

Methodik ÖR

Übungsklausur

Wiss. Mit. Dr. Ralph Zimmermann

Inside out, outside in? – Eine »Außenbereichsinsel« im Innenbereich

Ralph Zimmermann: Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Verfassungsgeschichte und Staatskirchenrecht, Professor Dr. Jochen Rozek, an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

SACHVERHALT

Karl Klug (K) ist Eigentümer eines 100 x 100 m großen Grundstücks im Stadtgebiet der sächsischen Kreisfreien Stadt L. Dieses Grundstück grenzt im Westen und Osten an je ein weiteres unbebautes Grundstück von jeweils 100 x 100 m Größe, die zum Grundstück des K hin teilweise durch Mauern und Zäune abgetrennt sind. Im Norden und Süden des Grundstücks sowie westlich und östlich der unbebauten Grundstücke findet sich straßenbegleitende Wohnbebauung in geschlossener Bauweise, die durch kleinere, nicht störende Handwerksbetriebe – insbesondere aus dem Textilbereich – unterbrochen wird.

Auf dem Grundstück des K, für das kein Bebauungsplan existiert, das aber im (rechtmäßigen) Flächennutzungsplan der Stadt L als »gemischte Baufläche« ausgewiesen wird, wurde Ende des 19. Jahrhunderts eine Nähmaschinenfabrik errichtet, deren Nutzung aber spätestens in den 1950er Jahren aufgegeben und die vor 1970 abgebrochen wurde. Allein Reste der Grundmauer der Fabrikhalle befinden sich noch auf dem Grundstück.

K, der »groß in den Textil-Einzelhandel« einsteigen will, plant auf dem Grundstück ein sog. »Factory-Outlet-Center«, in dem in 70 Ladengeschäften Textilien direkt vom Hersteller verkauft werden sollen. Das Center soll eine Fläche von 6.500 m² aufweisen und eine dementsprechende Zahl an Parkplätzen erhalten.

K hat aber Zweifel daran, ob ein solches Center in der Umgebung, in der sein Grundstück liegt, rechtlich zulässig ist. Weil er sich mit rechtlichen Fragen nicht auskennt, beauftragt er RA Fridolin Findig (F) damit, eine – was F aus dem Bericht des K entnimmt – sog. »Bebauungsgenehmigung« bei der zuständigen Behörde zu beantragen.

Der von K ordnungsgemäß bevollmächtigte F beantragt in dessen Namen deshalb am 1. 3. 2012 formge-

recht bei der Stadt L die Erteilung einer »Bebauungsgenehmigung« für das Grundstück des K, bezogen auf die Errichtung des geplanten »Factory-Outlet-Centers«, dessen Erschließung durch den Bau zweier Zufahrten in westlicher und östlicher Richtung gesichert werden soll und auch im Übrigen gesichert ist.

Die Stadt L versagt jedoch mit Bescheid vom 10. 4. 2012 den Erlass der begehrten Genehmigung. Dabei verweist sie darauf, dass das Vorhaben den Vorgaben des Flächennutzungsplanes widerspreche sowie das Erfordernis einer förmlichen Bauleitplanung als öffentlicher Belang i. S. v. § 35 III 1 BauGB beeinträchtigt und daher das Vorhaben bauplanungsrechtlich nicht genehmigungsfähig sei. Marktanalysen hätten ergeben, dass – was zutrifft – der Textilmarkt in der Kreisfreien Stadt L und den umliegenden Gemeinden übersättigt sei, weshalb weitere Verkaufsflächen für Textilien ohne Schaden für die mittelständische Textilwirtschaft nicht zugelassen werden könnten. Deswegen verweigere man auch das gemeindliche Einvernehmen.

Der hiergegen von F namens des K unter Vorlage einer ordnungsgemäßen, schriftlichen Vollmacht am 13. 4. 2012 erhobene Widerspruch wird von der zuständigen Widerspruchsbehörde mit Bescheid vom 25. 10. 2012 mit dem ergänzenden Hinweis zurückgewiesen, dass das Erfordernis förmlicher Bauleitplanung schon deshalb beeinträchtigt werde, weil das Vorhaben des K das Ruhebedürfnis der Anwohner störe, da – was den Tatsachen entspricht – die vorgesehenen Stichstraßen den Verkehr mitten durch die angrenzenden Wohngebiete ableiten sollen. Zudem fehle es am nach § 36 BauGB notwendigen Einvernehmen, sodass auch aus diesem Grund eine »Bebauungsgenehmigung« nicht erteilt werden könne.

Der Widerspruchsbescheid wird am 26. 10. 2012 an K als Übergabeeinschreiben zur Post gegeben und geht diesem am 27. 10. 2012 zu. K, der erst am 5. 11. 2012 aus einem Urlaub zurückkehrt, gibt das Schreiben am 9. 11. 2012 zwecks Klageerhebung in der Kanzlei des F ab, wo es zwar von F entgegengenommen, jedoch zunächst »verlegt« und daher erst am 9. 12. 2012 »wiederentdeckt« wird. Noch am selben Tag erhebt F im Namen des K Klage beim zuständi-

gen VG auf Erteilung der »Bebauungsgenehmigung«, verbunden mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung, den F mit seiner Arbeitsüberlastung begründet.

Hat die Klage des K Aussicht auf Erfolg?

Bearbeiterhinweis: Immissionsschutz- und Raumordnungsrecht ist – wie auch das Recht der Umweltverträglichkeitsprüfungen – *nicht* zu erörtern.

LÖSUNGSHINWEISE¹

Die Klage des K hat Erfolg, wenn und soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Dazu müsste die Klage zunächst zulässig sein, d.h. sie müsste alle allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs²

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein, was mangels aufdrängender Sonderzuweisung allein nach § 40 I 1 VwGO der Fall sein kann. Dafür müsste es sich bei der von K erhobenen Klage um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handeln, die nicht durch abdrängende Spezialzuweisungen einem anderen Gericht zugewiesen ist.

Im Sinne der sog. Sonderrechtstheorie (auch modifizierte/materielle Subjektstheorie) sind die streitentscheidenden Normen hier dem öffentlichen Recht zuzuordnen, sodass auch die daraus folgende Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur ist. Streitentscheidend sind nämlich Normen des öffentlichen Baurechts, besonders des Bauplanungsrechts, die in allen denkbaren Anwendungsfällen einen Hoheitsträger als solchen berechtigen, verpflichten oder organisieren³.

¹ Die Hinweise orientieren sich am sächsischen Recht. Die Parallelnormen im übrigen Landesrecht sind jeweils in Fußnoten nachgewiesen.

² Zum Prüfungsstandort *Rozek JuS* 1996, 87f.

³ Vgl., auch zu weiteren Abgrenzungstheorien *Schenke Verwaltungsprozessrecht*, 13. Aufl. 2012, § 3 Rn. 99ff.; *Ehlers JURA* 2008, 183 (187ff.).

Da weder unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Personen um unmittelbar aus der Verfassung folgende Rechte und Pflichten streiten noch eine prinzipiale Rechtsatzkontrolle in Rede steht, ist die Streitigkeit auch nicht-verfassungsrechtlicher Art⁴.

Eine Zuweisung der Streitigkeit an andere Gerichte ist ebenfalls nicht erkennbar, sodass gem. § 40 I 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

II. Statthafte Klageart

Welche Klageart statthaft ist, bestimmt sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO. Hier begehrt K – vertreten durch F – die Erteilung einer sog. »Bebauungsgenehmigung«, sodass als statthafte Klageart die Verpflichtungsklage i.S.v. § 42 I 2. Alt. VwGO in Betracht kommt⁵. Diese Klage ist statthaft, wenn der Kläger die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (VA) begehrt. Es müsste sich also bei der von K beehrten »Bebauungsgenehmigung« um einen VA i.S.v. § 35 VwVfG (i.V.m. § 1 S. 1 SächsVwVfZG⁶; im Folgenden nicht mehr mitzitiert) handeln.

Als »Bebauungsgenehmigung« wird ein Vorbescheid i.S.d. § 75 SächsBO⁷ bezeichnet, mit dem die zuständige Behörde bereits vor Einreichung eines Bauantrags verbindlich über die Bebaubarkeit des Grundstücks, d.h. die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens, entscheidet⁸. Damit wird die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit durch eine Behörde festgestellt, weshalb es sich bei einem Vorbescheid in Form einer »Bebauungsgenehmigung« um einen – auf die Feststellungswirkung beschränkten – vorweggenommenen Teil der Baugenehmigung und damit um einen VA i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG

⁴ Vgl. näher *Ehlers JURA* 2008, 183 (186f.); *Bethge JURA* 1998, 529ff.; kritisch zur »Faustformel« der sog. »doppelten Verfassungsunmittelbarkeit« *Schenke* (Fn. 3), § 3 Rn. 127f.

