



## Schwerpunktthema: Baurecht

- Norbert Portz, Die BauGB-Klimaschutznovelle 2011
- Dr. Sigrid Wienhues, Zulässigkeit von Einzelhandelsvorhaben im Lichte des Europarechts
- Prof. Dr. Wilhelm Söfker, Möglichkeiten zur Steuerung bei der Ansiedlung von Biomasse-Anlagen
- Dr. Franz Dirnberger, Keine Haftung der Gemeinden für rechtswidrig verweigertes Einvernehmen
- Dr. Thomas Krappel, Dr. Sanaz Moradi Karkaj, Wann „haften“ Gemeinden für rechtmäßige Bebauungspläne?



# Melderecht, Pass- und Personalausweisrecht



Medert/Süßmuth

## Melderecht des Bundes und der Länder Teil I: Bundesrecht

*Loseblattausgabe  
Gesamtwerk - 29. Lieferung  
Stand: Dezember 2010  
Ca. 1.490 Seiten inkl. Ordner. € 129,-  
ISBN 978-3-555-01286-5*

Die Loseblattsammlung enthält umfangreiche Erläuterungen des Melderechtsrahmengesetzes und dessen Durchführungsverordnungen sowie die Texte der Meldegesetze der Länder, des MRRG und ergänzender Rechtsvorschriften. Das Werk wird abgeschlossen durch den Abdruck des kompletten Datensatzes für das Meldewesen. Die Meldegesetze der Länder stimmen weitgehend fast wörtlich mit denen des Bundes überein und ergänzen es mit speziellen Regelungen. Als Standardwerk des Melderechts ist der Kommentar eine unverzichtbare Arbeitsgrundlage aller mit dem Melderecht befassten Praktiker, insbesondere in den Meldebehörden der Gemeinden und ihren Aufsichtsbehörden.



Herausgegeben von der  
Bundesvereinigung der  
kommunalen Spitzenverbände

## Datensatz für das Meldewesen Einheitlicher Bundes-/ Länderteil (DSMeld)

*2. überarb. Auflage. Loseblattausgabe  
Gesamtwerk - 12. Lieferung  
Stand: November 2011  
Ca. 280 Seiten inkl. Ordner. € 59,-  
ISBN 978-3-555-01284-1*

Der Datensatz für das Meldewesen dient der transparenten Datenübermittlung zwischen Behörden. Er ist verbindlich bei Datenübermittlungen nach der 1. und 2. Bundesmeldedatenübermittlungsverordnung.



Süßmuth/Koch

## Pass- und Personal- ausweisrecht

*4. Auflage. Loseblattausgabe  
Gesamtwerk - 5. Lieferung  
Stand: Mai 2011  
Ca. 900 Seiten inkl. Ordner. € 119,-  
ISBN 978-3-17-019272-0  
Kommentar*

Die Loseblattsammlung enthält in Teil I und II u. a. die einschlägigen Rechtsvorschriften zum Pass- und Personalausweisrecht sowie eine ausführliche Einführung und Kommentierung der Vorschriften des Passgesetzes und des Personalausweisgesetzes. Teil III bietet die für beide Rechtsgebiete maßgeblichen ergänzenden, insbesondere die europarechtlichen Rechtsvorschriften. In Teil IV sind die Leitfäden zu den Anträgen auf Ausstellung der maßgeblichen Personaldokumente abgedruckt.

# DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung  
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

63. Jahrgang · Oktober 2011

## Impressum

### Schriftleitung:

Jörg Bülow  
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

### Redaktion:

Ute Bebensee-Biederer  
Stellv. Geschäftsführerin

### Anschrift Schriftleitung und Redaktion:

Reventlouallee 6, 24105 Kiel  
Telefon (0431) 57 00 50 50  
Telefax (0431) 57 00 50 54  
E-Mail: info@shgt.de  
Internet: www.shgt.de

### Verlag:

Deutscher Gemeindeverlag GmbH  
Jägersberg 17, 24103 Kiel  
Postfach 1865, 24017 Kiel  
Telefon (0431) 55 48 57  
Telefax (0431) 55 49 44

### Anzeigen:

W. Kohlhammer GmbH  
Anzeigenmarketing  
70549 Stuttgart  
Telefon (0711) 78 63 - 72 23  
Telefax (0711) 78 63 - 83 93  
Preisliste Nr. 32, gültig ab 1. Januar 2010.

### Bezugsbedingungen:

Die Zeitschrift „Die Gemeinde“ erscheint monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte zu einem Doppelheft zusammengefasst werden. Bezugspreis ab Verlag jährlich 79,60 € zzgl. Versandkosten. Einzelheft 9,90 € (Doppelheft 19,80 €) zzgl. Versandkosten. Abbestellungen: 6 Wochen vor Jahresende beim Verlag.

Die angegebenen Preise enthalten die gesetzl. Mehrwertsteuer.

**Druck:** Howaldtsche Buchdruckerei, Kiel

### Satz & Gestaltung:

Agentur für Druck und Werbung, Laboe

Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bildmaterial übernehmen Verlag und Redaktion keine Verantwortung. Die Redaktion behält sich Kürzungen und Überarbeitungen vor. Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beiliegt.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Das „Landarzt-Haus“ bei Lindaunis  
Foto: Jochen Nielsen, Eckernförde

## Inhaltsverzeichnis

### Schwerpunktthema:

#### Baurecht

#### Aufsätze

Norbert Portz  
Die BauGB-Klimaschutznovelle 2011:  
Eine Darstellung der  
Schwerpunkte..... 226

Dr. Sigrid Wienhues  
Zulässigkeit von Einzelhandels-  
vorhaben im Lichte des  
Europarechts..... 229

Professor Dr. Wilhelm Söfker  
Möglichkeiten zur Steuerung nutzen –  
Ansiedlung von Biomasse-Anlagen  
im Außenbereich..... 231

Dr. Franz Dirnberger  
Keine Haftung der Gemeinden für  
rechtswidrig verweigertes  
Einvernehmen!  
Was wird aus § 36 BauGB?..... 232

Dr. Thomas Krappel und  
Dr. Sanaz Moradi Karkaj  
Wann „haften“ Gemeinden für  
rechtmäßige Bebauungspläne?  
– Ein Überblick über das  
Regelungssystem des  
Planungsschadensrechts..... 236

#### Aus der Rechtsprechung

GG Art. 28 Abs. 2 Satz 1,  
HGO n.F. § 121  
Kommunale Selbstverwaltung;  
Angelegenheiten des örtlichen  
Wirkungskreises; materielle  
Privatisierung; Veranstaltung  
eines Weihnachtsmarktes  
BVerwG 8 C 10/08..... 240

GG Art. 105 Abs. 2a,  
VwGO § 137 Abs. 1 Nr. 1,  
BGB § 164 Abs. 1, §§ 181,  
1030 Abs. 1, 1036  
Aufwandsteuer, Zweitwohnung-  
steuer, persönlicher Lebens-  
bedarf, Nießbrauchsrecht,  
Verfügungsbefugnis  
Az.: BVerwG 9 C 8.08..... 244

**Aus dem Landesverband..... 246**

**Mitteilungen des DStGB..... 248**

**Pressemitteilungen..... 250**

**Buchbesprechungen..... 251**

Diese Ausgabe beinhaltet eine

- Beilage der Mattfeldt & Sängers Marketing und Messe AG, die bereits eine kostenlose Eintrittskarte für die Messe Stadt-Land-Umwelt enthält, sowie eine
- Beilage des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und Ländliche Räume des Landes SH

Wir bitten um Beachtung.

## Die BauGB-Klimaschutznovelle 2011: Eine Darstellung der Schwerpunkte

Beigeordneter Norbert Portz, DStGB

Am 30. Juli 2011 ist das „Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden“ (BauGB-Klimaschutznovelle) in Kraft getreten (BGBl. I S. 1509 vom 29.07.2011). Dieses Gesetz ist der wegen der Reaktor-katastrophe in Fukushima vorgezogene erste Teil der ohnehin von der Bundesregierung in dieser Legislaturperiode geplanten Novellierung des Bundesstädtebaurechts. Auf der Grundlage bereits stattgefundenen Expertenrunden (Berliner Gespräche zum Städtebaurecht) wird es im nächsten Jahr die zweite Stufe der Novellierung geben. Geplant sind sodann gesetzgeberische Maßnahmen zur Stärkung der Innenentwicklung sowie Neuregelungen bei der Baunutzungsverordnung und im sonstigen Städtebaurecht. Die jetzt vorgezogene „Klimaschutznovelle“ ist Teil eines ganzen Gesetzespakets zur Energiewende. All diese in einem Eilverfahren beschlossenen und zum Großteil bereits in Kraft getretenen Gesetze (Novelle des Erneuerbaren Energiengesetzes – EEG, Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus, Elektrizitätsnetze – NABEG, Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften, Novelle der Vergabeverordnung – VgV etc.) sind Folge der Reaktor-katastrophe in Japan.

Mit der BauGB-Klimaschutznovelle 2011 sollen die Erreichung der Klimaschutzziele der Bundesregierung gefördert, der Einsatz erneuerbarer Energien ausgeweitet sowie die Energieeffizienz und die Energieeinsparung verbessert werden. Die Änderungen betreffen die Bauleitplanung, die Zulässigkeit von Vorhaben sowie das besondere Städtebaurecht (Sanierung, Stadtumbau).

Die BauGB-Klimaschutznovelle ergänzt mit ihrer auf Dauer angelegten Bauleitplanung das dynamischere Energiefachrecht (EEG, EEWärmeG, EnEV, EnEG etc.). Die Neuerungen haben insoweit eine wichtige flankierende Funktion. Dabei hatten die Gemeinden auch bereits in der Vergangenheit vielfache Möglichkeiten zum Klimaschutz entweder durch eine zielgerichtete Bauleitplanung oder durch Regelungen in städtebaulichen Verträgen. Zu nennen sind insbesondere:

- Reduzierung der Flächeanspruchnahme und CO<sub>2</sub>-Minderung durch ein kommunales Flächenressourcenma-

nagement und die Reaktivierung innerörtlicher Brachflächen gemäß dem Postulat „Innenentwicklung vor Außenentwicklung“ (siehe §§ 1a Abs. 2 und 13a BauGB).

- Festsetzung der Stellung der baulichen Anlagen im Bebauungsplan (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB). Danach kann zum Beispiel die Firstrichtung des Bauvorhabens so vorgegeben werden, dass die breite Gebäudefront mit den aufenthaltsrelevanten Räumen nach Süden – auch zur Vorbereitung und zur Installation von Solaranlagen – ausgerichtet ist.
- Im Bebauungsplan kann die Gemeinde Gebiete zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des § 3 Abs. 1 BImSchG festsetzen, wenn in diesen Gebieten bestimmte luftverunreinigende Stoffe (Kohle, Holz etc.) nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen (§ 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB).
- Die Gemeinde kann aus städtebaulichen Gründen bauliche oder sonstige technische Vorkehrungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen oder zur Vermeidung oder Minderung solcher Einwirkungen treffen (§ 9 Abs. 1 Nr. 24, 4. Alt. BauGB).
- Eine Gemeinde kann auch für einzelne Flächen etc. das Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen im Bebauungsplan aus städtebaulichen Gründen festsetzen und so zur CO<sub>2</sub>-Minderung beitragen (§ 9 Abs. 1 Nr. 25a BauGB).
- Über städtebauliche Verträge gemäß § 11 BauGB hat eine Gemeinde im Vergleich zur Bauleitplanung noch einen weitergehenden Spielraum zur Durchsetzung von Klimaschutzmaßnahmen. Grund ist, dass hier keine Bindung an den Festsetzungskatalog des § 9 Abs. 1 BauGB besteht.

### I. Schwerpunkte der Änderungen bei der Bauleitplanung

Die Neuregelung in § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB betont in Verbindung mit dem neuen § 1a Abs. 5 BauGB die Bedeutung des Klimaschutzes als Planungsleitlinie. Danach sollen die Bauleitpläne insbesondere dazu beitragen „.....den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung, zu fördern ....“

(§ 1 Abs. 5 S. 2 BauGB). Bei der Bauleitplanung „...soll den Erfordernissen des Klimaschutzes sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen, Rechnung getragen werden. Der Grundsatz nach Satz 1 ist in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 zu berücksichtigen“ (§ 1a Abs. 5 BauGB).

Insbesondere die letzte Aussage macht deutlich, dass der Klimaschutz und Maßnahmen gegen den Klimawandel als ein Abwägungsbelang neben anderen städtebaulichen Belangen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist. Einen Vorrang der Klimaschutzbelange beinhaltet daher auch das neue Gesetz nicht, obwohl faktisch der Klimaschutz eine größere Bedeutung erhalten hat.

Dabei kann es gerade beim Klimaschutz zu Zielkonflikten mit der städtebaulichen Gestaltung und dem Ortsbild sowie dem Denkmalschutz sowie auch den Eigentümerinteressen in einer Gemeinde kommen. Für derartige Zielkonflikte enthält auch das neue Gesetz keine vorrangige Berücksichtigung der Klimaschutzbelange (Krautzberger/Stüer, BauR 2011, 12). Die Gewichtung der Belange „Klimaschutz und Anpassung an den Klimawandel“ hängt daher stets vom Einzelfall ab. Danach ist es zum Beispiel auch nicht erforderlich, dass Städte und Gemeinden zum Beispiel bei geringen Änderungen in Bauleitplänen stets Klimagutachten in Auftrag geben. Dennoch sind Gemeinden gehalten, ihre planerischen Auswirkungen auf den Klimaschutz zu prüfen und zu ermitteln. Bleibt diese Prüfung von vorne herein aus, liegt ein Abwägungsfehler vor (Otting, Recht der Erneuerbaren Energien, S. 125, 126).

