

---

**Datum:** 20.08.2021  
**Gericht:** Verwaltungsgericht Gelsenkirchen  
**Spruchkörper:** 6. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 K 4883/18  
**ECLI:** ECLI:DE:VGGE:2021:0820.6K4883.18.00

---

**Schlagworte:** gestalterische Festsetzung, Bebauungsplan, Funktionslosigkeit, Abweichung  
**Normen:** § 86 BauO NRW 2000; § 73 BauO NRW 2000

---

**Tenor:**

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

**Tatbestand:**

1

Der Kläger ist Eigentümer des mit einem „energetischen Zweifamilienhaus“ bebauten Grundstücks B.---weg 1/3 in H. (H1. C. , G1. , G3. ). Ferner stehen auf dem Grundstück eine Doppelgarage und ein Carport auf. Die Baulichkeiten wurden auf Grundlage der Baugenehmigung vom 20. Dezember 2012 errichtet. Später errichtete der Kläger als Ersatz für einen durch einen Unfall beschädigten Metallgitterzaun entlang seiner gesamten vorderen, südlichen Grundstücksgrenze und entlang seiner östlichen Grundstücksgrenze auf einer Länge von etwa 7 m eine Sichtschutz-Zaunanlage, deren nachträgliche Genehmigung der Kläger mit der vorliegenden Klage begehrt.

2

3

Wegen der weiteren Einzelheiten der vorhandenen Bebauung wird auf den nachfolgenden Kartenausschnitt Bezug genommen:

An dieser Stelle befindet sich in der Originalentscheidung eine Skizze. 4

Das klägerische Grundstück liegt innerhalb des Geltungsbereichs des Bebauungsplans Nr. L. X. „B1. I. C1.“ der Beklagten vom 16. November 2007, der vier Baugebiete (WA 1 bis WA 4) festsetzt, zwischen denen großzügige öffentliche Grünflächen festgesetzt sind. Des Weiteren enthält der Bebauungsplan mittels Baugrenzen Festsetzungen zur überbaubaren Grundstücksfläche. Im hier interessierenden Bereich (westlicher Bereich von WA 1) setzt er für das klägerische Grundstück sowie das westlich angrenzende Nachbargrundstück ein Baufenster fest, bei dem die Baugrenzen im Bereich des klägerischen Grundstücks 3 m von der südlich gelegenen öffentlichen Verkehrsfläche zurückspringen. 5

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Plankarte des Bebauungsplans Nr. L. X. „B1. I. C1.“ Bezug genommen: 6

An dieser Stelle befindet sich in der Originalentscheidung eine Skizze. 7

Darüber hinaus enthält der Bebauungsplan textliche Festsetzungen nach § 9 Baugesetzbuch (BauGB) in Verbindung mit der Baunutzungsverordnung und gestalterische Festsetzungen nach § 9 Abs. 4 BauGB in Verbindung mit § 86 Bauordnung (BauO) NRW 2000. Die hier interessierenden Festsetzungen zu Nebenanlagen und Einfriedungen lauten wie folgt: 8

A) Planungsrechtliche Festsetzungen gemäß § 9 BauGB i.V.m. BauNVO: 9

5 Nebenanlagen 10

5.1 11

Auf den nicht überbaubaren Grundstücksflächen der „Allgemeinen Wohngebiete WA 1 bis WA 4“ sind Nebenanlagen gemäß § 14 Abs. 1 BauNVO nicht zulässig. Ausgenommen sind Nebenanlagen, wenn sie auf den rückwärtigen, den Erschließungsstraßen abgewandten Grundstücksflächen als Anbauten an Garagen errichtet werden. 12

5.2. 13

In den Vorgartenbereichen sind Nebenanlagen - mit Ausnahme von Einhausungen für Abfallbehälter - nicht zulässig. Die maximal zulässige Gesamthöhe der Einhausungen für Abfallbehälter darf 1,80 m über der Geländehöhe nicht überschreiten. Als Vorgarten gilt die Grundstücksfläche, die zwischen der öffentlichen Verkehrsfläche und der Gebäudefront sowie deren seitlicher Verlängerung bis zur seitlichen Grundstücksgrenze liegt (§ 14 Abs. 1 BauNVO). Dies gilt sinngemäß auch für die Nordgärten entlang der W.-----straße . 14

B) Festsetzungen zur Gestaltung - Örtliche Bauvorschriften gemäß § 9 Abs. 4 BauGB i.V.m. § 86 BNauO NRW 15

6 Einfriedungen und Begrünungen 16

6.1. 17

Im Bereich der Vorgärten sind Einfriedungen nur in Form von standortheimischen Hecken oder in Form von Metallgitterzäunen in Verbindung mit standortheimischen Hecken bis max. 18

1,80 m zulässig ... Als Vorgarten gilt die Grundstücksfläche, die zwischen der öffentlichen Verkehrsfläche oder der privaten Erschließungsstraße und der Gebäudefront sowie deren seitlicher Verlängerung bis zur seitlichen Grundstücksgrenze liegt.