⁵ Eingehend zur Verpflichtungsklage *Ehlers JURA* 2004, 310ff.

⁶ Mit Verweis auf das Bundes-VwVfG § 1 I VwVfG Bln, § 1 I BbgVwVfG, § 1 I NdsVwVfG, § 1 I VwVfG R-P, § 1 I VwVfG LSA. Mit eigener, sachlich identischer Regelung § 35 VwVfG BW, Art. 35 BayVwVfG, § 35 BremVwVfG, § 35 HmbVwVfG, § 35 HessVwVfG, § 35 VwVfG M-V, § 35 VwVfG NRW, § 35 SaarVwVfG, § 106 LVwG S-H, § 35 ThürVwVfG.

⁷ Vgl. § 75 MBO, § 57 LBO BW, Art. 71 BayBO, § 74 I BauO Bln, § 59 BbgBO, § 75 BremBauO, § 63 HmbBO, § 66 HessBO, § 75 BauO M-V, § 73 NdsBauO, § 71 BauO NRW, § 72 BauO R-P, § 76 SaarBO, § 74 BauO LSA, § 66 BauO S-H, § 74 ThürBO.

⁸ Vgl. BVerwGE 48, 242 (245); 68, 241 (243) m. Anm. *Goerlich NVwZ* 1985, 90ff.; *Dirnberger*, in: *Jäde/ders./Böhme Bauordnungsrecht Sachsen*, Loseblatt (Stand Februar 2013), § 75 Rn. 37 m.w.N.; näher zum Vorbescheid *Hauth BauR* 2010, 32ff.

handelt⁹. Folglich ist die Verpflichtungsklage in Form der sog. Versagungsgegenklage gem. § 42 I 2. Alt. VwGO statthaft ist.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Zudem müsste K gem. § 42 II VwGO klagebefugt sein, d. h. geltend machen können, durch die Ablehnung des begehrten VA in eigenen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein. Dies wäre der Fall, wenn die Möglichkeit besteht, dass er einen Anspruch auf Erteilung eines solchen Vorbescheids hat¹⁰. Hier könnte der Anspruch auf Erteilung einer »Bebauungsgenehmigung« aus § 75 S. 1, 4 SächsBO i. V. m. § 72 I SächsBO¹¹ folgen; es ist nämlich nicht von vornherein und nach jeder in Betracht kommenden Sichtweise ausgeschlossen, dass das Vorhaben des K genehmigungsbedürftig und bauplanungsrechtlich genehmigungsfähig ist, sodass ihm nach diesen Vorschriften (»ist [...] zu erteilen«) ein Anspruch auf Erteilung eines Vorbescheids zustünde. Demnach ist K iSv § 42 II VwGO klagebefugt.

IV. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

K müsste daneben gem. § 68 II, I 1 VwGO ein Vorverfahren ordnungsgemäß, dh insbesondere form- und fristgerecht (§ 70 I 1 VwGO), begonnen und erfolglos durchgeführt haben¹². Der gegen die Versagung der »Bebauungsgenehmigung« vom 10. 4. 2012 am 13. 4. 2012 erhobene Wider-

spruch wurde von F namens des K (vgl. § 14 I 1 VwVfG) fristgerecht und mangels weiterer Angaben im Sachverhalt auch formgerecht erhoben, hatte wegen des abschlägigen Widerspruchsbescheids indes keinen Erfolg. Demnach hat K das erforderliche Vorverfahren ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführt¹³.

VI. Klagefrist, § 74 II, I 1 VwGO

Auch müsste K gem. § 74 II, I 1 VwGO die Verpflichtungsklage innerhalb der Klagefrist von einem Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben haben.

1. Fristbeginn

Maßgeblich für den Fristbeginn ist danach die ordnungsgemäße Zustellung des Widerspruchsbescheids vom 25. 10. 2012 samt Rechtsbehelfsbelehrung¹⁴, vgl. § 73 III 1 VwGO. Die Zustellung richtet sich gem. § 73 III 2 VwGO nach den Vorschriften des VwZG¹⁵.

a) Vorliegend wurde der Widerspruchsbescheid an K durch Übergabeeinschreiben gem. § 4 I 1. Alt. VwZG zugestellt. Damit gilt (unwiderlegliche Vermutung) er gem. § 4 II 2 VwZG als am dritten Tage nach Aufgabe zur Post zugegangen, sofern er nicht später oder überhaupt nicht zugeht – hier also am 29. 10. 2012 nach Aufgabe zur Post am 26. 10. 2012. Auf den tatsächlich eingetretenen früheren Zugang bei K am 27. 10. 2012 kommt es nicht an¹⁶.

Demnach hätte die Monatsfrist des § 74 VwGO gem. § 57 II VwGO, § 222 I ZPO, § 187 I BGB am 30. 10. 2012, 0 Uhr, zu laufen begonnen und wäre bei Erhebung der Klage am 7. 12. 2012 bereits verstrichen gewesen.

b) Jedoch könnte der Fristbeginn nicht bereits mit der Zustellung des Widerspruchsbescheids an K eingetreten sein. Dies wäre der Fall, wenn der Widerspruchsbescheid zwingend an F und nicht an K hätte zugestellt werden müssen. Gem. § 7 I 2 VwZG sind Zustellungen an den Bevollmächtigten des eigentlichen Zustellungsadressaten zu richten, wenn er eine schriftliche Vollmacht vorgelegt hat¹⁷. So liegt es hier: Bereits bei Erhebung des Wider-

⁹ Vgl. BVerwGE 48, 242 (245); 68, 241 (243); *Dirnberger* (Fn. 8), § 75 Rn. 4; a. A. *Dürr* JuS 1984, 770 ff.; inzwischen anders *ders.* JuS 2007, 328 (334).

¹⁰ Zur sog. Möglichkeitstheorie *Hüttenbrink* in: Kuhla/*ders.* Der Verwaltungsprozess, 3. Aufl. 2002, Abschn. D, Rn. 56; zur Klage auf Erteilung eines Vorbescheids *Dürr* JuS 2007, 328 (334).

¹¹ Vgl. §§ 75 S. 1 u. 4, 72 I MBO, §§ 57 I, II, 58 I 1 LBO BW, § 74 I 1 BauO Bln, §§ 75 S. 1 u. 4, 72 I BremBauO, §§ 63, 72 I HmbBauO, §§ 66 II, 64 I HessBO, §§ 75 S. 1 u. 4, 72 I BauO M-V, §§ 73 I 1, II 2, 70 I 1 NdsBauO, §§ 71 II, 75 I 1 BauO NRW, §§ 72 S. 1 u. 4, 70 I BauO R-P, § 76 S. 1 SaarlBO, §§ 74 S. 1 u. 4, 71 I BauO LSA, §§ 66 S. 1 u. 3, 73 I BauO S-H, §§ 74 S. 1 u. 4, 71 I ThürBO. Etwas anders aber Artt. 71 S. 1 u. 4, 68 I BayBO und § 59 I BbgBO.

¹² In einigen Ländern entfällt nach § 68 I 2 1. Var. VwGO i. V. m. dem jeweiligen Landesrecht hingegen das Vorverfahren, so etwa gem. Art. 15 II BayAGVwGO, § 6 I 2 AGVwGO NRW. Nicht einschlägig sind hingegen § 15 AGVwGO BW, Art. 8 BremAGVwGO, § 16a Hess AGVwGO (der Bauvorbescheid findet sich nicht in der Anlage zu dieser Norm), § 8a II, I NdsAGVwGO (vgl. § 8a III 1 Nr. 3 lit. a NdsAGVwGO), § 8a AGVwGO LSA (kein Fall des § 73 I 2 Nr. 2 oder 3 VwGO) und §§ 8a ff. ThürAGVwGO.

¹³ Ausführlich zum Vorverfahren *Schoch* JURA 2003, 752 ff.; *Geis/Hinterseh* JuS 2001, 1074 ff., 1176 ff.

¹⁴ Vgl. *Schenke* (Fn. 3), § 19 Rn. 705.

¹⁵ Näher *Schenke* (Fn. 3), § 19 Rn. 706.

¹⁶ Vgl. hierzu Engelhardt/App/*Schlatmann* VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2011, § 1 VwZG Rn. 6, § 4 VwZG Rn. 8.

