

realistische Einschätzungen von Gegenwart und Zukunft lassen erwarten, dass es insoweit zu grundlegenden Veränderungen in einer Zeitspanne kommt, die die gegenwärtig tätigen überregionalen Fernleitungsnetzbetreiber jetzt bereits zum Anlass für Restriktionen bei ihren Preisgestaltungsräumen nehmen müssten.

V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die wesentlichen Ergebnisse der vorstehenden Analyse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. § 24 S. 2 Nr. 5 EnWG i. V. mit § 3 Abs. 2 GasNEV ermöglicht zugunsten der überregionalen Fernleitungsnetzbetreiber in der Gaswirtschaft, im Falle wirksamen Wettbewerbs (aktuell oder potenziell) für den überwiegenden Teil ihrer Netze von den generell gültigen Regeln der Netzentgeltregulierung zu Gunsten eines reinen Vergleichsmarktverfahrens Abstand zu nehmen.

2. Das geltende Recht ist zahlreichen rechts- und ordnungspolitischen Bedenken ausgesetzt. Gibt es tatsächlich eine wirksame wettbewerbliche Kontrolle, müsste konsequenterweise jede staatliche Steuerung der Preispolitik unterbleiben, da diese dann bereits im Wettbewerb erfolgte. Insoweit ist die Anordnung einer Rest-Regulierung systemwidrig. Darüber hinaus erscheint eine Prak-

tizierung allein des Vergleichsmarktmodells, das in der Sache mit der entsprechenden kartellrechtlichen Kategorie zur Konkretisierung des Preismissbrauchsbegriffs nach § 19 GWB identisch ist, nicht als Regulierung unter Beachtung der das Wesen einer wirklichen Regulierung ausmachenden Kriterien. Vielmehr handelt es sich um eine reine Um-Etikettierung kartellrechtlicher Prüfkriterien des Vergleichsmarktmodells zu einer angeblichen Regulierung.

3. Die Bundesnetzagentur und das OLG Düsseldorf haben für alle entschiedenen Fälle einheitlich festgestellt, dass auf der überregionalen Fernleitungsebene gegenwärtig ein wirksamer Wettbewerb nicht besteht. Dies gilt sowohl für die Variante des »pipe-to-pipe-Wettbewerbs« als auch für die Form des »pipe-in-pipe-Wettbewerbs«. Es ist gegenwärtig nicht erkennbar, dass sich an dieser Beurteilung in absehbarer Zeit etwas ändern könnte, auch wenn theoretisch die Möglichkeit dazu besteht.

4. In der Sache bedeuten die Entscheidungen der Bundesnetzagentur und des OLG Düsseldorf die methodisch korrekte Anwendung geltenden Rechts; ordnungspolitisch bewirken sie zugleich eine Korrektur der verfehlten Unterstellung des Normgebers, es gebe gegenwärtig wirksamen Wettbewerb auf der überregionalen Fernleitungsebene in der Gaswirtschaft.

Reformbedarf im BauGB?¹

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. *Bernhard Stüer* und Rechtsanwältin Dr. *Eva-Maria Ehebrecht-Stüer*,
Münster/Osnabrück

Nach dem Koalitionsvertrag »Wachstum, Bildung, Zusammenhalt« von CDU, CSU und F.D.P. steht auch für die 17. Legislaturperiode eine Novelle von BauGB und BauNVO an. Der Beitrag unterbreitet einige Vorschläge für eine moderate BauGB-Novelle.

Nein – auch in der 17. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages ist wohl eine Revolution im Bereich der Rechtsgrundlagen des Städtebaurechts nicht zu erwarten. Da kann die Praxis getrost ihre Tagesarbeit fortsetzen. Aber eine Fortschreibung des bewährten Instrumentariums könnte schon in Sicht geraten.

¹ Zu den vorangegangenen Reformen des Städtebaurechts *Stüer/Ehebrecht-Stüer*, DVBl 1996, 482; *Ehebrecht-Stüer*, Bauplanungsrecht und Freistellungspolitik der Länder. § 29 ff. BauGB und die neuen Landesbauordnungen, Beiträge zum Siedlungs- und Wohnungswesen und zur Raumplanung, Münster 1996; *dies.*, Bauen im Außenbereich, Diss. iur. Münster 1997; *Stüer/Ehebrecht-Stüer*, NuR 2004, 341; *Krautzberger/Stüer*, BauR 2003, 1301; *dies.*, DVBl 2004, 781; *dies.*, DVBl 2004, 914; *dies.*, DVBl 2007, 160; *Stüer*, DVBl 1996, 177; *ders.*, DVBl 1997, 1201; *Stüer/Upmeier*, ZfBR 2003, 114; *Krautzberger*, DVBl 2002, 285; *ders.*, UPR 2007, 53; *ders.*, DWW 2005, 224; *ders.*, DWW 2007, 4; *Krautzberger/Battis/Löhr*, NVwZ 2007, 121.

1. Themenfelder

Bereits die Koalitionsvereinbarung hatte zu anstehenden Reformen des Städtebaurechts die Richtung vorgegeben²: Der Klimaschutz soll in das Städtebaurecht stärker integriert und der Vorrang der Innenentwicklung gestärkt werden. Auch die BauNVO steht auf dem Prüfstand. Dabei stehen insbesondere Fragen der Förderung erneuerbarer Energien, des Arten-, Vogel- und Biotopschutzes, zentrale Versorgungsbereiche, erweiterte Darstellungsmöglichkeiten, Probleme der Schrottimobilien, der Massentierhaltung sowie der Wind- und Solarenergie auf dem Programm.

Ausformulierte Vorschläge für eine Novelle des BauGB oder der BauNVO liegen bisher noch nicht auf dem Tisch. Aber vielleicht könnten in die anstehende fachliche und politische Debatte einige Denkanstöße zu den Themenfeldern einer solchen Reform des Städtebaurechts geben:

² »Das Planungsrecht und die Planungsziele werden wir weiterentwickeln. Es gilt, den Klimaschutz zu verankern, den Vorrang der Innenentwicklung zu stärken und die Genehmigungsverfahren zu entbürokratisieren. Dazu werden wir das BauGB anpassen und weiterentwickeln. Ferner werden wir die BauNVO umfassend prüfen.«

2. Grundsätze der Bauleitplanung

Der Klimawandel hat auch das Städtebaurecht erreicht. Global denken und lokal handeln, ist daher das Lösungswort auch für eine klimagerechte Stadtentwicklung geworden. In Umsetzung des Integrierten Energie- und Klimaprogramms der Bundesregierung und europarechtlicher Vorgaben wird das Energiefachrecht – z. B. die Energieeinsparverordnung (EnEV) und das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) – fortlaufend weiterentwickelt. Das Städtebaurecht kann hier unterstützend wirken. Der Klimaschutz sollte daher bereits in den Grundsatzkatalog der städtebaulichen Belange in § 1 Abs. 5 BauGB übernommen werden.

