

Übungen im Öffentlichen Recht

Wintersemester 2024/2025

3. Besprechungsfall

24.10.2024

Sachverhalt

E ist Eigentümer eines derzeit unbebauten Grundstücks. Dieses befindet sich in einem der nordrhein-westfälischen kreisfreien Stadt S zugehörigen Vorort. Auf diesem Grundstück will E einen Supermarkt errichten und betreiben. Dieser soll neben dem üblichen Grundsortiment an Nahrungsmitteln, Getränken und Gegenständen des täglichen Bedarfs insbesondere ein breites Warenangebot an internationalen Spezialitäten vorhalten. Geplant sind eine Geschossfläche von 1.100 m² von denen 900 m² auf die Verkaufsfläche entfallen sollen, sowie – angesichts des zu erwartenden Kundenandrangs – 250 Pkw-Stellplätze. E beantragt deshalb formgerecht bei der Stadt S einen Bauvorbescheid über die bauplanungsrechtliche Zuständigkeit dieses Vorhabens (sog. Bebauungsgenehmigung).

Ein Bebauungsplan hinsichtlich des betreffenden Grundstücks besteht nicht. Es liegt allerdings inmitten einer der Eigenart eines Gewerbegebiets entsprechenden Umgebung. Neben mehreren seit Jahrzehnten vorhandenen, nicht störenden Handwerksbetrieben haben sich dort, außer einem kleinen Discounter mit einer Verkaufsfläche von 350 m² zur Versorgung des Nahbereichs, ein Baumarkt mit einer Verkaufsfläche von 600 m² sowie eine Gärtnerei angesiedelt. Die drei letztgenannten Betriebe verfügen zusammen über – für den Kundenandrang dieser Betriebe angemessene – 220 Parkplätze. Das Gebiet, das – mit Ausnahme des Grundstücks des E – keine Baulücken aufweist, ist sowohl im Flächennutzungsplan als auch in einem von der Stadt S vor zehn Jahren zu internen stadtplanerischen Zwecken entwickelten Einzelhandelskonzept, auf das sich E in seinem Antrag beruft, als zentraler Versorgungsbereich ausgewiesen, der auch der überörtlichen Versorgung dienen soll.

Die zuständige Behörde der Stadt S verweigert die beantragte Bebauungsgenehmigung mit der Begründung, dass sich das Vorhaben nicht in die nähere Umgebung einfüge. Dieses sei zwar gewerblich geprägt, allerdings gebe es bisher keine vergleichbare bauliche Anlage mit entsprechend großem Einzugsbereich. Ein derart großflächiges Einzelhandelsunternehmen, wie es von E geplant sei, sei nach der Sonderregelung des § 11 Abs. 3 BauNVO nur in Kern- und Sondergebieten zulässig, denn es habe schädliche Auswirkungen auf die zentralen Versorgungsbereiche in der Innenstadt von S und in der benachbarten Gemeinde G. Ein von der Stadt S jüngst in Auftrag gegebenes Gutachten habe – was zutrifft – ergeben, dass das Vorhaben des E die Funktionsfähigkeit der innerörtlichen Strukturen der Stadt S sowie der benachbarten Gemeinde G so nachhaltig stören würde, dass dort der Versorgungsauftrag hinsichtlich der Lebensmittelversorgung der ansässigen Bevölkerung nicht mehr substantiell erfüllt werden könne. So sei insbesondere die Existenz kleinerer Supermärkte im Innenstadtgebiet von S gefährdet. Auch sei – so das zutreffende Gutachten weiter – ein deutlich erhöhtes Verkehrsaufkommen zu erwarten. Ferner meint die Stadt S, das von ihr vor zehn Jahren entwickelte Einzelhandelskonzept sei - wie das aktuelle Gutachten zeige – überholt, jedenfalls aber sei es rechtlich unverbindlich. Ein städtebauliches Entwicklungskonzept enthalte – anders als ein Bebauungsplan – keine rechtsverbindlichen Festsetzungen. Außerdem habe der Stadtrat – was zutrifft – ausdrücklich sein Einvernehmen hinsichtlich der Zulässigkeit des Vorhabens des E verweigert.

E ist demgegenüber der Auffassung, dass sich die Stadt S durch ihr Einzelhandelskonzept selbst gebunden habe. Danach seien Einzelhandelsgeschäfte zulässig, die der überörtlichen Versorgungen dienen. Diese Konkretisierung der planerischen Absichten sei auch im unbeplanten Bereich zu berücksichtigen.

Nachdem E erfolglos versucht hat, im Rahmen eines Telefonats mit der zuständigen Behörde eine anderslautende Entscheidung herbeizuführen, erhebt er zwei Wochen nach Bekanntgabe des ablehnenden Bescheides formgerecht Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht.