¹⁷ Vgl. BVerwG NJW 1988, 1612 (1612); *Schlatmann* (Fn. 16), § 7 VwZG Rn. 1f. zur Vollmacht, Rn. 6 zu § 7 I 2 VwZG.

spruchs legte F eine ordnungsgemäße, schriftliche Vollmacht vor. Damit waren im Folgenden alle Zustellungen gem. § 7 I 2 VwZG an F, nicht mehr an K zu bewirken. Die gleichwohl erfolgte Zustellung des Widerspruchsbescheids an K kam also unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zustande und war somit rechtsfehlerhaft.

c) Dieser Fehler könnte aber gem. § 8 VwZG geheilt worden sein. Dazu muss der Empfangsberechtigte F das Dokument tatsächlich erhalten und die Behörde mit Zustellungswillen, d. h. dem Willen zur Bewirkung einer förmlichen Zustellung, gehandelt haben¹⁸. F erhielt den Widerspruchsbescheid am 9. 11. 2012, als K diesen in der Kanzlei abgab, F daraufhin den Widerspruchsbescheid »in die Hand bekam« und Kenntnis hiervon nehmen konnte¹⁹. Indem die Widerspruchsbehörde das förmliche Zustellungsverfahren mittels Übergabeeinschreiben wählte, brachte sie ihren Zustellungswillen zum Ausdruck. Damit wurde die Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften mit Übergabe des Widerspruchsbescheids an F am 9. 11. 2012 geheilt, in diesem Zeitpunkt also die Zustellung bewirkt.

2. Fristende

Somit begann die gem. § 74 II, I 1 VwGO durch Zustellung des Widerspruchsbescheids in Lauf zu setzende Ereignisfrist gem. § 57 II VwGO, § 222 I ZPO, § 187 I BGB am 10. 11. 2012, 0 Uhr, und endete gem. § 57 II VwGO, § 222 I ZPO, § 188 II BGB grundsätzlich am 9. 12. 2012, 24 Uhr²⁰. Da dieses Datum aber auf einen Sonntag fiel, endete die Frist gem. § 57 II VwGO, § 222 II ZPO erst am nächsten Werktag, dem 10. 12. 2012, 24 Uhr, sodass die an diesem Tag von F namens des K erhobene Klage noch fristgerecht ist.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Daneben müssten K als Kläger (§ 63 Nr. 1 VwGO) und die Stadt L als Beklagte (§ 63 Nr. 2 VwGO) beteiligten- und prozessfähig sein. Für K als natürliche, voll geschäftsfähige Person ergibt sich dies aus §§ 61 Nr. 1 1. Alt., 62 I Nr. 1 VwGO. Die Stadt L hingegen ist als juristische Person des öffentlichen Rechts (vgl. § 1 III Sächs-

GemO²¹) gem. § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO beteiligten- und gem. § 62 III VwGO, vertreten durch den Oberbürgermeister gem. § 51 I 2, IV SächsGemO²², prozessfähig²³.

VIII. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor: So bestehen keine Zweifel daran, dass K vor dem nach §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO i. V. m. § 2 II SächsJG²⁴ sachlich und örtlich zuständigen Verwaltungsgericht klagt. Dort kann er sich nach § 67 II 1 VwGO durch Rechtsanwalt F vertreten lassen; Vertretungszwang besteht aber nicht, vgl. § 67 I VwGO. Zweifel daran, dass die Klageschrift die Vorgaben der §§ 81f. VwGO wahrt, bestehen nicht; ebenso sprechen keine Anhaltspunkte gegen das Rechtsschutzbedürfnis des K.

IX. Ergebnis der Zulässigkeit

Die Klage des K ist mithin zulässig.

B. Beiladung²⁵

Daneben könnte die Stadt L gem. § 65 II VwGO notwendig beizuladen sein, da das Gericht auf einen erfolgreichen

²¹ Vgl. § 1 IV GemO BW, Art. 1 S. 1 BayGO, § 1 I 2 BbgKVerf, Art. 144 S. 1 BremVerf, § 1 II HessGO, § 1 II 1 KV M-V, § 2 II NdsKomVG, § 1 II GO NRW, § 1 II 1 GemO R-P, § 1 II SaarlKSVG, § 1 II GO LSA, § 1 II 1 ThürKO. In Berlin und Hamburg fehlt eine vergleichbare Struktur.

²² Vgl. § 42 I 2, IV GemO BW, Artt. 34 I 2, 38 I BayGO, § 36 II lit. a) BzVwG Bln i. V. m. § 4 I 2 AZG Bln, § 53 I 2, IV BbgKVerf, Artt. 148 I, 118 I 2 BremVerf bzw. § 42 I 3 Nr. 7 VerfBrhv, Art. 43 S. 1 HmbVerf, § 71 I HessGO, § 38 I 2, II 1 KV M-V, §§ 86 I 2, 7 II Nr. 2 NdsKomVG, §§ 40 II 2, 63 I GO NRW, §§ 28 II 2, 47 I 1 GemO R-P, §§ 29 III, 59 I SaarlKSVG, § 57 II, III GO LSA, §§ 28 I 2, 31 I ThürKO.

²³ Anders freilich in den Ländern, die von der Möglichkeit des § 61 Nr. 3 VwGO Gebrauch gemacht haben; vgl. § 8 I BbgVwGG, § 5 I AGVwGO NRW, § 19 I SaarlAGVwGO. Dort wird die Behörde gem. § 62 III VwGO vom Behördenleiter vertreten. Keine Anwendung finden hingegen § 8 I NdsAGVwGO, § 8 S. 1 AGVwGO LSA und § 6 S. 1 AGVwGO S-H, da es sich bei der Kreisfreien Stadt nicht um eine Landesbehörde handelt.

²⁴ Vgl. § 1 II AGVwGO BW, Art. 1 II BayAGVwGO, § 1 I AGVwGO Bln, § 2 I BbgVwGG, Art. 1 S. 1 BremAGVwGO, § 1 I HmbAGVwGO, § 1 II HessAGVwGO, § 10 GerStrG M-V, § 1f. NdsAGVwGO, § 1 II AGVwGO NRW, § 3 GerOrgG R-P, § 1 SaarlAGVwGO, § 1f. AGVwGO LSA, § 1 I AGVwGO S-H, § 1 ThürAGVwGO.

²⁵ Um eine Sachentscheidungs voraussetzung i. e. S. handelt es sich bei der Beiladung nicht. Sie stellt vielmehr eine prozessuale Handlungsoption (§ 65 I VwGO) oder -pflicht (§ 65 II VwGO) des Gerichts

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2003, 1192 (1193); *Schlatmann* (Fn. 16), § 8 VwZG Rn. 4ff.

¹⁹ Vgl. zu den Voraussetzungen tatsächlichen Erhaltens BGH NJW 2001, 1946 (1947); *Schlatmann* (Fn. 16), § 8 VwZG Rn. 4.

²⁰ Vgl. Schoch/Schneider/Bier/Meissner VwGO, § 74 Rn. 32ff.

Verpflichtungsantrag hin ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzen müsste, weshalb die Entscheidung auch gegenüber der Gemeinde nur einheitlich ergehen könnte²⁶. Jedoch kann nicht beigelegt werden, wer – wie hier die Kreisfreie Stadt L – bereits Kläger oder Beklagter des anhängigen Rechtsstreits und nicht »Dritter« i.S.v. § 65 VwGO ist²⁷.

C. Begründetheit

Die Klage des K müsste ferner begründet sein. Gem. § 113 V 1 VwGO ist sie dies, wenn und soweit K als Kläger durch die rechtswidrige Versagung des Erlasses eines Bauvorbescheides in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt worden und die Sache spruchreif ist. Das ist der Fall, wenn und soweit K einen Anspruch auf Erteilung eines Bauvorbescheides hat²⁸. Darüber hinaus müsste sich die Klage gegen den richtigen Beklagten richten.

I. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO²⁹

Die Klage müsste zunächst gegen den richtigen Beklagten gerichtet sein. Gem. § 78 I Nr. 1 VwGO ist passivlegitimiert der Rechtsträger der Behörde, die den Erlass des Verwaltungsaktes versagt hat³⁰. Hier versagte die zuständige Behörde der Kreisfreien Stadt L den Erlass des Bauvorbescheids. Rechtsträger und damit passivlegitimiert ist daher die Stadt L, gegen die sich die Klage des K richtet.

dar. Gleichwohl kann sie für den Kläger von Bedeutung sein; vgl. näher dazu *Ehlers* in: ders./Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 21 Rn. 135.

²⁶ Vgl. *Dürr* JuS 2007, 328 (329).

²⁷ Schoch/Schneider/Bier/Bier VwGO, § 65 Rn. 10 m.w.N.; das gilt auch, wenn die handelnde Behörde selbst Klagegegnerin ist, vgl. BVerwG NVwZ 2003, 216 f.

²⁸ Vgl. *Schenke* (Fn. 3), § 21 Rn. 841.