6.2. 19

Entlang der öffentlichen Straßen, des öffentlichen Fuß- und Radweges, der öffentlichen Grünflächen sind Einfriedungen nur in Form von Hecken oder in Form von Metallgitterzäunen in Verbindung mit standortheimischen Hecken bis max. 1,80 m zulässig. Im Bereich der rückwärtigen ... Gärten können auch Einfriedungen mit Metallgitterzäunen ohne Hecken zugelassen werden. 20

7. Untergeordnete Nebenanlagen 21

Das offene Abstellen von Abfallbehältern ist unzulässig. ... Bei einer Unterbringung außerhalb von Garagen und Carports müssen Abfallbehälter durch Hecken, dauerhaft begrünte Rankgerüste, Einhausungen oder Mauerscheiben der Einsicht entzogen werden. 22

Die auf dem Grundstück des Klägers aufstehende Sichtschutz-Zaunanlage besteht aus ca. 2 m hohen undurchsichtigen Metallelementen, die an Pfosten angebracht sind. Eingelassen in diese Zaunanlage sind ein größeres Schiebetor sowie eine Tür. Die Pfosten ragen etwa 7 cm über die Oberkante der Metallelemente hinaus. Das Grundstück des Klägers weist am B.---weg ein leichtes Ost-West-Gefälle auf. Die Elemente sind in Ausgleich des Gefälles auf dem B.---weg abgetreppst installiert, wobei jeweils mehrere Zaunelemente einen durchgängigen waagerechten oberen Abschluss aufweisen. Einige der Zaunelemente sind daher mit Abstand zur Geländeoberfläche angebracht. 23

B1. 26. Juni 2018 beantragte der Kläger bei der Beklagten eine Baugenehmigung zur nachträglichen Legalisierung dieser vorbeschriebenen neuen Sichtschutz-Zaunanlage. Zur Begründung führte er aus, sein energieeffizientes Wohnhaus sei mit großen transparenten Außenwandöffnungen nach Süden Richtung B.---weg ausgerichtet. Damals sei der B.---weg noch keine Durchgangsstraße gewesen. Das habe sich zwischenzeitlich geändert, sodass nunmehr Passanten, Rad- und Autofahrer anhielten, um sich über die Ausführung eines Energiegebäudes zu informieren, teilweise sogar auf seinem Grundstück. Da die große notwendige Glasfassade uneingeschränkt einsichtig sei und sich dahinter der vorrangige Aufenthaltsraum befinde, sei ein geschlossener Sichtschutz dringend erforderlich. 24

Mit Bescheid vom 28. August 2018 lehnte die Beklagte die Erteilung der Baugenehmigung ab und führte zur Begründung aus, die beantragte Einfriedung widerspreche den textlichen Festsetzungen des Bebauungsplanes. Danach seien Einfriedungen im Bereich von Vorgärten und entlang der öffentlichen Straße nur in Form von standortheimischen Hecken oder Metallgitterzäunen in Verbindung mit standortheimischen Hecken in einer Höhe von max. 1,80 m zulässig. Außerdem seien in den Vorgartenbereichen Nebenanlagen, mit Ausnahme von Einhausungen für Abfallbehälter mit einer max. Höhe von 1,80 m, nicht zulässig. Gründe für eine Befreiung von diesen Festsetzungen nach § 31 Abs. 2 BauGB lägen nicht vor. 25

Dagegen hat der Kläger am 21. September 2018 die vorliegende Klage erhoben und zur Begründung geltend gemacht, er habe einen Anspruch auf Erteilung einer nachträglichen Baugenehmigung. Die Sichtschutz-Zaunanlage sei materiell rechtmäßig, weshalb der Ablehnungsbescheid vom 28. August 2018 aufzuheben sei. Als untergeordnete Nebenanlage sei die Einfriedung nach § 14 Abs. 1 BauNVO in einem allgemeinen Wohngebiet grundsätzlich zulässig. Zäune seien typische, der Wohnnutzung untergeordnete 26

