

31

7

Schriften zum Öffentlichen Immobilienrecht und Infrastrukturrecht

Jürgen Kühling (Hrsg.)

# Die Einzelhandelsimmobilie - Bau(recht)liche Todsünden und vernünftige Problemlösungen

Tagungsband des 4. Regensburger  
Immobilienrechtstags am 15. Juli 2011

**31  
PN**  
205  
K95  
.2011

Carl Heymanns Verlag

# Schriften zum Öffentlichen Immobilienrecht und Infrastrukturrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und  
Informationsrecht an der Universität Regensburg

Band 7



Carl Heymanns Verlag 2012

# Die Einzelhandelsimmobilie – Bau(recht)liche Todsünden und vernünftige Problemlösungen

Tagungsband des 4. Regensburger Immobilienrechtstags  
am 15. Juli 2011

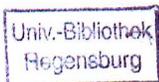
Von Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M. (Hrsg.)

117N 205 K95.2011

### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-452-27799-2



[www.wolterskluwer.de](http://www.wolterskluwer.de)  
[www.heymanns.com](http://www.heymanns.com)

Alle Rechte vorbehalten.

© 2012 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Str. 449, 50939 Köln.  
Carl Heymanns – eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag, Herausgeber und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Satz: R. John + W. John GbR, Köln

Druck und Weiterverarbeitung: SDK Systemdruck Köln GmbH & Co. KG

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.





# Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	V
----------------------	---

<i>Helmut König, Vorsitzender Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof München a.D.</i> Aktuelle Rechtsprechung zu Einzelhandelsimmobilien .....	1
--	---

<i>Prof. Dr. Gerrit Manssen, Universität Regensburg</i> Offene Rechtsfragen bei Einzelhandelsimmobilien .....	15
--	----

<i>Cornelius Mager, Leiter der Lokalbaukommission München</i> Nicht nur die Kirche muss im Dorf bleiben – Anmerkungen zu BVerwG – 4 C 1.08 und BayVGH – 2 BV 10.397 .....	29
---	----

<i>Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M. (Brüssel), Universität Regensburg, Ass. iur. Florian Wintermeier, Universität Regensburg</i> Einzelhandelsimmobilien und plebiszitäre Bürgerbeteiligung .....	39
---	----





# Offene Rechtsfragen bei Einzelhandelsimmobilien

*Prof. Dr. Gerrit Manssen, Universität Regensburg\**

## I. Einleitung

Im Anschluss an das Referat von *König* über »offene« Rechtsfragen bei Einzelhandelsimmobilien zu sprechen, ist eine Herausforderung. Was soll noch offen sein, angesichts der Referate heute, der vorhandenen Literatur<sup>1</sup>, der vielfältigen und ausdifferenzierenden Rechtsprechung unserer Oberverwaltungsgerichte von Lüneburg bis Bayern und der Weisheit, mit der das Bundesverwaltungsgericht deren nur gelegentliche Rechtsirrtümer korrigiert? Ist nicht jedenfalls zu § 11 Abs. 3 und § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO mittlerweile alles gesagt? Hat nicht auch § 34 Abs. 3 BauGB ebenfalls hinreichende Anwendungssicherheit erlangt?

Die gestellten Fragen sind aber zu verneinen.<sup>2</sup> Zu wenig ist klar und vieles ist nicht gut bei der Auslegung der genannten Vorschriften. Der Gesetz- und Verordnungsgeber von Baugesetzbuch und Baunutzungsverordnung verfolgt kein schlüssiges Konzept mehr, sondern hechelt den tatsächlichen Entwicklungen im Einzelhandel mit jahrzehntelanger Verspätung hinterher. Mit klassischer Auslegungsmethodik ist aus dem Wortlaut vieler Vorschriften nicht mehr zu ermitteln, was überhaupt gemeint sein könnte und wie die Normen zusammenspielen sollen. Die angeblichen Absichten des Gesetzgebers werden zum maßgeblichen Interpretationstopos. Offensichtliche Widersprüche zum Gesetzeswortlaut werden abgestritten.

Die gesamte Richtung, die das Bauplanungsrecht bei der Einzelhandelsregulierung eingeschlagen hat, wirft zudem erhebliche verfassungs- und europarechtliche Probleme auf. Angeblich ist das Bauplanungsrecht »wettbewerbsneutral«. Gleichwohl werden sehr zielgerichtet Anbieter an bestehenden Standorten privilegiert und Newcomer diskriminiert. Ziel der Regelung des Einzelhandels im Bauplanungsrecht scheint es mehr und mehr zu werden, bestehende Strukturen zu schützen und neuen Angeboten und Anbietern Hindernisse in den Weg zu legen. In der Literatur findet sich der schöne Begriff »Petrifizierung« (lat. Versteinering). Andere sprechen von der Wiedereinführung mittelalterlicher Bannmeilen: Handel soll wohl nur dort stattfinden, wo die Ob-

\* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg. Die Vortragsform des Beitrages wurde beibehalten.

1 Siehe etwa Maidowski/Schulte, BauR 2009, S. 1380 ff., die einen Überblick über die Möglichkeiten und Grenzen der Regulierung des Einzelhandels geben sowie Manssen, SächsVBl. 2008, S. 111 ff.

2 So sehen auch Füßer/Lau, BauR 2009, S. 1828 (1831) noch »offene Fragen«, gerade nach der später zu behandelnden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts v. 26.3.2009 – 4 C 21.07, NVwZ 2009, S. 1228 ff.

rigkeit Marktrechte erteilt hat.<sup>3</sup> Die Kommunen scheinen die gesetzgeberischen Angebote bereitwillig aufzunehmen. Immer noch ist es wohl einfacher, mit Verboten für die Peripherie eine Stärkung der Zentren zu versuchen, als auf positive Anreizsysteme zu setzen. Wenn das Zentrum nicht hübsch genug ist, um die Kundschaft anzulocken, wird die Konkurrenz weg reguliert. Der Rechtsprechung fehlt jegliche Kraft zu Korrektur, Systematisierung oder zum Widerstand. Die angebliche Wettbewerbsneutralität des Städtebaurechts degeneriert zur Fassade und Floskel. Ökonomen fragt man besser gar nicht, was sie zu den Versuchen der Rechtsprechung sagen, Marktgeschehnisse mit juristischen Weichformeln zu regulieren. Ein gutes Zeugnis ist nicht zu erwarten.