Aufgabe: Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk:

- 1. Die Frage ist in einem Gutachten zu bearbeiten. Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfgutachten – einzugehen.**
- 2. Fragen der Beteiligung Dritter sind abgesehen von der Frage des gemeindlichen Einvernehmens nicht zu prüfen.**
- 3. Ob sich das Vorhaben des E nach dem Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werde soll, in die nähere Umgebung einfügt, ist ebenso wie die Frage der Erschließung als gegeben anzusehen.**

Schwerpunkte

- Zulässigkeit und Begründetheit einer Verpflichtungsklage gem. § 42 I Alt. 2 VwGO
 - Vorbescheid nach § 77 I BauO NRW in Gestalt einer Bebauungsgenehmigung
- Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens (nach Art der baulichen Nutzung) im unbeplanten Innenbereich nach § 34 II BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO
- Frage des Erfordernisses eines gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB bei Identität von Bauaufsichtsbehörde und Gemeinde

Die Klage des E gegen die Stadt S auf Erlass eines Bauvorbescheids in Form einer Bebauungsgenehmigung hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage des E müsste zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

- In Ermangelung einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach **§ 40 I 1 VwGO**.
- Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die **streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur** ist (**modifizierte Subjektstheorie**). Vorliegend wird um den Erlass eines Bauvorbescheids in Form einer Bebauungsgenehmigung gestritten. Streitentscheidende Normen sind demnach **§ 77 I 1, 4 i.V.m. § 74 I BauO NRW**, welche einseitig und ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen befugen oder verpflichten, sodass sie nach der modifizierten Subjektstheorie als öffentlich-rechtliche Normen zu qualifizieren sind.
- Diese ist, da keine zwei Verfassungssubjekte um originäres Verfassungsrecht streiten, auch **nicht verfassungsrechtlicher Art**.

- Darüber hinaus ist der Verwaltungsrechtsweg nur dann eröffnet, wenn **keine abdrängende Sonderzuweisung** greift. Vorliegend ist keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich.
- Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

- Die statthafte Klageart richtet sich nach dem **Klägerbegehren**, §§ 88, 86 III VwGO.
- E begehrt einen Bauvorbescheid in Gestalt einer Bebauungsgenehmigung. Statthaft könnte daher die **Verpflichtungsklage** gem. § 42 I Alt. 2 VwGO sein, sofern es sich bei dem begehrten Vorbescheid um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG handelt. Danach ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

- Ein Vorbescheid gem. § 77 BauO NRW ist eine **vorgezogene Entscheidung** der zuständigen Bauaufsichtsbehörde über einzelne (Teil-)Fragen der Zulässigkeit eines Vorhabens **mit feststellender und bindender Wirkung für das spätere Baugenehmigungsverfahren**.
- Hat ein Bauvorbescheid eine Bebauungsgenehmigung zum Inhalt, so stellt dieser die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines konkreten Vorhabens, also die Frage, ob das Grundstück angesichts der planungsrechtlichen Anforderungen überhaupt in der beabsichtigten Weise bebaubar ist, **bindend fest und ist insoweit ein vorweggenommener Teil der Baugenehmigung**.
- Es handelt sich damit um eine Verfügung einer Behörde über ein **konkretes baurechtliches Einzelprojekt**. Da die Bebauungsgenehmigung, mit der über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens entschieden wird, bindend ist und die Genehmigungsbehörde auch im späteren Baugenehmigungsverfahren über die planungsrechtlichen Fragen nicht abweichend entscheiden darf, ist sie auf das unmittelbare Setzen einer Rechtsfolge, d.h. die Begründung, Aufhebung, Änderung oder Feststellung von Rechten des Betroffenen gerichtet und entfaltet somit Regelungswirkung. Die Bebauungsgenehmigung ist demnach **als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG zu qualifizieren**.
- E begehrt damit die Verpflichtung der zuständigen Behörde zum Erlass eines Verwaltungsakts, sodass die Verpflichtungsklage gem. § 42 I Alt. 2 VwGO statthaft ist.

III. Klagebefugnis

- E müsste gemäß § 42 II Alt. 2 VwGO geltend machen, durch die Ablehnung des von ihm beantragten Verwaltungsakts, hier der Bebauungsgenehmigung, in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies ist der Fall, wenn ihm ein **Rechtsanspruch auf Erteilung des Bauvorbescheids** in Gestalt einer Bebauungsgenehmigung zusteht, wobei zur Annahme der Klagebefugnis die Möglichkeit eines solchen Anspruchs genügt.
- E könnte für das konkrete Vorhaben einen Anspruch auf Erteilung der Bebauungsgenehmigung nach § 77 I 1, 4 i.V.m. § 74 I BauO NRW haben. Dies erscheint möglich, da nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass das Einzelhandelsprojekt des E mit dem Bauplanungsrecht in Einklang steht, die Ablehnungsentscheidung insofern rechtswidrig war und E in seinem subjektiv-öffentlichen Recht aus § 77 I 1, 4 BauO NRW i.V.m. § 74 I BauO NRW verletzt.
- Damit ist E klagebefugt.

IV. Vorverfahren

- Das im Rahmen einer Verpflichtungsklage nach § 68 II i.V.m. I 1 VwGO grundsätzlich erforderliche Vorverfahren ist gem. § 68 II, I 2 Var. 1 VwGO i.V.m. § 110 I 2 i.V.m. I 1 JustG NRW entbehrlich.

V. Klagefrist

- E müsste die Klage gem. § 74 II i.V.m. I 2 VwGO **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe des ablehnenden Verwaltungsaktes erhoben haben. Diese Klagefrist wurde durch die Erhebung der Klage zwei Wochen nach Bekanntgabe des ablehnenden Bescheids seitens des E gewahrt.

VI. Klagegegner

- Die Klage ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger zu richten, dessen Behörde den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat (**Rechtsträgerprinzip**). Dies war die Behörde der Stadt S, sodass die Klage gegen die Stadt S als deren Rechtsträger zu richten ist.