Nebenanlagen. Die streitgegenständliche Nebenanlage ordne sich auch funktional und räumlich-gegenständlich der Hauptnutzung unter. Ein Widerspruch gegen die Eigenart des konkreten Wohngebietes sei vorliegend ebenfalls nicht gegeben. In der näheren Umgebung befänden sich zahlreiche umzäunte Grundstücke. Die Einfriedungen seien teilweise bis zu 2,30 m hoch und bestünden aus verschiedenen Materialien. Man finde Stabgitterzäune mit Plastik, Zäune aus Beton, Holz, WPC und Gabionen mit Steinen vor. Hecken seien sogar zum Teil bis zu 4 m hoch.

Die Festsetzungen des Bebauungsplanes Nr. könnten dem Vorhaben nicht entgegen gehalten werden, sie seien funktionslos. Das gelte zunächst für die planerische textliche Festsetzung 5.1, wonach Nebenanlagen, mit Ausnahme von Einhausungen für Abfallbehälter, auf den nicht überbaubaren Grundstücksflächen nicht zulässig seien. In der näheren Umgebung seien zahlreiche Nebenanlagen wie Gartenhäuser, Terrassen, Zäune und sonstige Einfriedungen, auf den nicht überbaubaren Grundstücksflächen vorhanden und zum Teil auch genehmigt. Der gestalterischen Festsetzung 6.1, wonach Einfriedungen in Vorgärten nur in Form von standortheimischen Hecken oder in Form von Metallgitterzäunen in Verbindung mit standortheimischen Hecken bis zu einer Höhe von max. 1,80 m zulässig seien, fehle es schon an der Planrechtfertigung, da Nebenanlagen bereits nach der planerischen Festsetzung grundsätzlich unzulässig seien. Andernfalls sei auch diese Festsetzung funktionslos, da im Plangebiet zahlreiche abweichende Einfriedungen vorhanden seien, teilweise auch höher als 1,80 m. 27

Sofern man die Festsetzungen als wirksam erachte, habe er einen Anspruch auf Befreiung. Die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB lägen vor. Die Grundzüge der Planung seien nicht berührt. Ziel der Planung sei es offenbar gewesen, eine einheitliche Gestaltung des Wohngebietes zu erreichen und eine „Einbunkerung“ zu vermeiden. Die Sichtschutz-Zaunanlage überschreite die Höhenbegrenzung nur geringfügig, von „einbunkern“ könne keine Rede sein. Ein weiteres Indiz sei, dass sich die Sichtschutz-Zaunanlage auch in die nähere Umgebung einfüge. 28

Das Vorhaben sei nach der Bauordnung NRW 2000 zu beurteilen, da bereits im Juni 2018 vollständige Bauvorlagen eingereicht gewesen seien. 29

Der Kläger beantragt, 30

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 28. August 2018 zu verpflichten, ihm eine Baugenehmigung gemäß seinem Antrag vom 22. Juni 2018 zu erteilen. 31

Die Beklagte beantragt, 32

die Klage abzuweisen. 33

Sie verweist zur Begründung auf ihre Ausführungen in dem ablehnenden Bescheid und macht ergänzend geltend, der Ausschluss von Nebenanlagen in der textlichen Festsetzung 5.1. habe auf Anlagen wie Grillplätze, Saunen, Gebäude zur Ausübung eines Hobbys, der Kleintierhaltung oder sportlicher Zwecke gezielt, nicht aber auf Einfriedungen, auch wenn diese nicht wie Einhausungen für Abfallbehälter ausgenommen worden seien. Dem Satzungsgeber sei durchaus bewusst gewesen, dass die Wohngrundstücke des Gebietes hätten eingefriedet werden sollen und müssen. Diese Planvorstellung ergebe sich auch deutlich aus den umfangreichen Regelungen zur Gestaltung der Einfriedungen in dem Bereich. Man habe Kompromisse finden müssen zwischen dem Bedürfnis der Eigentümer, ihr Grundstück abzuschirmen, und dem öffentlichen Interesse an einem zu den Verkehrsanlagen 34

hin städtebaulich ansprechenden Erscheinungsbild, das mit dem Wechsel von Baukörpern und begrünten Einfriedungen der Vorgärten ein abwechslungsreiches Bild bietet. Ferner sei das Ziel verfolgt worden, auf den Straßen das Gefühl einer gewissen sozialen Kontrolle zu erzeugen und keine Angsträume durch beidseits der Straße aufstehende intransparente Einfriedungen entstehen zu lassen. Deshalb habe man Metallgitterzäune bis zu einer Höhe von 1,8 m festgesetzt.

