen und in denen ein auf bestimmte Warengattungen beschränktes Warensortiment oder Dienstleistungen angeboten werden (OVG NW, U.v. 13.12.2017 – 7 A 880/16 – juris Rn. 42; U.v. 27.1.2016 – 7 A 1899/14 – juris Rn. 31; HessVGH, B.v. 19.9.2006 – 3 TG 2161/06 – juris Rn. 3). Nach dem oben beschriebenen, hauptsächlichen Betätigungsfeld handelt es sich vorliegend nicht um einen Laden in diesem Sinne, sondern schwerpunktmäßig um einen Lieferservice und damit um ein (sonstiges) Gewerbe. Da die beantragte Nutzungsart sonach weder eine Schank- und Speisewirtschaft noch einen Laden darstellt, kommt es auf die Frage einer möglichen Gebietsbezogenheit entgegen der Ansicht der Klägerin nicht an.

12
c) Schließlich hat das Verwaltungsgericht auch zu Recht festgestellt, dass für das Vorhaben keine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB zu erteilen ist, weil dadurch die Grundzüge der Planung berührt würden.

13
Entgegen der Annahme der Klägerin ist die planerische Festsetzung eines Allgemeinen Wohngebiets nicht schon deshalb unwirksam, weil die dort ausnahmsweise zugelassene Tankstellennutzung hierzu in Widerspruch steht. Diese Art der Nutzung war (gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 h BBauG in der Fassung vom 23.6.1960, BGBl. I S. 341) und ist (gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 5 BauNVO) in einem solchen Wohngebiet – ausnahmsweise – zulässig. Nichts anderes ergibt sich aus der in der Zulassungsbegründung zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (U.v. 7.9.2017 – 4 C 8.16 – juris Rn. 8), mit der das Vorliegen eines Allgemeinen Wohngebiets verneint wurde, weil die grundsätzlich in einem solchen Gebiet allgemein zulässigen Nutzungen gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BauNVO vollständig ausgeschlossen waren, sodass dessen allgemeine Zweckbestimmung nicht mehr gewahrt war. Diese Rechtsprechung ist ersichtlich auf den hier seitens der Beklagten vorgenommenen Ausschluss von ausnahmsweise zulässigen Nutzungen nach § 4 Abs. 3 BauNVO nicht übertragbar.

14
Im Übrigen ist – entgegen den Einwänden der Klägerin – die ausnahmsweise Zulassung der Tankstelle im Baugebiet durch § 9 Abs. 1 Nr. 9 h) BBauG (1960) gedeckt. Dieser bestimmt, dass der Bebauungsplan, soweit es erforderlich ist, (für) das Bauland festsetzt „Baugrundstücke für besondere bauliche Anlagen, die privatwirtschaftlichen Zwecken dienen und deren Lage durch zwingende städtebauliche Gründe, insbesondere solche des Verkehrs, bestimmt ist.“ Diese Regelung eröffnet die Möglichkeit, auch über den Nutzungscharakter der Grundstücke Bestimmungen zu treffen (vgl. BVerwG, U.v. 4.11.1966 – 4 C 36.65 – juris Rn. 29). Wesentlich ist insoweit die Standortfrage, da der insbesondere aus Gründen des Verkehrs ergebende Standort und die privatwirtschaftliche Nutzung in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis stehen. Hierfür ist eine eindeutig bestimmte Festlegung in Bezug auf den besonderen Nutzungszweck und die hierfür vorgesehene Fläche notwendig (vgl. hierzu BayVGH, U.v. 30.6.2016 – 2 N 15.713 – juris Rn. 22 zum

heutigen § 9 Abs. 1 Nr. 9 BauGB; VGH BW U.v. 22.9.2004 – 5 S 382/03 – juris Rn. 37). Eine Tankstelle erfordert einen besonderen Standort, der aufgrund des Verkehrs gerade an der im Bebauungsplan ausgewiesenen Stelle, einer stark befahrenen mehrspurigen Straße am Rande des Wohngebietes, bestimmt ist (vgl. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, BauGB Stand August 2022, § 9 Rn. 90).