VII. Beteiligungsfähigkeit /Prozessfähigkeit

- E ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.
- Die kreisfreie Stadt S ist als juristische Person des öffentlichen Rechts (vgl. § 1 II GO NRW) gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und, vertreten durch den Oberbürgermeister als ihren gesetzlichen Vertreter gem. §§ 63 I 1, 40 II 2 GO NRW, nach § 62 III VwGO prozessfähig.

VIII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

- E kann sein Begehren, die Bebaubarkeit des Grundstücks mit dem Supermarkt und damit die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens verbindlich vorab und vor Tätigkeit weiterer Investitionen zu klären, nicht auf einfacherem Wege erreichen. Auch ein nach Erhalt des Ablehnungsbescheides mit der zuständigen Behörde geführtes Telefonat hat nicht zu einem Überdenken der Ablehnung geführt, sodass E alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat.
- Das Rechtsschutzbedürfnis besteht daher.

IX. Zwischenergebnis

Die Klage des E gegen die Stadt S auf Erlass eines Bauvorhabens in Gestalt einer Bebauungsgenehmigung ist zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Verpflichtungsklage des E ist gem. § 113 V 1 VwGO begründet, soweit die Ablehnung des beantragten Bauvorbescheids rechtswidrig ist, E dadurch in seinen Rechten verletzt ist und die Sache spruchreif ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn E einen Anspruch auf Erlass des begehrten Vorbescheids in Form einer Bebauungsgenehmigung hat.

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage für die Erteilung des Bauvorbescheids kommt § 77 I 1, 4 BauO NRW i.V.m. § 74 I BauO NRW in Betracht.

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

- Gem. § 77 I 1, 4 BauO NRW i.V.m. § 70 I 1 BauO NRW bedarf es eines **schriftlichen Antrags** auf Erlass des Vorbescheids bei der unteren Bauaufsichtsbehörde. E hat einen solchen formgerechten Antrag bei der Stadt S eingereicht. Die kreisfreie Stadt S, für die gem. § 62 II 3 i.V.m. § 40 II 2 GO NRW dessen Oberbürgermeister handelt, ist gem. § 57 I 2, I 1 Nr. 3 lit. a BauO NRW als untere Bauaufsichtsbehörde für die Erteilung des Vorbescheids in Form einer Bebauungsgenehmigung zuständig.
- Die formellen Anspruchsvoraussetzungen liegen damit vor.

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

Zudem müssen die materiellen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. Dies ist, da die Bebauungsgenehmigung die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens verbindlich vorab feststellt, der Fall, wenn das Vorhaben des E bauplanungsrechtlich genehmigungsbedürftig und genehmigungsfähig ist.

1. Genehmigungsbedürftigkeit

- § 60 I BauO NRW geht von dem Grundsatz aus, dass die Errichtung von Anlagen einer Baugenehmigung bedarf. Anlagen in diesem Sinne sind gem. § 2 I 4 BauO NRW u.a. **bauliche Anlagen**. Dies wiederum sind gem. § 2 I 1 BauO NRW mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Gemessen hieran stellt der Supermarkt eine bauliche Anlage dar.
- Anhaltspunkte dafür, dass die Genehmigungsbedürftigkeit aufgrund der Sondervorschriften der §§ 61 bis 63, 78, 79 BauO NRW entfällt, sind nicht ersichtlich. Das Vorhaben des E ist demnach genehmigungsbedürftig.

2. Bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit

E hat nach § 77 I 1, 4 BauO NRW i.V.m. § 74 I BauO NRW einen Anspruch auf Erteilung eines Vorbescheids in Form einer Bebauungsgenehmigung, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften aus dem Bauplanungsrecht entgegenstehen, d.h. das Vorhaben mit den Vorgaben des Bauplanungsrechts gem. §§ 30 ff. BauGB vereinbar ist. Die Prüfung beschränkt sich demnach auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens.

a) Anwendbarkeit der §§ 30 ff. BauGB

- Gem. § 29 I BauGB gelten die §§ 30 ff. BauGB nur, wenn es sich um die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage handelt.
- Eine bauliche Anlage i.S.v. § 29 Abs. 1 BauGB liegt vor bei jeder in einer auf Dauer angedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbundenen Anlage, die von einiger bodenrechtlicher Relevanz ist. Bodenrechtliche Relevanz hat ein Vorhaben insbesondere dann, wenn die in § 1 V, VI BauGB genannten Belange in einer Weise berührt werden oder jedenfalls berührt werden können, die geeignet sind, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.
- ***Anm.:** Für den Begriff der baulichen Anlage im Rahmen des Bauplanungsrechts kann nicht auf die landesrechtliche Bestimmung des § 2 I BauO NRW zurückgegriffen werden, denn wegen der Normenhierarchie sind bundesrechtliche Begriffe autonom auszulegen bzw. zu definieren.*

- Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Ein Gebäude, das einen Supermarkt beherbergen soll, ist eine auf Dauer angedachte, künstlich mit dem Erdboden verbundene Anlage. In dem hier betroffenen Gebiet ist die Anlage zudem geeignet, die Interessen der Umgebung nach § 1 VI Nr. 8 Buchst. a BauGB (die Belange der Wirtschaft, auch ihrer mittelständischen Struktur im Interesse einer verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung) zu beeinträchtigen. Folglich entfaltet das Vorhaben auch bodenrechtliche Relevanz, sodass es sich bei dem Vorhaben des E um eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 I BauGB handelt. Die §§ 30 ff. BauGB sind mithin anwendbar.
- **Anm.:** *Man könnte hier ergänzend auch auf § 1 VI Nr. 4 BauGB („Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche“) abstellen. Ungeachtet der Frage, ob das Gebiet, in dem das Vorhaben realisiert werden soll, selbst einen zentralen Versorgungsbereich darstellt, führt die Stadt S unter Berufung auf das zutreffende Gutachten jedenfalls an, dass das Vorhaben schädliche Auswirkungen auf die zentralen Versorgungsbereiche in der Innenstadt von S und auch der benachbarten Gemeinde G habe. Insoweit lässt sich eine bodenrechtliche Relevanz des Vorhabens auch über § 1 VI Nr. 4 BauGB herleiten.*

b) Zuordnung zu einem Gebietstyp nach §§ 30 ff. BauGB

- Das geplante Vorhaben soll in einem Gebiet errichtet werden, für welches kein Bebauungsplan besteht. Demnach kommen für eine Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit nur die Vorschriften § 34 BauGB und § 35 BauGB in Betracht
- Bei diesem Gebiet könnte es sich um einen sog. **unbeplanten Innenbereich** i.S.v. § 34 BauGB handeln. In Abgrenzung zum Außenbereich i.S.d. § 35 BauGB liegt ein solcher vor, wenn das betroffene Grundstück zu einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil gehört, § 34 I 1 BauGB. Bei der Beurteilung, ob ein Grundstück in einem Bauungszusammenhang liegt, ist maßgebend, ob eine tatsächlich aufeinander folgende, zusammenhängende Bebauung besteht. Da die Umgebung mit weiteren verschiedenen Gebäuden bebaut ist und Baulücken – mit Ausnahme des Grundstücks des E – nicht vorhanden sind, ist dies hier der Fall. Angesichts der bereits vorhandenen Betriebe und des Umstands, dass nur eine einzige Baulücke vorhanden ist, liegt eine hinreichende organische Siedlungsstruktur von einigem Gewicht vor, sodass die Umgebung als Ortsteil einzustufen ist. Das Grundstück gehört damit auch zu einem Ortsteil der Gemeinde S.
- Das Vorhaben des E soll mithin im unbeplanten Innenbereich, nicht jedoch im Außenbereich nach § 35 BauGB errichtet werden, sodass sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB richtet.

c) Zulässigkeit des Vorhabens hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung, § 34 II BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO

- § 34 II BauGB bestimmt, dass sich die Zulässigkeit der Art der baulichen Nutzung des Vorhabens allein nach der aufgrund von § 9a BauGB erlassenen BauNVO richtet, sofern die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete der §§ 2 ff. BauNVO entspricht. In Bezug auf die Anforderungen an die Art der baulichen Nutzung werden die Kriterien des § 34 I BauGB durch die Sonderregelung des § 34 II BauGB verdrängt. Ein Rückgriff auf § 34 I BauGB und das dort normierte Merkmal des „Einfügens“ ist dann hinsichtlich der Art der Nutzung ausgeschlossen, wie dies bereits der Wortlaut des § 34 II BauGB („allein“) zum Ausdruck bringt.
- **Anm.:** *Ausweislich des Bearbeitungsvermerks ist nicht zu erörtern, ob sich das Vorhaben des E nach dem Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die nähere Umgebung einfügt und ob die Erschließung gesichert ist.*

aa) Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 8 BauNVO

Laut Sachverhalt entspricht die nähere Umgebung des in Rede stehenden Vorhabens der Eigenart eines Gewerbegebiets i.S.v. § 8 I BauNVO.

(1) Supermarkt als Gewerbebetrieb nach § 8 II Nr. 1 Var. 1 BauNVO

- Gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 BauNVO sind (als allgemein zulässige Nutzungsart) in einem Gewerbegebiet **Gewerbebetriebe aller Art** zulässig.
- Fraglich ist, ob der von E geplante Supermarkt einen Gewerbebetrieb in diesem Sinne darstellt.
- Der Begriff des Gewerbebetriebs ist in Anbetracht des Zusatzes „aller Art“ weit auszulegen. Es handelt sich systematisch um einen Auffangtatbestand, mit dem grundsätzlich alle Gewerbebetriebe erfasst werden, soweit sie nicht in den übrigen Nummern der Vorschrift gesondert bezeichnet sind. Ein Gewerbebetrieb i.S.d. § 8 II Nr. 1 Var. 1 BauNVO ist eine **organisatorische Zusammenfassung von Betriebsanlagen und Betriebsmitteln zu einem bestimmten Betriebszweck**, in welchem eine nicht sozial unwertige, selbständige, auf Dauer angelegte und auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit, mit Ausnahme der Urproduktion, der freien Berufe und die bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens, ausgeübt wird.
- In diesem Sinne sind insbesondere sämtliche Formen von Einzelhandelsbetrieben Gewerbebetriebe i.S.d. Nr. 1 und grundsätzlich im Gewerbegebiet zulässig. Dies gilt unabhängig von ihrem Einzugsbereich, der Betriebsbezeichnung oder Geschäftspolitik und insbesondere auch unabhängig davon, ob sie eine bestimmte Größe überschreiten. Der weite Begriff des Gewerbebetriebs erfasst insoweit eine Vielzahl von Nutzungen, die sich in Art und Umfang durchaus erheblich unterscheiden können.