§ 1 BauGB (Aufgabe, Begriff und Grundsätze der Bauleitplanung). (5) ³Den 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, für eine sparsame Energienutzung sowie für den Erhalt und die Entwicklung natürlicher Senken für klimaschädliche Stoffe und für die Einlagerung dieser Stoffe schaffen.

Der Vorschlag übernimmt die Grundsätze des § 2 Abs. 2 Nr. 5 S. 5 und 6 ROG auch in das Städtebaurecht.

3. Ergänzende Vorschriften zum Umweltschutz

Die Bodenschutzklausel in § 1 a BauGB könnte im Sinne eines sparsamen Umgangs mit Grund und Boden und einer Konzentration auf die Innenentwicklung behutsam ausgebaut werden. Beim europäischen Gebietsschutz könnte sich die Bauleitplanung auf die Beachtung von Planungshindernissen beschränken, während weitere gemeinschaftsrechtliche Anforderungen in den nachfolgenden Zulassungsverfahren abgearbeitet werden können. Das gilt auch für den Artenschutz.

§ 1 a BauGB (Ergänzende Vorschriften zum Umweltschutz). (2) ¹Mit Grund und Boden ist sparsam und schonend *umzugehen*; dabei sind zur Verringerung der zusätzlichen Inanspruchnahme von Flächen für bauliche Nutzungen die Möglichkeiten der Entwicklung der Gemeinde insbesondere durch Wiedernutzbarmachung von Flächen, Nachverdichtung und andere Maßnahmen der Innenentwicklung vorrangig zu nutzen sowie die Bodenversiegelungen auf das notwendige Maß zu begrenzen. ²Eine Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen ist unzulässig, wenn sie nicht durch besondere städtebauliche Gründe gerechtfertigt ist. § 35 bleibt unberührt. ³Landwirtschaftlich, als Wald oder für Wohnzwecke genutzte Flächen sollen nur im notwendigen Umfang umgenutzt werden. ⁴Die Grundsätze nach den Sätzen 1 bis 3 sind in der Abwägung zu berücksichtigen.

(4) ¹Soweit ein Gebiet im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe b in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen erheblich beeinträchtigt werden kann, sind die Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes über die Zulässigkeit und Durchführung von derartigen Eingriffen einschließlich der Ein-

holung der Stellungnahme der Kommission anzuwenden. ²Diese Prüfung ist bei der Aufstellung eines Bauleitplans nur insoweit geboten, als sich hieraus zwingende Planungshindernisse ergeben. ³Weitere Prüfungen können unter Anwendung des § 34 Abs. 1 Satz 1 Bundesnaturschutzgesetz dem Zulassungsverfahren überlassen werden.

(5) ¹Die Belange des Artenschutzes nach dem Bundesnaturschutzgesetz sind in der Bauleitplanung zu beachten, soweit sich aus ihnen zwingende Planungshindernisse ergeben. ²Im Übrigen können die artenschutzrechtlichen Entscheidungen dem jeweiligen Genehmigungs- oder sonstigen Zulassungsverfahren vorbehalten werden. ³Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses für eine Abweichung von den naturschutzrechtlichen Verbotsregelungen sind in der Regel gegeben, wenn das Vorhaben nach §§ 29 bis 37 BauGB planungsrechtlich zulässig ist.

a) Bodenschutzklausel

Der behutsame Ausbau der Bodenschutzklausel wird zunächst dadurch erreicht, dass die bisherige Sollvorschrift in der Tendenz eine etwas größere Durchschlagskraft erhält. Diesem Anliegen ist auch § 1 a Abs. 2 Satz 2 BauGB-E verpflichtet. Die Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen wäre danach von einer erhöhten Rechtfertigung durch besondere städtebauliche Gründe abhängig. Hierdurch soll der Belang des flächensparenden Bauens gestärkt werden. Allerdings wird durch eine Ergänzung des § 214 Abs. 3 Satz 3 BauGB sichergestellt, dass die Wirksamkeit des Bauleitplans nicht von der Einhaltung dieser erweiterten Bodenschutzklausel abhängt.

b) Natura 2000-Gebiete

Die aktuelle Gesetzeslage bei möglichen Beeinträchtigungen eines Gebietes von gemeinschaftlicher Bedeutung ist etwas unübersichtlich: Kann ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung beeinträchtigt werden, sind nach § 1 a Abs. 4 BauGB die Vorschriften des BNatSchG über die Zulässigkeit und Durchführung von derartigen Eingriffen einschließlich der Einholung der Stellungnahme der Kommission anzuwenden.

Aus §§ 34 I Nr. 1, 36 Nr. 2 BNatSchG 2010 ergibt sich dabei, dass die Abarbeitung der Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes ausschließlich in der Bauleitplanung erfolgen soll. Für Vorhaben, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans nach § 30 BauGB oder während der Planaufstellung bei entsprechender Planreife nach § 33 BauGB verwirklicht werden sollen, ist § 34 Abs. 1 bis 7 BNatSchG nicht anwendbar mit der Folge, dass derartige Vorhaben einer (gesonderten) Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nicht mehr unterliegen. Nach dem Wortlaut des durch das BNatSchG eingeführten § 34 Abs. 8 BNatSchG müssen die Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes auf der Ebene der Bauleitplanung (komplett) abgearbeitet werden. Im Rahmen der Flächennutzungsplanung wäre danach zu prüfen, ob der für die Vorhaben vorgesehene Standort auch angesichts des europäischen Gebiets- und Artenschutzes weiterhin geeignet ist. Auf der Ebene des Bebauungsplans müsste die komplette Verträglichkeits- und ggf. Abweichungsprüfung stattfinden. Dies dürfte daraus zu schließen sein,

dass die Zulassung der Projekte selbst nach § 34 Abs. 8 BNatSchG von den Prüfungsanforderungen des § 34 BNatSchG freigestellt ist.

