

## Europäischer Gerichtshof

### Städtebauliche Verträge dürfen Einheimische gegenüber den Unionsbürgern nicht bevorzugen

Art. 21, Art. 45, Art. 49, Art. 56, Art. 63 AEUV; RL 2004/38/EG (Freizügigkeits-RL); RL 2004/18 EG (Vergabe-RL); RL 2006/123 (Dienstleistungs-RL)

**1. Die Art. 21 AEUV, 45 AEUV, 49 AEUV, 56 AEUV und 63 AEUV sowie die Art. 22 und 24 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 stehen einer Regelung wie der in Buch 5 des Dekrets der Flämischen Region vom 27.03.2009 über die Grundstücks- und Immobilienpolitik vorgesehenen entgegen, die die Übertragung von Liegenschaften, die in bestimmten, von der flämischen Regierung bezeichneten Gemeinden belegen sind, der Überprüfung des Bestehens einer »ausreichenden Bindung« des potenziellen Erwerbers oder Mieters zu diesen Gemeinden durch eine provinzielle Bewertungskommission unterwirft.**

**2. Art. 63 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung wie der in Buch 4 dieses Dekrets der Flämischen Region erlassenen, nach der bestimmten Wirtschaftsteilnehmern mit der Erteilung einer Bau- oder Parzellierungsgenehmigung eine »soziale Auflage« erteilt wird, nicht entgegensteht, sofern das vorliegende Gericht die Feststellung trifft, dass diese Regelung für die Erreichung des Ziels, ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung sicherzustellen, erforderlich und angemessen ist.**

**3. Die in dem Dekret der Flämischen Region vorgesehenen Steueranreize und Subventionsmechanismen können als staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV angesehen werden. Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe erfüllt sind, und bejahendenfalls in Bezug auf die in Buch 4 dieses Dekrets vorgesehenen Maßnahmen, mit denen die soziale Auflage für die Bauherren und Parzellierer ausgeglichen werden soll, zu überprüfen, ob aber auf solche Maßnahmen die Entscheidung 2005/842/EG der Kommission vom 28.11.2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 [EG] auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, Anwendung findet.**

**4. Die Errichtung von Sozialwohnungen, die anschließend mit einer Preisdeckelung an eine öffentliche Einrichtung des sozialen Wohnungsbaus oder im Wege der Substitution des Dienstleistungserbringers, der die Wohnungen verwirklicht hat, durch diese Einrichtung verkauft werden müssen, fällt unter den Begriff des öffentlichen Bauauftrags in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates**

**vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 596/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.06.2009, wenn die in dieser Bestimmung vorgesehenen Kriterien erfüllt sind, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.**

EuGH (1. Kammer), Urteil vom 08.05.2013 – C-197/11 und C-203/11 – flämisches Dekret

[13] Das Dekret der Flämischen Region vom 27.03.2009 über die Grundstücks- und Immobilienpolitik (Belgisches Staatsblatt vom 15.05.2009, 37408: flämisches Dekret) umfasst ein Buch 4 über die Maßnahmen in Bezug auf bezahlbare Wohnungen, in dessen Titel 1 ein Kapitel 3 (»Soziale Auflagen«) enthalten ist, in dem sich folgender Art. 4.1.16 findet:

»§ 1: Wenn ein Parzellierungsprojekt oder ein Bauprojekt einer Norm unterliegt, die aufgrund von Kapitel 2 Abschnitt 2 festgelegt wurde, wird die Parzellierungsgenehmigung bzw. die städtebauliche Genehmigung von Rechts wegen mit einer sozialen Auflage verbunden. Eine soziale Auflage verpflichtet den Parzellierer oder den Bauherrn, Maßnahmen auszuführen, damit ein Angebot an Sozialwohnungen verwirklicht werden kann, das dem für das Parzellierungsprojekt oder das Bauprojekt anwendbaren Prozentsatz entspricht.«

[14] Art. 4.1.17 des flämischen Dekrets, der in demselben Kapitel 3 enthalten ist, bestimmt: »Der Parzellierer oder der Bauherr kann eine soziale Auflage wahlweise wie folgt erfüllen: (1) in natura gemäß den Regeln der Art. 4.1.20 bis 4.1.24, (2) durch den Verkauf der für das vorgeschriebene Angebot an Sozialwohnungen erforderlichen Grundstücke an eine Organisation für sozialen Wohnungsbau gemäß den Regeln des Art. 4.1.25, (3) durch die Vermietung von im Rahmen einer Parzellierung oder eines Bauprojekts errichteten Wohnungen an ein soziales Vermietungsbüro gemäß den Regeln des Art. 4.1.26; (4) durch eine Kombination der Nrn. 1, 2 und/oder 3.«

[15] In Art. 4.1.19 des flämischen Dekrets heißt es: »Der Parzellierer oder der Bauherr kann eine soziale Auflage ganz oder teilweise erfüllen, indem er einen Sozialbeitrag an die Gemeinde zahlt, in der das Parzellierungsprojekt oder das Bauprojekt entwickelt wird. Der Sozialbeitrag wird berechnet, indem die Anzahl der grundsätzlich zu errichtenden Sozialwohnungen oder Parzellen mit 50 000 Euro multipliziert und der Betrag anhand des ABEX-Indexes mit demjenigen von Dezember 2008 als Basisindex indexiert wird.«

[19] Art. 5.2.1 in Buch 5 (»Wohnen in der eigenen Region«) des flämischen Dekrets bestimmt: »Die besondere Übertragungsbedingung beinhaltet, dass Grundstücke und darauf errichtete Bauten nur an Personen (weiter) übertragen werden können, die nach dem Dafürhalten einer provinziellen Bewertungskommission eine ausreichende Bindung zur Gemeinde haben. Unter »Übertragen« ist Folgendes zu verstehen: Verkauf, Vermietung für mehr als neun Jahre oder Belastung mit einem Erbpacht- oder Erbbaurecht.«

