Steuerung des Einzelhandels

BERNHARD STÜER

Malte Schindhelm hat sich in seinem literarischen Schaffen nicht nur eingehend mit gesellschafts-, wirtschafts- und steuerrechtlichen Themen befasst, in denen er den Schwerpunkt seines international anerkannten beruflichen Wirkens entfaltete. Mehrfach hat er auch den Blick in das Recht des Städtebaus geworfen und sich hier vor allem mit den wirtschaftsrechtlichen und finanziellen Auswirkungen des Planungsrechts befasst.[1] Auch die im *Carl Heymanns Verlag* erschienene, in Fachkreisen viel beachtete Monographie über die Abschöpfung des Sanierungsgewinns steht in dieser Reihe.[2] Der vorliegende, einem viel zu früh verstorbenen Freund gewidmete Beitrag greift aus dem Bereich des Städtebaus mit der Steuerung des Einzelhandels ein Thema auf, das vielen Investoren aber auch den planenden Städten und Gemeinden auf den Nägeln brennt und das vielfach im Mittelpunkt einer kontroversen Diskussion um die Fortentwicklung unserer Städte und Gemeinden steht.

I. GRUNDLAGEN

Der Verfall vieler Innenstädte schreitet voran. In zahlreichen ländlichen Gemeinden aber auch in den Stadtteilzentren der Großstädte werden bei wachsenden Leerständen die Schaufenster einfach zugeklebt.[3] Dieser Trend wird nicht nur durch die Einkaufscenter auf der grünen Wiese, sondern auch durch innerstädtische Center gefördert, die das Publikum zwar wie ein Magnet anziehen und es geradezu aufschlucken, aber vielfach keine Belebung der umgebenden Stadtlagen bringen. Das *CentrO Oberhausen*[4] ist dafür nur eines von zahlreichen Beispielen. Die Stadt Oberhausen hatte den umliegenden Ruhrgebietsstädten und der Bezirksregierung Düsseldorf als Genehmigungsbehörde für die Flächennutzungsplanänderung eine Begrenzung der Verkaufsfläche auf 70.000 Quadratmeter verbindlich zugesichert,

1 *Schindhelm/Wilde*, DB 1991, 727; *Schindhelm/Wilde*, NVwZ 1992, 747; *dies.*, DWW 1995, 13.

2 *Schindhelm/Wilde*, Die Abschöpfung des Sanierungsgewinns, Köln 1991.

3 Zur Steuerung des Einzelhandels *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. Beck-Verlag 2009, Rdn. 221, 289, 327, 403, 556.

4 *OVG Münster* Urt. vom 6.6.2005 – 10 D 145.04. NE, 10 D 148.04. NE – BauR 2005, 1577; *BVerwG*, Beschlüsse vom 28.12.2005 – 4 BN 41-44.05 – NVwZ 2006, 458 = DVBl 2006,462 – Erweiterung CentrO Oberhausen. Zu den Plandivergenzen zwischen Zusicherungen und Planausweisungen *Stüer*, BauR 2006, 31.

dies durch Baulast gesichert und die Zusicherungen später allerdings für unwirksam erklärt.[5]

Die Steuerung des Einzelhandels kann auch durch Ziele der Landesplanung erfolgen (vgl. § 24a Landesentwicklungsprogramm-Gesetz LEPro NRW). Kerngebiete sowie Sondergebiete für Einzelhandelsvorhaben nach § 11 III BauNVO (Einkaufszentren, großflächige Einzelhandelsbetriebe und sonstige Handelsbetriebe) dürfen in NRW nur in zentralen Versorgungsbereichen ausgewiesen werden. Die Einzelhandelsnutzungen dürfen weder die Funktionsfähigkeit zentraler Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in benachbarten Gemeinden noch die wohnungsnahe Versorgung der Bevölkerung in ihrem Einzugsbereich beeinträchtigten. Die Gemeinden legen zentrale Versorgungsbereiche als Haupt-, Neben- oder Nahversorgungszentren räumlich und funktional fest. Zugleich sind die Gemeinden ermächtigt, zentren- und nahversorgungsrelevante Sortimente festzulegen. Zentrenrelevante Leitsortimente sind in der Anlage zu § 24a Landesentwicklungsprogramm-Gesetz NRW aufgeführt. Auch »Sollensziele«, die einen Regelfall der landesplanerischen Bindung beschreiben, können für die Bauleitplanung verbindliche Ziele enthalten.[6] Dieses Grundkonzept landesplanerischer Steuerung entspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen und ist insbesondere mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 II 1 GG vereinbar. Die Regelung in § 24 I S. 4 LEPro NRW, wonach Hersteller-Direktverkaufszentren (Faktory-Outlet-Center) nicht mehr als 5.000 Quadratmeter Verkaufsfläche nur in Gemeinden mit mehr als 100.0000 Einwohnern ausgewiesen werden dürfen, hat der VerfGH Münster allerdings für verfassungswidrig erklärt, weil diese Beschränkungen gegen das Willkürverbot und das Verhältnismäßigkeitsprinzips verstoße.[7] Bei unterschiedlichen Raumstrukturen wie in NRW bedürfe es einer konkreten Abwägung der jeweiligen Auswirkungen eines FOC. Eine strikte Verbotsnorm greife daher unzulässig in die kommunale Selbstverwaltung ein.

Neben den Steuerungsmöglichkeiten der Landesplanung stellt auch das Recht der städtebaulichen Planung den Gemeinden ein Bündel von Instrumenten zur Verfügung, mit denen nachhaltigen städtebaulichen Entwicklungen begegnet werden kann. Bauleitpläne benachbarter Gemeinden sind nach § 2 II 1 BauGB aufeinander abzustimmen. Dabei können sich die Gemeinden auch auf ihre ihnen durch Ziele der Raumordnung zugewiesenen Funktionen sowie auf Auswirkungen auf ihre

5 *Stüer/Weers* DVBl 2006, 236. Zu den Plandivergenzen zwischen Zusicherungen und Planausweisungen *Stüer*, BauR 2006, 31.

6 *BVerwG*, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14.01 – BVerwGE 117, 351 = DVBl 2004, 239; Urt. v. 18.9.2003 – 4 CN 20.02 – BVerwGE 119, 54 = DVBl 2004, 251; *OVG Lüneburg*, Urt. v. 1.9.2005 – 1 LC 107/05 – ZfBR 2005, 809 = NordÖR 2006, 70 – Soltau, anerkannt für die Formulierung: »Neue Flächen für den großflächigen Einzelhandel sind den jeweiligen Zentralen Orten zuzuordnen. Der Umfang neuer Flächen bestimmt sich aus dem zentralörtlichen Versorgungspotenzial, den vorhandenen Versorgungseinrichtungen und der innergemeindlichen Zentrenstruktur. Die Ausweisung neuer Flächen für den großflächigen Einzelhandel ist interkommunal abzustimmen.«

7 VerfGH Münster, Urt. v. 26.8.2009 – VerfGH 18/08 – Ochtrup.

zentralen Versorgungsbereiche berufen (§ 2 II 2 BauGB). Von Innenbereichsvorhaben dürfen keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein (§ 34 III BauGB).

Großflächiger Einzelhandel mit tendenziell schädlichen städtebaulichen oder infrastrukturellen Auswirkungen ist nach § 11 III BauNVO in Kerngebiete sowie in Einzelhandelssondergebiete verwiesen. Die Gemeinden haben die Möglichkeit, die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben durch Bauleitplanung zu steuern und damit auf Städtebau und Infrastruktur Einfluss zu nehmen. Eine Gemeinde ist daher grundsätzlich berechtigt, durch einen Bebauungsplan großflächigen Einzelhandel im Plangebiet zu beschränken, um auf der Grundlage eines durch Marktforschungsgutachten getragenen *Einzelhandelskonzepts*[8] die mit erheblichen Investitionen umgestaltete Innenstadt als Einzelhandelszentrum zu festigen und auszubauen.[9]

§ 11 III BauNVO erfasst Betriebe, die entgegen dem *städtebaulichen Leitbild*, durch die Standorte des Einzelhandels eine funktionsnahe Beziehung zum Wohnen herstellen, an wohnungsfernen, verkehrlich schlecht oder nur mit dem Auto erreichbaren Standorten auf großer Fläche ein Warenangebot für den privaten Bedarf der Allgemeinheit bereithalten. Er zielt darauf ab, den Einzelhandel an den Standorten zu sichern, die in das städtebauliche Ordnungssystem funktionsgerecht eingebunden sind. Dass auf diese Weise die Wirtschaftsstruktur in den zentralen Versorgungsbereichen gestärkt wird, ist nicht Selbstzweck. Der Schutz der mittelständischen Wirtschaft dient nicht als Mittel dafür, bestimmte Wettbewerbsverhältnisse zu stabilisieren. Vielmehr soll sichergestellt werden, dass durch die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben an peripheren Standorten nicht die wirtschaftliche Existenz derjenigen Betriebe bedroht oder gar vernichtet wird, die eine verbrauchernahe Versorgung gewährleisten.[10]

Auch im *Außenbereich* ergeben sich entsprechende Beschränkungen. Die Zulassung eines Außenbereichsvorhabens kann am öffentlichen Belang des *Planungserfordernisses* scheitern. Ein solches Erfordernis liegt vor, wenn das Vorhaben einen *Koordinierungsbedarf* auslöst, dem nicht das Konditionalprogramm des § 35 BauGB, sondern nur eine Abwägung im Rahmen einer förmlichen Planung angemessen Rechnung zu tragen vermag. Besteht im Verhältnis benachbarter Gemeinden ein *qualifizierter Abstimmungsbedarf* i. S. des § 2 II 1 BauGB, so ist dies ein starkes Anzeichen dafür, dass die in § 35 III BauGB aufgeführten Zulassungsschranken nicht ausreichen, um ohne Abwägung im Rahmen einer förmlichen Planung eine Entscheidung über die Zulässigkeit des beabsichtigten Vorhabens treffen zu können. Das Erfordernis einer förmlichen Planung gehört zu den nicht benannten öffentlichen Belangen. Dieser öffentliche Belang bringt zum Ausdruck, dass die

8 *OVG Münster*, Urt. v. 25.10.2007 – 7 A 1059/06 – gesamtstädtisches Einzelhandelskonzept.

9 *VG Freiburg*, Urt. v. 24.3.2004 – 7 K 1249/03 – KommJur 2004, 192 – Einzelhandel.

10 *VGH München*, B. v. 27.6.2007 – 15 CS 07.406 – Neue Mitte Passau.

in § 35 BauGB enthaltenen Vorgaben nicht ausreichen, um eine Entscheidung über die Zulässigkeit des beabsichtigten Vorhabens treffen zu können. Von einem qualifizierten Abstimmungsbedarf ist dann auszugehen, wenn das Vorhaben die in § 11 III 1 BauNVO bezeichneten Merkmale aufweist.[11] Das im Außenbereich zu verwirklichende Vorhaben kann eine Konfliktlage mit so hoher Intensität für die berührten öffentlichen und privaten Belange auslösen, dass es die in § 35 BauGB vorausgesetzte Entscheidungsfähigkeit des Zulassungsverfahrens übersteigt. Ein derartiges Koordinierungsbedürfnis ist zu bejahen, wenn die durch das Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einen in erster Linie planerischen Ausgleich erfordern, der seinerseits Gegenstand einer abwägenden Entscheidung zu sein hat. Eine in diesem Sinne »abwägende« Entscheidung ist nach dem Gesetz weder der Genehmigungsbehörde noch der Gemeinde im Rahmen des § 36 I BauGB zugestanden. Sie kann allein in einem Bauleitplanverfahren getroffen werden.[12] Es kommt weder für das Eingreifen der Regelvermutung nach § 11 III 3 BauNVO noch für deren Widerlegung darauf an, ob der Einzelhandelsbetrieb von vornherein in der nun zu beurteilenden Größe errichtet oder ob ein bestehender Betrieb nachträglich erweitert werden soll.[13]

II. EINZELHANDELSKONZEPT DES § 11 III BAUNVO – NAHVERSORGER

Die BauNVO unterwirft Einzelhandelsnutzungen nur dann dem Regelungssystem des § 11 III BauNVO, wenn es sich um einen großflächigen Einzelhandelsbetrieb handelt. Ist der Einzelhandelsbetrieb großflächig, so erfordert das Regelungssystem des § 11 III BauNVO eine Prüfung, ob von dem Vorhaben schädliche Auswirkungen auf die in der Vorschrift benannten städtebaulichen oder infrastrukturellen Belange ausgehen. Hierfür ist eine Vermutungsgrenze von 1.200 Quadratmeter Geschossfläche aufgestellt. Wird sie unterschritten, ist das Einzelhandelsvorhaben grundsätzlich zulässig. Wird sie überschritten, geht der Verordnungsgeber grundsätzlich von schädlichen städtebaulichen oder infrastrukturellen Auswirkungen aus mit der Folge, dass das Einzelhandelsvorhaben planungsrechtlich unzulässig ist. Vorhaben, die nicht großflächig sind, fallen aus der weiteren Prüfungssystematik des § 11 III BauNVO heraus mit der Folge, dass auch vom Prinzip her schädliche Einzelhandelsnutzungen, welche die Vermutungsgrenze von 1.200 Quadratmeter Geschossfläche überschreiten, nicht an den planungsrechtlichen Zulassungsschranken des § 11 III BauNVO gemessen werden können. Je weiter daher die Grenze zur

11 *BVerwG*, Urt. v. 1.8.2002 – 4 C 5.01 – BVerwGE 117, 25 = DVBl 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken.

12 *BVerwG*, B. v. 11.8.2004 – 4 B 55.04 – BauR 2005, 832 = Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 363 – förmliche Planung.

