



Berliner Gespräche zum Städtebaurecht

Band II: Dokumentation Festveranstaltung/Materialien



Verkehr Mobilität Bauen Wohnen Stadt Land Verkehr Mobilität Bauen
Wohnen Stadt Land www.bmvbs.de Verkehr Mobilität Bauen Wohnen
Stadt Land Verkehr Mobilität Bauen Wohnen Stadt Land Verkehr Mobilität

Berliner Gespräche zum Städtebaurecht

Band II: Dokumentation Festveranstaltung/Materialien

Inhalt

Vorwort.....	5
TEIL 1: FESTVERANSTALTUNG 50 JAHRE BUNDESBAUGESETZ/ BAUGESETZBUCH.....	7
<i>Bundesminister Dr. Peter Ramsauer</i>	
Grußwort	9
<i>Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Battis</i>	
Ideen für eine Weiterentwicklung des Städtebaurechts in der 17. Legislaturperiode	13
<i>Staatssekretär a. D. Gerhard von Loewenich</i>	
Vom Bundesbaugesetz zum Baugesetzbuch – ein Meilenstein in der Städtebaupolitik des Bundes.....	19
<i>Folkert Kiepe</i>	
Städtebaugesetzgebung für die kommunale Praxis – Rückhalt und Gestaltungsrahmen für eine zukunftsorientierte Entwicklung der Städte und Gemeinden	25
<i>Norbert Portz</i>	
Städtebaugesetzgebung für die kommunale Praxis – Rückhalt und Gestaltungsrahmen für eine zukunftsorientierte Entwicklung der Städte und Gemeinden	31
<i>Prof. Dr. Michael Krautzberger</i>	
Gesellschaftspolitischer Wandel und Städtebaugesetzgebung	37
<i>Dr. Günter Gaentzsch</i>	
Rechtsprechung zum Städtebaurecht zwischen Gesetzgebung und administrativer Umsetzung	55
<i>MDir'in Oda Scheibelhuber</i>	
Zukunftsperspektiven der Städtebaupolitik des Bundes	65
TEIL 2: THESENPAPIERE ZU DEN BERLINER GESPRÄCHEN ZUM STÄDTEBAURECHT.....	69
Klimaschutz und Förderung erneuerbarer Energien im Städtebaurecht	71
<i>Prof. Dr. Stephan Mitschang</i>	
Novellierungsmöglichkeiten und Erfordernisse zu Klimaschutz und Klimaanpassung im Allgemeinen Städtebaurecht	73
<i>Prof. Dr. Wilhelm Söfker</i>	
Erneuerbare Energien im unbeplanten Innenbereich und im Außenbereich (§§ 34 und 35 BauGB).....	83

Änderungsbedarf bei der Baunutzungsverordnung	95
<i>Folkert Kiepe</i>	
Novellierungserfordernisse bei der BauNVO aus Sicht der Städte	97
<i>Norbert Portz</i>	
Novellierungserfordernisse bei der BauNVO aus Sicht der Städte und Gemeinden	101
<i>Elisabeth Heitfeld-Hagelgans</i>	
Regelungen zur Art der baulichen Nutzung	107
<i>Dr. jur. Heinz Janning</i>	
Regelungen zur Art der baulichen Nutzung – Einzelhandel und zentrale Versorgungsbereiche.....	113
<i>Dr. jur. Heinz Janning</i>	
Regelungen zur Art der baulichen Nutzung – Vergnügungsstätten	125
<i>Dr. Olaf Reidt</i>	
Vorschriften zum Maß der baulichen Nutzung, zur Bauweise und zur überbaubaren Grundstücksfläche.....	129
 Weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Stärkung der Innenentwicklung	 139
<i>Eva Maria Niemeyer</i>	
Praktische Anforderungen an das planungsrechtliche Instrumentarium zur Innenentwicklung der Städte	141
<i>Prof. Dr. Christian-W. Otto</i>	
Verfahrensbeschleunigung und Flexibilisierung im besonderen Artenschutz in der Innenstadtentwicklung nach dem Baugesetzbuch	147
<i>Prof. Dr. jur. Willy Spannowsky</i>	
Überlegungen zur Weiterentwicklung des städtebaurechtlichen Instrumentariums für die Innenentwicklung der Städte	167
 Besonderes Städtebaurecht und Sonstiges.....	 185
<i>Elisabeth Heitfeld-Hagelgans</i>	
Überlegungen zur Weiterentwicklung des besonderen Städtebaurechts vor dem Hintergrund der Anforderungen des Klimaschutzes	187
<i>Norbert Meißner</i>	
Massentierhaltung als Gegenstand der städtebaulichen Planung	191
<i>Prof. Dr. Wilhelm Söfker</i>	
„Repowering“ erleichtern und besser steuern	199

Vorwort

Im Kapitel „Bauen und Wohnen“ des Koalitionsvertrages von CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009 heißt es: *„Es gilt, den Klimaschutz zu verankern, den Vorrang der Innenentwicklung zu stärken Dazu werden wir das Baugesetzbuch (BauGB) anpassen und weiterentwickeln. Ferner werden wir die Baunutzungsverordnung (BauNVO) umfassend prüfen.“* Vor allem die Herausforderungen des Klimaschutzes und der Klimaanpassung, insbesondere durch den sparsamen Umgang mit Energie und die Förderung des Ausbaus Erneuerbarer Energien, aber auch die Erhaltung und Entwicklung attraktiver Innenstädte sowie die Reduzierung der Neuinanspruchnahme von Flächen durch den Vorrang der Innenentwicklung gaben Anlass zu diesem Auftrag. Vor diesem Hintergrund beabsichtigt die Bundesregierung, das Planungsrecht und die Planungsziele weiterzuentwickeln.

Um dieses Gesetzgebungsvorhaben vorzubereiten, hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung das Deutsche Institut für Urbanistik mit der inhaltlichen und organisatorischen Vorbereitung und Durchführung einer Reihe von Expertengesprächen unter dem Titel „Berliner Gespräche zum Städtebaurecht“ beauftragt. Wie bei früheren Gesetzgebungsvorhaben wurden im Rahmen der Gesprächsreihe frühzeitig die Erfahrungen ausgewiesener Experten aus Wissenschaft und Praxis erörtert, um Regelungserfordernisse zu erkennen und die Relevanz und Auswirkungen der in Betracht gezogenen Regelungen besser erfassen zu können. Da-

bei ging es nicht darum, unter den beteiligten Experten abgestimmte Vorschläge oder gar Gesetzesformulierungen zu erarbeiten. Vielmehr stand der offene Austausch auch kontroverser Auffassung im Vordergrund, um Pro- und Contra-Argumente sichtbar zu machen und die Gesetzesvorbereitung durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung auf diese Weise – auch durch Empfehlungen – zu unterstützen.

Die Ergebnisse der Berliner Gespräche zum Städtebaurecht wurden vom Deutschen Institut für Urbanistik ausgewertet, in Ergebnisprotokollen dokumentiert und unter dem Titel „Berliner Gespräche zum Städtebaurecht Band I: Bericht“ zusammenfassend publiziert. Dieser Bericht wurde Herrn Bundesminister Dr. Peter Ramsauer im fünften Berliner Gespräch, das zugleich als Festveranstaltung anlässlich des 50-jährigen Jubiläums des Bundesbaugesetzes / Baugesetzbuchs ausgestaltet wurde, am 19. November 2010 übergeben.

Der hier vorgelegte Band II rundet die Dokumentation der Gesprächsreihe ab. Im ersten Teil dieses Bandes sind die Vorträge (Manuskripte) abgedruckt, die auf der Festveranstaltung „50 Jahre Bundesbaugesetz / Baugesetzbuch“ gehalten wurden. Der zweite Teil dieses Bandes enthält eine Sammlung der im Rahmen der Berliner Gespräche von verschiedenen Teilnehmerinnen und Teilnehmern verfassten Diskussions- bzw. Thesenpapiere. Diese Papiere werden dokumentiert, um die Verständ-

lichkeit der Ergebnisprotokolle des Bandes I zu erleichtern, weil dort auf sie Bezug genommen wird. Sie sind im Duktus und im Inhalt teilweise zugespitzt, um Anstöße für die Diskussion zu geben, und geben nicht in jedem Fall auch die tatsächliche Auffassung des Verfassers wider. Sie dürfen deshalb nicht mit dem in Band 1 dokumentierten abgewogenen Ergebnis der Beratungen verwechselt werden. Maßgeblich als eine der Grundlagen für die Erstellung des Gesetzentwurfs zur Bauplanungsrechtsnovelle sind die in Band I dokumentierten Ergebnisse.

Berliner Gespräche zum Städtebaurecht

*Teil 1:
Festveranstaltung
50 Jahre Bundesbaugesetz/
Baugesetzbuch*

am 19. November 2010 in Berlin

Bundesminister Dr. Peter Ramsauer

Grußwort

Sehr geehrter Bundesminister a. D., lieber Oscar Schneider, sehr geehrte Damen und Herren,

Wir sind heute aus zwei Anlässen zusammengekommen: Wir haben erstens ein Jubiläum zu feiern: 50 Jahre Bundesbaugesetz und Baugesetzbuch sind wahrlich ein erfreulicher Anlass! Denn mit der Etablierung und ständigen Weiterentwicklung eines funktionierenden Bauplanungsrechts haben wir wichtige Leitplanken geschaffen für eine gedeihliche Entwicklung unserer Städte und Gemeinden.

Und wir treffen uns zweitens zum Abschluss der „Berliner Gespräche“, mit denen wir das bewährte Recht wirkungsvoll an die Herausforderungen der Zeit anpassen wollen. – Ich komme gleich darauf zurück.

Bundesbaugesetz und Baugesetzbuch haben sich 50 Jahre bestens bewährt

Eingangs also soll unser heutiges Jubiläum im Mittelpunkt stehen: Anders als das Bürgerliche Gesetzbuch oder die Straßenverkehrsordnung gehört das Baugesetzbuch nicht zu den Gesetzeswerken, die im Bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger fest verankert sind. Dennoch betreffen die sichtbaren Auswirkungen dieses Gesamtwerks einen jeden Einzelnen von uns. Denn das Baugesetzbuch trifft wesentliche Rege-

lungen für die Gestaltung des unmittelbaren Wohnumfelds eines jeden Bürgers.

Stadtentwicklung wäre ohne ein funktionierendes Planungsrecht undenkbar. Damit hat das Thema Bauen eine immense politische Dimension, der auch ich einen großen Stellenwert beimesse. Nicht umsonst war das Bundesbauministerium bis 1998 ein eigenständiges Ressort mit erheblichen Gestaltungsmöglichkeiten, die nicht zuletzt von Vertretern meiner Partei genutzt wurden. Und hier sehe ich mich durchaus in der Tradition von Bundesbauministern wie Oscar Schneider, Gerda Hasselfeldt und Eduard Oswald – dem letzten originären Bundesbauminister.

Über Jahrzehnte haben sich namhafte Politiker und Experten der Aufgabe verpflichtet, tragfähige baupolitische Rahmenbedingungen zu schaffen. Dies gilt auch für das Bundesbaugesetz bzw. das heutige Baugesetzbuch, das sich inzwischen 50 Jahre lang bewährt hat. Es ist deshalb schade, dass mein Bundestagskollege Peter Götz heute nicht anwesend sein kann. Denn er hat seit 1990 alle Novellierungen des Baugesetzbuches als Berichterstatter aktiv und mitentscheidend begleitet. Er wird dies auch weiterhin tun. Ich werde Peter Götz daher meinen Dank heute Nachmittag persönlich übermitteln, wenn ich ihn als Vorsitzenden der kommunalpolitischen Vereinigung der CDU/CSU auf deren Jahrestagung in Weimar treffe.

Ich erwähnte es bereits: Das Baugesetzbuch richtet sich im Wesentlichen an die Städte und Gemeinden. Es hat sich deshalb bestens bewährt, alle Weiterentwicklungen im Bauplanungsrecht in sehr enger Abstimmung zwischen Bund, Ländern, Kommunen und Planern vorzunehmen. Denn nur so kann es gelingen, in diesem komplexen Rechtsbereich größtmögliche Alltagstauglichkeit zu erreichen. – Genau dies wollen wir auch bei der aktuellen Novellierung des Baugesetzbuches erzielen.

Baugesetzbuch zielgenau weiterentwickeln

Für diese Legislaturperiode haben wir uns vorgenommen, das Planungsrecht weiterzuentwickeln, indem wir dort den Klimaschutz verankern und den Vorrang der Innenentwicklung stärken wollen. Denn Klimaschutz hat auch eine städtebauliche Dimension. Gerade in unseren Kommunen vor Ort kann und muss vieles von dem geleistet werden, was von den Schreibtischen aus der fernen Hauptstadt Berlin kaum so zielgenau organisiert werden kann. Wir wollen also mit unserer rechtlichen Flankierung den Handlungsspielraum der Gemeinden bewusst erweitern.

Dass mein Haus hier gesetzgeberisch tätig wird, folgt zudem aus der Logik einer aktiven Klimaschutzpolitik, wie sie in unserem Energiekonzept ihren Ausdruck findet. Wenn wir wissen, dass rund 40 Prozent des Energiebedarfs auf den Gebäudebereich entfallen und erneuerbare Energien mehr und mehr zur tragenden Säule der Energieversorgung werden sollen – dann müssen diese neuen Entwicklungen auch planungs-

rechtlich berücksichtigt werden. Ich nenne nur die Stichworte „Repowering“ von Windenergieanlagen oder die Photovoltaik – aber auch Lösungen, die einen gebäudeübergreifenden Ansatz ermöglichen.

Zweites Ziel ist es, die Innenentwicklung unserer Kommunen zu stärken. Denn unsere Innenstädte und Ortskerne sind der Schlüssel für eine gedeihliche Stadtentwicklung. – Und sie sind unverzichtbare Ankerpunkte zur Identifikation der Bürgerinnen und Bürger mit ihrer Heimat. Wir tun also gut daran, Urbanität und Attraktivität dieser Ankerpunkte zu stärken. Und wir tun gut daran, die Erreichung dieses Ziels mit einem möglichst passgenauen Bauplanungsrecht aktiv zu unterstützen. Konkret denken wir etwa an flexiblere Lösungen für das Maß der baulichen Nutzung, also an bauplanungsrechtliche Erleichterungen einer städtebaulich gewollten Verdichtung.

Dank des engagierten Einsatzes vieler Experten und der Mitarbeiter meines Hauses haben wir zu diesen Themenbereichen im Rahmen der „Berliner Gespräche“ wertvolle Erkenntnisse gewonnen. – Aber auch jenseits dessen möchte ich mich insbesondere auch mit den Fragen der Umnutzung landwirtschaftlicher Gebäude im Außenbereich auseinandersetzen. Hier werden wir genau prüfen, wo in der Praxis Probleme auftreten, bei denen wir als Gesetzgeber Abhilfe schaffen können.

Sie – meine Damen und Herren Experten – werden mir Ihren Bericht mit den von Ihnen unterbreiteten Vorschlägen und Erkenntnissen gleich übergeben. Und ich halte es für eine erste erfreuliche Schlussfolgerung, dass zur Umsetzung unserer Ziele keine umfassende Überarbeitung oder gar General-

revision unseres Baugesetzbuchs notwendig ist. Wir werden uns also auf zielgenaue und schlanke Änderungen konzentrieren können!

Auch die Baunutzungsverordnung haben Sie geprüft und festgestellt, dass es zwar Änderungsbedarf gibt, eine Komplettnovellierung aber nicht erforderlich ist. Auch dies ist ein erfreuliches Ergebnis! – Besonders für die rund 12.000 Kommunen in Deutschland. Denn sie werden ein verbessertes Planungsrecht mit erweiterten Spielräumen erhalten, ohne durch einen großen Umstellungsaufwand mit neuer Bürokratie belastet zu werden.

Und noch ein gute Botschaft: Weil eben kein komplexer Änderungsbedarf besteht, werden wir das Gesetzgebungsverfahren schneller abschließen können als ursprünglich geplant – voraussichtlich noch im nächsten Jahr. Dies gilt nicht zuletzt für Regelungen, die mir politisch besonders am Herzen liegen.

So halte ich es für ein Unding, dass aus dem Bauplanungsrecht Hindernisse gegen Kindertagesstätten in reinen Wohngebieten abgeleitet werden. Damit wollen wir Schluss machen! Denn wir wollen eine kinderfreundliche Gesellschaft. Und deshalb dürfen wir nicht gleichzeitig rechtliche Schranken bestehen lassen, die das verhindern – das betrifft auch das Bauplanungsrecht.

Dass die umfassende Rechtsmaterie unseres Baugesetzbuches mit Blick auf ihre Praxisauglichkeit nicht einfach ist, wissen wir. Wir werden deshalb alle Änderungen auf Verständlichkeit und Anwendbarkeit prü-

fen und dabei Länder und kommunale Spitzenverbände eng einbinden.

Auf Ihren Ergebnisbericht bin ich gespannt – und sage Ihnen für Ihr bisheriges Engagement, aber auch im Vorgriff auf die weitere Zusammenarbeit ein herzliches ‚Vergelt’s Gott‘.

Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Battis

Ideen für eine Weiterentwicklung des Städtebaurechts in der 17. Legislaturperiode

Sehr verehrter Herr Minister, verehrte Festversammlung,

ich muss mich entschuldigen. Auf einer Festveranstaltung, auf der 50 Jahre Baugesetzbuch und Bundesbaugesetz gefeiert werden, ist derjenige eher deplatziert, der statt das Baugesetzbuch zu feiern, Vorschläge zu seiner Veränderung vorträgt. Doch damit befinde ich mich in einer guten Tradition. Das Baugesetzbuch bzw. Bundesbaugesetz ist in den 50 Jahren seiner Existenz zehn Mal in großem Umfang novelliert worden, hinzu kommt eine Fülle von punktuellen Änderungen, etwa anlässlich der Wiedervereinigung, aber auch anlässlich der Föderalismusreform.

Warum es zu diesen häufigen Änderungen kommt, dazu werden andere wie Michael Krautzberger heute noch etwas sagen. Erlaubt sei aber der Hinweis, dass die kontinuierliche Verbesserung eines Gesetzes sicherlich der erfolgreichere Weg ist, als jahrzehntelang ein großes Gesetzeswerk vorzubereiten und immer wieder anzukündigen und nie zu verabschieden. Man denke nur an den Krebsgang des Umweltgesetzbuches Allgemeiner Teil.

Erinnert sei kurz daran, dass vor 50 Jahren die europäische Wirtschaftsgemeinschaft noch in ihren Anfängen steckte, dass Umweltschutz, Verbraucherschutz, aber auch

Industriepolitik und transeuropäische Netze ebenso wenig zentrale Politikbereiche waren wie nunmehr seit dem Lissabonvertrag die Politik des territorialen Zusammenhalts.

Die „Berliner Gespräche zum Städtebaurecht“ haben an vier Tagen seit dem Sommer dieses Jahres ganztägig stattgefunden, angefüllt von Referaten und eingehenden Diskussionen von zwei Dutzend Experten verschiedenster Provenienz und begleitet durch den hohen Sachverstand des Ministeriums, an der Spitze Frau Ministerialdirektorin Scheibelhuber. Ich denke, ich spreche im Namen aller Expertinnen und Experten, wenn ich mich ausdrücklich dafür bedanke, dass diese, wie ich meine, anregende, offene und konzentrierte Form der Vorbereitung zur Umsetzung einer Koalitionsvereinbarung von Ihnen, Herr Minister, einberufen worden ist.

Unser aller Dank gilt an dieser Stelle auch Herrn Bunzel und seinem Team für die professionelle Vor-, Nach- und Aufbereitung der Berliner Gespräche.

Die Gliederung meiner Ausführung knüpft an den Koalitionsvertrag an, in dem es heißt: *„Das Planungsrecht und die Planungsziele werden wir weiterentwickeln. Es gilt, den Klimaschutz zu verankern, den Vorrang der Innenentwicklung zu stärken (...) Dazu wer-*

den wir das Baugesetzbuch anpassen und weiterentwickeln.“

Ich werde also meine Ausführungen zusammenfassen unter

- Klimagerechte Stadtentwicklung und
- Stärkung der Innenentwicklung
- Anschließend folgt eine kurze Schlussbemerkung.

Klimagerechte Stadtentwicklung

„Klimagerechte Stadtentwicklung“ ist eine etwas andere Formulierung als „Klimaschutz verankern“. Es geht nicht nur darum, den Klimawandel zu verhindern, sondern, wie es Frau Scheibelhuber in der Auftakt-sitzung formuliert hat, darum mithilfe klimagerechter Stadtentwicklung auch dem bereits eingetretenen Klimawandel Rechnung zu tragen.

Nach dem Scheitern der „Top-Down-Strategie“ augenfällig in Kopenhagen geht es nunmehr darum, im Rahmen von arbeitsteiligen Verfahren auf internationaler, europäischer, nationaler und regionaler Ebene auch die lokale Ebene aktiv einzubeziehen.

Dabei kann angeknüpft werden an das EAG-Bau 2004, das in § 1 Abs. 5 die Verantwortung für den allgemeinen Klimaschutz aufgenommen hat. Gleichwohl ist festzustellen, dass nunmehr eine deutliche Akzentverschiebung stattfinden soll. Klimagerechte Stadtentwicklung stand bisher nicht im Mittelpunkt. Inzwischen dürfte außer Streit sein, dass die Kompetenz des Bundes für die Neuakzentuierung besteht.

Aufgabe des Städtebaurechts ist die Umsetzung des europarechtlich geprägten Energiefachrechts zu ermöglichen und zu erleichtern. Es geht also um Flankierung des Energiefachrechts, vergleichbar der Ermöglichungsfunktion, die das Städtebaurecht seit dem BauROG und dem EAG Bau für den europarechtlich und bundesrechtlich vorgegebenen Umweltschutz wahrnimmt.

Es gab in den Diskussionen einen bunten Strauß von Vorschlägen. Diese sind eher zurückhaltend aufgenommen worden, soweit sie darauf zielten, für Neubauten zusätzliche städtebaurechtliche Vorgaben und Instrumente einzuführen. Zurückhaltung bestand auch insoweit, als klarstellende Regelungen zu der einen oder anderen Streitfrage eher nicht vorgeschlagen worden sind. Es ist nicht Aufgabe des Gesetzgebers, jede Auslegungsfrage zu klären, zumal man nie weiß, was anschließend die Rechtsprechung daraus macht.

Hervorzuheben ist, dass neben den Vorschlägen zum Klimaschutz im Bestand auch und gerade städtebauliche Verträge als Instrument einer partnerschaftlich geprägten klimagerechten Stadtentwicklungspolitik diskutiert worden sind.

Ein wichtiger Schwerpunkt der Beratungen zur klimagerechten Stadterneuerung bildete das besondere Städtebaurecht. Es geht um quartiersbezogene Maßnahmen getragen von einem partizipativen, integrativen und kooperativen Ansatz. Zu entwickelnde Entwicklungskonzepte können nach Vorbildern aus dem besonderen Städtebaurecht etwa „Soziale Stadt“ auch durch öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vereinbarungen mit Leben erfüllt werden. Bestehende Maßnahmetypen des besonde-

ren Städtebaurechts können zum Zwecke der klimagerechten Stadterneuerung fortentwickelt werden. Offen bleibt, ob dafür ein neuer eigener Typ hinzugefügt werden sollte. Klar war aber eine Absage an eine ausdrückliche Regelung von „Climate Improvement Districts“.

Beim Thema „Erneuerbare Energien und Städtebaurecht“ gab es eine Fülle von Einzelvorschlägen, sowohl zum Innen- wie auch zum Außenbereich, aber nicht völlig neue Konzepte. Gestützt auf das Energiekonzept der Bundesregierung sind insbesondere partielle Verbesserungsvorschläge zum „Repowering“ gemacht worden, etwa Teilflächennutzungsplan oder bessere Steuerung der Planung nach § 35 Abs. 3 S. 3. BauGB. Im Wesentlichen geht es um Beseitigung von Rechtsunsicherheiten.

Auf den Sonderfall der erneuerbaren Energien durch Biomasse komme ich noch zurück.

Stärkung der Innenentwicklung

Der Flächenverbrauch ist vielfach als die „offene Flanke“ der Bauleitplanung identifiziert worden. Die Nachhaltigkeitsstrategie einer früheren Bundesregierung hat dazu auch konkrete Zahlen genannt. Die Innenentwicklungsnovelle 2006 ist eine Antwort darauf. Einigkeit bestand bei den Berliner Gesprächen, dass sich diese Innenentwicklungsnovelle bewährt hat. Ich betone dies eingedenk der Kritik, die es zuvor gegeben hat. Ich erinnere mich an Vokabeln wie „Nacht und Nebel“-Aktion, „Rolle rückwärts“. Diese Vorwürfe sind nicht nur von Planern, zum Teil auch von Juristen zu hören gewesen.

Ein wichtiger Beratungsgegenstand zur Innenentwicklung war die Verfahrensbeschleunigung und Flexibilisierung von Arten-, Vogel- und Biotopschutz. Wahrscheinlich handelt es sich hierbei um den mutigsten Vorschlag. Statt zu „Gold-plating“ wird der Gesetzgeber aufgefordert, europarechtlich gegebene Spielräume zu nutzen. Ziel ist es, die unionsrechtlichen Vorgaben europarechtskonform auszugestalten, um die Bauleitplanung im Innenbereich zu entlasten. Die Reaktion der bayerischen Staatsregierung auf die kritische Überprüfung der Einheimischen Verträge durch die Europäische Kommission zeigt, dass es auch zum Rechtsgewinnungsprozess im europäischen Mehrebenensystem gehört, kritischen Anfragen offensiv und fundiert zu begegnen.

Ein weiterer Vorschlag mit europarechtlichem Bezug ist der, geplante durch Planung zu erhaltende zentrale Versorgungsbereiche im Flächennutzungsplan darzustellen. Dieser Vorschlag ist auch zu sehen vor dem Hintergrund der vor der Europäischen Kommission eingeleiteten Prüfung der Steuerung des Einzelhandels in Deutschland. Ich denke, das für die erste Hälfte des Jahres 2011 zu erwartende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Rastatt dürfte dazu einen wichtigen klärenden Beitrag leisten.

Die Baunutzungsverordnung war einen ganzen Tag Gegenstand der Beratungen. Einigkeit bestand, dass sie sich grundsätzlich bewährt hat. Die Kommission macht keine Vorschläge für eine völlige Neukonzeption. Einigkeit bestand aber darüber, dass mittelfristig nach Voruntersuchungen, die bald begonnen werden sollten, eine Neukonzeption nicht auszuschließen sei,

etwa nach dem Motto von der Charta von Athen zur Leipzig Charta, insbesondere unter Einschluss auch von Baukultur und Denkmalschutz.

Zunächst aber gibt es eine Reihe von Einzelvorschlägen,

- wie die klarstellende Regelung, dass Kindertagesstätten im reinen Wohngebiet zulässig sind,
- dass ein bundeseinheitlicher Vollgeschossbegriff festgelegt werden soll,
- dass nachträgliche Wärmedämmung auch mithilfe der Baunutzungsverordnung erleichtert wird, zugleich also auch ein Beitrag zur klimagerechten Stadtentwicklung im Bestand, und
- die Bitte zu prüfen, inwieweit § 14 Abs. 2 BauNVO im Hinblick auf Strom aus erneuerbaren Energien fortzuentwickeln ist.

Schlussbemerkungen

Zur Energiegewinnung aus Biomasse hält sich der Bericht zurück. Dafür gibt es einen einfachen Grund. Der Berichterstatter zu diesem Punkt hat auch schon an früheren Vorschlägen mitgewirkt, die aber letztlich im Parlament gescheitert sind. Im Bericht wird verwiesen auf die Arbeiten einer Bund-Länder-Kommission. Persönlich möchte ich jedoch hinzufügen, dass der Komplex „Erneuerbare Energien aus Biomasse“ hohes Konfliktpotenzial enthält. Ich persönlich gehöre zu den Autoren, die den § 35 BauGB als die wichtigste Vorschrift des Baugesetzbuchs zum Umweltschutz hochhalten.

Nicht weniger Konfliktpotenzial enthält das substanziell eng verbundene Thema der In-

tensivtierhaltung. Die Kommission sieht soweit in erster Linie ein Problem der Planungspraxis. Es besteht durchaus die Möglichkeit durch einfache Bebauungspläne ausgleichend und befriedend tätig zu werden. Möglich ist auch die Ausweisung von Sondergebieten für Intensivtierhaltung.

Ob die Intensivtierhaltung aus der Privilegierung des § 35 herausgenommen werden soll, hat hohes Konfliktpotenzial und bedarf einer politischen Entscheidung.

Politische Führung und politische Entscheidungen sind aber auch sonst unverzichtbar für eine klimagerechte Stadtentwicklungspolitik, insbesondere durch Stärkung der Innenentwicklung. Wir alle wissen, dass eine bloße Angebotsplanung in weiten Teilen unseres Landes nicht mehr genügt. In den Berliner Gesprächen spielten kooperative Formen sowohl im allgemeinen wie im besonderen Städtebaurecht durchweg eine wichtige Rolle.

Ich habe eingangs auf die vielen Novellierungen des Baugesetzbuches hingewiesen. Bei diesen Novellierungen hat sich gezeigt, dass es wie kaum einem anderen Rechtsgebiet dem Städtebaurecht gelungen ist, anschlussfähig zu sein an die europarechtlichen Vorgaben dank seiner Struktur, zieloffene, gegebenenfalls auch widerstreitende politische Entscheidungen zu ermöglichen.

In diesen Tagen werden vielfach neue Beteiligungs- und Vermittlungsverfahren eingefordert. Erlauben Sie mir die abschließende Bemerkung, dass die durch im Lissabonvertrag im Primärrecht der europäischen Union aufgewerteten Formen partizipativer und assoziativer Demokratie schon 1972 durch das Städtebauförderungsgesetz aus-

gebaut worden sind. Meines Erachtens geht es in Zukunft darum, dass rechte Verhältnis zu finden von repräsentativer Demokratie, meines Erachtens dem Kernstück kommunaler Selbstverwaltung, den in den letzten Jahren gestärkten Formen direkter Demokratie auf lokaler und auf Landesebene und den Formen partizipativer und assoziativer Demokratie.

Staatssekretär a. D. Gerhard von Loewenich

Vom Bundesbaugesetz zum Baugesetzbuch – ein Meilenstein in der Städtebaupolitik des Bundes

Sehr geehrter Herr Minister,
sehr geehrter Herr Kollege Bomba,
sehr geehrte und liebe Kolleginnen und Kollegen, vor allem aus meiner aktiven Dienstzeit, meine Damen und Herren,

50 Jahre Bundesbaugesetz und Baugesetzbuch – ein Meilenstein in der Städtebaupolitik der Bundesrepublik Deutschland – das ist mein Thema.

Ein Meilenstein – mir gefällt das Bild. Ein Meilenstein steht am Wegesrand, meist an einer unscheinbaren Stelle, nicht an einer Wegkreuzung oder an einem Aussichtspunkt, eben einfach nach einer metrischen Maßeinheit. Er ist nicht der Anfang und nicht das Ende des Weges aber er gibt dem Wanderer Anlass, zurück- und vorauszuschauen.

So ist es im übertragenen Sinn mit dem Anlass, deswegen wir heute hier zusammengekommen sind. Mir ist es zugefallen, zurückzublicken.

Warum gerade mir? Ich weiß es nicht. Vielleicht deshalb, weil ich sozusagen ein Teilzeitzeuge bin, weil ich in diesem zurückliegenden halben Jahrhundert über 11 Jahre lang als beamteter Staatssekretär Verantwortung im Bundesbauministerium getragen habe, 1982–1994. Wie dem auch sei: Ich danke für diese Ehre. Mir hat der Auftrag

Gelegenheit gegeben, selbst noch einmal zurückzublicken, mir zu vergegenwärtigen, wie alles war und gekommen ist. Lassen Sie mich die Wegstrecke von 50 Jahren mit Ihnen in Gedanken noch einmal durchschreiten.

Zunächst jedoch zum Ausgangspunkt: Dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes im Jahre 1960, vor 50 Jahren.

Erst von diesem Zeitpunkt an kann man ja überhaupt von einem deutschen, von einem im Gesamtstaat einheitlich geltenden Städtebaurecht sprechen. Der Weg bis dahin war in geschichtlicher Perspektive relativ kurz, aber steinig. Im deutschen Kaiserreich von 1871 gab es noch kein öffentliches Baurecht im eigentlichen Sinn. Die Materie gehörte von alters her zum Polizeirecht, war Sache der einzelnen Bundesstaaten. Die Erkenntnis, dass man mit dem Polizeirecht und mit dessen Verständnis den schnell wachsenden Problemen der modernen Zeit, dem Bevölkerungswachstum, der Zusammenballung der Menschen in den großen Städten, der zunehmenden Industrialisierung und der Wohnungsnot, nicht gerecht werden konnte, brach sich erst allmählich Bahn.

Einen ersten Schritt hin zu einer einheitlichen Regelung für das ganze Reichsgebiet brachte erst die Weimarer Reichsverfas-

sung von 1919. Nach ihrem Artikel 10 Nr. 4 konnte das Reich im Wege der Gesetzgebung „Grundsätze“ aufstellen, u. a. für das Bodenrecht. Die Bedeutung dieser Kompetenz war umstritten, Weimar machte von ihr im Ergebnis keinen Gebrauch. Der Entwurf eines Reichsstädtebaugesetzes aus dem Jahre 1931 wurde von den Ländern abgelehnt.

Die NS-Zeit brachte eine Reihe reichseinheitlicher Teil- und Spezialregelungen im Verordnungswege; der Referentenentwurf eines „Deutschen Baugesetzbuches“ wurde nicht mehr veröffentlicht.

Die Erfahrungen in und nach dem Zweiten Weltkrieg – die weitgehender Zerstörung deutscher Städte, der Zustrom von Millionen von Flüchtlingen und Heimatvertriebenen und die damit verbundene große Wohnungsnot – führten zu einem Umdenken. Zwar erließen die einzelnen Länder bald sogenannte Aufbaugesetze, aber die Notwendigkeit einer einheitlichen bundesrechtlichen Regelung war grundsätzlich nicht mehr umstritten. Der Deutsche Bundestag forderte in einer Entschließung vom 13. September 1951 die Bundesregierung auf, bis zum 31. Dezember dieses Jahres – also binnen eines guten Vierteljahres – den Entwurf eines Baugesetzes vorzulegen, das – ich zitiere – „Das Bau-, Boden-, Planungs-, Anlieger- und Umlegungsrecht im Zusammenhang und bundeseinheitlich regeln sollte“.

Das war so schnell offensichtlich nicht machbar. Zuerst musste die Verfassungsrechtslage geklärt werden. Wieweit reichten eigentlich die Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes im Baurecht? Klärung brachte erst das bekannte Rechtsgutachten

des Bundesverfassungsgerichts von 1954. Der Bund hat danach die Zuständigkeit zur Regelung des Rechts der städtebaulichen Planung, der Baulandumlegung, der Zusammenlegung von Grundstücken, des Bodenverkehrs, der Erschließung sowie der Bodenbewertung; das Baupolizeirecht im eigentlichen Sinne, heute Bauordnungsrecht genannt, fällt in die Zuständigkeit der Länder. Das Gutachten des Bundesverfassungsgerichts beflügelte die Arbeit des Bauministeriums am Entwurf eines Bundesbaugesetzes. Die Beratungen des Regierungsentwurfs im Deutschen Bundestag in der zweiten Legislaturperiode konnten aber bis zu deren Ende im Herbst 1957 nicht abgeschlossen werden. Das Gesetzgebungsverfahren war damit erledigt. Zu diesem Verfahren jedoch noch ein Detail und zwar mit einem Seitenblick auf den durch die Föderalismusreform jüngst geänderten Artikel 84 Abs. 1 Grundgesetz. Der Bundesrat hat damals den

Gesetzesentwurf in Erster Lesung mit großer Mehrheit abgelehnt und zwar wegen der Festlegung baurechtlicher Aufgaben als Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinden und wegen der Regelungen über die Zuständigkeit der Landesbehörden und über das Verwaltungsverfahren.

Die Bundesregierung brachte den Regierungsentwurf des Bundesbaugesetzes in überarbeiteter Fassung in der dritten/3. Legislaturperiode erneut ein. Nach 17 Monaten Beratungszeit wurde er schließlich mit den vom Ausschuss beschlossenen Änderungen am 20. Mai 1960 mit Mehrheit angenommen. Der Bundesrat stimmte dem Gesetz diesmal mit der knappen Mehrheit von 21:20 Stimmen zu. Am 29. Juni 1960

wurde es im Bundesgesetzblatt verkündet. Erstmals in der Deutschen Geschichte gab es damit ein einheitlich geltendes deutsches Städtebaurecht. 67 bis dahin geltende Reichs-, landes- und bundesrechtliche Regelungen gesetzlicher und untergesetzlicher Art wurden damit aufgehoben. Das Gesetz trägt die Unterschriften von Bundeskanzler Konrad Adenauer und des damaligen Bundeswohnungsbauministers Paul Lücke; der hatte sich um das Zustandekommen des Gesetzes große Verdienste erworben. Mit Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes stehen wir am Anfang des Weges durch 50 Jahre Städtebaupolitik des Bundes, an die wir uns heute erinnern. Der Weg dorthin war das Ziel meiner bisherigen Darlegungen.

Die Grundstruktur der Regelungen des Bundesbaugesetzes – Bauleitplanung und ihre Sicherung, Regelung der baulichen Nutzung, Bodenordnung, Enteignung, Erschließung, Verwaltungs- und gerichtliches Verfahren – haben sich bei allen inzwischen notwendig gewordenen Modifikationen in diesen 50 Jahren bewährt; sie sind auch heute noch geltendes Recht.

Bei der Wanderung durch die Wegstrecke dieser 50 Jahre möchte ich mit Ihnen an 4 Stationen kurzen Halt machen.

Der 1. Halt: Das Städtebauförderungsgesetz von 1971.

Die schwierige Geburt des Bundesbaugesetzes, die ich geschildert habe, war nur möglich gewesen, weil man neue städtebauliche Aufgaben und Herausforderungen ausklammerte, die sich gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens schon abzeichne-

ten. Das Bundesbaugesetz war erarbeitet worden, als die Wiederherstellung zerstörter Gebäude und der Wiederaufbau zerstörter Quartiere im Vordergrund standen. Das Gesetz hatte vor allem diese Aufgaben im Blickpunkt. Die Erneuerung der erhaltenen, überalterten Bausubstanz, der Bau neuer Stadtteile und Orte stellten sich erst nach und nach als weitere wichtige Aufgaben heraus. Dabei zeigte sich, dass es zur Bewältigung dieser Aufgaben nicht genügte, dass die öffentliche Hand, wie im Bundesbaugesetz vorgesehen, den planerischen Rahmen setzt und bei der Umsetzung auf die private Initiative vertraut. Deutlich wurde vielmehr, dass man für die Bewältigung zusätzliche Instrumente brauchte, um dem Sanierungs- oder Entwicklungsprozess in Gang zu setzen und dabei alle Betroffenen intensiv mitzunehmen. Das Städtebauförderungsgesetz schuf dafür die gebietsbezogenen Instrumente der Sanierungs- und der Entwicklungsmaßnahmen und übertrug deren Vorbereitung und Durchführung den Gemeinden; es schuf auch die rechtliche Grundlage für die Finanzhilfen des Bundes im Rahmen der Städtebauförderung.

Das Städtebauförderungsgesetz trat nach nahezu 10-jähriger Erarbeitung und Beratung im Jahre 1971 in Kraft. Es war zwar ein Sondergesetz neben dem Bundesbaugesetz, ordnete aber ausdrücklich die Geltung des Bundesbaugesetzes an, soweit das neue Gesetz keine abweichende Regelung enthielt.

Das Städtebauförderungsgesetz trägt die Unterschriften von Bundeskanzler Willy Brandt und dem damaligen Bundesbauminister Dr. Lauritz Lauritzen.

Mein 2. Haltepunkt auf der Wegstrecke ist das Baugesetzbuch.

Es trägt die Unterschrift von Bundeskanzler Helmut Kohl und dem damaligen Bundesbauminister Dr. Oscar Schneider und trat am 1. Juli 1987 in Kraft.

Die neue Bundesregierung hatte schon in der Regierungserklärung vom 04. Mai 1983 die Vorlage von „Leitlinien für ein einheitliches Städtebaurecht“ in der damaligen zehnten/10. Legislaturperiode angekündigt. Am 22. Februar 1984 beschloss sie darüber hinausgehend den Gesetzentwurf für ein neues Baugesetzbuch bereits 1985 vorzulegen. In öffentlichen Erklärungen wurde damit die Erwartung verbunden, es werde sich um ein Jahrhundertwerk handeln. Ich habe damals schon intern davor gewarnt, den Mund nicht zu voll zunehmen. In der Tat kann man heute in einem einschlägigen Lehrbuch lesen, dass das Baugesetzbuch

„Nach weitverbreiteter Auffassung im Schrifttum hinter den ursprünglichen Erwartungen, die an die Gesetzesreform gestellt waren, zurückblieb“.

Objektiv kann man – denke ich – zweierlei sagen:

- Einmal: Die Eingliederung der Regelungen des Städtebauförderungsgesetzes in das Baugesetzbuch war die gesetzgebungspolitisch grundlegend wichtige – und in der Folge bis heute durchgehaltene – Entscheidung, das Deutsche Städtebaurecht in einer Kodifikation zusammenzufassen.
- Darüber hinaus war das Baugesetzbuch in der Reihe der Novellierungen, die das Städtebaurecht des Bundes vor und

nach dem Inkrafttreten des Gesetzes erfahren hat, eine der größeren. Es setzte u. a. einen Akzent auf die Innenentwicklung, es ersetzte die Genehmigungspflicht der Bebauungspläne weitgehend durch ein Anzeigeverfahren; Fragen der Stadtökologie und des Umweltschutzes traten stärker in den Vordergrund; es war eben eine Anpassung an die in einem Vierteljahrhundert Bundesbaugesetz gewandelten und gemachten Erfahrungen.

Mein 3. Haltepunkt ist – wie könnte es anders sein – die Deutsche Wiedervereinigung vor 20 Jahren am 03. Oktober 1990.

Für das Städtebaurecht brachte sie die Ausdehnung des Geltungsbereichs des Baugesetzbuches auf das Gebiet der früheren DDR, auf die neuen Länder. Die Monate davor und danach waren für meine Mitarbeiter und mich im Bundesbauministerium arbeitsintensiv, aufregend, beglückend. Schon bald nach dem Inkrafttreten des Vertrags über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion mit der DDR trat am 01. Juli 1990 in der DDR die von meinen Mitarbeitern im Bundesbauministerium vorbereitete „Bauplanungs- und Zulassungsverordnung“ in Kraft, die praktisch schon das Recht des Baugesetzbuches auf die DDR übertrug, angereichert durch einige neue Elemente, wie den Vorhaben- und Erschließungsplan und Regelungen über den Städtebaulichen Vertrag.

Ich selbst bereitete in mehreren Verhandlungsrunden mit dem Staatssekretär des DDR-Bauministeriums die unseren Ressortbereich betreffenden Bestimmungen des Einigungsvertrages vor. Es waren zum Teil

komplizierte, aber keine eigentlich kontroversen Verhandlungen. Am Tage nach der Wiedervereinigung, dem 04. Oktober 1990, hatte ich in Vertretung von Frau Bundesministerin Hasselfeld in einer Betriebsversammlung im DDR-Bauministerium dessen gesamte Belegschaft in unseren Ressortbereich zu übernehmen. Es war eines der menschlich bewegendsten Erlebnisse meiner Laufbahn; die ängstlichen und zugleich erwartungsvollen Gesichter der Menschen stehen mir heute noch vor Augen. Noch ein glücklicher Aspekt, der zu dieser Station gehört: Nunmehr konnte auch das Instrument der Städtebauförderung in den neuen Ländern Anwendung finden. Wir alle wissen, dass und wie segensreich es gewirkt hat und wirkt.

Meinen 4. Haltepunkt möchte ich am Europarechtsanpassungsgesetz Bau – kurz: EAG Bau – aus dem Jahr 2004 festmachen.

Es trägt die Unterschriften von Bundeskanzler Gerhard Schröder und Bundesminister Stolpe.

Dabei bitte ich Sie diesen Halt nicht punktuell zu verstehen, sondern als ein herausragendes Ereignis in einer lang anhaltenden Entwicklung, die sich schon vor dem Inkrafttreten des EAG Bau abzeichnete und heute noch anhält. Und zwar einer zweifachen Entwicklung: Der zunehmenden Einwirkung materiell des Umwelt- und Naturschutzrechts und gesetzgebungspolitisch des EU-Rechts.

Sie kennen alle die Änderungen im Baugesetzbuch, die die Umsetzung von EU-Richtlinien im Baugesetzbuch hervorgerufen, die tiefen Spuren die das Umweltver-

träglichkeitsrecht und das Bundesnaturschutzrecht im Baugesetzbuch hinterlassen haben. Es bedurfte gesetzgeberisch großer Kraft und Anstrengung, Wege und Lösungen zu finden, um die neuen Anforderungen in das eingespielte Planaufstellungs- und Genehmigungsverfahren des Baugesetzbuches zu integrieren. Die Anwendung des Baugesetzbuchs draußen an der Verwaltungsfrent wurde freilich nicht einfacher. Aber es ist doch gelungen zu gewährleisten, dass sich die Praxis weiterhin an *einem* Gesetz, dem Baugesetzbuch, orientieren kann und nur *ein* Planaufstellungsverfahren durchführen muss.

Meine Damen und Herren, damit haben wir in schnellen Schritten die Wegstrecke durch 50 Jahre Städtebaupolitik des Bundes durchwandert und stehen heute am Meilenstein 50. Der Weg geht weiter, wie und wohin, darüber zu spekulieren ist nicht meine Aufgabe. Lassen Sie mich zum Schluss nur vier Elemente hervorheben, die die 50 Jahre Städtebaupolitik des Bundes durchziehen und die grundlegend wichtig und bedeutend waren und sind:

- Ich meine die große Bedeutung der guten und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit den Ländern und vor allem mit der kommunalen Seite bei der Gesetzesvorbereitung; ich nenne das Stichwort „Planspiele“.
- Ich meine den grundsätzlichen politischen Konsens aller politischen Kräfte bei allen Differenzen im Einzelnen. Die von mir erwähnten Namen der verantwortlichen Politiker sollten das verdeutlichen.
- Ich meine die große Bedeutung der Information und Beteiligung der be-

troffenen Öffentlichkeit bei der Vorbereitung und Durchführung der Verfahren.

- Und ich meine die überragende rechtliche Bedeutung des Prinzips der sorgfältigen Abwägung aller Belange untereinander und gegeneinander.

An diesen Grundstrukturen die sich bewährt haben, SOLLTEN – nein: MÜSSEN – wir auch in Zukunft festhalten.

Folkert Kiepe

Städtebaugesetzgebung für die kommunale Praxis – Rückhalt und Gestaltungsrahmen für eine zukunftsorientierte Entwicklung der Städte und Gemeinden

I.

Sehr geehrter Herr Bundesminister Dr. Ramsauer, sehr geehrter Herr Bundesminister a. D. Dr. Schneider, sehr geehrte Frau Ministerialdirektorin Scheibelhuber, sehr geehrte Damen und Herren!

Wenn wir heute über 50 Jahre Baugesetz und dessen zukunftsorientierte Weiterentwicklung reden, sollten wir kurz darüber nachdenken, was die Hauptgründe und Grundlagen für ein kodifiziertes Städtebaurecht waren und sind. Schließlich handelt es sich hierbei nicht um irgendein technisches Regelwerk, sondern um eine Rechtsmaterie an der Schnittstelle von kommunaler Selbstverwaltung einerseits und staatlicher Landesplanung und Raumordnung andererseits. Auf der Grundlage staatlichen Städtebaurechts wird durch kommunales Satzungsrecht, also durch Ortsgesetzgebung der jeweiligen Selbstverwaltungskörperschaft, nicht nur über die Ordnung und Entwicklung der Bodennutzung in unseren Städten und Gemeinden entschieden, sondern damit zugleich der Rechtsrahmen für öffentliche und private Investitionen gelegt. Man kann daher das Baugesetzbuch

durchaus – neben den Gemeindeverfassungen der Länder – als eines der Grundgesetze der kommunalen Selbstverwaltung bezeichnen. Auch wenn das kodifizierte Städtebaurecht erst 50 Jahre alt ist, so sind seine Grundelemente doch wesentlich älter. Sie sind unauflöslich mit der Idee und der Konzeption der „Europäischen Stadt“ verbunden. Diese hat sich zwar seit den Ursprüngen in griechischer und römischer Zeit, im Mittelalter zurzeit der Hanse und später bei der Herausbildung der Nationalstaaten immer wieder verändert. Gleichwohl kann man drei Charakteristika über alle Zeiten hinweg feststellen, die auch für das heutige Städtebaurecht Bedeutung haben:

1. Die europäische Stadt ist mit ihrem Nebeneinander von Wohnen, Arbeiten, Handel, Freizeit und Verkehr, von Arm und Reich, Alt und Jung, Eingesessenen und Fremden als kompakte, gemischte Stadt mit individuellem Stadtbild Ort der urbanen Lebensweise und durch Öffentlichkeit gekennzeichnet.
2. Die europäische Stadt ist nicht naturwüchsig entstanden, sondern Produkt bewusster Planung, und zwar als gemeinsam gestalteter Prozess von örtli-

cher Selbstverwaltung und betroffener Bürgerschaft.

3. Die europäische Stadt ist ein selbstverwaltetes Gemeinwesen, das für seine Bürgerinnen und Bürger die Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge und die dazu erforderliche technische, soziale und kulturelle Infrastruktur schafft bzw. organisiert und sich hierzu auch wirtschaftlich betätigt.

II.

Durch die Siedlungsentwicklung der letzten Jahrzehnte wurde das Leitbild der kompakten Stadt mit Nutzungsmischung und kurzen Wegen immer mehr in Frage gestellt. In der Nachkriegszeit stand der Wiederaufbau der zerstörten Städte im Vordergrund, wobei man sich meist an der Charta von Athen aus dem Jahre 1933 mit der darin propagierten Gliederung in die vier Funktionen Wohnen, Arbeiten, Erholung und Bildung sowie Verkehr – also dem Trennungsprinzip – orientierte. Weder die Aufbaugesetze der Jahre 1948/49 noch die erste umfassende Kodifizierung des Städtebaurechts in Deutschland durch das Bundesbaugesetz von 1960 hat diese Planungspraxis aufgehalten. Erst Ende der 60er Jahre wuchs die Kritik am Trennungskonzept, das sich auch noch im Städtebauförderungsgesetz 1971 und der damit ermöglichten umfassenden Flächensanierung widerspiegelte.

Mit der grundlegenden Novelle des Bundesbaugesetzes von 1977 wurden dann die Schwächen der Charta von Athen korrigiert, weil die räumliche und soziale Segregation sowie der mit dem Strukturwandel der Wirtschaft einhergehende Verlust der

Standortbindungen von Betrieben, Beschäftigten und Bewohnern die Zentren der Städte bedrohte. Es wurde erkannt, dass die Vorteile einer Funktionsmischung, also die Zusammenführung von Wohnen, Arbeiten, Handel, Bildung, Freizeit und Nahverkehr auch angesichts der demografischen Veränderungen nicht nur soziale und ökologische, sondern auch ökonomische Vorteile bietet. Ein wachsender Anteil Älterer will die breiten Infrastrukturangebote in den Städten – von Bildung und Kultur über Sozial- und Gesundheitsdienste, dem Handel bis zum ÖPNV – wieder verstärkt nutzen und strebt deshalb aus dem Umland in die städtischen Zentren – nicht nur von Großstädten, sondern auch von Klein- und Mittelstädten. Hierauf müssen sich die Städte mit Angeboten für neue Wohnformen, mit einer energetischen Erneuerung der Gebäude und generell mit einem systematischen Umbau ihrer öffentlichen Infrastruktur, ihrer sozialen und kulturellen Angebote, und einer stärkeren Einbindung privater Initiativen reagieren, auch um ihre soziale und ethnische Integrationsfähigkeit zu erhalten.

III.

Welche Forderungen ergeben sich hieraus an die Städtebaugesetzgebung?

1. *Innenentwicklung stärken*

Das im Jahr 2007 neu ins Baugesetzbuch eingeführte Instrumentarium zur Erleichterung von Planungsvorhaben der Innenentwicklung hat sich nach unseren bisherigen Erfahrungen in den Städten bewährt; das beschleunigte Verfahren wird insbesondere

für die Wiedernutzung von Brachflächen und die Nachverdichtung genutzt.

Wenn man die Innenentwicklung konsequent vorantreiben will muss man allerdings auch die Bezüge zum Fachplanungsrecht, insbesondere im Verkehrsbereich und zur Bodenpolitik in den Blick nehmen. Mit der Bauleitplanung allein kann dieses Ziel nicht erreicht werden, wenn andere Regelungen in die entgegengesetzte Richtung wirken. Eine angebotsorientierte Straßenplanung gehört deshalb ebenso auf den Prüfstand, wie die sogenannte Pendlerpauuschale, die als Zersiedlungsprämie wirkt. In der Bodenpolitik bietet sich ganz aktuell die Chance, die anstehende Reform der Grundsteuer zu nutzen, um erschlossene, aber bisher nicht oder minderbebaute Wohn- und Gewerbeflächen so zu besteuern, dass ein Anreiz entsteht, sie zu bebauen, anstatt neue Flächen in Anspruch zu nehmen. Damit wird nicht nur das städtebauliche Ziel „Innen- statt Außenentwicklung“, sondern auch das ökologische Flächensparziel ernst genommen.

2. Klimaschützenden und energetischen Stadtumbau quartiersbezogen vorantreiben

Klimaschützende und energetische Sanierungsmaßnahmen stehen in einem engen Zusammenhang mit anderen klima- und energierelevanten gebietsbezogenen Planungen und Entwicklungen; dies gilt insbesondere für Lärm- und Schadstoffemissionen im Verkehrs- und Gewerbesektor. Wegen der bestehenden Wechselwirkungen ist es deshalb sinnvoll, sie jeweils gebietsbezogen zu erfassen und planerisch zu bearbeiten und dazu das besondere Städtebaurecht

um einen Maßnahmentyp zur klimagerechten Stadterneuerung zu ergänzen.

3. Integrierte Stadtentwicklung durch Stärkung des Flächennutzungsplans stützen

Gerade vor dem Hintergrund der oben beschriebenen gesellschaftlichen Entwicklungen und der in den letzten Baurechtsnovellen hierauf reagierenden neuen Regelungen kommt es darauf an, nicht nur auf der Quartiersebene, sondern auch auf der Ebene der Gemeinde als Ganzes das Instrument zur Steuerung der gesamtstädtischen Planung zu stärken. Der in einer Reihe von Aufgabenfeldern bereits verankerte gesamtstädtische Planungsansatz sollte stärker als bisher mit dem Flächennutzungsplan als Koordinierungsinstrument verzahnt werden; die einfache „Berichtigungsmöglichkeit“ des § 13a Absatz 2 Nummer 2 BauGB sollte eine Ausnahme bleiben. Städtebauliche Gesamtkonzepte gibt es bisher für den Stadtumbau (§ 171b BauGB), für Maßnahmen der Sozialen Stadt (§ 171e Absatz 4 und 5 BauGB) und für die Steuerung des Einzelhandels (§ 9 Absatz 2a BauGB); für die städtebauliche Umsetzung von Klimaschutz- und energetischen Stadtumbauaufgaben sowie für den ÖPNV (Stichwort "Nahverkehrsplan") sollten ebenfalls gesamtgemeindliche Planungen angestrebt werden.

4. Interkommunale Abstimmung und Zusammenarbeit verbessern

Insbesondere in der Verkehrsplanung, im Umweltschutz und bei der Ansiedlung von großflächigem Einzelhandel ist eine bessere interkommunale Abstimmung notwendig. Außerdem werden kleine Gemeinden in

Regionen mit deutlich sinkenden Einwohnerzahlen kaum noch in der Lage sein, den gewohnten Standard kommunaler Daseinsvorsorge und die dazu erforderliche öffentliche Infrastruktur allein zu organisieren und zu finanzieren. Deshalb müssen Städte und Gemeinden zukünftig mehr und stärker als bisher interkommunal kooperieren, entweder in Städtereionen oder in Netzwerken.

5. *Bürgerbeteiligung erhalten und ausweiten*

Die im Baugesetzbuch verankerte frühzeitige und umfassende Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger an der gemeindlichen Bauleitplanung hat sich bewährt, und zwar sowohl auf der Ebene der Stadtquartiere, als auch der Gesamtstadt. Gerade bei immer komplexer werdenden Sachverhalten und Planungsverfahren kommt es darauf an, Anregungen, Kritik und alternative Vorschläge frühzeitig in die Arbeit der Verwaltung und die Beratungen der kommunalen Entscheidungsgremien aufzunehmen – dies gilt auch und gerade für die Fachplanungen; nur so kann es gelingen, sowohl eine möglichst hohe Qualität des Planwerks, als auch eine möglichst breite Zustimmung der Betroffenen zu erreichen.

6. *Rechtskontinuität wahren*

Die hier vorgetragenen Forderungen gehen über die vor uns stehende Novellierung des BauGB hinaus und richten sich nicht nur an das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, sondern auch an andere Bundesministerien und die Länder. Hinsichtlich der aktuellen Novellierung des Baugesetzbuchs beschränken wir uns in unseren Erwartungen – das sei nochmals be-

tont – auf die notwendigen Anpassungen des erst zum 01.01.2007 geänderten Städtebaurechts. Dabei sollte sich die Bundesregierung an den Anforderungen der Planungspraxis orientieren und deshalb bewährte Verfahrensabläufe nicht verändern sowie materiell-rechtlich die Novellierung auf das tatsächlich Erforderliche beschränken.

7. *Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände am Gesetzgebungsverfahren verstärken*

Ich begrüße an dieser Stelle noch einmal deutlich die vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vorgesehene frühzeitige Mitwirkung der kommunalen Spitzenverbände an den sogenannten „Berliner Gesprächen zum Städtebaurecht“ zur Vorbereitung eines Referentenentwurfs. Dieses Lob verbinde ich mit dem Wunsch, die geplanten Neuregelungen vor dem endgültigen Gesetzesbeschluss in der bereits bewährten Weise durch ein Planspiel praktisch zu erproben.

Mit dieser Kombination von frühzeitiger Einbindung der kommunalen Spitzenverbände in die Vorüberlegungen zu notwendigen Neuregelungen im Baurecht vor Erarbeitung eines Referentenentwurfs und einer anschließenden Gesetzesfolgenabschätzung im Rahmen eines Planspiel mit Städten und Gemeinden sowie einer erst darauf folgenden Einbringung eines Gesetzesentwurfs ins parlamentarische Verfahren mit Anhörung der betroffenen Verbände praktizieren Sie, sehr geehrter Herr Bundesminister Dr. Ramsauer, sehr geehrte Frau Scheibelhuber, eine Form der Gesetzgebungstechnik, die nicht nur transparent

und effektiv ist, sondern auch der besonderen Rolle der Städte und Gemeinden als Träger der kommunalen Selbstverwaltung in unserem föderalen Staatsaufbau gerecht wird. Sie sollte deshalb ab sofort als Modell für *alle* kommunalrelevanten Gesetzesvorhaben von *allen* Bundesministerien übernommen werden. Nur so sichern wir auf Dauer funktionsfähige und von den Bürgerinnen und Bürgern getragene starke Städte und Gemeinden – das machen die aktuellen Debatten über die Planung von Großvorhaben wie auch die zur Gemeindefinanzreform deutlich.

Norbert Portz

Städtebaugesetzgebung für die kommunale Praxis – Rückhalt und Gestaltungsrahmen für eine zukunftsorientierte Entwicklung der Städte und Gemeinden

Sehr geehrter Herr Minister Dr. Ramsauer, sehr geehrte Abgeordnete aus dem Bundestag und den Landesparlamenten, werte Festversammlung,

wir feiern heute fünfzig Jahre Bundesbaugesetz und Baugesetzbuch. Dies bedeutet zugleich ein halbes Jahrhundert einer bundeseinheitlich verankerten kommunalen Planungshoheit. Städte und Gemeinden als Brennpunkte des gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens sind damit die entscheidenden Akteure für die Stadtentwicklung.

In Abgrenzung zum Nationalsozialismus wurde damit in der Bundesrepublik Deutschland nach 1945 großer Wert auf die Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung gelegt. Kommunale Selbstverantwortung und Planungshoheit, die auf die Reformen des Freiherrn vom Stein zurückgehen, waren in Westdeutschland eine der wesentlichen Garanten für den Wiederaufbau und die wirtschaftliche Erfolgsgeschichte nach dem Krieg. Demgegenüber waren die Kommunen in der DDR Bestandteil des zentralen Staatsapparates. Dessen Unbeweglichkeit und Misswirtschaft war ein wesentlicher Grund für den Verfall der

Städte und Gemeinden und schließlich für die friedliche Revolution der Bürger in der DDR. Transparente bei der Leipziger Montagsdemonstration mit der Aufschrift „Wo Städte verkommen, verkommen Menschen“ machten dies eindringlich deutlich.

Nicht zuletzt dieses Beispiel zeigt die große Bedeutung starker Städte und Gemeinden für unser gesamtes Gemeinwesen. Die Entscheidung des Bundesgesetzgebers im Jahre 1960, den Kommunen die Verantwortung für die Bauleitplanung und damit für die soziale, wirtschaftliche und ökologische Stadtentwicklung zu geben, war daher weise und richtig. § 2 Abs. 1 BauGB drückt dies klar aus:

„Die Bauleitpläne sind von der Gemeinde in eigener Verantwortung aufzustellen.“

Diese Zuweisung des Bundesgesetzgebers nicht nur für die Bebauungspläne, sondern auch für die Flächennutzungspläne an die Gemeinden war längst keine Selbstverständlichkeit. Denn die Zuständigkeitszuweisung für den Vollzug von Bundesgesetzen unterliegt grundsätzlich der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Dennoch ist die bundesrechtliche Zuordnung der Bau-

leitplanung an die Gemeinden rechts. Denn das Grundgesetz schützt in Art. 28 Abs. 2 die lokale Selbstverwaltung. So hat bereits das Bundesverfassungsgericht in seinem berühmten Gutachten aus dem Jahre 1954 (BVerfG 3, 407) betont, dass die Bauleitplanung eine von der Gemeinde als bürgernächste Ebene zu erfüllende Planung ist.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, nicht erst seit Stuttgart 21, bei dem allerdings die Bahn maßgeblicher und sicherlich kein immer guter Projektsteuerer ist, wissen wir: Stadt- und Bauleitplanung sind keine kommunalen Alleinveranstaltungen. Dies spiegelt der Wandel vom hoheitlich-ordnenden zum kooperativen Städtebaurecht und zu einer den Bürger „aktivierenden Gemeinde“ wieder. Auch wenn der Bürger für Politik und Verwaltung nicht immer bequem ist und nicht immer Allgemeininteressen vor Eigeninteressen stellt, gilt:

Eine zukunftsgerechte Stadtentwicklung, die ihre Potenziale und Chancen ausschöpft, kann nicht von Politik und Verwaltung allein geschultert werden. Sie bedarf externer Ideen und Fachkunde und damit privater Akteure sowie des Bürgers. Der mündige Bürger hat dabei gegenüber der Gemeinde nicht nur eine Hol-, sondern auch eine Bringschuld: Die gemeinsame Suche nach der besten Lösung. Diese bedarf eines flexiblen Zusammenspiels der vom BauGB schon ganz frühzeitig zur Verfügung gestellter formeller sowie auch informeller und den Bürger aktivierender Beteiligungsverfahren. Gerade Städte und Gemeinden sind in Zeiten von niedriger Wahlbeteiligung und Politikverdrossenheit die Ebene, in der Bürger am ehesten Demokratie ge-

stalten können. Klarheit und Ehrlichkeit nicht nur bei den Projektkosten sowie permanente Offenheit und Transparenz müssen dabei gemeinsame Leitlinien für alle Parteien sein.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, die Bauleitpläne sind nach dem BauGB von den Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen. Auch sind die öffentlichen und privaten Belange von der Gemeinde gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Die Krux ist aber, dass die vielen von den Gemeinden zu beachtenden Vorgaben sowohl Planungshoheit als auch Abwägungsmöglichkeiten immer mehr begrenzen. Das Anpassungsgebot der Bauleitpläne an die Raumordnung sowie die staatliche Fachplanung sind hier nur die ersten Stichworte.

Planungshoheit und Abwägung sind darüber hinaus immer mehr durch Regelungen außerhalb des eigentlichen Baurechts eingegrenzt. Zu nennen sind nur die vielen und teilweise über das EU-Recht hinaus gehenden Umweltrechtsvorgaben, die für die Kommunen nicht selten mit der Beauftragung kostenintensiver Gutachten verbunden sind: Ich nenne nur die Beispiele FFH, Natur- und Artenschutz, Immissionsschutz oder auch Energieeinsparung. Gerade das sog. Baunebenrecht steht aber nicht zu Unrecht in dem Ruf, überreguliert zu sein. Auch jede Novelle des engeren Städtebaurechts sollte daher von dem Ziel getragen sein, der Anforderung eines schlanken Gesetzes zu genügen.

Hierzu nur ein quantitativer Vergleich: § 35 BBauG über den Schutz des Außenbereichs hatte 1960 ganze 174 Wörter. Der heutige § 35 BauGB misst – bei wahrscheinlich we-

niger Schutz des Außenbereichs (siehe: Windkraft, Biomasseanlagen etc.) – mit 1235 Wörtern mehr als den 7-fachen Umfang. Auch § 34 BauGB über das Einfügen von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich, nach dessen Vorgaben sich immerhin ca. 50% der Fälle im gemeindlichen Innenbereich beurteilen, hat textlich von nur 62 Wörtern im Jahre 1960 und einem Absatz auf heute 532 Wörter und 6 Absätze eine nahezu 9-fache Ausweitung erfahren. Sicher lässt sich für jede der aufgesattelten Neuregelungen ein Grund finden. Dennoch sei zur Erweiterung unseres Horizonts ein Blick nach Schweden erlaubt. Dort ist im unbeplanten Innenbereich ein Vorhaben zulässig, wenn es sich

„in Übereinstimmung mit dem Flächennutzungsplan befindet“.

Bei allem Schmunzeln über diesen weiten schwedischen Rahmen sollten wir uns bei allen Novellierungen eines Bonmots des früheren Stuttgarter Oberbürgermeisters Manfred Rommel erinnern, der einmal sagte:

„Wir Deutschen sehen Freiräume nicht als Chance, sondern als Gesetzeslücke.“

Dieser Drang, Freiräume zu regeln, hemmt aber eine starke kommunale Selbstverwaltung. Für die jetzt anstehende und nicht EU-rechtlich bedingte Städtebaurechtsnovelle muss daher der Satz des französischen Philosophen und Staatstheoretikers Baron de Montesquieu gelten:

„Ist es nicht nötig, eine Regelung zu erlassen, ist es notwendig, keine Regelung zu erlassen.“

Die in den bisherigen Berliner Gesprächen erzielten Zwischenergebnisse zur Novellie-

rung des Städtebaurechts machen insoweit Mut. Sie entsprechen der Forderung der kommunalen Spitzenverbände „Weniger ist mehr“.

Diese Berücksichtigung „kommunaler Forderungen“ schon im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens entspringt einer in dieser Form einmaligen Tradition zwischen dem Städtebauministerium und den kommunalen Spitzenverbänden. Diese Tradition führte sogar im Jahre 1983 zu gemeinsam vom DStGB mit Vertretern des früheren BMBau, dem damaligen Ministerialrat Dr. Krautzberger und Regierungsdirektor Dr. Söfker, in einer Arbeitsgruppe entwickelten „Vorschlägen des DStGB zur Vereinfachung und Fortentwicklung des Städtebaurechts“. Wesentliche Vorschläge hieraus, wie der Wegfall der Zustimmungserfordernisse der höheren Verwaltungsbehörde bei der Zulassung von Vorhaben, fanden später Eingang im BauGB 1987. Die sehr gute Kooperation zwischen BMVBS und kommunalen Spitzenverbänden hat sich mit den aktuell für das Städtebaurecht Verantwortung tragenden Personen, Frau Ministerialdirektorin Scheibelhuber, Herrn Ministerialdirigenten Horn und Herrn Ministerialrat Dr. Schliepkorte, fortgesetzt. Sie zeichnet sich durch 3 Punkte aus:

1. Einbindung kommunaler Spitzenverbände und Praktiker bereits im Vorfeld eines Referentenentwurfs in Expertenkommissionen („Berliner Gespräche“),
2. Erprobung des Gesetzentwurfs auf durch ein Planspiel mit ausgewählten Kommunen,
3. Offizielle Anhörung der kommunalen Spitzenverbände im zuständigen Bundestagsausschuss.

