

gehabt und über große Handlungsräume verfügt. Die dominierende Rolle hätten dabei die Juristen eingenommen. Letztendlich habe sich jedoch auch hier die in Österreich herrschende Parteiendominanz niedergeschlagen. Vordergründig habe ein pragmatisches Modell geherrscht, im Hintergrund aber hätten die Spitzen der Parteien die Fäden gezogen. Der Einfluss der Experten sei von dem Grad der Bindung an die Entscheidungsträger beziehungsweise deren Vertrauen in sie abhängig gewesen.

Dietmar Nickel knüpfte mit seinem Vortrag »Methoden und Verfahrensweisen zur Bereitstellung wissenschaftlicher Beratung für den Europäischen Konvent« an das Referat von Klaus Hänsch an. Im Post-Nizza-Prozess sei allen Beteiligten klar geworden, dass neue Methoden, wie die verstärkte Einbeziehung von Experten, notwendig geworden seien. Es sei jedoch nicht gelungen, die Initiativfunktion von Experten in die praktische Arbeit des Konvents zu überführen. Sie hätten weder die Rolle des Feigenblatts gespielt noch die politische Legitimationsfunktion gehabt.

Der Gedanke der Juristendominanz unter den Experten und innerhalb der wissenschaftlichen Rezeption gegenüber der Zurückhaltung der Politikwissenschaftler war Gegenstand der folgenden Diskussion. Auch die starke parteipolitische Einbindung von Beratern in Österreich wurde kritisch hinterfragt.

Unter der Fragestellung »Können Bürger in eigener Sache Experten sein?« referierten zu Beginn des zweiten Teils des Symposiums Ulrich Sarcinelli und Timo Werner zu »Politikberatung in Verfassungsreformen«. Im Rahmen der kommunalen Verwaltungsreform Rheinland-Pfalz hatten sie insbesondere die Rolle von Bürgern als Berater untersucht. Ihre Auswertung ergab, dass dieses Modell gut funktioniere. Mittlerweile habe auch die Politik, nach anfänglicher Skepsis, die positiven Aspekte erkannt. So führe eine verstärkte Beteiligung von Bürgern auch stets zu einem größeren Interesse an politischen Entscheidungen. Im Vergleich von elitezentrierter Beratung und Bürgerbeteiligung kam Sarcinelli zu dem Befund, dass Beratung durch Bürger möglich sei.

Raffael Himmelsbach näherte sich anhand der Rolle von Beratern in der Schweizerischen Föderalismusreform dem Thema abstrakt an. Er grenzte die Vorgehensweise von Experten und Politikern gegeneinander ab. Daraus ergebe sich zwischen beiden Gruppen eine Arbeitsteilung, die im Ergebnis jedoch dieselben Ziele habe. Ein Rückgriff auf Experten erfolge vor allem unter den Gesichtspunkten, dass die Politik oftmals nicht in der Lage oder willens sei, Probleme eigenständig zu lösen.

Einen Erfahrungsbericht lieferte Charlie Jeffery über »Experten im Devolution-Prozess im Vereinigten Königreich«. Ausgangspunkt war die asymmetrische Tradition der britischen Territorialverfassung und die Asymmetrie im Zuge der Devolutionsreformen nach 1997. Er befasste sich mit der Frage, wie Experteneinfluss gemessen wird und zog insbesondere die Indizien der Nachfrage als Maßstab für den Einfluss heran. Aktiv alleine bedeute nicht notwendigerweise einflussreich. Im Ergebnis hielt er fest, dass ein gemeinsames Engagement von Wissenschaft und Praxis sich zu einem zweischneidigen Schwert entwickeln könne.

Thomas Fleiner sah sich durch die vorangegangenen Vorträge in seinen Erfahrungen aus der Praxis bestätigt, nach denen die Politik häufig nicht in der Lage sei, Expertenvorschläge umzusetzen und Gesetze zu formulieren.

Arthur Benz resümierte zum Ende der Veranstaltung, dass Expertenwissen vielfach nicht unmittelbar, sondern mittelbar und in anderem Zusammenhang nützliches Wissen produziere. Zudem machte er darauf aufmerksam, dass eine Unterscheidung zwischen Wissenschaftlern und Laien nicht ausreiche, sondern der Typus des Experten in Gestalt von Wissenschaftlern, Professoren, Grenzgängern, bis hin zu fachkundigen Bürgerinnen und Bürgern zu verstehen sei.