13 *BVerwG*, B. v. 29.11.2005 – 4 B 72.05 – DVBl 2004, 460 = NVwZ 2006, 340 – Erweiterung eines großflächigen Einzelhandelsbetriebes.

Großflächigkeit eines Betriebes zahlenmäßig nach oben geht, in desto größerem Maße werden Einzelhandelsbetriebe von dem Prüfraster des § 11 III BauNVO freigestellt. Denn nicht großflächige Betriebe können auch dann planungsrechtlich zulässig sein, wenn sie nach den Maßstäben des § 11 III BauNVO schädliche Auswirkungen auf städtebauliche oder infrastrukturelle Belange haben. Aber auch unterhalb dieser Grenze kann ein Einzelhandelsbetrieb mit einer Nutzfläche von höchstens 400 Quadratmeter als »kleiner Nachbarschaftsladen« oder »Convenience-Store« ein festsetzungsfähiger Anlagentyp im Sinne vom § 1 IX BauNVO sein.[14]

Seine frühere Einzelhandelsrechtsprechung hat der 4. Senat des *BVerwG* unter Auswertung auch von Äußerungen im Schrifttum[15] inzwischen behutsam fortentwickelt, die Verkaufsfläche der Nahversorger auf *800 Quadratmeter* angehoben und der Praxis hierdurch handhabbare Maßstäbe für die Abgrenzung der Großflächigkeit von Handelsbetrieben gegeben.[16] Die Entscheidungen sind von dem Gedanken getragen, die bisherige Rechtsprechung des *BVerwG* zum Konzept des § 11 III BauGB vom Grundsatz her zu bestätigen, allerdings die Grenze für die Großflächigkeit von bisher 700 Quadratmeter Verkaufsfläche[17] bzw. bis zu 800 Quadratmeter nach Einzelfallprüfung[18] auf 800 Quadratmeter als Fixgröße anzuheben. Hierdurch soll der Praxis Klarheit gegeben und die Entscheidungsprozesse für die Genehmigung von Einzelhandelsnutzungen vereinfacht werden. Zugleich hat das *BVerwG* die bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass mehrere Einzelhandelsbetriebe grundsätzlich für sich zu betrachten sind und hinsichtlich der Flächen nicht als ein Betrieb zusammengerechnet werden dürfen. Ausnahmen sind die Einkaufszentren, die einen einheitlich geplanten, finanzierten, gebauten und auch nach außen als Einheit erscheinenden Gebäudekomplex darstellen.[19] Funktionszusammenhänge

14 *BVerwG*, B. v. 8.11.2004 – 4 BN 39.04 – DVBl 2005,196 = NVwZ 2005, 324 = BauR 2005, 513 – Convenience-Store.

15 *Hauth*, Unzulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben, BauR 2001, 1037; *Berghäuser/Berg/Brendel*, Wohnungsnahe Verbraucherversorgung oder großflächiger Einzelhandel, BauR 2002, 31; Bericht der Arbeitsgruppe »Strukturwandel im Lebensmitteleinzelhandel und § 11 III BauNVO« vom 30.4.2002, ZfBR 2002, 598; *Haaß*, Strukturwandel im Lebensmitteleinzelhandel, BauR 2002, 1795; *Kopf*, Planungsrechtliche Probleme von Einzelhandelsvorhaben, DVP 2005, 315.

16 *BVerwG*, Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 10.04 – BVerwGE 124, 364 = DVBl 2006, 448 = NVwZ 2006, 452, Vorinstanz *VGH Mannheim*, Urt. v. 13.7.2004 – 5 S 1205/03 – ZfBR 2005, 78); Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 14.04 – BVerwGE 124, 376 = DVBl 2006, 452 = NVwZ 2006, 455, Vorinstanz *OVG Frankfurt*, Urt. v. 3.11.2004 – 3 A 471/01 – ZfBR 2005, 292); Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 3.05 –, Vorinstanz *OVG Frankfurt*, Urt. v. 3.11.2004 – Parallelentscheidung; Urt. v. – 4 C 8.05 – BauR 2006, 648 = ZfBR 2006, 253, Vorinstanz *OVG Münster*, Urt. v. 25.4.2005 – 10 A 2861/04 –.

17 *BVerwG*, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 19.85 – BauR 1987, 528 = DVBl 1987, 1006.

18 *BVerwG*, B. v. 22.7.2004 – 4 B 29.04 – ZfBR 2004, 699 = DVBl 2004, 1308 = NVwZ-RR 2004, 815 = UPR 2004, 447 = NVwZ 2006, 264 mit Anm. *Sparwasser*.

19 *BVerwG*, Urt. v. 1.8.2002 – 4 C 5.01 – BVerwGE 117, 25 = DVBl 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken.

mehrerer Betriebe können nur dann zu einer einheitlichen Betrachtung der verschiedenen Einzelhandelsnutzungen führen, wenn sie bei strengen Maßstäben ausnahmsweise als funktionale Einheit erscheinen, etwa wenn untergeordnete Einzelhandelsnutzungen unter einem Dach lediglich formal aus einem Einzelhandelsbetrieb ausgegliedert werden, in Wahrheit aber als Teil eines entsprechenden Gesamtkonzeptes erscheinen.

In die Verkaufsfläche einzurechnen sind neben der eigentlichen Ladenfläche auch der Windfang, der Kassenraum, der Kassenvorraum (einschließlich eines Bereichs zum Einpacken der Ware und Entsorgen des Verpackungsmaterials), die Fleischtheken und sonstige Theken sowie der nicht integrierte Lagerraum (Lager mit Verkauf durch Zugang von Kunden).[20] Auch ein Backshop und ein Schreibwarengeschäft können unter besonderen Voraussetzungen in die einheitliche Verkaufsfläche eingerechnet werden.[21] Zwar hat sich das *BVerwG* vom Ausgangspunkt der Rechtsprechung des *OVG Münster*[22] angeschlossen, wonach es sich nach den baulichen und betrieblichen Gegebenheiten bei Nutzungen in mehreren Baukörpern grundsätzlich um selbständige bauliche Einheiten handelt. Auch unterschiedliche Nutzungen innerhalb eines Baukörpers sind grundsätzlich als selbständig zu betrachten, vor allem, wenn sie selbständig öffnen und schließen können und auch über eigenständige Nebenräume einschließlich der Sozialräume verfügen. Gleichwohl können mehrere Einzelhandelsgeschäfte unter einem Dach unter dem Blickwinkel einer funktionalen Einheit zusammenzurechnen sein, wenn es sich der Sache nach um die Ausgliederung der Betriebsteile handelt, die typischerweise in einem Einzelhandelsgeschäft einheitlich sind. Dann werden sie auch von der Verkehrsanschauung als Einheit angesehen. Eine derartige Betrachtung ist im Hinblick auf eine teleologische Auslegung des § 11 III BauNVO geboten. Dies gilt vor allem für Nutzungen, bei denen es sich um untergeordnete Ausgliederungen eines eigentlich als Einheit empfundenen Waren- und Dienstleistungsangebots handelt.

Einzelne Einzelhandelsgeschäfte sind danach in aller Regel nur dann als Einheit zu betrachten, wenn sie ein Einkaufszentrum darstellen. Eine Zusammenrechnung der Einzelhandelsflächen über den Gesichtspunkt des Funktionszusammenhangs kann nur in streng begrenzten Ausnahmefällen angenommen werden. Ein Getränkemarkt und ein Discounter sind daher vom Grundsatz auch dann gesondert zu betrachten, wenn sie sich in zwei aneinander gebauten Gebäuden befinden und ein einheitlicher Parkplatz für beide Vorhaben genutzt werden kann. Im Gegensatz zu den vom *OVG Frankfurt Oder* entschiedenen Fällen konnte daher auch aufgrund der bindenden tatsächlichen Feststellungen des *OVG Münster* ein funktionaler Zusammenhang, aus dem sich die Notwendigkeit einer einheitlichen Betrachtung er-

20 *BVerwG*, Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 10.04 – BVerwGE 124, 364 = DVBl 2006, 448 = NVwZ 2006, 452.

21 *BVerwG*, Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 14.04 und 4 C 3.05 – BVerwGE 124, 376 = DVBl 2006, 452 = NVwZ 2006, 455, wie *OVG Frankfurt*, Urt. v. 3.11.2004 – 3 A 471/01 – ZfBR 2005, 292; *Birk* VBlBW 2006, 289; *Schütz* UPR 2006, 169; *Jeromi* BauR 2006, 619.

22 *OVG Münster*, Urt. v. 25.4.2005 – 10 A 2861/04 – BauR 2005, 1602 ZfBR 2005, 572.

gab, nicht angenommen werden. Da es sich um ein Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich handelte, stand für das *OVG Münster* auch eine Prüfung nach dem § 34 III BauGB an. Danach dürfen von Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein. Derartige Auswirkungen hatte das *OVG Münster* verneint. Auch diese Ausführungen hat das *BVerwG* nicht beanstandet.

III. EINKAUFSZENTREN, GROßFLÄCHIGE EINZELHANDELSBETRIEBE

Besondere Bedeutung haben die Regelungen über die Zulässigkeit von Einkaufszentren, großflächigen Einzelhandelsbetrieben und sonstigen in ihren Auswirkungen vergleichbaren Handelsbetrieben in § 11 III BauNVO. Insbesondere seit den Siebziger Jahren hat sich die Tendenz verbreitet, auf ein gewandeltes Käuferverhalten mit großflächigen Verbrauchermärkten auf der grünen Wiese zu reagieren. § 11 III BauNVO will vor allem eine kritische Prüfung bei Einzelhandelseinrichtungen mit *zentrenrelevanten Sortimenten* erreichen.[23] Als Sortiment wird die Gesamtheit der von dem Handelsbetrieb angebotenen Waren und Warensorten verstanden. Zu dem Warenangebot gehört auch ein nach dem Charakter des Handelsbetriebs abgestuftes Sortiment an Dienstleistungen. Der typische Charakter des Betriebs wird von seinem Kernsortiment (z.B. Möbel, Nahrungsmittel, Getränke usw., Kleineisenwaren, Werkzeuge oder Bauartikel) bestimmt. Das Randsortiment dient der Ergänzung des Angebots und muss sich dem Kernsortiment deutlich unterordnen. Die Sortimentsbreite ist die Vielfalt der angebotenen Warengruppen; die Sortimentstiefe wird durch die Auswahl innerhalb der Warengruppen bestimmt. Zentrenrelevante Sortimente zeichnen sich dadurch aus, dass sie z.B. viele Innenstadtbesucher anziehen, einen geringen Flächenanspruch haben, häufig im Zusammenhang mit anderen Innenstadtnutzungen nachgefragt werden und überwiegend ohne Pkw transportiert werden können. Bei zentrenrelevanten Sortimenten sind negative Auswirkungen auf die Zentrenstruktur, insbesondere auf die Innenstadtentwicklung zu erwarten, wenn sie überdimensioniert an nicht integrierten Standorten angesiedelt werden. Nahversorgungsrelevante Sortimente sind vor allem die Waren des täglichen Bedarfs, insbesondere für die Grundversorgung an Lebensmitteln.

Zentrenrelevante Leitsortimente sind nach dem LEPro NRW: (1) Bücher/Zeitschriften/Papier/Schreibwaren, (2) Bekleidung/Lederwaren/Schuhe, (3) Unterhaltungs- und Kommunikationselektronik/Computer, Elektrohaushaltswaren (Kleingeräte), (4) Foto/Optik, (5) Haus- und Heimtextilien, Haushaltsware, Einrichtungszubehör (ohne Möbel), (6) Uhren/Schmuck, (7) Spielwaren, Sportartikel. Als *nahversorgungs- ggf. auch zentrenrelevante Sortimentsgruppen* werden eingestuft: Lebensmittel, Getränke sowie Drogerie, Kosmetik und Haushaltswaren. *In der Re-*

23 *VGH München*, B. v. 27.6.2007 – 15 CS 07.406 – Neue Mitte Passau.

gel zentrenrelevante Sortimente sind Teppich (ohne Teppichboden), Blumen, Campingartikel, Fahrräder und Zubehör, Mofas, Tiere, Tiernahrung und Zooartikel.