**Gründe:** [23] Der VerfGH (Belgien) stellt insoweit in seiner Vorlageentscheidung fest (C-197/11), dass die bei ihm angefochtenen Bestimmungen zum einen die Personen, die keine »ausreichende Bindung« zu den Zielgemeinden im Sinne von Art. 5.2.1 § 2 dieses Dekrets hätten, daran hinderten, Liegenschaften in diesen Gemeinden zu erwerben, für mehr als neun Jahre zu mieten oder ein Erbpacht- oder Erbbaurecht daran zu erwerben. Zum anderen könnten diese Bestimmungen die Unionsbürger, die eine Immobilie in diesen Gemeinden besäßen oder mieteten, davon abhalten, die Gemeinden zu verlassen und sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten oder dort eine Berufstätigkeit auszuüben, da sie nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer außerhalb dieser Gemeinden keine »ausreichende Bindung« mehr zu ihnen hätten.

[38] Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 21 AEUV und in ihrem jeweiligen Bereich die Art. 45 AEUV und 49 AEUV sowie die Art. 22 und 24 der Richtlinie 2004/38 nationale Maßnahmen verbieten, die die Angehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, diesen Staat zu verlassen, um ihr Recht auf Freizügigkeit in der Union wahrzunehmen. Solche Maßnahmen stellen, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Staatsbürger Anwendung finden, Beschränkungen der Grundfreiheiten dar, die mit diesen Art. gewährleistet werden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 17.01.2008, Kommission/Deutschland, C-152/05, Slg. 2008, I-39, Rdnr. 21 und 22, vom 01.12.2011, Kommission/Ungarn, C-253/09, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 46, 47 und 86, und vom 21.02.2013, N., C-46/12, Rdnr. 28).

[39] Hier hindern, wie vom VerfGH in seinen Vorlageentscheidungen festgestellt, die Bestimmungen von Buch 5 des flämischen Dekrets Personen ohne »ausreichende Bindung« zu einer Zielgemeinde im Sinne von Art. 5.2.1 § 2 dieses Dekrets daran, Grundstücke oder darauf errichtete Bauten zu erwerben, für mehr als neun Jahre zu mieten oder ein Erbpacht- oder Erbbaurecht daran zu vereinbaren.

[40] Außerdem halten diese Bestimmungen die Staatsbürger der Union, die in den Zielgemeinden eine Immobilie besitzen oder mieten, davon ab, diese Gemeinden zu verlassen, um sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten oder dort einer Berufstätigkeit nachzugehen. Nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer außerhalb der Zielgemeinden hätten diese Staatsbürger nämlich nicht mehr unbedingt eine »ausreichende Bindung« zu der betroffenen Gemeinde, die nach dem genannten Art. 5.2.1 § 2 erforderlich ist, um die in der vorstehenden Rdnr. erwähnten Rechte auszuüben.

[41] Daraus folgt, dass die Bestimmungen von Buch 5 des flämischen Dekrets sicher Beschränkungen der in den Art. 21 AEUV, 45 AEUV und 49 AEUV sowie 22 und 24 der Richtlinie 2004/38 verankerten Grundfreiheiten darstellen.

[42] Was sodann den in Art. 56 AEUV verankerten freien Dienstleistungsverkehr anbelangt, könnten die in Rede stehenden Bestimmungen des flämischen Dekrets auch die Ausübung der Tätigkeiten der im Immobiliensektor aktiven Unternehmen beschränken, was sowohl für die Unternehmen gilt, die im belgischen Staatsgebiet niedergelassen sind und ihre Dienstleistungen u.a. Gebietsfremden anbieten, als auch für die Unternehmen, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind.

[43] In Anwendung dieser Bestimmungen können nämlich die Liegenschaften in einer Zielgemeinde nicht an jeden Staatsbürger der Union verkauft oder vermietet werden, sondern nur an diejenigen, die nachweisen können, dass sie eine »ausreichende Bindung« zu der betreffenden Gemeinde haben, was offenkundig die Dienstleistungsfreiheit der fraglichen Immobilienunternehmen beschränkt.

[44] In Bezug auf den freien Kapitalverkehr ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die Maßnahmen, die durch Art. 63 Abs. 1 AEUV als Beschränkungen des Kapitalverkehrs verboten sind, solche umfassen, die geeignet sind, die Einwohner eines Mitgliedstaats von Investitionen in Immobilien in anderen Mitgliedstaaten abzuhalten (vgl. Urteil vom 01.10.2009,

Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Slg. 2009, I-9021, Rdnr. 21).

[45] Dies ist insbesondere bei nationalen Maßnahmen der Fall, die Investitionen in Immobilien einem Verfahren der vorherigen Genehmigung unterwerfen und somit bereits durch ihren Gegenstand den freien Kapitalverkehr beschränken (vgl. Urteil Woningstichting Sint Servatius, Rdnr. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[46] In den Ausgangsverfahren steht aber fest, dass Buch 5 des flämischen Dekrets ein solches Verfahren der vorherigen Genehmigung vorsieht, mit dem überprüft werden soll, ob eine »ausreichende Bindung« des potenziellen Erwerbers oder Mieters einer Liegenschaft zu der betreffenden Zielgemeinde besteht.

[47] Somit gebietet sich die Schlussfolgerung, dass die Obliegenheit, sich einem solchen Verfahren zu unterwerfen, Gebietsfremde davon abhalten kann, in einer der Zielgemeinden der Flämischen Region in Immobilien zu investieren, und dass eine solche Obliegenheit daher eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs im Sinne des Art. 63 AEUV darstellt.

[48] Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Bestimmungen von Buch 5 des flämischen Dekrets offenkundig Beschränkungen der Grundfreiheiten darstellen, die mit den Art. 21 AEUV, 45 AEUV, 49 AEUV, 56 AEUV und 63 AEUV sowie 22 und 24 der Richtlinie 2004/38 gewährleistet werden.