²⁹ Ausführlich zum Prüfungsstandort von § 78 VwGO *Rozek* JuS 2007, 601 ff.; zur Gegenansicht – § 78 VwGO als Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis – *Ehlers* (Fn. 25), § 22 Rn. 60, § 23 Rn. 35 m.w.N.

³⁰ Anders freilich für die Länder, die von der Ermächtigung des § 78 I Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht haben, vgl. § 8 II BbgVwGG, § 5 II AGVwGO NRW, § 19 II SaarLAGVwGO. Unanwendbar sind aber § 8 II NdsAGVwGO, § 8 S. 2 AGVwGO LSA und § 6 S. 2 AGVwGO S-H, da es sich bei einer Kreisfreien Stadt nicht um eine Landesbehörde i.S.d. Vorschriften handelt, selbst wenn diese im übertragenen Wirkungskreis tätig wird.

II. Anspruch auf Erlass einer Bebauungsgenehmigung

Daneben müsste K ein Anspruch auf Erlass einer »Bebauungsgenehmigung« zustehen.

1. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt allein § 75 S. 1, 4 i.V.m. § 72 I SächsBO³¹ in Betracht. Soweit dessen Voraussetzungen vorliegen, besteht ein Anspruch auf Erteilung eines Bauvorbescheids in Form der »Bebauungsgenehmigung«³².

2. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Damit K ein Anspruch auf Erlass eines Bauvorbescheids zusteht, müssten zunächst die formellen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, d.h. er müsste einen Antrag auf Erlass eines solchen Bescheids bei der zuständigen Behörde gestellt haben. Darüber hinaus könnte die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens erforderlich sein.

a) Antrag bei der zuständigen Behörde

Vorliegend hat F – als Bevollmächtigter des K i.S.v. § 14 I VwVfG – einen den §§ 75 S. 1 und 4, 68 SächsBO entsprechenden Bauantrag eingereicht³³. Der Antrag müsste aber auch an die zuständige Behörde gerichtet gewesen

³¹ Vgl. §§ 75 S. 1 u. 4, 72 I MBO, §§ 57 II, 58 I LBO BW, Artt. 71 S. 1 u. 4, 68 I 1 BayBO, §§ 75 S. 1 u. 4, 72 I 1 BremBauO, §§ 63 S. 2, 72 I HmbBauO, §§ 66 II, 64 I HessBO, §§ 75 S. 1 u. 4, 72 I BauO M-V, §§ 73 I 1, II 2, 70 I 1 NdsBauO, §§ 71 II, 75 I BauO NRW, §§ 72 S. 1 u. 4, 70 I BauO R-P, § 76 S. 1 SaarLBO, §§ 74 S. 1 u. 4, 71 I BauO LSA, §§ 66 S. 1 u. 3, 73 I BauO S-H, §§ 74 S. 1 u. 4, 71 I ThürBO. Für Berlin: §§ 74 I 1, 4, 69 BauO Bln; § 74 II BauO Bln ist nicht einschlägig, da das Vorhaben nicht § 64 BauO Bln unterfällt. In der Formulierung anders § 59 I BbgBO; hier gebietet aber die Baufreiheit des Antragstellers die Erteilung eines Vorbescheids, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen; vgl. auch *Grotefels* in: Hoppe/Bönker/ders., Öffentliches Baurecht, 4. Auflage 2010, § 16 Rn. 68.

³² Vgl. *Degenhart* SächsBO, Loseblatt (Stand Juni 2001), § 66 [a.F.] Rn. 23; *Dirnberger* (Fn. 8), § 75 Rn. 29; *Frenz* JuS 2009, 902 (902).

³³ Zu den näheren Anforderungen an einen solchen Antrag *Dirnberger* (Fn. 8), § 75 Rn. 54 ff.; vgl. i. Ü. §§ 75 S. 1 u. 4, 68 MBO, §§ 57 I, II, 53 LBO BW, Artt. 71 S. 1 u. 4, 64 BayBO, §§ 74 I 1, 4, 69 BauO Bln, § 59 I, II BbgBO, §§ 75 S. 1 u. 4, 68 BremBauO, §§ 63 S. 2, 70 HmbBauO, §§ 66 I 1, II, 60 HessBO, §§ 75 S. 1 u. 4, 68 BauO M-V, §§ 73 I 1, II 2, 67 NdsBauO, §§ 71 I 1, II, III, 69 BauO NRW, §§ 72 S. 1 u. 4, 63 BauO R-P,

sein. Gem. §§ 75 S. 4, 68 I SächsBO³⁴ ist der Bauantrag bei der unteren Bauaufsichtsbehörde einzureichen. Hier ist die Kreisfreie Stadt L als untere Bauaufsichtsbehörde gem. § 57 I 1 Nr. 1 SächsBO sowohl zuständig für die Entgegennahme des Bauantrags als auch gem. § 57 I 2 SächsBO verbandskompetent für die Erteilung des Bauvorbescheids. Die Organkompetenz liegt gem. § 58 I SächsBO i. V. m. §§ 53 III 1, 51 IV SächsGemO beim Oberbürgermeister der Kreisfreien Stadt L³⁵. Damit hat K durch F seinen Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt.

b) Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens

Darüber hinaus könnte gem. § 36 I 1 BauGB die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens erforderlich sein. Auf die Erteilung eines Bauvorbescheids ist § 36 I 1 BauGB grundsätzlich anwendbar³⁶. Hier versagte die Stadt L jedoch ihr gemeindliches Einvernehmen. Diese Ablehnung ist für den Erlass eines Bauvorbescheids aber nur relevant, wenn es hierfür eines gemeindlichen Einvernehmens bedurfte. § 36 I 1 BauGB sichert die gemeindliche Planungshoheit in den Fällen, in denen die Gemeinde selbst noch keine Bauleitplanung aufgestellt hat und/oder durch die Zulassung eines Vorhabens durch die Bauaufsichtsbehörde die Planungsentscheidungen der Gemeinde präjudiziert

oder konterkariert werden könnten³⁷. Dies setzt voraus, dass die Bauaufsichtsbehörde und die Gemeinde nicht identisch sind, da anderenfalls von einer Vereitelung der Planungsentscheidungen der Gemeinde durch andere Stellen nicht die Rede sein kann. § 36 I 1 BauGB ist daher nicht anwendbar, wenn der Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde und der Gemeinde personenidentisch sind³⁸. Die Gegenansicht, die darauf abstellt, ob innerhalb der Gemeinde dieselbe Behörde über die Erteilung der Baugenehmigung einerseits, des gemeindlichen Einvernehmens andererseits zu entscheiden hat³⁹, vermag nicht zu überzeugen, schützt § 36 I 1 BauGB doch die der Gemeinde als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts zukommende Planungshoheit als Ausfluss des kommunalen Selbstverwaltungsrechts. Wer nach dem jeweiligen (Landes-)Kommunalrecht diese Hoheit auszuüben hat, spielt danach keine Rolle, da durch die Entscheidung zweier Behörden derselben Gemeinde deren Selbstverwaltungsrecht nicht verkürzt werden kann⁴⁰. Daher ist § 36 I 1 BauGB hier unanwendbar, weil die Stadt L zugleich über den Bauvorbescheid zu entscheiden hat, sodass die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens unbeachtlich ist.

Somit liegen die formellen Voraussetzungen für den Erlass eines Bauvorbescheids vor.

3. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

Darüber hinaus müssten aber auch die materiellen Anspruchsvoraussetzungen des § 75 S. 1, 4 i. V. m. § 72 I SächsBO⁴¹ vorliegen. Danach ist ein Bauvorbescheid nur zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im – notwendigen – bauaufsichtlichen Verfahren zu prüfen sind⁴².

§§ 76 S. 1 u. 4, 69 SaarlBO, §§ 74 S. 1 u. 4, 67 BauO LSA, §§ 66 S. 1 u. 3, 64 BauO S-H, §§ 74 S. 1 u. 4, 67 ThürBO.

³⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 33.