## II. Der »Dino« der Einzelhandelsregulierung: § 11 Abs. 3 BauNVO

Beginnen möchte ich meine Kritik an der derzeitigen Regulierung des Einzelhandels durch Bauplanungsrecht mit dem Dinosaurier der Einzelhandelsregulierung, § 11 Abs. 3 BauNVO. Der Wortlaut der Norm wird den meisten bekannt sein:

*»1. Einkaufszentren,*

*2. großflächige Einzelhandelsbetriebe, die sich nach Art, Lage oder Umfang auf die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung oder auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht nur unwesentlich auswirken können,*

*3. sonstige großflächige Handelsbetriebe, die im Hinblick auf den Verkauf an letzte Verbraucher und auf die Auswirkungen den in Nummer 2 bezeichneten Einzelhandelsbetrieben vergleichbar sind,*

*sind außer in Kerngebieten nur in für sie festgesetzten Sondergebieten zulässig. Auswirkungen im Sinne des Satzes 1 Nr. 2 und 3 sind insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des § 3 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sowie Auswirkungen auf die infrastrukturelle Ausstattung, auf den Verkehr, auf die Versorgung der Bevölkerung im Einzugsbereich der in Satz 1 bezeichneten Betriebe, auf die Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden, auf das Orts- und Landschaftsbild und auf den Naturhaushalt. Auswirkungen im Sinne des Satzes 2 sind bei Betrieben nach Satz 1 Nr. 2 und 3 in der Regel anzunehmen, wenn die Geschosßfläche 1.200 qm überschreitet. Die Regel des Satzes 3 gilt nicht, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß Auswirkungen bereits bei weniger als 1.200 qm Geschosßfläche vorliegen oder bei mehr als 1.200 qm Geschosßfläche nicht vorliegen; dabei sind in bezug auf die in Satz 2 bezeichneten Auswirkungen insbesondere die Gliederung und Größe der Gemeinde und ihrer Ortsteile, die Sicherung der verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung und das Warenangebot des Betriebs zu berücksichtigen.«*

<sup>3</sup> Mikesic/Würsig, BauR 2009, S. 192 ff.: »Die Renaissance der Bannmeile als Marktregulierungsinstrument«.

Die Vorschrift hat eine für das Bauplanungsrecht lange Tradition.<sup>4</sup> Im Grundsatz geht es um den Schutz von innerörtlichen Einzelhändlern vor dem wirtschaftlichen Ruin durch die Ansiedlung von großflächigen Betrieben auf der grünen Wiese.<sup>5</sup>

Die Vorschrift hat dadurch einen von vornherein begrenzten Anwendungsbereich. Sie ist beschränkt auf »Einkaufszentren« und »großflächige Einzelhandelsbetriebe«,<sup>6</sup> die nach neuerer Rechtsprechung bei einer Verkaufsfläche ab 800 qm gegeben sind.<sup>7</sup> Soweit dann die Geschossfläche 1.200 qm überschreitet, wird widerleglich vermutet, dass negative infrastrukturelle Auswirkungen zu erwarten sind.

Der Test dafür, ob eine Norm von Konzept und Formulierung gelungen ist, kommt für den Hochschullehrer in der Vorlesung. Kann man den Studierenden das erklären oder schaut man in verständnislose Mienen. Mir ist es noch nicht wirklich gelungen, bei der Besprechung von § 11 Abs. 3 BauNVO plausibel darzustellen, warum für die Großflächigkeit die Verkaufsfläche und für die potentiell schädlichen infrastrukturellen Wirkungen auf die verbrauchernahe Versorgung die Geschossfläche entscheidend sein soll. Umgekehrt gäbe es eher einen Sinn. Wahrscheinlich käme man sogar mit einem Maßstab aus, nämlich nur mit der Vermutungsregelung bezüglich der Verkaufsfläche. Dass es auch auf die Großflächigkeit ankommt, hat eine Ausweichtaktik der Einzelhandelsanbieter ausgelöst, auf die letztlich erst mit der BauGB-Novelle 2004 reagiert wurde (Bau von Betrieben mit weniger als 700 qm Verkaufsfläche).

§ 11 Abs. 3 BauNVO hat aus diesem und aus anderen Gründen den Niedergang des innerstädtischen Einzelhandels nicht aufhalten können. Verwundern sollte das niemanden. Nicht wettbewerbsfähige Angebotsmodelle können vom Städtebaurecht ohnehin nicht künstlich am Leben erhalten werden. Gefördert hat die Beschränkung auf die Großflächigkeit den Siegeszug der sog. Discounter (Netto, Aldi, Lidl). Die unternehmerische Devise lautete lange: Baue unterhalb der Großflächigkeit im Innenbereich, dann brauchst du keinen Bebauungsplan, da können die etablierten Anbieter über Lobbyarbeit im Gemeinderat nicht viel tun. So ist es gekommen. Mittlerweile gibt es in Deutschland ca. 4.300 Aldi- und 3.000 Lidl-Märkte. Und wenn die geschlossen haben, begibt man sich zur Tankstelle. Aber in Regensburg nach Ladenschluss nur mit dem Auto, sonst bekommt man nichts (mehr).<sup>8</sup>

4 Eine erste Bestimmung zur Verweisung von großflächigen Einzelhandelsbetrieben gab es bereits in der Fassung der BauNVO von 1968. § 11 Abs. 3 BauNVO lautete: »Einkaufszentren und Verbrauchermärkte, die außerhalb von Kerngebieten errichtet werden sollen und die nach Lage, Umfang und Zweckbestimmung vorwiegend der übergemeindlichen Versorgung dienen sollen, sind als Sondergebiete darzustellen und festzusetzen.« Ein Überblick über die verschiedenen Fassungen der Norm findet sich bei König/Roeser/Stock, BauNVO, 2. Aufl. 2003, vor der Kommentierung zu § 11 BauNVO.