Der Gesetzgeber hat damit ein Modell aufgegriffen, das er für die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in § 1 a Abs. 3 BauGB entwickelt hat. Hier ist die Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in der Bauleitplanung seit dem Baurechtskompromiss durch das InWoBaulG 1993 in die abwägenden Hände der planenden Städte und Gemeinden gelegt. In der Bauleitplanung ist daher im Gegensatz zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in §§ 14 bis 17 BNatSchG keine Vollkompensation erforderlich. Vielmehr kann die Bauleitplanung zu einer geringeren Kompensation gelangen, wenn dies in der städtebaulichen Abwägung nachvollziehbar begründet ist. Um dies sicherzustellen, verweist § 18 Abs. 1 BNatSchG für das Abarbeiten der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung auf die abschließende Entscheidung im Bebauungsplanverfahren. Auf Vorhaben in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 BauGB, während der Planaufstellung nach § 33 BauGB und im Innenbereich nach § 34 BauGB sind die §§ 14 bis 17 BNatSchG daher folgerichtig nicht anzuwenden (§ 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG).

Die Anforderungen an den europäischen Gebietsschutz unterliegen jedoch anders als die ausschließlich auf nationalem Recht beruhende Eingriffsregelung nicht der abwägenden Beurteilung und in diesem Rahmen Verfügbarkeit der planenden Gemeinden. Vielmehr ergeben sich aus dem Europarecht strikte Bindungen, die abwägungsresistent sind. Eine Vorschrift wie § 34 Abs. 8 BNatSchG, die trotz dieser Bindungen die abschließende Abarbeitung der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung in die Bauleitplanung verweist und keinen Konflikttransfer in das eigentliche Zulassungsverfahren ermöglicht, ist allerdings nicht praxistauglich. Die Regelungen dürften wohl auch europarechtlich dahingehend auszulegen sein, dass eine ergänzende Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung im Zulassungsverfahren erfolgen und damit dieses Nachfolgeverfahren einen Teil der abschließenden Konfliktbewältigung darstellen kann. Im Verfahren Kraftwerk Reuter hat das BVerwG die Auffassung befürwortet, dass die Aufgabe der Bauleitplanung dort ende, wo die Bewältigungsmöglichkeiten des nachfolgenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens eingreifen.³

Vergleichbare Überlegungen sind im Hinblick auf die Konflikte angezeigt, die sich aus dem europäischen Gebietsschutz ergeben. Die Verträglichkeitsprüfung muss den jeweils aktuellen Stand der fachlichen Erkenntnisse mit einbeziehen. Änderungen bis zur Zulassung des Vor-

habens müssen in die Prüfung eingehen.⁴ Die Bauleitplanung kann daher nur eine erste Abschichtung in der Prüfung gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen enthalten. Abschließend ist erst in der Projektzulassung über die Einhaltung der Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes zu entscheiden.

Die Nichtanwendung der Vorschriften über die Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung für die Projektzulassung im Geltungsbereich eines Bebauungsplans kann in der Praxis auch deshalb nicht durchgehalten werden, weil damit die gesamte Prüfung in das Bauleitplanverfahren verlagert würde, das diese Aufgabe nicht leisten kann. Gerade bei Großvorhaben wie einer Kraftwerksplanung kann bei der Aufstellung eines Bebauungsplans ein (immissionschutzrechtliches oder wasserrechtliches) Zulassungsverfahren nicht integriert werden. Auch kann mit dem begrenzten Festsetzungskatalog des § 9 BauGB nicht ein Detaillierungsgrad von Nebenbestimmungen und Auflagen erreicht werden, wie sie Gegenstand einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sein können. Dies wäre aber erforderlich, wenn die Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes ggf. einschließlich von Vermeidungsmaßnahmen, CEF-Maßnahmen oder Kohärenzsicherungsmaßnahmen abschließend in der Bauleitplanung abgearbeitet werden müssten.

Es empfiehlt sich daher, durch eine klarstellende Regelung in § 1 a Abs. 4 BauGB einen Konflikttransfer in das Genehmigungsverfahren zu ermöglichen und die Bauleitplanung auf die Grundsatzentscheidung zuzuschneiden. Zwingende Planungshindernisse sind in der Bauleitplanung abzarbeiten. Eine Detailprüfung mit entsprechenden Einzelregelungen kann dem jeweiligen Zulassungsverfahren vorbehalten bleiben. Das ist auch europarechtlich zulässig. Denn die Habitat- und Vogelschutz-RL verlangen zwar die Einhaltung der in ihnen enthaltenen Gebote, lassen es aber zu, dass die Prüfung zwischen verschiedenen Planungs- und Zulassungsebenen aufgeteilt wird.

c) Artenschutz

Die europarechtlichen Vorgaben des Artenschutzes in Art. 12 bis 16 Habitat-RL und Art. 5 bis 9 Vogelschutz-RL sind inzwischen im nationalen Recht in der kleinen Artenschutznovelle 2007 umgesetzt worden und haben nunmehr ohne inhaltliche Änderungen ihren Platz in §§ 44, 45 BNatSchG 2020 gefunden.⁵ Die sich daraus ergebenden Verbotstatbestände sind auch in der Bauleitplanung zu beachten. Werden Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG erfüllt, die auch nicht nach § 44 Abs. 5 BNatSchG unbeachtlich sind, können unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG von der zuständigen Naturschutzbehörde Ausnahmen erteilt werden. Dies setzt voraus, dass zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positive Folgen für die Umwelt

3 BVerwG, B. v. 17. 2. 1984 – 4 B 191.83 –, BVerwGE 69, 30 – Reuter-Kraftwerk; Urt. v. 23. 1. 1981 – 4 C 4.78 –, BVerwGE 61, 295; B. v. 28. 8. 1987 – 4 N 1.86 –, DVBl 1987, 1273 – Volksfürsorge; B. v. 7. 9. 1988 – 4 N 1.87 –, BVerwGE 80, 184 – Schallschutzfenster; vgl. aber auch OVG Münster, Urt. v. 3. 9. 2009 – 10 D 121/07.NE –, DVBl 2009, 1385 = NuR 2009, 801 m. Anm. Andrea Versteyl, NuR 2009, 819 – Steinkohlekraftwerk Datteln; Goppel, DVBl 2009, 1592; Stüer, DVBl 2010, 333; BVerwG, B. v. 16. 3. 2010 – 4 BN 66.09 – Datteln.