- Der von E geplante Supermarkt erfüllt als Einzelhandelsbetrieb die Merkmale eines Gewerbebetriebs i.S.d. § 8 II Nr. 1 Var. 1 BauNVO.
- Sind bestimmte Nutzungen jedoch ausdrücklich anderen Gebietsarten vorbehalten, führt eine systematische Auslegung dazu, dass die in anderen Vorschriften der BauNVO enthaltenen Wertungen auf die Auslegung des (weiten) Begriffs des Gewerbebetriebs in § 8 II Nr. 1 Var. 1 BauNVO durchschlagen und diesen entsprechend verengen mit der Folge, dass die Zulässigkeit des Vorhabens in Hinblick auf die Art der baulichen Nutzung sodann nicht auf § 8 II Nr. 1 Var. 1 BauNVO gestützt werden kann.
- Eine derartige Sonderregelung besteht für großflächige Einzelhandelsbetriebe gem. § 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BauNVO, sofern sich diese nach Art, Lage oder Umfang auf die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung oder auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht nur unwesentlich auswirken können. Derartige Betriebe sind nur in Kerngebieten oder in für sie festgesetzten Sondergebieten zulässig, § 11 III 1 a.E. BauNVO.
- ***Anm.:** Bei einem Supermarkt handelt es sich hingegen nicht um ein Einkaufszentrum i.S.d. § 11 III 1 Nr. 1 BauNVO. Ein solches ist bereits nach seinem Wortlaut durch eine Zusammenfassung verschiedener Branchen und Größenordnungen des Einzelhandels, des Handwerks und von Dienstleistungsbetrieben gekennzeichnet, die in der Regel einen einheitlich geplanten und finanzierten, gebauten und verwalteten Gebäudekomplex mit mehreren Einzelhandelsbetrieben verschiedener Art bilden.*

(2) Supermarkt als großflächiger Einzelhandelsbetrieb i.S.d. § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO

Es könnte sich bei dem von E geplanten Supermarkt um einen großflächigen Einzelhandelsbetrieb handeln mit der Folge, dass der Supermarkt allein in einem Kern- oder hierfür festgesetzten Sondergebiet zulässig wäre, vgl. § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO.

(a) Großflächigkeit i.S.v. § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO

- Das Vorliegen eines Einzelhandelsbetriebs kann in jedem Fall bejaht werden. Fraglich ist allerdings, ob dieser großflächig ist i.S.d. § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO.
- Mit dem Merkmal der Großflächigkeit unterscheidet die BauNVO – wie sich § 11 III BauNVO entnehmen lässt – Einzelhandelsbetriebe, die wegen ihrer Größe und des insoweit angestrebten Einzugsbereichs ausschließlich in Kern- und Sondergebiete gehören und typischerweise auch dort zu finden sind, von den Läden und Einzelhandelsbetrieben der wohnungsnahen Versorgung der Bevölkerung. Das Merkmal der Großflächigkeit dient insoweit dazu, in typisierender Weise unabhängig von regionalen oder lokalen Besonderheiten bundesweit den Typ an Einzelhandelsbetrieben festzuschreiben, der von den in den §§ 2 bis 9 BauNVO bezeichneten Baugebieten ferngehalten werden soll.

- § 11 III 1 BauNVO selbst legt dabei keinen konkreten Maßstab für die Großflächigkeit fest. Allerdings bietet § 11 III 3 BauNVO, wonach Auswirkungen im Sinne des § 11 Abs. 3 S. 2 BauNVO in der Regel anzunehmen sind, wenn die Geschossfläche 1.200 m² überschreitet, einen wichtigen Anhaltspunkt für die Bestimmung des Merkmals der Großflächigkeit. Nach der gesetzgeberischen Konzeption verbietet sich jedoch die Annahme, dass diese Grenze auch den Übergang zur Großflächigkeit markiert. Wie sich aus § 11 III 4 BauNVO ergibt, ist die **Vermutungsregel** des Satzes 3 widerleglich. Abweichungen kommen nicht nur nach oben, sondern auch nach unten in Betracht. Schon aus diesem Grund muss das Tatbestandsmerkmal der Großflächigkeit, soll es nicht leer laufen, eine niedrigere Schwelle als diejenige von 1.200 m² bezeichnen.
- Vor dem Hintergrund dieser Konzeption und der gesetzgeberischen Intention ist hier bei einer Verkaufsfläche von 900 m² und einer Geschossfläche von 1.100 m² nicht mehr von einem mittelständischen, nicht großflächigen Betrieb auszugehen. Dafür spricht die **Größe der Verkaufsfläche**, insbesondere auch unter Berücksichtigung der (aufgrund des zu erwartenden Kundenandrangs) Zahl von **250 Parkplätzen**. Zudem unterschreitet die Geschossfläche von 1.100 m² den Schwellenwert des § 11 III 3 BauNVO nur unwesentlich. Dass der geplante Supermarkt nicht nur die wohnungsnahе Versorgung sicherstellen soll, sondern auch darauf angelegt ist, die übergemeindliche Bevölkerung anzusprechen, findet nicht zuletzt darin Ausdruck, dass ein **umfangreiches, über eine Grundversorgung hinausgehendes Warenangebot etwa mit internationalen Spezialitäten** unterbreitet werden soll.
- Es liegt ein großflächiger Einzelhandelsbetriebs im Sinne des § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO vor. (*a.A. vertretbar*)