5 Siehe etwa Füßer/Müller, DVBl. 2005, S. 1415 ff.

6 Die in § 11 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO genannten sonstigen großflächigen Handelsbetriebe scheinen in der Praxis keine besondere Bedeutung zu spielen, siehe Stock, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 2. Aufl. 2003, § 11 Rn. 88.

7 Vgl. BVerwG, Urteil v. 24.11.2005 – 4 C 14.04, NVwZ 2006, S. 455 ff.

8 Nach der Sichtweise der Regensburger Stadtverwaltung wird sonst kein »Reisebedarf« i.S.v. § 6 Abs. 2 LadSchlG verkauft, was eine gewisse juristische Plausibilität hat.

### III. Das Rätsel der Feindifferenzierung: § 1 Abs. 5 und Abs. 9 BauNVO

Mit Bebauungsplänen konnte man schon immer vieles regeln. Geht es um die Regulierung des Einzelhandels, sind § 1 Abs. 5 und Abs. 9 BauNVO bei Planern besonders beliebt.<sup>9</sup>

*»(5) Im Bebauungsplan kann festgesetzt werden, daß bestimmte Arten von Nutzungen, die nach den §§ 2, 4 bis 9 und 13 allgemein zulässig sind, nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können, sofern die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebiets gewahrt bleibt.«*

*»(9) Wenn besondere städtebauliche Gründe dies rechtfertigen, kann im Bebauungsplan bei Anwendung der Absätze 5 bis 8 festgesetzt werden, daß nur bestimmte Arten der in den Baugebieten allgemein oder ausnahmsweise zulässigen baulichen oder sonstigen Anlagen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können.«*

Beide Vorschriften lassen sich am besten dann verstehen, wenn man sie nicht liest. § 1 Abs. 5 BauNVO ermöglicht es, ohne Beschränkung durch ein sog. Nummerndogma<sup>10</sup> beispielsweise eine Einzelhandelsnutzung auszuschließen, wo sie nach den Regeln der BauNVO eigentlich zulässig ist. Beispiel: Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben in Mischgebieten<sup>11</sup> (siehe § 6 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO). Soweit mehr im Detail geregelt werden soll, braucht man § 1 Abs. 9 BauNVO. Für den Einzelhandel spielen die Sortimentsbeschränkungen eine besondere Rolle. Die Gemeinden verbieten den Verkauf von city-, zentren- oder innenstadtrelevanten Angeboten, ob mit oder ohne Liste hängt davon ab, wie streng man es mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nehmen möchte.<sup>12</sup>

In der Vorlesung lässt sich an dieser Stelle gut die Frage stellen, ob der ebenfalls häufig anzutreffende Ausschluss von Einzelhandel in Gewerbegebieten nach § 1 Abs. 5 oder 9 BauNVO stattzufinden hat. Gut an der Frage ist: Beides lässt sich vertreten.<sup>13</sup> Schlecht ist: Beides überzeugt nicht. Da im Gewerbegebiet Gewerbe aller Art zulässig ist (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO), ist der Ausschluss von Einzelhandel eine in eine ausdrücklich genannte zulässige Nutzungsart hineingehende Differenzierung. Das würde für § 1 Abs. 9 BauNVO sprechen. Andererseits: Warum soll der Ausschluss von Einzelhandel im Mischgebiet von anderen Erwägungen getragen werden als im Gewerbegebiet? Es geht um weitgehend das Gleiche, den Schutz der Innenstadt, der verbrauchernahen Versorgung, der zentralen Versorgungsbereiche. Die Sortimentsliste wäre im Mischgebiet sonst ein Fall von § 1 Abs. 9 BauNVO und im Gewerbegebiet

<sup>9</sup> Vgl. dazu etwa Mikesic/Würsig, BauR 2009, S. 192 (198 ff.).

<sup>10</sup> Vgl. Roeser, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 69.

<sup>11</sup> Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 1 BauNVO, Rn. 65 (Stand: Juni 2009).

<sup>12</sup> Mikesic/Würsig, BauR 2009, S. 192 (198 f.); Manssen, SächsVBl. 2008, S. 111 (113 f.).

<sup>13</sup> Für § 1 Abs. 5 BauNVO: BVerwG, Beschluss v. 3.5.1993 – 4 NB 13.93, Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 16; für § 1 Abs. 9 BauNVO: Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 1 BauNVO Rn. 74 (Stand: Juni 2009).

eines von »§ 1 Abs. 9+«. Diese Vorschrift gibt es aber nicht. Also ist vielleicht doch die einheitliche Heranziehung von § 1 Abs. 5 BauNVO die richtige Lösung.

Aber eigentlich ist der Streit auch müßig. Die beiden genannten Absätze sind derart verkorkst formuliert, dass dem Rechtsanwender gar nichts anderes übrig bleibt, als sich von jeglichen klassischen Auslegungsmethoden wie der Beachtung des Wortlauts und der Systematik zu emanzipieren. So spricht § 1 Abs. 5 BauNVO von »Arten von Nutzungen«, die ausgeschlossen werden können, § 1 Abs. 9 BauNVO von »Anlagen«. Die Norm differenziert also zwischen Nutzung und Anlage, was bei jedem Baurechtler potentiell unter Schwachsinnverdacht steht. Wenn meine Studierenden in der Grundvorlesung Baurecht hoffentlich eines verstanden haben, dann dass man eine bauliche Anlage immer im Hinblick auf ihre Nutzung beurteilen muss. Mir ist nicht bekannt, dass es irgendwo anders wäre und es ist auch schwer vorstellbar, wie eine solche Differenzierung sinnvoll möglich sein sollte. Also ergibt sich der Sinn der genannten Normen aus der Rechtsprechung, nicht aus dem Gesetz.