[49] Nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs können nationale Maßnahmen, die geeignet sind, die Ausübung der durch den AEU-Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, allerdings zugelassen werden, wenn mit ihnen ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird, wenn sie geeignet sind, dessen Erreichung zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist (vgl. u.a. Urteile Woningstichting Sint Servatius, Rdnr. 25, und Kommission/Ungarn, Rdnr. 69).

[50] Die flämische Regierung macht insoweit geltend, die Voraussetzung des Bestehens einer »ausreichenden Bindung« des potenziellen Käufers oder Mieters zu der betreffenden Gemeinde sei insbesondere durch das Ziel gerechtfertigt, den Immobilienbedarf der am wenigsten begüterten einheimischen Bevölkerung zu befriedigen, insbesondere denjenigen sozial schwacher Personen und junger Haushalte sowie alleinstehender Personen, die nicht in der Lage seien, ausreichendes Kapital für den Kauf oder die Miete einer Liegenschaft in den Zielgemeinden aufzubauen. Dieser Teil der örtlichen Bevölkerung sei nämlich wegen der Ankunft von aus anderen Gemeinden zuziehenden Personengruppen mit größerem finanziellen Wohlstand, die den hohen Preis der Grundstücke und Bauten in den Zielgemeinden stemmen könnten, vom Immobilienmarkt ausgeschlossen.

[51] Mit der durch Buch 5 des flämischen Dekrets eingeführten Regelung solle daher in raumplanerischer Absicht ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung sichergestellt werden.

[52] Solche Erfordernisse im Zusammenhang mit der Sozialwohnungspolitik eines Mitgliedstaats können zwingende

Gründe des Allgemeininteresses darstellen und damit Beschränkungen wie die mit dem flämischen Dekret eingeführten rechtfertigen (vgl. Urteile *Woningstichting Sint Servatius*, Rdnr. 29 und 30, sowie vom 24.03.2011, Kommission/Spanien, C-400/08, Slg. 2011, I-1915, Rdnr. 74).

[53] Zu prüfen bleibt jedoch, ob die Voraussetzung des Bestehens einer »ausreichenden Bindung« zu der betreffenden Zielgemeinde eine Maßnahme darstellt, die für die Erreichung des von der flämischen Regierung angeführten Ziels, wie es vorstehend in den Rdnr. 50 und 51 dargestellt worden ist, erforderlich und angemessen ist.

[54] Dazu ist festzustellen, dass Art. 5.2.1 § 2 des flämischen Dekrets drei alternative Bedingungen vorsieht, deren Erfüllung von der provinziellen Bewertungskommission für die Feststellung, dass die Voraussetzung des Bestehens einer »ausreichenden Bindung« des potenziellen Käufers oder Mieters zu der betreffenden Zielgemeinde vorliegt, systematisch zu überprüfen ist. Die erste Bedingung besteht darin, dass die Person, der die Liegenschaft übertragen werden soll, vor der beabsichtigten Übertragung mindestens sechs Jahre lang ununterbrochen in der Zielgemeinde oder in einer angrenzenden Gemeinde wohnhaft gewesen sein muss. Nach der zweiten Bedingung muss dieser Käufer oder Mieter zum Zeitpunkt der Übertragung Tätigkeiten in der betreffenden Gemeinde verrichten, die durchschnittlich mindestens eine halbe Arbeitswoche in Anspruch nehmen. Die dritte Bedingung verlangt, dass der Käufer oder Mieter aufgrund eines wichtigen und dauerhaften Umstands eine gesellschaftliche, familiäre, soziale oder wirtschaftliche Bindung zu dieser Gemeinde aufgebaut hat.

[55] Wie aber der Generalanwalt in Nr. 37 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, steht keine dieser Bedingungen in unmittelbarem Zusammenhang mit den sozioökonomischen Aspekten, die dem von der flämischen Regierung geltend gemachten Ziel entsprechen, ausschließlich die am wenigsten begüterte einheimische Bevölkerung auf dem Immobilienmarkt zu schützen. Solche Bedingungen können nämlich nicht nur von dieser am wenigsten begüterten Bevölkerung erfüllt werden, sondern auch von anderen Personen, die über ausreichende Mittel verfügen und folglich keinen besonderen Bedarf an sozialem Schutz auf dem Immobilienmarkt haben. Daher gehen die betreffenden Maßnahmen über das hinaus, was zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist.

[56] Außerdem wären andere, weniger einschränkende Maßnahmen als die mit dem flämischen Dekret erlassenen geeignet, dem damit verfolgten Ziel zu entsprechen, ohne zwangsläufig zu einem faktischen Verbot des Erwerbs oder der Miete für jeden potenziellen Käufer oder Mieter, der die genannten Bedingungen nicht erfüllt, zu führen. Vorstellbar wären z.B. Kaufprämien oder sonstige speziell zugunsten der am wenigsten begüterten Personen konzipierte Arten von Beihilfen, um insbesondere denjenigen, die ein schwaches Einkommen nachweisen können, den Kauf oder die Miete von Liegenschaften in den Zielgemeinden zu ermöglichen.

[57] Schließlich ist konkret zur dritten oben in Rdnr. 54 genannten Bedingung, nach der aufgrund eines wichtigen und dauerhaften Umstands eine gesellschaftliche, familiäre, soziale oder wirtschaftliche Bindung des potenziellen Käufers oder Mieters zu der betreffenden Gemeinde geknüpft worden

sein muss, darauf hinzuweisen, dass ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen kann, die geeignet ist, den Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere denjenigen, die eine Grundfreiheit betreffen, ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Soll ein derartiges System trotz des Eingriffs in eine solche Grundfreiheit gerechtfertigt sein, muss es daher auf objektiven, nicht diskriminierenden im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden hinreichende Grenzen gesetzt werden (vgl. u.a. Urteil *Woningstichting Sint Servatius*, Rdnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[58] In Anbetracht des vagen Charakters dieser Bedingung und des Fehlens einer Beschreibung der Situationen, in denen sie im konkreten Fall als erfüllt anzusehen wäre, genügen aber die Bestimmungen von Art. 5.2.1 des flämischen Dekrets diesen Anforderungen nicht.