In der Vergangenheit habe es einige Vorgänge im Zusammenhang mit Einfriedungen in den Baugebieten gegeben. Es habe eine Befreiung von den textlichen Festsetzungen für die Errichtung einer Gabione zu einer Grünfläche hin gegeben. Ferner sei für das Grundstück C2.-----ring eine Genehmigung zur Errichtung einer Gabione erteilt worden, die allerdings einen Stellplatz abtrenne und daher keine Einfriedung sei. Weitere Befreiungen seien nicht erteilt worden. 35

Soweit sich an diversen Stellen im Plangebiet satzungskonforme Einfriedungen befänden, die aber nachträglich mit Kunststoffelementen durchflochten worden seien, werde man dagegen ordnungsbehördlich einschreiten. 36

Die Berichterstatterin hat am 14. August 2020 einen Ortstermin durchgeführt. Wegen des Ergebnisses wird auf das Terminprotokoll vom selben Tage verwiesen. 37

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die vorliegende Gerichtsakte sowie die von der Beklagten übersandten Verwaltungsvorgänge Bezug genommen. 38

**Entscheidungsgründe:** 39

Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 28. August 2018 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 VwGO). Der Kläger hat keinen Anspruch auf die nachträgliche Erteilung der begehrten Baugenehmigung für die bereits errichtete Sichtschutz-Zaunanlage. 40

Ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung besteht gemäß § 75 Abs. 1 Bauordnung (BauO) NRW 2000, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Auf den vorliegenden Bauantrag ist noch die Bauordnung NRW 2000 anwendbar, da der Bauantrag zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bauordnung NRW 2018 bereits unter Vorlage vollständiger Bauvorlagen ohne erhebliche Mängel gestellt war (§ 90 Abs. 4 BauO NRW). 41

Vorliegend stehen dem zur Genehmigung gestellten Vorhaben bauordnungsrechtliche Vorschriften entgegen. 42

1. 43

Die Sichtschutz-Zaunanlage verstößt gegen das Abstandsflächenrecht. Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW 2000 müssen vor den Außenwänden von Gebäuden Abstandsflächen freigehalten werden, die nach Abs. 2 Satz 1 auf dem Baugrundstück selbst liegen müssen. Nach § 6 Abs. 10 Nr. 1 BauO NRW 2000 gilt das entsprechend für Anlagen, die höher als 2 m über der Geländeoberfläche liegen, zwar keine Gebäude sind, von denen aber Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen. Dass von einem in sich geschlossenen Metallzaun Wirkungen wie von einem Gebäude ausgehen, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Ausführungen. Die streitgegenständliche Sichtschutz-Zaunanlage weist auch eine Höhe von mehr als 2 m auf. Unterer Bezugspunkt der Berechnung ist dabei das Geländeniveau auf 44

dem Baugrundstück. Ausweislich der eingereichten Zeichnungen, insbesondere der Schnittzeichnung, weisen die Metallelemente zwischen den Pfosten bereits eine Höhe zwischen 1,95 m und 2,03 m auf. Die Posten, an denen sie montiert sind, sind nochmals 7 cm höher. Da die Metallelemente zum Teil nicht direkt auf dem vorhandenen Gelände aufsetzen, sondern zur Schaffung eines waagerechten oberen Abschlusses, insbesondere im südlichen Bereich, mit einiger „Luft“ zur Geländeoberfläche installiert wurden, weisen bereits die Metallelemente zwischen den Pfosten stellenweise eine Höhe von mehr als 2 m auf, sodass die Sichtschutz-Zaunanlage Abstandsflächen wirft. Ob die gesamte Sichtschutzzaunanlage oder nur Teilbereiche von ihr höher als 2 m sind, kann dahinstehen, da das Gesetz hier nicht von „im Mittel“ sondern von einer absoluten Höhe spricht. Soweit die Abstandsflächen auf die öffentliche Verkehrsfläche fallen, ist das nicht zu beanstanden, da öffentliche Verkehrsflächen bis zu deren Mitte für Abstandsflächen in Anspruch genommen werden dürfen, § 6 Abs. 2 Satz 2 BauO NRW 2000. Anders verhält es sich jedoch entlang der östlichen Grundstücksgrenze. Diese Abstandsfläche fällt zum Teil auf das O. . Selbst wenn man die Zaunanlage im Bereich der Ecke des klägerischen Grundstücks gedanklich in zwei Sichtschutz-Zaunanlagen aufspaltete, wäre auch der östliche Bereich bei isolierter Betrachtung in Teilbereichen höher als 2 m und wirft damit eine Abstandsfläche von 3 m. Ausweislich der Ostansichtszeichnung soll die Zaunanlage in diesem Bereich aus drei Zaunelementen mit einem durchgängigen waagerechten oberen Abschluss bestehen. Das Gelände steigt in diesem Bereich zwar Richtung Norden an, sodass wegen des waagerechten oberen Abschlusses das südlichste Metallelement wieder mit Abstand zum Gelände errichtet und das nördlichste Metallelement im Bereich des Nachbargrundstücks offenbar „eingegraben“ oder gekürzt werden soll. Die Zaunanlage kann jedoch nicht abstandsflächenrechtlich in einzelne Elemente zwischen den Pfosten aufgespalten werden.