Der Regelung in § 11 III BauNVO unterfallen *Einkaufszentren, großflächige Einzelhandelsbetriebe* mit den in § 11 III BauNVO beschriebenen negativen Auswirkungen und *vergleichbare großflächige Handelsbetriebe*. Die BauNVO stellt für derartige Betriebe eine widerlegliche *Vermutungsgrenze* auf, die seit der BauNVO 1977 bei 1.500 Quadratmeter Geschossfläche lag und durch die BauNVO 1987 auf 1.200 Quadratmeter gesenkt worden ist. Einzelhandelseinrichtungen mit solchen negativen Auswirkungen sind grundsätzlich nur in geplanten Kerngebieten und in eigens für sie ausgewiesenen Sondergebieten oder in nichtbeplanten Innenbereichen zulässig, die hinsichtlich der in der Umgebung vorhandenen Nutzungsart einem Kerngebiet oder einem Sondergebiet gleichzustellen sind. Bei diffuser Umgebungsprägung ist eine solche Einzelhandelsnutzung nur zulässig, wenn in der Umgebung bereits eine vergleichbare Nutzung vorhanden ist, die den Umgebungsrahmen entsprechend prägt. Eine besondere Prüfung ist danach erforderlich bei

- der Errichtung und Erweiterung von Einkaufszentren, großflächigen Einzelhandelsbetrieben und sonstigen großflächigen Handelsbetrieben,
- der Erweiterung bestehender Einzelhandelsbetriebe zu großflächigen Einzelhandelsbetrieben,
- der Umwandlung eines Großhandelsbetriebes ganz oder teilweise zu einem großflächigen Einzelhandelsbetrieb im Wege der Nutzungsänderung,
- der Änderung einer in der Baugenehmigung festgeschriebenen Branche oder eines festgeschriebenen Warensortiments durch Nutzungsänderung,
- der Nutzungsänderung von vorhandenen Gebäuden zu großflächigen Einzelhandelsbetrieben und
- der Errichtung von mehreren jeweils nicht großflächigen Einzelhandelsbetrieben in räumlicher Nähe und zeitlichem Zusammenhang (Agglomeration).[24]

Ein *Einkaufszentrum* i. S. des § 11 III 1 Nr. 1 BauNVO setzt im Regelfall einen von vornherein einheitlich geplanten, finanzierten, gebauten und verwalteten Gebäudekomplex mit mehreren Einzelhandelsbetrieben verschiedener Art und Größe – zumeist verbunden mit Dienstleistungsbetrieben – voraus. Sollen mehrere Betriebe ohne eine solche Planung ein Einkaufszentrum im Rechtssinne darstellen, so ist hierfür außer ihrer engen räumlichen Konzentration ein Mindestmaß an äußerlich in Erscheinung tretender gemeinsamer Organisation und Kooperation erforderlich, welche die Ansammlung mehrerer Betriebe zu einem planvoll gewachsenen und aufeinander bezogenen Ganzen werden lässt.[25]

24 So der Gemeinsame Runderlass des Ministeriums für Stadtentwicklung, Kultur und Sport v. 7.5.1998, Ansiedlung von Einzelhandelsgroßbetrieben; Bauleitplanung und Genehmigung von Vorhaben (Einzelhandelserlass), (MBl. NW v. 20.6.1996).

25 *BVerwG*, Urt. v. 27.4.1990 – 4 C 16.87 – DVBl 1990, 1110 = DÖV 1990, 748 = UPR 1990, 340 = BauR 1990, 573 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 949 – Einkaufszentrum; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdn. 586.

In Übereinstimmung mit dem allgemeinen *Sprachgebrauch* ist ein Einkaufszentrum im Rechtssinne daher nur dann anzunehmen, wenn eine *räumliche Konzentration* von Einzelhandelsbetrieben verschiedener Art und Größe vorliegt, die entweder einheitlich geplant ist oder sich doch in anderer Weise als gewachsen darstellt. Diese Zusammenfassung kann in organisatorischen oder betrieblichen Gemeinsamkeiten, wie etwa in gemeinsamer Werbung oder einer verbindenden Sammelbezeichnung, zum Ausdruck kommen. Nur durch solche äußerlich erkennbaren Merkmale ergibt sich für die Anwendung mehrerer Betriebe zu einem Zentrum zugleich die erforderliche Abgrenzung zu einer beliebigen Häufung von jeweils für sich planungsrechtlich zulässigen Einzelhandelsbetrieben auf mehr oder weniger engem Raum.[26] Handelt es sich i. S. dieser Abgrenzungskriterien um ein Einkaufszentrum, so ist eine solche Einrichtung nur in einem Kerngebiet oder in einem Sondergebiet »Einkaufszentrum« zulässig. Der Prüfung von zusätzlichen negativen Auswirkungen (§ 11 III 2 bis 4 BauNVO) bedarf es in diesen Fällen nicht.

Zu den Einkaufszentren gehören auch die sog. *Factory-Outlet-Center*. Es handelt sich dabei um einen Direktverkauf zumeist hochwertiger Waren unter Umgehung des Großhandels.[27] Die Waren werden entweder von einer Fabrik oder von mehreren Produzenten direkt vermarktet. Bei der Planung und Genehmigung solcher Zentren sind städtebauliche und auch nachbargemeindliche Belange zu berücksichtigen. *Beschränkungen* der sog. Factory-Outlet-Center bereits durch die *Landesplanung* sind auf der Grundlage des Landesplanungsrechts durchaus zulässig.[28] Gehen die städtebaulichen Auswirkungen von Hersteller-Direktverkaufszentren insbesondere wegen der Größe dieser Betriebe, der Zentrenrelevanz ihres Kernsortiments und der Reichweite ihres Einzugsbereichs über die Auswirkungen der üblichen Formen des großflächigen Einzelhandels hinaus, kann es gerechtfertigt sein, sie landesplanerisch einer im Vergleich zum sonstigen großflächigen Einzelhandel strengeren Sonderregelung zu unterwerfen und nur in Oberzentren an städtebaulich integrierten Standorten zuzulassen.[29] Der VerfGH Münster[30] hat zwar ein generel-

26 *BVerwG*, Urt. v. 27.4.1990 – 4 C 16.87 – Buchholz 406.12 §11 BauNVO Nr. 16 – Einkaufszentrum; B. v. 15.2.1995 – 4 B 84.94 – Einkaufszentrum.

27 *BVerwG*, Urt. v. 1.8.2002 – 4 C 5.01 – BVerwGE 117, 25 = DVBl 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken; *VG Neustadt*, B. v. 29.9.1998 – 2 L 2138/98.NW – NVwZ 1999, 101 = GewArch. 1999, 84 – Designer-Outlet-Center.

28 *OVG Lüneburg*, Urt. v. 1.9.2005 – 1 LC 107/05 – ZfBR 2005, 809 = NdsVBl 2006, 71 = NordÖR 2006, 70 = BRS 69 Nr. 6 (2005) – Hersteller-Direktverkaufszentren – Soltau.

29 *BVerwG*, B. v. 8.3.2006 – 4 B 75.05 – ZfBR 2006, 352 = UPR 2006, 236 = DVBl 2006, 772 = BauR 2006, 1087 = NVwZ 2006, 932, m. Anm. *Gatz*, jurisPR-BVerwG 13/2006 Anm. 5 – Hersteller-Direktverkaufszentren; *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 12.5.2006 – 12 A 28.05 – LKV 2007, 32 = DVBl 2006, 1123 (LS) – großflächige Einzelhandelsbetriebe; *VGH Kassel*, Urt. v. 25.9.2006 – 9 N 844/06 – ZfBR 2007, 161 = NVwZ-RR 2007, 298 = BauR 2007, 759 (LS) – großflächiger Einzelhandel; allerdings auch *BVerwG*, B. v. 28.12.2005 – 4 BN 40.05 – 4 BN 41-44.05 – NVwZ 2006, 458 = BauR 2006, 802 = NuR 2006, 296 = DVBl 2006, 462 (LS) – CentrO Oberhausen zu *OVG Münster* Urt. v. 6.6.2005 – 10 D 145.04. NE, 10 D 148.04. NE – BauR 2005, 1577. Eine entsprechende Rechtfertigung verlangt VerfGH Münster, Urt. v. 26.8.2009 – VerfGH 18/08 – Ochtrup.

les, gesetzlich geregeltes, ausnahmsloses Verbot, wonach Hersteller-Direktverkaufszentren mit mehr als 5.000 Quadratmeter Verkaufsfläche nur in Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnern ausgewiesen werden dürfen, wegen Verstoßes gegen die kommunale Planungshoheit für verfassungswidrig erklärt und dies mit den unterschiedlichen Raumstrukturen in NRW begründet. Der Gesetzgeber ist aber nicht gehindert, eine Regelvermutung im Sinne einer solchen Verbotsnorm anzuordnen und für Planungen in kleineren kommunalen Einheiten den Nachweis der Gemeinde zu verlangen, dass diese gesetzliche Vermutung widerlegt ist.

Bei einer stufenweisen Verwirklichung eines FOC sind die späteren Bauabschnitte rechtlich als Änderung der bestehenden und nicht als Neuerrichtung einer selbstständigen Anlage zu werten. Nachbargemeinden können eine Genehmigung für ein FOC mit der Begründung anfechten, das Vorhaben führe zu unmittelbaren Auswirkungen gewichtiger Art auf ihre städtebauliche Entwicklung und Ordnung und verstoße daher gegen § 2 II BauGB. Das gilt unabhängig davon, ob die Genehmigung auf §§ 30, 33 oder 35 BauGB beruht. Befürchtet die Nachbargemeinde eine Schädigung der städtebaulichen Situation ihrer Innenstadt, kommt es für eine Verletzung des § 2 II BauGB entscheidend auf die durch das Vorhaben bewirkte Umsatzumverteilung zu Lasten des innerstädtischen Einzelhandels sowie die Möglichkeit und Zumutbarkeit von Anpassungsmaßnahmen an.[31]

Die *Regelvermutung* in § 11 III 1 BauNVO kann nicht in der Weise »ausgehebelt« werden, dass die tatsächlichen Auswirkungen eines großflächigen Einzelhandelsbetriebs, deren Vorliegen kraft rechtlicher Anordnung vermutet wird, zum Gegenstand einer richterlichen Beweisaufnahme gemacht werden. Die großflächigen Einzelhandelsbetriebe, die vom Typ her, d. h. im Regelfall, die Auswirkungen haben, die § 11 III 2 BauNVO beispielhaft benennt, sind bei Überschreitung einer Geschossfläche von 1.200 Quadratmeter in Folge der Regelvermutung außerhalb von Kern- und Sondergebieten unzulässig. Im Grundsatz auf der gleichen Ebene liegt die typisierende Umschreibung der Nutzungsarten in den Baugebieten der §§ 2 bis 9 BauNVO. Die Vermutungsregel in § 11 III 3 BauNVO hat zwar auch den Zweck, Genehmigungsbehörden und Verwaltungsgerichte nach Art einer Beweiserleichterung im Einzelfall von schwierigen Ermittlungen bei der Überprüfung der Auswirkungen eines großflächigen Einzelhandelsbetriebes zu entlasten. Darin erschöpft sich ihre rechtliche Bedeutung jedoch nicht. In ihrem Anwendungsbereich stellt die Vermutungsregel eine Zulässigkeitsschranke auf, die für Genehmigungsbehörden und Gerichte gleichermaßen verbindlich ist.[32]

30 VerfGH Münster, Urt. v. 26.8.2009 – 18/08 – Ochtrup.

31 *OVG Koblenz*, Urt. v. 8.1.1999 – 8 B 12650/98 – NVwZ 1999, 435 = UPR 1999, 154 = BauR 1999, 367 = GewArch. 1999, 213 = NJW 1999, 1495.

32 *BVerwG*, B. v. 9.7.2002 – 4 B 14.02 – ZfBR 2002, 805 = BauR 2002, 1825. Zur Festsetzung der höchstzulässigen Einzelhandels-Verkaufsfläche in einem Sondergebiet *OVG Koblenz*, Urt. v. 11.7.2002 – 1 C 10098/02 – NVwZ-RR 2003, 93 = BRS 65 (2002) Nr. 40 – flächenbezogener Schallleistungspegel.

Unterlässt die Gemeinde die gebotenen *Ermittlungen* zu den Auswirkungen auf Infrastruktur und Städtebau, ist der Bebauungsplan unwirksam. Er kann allerdings in der Regel durch Anreicherung des Abwägungsmaterials nach § 214 IV BauGB in einem ergänzenden Verfahren geheilt werden.[33] Dabei stellt das materielle Abstimmungsgebot zwischen den Gemeinden einen Unterfall des *Abwägungsgebots* des § 1 VII BauGB dar, sodass Verstöße gegen das materielle interkommunale Abstimmungsgebot Abwägungsfehler sind. Ergebnisrelevanz liegt vor, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel im Planungsvorgang die Planung anders ausgefallen wäre.[34] Eine Nachbargemeinde kann sich auch gegen eine Einzelgenehmigung auf Grund eines weder formal noch materiell abgestimmten Bebauungsplans wenden, wenn in qualifizierter Weise durch den Vorhabenträger auf den Inhalt des Bebauungsplans der planenden Gemeinde Einfluss genommen worden ist und sich dies als »Weichenstellung« in Richtung auf die Zulassungsentscheidung darstellt.[35]

Befürchtet die *Nachbargemeinde* eine Schädigung der städtebaulichen Situation ihrer Innenstadt, kommt es für die Verletzung des Gebotes der interkommunalen Abstimmung entscheidend auf die durch das Vorhaben bewirkte Umsatzverteilung zulasten des innerstädtischen Einzelhandels sowie die Möglichkeit und Zumutbarkeit von Anpassungsmaßnahmen an.[36] Allein der Verweis auf eine Einschätzung politischer Kreise, dass von Factory-Outlet-Centern städtebauliche Gefahren ausgehen, reicht für die Zulässigkeit einer interkommunalen Nachbarklage allerdings nicht aus, weil pauschale Bewertungen oder politische Vorstellungen die rechtlich gebotene, einzelfallbezogene Betrachtung nicht ersetzen können. Der Nachweis entsprechender Beeinträchtigungen kann allerdings dadurch erschwert sein, dass neben dem Factory-Outlet-Center auch andere Fremdfaktoren die städtebauliche Ordnung der Nachbargemeinde stören.[37] Nachbargemeinden haben bei der Aufstellung von Bauleitplänen im Rahmen der interkommunalen Abwägung den Anspruch auf Abwägung ihrer berechtigten kommunalen Belange. Dabei können sich die Nachbargemeinden auch auf die ihnen durch die Ziele der Raumordnung zugewiesenen Funktionen sowie auf Auswirkungen auf ihre zentralen Versorgungsbereiche berufen (§ 2 II BauGB). Durch diese vom EAG Bau 2004 bewirkte Ergänzung sollen neben den interkommunalen Belangen auch die Belange der

33 A. A. *VGH München*, Urt. v. 3.5.1999 – 1 N 98.1021 – DVBl 1999, 1293 = GewArch. 1999, 432 – Ingolstadt; *Stüer/Rude* ZfBR 2000, 85.