Folge dieser umfassenden Einbindung der Kommunen ist, dass diese das eigentliche Städtebaurecht als Rückhalt und Gestaltungsrahmen für eine zukunftsfähige Entwicklung nutzen. Das Städtebaurecht wird als Instrumentenkasten angesehen, aus dem sich die Gemeinden das erforderliche Werkzeug holen. Das Städtebaurecht wird daher täglich von den Kommunen gelebt und gestaltet und nicht nur – wie manch anderes Recht – nur duldend vollzogen. Die Gestaltung erfolgt nicht nur von den Großstädten, sondern auch von der viel größeren Zahl kleinerer Kommunen unter 20.000 oder sogar unter 5.000 Einwohnern (Durchschnittsgröße der Gemeinden Rheinland-Pfalz: 1700 Einwohner). Für das Städtebaurecht gilt daher der Satz des englischen Staatstheoretikers Thomas Hobbes aus dem 17. Jahrhundert:

„Autoritas, non veritas facit legem.“ (Autorität und Durchsetzung, nicht nur Wahrheit macht ein gutes Gesetz aus.)

Insbesondere 3 Gründe sind für die Vitalität des Städtebaurechts verantwortlich:

- Erstens die seit fünfzig Jahren bestehende Kontinuität als Erfolgsgarant an sich. Diese Kontinuität betrifft Grundsätze, Inhalt und Verfahren der Bauleitplanung, aber auch – trotz aller Ausweitung – die Zulässigkeit von Vorhaben im Innen- sowie Außenbereich.
- Zweitens hat das Städtebaurecht im Sinne eines aktiven Rechts stets auf neue Herausforderungen reagiert. Dabei war es nicht selten für andere Rechtsgebiete wie bei der „Bürgerbeteiligung und den kooperativen Modellen“ innovativer Vorreiter. Weitere durch das Städtebau-

recht aufgegriffene Herausforderungen waren die „Bereitstellung von Wohnraum, Städtebauförderung, Heilung von Vorschriften, Umweltprüfungen, Stadtbau, Soziale Stadt oder private Initiativen zur Stadtentwicklung“. Mit der Wiedervereinigung 1990 bestand das Städtebaurecht – wenn zunächst mit Sondernormen – auch in den neuen Ländern ohne große Schwierigkeiten die Feuerprobe.

- Drittens haben Richtungsentscheidungen der höchsten Gerichte, also des Bundesverfassungsgericht (Rastede, Püttlingen) und des Bundesverwaltungsgerichts, kommunale Spielräume immer wieder gestärkt.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, Zukunftsthemen im Bereich der Stadtentwicklung, die zwar nicht allein durch den Gesetzgeber gelöst werden, durch diesen aber eine hilfreiche rechtliche Flankierung erfahren können, sind: Klimaschutz, demografischer Wandel, soziale Herausforderungen, aber auch die Stärkung der Innenentwicklung oder die Massentierhaltung.

Für die Zukunft sollten im Interesse der Kommunen und angesichts von Finanznot und Personalausdünnung verstärkt Montesquieu oder auch die Schweden den Geist des Handelns vorgeben. Häufig sind nämlich bei aller Komplexität des Lebens schlankere Gesetze die besseren Gesetze. Wenn wir dies für die Zukunft noch stärker beachten, bin ich mir sicher, dass der folgende Satz des eisernen Reichskanzlers Otto von Bismarck für das Städtebaurecht jedenfalls niemals zutrifft:

„Je weniger die Leute davon wissen, wie Würste und Gesetze gemacht werden, desto besser schlafen sie“.

In diesem Sinne wünsche ich uns allen ein auch weiterhin gutes Städtebaurecht sowie starke Städte und Gemeinden.

Prof. Dr. Michael Krautzberger

Gesellschaftspolitischer Wandel und Städtebaugesetzgebung

Im Städtebau spiegeln sich die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen wider und auch viel von ihrem Wertverständnis zur baulichen und kulturellen Umwelt. Und das prägt das rechtliche Rahmenwerk ebenso. Ein Anfang oder ein „Stillstand“ wird deshalb bei der Gesetzgebung nicht zu erwarten sein. Die Vernetzungen in die allgemeinen gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Veränderungen strahlen auf den Städtebau zurück. Im Städtebau von heute kann man ablesen, welche Erwartungen in der Vergangenheit bestanden und – so sagte es der frühere Bundesbauminister Prof. Töpfer – an ihm kann man die ökonomische Situation der Vergangenheit wider. Das kann nicht anders sein, denn der Städtebau und das ihn begleitende Städtebaurecht verfolgen sehr viel weniger „eigene Interessen“ als andere Planungs- und Ressortbereiche, sind doch die Ziele einer nachhaltigen und geordneten Entwicklung keine sozusagen individualisierbaren „Fachinteressen“¹. Das bedeutet, dass der Städtebau als Fach- und Rechtsbereich das umzusetzen hat, was an Anforderungen an die bauliche Entwicklung aktuell formuliert wird. Hierfür Lösungen zu finden, Ausgleich zu finden, in gerechter Abwägung der divergierenden Interessen und Ansprüche an den Raum –

das kennzeichnet die Aufgaben des Städtebaus.

Im Folgenden soll die Rechtsentwicklung des Städtebaurechts mit den jeweils prägenden Anlässen dargestellt und eine Querschau zu den prägenden gesellschaftspolitischen Beweggründen unternommen werden.

Das Bundesbaugesetz von 1960

Das Städtebaurecht des Bundes – Eine späte Regelung

Das Städtebaurecht ist so alt wie die Städte und Gemeinden². Die Regelungen wuchsen seit dem Spätmittelalter über Jahrhunderte von städtischen Regelungen über Landesgesetze hin zu einer Bundesregelung: Und das Bundesbaugesetz (BBauG) – seit 1987: Baugesetzbuch (BauGB) – regelte im deutschen Rechtsraum erstmals umfassend das Bau- und Planungsrecht („Städtebaurecht“). Vor Gründung der Bundesrepublik Deutschland waren die Materien – von wenigen Ausnahmen abgesehen – im Landesrecht geregelt. Vor allem im 19. Jahrhundert entfaltete sich eine intensive Gesetzgebung zum öffentlichen Baurecht, wobei die Ur-

¹ Das macht den Städtebau auch politisch nicht so griffig wie sozial-, wirtschafts- oder umweltpolitische Anliegen.

² Dass es „Städtebaurecht“ heißt und man von „städtebaulichen“ Aufgaben, Planungen und Maßnahmen spricht, ist zwar falsch, gilt das recht ja auch für Gemeinden. Aber einen „besseren“ fachlichen Begriff hat man nie gefunden oder eben als zu sperrig gefunden („Gemeinentwicklungsrecht“ u.a.).

sprünge städtebaulicher Regelungen - wie erwähnt - bis ins Mittelalter zurückgehen.

Die mittelalterlichen Regelungen zum Städtebau und Bauen waren überwiegend lokaler Art: Eindrucksvoll ist aus heutiger Sicht die große Bedeutung der gestalterischen Regelungen; nichts anderes galt für das Baurecht, dass die Entstehung der wunderbaren Städte in der Toskana und anderen Landschaften Italiens begleitete. Und daneben waren es der Brandschutz, der wichtig war, weniger die Hygiene, sehr viel mehr aber das Bauen „innerhalb“ der Mauern. Die großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts waren keine städtischen Regelungen, sondern solche der Länder/der Staaten.

Das Grundgesetz enthielt in Art. 74 eine Ermächtigung für eine bundeseinheitliche Regelung: Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Städtebaurecht und damit für das Baugesetzbuch ergibt sich aus Art. 74 Nr. 18 GG. Danach hat der Bund nach Maßgabe des Art. 72 GG („konkurrierende Gesetzgebung“) das Gesetzgebungsrecht für das Bodenrecht. Was darunter im einzelnen zu verstehen ist, war nicht von vorneherein klar; vor allem die Differenzierung zwischen den im älteren Länderrecht vernetzten Regelungen von dem was wir heute unter Bauplanungs- und Bauordnungsrecht verstehen, bereitete Schwierigkeiten.

Man wollte sich also in der neuer Verfassung mit jedenfalls einigen ungewohnten Aufgabenteilungen zwischen Bundesstaat und den Ländern „sortieren“. Aus nachträglicher Sicht stellen sich einige der Bewertungen heute anders dar: Dass etwa das Bauordnungsrecht als „Baupolizeirecht“ bewertet und daher den Ländern zugewie-

sen wurde, während es heute in ganz besonderem Maße auch EU-Recht umsetzt, war damals nicht abzusehen

Das Gesetzgebungsverfahren

Die Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes im Bereich des Bodenrechts wurden daher erst durch *ein Rechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts* (§ 97 BVerfGG; diese Bestimmung ist inzwischen aufgehoben) geklärt³ Unter Bodenrecht sind danach die nichtprivatrechtlichen Rechtsnormen zu verstehen, die die rechtlichen Beziehungen des Menschen zu Grund und Boden regeln. Im Einzelnen ergeben sich hieraus Gesetzgebungszuständigkeiten für folgende Bereiche: Recht der städtebaulichen Planung, Recht der Grundstücksumlegung und -zusammenlegung, Recht der Bodenbewertung, Erschließungsrecht⁴ und Bodenverkehrsrecht⁵. Zum Bodenrecht rechnet nach dem BVerfG dagegen nicht das *Bauordnungsrecht* einschließlich des Baugestaltungsrechts sowie das *überörtliche (regionale) Planungsrecht*.

Die *Vorarbeiten am Bundesbaugesetz* begannen bald nach Entstehung der Bundesre-

³ BVerfGE 3, 407 ff..

⁴ Durch das Gesetz zur Änderung des GG vom 27. 10. 1994 (BGBl. I S. 3146) wurde in Art. 74 Nr. 18 GG das Erschließungsbeitragsrecht aus der Gesetzgebungskompetenz des Bundes genommen und damit der Landesgesetzgebung überlassen; zur Überleitung vgl. Art. 125 a GG.

⁵ Vgl. auch die Ermächtigung für das Recht des „Grundstücksverkehrs“ nach Art. 74 Nr. 18 GG

publik Deutschland⁶. Der Bundestag hat sich seit 1950 wiederholt mit Initiativanträgen für ein Bundesbaugesetz befasst⁷. Das Bundesbaugesetz wurde vom Bundestag am 20. 5. 1960 beschlossen. Nach seiner Ausfertigung am 23. 6. 1960 ist das Bundesbaugesetz am 29. 6. 1960⁸ verkündet worden⁹.

Der Ansatz des Bundesbaugesetzes 1960

Das BBauG 1960 nahm Weichenstellungen vor, die bis heute gelten: das Prinzip der Bauleitplanung nach Inhalt und Verfahren, die Unterscheidungen zwischen den Gebieten mit (qualifizierten) Bebauungsplänen, der Innbereich und dem Außenbereich, die Regelungen über die Bodenordnung, die Enteignung und die Erschließung. Sieht man das Bundesbaugesetz heute durch, so fällt die Kontinuität ins Auge: Das unterstreicht nur, dass das Städtebaurecht des Bundes die über viele Jahre gewachsenen Materien aufgegriffen hat und daher mehr Kontinuität enthielt als es bei einer erstmaligen Kodifizierung zu erwarten ist.

Das Gesetz setzte aber wichtige neue Akzente, etwa bei der Ausgestaltung der Erschließung, die eine zügige Bebauung der er-

schlossenen Grundstücke unterstützte. Eine Regelung, die ihres gleichen später nie mehr fand, war mit der sog. „Baulandsteuer C“: Baureife Grundstücke wurden mit einer progressiven Grundsteuer belegt. Es war im Grunde die am weitesten reichende Bodenreform – dem damaligen Koalitionspartner (FDP) ging sie damals zu weit, der damaligen Opposition (SPD) ging sie nicht weit genug. Kaum begann sie zu wirken (1961/1962) wurde sie unter Hinweis auf eine überschäumende Baukonjunktur abgeschafft¹⁰. Das BBauG 1960 ist politisch von dem damaligen Minister *Paul Lücke*, fachlich ganz maßgeblich von seinem Staatssekretär *Werner Ernst* verantwortet worden.

Weiter fällt auf, dass bei späteren Gesetzgebungen die Grundstruktur des BBauG beibehalten wurde: § 35 BauGB regelte schon 1960 das Bauen im Außenbereich. Bis § 135 BBauG blieb diese Struktur erhalten; erst mit dem BauGB 1987 fügten sich danach (§§ 136 ff.) die Bestimmungen des Besonderen Städtebaurechts (vor allem des früheren Städtebauförderungsgesetzes (StBauFG)) ein.

Die Novellen seit 1976

Städtebauförderungsgesetz (StBauFG) 1971

Bereits bei der Erarbeitung des BBauG von 1960 war erkannt worden, dass der Städtebau bei der Sanierung überalteter Baugebiete, bei der Entwicklung in den Randzonen der Verdichtungsgebiete und beim Bau neuer Orte vor Aufgaben stand, deren Lösung eines über das BBauG hinausgehen-

⁶ Zur Entwicklung der Baugesetzgebung in Deutschland bis 1945 vgl. z. B. Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, Göttingen 1972, S. 19–61; Krautzberger, in: E/Z/B/K, Einleitung, Rn 51 ff. Zur älteren Ländergesetzgebung, insbesondere zu den Aufbaugesetzen, vgl. dort Rn 45 ff.

⁷ Eine Zwischenlösung für das Enteignungsrecht wurde mit dem Baulandbeschaffungsgesetz vom 3. 8. 1953 (BGBl. I S. 720) geschaffen.

⁸ BGBl. I S. 341

⁹ Die Inkrafttretensregelung des § 189 BBauG traf differenzierende Regelungen zwischen dem Tag nach der Verkündung bis zu einem Jahr nach der Verkündung.

¹⁰ Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Einleitung Rn 91 ff., 95a

den Instrumentariums bedarf Nach einem langwierigen Gesetzgebungsverfahren wurden die Sonderregelungen für städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen im Städtebauförderungsgesetz (StBauFG) vom 27. 7. 1971¹¹ zusammengefasst. Das Gesetz wurde am 30. 7. 1971 verkündet; es trat am 1. 8. 1971 in Kraft.

Das StBauFG enthielt besondere Bestimmungen über die Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen, über besondere bodenrechtliche Bestimmungen in den nach dem StBauFG förmlich festgelegten Gebieten, über die Förderung und Finanzierung der Maßnahmen sowie über besondere abgaben- und steuerrechtliche Vorschriften. Das StBauFG hat ein Sonderrecht geschaffen: In sachlicher Hinsicht war es beschränkt auf städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen; die Anwendung des Gesetzes war damit auch räumlich und zeitlich auf deren Vorbereitung und Durchführung begrenzt. Jedoch enthielt das StBauFG innerhalb des so begrenzten Anwendungsbereichs keine abschließende bodenrechtliche Regelung, so dass im Anwendungsbereich des Gesetzes auch sonstige bodenrechtliche Vorschriften anderer Gesetze – soweit im StBauFG nicht ausdrücklich ausgeschlossen – Anwendung fanden. Dies galt vor allem für die Anwendung des BBauG, das bei Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen neben den Vorschriften des StBauFG anzuwenden war, jedoch z. T. erheblich modifiziert oder in Teilbereichen ausgeschlossen wurde. Dieses „Nebeneinander“ begründete in der Folge die rechtspolitische Absicht, BBauG und

StBauFG zusammenzufassen. Bauminister war damals *Lauritz Lauritzen*.

Novellen 1976, 1979 und 1984

Mit der *Novelle 1976*¹² wurde dieses Ziel bereits zu einem Teil erreicht: Eine Reihe bodenrechtlicher Vorschriften des StBauFG wurde in das BBauG übernommen, wie z. B. die Gebotsregelungen der §§ 19 bis 21 StBauFG (Abbruch-, Bau- und Modernisierungsgebot) und der Vierte Teil über „Städtebauliche Maßnahmen im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur“ (§§ 64 bis 70 StBauFG). Darüber hinaus wurden Regelungen „parallel“ zum StBauFG auch im BBauG aufgenommen, wie z. B. die Bürgerbeteiligung oder der Sozialplan. Die ursprünglich beabsichtigte Einführung eines „Planungswertausgleichs“ scheiterte im Gesetzgebungsverfahren ebenso wie Vorschläge zur Änderung steuerrechtlicher Regelungen für den Bodenmarkt. Politisch war die Novelle im politischen Anstoß mit dem Bauminister *Hans-Jochen Vogel* verbunden.

Eine weitere umfassende Änderung brachte die sog. *Beschleunigungsnovelle 1979*¹³. Wichtige Änderungen betrafen u. a. die Bürgerbeteiligung und die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange sowie das sog. Parallelverfahren (§ 8 Abs. 3) und die vereinfachte Änderung (§ 13). Vor allem ist auf die grundlegende Fortentwicklung der Vorschriften über die Heilung bzw. Unbeachtlichkeit von Verletzungen von Verfahrens- und Formvorschriften bei der Aufstellung

¹¹ BGBl. I S. 1125

¹² Gesetz vom 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2221)

¹³ Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren und zur Erleichterung von Investitionsvorhaben im Städtebaurecht vom 6. 7. 1979 (BGBl. I S. 949)

von Flächennutzungsplänen und Satzungen sowie bei der Verletzung sonstiger Vorschriften über die Bauleitplanung (§§ 155 a bis 155 c BBauG; heute §§ 214 bis 216 BauGB) hinzuweisen. *Karl Ravens* war der Ressortchef

Durch die *StBauFG Novelle 1984* wurde ein „vereinfachtes Verfahren“ (§ 5 Abs. 1 S. 4 StBauFG) eingeführt, und zwar für solche Fälle, in denen die Anwendung des besonderen sanierungsrechtlichen Bodenrechts für die Durchführung der Sanierung nicht erforderlich ist. Das „vereinfachte Sanierungsverfahren“ wurde durch das BauGB weiter entwickelt (vgl. § 142 Abs. 4 BauGB); *Oscar Schneider* war bereits der verantwortliche Bundesbauminister.

Baugesetzbuch 1987

Die Regierungserklärung der 2. Regierung *Helmut Kohl* im Frühjahr 1983 gab den Anstoß für die neue Gesetzgebung, wobei das „Bundesbaubuch“, wie es der damalige Regierungschef gerne nannte, vor allem der Entbürokratisierung einerseits und - so berichtete der damalige Bundesbauminister *Oscar Schneider* - andererseits dazu beitragen sollte, in Deutschland eine baukulturelle Qualität zu sichern wie sie der Kanzler bei seinem Besuch in Assisi habe feststellen können. *Oscar Schneider* seinerseits war es ein Anliegen, den Grundsatz der „Baufreiheit“ – möglichst als Präambel – dem Baugesetzbuch, das er sich im Übrigen als „Jahrhundertgesetz“ vorstellte, voranzustellen. Die Länder drängten zugleich auf eine Verlagerung von Zuständigkeiten auf sie: Abbau der Mischfinanzierungen und Freigabe bundesrechtlicher Kompetenzen an die Länder.

Was den Abbau von Bundeskompetenzen betraf, „kippte“ im federführenden Bauausschuss des Deutschen Bundestags die Stimmung der damaligen Koalition, als der Sprecher der Bauministerkonferenz der Länder die Freigabe des § 126 Abs. 3 BBauG/BauGB verlangte, weil die Bestimmung, jeder Eigentümer habe sein Haus mit einer Hausnummer zu versehen, als unerträglich Gängelung des Bundes anzusehen sei. Hausnummern brauche es doch und was denn damit gewonnen sei, wenn dies statt in einem Bundesgesetz in (damals) elf Ländergesetzen geregelt würde, so entrüstete sich ein Sprecher der Koalition. Und so kippte die auch die von allen Verbänden und Experten abgelehnte Freigabe diverser anderer Regelungsbereiche (u.a. Enteignung, Erschließung) und die Mischfinanzierung wurde über eine Überleitungsbestimmung nachhaltig abgesichert.

Die Forderung, durch Verschlinkung des Baurechts zur Entbürokratisierung beizutragen, hielt sich als Grundton auch bei allen späteren Novellen bis hin zur Novelle 2007. Das ist nur zu verständlich, verbinden sich mit dem Bauen doch in besonderem Masse vielfältige Regelungen, Planungs- und Genehmigungserfordernisse und Behördenzuständigkeiten. Und es wird sicher auch bei künftigen Gesetzgebungen immer wieder angezeigt sein, den Garten der BauGB-Paragraphen, dem es an Nachwuchs nicht mangeln dürfte – vorgestern wuchsen die Windräder nach, gestern die Biomasseanlagen und morgen warten vielleicht die Photovoltaikanlagen auf eine Berücksichtigung im BauGB -, kritisch auf Wildwuchs zu durchforsten. Aber der „Befreiungsschlag“ wird hier nie gelingen, weil im Bauplanungsrecht am allerwenigsten „das“ Prob-

lem liegt. Gemeint ist ja etwas anderes: Das baurechtliche Umfeld ist in der Zeit seit Schaffung des BBauG so in die Höhe geschossen, dass es das Baurecht selbst schon längst zu überwachsen scheint. § 34 BauGB über das Baugeschehen im nicht-beplanten Innenbereich z.B. steuert etwa 50 % des Baugeschehens und umfasst in seinem Hauptanwendungsfall nach wie vor nicht mehr als einen Satz: § 34 Abs. 1 Satz 1. Aber 1960 gab es weder ein Bundesnaturschutzgesetz und 16 Ländergesetze hierzu, keine Umweltgesetzgebung, also auch kein BImSchG, keine Denkmalschutzgesetze, keine europäischen Regelungen von FFH bis UVP, UP oder Artenschutz.

Der Einigungsvertrag 1990

1990 brachte für das BauGB durch zwei unterschiedlich gewichtige, aber in innerem Zusammenhang stehende Gesetzgebungen; *Gerda Hasselfeldt* war die Ressortchefin: Das am 1. Juni 1990 in Kraft getretene „Wohnungsbauerleichterungsgesetz“¹⁴, ersetzte oder ergänzte mit dem „*Maßnahmen-gesetz zum BauGB*“ für einen Zeitraum von fünf Jahren eine Reihe von Vorschriften des Baugesetzbuchs. Das BauGB selbst – eben noch als Jahrhundertwerk bestaunt – sollte nicht schon nach drei Jahren geändert werden. Das „BauGB-Maßnahmengesetz“ verfolgt vor allem das Ziel, zeitlich befristete Erleichterungen des Planungs- und Bau-rechts zu schaffen, damit Wohnbau land zügig und ausreichend ausgewiesen und die Zulassung von Wohnbauvorhaben erleichtert wird. Anlass dafür gaben nicht zuletzt die erheblichen Zuwanderungen aus Mittel- und Osteuropa („Um- und Aussied-

ler“ war der Terminus) seit Ende der 80er Jahre – Vorboten der Zeitenwende.

Und diese stand Pate für die zweite Änderung des Jahres 1990: Mit dem *Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland* galt das BauGB auch in den Ländern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, und Thüringen sowie in Berlin (Ost), allerdings mit einer Reihe von übergangsweise geltenden Modifizierungen, die sich aus dem Neuaufbau einer kommunal verantworteten, rechtsstaatlichen städtebaulichen Planung erklären. Diese Regelungen waren im damaligen § 246 a BauGB zusammengefasst¹⁵. Später zeigte sich, dass eine Reihe wesentlicher Elemente dieser Sonderregelungen auch in die nord-, west- und süddeutschen Länder übernommen werden konnten. Insgesamt zeigte sich aber rasch, dass die Strukturen des im BauGB kodifizierten Bauplanungsrechts der Struktur deutscher Städte, den Traditionen des Planens, Erschließens und Bauens, aber auch der Ausbildung von Planern und Architekten in einem Maße entsprach, die einer letztlich recht unkomplizierten Übernahme des BauGB den Weg bereitete und schon 1993 in einem ersten Schritt, endgültig dann 1998 die Sonderregelungen für die östlichen Länder sogar insgesamt entbehrlich machte. Dies hing sicher ganz maßgeblich auch mit dem nicht überall einfachen, aber alles in allem doch kraftvollen und auf breiten Konsens der Bevölkerung gestützten Wiederaufbau der in Deutschland so traditionsreichen kommunalen Selbstverwaltung zusammen, zu de-

¹⁴ Gesetz vom 17. 5. 1990 (BGBl. I S. 926)

¹⁵ Einigungsvertrag: vgl. Gesetz vom 23. 9. 1990 (BGBl. II S. 885, 1122)

ren Kernaufgaben stets auch die Städtebaupolitik gehörte.

5. Novellen 1983 und 1998

Mit dem am 1. Mai 1993 in Kraft getretenen „*Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz*“¹⁶ wurde eine Reihe neuer Akzente gesetzt, die – wie sich heute zeigt – weit in die Zukunft der städtebaurechtlichen Entwicklung wirkten. Zunächst konnten in einem ersten Schritte auf einige der Sonderregelungen für die östlichen Bundesländer verzichtet werden. Im Gegenzug wurden aber vor allem zwei dieser bisherigen „Sonderregelungen“ in allen 16 Ländern eingeführt: der städtebauliche Vertrag und der Vorhaben- und Erschließungsvertrag. Mit der Kodifizierung des städtebaulichen Vertragsrechts begann geradezu ein „Siegeszug“ dieser – was den städtebaulichen Vertrag betrifft ja gesetzgeberisch nichts als das geltende Recht in Gesetzesprache fassenden – konsensualen Verfahren. Zunächst noch im BauGB-Maßnahmengesetz befristet verankert übernahm das am 1.1.1998 in Kraft getretene „*Bau- und Raumordnungsgesetz 1998*“¹⁷ diese Bestimmungen in das BauGB selbst, und zwar – mit §§ 11 und 12 – an recht hervorgehobener Stelle.

Im Grunde war dieses Regelwerk eine der beiden wichtigsten Reformen im Städtebaurecht hin zu einer weit reichenden und wie sich zeigte nachhaltigen strukturellen Vereinfachung des Bau- und Planungsrechts; politisch war die Reform von 1993 von der damaligen Bundesbauministerin

Irmgard Schwaetzer verantwortet worden: Vertrag anstelle Satzung oder sonstiger „einseitiger“ kommunaler Gestaltung. Rechtsfrieden, Akzeptanz und Verbreiterung der städtebaulichen Gestaltungsmöglichkeiten wurden damit gemehrt. Dass heute in immer mehr Städten und Gemeinden städtebauliche Verträge aus der Städtebaupolitik nicht mehr wegzudenken sind, ist auf diese gesetzgeberischen Entscheidungen des Jahres 1993 zurückzuführen.

Die andere, gleichfalls in die Gegenwart hineinwirkende strukturelle Vereinfachung war der Einstieg in die Neuregelung des Verhältnisses von Umwelt- und Naturschutzrecht zum BauGB. Das moderne Umwelt- und Naturschutzrecht begann sich erst in den 70er Jahren zu formen. Anfang der 90er Jahre war unklar, ob sich angesichts der starken räumlichen Bezüge dieses „jungen“ Rechtsbereichs ein „zweiter Pfad“ räumlicher Planung erschließt – so die Tendenz in einigen Landesnaturschutzgesetzen und bei manchen Vordenkern im Umweltbereich – oder ob ein Weg gefunden wird, Umwelt- und Naturschutzrecht – nicht anders als die übrigen Fachbereiche (Gewerbe, Wohnen, Gemeinbedarfsanlagen usw.) – hinsichtlich seiner Raumansprüche in das städtebauliche Planungsrecht zu verankern. Letzteres löste bei der Umweltpolitik erhebliche Empfindlichkeiten aus, die politisch erst in einem umfangreichen Vermittlungsverfahren zugunsten der Integration der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung nach dem BNatSchG in die Entscheidungsprinzipien und Verfahren der Bauleitplanung – darum wurde damals die Kontroverse geführt – entschieden wurde.

¹⁶ Gesetz vom 22. 4. 1993 (BGBl. I S. 466)

¹⁷ Gesetz vom 18. 8. 1997 (BGBl. I S. 2081)

Der damalige Bundesumweltminister *Klaus Töpfer* erreichte zunächst, dass dieser „Baurechtskompromiss“ gesetzlich im BNatSchG und nicht im BauGB verankert wird; im „*Bau- und Raumordnungsgesetz 1998*“ hat der – inzwischen - Bundesbauminister *Klaus Töpfer* politisch abgesichert, dass die Regelungen in das BauGB übernommen wurden. Zugleich wurden die Weichen dafür gestellt, dass auch weitere Umweltbelange in die Entscheidungsmechanismen des Städtebaurechts eingebunden werden können. Das „*BauROG 1998*“ führte zu einer Reihe weiterer struktureller Änderungen: Von der erwähnten Verankerung der konsensualen Verfahren in §§ 11 und 12 BauGB, über ein neues Konzept der baurechtlichen Beurteilung von Umwidmungen ehemals landwirtschaftlich genutzter Gebäude (§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1) bis hin zur Neuakzentuierung des Verhältnisse zwischen Gemeinde und Staatsaufsicht: Nach dem Bundesrecht wurden städtebauliche Satzungen weitgehend von der präventiven Kontrolle freigestellt. Diese und weitere Änderungen waren z.T. nur um des Preise von vielfach kritisierten „Länderabweichungsregeln“ zu erzielen, die dann freilich in der Praxis im Wesentlichen keine oder nur marginale und befristete Bedeutung erlangten, besteht im Städtebaurecht doch offenbar kein praktische Bedürfnis nach regionaler Ausfächrung des ohnehin auf individuelle kommunale Ausformung angelegten Rechtsgebiets.

Umwelt- und Europarecht – die Novellen 2001, 2004 und 2007

Das am 3. August 2001 in Kraft getretene *Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien* zum

Umweltrecht¹⁸ führte zu einer weit reichenden Änderung der Anforderungen an die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) innerhalb des Bebauungsplanverfahrens. Neben inhaltlichen und verfahrensmäßigen Veränderungen an eine UVP hat die Neuregelung die Vorhabenarten, für die eine UVP europarechtlich vorgesehen ist, erheblich ausgeweitet.

Die „*UVPG-Novelle 2001*“ wurde – wegen der verspäteten Umsetzung der entsprechenden EG-Regelungen durch das UVPG – erst zu einem Zeitpunkt wirksam, zu dem sich ein neues Konzept des EU-Umweltrechts für städtebauliche Planung abzeichnete. So war sie letztlich nur ein Vorläufer der Gesetzesänderungen von 2004. Mit dem am 20. Juli 2004 in Kraft getretenen „*Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau – EAG Bau)*“¹⁹ wurde vor allem auch die „*Richtlinie zur Umweltprüfung von Plänen und Programmen*“ umgesetzt. Die durch die Novelle 2001 eingeführte Umweltverträglichkeitsprüfung für bestimmte Bebauungspläne war in die nunmehr geltende umfassende Regelung über die Umweltprüfung aller Bauleitpläne aufgegangen. Bauleitpläne – Flächennutzungspläne ebenso wie Bebauungspläne – sind einer Umweltprüfung zu unterziehen, was besondere Beteiligungen von Öffentlichkeit und Behörden, den Umweltbericht für jeden Bauleitplan als Teil der Begründung, Darstellung, wie die Beteiligungen und der Umweltbericht im Plan berücksichtigt wurden und nicht zuletzt ein neues Überwachungsverfahren („*Monitoring*“)

¹⁸ Gesetz vom 27. 7. 2001 (BGBl. I S. 1950);

¹⁹ Gesetz vom 24. 6. 2004 (BGBl. I S. 1359)

vorsieht. In einer Anlage zum BauGB sind (an das EU-Recht angelehnte) Konkretisierungen für den Umweltbericht enthalten.

Auch das Städtebaurecht ist wegen der Ausfüllung der *Umweltkompetenz* der Europäischen Union inzwischen also voll in den main-stream des europäischen Verwaltungsrechts und seiner Akzentuierung des Verwaltungsverfahrens eingelenkt. Diese Entwicklung scheint noch keineswegs abgeschlossen. In den Verfahrensvorschriften des BauGB ist der Gesetzgeber – schon zur Vermeidung eines Nebeneinander EU-Rechtlich-Bestimmter und National-Bestimmter Verfahrensregeln – dem europäischen Wegweiser gefolgt. Ein sich ausformendes, stark verfahrensbestimmtes, Transparenz sicherndes europäisches Verfahrensrecht prägt zunehmend das Verfahrensrecht der Bauleitplanung. Auch inhaltliche Anforderungen könnten hinzukommen. Hier können politische Gestaltungsmöglichkeiten einer Modernisierung der Rechtsordnung, einer Vereinfachung im Hinblick auf die sich abzeichnende europäische Rechtsentwicklung, der Vermeidung „zweier Rechtskulturen“ liegen, die freilich mehr verlangen als Sonntagsreden gegen die am Freitag danach im Bundesrat beschlossenen europäischen Gängelungen, das Subsidiaritätsprinzip als Waffe gegen Modernisierung führend, statt offensiver Gestaltung der möglichen und eben notwendigen Innovationen.

Das EAG Bau 2004 brachte aber auch eine Reihe weiterer Innovationen: etwa die Bestimmungen über den Stadtumbau (§§ 171a ff.) und die Soziale Stadt (§ 171e).

Das „Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung

der Städte“ vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3316) – *BauGB 2007* – enthielt im Kern eine Nachsteuerung und Fortentwicklung des EAG Bau 2004 mit einer Inanspruchnahme der EU-rechtlich möglichen Ausnahmen von der Umweltprüfung von Bebauungsplänen: die Einführung eines beschleunigten Verfahrens für Bebauungspläne der Innenentwicklung (§ 13 a), die der Wiedernutzbarmachung von Flächen, der Nachverdichtung oder anderen Maßnahmen der Innenentwicklung dienen. Diese unterliegen im Rahmen des europarechtlich zulässigen keiner förmlichen Umweltprüfung, d. h., sie sind begrenzt auf Bebauungspläne mit einer nutzbaren Grundfläche von bis zu 20 000 m² oder nach einer Vorprüfung von 20 000 bis 70 000 m². Elemente des beschleunigten Verfahrens sind: entsprechende Anwendung der Vorschriften über das vereinfachte Verfahren nach § 13 Abs. 2 und 3, Verzicht auf parallele Änderung von Flächennutzungsplan, angemessene Berücksichtigung eines dringenden Investitionsbedarfs, Erforderlichkeit eines Ausgleichs für Eingriffe in Natur und Landschaft entfällt in bestimmten Fällen. Weitere Regelungen zur Stärkung der Innenentwicklung – Klimaschutz wird dabei ein mehr und mehr bestimmendes Thema – kamen hinzu.

In der Zusammenschau

Wandel

In der Zusammenschau der Gesetzgebungen in den zurückliegenden 50 Jahren lassen sich wie an Baumringen die seit 1960 gewachsenen und sich ändernden, ja – bezogen auf die Zeitschiene – widersprechen-

den gesellschaftspolitischen Erwartungen an das *Städtebaurecht* ablesen. Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen:

- Die städtebaupolitischen Vorstellungen der Jahre bis in die 80er Jahre waren immer wieder von der Wohnungsfrage geprägt.
- Der Bürgermeister, der Bauland ausweist, wird gewählt.
- Seit längerem hat sich das z.T. gedreht: Wem es gelingt, Baulandausweisungen und Zuzug zu vermeiden, der erfreut sich als Kommunalpolitiker des Zuzugs.
- Und wenn in den 50er Jahren wegen Wohnungsknappheit „Enteignungen“ als probates Mittel auch bundesgesetzlich vorgesehen wurden²⁰, stellen sich heute Leerstände, „Schrottimmobilien“, befristete Baurechte, Rückbau und Stadtbau als städtebauliche Herausforderungen.

Eigentumsordnung

Zum Inhalt des durch Art. 14 GG geschützten Eigentums an Grund und Boden gehört auch das Recht zur baulichen Nutzung im Rahmen der Gesetze²¹, also die sog. Baufreiheit („Recht zum Bauen“). Die Baufreiheit i. S. der baulichen Nutzbarkeit eines Grundstücks beruht nicht auf einer öffentlich-rechtlichen Verleihung (z. B. durch die Bau-

leitplanung), sondern ist Bestandteil des Eigentumsrechts. Inhalt und Schranken der eigentumsrechtlichen Baufreiheit werden gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG durch die Gesetze bestimmt. Für den durch das BauGB gegenüber der baulichen und sonstigen Nutzung des Grundeigentums begründeten Planungsvorbehalt besagt dies Folgendes: Das durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Nutzungsrecht wird durch die Bauleitplanung inhaltlich ausgeformt und beschränkt. Ausgestaltung und Schranken der Baufreiheit durch das BauGB, insbesondere durch die Bauleitplanung²², kommen damit eine den Inhalt des Eigentums ausformende Wirkung zu.

Zur Abgrenzung dessen, was noch als Ausformung der Sozialbindung des Eigentums zulässige Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums oder aber bereits ein enteignender Eingriff ist (zur Abgrenzung vgl. insbesondere BVerfGE 58, 300), bedient sich die Rspr. vornehmlich des Begriffs der „*Situationsgebundenheit*“. Die konkrete Lage und damit die Eingebundenheit in vorgegebene, „natürliche“ Situationen sind für die Inhaltsbestimmung des Grundeigentums besonders kennzeichnend. Hieraus können sich situationsgebundene Belastungen und damit – gegenüber anderen Grundstücken – besondere und noch im Rahmen der Sozialbindung bleibende Einschränkungen ergeben²³. Für die planerische Entscheidung ergibt sich aus dieser Verschränkung von Baufreiheit und Planungsvorbehalt das Gebot der Be-

²⁰ Vgl. nur das Baulandbeschaffungsgesetz vom 3. 8. 1953 (BGBl. I S. 720) oder auch noch die städtebauliche Entwicklungsmaßnahme nach den §§ 53 ff. Städtebauförderungsgesetz (hierzu oben II.1; heute §§ 165 ff. BauGB)

²¹ Vgl. zum folgenden Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., München 2007, § 1 Rn. 1 f.

²² (BVerfGE 79, 174/192)

²³ Vgl. z. B. die Deich-Urteile in BVerfGE 24, 367 und 25, 112; das Grünflächen-Urteil in BGHZ 23, 30; das Kölner-Hinterhof-Urteil in BGHZ 48, 193

rücksichtigung des Eigentumsschutzes als abwägungserheblicher privater Belang.

- Die Entschädigungsregelungen des BauGB (§§ 39 BauGB): eine sehr spezifisch „deutsche“, schon vom Reichsgericht in der monarchischen Zeit entwickelte Dogmatik: Eigentum als Freiheitsrecht gegenüber dem vor-demokratischen Staat.
- Die Besteuerung von Grund und Boden („Baulandsteuer C“ von 1960).
- Die Frage der Behandlung der planungs- und maßnahmebedingten Wertsteigerungen: Planungswertausgleich, Ausgleichsbetrag, städtebauliche Verträge
- Der Bebauungsplan als Rechtsnorm mit seiner „Ewigkeits-Garantie“; ein deutsches Unikat.

Städtebauliche Aufgaben

Ein spezifisches *städtebauliches „Leitbild“* ist dem BauGB wohl fremd²⁴. Nicht zu verkennen ist die aus der Tradition des modernen Städtebaurechts seit seiner Kodifizierung im späten 19. Jahrhunderts Stammende Prägung durch Wachstum, Bereitstellung von Bauflächen, Durchsetzung der Bebauung. Im Ergebnis ist bemerkenswert, dass die erheblichen Paradigmenwechsel etwa vom Wiederaufbau über die Konzeptionen radikaler Modernisierung der Städte („Flächensanierung“) bis hin zu Stadtgestalt, Stadtökologie oder Stadtumbau im Kern mit ein und demselben Instrumentarium

verfolgt wurde, d.h. dass sich die Flexibilität des Städtebaurechts offenbar bewähren konnte.

Leitbilder wie die „Charta von Athen“ – oft bemüht, oft in Frage gestellt, nie eine verbindliche Aussage des Städtebaurechts – eine Diskussion um gesundes Wohnen reflektiert, die allerdings über das Immissionschutzrecht faktisch in hohem Maße die Entwicklung der Städte prägen konnte.

„Alles ist möglich“ – so könnte man das mit kritischem Unterton bewerten. Will man das? Vertraut man auf die konkrete planerische Abwägung der Gemeinde und nicht auf vorgegebene Leitbilder? Wer soll sie bestimmen?

Gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, technischer und kultureller Wandel

Der Städtebaugesetzgebung haben Fragen, die die Gesellschaft bewegt haben, wiederholt die *Vorgabe* für Änderungen des Rechts gegeben:

- Der Wohnungsbau: „Das“ bestimmende Thema bis in die 80er Jahre hinein. Etwa alle 5 Jahre ein Engpass, nach 5 Jahren ein Überfluss usw.
- Und heute: „Begrenzung des Wachstums“?
- Die Beteiligung der Bürger und Bürgerinnen an der Planung
- Die Einführung einer Sozialplanung für wirtschaftlich oder sozial nachteilige Folgen von städtebaulichen Planungen oder Maßnahmen.

²⁴ Vgl. zum Wandel der städtebaulichen Leitbilder Borchard, in: Festschrift M.Krautzberger, München 2008, S. 237 ff.

- Soziale Stadt - das auffälligste und effizienteste Programm, verankert im Städtebau und im Städtebaurecht, zur Integration, zur Selbstbestimmung in benachteiligten Gebieten und zur Überbrückung von Ressortgrenzen und Fachprogrammen.
 - Der Strukturwandel der Landwirtschaft: Nirgendwo kann man das besser ablesen als aus dem Aufwuchs des §35 des Jahres 1960 zu der schon mehr als 1 Seite umfassenden Vorschrift heute.
 - Und das lässt sich fortführen: Gemengelage, soziale Einrichtungen in den Wohngebieten, Leerstände und Brachen, Kleingärten, Spielhallen, Anlagen der Windenergie samt deren aktuellem Repowering, Biogasanlagen – mitunter sind das auch die jeweils aktuellen Spielplätze des „anlagesuchenden Kapitals.“
 - Der Einzelhandel ist in besonderer Weise zu nennen (keine Novelle ohne eine Änderung dazu),
 - Die Diskussion um die Nachhaltigkeit bis hin zur Begrenzung des Siedlungswachstums und der Durchsetzung von Klimaschutzzielen im Städtebaurecht.
 - Die Demographie: Schon 1987 kamen in das BauGB einige Verweise auf einen möglichen Bevölkerungsrückgang – erst heute ist das aber als Thema aufgegriffen worden.
 - Die Einheimischenmodelle um der ansässigen Bevölkerung u.a in attraktiven Hochpreiszonen den Erwerb von Grundstücken und damit das Bleiben im Heimatort zu ermöglichen.
 - Der technischer Wandel und Fortschritt, die spezifische Anforderungen an Bau-recht und Planung fordern:
 - Gemengelage
 - Windenergieanlagen erster Generation
 - Repowering von Windenergieanlagen
 - Grüne Technologien
- Planverwirklichung**
- a) Auch vor 50 Jahren stellt sich die Frage der Planverwirklichung, wenn auch vor allem unter dem Gesichtspunkt der raschen Bereitstellung von Wohnbauland. Die „Baulandsteuer C“ und das moderne Erschließungsrecht waren eine der Antworten. Die zügige Planverwirklichung stellt sich als Anliegen für Kommunen und Investoren gleichermaßen:
- Die Kommune hat ein Interesse, dass ihre z.T. kostspieligen Planungen realisiert werden
 - Der Investor strebt die zügige Verwirklichung seines Projekts an; ihn interessiert auch die Entwicklung des Gebiets als ganzes
- b) Was das BauGB dazu über die Jahre entwickelt hat:
- Die städtebaulichen Gebote: mehr als das „Schwert im Schrank“?
 - Die städtebauliche Enteignung
 - Die Vorkaufsrechte
 - Die städtebauliche Entwicklungsmaßnahme
 - Der Stadtumbau

- Und was kann das Städtebaurecht beitragen bei den städtebaulichen Brachen oder den sog. „Schrottimmobilien“?
- Städtebauliche Verträge haben sich in den vergangenen Jahren als die effektivste Strategie erwiesen. Aber sie greifen nicht alle Problemstellungen ab.

Stadterneuerung und Klimaschutz

- a) Seit 1971 hat der Gesetzgeber mit dem *Besonderen Städtebaurecht* ein zielgenaues Instrumentarium für die Planverwirklichung, aber vor allem auch für die Modernisierung und Erhaltung der gewachsenen städtebaulichen Strukturen in Stadt und Land geschaffen.
- Für die energetische Erneuerung der Städte und Gemeinden dürfte das die Schlüsselfrage sein.
 - Der Neubau wird in Kürze Nullenergiestandard erreichen.
 - Aber der Bestand? Und wie war das vor 40 und 50 Jahren? Abriss des Bestandes zur Modernisierung?
 - Um die Schere zwischen Altbau und Neubaustandard zu schließen?
 - Damals waren es die fehlenden Sanitäreinrichtungen und zentralen Heizungssysteme, die über 50 % des Bestands auszeichneten.
 - Und da entschloss man sich zur Stadtsanierung.
- b) *Klimaschutz* dürfte – auch im Städtebau *die* Zukunftsaufgabe sein. Man wird dies nicht über das einzelne Eigentum allein erreichen, weil dazu ergänzend quartiersbezogene Lösungen notwendig sind, Sammelanlagen (wie lokale Heizkraftwerke auf regenerativer Basis) und städtebauliche

Lösungen wie sie ja § 6 des EEWärmeG ja schon andeutet.

Finanzierung der Stadterneuerung

- a) Wer aber *finanziert* die künftige Stadterneuerung?
- Das Städtebaurecht hat diese Frage nur für den *Neubau* selbst gelöst: Mit dem Erschließungsbeitrag und mit dem städtebaulichen Vertrag können sich Städte sehr weit reichend die Kosten für Planung und Erschließung und Infrastruktur und Folgekosten refinanzieren.
 - Für den *Bestand* und damit der zentralen Gegenwarts- und Zukunftsaufgabe der Kommunen, gibt es kein solches Instrumentarium. Der Ausgleichsbetrag hatte – wenn überhaupt – eine Bedeutung für Flächensanierungen. Für Bestandsmaßnahmen sind die Städte und Gemeinden auf Städtebauförderungsmittel, also Finanzhilfen angewiesen.

Für diese gemeindliche *Dauer- und Pflichtaufgabe* ist das im Grunde ein verfehlter Ansatz:

- b) Entweder werden Kommunen mit ausreichenden Mitteln ausgestattet, um die Stadterneuerung als *kommunale Pflichtaufgabe* zu erfüllen oder man erlaubt ihnen – wie etwa in den USA – ein auskömmliches Grundsteuersystem zur Refinanzierung der Aufgaben oder man garantiert ihnen von Bund und Ländern die Finanzierung. Das Städtebauförderungsgesetz von 1971 war auch da schon etwas weiter: Für die ersten 3 Jahre garantierte das Gesetz eine Mindestsumme des Bundes zur Finanzierung der

Stadterneuerung²⁵. Dass die Förderung auch des Bundes, die ja verfassungsrechtlich seit der Föderalismusreform I als solche unangefochten ist, durch Kürzungen eines Ressortministers derart massiv in kommunale Aufgaben eingreifen kann, zeigt wie unangemessen die Situation heute ist.

Der Europäische Einfluss

a) Die Europäische Union hat in den Bereichen des Bauplanungsrechts wie es in Deutschland im BauGB geregelt ist, keine *Kompetenz*. Gleichwohl strahlen Regelungen aus anderen Kompetenzbereichen in die Entwicklung des BauGB ein, der Umweltkompetenz der EU greift sogar unmittelbar in die entsprechenden nationalen Regelungen über Einflüsse auf die deutsche Rechtsentwicklung lassen sich aber aus Reaktionen auf Regelungen im Städtebaurecht anderer europäischer Staaten feststellen²⁶. Aber auch andere Kompetenzen der Europäischen Union sind bei der Ausgestaltung des nationalen Städtebaurechts zu beachten:

- Freizügigkeit (und Einheimischen Modelle),
- Wettbewerbsfreiheit (und Regulierung der Standorte für den Einzelhandel?),
- Europäisches Vergaberecht (und städtebauliche Verträge),
- Artenschutz (und Bauleitplanung?), usw.

b) Vielfach stellen sich Fragen an die *nationale Vorbereitung* der einschlägigen europäischen Gesetzgebungen. Werden sie zu

sehr aus Sicht der Fachressorts verhandelt? Findet eine umfassende Vorab-Einschätzung aller Ressorts, aber etwa auch der Städte und Gemeinden statt?

c) Und: Da Deutschland mit dem *Bebauungsplan* über ein sehr effektives Instrument zur Vorbereitung der Zulassung von Vorhaben verfügt, muss es auf dieser Eben auch viel vom europäischen Recht abarbeiten, was die anderen europäischen Länder jedenfalls überwiegend auf die Zulassungsentscheidung – bei uns die aber gerade deregulierte Baugenehmigung – verlagern können.

d) Im Städtebaurecht hat rein äußerlich, bezogen auf die Zahl der Vorschriften samt der beiden Anlagen, das Umweltrecht eine hervorgehobene Stellung erhalten – nicht in der Sache, aber wegen der Logik des Europäischen Gerichtshofs, der das EU-Recht möglichst wörtlich dazu in den nationalen Vorschriften wider finden will. Und da sie EU recht wenig zu den Bereichen von Wirtschaft, Soziales und Kultur in der räumlichen Entwicklung sagte kann, führt da zu einer dominanten optischen Einseitigkeit im Gesetzestext, auch wenn sich dahinter keine sachliche Priorität verbirgt.

e) Und hat das Baugesetzbuch *andere Gemeinwohlbelange* nicht nur im Wortlaut, sondern auch in der politisch-fachlichen Wahrnehmung zurücktreten lassen?

- Dass es zu den Bebauungsplänen einen Umweltbericht gibt mit der Darstellung der Auswirkungen der Planungen auf die Umwelt und den Überlegungen und Maßnahmen dazu,
- Nicht aber auch mit einem Bericht zu den Auswirkungen der Planung auf die

²⁵ 450 Mio. DM

²⁶ Vgl. nur Krautzberger, Zur Europäisierung des Städtebaurechts, DVBl. 2005, S. 197

wirtschaftliche Situation (etwa des Einzelhandels und der Arbeitsplätze) oder die *sozialen und die baukulturellen Auswirkungen* und deren Bewertung, das ist strategisch sicher von Nachteil.

- *Soziale Stadt* – übrigens auch sehr stark angeregt von Beispielen aus dem europäischen Umland (Niederlande, Großbritannien, Frankreich u.a.) – ist ein Ansatz, der soziale, wirtschaftliche und ganzheitliche Ansätze umfasst.
- Aber hat das Bestand? Die aktuellen Diskussionen lasen einen nachdenklich werden?
- Und der Sozialplan?
- Aber daran ist nicht die EU „Schuld“, sondern die Umsetzung in Deutschland. Skandinavien macht das ja anders: Es behandelt einfach alle berühren Belange nach demselben Prüf- und Darstellungsmuster und schon wird das Umweltthema entmythologisiert. „*Nachhaltigkeitsprüfung*“ kann man das nennen – oder man unterlässt Sonderbezeichnungen und erklärt das zum „Normalfall“.
- Ein Thema für die BauGB Novelle 2016?

Bundesrecht

Die *Bundeskompentenz* im Städtebaurecht scheint sich bewährt zu haben. Dabei gab es sie erst seit dem Grundgesetz und wurde sie erst vor 50 Jahren voll in Anspruch genommen. Das ist keineswegs selbstverständlich, haben doch die beiden gleichfalls föderal organisierten Nachbarn – Österreich und Schweiz – das Bauplanungsrecht nicht auf der Bundesebene geregelt.

Abweichungsermächtigungen an die Adresse der Länder gab es im BauGB immer wieder – wirkliche Bedeutung haben sie nicht erlangt und sie erledigten sich meist nach einigen Jahren.

Bemerkenswert ist, dass im *deutschen-deutschen Einigungsprozess* 1990 die Akzeptanz des Regelwerks in den östlichen Ländern hoch war, d.h. die Praxis sich rasch daran orientierte. Innovationen kamen aus dem Prozess durchaus: Einige der wichtigen Sonderregelungen, die mit Einigungsvertrag für die ostdeutschen Länder geschaffen wurden – namentlich die Regelungen über städtebauliche Verträge oder über den Vorhaben- und Erschließungsplan –, schon 1993 in die alten Ländern übernommen wurden. Ex oriente lux.

Regulierung – Deregulierung

a) Keine Städtebaurechtsnovelle ohne das Motiv: *Vereinfachung und Deregulierung*. Der Erfolg ist überschaubar. Das Baugesetzbuch von 1987 hat mit der Zusammenführung von Bundesbau- und Städtebauförderungsgesetz eine Bereinigung vorgenommen. Das Bau- und Raumordnungsgesetz von 1998 hat die ostdeutschen Sonderregelungen generalisiert oder aufgehoben.

Gleichwohl: Das Städtebaurecht reagiert ja mehr auf Entwicklungen „von außen“ und ist so gesehen immer auch „getrieben“ zu neuen Regelungen.

b) Und macht es das nicht, dann überlässt es die *Regulierung anderen*, oft eben der Rechtsprechung: Die kürzesten und vielleicht wichtigsten Bestimmungen des Baugesetzbuchs sind sicher das planerische Abwägungsgebot nach § 1 Abs. 7 BauGB ei-

nerseits und das für die Zulassung von Vorhaben der Zahl der Baugenehmigungen nach bedeutende Bauen im Innenbereich nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Und diese Bestimmungen bestehen jeweils aus einem Satz. Aber zu beiden Bestimmungen gibt es Bände von höchstrichterlicher Rechtsprechung. Ist das Deregulierung oder vernünftige Arbeitsteilung zwischen Legislative und Judikatur?

c) Hervorzuheben sind aber andere bemerkenswerte Entwicklungen im Städtebaurecht, die strukturell – natürlich über neue Regelwerke - zu bedeutsamen Vereinfachungen führten: Die Konzentration von *Umwelt- und Naturschutzrecht* auf das Städtebaurecht in der Umsetzung der Anforderungen an Flächen: die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, der Bodenschutz, die Umweltprüfung.

Zugleich greift der Gesetzgeber aber auch verstärkt auf - allerdings informelle - Planungen (*Stadtentwicklungskonzepte*, integrierte Planungen, Rahmenpläne) zur Steuerung komplexer Planungen und Projekte zurück, ohne dabei z.B. innerstädtisch auf den Flächennutzungsplan zu setzen²⁷. Diese Entwicklung bleibt abzuwarten: Ob sie effektiv ist und sozusagen nachhaltig zur Rechtsvereinfachung beiträgt.

Städtebauliche Verträge

Der „Siegeszug“ der städtebaulichen Verträge seit ihrer Kodifizierung 1990/1993/1998 ist übrigens gleichfalls ein Beitrag zur Deregulierung im Städtebau-

²⁷ Freilich: Die Rechtsprechung verrechtlicht den Flächennutzungsplan auch immer weiter, zuletzt durch die Zulassung einer Normenkontrollklage in bestimmten Fällen.

recht –vermutlich jener mit der größten Breitenwirkung. *Vertragliche Gestaltungen* bestimmen stärker als in der Vergangenheit²⁸ das städtebauliche Gestalten – Planung und Durchführung.

Städtebauliche Verträge im Bereich der Stadtentwicklung stehen demgemäß auch im Mittelpunkt des fachwissenschaftlichen Interesses²⁹. Und sie prägen gemeindliches Handeln weit über die traditionelle Bauleitplanung hinaus:

- bei der Finanzierung der Folgekosten ebenso wie
- bei Maßnahmen des Stadtumbaus und der Stadterneuerung.

Planung oder Projektsteuerung?

Damit geht übrigens auch eine Orientierung auf eine projektorientiert Planung einher. Die europäischen Einflüsse aus dem Umweltrecht verstärken diese Tendenz.

a) Orientierung auf eine Projektplanung und Entwicklung gesamtstädtischer Planungsansätze gehen also in der neueren Gesetzgebung gewissermaßen Hand in Hand.

b) Freilich: Gerade die europarechtlich verstärkte projektorientierte Planung öff-

²⁸ Mit Blick auf eine in der Praxis in der Vergangenheit ebenfalls zu beobachtende Steuerung der Planung durch Einzelvorhaben könnte man die §§ 11 und 12 BauGB auch als Beitrag zur städtebaulichen Transparenz, also Offenlage solcher Beziehungen bewerten.

²⁹ Vgl. nur Stürer, Der städtebauliche Vertrag. Ein Balanceakt zwischen Vertragsfreiheit, strikter Gesetzesbindung und "subjektiver Abwägungssperre", DVBl. 1995, 649; Stürer/König, Der städtebauliche Vertrag. Strikter Gesetzesvollzug oder grenzenlose Vertragsfreiheit, ZfBR 2000, 528.

net den Blick auf ein grundlegendes Dilemma des deutschen Städtebaurechts: Durch die Verlagerung der Konfliktlösung auf die Ebene der Bauleitplanung – „planerische Konfliktbewältigung“ – ist der Blickwinkel vom Generellen auf das Konkrete auf die Spitze getrieben. Hier ist die objekt- und anlagenbezogene Planung eingefordert, sie ist unausweichlich.

c) Das unterscheidet die Bauleitplanung von der Situation in anderen Rechtsbereichen oder bei den Fachplanungen: Die Konfliktlösungen werden in den Genehmigungsverfahren oder in den Planfeststellungen getroffen.

d) Das „Abarbeiten“ der Konflikte bei Fragen des Lärmschutzes zeigt das eindrucksvoll: Die zwingt die städtebauliche Planung zu Lösungen, die man „sonst“ den Genehmigungsverfahren überlassen könnte³⁰.

e) So gesehen lässt sich auch wegen der umwelt- und europarechtlichen Anforderungen durchaus eine fachliche und rechtspolitische Diskussion der Frage vorstellen, ob die verbindliche Bauleitplanung, also der Bebauungsplan, so wie in Zeiten der auf Flächen- und Angebotserweiterung angelegten (Angebots-)Planung auch in Zukunft die zentrale Gestaltungs- und Steuerungsfunktion haben wird oder ob nicht andere, weniger rechtsverbindliche Planungsformen in Verbindung mit „aufgewerteten“ Genehmigungsverfahren stärker in den Vordergrund rücken..

Und die Baukultur?

a) Der damalige Bundeskanzler Dr. Kohl soll – so wird berichtet – nach einem Besuch Assisis den damaligen Bundesbauminister Dr. Schneider um ein „Bundesbaubuch“ gebeten haben, das auch eine solche eindrucksvolle *bauliche Qualität* gestaltend begleiten kann. Dass ein Gesetz keine Baukultur leisten kann, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Aber bedeutungslos ist es deshalb dafür keineswegs. Denn es kann Ziele aufstellen, es kann Verfahren und Instrumente dafür öffnen, es kann städtebauliche Verträge u.a. für die Umsetzung solcher Ziele öffnen, es kann über Neubau- und Erneuerungsplanungen und -maßnahmen Stadtgestaltung vermitteln. Wieso sprießen eigentlich städtebauliche Verträge zur Umsetzung von Klimaschutzziele aus dem Boden, während die Stadtgestalt – anders noch als etwa in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts – links liegen bleibt. Das europäische Städtebaurecht ist im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit aus zwei Gründen entwickelt worden: Sicherheit einerseits, Baukultur andererseits.

b) Nun, wenn man genau hinblickt: Man könnte das alles auch heute machen. Aber wenn Baukultur mehr als akademisches Thema verstanden wird und nicht die Investoren und die Bürgerschaft dafür gewonnen werden, dann wird sich wenig ändern. Ein klarstellender Federstrich des *Gesetzgebers* wirkt dann manchmal Wunder. Und nach Verabschiedung der jetzt anstehenden BauGB/BauNVO-Novelle kann man dann auch darüber nachdenken, die Baunutzungsverordnung um Eckpfeiler dessen zu ergänzen, was das Bundesverfassungsgericht das städtebaulichen Denkmalrecht

³⁰ Vgl. nur zuletzt die von Mitschang herausgegeben Aufsatzsammlung: Aktuelle Fach- und Rechtsfragen des Lärmschutzes, Frankfurt a.M. 2010, namentlich die Beiträge von Mitschang, S. 9ff., Rojahn, S. 63 ff. und Reidt, S. 171 ff.

und was das BauGB das Stadtgestaltungsrecht nennen.

c) Und wenn die *kommunale Selbstverwaltung* sich dann wieder dessen besinnen würde, dass die Stadtbaumeister/Stadtbaurätinnen die besten Fachleute sein müssen und nicht unbedingt durch ein Parteibuch qualifiziert sind und eine unabhängigere Stellung im Entscheidungsprozess des Städtebaus haben müssen, dann würde dies dem Wettbewerb und diese Position und der Qualität des Städtebaus sicher gut tun.

d) Oder dass gemeindliche Erhaltungs- und Ortsgestaltungs-Satzungen die lokale Auseinandersetzung um die örtliche Baukultur stärken und die *Beteiligung der Bürgerschaft* stärken können.

Fazit

Im Städtebau – das wurde schon eingangs gesagt und soll zusammenfassend wiederholt werden – spiegeln sich die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen wider und auch viel von ihrem Wertverständnis zur baulichen und kulturellen Umwelt. Die Vernetzungen in die allgemeine Rechtsentwicklung prägen das Städtebaurecht. Einen „Stillstand“ in der Gesetzgebung kann es daher nicht geben. Das Städtebaurecht wird also auch künftig zu leisten haben, räumliche Planungen und Entscheidungen mit Blick auf sich wandelnde Anforderungen der Gesellschaft zu begleiten – planend, ermöglichend, steuernd oder abwehrend.

Dr. Günter Gaentzsch

Rechtsprechung zum Städtebaurecht zwischen Gesetzgebung und administrativer Umsetzung

50 Jahre Bundesbaurecht, das ist länger als ein übliches Berufsleben. Als ich 1965 meine berufliche Laufbahn als Referent beim Deutschen Städtetag begann, war eine meiner ersten Aufgaben die Erarbeitung einer Stellungnahme zu einem in den Bundestag eingebrachten Initiativ-Gesetzentwurf zur Änderung des § 35 des Bundesbaugesetzes (BBauG). Damit sollte die Zulässigkeit von Außenbereichsvorhaben im Anschluss an vorhandene Bebauung ermöglicht werden. Der Entwurf ist nicht Gesetz geworden. Es sollte elf weitere Jahre bis zur ersten Novelle des BBauG dauern.¹

Bei der BBauG-Novelle 1976 musste ich die Erfahrung machen, dass der Einfluss der Rechtsprechung, insbesondere der des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), auf den Städtebau-Gesetzgeber stärker sein kann als der der kommunalen Spitzenverbände. Es ging um die Einführung einer Vorschrift zur Heilung von Form- und Verfahrensfehlern von Bebauungsplänen, wie sie als § 155a Eingang in das BBauG 1976 gefunden hat². Die kommunale Seite hatte einen Vorschlag gemacht, der weiter ging als der Vorschlag im Regierungsentwurf. Der federführende Bundestagsausschuss hatte

ihn gegen den Widerstand des zuständigen Bundesministeriums beschlossen. In der darauffolgenden Ausschusssitzung bat der Vertreter des Ministeriums darum, den Punkt noch einmal aufzurufen. Er habe mit dem 4. Senat des BVerwG gesprochen; dieser halte die beschlossene Fassung für verfassungswidrig und werde die Frage, wenn er sie zu entscheiden habe, dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Die erste Reaktion der Abgeordneten war Empörung und die rhetorische Frage, wer denn der Gesetzgeber sei, das BVerwG oder der Deutsche Bundestag. Indes, nach einigem Hin und Her beschloss der Ausschuss § 155a BBauG in der Fassung des Regierungsentwurfs. Wie ich später erfuhr, hatte der Vertreter des Ministeriums nur mit einem – freilich als sehr durchsetzungsstark bekannten – Richter des 4. Senats gesprochen.

Die Begebenheit ist allerdings kein gutes Beispiel für das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Erstens kann es nicht Aufgabe eines Gerichts sein, Stellungnahmen in laufenden Gesetzgebungsverfahren abzugeben, und so wollte sich besagter Bundesrichter sicherlich auch nicht verstanden wissen. Zweitens sollte sich ein Richter in einem laufenden Gesetzgebungsverfahren stets so äußern, dass ein entsprechendes Missverständnis nicht entstehen kann. Er kann – als sachkundige Person – nur seine persönliche Meinung äu-

¹ Der Gedanke hat Niederschlag in § 34 BBauG gefunden, freilich in städtebaulich verträglicherer Form, nämlich in der sog. Abrundungssatzung (vgl. jetzt § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB).

² Mit vielen Änderungen und Ergänzungen jetzt §§ 214 bis 216 BauGB.

Bern und nicht für das Gericht oder den Spruchkörper sprechen, dem er angehört. Nicht anders habe ich es auch während meiner Zugehörigkeit zum BVerwG erlebt. Natürlich bin ich und sind auch meine Kollegen häufig um Meinungsäußerung zu bestimmten Fragen in laufenden Gesetzgebungsverfahren oder im Vorfeld von Gesetzgebungsverfahren gebeten worden. Es war aber immer klar, dass es sich um persönliche Einschätzungen und Bewertungen handelte und dass Schlüsse auf spätere Entscheidungen des Senats daraus nicht abgeleitet werden konnten.

Die Kompetenzen von Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehender Gewalt sind verfassungsrechtlich klar voneinander getrennt. Aufgabe der Rechtsprechung ist es, unabhängig von den anderen Staatsgewalten Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte zu gewähren. Gewaltenteilung bedeutet aber nicht, dass die drei Gewalten nicht in vielfältiger Wechselbeziehung zu einander stünden. Die Verwaltungsrechtsprechung steht sozusagen zwischen den beiden anderen Staatsgewalten. Sie ist – wie die Verwaltung – „an Recht und Gesetz gebunden“ (Art. 20 Abs.3 GG). Es steht ihr nicht zu, den Gesetzgeber zu korrigieren, d.h. sich über den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen. Auf der anderen Seite hat sie, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, das letzte Wort dazu, was im Streitfall „Recht und Gesetz“ sind. Dabei haben die Gerichte nicht nur Gesetzesrecht fallbezogen auslegen. Sie müssen den Rechtsstreit auch entscheiden, wenn das Gesetz zur streitentscheidenden Rechtsfrage schweigt oder – was häufig der Fall ist – verschiedene Auslegungen zulässt. Die Möglichkeit verschie-

dener Auslegungen wird übrigens vom Gesetzgeber gelegentlich bewusst, wenn auch unausgesprochen, in Kauf genommen, wenn anders ein Kompromiss nicht zustande kommt. Man vertraut darauf, dass die Rechtsprechung es schon „richten“ werde.

Gerichtsentscheidungen haben – abgesehen von normverwerfenden Normenkontrollentscheidungen – für die Verwaltung Bindungswirkung nur gegenüber den Prozessbeteiligten und nur für den konkret entschiedenen Fall. Die tatsächliche rechtliche Bedeutung insbesondere der höchstgerichtlichen Rechtsprechung geht aber weit über das hinaus, was aus der Rechtskraft eines Urteils folgt. Sie hat für den administrativen Gesetzesvollzug Leitlinienfunktion, ist Orientierung für künftiges Verwaltungshandeln. Das kommt in der Praxis zum Ausdruck, Entscheidungen, in denen zu grundsätzlichen Rechtsfragen Stellung genommen wird, mit Leitsätzen zu versehen. Es ist vom Auftrag der Rechtsprechung umfasst, die einheitliche Auslegung und Anwendung des Rechts zu wahren. Insofern hat die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung eine die Gesetzgebung ergänzende, über die Rechtsschutzgewährung hinausgehende Funktion. Sie ist mehr als nur der Mund des Gesetzes im konkreten Streitfall, nach *Montesquieu*³ „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“. Sie konkretisiert fallbezogen das vom Gesetzgeber nur generell und abstrakt normierte Recht. Damit erlangt das Gesetz konkrete rechtliche Gestalt. Das BVerwG spricht häufig davon, dass es zur Auslegung einer gesetzlichen Regelung in einer bestimmten Entscheidung einen bestimmten „Rechtssatz“

3 L'Esprit des Lois, XI, 6

aufgestellt, also nicht nur eine bestimmte Rechtsauffassung vertreten habe, mit der z.B. die vorinstanzliche Entscheidung in Einklang stehe oder von der sie abweiche

Eine gefestigte Rechtsprechung schafft mehr Rechtssicherheit für die Verwaltung, aber auch für private Personen. Wenn wir auch nicht, wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis, von case law sprechen können, so haben doch die Leitsätze der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine dem nahe kommende „rechtstatsächliche“ Bedeutung. Gerade diese über den entschiedenen Fall hinausreichende Wirkung bedeutet auch, dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bei der Auslegung der gesetzlichen Regelungen, insbesondere bei der richterlichen Konkretisierung sog. unbestimmter Rechtsbegriffe, nicht nur das Gebot effektiven Rechtsschutzes gegenüber staatlicher Gewalt im Sinne einer optimalen Einzelfallgerechtigkeit im Blick haben darf. Sie muss auch dem Zweck verwaltungsrechtlicher Normen Rechnung tragen. Sie sollen staatlichem Verwaltungshandeln nicht nur Grenzen setzen, sondern auch die effektive Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit gewährleisten.