2. 45

Dem Vorhaben steht ferner die gestalterische textliche Festsetzung Nr. 6.1 des Bebauungsplans Nr. L. X. „B1. I. C1.“ der Beklagten vom 16. November 2007 entgegen. Diese gestalterische Festsetzung ist nicht - wie der Kläger meint - wegen eines Widerspruchs zu den sich mit Nebenanlagen befassenden bauplanerischen textlichen Festsetzungen Nrn. 5.1 und 5.2 unwirksam (dazu a). Die gestalterische textliche Festsetzung Nr. 6.1 ist auch nicht funktionslos geworden (dazu b) und der Kläger hat keinen Anspruch auf Abweichung von dieser gestalterischen Festsetzung (dazu c). 46

Die vom Kläger errichtete, massive und geschlossene, über 20 m lange Metallwand - überwiegend - entlang der Grundstücksgrenze zu der vor dem Haus verlaufenden öffentlichen Verkehrsfläche ist als Einfriedung zu betrachten und widerspricht erkennbar der gestalterischen textlichen Festsetzung Nr. 6.1, wonach im Bereich der Vorgärten Einfriedungen nur in Form von standortheimischen Hecken oder in Form von Metallgitterzäunen in Verbindung mit standortheimischen Hecken bis max. 1,80 m zulässig sind. 47

a) 48

Die gestalterische textliche Festsetzung Nr. 6.1 ist wirksam. Sie ist insbesondere nicht wegen eines Widerspruchs zu den bauplanerischen textlichen Festsetzungen Nrn. 5.1 und 5.2 nichtig, wonach auf den nicht überbaubaren Grundstücksflächen - mit wenigen hier nicht interessierenden Ausnahmen - und im näher definierten Vorgartenbereich Nebenanlagen gemäß § 14 Baunutzungsverordnung (BauNVO) nicht zulässig sind. Dabei geht die Kammer davon aus, dass es sich bei der Sichtschutz-Zaunanlage trotz ihrer erheblichen Dimensionen noch um eine untergeordnete Nebenanlage i.S.v. § 14 Abs. 1 BauNVO 1990 handelt. 49

Nebenanlagen i.S.v. § 14 BauNVO sind solche, die nicht nur in ihrer Funktion, sondern auch räumlich-gegenständlich (optisch) dem primären Nutzungszweck der in dem Baugebiet gelegenen Grundstücke sowie der diesem Nutzungszweck entsprechenden Bebauung (wie Zubehör) dienend zu- und untergeordnet sind.

Vgl. Oberverwaltungsgericht (OVG) NRW, Beschluss vom 18. Dezember 2017 - 2 B 1369/17 50  
- mit weiteren Nachweisen, juris.