Die Erträge des Symposiums mit Teilnehmern aus ganz Europa werden in einem Tagungsband dokumentiert und im Rahmen der Schriftenreihe des IEV im Berliner Wissenschaftsverlag erscheinen.

Einzelhandel und Planungsrecht

– Symposium des Zentralinstituts für Raumplanung Münster –

von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück und Dirk Buchsteiner, Osnabrück/Berlin¹

Die Steuerung des Einzelhandels ist nach wie vor ein brennendes Thema in den Städten und Gemeinden. Zwar sind die Tante-Emma-Läden schon lange geschlossen und auch die inhabergeführten Einzelhandelsgeschäfte sind in vielen Innenstädten weitgehend von der Bildfläche verschwunden. Inzwischen hat es aber auch die großen innerstädtischen Kaufhausketten erwischt. Insolvenzen, Leerstand und trostlose Fußgängerzonen mit dem Blick auf zugeklebte Fensterscheiben kennzeichnen das Bild nicht nur in Klein- und Mittelstädten, sondern auch in Großstädten. Wenn es gut geht, sind in die Leerstände Filialisten, Franchise-Ketten oder 1 €-Läden eingezogen. Auch die Einkaufszentren auf der ehemals grünen Wiese sehen sich zunehmend der Konkurrenz anderer

Einzelhandelsbetriebe und neuerer Formen des Internethandels ausgesetzt. Das Wort von den Schrottimmobilen geht um². Nicht selten treiben diese Entwicklungen die schwächeren Marktteilnehmer in den Ruin.

»Innenstädte wie in den USA sind bei uns nicht erwünscht«. Mit diesem Credo starteten die Planungsrechtler auf dem Symposium »Einzelhandel und Planungsrecht«, zu dem das

¹ Stüer ist im Nebenamt Richter am BGH-Anwaltssenat, Buchsteiner Doktorand an der Universität Osnabrück.

² Das Thema wird voraussichtlich auch im Rahmen der Städtebaurechtsnovelle 2012 aufgegriffen. Zu den Berliner Gesprächen Bunzel, DVBl 2010, 1551; Stüer/Ehebrecht-Stüer, DVBl 2010, 1540.

Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster unter Leitung von Prof. Dr. Hans D. Jarass LL.M (Münster/Bochum) am 31.08.2010 in den Vortragsaal des Alexander von Humboldt-Hauses der Universität Münster eingeladen hatte. Zuvor hatte bereits am 22.06.2010 in der Bezirksregierung in Münster im Schatten des Domes der ehemaligen westfälischen Provinzialhauptstadt eine Auftaktveranstaltung mit diesem Thema stattgefunden. In vielen Ausgangspunkten war man sich weitgehend einig. Es gilt, funktionsfähige und lebendige Innenstädte zu erhalten und dem Trading-Down-Effekt und einer Zersiedelung durch Suburbanisierung Einhalt zu gebieten. Der großflächige Einzelhandel muss auch weiterhin vor allem von den Städten und Gemeinden auf der Grundlage eines nachvollziehbaren Gesamtkonzepts gesteuert werden. Ein »Zuwenig« ist dabei ebenso kontraproduktiv wie eine planerische Überregulierung.

1. Zentrale Versorgungsbereiche

Zentrale Versorgungsbereiche sind räumlich abgrenzbare Flächen einer Gemeinde, denen aufgrund des vorhandenen Einzelhandels zusammen mit verschiedenen Dienstleistungsangeboten und Gastronomie eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich zukommen, erläuterte Prof. Dr. Wilhelm Söfker (Bonn).³ Die Stadtentwicklungskonzepte sind allerdings durchaus unterschiedlich, fügte er hinzu. In Frankreich beispielsweise befinden sich mehr als 2/3 der Einzelhandelsflächen in der Peripherie. In Deutschland ist das Verhältnis genau umgekehrt. Die Stadtentwicklungspolitik muss dem Schutz der Innenstädte gelten. Es geht dabei nicht um den Schutz des Einzelhandels vor Konkurrenz⁴ und auch nicht um eine wirtschaftliche Steuerung, sondern um die Erhaltung und Entwicklung von zentralen Versorgungsbereichen und um städtebauliche Belange.