³⁵ Vgl. für die Verbandskompetenz § 57 I 2, I 1 Nr. 1 MBO, §§ 48 I, 46 II 1 Nr. 1 LBO BW, Art. 53 I 1, 2 BayBO i. V. m. Art. 9 I 1 BayGO, § 58 I 1 BauO Bln, §§ 52 I 2, 51 I 2 BbgBO, § 57 I 2, I 1 Nr. 2 BremBauO, § 58 I HmbBauO i. V. m. § 2 S. 2 HmbBzVG, § 52 I 3, I 1 Nr. 1 lit. a HessBO, § 57 II 1, I 1 Nr. 1 BauO M-V, §§ 58 II, 57 I 1 NdsBauO, §§ 62, 60 I Nr. 3 lit. a BauO NRW, §§ 60, 58 I Nr. 3 BauO R-P, §§ 59 I, 58 I 2 SaarlBO i. V. m. § 8 SaarlKSVG, § 56 I 2, I 1 Nr. 1 BauO LSA, §§ 61 I, 58 I Nr. 2 BauO S-H, § 57 II, I Nr. 1 ThürBO; für die Organkompetenz § 58 I MBO, § 47 IV 1 LBO BW i. V. m. § 44 III 1. Hs. GemO BW, Art. 54 I 2. Halbs. BayBO i. V. m. Artt. 30 I, 59 I bzw. 37 I 1 Nr. 1 BayGO (je nach Bedeutung der Vorbescheidserteilung für die Kreisfreie Stadt), §§ 4 I 2, 3 II AZG Bln i. V. m. §§ 36 II lit. h, 12 BzVwG Bln, § 52 I 1 BbgBO i. V. m. § 54 I Nr. 3 BbgKVerf, § 58 I BremBauO i. V. m. § 42 I 3 Nr. 1 VerfBrhV bzw. Artt. 148 I 2, 118 I 1 BremVerf, § 35 II HmbBezVG, § 52 I 1 Nr. 1 lit. a HessBO, § 57 I 1 Nr. 1 BauO M-V, § 57 III NdsBauO i. V. m. § 76 II NdsKomVG, § 60 II BauO NRW i. V. m. § 3 I OBG NRW, § 58 I Nr. 3, IV BauO R-P i. V. m. § 47 I 1 Nr. 4 GemO R-P, § 58 I 2 SaarlBO i. V. m. § 59 IV SaarlKSVG, § 57 I BauO LSA i. V. m. § 63 IV GO LSA, § 58 I Nr. 2 BauO S-H, § 57 I Nr. 1 ThürBO i. V. m. § 29 II Nr. 2 ThürKO.

³⁶ Vgl. Battis/Krautzberger/Löhr/Krautzberger BauGB, 11. Aufl. 2009, § 36 Rn. 2; *Hormann* in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Loseblatt (Stand November 2012), Abschn. A I, Rn. 116.

³⁷ BVerwGE 121, 339; *Krautzberger* (Fn. 36), § 36 Rn. 11; Ernst u. a./*Söfker* BauGB, Loseblatt (Stand September 2012), § 36 Rn. 15; Spannowsky/Uechtritz/*Hofmeister* BauGB, 21. Edition 2013, § 36 Rn. 10

³⁸ BVerwGE 28, 268 (271); 45, 207 (212); *Krautzberger* (Fn. 36), § 36 Rn. 11; *Söfker* (Fn. 37), § 36 Rn. 15.

³⁹ Vgl. *Brügelmann/Dürr* BauGB, Loseblatt (Stand Juli 2012), § 36 Rn. 19 m. w. N.; *ders.* JuS 2007, 328 (333 f.).

⁴⁰ Vgl. näher *Frenz* JuS 2009, 902 (903); ausführlich auch *Ibler* Öffentliches Baurecht, 2006, Fall 2, S. 22ff.

⁴¹ Vgl. die Nachweise oben Fn. 11.

⁴² Teilweise sehen die übrigen Landesbauordnungen vor, dass die Bauaufsichtsbehörden alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Bezug auf ein Vorhaben prüfen müssen. Da aber der Prüfungsumfang beim Bauvorbescheid durch den Antrag des Bauherrn begrenzt wird, ergeben sich hieraus für die vorliegende Falllösung keine Unterschiede.

a) »Vorbescheidsbedürftigkeit«

Fraglich ist danach zunächst, ob das Vorhaben des K überhaupt einer Baugenehmigung bedarf; anderenfalls bestünde nämlich weder ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung noch auf einen vorweggenommenen Teil derselben – den Bauvorbescheid⁴³.

Gem. § 59 I SächsBO⁴⁴ bedarf u. a. die Errichtung von Anlagen einer Genehmigung. Der geplante Bau eines »Factory-Outlet-Center« stellt die erstmalige bauliche Herstellung einer aus Bauprodukten bestehenden künstlich gefertigten und jedenfalls durch eigene Schwere mit dem Erdboden verbundenen Anlage und somit die Errichtung einer Anlage i. S. v. § 2 I SächsBO dar, wobei gem. § 2 I 3 Nr. 6 SächsBO⁴⁵ auch die Stellplätze für Kraftfahrzeuge Anlagen i. S. d. SächsBO sind. Anhaltspunkte für vorrangige andere Gestattungsverfahren i. S. v. § 60 SächsBO⁴⁶, die Verfahrensfreiheit des Vorhabens nach § 61 SächsBO⁴⁷ oder dessen Genehmigungsfreistellung nach § 62 SächsBO⁴⁸ sind nicht erkennbar, sodass die Errichtung des »Factory-Outlet-Centers« einer Baugenehmigung bedarf und daher auch die Erteilung eines Bauvorbescheids in Betracht kommt.

b) »Vorbescheidsfähigkeit«

Weiterhin müsste das Vorhaben des K »vorbescheidsfähig« sein, die begehrte Feststellung müsste also getroffen werden können. Dies richtet sich bei einem Bauvor-

bescheid nach dessen beantragtem Umfang⁴⁹, erfasst im Falle der »Bebauungsgenehmigung« damit die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens, insbesondere seine Vereinbarkeit mit §§ 29 ff. BauGB⁵⁰. Die äußere Grenze des Prüfungsumfangs wird dabei durch die §§ 63, 64 SächsBO⁵¹ gezogen⁵². Da das von K geplante Vorhaben zu den Sonderbauten i. S. d. § 2 IV Nrn. 3 und 4 SächsBO⁵³ zählt, gehören zu den nach § 64 S. 1 Nr. 1 SächsBO⁵⁴ zu prüfenden Vorschriften jedenfalls die §§ 29 ff. BauGB, sodass der Prüfungsumfang des Bauvorbescheids hierauf beschränkt werden kann.

Damit der Bauvorbescheid erteilt werden kann, müsste das Vorhaben des K danach mit den §§ 29 ff. BauGB vereinbar sein. Hier könnte es aber insbesondere gegen § 35 II BauGB verstoßen.

aa) Vorhaben i. S. d. § 29 BauGB

Dann müsste es sich bei dem »Factory-Outlet-Center« um ein Vorhaben i. S. v. § 29 BauGB handeln, also u. a. die Errichtung – also die erstmalige bauliche Herstellung – einer baulichen Anlage zum Gegenstand haben. Eine bauliche Anlage i. S. v. § 29 BauGB wird nach der Rechtsprechung gekennzeichnet durch das vergleichsweise weite Merkmal des »Bauens« und das einschränkende Merkmal der »bodenrechtlichen Relevanz«⁵⁵. Erstgenanntes Merk-

43 Weil der Bauvorbescheid ein vorweggenommener Teil der Baugenehmigung ist, kann er nur in dem Umfang ergehen, in dem auch eine Baugenehmigung ergehen könnte, vgl. *Dirnberger* (Fn. 8), § 75 Rn. 21.

44 § 59 I MBO, § 49 LBO BW, Art. 55 I BayBO, § 60 I BauO Bln, § 54 BbgBO, § 59 I 1 BremBauO, § 59 I HmbBO, § 54 I HessBO, § 59 I BauO M-V, § 59 I NdsBauO, § 63 I BauO NRW, § 61 BauO R-P, § 60 I SaarlBO, § 58 I BauO LSA, § 62 I BauO S-H, § 59 I ThürBO.

45 § 2 I 2 Nr. 6 MBO, § 2 I 3 Nr. 6 LBO BW, Art. 2 I 3 Nr. 5 BayBO, § 2 I 3 Nr. 6 BauO Bln, § 2 I 3 Nr. 4 BbgBO, § 2 I 2 Nr. 6 BremBauO, § 2 I 2 Nr. 6 HmbBauO, § 2 I 3 Nr. 4 HessBO, § 2 I 2 Nr. 6 BauO M-V, § 2 I 2 Nr. 9 NdsBauO, § 2 I 3 Nr. 5 BauO NRW, § 2 I 3 Nr. 4 BauO R-P, § 2 I 3 Nr. 6 SaarlBO, § 2 I 4 Nr. 6 BauO LSA, § 2 I 2 Nr. 4 BauO S-H, § 2 I 3 Nr. 4 ThürBO.

46 § 60 MBO, Art. 56 BayBO, § 61 BauO Bln, § 60 BremBauO, § 60 BauO M-V, § 59 II NdsBauO, § 63 II BauO NRW, § 60 III SaarlBO, § 59 BauO LSA.