Die bauplanerischen textlichen Festsetzungen Nrn. 5.1 und 5.2 des für Vorhaben auf dem klägerischen Grundstück anwendbaren Bebauungsplans Nr. erfassen, aber trotz der Verwendung des Begriffs „Nebenanlagen“ im Text keine Einfriedungen. Der scheinbare Widerspruch zwischen den bauplanungsrechtlichen textlichen Festsetzungen Nrn. 5.1 und 5.2 und der gestalterischen textlichen Festsetzung Nr. 6.1 belegt, dass der Plangeber bei der Aufstellung des Bebauungsplans Nr. offenbar eine unzutreffende Vorstellung davon hatte, welche baulichen Anlagen als untergeordnete Nebenanlagen i.S.v. § 14 Abs. 1 BauNVO 1990 zu qualifizieren sind. Einfriedungen gehörten nach der - unzutreffenden - Vorstellung des Plangebers erkennbar nicht zu den Nebenanlagen in diesem Sinne, andernfalls er die sich mit Einfriedungen durch Zäune befassende gestalterische Festsetzung Nr. 6.1 nicht getroffen hätte. Entgegen der Auffassung des Klägers führt dieser Widerspruch im Wortlaut nicht zur Unwirksamkeit der seinem Vorhaben entgegenstehenden gestalterischen textlichen Festsetzung Nr. 6.1. Der auch in §§ 214 ff BauGB zum Ausdruck kommende Gedanke der Planerhaltung gebietet, bei sich scheinbar widersprechenden Regelungen zunächst festzustellen, ob beide Regelungen bei sinnhafter Auslegung nebeneinander Bestand haben können. Erst wenn sich eine planerhaltende Auslegung als nicht möglich erweist, steht die Frage der Nichtigkeit einzelner Festsetzungen des Planes oder unter Umständen des gesamten Bebauungsplanes im Raume. Das ist vorliegend nicht der Fall. Der Begriff der Nebenanlagen, selbst unter Bezugnahme auf § 14 Abs. 1 BauNVO 1990, in den bauplanerischen textlichen Festsetzungen Nr. 5.1 und Nr. 5.2 ist auslegungsfähig. Bei einer Zusammenschau mit der gestalterischen Festsetzung Nr. 6.1 und unter Berücksichtigung des unzutreffenden Verständnisses des Plangebers ist der Begriff „Nebenanlagen“ in den bauplanerischen Festsetzungen Nrn. 5.1 und 5.2 nach systematischer und teleologischer Auslegung einschränkend dahingehend zu verstehen, dass Einfriedungen von den planerischen Festsetzungen Nrn. 5.1 und 5.2 nicht erfasst werden, also auf den nicht überbaubaren Grundstücksflächen und den Vorgartenbereichen grundsätzlich zulässig sind. Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch erkennbar dem Willen des Plangebers. So verstanden stehen der beantragten Sichtschutz-Zaunanlage daher nicht die bauplanerischen Festsetzungen Nrn. 5.1 und 5.2 entgegen, sondern allein die gestalterische textliche Festsetzung Nr. 6.1. 51

b) 52

Die gestalterische Festsetzung Nr. 6.1 ist auch nicht zwischenzeitlich funktionslos geworden. Die auf landesrechtlicher Grundlage erlassene gestalterische Festsetzung ist gem. § 9 Abs. 4 BauGB eine Festsetzung des Bebauungsplans, § 86 Abs. 4 BauO NRW 2000. Festsetzungen eines Bebauungsplanes treten wegen Funktionslosigkeit außer Kraft, wenn und soweit die Verhältnisse, auf die sie sich beziehen, in der tatsächlichen Entwicklung einen Stand erreicht haben, der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit ausschließt, und wenn diese Tatsache so offensichtlich ist, dass ein in ihre Fortgeltung gesetztes Vertrauen keinen Schutz verdient. 53

Vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 3. Dezember 1998 - 4 CN 3.97 -, BVerwGE 108, 71 ff., und Beschluss vom 9. Oktober 2003 ? 4 B 85.03 -, BauR 2004, 1128; 54

OVG NRW, Beschluss vom 2. April 2008 - 7 B 251/08 -, juris; VG H. , Urteil vom 28. September 2018 – 6 K 6971/16-, juris.

Bloße Zweifel an der Verwirklichungsfähigkeit des Plans reichen dafür indes nicht aus. Ein Bebauungsplan tritt wegen nachträglicher Funktionslosigkeit nur dann außer Kraft, wenn offenkundig ist, dass er als Instrument für die Steuerung der städtebaulichen Entwicklung nicht mehr taugt. 55

Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. November 2004 - 4 CN 11.03 -, BVerwGE 122, 207; OVG NRW, Urteil vom 25. Januar 2013 - 10 A 2260/10 -, juris. 56