b) Auswirkungen i.S.v. § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO

- Fraglich ist, ob der von E geplante Supermarkt auch die in § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO genannten **nicht unwesentlichen Auswirkungen auf die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung oder auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung** verursacht.
- Hierzu zählen gem. § 11 III 2 BauNVO insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des § 3 des BImSchG sowie Auswirkungen auf die infrastrukturelle Ausstattung, auf den Verkehr, auf die Versorgung der Bevölkerung im Einzugsbereich der in S. 1 bezeichneten Betriebe, auf die Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden, auf das Orts- und Landschaftsbild und auf den Naturhaushalt.
- Gem. § 11 III 3 BauNVO sind Auswirkungen im Sinne des Satzes 2 bei Betrieben nach § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO dabei in der Regel anzunehmen, wenn deren Geschoßfläche 1.200 m² überschreitet. Dies ist bei dem von E geplanten Supermarkt nicht der Fall.
- Allerdings handelt es sich hierbei nur um den Regelfall. Die Regel des Satzes 3 gilt gem. § 11 III 4 BauNVO nicht, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass entsprechende Auswirkungen bereits bei weniger als 1.200 m² Geschoßfläche vorliegen oder bei mehr als 1.200 m² Geschoßfläche nicht vorliegen. **Der Regelfall des § 11 III 3 BauNVO ist insofern in Einzelfällen widerlegbar.**

- Insoweit ist zunächst festzustellen, dass der die Regelwirkung auslösende Grenzwert einer Mindestgeschossfläche von 1.200 m² vorliegend mit 1.100 m² **nur unwesentlich unterschritten** wird.
 - Angesichts der 250 Stellplätze ist darüber hinaus davon auszugehen, dass es zu einer **deutlichen Zunahme des Verkehrs** kommen wird. Der Discounter, der Baumarkt sowie die Gärtnerei, welche bislang den Großteil des Kundenstroms des Gebiets auf sich vereinigen dürften, verfügen schließlich selbst zusammen genommen über insgesamt nur 220 Parkplätze. Ein deutlich erhöhtes Verkehrsaufkommen ist auch ausweislich des eingeholten Gutachtens zu erwarten. Hiermit verbunden ist eine erhebliche Steigerung der verkehrsbedingten Geräusche sowie eine erhöhte Luftverunreinigung gem. § 3 IV BImSchG durch den Schadstoffausstoß des Kfz-Verkehrs. Diese stellen Immissionen i.S.d. BImSchG dar, § 3 II BImSchG.
 - Bei einer erhöhten Lärmbeeinträchtigung sowie Luftverunreinigung ist davon auszugehen, dass das Wohlbefinden der sich regelmäßig in dem Gebiet aufhaltenden Menschen beeinträchtigt wird, insbesondere da beide Umstände dauerhaft und von nicht unerheblichem Ausmaß sein werden, sodass derartige Immissionen auch geeignet erscheinen, erhebliche Belästigungen der Beschäftigten und Kunden der bereits ansässigen Betriebe i.S.v. § 3 I BImSchG hervorzurufen.
- Anm.: Ein Eingehen auf Vorschriften des BImSchG ist nicht zwingend zu erwarten, durch die Erwähnung dessen § 3 in § 11 III 2 BauNVO indes naheliegend.

- Es bestehen folglich Anhaltspunkte dafür, dass der Supermarkt – trotz einer geringeren Geschosßfläche als 1.200 m² – **schädliche Umwelteinwirkungen** i.S.d. § 3 BImSchG herbeiführen wird, welche gem. § 11 III 2 BauNVO eine nach § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO relevante nicht unwesentliche Auswirkung darstellt. Mithin kann die Regelwirkung aus § 11 III 3 BauNVO hier i.S.d. § 11 III 4 BauNVO widerlegt werden. (*a.A. vertretbar*)
- Zudem könnte der Supermarkt sich auf die **Versorgung der Bevölkerung im Einzugsbereich** und auf die **Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche** in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden auswirken, § 11 III 2 BauNVO.
- **Zentrale Versorgungsbereiche** sind nach der Rspr. räumlich abgrenzbare Bereiche einer Gemeinde, denen auf Grund vorhandener Einzelhandelsnutzungen – häufig ergänzt durch diverse Dienstleistungen und gastronomische Angebote – eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus zukommt. Exemplarisch stehen hierfür etwa die im Sachverhalt angesprochenen kleineren Supermärkte in der Innenstadt der Stadt S und entsprechende Bereiche in der benachbarten Gemeinde G.