Eher wenig beachtet worden ist bisher die Frage, ob Sortimentsbeschränkungen nach § 1 Abs. 9 BauNVO überhaupt verfassungsmäßig sein können.<sup>14</sup> Ein gebildeter Durchschnittsbetrachter würde schon an der verfassungsrechtlich geforderten Geeignetheit der Maßnahme zweifeln. Kann der Planer – eine entsprechende legitime Zwecksetzung unterstellt – den Optiker, den Uhren- und Schmuckladen, den Spielwarenhändler oder das Bekleidungsgeschäft in der Innenstadt wirklich dadurch umsatzmäßig »retten«, dass man die Konkurrenz in Gewerbegebieten oder Mischgebieten unterbindet? Erneut ist Skepsis gegen solche wohlmeinenden hoheitlichen Protektionen angebracht. Wenn die Leute nicht deshalb im Geschäft in der Innenstadt kaufen, weil dort ein gutes Angebot vorzufinden ist, kaufen sie auch nicht deshalb dort, weil im Gewerbegebiet der Stadt auch kein Angebot vorhanden ist. Dann fährt man in die nächste Stadt oder das nächste Einkaufszentrum. Die konkurrierenden Anbieter, die durch solche Maßnahmen vom Markt ferngehalten werden, müssen dies als Markteintrittshindernis verstehen. Auch wenn immer wieder so getan wird, als sei das Städtebaurecht wettbewerbsneutral und alles geschehe aus städtebaulichen Gründen: Der Effekt der Marktzugangsschranke ist gewollt und damit auch als solcher zu bezeichnen. Auf Dauer kann man der Rechtfertigung nicht durch den ständig wiederholten Verweis auf angeblich andere Primärziele entgehen, auch wenn dies immer noch auf allen nationalen Ebenen versucht wird. Das Tröstliche ist: Solche Versuche gehen auf Dauer immer schief. Wer den Wettbewerb fürchtet, hat ihn verloren. Auch in den Innenstädten. Notfalls wird es das Europarecht richten. Hierzu kommen wir später noch.

14 Siehe dazu Manssen, SächsVBl. 2008, S. 111 (114).

#### IV. Der neue Liebling im Konkurrenzschutzspiel: § 34 Abs. 3 BauGB

##### 1. § 34 Abs. 3 BauGB im Kontext der Einzelhandelsregulierung

Zu kaum einer baurechtlichen Vorschrift ist in den letzten Jahren so viel veröffentlicht worden wie zu § 34 Abs. 3 BauGB.<sup>15</sup>

*»Von Vorhaben nach Absatz 1 oder 2 dürfen keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein.«*

Die Lücke, die diese Vorschrift schließen soll, ist schon beschrieben worden. Unterhalb der Großflächigkeit nach § 11 Abs. 3 BauNVO konnten bis zur Einfügung der Vorschrift im Jahre 2004 sog. Discounter wie Unkraut aus dem städtebaulichen Boden schießen. Ca. 40% aller Baugenehmigungen in Deutschland für gewerbliche Anlagen werden nach § 34 BauGB erteilt.<sup>16</sup> Die Gemeinden sind sachlich und personell nicht in der Lage, flächendeckend für das ganze Gemeindegebiet Bebauungspläne mit entsprechend differenzierten Festsetzungen zu erlassen. Das »Einfügen« nach § 34 Abs. 1 BauGB ist ein grober Planersatzmaßstab. Wo ein gewerbe-, misch- oder dorfgebietsähnlicher homogener Innenbereich vorlag, hatten die Genehmigungsbehörden keine Möglichkeit, eine Baugenehmigung etwa wegen der Gefährdung der verbrauchernahen Versorgung zu verweigern. Insofern kann man grundsätzlich anerkennen, dass eine Regelungslücke bestand. Es folgte deshalb – wenn auch mit jahrelanger Verspätung – das bekannte Spiel: Gibt man der Verwaltung eine Regulierungsmöglichkeit wie nach § 11 BauNVO, weichen die Betroffenen in die verbliebenen Lücken aus. Die Regulierung erweist sich als nicht hinreichend effektiv, weil der Markt schneller reagiert als die Verwaltung reguliert. Irgendwann ruft die Verwaltung beim Gesetzgeber nach neuen Instrumenten. Bei der Regulierung des Einzelhandels waren diese Rufe im Jahre 2004 erfolgreich.

Trotz intensiver literarischer Bemühungen und einer kaum mehr überschaubaren Rechtsprechung gibt es nach wie vor offene Fragen bei der Anwendung der Vorschrift. Zunächst ist festzustellen, dass § 34 Abs. 3 BauGB einen systematischen Bruch erzeugt. Bisher wurde der homogene Innenbereich im Hinblick auf die Art der baulichen Nutzung nach den Gebietskategorien der Baunutzungsverordnung behandelt (§ 34 Abs. 2 BauGB). Damit ist jetzt Schluss. Der Maßstab für den Innenbereich ist strenger als im Plangebiet, denn dort gibt es keine dem § 34 Abs. 3 BauGB entsprechende Vorschrift. Möglich ist nur, dass der Bebauungsplan Beschränkungen für die bauliche Nutzung von Grundstücken enthält. Sie müssen aber durch das aufwändige Aufstellungs- und Abwägungsverfahren. Einen Gleichheitsverstoß könnte man überlegen, das Bundesverfassungsgericht würde allerdings wohl nicht mehr als eine lapidare Feststellung für solche Versuche übrig haben. Es ist nicht gleichheitswidrig, wenn in ver-

15 Vgl. statt vieler Battis, DVBl. 2011, S. 196 ff.; Claus, NVwZ 2010, S. 753 ff.; Dahlke-Piel, SächsVBl. 2011, S. 7 ff.; Füßer/Lau, BauR 2009, S. 1828 ff.; Gatawis, NVwZ 2006, S. 272 ff.; Scheidler, LKRZ 2011, S. 41 ff.