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist für jede Festsetzung gesondert zu prüfen. Dabei kommt es nicht auf die Verhältnisse einzelner Grundstücke an, sondern entscheidend ist, ob die jeweilige Festsetzung geeignet ist, zur städtebaulichen Ordnung im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB im Geltungsbereich des Bebauungsplans einen wirksamen Beitrag zu leisten. Die Planungskonzeption, die einer Festsetzung zugrunde liegt, wird nicht schon dann sinnlos, wenn sie nicht mehr überall im Plangebiet umgesetzt werden kann. Erst wenn die tatsächlichen Verhältnisse vom Planinhalt so massiv und so offenkundig abweichen, dass der Bebauungsplan insoweit eine städtebauliche Gestaltungsfunktion gar nicht mehr zu erfüllen vermag, kann eine Funktionslosigkeit angenommen werden. Das setzt voraus, dass die Festsetzung unabhängig davon, ob sie punktuell durchsetzbar ist, bei einer Gesamtbetrachtung die Fähigkeit verloren hat, die städtebauliche Entwicklung noch in eine bestimmte Richtung zu steuern. 57

Vgl. BVerwG, Urteile vom 3. Dezember 1998 - 4 CN 3.97 -, und vom 28. April 2004 - 4 C 10.03 -; OVG NRW, Beschluss vom 2. April 2008 - 7 B 251/08 -, jeweils juris. 58

Diese Maßstäbe für bauleitplanerische Festsetzungen sind im Grundsatz auch auf das Außerkräfttreten gestalterischer, auf landesrechtlicher Grundlage beruhender Festsetzungen eines Bebauungsplanes zu übertragen. Auch solche gelten nur solange fort, wie auch die diesen Festsetzungen zugrunde liegende planerische Konzeption noch zu verwirklichen ist. Unterscheiden können sich allerdings, wie auch innerhalb des Spektrums rein planungsrechtlicher Festsetzungen, je nach Charakter der betroffenen Festsetzungen das Maß, die Dimension und die Qualität der Abweichung vom Planinhalt, die ausreicht, um die Festsetzungen funktionslos zu machen. Mit dieser Maßgabe ist auch im Bereich gestalterischer Planfestsetzungen eine Funktionslosigkeit erst dann anzunehmen, wenn die tatsächlichen Abweichungen von den Festsetzungen ein Maß erreicht haben, das die nach dem Plan vorausgesetzte Steuerungsfunktion der Festsetzungen auf unabsehbare Zeit ausschließt, und wenn diese Tatsache so offensichtlich ist, dass ein in die Fortgeltung der Festsetzungen gesetztes Vertrauen keinen Schutz (mehr) verdient. 59

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 25. August 1999 - 7 A 4459/96 -, juris. 60

Bei Berücksichtigung dieser Grundsätze lässt sich eine Funktionslosigkeit der gestalterischen Festsetzung Nr. 6.1. des Bebauungsplans im „Allgemeinen Wohngebietes WA 1“ nicht feststellen. In den Blick zu nehmen sind insoweit nicht alle vier, durch großzügige Grünfestsetzungen voneinander getrennten „Allgemeinen Wohngebiete WA 1 bis WA 4“, sondern - auch wegen des bereits erwähnten Prinzips der Planerhaltung - nur das Gebiet WA 1, in dem sich das klägerische Grundstück befindet. Damit scheidet die Mehrzahl der vom Kläger bei dem Ortstermin in den Fokus gestellten Einfriedungen in den Bereichen der „Allgemeinen Wohngebiete WA 2 bis WA 4“ zum Beleg einer etwaigen Funktionslosigkeit der gestalterischen Festsetzung aus. Eine mögliche Funktionslosigkeit der gestalterischen 61

textlichen Festsetzungen in einem anderen „Allgemeinen Wohngebiet“ - für deren Annahme im Übrigen auch angesichts des angekündigten ordnungsbehördlichen Einschreitens der Beklagten nichts spricht - zöge bei der vorliegenden Plankonzeption nicht die Funktionslosigkeit der Festsetzung für das durch Grünflächen davon getrennte „Allgemeine Wohngebiet WA 1“ nach sich. Hinsichtlich des „Allgemeinen Wohngebietes WA 1“ wird nach den Feststellungen im Ortstermin nur auf sehr vereinzelt Grundstücken die textliche gestalterische Festsetzung Nr. 6.1 nicht eingehalten. Dabei handelt es sich zumeist um Einfriedungen aus Metallgitterzäunen, die entweder etwas zu hoch oder unbepflanzt sind. Auf den meisten Grundstücken in dem aus etwa 40 bebauten Grundstücken bestehenden „Allgemeinen Wohngebiet WA 1“ hingegen befinden sich gar keine Einfriedungen im Vorgartenbereich, sodass die gestalterische Festsetzung Nr. 6.1 insoweit ihre städtebauliche Gestaltungsfunktion zweifelsohne noch zu erfüllen vermag.