Die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche (§ 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB) kann durch planerische Feinsteuerung der Gemeinde erfolgen⁵, erläuterte der Ministerialdirigent a.D. vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS). Dabei kann die Entwicklung der Innenstädte durch Konzentration auf bestimmte Gebiete zugleich mit einer Beschränkung von Einzelhandelsunternehmen in anderen Bereichen verbunden werden. Die interkommunale Abstimmung nach § 2 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist dabei besonders wichtig. Eine Gemeinde darf nicht so planen, dass der zentrale Versorgungsbereich in der Nachbargemeinde Schaden nimmt. Der einfache Bebauungsplan zur Festlegung oder Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche nach § 9 Abs. 2a BauGB ist ebenfalls ein Instrument der planerischen Feinsteuerung.

Schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche können in Innenbereichslagen nach § 34 Abs. 3 BauGB nur aus vorhandenen Einzelhandelsstrukturen abgeleitet werden. Denn maßgeblich für die planungsrechtliche Zulässigkeit ist dort grundsätzlich nur, was man in der Örtlichkeit sieht⁶.

Die planerischen Möglichkeiten in einem einfachen Bebauungsplan auf der Grundlage des § 9 Abs. 2a BauGB gehen zwar weiter. Ist der zentrale Versorgungsbereich bisher nicht ausgeprägt oder bestehen nur noch Rudimente eines Zentrums, wird die Ausweisung eines zentralen Versorgungsbereichs allerdings schwierig. Zentrenschädlich i.S. des § 34 Abs. 3 BauGB sind allerdings nicht nur großflächige Betrie-

be, sondern auch Agglomerationen von kleinflächigen Einzelhandelsnutzungen, die ebenso wie Vollsortimenter Kaufkraft aus den Innenstädten abziehen. Vergleichbare Fragestellungen ergeben sich für Vergnügungsstätten und speziell für Spielhallen, die zentralörtliche Strukturen ebenfalls empfindlich schädigen und sowohl Zeichen als auch Verursacher eines Trading-Down-Effekts sein können⁷.

Nicht ganz ohne Diskussion kam erwartungsgemäß das Metzingen-Urteil des OVG Münster⁸ davon. Die Änderung eines Bebauungsplans mit dem Ziel, Einzelhandel mit zentren- und nahversorgungsrelevanten Sortimenten auszuschließen, ist danach ohne eine umfassende Bestandsaufnahme des im Plangebiet vorhandenen Einzelhandels abwägungsfehlerhaft. Auch das »Wegplanen« bestehender Nutzungen bedarf einer besonders sorgfältigen Prüfung und Begründung und setzt im Regelfall voraus, dass sich der Plangeber mit der Möglichkeit einer Festsetzung nach § 1 Abs. 10 BauNVO auseinandersetzt. Dabei sind die Bestands- und Vertrauensschutzinteressen mit einem besonderen Gewicht in die Abwägung einzustellen, wenn vorhandene Einzelhandelsnutzungen nicht in die Neuplanung übernommen werden sollten. Die Anforderungen an die gemeindlichen Begründungserfordernisse dürfen aber auch nicht überspannt werden, wurde von dem langjährigen ehemaligen Rechtsdezernenten der Stadt Rheine Dr. Heinz Janning (Wettingen) hervorgehoben.

2. Verkaufsflächenbegrenzungen in Bebauungsplänen

Verkaufsflächenobergrenzen betreffen die Art der baulichen Nutzung und lassen sich in den klassischen Gebieten der BauNVO nur verwirklichen, wenn sie die Art der baulichen Nutzung näher konkretisieren (§§ 1 Abs. 5 bis 10, 11 Abs. 3 BauNVO), erläuterte RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Ondolf Rojahn (Berlin). Über die Unterscheidung nach großflächigen und nicht großflächigen Einzelhandelsnutzungen und Einkaufszentren hinaus ist eine weitere Differenzierung in der Verkaufsflächengröße nur zulässig, wenn es sich um marktgängige Anlagentypen handelt (etwa Convenience-Store, selbst verkaufte Handwerkerzeugnisse)⁹. Im Übrigen können solche Festsetzungen nur in Sondergebieten oder in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan getroffen werden. Eine Änderung dieser Rechtslage kann wohl nur durch eine Novelle der BauNVO herbeigeführt werden, bei der auch hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung vergleichbare Differenzierungsmöglichkeiten wie bei der Art der Nutzung eingeführt werden.