4 BVerwG, Urt. v. 12. 3. 2008 – 9 A 3.06 –, BVerwGE 130, 299 = NuR 2008, 633 – Hessisch Lichtenau II.

5 Stüer, NuR 2010, 677; ders., BauR 2010, 1521.

das Vorhaben rechtfertigen, eine anderweitige zufriedenstellende Lösung nicht verfügbar ist und sich der Erhaltungszustand der Population der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung nicht verschlechtert.

Das Modell der gestuften Planungs- und Zulassungsentscheidung könnte auch für den Bereich des Artenschutzes mit Leben erfüllt werden. Die Prüfung der artenschutzrechtlichen Anforderungen in §§ 44, 45 BNatSchG könnte nach der hier vorgeschlagenen Regelung auf Planungshindernisse beschränken. Weitere artenschutzrechtliche Prüfungen können dem jeweiligen Zulassungsverfahren vorbehalten bleiben. Denn auch ein Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans unterliegt den Anforderungen der §§ 44, 45 BNatSchG, die Ausfluss europarechtlicher Vorgaben der Habitat- und Vogelschutz-RL sind. Soweit danach Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG erfüllt sind, müssen von der zuständigen Naturschutzbehörde Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erteilt werden. Das gilt übrigens auch für nach dem Bauordnungsrecht der Länder freigestellte Vorhaben. Hierdurch wird die Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben im Prinzip auch dann sichergestellt, wenn sich die Bauleitplanung auf die Prüfung von Planungshindernissen beschränkt.

Es könnte einiges dafür sprechen, dass diese Rechtsgrundsätze in der Lastenverteilung zwischen Bauleitplanung und Zulassungsverfahren bereits heute gelten. Eine entsprechende Klarstellung wäre allerdings für die Praxis durchaus hilfreich. Das gilt auch für die vorgeschlagene Regelung, für planungsrechtlich zulässige Vorhaben das regelhafte Vorliegen von entsprechenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses anzunehmen. Das gilt auch für die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung, die nur dann in Frage gestellt werden kann, wenn die dafür geltend gemachten Gründe nicht nachvollziehbar sind (§ 214 Abs. 3 Satz 4 BauGB-E).

4. Darstellungen des Flächennutzungsplans

Der Flächennutzungsplan wird mehr und mehr von Bedeutungsgegensätzen gekennzeichnet. Während er für die Innenentwicklung seine Bedeutung verliert, hat er im Außenbereich die Reise zu einer Rechtsnorm angetreten. Es empfiehlt sich, eine Rechtsgrundlage dafür zu schaffen, dass im Flächennutzungsplan auch zentrale Versorgungsbereiche, Vorrang- und Eignungsflächen sowie Belastungsgebiete dargestellt werden können. Neben die sachlichen Teilflächennutzungspläne sollten auch die räumlichen Teilflächennutzungspläne treten. Auch das Baurecht auf Zeit, das im Bebauungsplan nach § 9 Abs. 2 BauGB festgesetzt werden kann, sollte in entsprechende Darstellungsmöglichkeiten im Flächennutzungsplan übernommen werden.

§ 5 BauGB (Inhalt des Flächennutzungsplans). (2) Im Flächennutzungsplan können insbesondere dargestellt werden

2 a. die Flächen der zentralen Versorgungsbereiche,

11. die Flächen, die für Vorhaben der in § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 bezeichneten Art vorrangig vorgesehen (Vorrang-

flächen) oder allgemein geeignet (Eignungsflächen) sind, die an anderer Stelle im Plangebiet in der Regel ausgeschlossen werden sollen,

12. die Flächen, in denen wegen Häufung von Vorhaben der in § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 bezeichneten Art die städtebauliche Entwicklung in der Gemeinde oder die Funktion des Außenbereichs erheblich beeinträchtigt ist und die von weiteren Vorhaben freigehalten werden sollen (Belastungsflächen).

(2b) Für Darstellungen des Flächennutzungsplans mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 können sachliche oder räumliche Teilflächennutzungspläne aufgestellt werden.

(2c) Im Flächennutzungsplan können insbesondere zur Vorbereitung von Festsetzungen im Bebauungsplan nach § 9 Abs. 2 entsprechende Darstellungen getroffen werden (Baurecht auf Zeit).

a) Zentrale Versorgungsbereiche

Die Festlegung zentrale Versorgungsbereiche, deren Schädigung zu einer planungsrechtlichen Unzulässigkeit von Innenbereichsvorhaben führt (§ 34 Abs. 3 BauGB), kann bereits heute in einem von der Gemeinde beschlossenen städtebaulichen Entwicklungskonzept nach § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB und in einem einfachen Bebauungsplan nach § 9 Abs. 2 a BauGB erfolgen. Es empfiehlt sich, entsprechende Darstellungen im Flächennutzungsplan vorzusehen, die allerdings bei der konkreten Planungs- oder Zulassungsentscheidung mit dem Ziel der Prüfung der jeweils konkreten Verhältnisse nochmals durch die Hand gehen sollten. Dem dient die vorgeschlagene Darstellungsmöglichkeit in § 5 Abs. 2 Nr. 2a BauGB-E und die entsprechende Ergänzung in § 9 Abs. 2 a S. 2 BauGB.

b) Eignungs- und Vorbehaltsgebiete

Der Vorschlag entsprechender Darstellungsmöglichkeiten ist dem Regierungsentwurf zum EAG Bau vom 15. 10. 2003 entnommen.

c) Belastungsgebiete

Auch der Vorschlag zu Belastungsgebieten greift entsprechende Empfehlungen des Regierungsentwurfs zum EAG Bau auf.

5. Festsetzungsmöglichkeiten

§ 9 BauGB (Inhalt des Bebauungsplans). (1) Im Bebauungsplan können festgesetzt werden (aus städtebaulichen Gründen wird gestrichen).