34 *VGH München*, Urt. v. 3.5.1999 – 1 N 98.1021 – DVBl 1999, 1293 = UPR 1999, 393 = StuGR 1999, 34 = GewArch. 1999, 432 – FOC Ingolstadt. Zur interkommunalen Abstimmung bei der Ausweisung eines Sondergebietes für großflächigen Einzelhandel *VG Potsdam*, B. v. 7.5.1999 – 5 L 950/98 – BauR 1999, 1146.

35 *OVG Weimar*, Urt. v. 17.6.1998 – 1 KO 1040/97 – ZfBR 1999, 173.

36 *OVG Koblenz*, B. v. 8.1.1999 – 8 B 12650/98 – UPR 1999, 154; *VG Neustadt*, B. v. 29.9.1998 – 2 L 2138/98.NW – NVwZ 1999, 101 = GewArch. 1999, 84 – Designer-Outlet-Center.

37 *OVG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 16.12.1998 – 3 B 116/98 – NVwZ 1999, 434 = BauR 1999, 613; *Otting* DVBl 1999, 595.

Raumordnung sowie die Belange der zentralörtlichen Versorgung zum Bestandteil der nachbargemeindlichen Wehrfähigkeit werden.

Die weiteren in § 11 III BauNVO erwähnten *Einzelhandelsbetriebe* und vergleichbaren Handelsbetriebe unterfallen der Sonderregelung des § 11 III BauNVO nur, wenn sie *großflächige Einrichtungen* sind, von denen die in § 11 III BauNVO bezeichneten nachteiligen Auswirkungen ausgehen. Einzelhandelsbetriebe sind Betriebe, die ausschließlich oder überwiegend an letzte Verbraucher verkaufen. Die Großflächigkeit beginnt dort, wo üblicherweise die der wohnungsnahen Versorgung dienenden Einzelhandelsbetriebe ihre Obergrenze findet.[38] Zu den großflächigen Einzelhandelsbetrieben gehören insbesondere Verbrauchermärkte, Warenhäuser, Kaufhäuser, Selbstbedienungswarenhäuser, Supermärkte, Factory-Outlet-Center und auch Fachmärkte wie Möbelmärkte, Baumärkte, Auto- und Gartencenter, Hobby und Do-it-yourself-Center u. dgl. mit mehr als 800 Quadratmeter Verkaufsfläche. Damit wird eine Vielzahl von Handelsbetrieben erfasst, die nach der Art ihrer Nutzung – soweit sie nicht großflächig sind – auch im Mischgebiet, Dorfgebiet oder Kerngebiet zulässig sind. Bei der Entscheidung, ob es sich um einen großflächigen Betrieb handelt, muss zunächst die Verkaufsfläche ermittelt werden. Ist der Betrieb danach großflächig, schließt sich die Prüfung der nachteiligen Auswirkungen i. S. des § 11 III BauNVO an.[39] Merkmale wie aggressive Preispolitik, Tendenz zum Verkauf größerer Mengen oder Angebot auch von Lebensmitteln sind keine begrifflichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verbrauchermarktes, sondern Beschreibungen von Erscheinungsformen großflächiger Einzelhandelsbetriebe, deren Auswirkungen häufig städtebauliche Bedeutung gewinnen.[40]

Mit dem Merkmal der *Großflächigkeit* unterscheidet die BauNVO Einzelhandelsbetriebe, die wegen ihres angestrebten größeren Einzugsbereichs – wenn nicht in Sondergebiete – in Kerngebiete gehören, von den Läden und Einzelhandelsbetrieben der wohnungsnahen Versorgung der Bevölkerung, die in die ausschließlich, überwiegend oder zumindest auch dem Wohnen dienenden Gebiete gehören und dort typischerweise auch zu finden sind. Folglich beginnt die Großflächigkeit dort, wo üblicherweise die Größe solcher der wohnungsnahen Versorgung dienender Einzelhandelsbetriebe, gelegentlich auch Nachbarschaftsläden genannt, ihre Obergrenze findet.[41] Das *BVerwG* brauchte aus Anlass des damals (1987) zu entscheidenden Falles nicht abschließend zu klären, wo nach dem damaligen Einkaufsverhalten der Bevölkerung und den Gegebenheiten im Einzelhandel die Verkaufsflächen-Obergrenze für Einzelhandelsbetriebe der wohnungsnahen Versorgung

38 Gemeinsamer Runderlass der Ministerien für Bauen und Verkehr sowie Wirtschaft, Mittelstand und Energie NRW v. 22.9.2008, Ansiedlung von Einzelhandelsbetriebben; Bauleitplanung und Genehmigung von Vorhaben (Einzelhandelserlass 2008).

39 *Fickert/Fieseler*, § 11 Rdn. 19.9.

40 *BVerwG*, B. v. 25.7.1986 – 4 B 144.86 – NVwZ 1987, 50 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 942 – Möbeleinzelhandel.

41 *BVerwG*, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 19.85 – BauR 1987, 528 = DVBl 1987, 1006 = NVwZ 1987, 1076 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 943 – Nachbarschaftsladen.

liegt. Sie ist inzwischen durch das *BVerwG* auf *800 Quadratmeter Verkaufsfläche* festgesetzt worden.[42] Dabei ist die Frage eines großflächigen Einzelhandelsbetriebes für eine kleine Gemeinde nicht anders zu beantworten als für eine Großstadt und dort nicht anders für den Ortsteil A als für den Ortsteil B. Ob es sich um einen einzigen oder um mehrere Betriebe handelt, bestimmt sich nach baulichen und betrieblich-funktionellen Gesichtspunkten. Ein Einzelhandelsbetrieb ist nur dann als selbstständig anzusehen, wenn er unabhängig von anderen Betrieben genutzt werden kann und deshalb als eigenständiges Vorhaben genehmigungsfähig wäre. Dies ist bei einem Betrieb zu bejahen, der über einen eigenen Eingang, eine eigene Anlieferung und eigene Personalräume verfügt.[43] Ist innerhalb eines Gebäudes die Betriebsfläche baulich in mehrere selbstständig nutzbare betriebliche Einheiten unterteilt, bilden diese Einheiten gleichwohl einen Einzelhandelsbetrieb i. S. des § 11 III BauNVO, wenn die Gesamtfläche durch einen Einzelhandelsbetrieb als Hauptbetrieb geprägt wird und auf den baulich abgetrennten Flächen zu dessen Warenangebot als Nebenleistung ein Warenangebot hinzutritt, das in einem inneren Zusammenhang mit der Hauptleistung steht, diese jedoch nur abrundet und von untergeordneter Bedeutung bleibt.[44]

Die Verkaufsfläche des Einzelvorhabens bleibt daher auch maßgebend, wenn dieses in räumlicher Nähe anderer Einzelhandelsbetriebe errichtet werden soll, diese aber insgesamt den Begriff des geplanten oder faktischen Einkaufszentrums (§ 11 III 1 Nr. 1 BauNVO) nicht erfüllen. Denn § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO deckt nicht die summierende Betrachtungsweise der Verkaufsflächen von nebeneinanderliegenden Einzelhandelsbetrieben[45] zur Großflächigkeit. Der Begriff der Funktionseinheit ist – jedenfalls seitdem jeweils mehrere Discounter bzw. Einzelhandelsbetriebe als direkte Konkurrenten die räumliche Nähe suchen – ungeeignet, die Agglomeration von Einzelhandelsbetrieben zum Zwecke der Sortimentsergänzung zu erklären und eine Addition der Verkaufsflächen zur Großflächigkeit i. S. des § 11 III 1 Nr. 2 BauNVO zu rechtfertigen. Etwas anderes kann nur dann ausnahmsweise gelten,

42 *BVerwG*, Urt. v. 22. 5. 1987 – 4 C 19.85 – BauR 1987, 528 = NVwZ 1987, 1076 = DVBl 1987, 1006 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 943; Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 10.04 – BVerwGE 124, 364 = DVBl 2006, 448 = NVwZ 2006, 452 = BauR 2006, 639; Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 14.04 – BVerwGE 124, 376 = DVBl 2006, 452 = NVwZ 2006, 455 = BauR 2006, 644 – Backshop und Laden für Toto/Lotto, Zeitschriften und Schreibwaren; Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 3.05, 4 C 8.05 –BauR 2006, 648; *Schütz* UPR 2006, 169; vgl. auch *VGH Mannheim*, Urt. v. 10.7.2006 – 3 S 2309/05 – ESVGH 57, 59 (LS) = UPR 2006, 459 = ZfBR 2006, 784 = NVwZ-RR 2007, 233 – Lebensmittelmarkt auf ehemaligem Kasernengrundstück; vgl. *VG Lüneburg*, Urt. v. 15.6.2006 – 2 A 140/05 –; *Jeromin* BauR 2006, 619; *Gatz*, jurisPR-BVerwG 7/2006 Anm. 4; *Birk* VBlBW 2006, 289.

43 *BVerwG*, Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 8.05 – UPR 2006, 156 = BauR 2006, 648 = DVBl 2006, 462 (LS) – Getränkemarkt neben einem Lebensmittel-Discount-Markt; m. Anm. *Gatz*, jurisPR-BVerwG 7/2006 Anm. 4; *Jeromin* BauR 2006, 619; *Schütz*, UPR 2006, 169 – eigenständiger Betrieb und Nebenbetrieb; Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 10.04 –.

44 *BVerwG*, Urt. v. 24.11.2005 – 4 C 14.04 – BVerwGE 124, 376 = DVBl 2006, 452 – Backshop und Laden für Toto/Lotto, Zeitschriften und Schreibwaren.

45 *BVerwG*, Urt. v. 4.5.1988 – 4 C 34.86 – BRS 48 Nr. 37.

wenn ein einheitliches, an sich großflächiges Einzelhandelskonzept[46] unter dem Aspekt der Umgehung in kleinteilige Fachmärkte zerlegt wird.[47]

Einkaufszentren und in diesem Sinne *großflächige Einzelhandelsbetriebe* sowie vergleichbare Handelsbetriebe werden in Kerngebiete und Sondergebiete verwiesen, wenn sie die in § 11 III BauNVO bezeichneten nachteiligen städtebaulichen und infrastrukturellen Auswirkungen haben. Die in § 11 III BauNVO enthaltene Vermutungsgrenze von 1.200 Quadratmeter Geschossfläche indiziert, dass bei *Überschreitung* der *Vermutungsgrenze nachteilige Auswirkungen* bestehen, während bei Unterschreitung der Grenze davon regelmäßig nicht ausgegangen werden kann. Die Rechtsprechung hat dabei hervorgehoben, dass die Überschreitung der Vermutungsgrenze negative Auswirkungen i. S. des § 11 III BauNVO indiziert und Bedenken von demjenigen ausgeräumt werden müssen, der sich auf die Zulässigkeit einer solchen Nutzung beruft.[48] Dabei gilt die Regelvermutung des § 11 III 3 BauNVO auch bei einer nur geringfügigen Überschreitung der Geschossfläche, selbst wenn die Verkaufsfläche etwas unter 1.000 Quadratmeter liegt.[49] Betriebliche Besonderheiten, die von der typischen Fallgestaltung abweichen, sind insbesondere gegeben:[50]

- bei Artikeln, die üblicherweise mit handwerklichen Dienstleistungen angeboten werden (wie Kfz-Handel mit Werkstatt),
- bei Artikeln, die in einer gewissen Beziehung zu gewerblichen Nutzungen stehen wie bei Baustoffhandel oder Büromöbelhandel.

Abweichungen der konkreten städtebaulichen Situation können beispielsweise darin bestehen,

- dass der Einzugsbereich des Betriebs im Warenangebot bisher unterversorgt war und innerhalb des Einzugsbereichs des Betriebs zentrale Versorgungsbereiche an anderen Standorten nicht bestehen und auch nicht vorgesehen sind oder
- der Betrieb in zentraler und für die Wohnbevölkerung gut erreichbarer Lage (städtebaulich integriert) errichtet werden soll, jedoch nur, wenn ein etwa vor-

46 *OVG Münster*, Urt. v. 25.10.2007 – 7 A 1059/06 – gesamtstädtisches Einzelhandelskonzept.

47 *OVG Münster*, Urt. v. 25.4.2005 – 10 A 2861/04 – ZfBR 2005, 572 = BauR 2005, 1602 = BauR 2005, 1366 (LS) = DVBl 2005, 1060 (LS).

48 *BVerwG*, B. v. 22.5.1987 – 4 N 4.86 – BVerwGE 77, 308 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 883.

49 *BVerwG*, B. v. 28.7.1989 – 4 B 18.89 – NVwZ-RR 1990, 230 = BauR 1989, 704; Urt. v. 3.2.1984 – 4 C 25.82 – BVerwGE 68, 360 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 311; Urt. v. 3.2.1984 – 4 C 17.82 – BVerwGE 68, 369 – Verbrauchermarkt; Urt. v. 3.2.1984 – 4 C 54.80 – BVerwGE 68, 342; Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 30.86 – ZfBR 1987, 256 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 944; Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 6 u. 7.85 – NVwZ 1987, 1078 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 945; Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 77.84 – BVerwGE 77, 317 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 946; B. v. 18.12.1989 – 4 NB 26.89 – DÖV 1990, 477 = NVwZ-RR 1990, 229 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 888.

50 Einzelhandelserlass NRW 2008 (Fnte. 38).

handenes Zentrenkonzept oder die angestrebte Zentrenstruktur dadurch nicht gestört wird.