Eine anlagen- oder betriebsbezogene Kontingentierung der Nutzungsart durch planerische Festsetzungen ist der BauNVO zwar nicht völlig fremd, ist aber eher die Ausnahme. Vor allem darf die Festsetzung von Obergrenzen auch in einem Sondergebiet nicht zu einem »Windhundrennen« in

3 BVerwG, Urt. v. 11.10.2007 – 7 C 7.07 – BVerwGE 129, 307; Urt. v. 17.12.2009 – 4 C 2.08 – DVBl 2010, 513 = NVwZ 2010, 590.

4 BVerwG, Urt. v. 17.12.2009 – 4 C 1.08 – ZfBR 2010, 372.

5 BVerwG, Urt. v. 26.03.2009 – 4 C 21.07 – ZfBR 2009, 463.

6 BVerwG, Urt. v. 26.05.1978 – IV C 9.77 – BVerwGE 55, 369 = DVBl 1978, 815 – Harmonieurteil.

7 Zum Spielhallenboom und der planerischen Steuerung von Vergnügungsstätten Stüer, ZFWG 2010, 386.

8 OVG Münster, Urt. v. 18.05.2010 – 10 D 83/08.NE – Metzingen.

9 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 563.

dem Sinne führen, dass die Nutzungsmöglichkeiten von der Schnelligkeit der konkurrierenden Grundstückseigentümer und Investoren abhängen¹⁰.

3. Steuerung des Einzelhandels durch die Raumordnung

Raumordnungspläne sollen Festlegungen der Zentralen Orte enthalten (§ 8 Abs. 5 Nr. 1 b ROG). Daraus folgt zwar keine automatische Bindung für Einzelhandelsansiedlungen, Raumordnungspläne können aber zulässige Vorgaben der landesplanerischen Standortplanung von Einzelhandelsbetrieben mit Zuordnung zu einer bestimmten Zentralitätsstufe enthalten, erläuterte RA Dr. Jens Wahlhäuser (Bonn). Wird auf der Grundlage des »Zentrale-Orte-Prinzips« eine Festlegung von Ober-, Mittel-, Unter- oder Grundzentrum vorgenommen, spielt dies für die Zulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben eine große Rolle. Ohne eine solche Steuerung durch Raumordnung und kommunale Bauleitplanung kann erfahrungsgemäß erheblicher Wildwuchs entstehen.

Aus dem »Zentrale-Orte-Prinzip« – so Wahlhäuser weiter – können vier Strukturprinzipien für die landesplanerische Steuerung abgeleitet werden: Das Konzentrationsgebot, wonach der großflächige Einzelhandel an Zentrale Orte zu binden ist. Das Integrationsgebot, nach dem die Zuordnung zentrenrelevanter Sortimente zu städtischen Kernbereichen erfolgt. Das Kongruenzgebot zur Begrenzung der Auswirkungen auf einen bestimmten Bereich, das darauf abzielt, die Zentralen Orte gegen die Abschöpfung allzu großer Anteile ihrer Kaufkraft abzusichern. Das Beeinträchtigungsverbot, das dem Schutz der Funktionsfähigkeit der zentralen Versorgungsbereiche und des dort ansässigen Einzelhandels dient.

Natürlich bestimmten auch grundlegende Entscheidungen in NRW die juristische Debatte. So hatte das OVG Münster mit seinem Urteil zum Factory Outlet Center (FOC-Ochtrup)¹¹ die Frage verneint, ob § 24a Landesentwicklungsprogrammgesetz NRW eine Bindungswirkung als Ziel der Raumordnung für die nachfolgende Bauleitplanung entfalten könne. Zudem fehle der Verbindlichkeitsanspruch in räumlicher und/oder sachlicher Hinsicht. Ebenfalls fehle die erforderliche abschließende Abwägung durch den zuständigen Träger der Landesplanung. Kurz zuvor hatte bereits der VerfGH Münster zur Verfassungsbeschwerde zum FOC Ochtrup¹² entschieden, dass § 24a Abs. 1 Satz 4 Landesentwicklungsprogrammgesetz NRW gegen die Landesverfassung verstoße. In den Oberhausen-Urteilen des OVG Münster¹³ kündigten sich solche Tendenzen bereits an¹⁴.