Es hat Zeiten gegeben – ich denke an die 1970’er und 1980’er Jahre – in denen die Verwaltungsgerichtsbarkeit sich einer heftigen und weit verbreiteten Kritik ausgesetzt sah. Sie überschreite ihre Kompetenzen, maße sich – besserwisserisch – an, den Gesetzgeber zu korrigieren, dies insbesondere unter dem Vorwand einer verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung, sie lasse der Verwaltung unter dem Vorwand einer verfassungsrechtlich gebotenen umfassen-

den Gesetzesgebundenheit und uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle keine Gestaltungsfreiräume, sie lege das Gesetz in einer Weise aus, die den Behörden die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bis an die Grenze der Unmöglichkeit erschwere. Dieser Vorwurf kam insbesondere von kommunaler Seite und betraf gerade auch die Anwendung des Städtebaurechts.

*Sendler*⁴, der frühere Präsident des BVerwG, hat in einem Vortrag auf dem Verwaltungsrichtertag 1983 in Berlin überzogene rechtliche Anforderungen an Planungsentscheidungen in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung kritisiert und dabei bemerkt, man könne bei so mancher verwaltungsgerichtlichen Entscheidung den Eindruck gewinnen, Verwaltungsrichter sähen den einzigen Zweck der Verwaltung darin, uneingeschränkt gerichtlich überprüft zu werden, und den der Verwaltungsgerichtsbarkeit darin, der Verwaltung fortlaufend Knüppel zwischen die Beine zu werfen. Der 4. Senat des BVerwG hat wiederholt gemahnt, dass – so wörtlich – „eine zu starke Verfeinerung der planerischen Aussagen das Planungsverfahren übermäßig – gegebenenfalls bis zur Grenze, an der die Aufstellung eines Bebauungsplans scheitern muss – belastet“⁵. Dem sog. Gebot der Konfliktbewältigung hat der 4. Senat den Grundsatz der planerischen Zurückhaltung⁶ entgegengesetzt, der es rechtfertigt, auf detaillierte Festsetzungen zur Konflikt-

⁴ Zur Unabhängigkeit des Verwaltungsrichters, NJW 1983, 1449.

⁵ BVerwG, B.v. 17.2.1984 – 4 B 191.83 – BVerwGE 69, 30 <35>.

⁶ BVerwG, B.v. 28.8.1987 – 4 N 1.86 – DVBl 1987, 1273 <1275>; U.v. 11.3.1988 – 4 C 56.84 – DVBl 1988, 845 <847>.

lösung zu verzichten, wenn der Konflikt auch, vielleicht sogar besser, auf andere Weise, z.B. bei Realisierung des Plans im Genehmigungsverfahren, gelöst werden kann. Und er hat es für verfehlt gehalten, „wenn die Verwaltungsgerichte ihre Sachaufklärungspflicht zum Anlass nähmen, in Verwaltungsstreitverfahren gleichsam ungefragt in eine Suche nach Fehlern in der Vor- und Entstehungsgeschichte eines Bebauungsplans einzutreten“.⁷

Die besagte Kritik ist inzwischen verstummt. Dies beruht, soweit es das Städtebaurecht betrifft, auf einer – vom BVerwG angeführten – „Selbstkorrektur“ der Rechtsprechung⁸, aber auch auf Korrekturen des Gesetzgebers. In neuerer Zeit gibt es sogar vereinzelt kritische Stimmen, die den Rechtsschutz gegenüber hoheitlichen Planungsentscheidungen durch die Gesetzgebung und die Rechtsprechung zur sog. Planerhaltung allzu sehr eingeschränkt sehen.

Lassen Sie mich die Rolle der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zwischen Gesetzgebung und administrativem Vollzug im Bereich des Städtebaurechts anhand einiger Beispiele kurz darstellen. Sie veranschaulichen das „Wechselspiel“, in dem Gesetzgebung, Rechtsprechung und administrativer Gesetzesvollzug im Bereich des Städtebaurechts stehen, und welchen Einfluss das auf die Rechtsentwicklung in der 50-jährigen Geschichte des Bundesbaurechts gehabt hat.

Dabei hat die Gesetzgebung gewiss gelegentlich eine nach ihrer Meinung in die falsche Richtung gehende Rechtsprechung durch Gesetzesänderungen korrigiert. *Krautzberger*⁹ hat eine Phase in der Städtebaugesetzgebung des Bundes ausgemacht, „die in hohem Maße auch als ‚Reflex‘ auf die Rechtsprechung des 4. Senats bezeichnet werden“ könne. Manchmal sei das Verhältnis als ein „Ping-Pong-Verfahren“ verstanden worden. Hier sei der Gesetzgeber einen Schritt voraus gegangen, aber von der Rechtsprechung zurückgeholt worden. Dort habe sich eine Rechtsprechung entwickelt, die durch eine gesetzgeberische Korrektur beantwortet worden sei. *Krautzberger* hat aber auch festgestellt, dass diese Phase überwunden und das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung viel differenzierter sei.

*Redeker*¹⁰ hat das Bundesbaugesetz von 1960 ob seines klaren Aufbaus, der Knappheit und Konzentration der Sprache und des hohen Abstraktionsgrades gerühmt und darin auch einen Grund gesehen, dass es fast 16 Jahre unverändert geblieben ist. Es sei deshalb aber auch „eine Herausforderung an die Rechtsprechung“ gewesen, „eine Aufforderung, in aller Bindung an den Gesetzestext Lösungen zu finden, die dem Wesen des sozialen Rechtsstaats entsprechen, gleichzeitig aber der praktischen Vernunft hinreichenden Raum lassen“. Vor diesem Hintergrund wird man besser verstehen können, weshalb die ersten Novellen zum

⁷ BVerwG, U.v. 7.9.1979 – 4 C 7.77 – DVBl 1980, 230.

⁸ Vgl. Schlichter, Baugesetzbuch oder „Selbstkorrektur“ der Rechtsprechung, ZfBR 1985, 107.

⁹ Krautzberger, Städtebau- und Umweltrecht zwischen Gesetzesrecht und Richter recht, in: Schmidt-Aßmann u.a., Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 801.

¹⁰ Redeker, Was wird aus dem Bundesbaugesetz?, DVBl 1982, 130.

Teil auch Korrekturen der Rechtsprechung des 4. Senats des BVerwG waren. Insgesamt betrachtet kann man, wie auch *Krautzberger*¹¹ betont und mit Beispielen belegt, das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung als „konstruktiv“ bezeichnen. Ganz überwiegend hat die Gesetzgebung die höchstrichterliche Rechtsfortbildung, insbesondere die ihr zugrunde liegende rechtsdogmatische Systembildung akzeptiert und darauf in den nachfolgenden Gesetzesnovellierungen aufgebaut. Zu nennen sind vor allem die nähere Ausgestaltung der Rechtsinstitute der gemeindlichen Planungshoheit, der planerischen Gestaltungsfreiheit und des sie strukturierenden Abwägungsgebots, aber auch die Klärung des Regelungsgehalts der Zulässigkeitstatbestände der §§ 30, 33, 34 und 35 und deren Verhältnis zueinander.

Der Gesetzgeber hat darüber hinaus auch in verschiedenen Gesetzesnovellierungen Anstöße und Anregungen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgenommen und umgesetzt. Zu nennen sind z.B. der vorhabenbezogenen Bebauungsplan¹², städtebauliche Verträge¹³, das Verhältnis zwischen Bauplanungsrecht und naturschutzrechtlicher Eingriffs- und Ausgleichsregelung¹⁴ und die Ausschlusswirkung von

Darstellungen des Flächennutzungsplans für die Zulässigkeit von Außenbereichsvorhaben, etwa von Abgrabungen zur Gewinnung von Kiesen und Sanden¹⁵ oder von Windenergieanlagen¹⁶, nach § 35 Abs.3 Satz 3 BauGB.

Differenzen, die zu gesetzgeberischen Korrekturen der Rechtsprechung des 4. Senats des BVerwG oder zu ergänzenden Regelungen geführt haben, gab es im Wesentlichen nur bei einzelnen Vorschriften über die Zulässigkeit von Vorhaben.

Ein frühes Beispiel ist die Interpretation des § 34 BBauG in der Fassung von 1960, wonach innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ein Vorhaben zulässig war, wenn es nach der vorhandenen Bebauung und Erschließung unbedenklich war. Das BVerwG¹⁷ hatte das dahin interpretiert, das neue Vorhaben müsse sich nicht – positiv – in die vorhandene Bebauung einfügen. Es genüge, dass es ihr nicht widerspreche, die vorhandene Situation nicht mehr als nur geringfügig verschlechtere. Ob diese Auslegung zwingend war, mag dahinstehen. Ihr lag die Vorstellung zugrunde, auch in bebauten Ortsteilen komme zur positiven Steuerung der städtebaulichen Entwicklung nur der Bebauungsplan in Betracht. Das war ursprünglich wohl auch die Vorstellung des Gesetzgebers gewesen, hatte sich jedoch in der administrativen Praxis schon bald als unrealistisch erwiesen. Nun sah der Gesetzgeber in dem auf ein Verschlechterungsverbot reduzierten Maßstab

¹¹ a.a.O.

¹² Vgl. BVerwG, B.v. 28.8.1987 – 4 N 1.86 – DVBl 1987, 1273; U.v. 18.9.2003 – 4 CN 3.02 – BVerwGE 119, 45.

¹³ Vgl. BVerwG, U.v. 6.7.1973 – 4 C 22.72 – BVerwGE 42, 331; U.v. 14.11.1975 – 4 C 84.73 – BVerwGE 49, 359; U.v. 1.2.1980 – 4 C 40.77 – DVBl 1980, 686; U.v. 6.7.1984 – 4 C 24.80 – DÖV 1985, 32; U.v. 15.12.1989 – 7 C 6.88 – BVerwGE 84, 236; U.v. 11.2.1993 – 4 C 18.91 – BVerwGE 92, 56.

¹⁴ Vgl. BVerwG, B.v. 31.1.1997 – 4 NB 27.96 – BVerwGE 104, 68.

¹⁵ Vgl. BVerwG, U.v. 22.5.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300.

¹⁶ Vgl. BVerwG, U.v. 16.6.1994 – 4 C 20.93 – BVerwGE 96, 95 <105 f.>.

¹⁷ U.v. 23.4.1968 – 4 C 12.67 – BVerwGE 32, 31 <32>.

„die Gefahr einer ungeordneten und insbesondere unkontrollierten städtebaulichen Entwicklung innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile“¹⁸ und ersetzte in der BBauG-Novelle 1976 den Unbedenklichkeitsmaßstab durch den vom BVerwG abgelehnten Maßstab des Einfügens in die Eigenart der näheren Umgebung. Außerdem erklärte er – auch damit das BVerwG korrigierend – für bebaute Ortsteile, die einem der Baugebiete der Baunutzungsverordnung entsprechen, die jeweilige Baugebietsvorschrift der Baunutzungsverordnung für anwendbar. Das BVerwG hat den neuen Maßstab des Einfügens schon bald in einer Weise konkretisiert, wie sie noch heute gültig ist und sich auch in der Verwaltungspraxis bewährt hat¹⁹.

Anlass zu häufigeren Korrekturen hat die höchstrichterliche Rechtsprechung und hat der ständige politische Kampf um die Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich dem Gesetzgeber gegeben. Es hat wohl bisher keine Novellierung des Bundesbaugesetzes und des Baugesetzbuches gegeben, in der § 35 nicht geändert oder ergänzt worden wäre. Die stringente Anwendung des § 35 in der Rechtsprechung des BVerwG führte dazu, dass bestimmte Nutzungsinteressen im Außenbereich rechtlich nicht bedient werden konnten. Das BVerwG hat es stets als ein zentrales Ziel des Gesetzes angesehen, eine geordnete städtebauliche Entwicklung mit dem dafür geschaffenen Instrumentarium der Bauleitplanung zu gewährleisten, und die Funktion des Außenbereichs darin gesehen, der Land- und Forstwirtschaft sowie der Erholung der Allgemeinheit zu dienen,

so dass er grundsätzlich von Bebauung freizuhalten sei. Vielleicht hätte es nicht der vielen Änderungen und Ergänzungen des § 35 bedurft, wenn das BVerwG die Worte „können zugelassen werden“ in § 35 Abs.2 für sonstige Vorhaben nicht im Sinne „dürfen nur zugelassen werden“ ausgelegt hätte – die dafür gegebene Begründung überzeugt jedenfalls nicht – und wenn es nicht jegliche, auch nur geringfügige Beeinträchtigung öffentlicher Belange als Grund zur Versagung der Genehmigung hätte ausreichen lassen. Die Zuerkennung eines Ermessensspielraums für die Baugenehmigungsbehörde bei mehr Raum für eine Gewichtung und Bewertung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall hätte eine flexiblere und deshalb der jeweiligen Interessenlage gerechter werdende Gesetzesanwendung ermöglicht. Allerdings hätte die Rechtsprechung wohl sehr viel länger gebraucht, eine hinreichend rechtssichere Kasuistik zu entwickeln, wie sie jetzt Gesetzesrecht ist. Gleichwohl beschäftigt § 35, ursprünglich eine relativ kurze Vorschrift, heute die an Text bei weitem längste des Baugesetzbuchs, die Verwaltungsgerichte wie keine andere. Zu keiner anderen gibt es mehr Entscheidungen des BVerwG.

Was das Verhältnis zur administrativen Umsetzung des Städtebaurechts betrifft, so hat die höchstrichterliche Rechtsprechung die Stellung der Gemeinden als Träger der Bauleitplanung materiellrechtlich wie auch verfahrensrechtlich gestärkt.

Ich nenne z.B. die starke Stellung, die die Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit auch im Baugenehmigungsverfahren vor allem aufgrund des Einvernehmensvorbe-

¹⁸ BT-Drs. 7/2496, S. 48.

¹⁹ U.v. 26.5.1978 – 4 C 9.77 – BVerwGE 55, 369.

halts nach § 36 BauGB hat.²⁰ Noch wichtiger für die Gemeinden ist, welchen Raum die Verwaltungsgerichte bei der Kontrolle von Bauleitplänen der von *Redeker*²¹ geforderten „praktischen Vernunft“ lassen. Das BVerwG hatte schon vor der Einführung von Regelungen zur Planerhaltung in zahlreichen Entscheidungen die Linie verfolgt, Bauleitpläne nicht an geringfügigen Fehlern scheitern zu lassen, den Inhalt von Festsetzungen, die unbestimmt, widersprüchlich oder unzulässig erschienen, durch Auslegung zu ermitteln, statt den Bebauungsplan für unwirksam zu halten und, wenn dies nicht möglich ist, zu prüfen, ob statt einer Unwirksamkeit des Plans insgesamt eine Teilunwirksamkeit in Betracht kommt.²² Die Praxis einiger Oberverwaltungsgerichte war bis weit in die 1980’er Jahre hinein allerdings eine andere. Die Quote der im Normenkontrollverfahren für ungültig erklärten Bebauungspläne reichte bei einem Oberverwaltungsgericht in einzelnen Jahren an 90 % heran. Das BVerwG konnte ursprünglich nur im Wege der Incident-Kontrolle von Bauleitplänen klärend eingreifen. Von Normenkontrollverfahren war es bis zur bundesweiten Einführung der Normenkontrollklage im Zusammenhang mit der BBauG-Novelle 1976 gänzlich, danach bis zur Einführung der Nichtvorlagebeschwerde im Zusammenhang mit dem Baugesetzbuch 1986 nahezu ganz ausgeschlossen. Den Anstoß für die Einführung einer Vorlagepflicht und einer Nichtvorla-

gebeschwerde in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung oder der Divergenz hatte übrigens das BVerwG in dem viel beachteten Beschluss vom 17.2.1984²³ über eine seinerzeit gesetzlich gar nicht statthafte Beschwerde gegen eine Normenkontrollentscheidung gegeben, mit der das OVG Berlin – das sog. Gebot der Konfliktbewältigung auf die Spitze treibend – einen Bebauungsplan für das Kraftwerk Reuter für nichtig erklärt hatte. Nach Einführung der Nichtvorlagebeschwerde und – später – der Revision in Normenkontrollverfahren hat das BVerwG in einer Vielzahl von Normenkontrollentscheidungen viele der Planerhaltung dienende Klärungen herbeiführen und die ursprünglich weithin gegenläufige Tendenz der Oberverwaltungsgerichte umkehren können.

Ich erwähnte bereits, dass Rechtsfortbildung Aufgabe vor allem der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist. Das gilt nicht nur für die Konkretisierung unbestimmter, der Auslegung bedürftiger Rechtsbegriffe. Die Gerichte sind befugt und sogar verpflichtet, Rechtslücken durch eine auf den konkreten Fall bezogene, am Sinn und Zweck bestehender gesetzlicher Regelungen, vor allem auch am Geiste der Verfassung orientierte Entscheidung zu schließen. Das ist das eigentliche Feld von Richterrecht. Für das Verwaltungsrecht, auch das öffentliche Baurecht, ist das aber – anders als z.B. für das Arbeitsrecht – eher die Ausnahme; denn es ist wegen des Gesetzesvorbehalts für Eingriffe in die Rechts- und Freiheitssphäre natürlicher und juristischer Personen rechtlich weitgehend „durchnormiert“. Gleichwohl gibt es Richterrecht

²⁰ Vgl. z.B. BVerwG, U.v. 19.11.1965 - 4 C 133.65 - DVBl 1966, 181; U.v. 7.2.1986 - 4 C 43.83 - NVwZ 1986, 556; U.v. 12.12.1991 - 4 C 31.89 - NVwZ 1992, 878.

²¹ a.a.O. (Fn 10).

²² Dazu im Einzelnen Gaentzsch, Rechtsfolgen von Fehlern bei der Aufstellung von Bauleitpläne, Festschrift für Felix Weyreuther, 1993, 249 ff.

²³ Oben Fn 6.

auch im Städtebaurecht. Markanteste Beispiele sind das öffentliche Baunachbarrecht und der baurechtliche Bestandsschutz.

Zum baurechtlichen Bestandsschutz trifft das BauGB nur punktuelle Regelungen für spezielle Fallgruppen, nämlich für die Fälle der Veränderungssperre bei Aufstellung eines Bebauungsplan (§ 14 Abs.3) und bei der Umlegung (§ 51 Abs.2) sowie für Vorhaben der Nutzung, Erweiterung oder Wiederrichtung eines baulichen Bestandes im Außenbereich, denen nach § 35 Abs.4 bestimmte öffentliche Belange nicht entgegengehalten werden können. Darüber hinaus gibt es eine Reihe anderer Fallgruppen, in denen sich die Rechtsprechung mit der Frage des Bestandsschutzes auseinandergesetzt hat. Ich beschränke mich hier auf die Aussage, dass die Rechtsprechung auch des BVerwG einige, später von ihr selbst wieder korrigierte Irrwege gegangen ist, wie die Ableitung von Bestandsschutz unmittelbar aus Art. 14 des Grundgesetzes, und dass einige Fragen immer noch nicht zweifelsfrei geklärt sind.

Zum öffentlichen Baunachbarrecht sagte das Bundesbaugesetz und sagt auch das Baugesetzbuch kein Wort. Im Vorfeld von Gesetzesnovellen ist mehrfach diskutiert worden, ob der bundesbaurechtliche Drittschutz gesetzlich geregelt werden sollte. Man hat jedes Mal davon Abstand genommen, weil man meinte, dies der Rechtsprechung überlassen zu sollen. Für die Baurechtsbehörden war der Nachbar, der bei der Erteilung einer Baugenehmigung „ein Wörtchen mitreden“ wollte und sich sogar „anmaßte“, eine erteilte Baugenehmigung anzufechten, seit jeher ein „ungebetener Gast“. Das Preußische Oberverwaltungsge-

richt hatte Vorschriften des öffentlichen Baurechts schlechthin drittschützenden Charakter abgesprochen. Das BVerwG hat allerdings bereits 1954, d.h. vor Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes, grundsätzlich anerkannt, dass die Erteilung einer Baugenehmigung unter Verstoß gegen städtebaurechtliche Vorschriften eine Klagebefugnis des Nachbarn begründen könne, wenn die jeweilige Vorschrift ausschließlich oder doch zum Teil dem Schutz Dritter, insbesondere der Nachbarn, zu dienen bestimmt ist.²⁴ Die damit höchstrichterlich erstmals anerkannte sog. Schutznormtheorie in ausdrücklicher Abkehr vom Preußischen Oberverwaltungsgericht hat das BVerwG mit der veränderten verfassungsrechtlichen Grundlage begründet, die durch den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG und die Rechtswegverbürgung des Art. 19 Abs.4 GG gegenüber hoheitlichen Eingriffen geprägt ist.²⁵ Inzwischen gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung zum öffentlichen Baunachbarrecht. Der lange Weg dieser richterlichen Rechtsschöpfung ist nicht frei von Irrwegen und deren „Selbstkorrektur“.

Das baurechtliche Rücksichtnahmegebot, eine Schöpfung des 4. Senats des BVerwG, ist 1982 von *Breuer*²⁶ als ein „Irrgarten des Richterrechts“ gegeißelt worden, mit Recht, wenn man sieht, mit welcher „Inbrunst“ es zum Teil von den Tatsachengerichten aufgegriffen worden ist und aufgrund subjektiver, von gesetzlichen Zulässigkeitstatbeständen losgelöster Wertungen zur Aufhe-

²⁴ BVerwG, B.v. 25.2.1954 – 1 B 196.53 – BVerwGE 1, 83.

²⁵ BVerwG, U.v. 5.10.1965 – 4 C 3.65 – BVerwGE 22, 129.

²⁶ DVBl 1982, 1065.

bung von Baugenehmigungen geführt hat. Von dieser Entwicklung erschrocken, hat das BVerwG fortan jede sich bietende Gelegenheit genutzt, darauf hinzuweisen, dass es ein vom Gesetz losgelöstes oder gar über ihm stehendes Rücksichtnahmegebot nicht gibt. Es diene nur der Auslegung und Konkretisierung einzelner gesetzlicher Tatbestandsmerkmale. Ich bin mir nicht sicher, ob der 4. Senat dieser Linie immer treu geblieben ist. Das betrifft nicht nur die Wortwahl. In einem Beschluss vom 11.12. 2006²⁷ hat er – unter Rückfall auf eine zum Rücksichtnahmegebot noch „vorkritische“ Rechtsprechung²⁸ – ein drittschützendes Rücksichtnahmegebot als ungeschriebenen öffentlichen Belang im Sinne des § 35 Abs.3 Satz 1 BauGB anerkannt. Damit ist, wie ich befürchte, die von *Breuer*²⁹ zu Recht kritisierte „fatale Offenheit“ eines drittschützenden Rücksichtnahmegebots im Anwendungsbereich des § 35 BauGB wieder hergestellt.

Die Entwicklung des baurechtlichen Drittschutzes ist trotz des weiten Feldes, das er mit der Rechtsprechung des BVerwG inzwischen für sich erobert hat, sicherlich noch nicht abgeschlossen. Weiterer Klärung bedürfen m.E.’s z.B. noch Fragen nachbarlicher Ansprüche auf Folgenbeseitigung oder auf Ausgleich in Geld aus öffentlichem Recht bei rechtswidrig geschaffenem Bestand³⁰ und – last but not least – der Dritt-

schutz aus Vorschriften mit europarechtlichem Hintergrund. Das Europarecht ist ganz offensichtlich in weit stärkerem Maße als bisher das deutsche Verwaltungsrecht darauf angelegt, zumindest auch dem Schutz Dritter zu dienen. Die sog. Schutznormtheorie ist – entgegen manchen anderslautenden Behauptungen – m.E.’s europarechtstauglich; denn sie stellt auf den Schutzzweck der jeweiligen Norm ab, und eine Europarecht umsetzende Norm des nationalen Rechts ist, was den Schutzzweck betrifft, europarechtskonform auszulegen.

Gestatten Sie mir zum Abschluss noch eine persönliche Bemerkung: Richter sind, wie jeder Mensch, nicht gegen Irrtümer gefeit. Sie haben im Streitfall das letzte Wort, was Recht ist. Deshalb wäre es besonders fatal, wenn sie ihre Erkenntnisse fern der Realität in einem Elfenbeinturm der Theorie und der Rechtsdogmatik gewännen. Ich bin froh, dass ich in zwei Senaten des BVerwG, dem 4. und dem 7., habe arbeiten dürfen, in denen der Dialog außerhalb des Gerichtssaals mit Vertretern der Gesetzgebung, der Verwaltung, der Anwaltschaft als Repräsentanten der Rechtssuchenden, der Wissenschaft und mit Kollegen anderer Gerichte und Gerichtsbarkeiten selbstverständliche Praxis war. Meinen Vorgänger als Vorsitzenden des 4. Senats, *Otto Schlichter*, und meine Vorsitzenden im 7. Senat, die Präsidenten *Sendler* und *Franßen*, möchte ich dabei besonders hervorheben. Sie waren, wie auch die anderen Senatskollegen, stets bereit, sich der Diskussion und der Kritik zu stellen, auf den verschiedensten Foren und Veranstaltungen. Dabei gab es viele Anregungen und Anstöße zum Überdenken bisheriger Positionen. Ich denke auch an den Gedankenaustausch mit den Richtern des

²⁷ – 4 B 72.06 – BRS 70 Nr.176; ZfBR 2007, 275.

²⁸ BVerwG, U.v. 25.2.1977 – 4 C 22.75 – BVerwGE 52, 122, sog. Schweinemästerfall; U.v. 13.3.1981 – 4 C 1.78 – DVBl 1981, 928.

²⁹ a.a.O. (Fn.26).

³⁰ Dazu z.B. *Gaentzsch*, Zur strukturellen Schwäche des öffentlichen Baunachbarrechts im bauaufsichtlichen Vollzug, Festschrift für *Michael Krautzbeger* zum 65. Geburtstag, 2008, S. 19.

u.a. für das Amtshaftungsrecht und das Entschädigungsrecht zuständigen III. Zivilsenats und des für das private Immissionschutzrecht zuständigen V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in der Richterakademie in Trier und in Wustrau. Er hat zur Angleichung mancher divergierender Rechtsauffassungen geführt, u.a. auch zu einer Harmonisierung der immissionsschutzrechtlichen Maßstäbe des öffentlichen und des privaten Nachbarrechts, was sogar den Gesetzgeber zu einer klarstellenden Ergänzung des § 906 BGB bewogen hat. Aber auch der regelmäßige Gedankenaustausch mit den Kollegen der Verwaltungs- und der Oberverwaltungsgerichte in der Richterakademie hat zum gegenseitigen Verständnis und zur Überwindung von Meinungsverschiedenheiten mehr bewirkt als der formale „Dialog“ im prozessrechtlich vorgegebenen Instanzenzug. Ich freue mich, dass meine Nachfolger im 4. Senat, Herr *Paetow* und seit 2008 Herr *Rubel*, diese Tradition fortgesetzt haben.

MDir'in Oda Scheibelhuber

Zukunftsperspektiven der Städtebaupolitik des Bundes

Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrter Herr von Loewenich, sehr geehrter Herr Dr. Gaentzsch, sehr geehrter Herr Professor Battis, sehr geehrter Herr Kiepe, sehr geehrter Herr Portz, sehr geehrter Herr Professor Krautzberger,

einen ganz herzlichen Dank für Ihre interessanten Vorträge, die uns so plastisch, so kenntnisreich und auch humorvoll Bedeutung, Geschichte und – nicht zuletzt – die Zukunft des Baugesetzbuchs aufgezeigt haben.

Sehr geehrte Expertinnen und Experten der „Berliner Gespräche“: Auch Ihnen noch einmal meinen ganz herzlichen Dank für Ihre engagierte Arbeit in den vergangenen Monaten. Ich hatte Gelegenheit, an allen vier Gesprächen persönlich teilzunehmen und darf sagen, dass die Ergebnisse eine gute Grundlage für die von uns angestrebte Novelle sind.

Aus dem breitgefächerten Fundus, über den Sie diskutiert und beraten haben, möchte ich hier vier Problemkreise herausgreifen:

1. Quartiersbezogene Lösungen zum Klimaschutz,
2. Schrottimmobilien,
3. Repowering und
4. Artenschutz im Innenbereich.

Mit einem neuen quartiersbezogenen Ansatz wollen wir wichtige Impulse für eine klimagerechte Stadterneuerung setzen.

Die besonderen städtebaulichen Maßnahmen, wie die Sanierungs- und Stadumbaumaßnahmen, sollen zwar bereits jetzt schon auch zum Umweltschutz beitragen. Wir wollen aber darüber hinausgehen. Ziel ist die Verzahnung klimaschonender Aspekte mit sonstigen städtebaulichen, insbesondere stadtgestalterischen Belangen.

Für eine solche klimagerechte Stadterneuerung braucht es eine konzeptionelle Grundlage, die man sich in Form eines städtebaulichen Erneuerungskonzepts vorstellen kann – eines Konzeptes, das von der Gemeinde unter Beteiligung und Mitwirkung der Eigentümer, Mieter, Pächter und sonstigen Betroffenen erstellt wird. In einem solchem Konzept wäre darzustellen, auf welche Weise klimaschonende Belange mit sonstigen städtebaulichen Belangen kombiniert bzw. in Ausgleich gebracht werden können. Es geht also um einen integrativen und partizipatorischen Ansatz.

In dem städtebaulichen Erneuerungskonzept könnte z. B. dargestellt werden, wie der Energieverbrauch von Altbauten, bei denen z.B. eine Wärmedämmung das Erscheinungsbild beeinträchtigen würden, durch gebäudeübergreifende, eben quartiersbezogene Maßnahmen, klimafreundlicher

gedeckt werden kann. Das kann dann etwa die gemeinsame Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen, Blockheizkraftwerken oder auch Erdwärme sein.

Das zweite Thema, das ich im Hinblick auf die Novellierung ansprechen will, sind die so genannten Schrottimmobilien.

In dauerhaft ungenutzten und dann häufig verwahrlosten Häusern sehen wir eine ernste stadtentwicklungspolitische Herausforderung. Hier ist z.B. über eine Fortentwicklung des Rückbaugebots des § 179 BauGB nachzudenken. Das Rückbaugebot greift bisher nur innerhalb von Bebauungsplangebieten – es ist also planakzessorisch. Des Weiteren begründet es lediglich eine Duldungspflicht des Eigentümers, während der Rückbau selbst von der Gemeinde durchzuführen und auch von der Gemeinde zu finanzieren ist.

Vor diesem Hintergrund ist es denkbar, bei sog. Schrottimmobilien die Planakzessorität einzuschränken und die Kosten des Rückbaus vermehrt den Eigentümern aufzuerlegen.

Zum dritten Thema:

Am 28. September dieses Jahres hat die Bundesregierung ihr Energiekonzept verabschiedet und darin u. a. vorgesehen, dass wir das Repowering von Windenergieanlagen durch Änderungen im Baugesetzbuch unterstützen. Beim Repowering geht es um das Ersetzen vieler älterer Windenergieanlagen mit geringerer Leistung, wie sie vor allem in den 1990er Jahren errichtet worden sind, durch wenige, dafür modernere und leistungsfähige Anlagen. Das Repowering soll dabei nicht nur die Energieeffizienz steigern, sondern auch das

Landschaftsbild entlasten. Denn vielfach wurden Windräder früher vereinzelt und an letztlich städtebaulich ungeeigneten Standorten errichtet, was nicht nur zu einer regelrechten „Verspargelung“ der Landschaft führen konnte, sondern auch die Akzeptanz der Windenergie erschwerte.

Bereits das geltende Recht ermöglicht es den Kommunen, durch Bauleitpläne und städtebaulicher Verträge das Repowering voranzubringen. Eine Änderung dieser Grundlagen ist daher weder zielführend noch beabsichtigt. Gleichwohl kann der Gesetzgeber unterstützend eingreifen, um Zweifelsfragen zu klären und noch bestehende Hemmnisse zu beseitigen.

Ich komme nun zum vierten Thema, das ich herausgreifen will: Artenschutz im Innenbereich.

Uns liegt der Umwelt- und Klimaschutz am Herzen! Uns liegt es ebenso am Herzen, dass sich unsere Städte und Gemeinden in erster Linie nach innen entwickeln und eine Inanspruchnahme von Flächen auf der „grünen Wiese“ weitestgehend unterbleibt. Leider kann dies auf Grund artenschutzrechtlicher Vorgaben zuweilen aufwändiger und kostenintensiver als erforderlich sein:

Der Anwendungsbereich des Artenschutzes ist auf Grund der jüngeren Rechtsprechung des EuGH und der in Umsetzung dieser Rechtsprechung erlassenen sog. „Kleinen BNatSchG-Novelle“ deutlich breiter geworden. Dies hat auch Auswirkungen auf die Bauleitplanung. Zwar richten sich die artenschutzrechtlichen Verbote nicht an die planende Gemeinde. Aber die Gemeinden können keine Bebauungspläne aufstellen, die wegen eines Verstoßes gegen arten-

schutzrechtliche Vorgaben später nicht umgesetzt werden dürfen, die also vollzugsunfähig sind. In den „Berliner Gesprächen“ haben wir intensiv darüber diskutiert, dass hier Entlastungen wünschenswert sind, die – natürlich nur in europarechtlich zulässiger Weise - bei Bebauungsplänen und Bauvorhaben im beplanten oder nicht beplanten Innenbereich gleichsam eine Beweislastumkehr ermöglichen. Denn wenn auf die bauliche Inanspruchnahme neuer Flächen im Außenbereich verzichtet wird, ist es nur angemessen, dass die artenschutzrechtlichen Vorgaben im Innenbereich „in der Regel“ als erfüllt angesehen werden können.

Meine Damen und Herren, ich bin mir bewusst, dass wir damit ein schwieriges Terrain betreten. Denn ein solcher gesetzgeberischer Vorschlag wird voraussichtlich weder innerhalb in der Bundesregierung noch im Rahmen der Länder- und Verbändebeeteiligung unumstritten bleiben. Hier wird also eine Menge Arbeit auf uns zukommen – womit ich bei meinem nächsten Stichwort bin.

Wir haben mit den „Berliner Gesprächen“ eine hervorragende Grundlage für die Bauplanungsrechtsnovelle erhalten. Für das Ministerium beginnt jetzt die eigentliche Gesetzgebungsarbeit.

In vielen Fragestellungen haben wir von Ihnen in den „Berliner Gesprächen“ klare Empfehlungen erhalten. In anderen Fragen – ich denke da z.B. an die Problematik von Intensivtierhaltungsanlagen im Außenbereich oder aber auch an die Steuerung von Spielhallenansiedlungen und die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Tätigwerdens – blieb das Meinungsspektrum breit

gefächert und wir werden im Hause politisch über das weitere Vorgehen zu entscheiden haben.

Zugleich geht es schlicht darum, dass wir das politisch Gewollte in Gesetzesformulierungen transformieren, also einen Gesetzesentwurf erarbeiten, der dann die Grundlage der weiteren Abstimmungen wird.

Meine Damen und Herren, Herr Minister Dr. Ramsauer hat schon angekündigt, dass die Novellierung doch zügiger durchgeführt werden soll als zunächst geplant. Wir planen also einen Abschluss des Verfahrens noch im Jahr 2011. Das Gesetzgebungsverfahren werden wir mit der gebotenen Qualität vorbereiten und begleiten.

Insbesondere beabsichtigen wir, wieder ein Planspiel mit ausgewählten Kommunen durchführen. Die Durchführung von Planspielen ist fast ein Alleinstellungsmerkmal der Baugesetzgebung. Dabei liegt es doch eigentlich auf der Hand, dass die Praxistauglichkeit und auch Verständlichkeit von Regelungen am ehesten dadurch sichergestellt werden kann, dass die eigentlichen Adressaten des Gesetzes dieses noch vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens probeweise anwenden, den Gesetzesentwurf also einem Praxistest unterziehen.

In der Baugesetzgebung ist ein Planspiel erstmals 1976 unter dem damaligen Bundesbauminister Ravens durchgeführt worden. Und da es sich außerordentlich gut bewährt hat, wird ein Planspiel seitdem bei jeder bedeutenderen Novellierung des BauGB durchgeführt und den Abgeordneten im Rahmen der Ausschussberatungen vorgestellt.

Meine Damen und Herren Experten, die Bauplanungsrechtsnovelle wird nach unserer Einschätzung mit schlanken, zielgenauen Änderungen auskommen – doch mit diesen Änderungen wird ein ungewöhnlich breites Spektrum aktueller, städtebaulicher Problemlagen aufgegriffen und einer Lösung zugeführt. Ohne Sie, verehrte Damen und Herren Experten, wären wir zu diesem Zeitpunkt noch nicht so weit, im nächsten Jahr das Gesetzgebungsverfahren einzuleiten. Deshalb nochmals Ihnen meinen herzlichen Dank! Verbunden mit der herzlichen Einladung an Sie alle, beim anschließenden Empfang im hinteren Teil des Saales miteinander ins Gespräch zu kommen.

Vielen Dank!

Berliner Gespräche zum Städtebaurecht

*Teil 2:
Thesepapiere zu den
Berliner Gesprächen
zum Städtebaurecht*

Berliner Gespräche zum Städtebaurecht

Klimaschutz und Förderung erneuerbarer Energien im Städtebaurecht

Thesenpapiere zur ersten Gesprächsrunde am 11. Juni 2010 in Berlin

Prof. Dr. Stephan Mitschang

Novellierungsmöglichkeiten und Erfordernisse zu Klimaschutz und Klimaanpassung im Allgemeinen Städtebau-recht

Verhältnis zum Energiefachrecht sowie Klimaschutzklausel

Funktion des Städtebaurecht und Verhältnis zum Energiefachrecht

a) Nach der Rechtsprechung (BVerfGE 3, 407, 424); vgl. ferner auch BVerfGE 34, 139, 144; BVerwG, NVwZ 2008, S. 311) können nur solche Vorschriften auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG – Bodenrecht – erlassen werden, „die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtliche Beziehung des Menschen zum Grund und Boden regeln.“ Bei der klimaschützenden Stadterneuerung geht es um die räumlich-funktionale Gestaltung der Grundstücksnutzung vor allem im Hinblick auf eine klimaschonende Bauweise und eine Grundstücksnutzung für die klimaschonende Energiegewinnung. Neben den sozialen, ökonomischen und ökologischen Belangen des Städtebaus sind deshalb auch die Auswirkungen der von den Gemeinden geplanten Bodennutzung auf das globale Klima zu berücksichtigen, damit einhergehende bodennutzungsrechtliche Konflikte zu lösen und planungsrechtlich entsprechende Vorsorge zu leisten. Die einfachgesetzliche Umsetzung des Konzepts der klimaschützen-

den Stadterneuerung im Baugesetzbuch kann auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG erfolgen, da sein Anknüpfungspunkt die Nutzung von Grund und Boden ist. Es handelt sich hierbei um originäres Bodenrecht.

b) Auch gemeinschaftsrechtlich ist der bodenrechtliche Bezug von Klimaschutz-aufgaben anerkannt (vgl. Leipzig-Charta).

c) Der Gesetzgeber erteilt – ausweislich des gesetzlichen Regelungskonzepts, des Gesetzeswortlauts und der Gesetzesbegründung – den Gemeinden mit der Ausgestaltung der klimaschützenden Stadterneuerung im Baugesetzbuch allerdings kein allgemeines klimapolitisches Mandat, sondern hat sich vielmehr für ein Regelungskonzept entschieden, welches in der konkreten Nutzung von Grund und Boden dem Ziel eines nachhaltigen allgemeinen Klimaschutzes Rechnung tragen soll. Die Umsetzung dieses Regelungskonzepts der klimaschützenden Stadterneuerung im Baugesetzbuch kann folglich nach dem vorliegend entwickelten Neuansatz auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG erfolgen, da sein Anknüpfungspunkt die Nutzung von Grund und Boden im Interesse ei-

nes nachhaltigen allgemeinen Klimaschutz ist.

d) Die Gesetzgebungskompetenzen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG überschneiden sich hinsichtlich der Energiewirtschaft mit denen der Bodennutzung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. So fallen unter die Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG neben unmittelbar verbrauchsbeschränkenden Regelungen und der Förderung der Elektrizitätserzeugung aus Erneuerbaren Energien auch der rationelle und sparsame Umgang mit Energie als Materie der Energieeinsparung. Fragen der Energieeinsparung stellen sich neben dem anlagebezogenen Fachrecht vor allem im allgemeinen Gebäudebestand und betreffen den Energieverbrauch in bzw. durch Gebäude, soweit die gesetzlichen Regelungen zumindest mittelbare Auswirkungen auf die Energiewirtschaft haben. Damit wird dem Bundesgesetzgeber zugleich die Möglichkeit eröffnet, auch planerische Standortregelungen für eine energiesparende Energiegewinnung und Energieverteilung zu treffen, die dem Klimaschutz dienen.

e) Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG eröffnet dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit, auch zentrale Aspekte des Klimaschutzes gesetzlich zu regeln, weil die Luftreinhaltung den Schutz vor und die Beseitigung von Verunreinigungen i. S. einer Veränderung der natürlichen Zusammensetzung der Luft umfasst. Folglich können auf der Grundlage dieses Kompetenztitels Regelungen erlassen werden, die der unmittelbaren Vorsorge und Abwehr von Luftverunreinigungen dienen (z. B. durch Gebäude bzw. Bauweisen). Deshalb lassen sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG städtebauliche Regelungen der

Bauleitplanung stützen, die sich unmittelbar auf eine Verbesserung der Luft beziehen, wie beispielweise entsprechende planerische Festsetzungen einer das Umweltmedium Luft schonenden Bauweise.

f) Der Kompetenztitel in Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG eröffnet dem Bundesgesetzgeber nicht nur die Möglichkeit, Regelungen zur Abwehr von Gefahren, sondern auch zur gestalterischen Verbesserung von Natur und Landschaft zu erlassen. Im Hinblick auf das Konzept der klimaschützenden Stadterneuerung trägt der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG auch Regelungen zum Naturschutz innerhalb von Städten, die durch eine naturbezogene Nutzung von Grund und Boden einen Beitrag zum Klimaschutz treffen.

g) Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Regelung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG (Bodenrecht) eine umfassende Kompetenzgrundlage bietet, um das Konzept der klimaschützenden Stadterneuerung im Baugesetzbuch umzusetzen. Daneben werden einzelne Aspekte des Konzepts der klimaschützenden Stadterneuerung auch zusätzlich durch die Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Energiewirtschaft), Nr. 24 (Luftreinhaltung) und Nr. 29 (Naturschutz) GG abgedeckt. Gleichwohl erweist es sich als sinnvoll, das Städtebaurecht lediglich flankierend zum Energiefachrecht, bei dem es vorwiegend um fachbezogene Regelungen geht, die nicht nur die jeweiligen Energieanlagen und ihre Netze betreffen, sondern auch Anlagen- und Netzbetreiber hinsichtlich bestimmter Aufgaben in die Pflicht nehmen zur Anwendung zu bringen.

Klimaschutzklausel

a) Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Im Sinne eines eigenständigen Aufgabenkreises umfasst dieses alle „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben.“ Unter diese Definition fällt die kommunale Planungshoheit, nach der die Gemeinden über das Recht verfügen, voraussehbare Entwicklungen längerfristig zu steuern und insbesondere für das eigene Gebiet die Bodennutzung festzulegen. Infolgedessen überträgt Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG den Gemeinden die Bauleitplanung und Stadtentwicklung als eigenständige kommunale Aufgabe.

b) Die klimaschützende Stadterneuerung ist ein zentraler Bestandteil der Bauleitplanung, so dass auch sie von der verfassungsrechtlichen Aufgabenzuweisung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG an die Kommunen erfasst wird. Sie verfolgt damit nicht unmittelbar ein allgemeines klimapolitisches Mandat, das ihr verfassungsrechtlich auch nicht unter Berufung auf Art. 20a GG zukommt. Vielmehr schützt sie das allgemeine Klima mittelbar über die Bodennutzung als eine Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft und damit als ein städtebauliches Erfordernis gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB bzw. einen „städtebaulichen Grund“ nach § 9 Abs. 1 BauGB.

c) Schon die systematische Auslegung des Baugesetzbuchs zeigt im Hinblick auf die planungsrechtliche Motivation der Stadtentwicklung, dass diese zwar an die Bodennutzung anknüpfen, aber nicht pri-

mär bodenrechtlich motiviert sein muss. So sind die Belange des Tier-, des Pflanzen-, des Boden-, des Landschafts- und des Biodiversitätsschutzes (§ 1 Abs. 6 Nr. 7a BauGB) ebenso wenig primär städtebaulich motiviert wie etwa die Erhaltung, Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen (§ 1 Abs. 6 Nr. 8c BauGB). Aber dennoch sind diese allgemeinen und damit nicht primär städtebaulich motivierten Belange – vollkommen zu Recht – tradierte Motive für eine nachhaltig zu gestaltende Bodennutzung. Ganz in diesem Sinn kann auch der allgemeine Klimaschutz eine primäre Motivation für die nachhaltige Nutzung von Grund und Boden im Sinne einer nachhaltigen Stadtentwicklung sein.

d) In Bezug auf die planungsrechtliche Wirkung der Stadtentwicklung ist es ebenfalls nicht erforderlich, dass diese über die lokale Anknüpfung hinaus notwendigerweise auf die Gemeinde beschränkt sein muss, um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft darzustellen. Der Ortsbezug des planerischen Klimaschutzes wird über die Bodennutzung und nicht über das Ortsklima gewahrt.

e) Durch die im Zuge des EAG Bau 2004 neu eingefügte Aufnahme des allgemeinen Klimaschutzes als Planungsbelang in § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB hat der vormalig bestehende Streit, ob globale Klimaschutzerwägungen überhaupt in die kommunale Bauleitplanung einfließen dürfen, erheblich an Bedeutung eingebüßt. Der Gesetzgeber begründete die Neufassung ausdrücklich damit, dass der Beitrag der Bauleitplanung zum Umwelt- und Naturschutz auch für die Ziele des globalen Klimaschutzes erfolgen soll.

Planungsgrundsätze in § 1 Abs. 6 BauGB

a) Die abstrakt und generell gehaltenen Oberziele der Bauleitplanung werden durch Planungsgrundsätze konkretisiert, und zwar in der Weise, dass jeder Planungsgrundsatz einem oder mehreren bauleitplanerischen Oberzielen zugeordnet werden kann. Ansatzpunkte für die Berücksichtigung von klimatischen und energetischen Belangen finden sich vielfach innerhalb Auflistung in § 1 Abs. 6 BauGB, wobei sich einige Planungsgrundsätze inhaltlich überschneiden. Sie erfassen klimatische und Energie einsparende Gesichtspunkte sowohl mittelbar als auch unmittelbar. Eine unmittelbare Bedeutung erlangen:

- das globale sowie das Mikroklima (§ 1 Abs. 6 Nr. 7a BauGB),
- die Vermeidung von Kohlendioxid-Emissionen (§ 1 Abs. 6 Nr. 7e BauGB),
- die Nutzung erneuerbarer Energien sowie die sparsame und effiziente Nutzung von Energie (§ 1 Abs. 6 Nr. 7f BauGB).

b) Ein rechtlicher Vorrang kommt den Belangen von Klima und Energie auch in der bauleitplanerischen Abwägung nicht zu.

Fazit: Das Städtebaurecht sollte flankierend und nicht an Stelle des Energiefachrechts zum Einsatz gebracht werden. Dies ist auf Grund des sehr stark durch Technik und damit von Entwicklungsimpulsen geprägten Anlagenbezugs des Energiefachrechts sinnvoll. Der Belangekatalog in § 1 Abs. 6 BauGB berücksichtigt zwar den Klimawandel, doch könnte eine diesbezügliche Klarstellung, insbesondere durch eine Differenzierung in Klimaschutz- und Anpassungs-

maßnahmen, eine Aufgabenzuweisung an die Bauleitplanung verdeutlichen. Ein Vorrang gegenüber den anderen abwägungsrelevanten Belangen ist den Belangen des Klimaschutzes und der Energieeinsparung nicht einzuräumen.

Regelungsmöglichkeiten der Bauleitplanung**Darstellungskatalog**

a) Nach dem geltenden Städtebaurecht können klimaschutz- und energieeinsparungsbezogene Darstellungen getroffen werden auf der Grundlage:

- Des bestehenden Darstellungskatalogs in § 5 Abs. 2 BauGB.
- Einer ergänzenden Heranziehung des in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geregelten „Planvorbehalts“ und Ausschuss der Ausweisung von sog. „Konzentrationszonen“.
- Von nachrichtlichen Übernahmen (§ 5 Abs. 4 BauGB) von nach anderen gesetzlichen Vorschriften getroffenen Planungen und Nutzungsregelungen, und zwar sowohl im Sinne des Klimaschutzes (z. B. Naturschutz- oder Landschaftsschutzgebiete) als auch der Risikovor-sorge (z. B. Hochwasserschutzgebiete nach § 5 Abs. 4a BauGB).

b) Den Darstellungen des Flächennutzungsplans kommt für den Klimaschutz sowie für die Energieeinsparung in erster Linie eine Langfristperspektive zu. Dies gilt sowohl für die Darstellungen in Bezug auf die Freiflächensicherung als auch für solche zur Sicherung der Nutzung für regenerative Energien.

c) Alle in § 5 Abs. 2 BauGB aufgeführten Darstellungsmöglichkeiten können mittelbar und unmittelbar für die Umsetzung klimaschutz- und energieeinsparungsbezogener Zielsetzungen herangezogen werden. Zur Gewährleistung dessen, ist auf die Koordinationsfunktion des Flächennutzungsplans für die zu treffenden Bodennutzungsentscheidungen abzustellen.

d) Im Hinblick auf die Standortsteuerung zur Nutzung regenerativer Energien kommt dem Flächennutzungsplan (und auch dem Teilflächennutzungsplan nach § 5 Abs. 2b BauGB) eine besondere Bedeutung zu. Die planungspraktische Umsetzung im Flächennutzungsplan erfolgt hierbei durch die Ausweisung von „Konzentrations- oder Vorrangzonen“. Anwendungsfälle hierfür sind insbesondere in der Steuerung von Windenergie- und Biomasseanlagen zu sehen. Nicht hiervon erfasst werden Fotovoltaikfreiflächenanlagen, da ihnen nach dem geltenden Recht eine Privilegierung nicht zukommt.

e) Im Flächennutzungsplan findet eine Differenzierung in nachrichtliche Übernahmen und Vermerke statt. Der Koordinierungs- und Informationsfunktion über die Art der Bodennutzung im Gemeindegebiet wird dadurch Rechnung getragen.

f) Es ist sinnvoll, eine Bündelung der weitgehend voneinander losgelösten Maßnahmen des Klimaschutzes und der Energieeinsparung durch einen konzeptionellen Rahmen vorzunehmen, wie er durch „Integrierte Klimaschutz- und Energiekonzepte“ zur Verfügung gestellt wird. Ohne ein derartiges konzeptionelles Planungswerk lassen sich perspektivische, am Grundsatz der Nachhaltigkeit orientierte

Bodennutzungsentscheidungen, wie sie insbesondere im Rahmen der Flächennutzungsplanung erforderlich sind, sachlich nicht sinnvoll treffen.

g) Klarstellungsbedarf ergibt sich in Bezug auf die Frage, ob auf der Stufe der Flächennutzungsplanung auch für den bebauten Bereich Darstellungen mit dem Ziel des Einsatzes von Erneuerbaren Energien getroffen werden können. Zwar ist der in § 5 Abs. 2 BauGB enthaltene Katalog möglicher Darstellungen nicht abschließend und die Darstellungen des Flächennutzungsplans rufen auch grundsätzlich nur eine gemeindeinterne Bindung hervor, doch gilt für das zwischen den beiden Instrumenten bestehende und durch § 8 Abs. 2 bis 4 BauGB zum Ausdruck gebrachte Ableitungsverhältnis auch die Voraussetzung, dass die Möglichkeit der Umsetzung von Darstellungen des Flächennutzungsplans auf der nachfolgenden Stufe der verbindlichen Bauleitplanung gegeben sein muss. Allerdings muss dabei berücksichtigt werden, dass der Flächennutzungsplan durch die Ausgestaltung des § 13a BauGB an Steuerungskraft und auch an Bedeutung im besiedelten Bereich verloren hat.

Festsetzungskatalog

a) Klimaschutz- und energieeinsparungsbezogene Festsetzungen eines Bebauungsplanes sind durch die in § 9 Abs. 1 BauGB enthaltene Voraussetzung, dass Festsetzungen städtebaulicher Gründe bedürfen, nicht beschränkt. Letztlich kommt dies auch im Städtebaurecht selbst zum Ausdruck, denn „Städtebau“ umfasst nicht nur Bauen im engeren Sinne, sondern der Sache nach alle kommunalen Belange des

allgemeinen Klimaschutz können sich also als „städtebauliche Gründe“ im Sinne von § 9 Abs. 1 BauGB darstellen. Der Charakter der Bauleitplanung als integrierende Planung bedingt, eine Vielzahl von Belangen zu berücksichtigen, so dass eine Festsetzung nicht allein oder primär städtebaulich motiviert sein muss. Es ist vielmehr schon ausreichend, wenn sie auch städtebaulich veranlasst ist, also über einen städtebaulichen Bezug verfügt. Aufgabenstellungen, soweit sie einen räumlichen Niederschlag finden.

b) Unmittelbare Anforderungen an das Städtebaurecht lassen sich dem Energiefachrecht nicht entnehmen. Doch lassen die energiefachrechtlichen Maßgaben das Städtebaurecht auch nicht gänzlich unberührt. Ihre Berücksichtigung erfordern sie stets dort, wo ihnen entweder konkrete Vorgaben an bauliche Anlagen entnommen oder ihnen jedenfalls eine räumliche Komponente beigemessen werden kann. Dies ist der Fall, wenn es um Standortfragen einerseits für die Erneuerbaren Energien selbst, andererseits um die Errichtung von Anlagen zur Nutzung von Erneuerbaren Energien oder lediglich darum geht, durch Bestimmungen des Bauplanungsrechts unterstützend zu energetischen Zielsetzungen beizutragen. Hinzu treten gebäudebezogene Anforderungen in Bezug auf die Wärmedämmung und den Wärmeschutz. Vor diesem Hintergrund ist auch in Bezug auf das Energiefachrecht im Hinblick auf das den Gemeinden zur Verfügung stehende Instrumentarium zu differenzieren.

Unstreitig bereits mögliche Darstellungen

Auf der Stufe der vorbereitenden Bauleitplanung, auf der die grundlegenden Raumnutzungsentscheidungen getroffen werden, geht es um die Steuerung der Bodennutzungen. Erneuerbaren Energien wird hier insbesondere durch den Planvorbehalt (vgl. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) Rechnung getragen. Hierfür steht den Gemeinden neben der Darstellung von Sonderbauflächen (vgl. § 1 Abs. 1 BauNVO), die Möglichkeit zur Darstellung von Flächen für Versorgungsanlagen zur Verfügung. Auch mittels dieser Darstellungsmöglichkeit können Flächen für Anlagen zur Nutzung Erneuerbarer Energien (z. B. KWK-Anlagen) nebst ihren Versorgungsleitungen planerisch gesichert werden.

Darstellungen, deren Reichweite de lege lata umstritten ist (Klarstellungsbedarf)

Noch nicht abschließend geklärt ist allerdings die Frage, ob auf der Stufe der Flächennutzungsplanung für den bebauten Bereich auch Darstellungen mit dem Ziel des Einsatzes von Erneuerbaren Energien getroffen werden können. Zwar ist der Katalog in § 5 Abs. 2 BauGB nicht abschließend, doch besteht auch die Voraussetzung, dass die Möglichkeit der Umsetzung von Darstellungen im Flächennutzungsplan auf der Ebene der verbindlichen Bauleitplanung gegeben sein muss. In diese Erwägungen einzubeziehen ist auch, dass mit der Ausgestaltung von § 13a BauGB und der dadurch ausgestalteten Möglichkeit zur Berichtigung des Flächennutzungsplanes ein Bedeutungsverlust des gesamtgemeindlichen Planungsinstrumentes verbunden ist.

Unstreitig bereits mögliche Festsetzungen

Auf der Stufe der verbindlichen Bauleitplanung sind aus energiefachrechtlicher Sicht im Wesentlichen die Anforderungen zur Wärmedämmung sowie die räumlichen Ansprüche in Bezug auf die Realisierungsfähigkeit von Anlagen zur Nutzung Erneuerbarer Energien von Bedeutung. Sie können auf der Grundlage des bestehenden Festsetzungskatalogs in § 9 Abs. 1 bis 3 BauGB sowie der Bestimmungen der BauNVO schon gegenwärtig weit gehend bewältigt werden. Anlagen für die Nutzung Erneuerbarer Energien sind sowohl bei Neuplanungen als auch im baulichen Bestand mit Raumnutzungsansprüchen verbunden. Auf der Grundlage eines kommunalen Klimaschutz- und Energiekonzeptes können die Gemeinden einerseits entscheiden, welche Erneuerbaren Energien in ihrem Gemeindegebiet sinnvoll zum Einsatz gebracht werden sollen und andererseits, wo im Gemeindegebiet die dafür erforderlichen Flächen zur Verfügung gestellt werden sollen. Die Aussagen eines Klimaschutz- und Energiekonzeptes sind in der bauleitplanerischen Abwägung als Ergebnisse einer sonstigen städtebaulichen Planung zu berücksichtigen (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB). In diesem Sinne stehen für die Realisierung der technischen Anlagen grundsätzlich die Baugebiete nach den §§ 2 bis 9 sowie ggf. nach § 11 BauNVO auch die Sondergebiete (z. B. bei Fotovoltaikfreiflächenanlagen) zur Verfügung. Auch die Festsetzung als Versorgungsfläche nach § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB ist möglich. Die erforderliche Leitungsinfrastruktur kann nach § 9 Abs. 1 Nr. 13 BauGB und nach § 9 Abs. 1 Nr. 21 BauGB können auch die mit einem Geh-, Fahr- und Leitungsrecht zu belastenden Flächen für die

Führung und Wartung der Versorgungsleitungen festgesetzt werden. Bauliche Vorkehrungen für die Installation, Dachneigung und Firstrichtung können auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 23 b BauGB festgesetzt werden.

Gegenwärtig ist es auch schon möglich, die auf die Wärmedämmung abstellenden bau- und anlagentechnischen Anforderungen, wie sie zur Begrenzung des Energieverbrauchs von Gebäuden durch die EnEV gestellt werden, mit dem Festsetzungskatalog des § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BauGB ergänzt um die Bestimmungen der BauNVO (§§ 16 ff.) zu bewältigen. Für nachträgliche Wärmedämmungsmaßnahmen im baulichen Bestand können Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten im Sinne von § 31 BauGB herangezogen werden. Unterstützend stehen im Übrigen Festsetzungen auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 25 a BauGB zur Verfügung, um beispielsweise Wärmeverluste weit gehend zu reduzieren oder um Pflanzbindungen zur Gewährleistung der Verschattungsfreiheit festzulegen. Durch Überlagerung mit Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB kann die für Erdreichkollektoren wichtige Freihaltung von Bebauung erreicht werden.

Entsprechend der Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB können aus städtebaulichen Gründen in Bebauungsplänen Gebiete festgesetzt werden, in denen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen i. S. d. BImSchG bestimmte luftverunreinigende Stoffe nicht oder nur eingeschränkt verwendet werden dürfen. Daher können auf der Grundlage § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB in seiner bislang geltenden Fassung stoffbezogene, nicht aber anlagenbezogene Fest-

setzungen getroffen werden. Bei Kohlendioxidemissionen handelt es sich um luftverunreinigende Stoffe. Insoweit können auch Brennstoffe im Hinblick auf ihre Freisetzung von Kohlendioxid aus Gründen des globalen Klimaschutzes und auf der Grundlage eines entsprechenden Luftreinhaltekonzeptes grundsätzlich ausgeschlossen werden. Dabei sind im Rahmen der bauleitplanerischen Abwägung vor allem Aspekte der technischen Realisierbarkeit, der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der Energieversorgung zu berücksichtigen. Deshalb haben derlei Festsetzungen vornehmlich für Neuplanungen und nicht für den baulichen Bestand Bedeutung, da den dort vorhandenen Anlagen Bestandsschutz zukommt.

Festsetzungen, deren Reichweite de lege lata umstritten ist (Klarstellungsbedarf)

Wenngleich die Möglichkeit zur im Einzelfall auch nur geringfügigen Überschreitung von Baulinien, Baugrenzen oder Bebauungstiefen (vgl. § 23 BauNVO) besteht und auch durch die Zulassung von Ausnahmen und Befreiungen (vgl. § 31 BauGB) vielfach Lösungen im Zusammenhang mit energiefachrechtlichen Anforderungen erreicht werden können, so besteht dennoch Klarstellungsbedarf hinsichtlich der Reichweite solcher Überschreibungsbefugnisse. Bedeutung hat dies für die Genehmigungsfähigkeit von Wärmedämmmaßnahmen im baulichen Bestand.

Aus den energiefachrechtlichen Anforderungen des EEWärmeG ergeben sich in mehrerlei Hinsicht klärungsbedürftige Fragen, die das Städtebaurecht nicht unberührt lassen. So ist in Bezug auf die bauleit-

planerische Abwägung und den insoweit zu leistenden Begründungsaufwand klarzustellen, ob das dem Verpflichteten zur Verfügung stehende Wahlrecht für den Einsatz Erneuerbarer Energien (vgl. §§ 3 Abs. 1 und 2 sowie §§ 4 ff. EEWärmeG) eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden darf (z. B. bei Festlegung eines Anschluss- und Benutzungszwanges nach § 16 EEWärmeG oder Landesrecht). Ebenso einer klarstellenden Aussage bedarf das Verhältnis bauplanungsrechtlicher Regelungen im Verhältnis zu anderen für die Realisierung von Anlagen zur Nutzung Erneuerbarer Energien ggf. erforderlicher Genehmigungen (z. B. nach wasserrechtlichen Bestimmungen bei tiefeingeothermischen Anlagen). Im Übrigen bedarf das Verhältnis bauplanungsrechtlicher Festsetzungen zum Marktanreizprogramm des § 15 EEWärmeG einer klarstellenden Aussage, wenn über die energiefachrechtlichen Anforderungen hinaus im Bebauungsplan weiter gehende Festsetzungen getroffen werden.

Was den Festsetzungskatalog in § 9 BauGB und seine Konkretisierung durch die BauNVO angeht so ergibt sich ein Klärungsbedarf in insgesamt vierfacher Hinsicht. Unklar ist, in welchem Verhältnis die Festsetzungsmöglichkeiten in § 9 Abs. 1 Nr. 9 BauGB (besonderer Nutzungszweck von Flächen) und § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB (Versorgungsflächen) zu einander stehen (z. B. für die Realisierung von Fotovoltaikfreiflächenanlagen). Soweit Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 21 BauGB getroffen werden, muss klar gestellt werden, dass es zu ihrer Realisierung stets flankierender zivilrechtlicher Regelungen bedarf und entsprechender Darlegungen in der Begründung zum Bebauungsplan bedarf. Für Festsetzungen

nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 b BauGB existiert Klarstellungsbedarf darüber, inwieweit von ihrem Anwendungsbereich auch die Installation von Anlagen zur Nutzung Erneuerbarer Energien oder noch weiter gehend der Einsatz Erneuerbarer Energien erfasst wird. Schließlich ist auch die äußerst komplexe Frage nach der Reichweite der Bestimmung über in den einzelnen Baugebieten zulassungsfähige Nebenanlagen nach § 14 BauNVO in Bezug auf ihre Anwendbarkeit bei der Zulassung von Anlagen zur Nutzung Erneuerbarer Energien (z. B. von KWK-Anlagen oder aufgeständerten Fotovoltaikanlagen) zu klären.

Festsetzungen, die nur de lege ferenda möglich sind (Novellierungsbedarf)

Ein sich aus den energiefachrechtlichen Anforderungen ergebender gesetzgeberischer Gestaltungs- oder Handlungsbedarf im Städtebaurecht betrifft den Festsetzungskatalog in § 9 BauGB, und zwar in zweierlei Hinsicht.

Die Bestimmung in § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB bezieht sich nach ihrem Wortlaut ausdrücklich auf die „Errichtung“ von Gebäuden. Eine Bezugnahme auch auf den baulichen Bestand erfordert insoweit eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Festsetzungsmöglichkeit.

Für den Fall, dass eine Gemeinde in einem Bebauungsplan Festsetzungen treffen möchte, mit denen Wärmedämmungsvorgaben, die über den Standard der EnEV hinausgehen, geregelt werden sollen, ergeben sich in zweierlei Hinsicht Folgen für das Städtebaurecht. Zunächst erhöhen sich die Anforderungen an das bauleitplanerische Abwägungsgebot, insbesondere in Bezug

auf den erforderlichen Begründungsaufwand für die Frage nach der Wirtschaftlichkeit derartiger Festlegungen. Außerdem besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Zusammenhang mit § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB, da eine sonstige einschlägige Festsetzungsmöglichkeit, mit der unmittelbar Wärmedämmungsvorgaben getroffen werden können, in § 9 BauGB nicht enthalten ist.

Kooperative Planungsinstrumente

a) In einem städtebaulichen Vertrag oder in einem Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan können unter Wahrung der gesetzlichen Beschränkungen weitergehende energetische Anforderungen (z. B. als Wärmedämmungsvorgabe bei Gebäuden, zum verpflichtenden Einsatz von Erneuerbaren Energien, zur Kostentragung, zur gestalterischen Einbindung technischer Anlagen oder zum Anschluss- und Benutzungszwang) als im Rahmen einer Angebotsplanung durch einen klassischen Bebauungsplan gestellt werden (vgl. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB). Entsprechende Regelungen sind auch in einem zivilrechtlichen Vertrag möglich, wenn die Gemeinde über die betreffenden Grundstücksflächen verfügt.

b) Neben den Instrumenten des allgemeinen Städtebaurechts kommen speziell auch solche des Besonderen Städtebaurechts für die Berücksichtigung von Belangen des Klimaschutzes und der Energieeinsparung in Betracht. Ein Ansatzpunkt ist insoweit das Stadtumbaurecht (§§ 171a bis d BauGB), welches im Allgemeinen auf die Entwicklung von klimafreundlichen, kompakten Stadtstrukturen ausgerichtet wer-

den kann, wobei jede einzelne durch § 171a Abs. 3 BauGB vorgesehene Stadtumbau-
maßnahme einen nachhaltigen Beitrag
zum Klimaschutz zu leisten in der Lage sein
kann. Darüber hinaus ist zwar *de lege lata*
zweifelhaft, ob das Sanierungsrecht
(§§ 136ff. BauGB) im Interesse des Klima-
schutzes nutzbar gemacht werden kann.
Dies wäre möglich wenn städtebauliche
Missstände im Sinne von § 136 Abs. 2 S. 1
BauGB auch im Fall klimatischer oder ener-
getischer Fehlentwicklungen eines Gebiets
anzunehmen sind. Dies kann im Rahmen
des geltenden Rechts nur über die Begrün-
dung physischer wie funktionaler Missstän-
de der Bebauung erfolgen. Das städtebau-
lich innovativste Potenzial für den Klima-
schutz liegt in der gesetzlichen Ausdiffe-
renzierung des Modells der Privaten Initia-
tiven zur Stadtentwicklung (§ 171f BauGB).
Diesbezüglich kann *de lege ferenda* die
Entwicklung eines Konzepts von Climate
Improvement Districts einen vielverspre-
chenden Ansatz bilden.

Fazit

Es bestehen bereits vor dem Hintergrund
der Darstellungs- und Festsetzungskataloge
in § 5 Abs. 2 und § 9 Abs. 1 BauGB umfassen-
de und sehr weit reichende Festsetzungs-
möglichkeiten. Aufgrund der hier darge-
legten lediglich flankierenden Funktion des
Städtebaurechts ist zu empfehlen, erforder-
liche Klarstellungen im bestehenden Städ-
tebaurecht zwar vorzunehmen, im Übrigen
das städtebaurechtliche Instrumentarium
aber nur behutsam zu ergänzen.