Auch beim Inhalt der Flächennutzungsplanung haben Klimawandel, erneuerbare Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung eine neue Wertigkeit erhalten. Nach dem neu eingefügten § 5 Abs. 2 Nr. 2b BauGB „können im Flächennutzungsplan die Ausstattung des Gemeindegebiets mit Anlagen, Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, insbesondere zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung dargestellt werden“.

Da schon bisher die Darstellungsmöglichkeiten im Flächennutzungsplan beispielhaft waren (§ 5 Abs. 2 S. 1 BauGB: Im Flächennutzungsplan können „insbesondere“ dargestellt werden) kommt dieser Neuerung eine nur klarstellende Funktion

zu. Die explizite Erwähnung als Darstellungsmöglichkeit im Flächennutzungsplan soll nach der Gesetzesbegründung dazu dienen, dass die Gemeinden lokalen Energie- und Klimaschutzkonzepten im Flächennutzungsplan ein stärkeres rechtliches Gewicht zuweisen (BT-Drs. 17/6076, S. 9). Als Maßnahme, die der Anpassung an den Klimawandel dienen kann, wird in der Gesetzesbegründung zum Beispiel die Darstellung eines Systems von Kaltluftschneisen genannt (BT-Drs. a. a. O.).

Eine sehr zu begrüßende Neuerung beziehungsweise Klarstellung enthält § 5 Abs. 2b BauGB. Nach dessen zweiten Halbsatz werden im Anschluss an den seit dem EAG Bau2004 bereits möglichen „sachlichen“ Teilflächennutzungsplänen auch „räumliche“ Teilflächennutzungspläne ermöglicht. Danach kann eine Gemeinde einen sachlichen Teilflächennutzungsplan – was zum Beispiel die Konzentrationswirkung Windenergieanlagen gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB betrifft – auch für Teile des Gemeindegebiets aufstellen, obwohl der Flächennutzungsplan nach § 5 Abs. 1 S. 1 BauGB grundsätzlich das ganze Gemeindegebiet umfassen muss. Doch muss auch bei einer Beschränkung des Plans auf – räumliche – Teile eines Gemeindegebiets wegen der damit verbundenen Konzentrations- sowie Ausschlusswirkungen im Außenbereich stets eine schlüssige Konzeption der Gemeinde für den gesamten Außenbereich vorliegen (so auch Otting, REE, S. 125, 127).

Erweitert worden sind in der Novelle auch Möglichkeiten der Gemeinde, im Bebauungsplan aus städtebaulichen Gründen (siehe § 9 Abs. 1 S. 1 BauGB) Festsetzungen zu treffen. Diese Möglichkeiten beinhalten, zum Teil in Ergänzung zu den Darstellungsmöglichkeiten im Flächennutzungsplan, insbesondere folgende Neuregelungen:

- § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB: Danach kann die Gemeinde im Bebauungsplan „Flächen für Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung festsetzen“. Hierdurch können die Gemeinden auf der Grundlage eines Klima- oder Energiekonzepts im jeweiligen Baugebiet die Voraussetzungen für die Versorgung des Gebiets mit erneuerbarer Energie und Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen schaffen. Ergänzt worden ist hierzu auch die Planzeichenverordnung mit der erfolgten Einführung zweier neuer Planzeichen für die Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energien und für Anlagen der KWK.
- § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB: Hiernach kann die Gemeinde im Bebauungsplan Gebiete festsetzen, bei denen

„bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche oder sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen“. Damit („müssen“) kann die Gemeinde den Bauherrn weitergehend als in der Vergangenheit (nur: „bauliche Maßnahmen“) verpflichtend auch „technische Maßnahmen“ vorgeben. Allerdings ist eine derartige (Zwangs-)Festsetzung technischer Maßnahmen gegenüber einem Bauherrn im Vergleich zu einer einvernehmlichen Regelung über städtebauliche Verträge (§ 11 BauGB) immer nur die zweitbeste Wahl. So dürfte auch in Zukunft etwa die technische Vorbereitung von Dächern von Gebäuden zum Bau von Solarthermieanlagen städtebaurechtlich stets nur im Einzelfall zu beurteilen und zu rechtfertigen sein. Grund ist, dass bauliche und technische Maßnahmen für erneuerbare Energien von ihrem Installationsaufwand her auch heute noch erhebliche Kosten verursachen. Geht aber eine Wirtschaftlichkeitsprüfung deutlich zu Lasten des betroffenen Bauherrn aus, dürfte auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechende (Zwangs-)Festsetzungen der Gemeinde verbieten.

- § 9 Abs. 6 BauGB: Nach dieser Neuregelung werden unter anderem „gemeindliche Regelungen zum Anschluss- und Benutzungszwang ... in den Bebauungsplan nachrichtlich übernommen, soweit sie zu seinem Verständnis oder für die städtebauliche Beurteilung von Baugesuchen notwendig oder zweckmäßig sind“. Ohne diese Regelung wäre allerdings wegen der beispielhaften Darstellungsmöglichkeiten (siehe § 5 Abs. 2 S. 1 BauGB: „insbesondere“) ein entsprechender Hinweis bereits auf der Ebene des Flächennutzungsplans möglich (Krautberger/Stüer, a. a. O., S. 3). Mit der Neuregelung auf der Ebene des Bebauungsplans wird dem Informationsbedarf der Beteiligten Rechnung getragen, ohne dass damit eine Ausweitung der Rechtsmöglichkeiten eines Anschluss- und Benutzungszwangs selbst verbunden wäre. Rechtliche Grundlage eines Anschluss- und Benutzungszwangs kann insbesondere § 16 EEWärmeG in Verbindung mit dem jeweiligen Landesrecht sein.
- § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und 5 BauGB: Für die bisher schon durch das EAG Bau 2004 eingefügte Möglichkeit klimabezogener Verträge (§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB) erweitert § 11 klarstel-

lenden Sinne (siehe § 11 Abs. 1 S. 1 BauGB: „insbesondere“) die Regelungsmöglichkeit städtebaulicher Verträge. Danach können (Nr. 4 und Nr. 5) insbesondere geregelt werden:

„4. ... die Errichtung und Nutzung von Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbarer Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung

5. ... die Anforderungen an die energetische Qualität von Gebäuden“.

Bei den jeweils nach Nr. 4 und Nr. 5 möglichen Vereinbarungen ist stets ein städtebaulicher Zusammenhang erforderlich. Derartige Vereinbarungen müssen also mit den städtebaulichen Planungen (Bauleitplänen etc.) und den städtebaulichen Maßnahmen (Sanierungsmaßnahmen etc.) und den hiermit verfolgten Zielen in Einklang stehen. Vorteil für Gemeinden ist, dass Vereinbarungen über städtebauliche Verträge wegen der erforderlichen Akzeptanz beider Vertragspartner grundsätzlich noch über die Anforderungen des Energiefachrechts hinausgehen können.

## II. Zulässigkeit von Vorhaben

Die Neuerungen der Klimaschutznovelle bei der Zulässigkeit von Vorhaben beziehen sich primär auf die Änderung der „Außenbereichsnorm“ des § 35 BauGB. Allerdings sind über die neu eingefügten Sonderregelungen der §§ 248, 249 BauGB auch weitergehende Regelungen mit Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Vorhaben getroffen worden. Im Einzelnen:

- § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB: Der Privilegierungstatbestand der energetischen Nutzung von Anlagen der Biomasse ist neu gefasst worden. Wegen eines Bedürfnisses der Praxis zur Verwendung gleicher Bezugsgrößen sowohl im BauGB als auch im BImSchG ist als Voraussetzung einer Privilegierung festgelegt worden, dass die „Feuerungswärmeleistung der Anlage nicht 2,0 Megawatt überschreitet und die Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas nicht 2,3 Millionen Normkubikmeter Biogas pro Jahr überschreitet“. Damit soll nach der Gesetzesbegründung einerseits sichergestellt werden, dass nicht mehr Biogas erzeugt werden kann als nach der bisherigen Rechtslage. Zugleich soll aber der Spielraum für eine flexiblere Stromerzeugung eröffnet werden (BT-Drs. 17/6076, S. 10). Die Neuregelung berücksichtigt auch die Ergebnisse einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz.
- § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB: Hiernach unterfällt im Zuge des beschlossenen Atomausstiegs die Neuerrichtung von

- Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität nicht mehr der Außenbereichsprivilegierung.
- § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB: Nach dieser Neuregelung ist ein Vorhaben im Außenbereich zulässig, wenn es „der Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach und Außenwandflächen von zulässiger Weise genutzten Gebäuden dient, wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist“. Die vorgegebene bauliche, also räumlich-gegenständliche Unterordnung erfordert, dass die Anlage mit ihrer Fläche nicht über die Dachfläche beziehungsweise die Wandfläche des Gebäudes hinausgeht. Demgegenüber ist eine „funktionelle Unterordnung“ nicht erforderlich. Die erzeugte Energie darf damit auch vollständig oder überwiegend in ein öffentliches Netz eingespeist werden und muss nicht selbst verbraucht werden. Da das Gebäude „zulässigerweise genutzt“ werden muss, muss es nach seinem aktuellem Zustand dem Planungsrecht entsprechen. Die Aufgabe einer vormals privilegierten Nutzung unterfällt daher nicht der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB.
  - § 248 BauGB: Nach S. 1 dieser Sonderregelung zur sparsamen und effizienten Nutzung von Energie sind „in Gebieten mit Bebauungsplänen oder Satzungen nach § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 oder 3 BauGB bei Maßnahmen an bestehenden Gebäuden zum Zwecke der Energieeinsparung geringfügige Abweichungen von dem festgesetzten Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der überbaubaren Grundstücksfläche zulässig, soweit dies mit nachbarlichen Interessen und baukulturellen Belangen vereinbar ist“. Hinsichtlich der Auslegung der „geringfügigen Abweichungen“ kann auf § 18 Abs. 2 BauNVO sowie auf § 23 Abs. 3 S. 2 BauNVO und auf die hierzu ergangene Rechtsprechung verwiesen werden (vergleiche VG Koblenz, Urteil vom 24. Mai 2007 – 7 K 1002/06.KO). Danach kann als zulässige „geringfügige Abweichung“ vom Maß der baulichen Nutzung eine Solaranlage auf dem Dach angesehen werden, während die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken oder deren Überbauung (Beispiel: Dämmung) ohne Zustimmung des Nachbarn oder aber erst recht die Inanspruchnahme des öffentlichen Raums unzulässig ist (Krautzberger/Stüer, a. a. O., S. 4).
  - § 249 Abs. 1 BauGB: Nach dieser Sonderregelung (S. 1) zur Windenergie in der Bauleitplanung ist das Repowering von Windkraftanlagen rechtlich erleichtert worden. Gemäß der etwas kompliziert formulierten Neuregelung ist bei

einem Repowering (Ersetzung leistungsschwächerer Anlagen durch leistungsstärkere Anlagen) regelmäßig das Gesamtkonzept der Windkraftplanung einer Gemeinde berührt, so dass das offizielle System von Vorrang-, Eignungs- und Ausschlussflächen rechtlich ins Wanken geraten kann (BVerwGE 118, 33 – Luftballon).

In 249 Abs. 1 S. 1 BauGB ist nunmehr bestimmt, „dass dann, wenn in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt werden, hieraus nicht folgt, dass die vorhandenen Darstellungen des Flächennutzungsplans zur Erzielung der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht ausreichend sind“. Auch wenn nach dem neuen Repowering-Konzept einer Gemeinde die Grundkonzeption und die Planung neu zu prüfen ist, werden einer Gemeinde mit der Neuregelung große Abwägungsspielräume zur Bestandssicherung der vorhandenen Planung gegeben.

- § 249 Abs. 2 BauGB: Diese Sondernorm bestimmt in S. 1, dass „nach § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 auch festgesetzt werden kann, dass die im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen nur zulässig sind, wenn sichergestellt ist, dass nach der Errichtung der im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen andere im Bebauungsplan bezeichnete Windenergieanlagen innerhalb einer im Bebauungsplan zu bestimmenden angemessenen Frist zurückgebaut werden“. Die Neuregelung erlaubt damit den Gemeinden in Verbindung mit § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BauGB („Baurecht auf Zeit“), die Wirksamkeit zur Festsetzung von Windenergieanlagen und damit auch einen Rückbau an konkrete Bedingungen zu knüpfen. Das „Baurecht auf Zeit“ kann gemäß § 249 Abs. 2 S. 3 BauGB auch erstmalig in Form von Darstellungen im Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB verbunden werden. Neu ist zudem, dass die Standorte der zurückzubauenden Windenergieanlagen auch außerhalb des Bebauungsplangebiets oder außerhalb des Gemeindegebiets liegen können.