[59] Folglich beruht ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung wie das in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten in Rede stehende nicht auf Bedingungen, die geeignet sind, der Ermessensausübung durch die provinzielle Bewertungskommission hinreichende Grenzen zu setzen, und kann daher einen Eingriff in eine vom Unionsrecht verbürgte Grundfreiheit nicht rechtfertigen.

[61] Mit weiteren Fragen möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Art. 49 AEUV, 56 AEUV und 63 AEUV einer Regelung wie der in Buch 4 des flämischen Dekrets erlassenen entgegenstehen, nach der bestimmten Wirtschaftsteilnehmern mit der Erteilung einer Bau- oder Parzellierungsgenehmigung eine »soziale Auflage« erteilt wird.

[64] Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs gehören zu den Maßnahmen, die durch Art. 63 Abs. 1 AEUV verboten sind, solche, die geeignet sind, die Einwohner eines Mitgliedstaats von Investitionen in Immobilien in anderen Mitgliedstaaten abzuhalten. Dies ist insbesondere bei nationalen Maßnahmen der Fall, die Investitionen in Immobilien einem Verfahren der vorherigen Genehmigung unterwerfen und somit bereits durch ihren Gegenstand den freien Kapitalverkehr beschränken (vgl. Urteil *Woningstichting Sint Servatius*, Rdnr. 21 und 22).

[65] Im Ausgangsverfahren steht fest, dass sich bestimmte Bauherren oder Parzellierer, um eine Bau- oder Parzellierungsgenehmigung zu erhalten, gemäß Buch 4 des flämischen Dekrets einem Verfahren unterwerfen müssen, in dessen Rahmen ihnen die Erfüllung einer sozialen Auflage obliegt, die darin besteht, einen Teil ihres Projekts auf die Errichtung von Sozialwohnungen zu verwenden oder der Gemeinde, in der das Projekt verwirklicht wird, einen finanziellen Beitrag zu zahlen.

[66] Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass in Anbetracht dessen, dass die fraglichen Investoren, wie vom VfGH in seiner Vorlageentscheidung ausgeführt, die Grundstücke nicht frei für die Zwecke nutzen können, für die sie sie zu erwerben beabsichtigen, die mit Buch 4 des flämischen Dekrets eingeführte Regelung eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellt.

[67] Allerdings kann nach der oben, in Rdnr. 52 angeführten Rechtsprechung die Verpflichtung dieser Wirtschaftsteilnehmer zur Erfüllung der mit dem genannten Dekret vorge-



sehen sozialen Auflage, da sie ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung sicherstellen soll, durch Erfordernisse im Zusammenhang mit der Sozialwohnungspolitik eines Mitgliedstaats als zwingender Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.

[68] Dem vorlegenden Gericht kommt jedoch zu, in Ansehung der Umstände des Ausgangsverfahrens zu beurteilen, ob eine solche Verpflichtung dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit genügt, d.h., ob sie für die Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich und angemessen ist.

[70] Mit der Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die in dem flämischen Dekret vorgesehenen Steueranreize und Subventionsmechanismen in Anbetracht der Art. 107 AEUV und 108 AEUV in Verbindung mit der DAWI-Entscheidung als staatliche Beihilfen einzustufen sind, die bei der Kommission angemeldet werden müssen.

[74] Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt die Einstufung als staatliche Beihilfe, dass die in der genannten Bestimmung aufgestellten Voraussetzungen sämtlich erfüllt sind. So muss es sich erstens um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. Zweitens muss diese Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (Urteile *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, Randnr. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 29.03.2012, *3M Italia*, C-417/10, Rdnr. 37).

[83] Was die dritte oben in Rdnr. 74 angeführte Voraussetzung angeht, die die Vorteilhaftigkeit der genannten Maßnahmen betrifft, so gelten als Beihilfen Maßnahmen gleich welcher Art, die unmittelbar oder mittelbar Unternehmen begünstigen oder als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (vgl. u.a. Urteil vom 30.03.2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Rdnr. 59).

[85] Ein derartiger Ausgleich ist im konkreten Fall jedoch nur dann nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt ist (Urteil vom 24.07.2003, *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 88).

[86] Wie der Generalanwalt in Nr. 50 seiner Schlussanträge der Prüfung dieser Voraussetzungen vorausgeschickt hat, ist die Klarstellung angebracht, dass die in der vorstehenden Rdnr. angeführte Rechtsprechung nur auf die mit Buch 4 des flämischen Dekrets erlassenen und oben in Rdnr. 71 genannten Maßnahmen angewandt werden kann, die allein die soziale Auflage für die Parzellierer und Bauherren ausgleichen sollen.

[87] Was die Voraussetzungen angeht, die erfüllt sein müssen, damit die besagten Maßnahmen nicht als staatliche Beihilfe einzustufen sind, müssen erstens die durch diesen Ausgleich begünstigten Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein (Urteil *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg*, Rdnr. 89).

[88] Insoweit kann unter Berücksichtigung insbesondere des weiten Ermessens der Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen werden, dass Dienstleistungen des sozialen Wohnungsbaus als »Gemeinwohldienstleistungen« eingestuft werden können. Dabei hat der vom vorlegenden Gericht angesprochene Umstand, dass die soziale Auflage nicht unmittelbar den Einzelnen, die Sozialwohnungen beantragen, sondern den Gesellschaften für sozialen Wohnungsbau zugutekommt, keinerlei Einfluss auf die Qualifizierung der fraglichen Dienstleistung.

[89] Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt (Urteil *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg*, Rdnr. 90).