- Auswirkungen auf die zentralen Versorgungsbereiche und die dortige Versorgung der Bevölkerung sind gegeben, wenn das Vorhaben die Funktionsfähigkeit von zentralen Versorgungsbereichen so nachhaltig stört, dass sie **ihren Versorgungsauftrag generell oder hinsichtlich einzelner Branchen nicht mehr substantiell erfüllen können**. Solche Auswirkungen sind in jedem Fall wesentlich.
- Um die bezüglich des Vorliegens dieser Auswirkung hier nicht einschlägige Vermutung aus § 11 III 3 BauNVO nach § 11 III 4 BauNVO zu widerlegen, ist etwa entscheidend, ob der Betrieb über den Nahbereich hinauswirkt und dadurch, dass er unter Gefährdung funktionsgerecht gewachsener städtebaulicher Strukturen weiträumig Kaufkraft abzieht, auch in weiter entfernten Wohngebieten die Gefahr heraufbeschwört, dass Geschäfte schließen, auf die insbesondere nicht motorisierte Bevölkerungsgruppen angewiesen sind.
- Dass dem mit Blick auf die (Innen-)Stadt S und die Nachbargemeinde G so ist, ergibt sich aus dem von der Stadt S in Auftrag gegebenen **Gutachten**, dessen Inhalt laut Sachverhalt zutreffend ist. Insbesondere sei danach die Existenz kleinerer Supermärkte, die wie der von E geplante Supermarkt über ein Grundsortiment an Nahrungsmitteln verfügen, im Innenstadtdgebiet der Stadt S und damit die dortige Versorgung der Bevölkerung gefährdet.
- Es bestehen mithin Anhaltspunkte dafür, dass der Supermarkt des E trotz Unterschreiten des Grenzwerts in Höhe von 1.200 m² Geschossfläche mit Auswirkungen auf die Versorgung der Bevölkerung im Einzugsbereich und auf die Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden (§ 11 III 2 BauNVO) i.S.d. § 11 III 4 BauNVO haben wird.

- Der Supermarkt wird sich daher nicht unwesentlich auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung auswirken, § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO.

(c) Zwischenergebnis

- Bei dem geplanten Supermarkt handelt es sich nicht lediglich um einen einfachen Gewerbebetrieb, sondern um einen großflächigen Einzelhandelsbetrieb i.S.d. § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO. Dessen Errichtung ist allenfalls gem. § 11 III 1 BauNVO in einem Kern- oder Sondergebiet, nicht jedoch in einem Gewerbegebiet nach § 8 BauNVO zulässig. (*a.A. wohl vertretbar*)

bb) (Keine) Auswirkungen des Einzelhandelskonzepts bzw. des Flächennutzungsplans

Fraglich ist, ob die Zulässigkeit des Vorhabens des E angesichts der Festlegungen im Flächennutzungsplan sowie des Einzelhandelskonzepts der Stadt S einer anderen Bewertung zugänglich ist.

- Hierfür müsste das Einzelhandelskonzept eine **weitergehende steuernde Wirkung** auch für den Fall entfalten, dass die planerischen Vorstellungen zu den aktuellen tatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch stehen.
- § 34 BauGB stellt jedoch gerade nicht auf die planerischen Absichten der Gemeinde, sondern ausschließlich auf die **tatsächlichen Verhältnisse** ab. Informelle Planungen wie ein zu internen stadtplanerischen Zwecken erstelltes Einzelhandelskonzept können die aus den tatsächlichen Gegebenheiten ableitbaren Schlussfolgerungen allenfalls bestätigen und möglicherweise präzisieren. Ein städtebauliches Entwicklungskonzept enthält aber, anders als ein Bebauungsplan, gerade **keine rechtsverbindlichen Festsetzungen**, die den tatsächlichen Verhältnissen vorgingen. Von der Gemeinde beschlossene Einzelhandelskonzepte werden vielmehr als **informelle Planungen i.S.v. § 1 VI Nr. 11 BauGB** qualifiziert. Sie zielen auf eine (interne) Selbstbindung der Gemeinde ab, sodass sie **keine unmittelbare rechtliche Außenwirkung** entfalten. Die Gemeinde müsste zur Erreichung einer unmittelbaren Außenwirkung ihre Absichten daher in einem Bebauungsplan verwirklichen.
- Erst recht kann das Einzelhandelskonzept dann keine Außenwirkung beanspruchen, wenn es die Gemeinde (aus sachlichen willkürfreien Gründen) selbst als überholt betrachtet. In einem solchen Fall würden selbst ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften keine Außenwirkung über Art. 3 I GG mehr entfalten.

- Nichts anderes kann für den Flächennutzungsplan gelten. Bei diesem handelt es sich lediglich um ein **nach außen hin unverbindliches Planwerk**, das aus sich heraus in der Regel keine unmittelbaren Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfaltet. Aufgrund dessen sind die Darstellungen des Flächennutzungsplans für die nach §§ 30 und 34 BauGB zu beurteilenden Vorhaben ohne Bedeutung.
- Folglich ist die Zulässigkeit des Vorhabens des E angesichts der Festlegungen im Flächennutzungsplan sowie des Einzelhandelskonzepts der Stadt S keiner anderen Bewertung zugänglich.

cc) Zwischenergebnis

- Das geplante Vorhaben des E wäre seiner Art nach nicht im Gewerbegebiet nach § 8 BauNVO zulässig und ist daher nach § 34 II BauGB i.V.m. § 8 BauNVO bauplanungsrechtlich unzulässig.

d) Gemeindliches Einvernehmen, § 36 BauGB

Überdies könnte die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit des Vorhabens des E aus der ausdrücklichen **Verweigerung des Einvernehmens** seitens des Stadtrats der Stadt S folgen.

- Eine Bebauungsgenehmigung darf ohne das Einvernehmen der Gemeinde nicht erteilt werden, insoweit ist die zuständige Bauaufsichtsbehörde – unabhängig von der Frage, ob die Versagung des Einvernehmens rechtmäßig ist – an die Entscheidung der Gemeinde gebunden.
- Fraglich ist allerdings, ob es vorliegend eines gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I 1 BauGB, welches durch die Bauaufsichtsbehörde nach § 77 Abs. 1 S. 4 i.V.m. § 71 II Nr. 2 BauO NRW eingeholt wird, überhaupt bedarf.