47 § 61 MBO, § 50 LBO BW, Art. 57 BayBO, § 62 BauO Bln, § 55 BbgBO, § 61 BremBauO, § 60 HmbBauO, § 55 HessBO, § 61 BauO M-V, § 60 NdsBauO, § 65 BauO NRW, § 62 BauO R-P, § 61 SaarlBO, § 60 BauO LSA, § 63 BauO S-H, § 63 ThürBO.

48 § 62 MBO, § 51 LBO BW, Art. 58 BayBO, § 63 BauO Bln, § 58 BbgBO, § 62 BremBauO, § 64 HmbBauO, § 56 HessBO, § 62 BauO M-V, §§ 61, 62 NdsBauO, §§ 66, 67 BauO NRW, § 67 BauO R-P, § 63 SaarlBO, § 61 BauO LSA, § 68 BauO S-H, § 61 ThürBO.

49 Vgl. *Hormann* (Fn. 36), Rn. 413.

50 Vgl. *Hormann* (Fn. 36), Rn. 403.

51 §§ 63 f. MBO, §§ 52, 58 I 2 LBO BW, Artt. 59 f. BayBO, §§ 64 ff. BauO Bln, §§ 56 f. BbgBO, §§ 63 f. BremBauO, §§ 61 f. HmbBauO, § 57 f. HessBO, §§ 63 f. BauO M-V, §§ 63 f. NdsBauO, §§ 68, 75 I 1 BauO NRW, §§ 65 I 1, 66 BauO R-P, §§ 64 f. SaarlBO, §§ 62 f. BauO LSA, § 69 BauO S-H, §§ 62 f. ThürBO.

52 Das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren lässt sich als – teilweise – Genehmigungsfreistellung begreifen, sodass auch der Bauvorbescheid als vorweggenommener Teil der Baugenehmigung insoweit begrenzt ist, vgl. näher *Dirnberger* (Fn. 8), § 75 Rn. 23; *Hormann* (Fn. 36), Rn. 410; eingehend *Jäde* BayVBl 2005, 332 ff.; *Kuchler/Erhard* BayVBl 2004, 652 ff.

53 § 2 IV Nrn. 3 u. 4 MBO, § 38 II Nrn. 2 u. 3 LBO BW, Art. 2 IV Nrn. 3 u. 4 BayBO, § 2 IV Nrn. 3 u. 4 BauO Bln, § 44 II Nr. 2 BbgBO, § 2 IV Nrn. 3 u. 4 BremBauO, § 2 IV Nrn. 3 u. 4 HmbBauO, § 2 VIII Nrn. 3 u. 4 HessBO, § 2 IV Nrn. 3 u. 4 BauO M-V, § 2 V Nrn. 3 u. 4 NdsBauO, § 68 I 3 Nrn. 3 u. 4 BauO NRW, § 50 II Nr. 2 BauO R-P, § 2 IV Nrn. 3 u. 4 SaarlBO, § 2 IV Nrn. 3 u. 4 BauO LSA, §§ 2 IV, 51 II Nrn. 3 u. 4 BauO S-H, § 2 IV Nrn. 3 u. 4 ThürBO.

54 § 64 S. 1 Nr. 1 MBO, § 58 I 2 LBO BW, Art. 60 S. 1 Nr. 1 BayBO, § 65 S. 1 Nr. 1 BauO Bln, § 56 Nr. 1 BbgBO, § 64 S. 1 Nr. 1 BremBauO, § 62 I 1 Nr. 1 HmbBauO, § 58 S. 1 Nr. 1 HessBO, § 64 S. 1 Nr. 1 BauO M-V, § 64 S. 1 NdsBauO, § 75 I 1 BauO NRW, § 65 I 1 BauO R-P, § 65 I SaarlBO, § 63 S. 1 Nr. 1 BauO LSA, § 78 I 1 BauO S-H, § 63 I Nr. 1 ThürBO.

55 Vgl. nur BVerwGE 44, 59 (61).

mal ist bei allen Anlagen erfüllt, die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden sind⁵⁶. Bodenrechtliche Relevanz kommt einem Vorhaben hingegen erst zu, wenn es die in § 1 VI BauGB genannten Belange in einer Weise berühren kann oder berührt, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen⁵⁷. Angesichts der erwartbaren Auswirkungen des »Factory-Outlet-Centers« auf den Textilmarkt in L und Umgebung ist dabei nicht von der Hand zu weisen, dass etwa Belange der mittelständischen Wirtschaft i.S.v. § 1 VI Nr. 8 lit. a BauGB in einer Weise berührt sein könnten, die den Ausgleich widerstreitender Interessen durch Bauleitplanung erforderlich machte. Ebenso sind die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung und die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse gem. § 1 VI Nrn. 1 und 2 BauGB zu berücksichtigen, soweit der Liefer- und Kundenverkehr zum »Factory-Outlet-Center« über zwei Erschließungsstraßen durch die angrenzenden Wohngebiete abgeleitet werden soll. Die erstmalige Errichtung dieser auf Dauer angelegten, künstlich hergestellten und mit dem Erdboden verbundenen Anlage stellt daher ein Vorhaben i.S.v. § 29 BauGB dar.

bb) Außenbereich

Mangels wirksamen Bebauungsplans richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des »Factory Outlet Centers« nach §§ 34, 35 BauGB, wobei § 35 BauGB nur dann als Maßstab in Betracht kommt, wenn sich das Vorhaben im Außenbereich befindet, d. h. nicht in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil i.S.v. § 34 I BauGB. Dabei meint *Ortsteil* jeden Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck organischer Siedlungsstruktur ist⁵⁸. Angesichts der vom Sachverhalt näher beschriebenen Umgebungsbebauung bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass diese Bebauung eine Siedlungsstruktur von gewissem Gewicht darstellt, die auch auf eine organische Entstehung hindeutet und damit Ortsteil i.S.v. § 34 I BauGB ist.

Allerdings könnte das geplante Vorhaben zu dieser Siedlungsstruktur nicht mehr in einem *Bebauungszusammenhang* stehen. Entscheidend ist dafür nicht allein, ob die tatsächlich vorhandene Bebauung einen solchen Zu-

sammenhang bildet; vielmehr muss auch die Fläche, auf der das geplante Vorhaben realisiert werden soll, noch ein Teil dieses Zusammenhangs sein, von ihm noch geprägt werden⁵⁹. Ein Bebauungszusammenhang liegt dabei in jeder tatsächlich aufeinander folgenden, eben zusammenhängenden Bebauung;⁶⁰ ein Grundstück steht aber nicht mehr im Zusammenhang mit anderer Bebauung, wenn diese Abfolge durch große Baulücken oder größere freie Flächen unterbrochen wird⁶¹. Daher steht eine von Bebauung umgebene Innenstadtfläche mit ihrer Umgebung nicht mehr im Bebauungszusammenhang, wenn sie so groß ist, dass sich ihre Bebauung nicht als zwanglose Fortsetzung der vorhandenen Bebauung aufdrängt;⁶² es handelt sich dann um eine sog. »Außenbereichsinsel« im Innenbereich.

Für das Grundstück des K bestehen danach Zweifel, ob sich das dort geplante »Center« noch als Fortsetzung der Umgebungsbebauung darstellte. Das Grundstück, das durch zwei Stichstraßen an die westlich und östlich belegene, straßenbegleitend enge Wohnbebauung angebunden und auf diese Weise erschlossen werden soll, ist nämlich von dieser Bebauung durch zwei Grundstücke von je 100 x 100 m Größe getrennt und weist selbst eine Größe von 100 x 100 m auf. Eine Freifläche solchen Ausmaßes – 30.000 m² – unterbricht in einem großstädtischen Siedlungsraum in aller Regel den Bebauungszusammenhang und ist diesem nicht mehr zugehörig⁶³.

(1) Das gilt aber nur, soweit hier die drei nebeneinander liegenden Grundstücke als Gesamtläche zu betrachten sind, weil sie alle außerhalb des Bebauungszusammenhangs liegen. Der im Zusammenhang bebaute Ortsteil i.S.v. § 34 I BauGB endet in aller Regel am letzten im Bebauungszusammenhang stehenden Baukörper; dabei finden aber nur Bauwerke Berücksichtigung, die zum ständigen Aufenthalt von Menschen dienen⁶⁴. Demgegenüber sind Grundstücks- und Parzellengrenzen für die Abgrenzung des bestehenden Bebauungszusammenhangs grundsätzlich unbeachtlich⁶⁵. Ausnahmsweise können besondere topographische Verhältnisse, wie Geländehindernisse,

56 BVerwGE 44, 59 (61f.); näher hierzu Spannowsky/Uechtritz/Krämer (Fn. 37), § 29 Rn. 3f.

57 BVerwGE 44, 59 (62).

58 Söfker (Fn. 37), § 34 Rn. 14 m.w.N.; Stollmann Öffentliches Baurecht, 8. Aufl. 2011, § 16 Rn. 8.

59 Söfker (Fn. 37), § 34 Rn. 18.

60 Vgl. nur BVerwGE 31, 20 (21).

61 Vgl. mit Beispielen aus der Rechtsprechung Söfker (Fn. 37), § 34 Rn. 23.

62 Vgl. BVerwG NJW 1984, 1576 (1576); näher hierzu *Beaucamp* JA 2005, 471 (476).

63 Eine »Außenbereichsinsel« wurde etwa bejaht für eine 20.000 m² große Freifläche, vgl. BVerwGE 41, 227 (234); weitere Beispiele bei *Beaucamp* JA 2005, 471 (476).