[90] In diesem Zusammenhang erweist sich, wie vom Generalanwalt in Nr. 53 seiner Schlussanträge festgestellt, dass zwar anhand der Bestimmungen des flämischen Dekrets erkennbar ist, wer durch die mit dem Dekret erlassenen Maßnahmen begünstigt wird, sie aber nicht hinreichend objektiv und transparent die Feststellung ermöglichen, auf der Grundlage welcher Parameter der Ausgleich berechnet wird.

[91] Drittens darf der gewährte Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken (Urteil *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg*, Rdnr. 92).

[92] Viertens ist dieser Ausgleich auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit den notwendigen Mitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten Gemeinwohlanforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind (Urteil *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg*, Rdnr. 93).

**Anmerkung zu EuGH (1. Kammer), Urteil vom 08.05.2013 – C-197/11 und C-203/11 – flämisches Dekret**

Städtebauliche Verträge haben seit vielen Jahren einen Siegeszug zur Begleitung der kommunalen Bauleitplanung angetreten. Wurden planbegleitende vertragliche Regelungen allgemein zunächst etwas skeptisch und mit Vorbehalten betrachtet (BVerwG, Urteil vom 05.07.1974 – IV C 50.72 – BVerwGE 45, 309), so nahm das Vertragsrecht im Städtebau vor allem nach der deutschen Einheit einen geradezu unverzichtbaren Platz im Konzert der wichtigen städtebaulichen Instrumentenstimmen ein. Ja mehr noch. Mit dem **vorhabenbezogenen Bebauungsplan** (§ 12 BauGB) gewann der städtebauliche Vertrag in der Form eines Durchführungsvertrages die Position eines unverzichtbaren Elements der verbindlichen Bauleitplanung (zum Folgenden *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 11 BauGB Rdn. 13; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 11 BauGB Rdn. 1; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 2032).

Da das Vertragsrecht mit entsprechenden **Gestaltungsbefugnissen** verbunden ist, konnten auch über den engeren Fest-

setzungskatalog des § 9 BauGB weitere städtebauliche Anliegen in vertragliche Regelungen gegossen werden. Das erweiterte zugleich die kommunalen Handlungsmöglichkeiten. Der Kanon der Regelungsgegenstände in § 1 Abs. 1 BauGB wurde durch mehrere Städtebaurechtsnovellen entsprechend ausgebaut und erfasst inzwischen weite Teile der Planvorbereitung, Planbegleitung und Planrealisierung.

Das traditionelle Verständnis der Bauleitplanung war demgegenüber von dem Bilde einer hoheitlich handelnden, durch vertragliche Regelungen nicht gebundenen planenden Gemeinde geprägt. Vertragliche Vereinbarungen mit der öffentlichen Hand unterliegen zudem dem sog. **Koppelungsverbot**. Danach darf durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag nichts miteinander verknüpft werden, was nicht ohnedies schon in einem Zusammenhang steht. Außerdem darf eine hoheitliche Entscheidung ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden, es sei denn, erst die Gegenleistung würde ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis beseitigen. Denn ein »Verkauf von Hoheitsakten« wird allgemein als unzulässig angesehen (BVerwG, Urteil vom 16.12.1993 – 4 C 27.92 – DVBl 1994, 710).

Eine weitere Grenze für vertragliche Regelungen wird im Verbot des Machtmissbrauchs der öffentlichen Hand und des **Übermaßverbotes** bei der Festlegung der Gegenleistung gesehen. Die vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB) (**Angemessenheitsgrundsatz**, Battis/Krautzberger/Löhr, § 11 BauGB, Rdnr. 21). Sind die in Aussicht genommenen Leistungen nicht angemessen oder besteht etwa auf die hoheitliche Entscheidung ein Rechtsanspruch ohne jeden Spielraum, so darf die gemeindliche Leistungsverpflichtung nicht von einer (zusätzlichen) Gegenleistung abhängig gemacht werden (BVerwG, Beschluss vom 25.11.1980 – 4 B 140.80 – Buchholz 406.11 § 36 BBauG Nr. 27). Auch kann durch Vereinbarungen der Gemeinde mit einem Dritten die Auslegung oder Anwendung von ortsrechtlichen Normen nicht abgeändert werden (BVerwG, Beschluss vom 24.08.1992 – 4 B 143.92 – juris – Nutzungsuntersagung).

Überhaupt wird eine zu große Nähe zwischen planender Gemeinde und Investoren schon wegen der **subjektiven Abwägungssperren** für bedenklich gehalten (BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 – IV C 105.66 – BVerwGE 34, 301 – Abwägungsgebot; Urteil vom 06.07.1973 – IV C 22.72 – BVerwGE 42, 331 = DVBl 1973, 800 = BauR 1973, 285 – Folgekostenvertrag; Urteil vom 05.07.1974 – IV C 50.72 – BVerwGE 45, 309 = DVBl 1975, 767 – Delog-Detag; Beschluss vom 09.11.1979 – 4 N 1.78 – BVerwGE 59, 87 – Normenkontrolle; Urteil vom 01.02.1980 – 4 C 40.77 – DVBl 1980, 686 – Rathaus Altenholz; Beschluss vom 28.08.1987 – 4 N 1.86 – DVBl 1987, 1273 = ZfBR 1988, 44 – Volksfürsorge; BGH, Urteil vom 07.02.1985 – III ZR 179/83 – BGHZ 94, 372 – Bauverpflichtung; Stüer, DVBl 1995, 649). Im Zweifel handelt der Investor in derartigen Fällen ohne Netz und doppelten Boden sowie auf eigenes Risiko (BVerwG, Beschluss vom 13.02.1992 – 8 B 1.92 – NVwZ 1992, 672 – Erschließungsvertrag).