16 So Krumb/Stapelfeldt, BauR 2011, S. 64 (64).

schiedenen Baugebieten unterschiedliche Anforderungen für die Zulässigkeit einer baulichen Anlage gelten.

## 2. Einzelne Auslegungsprobleme

Kommen wir deshalb zu den einzelnen Auslegungsproblemen:

Zunächst: Was ist ein zentraler Versorgungsbereich? Der Gesetzgeber hat auf eine Definition verzichtet. Zentrale Versorgungsbereiche sind nach einer Definition des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2007 räumlich abgrenzbare Bereiche einer Gemeinde, denen auf Grund vorhandener Einzelhandelsnutzungen – häufig ergänzt durch diverse Dienstleistungen und gastronomische Angebote – eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus zukommt.<sup>17</sup> Ein Versorgungsbereich kann auch zentral sein, wenn er nicht im Zentrum der Gemeinde liegt. Auch Stadtteilzentren oder Versorgungsbereiche an der Peripherie einer Gemeinde können erfasst sein.<sup>18</sup> Zentral ist der Versorgungsbereich sozusagen immer dann, wenn etwas drum herum ist, was man versorgen kann. Da die Erde bekanntlich keine Scheibe ist, ist ein nicht zentraler Versorgungsbereich im geographischen Sinne kaum denkbar. Wenn man will, kann man jeden Punkt auf der Erde als Zentrum definieren.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Notwendigkeit einer nicht geografischen Sichtweise im Jahr 2009 bestätigt.<sup>19</sup> Entscheidend sei, dass der Versorgungsbereich nach Lage, Art und Zweckbestimmung eine für die Versorgung der Bevölkerung »zentrale Funktion« habe. Der Begriff sei also funktional zu verstehen. Die daraus gezogene Folgerung war dann aber doch überraschend. Auch Grund- und Nahversorgungsbereiche könnten zentrale Versorgungsbereiche sein. Eine räumlich konzentrierte Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben, die darauf angelegt sei, einen fußläufigen Einzugsbereich zu versorgen, könne einen zentralen Versorgungsbereich bilden. Also nochmal zum Mitschreiben: Der zentrale Versorgungsbereich hat eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus, kann aber auch nur eine Nahversorgungsfunktion haben. Das versteht in der Vorlesung meist auch keiner mehr, den Dozenten eingeschlossen.<sup>20</sup>

Den Einwand, »Nahversorgung« sei doch im Gesetz mit dem »Schutz verbrauchernaher Versorgung« gemeint und der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber differenziere doch entsprechend (z.B. in § 11 Abs. 3 Satz 2 BauNVO und in § 1 Abs. 5 Nr. 4 und 8a BauGB), weist das Bundesverwaltungsgericht zurück. Diese Ansicht übersehe, dass der Schutz verbrauchernaher Versorgung wie in § 11 Abs. 3 Satz 2 BauNVO sich häufig mit dem städtebaulichen Anliegen decke, zentrale Versorgungsbereiche zu sichern. Von einem Gegensatz könne keine Rede sein.

Bei manchen Dingen sollte man sich als Hochschullehrer weigern, den Versuch zu starten, sie den Studenten zu erklären. Bei solchen Kapriolen der Rechtsprechung sollten die zuständigen Richter selbst kommen und dies in der Vorlesung vertreten. Meist

17 Vgl. BVerwG, Urteil v. 11.10.2007 – 4 C 7/07, NVwZ 2008, S. 308 (309).

18 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 34 Rn. 85a (Stand: April 2010).

19 Vgl. BVerwG, Urteil v. 17.12.2009 – 4 C 2/08, NVwZ 2010, S. 590 ff.

20 Sehr kritisch auch Claus, NVwZ 2010, S. 753 ff., der von »kontrollierter Verwunderung« über die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts spricht.

zeigt sich: Was man nicht gut erklären kann, ist auch nicht richtig. Hier liegt der Denkfehler möglicherweise in Folgendem: Der Schutz von Zentren ist nicht zwingend auch verbrauchernah. Die meisten Einwohner einer Gemeinde oder Stadt wohnen nicht im Zentrum, sondern drum herum. Verbraucherfern sind großflächige Betriebe auf der grünen Wiese. Insofern schützt § 11 Abs. 3 BauNVO ein wenig auch die Verbrauchernähe. Effektiv verbrauchernah waren die alten Tante-Emma-Läden, ein Konzept, das Netto, Aldi, Lidl und Co. bald erfolgreich modernisiert haben werden, zu Lasten der Innenstädte, in denen es kaum noch Lebensmittelanbieter gibt, aber nicht allgemein zu Lasten der Verbrauchernähe.