### III. Besonderes Städtebaurecht

Im besonderen Städtebaurecht (Sanierung und Stadtumbau) ergeben sich zusammengefasst durch die Klimaschutznovelle folgende Neuerungen:

- § 148 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BauGB: Hier wird anerkannt, dass „die Errichtung oder Erweiterung von Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung“ zu den Bau-

maßnahmen im Sinne des Sanierungsrechts zählen.

- §§ 171a Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Nr. 6 und Nr. 7 BauGB: Diese Ergänzungsregelungen lassen nunmehr auch die Aufgaben der Förderung des „Klimaschutzes und der Klimaanpassung“ in den Anwendungsbereich des Stadtumbaus durch Städte und Gemeinden fallen. Stadtumbaumaßnahmen umfassen damit auch Gebiete, in denen die allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung nicht erfüllt werden (Funktionsverlust eines Gebietes wegen steigender Energiekosten für Gebäude, Hochwassergefahren etc.). Allerdings ist zu hoffen, dass die mit den Funktionsverlusten verbundenen Fördermaßnahmen des Bundes, also insbesondere auch die Städtebauförderung, weiterhin auf hohem Niveau gewährt wird und nicht – wie für das Jahr 2012 erfolgt – auf nur 410 Millionen Euro abgesenkt wird.
- § 171c S. 2 Nr. 1 BauGB (Stadtumbauvertrag): Diese Neuregelung stellt klar, dass neben dem Rückbau auch „die Anpassung baulicher Anlagen innerhalb einer bestimmten Frist und die Kostentragung dafür Gegenstand eines Stadtumbauvertrages sein kann“.

### IV. Fazit

Die BauGB-Klimaschutznovelle 2011 erweitert mit dem Ziel des Klimaschutzes und der Anpassung an den Klimawandel sowohl auf der Ebene der Bauleitplanung und der städtebaulichen Verträge als auch auf der Ebene der Zulässigkeit von Vorhaben und im besonderen Städtebaurecht (Sanierung und Stadtumbau) die Handlungsspielräume der Städte und Gemeinden. Dies ist aus kommunaler Sicht zu begrüßen. Darüber hinaus enthalten die Neuregelungen sinnvolle Klarstellungen, die aber nicht darüber hinwegtäuschen dürfen, dass die Gemeinden auch schon bisher viele städtebaurechtliche Möglichkeiten zur Umsetzung des Klimaschutzes hatten.

Die Aussage in der Begründung des neuen Gesetzes, dieses sei für die Städte und Gemeinden kostenneutral, dürfte in dieser allgemeinen Form nicht zutreffen. Vielmehr werden im Einzelfall bei der Neuaufstellung von Bauleitplänen, aber auch bei umfangreicheren Änderungen oder Ergänzungen von Plänen, externe Klimagutachten erforderlich sein. Diese sind aber mit mehr Kosten für die Gemeinden verbunden.

Als Kritikpunkt hinzu kommt die Aufspaltung eines zunächst einheitlich geplanten neuen Bundesstädtebaurechts in zwei Stufen. Hiermit verbunden ist, dass sich die Gemeinden innerhalb kurzer Zeit auf zwei städtebaurechtliche Neuerungen einzustellen haben. Insoweit gilt der Grundsatz: Nach der Novelle ist vor der Novelle.

# Zulässigkeit von Einzelhandelsvorhaben im Lichte des Europarechts

Dr. Sigrid Wienhues<sup>1</sup>

In seinem Urteil vom 24. März 2011 gegen das Königreich Spanien hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) verbindlich festgestellt, dass nationale Regelungen, die die Zulässigkeit von Einzelhandelsvorhaben ausschließlich von wirtschaftlichen Kriterien abhängig machen, europarechtswidrig sind. Vergleichbare Aussagen hat die Europäische Kommission in einem gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren getroffen. Europarechtswidrige Vorschriften dürfen von der Verwaltung nicht angewandt werden. Da auch im Rahmen der Zulassungsentscheidungen für Einzelhandelsvorhaben in Deutschland wirtschaftliche Kriterien eine maßgebliche Rolle spielen, unter anderem der Einfluss auf vorhandene Versorgungszentren, sind die auf europäischer Ebene formulierten Bedenken auch für die Entscheidungen auf Gemeinde- und Baugenehmigungsebene maßgeblich.

## 1. Die Entscheidung des EuGH

Im März dieses Jahres entschied die Zweite Kammer des EuGH in der Rechtssache C-400/08<sup>2</sup>, dass das Königreich Spanien mit seinen Regelungen in Katalonien über die Ansiedlung von Einzelhandelseinrichtungen gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Artikel 49 AEUV (ex. Artikel 43 EG) verstoßen hat. Die für europarechtswidrig gehaltenen Vorschriften sahen vor, dass jede Neueröffnung einer großen Einzelhandelseinrichtung einer besonderen Erlaubnis bedarf. Die Erteilung einer solchen Erlaubnis war insbesondere von einer Bedarfsprüfung abhängig, in deren Rahmen einerseits Größe und Sortiment der anzusiedelnden Einzelhandelseinrichtung und andererseits die Größe der Standortgemeinde und die bisher vorhandenen Versorgungsstrukturen des Ansiedlungsbereichs zu berücksichtigen waren. Dies war durch ein entsprechendes Gutachten nachzuweisen.

### 1.1 Verfahren

Zu der Entscheidung des Gerichts kam es, nachdem die Europäische Kommission zuvor gegen das Königreich Spanien ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte. Im Rahmen dieses „Vorverfahrens“ war es zu keiner Einigung zwischen der Kommission und dem Mitgliedstaat über die Reichweite der europäischen Vorgaben insbesondere zur Niederlassungsfreiheit gekommen. Daraufhin hatte die Kommission den Gerichtshof angerufen.

### 1.2 Niederlassungsfreiheit

Niederlassungsfreiheit bedeutet, dass Bürger der Europäischen Union berechtigt sind, sich in jedem Staat der Europäischen Union niederzulassen.<sup>3</sup> Dieses Privileg genießen grundsätzlich auch juristische Personen der Mitgliedsstaaten. Die Niederlassungsfreiheit stellt, wie der EuGH betont, einen „fundamentalen Grundsatz des Vertrages“ bzw. „eines der Grundprinzipien des Vertrages dar“.<sup>4</sup> Grundsätzlich sollen die Grundfreiheiten zwar nicht zwischen einem Mitgliedstaat und seinen eigenen Staatsbürgern gelten.<sup>5</sup> Innerstaatliche Regelungen, die auch auf Bürger anderer Unionsstaaten Anwendung finden können, müssen sich jedoch an diesem Maßstab messen lassen.<sup>6</sup>

### 1.3 Ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Der EuGH sieht diese Grundfreiheit durch spanisches Recht als verletzt an. Begründet wird die Entscheidung damit, dass die Regelungen über Bedingungen für die Ansiedlung von Einzelhandelseinrichtungen die Niederlassungsfreiheit unzulässig beschränkten. Die Regelungen seien geeignet, für Wirtschaftsteilnehmer (anderer Mitgliedsstaaten) die Ausübung ihrer Tätigkeit weniger attraktiv zu machen und ihre Niederlassung auf dem spanischen Markt zu erschweren.

Der EuGH legt dar, dass grundsätzlich derartige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zulässig sein können. Hierzu sei es jedoch erforderlich, dass sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Ein Mitgliedstaat darf die Zulassung von Einzelhandelseinrichtungen nicht allein von wirtschaftlichen Erwägungen abhängig machen. Gerade dies habe jedoch das Königreich Spanien getan, indem es die Erteilung der Erlaubnis vor allem von der Größe und dem Sortiment der anzusiedelnden Einzelhandelseinrichtung sowie von dem bereits vorhandenen Angebot an Einzelhandelseinrichtungen abhängig gemacht habe.

Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können, zählt der EuGH den Umweltschutz, die Raumordnung, und den Verbraucherschutz.<sup>7</sup> Das Gericht führt in diesem Zusammenhang weiter aus, dass Beschränkungen in Bezug auf Standort und Größe von Einzelhandelseinrichtungen zwar grundsätzlich geeignete Instrumente zur Durchsetzung der Ziele der

Raumordnung und des Umweltschutzes sein können. Das Königreich Spanien habe jedoch die Erforderlichkeit der Beschränkungen zur Erreichung der Ziele der Raumordnung und des Umweltschutzes nicht hinreichend dargelegt.

## 2. Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland

Die Europäische Kommission hat ebenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet.<sup>8</sup> Die Kommission sieht in Regelungen des Landesplanungsrechts in Nordrhein-Westfalen (§ 24a NWLEPro) und einzelnen Passagen des Regionalplans Stuttgart einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsrichtlinie.<sup>9</sup> Denn diese Vorschriften sehen vor, dass die Ansiedlung von großflächigen Einzelhandelsbetrieben unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen gesteuert wird. Die Kriterien für die wirtschaftlichen Auswirkungen (hier vor allem: Zentrenschädlichkeit) werden aber durch die raumordnerischen Vorgaben nicht geregelt. Weiter wird kritisiert, dass die Ansiedlung (großflächiger) Einzelhandelseinrichtungen jedenfalls außerhalb zentraler Versorgungsbereiche erschwert bzw. gegebenenfalls gänzlich unmöglich gemacht werde, da die Zulassung vom Nachweis des wirtschaftlichen Bedarfs abhängig sein soll. Damit würden die vorhandenen Unternehmen im Verhältnis zu Neuansiedlungswilligen geschützt.

<sup>1</sup> Dr. Sigrid Wienhues ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht. Sie ist Partnerin der Kanzlei Graf von Westphalen am Standort in Hamburg.

<sup>2</sup> Entscheidung abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0400:DE:HTML;>; weitere Fundstellen: EuGH, Urteil vom 24. 3. 2011 - C-400/08; auch in: EuZW 2011, 557; insoweit auch der Schlussantrag des Generalanwalts vom 07.10.2010 - C-400/08.

<sup>3</sup> Zum Begriff der Niederlassung siehe Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 44. Ergänzungslieferung 2011, Rn. 16.

<sup>4</sup> Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 44. Ergänzungslieferung 2011, Art. 59 Rn. 4 mwN.

<sup>5</sup> Forsthoff in: a.a.O., Art. 43 Rn. 61.

<sup>6</sup> Insbesondere wird ein Verstoß gegen Art. 3 GG diskutiert, vgl. Schulze/Zuleeg/Kadelbach-Pache, Europarecht, Auflage 2010, § 10 Rn. 16.

<sup>7</sup> Vgl. Randziffer 74 der Entscheidung C-400/08 m. w. N.

<sup>8</sup> Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, Nr. 2008/4946.

<sup>9</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Abl. (EG) Nr. L 376 vom 27.12.2006, S. 0036-0068.

### 3. Auswirkungen auf Zulassungsentscheidungen nach deutschem Planungsrecht

Die Abhängigkeit zwischen dem wirtschaftlichen Einfluss einer Neuansiedlung auf die vorhandene Einzelhandelsstruktur findet sich im deutschen Planungsrecht und in einzelnen Zulassungsentscheidungen an verschiedenen Stellen wieder. Dies sind zum einen die planerischen Vorgaben der Raumordnung und der gemeindlichen Bauleitplanung, zum anderen aber auch der unmittelbar anwendbare bundesrechtliche Rahmen, wie z.B. § 34 Abs. 3 BauGB.<sup>10</sup>

#### 3.1 Raumordnung, Bauleitplanung

Vorgaben der Raumordnung, die sich für die Zulässigkeit der Ansiedlung von Einzelhandelsvorhaben ausschließlich an Gemeindegroßen orientierten, wurden auch von deutschen Gerichten bereits für rechtswidrig erachtet.<sup>11</sup> Ebenso haben deutsche Gerichte mehrfach festgestellt, dass planungsrechtliche Vorgaben nicht zum Schutz vorhandener Gewerbebetriebe erlassen werden dürfen, da dies mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG unvereinbar sei.<sup>12</sup> Dennoch finden sich im deutschen Planungsrecht viele Anknüpfungspunkte die Ansiedlung von Einzelhandel überwiegend unter Berücksichtigung von wirtschaftlichen Auswirkungen zu steuern.<sup>13</sup>

Die planerischen Vorgaben, sowohl der Raumordnung als auch auf gemeindlicher Ebene, müssen bei steuernden Vorgaben für den Einzelhandel berücksichtigen, dass nicht die wirtschaftlichen Erwägungen im Vordergrund stehen dürfen, sondern sich Darstellungen und Festsetzungen immer in ausreichendem Maße aus Gründen der Raumordnung, der geordneten städtebaulichen Entwicklung oder des Verbraucher- und Umweltschutzes rechtfertigen.<sup>14</sup> Wirtschaftliche Kriterien können nur ein Mittel zum Zweck und dürfen nicht die allein ausschlaggebenden Kriterien zur Sicherung dieser Ziele sein. Wenn und soweit dies bei Vorgaben der Raumordnung durch Landes- oder Regionalplanung nicht ausreichend nachvollziehbar dokumentiert ist, empfiehlt es sich für jede Gemeinde, diese Aspekte auf der Ebene der gemeindlichen Bauleitplanung ebenso wie bei informellen Planungen wie z.B. Einzelhandelskonzepten nochmals zu prüfen und diese Erwägungen auch zu dokumentieren. Ein schlichtes Übernehmen der raumordnerischen Vorgaben ohne entsprechenden Nachweis oder Auseinandersetzung damit kann einen Verstoß gegen das Europarecht indizieren. In der Folge ist die örtliche Planungsvorschrift nicht anwendbar. Dasselbe gilt im Rahmen der Berücksichtigung der Ziele der Raumordnung gem. § 1 Abs. 3 BauGB: Wenn Zweifel an der Europarechtskon-

formität dieser Ziele bestehen, können sie der gemeindlichen Bauleitplanung nicht (bindend) entgegenstehen.