Prof. Dr. Wilhelm Söfker

Erneuerbare Energien im unbeplanten Innenbereich und im Außenbereich (§§ 34 und 35 BauGB)

Einleitung/Ausgangslage

Aufgabenstellung

Nach den Regelungsbereichen des BauGB sind insbesondere folgende Aufgaben des Städtebaurechts / des Städtebaus in Bezug auf erneuerbare Energien in Betracht zu ziehen oder zu prüfen:

- a) Bauplanungsrechtliche Absicherung der Anlagen für erneuerbare Energien
- b) Verpflichtung zur Errichtung und zum Einsatz erneuerbarer Energien durch Festsetzungen im Bebauungsplan
- c) Verpflichtung zur Errichtung und zum Einsatz erneuerbarer Energien durch Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen
- d) Städtebauliche Maßnahmen zum Gebietsbezogenen – auch nachträglichen – Einsatz erneuerbarer Energien

Für diese Ausarbeitung steht die bauplanungsrechtliche Absicherung der Anlagen für erneuerbare Energien im Vordergrund, insbesondere ihre Beurteilung nach den §§ 34 und 35 BauGB.

Zur Begriffsbestimmung „erneuerbare Energien“

Einer Definition „erneuerbare Energien“ im BauGB bedarf es nicht. Es reicht die Ver-

wendung entsprechender Begriffe im Zusammenhang mit den jeweiligen städtebaurechtlichen Regelungen aus.

Erläuterung: Das BauGB und die BauNVO verwenden den Begriff „erneuerbare Energien“

- teils offen, d.h. ohne nähere Bestimmung, so in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. f BauGB und § 11 Abs. 2 BauNVO;
- teils bestimmte erneuerbare Energien erfassend, so in § 35 Abs. 1 Nr. 5 und 6 BauGB (Windenergie, Biomasseanlagen).

Nähere Anhaltspunkte lassen sich dem Fachrecht entnehmen: Das EEG mit seinen Regelungen zur Abnahmepflicht und Vergütung des durch erneuerbare Energien gewonnenen Stroms erfasst als erneuerbare Energien:

- Wasserkraft
- Windenergie
- Solare Strahlungsenergie
- Geothermie
- Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie

Das EEWärmeG mit seinen Verpflichtungen zur (anteiligen) Nutzung von erneuer-

baren Energien bei der Wärmeversorgung von Gebäuden bezeichnet als in Betracht kommende erneuerbare Energien:

- solare Strahlungsenergie
- gasförmige Biomasse
- flüssige Biomasse
- feste Biomasse
- Geothermie
- Umweltwärme

Zu berücksichtigendes Fachrecht

Zur Frage, welche Aufgaben vom BauGB in Bezug auf erneuerbare Energien erfüllt werden sollen, sind die Regelungen des Fachrechts, das erneuerbare Energien zum Gegenstand hat, zu berücksichtigen. Dabei sind zu unterscheiden die Fachgesetze,

- die zur Errichtung und Nutzung bestimmter erneuerbarer Energien verpflichten,
- die den Einsatz erneuerbarer Energien unterstützen.

Erläuterung: Zu den Fachgesetzen, die zur Errichtung und Nutzung bestimmter erneuerbarer Energien verpflichten, gehören:

- das Erneuerbare
- Energien
- Wärmegesetz (EEWärmeG) des Bundes, das bei der Neuerrichtung von Gebäuden zum anteiligen Einsatz erneuerbarer Energien am Wärmebedarf der Gebäude verpflichtet, und
- die nach Landesrecht möglichen entsprechenden gesetzlichen Verpflichtungen im Gebäudebestand (z. B. das Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wär-

meenergie des Landes Baden-Württemberg).

Näher dazu unten der Exkurs zum EEWärmeG.

Zu den Fachgesetzen, die die Errichtung und Nutzung bestimmter erneuerbarer Energien unterstützen, gehören:

- das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG), das insbesondere bestimmte Abnahmepflichten von durch erneuerbare Energien erzeugten Strom sowie Regelungen über (erhöhte) Vergütungen des erzeugten Stroms enthält,
- das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, das die Abnahme und die Vergütung von Kraft-Wärme-Kopplungsstrom (KWK-Strom) aus Kraftwerken mit KWK-Anlagen auf Basis von Steinkohle, Braunkohle, Abfall, Biomasse, gasförmigen oder flüssigen Brennstoffen.

Dieses Fachrecht hat vor allem zwei Auswirkungen auf das Städtebaurecht: -Die nach diesen Gesetzen vorgesehenen Anlagen für erneuerbare Energien bedürfen ihrer planungsrechtlichen Absicherung.

- Die gesetzlichen Verpflichtungen zum Einsatz erneuerbaren Energien können im Rahmen des Städtebaurechts berücksichtigt werden.

Zu den für das Städtebaurecht bedeutsamen Regelungen des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes (EEWärmeG)

Das am 1. Januar 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-

Wärmegesetz, EEWärmeG)¹ verfolgt erklärtermaßen den Zweck, im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten, eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Wärme aus erneuerbaren Energien zu fördern (§ 1 EEWärmeG). Tragende Gründe für dieses neue Gesetzes sind somit der Klimaschutz durch Senkung des Kohlendioxid-Verbrauchs und die Versorgungssicherheit.

Die Eigentümer von Gebäuden, die neu errichtet werden, sind verpflichtet, den Wärmeenergiebedarf des Gebäudes durch die anteilige Nutzung von erneuerbaren Energien zu decken (§ 3 Abs. 1 EEWärmeG).

Für bereits errichtete Gebäude sind die Länder befugt, eine Pflicht zur Nutzung von erneuerbaren Energien festzulegen (§ 3 Abs. 2 EEWärmeG).

§ 5 EEWärmeG regelt, mit welchen Energien ein bestimmter Anteil des Wärmebedarfs des Gebäudes durch *erneuerbare Energien* zu decken ist. Die Vorschrift benennt die in Betracht kommenden erneuerbaren Energien, über deren Einsatz der Verpflichtete *wahlweise entscheiden* kann, und es werden die Anteile dieser Energien am Wärmebedarf differenziert festgelegt:

- Solare Strahlungsenergie zur Deckung des Wärmeenergiebedarfs von mindestens 15 %,

- die Nutzung von gasförmiger Biomasse zur Deckung des Wärmeenergiebedarfs von mindestens 30 %,
- die Nutzung von flüssiger und fester Biomasse sowie von Geothermie und Umweltwärme zur Deckung des Wärmeenergiebedarfs von mindestens 50 %.

Die Begriffe dieser erneuerbaren Energien sind in § 2 EEWärmeG bestimmt, die an sie zu stellenden Anforderungen in der Anlage zum Gesetz detailliert festgelegt.

Die sich aus § 5 EEWärmeG ergebenden Verpflichtungen können nach § 7 EEWärmeG auch durch sogen. *Ersatzmaßnahmen* erfüllt werden. Dazu gehören wahlweise:

- die Nutzung von Abwärme und aus Kraft-Wärme-Kopplung zur Deckung des Wärmeenergiebedarfs von mindestens 50 %,
- Maßnahmen zur Energieeinsparung mit 15 % über dem Anforderungsniveau der Energieeinsparverordnung und
- die Deckung des Wärmeenergiebedarfs aus dem Netz der Nah- und Fernwärmeversorgung.

Dazu enthält die Anlage zum Gesetz wiederum bestimmte, auf ihre Klimaverträglichkeit ausgerichtete Anforderungen an die Nutzung von Abwärme, aus Kraft-Wärme-Kopplung und aus dem Netz der Nah- und Fernwärmeversorgung.

Nach § 6 EEWärmeG können mehrere Verpflichtete, deren Gebäude in räumlichem Zusammenhang stehen, ihren Wärmeenergiebedarf durch gemeinsame Einrichtungen decken.

¹ Gesetz vom 7.8.2008, BGBl. I S. 1658, geändert durch Gesetz vom 15.7.2009, BGBl. I S. 1804.

Dazu können sie von den Eigentümern benachbarter Grundstücke verlangen, dass sie die *Benutzung ihrer Grundstücke* und gegen angemessene Entschädigung die *Führung von Leitungen über ihre Grundstücke* dulden (*Duldungspflicht*).

§ 16 EEWärmeG enthält eine Regelung, die anknüpft an die Vorschriften der Gemeindeordnungen der Länder über die Einführung von *Anschluss- und Benutzungszwang* an ein Netz der öffentlichen Nah- und Fernwärmeversorgung durch Gemeindegliederung. Nach § 16 EEWärmeG sind die Gemeinden und Gemeindeverbände ermächtigt, von der Ermächtigung zur Begründung eines solchen Anschluss- und Benutzungszwangs auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch zu machen.

Die *Vorschriften zur Sicherung des Vollzugs* gehen von der Verantwortung des Eigentümers des zu errichtenden Gebäudes zur Einhaltung seiner Verpflichtungen aus; sie sehen in begrenzter Weise Aufgaben der nach Landesrecht zuständigen Behörden vor. Zu ihnen gehören die in §§ 10 und 11 EEWärmeG geregelten Nachweispflichten des Eigentümers und Überprüfungen durch die zuständige Behörde:

Dazu sind die Eigentümer nach § 10 EEWärmeG zum Nachweis der Einhaltung der Anforderungen beim Einsatz von erneuerbaren Energien und Ersatzmaßnahmen verpflichtet. Auf Verlangen der zuständigen Behörde müssen sie Nachweise über die Belieferung von gasförmiger, flüssiger und fester Biomasse erbringen (Abs. 2). Hinsichtlich der Einhaltung der Anforderungen an die Anlagen und Einrichtungen der erneuerbaren Energien und Ersatzmaßnahmen

müssen die Eigentümer die Nachweise innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Inbetriebnahmejahr der Heizungsanlage des Gebäudes erbringen und danach auf Verlangen der zuständigen Behörde vorlegen; dies ist verbunden mit einer Aufbewahrungspflicht der Nachweise von mindestens fünf Jahren ab dem Inbetriebnahmejahr, wenn die Nachweise nicht bei der Behörde verwahrt werden (Abs. 3). Für das Vorliegen einer Ausnahme (§ 9 Abs. 1 EEWärmeG) besteht eine Anzeigepflicht (Abs. 4). Die Befreiung von der Nutzungspflicht wird auf Antrag von der zuständigen Behörde erteilt (§ 9 Nr. 2 EEWärmeG).

Nach § 11 EEWärmeG müssen die zuständigen Behörden durch geeignete Stichprobenverfahren die Erfüllung der Pflicht nach § 3 Abs. 1 und die Richtigkeit der Nachweise nach § 10 EEWärmeG kontrollieren.

Zusätzlich enthält § 17 EEWärmeG Bußgeldvorschriften, die sich auf die Einhaltung der Nutzungspflicht nach § 3 Abs. 1 und Nachweispflichten nach § 10 EEWärmeG beziehen.

Verpflichtungen zum Einsatz erneuerbarer Energien im Städtebaurecht ?

Eine Regelung, nach der in einem Bebauungsplan durch Festsetzung die Verpflichtung zur Errichtung und zur Nutzung erneuerbarer Energien getroffen werden soll, stößt auf erhebliche Bedenken. Entsprechendes gilt für die Frage von Festsetzungen für Energie sparende Bauweisen.

Erläuterung: Zu dieser Frage können auch im Rahmen der -gegebenenfalls erweiterten - Planungsgrundsätze (s. zu 2.) die fachgesetzlichen Regelungen des Erneuerbare-

Energien-Wärmegesetzes nicht außer Acht gelassen werden, weil sich deren Zwecke mit einer auf den Einsatz erneuerbarer Energien überschneiden können. Dies bezieht sich auf Grundsätze der Erforderlichkeit der Bauleitplanung und das Abwägungsgebot, und zwar unabhängig von der weitergehenden Frage der Reichweite der Festsetzungsmöglichkeiten nach § 9 Abs. 1 BauGB.

Ähnlich verhält es sich mit dem Energieeinsparrecht (EnEG und EnEV).

Zu berücksichtigen sind dabei die Verpflichtungen des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes (wie der EnEV):

Problematisch kann es sein, wenn die Festsetzungen in den Bebauungsplänen hinter den Anforderungen der fachgesetzlichen Regelungen zurückbleiben oder diese nicht berücksichtigen würden. Auch ist zu berücksichtigen, dass die fachgesetzlichen Anforderungen angehoben werden können, wie z. B. durch die „EnEV 2009“. Oder das EEWärmeG wird auch auf den vorhandenen Gebäudebestand erstreckt, entweder durch Landesgesetze (vgl. § 3 Abs. 2 EEWärmeG) oder durch Ergänzung des Bundesgesetzes.

Würden im Bebauungsplan lediglich die Anforderungen dieser Fachgesetze durch Festsetzungen „festgeschrieben“ werden, stellt sich abgesehen von der wohl regelmäßig zu bezweifelnden Praktikabilität in besonderer Weise die Frage nach der städtebaulichen Begründung solcher Festsetzungen.

Zur Bedeutung für das Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 7 BauGB), und zwar bezüglich der

Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit und Durchführbarkeit der Festsetzungen, haben Bedeutung:

- Nach allgemeinen Grundsätzen verlangt das Erfordernis der Geeignetheit die Erreichbarkeit der mit den Festsetzungen verfolgten Ziele.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen in einen gerechten Ausgleich gebracht werden müssen; dies schließt die Berücksichtigung von möglichen Alternativen ein.
- Für die Durchführbarkeit der Bauleitplanung sind ihre technische Durchführbarkeit und ihre Wirtschaftlichkeit von Bedeutung.

Für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann daher Bedeutung erlangen, dass die Fachgesetze **Wahlmöglichkeiten** des Verpflichteten vorsehen. So lässt die Energieeinsparverordnung gerade auch im Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Ausführung von Baumaßnahmen Wahlmöglichkeiten zur Einhaltung des höchstzulässigen Jahres-Primärenergiebedarfs zu. Und das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz ermächtigt den Verpflichteten die Auswahl zwischen verschiedenen Arten erneuerbarer Energien und an deren Stelle auch die Auswahl von Ersatzmaßnahmen. Für die Grundsätze der Geeignetheit und Durchführbarkeit ist von Bedeutung, dass Energieeinsparverordnung und Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz die *Nutzung der (aktuellen) technischen Möglichkeiten* zur Einhaltung des höchstzulässigen Jahres-Primär-Energiebedarfs und zur Mindestausstattung der Gebäudehülle sowie bestimmter erneuerbarer Energien für

ihren anteiligen Einsatz zur Wärmebedarfsdeckung vorsehen.

Zum Zweck der wahlweise einsetzbaren unterschiedlichen technischen Möglichkeiten: Damit soll den z. B. nach Gebäudebestand, örtlichen Verhältnissen und individuellen Möglichkeiten unterschiedlichen Gegebenheiten Rechnung getragen werden können. Zugleich lässt sich eine höchstmögliche Energieeinsparung und optimaler Einsatz erneuerbarer Energien erreichen.

In Bezug auf die **Wirtschaftlichkeit** ist von Bedeutung, dass den von beiden Fachgesetzen gestellten Anforderungen eingehende Untersuchungen zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu Grunde liegen.

Dies muss auch bei der Bauleitplanung berücksichtigt werden; dies hat *komplexe Anforderungen an die Festsetzungen in Bebauungsplänen* zur Folge.

Dies gilt auch für die Art und Weise der Festsetzungsmöglichkeiten. Es werden zusätzliche Fragen aufgeworfen:

- Sind Wahlmöglichkeiten festsetzbar?
- Wie kann das Berechnungsverfahren festgesetzt werden?
- Können Zielsetzungen für die Einhaltung des höchstzulässigen Jahres-Primär-Energiebedarfs festgesetzt werden?

Es können daher der Bebauungsplanung Grenzen gesetzt sein, unter städtebaulichen Gesichtspunkten in zumindest praktikabler Weise Anliegen zu verfolgen, die in den beiden Fachgesetzen geregelt worden sind.

Hier ist der Ansatz für *städtebauliche Verträge* (§ 11 BauGB). Gegebenenfalls könnte § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB angepasst (erweitert) werden an die sich heute darstellenden Erfordernisse für städtebauliche Verträge zu Gunsten des Einsatzes von erneuerbaren Energien.

Schließlich müssen die *Auswirkungen auf den Vollzug* entsprechender Festsetzungen in Bebauungsplänen beachtet werden. Solche Festsetzungen begründen die Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörden. Dagegen sieht das Energiefachrecht wesentlich weniger Maßnahmen im Vollzug vor; vgl. zum EEWärmeG oben zu 1.4 am Ende.

Grundsätzliches zum Stellenwert erneuerbarer Energien im Städtebaurecht

Die Beurteilung der Anlagen für erneuerbare Energien in den beplanten und nicht beplanten Gebieten (§§ 30, 34 und 35 BauGB) muss auch berücksichtigen, welchen Stellenwert das BauGB dem Ausbau erneuerbarer Energien beimisst und inwiefern die Planungsgrundsätze des § 1 BauGB die Anliegen des Ausbaus erneuerbarer Energien berücksichtigen.

Sind z. B. Vorhaben für erneuerbare Energien unzulässig, stellt sich die Fragen

- nach Erteilung von Befreiungen (bedeutsam besonders für Gebiete mit Bebauungsplänen aus der Vergangenheit, die die Anforderungen der erneuerbaren Energien noch nicht berücksichtigt haben; zugleich bedeutsam für Fälle des § 34 Abs. 2 BauGB),

- wie durch Aufstellung von Bebauungsplänen die Voraussetzungen für die Genehmigung geschaffen werden können.

Hinzu kommt, dass im Außenbereich die Steuerung privilegiert zulässiger Anlagen der Windenergie und von Biomasseanlagen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB durch Flächennutzungspläne Bedeutung hat.

Der Stellenwert der erneuerbaren Energien im Städtebaurecht wird wesentlich bestimmt durch die Planungsgrundsätze des § 1 BauGB. Dazu enthält § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe f BauGB

„Bei Aufstellung der Bauleitpläne sind ... die Nutzung erneuerbarer Energien sowie die sparsame und effiziente Nutzung von Energie ... zu berücksichtigen.“

die erforderliche konkrete Regelung zur Unterstützung der Bauleitplanung. Für eine übergreifende Regelung bietet sich an, in Anlehnung an § 2 Nr. 6 Satz 6 und 7 ROG eine der Systematik des BauGB entsprechende Regelung aufzunehmen.

Erläuterung: § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe f BauGB hat verschiedene Bedeutungen: Er berechtigt die Gemeinden, bei Aufstellung der Bauleitpläne entsprechende Ziele zu verfolgen (Planungsbefugnis im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB). Zugleich unterstützt er die Planungen der Gemeinden zugunsten erneuerbarer Energien im Rahmen der Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB)

Darüber hinaus verpflichtet er die Gemeinde, bei Aufstellung der Bauleitpläne auf diese Belange zu achten.

Eine Verstärkung dieses Anliegens könnte durch Aufnahme eines Planungsgrundsatzes

in Anlehnung (zu formulieren unter Berücksichtigung der Systematik der Planungsgrundsätze des § 1 BauGB) an § 2 Nr. 6 Satz 6 und 7 ROG erreicht werden. Diese Vorschrift lautet:

„Den räumlichen Erfordernissen des Klimaschutzes ist Rechnung zu tragen, sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen. Dabei sind die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien ... zu schaffen.“

Ergänzend wird auf Folgendes hingewiesen:

Indem § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe f BauGB die Nutzung erneuerbarer Energien sowie die sparsame und effiziente Nutzung von Energie als Belang und Planungsgrundsatz der Bauleitplanung bestimmt hat, bedarf es, soweit mit der damit erreichbaren Reduzierung des Kohlendioxid -Ausstoßes zum Klimaschutz beigetragen wird, des Rückgriffs auf die in § 1 Abs. 5 Satz 2 und 6 Nr. 7 Buchstabe a BauGB bezeichneten Angelegenheiten und Belange des Klimaschutzes nicht. Denn mit der umfassenden Bestimmung der Nutzung erneuerbarer Energien sowie des sparsamen und effizienten Umgangs mit Energie in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe f BauGB ist festgelegt, dass diese Angelegenheiten zu den inhaltlichen Aufgaben der Bauleitplanung gehören.

Diese Zusammenhänge erklären auch die nur zurückhaltende Formulierung zum „allgemeinen Klimaschutz“ in § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB. Der allgemeine Klimaschutz ist nicht neben die in § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB bestimmten Gesichtspunkte mit eigenstän-

diger Bedeutung gestellt worden. Die Bestimmung „auch in Verantwortung für den allgemeinen Klimaschutz“ wird vermittelt durch den Beitrag der Bauleitplanung für den Umwelt- und Naturschutz. Von einer weitergehenden Bedeutung des allgemeinen Klimaschutzes hatte der Gesetzgeber des EAG Bau 2004 abgesehen. Für die unter Gesichtspunkten des Klimaschutzes wichtigen erneuerbaren Energien und wichtigen sparsamen und effizienten Nutzung von Energie hat der Gesetzgeber aber in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe f BauGB die für die Bauleitplanung eindeutige, konkrete Regelung getroffen.

Angesichts der heute gewachsenen Bedeutung des Klimaschutzes sollte eine übergreifende Regelung in das BauGB aufgenommen werden, wie dies auch bei der Neufassung des ROG 2008 geschehen ist.

Diese Grundsätze der Bauleitplanung (§ § 1, 1a BauGB) könnten auf der Ebene der Bauleitplanung flankiert werden durch Darstellungen im Flächennutzungsplan über die Ausstattung des Gemeindegebiets mit erneuerbaren Energien (Ergänzung des § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB).

Erläuterung: Für die bauplanungsrechtliche Absicherung erneuerbarer Energien ist erfahrungsgemäß von praktisch großer Bedeutung sein, wenn die Gemeinde den Ausbau erneuerbarer Energien konzeptionell vorbereitet. Ist dies der Fall, sollte sie die Möglichkeit haben, im Flächennutzungsplan die Ausstattung des Gemeindegebiets mit erneuerbaren Energien darzustellen. Diese Möglichkeit könnte in § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB verankert werden.

Zur planungsrechtlichen Absicherung von Anlagen für erneuerbare Energien nach § 35 BauGB

Windenergieanlagen

Die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB kombiniert mit der planerischen Steuerung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat sich bewährt und bedarf keiner Änderungen.

Erläuterung: Diese seit 1997 geltenden Regelungen sind inzwischen Gegenstand einer großen Zahl von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts, gewesen. Die Auslegungsfragen sind damit auch in den Einzelheiten im Wesentlichen geklärt, so dass die Regelungen in der Praxis rechtssicher angewandt werden können. Klarstellender Regelungen bedarf es daher nicht.

Das Repowering von Windenergieanlagen (Ersetzung von Altanlagen durch neue Leistungsstarke Windenergieanlagen in der Regel verbunden mit einer Neuordnung der Standorte der Windenergie) erfolgt auf der Grundlage des geltenden Rechts.

Erläuterung: Die für das Repowering erforderlichen planungsrechtlichen und sonstigen Maßnahmen sind auf Grund eines Forschungsprojekts des BMU in der vom Deutschen Städte- und Gemeindebund im September 2009 herausgegebenen Dokumentation „Repowering von Windenergieanlagen-Kommunal Handlungsmöglichkeiten“ dargelegt. Sie werden jetzt von der Praxis aufgegriffen.

Bei der Steuerung der Standorte für die Windenergie und die Planungen im Zusammenhang mit dem Repowering können die oben zu 2. behandelten Planungsgrundsätze unterstützenden Bedeutung erlangen.

Biomasse-Anlagen

Die privilegierte Zulässigkeit von Biomasse-Anlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB hat in der Praxis erhebliche Bedeutung erlangt. In einzelnen Punkten könnten Änderungen geprüft werden.

Erläuterung: Die durch das EAG Bau 2004 eingeführte privilegierte Zulässigkeit von Biomasse-Anlagen hat seitdem naturgemäß Auslegungsfragen aufgeworfen. Eine Reihe dieser Fragen sind durch das BVerwG (Urt. vom. 11.12.2008-7 C 6.08 -, NVwZ 2009,858 = ZfBR 2009,258) geklärt worden. Nach dem gegenwärtigen Stand der Entwicklung sollten folgende gesetzgeberische Klärungen geprüft werden:

- Einbeziehung in den Privilegierungstatbestand auch der Anschluss der Biomasse-Anlagen an KWK-Anlagen,
- die Obergrenze von 0,5 MW installierte elektrische Leistung („output“) wird ergänzt um eine Obergrenzen-Bestimmung, die sich am „input“ orientiert.

Bei gesetzgeberischen Überlegungen ist von Bedeutung: Wesentlicher Grund für die Einführung der privilegierten Zulässigkeit von Biomasse-Anlagen im Außenbereich ist die Verbindung mit den Betrieben im Außenbereich, die dort nach § 35 Abs. 1 BauGB genehmigt sind und bei denen die Biomasse anfällt. Der Primärenergiebedarf für die Erzeugung von Strom und Gas wird auf diese

Weise (Energieaufwand für den Transport) gering gehalten. Deswegen ist die Anbindung des Privilegierungstatbestandes an die Außenbereichs-Betriebe, bei denen Biomasse anfällt, zentraler Bestandteil der Privilegierung. Darin unterscheidet sich dieser Privilegierungstatbestand für erneuerbare Energien wesentlich von dem für Windenergieanlagen, mit dem die „Windhöflichkeit“ der Standorte im Außenbereich berücksichtigt wird. Beim Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen kommt es daher auf eine Betriebsbindung im Außenbereich nicht an.

Für Biomasse-Anlagen, die den Privilegierungstatbestand der Nr. 6 nicht erfüllen, vor allem weil sie ohne die Betriebsbindung und gezielt an bestimmten Standorten und als Großanlagen, die die Grenze von 0,5 MW überschreiten und zudem oft als KWK-Anlagen betrieben werden, errichtet werden sollen, hat sich die Praxis inzwischen darauf eingestellt, dass hierfür Bebauungspläne, oftmals auch als Vorhaben- und Erschließungspläne (§ 12 BauGB), aufgestellt werden. Dazu wird berichtet, dass dies in der Regel ohne große Probleme möglich ist, zumal das umweltpolitische Anliegen auch von den Kreisen mitgetragen wird, die die Bebauungsplanung unter Gesichtspunkten des Umweltschutzes (Schutz von Natur und Landschaft usw.) begleiten.

Für den Privilegierungstatbestand bedeuten diese Aspekte: Keine größeren Biomasse-Anlagen, Bewahrung der „Kubatur“, keine Zunahme des LKW-Verkehrs durch Ausweitung der Anlagen.

Weiterer Hinweis: Die Ergebnisse der Beratungen der für diesen Privilegierungstatbe-

stand speziell eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe sollten abgewartet werden.

Photovoltaik-Anlagen

Anlagen der solaren Strahlungsenergie (Photovoltaikanlagen) zur Stromerzeugung und Einspeisung in das öffentliche Stromnetz als sogen. Freiflächen-Photovoltaikanlagen werden durch Bebauungspläne, auch durch Vorhaben- und Erschließungspläne, planungsrechtlich abgesichert. Einer Änderung des § 35 BauGB bedarf es nicht.

Erläuterung: Für Anlagen für die solare Strahlungsenergie im Außenbereich sieht § 35 Abs. 1 BauGB keinen Privilegierungstatbestand vor. Denn sie stellen keine außenbereichstypische Nutzung dar. Sie können aber als den im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben zugeordnete und untergeordnete Anlagen und Nebenanlagen in Betracht kommen und dadurch an der Privilegierung teilnehmen. Dies gilt für alle der in § 35 Abs. 1 BauGB benannten privilegiert zulässigen Anlagen. Voraussetzung ist insbesondere, dass die erzeugte Energie überwiegend (zu mehr als 50 %) von den privilegiert zulässigen Anlagen (Betrieben usw.) genutzt wird. Soll im Wesentlichen elektrische Energie für die Einspeisung in das Stromnetz erzeugt werden (dies ist in der Regel der Fall), sind sie selbständige Anlagen und als sonstige Vorhaben im Außenbereich nach § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilen. Sie bedürfen als Freiflächen-Photovoltaikanlagen in der Regel der bauplanungsrechtlichen Absicherung durch Aufstellung eines Bebauungsplans.

Die Aufstellung von Bebauungsplänen verlangt auch die Vergütungsregelung des § 32 EEG.

Sie verlangt u. a., dass die Photovoltaikanlagen auf der Grundlage eines Bebauungsplans, der auch zu diesem Zweck aufgestellt oder geändert worden ist, errichtet werden. Weiter wird verlangt, dass

- die für Photovoltaikanlagen in Anspruch genommenen Flächen vor Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans bereits versiegelt waren (1. Var.) oder
- es sich bei diesen Flächen um Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung handelt (2. Var.) oder
- Grünflächen sind, die für Photovoltaikanlagen ausgewiesen wurden und zuvor (in den vorangegangenen drei Jahren) als Ackerland genutzt wurden (3. Var.).

Die letzte Fallgestaltung (Var. 3) entfällt mit der aktuellen Änderung des § 32 EEG und wird ersetzt durch Anlagen, die auf der Grundlage von Bebauungsplänen parallel zu Bundesautobahnen und Schienenwegen errichtet werden.

Wie die Praxis zeigt, bewährt sich die Aufstellung von Bebauungsplänen, auch von Vorhaben- und Erschließungsplänen, für Freiflächen-Photovoltaikanlagen. Sie werden grundsätzlich aus entsprechenden Darstellungen in Flächennutzungsplänen entwickelt und sind dadurch in die Gesamtentwicklung des Gemeindegebiets einbezogen.

Für die Aufstellung dieser Bebauungspläne können die oben zu 2. behandelten Pla-

nungsgrundsätze unterstützende Bedeutung erlangen, ebenso wenn im Flächennutzungsplan die Ausstattung des Gemeindegebiets mit erneuerbaren Energien dargestellt ist.

Auch bei Photovoltaik-Anlagen an und auf Gebäuden (vgl. dazu die Vergütungsregelung des § 33 EEG) handelt es sich um sonstige Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB. Sie sind zumeist zulässig, weil öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden, gegebenenfalls findet § 34 Abs. 4 BauGB Anwendung.

Anlagen der Tiefen-Geothermie

Anlagen der Tiefen-Geothermie können als ortsgebundene gewerbliche Anlagen im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB beurteilt werden. Unabhängig davon können für sie Bebauungspläne, auch Vorhaben- und Erschließungspläne, aufgestellt werden. Einer Änderung des § 35 BauGB bedarf es nicht.

Hinweise: Anlagen der Tiefen-Geothermie sind auf bestimmte geologische Verhältnisse angewiesen, so dass regelmäßig von einer Ortsgebundenheit im Sinne der Nr. 3 des § 35 Abs. 1 BauGB ausgegangen werden kann. Hinzu kommt, dass nach gegenwärtiger Einschätzung diese Anlagen nur in vergleichsweise wenigen Fällen errichtet werden dürften. Auch kann von Bedeutung sein, dass diese Anlagen zumeist eine spezifische Infrastruktur erfordern, die es angezeigt machen kann, dem durch Aufstellung eines Bebauungsplans Rechnung zu tragen.

Zur planungsrechtlichen Absicherung von Anlagen für erneuerbare Energien nach § 34 BauGB

Die planungsrechtliche Absicherung von Anlagen der erneuerbaren Energien ist nach § 34 BauGB grundsätzlich wie in den durch Bebauungsplan beplanten Gebieten gewährleistet.

Sind Anlagen für erneuerbare Energien im Einzelfall, z. B. wegen ihrer Größe, nach § 34 BauGB unzulässig, kommt die Aufstellung von Bebauungsplänen in Betracht.

Hinweise: Die Zulässigkeitsregelungen des § 34 BauGB sind bezogen auf Anlagen für erneuerbare Energien mit dem Erfordernis des Einfügens in die „Eigenart der näheren Umgebung“ grundsätzlich weit genug gefasst.

Berliner Gespräche zum Städtebaurecht

Änderungsbedarf bei der Baunutzungsverordnung

Thesenpapiere zur zweiten Gesprächsrunde am 3. September 2010 in Berlin

Folkert Kiepe

Novellierungserfordernisse bei der BauNVO aus Sicht der Städte

1. Die BauNVO hat - zusammen mit dem BauGB - für die kommunale Planungspraxis grundlegende Bedeutung. Sie bietet das rechtliche Instrumentarium für eine sinnvolle und funktionsgerechte Gestaltung der städtebaulichen Entwicklung der Gemeinden, mit dem diese in der Flächennutzungsplanung die für eine Bebauung vorgesehenen Flächen darstellen und im Bebauungsplan Festsetzungen zur Nutzungsart durch die Ausweisung von Baugebieten, zum Nutzungsmaß, zur überbaubaren Grundstücksfläche und zur Bauweise treffen können.

2. Während das Baugesetzbuch in den letzten Jahrzehnten mehrmals durch umfangreiche Novellen tiefgreifend geändert wurde, gilt die Baunutzungsverordnung - mit Ausnahme zweier geringfügiger Änderungen - noch immer in ihrer auf der vierten Novelle beruhenden Fassung vom 23. Januar 1990. Auch die vorhergehenden Fassungen (BauNVO 1962, 1968, 1977) gelten für die in ihrem Zeitraum aufgestellten oder geänderten Bebauungspläne weiter fort. Aufgrund sich ändernder städtebaulicher Bedürfnisse wurde die BauN-VO 1962 und 1968 weiterentwickelt, und zwar mit dem Schwerpunkt Stadtneubau und -erweiterung. Alle Änderungen der BauNVO wurden unter Beibehaltung des bewährten Systems vollzogen.

3. Die BauNVO war bereits mehrfach Gegenstand von Reformüberlegungen. Zu grundlegenden Änderungen ist es aber nicht gekommen. Auftretende Probleme mit der Steuerungsregelung für den großflächigen Einzelhandel (§ 11 Abs. 3 BauNVO) konnten mit Hilfe der durch eine Arbeitsgruppe im Jahr 2002 erstellten Empfehlungen „Strukturwandel im Lebensmitteleinzelhandel“ gelöst werden, die inzwischen auch von der Rechtsprechung anerkannt sind. Die Zurückhaltung des Ordnungsgebers hinsichtlich einer Novellierung der Baunutzungsverordnung ist aus kommunaler Sicht zu begrüßen, da die Verordnung für wichtige Bereiche der Bauleitplanung nach wie vor ein gut handhabbares und ausreichend flexibles städtebaurechtliches Instrumentarium bereithält. Zudem führt jede Änderung der Baunutzungsverordnung zu einer neuen Generation von Bebauungsplänen und damit zu einer zusätzlichen „Schicht“, die den Vollzug des Städtebaurechts nicht einfacher, sondern komplizierter macht. Gleichwohl erscheint es nach zwei Jahrzehnten nicht verfrüht, Anwendungsprobleme und Defizite der Baunutzungsverordnung aufzuzeigen, den hierauf beruhenden Reformbedarf festzustellen und Vorschläge für eine Novellierung zu unterbreiten.

4. Insbesondere der in den letzten Jahren auf allen Ebenen in Gang gekommene Pro-

zess der Orientierung politischen Handels an den Erfordernissen des Klimaschutzes führt dazu, über das energetische – in der Regel anlagenbezogene – Fachrecht hinaus auch die Instrumente des Städtebaurechts auf ihre Eignung zur Umsetzung von Klimaschutzziele zu überprüfen und – so die Absicht – auch für diese Ziele „brauchbar“ zu machen.

5. Auf Anregung des Bau- und Verkehrsausschusses des Deutschen Städtetages hat das Deutsche Institut für Urbanistik daher gemeinsam mit der Hauptgeschäftsstelle des Deutschen Städtetags eine Befragung zum Novellierungsbedarf der BauNVO durchgeführt. Die Umfrage wurde im November 2009 begonnen und Mitte Januar 2010 abgeschlossen. Befragt wurden die Bau- und Planungsdezernate aller 210 unmittelbaren Mitgliedstädte des Deutschen Städtetags. 158 Städte haben sich an der Umfrage beteiligt, was einer hohen Rücklaufquote von rund 75 Prozent entspricht. Ziel der Befragung war es, empirisch gesicherte Informationen als Ausgangspunkt für eine Diskussion des Novellierungsbedarfs der BauNVO zu gewinnen.

6. Die Befragungsergebnisse machen einige inhaltliche Schwerpunkte deutlich, denen in der Novellierungsdiskussion aus Sicht des Deutschen Städtetages besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist.

6.1 Hierzu gehört vor allem die Steuerung des Einzelhandels, die für viele Städte Anlass zu einer Weiterentwicklung der BauNVO gibt. Dabei wird das in § 11 Abs. 3 BauNVO angelegte System, welches großflächige Einzelhandelsvorhaben mit komplexen städtebaulichen Auswirkungen in Kerngebieten und Sondergebieten mit entsprechen-

der Zweckbestimmung verweist, als grundlegender und bewährter Baustein der Steuerung gewertet. Änderungswünsche beziehen sich deshalb vor allem auf die Steuerung von Einzelhandelsbetrieben unterhalb der Großflächigkeitsschwelle. Denn gerade die generelle Zulässigkeit dieser Betriebe in vielen Baugebieten scheint von den Städten infrage gestellt zu werden. Auch die gewünschte Steuerung von „Agglomerationen“ solcher Einzelhandelsbetriebe erfordert eine Novellierung. Im Kern geht es den Städten dabei um die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche. Knapp 80 % der befragten Städte stimmten der Aussage zu, dass zum Schutz zentraler Versorgungsbereiche Einzelhandelsbetriebe mit zentrenrelevanten Sortimenten außerhalb zentraler Versorgungsbereiche durch Aufstellung von Bebauungsplänen ausgeschlossen werden müssen. Aus dem Umstand, dass nicht großflächige Einzelhandelsbetriebe unabhängig von ihrer Zentrenrelevanz in den meisten Baugebieten allgemein zulässig sind, scheint sich in der kommunalen Planungspraxis der befragten Städte demnach ein erhebliches Planungserfordernis zu ergeben.

6.2 Der zweite zentrale Anknüpfungspunkt für die Überlegungen zu einer Novellierung der BauNVO ist die Förderung bzw. Erleichterung der sog. Innenentwicklung. Dabei geht es vor allem um die sich aus § 17 Abs. 2 und 3 BauNVO ergebenden Restriktionen einer auch in Großstädten angemessenen städtebaulichen Dichte (erweiterte Möglichkeit zur Überschreitung der bestehenden Maßobergrenzen) sowie generell um die Erleichterung des Wohnens und der darauf bezogenen Infrastruktur; hierzu gehört auch die Frage der Zulässigkeit von

Kindertagesstätten in reinen Wohngebieten. In den Kontext der Förderung der Innenentwicklung gehören ferner die Flexibilisierung des Mischungsverhältnisses im Mischgebiet, sowie die Erleichterung der Zulässigkeit des Wohnens in Kerngebieten, die jeweils von einer größeren Zahl der befragten Städte angeregt wurde.

6.3 Im Einzelnen wurde von den befragten Städten folgender Änderungsbedarf gesehen:

- 121 Städte sehen bei einer oder mehreren Baugebietsvorschriften einen Änderungsbedarf. Am häufigsten wird ein solcher Änderungsbedarf beim Mischgebiet nach § 6 BauNVO und beim Sondergebiet nach § 11 BauNVO gesehen. Aber auch die §§ 4, 5, 7 und 8 wurden noch genannt.
- Beim Mischgebiet stehen vor allem die Steuerung des Verhältnisses von Wohnen und gewerblichen Nutzungen und der Wunsch nach Flexibilisierung in dieser Hinsicht im Vordergrund. Ähnlich ist der Schwerpunkt der auf das Dorfgebiet nach § 5 BauNVO bezogenen Nennungen. Hier geht es im Kern vor allem um die Weiterentwicklung der Baugebietskategorie für "umstrukturierte" Dorflagen. Auch bei den auf das Kerngebiet bezogenen Nennungen geht es besonders häufig um die erleichterte Zulässigkeit von Wohnen in den Kerngebieten.
- Die Regelungen zum Maß der baulichen Nutzung werden fast ausnahmslos von allen befragten Städten als unverzichtbar angesehen. Änderungsbedarf bei den Maßvorschriften wird ebenso wie bei den Regelungen zur Bauweise und

zur überbaubaren Grundstücksfläche (§§ 22 und 23 BauNVO) nur von einer Minderheit der Städte gesehen. Eine Ausnahme bildet insoweit die Regelung zum Vollgeschossbegriff in § 20 Abs. 1 BauNVO. Rd. 80 % der Städte wünschen sich einen bundesrechtlich abschließend geregelten Vollgeschossbegriff. Relativ häufig sind Änderungswünsche in Bezug auf §§ 17, 19 Abs. 4 und 21a BauNVO. Vor allem wünscht sich fast die Hälfte der befragten Städte, dass die in § 17 Abs. 2 und 3 BauNVO geregelte Möglichkeit der Überschreitung der Maßobergrenzen erleichtert werden sollte.

- Änderungsbedarf wird in Bezug auf eine Erleichterung der Zulässigkeit von Anlagen zur Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energien gesehen (87 Städte). Angesprochen ist damit vor allem § 14 BauNVO. Änderungswünsche gibt es aber auch in Bezug auf §§ 12 und 13 BauNVO.
- Die Städte wurden schließlich gefragt, wie sie die praktischen Anwendungsprobleme einschätzen, die sich mit einer neuen BauNVO ergeben würden, weil ältere Fassungen der BauNVO für ältere Bebauungspläne weiter zugrunde zu legen sind. Nur eine Minderheit von sieben Städten (knapp 5 %) hält diese Probleme für gravierend mit der Empfehlung "sollte unbedingt vermieden werden". 145 Städte halten die Probleme demgegenüber für grundsätzlich beherrschbar.

7. Zusammenfassend ist festzustellen, dass fast alle befragten Städte in der geltenden BauN-VO grundsätzlich ein brauchbares Instrumentarium zur Bewältigung der

anstehenden städtebaulichen Aufgaben sehen. Das System "BauNVO" als Ordnungsrahmen für die Bauleitplanung und als Bezugsrahmen für die Beurteilung der Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich (§ 34 Abs. 2 BauGB) hat sich in der Praxis bewährt. Eine grundlegende Umgestaltung der BauNVO oder gar ihre Abschaffung wird von der Planungspraxis nicht gewünscht. Die BauNVO wird vielmehr als unverzichtbarer Ordnungsrahmen für die Bauleitplanung gewertet.

Norbert Portz

Novellierungserfordernisse bei der BauNVO aus Sicht der Städte und Gemeinden

THESE I: Die Baunutzungsverordnung hat sich aus Sicht der Städte und Gemeinden grundsätzlich als „optionaler und flexibler Baukasten“ bei der Aufstellung der Bauleitpläne und für die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben bewährt. Trotz einer im Koalitionsvertrag vereinbarten „umfassenden Prüfung“ bedarf es daher aus Sicht der Städte und Gemeinden im Ergebnis nur punktueller Änderungen.

Begründung: Das Bestehen einer seit zwanzig Jahren unveränderten Baunutzungsverordnung (Wo gibt es das sonst noch?) ist für die kommunale Praxis ein Wert als solcher. Auch wenn ein punktueller Fortentwicklungsbedarf angesichts neuer Herausforderungen (Innenentwicklung, Förderung erneuerbarer Energien etc.) sinnvoll erscheinen mag, spricht jedenfalls gegen eine umfassende Novellierung, dass

- die Baunutzungsverordnung sich einerseits als unverzichtbarer Ordnungsrahmen für die Bauleitplanung, sie aber andererseits als sehr flexibles Instrument der Konfliktvermeidung gerade angesichts der differenzierten Festsetzungsmöglichkeiten (s. insbesondere § 1 Abs. 4 bis Abs. 9 BauNVO) bewährt hat;
- jegliche umfassendere Novellierung neue „Schichtenbebauungspläne“ mit sich bringt. Diese sind gegenwärtig ins-

besondere in den neuen Ländern noch unbekannt;

- das Instrumentarium der geltenden BauNVO grundsätzlich zur Bewältigung der kommunalen Herausforderungen ausreicht.

THESE II: Einer zum Teil geforderten Freistellung vom Baugebietstypenzwang sollte zurückhaltend begegnet werden.

Begründung: Die klassische BauNVO ist von ihrem Geist und Inhalt für den Neubaubereich geschaffen worden. Daher wird zum Teil für den Siedlungsbestand die Forderung erhoben, die Bindung an die Baugebietstypen entfallen zu lassen. Insoweit wird auf die „Parallele“ des vorhabenbezogenen Bebauungsplans abgestellt. Jedoch ist aus Sicht des DStGB eine allgemeine Freistellung vom Baugebietstypenzwang kritisch zu sehen und im Ergebnis abzulehnen. Grund ist, dass die Leitplanken der Baugebiete für die planenden Gemeinden eine Hilfe sind und selbst da – wo wie beim Vorhaben- und Erschließungsplan – rechtlich hierauf verzichtet werden kann, dennoch tatsächlich oftmals hieran angeknüpft wird. Eine Freistellung vom Baugebietstypenzwang würde zwar auf den ersten Blick die kommunale Planungshoheit erweitern; andererseits wären die hiermit verbundenen negativen Auswirkungen (größerer Wild-

wuchs, Gefahr einer zunehmenden Beeinträchtigung öffentlicher und privater Belange, Reduzierung der Konfliktvermeidung etc.), nicht überschaubar. Eine begrenzte Aufhebung des Baugebietstypenzwangs für den Siedlungsbestand (Innenbereich) sollte ebenfalls erst nach einer grundsätzlichen Voruntersuchung und nicht im Rahmen der jetzigen punktuellen BauNVO-Novelle vorgenommen werden.

THESE III: Ein Verzicht auf einzelne Baugebietstypen (§§ 2 bis 11 BauNVO) bringt für die Kommunen keinen Zugewinn an Selbstverwaltung und Planungshoheit.

Begründung: Der diskutierte Verzicht auf einzelne Baugebietstypen, insbesondere auf das Kleinsiedlungsgebiet nach § 2 BauNVO und das reine Wohngebiet nach § 3 BauNVO, bringt für die kommunale Praxis und die Planungshoheit keinen Mehrwert. Die Festsetzung der einzelnen Baugebietstypen steht den Gemeinden frei. Ein Zwang besteht insoweit nicht. Auch wenn daher einzelne Baugebietstypen (Beispiel: Reines Wohngebiet) kaum noch festgesetzt werden, ist deren Beibehaltung und mögliche Festsetzung Ausfluss der kommunalen Planungshoheit. Die bloße Möglichkeit vom Gebrauchmachen der verschiedenen Baugebietstypen in der BauNVO kann daher in keinem Fall als hinderlich für die kommunale Planungspraxis angesehen werden.

THESE IV: Kindertagesstätten sollten in reinen Wohngebieten allgemein zugelassen werden.

Begründung: Anders als etwa Altenpflegeheime sind Kindertageseinrichtungen in reinen Wohngebieten nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO nur ausnahmsweise zulässig. Zwar

können Gemeinden auch heute in reinen Wohngebieten Kindertagesstätten als allgemein zulässige Vorhaben gemäß § 1 Abs. 6 BauNVO festsetzen und dabei i. d. R. das vereinfachte Verfahren nach § 13a BauGB nutzen. Auch kann bei bestehenden Bebauungsplänen im Einzelfall die Zulassung von Kindertagesstätten in reinen Wohngebieten im Wege einer Ausnahme / Befreiung ermöglicht werden. Dennoch ist es rechts- und gesellschaftspolitisch sachgerecht, die natürlichen Geräusche auf Spielplätzen und in Kindertagesstätten auch baurechtlich als insgesamt sozialverträglich einzustufen und diese Einrichtungen in reinen Wohngebieten allgemein zuzulassen. Dies gilt umso mehr, weil einerseits der Ausbau des Betreuungsangebots für Kinder unter drei Jahren bis zum Jahre 2013 vielerorts weitere Investitionen in Kindertagesstätten erforderlich macht und andererseits in vielen Kommunen eine zunehmende Empfindlichkeit gegen Kinderlärm in der Nachbarschaft festzustellen ist. So hat erst jüngst der Landesvorsitzende der Senioren-Union NRW gefordert, Kindertagesstätten aufgrund des Lärms möglichst aus Wohngebieten herauszuhalten. Mit einer allgemeinen Zulässigkeit von Kindertagesstätten in reinen Wohngebieten würde daher ebenso wie über eine parallel notwendige Änderung der immissionsschutzrechtlichen Regelungen ein deutliches rechtspolitisches Signal gesetzt.

THESE V: Zu prüfen ist, inwieweit für die Zulassung so genannter Mehrfachspielhallen in der BauNVO eine Klarstellung dergestalt vorgenommen werden muss, dass diese bauplanungsrechtlich als Einheit anzusehen sind.

Begründung: Insbesondere die Massierung von Vergnügungsstätten und hier von Spielhallen ist nicht nur gewerbe- und ordnungsrechtlich, sondern auch planungsrechtlich ein zunehmendes Problem. Hierbei spielt insbesondere die Verhinderung des so genannten Trading-Down-Effekts als besonderer städtebaulicher Grund im Sinne von § 1 Abs. 9 BauNVO eine besondere Rolle (s. BVerwG vom 04.09.2008 - 4 BN 9/08). Zwar spielen insoweit bei Vergnügungsstätten und Spielhallen nicht allein quantitative Faktoren eine Rolle; doch tritt in jüngerer Zeit in vielen Städten und Gemeinden das Problem der „Mehrfachspielhallen“ verstärkt zutage. Hintergrund ist insbesondere die Abgrenzung zwischen der kerngebietstypischen Zulässigkeit von Vergnügungsstätten nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO und der Zulässigkeit in Mischgebieten beziehungsweise in besonderen Wohngebieten nach § 6 Abs. 2 Nr. 8 und § 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG sind als typisch für Kerngebiete diejenigen Vergnügungsstätten anzusehen, die als zentrale Dienstleistungsbetriebe auf dem Unterhaltungssektor einen größeren Einzugsbereich haben und für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar sein sollen (BVerwG vom 24.02.2000 - 4 C 23.98). Wann diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist insbesondere nach Maßgabe von Hilfskriterien wie Raumgröße und Störpotenzial zu entscheiden. Zur Abgrenzung der kerngebietstypischen von den nicht kerngebietstypischen Spielhallen legt die Rechtsprechung eine Grundfläche von etwa 100 m² als Schwellenwert zugrunde (BVerwG vom 28.07.1988 - 4 B 119.88). Bei einer Nutzfläche bis 100 m² handelt es sich regelmä-

ßig um eine Vergnügungsstätte mittlerer Größe, deren Auswirkungen noch als mischgebietsverträglich angesehen werden. An dieser Grenzziehung dürfte auch nach Inkrafttreten der SpielV 2005 festzuhalten sein.

In diesem Zusammenhang ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen benachbarte Spielhallen (Mehrfachspielhallen) bauplanungsrechtlich als Einheit anzusehen sind:

Werden etwa zwei nebeneinander liegende Spielhallen mit je 150 m² Spielfläche und je zwölf Spielgeräten baurechtlich beantragt, ist dieser Antrag in einem Mischgebiet abzulehnen, weil beide Spielhallen die Grenze zur kerngebietstypischen Vergnügungsstätte von 100 m² überschreiten.

Ersetzt der Betreiber seinen einheitlichen Bauantrag jedoch durch Bauanträge für drei Spielhallen mit je 100 m² Spielfläche und je acht Spielgeräten, kann diesen Anträgen nicht entgegengehalten werden, die Grenze zur kerngebietstypischen Vergnügungsstätte sei überschritten. Dies gilt jedenfalls gewerberechtlich dann, wenn die Spielhallen jeweils über einen Zugang und weitere separate Räumlichkeiten (Toiletten, Aufsichtsbereich etc.) verfügen.

Insoweit ist zu prüfen, inwieweit bauplanungsrechtlich eine Klarstellung erforderlich ist, dass derartige Mehrfachspielhallen als Einheit anzusehen sind, ähnlich wie dies bei der Zusammenfassung mehrerer Einzelhandelsbetriebe zu einem Einkaufszentrum möglich ist. Alternativ bietet es sich an, hier zunächst die weitere Rechtsprechung abzuwarten.

THESE VI: Eine Klarstellung bei der Regelung des § 11 Abs. 3 BauNVO mit dem Ziel einer verbesserten Steuerung von Einzelhandelsagglomerationen sollte geprüft werden.

Begründung: Maßgebliche Gegenwarts- und Zukunftsaufgabe der Stadtplanung für die Sicherung zentraler Versorgungsbereiche und damit der Innenstädte und Ortskerne ist die Steuerung des großflächigen Einzelhandels und hier insbesondere der Discount-Märkte.

Nur eine sachgerechte und gezielte Steuerung gewährleistet ein wohnungsnahes Grundversorgungsangebot insbesondere im ländlichen Raum. Grundsätzlich bietet das städtebaurechtliche Instrumentarium insbesondere des § 11 Abs. 3 BauNVO für die Städte und Gemeinden eine ausreichende planungsrechtliche Steuerungsmöglichkeit auch für eine zielgerichtete Ansiedlung von Discount- und Supermärkten in zentralen Versorgungsbereichen. Insoweit hat auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den letzten Jahren viel zur Konkretisierung beigetragen.

Allenfalls sollte geprüft werden, inwieweit zusätzliche Klarstellungen dergestalt Eingang in die BauNVO finden, wann und nach welchen Voraussetzungen auch mehrere Einzelhandelsbetriebe (Agglomerationen) als ein großflächiger Einzelhandelsbetrieb (Funktionseinheit) gelten. Dies gilt etwa bei der Kombination verschiedener Märkte (Lebensmittel- und Getränkemarkt etc.) und der hieraus resultierenden Berechnung der maßgeblichen Großflächigkeit. Ggf. ist eine Modifizierung des Begriffs Einkaufszentrums zu prüfen.

THESE VII: Eine erweiterte Zulassung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien ist sachgerecht.

Begründung: Nicht zuletzt aus Gründen des Klimaschutzes entspricht die Förderung erneuerbarer Energien einem breiten und allgemeinen Anliegen. Es ist daher sinnvoll, zusätzliche und klarstellende Regelungen zur Zulässigkeit von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, etwa in den Vorschriften über die Nebenanlagen (§ 14 BauNVO), in die BauNVO aufzunehmen.

THESE VIII: Die Einführung einer erweiterten Möglichkeit zur Überschreitung der bestehenden Maßobergrenzen nach § 17 Abs. 2 und 3 BauNVO erscheint sinnvoll.

Begründung: Insbesondere für Bebauungspläne der Innenentwicklung (§ 13 a BauGB) sollte im Hinblick auf die Zielrichtung, eine größere Verdichtung zuzulassen, die Möglichkeit geprüft werden, eine maßvolle Überschreitung der gegenwärtigen 6 Maßobergrenze des § 17 Abs. 2 und 3 BauNVO zuzulassen. Insoweit kann eine derartige Überschreitung bereits aufgrund einer nachträglich erforderlichen Wärmedämmung notwendig sein.

THESE IX: Eine bundeseinheitliche Regelung des Vollgeschossbegriffs in der Baunutzungsverordnung (§ 20 BauNVO) ist angebracht.

Begründung: Der Vollgeschossbegriff hat für bauaufsichtliche Anforderungen mittlerweile seine Bedeutung verloren. In der Folge bedarf es keiner Landesregelungen zum Vollgeschossbegriff bei der Anknüpfung an bauplanungsrechtliche Bestimmungen mehr. Vielmehr ist eine einheitli-

che Regelung in der BauNVO selbst erforderlich. Insoweit kann im Hinblick auf die Definition an die Übergangsregelung in § 87 Abs. 2 MBO 2002 in Verbindung mit der Regelung des § 2 Abs. 4 der MBO 1997 angeknüpft werden. Sie lautet:

„Vollgeschosse sind Geschosse, deren Deckenoberkante im Mittel mehr als 1,4 Meter über die festgelegte Geländeoberfläche hinausragt und die über mindestens zwei Drittel ihrer Grundfläche eine lichte Höhe von mindestens 2,3 Meter haben.“

THESE X: Eine Novellierung der BauNVO muss von dem Ziel getragen werden „Weniger ist mehr“.

Begründung: Die angesprochenen punktuellen Änderungserfordernisse belegen, dass sich das Grundkonzept der Baunutzungsverordnung bewährt hat und daher die Grundstruktur und die Grundinhalte der BauNVO beizubehalten sind. Erhebliche Neuerungen bringen nach allen Erfahrungen im Sinne einer „Türöffnerfunktion“ neue Diskussionen mit sich, deren Ausgang nicht absehbar ist. Auch dürfen die Ansprüche an die BauNVO und an deren Lösungspotenzial nicht überdehnt werden. Im Hinblick hierauf sowie auch angesichts des generellen Reformansatzes (Unbedingt Notwendiges für die Praxis ändern) muss daher auch bei der BauNVO der Novellierungsgrundsatz gelten: „Weniger ist mehr.“

Elisabeth Heitfeld-Hagelgans

Regelungen zur Art der baulichen Nutzung

Genereller Änderungsbedarf

Die Baunutzungsverordnung (BauNVO) ist erstmals 1962 erlassen worden. In den Jahren 1968, 1977, 1987 und 1990 wurde die BauNVO geändert; seit 1990 ist sie nicht mehr novelliert worden. Nach dem Koalitionsvertrag zwischen den die Bundesregierung in der 17. Legislaturperiode tragenden Parteien soll im Hinblick auf das Bauplanungsrecht die Baunutzungsverordnung umfassend geprüft werden.

In Bezug auf die Art der Nutzung regelt die BauNVO Baugebietstypen als Vorgabe für die gemeindliche Bauleitplanung. Durch die Festsetzung der Baugebiete im Bebauungsplan werden die Regelungen über die in den Baugebieten zulässigen Nutzungen und Anlagen Bestandteil des Bebauungsplans (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauNVO), d. h. sie werden über den rechtsverbindlichen Bebauungsplan Recht für jedermann, insbesondere für den Grundstückseigentümer. Weiterhin gelten die Regelungen über die in den Baugebieten zulässigen Nutzungen und Anlagen für den im Zusammenhang bebauten Ortsteil ohne qualifizierten Bebauungsplan, dessen Eigenart einem der Baugebiete der BauNVO entspricht. D. h. die die Zulässigkeit von Vorhaben hinsichtlich der Art der Nutzung beurteilt sich nach den jeweiligen Baugebietsvorschriften (§ 34 Abs. 2 BauGB).

Die städtebaulichen Ziele und Leitbilder haben sich seit den 60 Jahren erheblich verändert: von der Ausweisung und Erschließung neuer Baugebiete mit einer aufgelockerten Bebauung hin zu einer Stärkung der Innenentwicklung und den Aufgabenstellungen des demographischen Wandels und des Klimawandels. In diesem Zusammenhang wird eine grundlegende Novellierung der BauNVO gefordert, um der geänderten Aufgabenstellung besser gerecht werden zu können (so Boeddinghaus, Gerhard, Überprüfung der Baunutzungsverordnung, BauR 7/2010, S. 998 ff.). Die grundsätzliche Kritik bezieht sich auf das städtebauliche Leitbild der „gegliederten und aufgelockerten Stadt“, das der BauNVO 1962 im Wesentlichen zugrunde lag. Diese Kritik wird verbunden mit einer Forderung nach einer Freigabe vom Typenzwang, d. h. dass die gemeindliche Bauleitplanung – analog zum Vorhaben – und Erschließungsplan – nicht mehr an die Baugebiete nach der BauNVO gebunden sein soll. Dazu ist folgendes anzumerken:

- Jede Änderung des Städtebaurechts bedingt Einarbeitungsaufwand für die Praxis und i. d. R. einige Jahre rechtliche Unsicherheiten, bis eine Klarstellung durch die Rechtsprechung erfolgt. Regelungen der BauNVO haben Bedeutung auch in anderen Rechtsgebieten (z. B. im Immissionsschutzrecht, bei der

Grundstücksbewertung), d. h. Änderungen der BauNVO erfordern auch in anderen Bereichen Anpassungen und für einige Jahre rechtliche Unsicherheiten.

- Durch eine Änderung der BauNVO ergibt sich für die Praxis das Problem, bei älteren Bebauungsplänen die jeweils geltenden früheren Fassungen der Baunutzungsverordnung anwenden zu müssen. Dies erschwert die praktische Anwendung der Bebauungspläne, insbesondere bei den Schichtenbebauungsplänen (Bebauungspläne, für die aufgrund von Änderungen mehrere Fassungen der BauNVO gelten).
- Nach den Erfahrungen in der Praxis sind bei den angeblichen Regelungsdefiziten oft Lösungen mit dem bestehenden Instrumentarium möglich. Die Forderungen nach Rechtsänderungen sind in vielen Fällen Vollzugsprobleme und nicht Regelungsprobleme oder –defizite.
- Wie die Umfrageergebnisse von difu und DST belegen, hat sich die BauNVO nach überwiegender Auffassung der Anwender in der Praxis bewährt. Generell lässt sich feststellen, dass die Regelungen der BauNVO in der Praxis „angekommen“ sind, weitgehend rechtssicher angewendet werden und von den Anwendern als grundsätzlich ausreichend angesehen werden, die anstehenden städtebaulichen Aufgaben zu bewältigen. Grundlegende Änderungen sollten nicht kurzfristig sondern wegen der schwer abschätzbaren Auswirkungen nur auf der Grundlage vertiefter Forschungen und einer breiten Fachdiskussion vorgesehen werden.

These: Die Regelungen der BauNVO haben sich bewährt. Aus Sicht der Mehrzahl der Anwender sind die Regelungen geeignet, auch die anstehenden städtebaulichen Aufgaben zu bewältigen. Bei der anstehenden Novellierung sollten Änderungen auf das Notwendige beschränkt werden. Für eine grundlegende Novellierung sollten auf der Grundlage vertiefter Forschungen Vorschläge erarbeitet und in einer breiten Fachdiskussion erörtert werden. Diese Vorschläge könnten in eine mittelfristige Novellierung der Baunutzungsverordnung einfließen.

Übergreifende Fragen

Differenzierungsmöglichkeiten/ Flexibilität der Baugebiete

Im Zusammenhang mit den Aufgaben der Innenentwicklung wird vorgetragen, dass die BauNVO als Ordnungsrahmen für bereits bebaute Bereiche nur bedingt geeignet ist. Der Baugebietstypenzwang der BauNVO ermögliche nicht immer sachgerechte Lösungen.

Das Städtebaurecht ermöglicht eine Differenzierung der Baugebiete – sowohl durch Regelungen der BauNVO wie auch des Baugesetzbuchs:

- Nach § 1 Abs. 4 – 10 BauNVO können die Gemeinden eine Feinsteuerung der Baugebiete durch entsprechende Festsetzungen im Bebauungsplan in Anpassung an die örtlichen Gegebenheiten vornehmen. Nach den Ergebnissen der difu- Umfrage werden diese Regelungen von den meisten Anwenderstädten als wichtig und praktikabel angesehen.

- Einzelne Baugebiete enthalten Sonderregelungen für eine Entwicklung der baulichen Nutzung (§ 4 a besondere Wohngebiete: „...die Wohnnutzung erhalten und fortentwickelt werden soll“) bzw. eine Feinsteuerung durch Festsetzungen im Bebauungsplan (§ 4 a Abs. 4, § 7 Abs. 4 BauNVO).
- Die Gemeinden können für Gebiete, die sich von den Baugebieten nach §§ 2 bis 10 BauNVO wesentlich unterscheiden, Sondergebiete gezielt für die beabsichtigte Nutzung ausweisen.
- Bei der Regelung der Zulässigkeit von Vorhaben im Vorhaben- und Erschließungsplan nach § 12 Baugesetzbuch (BauGB) sind die Gemeinden nicht an die Baugebietstypen der BauNVO gebunden.
- Nach § 9 Abs. 2 a BauGB können für im Zusammenhang bebaute Ortsteile unter bestimmten Voraussetzungen Zulässigkeitsregelungen ohne Festsetzung eines Baugebiets getroffen werden.

THESE: Das System der Baugebietstypen der BauNVO ermöglicht den Gemeinden grundsätzlich eine rechtssichere Festsetzung der Zulässigkeit von Vorhaben und entbindet sie von der Notwendigkeit, für jeden Einzelfall ein Baugebiet neu zu definieren. Es gibt einen verbindlichen Ordnungsrahmen vor, durch den Begehrlichkeiten und politischer Druck in städtebaulich sinnvolle Lösungen gelenkt werden können. Andererseits ermöglichen die bestehenden Differenzierungsmöglichkeiten der BauNVO über die Baugebietstypisierungen hinausgehende, an die konkrete Situation angepasste Planungen, auch für bereits bestehende Baugebiete. Weitergehen-

de Differenzierungs- und Flexibilisierungsmöglichkeiten könnten im Zusammenhang mit einer grundlegenden mittelfristigen Novellierung der BauNVO geprüft werden. Zu erörtern wäre, ob § 9 Abs. 2 a BauGB hinsichtlich seiner Anwendungsmöglichkeiten erweitert wird.

Die Art der baulichen Nutzung und der immissionsschutzrechtliche Trennungsgrundsatz

In der Kritik an der BauNVO wird oft vorgebracht, dass der den Baugebietstypen zugrundeliegende Grundsatz der Funktions-trennung in Verbindung mit dem Typenzwang und den über die Jahre gestiegenen Anforderungen des Immissionsschutzrechts dazu führe, dass die Gemeinden insbesondere für bebaute Bereiche, die mit Immissionen belastet sind, Baugebiete mit höherem Störgrad ausweisen, um die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen, insbesondere den Trennungsgrundsatz nach § 50 BImSchG, erfüllen zu können, obwohl eine andere Nutzung beabsichtigt ist (z. B. Mischgebiet statt Wohngebiet, sogenannter „Etikettenschwindel“). In extremen Situationen würden die immissionsschutzrechtlichen Anforderung auch dazu führen, dass keine Bebauungspläne aufgestellt werden könnten, da bei der Verwirklichung des Bebauungsplans die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen nicht erfüllt werden könnten und die Bebauungspläne somit nicht vollzugsfähig seien.

Die Vorschriften über die jeweiligen Baugebiete, d. h. die Festlegung der Zweckbestimmung, des Störgrades, der allgemein und der ausnahmsweise zulässigen Nutzungen für einen Baugebietstyp, sind orien-

tiert an der „Gebietsverträglichkeit“. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die in einem Baugebiet allgemein oder ausnahmsweise zulässigen Nutzungen sich untereinander nicht stören, also „gebietsverträglich“ sind. Das Korrektiv im Einzelfall bildet § 15 Abs. 1 BauNVO. Im Ergebnis dienen die Vorschriften über die Baugebietstypen und der Typenzwang einem vorsorgenden städtebaulichen Immissionsschutz.

Die BauNVO enthält keine Vorgaben über die Ausweisung der Baugebiete im Gemeindegebiet, d. h. über die Lage und Größe der jeweiligen Baugebiete sowie die Zuordnung der Baugebiete zueinander. Die Festlegung von Anzahl, Lage und Größe der Baugebiete in den Gemeinden erfolgt unter Berücksichtigung landesplanerischer Zielvorgaben und im Hinblick auf eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung unter Berücksichtigung der in § 1 Abs. 6 BauGB insbesondere genannten städtebaulichen Belange sowie der städtebaulichen Konzepte und Zielvorstellungen der Gemeinden. Zu den zu berücksichtigenden Belangen gehören auch die Belange des Umweltschutzes und Immissionsschutzes.

Bei Neuplanungen und bei Planungen für überwiegend bebaute Bereiche ohne Immissionskonflikte ist durch eine vorbeugende Bauleitplanung sicherzustellen, dass Immissionskonflikte soweit wie möglich vermieden werden (vorbeugender Immissionsschutz). Bei der Überplanung von überwiegend bebauten Bereichen mit vorhandenen Immissionskonflikten ist die Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen anzustreben. Lassen sich die Umwelteinwirkungen durch vorbeugende Planung nicht mehr vermeiden, sind geeignete

Maßnahmen und Vorkehrungen vorzusehen, dass die Umwelteinwirkungen soweit wie möglich gemindert werden können (Verbesserungsgebot). Die TA-Lärm z. B. sieht in Nr. 6.7 bei Gemengelagen die Bildung von geeigneten Zwischenwerten vor.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 22. März 2007 (BVerwG 4 CN 2.06) ausgeführt, dass nicht nur bei vorhandenen Gemengelagen sondern auch bei der Neuplanung von Wohngebieten städtebauliche Gründe (Innenentwicklung, sparsamer Umgang mit Grund und Boden, Ausnutzung vorhandener Infrastruktur) dazu führen können, dass die Gemeinde im Rahmen der Abwägung zu dem Ergebnis kommt, dass größere Abstände nicht eingehalten werden können und dass durch geeignete bauliche und technische Vorkehrungen dafür gesorgt wird, dass keine ungesunden Wohnverhältnisse entstehen.

