



Verwaltungsgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 6, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Juli 2022 durch

den Richter ...

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 4. Dezember 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Juni 2016 verpflichtet, der Klägerin die mit Antrag vom 1. September 2015 beantragte Genehmigung für die Erweiterung ihres Sortiments um den Verkauf von Broten und Brötchen in ihrem gastronomischen Betrieb im Eingangsvorbau des X-Baumarktes ... in Hamburg zu erteilen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.

Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Rechtsmittelbelehrung:

Innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils kann gegen dieses Urteil die Zulassung der Berufung beantragt werden.

Der Antrag ist bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, zu stellen. Er muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen.

Die Berufung ist nur zuzulassen,

- wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
- wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
- wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
- wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
- wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Auf die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO wird hingewiesen.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt eine Baugenehmigung zur Nutzungsänderung eines Gastronomiebetriebs in Hamburg-... durch Sortimentserweiterung (Verkauf von Brötchen und Broten) hin zu auch einem Bäckereiverkauf.

Die Klägerin betreibt im Eingangsvorbau eines Baumarktes in ... Hamburg, Flurstück ... der Gemarkung ... auf ca. 200 qm einen gastronomischen Betrieb. In diesem bietet sie Gästen frisch vor Ort zubereitete Speisen, wie z.B. Nudel-Gerichte, Salate, belegte Brötchen oder Süßspeisen an. Der Gastronomiebetrieb teilt sich in einen Bereich zum Verkauf der Speisen und einen Bereich zum Verzehr der Speisen auf. Letzterer verfügt über ca. 80 Sitzplätze innen und ca. 40 Sitzplätze außen.

Das Grundstück, auf dem sich der Baumarkt und der Betrieb der Klägerin befinden, liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans X. Die Fläche des Grundstücks ist im Bebauungsplan als Gewerbegebiet ausgewiesen und mit dem Buchstaben „A“ gekennzeichnet. Zu dieser Kennzeichnung heißt es unter § 2 Nr. 2 der textlichen Festsetzung des Bebauungsplans:

„Im Gewerbegebiet sind luftbelastende und geruchsbelästigende Betriebe unzulässig. Außerdem sind auf der mit „A“ bezeichneten Fläche Einzelhandelsbetriebe, soweit sie nicht mit Kraftfahrzeugen, Booten, Möbeln, Teppichen und sonstigen flächenbeanspruchenden Artikeln einschließlich Zubehör oder mit Baustoffen, Werkzeugen, Gartengeräten und sonstigem Bau- und Gartenbedarf handeln, diese Artikel ausstellen oder lagern, ferner gewerbliche Freizeiteinrichtungen (wie Squash- und Tennishallen, Bowlingbahnen) unzulässig.“

Zur Begründung des Bebauungsplans X wird auf Seite 5 ausgeführt:

„Der Ausschluß dieser Nutzungen erfolgt auf Grund der Nähe des Gebiets zum Einkaufszentrum S. Die Zulassung jeglicher Art von Einzelhandelsbetrieben und von kommerziellen Freizeiteinrichtungen auf der Fläche des Gewerbegebiets würde die Ausgewogenheit des Bezirksentlastungszentrums und seinen weiteren Ausbau gefährden und somit zu einer städtebaulichen Fehlentwicklung führen. Ausgenommen von diesem Ausschluß sind flä-

chenbeanspruchende Einzelhandelsbetriebe, da diese nicht als zentrumsgefährdend anzusehen sind. Ferner soll sichergestellt werden, daß die Flächen des Gewerbegebiets de produzierenden Gewerbe vorbehalten bleiben. Damit werden die wirtschaftspolitischen Bemühungen der Freien und Hansestadt Hamburg unterstützt, im Harburger Raum neue Arbeitsplätze zu schaffen und der Flächenknappheit für produzierendes Gewerbe entgegenzuwirken. Die Zulässigkeit von flächenbeanspruchenden Einzelhandelsbetrieben wurde nach der öffentlichen Auslegung in den Bebauungsplan aufgenommen. Diese städtebaulich vertretbare Planänderung ist in ihrer räumlichen Bedeutung geringfügig und berührt nicht die Grundzüge der Planung. [...]“

Nachdem der gastronomische Betrieb der Klägerin mit Bescheid vom 26. Februar 2015 im Rahmen des Umbaus des Baumarkts genehmigt worden war, beantragte die Klägerin am 1. September 2015 eine Baugenehmigung zur Nutzungsänderung durch Erweiterung ihres Sortiments um den Verkauf von Broten und Brötchen.