Gleiches gilt für Zulassungsentscheidungen der Baugenehmigungsbehörden, wenn und soweit Ziele der Raumordnung dabei zu berücksichtigen sind. Die ausreichende Rechtfertigung dieser Ziele ist jeweils zu prüfen. Andernfalls kann die Zulassungs- (oder Ablehnungs-) Entscheidung rechtswidrig sein.

#### 3.2 § 34 Abs. 3 BauGB

Dort, wo das Planungsrecht keine konkreten Vorgaben macht, knüpft zwischenzeitlich § 34 Abs. 3 BauGB als weitere Zulassungsvoraussetzung<sup>15</sup> unter anderem auch an die wirtschaftliche Auswirkung einer Einzelhandelseinrichtung auf zentrale Versorgungsbereiche an. Die Beurteilung „schädlicher Auswirkungen“ erfolgt in der Praxis häufig anhand des Kriteriums des „zu erwartenden Kaufkraftabflusses“. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das Heranziehen dieses Kriteriums als Maßstab zulässig.<sup>16</sup> Dabei wird entscheidend darauf abgestellt, ob die durch das Vorhaben zu erwartende Kaufkraftabschöpfung in den zentralen Versorgungsbereichen ein vertretbares Ausmaß annehmen wird. Die Relation zwischen der Größe des neuen Vorhabens und der des zentralen Versorgungsbereichs wird als eines von mehreren tauglichen Hilfsmitteln zur Bemessung eines erwarteten Kaufkraftabflusses herangezogen.<sup>17</sup> Da also die Erteilung einer Baugenehmigung jedenfalls von entsprechenden Nachweisen abhängig gemacht wird, nämlich von wirtschaftlichen Prüfungen im Einzelfall auf Kosten des Antragstellers, wird auch diese Vorschrift für europarechtswidrig gehalten.<sup>18</sup>

Es wird daher empfohlen auch im Rahmen der Zulassungs- (bzw. Ablehnungs-) Entscheidung jeweils im Einzelfall ausreichend zu prüfen und zu dokumentieren, dass der Schutz der zentralen Versorgungsbereiche aus planungsrechtlichen Gründen erforderlich ist und Konkurrenzschutzgesichtspunkte keine Rolle spielen. Denn dann kann die Entscheidung trotz der damit verbundenen Einschränkung der europarechtlichen Grundsätze der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Einzelfall ausreichend gerechtfertigt sein<sup>19</sup>; § 34 Abs. 3 BauGB wäre so im Einzelfall „europarechtskonform“ ausgelegt worden.

#### 4. Fazit und Empfehlung

Auch aus dem Europarecht folgt zwingend, dass Planungs- und Zulassungsentscheidungen, die Einschränkungen für neue Einzelhandelsvorhaben darstellen, nicht durch den Schutz vorhandener Einrichtungen gerechtfertigt werden können. Steht der Schutz bestehender

Strukturen im Vordergrund, deren Erhalt nicht aus raumordnerischen oder Umweltgesichtspunkten erforderlich ist, so verstoßen entsprechende nationale Regelungen gegen das Gemeinschaftsrecht und dürfen von der Verwaltung nicht angewandt werden.

Es empfiehlt sich daher in jedem Einzelfall darzulegen, dass wirtschaftliche Erwägungen, wie Größe der Standortgemeinde, vorhandenes und geplantes Sortiment, nur zur Beurteilung des Einflusses des neuen Vorhabens auf solche Ziele dient, die aus raumordnerischen Erwägungen, zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt zwingend geboten sind. Offen bleibt, ob Regelungen, die zu einem „Komplettausschluss“ neuer Einzelhandelsvorhaben in bestimmten Bereichen führen, überhaupt noch gerechtfertigt werden können.<sup>20</sup> Daher ist auch diesbezüglich planerische Zurückhaltung empfehlenswert, indem z. B. im (eng) beschriebenen Rahmen Neuansiedlungen noch ermöglicht werden.

<sup>10</sup> Dzillas, Großflächige Einzelhandelsbetriebe: Das deutsche Planungsrecht auf dem europäischen Prüfstand, NZBau 2010, 618, 619, sieht darüber hinaus auch § 11 Abs. 3 BauNVO europarechtlich in Frage gestellt.

<sup>11</sup> Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26.08.2009 – VerfGH 18/08.

<sup>12</sup> Zu Art. 12 GG: VG Mannheim, Urteil vom 17.12.2009 – 3 S 2110/08; VG Karlsruhe, Urteil vom 26.06.2008 – 6 K 2099/07; zu Art. 14 GG: OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19.03.2008 – OVG 2 A 3.08.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu Kuschnerus, Der standortgerechte Einzelhandel, 1. Auflage, 2007; so z.B. im Rahmen des § 2 Absatz 2 BauGB; § 11 Absatz 3 Nr. 2 BauGB.

<sup>14</sup> Schröder/Kullick, Schutz des Einzelhandelsbestandes versus Niederlassungsfreiheit, NZBau 2011, 349, 351, gehen davon aus, dass in der Regel aufgrund der beschriebenen nationalen Vorgaben des Planungsrechts und den hohen Begründungsanforderungen den umfassenden gemeindlichen Abwägungsentscheidungen bereits in ausreichendem Maße eine planungsrechtliche Rechtfertigung zugrunde liegt und daher die EuGH-Entscheidung nicht im gleichen Maße Auswirkungen haben wird, wie dies für andere Mitgliedstaaten oder Planungen gelten kann, dies jedoch auch nicht ausgeschlossen sei.

<sup>15</sup> BT-Drucksache 15/2250, S. 54.

<sup>16</sup> BVerwG NVwZ 2008, S. 308ff., 309; zuvor auch als Kriterium herangezogen in: BVerwG NVwZ 2004, 220ff., 223.

<sup>17</sup> Krautzberger in: Battis/ Krautzberger/ Löhner, BauGB Kommentar, 11. Auflage, § 34, Rn. 55.

<sup>18</sup> Krumb/ Stapelfeldt, Ist § 34 Abs. 3 BauGB europarechtskonform? auR 2011, 64, 76, 77.

<sup>19</sup> Vergleichbar: Dzillas, a.a.O., S. 620.

<sup>20</sup> So auch Schröder/Kullick, a.a.O., S. 351.

# Möglichkeiten zur Steuerung nutzen

## Ansiedlung von Biomasse-Anlagen im Außenbereich

Professor Dr. Wilhelm Söfker

**Kommunen haben verschiedene Möglichkeiten, auf die Ansiedlung von Biomasse-Anlagen im Außenbereich Einfluss zu nehmen. Sie können die Standorte der im Außenbereich privilegiert zulässigen Biomasse-Anlagen mit dem Instrument des Flächennutzungsplans steuern und damit auch die Standorte für diese Anlagen mit der von ihnen beabsichtigten Siedlungsentwicklung abstimmen. Davon unberührt können die Kommunen größere Biomasse-Anlagen an Standorten, die sich etwa auch für die Kraft-Wärme-Kopplung eignen, durch gezielte Aufstellung von Bebauungsplänen planungsrechtlich absichern.**

Wie der Ausbau der erneuerbaren Energien insgesamt, ist auch die Nutzung von Biomasse aktuell sehr wichtig geworden. Aus kommunaler Sicht hat die planungsrechtliche Absicherung von Biomasse-Anlagen und damit die Festlegungen ihrer Standorte nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs (BauGB) besondere Bedeutung. Bei der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Biomasse-Anlagen und der darauf gerichteten Bauleitplanung sind zu unterscheiden:

- die privilegierte Zulässigkeit von Biomasse-Anlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB, kombinierbar mit der Steuerungsmöglichkeit durch den Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB;
- die Aufstellung von Bebauungsplänen für zum Beispiel größere Biomasse-Anlagen.

In zahlreichen Fällen, wenn auch regional unterschiedlich, werden für Biomasse-Anlagen gezielt Bebauungspläne aufgestellt. In Betracht kommen Bebauungspläne mit der Festsetzung von Sondergebieten für Biomasse-Anlagen im Sinne des § 11 Abs. 2 BauNVO, auch Vorhaben- und Erschließungspläne nach § 12 BauGB. Biomasse-Anlagen können gegebenenfalls auch in Gewerbe- und Industriegebieten zulässig sein. Die planungsrechtliche Absicherung hat den Vorteil, dass die Biomasse-Anlagen nicht den einengenden Voraussetzungen der im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben insbesondere hinsichtlich der Betriebsbindung und der Größe unterliegen.

Weiter kann durch die gezielte Aufstellung von Bebauungsplänen für Biomasse-Anlagen die Auswahl ihrer Standorte in Abstimmung mit der städtebaulichen Entwicklung der betreffenden Gemeinde und

– wichtig aus Gründen der effizienten Nutzung von Energie – zur Nutzung der Möglichkeiten der Kraft-Wärme-Kopplung (Nähe zu den Abnehmern der anfallenden Wärme in den Orten und Ortsteilen) vorgenommen werden, dies auch eingebettet in ein kommunales Klimaschutzkonzept.<sup>1</sup>

In anderen Regionen steht die Genehmigung und Errichtung von Biomasse-Anlagen auf der Grundlage des § 35 BauGB über das Bauen im Außenbereich im Vordergrund, teilweise nahezu ausschließlich. Dies hat dort zu einer sehr großen Anzahl von Biomasse-Anlagen geführt.<sup>2</sup> Wegen der damit einhergehenden vielfältigen und im Genehmigungsverfahren nicht zu prüfenden Auswirkungen auf Siedlungsentwicklung und anderen Belange, die für die Entwicklung der Gemeinde bedeutsamen sind, hat sich inzwischen in der kommunalen Praxis die Frage gestellt, inwieweit mit den Mitteln der Bauleitplanung auf die Auswahl der Standorte dieser im Außenbereich privilegiert zulässigen Biomasse-Anlagen Einfluss genommen werden kann. Im Folgenden soll daher die privilegierte Zulässigkeit von Anlagen zur energetischen Nutzung von Biomasse nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB und deren Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB behandelt werden.

### Im Außenbereich privilegiert zulässige Biomasse-Anlagen

Das BauGB-Änderungsgesetz von 2004 hat die privilegierte Zulässigkeit von Biomasse-Anlagen im Außenbereich eingeführt (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB). Wesentlicher Grund hierfür war die Verbindung mit den im Außenbereich anzutreffenden land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, Gartenbaubetrieben und Tierhaltungsbetrieben, die dort nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 BauGB<sup>3</sup> als privilegiert zulässige Anlagen errichtet sind. Die bei ihnen anfallende Biomasse soll „an Ort und Stelle“ etwa in Gas oder Strom umgewandelt werden. Darin liegt die Rechtfertigung für die privilegierte Zulässigkeit dieser Anlagen im Außenbereich. Auf diese Weise wird zugleich der Primärenergiebedarf für die Erzeugung von Strom und Gas, nämlich der geringe Energieaufwand für den Transport, niedrig gehalten. Die Anbindung des Privilegierungsstatbestandes an die Außenbereichs-Betriebe, bei denen Biomasse anfällt, ist daher zentrale Anforderung an die privilegierte Zulässigkeit dieser Biomasse-Anlagen. Das Gleiche gilt für die Leis-

tungsbegrenzung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 d BauGB.<sup>4</sup> Inzwischen sind diese Anforderungen an den Privilegierungsstatbestand im Wesentlichen durch die Rechtsprechung geklärt.<sup>5</sup> Dabei ist die Möglichkeit der Kooperation von Betrieben, in denen die Biomasse anfällt, wichtig: Der Basisbetrieb betreibt die Biomasse-Anlage, die Anlieferungsbetriebe sorgen dafür, dass aus diesen Betrieben zusammen mit dem Basisbetrieb der überwiegende Teil der für den Betrieb der jeweilige Biomasse-Anlage erforderlichen Biomasse stammt.

### Steuerung der Standorte für Biomasse-Anlagen durch Flächennutzungsplan

Auch für die im Außenbereich privilegiert zulässigen Biomasse-Anlagen besteht seit ihrer Einführung in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB die Steuerungsmöglichkeit durch Flächennutzungsplan im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB<sup>6</sup>. Nach dieser Vorschrift stehen öffentliche Belange einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB in der Regel auch entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

Auf diese Steuerung von Biomasse-Anlagen durch Flächennutzungsplan können die aus der Steuerung von Windenergieanlagen bekannten und von der Rechtsprechung inzwischen weitgehend geklärten Anforderungen entsprechend angewandt werden. Dazu gehören<sup>7</sup>:

Auf der Grundlage eines den Außenbereich umfassenden Plankonzepts werden die sogenannten harten Tabuzonen ausgeklammert. In ihnen sind nach § 35 Abs. 3 BauGB etwa wegen überwiegen-

<sup>1</sup> Vgl. z. B. Ginter, Kommunale Ansätze im Klimaschutz, KommP Spezial 4/2010.