THESE: Die Regelungen der BauNVO, des Baugesetzbuchs und des Immissionsschutzrechts sowie die dazu ergangene Rechtsprechung ermöglichen auch in Gemengelagen sachgerechte, an die konkrete Umweltsituation angepasste Planungen. Eine Abkehr vom Typenzwang ist nicht die Lösung dieser Fragen sondern würde neue Probleme schaffen.

Baugebietsvorschriften im Einzelnen

Kleinsiedlungsgebiete

Die Streichung des Baugebietstyps „Kleinsiedlungsgebiete“ wurde bereits im Rahmen der Novellierung der BauNVO 1990 gefordert. Mit Rücksicht auf den Umstand,

dass Kleinsiedlungsgebiete in früheren Jahren in beachtlichem Umfang ausgewiesen worden sind und auch bei einer Streichung des Baugebietstyps in der BauNVO weiterhin bestehen, ist die Baugebietsvorschrift über Kleinsiedlungsgebiete beibehalten worden. Bei der Novellierung 1990 wurden bei den allgemein zulässigen Nutzungen in den städtebaurechtlichen Begriff der Kleinsiedlung „Wohngebäude mit entsprechenden Nutzgärten“ ausdrücklich einbezogen.

THESE: Bei der anstehenden Novellierung sollte der Baugebietstyp aus den im Rahmen der Novellierung von 1990 genannten Gründen beibehalten werden. Die Erweiterung des Begriffs der Kleinsiedlung um „Wohngebäude mit entsprechenden Nutzgärten“ ermöglicht auch geringere Grundstücksgrößen und somit auch zeitgemäße Wohnformen. Eine mögliche Streichung des Baugebietstyps „Kleinsiedlungsgebiete“ könnte im Zusammenhang mit einer grundlegenden mittelfristigen Novellierung der BauNVO geprüft werden.

Reine Wohngebiete

Nach § 3 Abs. 2 BauNVO sind Anlagen für soziale Zwecke ausnahmsweise zulässig. Zu diesen Anlagen zählen auch Kindertagesstätten. Für die Anlagen für soziale Zwecke gilt nicht die für Anlagen für kirchliche, kulturelle, gesundheitliche und sportliche Zwecke geltende Beschränkung, dass sie den Bewohnern des Gebietes dienen müssen.

Nach dem Koalitionsvertrag und den Beschlüssen des Bundesrates vom 05.03.2010 und des Bundestages vom 01.07.2009 sollen Kindertagesstätten in reinen Wohngebie-

ten nicht mehr nur ausnahmsweise zugelassen werden können sondern allgemein zulässig sein. Der Katalog der allgemein zulässigen Nutzungen in § 3 Abs. 2 BauNVO ist entsprechend zu ergänzen. Dabei ist auch die Frage der Rückwirkung der neuen Regelung zu prüfen.

THESE: Der Katalog der allgemein zulässigen Nutzungen im reinen Wohngebiet (§ 3 Abs. 2 BauNVO) sollte entsprechend ergänzt werden. Dabei ist auch die Frage der Rückwirkung der neuen Regelung zu prüfen.

Dorfgebiete

Bereits bei der Novelle 1990 der BauNVO wurde versucht, dem Strukturwandel in der Landwirtschaft und den Anforderungen des Immissionsschutzes Rechnung zu tragen. In die allgemeine Zweckbestimmung und Zulässigkeit wurde das „sonstige Wohnen“, d. h. das nicht landwirtschaftsbezogene Wohnen, aufgenommen. Weiterhin wurde bei der Zweckbestimmung klargestellt, dass auf die Belange der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe einschließlich ihrer Entwicklungsmöglichkeiten vorrangig Rücksicht zu nehmen ist. Gleichwohl wird bei der gerichtlichen Überprüfung von Bebauungsplänen oft der „Etikettenschwindel“ von den Gerichten festgestellt, d. h. die Ausweisung von Dorfgebieten, obwohl faktisch ein Wohngebiet geplant ist.

Diese Vollzugsprobleme könnten Anlass sein, bei einer grundlegenden Novellierung zu prüfen, ob eine Ergänzung der Regelungen zum Dorfgebiet analog zum besonderen Wohngebiet in Frage kommen kann (z. B. Aufnahme eines Planungsziels „in de-

nen unter Berücksichtigung der Eigenart des Baugebietes die Wohnnutzung fortentwickelt werden soll“).

THESE: Die bisherigen Regelungen des § 5 BauNVO sind geeignet, dem Strukturwandel in der Landwirtschaft Rechnung zu tragen. Bei einer grundlegenden Novellierung der BauNVO könnte ggf. eine Ergänzung des § 5 BauNVO geprüft werden, die ein Planungsziel für den Strukturwandel berücksichtigt.

Mischgebiete

In der Praxis treten Vollzugsprobleme beim Mischgebiet in zweierlei Hinsicht auf:

- Wie unter Nr. 2.2 dargelegt wird ein Mischgebiet aus Gründen des Immissionsschutzes ausgewiesen, obwohl ein Wohngebiet realisiert werden soll (Etikettenschwindel).
- Die im Mischgebiet beabsichtigte Nutzungsmischung wird im Vollzug nicht erreicht. Die Steuerung über § 15 BauNVO stößt in der Praxis der Bauaufsichtsbehörden an ihre Grenzen.

Die Vollzugsprobleme könnten Anlass sein, bei einer grundlegenden Novellierung Festsetzungsmöglichkeiten zu prüfen, die die beabsichtigte Nutzungsmischung sicherstellen.

THESE: Bei einer grundlegenden Novellierung der BauNVO könnte ggf. geprüft werden, ob durch weitere Festsetzungsmöglichkeiten die Vollzugsprobleme beim Mischgebiet hinsichtlich der beabsichtigten Nutzungsmischung gelöst werden können.

Einzelfragen

Anlagen zur Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energien

Im Zusammenhang mit Anlagen zur Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energien wird oft eine Änderung des § 14 BauNVO vorgeschlagen. Diese Frage sollte im Rahmen der Diskussion erörtert werden.

Anlagen zur Tierhaltung in den Baugebieten

In der Praxis ist die Frage der Tierhaltung in einzelnen Baugebieten ein ständiges Thema. Dies reicht von der Pferdehaltung bis zur Kleintierzucht in Wohngebieten. Diese Fragen sollte im Rahmen der Diskussion erörtert werden.

Dr. jur. Heinz Janning

Regelungen zur Art der baulichen Nutzung – Einzelhandel und zentrale Versorgungsbereiche

Ziele der Einzelhandels- steuerung

Bei der planungsrechtlichen Einzelhandelssteuerung geht es insbesondere darum, die zentralen Versorgungsbereiche zu erhalten und zu entwickeln. Darüber hinaus geht es generell um eine möglichst verbraucher-nahe Versorgung insbesondere um eine wohnungsnah Grundversorgung, soweit diese nicht bereits durch die zentralen Versorgungsbereiche gewährleistet ist. Des Weiteren kann es die Sicherung der Hauptfunktion eines Baugebiets erfordern, die Einzelhandelsnutzung auszuschließen oder einzuschränken. Dies gilt insbesondere für Gewerbegebiete, die produzierenden oder verarbeitenden Gewerbebetrieben vorbehalten werden sollen, die auf diese Gebietskategorie angewiesen sind.

Das derzeitige planungsrechtliche Steuerungsinstrumentarium

Zusammenwirken von BauGB und BauNVO bei der Einzelhandelssteuerung

Zur Umsetzung dieser Ziele stellen BauGB und BauNVO ein ausdifferenziertes Steuerungsinstrumentarium zur Verfügung.

BauGB und BauNVO enthalten zum einen die notwendigen Regelungen über die Zulässigkeit von Einzelhandelsvorhaben für die Steuerung über Zulassungsentscheidungen und zum anderen Regelungen für die bauleitplanerische Einzelhandelssteuerung.

So ergibt sich die Zulässigkeit von Einzelhandelsvorhaben im Geltungsbereich qualifizierter Bebauungspläne aus den Bebauungsplanfestsetzungen, insbesondere zur Art der Nutzung in Verbindung mit den einschlägigen Baugebietsvorschriften der BauNVO. Besonders wichtig ist hierbei die Vorschrift des § 11 Abs. 3 BauNVO, wonach Einzelhandelsgroßprojekte nur in Kerngebieten oder in eigens hierfür festgesetzten Sondergebieten zulässig sind.

Die Zulässigkeit von Einzelhandelsvorhaben im unbeplanten Innenbereich ergibt sich aus § 34 BauGB. Besonders wichtig für die Einzelhandelssteuerung ist hier der Abs. 3 dieser Vorschrift, wonach auch von Vorhaben, die sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen und deren Erschließung gesichert ist, keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein dürfen.

Für die bauleitplanerische Einzelhandelssteuerung stellen BauGB und BauNVO zu-

nächst einmal die Vorschriften für Gebietsfestsetzungen zur Verfügung, die die (zumeist in Einzelhandels- und Zentrenkonzepten festgelegten) zentralen Versorgungsbereiche und die Sonderstandorte für den großflächigen Einzelhandel mit nicht zentrenrelevanten Hauptsortimenten rechtsverbindlich umsetzen. Möglichkeiten zur planerischen Feinsteuerung ergeben sich aus § 1 Abs. 2 – 10 BauNVO.

Besonders wichtig ist die Möglichkeit, Einzelhandelsvorhaben mit zentrenrelevanten Hauptsortimenten außerhalb der zentralen Versorgungsbereiche über § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO auszuschließen. Im unbeplanten Innenbereich bietet § 9 Abs. 2 a die Möglichkeit, zur Erhaltung und Sicherung zentraler Versorgungsbereiche den zentrenrelevanten Einzelhandel über einen einfachen Bebauungsplan ohne Gebietsfestsetzung auszuschließen.

Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche

Die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche hat im Städtebau und im Städtebaurecht eine besondere Bedeutung erlangt. Im BauGB wurden durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau 2004) und das Gesetz über die Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte (Novelle BauGB 2007) jeweils zweimal ergänzt, und zwar

- 2004 durch § 2 Abs. 2 Satz 2 (Zentrenschutz in der gemeindenachbarlichen Abstimmung) und § 34 Abs. 3 (Unzulässigkeit zentrenschädlicher Vorhaben im unbeplanten Innenbereich)

- in 2007 durch § 1 Abs. 6 Nr. 4 (Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche als Planungsgrundsatz) und
- durch die Einfügung des § 9 Abs. 2 a (Zentrenschutz durch einfachen Bebauungsplan im unbeplanten Innenbereich).

Die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche ist eine entscheidende Voraussetzung für die Innenentwicklung der Städte und Gemeinden und für eine verbrauchernahe Versorgung. Es geht um die Erhaltung gewachsener städtebaulicher Strukturen und die Entwicklung integrierter Lagen im Interesse der Urbanität, aber auch im Interesse der verbrauchernahen Versorgung.

Unter dem Begriff „zentraler Versorgungsbereiche“ sind räumlich abgrenzbare Bereiche einer Gemeinde zu verstehen, denen auf Grund vorhandener Einzelhandelsnutzungen – häufig ergänzt durch diverse Dienstleistungen und gastronomische Angebote – eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus zukommt.¹

Zentrale Versorgungsbereiche können nicht nur Innenstädte und Ortszentren, sondern auch Stadtteilzentren sowie Grund- und Nahversorgungszentren sein.²

¹ BVerwG, Urteil vom 11.10.2007 – 4 C 7.07

² Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/2496; bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 17.12.2009 – 4 C 2.08

Grundsätzliche Bewährung des Steuerungs-instrumentariums

Das vom BauGB und der BauNVO zur Verfügung gestellte Steuerungsinstrumentarium hat sich in der kommunalen Praxis grundsätzlich bewährt.

a) Dies gilt insbesondere für die Verweisung *großflächiger Einzelhandelsbetriebe und Einkaufszentren* in Kerngebiete und Sondergebiete entsprechender Zweckbestimmung durch § 11 Abs. 3 BauNVO. Diese Zulässigkeitsregelung verhindert, dass mit der Ausweisung von Baugebieten, vor allem von Gewerbegebieten und Mischgebieten außerhalb der Zentren, dort zugleich große Einzelhandelsbetriebe zulässig werden, die sich städtebaulich nachteilig auf zentrale Versorgungsbereiche auswirken würden.

Die wesentlichen Auslegungsfragen zu dieser Vorschrift hat die Rechtsprechung des BVerwG inzwischen geklärt. So hat das BVerwG z. B. die Größe der Großflächigkeit von Einzelhandelsbetrieben im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauNVO von zunächst ca. 700 auf 800 m² Verkaufsfläche angehoben und als eigenständiges Zulässigkeitskriterium ausgelegt. Die Praxis hat sich inzwischen auf diese und andere Entscheidungen des BVerwG zu § 11 Abs. 3 BauNVO weitgehend eingestellt.

Unbefriedigend ist allerdings aus der Sicht der kommunalen Praxis, dass Ansammlungen mehrerer Einzelhandelsbetriebe in enger Nachbarschaft zueinander, die jeweils für sich betrachtet unterhalb der Schwelle der Großflächigkeit bleiben, in ihrer Gesamtheit aber dieselben zentrenschädigenden Auswirkungen haben können wie Einkaufszentren oder Einzelhandelsgroßpro-

jekte mit zentrenrelevanten Hauptsortimenten außerhalb der zentralen Versorgungsbereiche, nicht unter das Sonderregime des § 11 Abs. 3 BauNVO fallen. Entsprechendes gilt, wenn sich Lebensmittel-, Drogerie- oder auch Textildiscounter oft knapp unterhalb der Großflächigkeitsgrenze außerhalb der zentralen Versorgungsbereiche an bestehende Einzelhandelsbetriebe, insbesondere auch an große Fachmärkte „andocken“ wollen.

Wenn derartige zentrenschädliche Agglomerationen nicht die begrifflichen Voraussetzungen eines Einkaufszentrums im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauNVO in der vom BVerwG vorgenommenen Auslegung erfüllen und wenn auch die Kriterien des BVerwG für die Zusammenfassung mehrerer Betriebe unter dem Aspekt der Funktionseinheit zu einem einzigen großflächigen Einzelhandelsbetrieb vorliegen, greift die Zulässigkeitsbeschränkung des § 11 Abs. 3 BauNVO auf Kern- oder Sondergebiete nicht. In den anderen Baugebieten kann dann nur eine konsequente Ausschlussplanung weiterhelfen, die jedoch aufwendig, zuweilen auch politisch brisant und zudem oft nicht ohne Risiko im Falle gerichtlicher Auseinandersetzungen ist. Daher wird im nächsten Abschnitt zu untersuchen sein, ob diese Agglomerationsproblematik durch eine entsprechende Modifizierung der Zulässigkeitsregelung des § 11 Abs. 3 BauNVO entschärft werden kann.

b) Die Regelungen zur *Zulässigkeit nicht großflächiger Einzelhandelsvorhaben* in den Vorschriften der BauNVO für die anderen Baugebiete bereiten der Praxis keine gravierenden Probleme mehr, nachdem auch hier die wichtigsten Auslegungsfragen

durch die Rechtsprechung weitgehend geklärt sind. Dies gilt z. B. auch für die Frage, welche Kriterien für die Annahme eines der Versorgung des Baugebiets dienenden Ladens erfüllt sein müssen, der in einem allgemeinen Wohngebiet nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO generell zulässig ist.

Die Baugebietsvorschriften der BauNVO für Wohngebiete und Kleinsiedlungsgebiete gehen mit ihrem Gebietsbezug noch vom Modell der kleinräumigen Nahversorgung aus, die sich aber durch den Strukturwandel vor allem im Lebensmitteleinzelhandel weitgehend erledigt hat. Zur Sicherung einer wohnungsnahen Grundversorgung ist heute in der Regel ein situationsgerechtes Gefüge von zentralen Versorgungsbereichen erforderlich. Da es kaum noch kleinere Nahversorgungsvorhaben in den Wohnbereichen gibt, werden die einschlägigen Zulässigkeitsregelungen der BauNVO demgemäß auch nur noch selten angewandt. Eine Notwendigkeit, auf diese Regelung deshalb ganz zu verzichten, besteht aber nicht.

c) Die Möglichkeiten und Grenzen der *Zulässigkeitsregelung des § 34 Abs. 3 BauGB* zur Abwehr zentrenschädigender Vorhaben sind inzwischen durch die Rechtsprechung des BVerwG weitgehend ausgelotet.³ Es können nur vorhandene, nicht aber erst noch zu entwickelnde zentrale Versorgungsbereiche durch diese Vorschrift geschützt werden. Nach Ansicht der Rechtsprechung kommt auch der räumlich-funktionalen Bestimmung zentraler Versorgungsbereiche in einem vom Rat der Ge-

meinde beschlossenen Einzelhandels- und Zentrenkonzept bei der Anwendung des § 34 Abs. 3 BauGB keine wesentliche Bedeutung zu. Für die Abgrenzung der zentralen Versorgungsbereiche seien allein die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend; diese Abgrenzung sei gerichtlich voll überprüfbar.

Aufgrund dieser und anderer Grenzen war es sinnvoll und notwendig, mit dem § 9 Abs. 2 a BauGB ein neues Planungsinstrument für die zentrenorientierte Einzelhandelssteuerung im unbeplanten Innenbereich bereitzustellen.

d) Die in § 1 Abs. 2 – 10 BauNVO geregelten Instrumente für die *planerische Feinsteuerung* haben sich in der Praxis bewährt. Besonders wichtig ist hier die Möglichkeit, durch Bebauungsplanfestsetzungen auf Grund des § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO Einzelhandelsvorhaben mit zentrenrelevanten Hauptsortimenten außerhalb zentraler Versorgungsbereiche auszuschließen.

Diese zum Schutz zentraler Versorgungsbereiche unbedingt notwendige Ausschlussplanung wird allerdings tlw. in der Literatur⁴ und vor allem in der Rechtsprechung des 10. Senates des OVG NRW⁵ unnötig problematisiert und damit erschwert. Erfreulicherweise hat das BVerwG aber mit seiner Grundsatzentscheidung vom 26.

³ BVerwG, Urteil vom 11.10.2007 – 4 C 7.07; Beschlüsse vom 12.2.2009 – 4 B 5.09 und 4 B 3.09; Urteile vom 17.12.2009 – 4 C 1.08 und 4 C 2.08

⁴ Maidowski, BADK-Information 4/2008, 168 (insb. 176 – 184); Mikesic/Würsig, BauR 2009, 192; Maidowski/Schulte, BauR 2009, 1380

⁵ Vgl. z.B. das Urteil vom 18.5.2010 – 10 D 92/08.NE; beanstandet wird u.a. das Fehlen eines Zentrenschädlichkeitsnachweises, obwohl die planende Gemeinde mehrfach das Planziel herausstellte, den Ortskern als zentralen Versorgungsbereich zu stärken und weiterzuentwickeln.

März 2009⁶ eine solche Ausschlussplanung ausreichend abgesichert. Danach ist die Stärkung der Zentren durch Konzentration von Einzelhandelsnutzungen in Stadtbezirks- und Ortsteilzentren ein Ziel, das den Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben in nicht zentralen Lagen städtebaulich rechtfertigen kann. Der Gemeinde ist es gestattet, zentrumsbildende Nutzungsarten, die in den Zentren bisher nicht oder nur in geringem Umfang vertreten sind, in anderen Gemeindegebieten mit dem Ziel auszuschießen, evtl. Neuansiedlungen den Zentren zuzuführen, um deren Attraktivität zu steigern oder zu erhalten. Bei einem solchen Planziel kommt es auf den Nachweis zentrenschädlicher Auswirkungen für die Begründung der planerischen Feinsteuerung nicht an; es genügt die Konzeptwidrigkeit der zentrenrelevanten Einzelhandelsbetriebe außerhalb der festgelegten Zentren.

Die Risiken, in gerichtlichen Verfahren wegen derartiger zentrenschützender Ausschlussfestsetzungen zu unterliegen, sind durchaus beherrschbar, wenn der planerischen Steuerung ein fundiertes Einzelhandels- und Zentrenkonzept zu Grunde liegt und wenn bestimmte Maßgaben beachtet werden.⁷

Änderungsüberlegungen und -vorschläge

Im Folgenden sollen einige Überlegungen und Vorschläge für Änderungen im Städtebaurecht vorgestellt und bewertet werden, die das Ziel verfolgen, die städtebauliche Steuerung des Einzelhandels zu verbessern.

Zentraler Versorgungsbereich als eigener Gebietstyp oder als spezielles Sondergebiet?

Die BauNVO kennt keinen Gebietstyp „zentraler Versorgungsbereich“. Diese Kategorie ist auch nicht in dem Katalog des § 9 BauGB mit den möglichen Bebauungsplanfestsetzungen enthalten.

Vor diesem Hintergrund wird nun vorgeschlagen, den zentralen Versorgungsbereich als *eigenen Gebietstyp* in die BauNVO aufzunehmen und Einzelhandelsvorhaben mit zentrenrelevanten Hauptsortimenten grundsätzlich nur noch innerhalb dieser zentralen Versorgungsbereiche allgemein und in den anderen Baugebieten dann allenfalls nur noch ausnahmsweise zuzulassen, wenn von diesen keine nachteiligen Auswirkungen auf die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche und auf die Nahversorgung der Bevölkerung zu erwarten sind.

Es wird ferner vorgeschlagen, den zentralen Versorgungsbereich in den Katalog der im § 11 BauNVO exemplarisch genannten sonstigen *Sondergebiete* aufzunehmen.

Beide Überlegungen dürften schon daran scheitern, dass die Definition des zentralen Versorgungsbereiches relativ abstrakt ist und dass unter diesen Begriff sehr unter-

⁶ Az: 4 C 21.07; ZfBR 2009, 463 mit Anm. von Janning, ZfBR 2009, 437

⁷ Vergl. hierzu Kuschnerus, Der standortgerechte Einzelhandel, S. 253–273; Bunzel/Janning/Kruse/Kühn, Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche, difu Arbeitshilfe, Berlin 2009; S. 125–159

schiedliche Zentrenstypen fallen, nämlich größere Innenstädte und Stadtteilzentren, gleichzeitig aber auch kleine Grund- und Nahversorgungszentren. Aus dem sehr abstrakten Begriff des zentralen Versorgungsbereiches ergibt sich kein hinreichend konkretes Zulässigkeitsprogramm für einzelne Nutzungsarten.

Deshalb sollte auf den zentralen Versorgungsbereich als eigenständigen Gebietstyp oder aber als spezielles Sondergebiet verzichtet werden. Das bedeutet, dass auch weiterhin für die bauleitplanerische Umsetzung eines Zentrenkonzeptes ein Gebietstyp der BauNVO festgesetzt werden muss, der der Funktion des jeweiligen zentralen Versorgungsbereiches entspricht. Wenn in dem jeweiligen zentralen Versorgungsbereich ein Einzelhandelsgroßprojekt im Sinne des § 11 Abs. 3 BauGB ermöglicht werden soll, muss eben ein Kerngebiet oder ein entsprechendes Sondergebiet festgesetzt werden. Geht es z. B. um die planerische Umsetzung eines Grund- oder Nahversorgungszentrums, kann diese Versorgungsfunktion als allgemeine Zweckbestimmung des festzusetzenden Sondergebietes „Grundversorgungszentrum“ bzw. „Nahversorgungszentrum“ übernommen werden. Die Art der Nutzung in diesem Sondergebiet wird im Hinblick auf die Einzelhandelsnutzung vor allem durch die Festsetzungen zur Sortimentsstruktur und zu Verkaufsflächenobergrenzen konkretisiert.

Darüber hinaus ist zu empfehlen, die vorhandenen und die noch zu entwickelnden *zentralen Versorgungsbereiche* (anknüpfend an § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB) durch überlagernde Darstellungen in den *Flächennutzungsplan* aufzunehmen. Auf diese Darstel-

lung des angestrebten Zentrengefüges und auf das dem zugrundeliegenden Zentrenkonzept kann dann bei der jeweiligen Bebauungsplanung Bezug genommen werden. Auf diese Weise wird auch dem Gebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB Rechnung getragen, den Bebauungsplan aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln. Gleichzeitig schafft diese Darstellung Klarheit über die städtebaulichen Zielvorstellungen der Gemeinde auch im Hinblick auf gemeindenachbarliche Abstimmungen nach § 2 Abs. 2 BauGB.

Einschränkung der Zulässigkeit nicht großflächiger Einzelhandelsvorhaben zum Schutz und zur Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche?

Die Anhebung der Großflächigkeitsschwelle auf 800 m² Verkaufsfläche begünstigt insbesondere den Betriebstyp der Discounter. Lebensmitteldiscounter können durchaus auch mit 799 m² Verkaufsfläche gut auskommen. Als wichtige Frequenzbringer sind sie innerhalb der Zentren aus städtebaulicher Sicht sehr willkommen. An peripheren Standorten außerhalb der Zentren wirken sie sich in der Regel schädigend auf zentrale Versorgungsbereiche in ihrem Einzugsbereich aus. Zentrenschädigend können sich an solchen peripheren Standorten auch z. B. Drogeriediscounter sowie Textil- oder Schuhdiscounter auswirken.

Diesen Gefahren kann nur eine konsequente Ausschlussplanung entgegenwirken, die den zentrenrelevanten Einzelhandel außerhalb der Zentren in Baugebieten über § 1 Abs. 5 und 9 BauGB und im unbeplanten Innenbereich über einen einfachen Bebauungsplan mit Ausschlussfestsetzungen auf

Grund des § 9 Abs. 2 a BauGB ausschließt. Die Zulässigkeit nicht großflächiger Einzelhandelsvorhaben in den verschiedenen Baugebieten führt somit zu einem erheblichen Planungserfordernis. Die notwendige Ausschlussplanung erfordert einen hohen Verwaltungsaufwand und nicht selten auch viel Mut bei den Ratsmitgliedern als politische Entscheidungsträger. Hinzu kommt das Risiko bei gerichtlichen Auseinandersetzungen um diese Ausschlussfestsetzungen.

Von daher sind Forderungen verständlich, die Zulässigkeit auch der nicht großflächigen Einzelhandelsbetriebe außerhalb der Kerngebiete und der Sondergebiete einzuschränken, um dadurch den Planungsaufwand und die Risiken einer Ausschlussplanung zu vermeiden.

a) So wird z. B. vorgeschlagen, die *Sonder- und Kerngebietspflicht auch für kleinere Betriebe* mit mehr als 400 m² Verkaufsfläche einzuführen, also letztlich die Großflächigkeitsgrenze von 800 auf 400 m² Verkaufsfläche abzusenken.

Dies wäre allerdings ein sehr starker Eingriff in das Eigentum, der in vielen Fällen für den Zentrenschutz nicht erforderlich ist und der dann auch zusätzlichen Planungsaufwand für die Festsetzung dieser Gebietskategorien an integrierten Standorten erfordert. Eine solche gravierende Änderung würde zudem zu einer neuen „Planschicht“ führen, da diese Einschränkung nur in Baugebieten mit Bebauungsplänen gilt, die auf der Grundlage der geänderten BauNVO aufgestellt werden.

Aus diesen Gründen ist eine solche Lösung nicht zu empfehlen.

b) Ein anderer Beschränkungs-vorschlag sieht vor, *nicht großflächige Einzelhandelsvorhaben außerhalb von Kern- oder Sondergebieten nur ausnahmsweise zuzulassen*.

Auch eine solche Regelung würde einen erheblichen Eingriff darstellen und die Frage aufwerfen, ob eine solche „flächendeckende“ Einschränkungregelung tatsächlich für den Zentrenschutz erforderlich ist.

Eine solche Regelung würde zudem zwar den Aufwand und die Risiken einer Ausschlussplanung vermeiden, würde aber insbesondere die Begründungsproblematik in die Ermessensausübung der Zulassungsebene verlagern. Damit sind dann wieder Aufwand und Risiken in Streitfällen verbunden. Hinzu kommt, dass viele Kommunen keine Bauaufsichtsbehörde sind und die Genehmigungsentscheidungen dann auf Kreisebene getroffen werden. Dass hierbei auch alle städtebaulichen Erwägungen der Gemeinde voll berücksichtigt werden, ist nicht immer gesichert.

Diese vorgeschlagene Lösung würde also den Begründungsaufwand für die Ablehnung von entsprechenden Einzelhandelsvorhaben im Wesentlichen nur in die Zulassungsebene verlagern und dabei evtl. sogar neue Probleme aufwerfen.

Im Übrigen spricht gegen diese Lösung auch das Problem einer neuen Planschicht.

Aus diesen Gründen ist zu empfehlen, diese Feinsteuerung des nicht großflächigen Einzelhandels doch einer gezielten Ausschlussplanung durch Bebauungsplanfestsetzung auf der Grundlage des § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO bzw. des § 9 Abs. 2 a BauGB zu überlassen.

Maßgebend für diese Empfehlung ist auch die Hoffnung, dass das BVerwG seine im Urteil vom 26. März 2009 markierte Grundlinie beibehält und überzogene Anforderungen einzelner Obergerichte an den Ausschluss des zentrenrelevanten Einzelhandels außerhalb der Zentren zurückweist. Der kommunalen Planungspraxis ist zu empfehlen, solche Ausschlussplanungen nur auf der Grundlage eines fundierten Einzelhandels- und Zentrenkonzeptes anzugehen und die einzelnen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sorgfältig zu beachten.

Vorschläge zur Lösung der Agglomerationsproblematik

Um das bereits angesprochene Problem der zentrenschädlichen Agglomerationen nicht großflächiger Einzelhandelsbetriebe zu lösen, gibt es verschiedene Überlegungen.

- a) Eine dieser Überlegungen setzt auf die Hoffnung, dass das BVerwG seine Rechtsprechung so modifiziert, dass zentrenschädliche Einzelhandelsagglomerationen von der Zulässigkeitsregelung des § 11 Abs. 3 BauNVO erfasst werden.

Hierzu wäre es zweckdienlich, die Rechtsprechung zur Zusammenfassung mehrerer Betriebe zu einem großflächigen Einzelhandelsbetrieb unter dem Gesichtspunkt der *Funktionseinheit* zu überdenken. In seinem Urteil vom 24. November 2005⁸ hat das BVerwG entschieden, dass ein selbständiger Einzelhandelsbetrieb vorliege, wenn die Verkaufsstätte unabhängig von anderen Einzelhandelsbetrieben genutzt werden kann und deshalb baurechtlich auch als eigenständiges Vorhaben genehmigungsfähig

wäre. Die Verkaufsflächen baulich und funktionell eigenständiger Betriebe können nach diesem Urteil grundsätzlich nicht zusammengerechnet werden. Für die Prüfung einer „Funktionseinheit“ unter dem Gesichtspunkt eines gemeinsamen Nutzungskonzepts, der Ergänzung der Sortimente, der Nutzung von Synergieeffekten u. ä. ist nach Auffassung des BVerwG in diesen Fällen kein Raum.

Dies gilt indessen nicht uneingeschränkt. Ist innerhalb eines Gebäudes die Betriebsfläche baulich in mehrere selbständige nutzbare betriebliche Einheiten unterteilt, bilden diese Einheiten gleichwohl einen Einzelhandelsbetrieb im Sinne des § 11 Abs. 3 BauNVO, wenn die Gesamtfläche durch einen Einzelhandelsbetrieb als „Hauptbetrieb“ geprägt wird und auf den baulich abgetrennten Flächen zu dessen Warenangebot als „Nebenleistung“ ein Warenangebot hinzutritt, das in einem inneren Zusammenhang mit der „Hauptleistung“ steht, diese jedoch nur abrundet und von untergeordneter Bedeutung bleibt. Diese letztgenannten Voraussetzungen hat das BVerwG in einem weiteren Urteil vom 24. November 2005⁹ in einem Fall verneint, in dem es um ein Getränkemarktvorhaben neben einem Lebensmittel-Discountmarkt ging.

Wenn eine Funktionseinheit mehrerer Betriebe nicht nur unter diesen sehr engen Ausnahmeveraussetzungen angenommen würde, sondern stattdessen mehr auf die städtebaulichen Auswirkungen des gemeinsamen und sich gegenseitig ergänzenden Auftretens beider Betriebe mit jeweils unter 800 m² Verkaufsfläche abge-

⁸ Az: 4 C 14.04

⁹ Az: 4 C 8.05

stellt würde, könnten die Verkaufsflächen beider Betriebe mit der Folge der Großflächigkeit zusammengerechnet werden, so dass diese Kombination eines Lebensmittelmarktes und eines Getränkemarktes (wieder) als kern- oder sondergebietspflichtig angesehen werden könnte.¹⁰ Um eine solche Kombination außerhalb der zentralen Versorgungsbereiche zu verhindern, bedürfte es dann keiner entsprechenden Ausschlussplanung mehr.

Dann könnte z. B. auch die Kombination eines Lebensmittelmarktes und eines Getränkemarktes mit jeweils unter 800 m² Verkaufsfläche wieder als kern- oder sondergebietspflichtig angesehen werden.

Andere Agglomerationsprobleme könnten durch eine Modifizierung des Begriffs des *Einkaufszentrums* gelöst werden, indem nicht mehr primär auf die Frage abgestellt wird, ob die vorgefundene räumliche Konzentration mehrerer Betriebe aus der Sicht der Kunden als aufeinander bezogen sowie als durch ein gemeinsames Konzept und durch Kooperation miteinander verbunden in Erscheinung tritt¹¹. Entscheidend sollte vielmehr darauf abgestellt werden, ob die verschiedenen Betriebe objektiv aufeinander bezogen sind und ob sie sich in raumordnerischer und städtebaulicher Hinsicht genauso auswirken wie ein klassisches, vom Kunden ohne weiteres erkennbares Einkaufszentrum. Es muss also ausreichen, dass neben der notwendigen räumlichen Konzentration der Betriebe auch ein Funktionszusammenhang zwischen ihnen im Sinne

eines gemeinsamen und sich gegenseitig ergänzenden Auftretens und Wirkens am Markt mit einem gezielt ausgewählten Mix von Sortimenten und Betriebstypen feststellbar ist.

b) Sollte sich diese Hoffnung auf eine entsprechende Modifizierung der Rechtsprechung nicht erfüllen, bliebe immer noch die Möglichkeit, den erweiterten Einkaufszentrumsbegriff in die Regelung des § 11 Abs. 3 BauNVO aufzunehmen oder aber das Entstehen einer solchen Einzelhandelsagglomeration, die sich zentrenschädigend auswirken könnte, als zusätzlichen Tatbestand der Kern- oder Sondergebietspflicht zu unterwerfen. Mit der letztgenannten Alternative würde dann eine außerhalb der Zentren entstehende Ansammlung mehrerer Betriebe, die auf Grund ihres räumlichen und funktionalen Zusammenhangs negative raumordnerische und städtebauliche Folgen auslösen können, ebenso behandelt, wie die in den Nr. 1 – 3 des § 11 Abs. 3 BauNVO genannten Einzelhandelsgroßprojekte, die nur in Kern- oder Sondergebieten zulässig sind.

Gegen eine derartige Ergänzung des § 11 Abs. 3 BauGB zum derzeitigen Zeitpunkt spricht allerdings die Gefahr, dass dadurch eine grundsätzliche Auseinandersetzung um dieses Steuerungsinstrument ausgelöst werden könnte, deren Ausgang nicht absehbar ist und die am Ende u. U. sogar zu einer Schwächung der städtebaulichen Steuerung von Einzelhandelsgroßprojekten führen könnte. Hinzu kommt auch hier das Problem einer neuen Planschicht.

Daher ist zu empfehlen, zunächst einmal die weitere Rechtsprechungsentwicklung

¹⁰ so damals OVG Münster, Urteil vom 4.5.2000, BauR 2000, 1453

¹¹ BVerwG, Urteil vom 27.4.1990 – 4 C 16/87; siehe auch Beschluss vom 12.7.2007 – 4 B 29.07

abzuwarten und auf eine derartige Änderung vorerst zu verzichten.

c) Zusätzlich sollte in den Ländern geprüft werden, den Gemeinden über *landesplanerische Vorgaben* eine Pflicht zur Ausschlussplanung aufzuerlegen, mit der das Entstehen oder Verstärken solcher zentrenschädigenden Einzelhandelsagglomerationen verhindert wird. Entsprechendes gilt für eine Pflicht, in der Nähe von bestehenden Einzelhandelsbetrieben außerhalb der Zentren die Ausweisung von unbeschränkten Baugebieten (insb. von Gewerbegebieten) ohne Ausschluss des zentrenrelevanten Einzelhandels zu unterlassen, die eine zentrenschädigende Agglomeration ermöglichen könnten.¹²

Gebietsbezogene Verkaufsflächenobergrenzen in Sondergebieten?

Das BVerwG hat durch Urteil vom 3. 4. 2008¹³ die Festsetzung einer baugebietsbezogenen vorhabenunabhängigen Verkaufsflächenobergrenze zur Steuerung des Einzelhandels in einem Sondergebiet mangels Rechtsgrundlage für unzulässig erklärt.

Dieses Urteil hat tlw. in der kommunalen Praxis zu einer gewissen Verunsicherung geführt und die Forderung aufkommen lassen, durch eine Änderung des § 11 Abs. 2 BauNVO derartige Verkaufsflächenobergrenzen für Sondergebiete ausdrücklich zuzulassen.

Eine solche Änderung ist indessen nicht zu empfehlen. Zum einen entspricht die Auf-

fassung des BVerwG dem System der vorhabenbezogenen Typisierung, auf dem die Vorschriften der BauNVO zur Art der Nutzung beruhen. Zum anderen kann die Praxis den vom BVerwG verlangten Anforderungen ohne größere Schwierigkeiten Rechnung tragen. Dies kann vor allem dadurch geschehen, dass das jeweilige Baugebiet weiter ausdifferenziert wird und mehrere Sondergebiete gebildet werden. Sortimentsstruktur und Verkaufsflächenobergrenzen können auf diese Weise für die einzelnen Bauflächen festgesetzt werden, so dass die Verkaufsflächenobergrenzen vorhabenbezogen und nicht mehr gebietsbezogen festgelegt sind.

Bebauungspläne mit fehlerhaften Festsetzungen von gebietsbezogenen Verkaufsflächenobergrenzen in Sondergebieten sollten nachträglich geändert werden. Eine Neuregelung in der BauNVO würde wegen der unzulässigen Rückwirkung der neuen Regelung den jeweiligen „Altplänen“ nicht helfen können; der jeweilige Bebauungsplan müsste in jedem Fall geändert werden.

Verbesserung der interkommunalen Abstimmung

a) Nach § 2 Abs. 2 BauGB sind Bauleitpläne benachbarter Gemeinden aufeinander abzustimmen. Dabei können sich Gemeinden auch auf die ihnen durch Ziele der Raumordnung zugewiesenen Funktionen sowie auf Auswirkungen auf ihre zentralen Versorgungsbereiche berufen.

In der kommunalen Praxis wird teilweise kritisiert, dass dieses interkommunale Abstimmungsgebot die zentralen Versorgungsbereiche und damit auch oft deren

¹² vgl. hierzu VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 27.9.2007 – 3 S 2875/06

¹³ Az: 4 CN 3.07

zentral-örtliche Versorgungsfunktionen nicht ausreichend schützt.

Eine absolute, durch die Abwägung nicht mehr überwindbare Grenze stellen nämlich erst unzumutbare Beeinträchtigungen dar, die weitgehend mit einem Funktionsverlust des betroffenen Zentrums gleichzusetzen sind.

Gegen ein Einzelhandelsvorhaben, das nach § 34 BauGB genehmigt worden ist, kann sich eine Nachbargemeinde schon dann erfolgreich wehren, wenn von diesem Vorhaben schädliche Auswirkungen auf einen ihrer zentralen Versorgungsbereiche zu erwarten sind. Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 11. Oktober 2007¹⁴ festgestellt, dass die Grenze der schädlichen Auswirkungen i. S. d. § 34 Abs. 3 BauGB im Vorfeld der Grenze der unzumutbaren Auswirkungen liegt und dass beachtliche Funktionsstörungen ausreichen, ohne dass es zu einem Funktionsverlust des jeweiligen Zentrums kommen muss.

Es ist nicht einzusehen, dass für Vorhaben im unbeplanten Innenbereich höhere Anforderungen an die gemeindenachbarliche Zentrenverträglichkeit gestellt werden als für Vorhaben, die über einen Bebauungsplan ermöglicht werden.

Diese Problematik kann durch eine Modifizierung der Rechtsprechung zur Unzumutbarkeitsgrenze beim interkommunalen Abstimmungsgebot dadurch gelöst werden, dass auch für Planvorhaben, die in der Nachbargemeinde zu schädlichen Auswirkungen auf deren zentralen Versorgungsbereich führen könnten, bereits die absolu-

te, durch Abwägung nicht mehr überwindbare Grenze gezogen wird. Ansonsten könnten bei Planvorhaben theoretisch im Wege der Abwägung den Nachbargemeinden beachtliche Funktionsstörungen zugemutet werden, während dies bei Vorhaben, die nach § 34 BauGB genehmigt worden sind, ausgeschlossen ist.

b) Kritisiert wird des Weiteren, dass die Rechtsprechung den zwischen *den planenden Gemeinden geschlossenen Verträgen* zur Lösung interkommunaler Konflikte mit Hinweis auf § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB generell jegliche Bindungswirkung für die künftige kommunale Bauleitplanung abspricht. Dieses ist nicht einzusehen, weil dadurch unnötig der interkommunale Vertrag als Instrument zur Lösung interkommunaler Konflikte ausgeschaltet wird.

Diesen Missstand könnte der Gesetzgeber durch eine klarstellende Ergänzung in § 1 Abs. 3 BauGB beheben, indem er solche Verträge ausdrücklich für zulässig erklärt.

c) Da die Verbesserung der überörtlichen Steuerung von Einzelhandelsvorhaben nur über Vorschriften im Bereich des BauGB erreichbar ist und nicht im Bereich der BauNVO, sollen die diesbezüglichen Überlegungen an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

d) Entsprechendes gilt für einen effektiven „Flankenschutz“ für die städtebauliche Steuerung durch entsprechende Vorgaben der Landes- und Regionalplanung für die Planung von Kern- oder Sondergebieten für Einzelhandelsgroßprojekte i. S. d. § 11 Abs. 3 BauNVO.

¹⁴ Az. 4 C 7.07

Fazit und abschließende Empfehlungen für die BauNVO

1. Das vom BauGB und der BauNVO zur Verfügung gestellte Instrumentarium zur städtebaulichen Steuerung des Einzelhandels hat sich in der kommunalen Praxis grundsätzlich bewährt.
2. Zur Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche ist es weder notwendig noch zweckdienlich, diese Kategorie als eigenen Baugebietstyp auszugestalten oder aber in den Katalog der in § 11 Abs. 2 BauNVO aufgeführten Sondergebiete aufzunehmen.
3. Die spezielle Vorschrift des § 11 Abs. 3 BauNVO zur Steuerung von Einzelhandelsgroßprojekten sollte zumindest kurzfristig weder ergänzt noch sonst wie geändert werden.

Es ist abzuwarten, ob es dem BVerwG auch ohne entsprechende Änderung des § 11 Abs. 3 BauNVO gelingt, das Problem zentrenschädlicher Agglomerationen mit mehreren, für sich genommenen nicht großflächigen Einzelhandelsbetrieben insbesondere durch eine Modifizierung der bisherigen Rechtsprechung zum Begriff des Einkaufszentrums zu entschärfen und solche Agglomerationen dadurch dem Sonderregime des § 11 Abs. 3 BauNVO zu unterstellen.
4. Die Zulässigkeiten nicht großflächiger Einzelhandelsvorhaben einzuschränken, um das Erfordernis zu reduzieren, zur Erhaltung und zur Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche den zentrenrelevanten Einzelhandel außerhalb der Zentren durch eine planerische Feinsteuerung nach § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO bzw. nach § 9 Abs. 2 a

BauGB auszuschließen, ist nicht anzuraten, da den erhofften Vorteilen gravierenden Nachteile und Gefahren gegenüberstehen.

Nachdem das BVerwG die planerische Feinsteuerung zum Ausschluss des zentrenrelevanten Einzelhandels außerhalb der Zentren ausdrücklich gebilligt und abgesichert hat, ist der kommunalen Planungspraxis zu empfehlen, solche Ausschlussplanungen auf der Grundlage eines fundierten Einzelhandels- und Zentrenkonzeptes konsequent anzugehen und die einschlägigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sorgfältig zu beachten.

5. Von einer Änderung des § 11 Abs. 2 BauGB mit dem Ziel, auch baugebietsbezogene Verkaufsflächenobergrenzen in Sondergebieten festsetzen zu können, ist ebenfalls abzuraten. Eine damit verbundenen Durchbrechung des Systems der vorhabenbezogenen Typisierung ist nicht gerechtfertigt, weil den vom BVerwG verlangten Anforderungen an Sondergebiete für den großflächigen Einzelhandel insbesondere durch bauflächenbezogene Sondergebietsfestsetzungen Rechnung getragen werden kann.

6. Verbesserungen im Bereich der interkommunalen Abstimmung sind durch Änderungen der BauNVO nicht zu erreichen.

Dr. jur. Heinz Janning

Regelungen zur Art der baulichen Nutzung – Vergnügungsstätten

Regelungssystem der BauNVO 1990

Nach der BauNVO 1990 bilden die Vergnügungsstätten eine eigenständige Nutzungsart. Die Zulässigkeit von Vergnügungsstätten für die einzelnen Baugebiete ist abschließend geregelt.

Der Ordnungsgeber hat in den Baugebietsvorschriften zwischen kerngebietstypischen und nicht kerngebietstypischen Vergnügungsstätten unterschieden.

In Kerngebieten und in Gewerbegebieten sind Vergnügungsstätten jeder Größenordnung und Zweckbestimmung (kerngebietstypische Vergnügungsstätten) zulässig, und zwar im Kerngebiet allgemein und im Gewerbegebiet ausnahmsweise.

Nicht kerngebietstypische Vergnügungsstätten sind ausnahmsweise im besonderen Wohngebiet und im Dorfgebiet zulässig. Im Mischgebiet sind nicht kerngebietstypische Vergnügungsstätten in den Teilen des Gebiets allgemein zulässig, die überwiegend durch gewerbliche Nutzungen geprägt sind, in anderen Teilen des Gebietes nur ausnahmsweise zulässig. In Sondergebieten können Vergnügungsstätten durch Bestimmung der Art der Nutzung vorgesehen werden.

Darüber hinaus ist bei allen Vergnügungsstättenvorhaben auch § 15 Abs. 1 BauNVO

als „Feinfilter“ für den Einzelfall zu beachten.

Planerische Feinsteuerung

Für die städtebauliche Steuerung von Vergnügungsstätten stehen grundsätzlich auch alle in § 1 Abs. 2 – 10 BauNVO normierten Instrumente der planerischen Feinsteuerung zur Verfügung.

In der kommunalen Planungspraxis werden vor allem die Steuerungsmöglichkeiten genutzt, die § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO bieten. Nach Abs. 5 können alle Vergnügungsstätten durch Bebauungsplanfestsetzungen ausgeschlossen oder nur ausnahmsweise zugelassen werden. Nach Abs. 9 können Ausschluss- und Beschränkungsfestsetzungen auch für Unterarten, d. h. für spezielle Vergnügungsstätten (z. B. für Spielhallen) getroffen werden.

Solche Ausschluss- und Beschränkungsfestsetzungen müssen durch städtebauliche Gründe gerechtfertigt sein. In der Rechtsprechung ist die Verhinderung eines „Trading-Down-Effektes“ als besonderer städtebaulicher Grund im Sinne des § 1 Abs. 9 BauNVO anerkannt, der auch die Feindifferenzierung zwischen einzelnen Unterarten der Vergnügungsstätten rechtfertigt.

Für eine rechtssichere Ausschlussplanung empfiehlt sich die Aufstellung einer ge-

meindeweiten Konzeption zur Steuerung von Vergnügungsstätten.

Bewährung des Steuerungs-instrumentariums in der Praxis

In der kommunalen Praxis haben sich sowohl die Zulässigkeitsregelungen der BauNVO 1990 als auch die Instrumente für die planerische Feinsteuerung durchweg bewährt.

Die vorhandenen Auslegungs- und Anwendungsprobleme für Einzelfälle müssen mit Hilfe der Rechtsprechung gelöst werden, Änderungen der BauNVO würden hier wenig weiterhelfen können. Gravierende Regelungsdefizite sind nicht erkennbar.

a) Diese Einschätzung gilt auch etwa für die Probleme der Abgrenzung von Vergnügungsstätten und anderen Vorhaben (z. B. bei Wettbüros, Kinos, Festhallen, Sexshops und bestimmten prostitutiven Einrichtungen). Eine praktikable normative Konkretisierung des Vergnügungsstättenbegriffs scheitert schon an der Vielzahl der unterschiedlichen Betriebsstätten.

b) Auslegungs- und Anwendungsprobleme gibt es vor allem bei Vergnügungstättenvorhaben in Mischgebieten.

Hier geht es vor allem zum einen um die Frage, wann ein Teil eines Mischgebietes überwiegend gewerblich geprägt ist, in dem nicht kerngebietstypische Vergnügungsstätten allgemein zulässig sind. Hierzu hat die Rechtsprechung inzwischen Kriterien zur Bestimmung solcher Mischgebietsteile entwickelt.

Zum anderen bereitet in Mischgebieten oft die Abgrenzung zwischen kerngebietstypischen und mischgebietsverträglichen Vergnügungsstätten Probleme. Auch hier hat die Rechtsprechung inzwischen geeignete Kriterien für die Einzelfallbeurteilung entwickelt.

Dies gilt auch für Spielhallenvorhaben, die bei der Vergnügungsstättensteuerung oft die dominierende Rolle spielen. Hier hat die Rechtsprechung eine „Schwellengröße“ für mischgebietsverträgliche Spielhallen mit ca. 100 m² Nutzfläche entwickelt, wobei dieser Schwellenwert aber nur ein wesentlicher Anhaltspunkt ist und andere Kriterien nicht ausschließt.

Besonders intensiv wird das Problem der Mehrfachspielhallen diskutiert. Hier geht es um die Frage, wann mehrere benachbarte, gewerberechtlich selbständige Spielhallen planungsrechtlich als Einheit („Spielcenter“) anzusehen sind. Da dieser Streit in der Rechtsprechung noch nicht abschließend entschieden ist, ist hier das BVerwG gefordert. Verwaltungsgerichtliche und obergerichtliche Entscheidungen zu dieser Frage lassen auf eine praxisgerechte Lösung hoffen. Eine spezielle Regelung in der BauNVO für das Problem der Mehrfachspielhallen empfiehlt sich zumindest derzeit nicht, zumal eine solche spezielle Regelung auch nur schwer in eine Baugebietsvorschrift einzufügen ist, die lediglich einen Ordnungsrahmen setzen soll und nicht zu detailliert werden darf.

Wenn Unsicherheit besteht, ob mehrere gewerberechtlich selbständige Spielhallen mit jeweils nicht mehr als 100 m² Grundfläche planungsrechtlich als eine Spielstätte betrachtet werden dürfen, bleibt in vielen

Fällen immer noch die Möglichkeit, diese Massierung wegen fehlender Gebietsverträglichkeit nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO abzulehnen.

c) Der Trend, moderne Spielcenter mit mehreren kerngebietstypischen Spielhallen an Ausfallstraßen in Gewerbegebieten anzusiedeln, der in manchen Gewerbegebieten die Preise für die Gewerbegrundstücke hochtreibt und der auch das Image eines Gewerbegebietes beeinträchtigen kann, lässt sich auch mit dem bestehenden Instrumentarium städtebaulich verträglich steuern. In der Rechtsprechung ist zwischenzeitlich anerkannt, dass es einen „Trading-Down-Effekt“ auch in Gewerbegebieten geben kann, der eine Abwehr im Rahmen der Ermessensausübung (Vergnügungsstätten in Gewerbegebieten nur ausnahmsweise zulässig) rechtfertigen kann. Entsprechendes gilt für eine Versagung auf Grund des § 15 Abs. 1, Satz 1 BauNVO wegen fehlender Gebietsverträglichkeit und schließlich auch bei Ausschlussfestsetzungen nach § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO.

d) Im unbeplanten Innenbereich lassen sich zentrenschädliche Vergnügungsstättenvorhaben durch einen einfachen Bebauungsplan mit Ausschlussfestsetzungen auf Grund des § 9 Abs. 2 a BauGB verhindern.

Eine gewisse Regelungslücke besteht hier allerdings, weil dieses Instrument nur zum Zentrumschutz, nicht aber z. B. zum Schutz der Hauptfunktionen eines faktischen Gewerbegebietes eingesetzt werden darf. Hier könnte eine Erweiterung der Zweckbestimmung des § 9 Abs. 2 a BauGB weiterhelfen. Eine Änderung der BauNVO kommt dagegen nicht in Betracht.

Fazit

Eine Änderung der BauNVO ist zur Verbesserung der städtebaulichen Vergnügungsstättensteuerung nicht erforderlich.

Dr. Olaf Reidt

Vorschriften zum Maß der baulichen Nutzung, zur Bauweise und zur überbaubaren Grundstücksfläche

Grundlagen

1. Die Baunutzungsverordnung ist seit 1990, also seit rund 20 Jahren, nicht verändert worden. Dies wirft (auch) im Hinblick auf die §§ 16 bis 23 BauNVO (Maß der baulichen Nutzung, Bauweise, überbaubare Grundstücksfläche) die Frage nach einem Überarbeitungs- und Modernisierungsbedarf auf.

2. Änderungsbedarf kann sich aus dem Blickwinkel der *Vereinfachung und Deregulierung* ergeben. Dies gilt insbesondere für das Maß der baulichen Nutzung mit seinen Maßobergrenzen (§ 17 Abs. 1 BauNVO), den allgemeinen Überschreitungsmöglichkeiten (§ 17 Abs. 2 und Abs. 3 BauNVO), den Überschreitungsmöglichkeiten für bestimmte bauliche Anlagen (z.B. § 19 Abs. 4 BauNVO), den Regelungen zur Nichtberücksichtigung bestimmter baulicher Anlagen (z.B. § 20 Abs. 4 BauNVO), den Ausnahmemöglichkeiten für die Baugenehmigungsbehörden (z.B. § 19 Abs. 4 Satz 4 oder § 21a Abs. 3, 2. Halbsatz BauNVO) u.s.w. Die Kompliziertheit der Regelungen stellt ihre Praxistauglichkeit für die Bauleitplanung und den Planvollzug zunehmend in Frage. Darüber hinaus führt sie dazu, dass die besonderen Regelungsmöglichkeiten bei der Aufstellung von Bauleitplänen durch die Gemeinden eine vergleichsweise geringe

Bedeutung haben. Daher sollte überlegt werden, den bestehenden Regelungen durch eine Vereinfachung stärkere Bedeutung für die Planungspraxis zu geben.

3. Weiterer Novellierungsbedarf kann sich aus der zwischenzeitlichen *städtebaulichen Entwicklung* einschließlich der *Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse* (insbesondere allgemeine Bevölkerungsentwicklung, Verhältnis der Stadt- zur Landbevölkerung, Entwicklung der Bebauungsdichte, Entwicklung des Wohnflächenverbrauchs pro Person) ergeben. Hinzu kommen teilweise veränderte politische und rechtliche Rahmenbedingungen etwa im Bereich des Bodenschutzes, insbesondere die Begrenzung des Flächenverbrauchs für neue bauliche Nutzungen und die Flächenentsiegelung in nicht mehr baulich genutzten Bereichen. Hierzu gehören auch die restriktiveren Anforderungen aus dem Bereich des Naturschutzes, insbesondere aus dem Habitat- und Artenschutzrecht, die auch für die Baunutzungsverordnung geänderte Rahmenbedingungen setzen. Zusammengefasst kann in diesem Zusammenhang von einer *notwendigen Stärkung der Innenentwicklung* gesprochen werden, so wie sie insbesondere in § 13 a BauGB bereits verfahrensrechtlich angelegt ist. Insbesondere die BauNVO sollte dem auch materiell Rechnung tragen.

4. Schlussendlich ist im Zusammenhang mit Veränderungen des Rechtsrahmens auch die *Fortentwicklung des Energiefachrechts* zu nennen. Dies gilt insbesondere für die Anbringung von Wärmeschutz auf der Grundlage der Energieeinsparverordnung (EnEV), aber etwa auch für die Frage, unter welchen Voraussetzungen Anlagen für erneuerbare Energien unter § 14 BauNVO (Nebenanlagen) fallen und daher u.a. die Vergünstigungen der §§ 19 Abs. 4 Satz 2, 20 Abs. 4 und 23 Abs. 5 BauNVO in Anspruch nehmen können.

5. Die §§ 16 bis 23 BauNVO richten sich weitestgehend an die jeweils planende Gemeinde. Änderungen dieser Regelungen sind daher im Wesentlichen nur für die *Neuaufstellung* von Bauleitplänen oder die Änderung vorhandener Pläne von Bedeutung. Es geht daher insofern bei Änderungen der Baunutzungsverordnung weniger um das Problem der sogenannten Schichtenbebauungspläne als vielmehr um die konkreten Planinhalte und die jeweils für die Gemeinden bestehenden Möglichkeiten und Grenzen der Planung. Daher stellt sich die zusätzliche Frage, ob und wie etwaigem Änderungsbedarf in der Baunutzungsverordnung auch bei *bestehenden Bebauungsplänen* Rechnung getragen werden kann.

6. Dem für die Baunutzungsverordnung möglicherweise aus unterschiedlichen Gründen bestehenden Handlungsbedarf könnte zum Teil durch gleichlautende Regelungen Rechnung getragen werden (z.B. durch eine Erhöhung der Maßobergrenzen in § 17 Abs. 1 BauNVO im Hinblick auf die Anforderungen des Energiefachrechts und zur Stärkung der Innenentwicklung), teilweise können sich die möglichen Rege-

lungsinhalte jedoch auch wechselseitig ausschließen (z.B. eine Einschränkung der Ausnahme und Überschreitungsmöglichkeiten aus Gründen der Vereinfachung einerseits und zusätzliche Sonderregelungen für die Anbringung von Wärmeschutz andererseits). Um die diesbezüglichen Handlungsmöglichkeiten und ihre Wirkungen zu verdeutlichen, bietet es sich an, die Regelungen in den §§ 16 bis 23 BauNVO jeweils einzeln zu betrachten.

§ 16 BauNVO – Bestimmung des Maßes der baulichen Nutzung

1. § 16 BauNVO hat sich mit seinen verschiedenen Maßkriterien zur Bestimmung der räumlichen Gestalt baulicher Anlagen in allen drei Dimensionen bewährt. Grundlegender Änderungsbedarf dürfte hier nicht bestehen.

2. In der Planungspraxis nicht selten übersehen wird, dass gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO *stets die Grundflächenzahl oder die Größe der Grundflächen* der baulichen Anlagen im Bebauungsplan festzusetzen ist. Davon wird zu Unrecht häufig bei Baukörperfestsetzungen durch Baulinien oder Baugrenzen (§ 23 Abs. 2 und Abs. 3 BauNVO) unter Hinweis darauf abgesehen, dass sich aus der Baukörperfestsetzung mittelbar eine maximale Größe der Grundfläche und dementsprechend auch eine maximale Grundflächenzahl ergebe. Dies trifft zwar vom praktischen Ergebnis her zu, entspricht allerdings nicht den unterschiedlichen Zielsetzungen der Regelungen (Bodenversiegelung/ Gestaltung des Ortsbildes). Zur Vereinfachung und zur Vermeidung von „Fallstricken“ für die Planung könnte über einen

Verzicht auf die Pflicht nachgedacht werden, stets die GRZ bzw. GR festzusetzen, wenn sich diese bereits aufgrund einer Baukörperfestsetzung ermitteln lässt. Andererseits ist die derzeitige Regelung an sich klar und eindeutig und trägt der in § 1 a Abs. 2 Satz 1 BauGB enthaltenen Bodenschutzklausel Rechnung. Dies spricht für eine Beibehaltung der derzeitigen Regelung.

§ 17 BauNVO – Obergrenzen für die Bestimmung des Maßes der baulichen Nutzung)

1. § 17 Abs. 1 BauNVO regelt in Bezug auf GRZ, GFZ und BMZ Maßobergrenzen, die die planende Gemeinde bei der Aufstellung von Bauleitplänen einhalten muss, sofern nicht die Überschreitungsmöglichkeiten aus § 17 Abs. 2 oder Abs. 3 BauNVO zur Anwendung gelangen.

2. Die Maßobergrenzen haben Bedeutung für die zulässige *städtebauliche Dichte* (Bodenversiegelung und Nutzungsdichte in den Baugebieten). Dabei geht es bei der GRZ vorrangig um Belange des Umweltschutzes (insbesondere Bodenversiegelung). Zugleich hat der *Mindestfreiflächenanteil* auf dem jeweiligen Baugrundstück auch Bedeutung für die Wohnqualität. Über die GFZ und BMZ wird mittelbar ebenfalls der Freiflächenanteil je Einwohner (bei der BMZ in der Regel der Freiflächenanteil je Nutzer) des Baugebiets geregelt. Im Vordergrund bei der GFZ steht jedoch die *Geschossfläche je Einwohner* und damit bei Wohnbebauung insbesondere die *Wohnungsbelegungsdichte/Nutzungsdichte*, die ihrerseits einen bestimmten Wohnstandard repräsentiert. Die

Maßobergrenzen beruhen nicht auf zwingenden normativen Vorgaben. Sie basieren vielmehr auf *Erfahrungswerten* des Verordnungsgebers u.a. zu einer städtebaulich noch vertretbaren Netto-Wohndichte, bei der den in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belangen, insbesondere den Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse, der Erhaltung, Erneuerung und Fortentwicklung vorhandener Ortsteile, der Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes, der Berücksichtigung der erhaltenswerten Ortsteile, Straßen und Plätze von geschichtlicher, künstlerischer und baulicher Bedeutung sowie dem Umweltschutz, vor allem dem Bodenschutz, angemessen Rechnung getragen werden kann. Sie entbinden die planende Gemeinde indes nicht davon, eine auf den konkreten Planungsfall abzielende planerische Abwägung vorzunehmen.

3. Hinsichtlich einer etwaigen Vereinfachung dürfte bei § 17 Abs. 1 BauNVO wohl kein Handlungsbedarf bestehen. Eher ist dies wegen seiner komplexen Anforderungen bei § 17 Abs. 2 BauNVO (und ggf. § 17 Abs. 3 BauNVO) in Erwägung zu ziehen.

4. Die Maßobergrenzen wurden bei den jeweiligen Änderungen der BauNVO teilweise (zumeist eher geringfügig) erhöht. Gleichwohl sind sie in ihrer derzeitigen Fassung seit rund 20 Jahren unverändert. Die zwischenzeitliche Entwicklung in den Städten und Gemeinden sowie die zu erwartende Entwicklung in der Zukunft spiegeln sich daher in diesen Werten nicht mehr bzw. noch nicht wieder. Dies gilt insbesondere für die allgemeine Bevölkerungsentwicklung einschließlich ihrer Altersstruktur, dabei differenziert nach Städten und Gemeinden einerseits und dem ländlichen Raum

andererseits, die Wohnungsbelegungsdichte (auch unter Berücksichtigung der steigenden Zahl an Single-Haushalten und besonderer Wohnformen, wie etwa dem Mehrgenerationen- Wohnhaus), die Ansprüche an die Größe des Wohnraums u.s.w. Die Maßobergrenzen orientieren sich zudem weitestgehend an der städtebaulichen Dichte auf dem jeweiligen Baugrundstück. Die Werte haben hingegen weniger den grundstücks- und baugebietsübergreifenden Bodenschutz im Blick, der darauf abzielt, Bodenversiegelungen baugebietsunabhängig weitestmöglich zu vermeiden und zu begrenzen. Sie entsprechen damit vor allem dem Leitbild einer gegliederten und aufgelockerten Stadt, die tendenziell stärker durch Außenentwicklung als durch Innenentwicklung und Nachverdichtung geprägt ist. Innenentwicklung und Nachverdichtung stoßen bei den Maßobergrenzen daher zugleich auch an rechtliche Grenzen. Ähnliches gilt für die Berücksichtigung der seit der BauNVO 1990 erlassenen Regelungen des Energiefachrechts, insbesondere im Zusammenhang mit den Anforderungen des Wärmeschutzes, denen vor allem Wohngebäude Rechnung tragen müssen. Diese Überlegungen sprechen für eine Revision der in § 17 Abs. 1 BauNVO geregelten Maßobergrenzen, möglicherweise auch für deren Relativierung.

5. Den veränderten Anforderungen im Bereich des Städtebaus dürfte allein durch die Überschreitungsmöglichkeiten in § 17 Abs. 2 und Abs. 3 BauNVO nicht angemessen und rechtssicher Rechnung getragen werden können. § 17 Abs. 2 BauNVO fordert für eine Überschreitung der Maßobergrenzen u.a. besondere städtebauliche Gründe. Dies bedeutet nach der Rechtsprechung,

dass eine städtebauliche Ausnahmesituation die Überschreitung rechtfertigen muss. Es dürfe sich nicht um alltägliche Gründe handeln, die bei jeder beliebigen Planung vorliegen. Genau darum geht es allerdings, wenn auf allgemein veränderte Verhältnisse reagiert, nicht hingegen einem speziellen Planungsfall Rechnung getragen werden soll. Das Gewicht der Gründe ist dabei allenfalls von nachrangiger Bedeutung. Allgemein vorliegende städtebauliche Gründe von hohem Gewicht sind nicht gleichzusetzen mit besonderen städtebaulichen Gründen, die auf den Einzelfall abzielen. Sie sprechen für eine Gesetzesänderung, nicht aber dafür, eine auf Sonderfälle bezogene Regelung über ihren vorgesehenen Anwendungsbereich hinaus auszuweiten.

6. Eine Stärkung der Innenentwicklung und eine gesteigerte Berücksichtigung des Energiefachrechts ist auf verschiedene Weise denkbar. Dabei sind vor allem folgende Möglichkeiten in Betracht zu ziehen:

6.1 Die in § 17 Abs. 1 BauNVO geregelten Maßobergrenzen könnten durch bloße Orientierungswerte ersetzt werden. Diese Möglichkeit war bereits anlässlich der BauNVO-Änderung 1990 in Erwägung gezogen worden, um eine größere Flexibilität zu erreichen. Für eine solche Relativierung könnte sprechen, dass auf diese Weise deutlich größere planerische Freiräume geschaffen würden, ohne dass die Bindungen der Gemeinde an das planerische Abwägungsgebot entfielen. Andererseits ist zu bedenken, dass vor allem dann, wenn die Gemeinden von derartigen Orientierungswerten ganz regelmäßig abweichen würden, der Zweck derartiger Werte verfehlt

würde und im Ergebnis eher eine Orientierungslosigkeit entstünde. Umgedreht ist es durchaus denkbar, dass derartige Orientierungswerte in der Planungspraxis als mehr oder minder strikte Vorgaben behandelt werden, so wie dies nicht selten etwa beim Lärmschutz hinsichtlich der DIN 18005 oder der TA Lärm anzutreffen ist. Das Ziel einer Flexibilisierung würde dann nicht erreicht. Beides spricht tendenziell gegen eine vollständige Aufgabe von Maßobergrenzen zugunsten von bloßen Orientierungswerten.

6.2 Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die in § 17 Abs. 1 BauNVO geregelten Maßobergrenzen zu erhöhen. Dies gilt insbesondere für das reine und das allgemeine Wohngebiet sowie für das Dorf- und Mischgebiet. Dabei bedarf es einer differenzierten Betrachtung von GRZ und GFZ. Der Vorteil einer Erhöhung der Maßobergrenzen liegt darin, dass auf diese Weise sowohl einer Stärkung der Innenentwicklung als auch den Erfordernissen des Energiefachrechts einheitlich Rechnung getragen werden kann. Ein weiterer erheblicher Vorteil läge in der Einfachheit einer solchen Änderung, die für die planenden Gemeinden sehr leicht nutzbar wäre. Andererseits birgt eine Erhöhung der Maßobergrenzen durchaus auch Risiken. Nachteilen einer zu großen städtebaulichen Dichte soll durch die Maßobergrenzen im Wesentlichen mittels Auflockerung und Entzerrung Rechnung getragen werden. Verdichtung und größere räumliche Nähe können zwangsläufig zu einer Vermehrung von Nutzungskonflikten führen. Soll dies vermieden werden, sind entsprechend höhere qualitative Anforderungen sowohl an die Bauleitplanung als auch an die Objektplanung zu stellen, um trotz Verdichtung eine vergleichbare städ-

tebauliche Qualität, vor allem eine vergleichbare Wohnqualität, zu gewährleisten. Höhere qualitative Anforderungen an die Planung können allerdings normativ nicht vorgegeben werden. Für die Bauleitplanung fehlt dabei zudem bereits die kompetenzrechtliche Grundlage, soweit es um objektbezogene Anforderungen geht. Zu überlegen wäre, ob und inwieweit das Bauordnungsrecht flankierend bei einer Stärkung der Innenentwicklung fruchtbar gemacht werden kann (z.B. bei den Anforderungen an Belichtung und Besonnung, an den Schallschutz u.s.w.).