Gewiefte Vertragspartner nehmen dabei offenbar nicht selten die Unwirksamkeit der vertraglichen Regelungen bewusst in Kauf und kalkulieren dabei auch eine nachhaltige Trauerar-

beit (Hien, DVBl 2005, 1341; Krautzberger/Stüer, DVBl 2004, 914; dies., DVBl 2007, 160; Stüer, NVwZ 2005, 508; dazu auch Hoppe, NVwZ 2004, 903) durchaus mit ein. Daher lassen sich städtebauliche Verträge vielfach wohl nur mit dem »bayerische Schellenass« erklären, das gewiefte Kartenspieler zur Sicherheit unerkannt im Ärmel tragen. Ein Hund sitzt bei dieser Spielkarte auf einem Schwein – und hält sich recht lange darauf, bis er am Ende doch von dem widerpenstigen Borstentier abgeworfen wird. »A Hund is' er scho«, sagt man in Bayern nicht ohne Bewunderung für die an den Tag gelegte Schlitzohrigkeit und die Fähigkeit, sich trotz eines eigentlich schlechteren Blatts so lange auf der »Schellensau« zu halten (Grziwotz, DVBl 2007, 284; ders., Einheimischenmodelle zwischen Gemeindepolitik, Leipzig, Karlsruhe und Brüssel, in: Battis/Söfker/Stüer (Hrsg.), Festschrift für Krautzberger, München 2008, S. 187). Die bayerischen Kartenspieler schließen dabei offenbar die Partner eines städtebaulichen Vertrages in ihre anerkennende Bewertung mit ein (Stüer, DVBl 2007, 948).

Sind vertragliche Vereinbarungen unwirksam, steht grundsätzlich eine **Rückabwicklung** der Verträge an. Die jeweiligen Leistungen sind nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückzuerstatten (BVerwG, Urteil vom 01.02.1980 – 4 C 40.77 – DVBl 1980, 686 = BauR 1980, 333 = ZfBR 1980, 88 – Rathaus Altenholz; zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 286). Dies kann bei einseitigen, nicht von einem Gegenseitigkeitsverhältnis geprägten »synallagmatischen« Verträgen dazu führen, dass der Vertragspartner die von ihm versprochene Leistung nicht zu erbringen hat bzw. zurückerhält, obwohl die Planungsleistung, die etwa in der Aufstellung eines Bebauungsplans besteht, nicht rückabgewickelt werden kann (BGH, Urteil vom 29.11.2002 – V ZR 105/02 – BGHZ 153, 93 = DVBl 2003, 519; Urteil vom 29.01.2009 – 4 C 15.07 – BVerwGE 133, 85 = DVBl 2009, 782 = BauR 2009, 1275 = NVwZ 2009, 1 109 m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 12/2009 Anm. 2 – städtebaulicher Vertrag; Stüer/König, ZfBR 2000, 524; Grziwotz, ZfBR 2009, 470; ders., DVBl 2007, 284).

Der städtebauliche Vertrag kann auch Regelungen über die Deckung des **Wohnbedarfs** der ortsansässigen Bevölkerung enthalten (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB) (Battis/Krautzberger/Löhr § 11 BauGB Rdn. 13). Dies wird vor allem in Großstädten und Fremdenverkehrsgemeinden in Betracht kommen, in denen eine Nachfrage gerade von Auswärtigen nach Wohnraum besteht. Die Gemeinden haben daher durch vertragliche Regelungen verschiedene »**Einheimischenmodelle**« entwickelt (Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 2061; Weilheimer-, Traunsteiner-, Echinger-, Forchheimer- oder Pfaffenhofer-Modell). Ziel dieser städtebaulichen Verträge ist es, dass der Vertragspartner die Grundstücke zu einem bestimmten Anteil an Einheimische veräußert. Geschieht dies nicht, kann sich die Gemeinde ein Ankaufsrecht vorbehalten und grundbuchlich sichern lassen. Die Gemeinde kann dabei die Grundstücke durch Vertrag von dem Eigentümer erwerben und sie sodann in der entsprechenden Quote an Einheimische weiterveräußern. Es kann aber auch in einem städtebaulichen Vertrag vereinbart werden, dass der Eigentümer die Grundstücke unmittelbar an Einheimische zu einem bestimmten Kaufpreis veräußert (Battis/Krautzberger/Löhr, § 11 BauGB Rdn. 14a). Der-

artige Vertragsmodelle verstoßen nicht gegen das Kopplungsverbot (BGH, Urteil vom 02.10.1998 – V ZR 45/98 – NJW 1999, 208 = DVBl 1999, 233; zu den Kostentragungspflichtigen Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Loseblattkommentar, § 11 Rdnr. 144 ff., 151 ff. 154 ff.).

Die (einseitige) »**Bevorzugung**« von Einheimischen durch städtebauliche Verträge, die bereits durch das BVerwG kritisch gesehen worden war, hat nunmehr allerdings durch den EuGH einen zusätzlichen Dämpfer bekommen (Krautzberger, ZfIR 2013, 473). Vertragliche Regelungen, die Einheimische gegenüber Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten begünstigen, sind europarechtswidrig. Insbesondere ist es nicht zulässig, die Übertragung von Liegenschaften von der Überprüfung des Bestehens einer »ausreichenden Bindung« des potenziellen Erwerbers oder Mieters zu diesen Gemeinden abhängig zu machen.

Vom EuGH nicht behandelt ist die Frage, in welchem Umfang die traditionellen Fremdenverkehrssatzungen auf der Grundlage des § 22 BauGB europarechtskonform sind. Gemeinden, die ganz oder in Teilen überwiegend durch Fremdenverkehr geprägt sind, können in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung bestimmen, dass zur Sicherung der Zweckbestimmung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum der Genehmigung unterliegen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Voraussetzung für die Bestimmung ist, dass die Begründung oder Teilung der Rechte die vorhandene oder vorgesehene Zweckbestimmung des Gebietes für den Fremdenverkehr und dadurch die geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigen kann (§ 22 Abs. 1 Satz 3 BauGB) (zum Folgenden Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 2349).