§ 11 III 2 BauNVO nennt beispielhaft als *negative Auswirkungen* schädliche Umwelteinwirkungen, Auswirkungen auf die infrastrukturelle Ausstattung, auf den Verkehr, auf die Versorgung der Bevölkerung, auf die Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden, auf das Orts- und Landschaftsbild und auf den Naturhaushalt. *Schädliche Umwelteinwirkungen* können sich vor allem durch einwirkende Immissionen wie etwa starker Zu- und Abfahrtsverkehr oder eine Zunahme von Lärm- und Abgasbelastungen in Wohnstraßen ergeben. Auswirkungen auf die *infrastrukturelle Ausstattung* liegen insbesondere vor, wenn die ordnungsgemäße straßenmäßige Anbindung des Vorhabens nicht gewährleistet ist bzw. das vorhandene Verkehrsnetz nach seiner Konzeption und Leistungsfähigkeit z.B. mit Einrichtungen des öffentlichen Personennahverkehrs nicht auf das Vorhaben ausgerichtet ist. Auswirkungen auf den *Verkehr* sind anzunehmen, wenn vorhandene Verkehrseinrichtungen durch den vom Vorhaben zusätzlich ausgehenden Verkehr überlastet bzw. ihrer bestimmungsgemäßen Nutzung entzogen werden oder wenn Verkehrsbehinderungen auftreten, etwa weil Wohnstraßen zu Durchgangsstraßen werden. Auswirkungen auf die *Versorgung der Bevölkerung* können dadurch entstehen, dass durch neue Kaufkraftbindung an anderen Standorten Umsatzeinbußen und Geschäftsaufgaben drohen. Anhaltspunkte insbesondere für eine Gefährdung der Nahversorgung können sich daraus ergeben, dass die nur einmal umsetzbare Kaufkraft der Bevölkerung im Einzugsbereich des Betriebes und der vorhandenen Verkaufsflächen je Einwohner unter Berücksichtigung der Sortimentsverteilung und der Flächenproduktivität gegenübergestellt wird. Auswirkungen auf die *Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche* können sich in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden insbesondere auf das Stadtzentrum oder die Neben- und Grundversorgungszentren in den Stadtteilen aber auch auf Ortszentren ergeben. Dies gilt vor allem dann, wenn in diesen Zentren oder Ortsteilen öffentliche Mittel gebunden sind. Auswirkungen auf das *Orts- und Landschaftsbild* bestehen vor allem, wenn sich das Vorhaben nicht in den vorhandenen städtebaulichen oder landschaftlichen Rahmen einfügt.[51]

Bei der Beurteilung der Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden sind die *Ziele der Raumordnung* zu beachten und die *Grundsätze* und *sonstigen Erfordernisse der Raumordnung* zu berücksichtigen. Die Einzelhandelsentwicklung soll der *zentralörtlichen Gliederung* entsprechen, die ein Netz funktional miteinander verbundener Gemeinden darstellt. Einzelhandelseinrichtungen sollen den Siedlungsschwerpunkten räumlich zugeordnet sein. Kriterien dafür sind die Vermeidung einer isolierten Lage am Rande eines Siedlungsschwerpunktes, die Sicherung einer siedlungsräumlichen Konzentration

51 Einzelhandelserlass NRW 2008 (Fnte. 38); *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdn. 586.

und eine möglichst ausgewogene und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung.[52] Als weitere *Grundsätze der Raumordnung* können etwa zu berücksichtigen sein: Die Entwicklung der räumlichen Struktur entsprechend den Erfordernissen des Umweltschutzes und den infrastrukturellen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Erfordernissen, eine sparsame und schonende Inanspruchnahme der Naturgüter (vgl. auch § 1 a II 1 BauGB) und der Grundsatz der Nachhaltigkeit (vgl. auch § 1 V 1 BauGB), Strukturverbesserungen in Verdichtungsgebieten und die Entwicklung des ländlich strukturierten Raumes entsprechend der jeweiligen Tragfähigkeit sowie funktionsgerechte Verkehrsverbindungen, d. h. Haltepunkte des öffentlichen Personennahverkehrs an den Einzelhandelsstandorten. Hinzu treten folgende *Grundsätze*: Vorrang der Innenentwicklung vor der Außenentwicklung, kurzwegige Anbindung an den öffentlichen Personennahverkehr und die Integration in die Stadtentwicklungsplanung. Dabei wird besonderer Wert auch auf die *Kooperation der Gemeinden* untereinander und auf die Eignung für die interkommunale Zusammenarbeit gelegt.[53]

IV. INTERKOMMUNALE ABSTIMMUNG

Will eine Gemeinde einen Bebauungsplan mit dem Inhalt eines Einzelhandels-Sondergebietes aufstellen, ist eine *interkommunale Abstimmung* erforderlich, wenn Auswirkungen gewichtiger Art auf die Planung der Nachbargemeinde nicht ausgeschlossen werden können. Dies gilt auch dann, wenn die Nachbargemeinde noch nicht über entgegenstehende Bebauungspläne verfügt oder entsprechende Aufstellungsbeschlüsse gefasst hat. Insofern gehen die Rechte der Nachbargemeinde auf die interkommunale Abstimmung über die Mitwirkungs- und Abwehrrechte der Nachbargemeinde gegenüber Maßnahmen der privilegierten Fachplanung hinaus.[54] Die Widerlegung der Regelvermutung erfordert eine Einzelfallbetrachtung. Dabei kann die jeweilige Nutzungsart eine besondere Rolle spielen.

So kann ein großflächiger Möbelmarkt mit einer Geschossfläche von 1.800 Quadratmeter in einem Gewerbegebiet durchaus zulässig sein, während ein Lebensmittelmarkt mit einer Geschossfläche von 1.100 Quadratmeter bereits nachteilige Auswirkungen auf die in § 11 III BauNVO genannten städtebaulichen und infrastrukturellen Belange haben kann und dann dort unzulässig wäre.

52 Einzelhandelserlass NRW 2008 (Fnte. 38).
53 Einzelhandelserlass NRW 2008 (Fnte. 38).
54 *BVerwG*, Urt. v. 8.9.1972 – IV C 17.71 – BVerwGE 40, 323 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 135 – Krabbenkamp; Urt. v. 15.12.1989 – 4 C 36.86 – BVerwGE 84, 209 = DVBl 1990, 427 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 136.

Beabsichtigt die Gemeinde, ein großflächiges Einzelhandelsprojekt auszuweisen,[55] so sieht der Einzelhandelserlass NRW hierfür ein *formalisiertes Verfahren* vor.[56] Die Gemeinde hat vor Ausweisung eines Kern- oder Sondergebietes i. S. des § 11 III BauNVO bei der zuständigen Regionalplanungsbehörde anzufragen, ob Ziele der Raumordnung oder Landesplanung der beabsichtigten Plandarstellung entgegenstehen. Dazu sind von der Gemeinde entsprechende Angaben zum Vorhaben beizubringen. Die Träger öffentlicher Belange einschließlich der Industrie- und Handelskammern und ggf. sonstiger fachkundiger Institutionen (Einzelhandelsverbände) sind zu beteiligen. Als Grundlage für konkrete Planungsvorhaben wird den Gemeinden empfohlen, ein gemeindliches *Einzelhandelskonzept*[57] aufzustellen, in dem die Entwicklungsziele für den Einzelhandel dargelegt sind. Auch wird empfohlen, wegen der besonderen Bedeutung der zentrenrelevanten Einzelhandelsflächen bereits im Flächennutzungsplan Kerngebiete und nicht lediglich gemischte Bauflächen darzustellen. Bei der Darstellung von Sondergebieten sollte bereits die Geschossflächenzahl angegeben werden. Kerngebiete sollten im Bebauungsplan nur ausgewiesen werden, wenn neben den Einzelhandelsflächen i. S. von § 11 III BauNVO auch andere kerngebietstypische Einrichtungen vorgesehen sind. Ansonsten sind im Bebauungsplan Sondergebiete mit einer speziellen Zweckbestimmung und konkreten Festsetzungen auszuweisen. Einzelhandel in sonstigen Baugebieten ist nur beschränkt zulässig. Hier können sich zusätzliche (einschränkende) Festsetzungen nach § 1 IV bis IX BauNVO empfehlen.[58] Ein das Zentrenkonzept bzw. Gewerbeflächenkonzept einer Gemeinde umsetzender Bebauungsplan ist dabei nicht schon dann abwägungsfehlerhaft, wenn die Gemeinde zuvor von diesem Konzept in Einzelfällen abgewichen ist.[59]

Das interkommunale Abstimmungsgebot bezieht sich traditionell als Bestandteil der kommunalen Planungshoheit auf städtebauliche Belange. Es wird durch *§ 2 II 2 BauGB* auf *raumordnerische Belange* erweitert. Die Regelung geht bereits zurück auf Überlegungen der Unabhängigen Expertenkommission zur Novellierung des BauGB. Soweit Ziele der Raumordnung einer Gemeinde eine bestimmte, den Standortwettbewerb mit anderen Gemeinden begünstigende Funktion zuweisen,[60] soll diese Funktion der gemeindlichen Planungshoheit zugerechnet werden und damit verteidigungsfähig sein. Die Ziele der Raumordnung können belastende und

55 Zur Erweiterung von Einzelhandelsbetrieben *VGH Mannheim*, Urt. v. 12.8.2005 – 5 S 2363/04 – ESVGH 56, 62 (LS) = VBlBW 2006, 106 = ZfBR 2006, 265 (LS); im Anschluss an Urt. v. 22.7.2004 – 5 S 1205/03 –.

56 Einzelhandelserlass NRW 2008 (Fnte. 38); vgl. auch § 24 a Landesentwicklungsprogramm-Gesetz NRW und die Sortimentsliste dort in der Anlage.

57 *OVG Münster*, Urt. v. 25.10.2007 – 7 A 1059/06 – gesamtstädtisches Einzelhandelskonzept.

58 Einzelhandelserlass NRW 2008 (Fnte. 38).

59 *VGH Mannheim*, Urt. v. 31.7.2007 – 5 S 2103/06 – BauR 2007, 1937 (LS) – Abweichung vom Zentrenkonzept.

60 *BVerwG*, Urt. v. 15.5.2003 – 4 CN 9.01 – UPR 2003, 358 = NVwZ 2003, 1263 – Stuttgarter Landesmesse.

begünstigende Wirkungen haben, zum einen für die einzelne Gemeinde, zum anderen aber auch im Verhältnis der Gemeinden untereinander. Dies legt es nahe, neben den verpflichtenden § 1 IV BauGB, nach dem die Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen sind, auch eine berechtigende Vorschrift zu stellen. Aus der Bindung der Bauleitplanung an ein zentralörtliches Ziel der Raumordnung[61] folgt auf diese Weise auch, dass die Gemeinde berechtigt ist, ihre so ausgerichtete Planung gegen eine die zentralörtliche Funktion störende raumordnungswidrige Planung einer anderen Gemeinde zu verteidigen. Neben den Zielen der Raumordnung werden in der Regelung die Auswirkungen auf die zentralen Versorgungsbereiche – auch in ihren unterschiedlichen Stufen – der Gemeinden genannt. Hierdurch werden diese bereits für § 11 III BauNVO maßgeblichen Kriterien ebenfalls in die interkommunale Abstimmung einbezogen.

Das Abstimmungsgebot in § 2 II 1 BauGB ist Teil der Bauleitplanung; es kann sich deshalb nur auf städtebauliche Belange beziehen. Mit § 2 II 2 BauGB hat die Gemeinde ein Abwehrrecht, wenn ihr durch Ziele der Raumordnung bestimmte Funktionen zugewiesen wurden und eine Nachbargemeinde diese unterlaufen will.[62] Das Abwehrrecht ergänzt die Anpassungspflicht aus § 1 IV BauGB. Eine Gemeinde ist berechtigt, die ihr zugewiesenen Funktionen gegen störende raumordnungswidrige Planungen einer anderen Gemeinde zu verteidigen. Die zugewiesene Funktion ist Bestandteil der Planungshoheit. Die durch Ziele der Raumordnung zugewiesenen Funktionen werden in erster Linie die Stellung im zentralörtlichen Gefüge betreffen, sie können sich aber auch auf die Siedlungserweiterung oder zentrale Einrichtungen beziehen. Die Gemeinde muss für ihr Betroffensein nicht mehr im Einzelnen belegen, welche konkreten Nachteile für sie z. B. durch Kaufkraftabzug[63] oder Abwerbung von Gewerbebetrieben entstehen. Der Verstoß als solcher reicht bereits aus. Die Rechtslage entspricht der einer Verletzung nachbarschützender Vorschriften bei einem Wechsel in der Gebietskategorie. Gemeindenachbarliche Abwehrrechte bestehen, wenn das Handeln der Standortgemeinde gegen die Ziele der Raumordnung verstößt. Dies setzt allerdings entsprechend konkrete und eindeutig formulierte Ziele der Raumordnung voraus (§ 3 Nr. 2 ROG). Neben den Zielen der Raumordnung werden die »Auswirkungen auf die zentralen Versorgungsbereiche« ausdrücklich genannt. Die Art der Auswirkungen muss die Nachbargemeinde allerdings geltend machen.[64]

Parallel zu den gesetzlichen Regelungen stellt auch die höchstrichterliche Rechtsprechung den traditionellen Bahnen der interkommunalen Abstimmung *neue*

61 *BVerwG*, Urt. v. 19.7.2001 – 4 C 4.00 – BVerwGE 115, 17 = DVBl 2001, 1855, einerseits und Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738 = DVBl 2003, 1064, andererseits.

62 *OVG Lüneburg*, B. v. 27.11.2006 – 1 MN 148/06 – BauR 2007, 339 = ZfBR 2007, 157 = BauR 2007, 760 (LS); *Gatz*, jurisPR-BVerwG 25/2006 Anm. 6 – Möbelmarkt.