6.3 Wenn es bei den bisherigen Maßobergrenzen verbleiben soll, wäre in Betracht zu ziehen, die Berechnungsparameter für die Maßkriterien zu ändern. Sowohl für die GFZ- als auch für die BMZ-Berechnung sind derzeit die Außenmaße der Gebäude maßgeblich (§ 20 Abs. 3 und § 21 Abs. 2 BauNVO). Für die GRZ-Berechnung gilt im Ergebnis nichts anderes. Daher könnte überlegt werden, zukünftig auf die Innenmaße der Gebäude abzustellen. Damit würde sowohl den Anforderungen des Wärmeschutzes Rechnung getragen als auch eine (geringfügige) Stärkung der Innenentwicklung erreicht.

6.4 Des weiteren könnte, dann allerdings in erster Linie wohl begrenzt auf den Bereich des Wärmeschutzes, eine Berücksichtigung dadurch erfolgen, dass die damit verbundenen Anforderungen in das (komplizierte) Geflecht der Nichtanrechnungs-, Ausnahme oder Überschreitungsregelungen beim Maß der baulichen Nutzung integriert werden. So wäre es etwa denkbar, für die Geschossfläche § 20 Abs. 4 BauNVO dahingehend zu ergänzen, dass dem Wärme-

schutz dienende Teile von Außenwänden bei der Ermittlung der Geschossfläche unberücksichtigt bleiben. Alternativ dazu könnte § 20 Abs. 3 BauNVO dergestalt ergänzt werden, dass dies nicht generell gilt sondern einer entsprechenden Festsetzung im Bebauungsplan bedarf. In ähnlicher Weise könnte § 19 Abs. 4 oder § 21a BauNVO für die GRZ ergänzt werden. Unabhängig von allen weiteren Fragen der Praktikabilität hätten derartige Regelungen allerdings durchgängig den Nachteil, dass die bisher bereits sehr komplizierten und unübersichtlichen Regelungen beim Maß der baulichen Nutzung noch weiter aufgefächert würden.

§ 18 BauNVO – Höhe baulicher Anlagen

1 Bei den Regelungen zur Festsetzung der Höhe baulicher Anlagen dürfte kein grundlegender Änderungsbedarf bestehen.

§ 19 BauNVO – Grundflächenzahl, zulässige Grundfläche

1. Bei den Regelungen zur Definition der GRZ und zu deren Berechnung (§ 19 Abs. 1 bis Abs. 3 BauNVO) dürfte kein grundlegender Änderungsbedarf bestehen.

2. § 19 Abs. 4 BauNVO bestimmt, dass bei der Ermittlung der Grundfläche die Grundflächen der dort genannten Anlagen (Garagen und Stellplätze einschließlich Zufahrten, Nebenanlagen i.S.v. § 14 BauNVO, bauliche Anlagen unterhalb der Geländeoberfläche) mitzurechnen sind. Die Regelung weicht damit von den vorangegangenen Fassungen der BauNVO ab, nach denen Ne-

benlagen i.S.d. § 14 BauNVO, Balkone, Loggien, Terrassen und baulichen Anlagen in der Abstandsfläche nicht mitgerechnet wurden. Die Anrechnungspflicht der BauNVO 1990 wird allerdings dadurch relativiert, dass die zulässige Grundfläche durch die betreffenden Anlagen bis zu 50 %, jedoch maximal bis zu einer GRZ von 0,8 überschritten werden darf. Zusätzliche Überschreitungen in geringfügigem Ausmaß stehen im Ermessen der Baugenehmigungsbehörde. Noch weitergehende ermessensgebundene Ausnahmen sind möglich, wenn Überschreitungen bei der zulässigen Grundfläche nur geringfügige Auswirkungen auf die natürlichen Funktionen des Bodens haben oder wenn die Einhaltung der zulässigen Grundfläche zu einer wesentlichen Erschwerung der zweckentsprechenden Grundstücksnutzung führen würde. Dies alles wiederum wird dadurch eingeschränkt, dass die Gemeinde in ihrem Bebauungsplan abweichende Bestimmungen treffen kann. Ergänzt werden die Regelungen in § 19 Abs. 4 BauNVO zudem durch § 21 a Abs. 2 und Abs. 3 BauNVO. Danach sind der Grundstücksfläche i.S.d. § 19 Abs. 3 BauNVO Flächenanteile an außerhalb des Grundstücks festgesetzten Gemeinschaftsanlagen i.S.v. § 9 Abs. 1 Nr. 22 BauGB (z.B. eine Gemeinschaftsgarage) hinzuzurechnen, wenn der Bebauungsplan dies festsetzt oder als Ausnahme vorsieht (Zurechnungsklausel, § 21 a Abs. 2 BauNVO). Des Weiteren ist eine Überschreitung der zulässigen Grundfläche durch überdachte Stellplätze und Garagen bis zu 0,1 der Fläche des Baugrundstücks zulässig, wenn § 19 Abs. 4 BauNVO nicht entgegensteht (§ 21 a Abs. 3 Satz 1 BauNVO). § 21 a Abs. 3 Satz 2 BauNVO lässt ausnahmsweise noch weitergehende Über-

schreitungen in MK-, GE- und GI-Gebieten zu sowie in anderen Baugebieten, soweit es um nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 BauGB festgesetzte Anlagen geht. Zu Recht wird dieses Regelungsgeflecht in der Kommentarliteratur als ein kompliziertes Nebeneinander bewertet. Den Materialien zur BauNVO ist zu entnehmen, dass die Rechtfertigung dafür in den unterschiedlichen Regelungszwecken liegt (Beschränkung von Nebenanlagen aus Gründen des Bodenschutzes bei § 19 Abs. 4 und § 21 a Abs. 2 BauNVO, Gestaltungsfragen, Vermeidung von Nachbarbeeinträchtigungen bei § 21 a Abs. 3 BauNVO). Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob hier im Interesse der Rechtsanwendungspraxis nicht eine Vereinfachung und Zusammenfassung der Regelungen erfolgen sollte. Die planerischen Festsetzungsmöglichkeiten gemäß § 19 Abs. 4 Satz 3 BauNVO und vor allem des § 21 a Abs. 2 BauNVO haben in der Planungspraxis zudem eher geringe Bedeutung. Ebenfalls stellt sich die Frage, ob die Privilegierung insbesondere von Stellplätzen und Garagen bei der Bodenversiegelung noch gerechtfertigt ist. Sie hat in erster Linie Bedeutung für verdichtete Räume. Dort geht die planerische Zielsetzung mittlerweile häufig jedoch eher dahin, Stellplatzobergrenzen vorzusehen (z.B. in Hamburg oder Frankfurt/Main) oder jedenfalls keine Vorgaben mehr für eine Mindestanzahl an nachzuweisenden Stellplätzen zu machen (z.B. Berlin). Es handelt sich also eher um das Gegenteil einer Privilegierung. Wenn bei der Grundstücksversiegelung bestimmte bauliche Anlagen generell oder jedenfalls verbunden mit einer Kappungsgrenze privilegiert werden sollen, erscheint es daher zumindest geboten, den Katalog der Anlagen einer Überprüfung zu

unterziehen. Gedacht werden könnte hier etwa daran, insbesondere Anlagen für erneuerbare Energien gezielt zu begünstigen, sei es zur Gebietsversorgung, sei es darüber hinausgehend (s. § 14 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 BauNVO).

§ 20 BauNVO – Vollgeschosse, Geschossflächenzahl, Geschossfläche

1. § 20 Abs. 1 BauNVO definiert den sowohl für die Zahl der zulässigen Vollgeschosse als auch für die GFZ maßgeblichen Begriff des Vollgeschosses. Als Vollgeschoss gelten danach Geschosse, die nach landesrechtlichen Vorschriften Vollgeschosse sind oder auf ihre Zahl angerechnet werden. Dieser Verweis hat zum einen die nach wie vor wohl nicht abschließend entschiedene Rechtsfrage zur Folge, ob es sich dabei um einen statischen Verweis auf die bei Erlass des Bebauungsplans maßgebliche Fassung der einschlägigen Landesbauordnung handelt oder aber um einen dynamischen Verweis auf die jeweils geltende Fassung. Zudem führt die Regelung (gerade bei der immer weitergehenden Zersplitterung des Bauordnungsrechts) dazu, dass für die Länder sehr unterschiedliche Vollgeschossbegriffe maßgeblich sind. Eine kompetenz- oder sonstige verfassungsrechtliche Notwendigkeit hierfür besteht nicht. Im Gegenteil spricht mehr dafür, in den Fällen, in denen bundesrechtliche Regelungen bestehen, diese auch bundesweit einheitlich zu fassen. Dies könnte dadurch erfolgen, dass für die Zwecke des Bauplanungsrechts (zulässige Zahl an Vollgeschossen, GFZ-Ermittlung) ein bundeseinheitlicher Vollgeschossbegriff geschaffen wird. Dabei liegt

es nahe, den Vollgeschossbegriff aus der Musterbauordnung 2000 zu übernehmen, auf den sich die Länder verständigt haben.

2. § 20 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 BauNVO definieren die Geschossflächenzahl und geben an, wie sie zu ermitteln ist. § 20 Abs. 3 Satz 2 BauNVO bestimmt, dass im Bebauungsplan Festsetzungen möglich sind, nach der die Flächen von Aufenthaltsräumen in anderen Geschossen ganz oder teilweise mitzurechnen oder ausnahmsweise nicht mitzurechnen sind. § 20 Abs. 4 BauNVO regelt, dass bei der Geschossflächenermittlung Nebenanlagen i.S.d. § 14 BauNVO, Balkone, Loggien, Terrassen sowie bauliche Anlagen, die nach Landesrecht in den Abstandsflächen zulässig sind oder zugelassen werden können, unberücksichtigt bleiben. Hier dürfte an sich kein grundsätzlicher Änderungsbedarf bestehen. Allerdings hat die Festsetzungsmöglichkeit gemäß § 20 Abs. 3 Satz 2 BauNVO wohl relativ geringe praktische Bedeutung. Der Katalog der Anlagen, die in den Abstandsflächen zulässig sind (§ 20 Abs. 4 BauNVO), ist in den Ländern durchaus unterschiedlich und trägt nicht zu einer Vereinheitlichung der bauplanungsrechtlichen Anforderungen des Bundesrechts an die Grundstücksnutzung bei. Ergänzt werden die Regelungen zur zulässigen Geschossfläche überdies durch § 21 a Abs. 4 und Abs. 5 BauNVO. Danach werden bei der Ermittlung der Geschossfläche Garagengeschosse nicht mitgerechnet, wenn ein Bebauungsplan dies vorsieht. Entsprechendes gilt für Stellplätze und Garagen, wenn die Voraussetzungen von § 21 a Abs. 3 BauNVO erfüllt sind sowie für Stellplätze und Garagen in Vollgeschossen, wenn der Bebauungsplan dies festsetzt oder als Ausnahme vorsieht. Gemäß § 21 a Abs. 5

BauNVO ist die zulässige Geschossfläche um die Fläche notwendiger Garagen, die unter der Geländeoberfläche hergestellt werden, insoweit zu erhöhen, als der Bebauungsplan dies festsetzt oder als Ausnahme vorsieht. Hier gelten ähnliche Überlegungen wie bei der Grundflächenzahl (s. vorstehend unter 5.2). Die Festsetzungsmöglichkeiten für Bebauungspläne haben zudem geringe praktische Relevanz. Auch hier spricht daher vieles dafür, die Regelungen zu vereinfachen und hinsichtlich der Privilegierungswirkung im Hinblick auf Stellplätze und Garagen einer Überprüfung zu unterziehen.

§ 21 BauNVO – Baumassenzahl, Baumasse

1. Bei der Definition und der Ermittlung der Baumasse bzw. Baumassenzahl dürfte kein grundlegender Änderungsbedarf bestehen. Eher ungewöhnlich (und möglicherweise mangels Ermächtigungsgrundlage unwirksam), allerdings auch von wenig praktischer Bedeutung ist § 21 Abs. 4 BauNVO, der sich nicht an die Gemeinde richtet, sondern unmittelbar die Zulässigkeit von baulichen Anlagen regelt. Danach darf bei Gebäuden, die Geschosse von mehr als 3,50 m Höhe haben, eine Baumassenzahl, die das 3 1/2-fache der zulässigen Geschossflächenzahl beträgt, nicht überschritten werden, wenn der Bebauungsplan die Höhe baulicher Anlagen oder die Baumassenzahl nicht festsetzt. Ob es dieser Regelung tatsächlich bedarf, sollte überprüft werden.

2. Soweit in § 21 a Abs. 1, 4 und 5 BauNVO neben der Geschossfläche auch die Baumasse

se angesprochen ist, gelten die Ausführungen unter 6.2 sinngemäß.

§ 21 a BauNVO – Stellplätze, Garagen und Gemeinschaftsanlagen

1. Hinsichtlich § 21 a Abs. 2 bis 5 BauNVO wird auf die vorstehenden Ausführungen insbesondere unter 5.2 und 6.2 verwiesen.

2. Die Festsetzungsmöglichkeit gemäß § 21 a Abs. 1 BauNVO (generell oder ausnahmsweise keine Anrechnung von Garagengeschossen oder ihrer Baumasse auf die Zahl der zulässigen Vollgeschosse oder auf die zulässige Baumasse) hat in Bezug auf die Baumasse wenig praktische Relevanz, da § 17 BauNVO eine Maßobergrenze für die Baumasse nur bei Gewerbegebieten, Industriegebieten und sonstigen Sondergebieten vorsieht (10,0). Für die Zahl der zulässigen Vollgeschosse spielt die Regelung deswegen keine entscheidende Rolle mehr, weil die Maßobergrenzen für die zulässige Zahl der Vollgeschosse, die bis zur BauNVO 1977 geregelt waren, durch die BauNVO 1990 gestrichen wurden. Die Vorschrift erscheint daher insgesamt entbehrlich.

§ 22 BauNVO – Bauweise

1. Im Hinblick auf die Bauweise (offene, geschlossene, abweichende Bauweise) dürfte kein grundlegender Änderungsbedarf bestehen. Schwierigkeiten gibt es in der Planungspraxis allerdings im Zusammenhang mit der offenen Bauweise häufig bei den Begriffen Einzelhäuser, Doppelhäuser und Hausgruppen. Hier stellt sich die Frage, ob auf diese streitanfällige Differenzierung nicht verzichtet werden kann und ob nicht

eine Regelung genügen würde, nach der ein oder mehrere Gebäude bei offener Bauweise maximal eine Länge von 50 m haben dürfen. Die weiteren städtebaulich relevanten Maßgaben können ohne weiteres durch Planfestsetzungen zur GRZ und GFZ, zur Gebäudehöhe sowie durch Baulinien und Baugrenzen gesteuert werden.

§ 23 BauNVO – Überbaubare Grundstücksfläche

1. Grundlegender Änderungsbedarf bei den Regelungen zu der überbaubaren Grundstücksfläche dürfte nicht bestehen. Dies gilt auch im Hinblick auf die Anforderungen des Energiefachrechts. Baulinien, Baugrenzen und Bebauungstiefen können ohne Weiteres so festgesetzt werden, dass auch den Anforderungen des Wärmeschutzes Rechnung getragen werden kann. Im Hinblick auf die außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zulässigen baulichen Anlagen (§ 23 Abs. 5 BauNVO) wird, soweit es um die nach Landesrecht in den Abstandsflächen zulässigen Anlagen geht, auf die Ausführungen unter 6.2 verwiesen. Zudem könnte darüber nachgedacht werden, hier eine gesonderte Privilegierungsmöglichkeit für Anlagen der erneuerbaren Energien zu schaffen, auch wenn sie nicht unter § 14 BauNVO fallen oder dies im Einzelfall zweifelhaft ist.

Bedeutung von BauNVO- Änderungen für existierende Bebauungspläne

Änderungsmöglichkeiten an bestehenden baulichen Anlagen (insbesondere nachträgliche Anbringung von Wärmeschutz)

1. Für existierende Bebauungspläne ist grundsätzlich die Fassung der Baunutzungsverordnung maßgeblich, die bei Planaufstellung galt. Dies erstreckt sich auch auf nachträgliche Bebauungsplanänderungen und führt zu dem bekannten Problem der sogenannten Schichtenbebauungspläne. Daraus ergibt sich, dass zukünftige Änderungen der derzeit maßgeblichen BauNVO 1990 auf bestehende Bebauungspläne keine Auswirkungen haben. Insbesondere wäre es voraussichtlich nicht möglich, zumindest aber mit erheblichen Risiken behaftet, mittels einer BauNVO-Änderung eine zusätzliche Regelung zugunsten der Baugenehmigungsbehörde zu schaffen, die es ihr generell oder jedenfalls ausnahmsweise ermöglichen würde, eine Überschreitung der festgesetzten GRZ, GFZ oder überbaubaren Grundstücksfläche zuzulassen, etwa um nachträglichen Wärmeschutz anzubringen. Die durch Bebauungsplan festgesetzte GRZ, GFZ oder auch überbaubare Grundstücksfläche könnte durch eine geänderte Fassung der BauNVO ohnehin nicht modifiziert werden, da sich die betreffenden Regelungen der BauNVO lediglich an die Gemeinden richten und ihnen einen Rahmen bei ihrer Bauleitplanung setzen. Nicht hingegen wird durch die diesbezüglichen Bestimmungen der BauNVO selbst Bauleitplanung betrieben.

2. Die derzeitigen Befreiungstatbestände des § 31 Abs. 2 BauGB dürften insbesondere in Fällen, in denen es um die nachträgliche Anbringung von Wärmeschutz geht, in aller Regel nicht rechtssicher weiterführen. Es handelt sich dabei, auch bezogen auf das jeweilige Plangebiet, nicht um Einzelfälle. Die Befreiungsmöglichkeiten des § 31 Abs. 2 BauGB dienen nach der Rechtsprechung indes nicht dazu, die Inhalte eines Bebauungsplans zu ändern. Sie dienen vielmehr der Einzelfallgerechtigkeit und der Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei Vorhaben, die den Planfestsetzungen zwar widersprechen, sich aber mit den planerischen Vorstellungen gleichwohl in Einklang bringen lassen. Zu erwägen wäre allerdings, § 31 Abs. 2 BauGB in diesem Punkt zu ergänzen, etwa dahingehend dass eine Befreiung von Planfestsetzungen auch dann erteilt werden darf, wenn sie der energetischen Optimierung vorhandener Gebäude dient und die (ggf. erhöhten!) Maßobergrenzen des § 17 BauNVO nicht überschritten werden.

Berliner Gespräche zum Städtebaurecht

Weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Stärkung der Innenentwicklung

Thesepapiere zur dritten Gesprächsrunde am 1. Oktober 2010 in Berlin

Eva Maria Niemeyer

Praktische Anforderungen an das planungsrechtliche Instrumentarium zur Innenentwicklung der Städte

Vorbemerkung

Bereits in dem von der 32. Hauptversammlung des Deutschen Städtetages im Jahre 2003 verabschiedeten „Leitbild für die Stadt der Zukunft“ sind Maßstäbe für eine nachhaltige Stadtentwicklung – im Sinne einer Förderung der Innenentwicklung – formuliert: Nämlich die Zentren zu stärken und Freiräume am Stadtrand zu erhalten, um auch eine deutliche Verminderung des Flächenverbrauchs zu erreichen. Aufgrund der in den letzten Jahren zunehmenden Beförderung des Themas durch die Politik des Bundes und der Länder und durch Unterstützung der kommunalen Spitzenverbände ist diese Zielsetzung auf der kommunalen Ebene „angekommen“. In den Städten und Gemeinden mehrte sich zunehmend das Bewusstsein für einen sparsamen Umgang mit Flächen, die Bemühungen zur Nutzung von Innenstadtpotenzialen werden daher verstärkt.

Mit dem Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte, das am 01.01.2007 in Kraft getreten ist, sind bereits wesentliche planungsrechtliche Instrumente für die Stärkung der Innenentwicklung eingeführt worden. Die mit der Ausgestaltung des „beschleunigten Verfahrens“ verfolgte Zielsetzung ist insbesondere in der Stärkung der Innenentwick-

lung gegenüber der Außenentwicklung zu sehen. Durch den Verzicht auf die förmliche Umweltprüfung, den fingierten Eingriffsausgleich (in der Fallgruppe bis 20 000 Quadratmeter) und auch wegen der einfachen Anpassungsmöglichkeit des Flächennutzungsplans bei abweichendem Bebauungsplan bietet dieses Instrument deutliche materiell-rechtliche und verfahrensmäßige Vorteile gegenüber dem herkömmlichen Planungsinstrumentarium, das bei der Überplanung von Flächen in Außen- und Randlagen zu Anwendung kommt. Fast vier Jahren nach Inkrafttreten der Neuregelung ist festzustellen, dass sich das beschleunigte Verfahren nach § 13 a BauGB in der kommunalen Planungspraxis bewährt hat. Diese Tendenz zeichnete sich auch bereits nach einer in den Jahren 2008/2009 durchgeführten Studie von Jachmann/Mitschang ab.¹ Vor diesem Hintergrund sollte die Regelung des § 13 a BauGB im Rahmen der Bauplanungsrechtsnovelle 2012 möglichst unverändert beibehalten werden, um die Planungspraxis nicht unnötigen Umstellungserfordernissen und damit üblicherweise verbundenen Verfah-

¹ Dipl.-Ing. Simone Jachmann/Univ.-Prof. Dr.-Ing. habil. Stephan Mitschang „Bebauungspläne der Innenentwicklung – Studie zur Anwendung von § 13 a BauGB in der kommunalen Planungspraxis“, BauR 2009, 913 – 927.

rensverzögerungen und rechtlichen Unsicherheiten auszusetzen.

Vor der Entwicklung gänzlich neuer flächenpolitischer Instrumente und Verfahren sollte zunächst das vorhandene Planungsinstrumentarium sowohl in der Bauleitplanung als auch in der Raumordnung auf allen Ebenen konsequenter angewandt, bestehende Vollzugsdefizite beseitigt und die Wirksamkeit der verbindlichen Vorschriften und Planungsinstrumente durch informelle Verfahren erhöht werden. Zur weiteren Stärkung der Innenentwicklung kann es daneben aber durchaus sinnvoll sein, geeignete planerische Einzelinstrumente mit Blick auf diese Zielrichtung zu „schärfen“ und Hemmnisse abzubauen.

Erleichterungen für die Innenentwicklung beim Artenschutz

Die Prüfung und Berücksichtigung der artenschutzrechtlichen Anforderungen mit ihren Verbots- und Ausnahmetatbeständen auch bei Bebauungsplänen der Innenentwicklung erweist sich vielfach als Hemmnis, das die vorstehend genannten Vorteile des beschleunigten Verfahrens wieder beseitigen kann. Gerade bei der Wiedernutzbarmachung von Brachflächen mit länger leerstehender Bausubstanz ist das Vorkommen von geschützten Arten häufig gegeben und erfordert eine sorgfältige planerische Prüfung, die auch zu dem Ergebnis führen kann, dass der Bebauungsplan an unüberwindbaren Anforderungen des Artenschutzes scheitert. Dies wird zwar nicht der Regelfall sein, dennoch könnte der Prüfaufwand der Artenschutzbelange dazu „verlei-

ten“, gezielt Flächen ohne artenschutzrelevante Vorkommen zu suchen und zu überplanen und damit die Priorität bei der Flächenauswahl zum Nachteil der Innenentwicklung zu verschieben. Eine rechtssichere Entlastung der Gemeinden bei der Prüfung der artenschutzrechtlichen Bestimmungen für Bebauungspläne der Innenentwicklung wäre daher angebracht und wünschenswert.

Ausstattung des Gemeindegebiets mit zentralen Versorgungsbereichen (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB)

Mit der Möglichkeit, die Ausstattung mit zentralen Versorgungsbereichen im Flächennutzungsplan darzustellen, soll den Gemeinden ein Instrument an die Hand gegeben werden, das insbesondere die Anwendung des § 34 Abs. 3 BauGB erleichtert, indem zentrale Versorgungsbereiche nicht nur bei Erfüllung bestimmter tatsächlicher Merkmale, sondern auch bei einer entsprechenden Darstellung im Flächennutzungsplan angenommen werden können.

Es soll ermöglicht werden, die „Ausstattung des Gemeindegebiets“ (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB) mit zentralen Versorgungsbereichen, nicht jedoch lediglich entsprechende „Flächen“ (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 1, 3 – 10) darzustellen. Die Ausstattung des Gemeindegebiets lässt sich dabei nur auf Grundlage einer entsprechenden Konzeption darstellen. Die neue Darstellungsmöglichkeit führt nicht dazu, dass zentrale Versorgungsbereiche nur bei einer entsprechenden Darstellung angenommen werden können. Der „faktische“ zentrale Versorgungsbereich existiert auch weiterhin. Eine Darstellung

zentraler Versorgungsbereiche, beispielsweise unterteilt nach Stadtteilzentren oder Nahversorgungsbereichen dürfte auch nach geltendem Recht bereits möglich sein („im Flächennutzungsplan können *insbesondere* dargestellt werden“) und wird auch bereits praktiziert. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung zur Ausstattung des Gemeindegebiets mit zentralen Versorgungsbereichen in § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB kommt jedoch eine gewisse Signalwirkung zu und stärkt das Bewusstsein in den Gemeinden, sich bereits bei der Flächennutzungsplanung frühzeitig mit der Festlegung zentraler Versorgungsbereiche zu befassen, was eine ggf. nachfolgende Bebauungsplanung oder ein späteres Verfahren nach § 34 BauGB vereinfacht.

(Weitere) Flexibilisierung des Verhältnisses von Flächennutzungsplan und Bebauungsplan

Mit dem Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte wurde in § 13 a Abs. 2 Nr. 2 BauGB die Möglichkeit geschaffen, dass Bebauungspläne der Innenentwicklung, die im beschleunigten Verfahren aufgestellt werden, auch aufgestellt werden können, bevor der Flächennutzungsplan geändert oder ergänzt ist, sofern die geordnete städtebauliche Entwicklung nicht beeinträchtigt wird. Der Flächennutzungsplan ist dann im Wege der Berichtigung anzupassen. Bereits in § 1 Abs. 2 des Maßnahmengesetzes zum Baugesetzbuch (BauGB-MaßnahmenG; BGBl I, 1993, 622) war Entsprechendes vorgese-

hen für Bebauungspläne, die der Deckung eines dringenden Wohnbedarfs dienen.

§ 13 a Abs. 2 Nr. 2 BauGB hat sich in der Praxis bewährt. Zur weiteren Stärkung der Innenentwicklung wäre zu überlegen, diese Möglichkeit auf alle Bebauungspläne der Innenentwicklung – unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für ein beschleunigtes Verfahren erfüllt sind – auszuweiten. Regelungstechnisch wäre eine entsprechende Ergänzung des § 13 a oder des § 8 BauGB denkbar. Inhaltlich wäre – wie in § 13 a Abs. 2 Nr. 2 BauGB – vorzusehen, dass die geordnete städtebauliche Entwicklung nicht beeinträchtigt werden darf – ggf. ergänzt um eine Schutzfunktion zugunsten der Nachbargemeinden – und dass ein entsprechendes Vorgehen entsprechend § 13 a Abs. 3 Satz 2 BauGB öffentlich bekannt gemacht wird. Eine solche Erweiterung könnte die Gemeinden zeitlich (in der Regel wird die Genehmigung zur Änderung des Flächennutzungsplans nicht vor Ablauf der Dreimonatsfrist des § 6 Abs. 4 BauGB erteilt), verfahrensmäßig und letztlich auch finanziell entlasten.

Gegen eine solche Regelung sprechen aber folgende Gründe:

- Der Anwendungsbereich ist nicht klar umrissen. Wenn ein Bebauungsplan der Innenentwicklung vorliegt, wird sicher in der Mehrzahl der Fälle auch der § 13 a BauGB in einer der beiden Varianten angewandt werden können. Denkbar sind allerdings Fälle, in denen § 13 a BauGB zur Anwendung kommen könnte, dies jedoch aus bestimmten Gründen seitens der Gemeinde nicht gewollt ist. Da es sich dennoch um einen Bebauungsplan der Innenentwicklung han-

delt, könnte man der Gemeinde dann wenigstens eine Verfahrenserleichterung bei Abweichungen von den Darstellungen des Flächennutzungsplans einräumen. Dies hätte aber im Ergebnis die Einführung einer weiteren Verfahrensart zur Folge, für die derzeit kein weitreichendes praktisches Bedürfnis erkennbar ist.

- Die Berichtigungsregel in § 13 a Abs. 2 Nr. 2 BauGB beinhaltet de facto eine Schwächung der Steuerungsfunktion des Flächennutzungsplans. Dies ist zur Förderung der Innenentwicklung für die abgrenzbaren Fälle der Anwendungsmöglichkeit des § 13 a BauGB hinnehmbar. Eine weitere Ausdehnung der Berichtigungsmöglichkeit und damit auch der Aufweichung der Funktion des Flächennutzungsplans muss sorgfältig geprüft und abgewogen werden. Hierbei sind auch die sich durch dieses Verfahren eröffnenden Missbrauchsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass gerade im Zuge der Maßnahmen zum Flächensparen die Gemeinden vielfach aufgefordert werden, gemeinsame Flächennutzungspläne zu erstellen; bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen (regionaler Flächennutzungsplan) kann auch die Funktion eines Regionalplans und eines gemeinsamen Flächennutzungsplans in einem Planwerk vereinigt werden, was sogar mit der Einsparung einer Planungsebene verbunden ist. Die in diesen Regelungen deutlich werdende besondere Tragweite und übergreifende Funktion des Flächennutzungsplans würde mit einer weiteren Erleich-

terung des Änderungsverfahrens im Widerspruch stehen.

Notwendigkeit eines einheitlichen Reformpaketes

Änderungen im Planungsrecht (BauGB; BauNVO) bewirken in der Praxis stets einen nicht unerheblichen Umstellungsaufwand, begleitet von Unsicherheiten mangels einschlägiger Rechtsprechung, was zu Verfahrensverzögerungen führen kann. Um die Beeinträchtigungen für die Planungspraxis so gering wie möglich zu halten, sollten die Novellierungen zum einen auf das Erforderliche beschränkt bleiben und zum anderen in einem einheitlichen, abgestimmten Gesamtprozess erfolgen. Eine – zum Teil geforderte – kurzfristig vorzuziehende Einzel-Novelle des § 3 BauNVO, mit der Zielsetzung, auch Kindertageseinrichtungen in reinen Wohngebieten für allgemein zulässig zu erklären, wird nicht befürwortet. Zum einen wird durch eine (vorgezogene) Änderung die Rechtslage auch nicht kurzfristig geändert, da es in vielen Fällen zunächst eines neuen Bebauungsplans bedürfte, um den geänderten § 3 BauNVO zur Anwendung zu bringen, zum anderen wird an diesem Beispiel auch deutlich, dass zur Erreichung der mit dieser Änderung angestrebten Zielsetzung auch Regelungen außerhalb des Bauplanungsrechts – so die des Lärmschutzrechts – einer Anpassung bedürfen. Die von der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz am 27.03.2009 beschlossene „Arbeitshilfe zur bauplanungsrechtlichen Zulassung von Kindertageseinrichtungen in reinen Wohngebieten“ zeigt den Städten auf, wie sie auch bereits unter der jetzt geltenden Rechtslage

Kindertagesstätten in reinen Wohngebieten planungsrechtlich ermöglichen können. Somit besteht kein zeitlicher Druck für eine vorgezogene Anpassung des § 3 BauNVO, diese kann daher ohne Planungshemmnis für die Gemeinden auch zeitgleich mit der Gesamtnovelle erfolgen.

Ein „planungsrechtliches Gesamtpaket“ ist darüber hinaus nicht nur zur Vermeidung von länger andauernden Umstellungserfordernissen in der Planungspraxis, sondern in erster Linie auch inhaltlich geboten: Die Instrumente des BauGB zur Stärkung der Innenentwicklung sind stets im Kontext mit den Art- und Maßvorschriften der BauNVO zu sehen.

„Erweitertes Maßnahmenpaket“

Eine Stadtentwicklung ohne Flächenexpansion ist nicht alleine mit dem planungsrechtlichen Instrumentarium zu erreichen.

Innenentwicklung ist oftmals teurer und aufwändiger als die Inanspruchnahme neuer Flächen in Außenlagen. Die Gemeinden sehen sich häufig mit folgenden Erschwernissen konfrontiert:

- Schwierige Eigentumsverhältnisse, insbesondere bei der Wiedernutzbarmachung nicht mehr benötigter Bahnflächen,
- Widerstände der Nachbarschaft, insbesondere bei Nachverdichtung oder Schließung von Baulücken in bereits bewohnten Innenstadtlagen,
- Umgang mit Altlasten,
- Berücksichtigung von Belangen des Lärmschutzes, besonders in Gemengelagen.

Ziel nachhaltiger Flächenpolitik muss es sein, bestehende Flächenpotenziale durch Um- und Wiedernutzung von Brachflächen, durch Verdichtung im Bestand sowie durch bessere Nutzungsmischung zu mobilisieren und für neue Nutzungen in Anspruch zu nehmen. Hierzu kann das Planungsrecht einen wichtigen Beitrag leisten, aber eben nicht den einzigen. Um den planerischen Instrumenten mehr Wirksamkeit zu verleihen, ist es erforderlich, u. a. auch diverse finanzpolitische und steuerliche Rahmenbedingungen so zu ändern, dass sich die Nutzung von Innenentwicklungspotenzialen gegenüber einer Neuerschließung von Flächen in Außenlagen sowohl für die Grundeigentümer als auch für die Städte und Gemeinden – beispielsweise durch auf die Innenentwicklung konzentrierte Fördermittel – vorteilhaft auswirkt.

Auch die derzeit im Rahmen der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung zur Reduzierung der Flächeninanspruchnahme diskutierten Maßnahmen in den Handlungsfeldern *Flächeninformationen/ Analyse der Siedlungsentwicklung; Steuerung der Siedlungsentwicklung; ökonomische und fiskalische Rahmenbedingungen; Flächenrecycling; Zielgruppenspezifische Kommunikation und Bewusstseinsbildung* sollten nicht isoliert betrachtet sondern in den Kontext „Förderung der Innenentwicklung“ integriert werden.

Prof. Dr. Christian-W. Otto

Verfahrensbeschleunigung und Flexibilisierung im besonderen Artenschutz in der Innenstadtentwicklung nach dem Baugesetzbuch

Artenschutz und Bauleitplanung

Der Naturschutz spielt in der Bauleitplanung eine wichtige Rolle. In die bauleitplanerische Abwägung sind nach §§ 1 Abs. 7 lit. a), 1a Abs. 3 Satz 1 BauGB Tiere und Pflanzen, deren Lebensstätten und Lebensräume sowie die Biodiversität als Bestandteile des Naturhaushalts im Sinne von § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. a) BauGB einzustellen. Diese planerischen Regelungen werden durch die Bestimmungen im Bundesnaturschutzgesetz¹ ergänzt. Um das Verhältnis von Bauleitplanung und Naturschutzrecht zu verstehen, sind drei Regelungsbereiche des Bundesnaturschutzgesetzes zu unterscheiden:

- Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§ 15 BNatSchG)
- Der naturschutzrechtliche Gebietschutz (§ 34 BNatSchG)
- Der naturschutzrechtliche Artenschutz (§§ 44 f. BNatSchG).

Die Bedeutung dieser Regelungen und ihr Zusammenwirken mit der Bauleitplanung werden nachfolgend in den Grundzügen

dargestellt. Anschließend (Teil II.) werden denkbare Beschleunigungs- und Vereinfachungsmöglichkeiten erörtert.

Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§ 15 BNatSchG)

Die Anforderungen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in § 15 BNatSchG werden von den bauleitplanerischen Regelungen in § 1a Abs. 3 BauGB überlagert. Bei der Aufstellung oder Änderung der Bauleitpläne wenden die Gemeinde die Eingriffsregelung in § 15 BNatSchG nicht unmittelbar an. Über die Vermeidung des Eingriffs, den Ausgleich und den Ersatz ist vielmehr nach den Vorschriften des Baugesetzbuches zu entscheiden. Sind aufgrund der Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung eines Bebauungsplans Eingriffe in Natur und Landschaft zu erwarten, ist die Gemeinde verpflichtet, zu ermitteln und zu entscheiden, ob vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft unterbleiben können und ob und wie unvermeidbare Beeinträchtigungen auszugleichen sind. Ermittlung und Entscheidung müssen den Anforderungen des pla-

¹ Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege, Veröffentlicht im Bundesgesetzblatt 2009 Teil I Nr. 51, ausgegeben am 6. August 2009, S. 2544.

nungsrechtlichen Abwägungsgebots nach § 1 Abs. 7 BauGB genügen.²

Der naturschutzrechtliche Gebietsschutz (§ 34 BNatSchG)

In die Abwägung ist nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. b) in Verbindung mit § 1a Abs. 4 BauGB der Gebietsschutz gem. § 34 BNatSchG einzustellen. Die Gemeinde muss im Rahmen der Abwägung gem. § 1a Abs. 4 BauGB die „Erhaltungsziele und Schutzzwecke der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und der Europäischen Vogelschutzgebiete im Sinne des Bundesnaturschutzgesetzes“ berücksichtigen. Gem. § 7 Abs. 1 Nr. 6 BNatSchG sind Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung Schutzgebiete auf Grundlage der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie. Europäische Vogelschutzgebiete sind gem. § 7 Abs. 1 Nr. 7 BNatSchG Gebiete im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 79/409/EWG (Vogelschutz-Richtlinie).

Eine erhebliche Beeinträchtigung dieser Gebiete im Sinne von § 1a Abs. 4 BauGB liegt nicht unbedingt erst dann vor, wenn der Geltungsbereich des Bebauungsplans sich auf ein Schutzgebiet im Sinne von § 1 Abs. 6 Nr. 7 b) BauGB erstreckt. Zu einer Beeinträchtigung kann auch dann schon kommen, wenn der außerhalb des Schutzgebiets aufgestellte Bebauungsplan Auswirkungen auf ein solches in der Umgebung befindliches Schutzgebiet zeitigt. Ist eine solche Beeinträchtigung möglich, ist die Gemeinde durch § 1a Abs. 4 BauGB in Verbindung mit § 36 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG verpflichtet, die Regelungen des § 34 Abs. 1 Satz 2 bis Abs. 5 BNatSchG anzuwenden. Nach § 34 Abs. 2

BNatSchG wäre die Bebauungsplanung nicht zulässig, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung eines europäischen Schutzgebiets führen könnte. Sie wäre aber nach § 34 Abs. 3 BNatSchG erlaubt, soweit sie

1. *„aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist und*
2. *zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind.“*

Zusätzlich sind gem. § 34 Abs. 5 BNatSchG „die zur Sicherung des Zusammenhangs des Europäischen ökologischen Netzes „Natura 2000“ notwendigen Maßnahmen vorzusehen“ (sog. Kohärenzsicherungsmaßnahmen), also festzusetzen.

Der naturschutzrechtliche Artenschutz (§§ 44 f. BNatSchG).

Die besonderen artenschutzrechtlichen Verbote zum Schutz bestimmter Arten in § 44 BNatSchG sind - anders als die Vorschriften der Eingriffsregelung und des Gebietsschutzes - in der Bauleitplanung nicht unmittelbar relevant. Das Gemeinschaftsrecht verlangt keine Prüfung des Artenschutzes auf der Ebene der Bauleitplanung. Auch aufgrund des nationalen Naturschutzrechts ist es nicht erforderlich, im Bebauungsplanverfahren den Artenschutz nach Maßgabe der §§ 44 f. BNatSchG abzuarbeiten. Denn nicht die Festsetzungen des Bebauungsplans, sondern erst deren Verwirklichung, die im nachfolgenden Verwaltungsverfahren zugelassen wird, bilden den naturschutzrechtlich relevanten Eingriff.

² Grundlegend BVerwGE 104, 68-79

Die Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG werden erst dann erfüllt, wenn in Verwirklichung des Bebauungsplans konkrete (Bau-) Vorhaben realisiert werden und es deswegen zu Eingriffen kommt.³

Zu erwartende Verstöße gegen artenschutzrechtliche Verbote im Sinne von § 44 Abs. 1 BNatSchG muss die Gemeinde gleichwohl in der Bauleitplanung berücksichtigen. Da die Verbotsnormen auf der Zulassungsebene auch bei Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans zu beachten sind, kann es dazu kommen, dass die Verwirklichung des Bebauungsplans an artenschutzrechtlichen Verboten scheitert.⁴ Der Bebauungsplan wäre dann funktionslos, also nicht im Sinne von § 1 Abs. 3 BauGB erforderlich, folglich unwirksam.⁵

Aufgrund der drohenden Vollzugsunfähigkeit des Bebauungsplans muss die Gemeinde die artenschutzrechtliche Wirkung der im Bebauungsplan zugelassenen Handlung bereits in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB beachten. Die Gemeinde hat daher die artenschutzrechtlichen Verbote im Verfahren der Planaufstellung zu berücksichtigen. Dabei hat sie aber nur zu beurteilen, ob die vorgesehenen baulichen Nutzungen auf unüberwindbare artenschutzrechtliche

Hindernisse treffen, d. h. der Bebauungsplan ist immer schon dann vollzugsfähig, wenn ein drohendes Verbot für ein Vorhaben im nachfolgenden Genehmigungsverfahren überwunden werden kann. So kann durch Festsetzungen vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen im Sinne von § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG (sog. CEF-Maßnahme) erreicht werden, dass der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verwirklicht wird.⁶ Ist dies nicht möglich, muss die Gemeinde in die Ausnahmelage nach § 45 Abs. 7 BNatSchG hineinplanen.

Schutzbereich der besonderen artenschutzrechtlichen Verbote

Die besonderen artenschutzrechtlichen Verbote hat der Gesetzgeber in Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (Art. 12 und 13 FFH-RL) und der Vogelschutz-Richtlinie (Art. 5 Vogelschutz-RL) in §§ 44 f. BNatSchG normiert. Dementsprechend erfassen die Verbote nur diejenigen Arten, die von diesen Richtlinien geschützt sind. Die von den Verbotstatbestände in § 44 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 BNatSchG erfassten Arten sind in § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG benannt. Danach sind besonders geschützte Arten

- die Arten nach Anhang A und B der Europäischen Artenschutzverordnung sowie – soweit davon nicht bereits erfasst –
- die Tier- und Pflanzenarten nach Anhang IV der FFH-RL und
- die europäischen Vogelarten gem. Art. 1 Abs. 1 Vogelschutz-RL.

³ Vgl. BVerwG, BRS 59 Nr. 29; OVG Rheinland-Pfalz, NVwZ-RR 2008, 514.

⁴ Diese Zwangsläufigkeit ist anderen EU-Mitgliedsstaaten fremd. Ein vom BBSR initiiertes Erfahrungsaustausch mit EU-Mitgliedsstaaten zur Innenstadtentwicklung, insbesondere in Bezug auf den europäischen Arten- und Vogelschutz im Juli 2010 hat gezeigt, dass in anderen Mitgliedsstaaten der Artenschutz im Geltungsbereich von Bebauungsplänen keine oder nur eine geringe Bedeutung besitzt.

⁵ Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1998, 162 f.; BVerwG, NuR 2003, 222 und 547; OVG Münster, BauR 2006, 1696

⁶ Vgl. BayVGH, U. v. 30.03.2010 - 8 N 09.1861 - 1868, 8 N 09.1870 - 1875 - juris

Der Verbotstatbestand nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG bezieht sich auf die streng geschützten Arten gem. § 10 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG und die europäischen Vogelarten der Vogelschutz-RL. Streng geschützte Arten sind

- die Arten in Anhang A der Europäischen Artenschutzverordnung,
- Arten in Anhang IV der FFH-RL sowie
- Arten der Bundesartenschutzverordnung – Anlage 1, Spalte 3.

Die streng geschützten Arten bilden eine Teilmenge der besonders geschützten Arten.

Die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG

Zentrale artenschutzrechtliche Verbotsnorm ist § 44 Abs. 1 BNatSchG. Um festzustellen, ob ein Verstoß gegen diese Verbotsnorm zu erwarten ist, ist ein formalisiertes Prüfungsverfahren - anders als für den Gebietsschutz gem. § 34 BNatSchG - nicht vorgeschrieben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erforderlich, aber auch ausreichend, ist im Artenschutzrecht eine am Maßstab praktischer Vernunft ausgerichtete Prüfung.⁷

Tötungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, „wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören“.

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verbietet den unmittelbaren Zugriff auf die jeweilige individuelle Spezies wild lebender Tiere besonders geschützter Arten bzw. auf ihre Entwicklungsformen. Der Begriff „Tiere“ umfasst nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) BNatSchG auch die Entwicklungsformen von Tieren. Hierzu gehören z. B. Eier, Larven oder Puppen.

Das Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG betrifft vorsätzliche oder fahrlässige Tötungshandlungen. Entscheidend ist allein die Verursachung einer Tötung. Von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BauGB werden sog. sozialadäquate Risiken jedoch nicht erfasst. Dies betrifft z. B. unabwendbare Tierkollisionen im Verkehr.⁸ Derartige Tötungen sind bei der Zulassung von Vorhaben aber ggf. im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zu berücksichtigen.

Das Tötungsverbot ist nicht erfüllt, wenn es im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Beschädigungsverbot geschützter Lebensstätten gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG steht und ein drohender Verstoß gegen dieses Verbot gem. § 44 Abs. 5 BNatSchG abgewendet wird.

Störungsverbot während bestimmter Zeiten gem. § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es verboten, „wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung

⁷ Vgl. BVerwG, NuR 2009, 789 ff.

⁸ Vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 789 ff.

der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert“.

§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG normiert ein temporäres Störungsverbot für wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten. Während bestimmter Zeiten dürfen diese nicht in dem Sinne erheblich gestört werden, dass sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population der Art verschlechtert.

Dieses Verbot ist für die Bebauungsplanung dann relativ unproblematisch zu überwinden, wenn bei der Vorhabenzulassung die Eingriffszeiten gesteuert werden können. Dies ist aber nicht möglich, wenn die zugelassene Störung selbst dauerhaft erfolgt.

Der Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist populationsbezogen, d. h., der Tatbestand ist nur erfüllt, wenn dadurch der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert wird. Dies kann passieren, wenn sich das Vorhaben auf die Überlebenschancen, die Reproduktionsfähigkeit oder den Fortpflanzungserfolg der lokalen Population nachteilig auswirken kann, s. a. Art. 1 lit. i) FFH-RL und Art. 2 Nr. 4 RL 2004/35/EG (Umwelthaftung-RL). Lokale Population einer Art ist eine Gruppe von Individuen einer Art, die eine Fortpflanzungs- oder Überdauerungsgemeinschaft bilden und einen zusammenhängenden Raum gemeinsam bewohnen.

Beschädigungsverbot geschützter Lebensstätten gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ist es verboten, „*Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten*

Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören.“

Geschützt sind die Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. d) FFH-RL. *Fortpflanzungsstätten* sind alle Orte oder Teilhabitate im Gesamtlebensraum eines Tieres, die es für seine Fortpflanzung benötigt, z.B. Balzplätze, Paarungsgebiete, Eiablageplätze, Nester oder Nistplätze, Brutplätze oder –kolonien ebenso Verpuppungsplätze oder Areale, an denen die Larvalentwicklung stattfindet oder die für die Jungenaufzucht benötigt werden.⁹

Ruhestätten sind alle Orte oder Teilhabitate im Gesamtlebensraum eines Tieres, die nicht nur vorübergehend zum Ruhen oder Schlafen oder in Zeiten längerer Inaktivität aufgesucht werden. Ruhestätten können Verstecke, (Schlaf-)baue oder nester, Schlaf-, Rast- und Mauserplätze, Sommer- und Winterquartiere oder Orte für thermoregulatorisches Verhalten (z.B. Sonnenbadeplätze bei Eidechsen) sein.¹⁰

Die geschützten Lebensstätten müssen jeweils artspezifisch definiert werden. So kann eine Lebensstätte des Grünfinks z.B. der Bereich eines Waldes mit mehreren Baumhöhlen sein. Werden einzelne Bäume nebst Baumhöhlen gefällt, wäre die Lebensstätte noch nicht beschädigt. Eine Lebensstätte ist dann beschädigt, wenn sie gerade durch die Schädigungshandlung ihre Funktion verliert. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die jeweilige Lebensstätte ihre Funktion bereits anderweitig verloren hat. Keh-

⁹ Vgl. Scharmer/Blessing, Artenschutz in der Bauleitplanung, Arbeitshilfe des Ministeriums für Infrastruktur und Raumordnung des Landes Brandenburg, Januar 2009.

¹⁰ Vgl. Scharmer/Blessing, a. a. O.

ren die betroffenen Arten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit an die Lebensstätte zurück, gilt der Lebensstättenschutz das ganze Jahr über. Bei Arten, die Lebensstätten (z.B. Vogelnester) regelmäßig wechseln und nicht erneut nutzen, ist deren Zerstörung oder Beschädigung außerhalb der Nutzungszeiten mit § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG vereinbar. Wenn Arten zwar ihre Nester, Baue o.ä., nicht aber ihre Reviere regelmäßig wechseln, wird gegen den Lebensstättenschutz gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verstoßen, wenn ganze, regelmäßig genutzte Reviere vollständig beseitigt werden. mit § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG vereinbar. Wenn Arten zwar ihre Nester, Baue o.ä., nicht aber ihre Reviere regelmäßig wechseln, wird gegen den Lebensstättenschutz gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verstoßen, wenn ganze, regelmäßig genutzte Reviere vollständig beseitigt werden. mit § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG vereinbar. Wenn Arten zwar ihre Nester, Baue o.ä., nicht aber ihre Reviere regelmäßig wechseln, wird gegen den Lebensstättenschutz gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verstoßen, wenn ganze, regelmäßig genutzte Reviere vollständig beseitigt werden.¹¹

Überwinterungsplätze von Vögeln werden von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG nicht erfasst.¹²

Ein Verstoß gegen das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG kann ggf. nach § 44 Abs. 5 BNatSchG abgewendet werden.

Beschädigungsverbot von Pflanzen und ihren Standorten gem. § 44 Abs. 1 Nr. 4 BNatSchG

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 4 BNatSchG ist es verboten, „*wild lebende Pflanzen der besonders geschützten Arten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, sie oder ihre Standorte zu beschädigen oder zu zerstören*“. Dieses Verbot zielt auf die Unversehrtheit der geschützten Pflanzenarten. Vom Schutz umfasst sind auch die Entwicklungsformen wie z.B. Samen oder Früchte, vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) BNatSchG.

Verstöße gegen das Beschädigungsverbot von Pflanzen und ihren Standorten können ggf. nach § 44 Abs. 5 Satz 4 BNatSchG abgewendet werden.

Verwirklichung eines Vorhabens trotz drohendem Verstoß gegen ein Zugriffsverbot

Ein Vorhaben, das gegen ein Verbot gem. § 44 Abs. 1 BNatSchG verstoßen würde, kann gleichwohl unter bestimmten Voraussetzungen verwirklicht werden. Das Bundesnaturschutzgesetz sieht dafür ein *vierstufiges Zulassungssystem* vor:

1. Prüfungsschritt: Bei nur *national geschützten* Arten wird das Verbot nach § 44 Abs. 5 Satz 1 und 5 BNatSchG überwunden, wenn der in der Verbotshandlung liegende Eingriff in Natur und Landschaft gem. § 15 BNatSchG oder aufgrund eines Bebauungsplans zulässig ist. Bei diesen Arten wird der artenschutzrechtliche Konflikt auf der Ebene des Bebauungsplans durch Berücksichtigung der Vermeidung und des Ausgleichs des zu erwartenden Eingriffs in der Abwägung gem. § 1a Abs. 3 BauGB aufgelöst, vgl. § 18 Abs. 1 und 2 BNatSchG. Durch die Festsetzung im Bebauungsplan wird nicht nur

¹¹ Vgl. BVerwG, NuR 2006, 779, 781 f.

¹² Vgl. BVerwG, NuR 2001, 385, 386.

das Vorhaben zugelassen, sondern auch das artenschutzrechtliche Verbot ausgeräumt.

2. Prüfungsschritt: Bei *europäisch geschützten Arten* kann ein drohender Verstoß gegen die Verbote des § 44 Abs. 1 Nr. 3 ggf. i.V.m. Nr. 1 BNatSchG gem. § 44 Abs. 5 Satz 1 bis 3 BNatSchG abgewendet werden, wenn der Eingriff in Natur und Landschaft nach dieser Vorschrift zulässig ist, weil die ökologische Funktion der betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätte im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. In der Bebauungsplanung ist über die nach § 44 Abs. 5 BNatSchG geforderte Vermeidung und den dort geforderten Ausgleich des zu erwartenden Eingriffs gem. § 1a Abs. 3 BauGB abwägend zu entscheiden. Dass die ökologische Funktion trotz eines Eingriffs gem. § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG weiterhin erfüllt sein muss, ist bei der Abwägung nicht überwindbar.

3. Prüfungsschritt: Kann ein drohendes Verbot nach § 44 Abs. 5 BNatSchG nicht überwunden werden, ist zu prüfen, ob eine Ausnahme von einem Verbot nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 BNatSchG zulässig ist. Da die zuständige Naturschutzbehörde die Ausnahme vor der Genehmigung bzw. Verwirklichung erteilt, kann die Gemeinde nur in die „Ausnahmelage“ hineinplanen. Eine Ausnahmegenehmigung im Sinne von § 30 Abs. 4 BNatSchG ist im Artenschutz nicht vorgesehen.

Die zuständige Behörde darf eine Ausnahme erteilen, wenn

1. zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses für das Vorhaben sprechen,

2. zumutbare Alternativen nicht gegeben sind,
3. sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Art. 16 Abs. 1 FFH-RL weitergehende Anforderungen enthält.

Die planende Gemeinde hat diese Voraussetzungen in der Abwägung zu prüfen und, um die Voraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG ggf. erst noch zu schaffen, geeignete Kompensationsmaßnahmen festzusetzen.

4. Prüfungsschritt: Liegen die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht vor, kann von den artenschutzrechtlichen Verboten eine Befreiung nach § 67 BNatSchG erteilt werden. Dies ist möglich, wenn die Befolgung der artenschutzrechtlichen Verbotsvorschrift im Einzelfall aufgrund einer typischen Situation zu einer unzumutbaren Belastung führen würde. Diese Voraussetzung ist in der Bebauungsplanung regelmäßig nicht denkbar. § 67 BNatSchG ist für die Bebauungsplanung daher weitgehend bedeutungslos.

Umgang mit artenschutzrechtlichen Verboten in der Bauleitplanung

Abwendung eines drohenden Verbots bei nur national geschützten Arten gemäß § 44 Abs. 5 Satz 1 und Satz 5 BNatSchG

Für Vorhaben, die im Geltungsbereich von Bebauungsplänen zulässigerweise umgesetzt werden sollen, werden die oben unter 3. dargelegten Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 BNatSchG durch dessen Absatz 5 näher modifiziert:¹³

¹³ Vgl. OVG Münster, ZfBR 2009, 583 ff.

- § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG stellt klar, dass für nach § 15 BNatSchG und für nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs zulässige Vorhaben - mithin also auch für Vorhaben im Geltungsbereich von Bebauungsplänen nach § 30 BauGB - die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG "nach Maßgabe von Satz 2 bis 5" des § 44 Abs. 5 BNatSchG gelten. Für nur national geschützte Arten gilt dabei einzig die Regelung in § 44 Abs. 5 Satz 5 BNatSchG:
- § 44 Abs. 5 Satz 5 BNatSchG legt ausdrücklich fest, dass bei Handlungen zur Durchführung eines Eingriffs oder Vorhabens ein Verstoß gegen die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nicht vorliegt, wenn andere als die in Satz 2 genannten besonders geschützten Arten betroffen sind. Damit ist klargestellt, dass bei nach § 15 BNatSchG oder nach dem Bebauungsplan zulässigen Eingriffen die artenschutzrechtlichen Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nicht in Bezug auf die national geschützten Arten gelten.

Abwendung eines drohenden Verbots bei europäisch geschützten Arten gemäß § 44 Abs. 5 Satz 1 bis 3 BNatSchG¹⁴

Droht bei Verwirklichung des Bebauungsplans ein Verstoß gegen ein artenschutzrechtliches Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 ggF. in Verbindung mit Nr. 1 BNatSchG und sind europäisch geschützte Arten (Arten nach Anhang IV der FFH-RL oder europäische Vogelarten) betroffen, kann der drohende

Verstoß gegen das Verbot nach Maßgabe von § 44 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG abgewendet werden.

Für Verstöße gegen die Verbote nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 und/oder 2 BNatSchG sieht § 44 Abs. 5 BNatSchG keine Abwendungsmöglichkeit vor. Der Verstoß gegen diese Verbote kann also nicht mit Hilfe von Absatz 5 überwunden werden. Es ist in diesen Fällen unmittelbar die Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG zu prüfen.

- § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG modifiziert die auf Fortpflanzungs- oder Ruhestätten wild lebender Tiere der besonders geschützten Arten bezogenen Verbote des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG in der Weise, dass die Verbote - bezogen auf die in Anhang IVa der FFH-RL aufgeführten Tierarten und europäische Vogelarten - nicht bestehen, "soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird." Die Erfüllung der ökologischen Funktion neutralisiert den verbotenen Zugriff und macht diesen dadurch möglich.

Diese Einschränkung wird erstreckt auf die mit Handlungen im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verbundenen unvermeidbaren Beeinträchtigungen wild lebender Tiere, soweit also zugleich der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG erfüllt wird.

- § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG lässt es zu, dass "auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden können", soweit dies erforderlich ist. Vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen sind da-

¹⁴ Für Verstöße gegen das Zugriffsverbot in Bezug auf Standorte wild lebender Pflanzen der in Anhang IVb der FFH-RL genannten Arten gilt § 44 Abs. 5 Satz 4 BNatSchG.

rauf gerichtet, dass die ökologische Funktion im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird, die volle Funktionsfähigkeit der Lebensstätte also trotz des Eingriffs ununterbrochen erhalten bleibt.

Ob eine Abwendung des Zerstörungsverbot gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 ggf. i.V.m. Nr. 1 BNatSchG möglich ist, muss in zwei Stufen geprüft werden:

- Auf der ersten Stufe stellt sich die Frage, ob gegen das Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verstoßen wird. Ist ein solcher Verstoß anzunehmen, sind auf
- der zweiten Stufe die Auswirkungen des drohenden Verstoßes auf die Funktion der betroffenen Lebensstätte zu ermitteln.

In der Bebauungsplanung muss darüber abwägend entschieden werden, wobei das Abwägungsergebnis den Anforderungen von § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG genügen muss.

Möglich ist die Abwendung eines drohenden Verbots gemäß § 44 Abs. 1 BNatSchG, wenn das geplante Vorhaben zwar zu einer Beschädigung der geschützten Lebensstätte führt, dadurch deren Funktion aber weiterhin aufrechterhalten bleibt. Dies ist bei einer teilweisen Zerstörung der geschützten Lebensstätte denkbar, wenn für die mit ihren konkreten Lebensstätten betroffenen Exemplare einer Art die von der Lebensstätte wahrgenommene Funktion vollständig erhalten bleibt.¹⁵

Bei der vollständigen Zerstörung einer Lebensstätte ist die ökologische Funktion der Lebensstätte hingegen in der Regel gänzlich aufgehoben, so dass auch die Möglichkeit der Abwendung nach § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG regelmäßig nicht besteht. Dann sind die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG zu prüfen.

Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 BNatSchG

Allgemeines

Lässt sich der Verstoß gegen ein Verbot nicht nach § 44 Abs. 5 BNatSchG abwenden, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG vorliegen. Es ist dann in eine sog. „Ausnahmelage“ hineinzuplanen. Die Prüfung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG ist für europäisch geschützte Arten relevant. Werden durch das geplante Vorhaben national geschützte Arten betroffen und ist der Eingriff planungsrechtlich oder nach § 15 BNatSchG zulässig, gilt der Eingriff bereits gem. § 44 Abs. 5 Satz 1 und 5 BNatSchG nicht als Verstoß gegen ein artenschutzrechtliches Verbot, so dass eine Ausnahme nicht mehr erteilt werden kann.

In der Bebauungsplanung ist vor allem die Ausnahmeregelung gem. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 und BNatSchG von Bedeutung:

*„Die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden ... können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen
5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses ein-*

¹⁵ Vgl. BVerwG, Nur 2009, 776 ff.; BVerwG, NVwZ 2010, 44, Rdnr. 67

schließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG weitergehende Anforderungen enthält. Artikel 16 Abs. 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Abs. 2 der Richtlinie 79/409/EWG sind zu beachten.“

Für das Vorliegen einer Ausnahmelage nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 BNatSchG müssen mithin folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art liegen vor;
- zumutbare Alternativen bestehen nicht;
- weitergehende Anforderungen gem. Art. 16 FFH-RL werden erfüllt - keine Verschlechterung des guten Erhaltungszustand der Populationen einer Art.

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegen „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ i. S. v. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG nicht erst vor, wenn Sachzwänge gegeben sind, denen niemand ausweichen kann. Ausreichend ist ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes

staatliches Handeln.¹⁶ Das ist der Fall, wenn das Vorhaben durch besonders schwerwiegende öffentliche Belange gerechtfertigt ist. Diese Belange müssen Hauptzweck des Vorhabens sein. Ein öffentliches Interesse in diesem Sinne können auch eine Planung und ein Vorhaben eines privaten Trägers sein, wenn dessen Vorhaben zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dient, z.B. als die Wirtschaftskraft einer Region stärkt oder Arbeitsplätze sichert oder schafft.¹⁷ Auch aus dem Erfordernis nach § 1 Abs. 3 BauGB kann sich ein zwingender Grund in diesem Sinne ergeben. Dies muss ggf. von der Gemeinde dargelegt werden. Zu diesem Zweck muss das Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gem. § 1 Abs. 7 BauGB abgewogen werden. Erforderlich ist eine bilanzierende Gesamtbetrachtung der für das Vorhaben sprechenden Gründe des öffentlichen Interesses sowie der Schutzziele des Artenschutzes.

Fehlen einer zumutbaren Alternative

Weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer Ausnahmelage im Sinne von § 45 Abs. 7 BNatSchG ist, dass zumutbare Alternativen nicht gegeben sind. Die Alternativenprüfung resultiert aus einem vom Planungsträger strikt zu beachtenden Vermeidungsverbot. Anders als die planerische Al-

¹⁶ Vgl. BVerwGE 110, 302; BVerwG, NuR 2008, 633 ff.; Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-RL 92/43/EWG“ der Kommission, Abschnitt III 2.1.c) und „NATURA 2000 – GEBIETSMANAGEMENT – Die Vorgaben des Artikels 6 der Habitat-Richtlinie 92/43/EWG“; insbesondere Abschnitt 5.3.2.

¹⁷ Vgl. BVerwGE 128, 358, BVerfG, UPR 2007, 99 ff. (Airbus)

ternativenprüfung ist die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung jedoch nicht Teil der planerischen Abwägung. Dem Planungsträger ist für den artenschutzrechtlichen Alternativenvergleich kein Ermessen eingeräumt.¹⁸ Alternativen können daher auch nicht im Wege der planerischen Abwägung überwunden werden.

Allerdings muss ein Verzicht auf das Vorhaben (Nullvariante) nicht als Alternative geprüft werden, da bereits nach dem Prüfungsschritt zu § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG feststeht, dass das Vorhaben von zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses getragen ist.¹⁹ Eine Alternative ist folglich auch dann nicht mehr zumutbar, wenn die Planung auf ein anderes Projekt hinauslaufen würde, so dass das geplante und zulässig verfolgte Ziel nicht mehr verwirklicht werden könnte. Hingegen bleibt eine Alternative noch zumutbar, wenn Abstriche an den mit dem Vorhaben erstrebten Planungszielen gemacht werden müssen.²⁰ Alternativen, die nur mit außergewöhnlichem Aufwand verwirklicht werden können, dürfen dabei außer Betracht bleiben, denn das zumutbare Maß an Vermeidungsanstrengungen darf nicht außerhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu dem damit erzielbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen.²¹ Zu prüfen ist also in der Alternativenprüfung regelmäßig, ob es auf dem Gebiet der Ge-

meinde einen anderen geeigneten und verfügbaren Ort gibt, an dem die beabsichtigte Planung mit geringeren Nachteilen für die geschützten Arten durchgeführt werden kann.

Erfüllung weitergehender Anforderungen gem. Art. 16 FFH-RL

Zusätzliche Voraussetzung ist, dass die weitergehenden Anforderungen nach Art. 16 Abs. 1 FFH-RL erfüllt sind. Für die Bauleitplanung relevant ist vor allem Art. 16 Abs. 1 c) FFH-RL:

„Sofern es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt und unter der Bedingung, dass die Population der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen, können die Mitgliedstaaten von den Bestimmungen ... im folgenden Sinne abweichen:

...

c) im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt;“

Teilweise sind diese Anforderungen bereits bei der unmittelbaren Anwendung des Bundesnaturschutzgesetzes geprüft. So sind die Tatbestandsmerkmale „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ auch in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG enthalten. Das Tatbestandsmerkmal „keine anderweitige zufriedenstellende Lösung“ gem. Art. 16 Abs. 1 FFH-RL wird durch das Tatbestandsmerkmal „zumutbare Alternative“ in § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG abgedeckt.

¹⁸ Vgl. BVerwGE 110, 302, 310; BVerwG, NuR 2008, 633 ff.

¹⁹ Vgl. BVerwGE 128, 1 ff. (Westumfahrung Halle)

²⁰ Vgl. BVerwGE 130, 299 ff., Rdnr. 170 (A 44 II); BVerwGE 128, 1 ff., Rdnr. 143

²¹ Vgl. zur Berücksichtigung von Kosten Fehrensen, NuR 2009, 13, 18; BVerwGE 128, 1 ff., Rdnr. 144 und BVerwG, NuR 2008, 495 Rdnr. 43.

Eine weitergehende Prüfung erfordert hingegen das in Art. 16 Abs. 1 FFH-RL enthaltene Tatbestandsmerkmal „Verweilen der Populationen der betroffenen Art in einem günstigen Erhaltungszustand“. Das Verweilen der Populationen in einem günstigen Erhaltungszustand gehört nach der Rechtsprechung des EuGH²² zu den „unabdingbaren Voraussetzungen für die Zulassung der in Art. 16 Abs. 1 FFH-RL vorgesehenen Ausnahmen“. Der nationale Gesetzgeber hat dieses Tatbestandsmerkmal lediglich in die Anforderung umgewandelt, dass es gem. § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG zu „keiner Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen einer Art“ kommen darf. Damit bleibt § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG hinter Art. 16 Abs. 1 FFH-RL zurück. Von daher liegen mit dem in Art. 16 FFH-RL genannten Tatbestandsmerkmal weitergehende Anforderungen i. S. d. § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG vor, die im nationalen Recht zusätzlich zu beachten sind.²³ Bei geschützten Arten nach Anhang IV FFH-RL darf eine Ausnahme folglich nur dann zugelassen werden, wenn sich die betroffenen Populationen in einem günstigen Erhaltungszustand im Sinne von Art. 1 lit. i) FFH-RL befinden.

Nach der Begriffsbestimmung in Art. 1 lit. i) Satz 1 FFH-RL ist der Erhaltungszustand einer Art nach der Gesamtheit der Einflüsse zu beurteilen „die sich langfristig auf die Verbreitung und die Größe der Populationen der betreffenden Arten in dem in Artikel 2 bezeichneten Gebiet auswirken können“. In Bezug auf den Begriff der „Populationen“ ist auf Art. 2 lit i) der Verordnung EG

Nr. 338/97 des Rates vom 09.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels²⁴ abzustellen, der sich wortgleich in § 10 Abs. 2 Nr. 4 BNatSchG wiederfindet.²⁵ „Population“ ist demnach eine biologisch oder geographisch abgegrenzte Zahl von Individuen. Dabei ist der Populationsbegriff so zu verstehen, dass die Individuen derselben Art oder Unterart angehören und innerhalb ihres Verbreitungsgebiets in generativen oder vegetativen Vermehrungsbeziehungen stehen müssen.