<sup>2</sup> So wird aus niedersächsischen Landkreisen von ca. 70 bis 140 Biomasse-Anlagen berichtet, die im jeweiligen Landkreis errichtet oder genehmigt wurden oder beantragt sind.

<sup>3</sup> Für gewerbliche Tierhaltungsbetriebe ergibt sich dies aus der Rechtsprechung; vgl. dazu Verfasser in NVwZ 2008, 1273.

<sup>4</sup> Neu gefasst durch Gesetz vom 22.07.2011 (BGBl. I 1509).

<sup>5</sup> BVerwG, Urt. vom 11.12.2008 - 7 C 6.08 -, NVwZ 2009, 585 = BauR 2009, 947; vgl. im Einzelnen auch Verf. in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35 Rn. 59 ff.

<sup>6</sup> So ausdrücklich die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/2250, S. 55: „Zum weiteren Schutz des Außenbereichs sollen die genannten Anlagen (gemeint sind die Biomasse-Anlagen) den planungsrechtlichen Steuerungsmöglichkeiten in dem vorgeschlagenen § 35 Abs. 3 Satz 3 unterfallen. Die Gemeinden haben auch hier die Möglichkeit, durch die Flächennutzungsplanung die Ansiedlung von Anlagen zur Nutzung der Energie von aus Biomasse erzeugtem Gas zu steuern und damit einer Zersiedlung des Außenbereichs entgegenzuwirken.“

<sup>7</sup> Vgl. dazu auch zusammenfassend zuletzt BVerwG, Beschl. vom 15.9.2009 - 4 BN 25.09 -, BauR 2010, 64 = ZfBR 2010, 96; Urt. vom 20.5.2010 - 4 C 7.09 -, ZfBR 2010, 675 = DVBl 2010, 1235.

der öffentlicher Belange oder wegen Anforderungen des Immissionsschutz- oder Naturschutzrechts Biomasse-Anlagen von vornherein unzulässig. Diese kann die Gemeinde zum Beispiel aus Gründen des vorsorgenden Umweltschutzes durch sogenannte weiche Tabuzonen ergänzen. In den verbleibenden Potenzialflächen kann die Gemeinde nach städtebaulichen Gesichtspunkten und Abwägungsgrundsätzen die Auswahl der Standorte treffen. Ein solches Plankonzept führt zu einer Standortbestimmung und kann damit auch zu einer Beschränkung der Anzahl der Biomasse-Anlagen führen. Im Ergebnis müssen jedoch genügend Standorte ausgewiesen werden (für die Windenergie formuliert die Rechtsprechung: „in substantieller Weise Raum geben“).

Bei der Steuerung von Biomasse-Anlagen sind im Vergleich zur Steuerung von Windenergieanlagen Besonderheiten zu berücksichtigen: Der Privilegierungsbestand verlangt eine Standortgebundenheit der Biomasse-Anlagen, das heißt ihre Standorte sind stets solche im räumlich-funktionalen Zusammenhang mit den entsprechenden Betrieben, das heißt den Basisbetrieben. Die im Flächennutzungsplan konkret auszuweisenden Standorte von Biomasse-Anlagen müssen daher einen solchen Zusammenhang mit den entsprechenden Betrieben (Basisbetrieben) aufweisen, sie müssen ihnen zugeordnet sein.

Da Biomasse-Anlagen zumeist auf Anlieferungsbetriebe angewiesen sind, kann nicht für jeden im Außenbereich vorhandenen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb, Gartenbaubetrieb und Tierhaltungsbetrieb ein Standort für eine Biomasse-Anlage ausgewiesen werden. In Betracht kommen daher für die Ausweisungen zumeist nur die Basisbetriebe und damit nur ein geringerer Teil der Betriebe im Außenbereich. Bei der Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB trifft die Gemeinde daher auch eine Entscheidung darüber, welche Betriebe als Basisbetriebe Standorte für Biomasse-Anlagen

sein sollen. Dazu haben die im Außenbereich ansässigen Betriebe während des Verfahrens der Flächennutzungsplanung im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 3 BauGB) Gelegenheit, zu ihren Investitionsinteressen Stellung zu nehmen. Als städtebauliche Gründe für die Auswahl und damit Beschränkung der Biomasse-Anlagen auf bestimmte Standorte kommen insbesondere in Betracht:

- Abstimmung mit der städtebaulichen Entwicklung / der Siedlungsentwicklung der Gemeinde; damit kann zum Beispiel die Entwicklung einer Gemeinde als Wohnstandort in bestimmten Gemeindeteilen berücksichtigt werden.
- Abstimmung mit dem öffentlichen Straßen- und Wegenetz; dies ist wegen des oftmals mit schweren Fahrzeugen in großer Zahl erfolgenden Anlieferungsverkehrs von Bedeutung, so im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit des Straßen- und Wegenetzes und die Vermeidung unwirtschaftlicher (Folge) Aufwendungen der Gemeinden für solche Straßen und Wege.
- Gesichtspunkte des vorsorgenden Immissionsschutzes, wie Vermeidung von Geruchsbelästigungen im Einwirkungsbereich von Biomasse-Anlagen und von Lärmbelastungen durch den Zu- und Abgangsverkehr zu Lasten benachbarter Wohnbebauung und Wohnorte.
- Berücksichtigung von Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege; bei der Inanspruchnahme von Standorten durch Biomasse-Anlagen können über die naturschutzrechtlich gebotenen Beschränkungen hinaus auch vorsorgend Gesichtspunkte des Orts- und Landschaftsbildes und der Entwicklung von Natur und Landschaft in bestimmten Teilen des Gemeindegebiets aufgegriffen werden.
- Landschaft und Tourismus; in entsprechenden Gemeinden können diese Gesichtspunkte auch für die Steuerung der Standorte für Biomasse-Anlagen herangezogen werden.

In diesem Rahmen kann auch Bedeutung erlangen, in welcher Weise die jeweilige Gemeinde die Entwicklung der Nutzung von Biomasse für die Energiegewinnung, gegebenenfalls auch durch die Festsetzung von Sondergebieten, bauplanungsrechtlich unterstützen will.

Für die Anforderung, dass genügend Standorte für Biomasse-Anlagen ausgewiesen worden sind, ist von Bedeutung: Anders als bei der Steuerung von Standorten für die Windenergie, bei der die aus technischer Sicht in Betracht kommenden Standorte von Bedeutung sind, hat bei der Steuerung von Standorten für Biomasse-Anlagen Bedeutung, inwieweit die in den land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, Gartenbaubetrieben und Tierhaltungsbetrieben anfallende Biomasse für ihre Verwendung in Biomasse-Anlagen überhaupt in Betracht kommt und zu Grunde gelegt werden kann.

Auch schon vorhandene Biomasse-Anlagen können in die Darstellungen des Flächennutzungsplans einbezogen werden. Sie zählen bei der Frage, ob genügend Ausweisungen erfolgt sind, mit. Dies hat in den Fällen Bedeutung, in denen die Steuerung durch Flächennutzungsplan aufgegriffen wird, nachdem in der Gemeinde bereits Biomasse-Anlagen errichtet wurden.

#### Fazit

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Gemeinden die Möglichkeit haben, die Ansiedlung der im Außenbereich privilegiert zulässigen Biomasse-Anlagen mit dem Instrument des Flächennutzungsplans zu steuern und damit auch die Standorte für diese Anlagen mit der von ihnen beabsichtigten Siedlungsentwicklung abzustimmen. Davon unberührt haben die Gemeinden die Möglichkeit, größere Biomasse-Anlagen an Standorten, die sich etwa auch für die Kraft-Wärme-Kopplung gut eignen, durch gezielte Aufstellung von Bebauungsplänen planungsrechtlich abzusichern.

BauGB Instrumente für die Baugenehmigungsbehörde geschaffen worden waren, das fehlende gemeindliche Einver-

## Keine Haftung der Gemeinden für rechtswidrig verweigertes Einvernehmen! Was wird aus § 36 BauGB?

Dr. Franz Dirnberger, Bayer. Gemeindetag<sup>1</sup>

Ein für die Gemeinden mit höchster Praxisrelevanz ausgestattetes Problem war seit je die Frage, ob und inwieweit sie für die – rechtswidrig und schuldhaft – verweigerte Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB

nach Amtshaftungsgrundsätzen haftbar gemacht werden konnte. Die Thematik hatte neues Potential erhalten, nachdem in einzelnen Landesbauordnungen (vgl. Art. 67 BayBO)<sup>2</sup>, dann aber auch im BauGB selbst mit § 36 Abs. 2 Satz 3

<sup>1</sup> Der Abdruck erscheint mit freundlicher Genehmigung des Bayrischen Gemeindetages.

<sup>2</sup> Anmerkung der Red.: Die Baugenehmigungsbehörde kann in Schleswig-Holstein das rechtswidrig versagte Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i. V. m. der entsprechenden Landesverordnung ersetzen lassen. Nach § 1 Abs. 2 der Landesverordnung zur Übertragung von Zuständigkeiten auf nachgeordnete Behörden vom 9. April 1984 (GVOBl. Schl.-H. S.83), zuletzt geändert durch Landesverordnung vom 17. Mai 2002 (GVOBl. Schl.-H. S. 104), ist hierfür zuständig die Kommunalaufsichtsbehörde.

nehmen vergleichsweise einfach zu ersetzen. Auf den Punkt gebracht stellte sich die Frage, ob es damit eine für die Gemeinde haftungsausschließende Verpflichtung der Bauaufsichtsbehörde zur Ersetzung eines rechtswidrig verweigerten Einvernehmens gibt oder nicht. Der BGH hat jetzt in seinem Urteil vom 16.9.2010<sup>3</sup> diese Frage abschließend entschieden.

## 1. Die Vorgeschichte

1.1 Die „alte“ Rechtsprechung des BGH  
„Einvernehmen ist ein Begriff aus der Rechtswissenschaft. ... Im Verwaltungsrecht bedeutet Einvernehmen, dass vor einem Rechtsakt das Einverständnis einer anderen Stelle (z. B. Gesetzgebungsorgan, Behörde) vorliegen muss. Ist dagegen eine Entscheidung lediglich im Benehmen mit einer anderen Stelle zu treffen, so bedeutet dies, dass dieser Stelle lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, ohne dass ein Einverständnis erforderlich wäre. Die Stellungnahme muss aber wenigstens zur Kenntnis genommen und in die Überlegungen einbezogen werden.“ So definiert das mittlerweile wohl am weitesten verbreitete Lexikon nämlich „wikipedia.de“, was Einvernehmen bedeutet. Was den Wahrheitsgehalt und die Belastbarkeit von Aussagen betrifft, die sich im Internet finden, sollte man zwar eine gewisse Vorsicht an den Tag legen; bei der obigen Definition handelt es sich aber durchaus um eine brauchbare Umschreibung dessen, was der Jurist unter dem Begriff des Einvernehmens versteht, allerdings nur bis zur Entscheidung des BGH vom 16. September 2010 zum gemeindlichen Einvernehmen nach § 36 BauGB. Dieses Urteil enthält ein gänzlich neues, zugegebenermaßen unter Mithilfe des Gesetzgebers gebildetes Verständnis dessen, was durch den Begriff des Einvernehmens umschrieben wird. Aber der Reihe nach...

Nach dem eben erwähnten § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist über die Zulässigkeit von Bauvorhaben von der Bauaufsichtsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde zu entscheiden. Der klassische Fall des „Zwei-Schlüssel-Prinzips“ also, das der Gesetzgeber hier ursprünglich geregelt hatte. Nur dann, wenn sowohl die Bauaufsichtsbehörde als auch die Gemeinde zustimmen, kann eine Baugenehmigung erteilt werden.<sup>4</sup> Fehlt es am Einvernehmen, ist die Baugenehmigung zu verweigern.