Mit Bescheid vom 4. Dezember 2015 lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin ab. Die Sortimentserweiterung um den Verkauf von Brötchen und Broten verstoße gegen die Festsetzungen des Bebauungsplans X und benötige daher einer Befreiung, die aber nicht erteilt werden könne, da die Grundzüge der Planung berührt seien.

Hiergegen legte die Klägerin mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 Widerspruch ein. Sie habe einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, die Festsetzungen des maßgeblichen Bebauungsplans X stünden dem Antrag nicht entgegen. Bei dem klägerischen Betrieb handele es sich auch bei einer Erweiterung des Sortiments um Brote und Brötchen nicht um einen Einzelhandelsbetrieb. Darüber hinaus wären auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung gem. § 31 Abs. 2 Baugesetzbuch (BauGB) erfüllt, da das Vorhaben die Grundzüge der Planung nicht berühre und städtebaulich vertretbar sei.

Mit Widerspruchsbescheid vom 23. Juni 2016 wies die Beklagte den Widerspruch unter vertiefter Darlegung der Gründe des ablehnenden Ausgangsbescheides zurück.

Die Klägerin hat am 19. Juli 2016 Klage erhoben. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr Vorbringen aus dem Vorverfahren.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheids vom 4. Dezember 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 23. Juni 2016 zu verpflichten, der Klägerin die mit Antrag vom 1. September 2015 beantragte Genehmigung für die Erweiterung ihres Sortiments in ihrem gastronomischen Betrieb im Eingangsvorbau des X-Baumarktes um den Verkauf von Broten und Brötchen zu erteilen;
2. hilfsweise die Beklagte zu verpflichten, den Antrag der Klägerin vom 1. September 2015 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden;
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie verweist auf die Begründungen des Ausgangs- und des Widerspruchsbescheids.

Durch Beschluss vom 14. Juni 2022 hat die Kammer den Rechtsstreit auf den Berichterstatter als Einzelrichter übertragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Sachakten der Beklagten verwiesen, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 13. Juli 2022 gemacht worden sind.

Entscheidungsgründe

I.

Die Entscheidung ergeht durch den Einzelrichter, nachdem die Kammer den Rechtsstreit auf ihn übertragen hat, § 6 VwGO.

II.

Die zulässige Klage ist auch begründet.

Der Bescheid vom 4. Dezember 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 23. Juni 2016 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Die Klägerin hat den geltend gemachten Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung nach § 72 Abs. 1 Hamburgische Bauordnung (HBauO) für die Nutzungsänderung durch Erweiterung ihres Sortiments um den Verkauf von Broten und Brötchen. Nach dieser Vorschrift ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. Diese Voraussetzungen liegen vor, da die begehrte Sortimentserweiterung entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegen im Baugenehmigungsverfahren nach § 62 Abs. 1 HBauO zu prüfende Vorschriften des Bauplanungsrechts verstößt. Auf die Frage einer Befreiung kommt es daher nicht mehr, genauso wie auf den Hilfsantrag der Klägerin.

Die Festsetzungen des Bebauungsplan X stehen der begehrten Nutzungsänderung durch Sortimentserweiterung nicht entgegen.

Zwar ist die relevante Festsetzung eines Einzelhandelausschlusses in der mit „A“ bezeichneten Fläche (§ 2 Nr. 2 des Gesetzes über den Bebauungsplan X) – anders als die Klägerin meint – nicht schon wegen Unbestimmtheit unwirksam (vgl. dazu ausführlich VGH München, Beschl. v. 7.1.2020, 15 ZB 19.1641, juris Rn. 8 m.w.N.). Denn in der gedruckten Ausfertigung des Bebauungsplans im Maßstab 1:1000 sind die in der Begründung des Bebauungsplans genannten Grenzen der mit „A“ bezeichneten Fläche sowohl am südwestlichen Rand, als auch Richtung Osten, an der Grenze zwischen den Flurstücken ... und ..., deutlich erkennbar.