64 Vgl. BVerwG ZfBR 2007, 480 (481); OVG Sachsen-Anhalt NVwZ-RR 2010, 465 (465).

65 Vgl. Söfker (Fn. 37), § 34 Rn. 25 m.w.N.

Erhebungen oder Einschnitte, dazu führen, dass dem Bebauungszusammenhang noch unbebaute Grundstücke bis zu einer sich aus der örtlichen Situation ergebenden natürlichen Grenze zugeordnet werden können⁶⁶. Diese Wirkung könnte hier der teilweisen baulichen Trennung der Grundstücke durch Zäune und Mauern zukommen. Allerdings handelt es sich bei Einfriedungen eines Grundstücks durch Zäune oder Mauern nicht um Geländehindernisse in diesem Sinn⁶⁷, weil – anders als bei natürlichen Geländehindernissen – eine Einfriedung meist ohne größere Probleme beseitigt werden kann und in ihren Ausmaßen sowie ihrem gebietsprägenden Charakter einem natürlichen Geländehindernis nicht vergleichbar ist. Der Bebauungszusammenhang wird hier daher durch die Einfriedungen nicht erweitert, sondern endet am letzten Baukörper der Wohnbebauung.

(2) Indes könnte das Grundstück des K noch zum Bebauungszusammenhang gehören, weil sich dort noch Grundmauern der ehemaligen Fabrikhalle befinden. Ob diese Fabrik früher einmal zum Bebauungszusammenhang gehörte, kann aber offenbleiben, wenn die verbliebenen Grundmauern nicht geeignet sind, eine »Fortwirkung« des Bebauungszusammenhangs zu vermitteln. Denn es ist anerkannt, dass ein Grundstück seine Zugehörigkeit zu einem einmal bestehenden Bebauungszusammenhang nicht allein dadurch verliert, dass die bisher dort vorhandene Bausubstanz wegfällt; vielmehr wirkt der frühere Zustand fort, solange die Umstände auf eine Wiederbebauung in angemessenem zeitlichen Rahmen hindeuten⁶⁸. Ob und wie lange ein Grundstück noch zum Bebauungszusammenhang zu rechnen ist, entscheidet sich dabei nach der Verkehrsauffassung⁶⁹, wobei neben der Lage des Grundstücks zu berücksichtigen ist, ob sich eine Wiederbebauung aufdrängt, weil die – nunmehr fehlende – Bebauung geradezu vermisst wird⁷⁰. Handelt es sich zudem um ein Grundstück, das durch Zeitablauf zu einer »Außenbereichsinsel« im Innenbereich werden würde, wird die Verkehrsauffassung tendenziell längere Fristen für die Wiederbebauung akzeptieren, bevor sie diese nicht mehr erwartet⁷¹. Allerdings ist bei einem (nahezu) vollständigen Abbruch eines Gebäudes – im Wortsinne bis auf die Grundmauern – vor mehr als vierzig Jahren mit einer Wie-

derbebauung selbst bei einem Grundstück nicht mehr zu rechnen, das ggf. zur »Außenbereichsinsel« wird⁷². Danach wirkt ein ehemals für die Fabrik bestehender Bebauungszusammenhang für das Grundstück des K nicht mehr fort.

(3) Schließlich könnte das Grundstück des K aber im Zusammenhang mit der umgebenden Bebauung stehen, weil es im Flächennutzungsplan der Stadt L als »gemischte Baufläche« ausgewiesen ist. Allerdings ist für die Beurteilung, ob ein Grundstück zum im Zusammenhang bebauten Ortsteil nach § 34 I BauGB gehört, die vom Tatsächlichen geprägte konkrete bauliche Situation maßgeblich⁷³. Diese Beurteilung des *tatsächlichen* Zustands wird nicht verbindlich durch das *rechtliche* Instrument des Flächennutzungsplans festgelegt⁷⁴. Daher führt der vorhandene Flächennutzungsplan nicht zu einem anderen Ergebnis.

Damit steht das Grundstück des K nicht (mehr) im Zusammenhang i. S. d. § 34 I BauGB mit der Umgebungsbauung, sondern stellt eine »Außenbereichsinsel« im Innenbereich dar, für deren Bebauung § 35 BauGB den Maßstab bildet.

cc) Privilegiertes Vorhaben i. S. v. § 35 I BauGB?

Offenkundig handelt es sich bei dem von K geplanten »Center« nicht um ein privilegiertes Vorhaben i. S. v. § 35 I BauGB. Insbesondere § 35 I Nr. 4 BauGB ist nicht einschlägig, da das »Center« weder besonders schutzwürdige Interessen realisiert, die eine Bauausführung im Außenbereich rechtfertigen, noch erkennbar ist, ob das Vorhaben nicht auch andernorts im Innenbereich realisiert werden könnte⁷⁵.

dd) Sonstiges Vorhaben i. S. v. § 35 II BauGB

Damit richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des geplanten Vorhabens als sonstiges Vorhaben nach § 35 II BauGB. Es wäre also bauplanungsrechtlich unzulässig, wenn öffentliche Belange dadurch beeinträchtigt würden. Dabei kommen zunächst die in § 35 III BauGB kodifizierten Belange in Betracht, die aber (»insbesondere«) nicht abschließend sind. Daneben wäre das Vorhaben

66 Vgl. BVerwG NVwZ 1991, 879 (880).

67 Vgl. OVG Sachsen-Anhalt NVwZ-RR 2010, 465 (465f.).

68 BVerwG NVwZ 1993, 1184 (1185); OVG Sachsen-Anhalt, NVwZ-RR 2010, 465 (466).

69 Vgl. zuletzt BVerwG NVwZ 1999, 523 (525).

70 Vgl. OVG Sachsen-Anhalt NVwZ-RR 2010, 465 (466); Söfker (Fn. 37), § 34 Rn. 25.

71 Vgl. OVG Sachsen-Anhalt NVwZ-RR 2010, 465 (466).

72 Vgl. etwa BVerwG NVwZ 1999, 523 (525), einen Zusammenhang bereits nach 28 Jahren ablehnend, obschon das betroffene Grundstück sogar teilweise weiter baulich genutzt wurde.

73 Vgl. BVerwGE 62, 151 (152); BVerwG NVwZ-RR 1999, 105 (106) m. w. N.; Spannowsky/Uechtritz/*Spannowsky* (Fn. 37), § 34 Rn. 20.

74 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 1999, 105 (106); OVG Sachsen-Anhalt NVwZ-RR 2010, 465 (466); Söfker (Fn. 37), § 34 Rn. 25 m. w. N.

75 Näher zu diesen Maßstäben *Stollmann* (Fn. 58), § 17 Rn. 24f.

auch unzulässig, wenn die Erschließung nicht gesichert ist.

(1) Hier könnte das Vorhaben gegen § 35 III 1 Nr. 1 BauGB verstoßen, weil es den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht. Ein solcher Widerspruch ist zwar nicht erst ausgeschlossen, wenn das Vorhaben generell mit den dortigen Darstellungen vereinbar ist;⁷⁶ die Vereinbarkeit schließt aber umgekehrt einen Widerspruch i.S.v. § 35 III 1 Nr. 1 BauGB aus. Nach dem Flächennutzungsplan soll das Vorhaben des K auf einer »gemischten Baufläche« i.S.v. § 1 I Nr. 2 BauNVO realisiert werden. Diese Baufläche weist eine inhaltliche Nähe zu Dorf-, Misch- und Kern(bau)gebieten (vgl. § 1 II Nrn. 5–7 BauNVO) auf, sodass ohne Verstoß gegen das Entwicklungsgebot des § 8 II BauGB jedenfalls diese Gebiete in einem Bebauungsplan festgesetzt werden dürften⁷⁷. Da das von K geplante »Factory-Outlet-Center« durch die räumliche Konzentration von Einkaufsmöglichkeiten gekennzeichnet ist, die aus Sicht der Kunden durch ein gemeinsames Konzept bzw. Kooperation verbunden scheinen, handelt es sich um ein Einkaufszentrum gem. § 11 III 1 Nr. 1 BauNVO⁷⁸. Ein solches Zentrum ist – außer in Sondergebieten – in Kerngebieten zulässig (vgl. § 11 III 1 BauNVO a. E.). Ohne Verstoß gegen das Entwicklungsgebot könnte so aus dem bestehenden Flächennutzungsplan ein Bebauungsplan entwickelt werden, der ein Kerngebiet festsetzt, in dem – widerspruchsfrei – das von K geplante »Factory-Outlet-Center« errichtet werden könnte⁷⁹.