Der BGH hatte bereits sehr früh Gelegenheit, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie die Rechtsstellung des Einvernehmens im Dreiecksverhältnis zwischen Gemeinde, Bauaufsichtsbehörde und Bauherr beschaffen ist. Ausgangspunkt war die allgemeine verwaltungsrechtliche Erkenntnis, dass Rechtswirkungen gegenüber dem Bürger immer

nur von den Akten ausgehen können, die Außenwirkung erlangen. Dies ist bei der Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen aber zunächst nicht der Fall, weil es sich dabei um ein „Internum“ zwischen der Gemeinde und der Bauaufsichtsbehörde handelt. Allerdings hatte das Gericht schon seit je angenommen, dass die – unstreitig bestehende – Amtspflicht der Gemeinde, rechtmäßig über die Erteilung des Einvernehmens zu entscheiden, auch Drittwirkung zugunsten des Bauherrn entfaltet.<sup>5</sup> Mit anderen Worten war der BGH der Auffassung, dass die Gemeinde jedenfalls prinzipiell einem Amtshaftungsanspruch des Bauherrn ausgesetzt war, wenn sie das Einvernehmen rechtswidrig verweigerte. Das Gericht dehnte diese Verpflichtung – folgerichtig – auf Fallkonstellationen aus, in denen ein objektiv-rechtlich an sich nicht erforderliches Einvernehmen versagt<sup>6</sup> bzw. ein nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB fingiertes Einvernehmen (rechtswidrig) zurückgenommen worden war.<sup>7</sup> Eine Amtspflichtverletzung hatte der BGH im Übrigen auch dann angenommen, wenn die Gemeinde das Einvernehmen im Ergebnis zu Recht verweigert hatte, der geltend gemachte Versagungsgrund aber rechtlich nicht tragfähig gewesen war (im entschiedenen Fall: Konkurrenzschutz) und der von der Gemeinde nicht vorgetragene, jedoch rechtlich belastbare Versagungsgrund (im entschiedenen Fall: verkehrsmäßige Erschließung) ohne Schwierigkeiten behebbar gewesen wäre.<sup>8</sup>

Zur Haftungsverteilung zwischen der Gemeinde und der Bauaufsichtsbehörde hatte der BGH festgestellt, dass die Genehmigungsbehörde nur dann von einer Haftung vollständig freigestellt sei, wenn sie ihre ablehnende Entscheidung ausschließlich auf das fehlende gemeindliche Einvernehmen gestützt hatte. In den Fällen, in denen die Genehmigungsbehörde die Ablehnung der Baugenehmigung sowohl mit der Verweigerung des Einvernehmens als auch mit eigenen Erwägungen begründet hatte, nahm das Gericht eine gesamtschuldnerische Haftung des Rechtsträgers der Genehmigungsbehörde und der Gemeinde an; nur so konnte nach Auffassung des BGH vermieden werden, dass die beiden potentiellen „Haftungspartner“ des Bauherrn die Verantwortung gleichsam hin und her schieben.<sup>9</sup> Wenn die Genehmigungsbehörde sich die – rechtswidrigen – Argumente der Gemeinde aber vollständig zu eigen gemacht und die Baugenehmigung deshalb abgelehnt hatte, sollte diese allerdings allein und nicht die Gemeinde haften.<sup>10</sup>

1.2 Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens  
Eine Ersetzung des – rechtswidrig – ver-

weigerten Einvernehmens war nach früherer Rechtslage nur durch kommunalaufsichtliche Maßnahmen denkbar. Die Verweigerung war zunächst nach Anhörung der Gemeinde durch Verwaltungsakt zu beanstanden (Art. 112 GO) und danach musste das Einvernehmen durch einen weiteren Verwaltungsakt im Wege der Ersatzvornahme hergestellt werden (Art. 113 GO). In der Praxis ist dieses aufwändige und schwerfällige Verfahren nie angekommen und nur in ganz seltenen Fällen durchgeführt worden.<sup>11</sup> Diese Rechtslage hat den Bayerischen Gesetzgeber bereits im Jahr 1994 – anlässlich der großen Novelle der BayBO<sup>12</sup> – bewogen, einen eigenen Tatbestand zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens zu schaffen, der im Prinzip inhaltlich weitgehend unverändert mittlerweile seinen Platz in Art. 67 BayBO gefunden hat. Kurz ausgedrückt wird darin geregelt, dass die Ersetzung des Einvernehmens in das Verfahren der Erteilung der Baugenehmigung integriert wird und die Ersetzung mit Ausspruch der Baugenehmigung durch diese erfolgt. Diese Idee hat sich mittlerweile durchgesetzt und findet sich nicht nur in der Musterbauordnung (§ 71 MBO), sondern auch in einer Reihe anderer Landesbauordnungen wieder.<sup>13</sup>

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 16.9.2010 - III ZR 29/10 -, ZfBR 2011, 39 = NVwZ 2011, 249 = BauR 2011, 495 = Die Gemeinde SH 2011 S. 75.

<sup>4</sup> Die nachfolgenden Ausführungen gelten nur für den Fall, dass die Gemeinde nicht selbst Bauaufsichtsbehörde ist; bei diesen Gemeinden hat das gemeindliche Einvernehmen – etwas verkürzt ausgedrückt – keinerlei Bedeutung mehr, vgl. BVerwG, Urt. v. 19.8.2004 – 4 C 16.04 -, ZfBR 2004, 805 = NVwZ 2005, 83 = BauR 2005, 361 = DVBl. 2005, 192 = UPR 2005, 71; kritisch Jäde, KommJur 2005, 368. Allerdings kann sich auch eine Gemeinde, die nicht Bauaufsichtsbehörde ist, in vollem Umfang auf ihre Planungshoheit berufen, BVerwG, Beschl. v. 24.10.2010 – 4 B 60.09 -, BauR 2010, 1737 = ZfBR 2010, 797.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 29.9.1975 – III ZR 40/73 -, BGHZ 65, 182 = NJW 1976, 184 = DÖV 1976, 133 = BayVBl. 1976, 122; seither st. Rspr.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2002 – III ZR 278/01 -, UPR 2003, 109 = MDR 2003, 266 = BauR 2003, 364 = DÖV 2003, 295 = NVwZ-RR 2003, 403 = BRS 65 Nr. 76.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 13.10.2005 – III ZR 234/04 -, UPR 2006, 70 = NVwZ 2006, 117 = ZfBR 2006, 181 = BayVBl. 2006, 160 = ZfR 2006, 245 = BauR 2006, 353 = BRS 69 Nr. 156.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 26.9.1991 – III ZR 39/90 -, UPR 1992, 105 = ThürVBl. 1992, 94 = BRS 53 Nr. 42.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 21.5.1992 – III ZR 14/91 -, BGHZ 118, 263 = UPR 1992, 378 = DVBl. 1992, 1430 = DÖV 1992, 1015 = ThürVBl. 1993, 71 = BRS 53 Nr. 44; BGH, Urt. v. 1.7.1993 – III ZR 36/92 -, ZfBR 1993, 294 = NJW 1993, 3065 = UPR 1003, 442 = BauR 1993, 707 = BRS 55 Nr. 156.

<sup>10</sup> BGH (Fn. 6).

<sup>11</sup> Lechner in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Art. 67 Rn. 3.

<sup>12</sup> Gesetz zur Vereinfachung bau- und wasserrechtlicher Verfahren v. 12.4.1994 (GVBl. S. 210).

<sup>13</sup> Vgl. § 54 Abs. 4 LBO BW, § 70 BbgBO, § 71 LBauO M-V, § 2 Nr. 4 a Abs. 1 Bürokratieabbaugesetz 1 NRW, § 71 LBauO RP, § 72 LBO Saar, § 71 SächsBO, § 70 BauO LSA, § 69 ThürBO.

Das BauROG 1998<sup>14</sup> hat mit der Einfügung des § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB auch ein bundesrechtliches Instrument zur Bewältigung der Problemlage geschaffen. Danach kann die nach Landesrecht zuständige Behörde ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzen. Das Verhältnis dieser Regelung zu den landesrechtlichen Tatbeständen ist dabei vom Bundesgesetzgeber nicht ausdrücklich geklärt worden.

Durch die Einführung dieser Instrumente stellte sich – wie bereits eingangs dargestellt – die Frage, ob die Haftungsverteilung zwischen der Gemeinde und dem Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde neu zu bewerten war. Mit anderen Worten war zu klären, ob die Maßstäbe der „alten“ Rechtsprechung beibehalten werden konnten oder ob die Bauaufsichtsbehörde durch die Möglichkeit, das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen zu ersetzen, stärker oder sogar allein in die Pflicht genommen worden ist.<sup>15</sup>

## 2. Das neue Urteil des BGH

### 2.1 Die Entscheidungsgründe

In dem vom BGH nun zu entscheidenden Fall ging es um die Errichtung eines Mastschweinestalls mit insgesamt 1489 Plätzen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich. Die Gemeinde verweigerte zu dem Vorhaben – unstreitig rechtswidrig – das Einvernehmen mit der Begründung, die Wasserver- und Abwasserentsorgung sei nicht gesichert, außerdem liege das zur Bebauung vorgesehene Grundstück in der Nähe eines Waldes und eines Baudenkmals. Das Landratsamt verzichtete darauf, das Einvernehmen zu ersetzen und lehnte die Erteilung der Baugenehmigung ab. Nachdem das VG diese Entscheidung beanstandet hatte, wurde die Genehmigung schließlich doch erteilt. Den entstandenen Schaden von knapp 150.000 Euro für die etwa zweijährige Verzögerung wollte der Bauherr von der Gemeinde ersetzt bekommen. Der BGH wies die Klage im Ergebnis ab.

Die Begründung für diese Entscheidung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Durch die gesetzliche Möglichkeit, das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen durch die Baugenehmigungsbehörde zu ersetzen, sei der maßgebliche Grund für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht der Gemeinde entfallen. Denn die Verweigerung habe für die Bauaufsichtsbehörde keine echte Bindungswirkung mehr. Die Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Genehmigungsbehörde erstreckte sich nicht mehr nur auf die Frage, ob ein gemeindliches Einvernehmen erforderlich sei, sondern auch darauf, ob es rechtswidrig verweigert worden sei.

Daran ändere auch nichts, dass sowohl der Landes- als auch der Bundesgesetzgeber die entsprechenden Ersetzungs-

vorschriften als „Kann“-Bestimmungen ausgestaltet hätten. Denn einmal sei die Formulierung lediglich als Hinweis auf die Befugnis der Bauaufsichtsbehörde zu verstehen und nicht als Einräumung eines Ermessens auf der Rechtsfolgenseite; zum anderen wäre ein evtl. Ermessen wegen Art. 14 GG und wegen des Anspruchs des Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung auf Null reduziert.

Verzögerungsschäden, die der Bauaufsichtsbehörde nicht zugerechnet werden könnten, seien im Übrigen ausgeschlossen, da über § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB gewährleistet sei, dass spätestens nach zwei Monaten die Entscheidungshoheit auf die Genehmigungsbehörde übergehe.

Auch die spezielle bayerische Rechtslage soll nach Ansicht des BGH an dieser Situation nichts ändern. Dabei setzt sich das Gericht ausdrücklich über die von ihm auch erkannten Intentionen des Gesetzgebers hinweg. Auch wenn der Bauwillige keinen eigenständigen Anspruch auf Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens habe, könne Art. 67 BayBO an dem grundrechtlich geschützten Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung nichts ändern und ihn insbesondere nicht einschränken.

Ohne Belang sei auch die materielle Einordnung der Regelung in das Recht der Kommunalaufsicht. Zwar würden bei der Kommunalaufsicht keine Individualinteressen berührt; durch die Einbettung der Ersetzungsbefugnis in das Bauordnungsrecht und die damit hergestellte Verbindung zwischen kommunalaufsichtsrechtlichem und bauaufsichtsrechtlichem Genehmigungsverfahren wirkten aber die grundrechtlichen Positionen des Bauwilligen auch auf das Verfahren zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens ein.

Schließlich weist der BGH auf das Verhältnis von Art. 67 BayBO zu § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB hin. Die bundeseinheitliche Vorgabe dieser Vorschrift überlasse zwar dem Landesgesetzgeber die Ausgestaltung der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens. Es handle sich aber um eine „ureigene bauplanungsrechtliche Regelung“, die durch den Landesgesetzgeber nicht zu einem bloßen Mittel der Kommunalaufsicht umgestaltet werden dürfe.

### 2.2 Die Gegenposition

Die Erwägungen, die den BGH geleitet haben, sind in verschiedener Hinsicht nicht unproblematisch. Wenn man den dogmatischen Weg der Entscheidung begleitet, stößt man auf mehrere „Sollbruchstellen“, an denen unsauber oder zumindest fragwürdig argumentiert wird.

Schon der Einstieg in die Problematik kommt einem logischen Zirkelschluss nahe. Der BGH ist offenbar der Auffassung,

dass die Drittgerichtetheit der gemeindlichen Amtspflicht, über das Einvernehmen rechtmäßig zu entscheiden, deshalb weggefallen sei, weil die Bauaufsichtsbehörde das fehlende Einvernehmen ersetzen könne bzw. müsse. Dabei ist die Frage der Reichweite des § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB ja gerade fraglich; die Auslegung des § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB hängt entscheidend davon ab, wie sich das grundsätzliche Verhältnis zwischen Gemeinde und Bauaufsichtsbehörde bestimmt. Kommt man nämlich zum Ergebnis, dass es keine Verpflichtung zur Ersetzung des Einvernehmens durch die Bauaufsichtsbehörde gibt, entfällt auch die Rechtfertigung für die Annahme, es gebe keine Rechtfertigung für die Drittwirkung mehr.

Nicht zu beanstanden ist der Ausgangspunkt der Entscheidung allerdings insoweit, als sich selbstverständlich der Kompetenzumfang der Bauaufsichtsbehörde durch die Instrumente der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens erweitert hat. Allerdings sagt dieser Befund zum einen nichts darüber aus, ob diese Erweiterung lediglich objektivrechtlichen Charakter besitzt oder ob subjektiv-öffentliche Rechte des Bauwilligen geschaffen werden sollten, und zum anderen wird dadurch allein keine automatische Ermessensbindung der Genehmigungsbehörde ausgelöst.

Dazu bemüht der BGH denn auch grundrechtlich eingeräumte Positionen namentlich das Eigentumsrecht des Art. 14 GG. Es sollte dabei immer zu denken geben, wenn gerade Zivilgerichte Ansprüche aus angeblichen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen ableiten; das Grundgesetz sollte nicht zu einer kleinen Münze verkommen.<sup>16</sup> Allerdings dürfte hier auch die Verfassung nicht weiterhelfen. Zunächst ist zu bedenken, dass die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG ein normkonkretisiertes Grundrecht ist. Inhalt und Schranken des Eigentums werden durch die Gesetze bestimmt. Was überhaupt Bestandteil des Eigentumsrechts ist, wird also durch die

<sup>14</sup> Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 v. 18.8.1997 (BGBl. I S. 2081).