63 *VG Göttingen*, B. v. 10.3.2004 – 2 B 51/04 – interkommunale Abstimmung.

64 EAG Bau – Mustererlass 2004.

Rechtsschutzmöglichkeiten sowie gemeindliche Rechtspflichten an die Seite.[65] Die privilegierte Fachplanung kann bei Wahrung der Voraussetzungen des § 38 BauGB einen Vorrang für sich in Anspruch nehmen. Gemeindliche Betroffenheiten lösen gegenüber Planungen anderer Gemeinden aber auch gegenüber Fachplanungen ein *Beteiligungserfordernis* aus (Stufe 1). Bei Auswirkungen gewichtiger Art im nachbargemeindlichen Bereich wird nach § 2 II BauGB eine *interkommunale Abstimmung* erforderlich (Stufe 2). Werden konkrete *gemeindliche Planungen* betroffen oder entziehen sich weite Teile des Gemeindegebietes einer durchsetzbaren Planung (Stufe 3), ergeben sich wegen des Eintritts in verfassungsrechtliche Garantiebereiche gesteigerte Berücksichtigungserfordernisse und erhöhte Überwindungslasten in der Bau- und Fachplanung gleichermaßen. Bei gravierenden nachteiligen Folgen gemeindlicher Nichtplanungen vor allem für Nachbargemeinden aber auch bei Verletzung raumordnerischer Ziele können sich aus § 1 III und IV BauGB gemeindliche Planungspflichten ergeben, deren Einhaltung durch die Kommunalaufsicht und auf der Grundlage der Landesplanungsgesetze sichergestellt werden kann.[66]

IV. EINZELHANDEL IM INNENBEREICH (§ 34 III BAUGB)

Bei der Prüfung der Frage, ob sich ein *großflächiger Einzelhandelsbetrieb* nach der Art der baulichen Nutzung i. S. von § 34 I BauGB einfügt, hatten vormals die in § 11 III BauNVO angesprochenen städtebaulichen Auswirkungen außer Betracht zu bleiben. Ein Vorhaben, das nach § 34 I BauGB zulässig war, scheiterte nicht daran, dass es auf der Grundlage eines an die Ziele der Raumordnung angepassten Bebauungsplans nicht genehmigungsfähig wäre.[67] Durch § 34 III BauGB 2007 ist diese Lücke geschlossen. Auch im nicht beplanten Innenbereich sind die Ziele der Raumordnung zu beachten. Nach § 34 III BauGB dürfen von Innenbereichsvorhaben keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein. Der Gesetzgeber hat damit auf eine Rechtsprechung des *BVerwG* reagiert, wonach sich eine Gemeinde gegenüber Bauvorhaben in der Nachbargemeinde nicht auf ihre Stellung als Mittelzentrum berufen kann.

Das aus dem Zentrale-Orte-Prinzip abgeleitete *Kongruenzgebot*, aus dem Gemeinden ein Abwehrrecht gegen ein Vorhaben i. S. des § 11 III 1 BauNVO in der Nachbargemeinde herleiten, ist allerdings nicht Ausfluss der kommunalen Selbst-

65 *BVerwG*, Urt. v. 1.8.2002 – 4 C 5.01 – BVerwGE 117, 25 = DVBl 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken; Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14.01 – BVerwGE 119, 25 = DVBl 2004, 239 = NVwZ 2004, 220 – Mühlheim-Kärlich; zur Vorinstanz *OVG Koblenz*, B. v. 20.1.1998 – 1 B 10056/98 –; Urt. v. 5.7.2001 – 1 A 10168/01.OVG – (unveröffentlicht).

66 *Halama* DVBl 2004, 79; *Stüer* NVwZ 2004, 814.

67 *BVerwG*, Urt. v. 11.2.1993 – 4 C 15.92 – DVBl 1993, 914 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 128.

verwaltungsgarantie des Art. 28 II 1 GG, sondern den Gemeinden ist diese Rechtsstellung durch einen außergemeindlichen Planungsträger zugewiesen.[68]

Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen für eine *Nachbargemeinde* auch dann, wenn die Planung von einer Gemeinde aufgestellt worden ist, die zwischenzeitlich in die Nachbargemeinde eingegliedert worden ist. In diesen Fällen kann sich die Nachbargemeinde allerdings nicht in einem Normenkontrollverfahren gegen den inzwischen zu ihrem eigenen Satzungsrecht gehörenden Bebauungsplan wenden. Die Nachbargemeinde kann jedoch gegen eine auf der Grundlage des Bebauungsplans erteilte Genehmigung Widerspruch einlegen mit der Begründung, der Bebauungsplan sei wegen Nichtbeachtung interkommunaler Abstimmungsnotwendigkeiten unwirksam. Dies gilt vor allem dann, wenn in qualifizierter Weise durch den Vorhabenträger (Investor) auf den Inhalt des Bebauungsplans Einfluss genommen worden ist und sich dies als Weichenstellung in Richtung auf die Zulassungsentscheidung darstellt.[69]

V. STEUERUNG DURCH FESTSETZUNGEN NACH § 1 V BIS IX BAUNVO

Daneben bietet *§ 1 V* und *IX BauNVO* ausreichende *Möglichkeiten*, auch unterhalb der Vermutungsgrenze des § 11 III BauNVO *Fehlentwicklungen entgegenzusteuern* und auch nicht großflächige Nachbarschaftsläden mit einer Verkaufsfläche unter 800 Quadratmeter aus besonderen städtebaulichen Gründen auszuschließen. Sollen Einzelhandelsnutzungen in einem Baugebiet dabei insgesamt ausgeschlossen sein, so ist dies bei Vorliegen städtebaulicher Gründe nach § 1 V BauNVO möglich.[70] Soll die Einzelhandelsnutzung auf eine bestimmte Größe beschränkt werden, so gibt § 1 IX BauNVO hierzu die rechtliche Grundlage, wenn spezielle, gerade diesen Ausschluss tragenden städtebaulichen Gründe dies rechtfertigen. Entsprechend ist zu verfahren, wenn die Gemeinde beabsichtigt, die Einzelhandelsnutzung in einem Baugebiet ganz oder in einer bestimmten Größenordnung nur ausnahmsweise zuzulassen. Auch ist es der Gemeinde gestattet, »zentrumsbildende« Nutzungsarten, die in der innerstädtischen Kernzone nicht oder nur geringfügig vertreten sind, in anderen Gemeindegebieten mit dem Ziel auszuschließen, eventuelle Neuansiedlungen zwecks Steigerung oder Erhaltung der Attraktivität dem Zentrum zuzuführen.[71] In einem Sondergebiet für großflächigen Einzelhandel darf die Gemeinde

68 *BVerwG*, B. v. 8.6.2006 – 4 BN 8.06 – BBB 2006, Nr. 10, 52 = ZfBR 2006, 783 – Kongruenzgebot großflächige Einzelhandelsbetriebe.

69 *OVG Weimar*, Urt. v. 17.6.1998 – 1 KO 1040/97 – ThürVBl. 1998, 280 = DÖV 1999, 170 – Nordhausen-Bielen.

70 *BVerwG*, B. v. 11.5.1999 – 4 BN 15.99 – DVBl 1999, 1293 = UPR 1999, 352 = ZfBR 1999, 279 – nachträglicher Ausschluss von Nutzungen. Zu den Steuerungsmöglichkeiten nach § 1 V bis IX BauNVO auch *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdn. 595.

71 *BVerwG*, B. v. 10.11.2004 – 4 BN 33.04 – BauR 2005, 818 = ZfBR 2005, 187.

nach Quadratmetergrenzen bestimmte Regelungen über die *höchstzulässige Verkaufsfläche* treffen. Dabei kann sie – innerhalb der sich aus § 1 II und VI BauNVO ergebenden Grenzen – die im Sondergebiet maximal zulässige Verkaufsfläche ohne Bindung an vorgegebene Anlagetypen selbst bestimmen.[72]

Die Gemeinde hat bei den *Ausschluss- und Differenzierungsmöglichkeiten* i. S. einer gewissen *Typenkonkretisierungsmöglichkeit* ein bestimmtes Maß an eigenem *Gestaltungsfreiraum*, der durch § 1 IV bis IX BauNVO eingeräumt, allerdings durch das Abwägungsgebot rechtlich gebunden ist. So kann die Gemeinde in einem Gewerbegebiet den nicht auf Eigenproduktion beruhenden Einzelhandel ausschließen, während sie den Verkauf am Ort hergestellter Waren zulässt. Bereits nach § 1 V BauNVO können einzelne der unter einer Nummer einer Bauvorschrift der BauNVO zusammengefassten Nutzungen im Bebauungsplan ausgeschlossen werden.[73] Ein Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben ist daher schon nach § 1 V BauNVO möglich. Weitergehende Differenzierungen etwa im Hinblick auf Beschränkungen der Geschoss- oder Verkaufsfläche können nach § 1 IX BauNVO vorgenommen werden. Die Planungsfreiheit der Gemeinde ist lediglich dadurch begrenzt, dass sich die Differenzierungen auf bestimmte Anlagentypen beziehen müssen. Eine Planung konkreter einzelner Projekte ist über § 1 IX BauNVO nicht zulässig.[74] Es ist aber zulässig, den nicht auf Eigenproduktion beruhenden Einzelhandel auszuschließen, jedoch Mischformen zwischen Einzelhandel und sonstigen gewerblichen Nutzungsformen zuzulassen.[75] Die Typenkonkretisierung kann sich auch auf die Festsetzung einer bestimmten Verkaufsflächengröße beziehen, die innerhalb des Baugebietes allgemein oder ausnahmsweise zulässig ist.

Von der städtebaulichen Erheblichkeit der Verkaufsflächengröße von Handelsbetrieben geht auch die BauNVO aus, selbst wenn der Begriff der *Verkaufsfläche* dort nicht ausdrücklich erwähnt ist. So beantwortet sich etwa die Frage, ob ein Betrieb i. S. des § 11 III 1 Nr. 2 oder 3 BauNVO ein großflächiger Betrieb ist, nach dem Umfang seiner Verkaufsfläche. Der Verordnungsgeber hat dabei im Rahmen der Vermutungsregelung in § 11 III 3 und 4 BauNVO auf der Basis von Erfahrungswerten des Handels auf ein bestimmtes durchschnittliches Verhältnis von insgesamt vorhandener Geschossfläche zu dem typischerweise für Verkaufszwecke zur Verfügung stehenden Teil dieser Fläche, nämlich 2/3 der Geschossfläche, abgestellt. Die dieser Regelung zu Grunde liegende Vorstellung hindert nicht, hiervon abweichende besondere Verhältnisse in bestimmten Einzelhandelsbetrieben zu berück-

72 *BVerwG*, Urt. v. 27.4.1990 – 4 C 36.87 – DVBl 1990, 1108 = BauR 1990, 569 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 950.

73 *BVerwG*, B. v. 18.12.1989 – 4 NB 26.89 – NVwZ-RR 1990, 229 = BauR 1990, 185 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 888, mit Hinweis auf B. v. 22.5.1987 – 4 N 4.86 – BVerwGE 77, 308 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 883; B. v. 11.5.1999 – 4 BN 15.99 – DVBl 1999, 1293 = UPR 1999, 352 = ZfBR 1999, 279 – nachträglicher Ausschluss von Nutzungen.

74 *BVerwG*, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 77.84 – BVerwGE 77, 317 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 946.

75 *BVerwG*, B. v. 18.12.1989 – 4 NB 26.89 – DÖV 1990, 477 = NVwZ-RR 1990, 229 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 888.

sichtigen.[76] In einem Gewerbegebiet kann auch die Zulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben bestimmter Branchen ausgeschlossen werden, sofern die Differenzierung marktüblichen Gegebenheiten entspricht.[77]

Die Abgrenzung der Verkaufsfläche kann sich dabei an den in Kreisen der Handels- und Absatzwirtschaft entwickelten Merkmalen orientieren und alle zum Zwecke des Verkaufs den Kunden zugänglichen Flächen – einschließlich der Gänge, Treppen, Kassenzonen, Standflächen für Einrichtungsgegenstände, Schaufenster und Freiflächen – als Verkaufsfläche berücksichtigen.[78] Im Bebauungsplan können dabei für die Zulässigkeit von Lager- und Verkaufsnutzung unterschiedliche Festsetzungen getroffen werden. Die Gemeinde kann dabei in den Baugebieten Differenzierungen treffen, die den Marktüblichkeiten entsprechen. Will die Gemeinde, die Einzelhandel in einem Gewerbegebiet ausschließt, den werkstattgebundenen Verkauf von Handwerks- oder Gewerbebetrieben in einer deutlichen Unterordnung des Betriebsteils Verkaufsstelle zum Gesamtbetrieb ausnahmsweise zulassen, kann sie das abstrakte Merkmal der Unterordnung mit einer absoluten Obergröße von 50 Quadratmeter Verkaufsfläche präzisieren.[79]

Beschränkungen oder der Ausschluss einer nach dem Baugebietscharakter zulässigen Einzelhandelsnutzung bedürfen allerdings der städtebaulichen Begründung und eines schlüssigen, in sich widerspruchsfreien städtebaulichen Konzepts, dessen Verwirklichung nicht erkennbar ausgeschlossen sein darf.[80] Solche Regelungen in der Bauleitplanung unterliegen einem gesteigerten Begründungs- und Rechtfertigungszwang. Einschränkungen der Geschoss- oder Verkaufsfläche unterhalb der Vermutungsgrenze des § 11 III BauNVO sind danach nur zulässig, wenn solche speziellen Gesichtspunkte dies rechtfertigen. Je konkreter und überzeugender argumentiert werden kann, umso eher hält die Planänderung der gerichtlichen Kontrolle stand.[81] Werden durch die Änderung eines Bebauungsplans in einem festgesetzten Gewerbegebiet Einzelhandelsnutzungen ausgeschlossen, kann die Änderung im vereinfachten Verfahren nach § 13 BauGB erfolgen. Will die Gemeinde zum Schutz des produzierenden und artverwandten Gewerbes bestimmte Nutzungen wie etwa den Einzelhandel in einem Gewerbegebiet ausschließen, kann sie sich auf

76 *BVerwG*, Urt. v. 27.4.1990 – 4 C 36.87 – DVBl 1990, 1108 = BauR 1990, 569 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 950.