(2) Jedoch könnte das »Factory-Outlet-Center« schädliche Umwelteinwirkungen i.S.v. § 35 III 1 Nr. 3 BauGB hervorrufen, wobei insbesondere an den An- und Abfahrtsverkehr zu denken ist. Schädliche Umwelteinwirkungen sind alle Immissionen, die nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, solche Gefahren oder so erhebliche Nachteile bzw. Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen, dass diese im Einzelfall als unzumutbar erscheinen (vgl. § 3 BImSchG)⁸⁰. Hier spricht zwar einiges dafür, dass für die Bewohner der nahegelegenen Wohnhäuser erhebliche Belästigungen entstehen, die das in § 35 III 1 Nr. 3 BauGB enthaltene Gebot der Rücksichtnahme⁸¹ missachten. Indes fehlen eindeutige Angaben, die eine abschließende Beurteilung der Lärmbelastung

zuließen, sodass offen bleiben muss (aber auch kann), ob § 35 III 1 Nr. 3 BauGB berührt ist.

(3) Andere der in § 35 III 1 BauGB kodifizierten öffentlichen Belange sind nicht beeinträchtigt. Insbesondere ist zu einer negativen Vorbild- oder Zersiedelungswirkung des geplanten Vorhabens i.S.v. § 35 III 1 Nr. 7 BauGB nichts Näheres vorgetragen⁸². Auch für die Beurteilung des Orts- und Landschaftsbildes i.S.v. § 35 III 1 Nr. 5 BauGB fehlen nähere Sachverhaltsangaben.

(4) Jedoch könnte als ungeschriebener öffentlicher Belang i.S.v. § 35 III 1 BauGB (»insbesondere«) das Erfordernis förmlicher Bauleitplanung beeinträchtigt sein. Anerkannt ist nämlich, dass die in § 35 BauGB enthaltenen planungsrechtlichen Anforderungen nicht in jedem Falle genügen, die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens zu ermöglichen. Vielmehr kann ein im Außenbereich geplantes Vorhaben eine Konfliktlage der berührten privaten und öffentlichen Belange von so hoher Intensität auslösen, dass dies die Entscheidungsfähigkeit des in § 35 BauGB geregelten Zulassungsverfahrens übersteigt, etwa wenn die berührten Belange einen planerischen, abwägenden Ausgleich im Wege der Bauleitplanung verlangen⁸³. Dies wird etwa für großflächige Einkaufszentren bejaht, deren bauleitplanerische Begleitung wegen der möglichen Auswirkungen auf Nachbargemeinden gem. § 2 II BauGB die interkommunale Abstimmungspflicht auslöst; diese Pflicht darf aber nicht durch einen Verzicht auf förmliche Bauleitplanung mit den Mitteln des § 35 BauGB umgangen werden⁸⁴. Auch zeigt § 11 III BauNVO als Wertentscheidung auf, dass die dort genannten Vorhaben nicht einmal in den typischerweise für die Ansiedlung von Gewerbe- und Handelsbetrieben geeigneten Baugebieten zulässig, sondern auf – vom Plangeber gesondert festzusetzende – Kern- und Sondergebiete beschränkt sind. Wenn nicht einmal jede planerische Entscheidung für die Zulässigkeit von Gewerbe- und Handelsbetrieben den Bau solcher Einkaufszentren ermöglicht, kann den damit verbundenen Besonderheiten umso weniger im Konditionalprogramm des § 35 BauGB Rechnung getragen werden⁸⁵.

So liegt der Fall hier: Einerseits ist davon auszugehen, dass Errichtung und Betrieb eines »Factory-Outlet-Centers« auf dem Grundstück des K negative Auswirkungen auf die Betriebe im Textilsektor in L und den Nachbargemeinden zeitigen, hatten doch Marktanalysen ergeben, dass der Textilmarkt in der Region L bereits übersättigt ist.

76 Näher hierzu Spannowsky/Uechtritz/Söfker (Fn. 37), § 35 Rn. 67.

77 Näher zum Verhältnis zwischen Bauflächen und Baugebieten Söfker (Fn. 37), § 1 BauNVO Rn. 35a.

78 Vgl. nur BVerwGE 117, 25 (33f.) m. w. N.

79 Vgl. zu § 35 III 1 Nr. 1 BauGB näher Söfker (Fn. 76), § 35 Rn. 66ff.

80 Vgl. BVerwGE 52, 122 (126f.); siehe auch BVerwG BauR 1990, 689 (692).

81 Hierzu näher Konrad JA 2006, 59f.; Dolderer JURA 2004, 752ff.

82 Vgl. dazu umfassend Stollmann (Fn. 58), § 17 Rn. 49ff.; Dürr JuS 2007, 328 (333).

83 Zum Vorstehenden BVerwGE 117, 25 (30f.) m. w. N.

84 Vgl. im Einzelnen BVerwGE 117, 25 (31ff.).

85 Näher BVerwGE 117, 25 (34f.).

Damit steht hier neben den Belangen der Wirtschaft, insbesondere der mittelständischen Wirtschaft, nach § 1 VI Nr. 8 lit. a BauGB auch das materielle Abstimmungserfordernis planerischer Entscheidungen der benachbarten Gemeinden i. S. v. § 2 II BauGB in Rede, das bei Zulassung des Vorhabens nach § 35 BauGB umgangen würde. Hinzukommt, dass der An-, Abfahrt- und Lieferverkehr des »Centers« über die beiden Stichstraßen nach Westen und Osten fließt. Damit würde dieser Verkehr aber zumindest streckenweise an der umgebenden Wohnbebauung entlanggeführt, wodurch eine Beeinträchtigung der Wohnruhe auftritt, die gem. § 1 VI Nr. 2 BauGB ein in der Bauleitplanung zu berücksichtigender Belang ist, selbst wenn der zu erwartende Lärm die Schwelle des § 35 III 1 Nr. 3 BauGB noch nicht erreichen sollte.

Nach alledem löst das Vorhaben des K das Bedürfnis nach Bauleitplanung aus, sodass es mit dem Konditionalprogramm des § 35 BauGB allein nicht zu bewältigen ist. Damit beeinträchtigt seine Zulassung ohne vorherige Bauleitplanung das Bedürfnis nach förmlicher Bauleitplanung und damit einen öffentlichen Belang i. S. v. § 35 III 1 BauGB.

(5) Demgegenüber kann K keine Teilprivilegierung seines Vorhabens gem. § 35 IV BauGB geltend machen, weil dessen Voraussetzungen nicht vorliegen. Insbesondere § 35 IV 1 Nr. 3 BauGB ist nicht einschlägig, da die Neuerichtung weder »alsbald« nach dem Abbruch der Fabrik erfolgen sollte noch das geplante Gebäude mit der Fabrikhalle »gleichartig« wäre⁸⁶. Darüberhinaus kommt auch

weder passiver noch »überwirkender« Bestandsschutz – sofern dieser überhaupt »neben« § 35 IV BauGB treten kann⁸⁷ – zum Tragen, weil das Fabrikgebäude hierfür keinen zureichenden Anknüpfungspunkt mehr bietet.

Somit ist das Vorhaben des K nach § 35 II BauGB bauplanungsrechtlich unzulässig und damit nicht genehmigungsfähig. Ein Bauvorbescheid bezogen auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit kann K demnach materiellrechtlich nicht erteilt werden.

III. Ergebnis

Folglich liegen die materiellen Anspruchsvoraussetzungen für die Erteilung eines Bauvorbescheids nicht vor, sodass K hierauf keinen Anspruch hat.

D. Endergebnis

Die Klage des K ist danach zulässig, aber unbegründet und bleibt damit ohne Erfolg. Sie wird vom Verwaltungsgericht abgewiesen werden.

⁸⁶ Vgl. näher *Stier* Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rn. 2862ff.

⁸⁷ Eingehend hierzu *Söfker* (Fn. 37), § 35 Rn. 178ff. m. w. N.