<sup>15</sup> Diese Frage hatte der BGH bislang ausdrücklich offen gelassen, vgl. BGH, Beschl. v. 19.3.2008 – III ZR 49/07 -, NVwZ 2008, 815. Aus der Literatur z. B. Staudinger/Wurm, BGB, § 839 Rn. 606; Klinger, BayVBl. 2002, 481; einerseits und Dirnberger, BayGTz 2004, 77; Hermann, KommJur 2004, 286 andererseits.

<sup>16</sup> Vgl. dazu jüngst OLG Frankfurt, Urt. v. 27.8.2009 – 22 U 213/07 -, MittBayNot 2010, 236, mit krit. Anmerkung Dirnberger, das Bindungen in einem Einheimischenmodell an der Menschenwürdeggarantie des Art. 1 GG misst und letztlich daran scheitern lässt.

einfachen Gesetze ausgestaltet. Diese müssen sich zwar ihrerseits im Licht der verfassungsrechtlichen Schutzgüter auslegen lassen, allerdings wird niemand behaupten können, dass die Annahme einer lediglich objektivrechtlichen Möglichkeit, das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen ersetzen zu können, eine verfassungswidrige Einschränkung des Eigentumsrecht darstellen könnte. Im Übrigen geht es – und das dürfte entscheidend sein – nicht um die inhaltliche Ausformung der baurechtlichen Befugnisse, sondern um die Frage, in welchem Verfahren der Bauwillige letztlich zu seinem Baurecht kommt. Auch hier dürfte Art. 14 GG kaum so weit gehen, dass daraus abgeleitet werden könnte, einem Bauherrn stehe immer und unter allen Umständen ein Anspruch darauf zu, auf dem schnellstmöglichen Weg – insbesondere ohne Anrufung eines Gerichts – sein Baurecht umsetzen zu dürfen, wobei füglich bezweifelt werden darf, ob angesichts auch der rechtlichen Mittel der übergangenen Gemeinde überhaupt eine Beschleunigungswirkung für den Bauherrn eintreten würde.<sup>17</sup>

Was den BGH ersichtlich nicht kümmert, ist das Verhältnis zwischen § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB und der Ersetzungsbefugnis nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB.<sup>18</sup> Eingangs dieses Beitrags wurde auf die Definition hingewiesen, die man gemeinhin, aber auch in der rechtswissenschaftlichen Welt dem Begriff des Einvernehmens zuweist. Es ist nicht nur Anhörung, nicht nur Benehmen, sondern es ist das Erfordernis, dass eine bestimmte Entscheidung nur getroffen werden kann, wenn ein anderer zustimmt. Jedenfalls in der Interpretation des BGH ist aus dem Einvernehmen in § 36 Abs. 1 BauGB ein bloßes Anhörungsrecht geworden. Wenn in jedem Fall einer rechtswidrigen Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens eine drittgerichtete Verpflichtung der Bauaufsichtsbehörde auf Ersetzung entsteht, kann von einem „einvernehmlichen“ Zusammenwirken zweier Instanzen nicht mehr die Rede sein. Selbstverständlich muss man dem Gesetzgeber zugestehen, dass er selbst umschreiben darf, wie er ein bestimmtes Instrument ausgestalten will. Bleibt er aber in einem begrifflichen System – wie hier – muss bei der Auslegung einer verfahrensrechtlichen Modifikation auch die Gesamtregelung in ihrer grundsätzlichen Systematik einbezogen werden.

Äußerst kritisch betrachtet werden müssen schließlich die Ausführungen des Gerichts zum Verhältnis der bundesrechtlichen Regelung des § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB zu der landesrechtlichen Ersetzungsbefugnis des Art. 67 BayBO. Ganz unabhängig von der Entscheidung des BGH überrascht von vornherein das Nebeneinander zweier im Inhalt im Grunde

identischer Befugnisnormen auf Bundes- und auf Landesebene. Das Grundgesetz trennt an sich die Gesetzgebungskompetenzen akribisch voneinander, eine Überschneidung entscheidender Befugnisse ist ausgeschlossen.<sup>19</sup> Prima facie stellt sich insoweit ein ganz klares verfassungsrechtliches Zuständigkeitsproblem, auf das der BGH nicht eingeht.<sup>20</sup> Er begnügt sich damit, auf die „ureigene“ planungsrechtliche Qualität des § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB hinzuweisen. Eine Behauptung, die durchaus als kühn eingestuft werden muss. Die Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, auf die das BauGB fußt, spricht dem Bund die Kompetenz zu, das Bodenrecht zu regeln. Es bedürfte durchaus intensiverer Begründung, ob und inwieweit in dieser Zuweisung auch die Befugnis begründet wird, relativ detaillierte Verfahrensbestimmungen im Verhältnis zwischen Gemeinde und Bauaufsichtsbehörde zu regeln. Dass das Instrument zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens problemlos dem – der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Landesrechts unterliegenden – Bereich der Kommunalaufsicht zugerechnet werden kann, bezweifelt nicht einmal der BGH.

Die Regelungsparallelität zwischen § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB und Art. 67 BayBO lässt sich verfassungsrechtlich einwandfrei nur auflösen, wenn man die jeweiligen Zielrichtungen und Regelungskomplexe, die in den Vorschriften enthalten sind, voneinander abscheidet. Unterstellt man, dass dem Bundesgesetzgeber zukommt, den inhaltlichen Prüfungs- und Entscheidungsumfang bei der planungsrechtlichen Beurteilung von Vorhaben für die Bauaufsichtsbehörde einerseits und die Gemeinde andererseits zu bestimmen, so kann dies nicht die Kompetenz umfassen, in welchem Verfahrensregime dies geschieht. Wenn – wie in Bayern – ganz eindeutig<sup>21</sup> gewollt war, dass es sich bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens um eine kommunalverfassungsrechtliche Regelung im Gewande des Bauordnungsrecht handeln sollte, müsste dies von der Rechtsprechung auch in den entsprechenden haftungsrechtlichen Konsequenzen respektiert werden.

All dies ist letztlich müßig. Der BGH hat die Streitfrage entschieden und es ist daher für die Praxis nicht entscheidend, ob die Argumente wirklich schlagkräftig waren, sondern zu klären ist, welche Konsequenzen sich jetzt aus dieser Rechtsprechung ergeben.

### 3. Die Konsequenzen

#### 3.1 Für die Gemeinden

Aus Sicht der Gemeinden stimmt die Entscheidung des BGH – zumindest auf den ersten Blick – froh. Eine Haftung der Gemeinde gegenüber einem Bauwilligen ist – völlig egal wie sie sich verhält –

schlechterdings ausgeschlossen. Schon bisher konnte ein rechtswidrig erteiltes Einvernehmen die Gemeinde in kein Haftungsrisiko bringen, da entweder die Bauaufsichtsbehörde die Genehmigung gleichwohl verweigerte oder aber erteilte und damit die Gesamtverantwortung übernahm.<sup>22</sup> Jetzt folgt aus der Entscheidung des BGH, dass auch bei einer rechtswidrigen Verweigerung des Einvernehmens nichts mehr „passieren“ kann. Dies ändert rechtlich natürlich nichts an dem Umstand, dass sich die Gemeinde bei ihrer Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen auch weiterhin rechtmäßig zu verhalten hat. Zugegebenermaßen hat es aber eben keine haftungsrechtlichen Konsequenzen, wenn die Gemeinde es nicht tut. Wie es allerdings in den Augen eines Bauwilligen bewertet würde, wenn Entscheidungen der Gemeinde regelmäßig vom Landratsamt aufgehoben würden, muss offen bleiben. Jedenfalls würde es nicht dazu führen, dass sich ein allzu großes Vertrauen in die Handlungen der Gemeinde aufbauen könnte.

Ein etwas verändertes Bild könnte sich durch die Entscheidung des BGH aber für die Organzuständigkeit in der Gemeinde ergeben. Bekanntlich ist der erste Bürgermeister nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO zuständig – und zwar unabhängig von etwaigen Regelungen in der Geschäftsordnung – für die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen. Der Zuständigkeitsbereich des ersten Bürgermeisters ist daher vor allem davon abhängig, wie groß bzw. leistungsfähig eine Kommune ist bzw. welche planungsrechtlichen Schwierigkeiten die jeweilige Einvernehmensentscheidung aufwerfen kann. Tendenziell dürfte sich

<sup>17</sup> Vgl. dazu auch Jäde, UPR 2011/4.

<sup>18</sup> Völlig zu Recht Jäde, KommPBY 2011, 64..

<sup>19</sup> Vgl. aus dem baurechtlichen Bereich etwa den Streit um die Abgrenzung der Beeinträchtigung des Ortsbilds in § 34 Abs. 1 Satz 2 BauGB vom Verunstaltungsverbot, BVerwG, Urt. v. 11.5.2000 – 4 C 14.98 -, BauR 2000, 1848 = DVBl. 2000, 1851 = NVwZ 2000, 1169 = BRS 63 Nr. 501.

<sup>20</sup> Vgl. z. B. Enders/Pommer, SächsVBl. 1999, 173, die § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB verfassungskonform lediglich als Hinweis interpretieren, dass eine landesrechtliche Ersetzungsmöglichkeit zulässig sei.

<sup>21</sup> Dies belegen die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die zunächst als allgemeine Ersetzungsvorschrift in der GO gedacht war und auch die konkrete Ausgestaltung, bei der eindeutig auf das Kommunalverfassungsrecht verwiesen wird (Art. 67 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 BayBO).

<sup>22</sup> Vgl. Dimberger, BayGTz 2004, 77..

dieser vom Bürgermeister eigenständig zu verantwortende Zuständigkeitsbereich jetzt aufweiten, da Haftungsfolgen – also erhebliche finanzielle Risiken – unter keinen Umständen mehr zu erwarten sind. Letztlich kann den Gemeinden in diesem Zusammenhang noch mehr als bisher empfohlen werden, die Zuständigkeit für die Entscheidung über das Einvernehmen durch Geschäftsordnung auf den ersten Bürgermeister bzw. die Verwaltung zu übertragen, jedenfalls soweit keine Ermessensspielräume für die Gemeinde bestehen.

Solche Ermessensspielräume für die Erteilung oder Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens können logischerweise dort aufgefunden werden, wo die Vorschrift über die planungsrechtliche Zulässigkeit selbst solche Möglichkeiten aufweist. Das bedeutet, dass ein Vorhaben, das nach § 30 Abs. 1 BauGB (plankonformes Vorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans), nach § 34 BauGB (Vorhaben in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil) oder nach § 35 BauGB<sup>23</sup> (Vorhaben im Außenbereich) zu beurteilen ist, auf der Grundlage einer gebundenen Entscheidung ohne entsprechende Spielräume zu behandeln ist. Ein Ermessen sehen demgegenüber lediglich § 31 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB (Ausnahmen und Befreiungen) vor. § 33 BauGB enthält insoweit einen Sonderfall. Jedenfalls die Frage, ob ein Bebauungsplan vor Satzungsbeschluss bereits Planreife aufweist, kann nur von der Gemeinde beantwortet werden.<sup>24</sup>

### 3.2 Für die Landratsämter

Für die Landratsämter bedeutet die Rechtsprechung des BGH zunächst,

dass ihr Haftungsrisiko ansteigt. Es bleibt der Genehmigungsbehörde im Grunde nichts anderes mehr übrig, als in jedem Fall, in dem nach ihrer Auffassung das gemeindliche Einvernehmen zu Unrecht verweigert worden ist, dieses zu ersetzen.<sup>25</sup> Eine „Ersetzung“ hat wohl auch dann zu erfolgen, wenn die Gemeinde ein objektivrechtlich nicht erforderliches Einvernehmen verweigert oder ein nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB fingiertes Einvernehmen zurücknimmt.

Interessant ist der bereits oben erwähnte<sup>26</sup> Fall, bei der die Gemeinde aus einem rechtlich nicht tragfähigen Grund das Einvernehmen verweigert, das Vorhaben aber aus einem anderen – allerdings vom Bauherrn etwa durch Umplanung relativ einfach behebbaren – Grund planungsrechtlich unzulässig ist. Hier muss die Bauaufsichtsbehörde den Bauherrn in jedem Fall über die Sachlage informieren. Plant er um, räumt er also die planungsrechtlichen Hindernisse aus, hat die Bauaufsichtsbehörde danach das Ersetzungsverfahren durchzuführen.

### 3.3 Für das gemeindliche Einvernehmen

Die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen hat rechtlich an Bedeutung verloren. In noch mehr Fällen als bisher ist die Gemeinde – salopp formuliert – „zweiter Sieger“. Sie kann mit der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens die Genehmigung eines Vorhabens nicht mehr verhindern.