Auch ist die beabsichtigte Nutzung als Einzelhandel im Sinne des einschlägigen § 2 Nr. 2 des Gesetzes über den Bebauungsplan X anzusehen und insofern grundsätzlich von dem Ausschluss umfasst. Zwar ist der genutzte Begriff des Einzelhandels grundsätzlich auslegungsbedürftig und -fähig. Der Klägerin ist auch recht darin zu geben, dass es sich bei der beabsichtigten Nutzung in Form eines Gastronomiebetriebes mit Verkauf auch von Brötchen und Brot – die vor Ort zumindest frisch aus Teiglingen gebacken werden – nicht von vornherein offensichtlich um klassischen Einzelhandel handeln mag. Auch dürfte der Plangeber mit dem Ausschluss angesichts der Zielsetzung des Schutzes des dem aperiodischen Bedarf dienenden Bezirksentlastungszentrum (dazu sogleich) nicht vordränglich den Ausschluss von Bäckerei-Verkaufsstellen, die der Nahversorgung dienen, vor Augen gehabt haben. Jedoch ergibt sich aus der Planbegründung ausdrücklich, dass der Plangeber „jegliche[n] Einzelhandel“ ausschließen wollte (S. 5 der Planbegründung). Zum bauplanungsrechtlichen Begriff des Einzelhandels gehören nach dem allgemeinen Verständnis jegliche Geschäfte zum unmittelbaren Verkauf von Waren an Endkunden (vgl. zuletzt BVerwG, Urt. v. 26.3.2009, 4 C 21.07, juris Rn. 15 m.w.N.). Den Verkauf von Waren an Endverbraucher betrifft die verfahrensgegenständliche, begehrte Nutzungsänderung mit Sortimentserweiterung um den Verkauf von Brot und Brötchen gerade (zum Verständnis vom Verkauf von Brot und Brötchen als Einzelhandel auch das von der Klägerin gegenteilig angeführte Urteil des BGH v. 17.10.2019, I ZR 44/19, juris Rn. 27; ebenso OVG Münster, Urt. v. 29.10.2018, 10 A 964/16, juris Rn. 40 ff.).

Soweit jedoch nach den obigen Ausführungen die Festsetzung eines Einzelhandelausschlusses in § 2 Nr. 2 des Gesetzes über den Bebauungsplan X jeglichen Einzelhandel und damit auch die begehrte Bäckerei-Verkaufsstelle umfasst, ist sie hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Nutzungsänderung unbeachtlich, da ihr insofern die städtebauliche Erforderlichkeit gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB fehlt (dazu sogleich). Ob die Festsetzung eines vollumfänglichen Einzelhandelausschlusses insgesamt unwirksam ist, oder nur teilweise (vgl. zur Möglichkeit der teilweisen Unwirksamkeit von Festsetzungen zum Einzelhandelausschluss OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7.6.2019, 2 A 670/17, juris Rn. 77 ff.) ist vorliegend mangels Erheblichkeit nicht zu entscheiden. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob die Unwirksamkeit der Festsetzung gegebenenfalls zur Komplettunwirksamkeit des Bebauungsplans X führt. Denn steht die Festsetzung der begehrten Nutzungsänderung vorliegend im Einzelfall nicht entgegen, ist diese entweder als nicht störender Gewerbebetrieb im grundsätzlich festgesetzten Gewerbegebiet nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO 1977

oder aber bei etwaiger Komplettunwirksamkeit des Bebauungsplans X gemäß § 34 Abs. 1 BauGB bauplanungsrechtlich zulässig, da sich der damit beabsichtigte Einzelhandel nach der Art der Nutzung in die Eigenart der näheren Umgebung, die durch vorhandenen Einzelhandel charakterisiert wird, einfügt.

Die verfahrensgegenständliche Festsetzung des Einzelhandelsausschlusses ist mangels städtebaulicher Erforderlichkeit gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB unwirksam, sofern damit – abgesehen von der Rückausnahme für flächenbeanspruchenden Einzelhandel – jegliche Einzelhandelsbetriebe ohne Differenzierung umfasst werden.

Stützt der Plangeber den Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben auf zwei unabhängige städtebauliche Ziel, fehlt die städtebauliche Erforderlichkeit nur, wenn beide Ziele nicht geeignet sind, die Festsetzung gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB zu rechtfertigen (vgl. OVG Hamburg, Ur. v. 31.10.2012, 2 E 7/11.N., juris Rn. 88 m.w.N.).