Abgesehen davon macht der Sachverhalt der Entscheidung deutlich, dass sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Interpretation von § 34 Abs. 3 BauGB jedenfalls teilweise auf Abwegen befindet. Es ging um die Siegburger Straße im Kölner Stadtteil Poll.<sup>21</sup> Beantragt wurde die Baugenehmigung für einen Lebensmitteldiscounter mit 699 qm Verkaufsfläche. Die Versorgungssituation stellte sich nach dem Tatbestand des Urteils wie folgt dar: nördlich ein Lidl-Markt, 350 m südlich und 300 m westlich ein Aldimarkt, wobei ich nicht verstehe, wie sich ein Markt an zwei verschiedenen Stellen befinden kann. Aber darauf kommt es auch nicht an. Entweder geht es um einen Aldi südwestlich oder um jeweils einen Aldi im Süden und im Westen. Sei's drum. 500 Meter südöstlich beginnt der von der Stadt bezeichnete Nahversorgungsbereich mit einem Vollsortimenter (Kaiser's, 640 qm Verkaufsfläche) und einem Discounter (Plus) mit 570 qm Verkaufsfläche. Dazu kommen einige kleinere »Spezialanbieter des Lebensmittelsektors«. Im Ergebnis bedeutet das: Dort, wo schon Lidl, Aldi, Kaiser's und Plus vertreten sind, darf ein weiterer Anbieter, etwa Netto, nicht mehr dazu kommen. Ich vermag darin keine städtebauliche oder planerische Logik zu erkennen, ganz abgesehen vom Vorwurf des unzulässigen Konkurrenzschutzes, den man dem Ergebnis dieser Rechtsprechung machen muss. Denn letztlich wird der eine Discounter vor dem anderen geschützt. Wer bisher bei einem der Spezialanbieter im Lebensmittelsektor, also etwa einem Backshop, seine Brötchen gekauft hat, wird nun nicht zu Netto gehen. Möglicherweise wird aber derjenige, der für 59 Cent bei Aldi seine Milch gekauft hat, nun für 57 Cent bei Netto kaufen. Aber ist die Rentabilität des Aldi-Marktes ein städtebauliches Problem?

Das Oberverwaltungsgericht Münster<sup>22</sup> sah das besondere Problem in dem Kölner Fall darin, dass der Discounter im Nahversorgungszentrum ein »Frequenzbringer« sei, und zwar in Kombination mit dem Vollsortimenter. Weil möglicherweise Plus unter dem neuen Anbieter leidet, leidet auch »Kaiser's«, der »Frequenzbringer«. Ob das überzeugt, ist jedenfalls fraglich. Der Vollsortimenter ist Konkurrenz für die kleinen Geschäfte, weniger der Discounter. Derjenige, der beim Vollsortimenter kauft, geht in der Regel nicht als nächstes in den Discounter nebenan. Über diese Fragen mag man streiten. Jeder hat möglicherweise sein eigenes Bild über die Einkaufsgewohnheiten des deutschen Durchschnittsverbrauchers. Was aber sehr erstaunt, ist, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht verlangt, dass wenigstens ein Marktgutachten eingeholt wird.<sup>23</sup> Spätestens als Richter am Oberverwaltungsgericht hat man also die Kompetenz

21 Siehe auch Claus, NVwZ 2010, S. 753 ff.

22 OVG Münster, Urteil v. 19.6.2008 – 7 A 1392/07, ZfBR 2009, S. 67 ff.

23 In der Praxis werden solche Gutachten allerdings meist von den Verfahrensbeteiligten vorgelegt.



erworben, durch Augenschein zu wissen, ob der eine von vier Discountern dem Discounter im Versorgungsbereich so viele Kunden wegnimmt, dass der gesamte Versorgungsbereich in seiner Funktion gefährdet wird, weil die Leute dann nicht mehr zum Vollsortimenter gehen. Dabei kommt doch nicht mehr heraus als eine Parallelwertung in der richterlichen Laiensphäre. Woher will der erkennende Senat Umsatz, Rentabilität und Kundenströme kennen? Woher will er wissen, ob nicht zusätzliche Angebote auch zusätzliche Kunden anlocken? Von Flensburg bis Garmisch stehen in ganz Deutschland neben Aldi Lidlmärkte und umgekehrt. Zwei sehr ähnliche Anbieter an der gleichen Stelle ist also anscheinend ein Erfolgsmodell. Kennt der Senat die Laufzeit der Mietverträge, die unternehmerische Konzeption, weiß er, ob wenn Kaiser's seine Pforten schließt, vielleicht ein Bio-Lebensmittelladen die Flächen als neuer Frequenzbringer anmieten würde? Jedenfalls erscheint es höchst suspekt, hierüber auf der Grundlage der Unterlagen zu entscheiden, die sich im Baugenehmigungsverfahren in der Akte befinden und sich auf einen Verkaufsflächenvergleich und ein paar Plausibilitätsabwägungen zu beschränken. Das ist bequem, aber nicht richtig. Man sollte seine Grenzen kennen, als Jurist und als Richter am Oberverwaltungsgericht und nicht alles wissen wollen, und schon gar nicht alles besser.

Verfehlt wird vor allem die grundrechtliche Dimension des Problems. Grundrechtlich geschützte Positionen müssen verfahrensrechtlich abgesichert werden. Verwendet der Gesetzgeber einen unbestimmten Rechtsbegriff wie »schädliche Auswirkungen«, bedarf es eines gewissen Verfahrensaufwandes, um das Ergebnis abzuschern. Verkaufsflächenvergleiche und Augenschein von ökonomischen Laien reichen dafür nicht. Die Konkurrenten in den zentralen Versorgungsbereichen sind am Verwaltungsverfahren nach § 34 Abs. 3 BauGB nicht beteiligt. Die Vorschrift ist für sie offensichtlich nicht drittsschützend, sondern dient öffentlichen Interessen. Betriebsinterne Fragen der Konkurrenten sind deshalb per se nicht Gegenstand des Verwaltungsverfahrens über die Erteilung der Baugenehmigung. Der Blickwinkel des Rechtsanwenders auf die Versorgungssituation ist deshalb von vornherein oberflächlich. Jedenfalls sollte man ihn um gutachterlichen Sachverstand ergänzen. Hinzu kommt, dass die Baugenehmigungsbehörde bei der Anwendung von § 34 Abs. 3 BauGB keinen Beurteilungsspielraum hat. Es gibt also nur ein richtiges Ergebnis, keinen Einschätzungsspielraum mit eingeschränkter gerichtlicher Überprüfungsmöglichkeit. Auch dies unterstreicht die Notwendigkeit, sachverständigen Rat zu holen, bevor Bauanträge auf der Grundlage von § 34 Abs. 3 BauGB abgelehnt werden.