Die Zweckbestimmung eines Gebiets für den Fremdenverkehr ist insbesondere anzunehmen bei Kurgebieten, Gebieten für die Fremdenbeherbergung, Wochenend- und Ferienhausgebieten, die im Bebauungsplan festgesetzt sind, und bei im Zusammenhang bebauten Ortsteilen, deren Eigenart solchen Gebieten entspricht, sowie bei sonstigen Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen, die durch Beherbergungsbetriebe und Wohngebäude mit Fremdenbeherbergung geprägt sind (§ 22 Abs. 1 Satz 4 BauGB). Eine Prägung durch den Fremdenverkehr ist dann anzunehmen, wenn die öffentliche und private Infrastruktur der Gemeinde oder des Gemeindeteils auf die Fremdenverkehrsbedürfnisse ausgerichtet ist (BVerwG, Beschluss vom 21.04.1994 – 4 B 193.93 – BauR 1994, 601 = NVwZ 1995, 271; Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr § 22 BauGB Rdn. 4; zum Beurteilungsspielraum der Gemeinde BVerwG, Beschluss vom 20.08.1991 – 4 NB 3.91 – NVwZ 1992, 567; Urteil vom 07.07.1994 – 4 C 21.93 – BVerwGE 96, 217 = DVBl 1994, 1149 – Oberstorf; Urteil vom 27.09.1995 – 4 C 28.94 – DVBl 1996, 48 – Kampen; zur negativen Vorbildwirkung BVerwG, Beschluss vom 21.04.1994 – 4 B 193.93 – BauR 1994, 601 = NVwZ 1995, 271 – Wohnungseigentum; zu Lagevorteilen Urteil vom 27.09.1995 – 4 C 12.94 – DVBl 1996, 55; zur Verfassungsmäßigkeit BVerwG, Beschluss vom 21.04.1994 – 4 B 193.93 – BauR 1994, 601 = NVwZ 1995, 271; Urteil vom 29.09.1978 – IV C 30.76 – BVerwGE 56, 283 = DVBl 1979, 151 – Appartementgebäude; zu besonderen Härten Urteil vom 27.09.1995 – 4 C 28.94 – DVBl 1996, 48).

Soweit diese Satzungen sich durch städtebauliche Belange rechtfertigen, sind sie auch weiterhin zulässig. Eine Bevorzugung von Einheimischen ist demgegenüber europarechtlich unzulässig. Darauf wird in Zukunft bei der Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen zu achten sein.

Anders verhält es sich demgegenüber auch mit **sozialen Komponenten** für die Bereitstellung von Wohnungen. Regelungen, die dem Ziel dienen, ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung sicherzustellen, sind europarechtlich nicht zu beanstanden. Nicht der Ortsbezug der Einheimischen, sondern die soziale Schichtung kann daher ein legitimer Anknüpfungspunkt und Schlüssel für eine Begünstigung bestimmter Personengruppen sein. Der Anknüpfung an eine langjährige Bindung an die Gemeinde durch Wohnsitz, Arbeit sowie gesellschaftliche, familiäre, soziale und kulturelle Verwurzelungen hat der EuGH eine klare Absage erteilt. Entscheidend können nicht die Bindungen an die Ortsgemeinde, sondern ausschließlich soziale Kriterien einer entsprechenden Bedürftigkeit sein. Einheimische haben keinen a-priori-Vorrang vor Auswärtigen, ist die klare Botschaft des EuGH. Das gibt zu einem grundlegenden Umdenken Anlass. Eine Bevorzugung von Ortsansässigen lässt sich, selbst wenn sie aus deutscher Sicht (noch) angemessen erschienen war, europarechtlich nicht mehr rechtfertigen (Krautzberger, ZfIR 2013, 473).

Steueranreize und Subventionen können einerseits als **staatliche Beihilfen** angesehen werden, andererseits aber unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig sein, wie der EuGH im Einzelnen dargelegt hat. Eine Beihilfe ist allerdings nur unter den dort genannten kumulativ vorliegenden Gründen zulässig (Rdnr. 87). Die Unternehmen müssen mit der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen betraut sein. Dazu können auch Aufgaben des sozialen Wohnungsbaus gehören. Die Parameter sind objektiv und transparent aufzustellen. Die Maßnahmen dürfen nur in dem gebotenen Umfang und in einer entsprechenden Kostenbegrenzung zur Stützung des sozialen Zwecks erfolgen. Das ist von den nationalen Gerichten im Einzelfall zu beurteilen. Für soziale Zwecke ist danach unter den genannten Voraussetzungen eine staatliche Beihilfe zulässig, ganz allgemein für einheimische Unternehmen jedoch nicht (Krautzberger, ZfIR 2013, 473).

Zugleich ist die Belastung der Parzellierer oder Bauherren mit einem an die Gemeinde abzuführenden **Sozialbeitrag** nicht beanstandet worden. Auch die Charta der Grundrechte der EU (GRC), die mit dem Lissabon-Vertrag am 01.12.2009 in den meisten Mitgliedstaaten verbindlich geworden ist, steht dem offenbar nicht entgegen. Nach Art. 17 GRC hat »jede Person das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist«.

Der Sozialbeitrag dürfte dabei einer Regelung der Nutzung des Eigentums zuzuordnen sein, für die ein entsprechendes Gemeinwohlerfordernis vorliegen muss. Bei einem Sozialbei-



trag von 50 000 Euro je Sozialwohnung oder Parzelle werden damit schon Fragen aufgeworfen, die vor dem Hintergrund der Eigentumsgarantie in Art. 14 GG nicht ganz unproblematisch sind. Denn auch gesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen können kompensationspflichtig sein, wenn sie die Nutzungsmöglichkeit des Eigentums übermäßig behindern (BVerfG, Beschluss vom 14.07.1981 – 1 BvL 24/78 – BVerfGE 58, 137 = DVBl 1982, 298 – Pflichtexemplare; Beschluss vom 02.03.1999 – 1 BvL 7/91 – BVerfGE 100, 226 = DVBl 1999, 1498 – Direktorenvilla; Beschluss vom 16.02.2000 – 1 BvR 242/92 – BVerfGE 102, 1 = DVBl 2000, 1275 – Altlastensanierung; BGH, Urteil vom 09.10.1986 – III ZR 2/85 – BGHZ 99, 24 = DVBl 1987, 568 – Blücher Museum; Stürer/Thorand, NJW 2000, 3232). Allerdings standen dem Sozialbeitrag im Gegenzug verschiedene Steueranreize und Subventionsmechanismen gegenüber, durch die die Belastungen aufgefangen wurden.