(2a) ²Dabei sind insbesondere entsprechende Darstellungen im Flächennutzungsplan nach § 5 Abs. 2 Nr. 2a BauGB oder ein hierauf bezogenes städtebauliches Entwicklungskonzept im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 11 zu berücksichtigen, das Aussagen über die zu erhaltenden oder zu entwickelnden zentralen Versorgungsbereiche der Gemeinde oder eines Gemeindeteils enthält.

Die Streichung des Zusatzes »aus städtebaulichen Gründen« soll klarstellen, dass die Bauleitplanung zwar in städtebaulich relevanten Bereichen Regelungen trifft, die Gründe dafür allerdings über diesen Aspekt hinausgehen

können. Das gilt namentlich für den Klimaschutz. Die Regelungen selbst müssen allerdings einen Bezug zum Bodenrecht und damit zum Städtebaurecht auch deshalb haben, weil die Gesetzgebungskompetenz des Bundes darauf beschränkt ist.⁶

6. Bebauungsplan der Innenentwicklung

Der durch die BauGB-Novelle 2007 eingeführte Bebauungsplan der Innenentwicklung hat wichtige Impulse für ein beschleunigtes und vereinfachtes Planungsrecht gelegt. Die Regelungen haben sich in der Praxis bewährt. Und so liegt es nahe zu überlegen, ob dieses Instrument weiter ausgebaut werden kann. Allerdings ergeben sich europarechtliche Grenzen. Werden UVP-pflichtige Vorhaben ausgewiesen, muss die Öffentlichkeitsbeteiligung den europarechtlichen Standards entsprechen. Dies setzt weiteren Vereinfachungs- oder Beschleunigungsbestrebungen Grenzen.

Die Regelungen über den Bebauungsplan der Innenentwicklung sind von der Praxis dankend aufgegriffen worden und haben sich bewährt. Ein grundsätzlicher Regelungsbedarf zeichnet sich daher wohl nicht ab. Es könnte sich allerdings empfehlen, die etwas umständliche Verweiskette in § 13 a Abs. 2 Nr. 4 auf § 1 a Abs. 3 Satz 5 BauGB, die eher nach dem Osterhasenprinzip der Schokoladenverordnung gestrickt ist (»Weihnachtsmann im Sinne des Gesetzes ist auch der Osterhase«), durch eine Regelung zu ersetzen, die den Gemeinden entsprechende Anwendungsspielräume gewährt.

§ 13 a BauGB (Bebauungsplan der Innenentwicklung). (2) Im vereinfachten Verfahren
4. ist ein naturschutzrechtlicher Ausgleich nach § 1 a Abs. 3 nicht erforderlich.

7. Zurückstellung von Baugesuchen

Es könnte sich empfehlen, die Fristen für die Zurückstellung von Bauvorhaben auf zwei Jahre zu verlängern und klarzustellen, dass die Bindungen nicht nur für die Baugenehmigungsbehörde, sondern für alle Genehmigungsbehörden bestehen.

§ 15 BauGB (Zurückstellung von Baugesuchen). (3)
¹Auf Antrag der Gemeinde hat die Baugenehmigungsbehörde die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 für einen Zeitraum bis zu längstens von zwei Jahren nach Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs auszusetzen, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, mit dem die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 erreicht werden sollen, und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde.

8. Außenbereich

Fast in jeder der Novellen zum BBauG und zum BauGB war auch der Außenbereichsparagraph beteiligt. In aller Regel sind dabei die baulichen und sonstigen Nutzungsmöglichkeiten im Außenbereich erweitert worden. Vorbei die Zeiten, in denen der Außenbereichsparagraph noch die schlichte Fassung hatte: »Das Bauen ist überall verboten. Ausnahmen bestimmt der Stadtbaurat.«

Die hier unterbreiteten Änderungsvorschläge betreffen die Eingrenzung der Tiermastbetriebe, die nicht über einen landwirtschaftlichen Bezug verfügen, sowie die Streichung des § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB, der ohnehin nur eine symbolische Bedeutung hat. Durch § 35 Abs. 1 Satz 2 BauGB-E wird den Gemeinden und den Trägern der Raumordnung ein Darstellungsprivileg in dem Sinne gewährt, dass sie den in der Vorschrift genannten Vorhaben einen privilegierten Status zuweisen, der an die privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Satz 1 BauGB anknüpft. Der räumliche Teilflächennutzungsplan nach § 5 Abs. 2 b BauGB-E soll mit einer entsprechenden Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB-E verbunden werden. Weitere Vorschläge beziehen sich auf die Streichung der Siebenjahresfrist für die Teilprivilegierung in § 35 Abs. 4 Nr. 1 c BauGB sowie das Repowering.

§ 35 BauGB (Bauen im Außenbereich). (1) ¹Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es

4. wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll; dies gilt nicht für Tiermastbetriebe, bei denen die über eine landwirtschaftliche Nutzung nach § 201 hinausgehende gewerbliche Nutzung im Vordergrund steht,
7. der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken oder der Entsorgung radioaktiver Abfälle dient (wird gestrichen).

²Die Gemeinde und der Träger der Raumordnung können, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder durch Ziele der Raumordnung Flächen ausweisen, in denen Vorhaben die Nutzung von Netzen und Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung sowie von Solaranlagen für die Wärme-, Kälte- und Elektrizitätsversorgung. ³Das gilt auch für nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 HS 2 unzulässige Vorhaben.

(3) ³Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, wenn es den Darstellungen eines räumlichen Teilflächennutzungsplans widerspricht oder hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

(4) ¹Nr. 1 c) die Aufgabe der bisherigen Nutzung liegt nicht länger als sieben Jahre zurück, wird gestrichen.