Sollte die Ansicht der Rechtsprechung, gegebenenfalls könne auch nach eigenem Gutdünken ohne gutachterliche Hilfe entschieden werden, ob ein Vorhaben schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche hat, darauf zurückzuführen sein, dass im Gerichtsverfahren so viele Gutachten von den Beteiligten vorgelegt werden, dass man daraus auch nicht schlau wird, so stellt sich die Frage, ob § 34 Abs. 3 BauGB wegen Unbestimmtheit nicht verfassungswidrig ist. Helfen auch Gutachten nicht weiter, wird eine Norm nicht dadurch handhabbar, dass man nach Laienart entscheidet.

Immerhin erscheint nicht alles verfehlt an der Rechtsprechung. Wenn man sie recht versteht, reichen informelle Planungen für die Annahme eines zentralen Versorgungsbereiches nicht aus. Das Bundesverwaltungsgericht betont zwar in dem Kölner Fall, dass die Stadt den Bereich der Siegburger Straße im Nahversorgungskonzept als Nahversorgungszentrum festgelegt habe. Diese Festlegung muss sich aber in den tatsäch-

lichen Gegebenheiten widerspiegeln. Die informellen Festlegungen haben wohl nur Indizwirkung. Alles andere wäre unter Rechtsschutzgesichtspunkten auch kaum zu rechtfertigen.

### 3. Europarechtliche Fragen

Letztlich als offen zu bezeichnen ist die Frage, ob § 34 Abs. 3 BauGB unter europarechtlichen Gesichtspunkten haltbar ist.<sup>24</sup> Derzeit läuft bereits ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Deutschland. Es betrifft allerdings landesplanerische Vorschriften, die eine andere Problematik aufweisen.<sup>25</sup> Immerhin zeigt das Verfahren, dass die Kommission bei der Beschränkung der Ansiedlungsmöglichkeit für Einzelhandelsunternehmen Probleme sieht.

Kollidieren könnte das bauplanerische Modell des Konkurrenzschutzes zu Gunsten von Anbietern in zentralen Versorgungsbereichen einerseits mit der Dienstleistungsrichtlinie.<sup>26</sup> Ausdrücklich ausgeschlossen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ist das Bauplanungsrecht nicht. Es handelt sich bei § 34 Abs. 3 BauGB auch nicht um eine »Jedermann-Regelung«, die nach Erwägungsgrund 9 nicht unter die Richtlinie fallen soll.

#### *Erwägungsgrund 9:*

*»Diese Richtlinie findet nur auf die Anforderungen für die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit Anwendung. Sie findet somit keine Anwendung auf Anforderungen wie Straßenverkehrsvorschriften, Vorschriften bezüglich der Stadtentwicklung oder Bodennutzung, der Stadtplanung und der Raumordnung, Baunormen sowie verwaltungsrechtliche Sanktionen, die wegen der Nichteinhaltung solcher Vorschriften verhängt werden, die nicht die Dienstleistungstätigkeit als solche regeln oder betreffen, sondern von Dienstleistungserbringern im Zuge der Ausübung ihrer Wirtschaftstätigkeit genauso beachtet werden müssen wie von Privatpersonen.«*

Das Kapitel III über die Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungsanbieter ist deshalb anwendbar. Ein Verstoß gegen Art. 14 Nr. 5 der Richtlinie ist deshalb eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich:

#### *Art. 14 Nr. 5:*

*»einer wirtschaftlichen Überprüfung im Einzelfall, bei der die Erteilung der Genehmigung vom Nachweis eines wirtschaftlichen Bedarfs oder einer Marktnachfrage abhängig gemacht wird, oder der Beurteilung der tatsächlichen oder möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen der Tätigkeit oder der Bewertung ihrer Eignung für die Verwirklichung wirtschaftlicher, von der zuständigen Behörde festgelegter Programmziele;*

24 Ausführlich Krumb/Stapelfeldt, BauR 2011, S. 64 ff.

25 Vgl. Bishopink, BauR 2009, S. 1688 ff.

26 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU 2006, Nr. L 376, S. 36. Ausführlich dazu Krumb/Stapelfeldt, BauR 2011, S. 64 ff.

*dieses Verbot betrifft nicht Planungserfordernisse, die keine wirtschaftlichen Ziele verfolgen, sondern zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen;«*

Ein deutscher Planungsrechtler mag auf den letzten Halbsatz hoffen (»zwingende Gründe des Allgemeininteresses«). Auch wenn Prognosen darüber, was der Europäische Gerichtshof irgendwann einmal zu dieser Frage sagen wird, erfahrungsgemäß fehleranfällig sind: Der negative Effekt des § 34 Abs. 3 BauGB auf den Bauwerber, der in den Markt eintreten möchte, ist offensichtlich.<sup>27</sup> Die angeblich nützlichen Wirkungen auf verbrauchernehe Versorgung, Klimaschutz, Vermeidung von Flächenverbrauch etc. erscheinen hingegen bei dieser Vorschrift mehr als diffus. Damit ist auch die Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 49 AEUV zweifelhaft.<sup>28</sup>