4. Planungsrecht und Niederlassungsfreiheit

Die planerischen Steuerungen des Einzelhandels sind in das Schussfeld der EU-Kommission geraten. Sie hat in einem Auskunftersuchen die Auffassung vertreten, dass die Planungsvorschriften für großflächige Einzelhandelsbetriebe, die in den Gesetzen für Nordrhein-Westfalen und die Region Stuttgart enthalten sind, die Niederlassung von Einzelhandelsbetrieben mit einem bestimmten Warensortiment außerhalb zentraler Versorgungsbereiche einschränken und von einer Bewertung der wirtschaftlichen Auswirkungen abhängig machen. Die EU-Kommission sieht auch die Gefahr, dass die gesetzlichen Regelungen eine ordnungsgemäße Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, die bis Ende 2009 in deutsches

Recht hätte umgesetzt sein müssen, behindern könnte.¹⁵ Inzwischen hat die Bundesrepublik Deutschland in einem Antwortschreiben an die EU-Kommission ihre Auffassung bekräftigt, dass die deutschen Regelungen gemeinschaftskonform sind¹⁶.

Der »bunte Strauß« an Maßnahmen zur Stärkung der Innenstadtentwicklung und zum Schutz vor Einkaufszentren auf der »grünen Wiese« hat danach durchaus verhindernde bzw. erschwerende Wirkung und macht die Niederlassung weniger attraktiv, erläuterte PD Dr. Martin Kment LL.M (Münster/Osnabrück). Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind gleichwohl unter (engen) Voraussetzungen möglich. Sie dürfen (1) weder offen noch versteckt diskriminierend sein; sie müssen (2) geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein, um die gewünschten Ziele zu erreichen, und sie müssen sich (3) durch überwiegende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigen lassen. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen lässt sich bei der Steuerung des Einzelhandels durch Landes-, Regional- und Bauleitplanung durchaus bejahen. Denn Raumplanung versteht sich nicht als wirtschaftslenkende Maßnahme, sondern ist ein Instrument der städtebaulichen Steuerung und dient ganz im Sinne der EU der Ordnung und Sicherung der Raumentwicklung.

Einzelhandel und Planungsrecht – ein Spannungsverhältnis, das wohl noch längere Zeit für ausreichenden Gesprächsstoff sorgt.

10 BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 – 4 CN 3.07 – BVerwGE 131, 86 = DVBl 2008, 981 – gebietsbezogene Verkaufsflächenbeschränkungen.

11 OVG Münster, Urt. v. 30.09.2009 – 10 D 8/08.NE – FOC Ochtrup; Urt. v. 30.09.2009 – 10 A 1676/08 – BauR 2010, 426 – Ochtrup.

12 VerfGH Münster, Urt. v. 26.08.2009 – VerfGH 18/08 – OVGE 53, 308 = DVBl 2009, 1305 – Ochtrup.

13 OVG, Münster Urt. v. 06.06.2005 – 10 D 145.04. NE, 10 D 148.04. NE – BauR 2005, 1577; BVerwG, B. v. 28.12.2005 – 4 BN 41–44.05 – NVwZ 2006, 458 = DVBl 2006, 462 – CentRO Oberhausen; Stüer/Weers, DVBl 2006, 236; Hoppe, NVwZ 2005, 1141. Zur Bindung von »Sollzielen« BVerwG, Urt. v. 17.09.2003 – 4 C 14.01 – BVerwGE 117, 351 = DVBl 2004, 239; Urt. v. 18.09.2003 – 4 CN 20.02 – BVerwGE 119, 54 = DVBl 2004, 251; BVerwG, Urt. v. 16.12.2010 – 4 C 8.10 – IKEA Rastatt; zu VGH Mannheim, Urt. v. 17.12.2009 – 3 S 2010/08 – BauR 2010, 662; OVG Lüneburg, Urt. v. 01.09.2005 – 1 LC 107/05 – ZfBR 2005, 809 = NdsVBl 2006, 71 – Hersteller-Direktverkaufszentren – Soltau.

14 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 556.

15 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 25.06.2009.

16 Landesregierung NRW, Antwort auf die Kleine Anfrage 3732v. 14.01.2010, Drucks. 14/10666 v. 12.02.2010.