(5) ⁵Bei der Ersetzung von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 durch leistungsstärkere Anlagen (Repowering) können Darstellungen nach § 5 Abs. 2 c und Festsetzungen nach § 9 Abs. 2 getroffen werden. ⁶Wird die energetische Leistung der Anlagen durch das Repowering in der Bilanz

6 BVerfG, E. v. 16. 6. 1954 – 1 PBvV 2/52 –, BVerfGE 3, 407.

erhöht, wird die substanzielle Nutzung dieses Energieträgers hierdurch nicht in Frage gestellt.

a) Tiermastbetriebe

Die Intensivtierhaltung, die eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB für sich in Anspruch nimmt, stößt im Außenbereich nicht selten auf erhebliche Nutzungskonflikte. Je größer die Zahl der benachbarten Intensivtierhaltungen ist, umso mehr können andere Entwicklungsmöglichkeiten vollständig aufgehoben werden.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG sind Tiermastbetriebe in der Tendenz auch dann nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB planungsrechtlich zulässig, wenn sie über einen landwirtschaftlichen Bezug hinausgehen⁷. Es empfiehlt sich, solche Gewerbebetriebe aus der allgemeinen Privilegierung auszunehmen und sie unter einen entsprechenden gemeindlichen Planungsvorbehalt zu stellen. Dies könnte entweder durch die Aufstellung eines Bebauungsplans oder durch das vorgeschlagene positive Darstellungsprivileg (§ 35 Abs. 2 Satz 2 BauGB-E) geschehen.

b) Positives Darstellungsprivileg

Das bereits in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB enthaltene Darstellungsprivileg, das die Ausschlusswirkung für privilegierte Anlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB an ein Gesamtkonzept für den gesamten Planungsraum bindet, sollte dahingehend erweitert werden, dass es in einem begrenzten Maße den Katalog der privilegierten Vorhaben in § 35 Abs. 1 BauGB erweitert. Dies gilt für Bereiche der regenerativen Energien oder auch für ortgebundene Gewerbebetriebe, die den Rahmen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB-E überschreiten. Die positiven Darstellungen können sich auf geeignete Standorte beziehen und sind nicht – wie das Darstellungsprivileg in seiner bisherigen Fassung – von der Schlüssigkeit eines Konzeptes für den gesamten Planungsraum abhängig.

Der vorgeschlagene räumliche Teilflächennutzungsplan rundet die Planungsmöglichkeiten der Gemeinden und der Träger der Raumordnung ab. Auch ohne die Aufstellung eines Gesamtkonzeptes für den gesamten Planungsraum werden die Planungsträger ermächtigt, das Darstellungsprivileg für den Ausschluss von nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB privilegierten Vorhaben in einem räumlich begrenzten Bereich zu nutzen. Durch eine solche Begrenzung wird zugleich die Rechtssicherheit der gemeindlichen und regionalen Planungsentscheidungen erhöht. Ein Fehler in dem System der Ausschluss- und Abwägungskriterien lässt das Planungskonzept nicht mehr wie einen Luftballon zerplatzen.⁸

c) Siebenjahresfrist bei landwirtschaftlichen Folgenutzungen

Die Teilprivilegierung in § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 c BauGB ist gegenwärtig davon abhängig, dass die Aufgabe der bis-

herigen Nutzung nicht länger als sieben Jahre zurückliegt. Die Nichtanwendung dieser Frist ist vom jeweiligen Landesrecht abhängig (§ 245 b Abs. 2 BauGB). Die vorgeschlagene Streichung der Vorschrift dient der Vereinfachung; entsprechende landesrechtliche Regelungen sind dann nicht mehr erforderlich.

d) Repowering

Der Vorschlag in § 35 Abs. 5 Satz 5 BauGB-E dient der erleichterten Planung von Vorhaben des Repowering bei Windkraftanlagen. Ein größerer Teil der Anlagen sind bereits in die Jahre gekommen. Es empfiehlt sich daher, den Planungsspielraum der Gemeinden auch unter Nutzung des Baurechts auf Zeit (§ 5 Abs. 2 c BauGB-E und § 9 Abs. 2 BauGB) entsprechend zu erweitern. Die Gemeinden können nach den vorgeschlagenen Regelungen die Errichtung neuer Anlagen von dem Rückbau von Altanlagen abhängig machen. Zudem ist es ein Anliegen der kommunalen Planungsträger, dass mit der Durchführung derartiger Planungen das im Flächennutzungsplan enthaltene Planungskonzept nicht wieder in Frage gestellt werden kann. Einen Bestandsschutz in dem Sinne, dass ein Anspruch auf Repowering von Altanlagen besteht, ist weder dem einfachen Recht noch der Eigentumsgarantie zu entnehmen.

9. Rückbau- und Entsiegelungsgebot

Eine schrumpfende und alternde Bevölkerung hat Leerstände hervorgerufen, die nicht nur in den neuen Bundesländern städtebauliche Missstände hervorgerufen haben. Dies kann verschiedene Gründe haben. Die Eigentümer sind in der Regel nicht willens und auch nicht in der Lage, den baulichen Zustand der Immobilie zu erhalten oder gar modernen Wohn- und Arbeitsbedingungen anzupassen. Nicht selten werden Immobilien auch aus Spekulationsgründen herabgewirtschaftet. Für solche städtebaulichen Missstände funktionsloser Gebäude könnte es sich empfehlen, die rechtlichen Daumenschrauben stärker anzuziehen und den Eigentümer an den Abbruchkosten in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit zu beteiligen.

Denn besonders in städtebaulichen Problemzonen wirken sich Schrottimmobilien nachteilig auf das Bild unserer Städte und Gemeinden aus. Während das bereits durch das StBauFG eingeführte Abbruchgebot nur auf Kosten der Allgemeinheit umgesetzt werden kann, empfiehlt es sich, bei städtebaulichen Missständen den Eigentümer stärker zur Kasse zu bitten. Das Rückbaugesuch soll daher auch im nicht beplanten Innenbereich angewendet werden und vor allem im Rahmen der Zumutbarkeit durch Heranziehung des Eigentümers umgesetzt werden können.

§ 179 BauGB (Rückbau- und Entsiegelungsgebot).

(1) ¹Die Gemeinde kann den Eigentümer verpflichten zu dulden, dass eine bauliche Anlage ganz oder teilweise beseitigt wird, wenn sie den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht entspricht und ihnen nicht angepasst werden kann. ²...

(4) ¹Weist eine bauliche Anlage Missstände oder Mängel im Sinne des § 177 Abs. 2 und 3 S. 1 auf, die auch durch eine Modernisierung oder Instandsetzung nicht behoben werden

7 BVerwG, B. v. 27. 6. 1983 – 4 B 201/82 –, DÖV 1984, 294 = NVwZ 1984, 169.

8 BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02 –, BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 – Luftballon.

können, kann die Gemeinde die Beseitigung der Missstände durch Rückbau anordnen. ²§ 177 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden. ³Ein Kostenerstattungsanspruch des Eigentümers nach § 177 Abs. 4 besteht nur insoweit, wie er nachweisen kann, dass ihm die Vornahme der angeordneten Maßnahmen wirtschaftlich nicht zumutbar war.