*»Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.*

*Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.«*

Mittlerweile hat sich auch der Europäische Gerichtshof mit der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV, früher Art. 43 EG) beschäftigt.<sup>29</sup> Es wurde festgestellt, dass das Königreich Spanien durch diverse Bestimmungen, mit denen die Ansiedlung großer Einzelhandelseinrichtungen beschränkt oder verboten wurde, gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen hat. Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf Deutschland ist derzeit in der Diskussion.<sup>30</sup> Leider hat sich der Europäische Gerichtshof überwiegend darauf beschränkt, festzustellen, das Königreich Spanien habe nicht hinreichend dargetan, welche zwingenden Gründe des Allgemeinwohls die jeweiligen Beschränkungen rechtfertigen. Die von der Kommission angegriffenen spanischen Regelungen hatten auch eher gewerberechtlichen, weniger planerischen Charakter. Deutlich ist aber, dass der Europäische Gerichtshof eine Beschränkung der Ansiedlung von größeren Einzelhandelsbetrieben sehr skeptisch sieht. Bei § 11 Abs. 3 BauNVO sind Aspekte des Umwelt- und Naturschutzes sowie der Raumordnung zu finden, die die Norm auch europarechtlich rechtfertigen könnten. Immerhin vermeidet die Vorschrift Verkehr in die städtebauliche Peripherie, sie wirkt Bodenversiegelungen entgegen und schützt bestehende städtebauliche Strukturen. Bei § 34 Abs. 3 BauGB ist hingegen nicht recht erkennbar, wie man dem Europäischen Gerichtshof die Einschränkung von Grundfreiheiten durch diese Vorschrift »verkaufen« könnte.

27 Ebenso Krumb/Stapelfeldt, BauR 2011, S. 64 (70).

28 Einen Verstoß gegen die Richtlinie bejahen Krumb/Stapelfeldt, BauR 2011, S. 64 ff.

29 EuGH, Urteil v. 24.3.2011 – C-400/08, EuZW 2011, S. 557 ff.

30 Siehe Wiggers, NJW-Spezial 2011, S. 556 ff.; Schröer/Kullick, NZBau 2011, S. 349 ff.

## V. Konkurrenzschutz durch Bauleitplanung »light«: § 9 Abs. 2a BauGB

Nach dem vielen Ärger über § 34 Abs. 3 BauGB ist es fast wohltuend, sich mit § 9 Abs. 2a BauGB zu befassen.

*»Für im Zusammenhang bebaute Ortsteile (§ 34) kann zur Erhaltung oder Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche, auch im Interesse einer verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung und der Innenentwicklung der Gemeinden, in einem Bebauungsplan festgesetzt werden, dass nur bestimmte Arten der nach § 34 Abs. 1 und 2 zulässigen baulichen Nutzungen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können; die Festsetzungen können für Teile des räumlichen Geltungsbereichs des Bebauungsplans unterschiedlich getroffen werden. Dabei ist insbesondere ein hierauf bezogenes städtebauliches Entwicklungskonzept im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 11 zu berücksichtigen, das Aussagen über die zu erhaltenden oder zu entwickelnden zentralen Versorgungsbereiche der Gemeinde oder eines Gemeindeteils enthält. In den zu erhaltenden oder zu entwickelnden zentralen Versorgungsbereichen sollen die planungsrechtlichen Voraussetzungen für Vorhaben, die diesen Versorgungsbereichen dienen, nach § 30 oder § 34 vorhanden oder durch einen Bebauungsplan, dessen Aufstellung förmlich eingeleitet ist, vorgesehen sein.«*

Endlich geht es wieder um Planung, nicht wie bei § 34 Abs. 3 BauGB um ein Genehmigungsverfahren. Die grundrechtlichen Positionen erhalten wieder Gehör, Bürger- und Öffentlichkeitsbeteiligung sowie Abwägung rationalisieren die Entscheidungsfindung. Die Bestimmung ist kompliziert gefasst. Ihre praktische Bedeutung ist derzeit nicht recht abschätzbar. Rechtsprechung gibt es kaum. Aber der Weg, den der Gesetzgeber beschritten hat, ist richtig. Die Gemeinde muss ein Einzelhandelskonzept entwickeln und rechtsverbindlich umsetzen. Man würde sich wünschen, § 9 Abs. 2a könnte § 34 Abs. 3 BauGB überflüssig machen. Leider scheint im Moment das Gegenteil der Fall zu sein. Die Gängelung von Marktteilnehmern im Einzelhandel über § 34 Abs. 3 BauGB scheint effektiver zu sein als das komplizierte Planungsverfahren nach § 9 Abs. 2a BauGB.

## VI. Schlussbemerkung

Die Steuerung des Einzelhandels mit Mitteln des Bauplanungsrechts ist mittlerweile vor allem eine Gängelung. Das Bauplanungsrecht ist schon lange nicht mehr wettbewerbsneutral, sondern dient der Angebotsregulierung und -verknappung. Statt auf positive Zentrumsentwicklung setzen viele Gemeinden auf Beschränkungen der grundrechtlich garantierten Eigentums- und Berufsfreiheit außerhalb von angedachten oder existierenden Versorgungsbereichen. Insbesondere § 34 Abs. 3 BauGB markiert den vorläufigen Höhepunkt einer Entwicklung, die mittlerweile deutlich in die falsche Richtung läuft. Gewisse Regulierungen im Hinblick auf die zulässige Nutzung von Grundstücken sind unzweifelhaft nötig und sinnvoll. Man soll baurechtlich nicht alles laufen lassen und eine sinnvolle Zuordnung von Nutzungen anstreben. Erweist sich

aber ein zentraler Versorgungsbereich als nicht lebensfähig, werden ihm die Stadtplaner dauerhaft kein Leben einhauchen können. Instrumente, mit denen die Zulässigkeit von Einzelhandelsnutzungen eingeschränkt werden, müssen mit Vorsicht und nicht im Übermaß angewendet werden. Auch wenn von der deutschen Rechtsprechung derzeit kaum eine Korrektur zu erwarten ist: Man sollte sich nicht immer erst in Luxemburg auf seine Irrtümer hinweisen lassen, sondern sich ab und zu bemühen, sie auch selbst zu erkennen.