Ausweislich der Planbegründung stützt der Plangeber den Ausschluss jeglichen Einzelhandels auf sowohl den Schutz des in unmittelbarer Nähe liegenden Bezirksentlastungszentrum S sowie auf die gewollte Freihaltung von Flächen für das produzierende Gewerbe.

Keine der beiden vom Plangeber herangezogenen Gründe kann den vollumfänglichen Ausschluss von Einzelhandel durch die Festsetzung im Bebauungsplan X rechtfertigen (mit zum Teil anderer Argumentation an der Erforderlichkeit derselben Festsetzung bereits zweifelnd VG Hamburg, Ur. v. 5.12.2018, 9 K 38/16, UA S. 12 f., n.v.).

Hinsichtlich des Ziels der Freihaltung von Flächen für das produzierende Gewerbe ergibt sich dies bereits daraus, dass die Festsetzung selbst hinsichtlich dieses Ziels bereits nicht konsistent ist (vgl. OVG Hamburg, 2 E 7/11.N., juris Rn. 58; VGH Mannheim, Ur. v. 5.5.2011, 8 S 2773/08, juris Rn. 45, 51 f.). Denn durch die Festsetzung wird zwar zunächst jeglicher Einzelhandel ausgeschlossen, im Wege der Rückausnahme dann jedoch gerade flächenbeanspruchender Einzelhandel zugelassen. Dies widerspricht eklatant dem erklärten Ziel, die Flächen für produzierendes Gewerbe freizuhalten.

Im Hinblick auf das nach der Planbegründung wohl wesentlichere Ziel des Schutzes des Bezirksentlastungszentrum S fehlt es an der städtebaulichen Erforderlichkeit im Sinne des

§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB für den Ausschluss jeglichen Einzelhandels, weil es an der für einen Einzelhandelsausschluss zum Schutz nur eines Zentrums erforderlichen Betrachtung der örtlichen Situation in Form der Ermittlung konkret zentrenschädigender Sortimente fehlt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der das Gericht aus eigener Überzeugung folgt, bedarf es bei einem nur zum Schutz eines Zentrums erfolgten Einzelhandelsausschlusses der Ermittlung der konkret zentrenschädlichen Sortimente (vgl. BVerwG Urt. v. 27.3.2013, 4 CN 6.11 juris, Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 26.3.2009 4 C 21/07 juris Rn. 19; vgl. OVG Hamburg Urt. v. 31.10.2012, 2 E 7/11.N, juris Rn. 58). Denn die Planung hat die städtebauliche Erforderlichkeit zu wahren und nicht wettbewerbspolitische Maßnahmen zu verfolgen. Aus dem Bebauungsplan X ist keine Ermittlung konkret zentrenschädlicher Sortimente ersichtlich (so auch zum selben Bebauungsplan VG Hamburg, Urt. v. 5.12.2018, 9 K 38/16, UA S. 13, n.v.). Im Gegenteil verweist die Planbegründung ausdrücklich auf den beabsichtigten Schutz des nahe gelegenen Bezirksentlastungszentrums. Ausweislich des Zentrenkonzepts der Beklagten nach dem Erläuterungsbericht zum Flächennutzungsplan dienen Bezirksentlastungszentren aber der Versorgung der Bevölkerung mit Gütern des aperiodischen Bedarfs im Gegensatz zu Stadtteilzentren oder lokalen Zentren für die Nahversorgung (vgl. zur Beschreibung der Fortführung des Konzepts der Bezirksentlastungszentren den Erläuterungsbericht zur Neubekanntmachung des Flächennutzungsplans vom Oktober 1997, S. 59; S. 64). Wieso dann zum Schutz eines solchen Zentrums konkret im Plangebiet X jeglicher Einzelhandel, inklusive der Nahversorgung, erforderlicher Weise auszuschließen ist, ergibt sich aus dem Plan, auch unter Betrachtung der Begründung, gerade nicht.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigter für das Vorverfahren war gemäß § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO für notwendig zu erklären, da dies vom Standpunkt einer verständigen, nicht rechtskundigen Partei für erforderlich gehalten werden durfte und es der Klägerin nicht zumutbar war, das Verfahren selbst zu führen. (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 22.9.2014, 4 Bf 200/12, juris Rn. 33).

...