Das Rückbau- und Entsiegelungsgebot wird in § 179 Abs. 1 BauGB-E weiterhin an das Vorliegen eines Bebauungsplans geknüpft. Bei baulichen Missständen eröffnet § 179 Abs. 4 BauGB die Möglichkeit, den Eigentümer im Rahmen der Zumutbarkeitsgrenze heranzuziehen und die Allgemeinheit entsprechend zu entlasten. Mit der Zumutbarkeit wird ein Begriff eingeführt, zu der eine umfangreiche Rechtsprechung vorliegt.⁹ Der engere Gefahrenbegriff des Bauordnungs- oder Polizeirecht wird daher durch weiter gefasste städtebauliche Gründe ergänzt, wodurch zugleich wichtigen städtebaulichen Anliegen entsprochen werden kann.

10. Planerhaltung

Der Grundsatz der Planerhaltung¹⁰ zählt bereits seit vielen Jahren zum Gemeingut städtebaulicher Planung. Ausgehend von der dogmatisch kaum zu begründenden Mahnung des BVerwG, sich nicht ungefragt auf die Suche von Fehlern zu begeben¹¹, hat er durch zahlreiche Novellen des BauGB in § 214 ff BauGB seinen festen Platz erhalten. Es empfiehlt sich, die Regelungen behutsam auszubauen. Die Bekanntmachung sollte von Hinweiserfordernissen auf das Vorliegen von umweltbezogenen Informationen entlastet werden (§ 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB-E). Auch weitere Detailregelungen zur Vollständigkeit des Umweltberichts (§ 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB-E) oder zur Bodenschutzklausel (§ 214 Abs. 3 Satz 3 BauGB-E) dienen der Klarstellung. Anknüpfend an eine entsprechende Regelung in § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB 1998 sollten auch nicht innerhalb eines Jahres gerügte materielle Abwägungsfehler unbeachtlich werden (§ 215 Abs. 1 Nr. 3 BauGB-E).

§ 214 BauGB (Planerhaltung). (1) ¹Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften dieses Gesetzbooks ist für die Rechtswirksamkeit des Flächennutzungsplans und der Satzung nach diesem Gesetzbuch nur beachtlich, wenn

2. ... oder (*einzelne*) Angaben dazu, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, gefehlt haben, ... (*»einzelne«* wird gestrichen).

9 B. v. 2. 3. 1999 – 1 BvL 7/91 –, BVerfGE 100, 226 = DVBl 1999, 1498 – Direktorenvilla; B. v. 16. 2. 2000 – 1 BvR 242/92 –, BVerfGE 102, 1 = DVBl 2000, 1275 – Altlastensanierung; Urt. v. 9. 10. 1986 – III ZR 2/85 –, BGHZ 99, 24 – Blücher Museum.

10 Hoppe, DVBl 1994, 1033; ders., UPR 1995, 201; ders., DVBl 1996, 12; Sendler, NJW 1999, 1834; ders., Plan und Normerhaltung vor Gericht, FS Werner Hoppe, 2000, 1011; ders., DVBl 2005, 659; Stür, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 274, 1296; ders., DVBl 1997, 1201; ders., DVBl 2010, 2028.

11 BVerwG, Urt. v. 7.9.1979 – IV C 7.77 –, DVBl 1980, 230 = BauR 1980, 40.

3. die Vorschriften über die Begründung des Flächennutzungsplans und der Satzungen sowie ihrer Entwürfe nach §§ 2 a, 3 Abs. 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 HS 2 und Abs. 5, § 9 Abs. 8 und § 22 Abs. 10 verletzt worden sind; dabei ist unbeachtlich, wenn die Begründung des Flächennutzungsplans oder der Satzung oder ihr Entwurf unvollständig ist; abweichend von HS 2 ist eine Verletzung von Vorschriften in Bezug auf den Umweltbericht *nur beachtlich, wenn die Begründung hierzu in den wesentlichen Punkten unvollständig ist*;

(3) ³Unbeachtlich ist auch, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1 a Abs. 2 Satz 1 und 2 nicht vorgelegen haben. ⁴Die Beurteilung, dass bei der artenschutzrechtlichen Prüfung nach § 1 a Abs. 5 zumutbare Alternativen nicht gegeben sind, leidet nur dann an einem beachtlichen Fehler, wenn die Gründe hierfür nicht nachvollziehbar sind.

§ 215 BauGB (Frist für die Geltendmachung von Vorschriften). (1) Unbeachtlich werden

3. *Mängel der Abwägung*,

wenn sie nicht innerhalb eines Jahres seit Bekanntmachung des Flächennutzungsplans oder der Satzung schriftlich gegenüber der Gemeinde unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts geltend gemacht worden sind. S. 1 gilt entsprechend, wenn Fehler nach § 214 Abs. 2 a beachtlich sind.

a) *Fehlender Hinweis auf vorliegende umweltbezogene Informationen*

Nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB ist nur das Fehlen einzelner Angaben dazu, welcher Art umweltbezogener Informationen verfügbar sind, unbeachtlich. Es empfiehlt sich, die Hinweispflicht auf umweltbezogene Informationen generell aus den Wirksamkeitserfordernissen im Zusammenhang mit der Bekanntmachung der Offenlage des Plans herauszunehmen.

b) *Begründung des Umweltberichts*

Eine Verletzung von Vorschriften in Bezug auf den Umweltbericht sollte nur beachtlich sein, wenn die Begründung hierzu in den wesentlichen Punkten unvollständig ist (§ 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB-E). Es wird damit eine klarstellende Regelung vorgeschlagen, wie sie sich bereits in § 12 Abs. 4 Nr. 1 ROG bewährt hat.

c) *Bodenschutzklausel*

Die präzisierten Anforderungen an den sparsamen Umgang mit Grund und Boden in § 1 a Abs. 2 BauGB-E sollten die planenden Gemeinden zu einer gesteigerten Abwägung veranlassen, nicht jedoch zugleich auch in dieser Breite der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Vielmehr sollte es insoweit bei den bisherigen Regelungen verbleiben. Trotz eines stärkeren Anforderungsprofils zugunsten des flächensparenden Bauens sollten die Gerichte von zusätzlichen Prüfungserfordernissen entlastet werden.

d) *Unbeachtlichkeit von Abwägungsmängeln*

Der Vorschlag, auch materielle Abwägungsmängel nach Ablauf einer bestimmten Rügefrist für unbeachtlich zu erklären, lehnt sich an § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB 1998 an. Es

erscheint sachgerecht, dass auch materielle Abwägungsfehler nach dem Ablauf einer einjährigen Rügefrist nicht mehr zur Unwirksamkeit des Planes führen.