Aufgrund des dem Erhaltungszustand zugrundeliegenden populationsbezogenen Maßstabs können durch ein Vorhaben einzelne Siedlungsräume einer Art verloren gehen, ohne dass dies auf den Erhaltungszustand der Art durchschlägt, wenn die Populationen als solche in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Plangebiet hinausreichen kann, als lebensfähiges Element erhalten bleiben. Zudem ist bei der Bewertung des Erhaltungszustandes zu berücksichtigen, ob etwa aufgrund von Ausgleichsmaßnahmen Ausweichhabitate zur Verfügung stehen, so dass die betroffene Populationen in einem günstigen Erhaltungszustand verbleibt. Auch ist zu prüfen, ob betroffene Arten auf Siedlungsräume ausweichen können, die ohne eine gezielte Aufwertung aufgrund ihrer naturräumlichen Ausstattung die Voraussetzungen für eine Besiedlung bieten. Eine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen ist anzunehmen, wenn die Zahl der

²² Vgl. NuR 2007, 403 ff, und NuR 2007, 477 ff.

²³ Vgl. Gellermann, NuR 2007, 783 ff, 789

²⁴ ABl EG Nr. L 61 S. 1

²⁵ Vgl. BVerwGE 125, 116

die Populationen bildenden Individuen wesentlich verkleinert wird.²⁶

Da Voraussetzung für die Ausnahme ist, dass sich die Populationen in einem günstigen Erhaltungszustand befinden, wäre die Zulassung einer Ausnahme an sich nicht zulässig, wenn der Erhaltungszustand nicht günstig ist. Dies gilt selbst für den Fall, dass das geplante Vorhaben zu keiner Verschlechterung des aktuellen Erhaltungszustandes führt. Der EuGH lässt es jedoch zu, dass auch bei einem ungünstigen Erhaltungszustand Ausnahmen unter außergewöhnlichen Umständen zugelassen werden können.²⁷ Voraussetzung dafür soll sein, dass der ungünstige Erhaltungszustand der betroffenen Populationen nicht verschlechtert oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindern wird. Dies ist insbesondere der Fall bei „neutralen“ Maßnahmen, bei denen etwa die Tötung einer Reihe von Exemplaren sich auf das in Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie genannte Ziel der Bewahrung eines günstigen Erhaltungszustands nicht auswirkt. Wann „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, hat der EuGH nicht entschieden. Voraussetzung ist aber wohl weder eine Gefährdung bestimmter Rechtsgüter noch die Verfolgung bestimmter Planungsziele. In dem Begriff „außergewöhnliche Umstände“ soll wohl vor allem zum Ausdruck kommen, dass beim Vorliegen eines ungünstigen Erhaltungszustands an den Nachweis der Neutralität des Eingriffs besondere Anforderungen zu stellen sind, die bereits in der Zulassung der Ausnahme selbst enthalten

sein müssen. von Exemplaren sich auf das in Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie genannte Ziel der Bewahrung eines günstigen Erhaltungszustands nicht auswirkt. Wann „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, hat der EuGH nicht entschieden. Voraussetzung ist aber wohl weder eine Gefährdung bestimmter Rechtsgüter noch die Verfolgung bestimmter Planungsziele. In dem Begriff „außergewöhnliche Umstände“ soll wohl vor allem zum Ausdruck kommen, dass beim Vorliegen eines ungünstigen Erhaltungszustands an den Nachweis der Neutralität des Eingriffs besondere Anforderungen zu stellen sind, die bereits in der Zulassung der Ausnahme selbst enthalten sein müssen.²⁸

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung zur A 44 bei Hessisch Lichtenau²⁹ eine Ausnahme von dem Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Nr. 1 BNatSchG gem.

²⁶ Vgl. OVG Koblenz, NuR 2008, 181

²⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - Rs.C-342/05 - Rn. 29 S.1 - "Wolfsjagd" - Slg. 2007, I - 4713 = NuR 2007, 477 ff.; s. a. BVerwG, NuR 2009, 414

²⁸ Vgl. VGH Mannheim, NuR 2010, 206 ff.; s. a. Sobotta, NuR 2007, 644, 647

²⁹ Vgl. BVerwGE 130, 299, Rdnr. 267.

§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG zugelassen, obwohl die betroffene Art³⁰ sich in einem ungünstigen Erhaltungszustand befindet. Ausschlaggebend für die Entscheidung des Gerichts war die Annahme, dass die Stabilität der Maculinea-Population infolge von Ausgleichs- bzw. Kompensationsmaßnahmen gewährleistet ist.³¹ Ebenso hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 9. 9. 2009 – 4 BN 4/09 – (Normenkontrolle gegen Bebauungsplan)³² die Bewertung des VGH München nicht beanstandet, wonach entgegen dem Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL nicht der angestrebte "günstige" Erhaltungszustand entscheidend sei. Maßgeblich ist nach der Entscheidung des VGH München vielmehr, dass der aktuelle Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art – mag er sich auch als ungünstig darstellen – durch die Abweichung nicht in Mitleidenschaft gezogen wird.³³ Danach soll eine Population, da diese in Art. 2 Buchst. 1 VO (EG) 338/97 und in § 10 Abs. 2 Nr. 4 BNatSchG wortgleich definiert ist, "eine biologisch oder geographisch abgegrenzte Zahl von Individuen" sein. Folglich könne der Verlust eines lokalen Vorkommens oder eines Reviers für den Erhaltungszustand der Population unerheblich sein. Eine Beeinträchtigung des Erhaltungszustandes der Populationen sei vielmehr erst dann anzunehmen, wenn sich die Anzahl der die Populationen bildenden Individuen wesentlich verkleinere oder eine einzelne Population wesentliche Areal-

verluste erleide.³⁴ Dabei seien wiederum mögliche Kompensationsmaßnahmen zu berücksichtigen, sofern sie im Zeitpunkt der Beeinträchtigung tatsächlich verfügbar und wirksam seien.³⁵ Zudem sei zu berücksichtigen, ob die Möglichkeit bestehe, dass die Individuen der betroffenen Populationen auf andere Landschaftsteile ausweichen könnten, die ohne gezielte Aufwertung aufgrund ihrer naturräumlichen Ausstattung die Voraussetzungen für eine Besiedlung böten.

Fortentwicklung der naturschutzrechtlichen Ausnahmeregelungen bei Planungen der Innenentwicklung

Allgemeines

In der Planungspraxis erweisen sich die artenschutzrechtlichen Verbote bei Planungen als ein besonderes Erschwernis. Anders als beim Gebietsschutz nach § 34 BNatSchG, der bei Planungen außerhalb des Außenbereichs in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle einnimmt, führt der besondere Artenschutz (§§ 44 f. BNatSchG) zu einer deutlichen Vergrößerung des Planungsaufwandes bei der Aufstellung oder Änderung von Bebauungsplänen innerhalb besiedelter/bebauter Bereiche. Denn sobald Anhaltspunkte für die Betroffenheit einer geschützten Art im Bebauungsplanverfahren erkennbar sind, hat die Gemeinde unab-

³⁰ *Maculinea nausithous* (Dunkler Wiesenknopf-Ameisenbläuling)

³¹ Vgl. dazu Fehrensens, NuR 2009, 13, 17;

³² Vgl. auch BVerwGE 126, 166, Rn. 44

³³ Vgl. Gellermann, NuR 2003, 385, 393 m.w.N.: "nur Verschlechterungsverbot".

³⁴ Vgl. BayVGh, U. v. 30. 11. 2008 - 9 N 05.112 -, juris; bestätigt durch BVerwG, ZfBR 2010, 67 ff.

³⁵ Vgl. Gellermann, NuR 2003, 385, 393; Kratsch, NuR 2007, 100, 105.

bereich (§ 34 BauGB) stattfindet, zu prüfen, ob der Verwirklichung der Planung artenschutzrechtliche Verbote entgegenstehen. Sie hat also zu ermitteln, welche Verbotsstatbestände auf der nachfolgenden Ebene der Vorhabenzulassung erfüllt sein können, ob sich die Verstöße gegen die Verbote ggf. durch die Festsetzung von CEF-Maßnahmen abwenden lassen (§ 44 Abs. 5 BNatSchG) und, wenn dies nicht der Fall ist, ob die artenschutzrechtlich ggf. erforderliche Ausnahme prinzipiell erteilt werden kann (Planung in die Ausnahmelage, § 45 Abs. 7 BNatSchG).

Da die artenschutzrechtliche Prüfung in der Bauleitplanung nicht unmittelbar auf das Gemeinschaftsrecht zurückzuführen ist, sondern auf der drohenden Vollzugsunfähigkeit des Bebauungsplans beruht, steht es dem Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich frei, die artenschutzrechtliche Prüfung im Bebauungsplanverfahren zu reduzieren. Dies wäre etwa möglich, wenn die gesetzliche Regel aufgestellt werden könnte, dass im Geltungsbereich eines im Innenbereich aufgestellten Bebauungsplans ein bebauungsplankonformes Vorhaben in der Regel auch artenschutzrechtlich (ausnahmsweise) zulässig sei.

Dieses Ziel könnte erreicht werden, wenn der Bebauungsplan für das Artenschutzrecht eine Tatbestandswirkung in der Weise entfaltet, dass plankonforme Vorhaben von den artenschutzrechtlichen Verboten grundsätzlich freigestellt sind. Eine solche Freistellung würde sich allerdings nicht in die Abwendungsmöglichkeiten des § 44 Abs. 5 BNatSchG einfügen. Denn danach beantwortet sich die Frage, ob gegen ein Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 3, ggf. i.V.m. Nr. 1

BNatSchG verstoßen wird, allein nach den tatsächlichen Auswirkungen eines Vorhabens. Für den Tatbestandsausschluss nach § 44 Abs. 5 BNatSchG ist es hingegen unerheblich, wie gewichtig die mit dem Vorhaben verfolgten Belange sind. Die Bedeutung einer Planung für die Umwelt (z. B. Schonung des Außenbereichs) kann allein nicht bewirken, dass der Verbotstatbestand gem. § 44 Abs. 5 BNatSchG von vornherein ausgeschlossen wird.

Denkbar wäre es jedoch, den Bebauungsplan, der für Flächen im Innenbereich aufgestellt wird, als einen Ausnahmetatbestand im Sinne § 45 Absatz 7 BNatSchG zu definieren. Dadurch könnte es möglich sein, das geplante Vorhaben bauplanungskonform zu verwirklichen, ohne dass artenschutzrechtliche Verbote dem Vorhaben im Genehmigungsverfahren entgegenstehen. Die Bebauungsplanung wäre dann Rechtfertigung für eine Ausnahmeentscheidung im Sinne von § 45 Abs. 7 BNatSchG.

Vorstehende Regelungen sind gemeinschaftsrechtlich grundsätzlich möglich. Die prinzipielle Entscheidung darüber, ob bestimmte Planungen artenschutzrechtlich zulässig sind bzw. bestimmte artenschutzrechtliche Bedingungen erfüllen, können für die Ebene des Bebauungsplans kraft Gesetz getroffen werden. Derartige Regelungen müssen jedoch den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen der FFH- und Vogelschutzrichtlinie standhalten, also die dort normierten Verbote überwinden.

Die Innenbereichsplanung als Ausnahmetatbestand*Rahmenbedingungen*

Maßstab für die Möglichkeit, Planungen im Innenbereich naturschutzrechtlich aufzuwerten, sind Art. 16 FFH-RL bzw. Art. 9 Vogelschutz-RL³⁶. Diese restriktiv auszulegen- den Vorschriften³⁷ erlauben Abweichungen von den artenschutzrechtlichen Verboten. Art. 16 FFH-RL gestattet Abweichungen von den artenschutzrechtlichen Verboten, wenn es

- (1) keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt,
- (2) die Population der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstige Erhaltungszustand verweilt und
- (3) ein Rechtfertigungsgrund vorliegt; in Betracht kommt namentlich Artikel 16 Abs.1 Buchstabe c („zwingende Gründe des öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftli-

cher Art oder positiver Folgen für die Umwelt“).

Abweichungsvoraussetzung nach Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL ist ebenfalls, dass es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung geben darf und das Vorhaben einer der genannten Zwecke dient, hier vor allem dem Schutz von Pflanzen und Tieren im Außenbereich.

Beide Vorschriften sind Ausprägung des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (vgl. Art. 5 EGV). Danach dürfen die erlassenen Maßnahmen nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung verfolgten legitimen Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei unter mehreren möglichen Maßnahmen die am wenigsten belastende zu wählen ist. Ferner dürfen die verursachten Nachteile nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.³⁸ So darf eine Alternative etwa wegen der mit ihr verbundenen Mehrkosten oder wegen eines sonstigen unverhältnismäßigen Aufwands auch mit Blick auf den mit ihr erreichbaren Gewinn für den Artenschutz unberücksichtigt bleiben.³⁹

Das Ziel, Planungen im Innenbereich als einen Ausnahmefall im Sinne von § 45 Abs. 7 BNatSchG bzw. Art. 16 FFH-RL aufzuwerten, müsste sich zum einen als eine Planungsvariante darstellen, die grundsätzlich keine andere zufriedenstellende Lösung zulässt,

³⁶ Die Ausnahme in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG ist in Art. 9 Vogelschutz-RL nicht vorgesehen. Da nach der Rechtsprechung des EuGH die Ausnahmen in Art. 9 Vogelschutz-RL abschließend sind, wäre § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG mit der Vogelschutz-RL an sich unvereinbar. Da jedoch unverständlich ist, dass nach Art. 9 Abs. 1 lit. c) Vogelschutz-RL Freizeitaktivitäten als Ausnahme zulässig sind, nicht aber z. B. Infrastrukturvorhaben, wird allgemein angenommen, dass zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen und zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG – wie vom Gesetzgeber vorgesehen – auch auf europäische Vogelarten anzuwenden ist, vgl. Gellermann, NuR 2007, 783, 789; Dolde, NVwZ 2008, 121.

³⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 in der Rechtssache C-6/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 2005, I-9017, Rdnr. 25)

³⁸ Vgl. BVerwGE 128, 1 ff., Rdnr. 129; vgl. auch Schlussanträge Kokott vom 29. Januar 2004 in der Rechtssache C-127/02 (Waddenvereinigung und Vogelbeschermungsvereinigung, Slg. 2004, I-7405, Nr. 106).

³⁹ S. o. Fußnote 20, . a. BayVGh, U v 30.11.2008 - 9 N 05.112 - Rn 64, juris; VGh Kassel, NuR 2009, 646-650.

und zum anderen einen zwingenden Grund des öffentlichen Interesses bilden. Solche Interessen können nach Art. 16 FFH-RL sozialer oder wirtschaftlicher Art sein oder positive Folgen für die Umwelt verfolgen. D. h., der Bebauungsplan muss einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses darstellen. Auch sind die Regelungen in § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG zu beachten, wonach zumutbare Alternativen nicht gegeben sein dürfen und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert.⁴⁰

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses liegen nicht nur in außergewöhnlichen Einzelfällen, sondern auch bei gesetzlich bestimmten Planungszielen vor.⁴¹ Ausreichend ist bei gesetzlich zulässigen Planungszielen, dass sie ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln begründen.⁴² Das ist der Fall, wenn die gesetzgeberische Zielstellung durch besonders schwerwiegende öffentliche Belange gerechtfertigt ist. Diese Belange müssen Hauptzweck der Regelung sein. Dabei kommt nicht jede beliebige Planung nur deshalb in Betracht, weil sie nicht im Außenbereich verwirklicht wird. Erforderlich ist die Verbindung mit schwerwiegenden öffentlichen Belangen, wie sie in Art. 16 Abs. 1 lit c) FFH-RL genannt sind. Im Einzelfall müsste also geprüft werden, ob diese Be-

lange die Planung rechtfertigen. Es erscheint daher zu weitgehend, jede Planung, nur weil sie im Innenbereich und nicht im Außenbereich stattfindet, als einen Abweichungsgrund im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. c) FFH-RL zu bewerten. Eine solche Auffassung würde mit der vom EuGH geforderten restriktiven Auslegung⁴³ der Ausnahmegründe kollidieren.

Muss die Planung daher gewichtige Ziele verfolgen, könnte die Schaffung (dringend) benötigten Wohnraums oder die Schaffung bzw. Sicherung von Arbeitsplätzen von ausreichendem Gewicht sein. Insoweit bietet es sich an, auch auf die für das beschleunigte Verfahren in § 13a Abs. 1 BauGB genannten Ziele abzustellen.

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich positiver Folgen auf die Umwelt

Soll die Abweichungen vom artenschutzrechtlichen Verbot für Baumaßnahmen im Innenbereich ohne Rücksicht auf die mit den Vorhaben verfolgten Zielen nur deshalb zulässig sein, weil dadurch der Außenbereich von einer Bebauung verschont wird, müsste dies gleichbedeutend mit positiven Folgen für die Umwelt sein bzw. im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL dem Schutz von Pflanzen und Tieren dienen. Dann müsste die Innenbereichsplanung jedenfalls dazu beitragen, die bauliche Entwicklung in den Außenbereich zu stoppen, so dass dadurch zugleich eine positive Folge für die Umwelt (Pflanzen und Tiere) bewirkt wird. Denkbar wäre dies insbesondere, wenn dadurch natürliche Lebensräume für

⁴⁰ Siehe dazu oben 8. d).

⁴¹ Vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 910 ff., Rdnr. 55

⁴² Vgl. BVerwGE 110, 302; BVerwG, NuR 2008, 633 ff.

⁴³ Vgl. EuGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - C-6/04 - Slg. 2005, I-9017, Rn. 111

Tiere und Pflanzen unangetastet blieben. Die damit verbundenen positiven Folgen für die Umwelt könnten nicht zuletzt auch im zwingenden öffentlichen Interesse liegen, das 30-ha-Ziel der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie⁴⁴ zu erreichen und zu verwirklichen.

Grenze einer solchen generell gerechtfertigten Planung dürften die negativen Folgen für die Umwelt im Planbereich (Innenbereich) sein. Die Artikel 12, 13 und 16 der FFH-RL bilden gemeinsam ein in sich stimmiges Regelungssystem zum Schutz der Populationen der betroffenen Arten.⁴⁵ Mit diesem Schutzsystem wäre es nicht ohne weiteres vereinbar, nachteilige Folgen für von dem geplanten Vorhaben betroffenen Arten damit zu rechtfertigen, dass Außenbereichsflächen ohne Bezug zu den betroffenen Arten nicht bebaut werden. Erforderlich dürfte es unter solchen Umständen wohl sein, dass - an den Rechtsgedanken des § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG anknüpfend, ohne dass die engen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen zu sein brauchen - die Planung positive Folgen für den Lebensraum der betroffenen Arten nach sich zieht. Eine artenschutzrechtlich unerhebliche Freihaltung des Außenbereichs erscheint insoweit nicht ausreichend.

⁴⁴ Das 30 ha Ziel der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie sieht vor, die tägliche Flächeninanspruchnahme für Siedlungs- und Verkehrszwecke von 129 ha im Jahr 2000 auf 30 ha im Jahr 2020 zu reduzieren; s. a. Fortschrittsbericht der Bundesregierung, BT-Drucksache 16/10700.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - C-6/04 - Slg. 2005, I-9017, Rn. 112

Keine zumutbaren Alternativen bzw. keine andere zufriedenstellende Lösung

Der Begriff der Alternative im Sinne von Art. 16 Abs. 1 FFH-RL/9 Abs. 1 Vogelschutz-RL bzw. § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG steht in engem Zusammenhang mit den Planungszielen, die mit dem Vorhaben verfolgt werden. Eine Alternativlösung ist nur dann gegeben, wenn sich die zulässigerweise verfolgten Planungsziele trotz ggf. hinnehmbarer Abstriche auch mit der Alternative erreichen lassen.⁴⁶ Ist dies nicht möglich, handelt es sich nicht mehr um eine Alternative im rechtlichen Sinne, sondern um eine andere Planung und ein anderes mit der Planung verfolgtes Vorhaben.⁴⁷

Die Planung im Innenbereich ist in der Regel insoweit eine alternativlose Maßnahme im Sinne von Art. 16 Abs. 1 FFH-RL, als sie zwangsläufig dazu führt, dass die Flächeninanspruchnahme im bisher unbebauten Außenbereich verringert wird und so Natur und Landschaft geschont werden. Anders als durch eine Innenbereichsplanung können auch die Stadtfunktionen in der Regel nicht gestärkt werden. Da es das gesetzgeberische Anliegen ist, nicht die bauliche Tätigkeit allgemein, sondern gerade in den besiedelten/bebauten Bereichen zu fördern, würde ein Ausweichen auf den Außenbereich eine andere Planung bzw. ein anderes Vorhaben darstellen. Auch insoweit würde sich die Beplanung/Bebauung des Außenbereichs nicht als eine gleichwertige Alternative darstellen.

Andererseits darf die Alternativenprüfung nicht bei der Frage Innenbereich vs. Außen-

⁴⁶ BVerwGE 116, 254, 261 f.

⁴⁷ BVerwGE 130, 83, 108, Rn. 67.

bereich haltmachen. Die artenschutzrechtliche Privilegierung einer Innenbereichsplanung als solche ist nicht geeignet, in allen Fallkonstellationen artenschutzrechtliche Hindernisse zu überwinden. Im Einzelfall können die artenschutzrechtliche Interessen Vorrang vor der geplanten Innenentwicklung etwa dann genießen, wenn als Alternative andere geeignete und verfügbare Flächen im Innenbereich zur Verfügung stehen, die ein geringeres artenschutzrechtliches Konfliktpotential besitzen. In diesen Fällen darf sich eine Planung nicht allein deshalb, weil sie im Innenbereich stattfindet, einer anderen zufriedenstellenden und gleichwertigen Lösung versperren. Andernfalls würde die Planung sich trotz der Aufwertung des Bebauungsplans als Ausnahmetatbestand im Sinne von § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG als nicht vollziehbar erweisen. In derartigen Fallkonstellationen wird der Naturschutzbehörde die Möglichkeit der Nachsteuerung verbleiben müssen.

Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen einer Art

Problematisch könnte die Anwendung des Abweichungstatbestandes des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG auch sein, wenn sich die von der Planung bzw. dem Vorhaben betroffenen Populationen einer Art in einem schlechten Erhaltungszustand befinden. In der Rechtsprechung ist geklärt, dass im Falle eines ungünstigen Erhaltungszustands der Populationen der betroffenen Art Ausnahmen nach Art. 16 Abs. 1 FFH-RL/§ 45 Abs. 7 BNatSchG nur zulässig sind, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern

noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern. BNatSchG nur zulässig sind, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern. BNatSchG nur zulässig sind, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern.⁴⁸ BNatSchG nur zulässig sind, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern.⁴⁹ BNatSchG nur zulässig sind, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern.

Regelungsmöglichkeiten

Regelungen über die artenschutzrechtliche Bedeutung von Bebauungsplänen im Innenbereich bzw. von Bebauungsplänen der Innenentwicklung betreffen gleichermaßen das Artenschutzrecht und das Bauplanungsrecht. Die Regelungen könnten also im Baugesetzbuch oder im Bundesnaturschutzgesetz verankert werden.

⁴⁸ Vgl. BVerwG, B. v. 17.04.2010 - 9 B 5/10 – RdNr. 8.

⁴⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - Rs.C-342/05 - Rn. 29 S. 1 - "Wolfsjagd" - Slg. 2007, I - 4713 = NuR 2007, 477 ff.

Als Umsetzungs-Modelle kommt die gesetzgeberische Festlegung in Betracht, wonach Planungen der Innenentwicklung nach bestimmten Maßgaben artenschutzrechtlich zulässig sind. Derartige Maßgaben könnten sein, dass plankonforme Vorhaben dann artenschutzrechtlich zulässig sind, wenn sie bestimmten Zwecken dienen. Denkbar wäre es zu regeln, dass Vorhaben, die der Deckung eines dringenden Wohnbedarfs, der Schaffung oder Sicherung von Arbeitsplätzen oder anderer gewichtiger Ziele dienen, artenschutzrechtlich zulässig sind. Aufgrund der gesetzgeberischen Festlegung ihrer städtebaulichen Bedeutung würden sich diese Planungen bzw. Vorhaben gegen artenschutzrechtliche Verbote durchsetzen bzw. diese verdrängen, indem bereits der Tatbestand des artenschutzrechtlichen Verbots als nicht erfüllt gilt.

Denkbar wäre es auch, kraft Gesetz eine Ausnahmelage zu bestimmen, so dass die Fachbehörde bei bestimmten Planungen eine Ausnahmegenehmigung im Sinne von § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG zu erteilen hätte. Inhalt dieser gesetzlichen Ausnahmelage könnte sein, dass Bebauungspläne, die für den Innenbereich aufgestellt werden und bestimmte Ziele verfolgen, zugleich den Tatbestand des § 47 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 BNatSchG erfüllen.

Ebenso wäre es vorstellbar, die artenschutzrechtliche Zulässigkeit von Innenbereichsvorhaben ohne Rücksicht auf den konkreten Inhalt der Bebauungsplanung als Regelvermutung auszugestalten. Dadurch würde ein Regel-Ausnahme-Verhältnis geschaffen werden. Es wäre dann im nachgehenden Genehmigungsverfahren Aufgabe der Fachbehörde darzulegen, dass die Re-

gelvermutung im Einzelfall nicht greift. Gelingt ihr dies nicht oder unterbleibt eine Nachsteuerung, setzt sich das im Innenbereich geplante Vorhaben gegen die artenschutzrechtlichen Verbote durch. Auch insoweit wäre eine Tatbestandslösung oder eine Ausnahmelösung denkbar.

Prof. Dr. jur. Willy Spannowsky

Überlegungen zur Weiterentwicklung des städtebaurechtlichen Instrumentariums für die Innenentwicklung der Städte

Der Rahmen und die Hintergründe für die Fokussierung des Untersuchungsgegenstands auf eine instrumentelle Betrachtung

Nachdem in der ersten Gesprächsrunde eingehend geprüft worden ist, ob und in welchem Umfang zur Stärkung der Innenentwicklung in Bezug auf den Themenkomplex „Verbesserung des Einsatzes Erneuerbarer Energie“ bundesgesetzlicher Regelungsbedarf besteht und in der zweiten Gesprächsrunde ausgeleuchtet worden ist, ob im Hinblick auf den „Schutz der zentralen Versorgungsbereiche durch Steuerung der Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben“ und „Nachverdichtung“ sowie „Deregulierung“ und „Flexibilisierung“ im Bereich der BauNVO gesetzgeberische Korrekturen möglich und erforderlich sind, stehen in der dritten Gesprächsrunde „weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Stärkung der Innenentwicklung“ als multiples Themenfeld an. Während das Thema „Verfahrensbeschleunigung und Flexibilisierung im Arten-, Vogel- und Biotopschutz in der Innenstadtentwicklung“ sachbezogene materielle und verfahrensmäßige Schwerpunkte aufweist, wird mit dem Thema

„Überlegungen zur Weiterentwicklung des städtebaurechtlichen Instrumentariums für die Innenentwicklung der Städte“ der verfügbare „Instrumentenkasten“ in den Fokus der Betrachtung gerückt.

Wenn man die Entwicklung des Städtebaurechts und die Dogmatik zur Systematisierung der städtebaurechtlichen Instrumentarien beleuchtet, wird deutlich, wie *reichhaltig* das verfügbare Instrumentarium ist. Von den informellen bis förmlichen *Planungsinstrumenten*, über städtebauliche Verträge und sonstige kooperative Planungsinstrumente, wie dem vorhabenbezogenen Bebauungsplan, über die klassischen *Plansicherungs*-(Veränderungssperre, gemeindliches Vorkaufsrecht) und *Planverwirklichungsinstrumente* (Erschließung, Bodenordnung usw.) bis hin zu den komplexen *Instrumentenkombinationen* des Besonderen Städtebaurechts (im Bereich der städtebaulichen Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen sowie der projekt- und themenbezogenen Kooperationsmodelle im Bereich Stadtumbau, Soziale Stadt und der Privaten Initiativen zur Stadtentwicklung) reicht die verfügbare Instrumentenpalette mit den damit vorgesehenen Kombinationsmöglichkeiten.

Diese Instrumentenvielfalt liegt nicht nur daran, dass das städtebauliche Instrumentarium seit der ersten zusammenfassenden Kodifizierung des Bundesbaurechts durch das Bundesbaugesetz i. d. Fassung vom 23.06.1960 bis heute ständig an die sich wandelnden Anforderungen angepasst und verfeinert worden ist, sondern ist auch bedingt durch die Vielschichtigkeit, die *zunehmende Komplexität* und den raschen *Wandel der städtebaulichen Aufgabenstellungen*, zu deren Erfüllung diese eingesetzt werden.

Vor dem Hintergrund der im Folgenden zu skizzierenden instrumentellen Rechtsentwicklung und der kursorischen Beschreibung des „vorhandenen Instrumentenkastens“, ist angesichts der *Herausforderungen des demographischen Wandels, der mit Altersverschiebungen und einem Rückgang der Bevölkerung sowie damit einhergehenden räumlich differenzierten Veränderungen im Bereich der Nachfrage nach Bauflächen* verbunden ist, aber auch im Hinblick auf die *angespannte Finanzlage der öffentlichen Haushalte* der Frage nachzugehen, ob und an welcher Stelle eine Weiterentwicklung des städtebaulichen Instrumentariums möglich ist und sachgerecht erscheint.

Instrumentelle Rechtsentwicklung im Städtebaurecht zur Anpassung an gewandelte Herausforderungen im Bereich der städtebaulichen Entwicklung

Anfangs stand noch, wie es Zinkahn/Söfker in ihrer Einführung zum BauGB (vgl. BauGB, Beck-Texte im dtv, 25. Aufl., XI) formuliert haben, die stetig fortschreitende, organi-

sche städtebauliche Entwicklung einer Gemeinde und damit die *Rahmen setzende Funktion der Bauleitplanung* im Fokus des Städtebaurechts. Die Bauleitplanung war als eine Art „Auffang- und Angebotsplanung“ konzipiert, die die Privatinitiative an einer bestimmten Grenze auffing und sie rahmensetzend leitete. Flankierend dazu war für Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen mit dem Gesetz über städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden (Städtebauförderungsgesetz vom 27.07.1971) ein Sonderrecht geschaffen worden, das zur Verwirklichung öffentlicher Stadtentwicklungsinteressen durch den Einsatz erheblicher öffentlicher Mittel beitrug und wegen dieser Besonderheiten ein auf diese Maßnahmen abgestimmtes materiell-, verfahrens- und finanzierungsrechtliches Instrumentarium bereitstellte.

Ohne die Entwicklungslinien dieser Instrumentarien im Einzelnen nachzeichnen zu wollen, war für die instrumentelle Entwicklung im Städtebaurecht im weiteren historischen Verlauf der *Übergang von der öffentlichen Angebotsplanung zur kooperativen und nachfrageorientierten Planung* von erheblicher Bedeutung. Bis zur Wiedervereinigung war das Städtebaurecht auf die Weiterentwicklung der Bauleitplanung und im Spannungsverhältnis zwischen Planung und Rechtsschutz auf die Ausbalancierung von Rechtsstaatlichkeit und Planungssicherheit ausgelegt. Auch das Besondere Städtebaurecht mit den öffentlich geleiteten Maßnahmen der Sanierung und der förmlichen städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme waren geprägt von dem Oberziel, eine „geordnete städtebauliche Entwicklung“ und „eine dem Wohl der Allgemeinheit ent-

sprechende sozialgerechte Bodennutzung“ zu gewährleisten. Mit der Wiedervereinigung entstanden neue Herausforderungen finanzieller Art, die Anlass gaben, in stärkerem Maße auf Privatinitiative zu setzen. Mit dem am 01.05.1993 in Kraft getretenen *Investitions- und Wohnbaulandgesetz* (BGBl. I, S. 466) wurden nicht nur städtebaurechtliche Veränderungen unter dem Gesichtspunkt der Erleichterung des Bauens und der Verfahrensbeschleunigung im BauGB und im sog. *BauGB-MaßnahmenG* herbeigeführt, vielmehr wurden auch – zunächst aufgrund von Sonderregelungen für die neuen Bundesländer -neue kooperative Instrumente im Städtebaurecht erprobt. Sowohl der vorhabenbezogene Bebauungsplan, das Produkt aus einem Instrumentenmix (Vorhaben- und Erschließungsplan, städtebaulicher Durchführungsvertrag und Bebauungsplan), als auch die städtebaulichen Verträge wurden anschließend durch das *Bau- und Raumordnungsgesetz 1998* in das Dauerrecht des BauGB überführt. Damit war im Gegensatz zu den 60er und 70er Jahren ein *Paradigmenwechsel* vollzogen. Krautzberger (Städtebauliche Verträge in der Rechtsentwicklung, in: Spannowsky/Krämer (Hrsg.), *Realisierung städtebaulicher Planungen und Projekte durch Verträge*, 2002, S. 5) hat die Gründe dafür zusammengefasst wie folgt formuliert: „Die Bedeutung der städtebaulichen Verträge“ ist, was Gesetzgebung betrifft, von der Rezeption des in der Bundesrepublik Deutschland bis 1990 gewachsenen Städtebau- und Verwaltungsrechts in den Bereich der früheren DDR/in den neuen Ländern nicht wegzudenken“.

Bis zum Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der

Städte vom 21.12.2006 stand die Rechtsentwicklung zwischenzeitlich stärker unter dem Eindruck eines Anpassungsbedarfs an europarechtliche Vorgaben. In instrumenteller Hinsicht wurde – abgesehen von der Abschaffung der Teilungsgenehmigung durch das *Europarechtsanpassungsgesetz Bau 2004* -mit dem Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung dann wiederum das städtebauliche Instrumentarium weiterentwickelt. Zwar wurde mit der Einführung der Bebauungspläne der Innenentwicklung weniger das Instrumentarium des Bebauungsplans geändert, als vielmehr ein beschleunigtes Verfahren zur Förderung der Innenentwicklung eingeführt, zugleich wurden dadurch jedoch einige instrumentelle Folgewirkungen ausgelöst. Denn die Anwendung des „beschleunigten Verfahrens“ ist nicht nur mit Verfahrenserleichterungen (Einschränkung bzw. Wegfall der förmlichen Umweltprüfung), sondern auch mit materiellen Erleichterungen (Wegfall der Eingriffs-Ausgleichs-Regelung für „kleine Bebauungspläne der Innenentwicklung“ bis weniger als 20.000 m² festgesetzter zulässiger Grundfläche oder voraussichtlich versiegelter Fläche) und schließlich auch mit instrumentellen Erleichterungen verbunden (Anpassung des Flächennutzungsplans an den geänderten Bebauungsplan ohne Durchführung eines Planungsverfahrens).

Zugleich wurde mit dem *Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben* für die Innenentwicklung der Städte wegen des damit verbundenen erheblichen Verwaltungsaufwands die mit dem Europarechtsanpassungsgesetz eingeführte Überprüfungsfrist für Flächennutzungspläne (spätestens 15

Jahre nach seiner erstmaligen oder erneuten Aufstellung) wieder abgeschafft.

Der *Vorhaben- und Erschließungsplan* wurde durch Einfügung des § 12 Abs. 3a BauGB dadurch flexibilisiert, dass das bis dahin geltende Erfordernis, im Bebauungsplan ein bestimmtes, konkret umschriebenes Vorhaben festzusetzen, aufgegeben und die Konkretisierung dem anpassungsfähigeren Vertrag überlassen wurde.

Die *Planerhaltungsvorschriften* wurden ausgebaut und damit der Rechtsschutz weiter zugunsten der Planungssicherheit eingeschränkt.

Im *Besonderen Städtebaurecht* wurde hinsichtlich der Erweiterung und Verbesserung von Verkehrsanlagen die Berechnung von Ausgleichsbeträgen vereinfacht und eine Regelung zur Befristung von förmlichen Sanierungsverfahren eingeführt.

Die auf der Basis des Gesetzes zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung aufgenommenen *Regelungen über Private Initiativen zur Stadtentwicklung* in § 171 f BauGB ist weniger als „Ermächtigung“ (so die offizielle Begründung) denn als ausdrückliche Ermunterung der Landesgesetzgeber zu verstehen, Regelungen über private Initiativen zur Stadtentwicklung zu erlassen. Mit dieser gesetzlichen Regelung werden zugleich die Kompetenzgrenzen deutlich, an die der Bund im Bereich des Städtebaurechts bei der Verwirklichung von Kooperationsmodellen und Strategien der Stadtentwicklung stößt, soweit dafür aufgrund der föderalen Aufgabenverteilung die Bundesländer zuständig sind. Denn zur Finanzierung und auch zwangsweisen Durchsetzung gegen den Willen

einzelner Grundstückseigentümer von BIDs müssen die Länder die entsprechenden Landesgesetze erlassen.

Grenzen der bundesgesetzlichen Steuerungsfähigkeit

Der Bundesgesetzgeber kann in instrumenteller Hinsicht im Städtebaurecht nur den Rahmen für die städtebauliche Planung und Realisierung sowie für die Koordination der Maßnahmen zwischen den Planungsträgern und für die Kooperation zwischen Privaten und den Planungsträgern sowie der Planungsträger untereinander abstecken. Er kann weder die ziel- noch die rechtskonforme Anwendung der Instrumente noch deren Einsatz sicherstellen. Vor allem bei der Verwirklichung von raumübergreifenden Strategien wie z. B. der *Strategie der Flächenkreislaufwirtschaft*, die mit der Strategie der Innenentwicklung verzahnt ist, und deren Verwirklichung von dem funktionierenden Zusammenwirken mehrerer Planungsebenen und Planungs- sowie Maßnahmenträger abhängig ist, stößt das Städtebaurecht in instrumenteller Hinsicht an Grenzen. Dies nimmt umso mehr zu, je größer der Finanzbedarf für die Realisierung städtebaulicher Projekte ist und je geringer der Finanzierungsanteil des Bundes dabei ausfällt und je mehr *Akteure auf den verschiedenen staatlichen Ebenen* bei der Verwirklichung von Strategien bzw. Zielen und Maßnahmen mitwirken müssen.

Wo Privatinitiative und räumliche Nachfrage vorhanden sind, genügt es oft, wenn Planung, Verfahren und Kooperation durch gesetzliche Regelungen vereinfacht, wenn Überregulierungen durch gesetzgeberische

Korrekturen zurückgenommen und die Privatinitiative durch gesetzliche und finanzielle Anreize erleichtert und gefördert werden. Schwieriger ist es, wo Privatinitiative erst ausgelöst und wo der Staat *bei fehlender Nachfrage* im Hinblick auf die erstrebte räumliche Entwicklung erst „in die Bresche springen“ muss. Dies ist in Räumen, die vom demographischen Wandel, von Brachen, Leerständen und wirtschaftlichem Niedergang massiv betroffen sind, eher der Fall als in weiterhin wachsenden Ballungsräumen. Angesichts der heterogenen Raumentwicklung der neueren Zeit mit einem *Nebeneinander „wachsender, stagnierender und schrumpfender Räume“* ist es nicht nur schwieriger, instrumentelle Veränderungen vorzunehmen, die überall den gewünschten Steuerungseffekt haben, sondern auch vielfach nicht ausreichend, wenn Korrekturen nur an einzelnen Instrumenten des Städtebaurechts vorgenommen werden. Es müssen zur Lösung räumlicher Problemlagen, bei denen nicht ohne Weiteres auf Privatinitiative zurückgegriffen werden kann, *modellhafte Paketlösungen zur Bewältigung komplexer Problemstellungen im Zusammenwirken mit den betroffenen Akteuren der verschiedenen Planungsebenen entwickelt und angewendet werden. Dabei wird der Rahmen, der über das Städtebaurecht gesteuert werden kann, in neuerer Zeit immer häufiger überschritten.* Diesbezüglich kann auf Beispiele aus dem Bereich der Brachflächenentwicklung, aus dem Stadtumbau, auf Beispiele im Zusammenhang mit der Mobilisierung von Baulücken und auf Beispiele zur Realisierung von Impulsprojekten mit regionalen Auswirkungen verwiesen werden.

Überlegungen und Anregungen zur Weiterentwicklung des städtebaulichen Instrumentariums

Prämissen

Vom Ausgangspunkt her ist vor dem Hintergrund der skizzierten instrumentellen Entwicklung zunächst *festzustellen, dass die Palette verfügbarer Planungs-, Plansicherungs- und Planverwirklichungsinstrumente im Allgemeinen zur Bewältigung der vielfältigen städtebaulichen Herausforderungen geeignet ist* und daher nur eine *behutsame Fortentwicklung* vorgenommen werden sollte.

Ausgehend von dem Prüfauftrag, das städtebauliche Instrumentarium daraufhin auszuleuchten, ob eine weitere Stärkung der Innenentwicklung durch Fortentwicklung des Instrumentariums denkbar ist, sind gleichwohl einige *mögliche Entwicklungsoptionen* denkbar.

Für die *Stärkung der Innenentwicklung* ist von Bedeutung, ob und inwieweit es gelingt, *attraktivere Rahmenbedingungen* dafür zu schaffen, dass *die erstmalige Inanspruchnahme von Freiflächen für Siedlungs- und Verkehrszwecke vermindert wird*, insbesondere durch die vorrangige Ausschöpfung der Potentiale für die Wiedernutzbarmachung von Flächen, für die Nachverdichtung und für andere Maßnahmen zur Innenentwicklung der Städte und Gemeinden (so der bundesgesetzliche Grundsatz in § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 2 ROG). Dabei ist die Nachverdichtung nur eine exemplarische Nennung für solche Maßnahmen. Auch die Nutzungsmischung kann vor allem in struktur-

schwachen ländlichen Räumen, in denen eine strukturelle Ausdünnung (Verlust an landwirtschaftlichen Betrieben, an Infrastruktur- und Daseinsvorsorgeeinrichtungen) bereits stattgefunden hat, eine Maßnahme zur Steigerung der Attraktivität der Orte sein (vgl. z. B. MELanIE = Modellvorhaben zur Eindämmung des Landschaftsverbrauchs durch innerörtliche Entwicklung im Saarland).

Förderlich für die innerstädtischen Entwicklungen können infolgedessen sowohl nachfragenlenkende Maßnahmen zur Eindämmung der Freiflächeninanspruchnahme im Außenbereich als auch Maßnahmen zur Steigerung der Attraktivität der Innenstädte sein. Denkbar ist also, dass einerseits die Instrumente zur Schaffung von Baurecht im Außenbereich in der Weise nachjustiert werden, dass die Nachfrage nach Freiflächen im Außenbereich zur Verwirklichung nicht privilegierter Vorhaben – soweit möglich – auf die für die Innenentwicklung verfügbaren Flächen umgelenkt wird und dass andererseits die instrumentellen Rahmenbedingungen zur Planung und Realisierung von Vorhaben im Bereich der Innenentwicklung so ausgestaltet werden, dass die Innenentwicklung in ökonomischer und in qualitativer, stadtplanerischer und architektonischer Hinsicht erleichtert bzw. gefördert wird. Der instrumentelle Beitrag zur Steigerung der Attraktivität der Innenstädte kann darin bestehen, dass die Schaffung von Baurecht und die Realisierung von Vorhaben im Bereich der Innenentwicklung erleichtert werden und dass Hindernisse, welche der Innenentwicklung entgegenstehen, einfacher ausgeräumt werden können.

Denkbare Ansätze für eine Weiterentwicklung des städtebaulichen Instrumentariums

Instrumentelle Maßnahmen zur Eindämmung der erstmaligen Freiflächeninanspruchnahme im Außenbereich?

Einführung einer Kosten-Nutzen-Analyse für die erstmalige Inanspruchnahme von Flächen im Außenbereich?

Es ist zu erwägen, ob im Zusammenhang mit § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB eine Kosten-Nutzen-Analyse für die Inanspruchnahme von Flächen im Außenbereich für Bauleitpläne eingeführt werden sollte, zumal im Zusammenhang mit der Strategie der Flächenkreislaufwirtschaft Forderungen nach einer Implementierung ökonomischer Instrumente laut geworden sind, weil die Steuerung der Flächeninanspruchnahme in der Vergangenheit durch die städtebau- und raumordnungsrechtlichen Instrumente nicht in dem gebotenen Maß zur Gewährleistung einer nachhaltigen Raumentwicklung gelungen sei (vgl. Rat der Sachverständigen für Umweltfragen, Sondergutachten 2002, Tz. 127 und Einig, Die Bedeutung der Raumplanung für den vorsorgenden Schutz des Bodens vor Versiegelung, in: Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (Hrsg.), Steuerung der Flächennutzung, Informationen zur Raumentwicklung, Heft 8 (1999), S. 535, 549). So war teilweise die Forderung laut geworden, ein Modell der Flächenkontingentierung mit interkommunal handelbaren Flächenausweisungszertifikaten oder ein Modell der Baulandausweisungsumlage einzuführen. Diese rechtspolitischen Forderungen sind jedoch sowohl in rechtlicher wie auch in ökonomischer Hinsicht auf Bedenken gestoßen. Dieser Thematik ist an

dieser Stelle nicht weiter nachzugehen, weil es sich nicht um Vorschläge handelte, die allein im Rahmen einer Novelle des BauGB oder der BauNVO zu diskutieren wären.

Als milderes, innerhalb des Städtebaurechts einzusetzendes Steuerungsmittel könnte die Einführung einer Kosten-Nutzen-Analyse für die erstmalige Freirauminanspruchnahme in Betracht gezogen werden, die im Kontext mit der Erforderlichkeitsprüfung im Sinne von § 1 Abs. 3 S. 1 und der Abwägungsdirektive des § 1a Abs. 2 BauGB verankert werden könnte. Diese würde eine ähnliche Steuerungswirkung wie die Umweltprüfung entfalten und deren lenkende Wirkung in dem von Bebauung prinzipiell freizuhaltenden Außenbereich verstärken. Die Begründungs- und Dokumentationslast sowie das Gewicht des Abwägungsbelangs, zur Verringerung der zusätzlichen Inanspruchnahme von Flächen für bauliche Nutzungen die Möglichkeiten der Entwicklung der Gemeinde zur Innenentwicklung zu nutzen (§ 1a Abs. 2 S. 1 BauGB), würden bezüglich der Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen für Zwecke der Entwicklung von Siedlungsflächen erhöht.

Wenn die Einführung einer solchen Kosten-Nutzen-Analyse in Betracht gezogen werden sollte, sollte diese auf den Außenbereich beschränkt bleiben; für die Innenentwicklung würde dadurch ein *Begünstigungseffekt*, wie er auch durch die Verfahrenserleichterungen des § 13a BauGB für Bebauungspläne der Innenentwicklung entsteht, eintreten.

Freilich würde die Einführung einer Kosten-Nutzen-Analyse voraussetzen, dass die Beurteilungskriterien (welcher Nutzen ist gemeint?) für eine solche Prüfung näher be-

stimmt werden müssten. Außerdem würde die Einführung einer solchen formalisierten Prüfung allgemeinen Deregulierungsbestrebungen widersprechen. Schließlich könnten bei der Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen zusätzliche Planungskosten entstehen, die zwar auf vertraglicher Basis auf private Vorhabenträger abgewälzt werden könnten, aber prinzipiell zunächst einmal zu weiteren Kosten für die erstmalige bauleitplanerische Freirauminanspruchnahme führen würden. Diese Kosten würden ähnlich wie bei der EU-rechtlich vorgegebenen Umweltprüfung generell umso höher ausfallen, je intensiver und differenzierter die Formalisierung der Prüfschritte erfolgt.

Soweit eine weitere Einschränkung der erstmaligen Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen durch Bauleitplanung zur Verwirklichung einer nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung als erforderlich angesehen werden sollte, könnte diese mittels einer *Nachjustierung im Städtebaurecht* erreicht werden, indem die Rechtfertigungsanforderungen hinsichtlich der Erforderlichkeit der erstmaligen Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen aufgrund der Bauleitplanung erhöht werden und/oder die erstmalige Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen aufgrund der Bauleitplanung unter Finanzierungsvorbehalt gestellt wird.

Erhöhung der Begründungslast bezüglich der erstmaligen Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen?

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der erstmaligen Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen könnte geregelt werden, dass

die Erforderlichkeit der Inanspruchnahme dieser Flächen nachzuweisen ist, indem die verfügbaren Möglichkeiten zur Innenentwicklung und die Gründe für die Erforderlichkeit der Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen angegeben werden müssen (*Nachweis der Ausschöpfung der Innenentwicklungspotentiale*). Damit könnte die Justiziabilität der Erforderlichkeitsprüfung und zugleich die Verwirklichung entsprechender Ziele und Grundsätze der Raumordnung in gewissem Maße erhöht werden. Es würde sich dabei um eine Konkretisierung der Erforderlichkeit in Bezug auf die Nachhaltigkeit der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung handeln. Soweit Ziele der Raumordnung Vorgaben für die Siedlungsflächenentwicklung enthalten, blieben diese und damit auch § 1 Abs. 4 BauGB davon unberührt. Es würde im Gegenteil ein „Gleichklang“ zwischen der städtebaulichen Erforderlichkeit und den Zielen oder Grundsätzen der Raumordnung hergestellt.

Nachfrageorientierte Bauleitplanung mit Entwicklungskostenbeteiligung bei erstmaliger Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen?

Denkbar ist, dass die *Bauleitplanung im Außenbereich nachfrageorientiert* in der Weise *ausgestaltet* wird, dass die weitere Inanspruchnahme von Freiflächen für Siedlungszwecke von einer anteiligen Beteiligung der Vorhabenträger und Grundstückseigentümer an den Planungs-, Erschließungs- und Folgekosten abhängig gemacht wird. Dies könnte *zur gesetzlichen Voraussetzung* gemacht werden oder unter dem Aspekt der Erforderlichkeit Berücksichtigung finden.

Der vorhabenbezogene Bebauungsplan des § 12 BauGB mit *Durchführungsvertrag und darin geregelter Finanzierungsbeteiligung* würde dadurch zum *Regelungsmodell für die nachfrageorientierte Bauleitplanung bei erstmaliger Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen*. Der Vorteil, der damit verbunden wäre, läge darin, dass die Attraktivität der Mobilisierung von Bauland auf Innenbereichsflächen in finanzieller Hinsicht in Konkurrenz zur Freiraumentwicklung im Außenbereich verbessert wird. Freilich würde dies andererseits zunächst zu einem Widerspruch zu der bislang in § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB enthaltenen Wertung führen, wonach Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen haben, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Bislang lag es in der planerischen Gestaltungsfreiheit einer Gemeinde, welche städtebaulichen Ziele sie verfolgt. Dieses weite Gestaltungsermessen ist jedoch schon bislang nicht schrankenlos gewährleistet, ist vielmehr sowohl durch bundesgesetzliche Grundsätze der Raumordnung (die weitere Zerschneidung der freien Landschaft und von Waldflächen ist so weit wie möglich zu vermeiden und Flächeninanspruchnahme im Freiraum ist zu begrenzen, vgl. § 2 Nr. 2 S. 6 ROG) als auch durch Abwägungsdirektiven eingeschränkt (vgl. § 1a Abs. 2 S. 1 BauGB). Die Rechtfertigungsanforderungen würden jedoch erhöht und durch einen Finanzierungsvorbehalt im Sinne der Nachhaltigkeit ergänzt.

Das Erfordernis einer auf vertraglicher Grundlage finanzierten projektbezogenen Bauleitplanung für die erstmalige Inanspruchnahme von Freiflächen könnte zwar auch in der Weise modifiziert werden, dass solche Freiflächen von Gemeinden ohne

Nachweis der Ausschöpfung der Innenentwicklungspotentiale nur überplant werden dürfen, wenn die Finanzierung der Planungs-, Erschließungs- und Folgekosten im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB durch die privaten Nutznießer vertraglich in Form eines Durchführungsvertrags geregelt ist, jedoch könnte dies auch Anreizfunktion haben, wenn die Kosten für den Grundstückserwerb und die Ansiedelung im Freiraum trotz der Übernahme solcher Kosten noch niedriger ausfallen sollten als die Kosten für die Mobilisierung von Innenentwicklungsflächen. Deshalb ist die letztgenannte Variante zur Zweckerreichung eher ungeeignet.

Instrumentelle Erleichterungen für die Schaffung von Bauland im Bereich der Innenentwicklung?

Vermeidung einer Doppelung der Planungsverfahren im Bereich der Innenentwicklung?

Rechtssystematisch betrachtet regelt § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB einen Fall des § 8 Abs. 4 S. 1 BauGB, jedoch bedarf es im Anwendungsbereich des Bebauungsplans der Innenentwicklung nicht des Nachweises, dass dringende Gründe die Abweichung vom Entwicklungsgebot erfordern. Es handelt sich bei dieser Regelung um keine Durchbrechung der Regelungssystematik des § 8 Abs. 1 bis 4 BauGB, wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber das Vorliegen dringender Gründe kraft Gesetzes für den Bebauungsplan der Innenentwicklung im Anwendungsbereich des § 13a BauGB bejaht.

Durch die Regelung des § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB ist das strukturelle Beziehungsgefü-

ge zwischen dem Flächennutzungsplan und dem Bebauungsplan grundlegend verändert worden. Tritt ein Bebauungsplan der Innenentwicklung nach Durchführung des beschleunigten Verfahrens in Kraft, werden etwaige entgegenstehende Darstellungen im Flächennutzungsplan hinfällig; der Flächennutzungsplan wird im Wege der Berichtigung angepasst (vgl. § 13a Abs. 2 Nr. 2 Hs. 3 BauGB). Dies gilt gemäß § 214 Abs. 2a S. 1 Nr. 1 BauGB auch dann, wenn die Gemeinde das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung des § 13a Abs. 1 S. 1 BauGB verkannt hat. Schon vor der Einführung des beschleunigten Verfahrens hatte der Flächennutzungsplan im Bereich der Innenentwicklung nur eine geringe faktische Bedeutung (so ausdrücklich ebenfalls Mitschang, ZfBR 2008, 117 ff.); nicht nur deshalb, weil der Flächennutzungsplan im Geltungsbereich des § 34 BauGB für die Zulässigkeit von Vorhaben keine Rolle spielt, sondern auch, weil Bebauungspläne auch in der Vergangenheit schon vielfach durch eine Änderung des Flächennutzungsplans im Parallelverfahren einfach nachvollzogen wurden. Mit der Einführung des beschleunigten Verfahrens für Bebauungspläne der Innenentwicklung ist die Bedeutung des Flächennutzungsplans im Bereich der Innenentwicklung weitgehend verloren gegangen. Nur bei der Planung von Einkaufszentren, von großflächigen Einzelhandelsbetrieben und bei der Ausweisung von Gewerbeflächen hat der Flächennutzungsplan weiterhin seine Steuerungsfunktion behalten, weil diesbezüglich häufig wegen der Notwendigkeit der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung das beschleunigte Verfahren und damit auch die Rechtsfolge des § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB

nicht zur Verfügung steht (vgl. § 13a Abs. 1 S. 4 BauGB).

Vor diesem Hintergrund könnte man für die Innenentwicklung erwägen, die Planung in diesem Bereich dadurch zu vereinfachen, dass die Entwicklung und Ordnung allein dem Bebauungsplan überlassen wird. Dies könnte *entweder in der Weise* erreicht werden, *dass die Regelung des § 13a BauGB*, wonach es ausreicht, dass der Flächennutzungsplan im Wege der Berichtigung an den Bebauungsplan der Innenentwicklung anzupassen ist, *auf sämtliche Bebauungspläne der Innenentwicklung ausgedehnt wird* oder in der Weise, dass *das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB für die Innenentwicklung modifiziert wird*.

Im Regelungskonzept des § 13a BauGB ist eine *generelle Freistellung von Bebauungsplänen der Innenentwicklung vom Entwicklungsgebot* schwierig zu vollziehen, weil die Rechtsfolge der Freistellung vom Entwicklungsgebot nach der Regelungssystematik mit der Freistellung vom Erfordernis der Umweltprüfung verknüpft ist. Diese Verfahrenserleichterungen stehen jedoch in einem unterschiedlichen sachlogischen Zusammenhang und müssen daher nicht verknüpft sein.

Das Entwicklungsgebot könnte auch in der Weise modifiziert werden, dass nach § 8 Abs. 2 S. 2 BauGB der Satz eingefügt wird, *dass bei Bebauungsplänen der Innenentwicklung ein Flächennutzungsplan nur dann erforderlich ist, wenn* aufgrund besonderer Umstände anzunehmen ist, dass der Bebauungsplan nicht ausreicht, die städtebauliche Entwicklung zu ordnen.

Würde die erstgenannte Variante über eine Erweiterung des § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB gewählt, könnte dies den Widerspruch provozieren, ob es gerechtfertigt ist, für Bebauungspläne mit mehr als 70.000 m² zulässig festgesetzter Grundfläche oder voraussichtlich versiegelter Fläche von der Durchführung eines Planungsverfahrens für den anzupassenden Flächennutzungsplan abzusehen. Dies hängt mit der Logik des § 13a BauGB zusammen, der zwischen „kleinen“ (weniger als 20.000 m² zulässig festgesetzter Grundfläche bzw. voraussichtlich versiegelter Fläche), „mittleren“ (20.000 m² bis weniger als 70.000 m²) und „großen“ (70.000 m² und mehr) Bebauungsplänen der Innenentwicklung differenziert und für kleine und mittlere Bebauungspläne der Innenentwicklung zudem die Möglichkeit eröffnet, von der Umweltprüfung abzusehen.

Die Frage der Pflicht zur Umweltprüfung ist jedoch losgelöst davon zu betrachten, ob für die Gewährleistung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung bei Bebauungsplänen der Innenentwicklung ein Flächennutzungsplan erforderlich ist. Denn auch für UP-pflichtige Bebauungspläne der Innenentwicklung kann es gerechtfertigt erscheinen, für den Regelfall von dem Erfordernis des Entwicklungsgebots abzusehen, weil für die Gewährleistung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung im überwiegend bereits bebauten Bereich der Innenentwicklung ein selbständiger Bebauungsplan ausreichend ist.

Für die Ausdehnung des Anwendungsbereichs selbständiger Bebauungspläne im Bereich der Innenentwicklung spricht, dass damit die in der Praxis vielfach nur nach-

vollziehende Änderung des Flächennutzungsplans im Parallelverfahren entbehrlich ist und dass dem Flächennutzungsplan in solchen Fällen zumeist ohnehin keine selbständige Steuerungsfunktion zukommt. Der Vorteil eines selbständigen Bebauungsplans der Innenentwicklung liegt zudem darin, dass unnötiger finanzieller Aufwand für die Änderung des Flächennutzungsplans erspart bleibt. Da die Anforderungen bezüglich der Umweltprüfung ohnehin im Rahmen des Bebauungsplanverfahrens zu erfüllen sind, treten durch den Verzicht auf ein paralleles Planungsverfahren oder eine Anpassung des Flächennutzungsplans in Bezug auf die Umweltprüfung keine Vollzugsdefizite auf.

Kritisch zu betrachten ist die Ausdehnung des Anwendungsbereichs selbständiger Bebauungspläne der Innenentwicklung, soweit die Innenentwicklung der Verwirklichung von großflächigen Einzelhandelsbetrieben oder Einkaufszentren oder der erstmaligen Planung oder Erweiterung von Gewerbe- und Industrieflächen dient.

Dem stehen zwar Bedenken wegen der im Regelfall in diesen Fällen erforderlichen Umweltprüfung nicht entgegen, weil diese unabhängig von der Geltung des Entwicklungsgebots durchzuführen ist, jedoch entfällt insofern auch die Steuerungs- und Koordinierungsfunktion, die der Flächennutzungsplan im herkömmlichen Planungssystem noch erfüllt. Denn der Flächennutzungsplan, dessen Steuerungsfunktion sich auf das Gemeindegebiet bezieht, ermöglicht bisher für diese Nutzungen eine sachgerechte Alternativenprüfung auf der Ebene des Gemeindegebiets und erfüllt hinsichtlich der geordneten städtebaulichen

Entwicklung eine Programmierungsfunktion. Insofern ist auch eine Überprüfung gemeindlicher Planungen zur Vermeidung selbstschädigender Planungen der Gemeinden, die zu Fehlentwicklungen innerhalb des gesamten Gemeindegebiets führen können, möglich.

Abgesehen davon dient der Flächennutzungsplan der Koordinierung der gemeindlichen Entwicklungskonzeption mit Planungen der Nachbargemeinden und bildet das „Scharnier“ zwischen der gemeindlichen und der überörtlichen Planung. Der Flächennutzungsplan kann in inhaltlicher Hinsicht nicht mehr Gegenstand des aufsichtsbehördlichen Kontrollvorbehalts der Aufsichtsbehörden sein, wenn er lediglich „angepasst“ wird und ihm im Bereich der Innenentwicklung seine Steuerungsfunktion genommen wird.

Bei dem selbständigen Bebauungsplan der Innenentwicklung fällt die Koordinierungsfunktion des Flächennutzungsplans aus, jedoch muss auch dieser insbesondere den aus den §§ 1 Abs. 4, 2 Abs. 2 BauGB resultierenden Anforderungen genügen. Überdies steht der selbständige Bebauungsplan gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 BauGB unter Genehmigungsvorbehalt.

Würde auf der Basis eines Bebauungsplans der Innenentwicklung auf den Flächennutzungsplan auch für den Bereich der Flächenentwicklung für großflächige Einzelhandelsbetriebe sowie für Gewerbe- und Industriegebiete verzichtet, könnte dies zu unbewältigten Nutzungskonflikten und städtebaulichen Fehlentwicklung führen, weil insoweit eine auf das gesamte Gemeindegebiet bezogene planungskonzeptionelle Ableitung fehlt. Eine Ausdehnung des

Anwendungsbereichs selbständiger Bebauungspläne der Innenentwicklung oder der Regelung des § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB erscheint aus meiner Sicht daher im Bereich der Innenentwicklung *nur für Nutzungen im Sinne der §§ 3 bis 6 BauNVO* ohne größere Bedenken möglich.

Denkbar ist auch, dass die vorstehend genannte Problematik über das *Kriterium geordnete städtebauliche Entwicklung* gelöst werden kann. In diesen Fällen dürfte nämlich – unabhängig davon, ob die Regelung des § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB ausgedehnt oder ob an die Regelung zum selbständigen Bebauungsplan angeknüpft würde –, im Regelfall die Grenze, wonach die geordnete städtebauliche Entwicklung des Gemeindegebiets nicht beeinträchtigt werden darf, überschritten sein. Ob das Erfordernis, dass ein selbständiger oder ein im beschleunigten Verfahren erlassener Bebauungsplan der Innenentwicklung die geordnete städtebauliche Entwicklung des Gemeindegebiets nicht beeinträchtigen darf, vor derartigen Nutzungskonflikten und Fehlentwicklungen wirksam schützen kann, erscheint indessen zweifelhaft, weil dieses Erfordernis mit dem zunehmenden Verlust der Programmierungsfunktion des Flächennutzungsplans keinen zuverlässigen Kontrollmaßstab bildet.

Falls eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs selbständiger Bebauungspläne der Innenentwicklung im oben genannten Sinne als sach- und zweckgerichtet beurteilt werden sollte, würden Folgeanpassungen notwendig. Denn falls § 8 Abs. 2 S. 2 BauGB wie oben angesprochen geändert werden sollte, müsste nach den vorstehenden Ausführungen klargestellt werden, dass dies für

die Planung von Einkaufszentren, großflächigen Einzelhandelsbetrieben und von Gewerbe- und Industriegebieten nicht gelten soll. Dies könnte in der Weise erfolgen, dass bei den Bebauungsplänen der Innenentwicklung der Zusatz aufgenommen wird: „in denen Gebiete nach den §§ 3 bis 6 BauNVO festgesetzt sind“.

Die Regelung des § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB sollte systemgerecht anstelle von „Bebauungspläne der Innenentwicklung“ mit „beschleunigtes Verfahren“ überschrieben werden. Im Übrigen könnte es bei der Rechtsfolge des § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB bleiben, weil damit auch Bebauungspläne der Innenentwicklung, welche die Entwicklung von kleinen Einzelhandels- und Gewerbeflächen bezwecken, in den Genuss der Verfahrenserleichterungen kommen können, soweit das beschleunigte Verfahren nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil durch den Bebauungsplan die Zulässigkeit von UVP-pflichtigen Vorhaben begründet wird oder Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe b BauGB genannten Schutzgüter bestehen.

Sofern den Vorschlägen gefolgt wird, die an das Vorliegen eines Bebauungsplans der Innenentwicklung weitere Rechtsfolgen knüpfen, erscheint es in systematischer Hinsicht sinnvoll, den *Bebauungsplan der Innenentwicklung als eigenen Typus* (ggf. in § 8a BauGB) zu *definieren* und damit gleichzeitig den räumlichen Anwendungsbereich klarzustellen (siehe dazu unten D. 6. a). Es wäre dabei der Wortlaut des § 13a Abs. 1 S. 1 BauGB sinngemäß aufzunehmen („ein Bebauungsplan für die Wiedernutzbarmachung von Flächen, die Nachverdichtung oder andere Maßnahmen der Innenent-

wicklung“) und um die Klarstellung zu ergänzen, dass sich der räumliche Anwendungsbereich der Bebauungspläne der Innenentwicklung auch auf die Gebiete erstrecken kann, die aufgrund der städtebaulichen Satzungen nach § 34 Abs. 4 BauGB den Regelungen für den Innenbereich unterstellt werden können.

Instrumentelle Veränderungen zur Förderung der Innenentwicklung in Bezug auf die Bauleitplanung?

Möglichkeit der Festsetzung von grundstücksbezogenen Einzelvorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans der Innenentwicklung?

Zu erwägen ist, ob über den Anwendungsbereich des § 12 BauGB hinaus und ohne dass dessen weitere Voraussetzungen eingehalten sein müssen (Vorhaben- und Erschließungsplan sowie Durchführungsvertrag) im Geltungsbereich eines Bebauungsplans der Innenentwicklung die Möglichkeit der Festsetzung von grundstücksbezogenen Einzelvorhaben eröffnet werden sollte, um auf Brachflächen oder zur Schließung größerer Baulücken auf dem Niveau eines Mischgebiets Wohnnutzung festsetzen zu können. Dies hätte den Vorteil, dass auf Brachflächen, zum Beispiel im Bereich der Nachnutzung von Gewerbebrachen oder auch in lärmkritischen Konversionslagen (zwischen Schiene und Straße) Wohnen auf dem Lärmniveau des Mischgebiets realisiert werden kann, ohne mit der Festsetzung eines Mischgebiets auch den gewerblichen Anteil des Mischgebiets festsetzen zu müssen. Hierbei bietet oftmals auch der Ausweg über das besondere Wohngebiet keine ausreichende Hilfe, weil für die ent-

sprechende Festsetzung gemäß § 4a Abs. 1 BauNVO das Vorhandensein einer bereits ausgeübten Wohnnutzung vorausgesetzt wird.

Gegen diese Regelung könnte sprechen, dass auf der Basis der Rechtsprechung zur Gemengenlagenproblematik und einer sachgerechten Anwendung der differenzierten DIN 18005 in den meisten Fällen auch ohne Änderung des Gesetzes entsprechende Planungslösungen gefunden werden können. Außerdem könnte entgegengehalten werden, dass im Zusammenwirken von Gemeinden und Bauträgern notwendige Schutzvorkehrungen und die Prüfung von lärmschutzbezogenen Konzeptalternativen zugunsten der späteren Grundstückseigentümer und –nutzer außer Acht bleiben könnten. Es wird dadurch die Planung erleichtert, aber möglicherweise die Problembewältigung auf die Rechtskontrolle verlagert.

Erweiterung der Gestaltungsmöglichkeiten beim vereinfachten Bebauungsplan für im Zusammenhang bebaute Ortsteile (§ 9 Abs. 2a BauGB)?

§ 9 Abs. 2a BauGB eröffnet den Gemeinden die Möglichkeit, mit einem speziellen Typ des einfachen Bebauungsplans für einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil nach § 34 BauGB festzusetzen, dass nur bestimmte Arten der nach § 34 Abs. 1 und 2 BauGB zulässigen baulichen Nutzungen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können, ohne dass gleichzeitig eine Baugebietsfestsetzung erfolgen muss. Demgegenüber setzt die Anwendung des Feinsteueringstrumentariums im Sinne von § 1 Abs. 2

bis 10 BauNVO voraus, dass ein Baugebiet festgesetzt wird. Daraus folgt, dass die *Möglichkeit der vertikalen Gliederung im Sinne von § 1 Abs. 7 BauNVO in einem zentralen Versorgungsbereich in der Ortsmitte*, der dadurch geprägt ist, dass die jeweiligen Erdgeschosse für den Einzelhandel genutzt werden, nur zur Verfügung steht, wenn gleichzeitig eine Gebietsfestsetzung erfolgt. Dies bedeutet eine gewisse Erschwernis für die gemeindliche Bebauungsplanung, soweit diese die Erhaltung oder Entwicklung innerstädtischer zentraler Versorgungsbereiche durch den Schutz vor Umnutzungen erstrebt. Denkbar wäre, dass § 1 Abs. 7 BauNVO im Anwendungsbereich des § 9 Abs. 2a BauGB für entsprechend anwendbar erklärt werden könnte.