77 *BVerwG*, B. v. 27.7.1998 – 4 BN 31.98 – UPR 1998, 459 = DVBl 1998, 1301: Ausschluss von Haushaltswaren, Lebensmitteln, Parfümerie- und Drogeriewaren, Schuh- und Lederwaren, Sportartikel mit Ausnahme von Großteilen wie Booten.

78 *BVerwG*, Urt. v. 27.4.1990 – 4 C 36.87 – DVBl 1990, 1108 = BauR 1990, 569 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 950; Einzelhandelserlass NRW 2008 (Fnte. 38).

79 *OVG Münster*, Urt. v. 28.8.2006 – 7 D 112/05.NE – BauR 2007, 69 = UPR 2007, 160 (LS) – unselbstständige Planänderung.

80 *VGH Kassel*, Urt. v. 12.2.2007 – 8 A 11311/06 – ZfBR 2007, 357 = BauR 2007, 760 (LS) – Einzelhandelsausschluss.

81 *Stüer* StuGR 1989, 8.

den Ausschluss solcher Nutzungen beschränken, zu deren Regelung aktueller Handlungsbedarf besteht.[82]

Ein *Einzelhandelsausschluss* in *Gewerbe- oder Industriegebieten* ist städtebaulich gerechtfertigt, wenn dadurch ein Flächenverbrauch durch Einzelhandel verhindert und gewerbliche Bauflächen für das produzierende und verarbeitende Gewerbe reserviert werden sollen. Soll bei der Änderung eines Bebauungsplans dieser auf eine *neuere Fassung* der *BauNVO umgestellt* werden, muss dies in den textlichen Festsetzungen bzw. in der Planzeichnung des Änderungsplans hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Beschränken sich die Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung für ein Industriegebiet auf die Festsetzung einer Grundflächenzahl, entspricht dies nicht den Anforderungen in § 16 II 2 und III BauNVO 1968.[83]

Festsetzungen auf der Grundlage des *§ 1 IX BauNVO* müssen dem Erfordernis genügen, bestimmte Anlagentypen zu umschreiben. Die »besonderen städtebaulichen Gründe« im Sinne von § 1 IX BauNVO müssen auf die durch die jeweiligen örtlichen Verhältnisse bedingten Strukturen zugeschnitten sein. Eine auf § 1 V und IX BauNVO gestützte Planung muss mit Argumenten begründet werden, die sich aus der jeweiligen konkreten Planungssituation ergeben und geeignet sind, die jeweilige Abweichung von den in den §§ 2 bis 10 BauNVO vorgegebene Gebietstypen zu tragen. Die Festsetzungen müssen sich aber in den Baugebieten, auf die § 1 V und IX BauNVO anwendbar ist, immer auf Arten oder Unterarten der baulichen Nutzung beziehen. Die durch den Bebauungsplan erfolgte Festsetzung einer betriebsunabhängigen absoluten Verkaufsflächenobergrenze zur Einzelhandelssteuerung in einem Gewerbegebiet ist mangels Rechtsgrundlage unzulässig.[84] Zudem müssen die Festsetzungen auch im Sondergebiet bestimmt genug sein. Ein Bebauungsplan etwa, der ein Sondergebiet für Fachmärkte mit maximal 3.000 Quadratmeter Verkaufsfläche »für nicht citytypische Sortimente« ausweist, ist wegen Unbestimmtheit der Festsetzung unwirksam.[85]

Als ein zur Konkretisierung geeignetes Mittel kommen auch *Sortimentsbeschränkungen* in Betracht, sofern die Differenzierung marktüblichen Gegebenheiten entspricht[86] und die Belange der Eigentümer angemessen berücksichtigt sind.[87] Es kann dabei auf Listen in Einzelhandelserlassen oder sonstige Orientierungshilfen zurückgegriffen werden, wenn dadurch bestimmte Arten von Anlagen i. S. des § 1

82 *OVG Münster*, Urt. v. 7.5.2007 – 7 D 24/06.NE – Autohäuser.
83 *OVG Münster*, Urt. v. 7.5.2007 – 7 D 64/06.NE – Einzelhandelsausschluss.
84 *OVG Münster*, Urt. v. 17.10.2007 – 10 A 3914/04 –.
85 *OVG Münster*, Urt. v. 11.12.2006 – 7 A 964/05 – BauR 2007, 845 = NVwZ 2007, 727 = BauR 2007, 927 (LS) – Fachmarkt; *Uechtritz*, NVwZ 2007, 660 – Nutzungsänderung Möbelmitnahme-Markts in Elektrofachmarkt.
86 *BVerwG*, B. v. 4.10.2007 – 4 BN 39.07 – Sortimentsbeschränkung; vgl. B. v. 10.11.2004 – 4 BN 33.04 – Schutz der Innenstadt und eines peripheren Einzelhandelsstandorts.
87 *BVerwG*, B. v. 21.11.2005 – 4 BN 36.05 – BauR 2006, 491 = BRS 69 Nr. 31 (2005) – Sortimentsbeschränkung eines großflächigen Einzelhandelsbetriebes.

IX BauNVO zutreffend gekennzeichnet werden.[88] Es gibt allerdings im BauGB oder in der BauNVO keine Legaldefinition dafür, wann sich ein Warensortiment als »zentrenrelevant« erweist. Sollen zum Schutz etwa des Innenstadtbereichs bestimmte Warensortimente an nicht integrierten Standorten ausgeschlossen werden, bedarf es einer individuellen Betrachtung der jeweiligen örtlichen Situation. Dies gilt umso mehr, wenn jeglicher Handel mit den angeführten Sortimenten ausgeschlossen werden soll.[89] Die besonderen städtebaulichen Gründe, die es gemäß § 1 IX BauNVO rechtfertigen, in einem dezentralen Gewerbe- und Mischgebiet Einzelhandelsbetriebe mit zentrenrelevanten Sortimenten auszuschließen, müssen auf der Grundlage der relevanten örtlichen Gegebenheiten bestimmt werden.[90]

Ob von einem Einzelhandelsvorhaben *schädliche Auswirkungen* auf *zentrale Versorgungsbereiche* zu erwarten sind, kann nur unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände der konkreten städtebaulichen Situation prognostiziert werden. Neben der Verkaufsfläche können dabei auch ein qualitativer Vergleich des vorhandenen mit dem geplanten Angebot und – insbesondere wenn es um die Zulässigkeit großflächiger Einzelhandelsbetriebe geht – die zu erwartende Umsatzumverteilung von Bedeutung sein.[91]

Wenn Einzelhandel mit ausgewählten Warensortimenten im Hinblick auf seine *»Zentrenschädlichkeit«* ausgeschlossen werden soll, bedarf es daher konkreter Angaben dazu, weshalb jegliche Form von Einzelhandel der besagten Art – würde er im betroffenen Baugebiet angesiedelt – die gewachsenen Einzelhandelsstrukturen in den Zentren der Gemeinde unabhängig von der Art. und dem Umfang des jeweiligen Warenangebots schädigen würde. Es ist außerdem zu prüfen, welche Sortimente unter Berücksichtigung der örtlichen Besonderheiten als innenstadtrelevant einzustufen sind. Sollen in einem Sondergebiet für großflächigen Einzelhandel und Gewerbe zentren- und nahversorgungsrelevante Sortimente ausgeschlossen werden, bedarf es einer individuellen Betrachtung der jeweiligen örtlichen Situation. Die bloße Übernahme der Anlage eines Einzelhandelserlasses[92] als textliche Festsetzung ohne Untersuchung des vorhandenen Angebotsbestands genügt diesen Anforderungen nicht.[93] Es kann ein Abwägungsdefizit vorliegen, wenn die Gemeinde bei der Abwägungsentscheidung sämtliche Sortimente, wie sie in Richtlinien zur Beur-

88 *BVerwG*, B. v. 4.10.2001 – 4 BN 45.01 – BRS 64 Nr. 28 = ZfBR 2002, 597 – Sortimentsbeschränkung. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das *BVerfG*, mit B. v. 26.2.2002 – 1 BvR 2068/01 – NJW 2002, 2308 nicht zur Entscheidung angenommen. Zur Gliederung eines Mischgebietes *VGH München*, Urt. v. 27.2.2003 – 14 N 99.2020 –.

89 *OVG Münster*, Urt. v. 3. 6.2002 – 7a D 92/99.NE – BauR 2002, 1746 = UPR 2003, 159 – Zentrenrelevanz.

90 *VGH Mannheim*, Urt. v. 4.5.2007 – 5 S 2484/05 –.

91 *OVG Münster*, Urt. v. 17.10.2007 – 10 A 3914/04 –.

92 Einzelhandelserlass des Wirtschaftsministeriums Ba.-Wü. vom 21.2.2001 (GABl. S. 290).

93 *VGH Mannheim*, Urt. v. 2.5.2005 – 8 S 1848/04 – NVwZ-RR 2005, 685 = UPR 2006, 394 = BRS 69 Nr. 28 (2005) = DVBl 2006, 786 (LS) – Sortimentseinschränkung für großflächigen Einzelhandel.

teilung von geplanten Einzelhandelsgroßprojekten als zentrenrelevant bezeichnet werden[94], übernommen hat, ohne dass zuvor genauere, konkret auf ihr Gemeindegebiet bezogene Erhebungen zur Innenstadtrelevanz und Zentrenschädlichkeit der einzelnen Sortimente durchgeführt wurden.[95]

Die Gemeinde wird auch bei der Festsetzung eines *Sondergebietes* nicht von dem Erfordernis entbunden, die jeweils betroffenen Belange in die Abwägung einzustellen und die zur Wahrung *städtebaulicher Belange* erforderlichen Festsetzungen zu treffen. Daraus ergeben sich auch im Sondergebiet Mindestanforderungen an die Bestimmtheit der Festsetzungen. Das *OVG Münster* hat dazu folgende Grundsätze aufgestellt:[96] Entschließt sich die Gemeinde bei Festsetzungen zur Art der baulichen Anlage dazu, es nicht bei der Anwendung der sich für den jeweiligen Baugebietstyp aus der BauNVO ergebenden Zulässigkeitskriterien zu belassen, muss der Plan selbst sicherstellen, dass die konkret zulässigen Vorhaben hinreichend bestimmt feststellbar sind. Bei der Festsetzung eines Sondergebiets für großflächigen Einzelhandel können sowohl die Art als auch die Verkaufsfläche der zulässigen Sortimente mit Festlegungen zum »Kernsortiment« und *»Randsortiment«* näher eingegrenzt werden. Randsortiment sind nur solche Warengruppen, die einem bestimmten Kernsortiment als Hauptsortiment sachlich zugeordnet und hinsichtlich des Angebotsumfangs deutlich untergeordnet sind. Die Festsetzung eines Sondergebiets »Einrichtungswarenhaus« kann mangels Bestimmtheit den Ausschluss von zentrenschädlichen Wirkungen der zulässigen Nutzung nicht sicherstellen. Einem »Einrichtungswarenhaus« fehlt nicht anders als sog. Fachmärkten mit einer breit angelegten Angebotspalette, die alles unter einem Dach anbieten, ein rechtfertigender Grund für eine Besserstellung bei der Prüfung nach § 11 III BauGB. Die Bauleitplanung muss vielmehr – so das *OVG Münster* – durch geeignete Festsetzungen sicherstellen, dass die städtebaulichen und infrastrukturellen Belange in § 11 III BauNVO auch bei der Ausweisung eines Einrichtungswarenhauses gewahrt werden.

VI. KEIN »WINDHUNDRENNEN«

Die durch Bebauungsplan erfolgte Festsetzung einer baugebietsbezogenen, vorhabenunabhängigen Verkaufsflächenobergrenze zur Steuerung des Einzelhandels in einem Sondergebiet ist mangels Rechtsgrundlage unzulässig.[97] Eine solche Festsetzung gebietsbezogener Verkaufsflächenbeschränkungen ist unwirksam, weil sie

94 Für Sachsen-Anhalt etwa Gemeinsamer Erlass v. 22.10.1998 – 24/ 20002-02, LSA MBl. S 2217.

95 *OVG Magdeburg*, Urt. v. 17.8.2006 – 2 K 50/04 – Ausschluss von Warensortimenten im Gewerbegebiet.

96 *OVG Münster*, Urt. v. 22.6.1998 – 7a D 108/96.NE – NVwZ 1999, 79 = BauR 1998, 1198 = NVwZ 1999, 79 – IKEA. Zur Bestimmtheit von Festsetzungen auch Urt. v. 19.3.1998 – 10 A 6435/96 – Laborabfälle.