- Dies ist grundsätzlich immer erforderlich, wenn es um die Frage der Vereinbarkeit eines baulichen Vorhabens mit dem Bauplanungsrecht geht, d.h. wenn über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach den §§ 31, 33-35 BauGB entschieden wird, vgl. § 36 I 1, 2 BauGB.
- Indem im Rahmen eines beantragten **Vorbescheids** in Gestalt einer Bebauungsgenehmigung über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens entschieden wird, ist das Einvernehmen grundsätzlich **auch bereits im Rahmen dieser Entscheidung einzuholen**.
- Das Einvernehmen wurde vorliegend vom Stadtrat und damit von der Stadt S ausdrücklich verweigert.
- Jedoch könnte das Erfordernis gemeindlichen Einvernehmens hier entfallen, weil die Gemeinde mit der zuständigen unteren Bauaufsichtsbehörde identisch ist. Die Identität folgt hier daraus, dass die Bauaufsicht nach § 57 I 1 Nr. 3 lit. a, S. 2 BauO NRW von der kreisfreien Stadt selbst wahrgenommen wird.

- Nach der Rspr. des BVerwG bedarf es in einem solchen Fall **keiner förmlichen Einvernehmenserteilung**, da die Gefahr der Übergehung kommunaler Planungsinteressen nicht besteht. Die Stadt könne sich nicht selbst den Anwendungsbereich des § 36 BauGB eröffnen und die Ablehnung des Bauantrags (allein) mit der Versagung des Einvernehmens begründen. Folgt man dieser Rspr. wäre das vom Stadtrat verweigerte Einvernehmen hier unschädlich.
- Dagegen wird das Einvernehmenserfordernis auch bei Identität von Bauaufsichtsbehörde und Gemeinde teilweise mit der Begründung bejaht, dass die Entscheidung der Gemeinde über das Einvernehmen eine **weisungsfreie Selbstverwaltungsangelegenheit** darstelle, wohingegen die Bauaufsicht als besonderes Ordnungsrecht (vgl. §§ 57 I 1, 58 I 1 BauO NRW) als eine **Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung** (§ 12 I 2 OBG NRW i.V.m. § 3 I OBG NRW) einzuordnen sei. Nach dieser Ansicht dürfte die Stadt S als Bauaufsichtsbehörde die Bebauungsgenehmigung ohne das Einvernehmen des Stadtrats nicht erteilen.

- Überzeugender ist es allerdings, das Einvernehmenserfordernis aus § 36 BauGB – im Einklang mit der Rspr. des BVerwG – allein auf den Fall zu erstrecken, dass es sich bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde nicht um die Gemeinde (bzw. eine Behörde der Gemeinde) selbst handelt. Zwar ist Zweck des gemeindlichen Einvernehmens, die Planungshoheit der Gemeinde als Gewährleistungsinhalt der Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 II 1 GG bzw. Art. 78 I, II LVerf NRW zu schützen. Allerdings besteht, wenn die Gemeinde als Bauaufsichtsbehörde Kenntnis von einem Vorhaben erlangt, nicht die Gefahr, dass über den Kopf der Stadt hinweg entschieden wird. Vielmehr reicht dies aus, um die Ausübung ihrer Planungshoheit oder etwaiger Maßnahmen zur Sicherung der Bauleitplanung anzustoßen. Auch erscheint es wenig effektiv, die Gemeinde doppelt mit der gleichen Angelegenheit zu befassen.
- Die Einholung eines Einvernehmens gem. § 36 I 1 BauGB war daher schon nicht angezeigt, sodass dessen Versagung keine Rechtsfolgen zeitigt. Demnach scheidet die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens des E nicht zusätzlich an dem fehlenden Einvernehmen der Stadt S nach § 36 I 1 BauGB.
(a.A. mit entspr. Begründung vertretbar)

e) Zwischenergebnis zur Prüfung der bauplanungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit

Das Vorhaben des E ist damit bauplanungsrechtlich nicht genehmigungsfähig.

3. Zwischenergebnis zur Prüfung der materiellen Anspruchsvoraussetzungen

- Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen liegen mangels bauplanungsrechtlicher Zulässigkeit des Vorhabens (bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit) nicht vor.

IV. Zwischenergebnis zur Prüfung der Begründetheit

Damit hat E gegen die Stadt S keinen Anspruch auf Erlass eines Bauvorbescheids in Form einer Bebauungsgenehmigung aus § 77 I 1, 4 i.V.m. § 74 I BauO NRW, sodass dessen Ablehnung durch die Stadt S rechtmäßig war und den E nicht in seinem Recht aus § 77 I 1, 4 i.V.m. § 74 Abs. 1 BauO NRW verletzt, § 113 V 1 VwGO. Folglich ist die Verpflichtungsklage des E unbegründet.

C. Ergebnis

Die Verpflichtungsklage des E ist zulässig, aber unbegründet und hat damit keinen Erfolg.

Professor Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE)

Direktor

Zentrum für Europäische Integrationsforschung
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
Genscherallee 3
53113 Bonn

Telefon: +49 228 73-1891

Fax: +49 228 73-1893

sekretariat.zeia@uni-bonn.de

<http://www.zei.de/>