Dagegen kann zwar eingewendet werden, dass der Weg über den einfachen Bebauungsplans mit den damit verbundenen Erleichterungen nur für die Fälle ohne Feindifferenzierungsbedarf zur Verfügung stehen sollte und dass wenn über den Rahmen des § 34 BauGB hinaus weitergehende Planung erforderlich ist, eine Baugebietsfestsetzung erfolgen müsse. Dieser Einwand dürfte jedoch dem oben genannten Vorschlag nicht entgegenstehen, denn die mit der Anwendung des § 1 Abs. 7 BauNVO ermöglichte vertikale Gliederung des Baugebiets kann auch im Geltungsbereich des § 34 BauGB die vorhandene Nutzung prägen. Ob und inwieweit eine Festschreibung des vorhandenen Bestands mit bestimmten Arten des Einzelhandels im Erdgeschoss und Wohnnutzung in den Obergeschossen im Einzelfall zulässig und inwieweit eine solche Planung realisierbar ist, ist im Übrigen eine Frage der Rechtsanwendung im Einzelfall.

Erweiterung des Schutzes geplanter und durch Planung zu erhaltender zentraler Versorgungsbereiche durch Einsatz der Steuerungsfunktion des Flächennutzungsplans?

Es könnte erwogen werden, ob der Schutz geplanter und durch Planung zu erhaltender zentraler Versorgungsbereiche im Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 BauGB dadurch verbessert werden kann, dass die Darstellungsmöglichkeit des § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB erweitert wird, indem die „Ausstattung des Gemeindegebiets mit zentralen Versorgungsbereichen“ hinzugenommen wird. Dagegen spricht jedoch, dass es sich bei § 34 Abs. 3 BauGB um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt, die an die tatsächlichen Verhältnisse anknüpft. Geschützt werden kann aufgrund dieser Vorschrift nur, was tatsächlich vorhanden und schutzwürdig ist. So hat das BVerwG im Rahmen des § 34 BauGB die Heranziehung von Zielvorgaben in einem Landesentwicklungsprogramm als Beurteilungsmaßstab für schädliche Auswirkungen mit aus meiner Sicht zutreffenden Gründen abgelehnt (vgl. Urt. v. 17.12.2009, Az.: 4 C 1/08, DVBl. 2010, 516 ff.). Der Regelung in § 34 Abs. 3 BauGB liege ebenso wie derjenigen in § 34 Abs. 1 BauGB ein anderer Bezugsrahmen zugrunde, als er für die Bauleitplanung gilt. Maßstab für die rechtlich gebundene Entscheidung seien die tatsächlichen Verhältnisse und deren rechtliche Einordnung – auch wenn diese durch Einzelhandelskonzepte der Gemeinden bestätigt und ggf. präzisiert werden könnten –, nicht aber planerische Entscheidungen der Träger der Landesplanung oder der Bauleitplanung. Daraus folgt, dass die Schutzfunktion eines tatsächlich noch nicht bestehenden oder so wie er vorhanden ist, nicht schutzwürdigen

Versorgungsbereichs auch nicht über einen Flächennutzungsplan mit der entsprechenden Darstellungsmöglichkeit hergestellt werden kann.

Gleichwohl könnte diese Änderung dazu beitragen, dass die Gemeinden die Ausstattung des Gemeindegebiets mit zentralen Versorgungsbereichen bezüglich des Gemeindegebiets gesamtkonzeptionell verankern und dabei die Koordinierungs- und Steuerungsfunktion des Flächennutzungsplans nutzen, um damit auch mittelfristig eine planungskonzeptionelle Basis für die Standortentscheidung der Einzelhandelsunternehmen zu schaffen.

Ausgehend von der Rechtsprechung zur normativen Steuerungsfunktion des Flächennutzungsplans im Regelungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist überdies denkbar, dass auch eine entsprechende Steuerungsfunktion im Geltungsbereich des § 34 BauGB eingeführt wird. Dies würde allerdings zu einer grundlegenden instrumentellen Veränderung der Steuerungsfunktion des Flächennutzungsplans führen. Dieser würde nämlich von einem gemeindeinternen Planungsprogramm mit Selbstbindungswirkung zu einem außenwirksamen normativen Plan umgestaltet.

Sicherung der Ergebnisse einer interkommunalen Abstimmung durch die Erhaltung und Stärkung der Steuerungsfunktion interkommunaler Verträge?

Verträge, die zwischen Gemeinden zur interkommunalen Abstimmung im Vorfeld eines bestimmten Bebauungsplans abgeschlossen werden, dürfen im Rahmen einer nachfolgenden Erweiterungsplanung bei

der erneuten Abstimmung nach § 2 Abs. 2 BauGB nicht unberücksichtigt gelassen werden. Sie sind zumindest abwägungsrelevant, soweit sie dem Zweck dienen, einen interkommunalen Interessenausgleich herbeizuführen, auch wenn im Vertrag zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Verbot der unzulässigen Vorwegbindung eine Klausel enthalten ist, wonach die Planungshoheit der planenden Gemeinde unberührt bleibt. Sind solche Verträge abwägungsrelevant, müssen sie als Belange in die Abwägung eingestellt werden. Eine einseitige planerische Loslösung von einem solchen Vertrag ist nicht ohne vorherige Vertragsanpassung zulässig (vgl. § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG). Dass diese Überlegung zutreffend ist, folgt schon aus der Parallele zu den informellen Entwicklungskonzepten und sonstigen informellen Planungen. Wenn schon diese gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB als Abwägungsbelange berücksichtigt werden müssen, dann erst Recht interkommunale Verträge, die aufgrund einer interkommunalen Abstimmung zur Konkretisierung des Rücksichtnahmegebots geführt haben.

Es könnte folglich eine gesetzliche *Klarstellung* in der Weise erfolgen, dass von der Gemeinde im Vorfeld und mit Bezug auf die Bauleitplanung abgeschlossene interkommunale Verträge wie sonstige informelle Planungen in den Katalog der Abwägungsbelange aufgenommen werden. Dagegen könnte eingewendet werden, dass ausgeschlossen werden solle, dass auch der nächste Gemeinderat an solche Verträge gebunden wird. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass dies bezüglich informeller Konzepte nicht anders sein dürfte und dass eine Bindung in Form der Berücksichtigungspflicht hinsichtlich eines Abwä-

gungsbelangs keine unzulässige Vorwegbindung ist.

Eine andere Frage ist, ob über diese Berücksichtigungspflicht hinaus, mit interkommunalen Verträgen auch eine weitergehende Bindungswirkung verbunden werden kann. Auch dies ist im Einzelfall denkbar. Geht man zum Beispiel von der Fallgestaltung, die das BVerwG bezüglich der Reichweite der Planungspflicht gemäß § 1 Abs. 3 und 4 BauGB zu entscheiden hatte, aus (Urt. v. 17.09.2003, Az.: 4 C 14/01) und läge wie dort der Fall vor, dass sich das Planungsermessen der Gemeinde zur strikten Planungspflicht verdichtet hat, weil qualifizierte städtebauliche Gründe von besonderem Gewicht vorliegen oder das interkommunale Abstimmungsgebot einen qualifizierten städtebaulichen Handlungsbedarf begründet, so dürfte in einem solchen Fall auch ein Vertrag, der die entsprechenden Verpflichtungen zur Planänderung konkretisiert, nicht als unzulässige Vorwegbindung zu werten sein. Freilich handelt es sich dabei um einen Einzelfall, auf den eine gesetzliche Regelung mit allgemeinem Geltungsanspruch nicht zugeschnitten sein kann.

Es ist jedoch zu erwägen, ob *das Gewicht interkommunaler städtebaulicher Verträge in der Abwägung* durch eine Ergänzung des § 2 Abs. 2 BauGB um einen S. 3 erhöht werden kann, indem vorgesehen wird, dass sich Gemeinden und andere öffentliche Planungsträger auch auf interkommunale Verträge zur Abstimmung städtebaulicher Planungen berufen können, wenn der Vertrag von dem jeweiligen Gemeinderat gebilligt worden ist. Diese Regelung lässt die gemeindliche Planung unberührt und

schließt zudem nicht aus, dass die Gemeinden, die sich gebunden haben, ihrerseits wegen veränderter Verhältnisse Vertragsanpassung verlangen können (§ 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG).

Dagegen sprechen könnte, dass mit dem Vertrag selbst eine Einschränkung der kommunalen Planungshoheit durch unzulässige vertragliche Vorwegbindung verbunden sein kann. Dazu hat das BVerwG (Urt. v. 28.12.2005, Az.: 4 BN 40/05, ZfBR 2005, 255 ff.) ausgeführt, dass sich eine Gemeinde durch ihr nach außen handelndes Organ der Gemeindeverwaltung nicht auf einen Bebauungsplan mit einem bestimmten Inhalt festlegen dürfe, weil sie dadurch der kommunalrechtlich zuständigen, aus demokratischen Wahlen hervorgegangenen Vertretungskörperschaft das Recht beschnitte, frei und unvoreingenommen darüber zu entscheiden, welche städtebauliche Entwicklung und Ordnung (§ 1 Abs. 3 BauGB) im Gemeindegebiet verwirklicht werden solle (vgl. Urteil vom 25. November 2005 - BVerwG 4 C 15.04). § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB verbiete es der Gemeinde nicht nur gegenüber einem privaten Dritten, sondern auch gegenüber anderen Gebietskörperschaften, sich zur Aufstellung oder Nichtaufstellung eines Bauleitplans zu verpflichten. Dieses Verbot werde durch das interkommunale Abstimmungsgebot (§ 2 Abs. 2 BauGB) nicht modifiziert. Das interkommunale Abstimmungsgebot stelle sich als eine besondere Ausprägung des Abwägungsgebots dar (vgl. Urteil vom 1. August 2002 - BVerwG 4 C 5.01 - BVerwGE 117, 25 [32]).

Dies schließt nicht aus, dass Gemeinden über ihre Planungshoheit zur Vermeidung von Konflikten zwischen mehreren Pla-

nungsträgern und zur Koordinierung verschiedener öffentlicher Planungen disponieren können, soweit damit nicht ihre Planungshoheit preisgegeben wird. Denn hinsichtlich des Kriteriums der Erforderlichkeit verfügt die planende Gemeinde über einen Beurteilungsspielraum. Außerdem ist die zulässige Grenze auch dann nicht überschritten, wenn die vertragliche Beschränkung auch als Ergebnis städtebaulicher Planung dem Abwägungsgebot standhalten würde, der Gemeinderat als zuständiges Entscheidungsgremium den Vertrag gebilligt hat und die Gemeinde wegen veränderter Verhältnisse Vertragsanpassung verlangen kann.

Im Übrigen verweist das BVerwG in der Flachglas-Entscheidung (Urt. v. 05.07.1974, Az.: IV C 50.72, BVerwGE 45, 309 ff. zutreffend darauf, dass dem Planverfahren vorgeschaltete Besprechungen, Abstimmungen, Zusagen, Verträge u.a.m. geradezu unerlässlich sein können, um überhaupt sachgerecht planen und eine angemessene, effektive Realisierung dieser Planung gewährleisten zu können, dass bei solchen Vorentscheidungen der Schluss auf eine ihnen entsprechende Verkürzung des abschließenden Abwägungsvorganges nicht schlechthin zwingend sei und es denkbar sei, dass sich ein Gemeinderat trotz vorgegebener Bindungen frei entscheide und dabei zu einem Ergebnis gelange, das inhaltlich mit der Bindung übereinstimme.

Bei der oben vorgeschlagenen Ergänzung des § 2 Abs. 2 BauGB, wonach sich Gemeinden und andere öffentliche Planungsträger auch auf interkommunale Verträge zur Abstimmung städtebaulicher Planungen berufen können, wenn der Vertrag von dem je-

weiligen Gemeinderat gebilligt worden ist, lässt *Raum für diejenigen interkommunalen Verträge, welche bei der planerischen Abstimmung die Grenzen einer zulässigen Vorwegbindung nicht überschreiten*. Damit wird sichergestellt, dass sich eine planende Gemeinde über eine vertraglich abgestimmte interkommunale Konzeption nicht ohne qualifizierte Abstimmung mit den Vertragspartnern im Rahmen einer nachfolgenden Planung ohne Weiteres hinwegsetzen kann.

Förderung der Innenentwicklung durch Erleichterungen im Zusammenhang mit der Planverwirklichung?

Erweiterung des Anwendungsbereichs für die vereinfachte Umlegung?

Die vereinfachte Umlegung ist gerade für Maßnahmen der Innenentwicklung von erheblicher Bedeutung, weil damit die Eigentumsverhältnisse im Bereich unmittelbar aneinander grenzender oder in enger Nachbarschaft liegender Grundstücke oder Teile von Grundstücken untereinander getauscht oder Grundstücke, insbesondere Splittergrundstücke oder Teile von Grundstücken, einseitig zugeordnet werden können. Sie gewinnt in der Praxis gerade im Bereich der Nachverdichtung bebauter Bereiche und in Fällen der Sanierung zunehmend an Bedeutung, wo bei der bisherigen Bebauung Restflächen entstanden sind, die zweckentsprechend zugeordnet werden müssen.

In der vereinfachten Umlegung ist zweifelhaft, ab welchem Zeitpunkt diese eingeleitet werden kann. Um die *Umlegung im Parallelverfahren* durchführen zu können, reicht es im Regelverfahren der Umlegung aus,

dass die Aufstellung eines Bebauungsplans bereits beschlossen ist. Dementsprechend ist in § 47 Abs. 2 BauGB ausdrücklich vorgesehen, dass die Umlegung für den Geltungsbereich eines Bebauungsplans bereits eingeleitet werden kann, wenn der Bebauungsplan noch nicht aufgestellt ist. Gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 BauGB können aber die Vorschriften des Ersten Abschnitts nur angewendet werden, soweit die Vorschriften dieses Abschnitts dies bestimmen. § 47 Abs. 2 BauGB ist im Verfahren der vereinfachten Umlegung nicht in Bezug genommen.

Es würde also ausreichen, wenn § 82 BauGB in der Weise ergänzt würde, dass die Erörterung mit den Eigentümern und die Anhörung betroffener Beteiligter entsprechend § 47 Abs. 2 BauGB bereits nach dem Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans möglich ist.

Abgesehen davon kommt eine *Erweiterung des eingegrenzten sachlichen Anwendungsbereichs* in Betracht. Die vereinfachte Umlegung ist nämlich nur zulässig, wenn die in den §§ 45, 46 Abs. 1 BauGB geregelten Voraussetzungen vorliegen und wenn zusätzlich mit der Umlegung lediglich unmittelbar aneinander grenzende oder in enger Nachbarschaft liegende Grundstücke oder Teile von Grundstücken untereinander getauscht oder Grundstücke, insbesondere Splittergrundstücke oder Teile von Grundstücken, einseitig zugeteilt werden. Die Verfahrenserleichterungen der vereinfachten Umlegung korrespondieren im Vergleich mit dem Regelverfahren damit, dass im vereinfachten Verfahren geringere Gestaltungs-, Regelungs- und Eingriffswirkungen bei der Neuordnung ausgelöst werden.

Deshalb könnte erwogen werden, den sachlichen Anwendungsbereich der vereinfachten Umlegung weiter auszudehnen, indem der in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BauGB auf die „enge Nachbarschaft“ beschränkte Anwendungsbereich auf die Nachbarschaft ausgedehnt wird.

Gegen die beiden vorgeschlagenen Änderungen dürften erhebliche Einwände nicht vorzutragen sein; bei der Ergänzung des § 82 BauGB handelt es sich im Wesentlichen um eine Klarstellung, da das Verfahren der einfachen Umlegung ohnehin weniger formalisiert abläuft als das Regelverfahren; und bei der Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs handelt es sich lediglich um Erleichterungen, die nur dann zur Verfügung stehen, wenn im Übrigen die Voraussetzungen für die Anwendung der einfachen Umlegung vorliegen und wenn dadurch keine erheblichen Wertminderungen für die Umlegungsbetroffenen ausgelöst werden (vgl. § 80 Abs. 3 S. 2 BauGB).

Weitere instrumentelle Aspekte

Auf weitere Überlegungen (z.B. zum Thema „*Baurecht auf Zeit*“, „*vereinfachte Enteignung*“ und etwaige weitere Änderungen der „*Planerhaltungsregelungen*“) zur Weiterentwicklung des städtebaurechtlichen Instrumentariums für die Innenentwicklung der Städte ist an dieser Stelle nicht einzugehen, da diese teilweise später im Rahmen der Vierten Gesprächsrunde zu diskutieren sind.

Berliner Gespräche zum Städtebaurecht

Besonderes Städtebaurecht und Sonstiges

Thesenpapiere zur vierten Gesprächsrunde am 29. Oktober 2010 in Berlin

Elisabeth Heitfeld-Hagelgans

Überlegungen zur Weiterentwicklung des besonderen Städtebaurechts vor dem Hintergrund der Anforderungen des Klimaschutzes

Fragestellung

Nach dem Koalitionsvertrag sind der Klimaschutz und die Klimaanpassung neben der Innenentwicklung Kernfragen der Novellierungsüberlegungen zum Städtebaurecht. In der ersten Gesprächsrunde wurden die Novellierungsmöglichkeiten und Erfordernisse zum Klimaschutz und zur Klimaanpassung im allgemeinen Städtebaurecht erörtert. Dabei wurden insbesondere das Verhältnis zum Energiefachrecht, die Darstellungs- und Festsetzungsmöglichkeiten in der Bauleitplanung und die Zulässigkeitsfragen im unbeplanten Innenbereich und im Außenbereich diskutiert.

Gegenstand der heutigen Gesprächsrunde ist die Frage, inwieweit quartiersbezogene Lösungen zur klimagerechten Stadtentwicklung – unabhängig von sonstigen städtebaulichen und funktionellen Defiziten – erforderlich sind und wie die instrumentelle Umsetzung im besonderen Städtebaurecht ausgestaltet werden könnte.

Ausgangslage – Ergebnisse Workshop I

Für die heutige Diskussion sind folgende Ergebnisse der ersten Gesprächsrunde relevant:

- Im Verhältnis zum Energiefachrecht (EEWärmeG, EEG, EnEG und EnEV etc.) kommt dem Städtebaurecht vor allem die Funktion zu, die Umsetzung der fachrechtlichen Anforderungen flänierend zu unterstützen.
- Das BauGB bietet ein vielfältiges Instrumentarium, insbesondere nach den klimabezogenen Änderungen durch das EAG Bau 2004 (z. B. Festsetzungen zur Baukörperstellung zwecks optimaler Ausnutzung der Sonnenenergie, bauliche Maßnahmen zum Einsatz erneuerbarer Energien oder Freiflächen zur Bildung stadtklimatisch erforderlicher Kaltluftschneisen). Aufgabe des Bauplanungsrechts und der Bauleitplanung ist es dabei, die Umsetzung des Energiefachrechts zu ermöglichen (z. B. durch die erleichterte Zulässigkeit nachträglicher Außendämmmaßnahmen) und zu erleichtern (z. B. durch die Schaffung der räumlichen Voraussetzungen für den Einsatz von KWK-Anlagen).

- Die Bedeutung städtebaulicher Verträge für die Umsetzung klimaschutzbezogener Zielsetzungen hat sich bestätigt.
- Unterstützung fand der Vorschlag, die in § 1 Abs. 5 BauGB enthaltenen Planungsgrundsätze um den Gedanken der Klimaanpassung zu ergänzen (Klimaschutzklausel). Die Möglichkeit, Auslegungsfragen zu bestehenden klimaschutzbezogenen Vorschriften durch eine gesetzgeberische Klarstellung zu beantworten, wurde zurückhaltend beurteilt.
- Die im Bauplanungsrecht verfügbaren Möglichkeiten werden von den Gemeinden häufig nicht ausgeschöpft. Nicht nur kleinere Gemeinden sind mit der Umsetzung überfordert. Weiterhin sind die finanzielle Lage und der Personalabbau in den Gemeinden von Bedeutung. Die kommunale Praxis muss durch Anleitungen, gute Beispiele oder Arbeitshilfen unterstützt werden.

Erforderlichkeit quartiersbezogener Lösungen

- Für den Neubausektor setzt das geltende Energiefachrecht bereits jetzt hohe Standards sowohl für die energetische Qualität von Gebäuden als auch für den Einsatz erneuerbarer Energien. Eine weitere Verschärfung über die kommunale Bauleitplanung ist aus verschiedenen Gründen nicht sinnvoll (technische Komplexität überfordert die Gemeinden, ggf. Unverhältnismäßigkeit und damit Unwirksamkeit der entsprechenden Festsetzungen, Änderungsbedarf der Bebauungspläne aufgrund der Weiterentwicklungen im Energiefachrecht).

Die planungsrechtliche Sicherung z. B. von Flächen für Blockheizkraftwerke oder von Leitungsrechten erfolgt i. d. R. über den Bebauungsplan, der auch die planungsrechtliche Grundlage für die Neubebauung ist.

- Für den Gebäudebestand ist die Frage der energiefachrechtlichen Vorgaben bereits heute Gegenstand politischer Diskussionen (insbesondere Auswirkungen auf die Miethöhe). Abgesehen von den rechtlichen Unsicherheiten wäre es wohl eine Überforderung der Gemeinden, wenn diese Fragen im Rahmen der Bauleitplanung gelöst werden sollten.
- Soweit Maßnahmen zur Klimaanpassung im Bestand konsensual gelöst werden, stehen mit den städtebaulichen Verträgen und ggf. dem Vorhaben- und Erschließungsplan im Zusammenhang mit dem Durchführungsvertrag planungsrechtliche Instrumente zur Verfügung.

THESE: Unter der Prämisse des Vorrangs des Energiefachrechts ist das vorhandene planungsrechtliche Instrumentarium zur Flankierung und Umsetzung grundsätzlich ausreichend. Konsensuale Lösungen können über städtebauliche Verträge und ggf. Vorhaben- und Erschließungspläne im Zusammenhang mit Durchführungsverträgen umgesetzt werden. Im Ergebnis wird ein zwingendes Erfordernis für ein neues Instrument im besonderen Städtebaurecht zur Ermöglichung quartiersbezogener Lösungen zur klimagerechten Stadtentwicklung nicht gesehen.

Climate Improvement Districts

Im Rahmen der BauGB-Novelle 2006 wurde mit § 171 f BauGB eine Regelung für „Private Initiativen zur Stadtentwicklung“ erlassen. Der Anwendungsbereich des § 171 f BauGB ist weit gefasst („... sowie von sonstigen für die städtebauliche Entwicklung bedeutsamen Bereichen“). In der ersten Gesprächsrunde wurde auch erörtert, sogenannte Climate Improvement Districts (CID) zu ermöglichen.

- In den letzten Jahren haben verschiedene Länder Gesetze für private Initiativen erlassen. Die Mehrzahl der Länderregelungen sind sachlich und/oder räumlich eingegrenzt: Sachlich betrifft die Einschränkung Geschäfts- oder Wohnbereiche und touristische Bereiche; die räumlich Einschränkung betrifft die Innenstädte und die Nebenzentren.
- Die bisher in den Länder praktizierten Formen der privaten Initiativen haben im Wesentlichen Maßnahmen im öffentlichen Bereich durchgeführt, nicht an den privaten Gebäuden oder auf den privaten Grundstücken.
- In NRW wurden bereits vor Erlass des Gesetzes „freiwillige“ Immobilien- und Standortgemeinschaften durchgeführt, die zu einem großen Teil auch nach Erlass des Gesetzes „gesetzesfrei“ weiterarbeiten.
- Selbst bei Anwendung der gesetzlichen Regelung erlaubt der konsensuale Ansatz bei den privaten Initiativen (Stichwort: Widerspruchsquorum) nicht, Grundstücksinanspruchnahmen oder -beschränkungen durchzusetzen.

THESE: Die bundesrechtlichen Regelung in § 171 f BauGB ist ausreichend, auch für so genannte Climate Improvement Districts. Ein konkreter Anwendungsbereich ist noch wenig fassbar.

Städtebauliche Maßnahme „Klimagerechte Stadterneuerung“

- Die Abgrenzung von Gebieten für quartiersbezogene Lösungen zur klimagerechten Stadtentwicklung sollte grundsätzlich unabhängig von sonstigen städtebaulichen und funktionellen Defiziten erfolgen. Auch nach abgeschlossenen Sanierungsmaßnahmen oder Stadtumbaumaßnahmen stellt sich die Frage, ob die jeweiligen Gebiete mittel- und langfristig zukunftsfähig sind.
- Im besonderen Städtebaurecht steht den Gemeinden mit den städtebaulichen Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen ein umfangreiches Instrumentarium zur Verfügung. Oftmals bedarf es dieser Instrumente jedoch nicht oder nicht in vollem Umfang. Die Bestimmungen über den Stadtumbau geben den Gemeinden die rechtlichen Grundlagen auch in solchen Gebieten, in denen das aufwändige Sanierungsinstrumentarium nicht erforderlich ist. Konsensuale Regelungen und vertragliche Regelungen haben dabei eine besondere Bedeutung.
- Die städtebauliche Maßnahme „Klimagerechte Stadterneuerung“ könnte analog zu den Regelungen des Stadtumbaus ausgestaltet werden. Dies betrifft insbesondere folgende Punkte:
 - Das Entwicklungskonzept mit seinem Ansatz einer umfassenden Be-

teilung und Abwägung wäre eine geeignete Grundlage für ein Handlungsprogramm der klimagerechten Stadterneuerung. Ergänzt werden sollte auch die Beratung der betroffenen Eigentümer über Maßnahmen zur Energieeinsparung und zur Nutzung erneuerbarer Energien.

- Auch das bei den Stadtumbaumaßnahmen vorgesehene konsensuale Zusammenwirken auf der Grundlage städtebaulicher Verträge wäre für die Maßnahmen zur klimagerechten Stadtentwicklung gut geeignet.

THESE: Wenn quartiersbezogene Lösungen zur klimagerechten Stadtentwicklung – unabhängig von sonstigen städtebaulichen und funktionellen Defiziten - im besonderen Städtebaurecht aufgenommen werden sollen, dann sollte geprüft werden, inwieweit die Regelungen zum Stadtumbau für die städtebauliche Maßnahme „Klimagerechte Stadterneuerung“ übernommen werden können.

Norbert Meißner

Massentierhaltung als Gegenstand der städtebaulichen Planung

Was ist Massentierhaltung?

„Intensivtierhaltung, auch Intensive Tierhaltung, Massentierhaltung oder landlose Tierproduktion, bezeichnet die technisierte Viehhaltung meist nur einer Tierart in Großbetrieben zur Gewinnung möglichst vieler tierischer Produkte. Die intensive Tierhaltung unterscheidet sich von der extensiven Tierhaltung durch eine geringere Flächennutzung und stärkere Nutzung anderer Produktionsfaktoren. Die FAO definiert intensive Tierhaltung als Systeme, in denen weniger als 10 % der Futtertrockenmasse dem eigenen Betrieb entstammt und in denen die Besatzdichte 10 Großvieheinheiten pro Hektar betrieblicher landwirtschaftlicher Nutzfläche übersteigt. Da im Ökolandbau deutlich niedrigere Viehbesatzdichten vorgeschrieben sind, zählt die ökologische Viehhaltung zu den extensiven Systemen.“ (Quelle: Wikipedia, Stichwort Intensivtierhaltung)

Nach dieser Definition würde eine Tierhaltung auf überwiegend eigener Futtergrundlage i.S.d. § 201 BauGB unabhängig von der Größe des einzelnen Betriebs den Begriff der Massentierhaltung nicht erfüllen. Allerdings können

- auch große landwirtschaftliche Tierhaltungen städtebaulich relevante Probleme aufweisen,

- auch große nicht-landwirtschaftliche Tierhaltungen städtebaulich unproblematisch sein.

Eine Kopplung der Definition an die Schwellen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbefähigung nach der 4. BImSchV erscheint zwar zunächst naheliegend. Allerdings gibt es auch bei deutlich kleineren Betriebsgrößen Immissionsschutzprobleme, Bürgerinitiative, Nachbarklagen usw. Daher muss man wohl davon ausgehen, dass der Begriff letztlich nicht eindeutig gefasst werden kann.

Daher werden im Folgenden unter Massentierhaltung bzw. Intensivtierhaltung durch landwirtschaftliche oder gewerbliche Betriebe gehaltene große Tierbestände verstanden, die insbesondere im Hinblick auf von ihnen verursachte Geruchsmissionen besondere Probleme aufweisen können.

Intensivtierhaltungen können nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert sein als

- landwirtschaftliche Tierhaltungsbetriebe (Nummer 1) oder
- gewerbliche Tierhaltungsbetriebe (Nummer 4).

Warum ist Intensivtierhaltung problematisch?

Im Zusammenhang mit der Massentierhaltung werden in der allgemeinen Wahrnehmung folgende Probleme diskutiert:

- Tierschutzfragen,
- Verbreitung von Krankheitserregern durch das enge Zusammenleben der Tiere,
- Entstehen von Antibiotikaresistenzen,
- Grundwasserbelastung durch tierische Abgänge,
- Belastung der Umgebung durch Luftschadstoffe,
- Geruchsimmissionen.

Diese Fragen sind nicht Gegenstand des Städtebaurechts sondern im Fachrecht zu lösen. Hier ist zu entscheiden, ob es sich tatsächlich um Probleme handelt und ob ihnen durch Bestandsobergrenzen (ggf. in Abhängigkeit von der Größe der betriebszugehörigen Flächen), durch Abstandsvorschriften oder durch technische Vorkehrungen Rechnung zu tragen ist.

Städtebaulich relevant sind Intensivtierhaltungen dagegen, wenn durch sie die Entwicklungsmöglichkeiten einer Gemeinde beschränkt werden. Intensivtierhaltungen in der Nähe des bebauten Bereichs können aufgrund der von ihnen verursachten Immissionen eine bauliche Entwicklung in ihre Richtung beeinträchtigen oder ausschließen. Je größer die Zahl der benachbarten Intensivtierhaltungen ist, umso mehr werden Entwicklungsmöglichkeiten vollständig aufgehoben.

Neben dieser unmittelbaren Beeinträchtigung der Gemeindeentwicklung kann eine Vielzahl von Intensivtierhaltungen die Eignung des Außenbereichs als Erholungsraum stören und eine potentielle touristische Entwicklung beeinträchtigen.

Jedenfalls ist festzustellen, dass die Probleme unabhängig davon entstehen, ob es sich um landwirtschaftliche oder gewerbliche Intensivtierhaltungen handelt.

Kann Intensivtierhaltung durch die Bauleitplanung gesteuert werden?¹

Steuerung durch Flächennutzungsplanung

„Verplanung“ der Flächen für andere Nutzungen

Darstellungen im Flächennutzungsplan können privilegierten Nutzungen entgegenstehen, wenn sie hinreichend konkrete standortbezogene Aussagen enthalten. Damit würde eine Darstellung einer Fläche z. B. als Sonderbaufläche für andere Nutzungen oder als Fläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft nach § 5 Abs. 2 Nr. 10 BauGB der Errichtung einer Anlage zur Intensivtierhaltung an dieser Stelle entgegenstehen.

¹ Im Folgenden wird nicht gesondert darauf eingegangen, dass bei einer Steuerung durch Bauleitplanung wie bei jeder Bauleitplanung die allgemeinen Anforderungen wie

- ordnungsgemäße Ermittlung des Abwägungsmaterials (insbesondere vorhandene Intensivtierhaltungen, zu erwartende Neu- und Erweiterungsanträge),
- ordnungsgemäße Abwägung
- Umweltprüfung

beachtet werden müssen.

Unabhängig von der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein hinreichend konkreter Standortbezug gegeben ist, können durch entsprechende Darstellungen aber allenfalls einzelne Flächen für Intensivtierhaltungen gesperrt werden. Eine umfassende Steuerung ist auf diesem Weg nicht möglich.

Konkrete Flächenzuweisung

Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 steht die Ausweisung von Flächen für privilegierte Vorhaben als Darstellung im Flächennutzungsplan oder – unter der Voraussetzung der Raumbedeutung entsprechender Anlagen – als Ziele der Raumordnung in der Regel einer Errichtung an anderer Stelle entgegen.

Dieser Planvorbehalt gilt nur für Vorhaben i. S. d. § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB. Durch Darstellung von Flächen für Intensivtierhaltungen können daher nur solche Anlagen auf bestimmte Standorte gelenkt werden, deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit sich nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB beurteilt.

Soweit städtebauliche Probleme in einer Gemeinde durch Intensivtierhaltungen mitverursacht werden, die i. S. d. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB Teil eines landwirtschaftlichen Betriebs sind, kann die Flächennutzungsplanung zwar einen Beitrag zur Minderung dieser Probleme leisten, nicht aber eine abschließende Lösung.

Denkbar wäre aber, entsprechend der Empfehlung der Unabhängigen Expertenkommission zur Novellierung des Baugesetzbuchs vom August 2001 (Bericht, Rn. 234, 235) in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Worte „Nr. 2 bis 6“ zu streichen, um den Planvorbehalt auf landwirtschaftliche Tierhaltun-

gen auszudehnen. Die Akzeptanz dieser Änderung ist allerdings fraglich.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass bei der Ausweisung von Vorrangflächen für Intensivtierhaltungen zwar die außerhalb dieser Flächen liegenden Gebiete von entsprechenden Anlagen freigehalten würden. Auf der anderen Seite würden Intensivtierhaltungen auf die ausgewiesenen Gebiete konzentriert mit dem Risiko, dass sich bestimmte unter 2 genannte Risiken möglicherweise verstärken. Auch wären die möglichen Auswirkungen auf agrarstrukturelle Verhältnisse zu bedenken.

Des Weiteren dürfte die Darstellung von Konzentrationszonen jedenfalls in Gemeinden mit umfangreichen Ansiedlungsinteressen die Probleme aufwerfen, die auch bei der Steuerung der Windenergieanlagen bestehen. Der Nutzung müsste auf Grundlage eines umfassenden städtebaulichen Gesamtkonzepts substantiell Raum verschafft werden. Anders als bei Windkraftanlagen kann dabei nicht davon ausgegangen werden, dass potentielle Betreiber die jeweils technisch größtmögliche Anlagenart wählen sondern es müsste wohl den unterschiedlichen Strukturen von Intensivtierhaltungen Rechnung getragen werden. Auf der anderen Seite dürfte bei bereits bestehender Problemlage der Schwerpunkt der Flächendarstellung auf die Erweiterung bestehender Standorte gelegt werden können.

Darstellung von Belastungsgebieten

Anders als bei der Darstellung von Konzentrationszonen würden durch die Darstellung von Belastungsgebieten Anlagen der Intensivtierhaltung nicht auf bestimmte Standor-

te konzentriert sondern bestimmte Standorte von ihnen freigehalten.

Die Unabhängige Expertenkommission hatte die Aufnahme einer entsprechenden Darstellungsmöglichkeit in das Baugesetzbuch empfohlen (Bericht, Rn. 240 ff.). Die Darstellung sollte möglich sein, wenn in der Gemeinde oder Teilen davon wegen der hohen Viehdichte und der damit verbundenen Massierung von Stallanlagen die städtebauliche Entwicklung gestört oder die Funktion des Außenbereichs als weitgehend unbebautes Gebiet erheblich beeinträchtigt ist.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sah in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Regelung vor, nach der öffentliche Belange einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegenstehen, wenn an der entsprechenden Stelle eine Belastungsfläche dargestellt ist.

Im Planspiel zur BauGB-Novelle 2004 hatten sich der Landkreis und die Stadt Cloppenburg gegen diese Darstellungsmöglichkeit gewandt. Die Feststellung, in einem Bereich gebe es eine massive Fehlentwicklung, sei kaum vermittelbar. Das Gleiche gelte für den Umstand, dass nur gewerblich landwirtschaftliche Betriebe diese Feststellung begründen dürften. Da die Darstellung landwirtschaftliche Tierhaltungsanlagen nicht ausschließe, könne die Steuerungsmöglichkeit unterlaufen werden.

Der Deutsche Bundestag hat den Vorschlag aus folgenden Gründen abgelehnt:

„Die Gemeinden können auf der Ebene des Flächennutzungsplans die bisher schon bestehenden Darstellungsmöglichkeiten nutzen

und im Rahmen der Ausweisung von Sondergebieten im Bebauungsplan Festsetzungen treffen, die städtebaulich nicht vertretbare Belastungen vermeiden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass schon nach dem geltenden § 5 Abs. 2 Nr. 6 BauGB die Darstellung von Nutzungsbeschränkungen im Flächennutzungsplan zulässig ist. Solche Darstellungen können z.B. nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB Bedeutung erlangen, um Konflikte zu vermeiden, wenn in einem Teil des Außenbereichs, der an ein Wohngebiet angrenzt, oder in einem Teil des Außenbereichs, der bereits hoch emissionsbelastet ist, weitere stark emittierende Anlagen (wie unter Umständen gewerbliche Tierhaltungsanlagen) errichtet werden sollen.“²

Der im Planspiel vorgebrachte Alternativvorschlag, eine Darstellungsmöglichkeit für Schutzflächen zu schaffen, auf denen Tierhaltungsanlagen aus städtebaulichen Gründen nicht zulässig sind, dürfte sich als unzulässige Negativplanung darstellen.

Steuerung durch indirekt wirkende Darstellungen

Nach § 5 Abs. 2 Nr. 6 BauGB können Flächen für Nutzungsbeschränkungen oder für Vorkehrungen zum Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes dargestellt werden.

So können z. B. auf Flächen für die Landwirtschaft zum Schutz vorhandener oder geplanter Wohnbauflächen auch bestimmte Flächen festgesetzt werden, auf denen Anlagen der Intensivtierhaltung unzulässig sein sollen. Zulässig ist auch die Festlegung von Grenzwerten, die das Emissionsverhal-

² Drucksache 15/2996

ten der vorgesehenen Anlagen und Betriebe regeln³.

Diese Darstellungen würden sowohl für landwirtschaftliche als auch für gewerbliche Intensivtierhaltungen gelten. Damit können jedenfalls konkrete Entwicklungsziele der Gemeinde geschützt werden.

Steuerung durch Bebauungsplan

Steuerung durch Flächenzuweisung

Die Gemeinde kann durch einen oder mehrere Bebauungspläne, die ihren Außenbereich ganz oder teilweise erfassen, die Zulässigkeit von Intensivtierhaltungsanlagen abschließend regeln. Der Bebauungsplan kann sowohl landwirtschaftliche als auch gewerbliche Intensivtierhaltungsanlagen steuern⁴.

Die Erforderlichkeit einer Bebauungsplanung wird jedenfalls dann gegeben sein, wenn aufgrund vorhandener Intensivtierhaltungsanlagen oder zu erwartender Neuanträge die unter 2 genannten städtebaulichen Probleme bereits bestehen oder zu erwarten sind. Im Hinblick auf die Ausschlusswirkung des Bebauungsplans, die jedenfalls bei einem flächendeckenden Geltungsbereich entstehen würde, dürften die gleichen Gesichtspunkte gelten wie bei der Ausweisung von Konzentrationszonen durch Flächennutzungsplanung (vgl. 3.1.2).

Als Baugebietsfestsetzung werden vorrangig Sondergebiete für Tierhaltungsanlagen

in Betracht kommen. Um unproblematische Kleinanlagen nicht unnötigerweise dem Steuerungsregime zu unterwerfen, könnten diese nach § 31 Abs. 1 BauGB als Ausnahme zugelassen werden.

Im Hinblick auf die Sicherung der Bauleitplanung durch Zurückstellung von Baugesuchen oder Veränderungssperre (einschließlich ggf. nach § 15 Abs. 3 BauGB) weist der Bebauungsplan keine Besonderheiten auf. Das bedeutet auch, dass die Bebauungsplanung aus Anlass eines konkreten Bauantrags eingeleitet werden kann.

Neben der konkreten Standortzuweisung kann eine Steuerung durch Bebauungsplan auch in der Weise erfolgen, dass für einzelne Flächen Festsetzungen z. B. nach § 9 Abs. 1 Nr. 10, Abs. 1a BauGB getroffen werden, die eine Bebauung ganz oder teilweise ausschließen.

Weitere Möglichkeiten der Steuerung durch Bebauungsplan

Neben einer konkreten Flächenzuweisung bestehen auch auf der Bebauungsplanebene die unter 3.1.1 und 3.1.4 dargestellten Möglichkeiten.

Sollte Massentierhaltung durch die Bauleitplanung gesteuert werden müssen?

„Indirekte“ Entprivilegierung

Planungsbedürfnis

Das Bundesverwaltungsgericht hat das Planungsbedürfnis als einem privilegierten Vorhaben entgegenstehenden Belang bisher eher zurückhaltend betrachtet.

³ BVerwG, 18.08.2005, 4 C 13.04 (zitiert nach LexisNexis)

⁴ OVG Niedersachsen, 07.10.2005, 1 KN 297/04, OVG Niedersachsen, 08.12.2009 - 1 KN 355/07, zitiert nach LexisNexis

In der die Errichtung einer Windkraftanlage betreffenden Entscheidung vom 11.08.2004 (4 B 55.04, zitiert nach Lexis-Nexis) hat es diese Frage aber anders als im Beschluss vom 27.06.1983 (4 B 201/82) wieder offen gelassen indem es ausgeführt hat:

„Nach dem Stand der Rechtsprechung hängt es im Wesentlichen vom Umfang des Vorhabens ab, ob eine Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB ohne eine verbindliche Bauleitplanung öffentliche Belange beeinträchtigt. Dabei kommt es darauf an, in welcher Weise sich ein beabsichtigtes Vorhaben in seiner Substanz und in seinen Auswirkungen in die vorhandene Umgebung einfügt. Das Erfordernis der Planbedürftigkeit muss im Einzelfall nach Lage der Dinge konkretisiert werden. Mehrere Gesichtspunkte können dafür ausschlaggebend sein. Ob ein Vorhaben planerischer Steuerung bedarf, wird zunächst davon abhängen, welche Probleme die Einordnung des Vorhabens in seine Umgebung aufwirft. Dafür geben die in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB benannten öffentlichen Belange bereits wichtige Merkmale. Auch der in § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB betonte Gesichtspunkt der Raumbedeutsamkeit verweist mittelbar auf eine erforderliche planerische Koordinierungsnotwendigkeit. Lässt sich die Koordination der Belange sachgerecht letztlich nur im Wege einer Abwägung sicherstellen, so ist dies auch ein hinreichendes Anzeichen für bodenrechtlich relevante Auswirkungen, die geeignet sind, ein Planungsbedürfnis auszulösen.“

Jedenfalls dann, wenn durch eine Vielzahl von Anlagen der Intensivtierhaltung Entwicklungsmöglichkeiten einer Gemeinde beschränkt oder sogar konkrete Entwicklungsziele gefährdet werden, dürften An-

zeichen für ein Planungsbedürfnis bestehen.

Entprivilegierung durch Flächenausweisung

Gewerbliche Intensivtierhaltungen sind nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht deswegen privilegiert, weil sie wegen ihrer nachteiligen Auswirkungen nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen sondern nur dann, wenn sie wegen dieser Auswirkungen nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen.

Nach der Rechtsprechung kommt es bei diesem Privilegierungstatbestand auch darauf an, ob in der konkreten Gemeinde Standorte im bebauten Bereich oder in Bebauungsplangebietten zur Verfügung stehen.

Damit kommt eine Entprivilegierung gewerblicher Intensivtierhaltungen in der jeweiligen Gemeinde in Betracht, soweit diese durch die Aufstellung von Bebauungsplänen Flächen für Intensivtierhaltungen zur Verfügung stellt⁵. Nicht maßgeblich wäre dabei wohl, ob tatsächlich noch bebaubare Flächen zur Verfügung stehen, soweit jedenfalls die Ausweisung dieser Flächen abwägungsfehlerfrei erfolgt ist.

Änderung der Privilegierungstatbestände

Entprivilegierung von Anlagen der Intensivtierhaltung

Bei einer Entprivilegierung von Anlagen der Intensivtierhaltung wären diese ohne bauleitplanerische Entscheidung nur noch als sonstige Vorhaben zulässig. Da regelmäßig öffentliche Belange beeinträchtigt

⁵ vgl. hierzu Söfker, NVwZ 2008, 1273

sein dürften, wären die Anlagen nur noch nach Maßgabe einer gemeindlichen Bauleitplanung zulässig. Da die unter 2 beschriebenen städtebaulich relevanten Probleme sowohl durch landwirtschaftliche als auch durch gewerbliche Intensivtierhaltungsanlagen verursacht werden können, könnte dieses Ziel aber nur dann erreicht werden, wenn eine Entprivilegierung für alle Arten von Intensivtierhaltungen gelten würde.

Die Akzeptanz einer Rechtsänderung mit dem Ziel der Entprivilegierung auch für landwirtschaftliche Intensivtierhaltungen erscheint allerdings fraglich.

Würde man dagegen die Entprivilegierung auf gewerbliche Intensivtierhaltungsanlagen beschränken, würde zum Einen das Steuerungsziel nicht erreicht und zum anderen die Gefahr des Unterlaufens dieser Einschränkung bestehen.

Beschränkung der Privilegierung auf Intensivtierhaltungen im Zusammenhang mit landwirtschaftlichen Betrieben

Im Gegensatz zu der unter 4.2.1 beschriebenen Variante könnte überlegt werden, Anlagen der Intensivtierhaltung nur dann zu privilegieren, wenn sie mit einem landwirtschaftlichen Betrieb im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB zu verknüpft sind. Damit würden zumindest Vollzugsprobleme im Hinblick auf die Prüfung der eigenen Futtergrundlage i. S. d. § 201 BauGB vermieden.

Allerdings würde man dann einen einheitlichen Betrieb gedanklich in zwei Betriebe aufspalten. Insbesondere bei der Erweiterung eines Betriebsteils bzw. der Errichtung von Nebenanlagen für einen Betrieb wür-

den neue Vollzugsproblemen bereits bei der Frage entstehen, ob eine Feldscheune bauordnungsrechtlich verfahrensfrei ist, weil sie einem landwirtschaftlichen Betrieb dient oder baugenehmigungsbedürftig, weil sie Teil einer gewerblichen Tierhaltungsanlage ist.

Beschränkung der Privilegierung von Intensivtierhaltungen auf kleinere Anlagen

Denkbar wäre, Tierhaltungsanlagen, die einer UVP-Pflicht oder einer UVP-Vorprüfungspflicht unterliegen oder nach der 4. BImSchV genehmigungsbedürftig sind, von einer Privilegierung auszunehmen.

Für diese Lösung würde sprechen, dass jedenfalls Anlagen mit potentiell höheren nachteiligen Umweltauswirkungen nur in Abhängigkeit von den bauleitplanerischen Entscheidungen der Gemeinde zulässig wären.

Diese Beschränkung der Privilegierung könnte auch landwirtschaftliche Intensivtierhaltungen erfassen, da § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB zeigt, dass dem Baugesetzbuch eine größenmäßige Beschränkung der Privilegierung landwirtschaftlicher Betriebsteile nicht fremd ist.

Gegen diese Lösung sprechen aber folgende Gesichtspunkte:

- Grenzwerte führen allgemein dazu, dass Anlagen – unter Umständen mehrfach – knapp unterhalb des Grenzwerts geplant und errichtet werden. Eine Großanlage würde dadurch auf mehrere Kleinanlagen mit letztlich größeren

Problemen für die gemeindliche Entwicklung aufgeteilt.

- Die Beschränkung könnte dadurch umgangen werden, dass zunächst eine Anlage bis zum Grenzwert errichtet wird und nach einiger Zeit ein Bauantrag für eine Erweiterung eingereicht wird. Soweit die Erweiterung maßvoll ist, könnte sie in vielen Fällen nach § 35 Abs. 2 und/oder 4 BauGB zulässig sein. Mehrfache Erweiterungen wären möglicherweise nicht zu verhindern.
- Die Anlagen, die die Diskussion zu städtebaulichen Problemen der Intensivtierhaltung ausgelöst haben, erreichen vielfach nicht die entsprechenden Größenordnungen. Die diskutierte Größengrenzung wäre daher insoweit wirkungslos.

Fazit

Das geltende Recht erlaubt die planerische Steuerung

- von landwirtschaftlichen und gewerblichen Intensivtierhaltungen durch Bebauungspläne
- von gewerblichen Intensivtierhaltungen auch durch Flächennutzungsplan.

Eine Entprivilegierung von Anlagen der Intensivtierhaltung würde die städtebaulichen Probleme der betroffenen Gemeinden nicht lösen. Sie ist nicht erforderlich, da eine planerische Steuerung möglich ist.

Prof. Dr. Wilhelm Söfker

„Repowering“ erleichtern und besser steuern

Vorbemerkungen

Im Workshop I am 11. Juni 2010 wurde auch das Thema Windenergie einschließlich Repowering mitbehandelt. Überlegungen für gesetzgeberische Maßnahmen wurden dabei jedoch nicht erörtert.

In dem Thesenpapier für den Workshop I war ausgeführt:

Windenergieanlagen

Die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB kombiniert mit der planerischen Steuerung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat sich bewährt und bedarf keiner Änderungen.

Erläuterung: Diese seit 1997 geltenden Regelungen sind inzwischen Gegenstand einer großen Zahl von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts, gewesen. Die Auslegungsfragen sind damit auch in den Einzelheiten im Wesentlichen geklärt, so dass die Regelungen in der Praxis rechtssicher angewandt werden können. Klarstellender Regelungen bedarf es daher nicht.

Das Repowering von Windenergieanlagen (Ersetzung von Altanlagen durch neue Leistungsstarke Windenergieanlagen in der Regel verbunden mit einer Neuordnung der

Standorte der Windenergie) erfolgt auf der Grundlage des geltenden Rechts.

Erläuterung: Die für das Repowering erforderlichen planungsrechtlichen und sonstigen Maßnahmen sind auf Grund eines Forschungsprojekts des BMU in der vom Deutschen Städte- und Gemeindebund im September

2009 herausgegebenen Dokumentation „Repowering von Windenergieanlagen – Kommunal Handlungsmöglichkeiten“ dargelegt. Sie werden jetzt von der Praxis aufgegriffen.

Bei der Steuerung der Standorte für die Windenergie und die Planungen im Zusammenhang mit dem Repowering können die oben zu 2. behandelten Planungsgrundsätze unterstützenden Bedeutung erlangen.

Inzwischen hat die Bundesregierung am 28. September 2010 ein Energiekonzept beschlossen. Darin ist unter A. (Erneuerbare Energien als eine tragende Säule zukünftiger Energieversorgung) 3. (Ausbau der Onshore – Windenergie) ausgeführt:

Wir wollen außerdem im Bau- und Planungsrecht erforderliche und angemessene Regelungen zur Absicherung des Repowering treffen. Dabei müssen die bestehenden Mitwirkungsrechte der Kommunen erhalten werden.

Dies gibt Veranlassung zu prüfen, welche gesetzlichen Regelungen zur Absicherung des Repowering von Windenergieanlagen in Betracht gezogen werden könnten. Dazu wird im Folgenden dargelegt,

- welches Modell des Repowering von Windenergieanlagen im Rahmen des geltenden Systems des Bau- und Planungsrecht in der Praxis angewandt wird (dazu unten 2.),
- an welchen Stellen eine rechtliche Absicherung und Erleichterung in Betracht gezogen werden könnte (dazu unten 3.).

Die Anforderungen und Merkmale des Repowering

Die Anforderungen und Merkmale des Repowering lassen sich zusammengefasst wie folgt umschreiben:

Das der Praxis empfohlene Modell¹ des Repowering von Windenergieanlagen, d. h. die Ersetzung älterer Windenergieanlagen durch neue leistungsstarke Anlagen, geht von den für die bauplanungsrechtliche Beurteilung von Windenergieanlagen wesentlichen Merkmalen aus:

- die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) und
- der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB („Öffentliche Belange stehen einer Windenergieanlage im Außenbereich in der Regel entgegen, soweit hierfür durch Darstellung im Flächennut-

zungsplan oder als Ziel der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist“).

Das Repowering von Windenergieanlagen ist dabei in der Regel durch folgende Ziele geprägt:

- Neuordnung der Standorte, z. B. „Aufräumen der Landschaft“, Optimierung der Standorte der Windenergie, und
- Ausweisung neuer Standorte für moderne, leistungsstarke Windenergieanlagen.

Die planungsrechtliche Unterstützung und Absicherung des Repowering umfasst im Rahmen des Planungsrechts zwei zentrale Anforderungen:

- (1) Die Errichtung von bestimmten neuen leistungsstarken Windenergieanlagen muss planungsrechtlich zulässig und damit genehmigungsfähig sein.
- (2) Im Zusammenhang mit der Errichtung der neuen Windenergieanlagen müssen bestimmte Altanlagen beseitigt werden.

Aus der Anforderung (1) folgt: Oftmals ist eine Änderung des Flächennutzungsplans und – sofern ein Bebauungsplan mit der Festsetzung eines Sondergebiets „Windenergie“ vorhanden ist – auch dessen Änderung erforderlich. (Ähnliches gilt für entsprechende Raumordnungspläne – Regionalpläne.)

Aus der Anforderung (2) folgt: Es entspricht dem Konzept des Repowering, dass mit der Errichtung neuer Windenergieanlagen Altanlagen ersetzt, d. h. stillgelegt und rückgebaut werden. Werden aus Anlass des Repowering im Rahmen der Raumordnungs- und Flächennutzungsplanung die planungsrechtlichen Grundlagen für die

¹ Im Einzelnen dargelegt in der Dokumentation Nr. 94 des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Repowering von Windenergieanlagen – kommunale Handlungsmöglichkeiten“, Bonn, 2009.

neuen Windenergieanlagen geschaffen, kommt es auch auf die Sicherung des Repowering an. D. h. schon im Zusammenhang mit der Raumordnungs- oder Bauleitplanung kommt es regelmäßig darauf an, die Errichtung neuer Windenergieanlagen mit Stilllegung und Rückbau der Altanlagen rechtlich zu verknüpfen, also „verbindlich“ zu machen. Dazu gibt es nach geltendem Recht folgende Möglichkeiten:

- Aufstellung eines „Bebauungsplans für das Repowering“; in ihm wird festgesetzt, dass die nach dem Bebauungsplan (Sondergebiet für die Windenergie) vorgesehenen
- Windenergieanlagen erst zulässig sind, wenn zugleich bestimmte Altanlagen stillgelegt und rückgebaut werden (Anwendung des § 9 Abs. 2 BauGB);
- Kombination von Flächennutzungsplanung mit städtebaulichem Vertrag;
- auch eine Kombination von Bebauungsplan und Raumordnungsplan mit städtebaulichem bzw. raumordnerischem Vertrag.

Rechtliche Absicherung/Erleichterung des Repowering

Allgemeines

Die nachfolgenden Überlegungen gehen von der unter 2. dargestellten bauplanungsrechtlichen Struktur der Zulässigkeit von Windenergieanlagen und der Steuerung ihrer Standorte aus.

Eine Änderung dieser Struktur halte ich nicht für geboten und – wegen der weitreichenden und großzügigen planungsrechtlichen Zulässigkeitsregelungen zugunsten

der Windenergie (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB), der Position der Planungsträger, insbesondere der Planungszuständigkeit der Gemeinden für die Bauleitplanung (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB), und der inzwischen durch die Rechtsprechung gewonnenen Rechtssicherheit – auch nicht für vertretbar.

Rechtsunsicherheit bei Änderung und Ergänzung von Bauleitplänen

Aus Gründen des Repowering ist oftmals eine Änderung oder Ergänzung der Bauleitpläne erforderlich (s. oben zu 2.). In der Praxis ist dabei eine Zurückhaltung der Gemeinden auf Grund von Rechtsunsicherheit zu beobachten. Im Kern geht es um die Frage, ob und inwieweit es möglich ist, die bisherigen Ausweisungen vor allem in den Flächennutzungsplänen für die Windenergie für die Zwecke des Repowering rechtssicher zu ändern oder zu ergänzen, auch ohne die bisherigen Ausweisungen in Frage zu stellen. So wird vorgetragen:

- Erforderlich sei, das von der Rechtsprechung geforderte Konzept für die Ausweisung von Standorten für die Windenergie insgesamt neu aufzustellen;
- die nachträgliche Ausweisung zusätzlicher Flächen, durch die der Windenergie mehr Möglichkeiten gegeben werden sollen, sei ein Eingeständnis der unzureichenden bisherigen Ausweisungen.

Aus diesen Gründen haben die Gemeinden erhebliche Sorge, dass nicht nur die wegen des Repowering vorzunehmenden Änderungen und Ergänzungen der Flächennutzungspläne, sondern auch die bisherigen Ausweisungen wieder in Frage gestellt und

Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen gemacht werden.

Dem könnte zwar nach geltendem Recht einiges entgegen gehalten werden, insbesondere dass die Gemeinden erhebliche planerische Spielräume bei der Ausweisung von Flächen für die Windenergie haben, sofern im Ergebnis der Windenergie in substantieller Weise Möglichkeiten gegeben werden². Daraus ließe sich folgern, dass die Gemeinden in einem weiteren Schritt, vor allem aus Gründen des Repowering, nicht gehindert sind, zusätzliche Flächen auszuweisen und dass dadurch das Konzept, das den bisherigen Ausweisungen zu Grunde liegt, nicht in Frage gestellt wird.

Diese Fragen sind aber bezogen auf die für das Repowering typischen Fallgestaltungen bisher nicht von der Rechtsprechung geklärt worden. Um die Rechtsunsicherheit für diese aktuell in den Vordergrund gerückte Aufgabe zu beseitigen, könnte daher eine Sonderregelung im BauGB überlegt werden, die sich inhaltlich wie folgt umschreiben lässt:

Für den Fall, dass in einem Flächennutzungsplan zusätzliche planungsrechtliche Grundlagen für die Windenergie geschaffen werden, können Einwände dagegen nicht mit dem Hinweis geltend gemacht werden, die vorhandenen oder die zusätzlichen Darstellungen würden im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 nicht genügend Flächen für die Windenergie („der Windenergie wird nicht substantiell Raum geschaffen“) ausweisen.

Eine solche Regelung sollte dann auch für Bebauungspläne mit Festsetzungen z. B. von Sondergebieten für die Windenergie entsprechend gelten, die aus den Darstellungen des Flächennutzungsplans entwickelt sind oder werden.

Pflicht zur Ersetzung von Altanlagen

Wie oben (2.) dargelegt, gehört es in der Regel zum Konzept der Planung, dass im Zusammenhang mit der Erweiterung der planungsrechtlichen Grundlagen für neue Windenergieanlagen Altanlagen beseitigt werden. Der Rückbau von Altanlagen muss daher in der Regel auch verbindlich gemacht werden. In der erwähnten Dokumentation des Deutschen Städte und Gemeindebundes ist hierfür dargelegt:

- Die Aufstellung des „Bebauungsplans für das Repowering“. Dabei wird die in 2004 eingeführte Festsetzungsmöglichkeit des § 9 Abs. 2 BauGB genutzt (im Bebauungsplan vorgesehene Windenergieanlagen sind zulässig, wenn bestimmte Altanlagen beseitigt werden).
- Wird diese Festsetzungsmöglichkeit nicht genutzt, kommt nur eine „Verbindlichmachung“ im Rahmen von Vereinbarungen in einem städtebaulichen Vertrag in Betracht. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Flächennutzungsplanung (Darstellung von Standorten für die Windenergie, auch zum Zwecke der Steuerung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB): Ein solcher Flächennutzungsplan wird erst in Kraft gesetzt, wenn mit den Beteiligten (Investoren der neuen Windenergieanlagen, Betreiber der Altanlagen usw.) eine

² Vgl. dazu zuletzt: BVerwG, Beschl. vom 15.9.2009 – 4 BN 25.09 – und Urt. vom 22.5.2010 – 4 C 7.09 –.

Vereinbarung abgeschlossen worden ist.

Der Abschluss von städtebaulichen Verträgen oder die Aufstellung eines „Bebauungsplans für das Repowering“ kann sich in der Praxis als recht aufwändig darstellen, auch in zeitlicher Hinsicht. Zu überlegen ist daher eine Übertragung der Regelung für Zwecke des Repowering von Windenergieanlagen, also für das Verbindlichmachen des Repowering durch Darstellungen im Zusammenhang mit Darstellungen im Flächennutzungsplan im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Eine solche Regelung hätte zum Inhalt:

Die Darstellung von Standorten für die Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann verbunden werden mit der Bestimmung, dass die nach den Darstellungen vorgesehene Zulässigkeit von Windenergieanlagen davon abhängt, dass bestimmte Altanlagen beseitigt (rückgebaut) werden.

Teil-Flächennutzungspläne (§ 5 Abs. 2b BauGB)

In 2004 wurden in § 5 Abs. 2 b BauGB die Rechtsgrundlagen für den sogen. Teil – Flächennutzungsplan eingeführt. Sie lautet:

Für Darstellungen des Flächennutzungsplans mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB können sachliche Teilflächennutzungspläne aufgestellt werden.

Die Zurückhaltung der Praxis bei Nutzung dieses Instruments namentlich bei der Steuerung von Windenergieanlagen ist auch auf Rechtsunsicherheit bezüglich folgender, bisher nicht – soweit ersichtlich –

durch Rechtsprechung geklärter Auslegungsfragen zurückzuführen:

Der Vorschrift könnte entnommen werden, dass Teil-Flächennutzungspläne nur aufgestellt werden könnten, wenn sie allein Darstellungen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB enthalten, d. h. die Darstellungen könnten nur die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösen. Für die Praxis ist es aber auch wichtig, dass aus den Darstellungen des Teil-Flächennutzungsplans auch Bebauungspläne im Sinne des § 8 Abs. 2 BauGB entwickelt werden können. Denn es kann sich die Notwendigkeit ergeben, die planungsrechtliche Absicherung z. B. von Windenergieanlagen durch einen Bebauungsplan, der ein Sondergebiet „Windenergie“ festsetzt, vorzusehen. Dies erfordert entsprechende Darstellungen im Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen nicht nur im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, sondern auch des § 8 Abs. 2 BauGB.

Weiter besteht ein Bedarf in der Praxis, Teil-Flächennutzungspläne nicht nur in sachlicher sondern auch in räumlicher Hinsicht aufstellen zu können. So kann es z. B. sinnvoll sein, dass bei einer großflächigen Gemeinde eine Steuerung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur für einen Teil des Gemeindegebiets vorgenommen wird. Dies kann z. B. auch bei Verbands und Samtgemeinden in Rheinland – Pfalz und Niedersachsen in Betracht kommen, denen die Zuständigkeit für die Flächennutzungsplanung übertragen worden ist, wenn ein Teil-Flächennutzungsplan nur für das Gebiet einer Mitgliedsgemeinde aufgestellt werden soll. Anders als die Darstellung der städtebaulichen Entwicklung des Gemeindege-

biets in den Grundzügen im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB dienen die Darstellungen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB lediglich der Steuerung eines sehr begrenzten Einzelaspektes und müssen deswegen nicht stets das gesamte Gemeindegebiet in den Blick nehmen. Durch die gesetzliche Formulierung „sachliche Teil-Flächennutzungspläne“ ist jedoch die Möglichkeit nicht eindeutig abgesichert, einen sachlichen, auf die Steuerung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bezogenen Teil – Flächennutzungsplan auch auf einen Teilbereich des Gemeindegebiets anwenden zu können. Wird ein solcher räumlich begrenzter Teil-Flächennutzungsplan aufgestellt, bezieht sich die steuernde Wirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB selbstverständlich nur auf das Plangebiet, also den davon erfassten Teil des Außenbereichs.

Es ist daher zu überlegen, § 5 Abs. 2 b BauGB so zu formulieren, dass für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sachliche Teil-Flächennutzungspläne, auch für Teile des Gemeindegebiets, aufgestellt werden können.

Sicherung der Neuordnung der Standorte

Wird das Repowering zur Neuordnung der Standorte für die Windenergie genutzt, kommt es auch darauf an, dass die damit erreichte Neuordnung der Standorte nicht dadurch unterlaufen wird, dass wiederum außerhalb der ausgewiesenen Standorte (in der Regel „Windparks“) einzelne Windenergieanlagen errichtet werden können.

Grundlage hierfür ist die Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, der sogen. Planvorbe-

halt (§. oben 2.). Er greift auch im Fall der Ersetzung von Altanlagen durch neue Windenergieanlagen. Der Vorgang des Repowering ist kein „atypischer“ Fall.

M. E. kann diese Auffassung aus der Rechtsprechung des BVerwG abgeleitet werden:

Abweichungen dürfen nicht den Zweck der Steuerung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verfehlen³. Nach dem BVerwG sind solche Fälle ähnlich wie die Befreiung von Festsetzungen des Bebauungsplans nach § 31 Abs. 2 BauGB zu beurteilen, d. h. es dürfen insbesondere die Grundzüge der Flächennutzungsplanung nicht beeinträchtigt sein⁴. Die planerische Konzeption der Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB darf also durch die Abweichungen nicht in Frage gestellt werden. Atypische Fälle, in denen § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB trotz „Ausweisung an anderer Stelle“ nicht greift, können daher nur solche Fälle sein, die nicht in der planerischen Zielsetzung des Raumordnungs- oder Flächennutzungsplans liegen. Insbesondere kann eine atypische Fallgestaltung nicht in den Fällen angenommen werden, in denen die Ausweisungen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gerade den Zweck verfolgen, im Rahmen des Repowering von Windenergieanlagen eine Neuordnung der Standorte von Windenergieanlagen zu erreichen. Auch kann eine Atypik wegen der hohen Zahl der potenziellen Repowering-Fälle⁵ nicht angenommen werden.

³ So schon BVerwG, Urt. vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 118, 1261 = NVwZ 2003, 738

⁴ BVerwG, Urt. vom 26.4.2007 – 4 CN 3.06 –, NVwZ 2007, 336 = ZfBR 2007, 275

⁵ S. dazu die Angaben in der Dokumentation, Fn. 1, S. 27 ff.

Fazit: Ein Änderungsbedarf (Klarstellungsbedarf) besteht m. E. nicht.

Unterstützung der Bauleitplanung für das Repowering durch die Raumordnung

Die Raumordnungsplanung (insbesondere die Regionalplanung) hat für die Bauleitplanung, die das Repowering zum Ziel hat, Bedeutung, wegen der bekannten Rechtswirkungen:

- Bindung der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung (§ 1 Abs. 4 BauGB) – die Festlegungen in den Raumordnungsplänen dürfen der Bauleitplanung für das Repowering nicht entgegenstehen bzw. müssen diese Planungen ermöglichen;
- je nach den örtlichen / überörtlichen Verhältnissen und den Repowering – Konzepten können Änderungen / Ergänzungen in den Raumordnungsplänen erforderlich sein, die die steuernden Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB haben und Vorgaben für die Bauleitplanung der Gemeinden enthalten.

Im Verhältnis Raumordnungsplanung - Bauleitplanung können aus Anlass des Repowering vorgenommene neue Standortfestlegungen in den Raumordnungsplänen (Regionalplänen), die mit den vorhandenen Darstellungen und Festsetzungen in den Bauleitplänen der Gemeinden nicht übereinstimmen, daher Fragen auslösen nach

- der Anpassungspflicht der Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung (§ 1 Abs. 4 BauGB) und

- dem Verhältnis von Raumordnungsplan und Flächennutzungsplan bei Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Dies macht im Regelfall eine frühzeitige Abstimmung des der Raumordnungsplanung (dem Regionalplan) zu Grunde liegende Repowering - Konzepts mit den Gemeinden erforderlich. In der Praxis anzustrebendes Ziel sollte es sein, dass – soweit erforderlich – der Flächennutzungsplan zeitgleich mit dem Wirksamwerden des Raumordnungsplans (Regionalplans) angepasst (geändert / ergänzt) wird.

Fazit: Eine Lösung der Fragen kann und sollte im Vollzug gefunden werden, ein gesetzgeberischer Bedarf ist zu verneinen.

Die Berliner Gespräche zum Städtebaurecht - ein Projekt der Allgemeinen Ressortforschung
des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)

Auftraggeber

Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und
Raumordnung (BBR)

Auftragnehmer

Deutsches Institut für Urbanistik (Difu)

Bearbeiter

PD Dr. Arno Bunzel

Ass. jur. Stefanie Hanke

Impressum

Herausgeber

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
Invalidenstraße 44
10115 Berlin

Bearbeitung

Deutsches Institut für Urbanistik (Difu)
Zimmerstraße 13 – 15
10969 Berlin

Bildnachweis

Bundesregierung / Fassbender

Druck

BMVBS, Bonn

Nachdruck und Vervielfältigung

Alle Rechte vorbehalten

Berlin, Bonn 2010