15
Die Erteilung einer Befreiung für das streitgegenständliche Vorhaben berührt, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausführt, die Grundzüge der Planung (UA S. 15). Ob das der Fall ist, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Entscheidend ist, ob die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwiderläuft. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist (BVerwG, B.v. 5.3.1999 – 4 B 5.99 – juris Rn. 6; U.v. 9.6.1978 – 4 C 54.75 – juris Rn. 28). Zum grundlegenden Planungskonzept gehören die Festsetzungen nach § 1 Abs. 4 bis 9 BauNVO bzw. § 1 Abs. 4 und 5 BauNVO (in der Fassung vom 26.6.1962, BGBl. I S. 429) (vgl. OVG RhPf, U.v. 1.6.2011 – 8 A 10196/11 – juris Rn. 61; Söfker, a.a.O., § 31 Rn. 36 m.w.N.). Durch die Änderung an den für die jeweiligen Baugebiete in der Baunutzungsverordnung vorgesehenen Regelprogrammen zeigt der Satzungsgeber, dass es ihm aus stadtplanerischen Gründen wichtig ist, für die Zulässigkeit bzw. den Ausschluss bestimmter Nutzungen oder Anlagen im jeweiligen Baugebiet besondere Regelungen zu treffen. Ein Eingriff in diese bewusst getroffenen Entscheidungen des Plangebers kann daher nicht als bloße Randkorrektur der Baubehörde angesehen werden, so dass sich eine Befreiung von dem generellen Ausschluss der Ausnahmen nicht mit den planerischen Vorstellungen der Beklagten in Einklang bringen lassen (Söfker, a.a.O.). Hier hat die Beklagte in ihrem Bebauungsplan sämtliche Ausnahmen nach § 4 Abs. 3 BauNVO – unbeschadet der Tankstelle (dazu oben) – ausgeschlossen. Dies lässt erkennen, dass sie gerade sonstige Gewerbebetriebe wie das Unternehmen der Klägerin, das, wie ausgeführt, gerade kein Laden oder eine Schank- und Speisewirtschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO ist, ausschließen wollte.

16
2. Die Berufung ist auch nicht wegen besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) zuzulassen. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist der Sachverhalt geklärt und kann anhand der einschlägigen Rechtsvorschriften rechtlich beurteilt werden.

17
3. Die Rechtssache hat auch nicht die geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung erfordert, dass eine Rechts- oder Tatsachenfrage für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich, bislang höchstrichterlich oder obergerichtlich nicht geklärt und über den zu entscheidenden Einzelfall hinaus bedeutsam ist; die Frage muss ferner im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Fortentwicklung des Rechts einer berufungsgerichtlichen Klärung zugänglich sein und dieser Klärung auch bedürfen (stRspr, vgl. BVerwG, B.v. 22.1.2019 – 5 B 1.19 D – juris Rn. 2 m.w.N.; B.v. 25.8.2015 – 1 B 40.15 – BayVBl 2016, 104 Rn. 6 m.w.N.; BayVGH, B.v. 4.6.2018 – 14 ZB 17.390 – juris Rn. 14 m.w.N.). Um den auf grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gestützten Zulassungsantrag zu begründen, muss der Rechtsmittelführer fristgerecht (1.) eine konkrete Rechts- oder Tatsachenfrage formulieren, (2.) ausführen, weshalb diese Frage für den Rechtsstreit entscheidungserheblich ist, (3.) erläutern, weshalb die formulierte Frage klärungsbedürftig ist, und (4.) darlegen, weshalb der Frage eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt (vgl. BayVGH, B.v. 7.2.2017 – 14 ZB 16.1867 – juris Rn. 15 m.w.N.).

18
Daran fehlt es, weil die Klägerin lediglich folgende Fragen aufwirft, die zeigten, dass grundsätzlicher Klärungsbedarf bestehe:

19
„(1) Kann im Rahmen eines Befreiungsantrags davon ausgegangen werden, dass die Grundsätze der Planung berührt werden, wenn zwar generell die als Ausnahme zulässigen Vorhaben im Baugebiet im Plan ausgeschlossen sind, aber gerade ausgeschlossene Nutzung im Einzelfall wieder genehmigt wird?

20

(2) Kann die Frage, ob die Grundzüge der Planung berührt werden, abstrakt beurteilt werden oder ist hierzu nicht die konkrete (örtliche) Situation des Vorhabens und der konkreten Festsetzungen des Bebauungsplans mit zu berücksichtigen?

21
(3) Für den Fall, dass das Vorhaben der Klägerin als Schank- und Speisewirtschaft einzustufen ist, wie weit ist dann der Gebietsumkreis zu ziehen?

22
(4) Wenn das Vorhaben der Klägerin nicht als Schank- und Speisewirtschaft einzuordnen ist, welchen planungsrechtlichen Festsetzungen im Sinne der Baunutzungsverordnung, insbesondere im Sinne von § 4 BauNVO, unterfällt dann der Betrieb einer Speisenversorgung mit festem Standort, des möglichen Verzehrs vor Ort verbunden mit einem umfangreichen Lieferservice?“

23
Mit der bloßen Formulierung dieser Fragen ist eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht dargelegt. Es erschließt sich nicht, inwieweit die Fragen klärungsbedürftig, entscheidungserheblich oder aber losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beantworten sein sollten.

24
Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

25
Die Festsetzung des Streitwerts für das Zulassungsverfahren ergibt sich aus § 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 52 Abs. 1 GKG und entspricht der Festsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die keine Einwendungen erhoben wurden.

26
Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO). Mit der Ablehnung des Antrags auf Zulassung der Berufung wird das angefochtene Urteil rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).