11. Von der Freude, eine anlaufende Gesetzgebungsmaschine zu beobachten

So kann der Beitrag mit einer guten Nachricht für die Städtebaupraxis enden. Eine große Reform mit revolutionären Ergebnissen steht nach der Koalitionsvereinbarung offenbar nicht ins Haus. Aber es sind vielfach auch eher die kleinen Schritte, die das Leben in den Amtsstuben der Städte und Gemeinden vereinfachen können. Wenn dies bei der anstehenden Reform am Ende erreicht werden kann, dann wäre ja auch schon Einiges gewonnen. Ob es allerdings wirklich noch in dieser Legislaturperiode zu ei-

ner Reform des Städtebaurechts kommt und wie sich eine Novellierung des BauGB am Ende präsentiert, steht wohl noch in den Sternen. Das hängt nicht zuletzt auch von politischen Einschätzungen ab, von denen juristische Berater nicht unbedingt etwas verstehen müssen.

Vom Reichskanzler *Otto von Bismarck* stammt die Erkenntnis: »Beim Würstmachen und beim Gesetzesmachen sollst Du nicht zusehen – weil es Dir davon schlecht wird.« Wer gelegentlich an den damaligen Bonner und nunmehr an den Berliner Expertengesprächen zum Städtebaurecht¹² teilgenommen hat, der ist jedenfalls für das Zusehen bei der Vorbereitung von Gesetzen geradezu vom Gegenteil überzeugt.

¹² *Bunzel*, DVBl 2010, 1551 (in diesem Heft).

Sportwettenmonopol und Europarecht – wirklich »Rien ne va plus«?

Von Wiss. Mitarbeiter *Christian Heidfeld*, Bielefeld*

»Der EuGH kippt das deutsche Sportwettenmonopol« – dies war vielerorts als erste Reaktion auf drei Anfang September 2010 ergangene EuGH-Urteile zur Auslegung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu vernehmen. Möglicherweise war diese Einschätzung aber zu eindimensional. Die Verfahren vor dem EuGH (I., II.) schreiben die bisherige EuGH-Glücksspieljudikatur (III.) fort, ihre Folgen für das Sportwettenmonopol bedürfen indes differenzierter Betrachtung (IV.).

I. Die Vorlageverfahren

Die EuGH-Urteile in den Rechtssachen *Markus Stoß u. a.*¹, *Carmen Media Group Ltd*² sowie *Winner Wetten*³ beruhen auf von den Verwaltungsgerichten Schleswig-Holstein, Gießen, Stuttgart und Köln eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren, in denen der EuGH ersucht wurde, die Dienst- und Niederlassungsfreiheit hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem deutschen Sportwettenmonopol⁴ auszulegen. Ihnen lagen Streitigkeiten über die Untersagung der Vermittlung von Sportwetten, die von

Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten mit einer dort erworbenen Erlaubnis veranstaltet werden, zu Grunde.⁵

Schon diese prozessuale Hintergrundfolie lässt erste Zweifel daran aufkommen, dass das deutsche Sportwettenmonopol in den in Rede stehenden Entscheidungen durch den EuGH gekippt worden sei.⁶ Denn anders als etwa in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV⁷ konnte der EuGH in diesen Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV gar nicht das deutsche Sportwettenmonopol an sich überprüfen. Im Vorlageverfahren entscheidet der EuGH nämlich über die Auslegung und Gültigkeit von Unionsrecht, auf der Grundlage der Darstellung der mitgliedstaatlichen Sach- und Rechtslage durch die vorlegenden Gerichte. Der EuGH stellt daher vorliegend auch gar nicht explizit fest, dass das deutsche Sportwettenmonopol mit dem Europarecht unvereinbar ist. Vielmehr führt der EuGH aus, dass seine Schlussfolgerung im Hinblick auf die Zulässigkeit des Sportwettenmonopols voraussetzt, dass die im Tenor der Urteile genannten tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen von einem nationalen Gericht festgestellt worden sind. Dennoch lassen sich aus den EuGH-Urteilen durchaus Schlüsse auf die Vereinbarkeit des deutschen Sportwetten-

* Der Autor ist Rechtsreferendar am LG Bielefeld und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik (Prof. Dr. Mayer, LL.M. (Yale)) an der Universität Bielefeld.

¹ EuGH, Urteil v. 8. 9. 2010 – verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07, C-410/07 (Markus Stoß u. a.).

² EuGH, Urteil v. 8. 9. 2010 – Rs. C-46/08 (Carmen Media Group Ltd).

³ EuGH, Urteil v. 8. 9. 2010 – Rs. C-409/06 (Winner Wetten).

⁴ Die Rechtsgrundlagen des deutschen Sportwettenmonopols finden sich im Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) und in einzelnen Landesgesetzen, wie z. B. dem GlüStV AG NRW, GV NRW v. 30. 10. 2007, 445. Zum GlüStV siehe *J. Dietlein/M. Hecker/M. Ruttig*, Glücksspielrecht, 2008.

⁵ Ausführlich zu den Verfahren vor den Verwaltungsgerichten *M. Arends*, ZfWG 2007, 347 ff.

⁶ So *M. Hecker*, Legal Tribune Online v. 13. 9. 2010, abrufbar unter <http://www.lto.de/de/html/nachrichten/1424/Zeitungsentener-uber-das-Ende-des-Gluecksspielmonopols>.

⁷ Die Kommission untersucht bereits die Beschränkungen des Glücksspielangebots in der Bundesrepublik Deutschland und hat mit einem Auskunftsersuchen den ersten Schritt hin zu einem Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, vgl. Mitteilung der Kommission IP/08/119.