97 *BVerwG*, Urt. v. 3.4.2008 – 4 CN 3.07 – ZfBR 2008, 478.

nicht auf eine Rechtsgrundlage zurückgeführt werden kann. Sie ist weder als Bestimmung des Maßes der baulichen Nutzung zulässig, weil sie nicht mit Hilfe eines der von § 16 II BauNVO zugelassenen Parameter (Grundfläche, Geschossfläche) vorgenommen worden ist, noch ist sie eine nach § 11 II 1 BauNVO in sonstigen Sondergebieten zulässige Festsetzung der Art der baulichen Nutzung. Gemäß § 1 II BauNVO wird die Art der baulichen Nutzung im Bebauungsplan allgemein durch die Ausweisung von Baugebieten festgesetzt. Welche Art der Nutzung in den Baugebieten jeweils im Einzelnen zulässig ist, ergibt sich aus den §§ 2 bis 11 BauNVO. Die Baugebietsvorschriften der §§ 2 bis 9 BauNVO bestimmen die zulässige Art der Nutzung nicht nach Merkmalen, die vorhabenunabhängig auf das Gebiet als solches bezogen sind, sondern danach, welche Vorhaben (Anlagen, Betriebe und sonstige Einrichtungen) auf den überplanten Flächen allgemein oder ausnahmsweise zulässig sind. Ähnliches gilt für die in § 10 BauNVO geregelten Sondergebiete, die der Erholung dienen. Die sonstigen Sondergebiete sind zwar dadurch gekennzeichnet, dass sie sich von den Baugebieten nach den §§ 2 bis 10 BauNVO wesentlich unterscheiden (§ 11 I BauNVO). Auch für sie ist aber neben der Zweckbestimmung die Art der Nutzung darzustellen und festzusetzen (§ 11 II 1 BauNVO). Hierfür wird die anlagen- und betriebsbezogene Typisierung, die den §§ 2 bis 10 BauNVO zugrunde liegt, fortgesetzt. § 11 II 2 BauNVO zählt beispielhaft eine Reihe von in Betracht kommenden Gebietstypen auf, die durch ihre Bezeichnung umschreiben, welche Anlagen und Betriebe zulässig sein sollen. Teilweise wird der Anlagen- und Betriebsbezug unmittelbar hergestellt. So werden Gebiete für Einkaufszentren und Einzelhandelsbetriebe und Gebiete für Anlagen, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung erneuerbarer Energien dienen, als Gebiete genannt, die Gegenstand einer Sondergebietsausweisung sein können.

Im Rahmen des § 11 BauNVO unterliegt die Gemeinde freilich geringeren Beschränkungen als bei der Festsetzung von Baugebieten nach den §§ 2 bis 9 BauNVO. Sie ist weder an bestimmte Nutzungsarten noch gemäß § 1 III 3 BauNVO an die Möglichkeiten der Feinsteuerung gebunden, die in § 1 IV bis X BauNVO für die normativ ausgestalteten Baugebiete eröffnet sind. Vielmehr liegt die Definitionsmacht darüber, welche Anlagen zulässig oder ausnahmsweise zulassungsfähig sind, bei ihr. Sie kann auf der Grundlage von § 11 II BauNVO die Art der baulichen Nutzung über die Möglichkeiten hinaus, die § 1 IV 1 Nr. 2 und IX BauNVO bietet, näher konkretisieren und zu diesem Zweck die Merkmale bestimmen, die ihr am besten geeignet erscheinen, um das von ihr verfolgte Planungsziel zu erreichen.[98] Insbesondere darf sie in einem von ihr zulässigerweise festgesetzten Sondergebiet den Anlagentyp durch die von ihr bestimmte Begrenzung der Verkaufsflächen selbst festsetzen[99]. Dabei kann sie auch Festsetzungen nach dem Vorbild des § 1 X BauNVO treffen. § 11 II 1 BauNVO eröffnet der Gemeinde ferner die Möglichkeit,

98 *BVerwG*, Urt. v. 28.2.2002 – 4 CN 5.01 – NVwZ 2002, 1114.

99 *BVerwG*, Urt. v. 27.4.1990 – 4 C 36.87 – Buchholz 406.12 § 11 BauNVO Nr. 17 = NVwZ 1990, 1071.

die höchstzulässige Verkaufsfläche für das jeweilige Grundstück im Bebauungsplan in der Form festzusetzen, dass die maximale Verkaufsflächengröße im Verhältnis zur Grundstücksgröße durch eine Verhältniszahl (z.B. 0,3/0,5 etc.) festgelegt wird, sofern dadurch die Ansiedlung bestimmter Einzelhandelsbetriebstypen und damit die Art der baulichen Nutzung im Sondergebiet geregelt werden soll.[100] Nicht gestattet ist ihr jedoch, durch eine betriebsunabhängige Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen für alle im Sondergebiet ansässigen oder zulässigen Einzelhandelsbetriebe das System der vorhabenbezogenen Typisierung zu verlassen, auf dem die Vorschriften der BauNVO zur Art der baulichen Nutzung beruhen.[101]

VII. FLÄCHENNUTZUNGSPLAN UND BAUNVO

Der Flächennutzungsplan kann sich auf die Darstellung von *Bauflächen* (Wohnbauflächen [W], gemischte Bauflächen [M], gewerbliche Bauflächen [G] und Sonderbauflächen [S] (vgl. § 1 I BauNVO) beschränken oder auch Aussagen zu *Baugebieten* (§ 1 II BauNVO) enthalten. In welchem Umfang und mit welchem Inhalt solche Darstellungen Bestandteil des Flächennutzungsplans werden, richtet sich nach den konkreten Einzelfallumständen und den (autonomen) Planungsvorstellungen der Gemeinde, die allerdings durch das Abwägungsgebot rechtlich gebunden sind.[102] Bei der Darstellung einer *Sonderbaufläche* (§ 1 I Nr. 4 BauNVO) im Flächennutzungsplan muss allerdings deren allgemeine Zweckbestimmung angegeben werden. Die Darstellung einer Sonderbaufläche mit dem Zusatz »großflächiger Einzelhandel« genügt den Anforderungen des § 5 I und II BauGB.[103] Zur Darstellung der sich aus der beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung ergebenden Art der Bodennutzung reicht die Darstellung einer Sonderbaufläche ohne weitere Zweckbestimmung demgegenüber nicht aus. Zwar ist weder in der BauNVO (vgl. § 1 I Nr. 4 BauNVO) noch in der Planzeichenverordnung (vgl. die Anlage zur PlanzV Nr. 1.4) ausdrücklich vorgeschrieben, dass bei der Darstellung einer Sonderbaufläche im Flächennutzungsplan ihre Zweckbestimmung anzugeben sei. Eine Darstellung »inhaltsleerer« Sonderbauflächen ist jedoch mit § 5 I 1 BauGB unvereinbar, weil sie keine Aussage über die beabsichtigte städtebauliche Entwicklung enthält, sondern nur zum Ausdruck bringt, dass keine Wohnbauflächen und gemischte oder gewerbliche Bauflächen vorgesehen sind. Ihr kann nicht entnommen werden, was die Gemeinde positiv planen will. Auch wenn der Flächennutzungsplan seinem Wesen nach nur ein vorbereitender Bauleitplan (§ 1 II BauGB) und in-

100 OVG Koblenz, Urt. v. 11.7.2002 – OVG 1 C 10098/02 – NVwZ-RR 2003, 93.

101 OVG Münster, Urt. v. 15.10.1992 – OVG 7a D 80/91.NE – UPR 1993, 152 zur Zulässigkeit der Festsetzung von Immissions-Zaunwerten als Summenpegel; bestätigt durch B. v. 10.8.1993 – 4 NB 2.93 – (BRS 55, Nr. 11 = Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 18 = NVwZ-RR 1994, 138.

102 *Hoppe* in: Hoppe/Bönker/Grotefels § 7 Rdn. 1 ff.

103 *BVerwG*, Urt. v. 18.2.1994 – 4 C 4.92 – BVerwGE 95, 123 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 934.

sofern »grobmaschiger« ist als ein Bebauungsplan, der gem. § 8 I 1 BauGB die rechtsverbindlichen Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung enthält,[104] so müssen seine Darstellungen doch so bestimmt und eindeutig sein, dass sie einen ausreichenden Rahmen für Konkretisierungen in einem Bebauungsplan und für Planungen anderer Planungsträger bilden können. Dies ist bei der Darstellung einer Sonderbaufläche ohne nähere Zweckbestimmung nicht der Fall.[105]

VIII. INNENBEREICHSGEMENGELAGEN

Vom Erfordernis des Einfügens in die Eigenart der näheren Umgebung nach 34 I 1 BauGB kann im Einzelfall abgewichen werden, wenn die Abweichung (1) der Erweiterung, Änderung, Nutzungsänderung oder Erneuerung eines zulässigerweise errichteten Gewerbe- oder Handwerksbetriebs oder der Erweiterung, Änderung oder Erneuerung einer zulässigerweise errichteten baulichen Anlage zu Wohnzwecken dient, (2) städtebaulich vertretbar ist und (3) auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist (§ 34 III a BauGB). Die Vorschrift findet keine Anwendung auf Einzelhandelsbetriebe, welche die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigen oder schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden haben können. § 34 III a BauGB greift *§ 34 III BauGB 1986* wieder auf und erweitert die planungsrechtliche Zulässigkeit von bestimmten Vorhaben im nichtbeplanten Innenbereich, wenn bereits ein Gewerbe- oder Handwerksbetrieb vorhanden war.[106] *§ 34 III a BauGB 2004* bezieht seinen Anwendungsbereich auf zulässigerweise errichtete Gewerbe- oder Handwerksbetriebe oder durch die *BauGB-Novelle 2007* auf bauliche Anlagen zu Wohnzwecken und wie bereits in der Vorgängerregelung auf städtebaulich vertretbare Vorhaben, die auch weiterhin unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar sind. Wegen der hohen Hürden und damit einer nur geringen praktischen Bedeutung ist der Zulassungstatbestand des Erfordernisses durch Gründe des Wohls der Allgemeinheit gestrichen worden.

§ 34 III a 2 BauGB nimmt von diesen Zulassungsmöglichkeiten Einzelhandelsbetriebe aus, welche die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigen oder schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden haben. Damit sind Erweiterungen von Einzelhandelsnutzungen unzulässig, wenn sie sich mit den städtebaulichen oder infrastrukturellen Belangen des § 11 III BauNVO nicht vereinbaren lassen. Was nach dieser Vorschrift in ein Sondergebiet oder Kerngebiet verwiesen ist, das bedarf weiterhin einer entsprechenden Bauleitplanung und kann nicht in städtebaulichen

104 *BVerwG*, Urt. v. 28.2.1975 – IV C 74.72 – BVerwGE 48, 70 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 157.

105 *BVerwG*, Urt. v. 18.2.1994 – 4 C 4.93 – BVerwGE 95, 123 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 934.

106 *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdn. 2582.

Gemengelagen über § 34 III a BauGB zugelassen werden. Der nach § 34 I und II BauGB gegebene Rahmen für die Zulässigkeit derartiger Vorhaben wird daher auf das Merkmal des »Sich Einfügens« begrenzt und nicht durch § 34 III a BauGB erweitert. In welchem Umfang eine Erweiterung, Änderung, Nutzungsänderung oder Erneuerung von Einzelhandelsnutzungen im nicht beplanten Innenbereich zulässig ist, bestimmt sich damit ausschließlich nach dem Einfügensgebot des § 34 I BauGB und – bei der Art der Nutzung einheitlichen Umgebung – nach § 34 II BauGB und damit nach den Artmaßstäben der BauNVO.

§ 34 III a BauGB stellte die Erteilung der Baugenehmigung unter den Vorbehalt einer Einzelfallprüfung und räumt der Baugenehmigungsbehörde bei der Entscheidung ein Ermessen ein. Grundsätzlich besteht deshalb auch dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind, nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung. Der Ermessensspielraum ist aber umso kleiner, je mehr die städtebauliche Situation durch die beantragten baulichen Maßnahmen verbessert werden kann. Der Ermessensspielraum kann darüber hinaus sogar gegen Null tendieren, wenn das Vorhaben nach den Grundsätzen über den auf Art. 14 I 1 GG zurückgehenden *Bestandsschutz*[107] an sich genehmigungsfähig ist.

IX. GEBOT DER RÜCKSICHTNAHME

Die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben muss das *Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme* wahren. Der großflächige Einzelhandelsbetrieb begründet allerdings allein aufgrund seiner allgemeinen Betriebsart und -größe noch keine Konfliktlage, die bei einem Aufeinandertreffen mit einer Wohnnutzung zwingend zu einem Verzicht auf den Standort führen muss; es kommt stets maßgeblich auf die örtlichen Gegebenheiten[108]

Einzelhandelsansiedlungen werden auch in Zukunft aus der Sicht des örtlichen Einzelhandels und der neu in den Markt drängenden Investoren vielfach kontrovers bleiben und wohl auch nicht selten in der Öffentlichkeit umstritten sein. Die Städte und Gemeinden verfügen hier über ein ausreichendes städtebauliches Instrumentarium, zu einem sachgerechten Interessenausgleich beizutragen. Sie sollten ihre Handlungsmöglichkeiten nutzen, um die tradierten Versorgungstrukturen zu sichern und aus dem Vorhandenen mit der gebotenen Behutsamkeit Neues zu entwickeln. Für einen solchen Interessenausgleich hat sich auch *Malte Schindhelm*, mit dem die Anwaltskanzlei *Stüer* & *Stüer* nicht nur in der Beratung eines größeren Kaufhausprojektes in der Innenstadt von Osnabrück zusammenwirkte, über den Bereich der städtebaulichen Planung hinaus in seinen beruflichen Arbeitsfeldern immer eingesetzt.

107 *BVerwG*, Urt. v. 17.1.1986 – 4 C 80.82 – BVerwGE 72, 362 = DVBl 1986, 677 = BauR 1986, 302 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 1077 – Statik.

108 *OVG Magdeburg*, Urt. v. 11.5.2006 – 2 K 1/05 – BauR 2006, 2107 (LS) – Einkaufscenter.