c) 62

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erteilung einer Abweichung nach § 73 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW 2000 von der gestalterischen Festsetzung Nr. 6.1 für seine in Gestaltung und Höhe abweichende Sichtschutz-Zaunanlage. Die auf landesrechtlicher Grundlage erlassene gestalterische Festsetzung des Bebauungsplans Nr. ist zwar gem. § 9 Abs. 4 BauGB eine Festsetzung des Bebauungsplans, § § 86 Abs. 4 BauO NRW 2000. Sie hat dadurch ihren Rechtscharakter als eine auf landesrechtlicher Grundlage erlassene Gestaltungsvorschrift jedoch nicht verloren. Als solche unterliegt sie nicht der im Ermessen der Baugenehmigungsbehörde stehenden Befreiungsmöglichkeit nach § 31 Abs. 2 BauGB, sondern der Regelung über die Abweichungszulassung nach § 73 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW 2000. 63

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 25. August 1999 - 7 A 4459/96 -, juris; anders jetzt wohl § 89 Abs. 2 Satz 2 BauO NRW 2018. 64

Auch § 73 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW 2000 räumt der Behörde Ermessen ein. Danach kann die Genehmigungsbehörde Abweichungen von bauaufsichtlichen Anforderungen der Bauordnung und aufgrund der Bauordnung erlassener Vorschriften zulassen, wenn sie unter Berücksichtigung des Zwecks der jeweiligen Anforderungen und unter Würdigung der nachbarlichen Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar sind. Vorliegend ist bereits der Tatbestand der Regelung nicht erfüllt. Eine Abweichung von der gestalterischen Festsetzung Nr. 6.1 für die von deren Vorgaben in Höhe und Ausgestaltung massiv abweichende geschlossene klägerische Sichtschutz-Zaunanlage wäre mit dem Zweck der gestalterischen Festsetzung nicht vereinbar. Der Zweck der gestalterischen Festsetzung ergibt sich insbesondere aus ihrer Zusammenschau mit den festgesetzten Baufenstern und den textlichen bauplanungsrechtlichen Festsetzungen Nrn. 5.1 und 5.2. Darin kommt deutlich der Wille des Plangebers zum Ausdruck, einen Gartenstadtcharakter mit viel Grün, auch entlang der öffentlichen Verkehrsflächen zu schaffen. Damit korrespondierend sind nach der gestalterischen Festsetzung Nr. 6.1 auch nur „grüne“ Einfriedungen zulässig, entweder in Form von standortheimischen Hecken oder Metallgitterzäunen in Verbindung mit standortheimischen Hecken. 65

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. 66

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 der Zivilprozessordnung. 67

**Rechtsmittelbelehrung:** 68

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zu, wenn sie von diesem zugelassen wird. Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn	69
1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,	70
2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,	71
3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,	72
4. das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder	73
5. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.	74
Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils schriftlich oder als elektronisches Dokument, letzteres nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV), bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen, zu beantragen. Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, schriftlich oder als elektronisches Dokument, letzteres nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV, einzureichen.	75
Im Berufungsverfahren muss sich jeder Beteiligte durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt auch für den Antrag auf Zulassung der Berufung. Der Kreis der als Prozessbevollmächtigte zugelassenen Personen und Organisationen bestimmt sich nach § 67 Abs. 4 VwGO.	76
<b><u>B e s c h l u s s :</u></b>	77
Der Streitwert wird auf 5.000,- Euro festgesetzt.	78
<b><u>G r ü n d e:</u></b>	79
Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 1 GKG und orientiert sich angemessen an dem Interesse des Klägers an der begehrten Erteilung der Baugenehmigung.	80
<b><u>Rechtsmittelbelehrung:</u></b>	81
Gegen diesen Beschluss findet innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, Beschwerde statt, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.	82
Die Beschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder als elektronisches Dokument, letzteres nach Maßgabe des § 55a der	83

Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV), beim Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen einzulegen. Über sie entscheidet das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, falls das beschließende Gericht ihr nicht abhilft.

---