Unabhängig von diesen eigentumsrechtlichen Sichtweisen, zu denen der VerfGH dem EuGH allerdings auch keine Fragen gestellt hatte, gilt künftig für städtebauliche Verträge: Die Bevorzugung von Einheimischen gegenüber anderen Unionsbürgern ist seit dem Urteil aus Luxemburg zum flämischen Dekret wohl nicht mehr so einfach möglich (Krautzberger, ZfR 2013, 473).

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer,  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Richter am  
BGH-Senat für Anwaltssachen, Münster/Osnabrück,  
und Dr. Bernhard Garbrock, Steinfurt

## Bundesverwaltungsgericht

### Mitwirkung eines Naturschutzverbandes bei habitatschutzrechtlicher Abweichungsentscheidung

Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL; Art. 4 Abs. 4 V-RL; Art. 87a Abs. 1 GG; § 34 Abs. 1, Abs. 3 bis 5, § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG; § 30 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 2 Satz 1 LuftVG; § 48 WaStrG; § 9, § 28 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 3, § 29 Abs. 2 VwVfG

**1. Die Bundeswehr ist im Rahmen ihrer Befugnis, von den luftverkehrsrechtlich vorgegebenen Mindestflughöhen abzuweichen (§ 30 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 LuftVG), von den habitatschutzrechtlichen Verfahrensschritten gemäß § 34 Abs. 1 und Abs. 3 bis 5 BNatSchG nicht freigestellt.**

**2. Die Mitwirkung anerkannter Naturschutzverbände bei einer habitatschutzrechtlich erforderlichen Abweichungsentscheidung gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG ist verfahrensrechtlich auf die Vorbereitung der Entscheidung und inhaltlich auf die Einbringung naturschutzfachlichen Sachverständigen beschränkt.**

BVerwG, Urteil vom 10.04.2013 – 4 C 3.12 – (VG Magdeburg, Urteil vom 01.03.2010 – 1 A 246/08 – OVG LSA, Urteil vom 12.05.2011 – 2 L 30/10 –)

**Gründe** [1] I Die Beteiligten streiten darüber, ob dem Kl. – einem vom Land Sachsen-Anhalt anerkannten Naturschutzverband – vor der Durchführung von Tiefflugübungen der Bundeswehr über dem Gebiet der Colbitz-Letzlinger Heide Gelegenheit zur Stellungnahme

und zur Einsicht in die einschlägigen Sachverständigengutachten zu geben ist. [ . . ]

[7] II Die zulässige Revision ist begründet. Das Berufungsurteil beruht auf einem Verstoß gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Es erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Mangels hinreichender Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz ist die Sache deshalb an das OVG zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

[8] 1. Die Annahme des OVG, der Kl. habe unabhängig davon, ob die geplanten Tiefflugübungen der Bundeswehr über dem Gebiet der Colbitz-Letzlinger Heide zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Gebiets führen können, keinen Anspruch darauf, vor der Entscheidung der Bkl. über die Durchführung dieser Tiefflugübungen beteiligt zu werden, verstößt gegen Bundesrecht.

[9] Als Rechtsgrundlage für einen Mitwirkungsanspruch des Kl. hat das OVG § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG in der Fassung vom 29.07.2009 (BGBl I S. 2542 – im Folgenden: BNatSchG) für einschlägig gehalten. Hiernach ist einer nach § 3 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) von einem Land anerkannten, landesweit tätigen Naturschutzvereinigung »vor der Erteilung von Befreiungen von Geboten und Verboten zum Schutz von Gebieten im Sinne des § 32 Absatz 2 (und) Natura 2000-Gebieten . . ., auch wenn diese durch eine andere Entscheidung eingeschlossen oder ersetzt werden«, Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einsicht in die einschlägigen Sachverständigengutachten zu geben. Das OVG ist ferner davon ausgegangen, dass unter dem Begriff der »Befreiung« auch Ausnahme- und Abweichungsentscheidungen nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG oder Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der RL 79/409/EWG des Rates vom 02.04.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl L 103 vom 25.04.1979, S. 1), neu kodifiziert durch die RL 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl L 20 vom 26.01.2010, S. 7 – im Folgenden: V-RL), fallen. Schließlich hat es – für den Senat bindend (§ 137 Abs. 2 VwGO) – festgestellt, dass die Colbitz-Letzlinger Heide durch Beschluss der Europäischen Kommission vom 22.12.2009 in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 3 der RL 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl L 206 vom 22.07.1992, S. 7 – im Folgenden: FFH-RL) aufgenommen wurde, so dass § 34 BNatSchG in der Fassung vom 29.07.2009 (BGBl I S. 2542 – im Folgenden: BNatSchG) anwendbar sei, und ferner, dass es im Hinblick auf das dort befindliche Vogelschutzgebiet an der erforderlichen Unterschutzstellung fehle, weshalb auch Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL unmittelbar Anwendung finde. Gleichwohl hat das OVG nicht abschließend entschieden, ob eine Abweichungsentscheidung gemäß § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG erforderlich ist. Ob die hier in Frage stehenden Flugübungen unterhalb einer Flughöhe von 600 m zu einer erheblichen Beeinträchtigung des FFH-Gebiets führen können bzw. ob erhebliche Beeinträchtigungen und Störungen im Sinne von Art. 4 Abs. 4 Satz 1 V-RL zu erwarten sind, lasse sich nach den derzeit vorliegenden Erkenntnissen nicht abschließend beurteilen. Das ist aber auch nicht erforderlich, weil eine Mitwir-