In einer solchen Situation allerdings darüber nachzudenken, ob man auf das Instrument des Einvernehmens gänzlich verzichten und es zu einem bloßen Behalten umgestalten sollte, hieße die Bedeutung der Entscheidung des BGH

doch deutlich zu überschätzen. Denn letztlich hat sich an der materiell-rechtlichen Position der Gemeinde nichts geändert. Es bleibt ihr in Zukunft nur erspart, in ein Haftungsrisiko zu geraten, wenn sie sich fahrlässig oder sogar vorsätzlich rechtswidrig verhält und sich gegen die planungsrechtliche Rechtsordnung auflehnt. In der Praxis hatten die Landratsämter ohnehin in den meisten Fällen ein rechtswidrig verweigertes Einvernehmen ersetzt. Und dort wo materielle gemeindliche Ermessensspielräume existieren, also vor allem bei den Ausnahmen und Befreiungen, hat auch die Baugenehmigungsbehörde diese zu respektieren. Das Einvernehmen also gründlich zu verändern oder gar zu streichen, hieße das Kind mit dem Bade auszuschütten. Soweit erkennbar, wird sich der Bundesgesetzgeber in der anstehenden BauGB-Novelle 2011 mit dieser Problematik auch nicht beschäftigen.

<sup>23</sup> Trotz der Formulierung „kann“ in § 35 Abs. 2 BauGB enthält auch diese Vorschrift nach ganz h. M. kein Ermessen für die Gemeinde oder die Bauaufsichtsbehörde, vgl. schon BVerwG, Urt. v. 29.4.1964 – I C 30.62 –, BayVBl. 1964, 288 = BVerwGE 18, 247 = DÖV 1964, 383 = DVBl. 1964, 527 = NJW 1964, 1973, seither st. Rspr.; zweifelnd Jäde in: Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, § 35 Rn. 275.

<sup>24</sup> Zu der Problematik im Übrigen vgl. Jäde in: Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, § 33 Rn. 26.

<sup>25</sup> Das Staatsministerium des Innern hat denn auch sofort reagiert und die Bauaufsichtsbehörden zu einem entsprechenden Verhalten aufgefordert, vgl. IMS v. 3.11.2010.

<sup>26</sup> Oben Fn. 6.

## Wann „haften“ Gemeinden für rechtmäßige Bebauungspläne? –

### Ein Überblick über das Regelungssystem des Planungsschadensrechts

Dr. Thomas Krappel und Dr. Sanaz Moradi Karkaj\*<sup>1</sup>

Stellen Gemeinden Bebauungspläne auf, so bestimmen sie damit die Nutzungsmöglichkeiten der Grundstücke und gestalten Inhalt und Schranken des Grundeigentums. Werden dadurch die Nutzungsmöglichkeiten der Grundstücke eingeschränkt oder aufgehoben, so sehen die §§ 39 bis 44 des Baugesetzbuchs (BauGB) unter bestimmten Voraussetzungen Entschädigungsansprüche der Grundstückseigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten gegen die den Bebauungsplan aufstellende Gemeinde vor. Der vorliegende Beitrag gibt einen Über-

blick über diese Regelungen des Planungsschadensrechts.

### Entschädigung für die Wertminderung des Grundstücks

Beispiel 1: Gemeinde G beabsichtigt, ein neues Wohngebiet zu erschließen. Um die Wohnnutzung mit einem in der Nähe gelegenen Gewerbegebiet verträglich und auch möglichst attraktiv zu gestalten, möchte sie die gewerbliche Nutzung in dem Gewerbegebiet beschränken. Sie hat dazu für dieses Gebiet einen Bebauungsplan beschlossen, der unter an-

derem eine Einschränkung der Grundflächenzahl und der Höhe der baulichen Anlagen vorsieht. Unternehmer U besitzt in dem Gewerbegebiet mehrere Grundstücke. Auf einem der Grundstücke betreibt er einen Gewerbebetrieb. Die anderen Grundstücke sind unbebaut. Grundnorm des Planungsschadensrechts ist § 42 Abs. 1 BauGB. Die Vorschrift bestimmt: Wird die zulässige Nutzung eines Grundstücks aufgehoben oder geändert und tritt dadurch eine nicht nur unwesentliche Wertminderung des

\* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der überörtlichen Sozietät Gleiss Lutz, Stuttgart, Berlin, Frankfurt, München, Düsseldorf, Hamburg, Brüssel.

<sup>1</sup> Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Gemeindetages Baden-Württemberg.

Grundstücks ein, kann der Eigentümer eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

Erste Voraussetzung für das Bestehen einer Entschädigungspflicht der Gemeinde ist danach das Vorliegen einer „zulässigen Nutzung“. Eine Nutzung ist zulässig, wenn auf ihre Ausübung nach § 30 BauGB (Bebauungsplangebiet), § 34 BauGB (Innenbereich), § 35 BauGB (Außenbereich) oder § 33 BauGB (Zulässigkeit von Vorhaben während der Aufstellung eines Bebauungsplans) ein Anspruch besteht, insbesondere auch die Erschließung gesichert ist.<sup>2</sup> Für eine Entschädigungspflicht nach § 42 BauGB kommt es somit nicht darauf an, ob für das Gebiet bislang schon ein Bebauungsplan bestand, oder ob sich die zulässige Nutzung aus § 33, § 34 oder § 35 BauGB ergibt.

Eine Entschädigungspflicht kommt dann in Betracht, wenn die Gemeinde die zulässige Nutzung „aufhebt oder ändert“. Dies geschieht typischerweise durch Bebauungsplan.<sup>3</sup> Die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans (§§ 12; 30 Abs. 2 BauGB) führt jedoch im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans<sup>4</sup> nicht zu einer Entschädigungspflicht der Gemeinde (§ 12 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB)<sup>5</sup>, denn die Aufhebung oder Änderung einer bislang zulässigen Nutzung durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan beruht auf einem Durchführungsvertrag mit dem Vorhabenträger. Dieser muss zur Durchführung des Vorhabens in der Lage sein (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Er wird deshalb typischerweise Eigentümer des Grundstücks oder sonst dinglich Berechtigter (z. B. Inhaber eines Erbbaurechts) sein.<sup>6</sup> Eine Nutzung kann ferner etwa auch durch Erhaltungssatzung (§ 172 BauGB) sowie durch Entwicklungs- oder Ergänzungssatzung (§ 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 BauGB) aufgehoben oder geändert werden<sup>7</sup>, nicht aber durch (nur deklaratorisch wirkende) Klarstellungssatzung (§ 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB) oder durch einen Flächennutzungsplan.<sup>8</sup>

Die Gemeinde ist allerdings nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn durch die Änderung oder Aufhebung der zulässigen Nutzung eine „nicht nur unwesentliche Wertminderung des Grundstücks“ eintritt. Ob es zu einer Wertminderung kommt, ist durch Vergleich des Verkehrswerts des Grundstücks (§ 194 BauGB) vor und nach der Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung zu ermitteln. Dies ist im jeweiligen Einzelfall zu ermitteln. Feste Grenzen, ab wann einer Wertminderung „nicht nur unwesentlich“ ist, bestehen nicht. Die Wertminderung muss jedenfalls ‚föhlbar‘ sein, d. h. die Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung muss wirtschaftlich zu objektiv unzumutbaren Nachteilen föhren.<sup>9</sup> Die so

beschriebene ‚Opfergrenze‘ dürfte bei einer Wertminderung um 3,6 % grundsätzlich noch nicht, bei 10 %<sup>10</sup> bzw. 12 %<sup>11</sup> jedoch in aller Regel überschritten sein, wobei allerdings auch die (absolute) Höhe der Wertminderung zu berücksichtigen ist, denn bei niedrigen Beträgen kann ggf. auch eine hohe Prozentzahl unwesentlich (und umgekehrt bei hohen Beträgen ggf. auch eine niedrige Prozentzahl wesentlich) sein.<sup>12</sup>

Die Wertminderung muss schließlich „durch“ die Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung eintreten. Eine Wertminderung aus anderen Gründen als durch Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung, etwa aufgrund sinkender Nachfrage nach Bauplätzen in einem gemeindlichen Baugebiet oder wenn der Eigentümer eine ausgeübte Nutzung aus eigenem Entschluss aufgibt, obwohl er sie hätte fortföhren können,<sup>13</sup> föhrt nicht zu einer Entschädigungspflicht der Gemeinde nach § 42 BauGB.

Für den eingangs geschilderten Fall bedeutet dies, dass Unternehmer U grundsätzlich einen Entschädigungsanspruch besitzt, wenn die in dem von G beschlossenen Bebauungsplan enthaltenen Beschränkungen der gewerblichen Nutzungsmöglichkeiten zu einer Wertminderung seiner Grundstücke föhren.

Eine bedeutsame Differenzierung enthalten insoweit die §§ 42 Abs. 2 und 3 BauGB: Wird die zulässige Nutzung eines Grundstücks „innerhalb einer Frist von sieben Jahren ab Zulässigkeit“ der Nutzung (sog. Plangewährleistungsfrist) aufgehoben oder geändert, so bemisst sich die Entschädigung nach dem Unterschied zwischen dem Wert des Grundstücks auf Grund der zulässigen Nutzung und seinem Wert, der sich infolge der Aufhebung oder Änderung ergibt (§ 42 Abs. 2 BauGB). Wird demgegenüber die zulässige Nutzung nach Ablauf dieser 7-Jahres-Frist aufgehoben oder geändert, so kann der Eigentümer nur eine Entschädigung für Eingriffe in die ausgeübte Nutzung verlangen (§ 42 Abs. 3 BauGB). Hebt also die Gemeinde eine zulässige Nutzung innerhalb von sieben Jahren ab Zulässigkeit der Nutzung (z. B. ab Inkrafttreten des bestehenden Bebauungsplans) auf, so muss sie für eine dadurch eingetretene (nicht unerhebliche) Wertminderung der betroffenen Grundstücke Entschädigung leisten, und zwar unabhängig davon, ob die Grundstücke bebaut oder un bebaut sind, d. h. unabhängig davon, ob die (zulässige) Nutzung ausgeübt wird. Nach Ablauf der 7-Jahres-Frist ist dies anders. In diesem Fall muss die Gemeinde Entschädigung nur für Eingriffe in die ausgeübte Nutzung leisten. Diese – Entschädigungsansprüche einschränkende – Regelung wurde 1976 in das damalige Bundesbaugesetz eingefügt (und später im Baugesetzbuch

übernommen), um dem „Erfordernis nach Planänderungen“ Rechnung zu tragen und einer „Erstarrung der Planung“ entgegenzuwirken, denn die seinerzeitige Vorschrift des § 44 Abs. 1 Satz 1 des Bundesbaugesetzes (a. F.) enthielt keine entsprechende Frist; dies hatte zur Folge, dass grundsätzlich alle zu irgendeiner Zeit einmal gewährten städtebaulichen Nutzbarkeiten, und zwar unbefristet und ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer von der Nutzbarkeit Gebrauch gemacht hat oder nicht, planungsschadensrechtlich geschützt waren.<sup>14</sup>

Für den vorliegenden Fall bedeuten die Regelungen des § 42 Abs. 2 und 3 BauGB, dass, wenn G den Bebauungsplan zur Änderung der gewerblichen Nutzung nach Ablauf der 7-jährigen Plangewährleistungsfrist beschließt, sie für die dadurch eingetretene Wertminderung auf den nicht bebauten Grundstücken von U keine Entschädigung nach § 42 BauGB leisten muss, da dort eine Nutzung nicht „ausgeübt“ wird (§ 42 Abs. 3 BauGB). Hat sie den Bebauungsplan demgegenüber innerhalb dieser Frist beschlossen, so muss sie Entschädigung für die Wertminderung unabhängig davon bezahlen, ob auf den Grundstücken die zulässige Nut-

<sup>2</sup> Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 42 Rn. 4; Uechtritz, BauR 1983, 523 (526 f.) m.w.N., unter Hinweis auf eine Ausnahme, wenn sich im Einzelfall die allgemeine Erschließungspflicht der Gemeinde nach § 123 BauGB zu einem Individualanspruch auf Erschließung verdichtet. – Ob „Außenbereichsnutzungen“ nach § 35 BauGB zu den zulässigen Nutzungen i. S. von § 42 Abs. 1 BauGB zählen, ist allerdings umstritten, siehe BVerwGE 122, 364 = NVwZ 2005, 578 (579); Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK-BauGB, Stand: 1. 4. 2011, § 42 Rn. 1; BT-Drs. 15/2996, S. 62.

<sup>3</sup> Ggf. auch durch dessen erstmalige Aufstellung, BGHZ 50, 93 (95 f.); Uechtritz, BauR 1983, 523 (525), jeweils noch zur Rechtslage nach § 44 BBauG a. F. Denn nach § 42 Abs. 1 BauGB ist entscheidend, ob eine „zulässige Nutzung“ aufgehoben oder geändert wird, nicht aber, ob ein (bestehender) Bebauungsplan aufgehoben oder geändert wird.

<sup>4</sup> Nach § 12 Abs. 4 BauGB können einzelne Flächen außerhalb des Bereichs des Vorhaben- und Erschließungsplans in den vorhabenbezogenen Bebauungsplan einbezogen werden.

<sup>5</sup> Gesetzesbegründung zum BauROG, BT-Drs. 13/6392, S. 51; Hoffmann, Fn., § 42 Rn. 8.

<sup>6</sup> Quaas/Kukk, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 12 Rn. 47, 37.

<sup>7</sup> Bielenberg/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Runkel, BauGB, Stand: 1/2011, § 42 Rn. 59 f.; Hoffmann, Fn., § 42 Rn. 8 f.

<sup>8</sup> Battis, Fn., § 42 Rn. 5; Hoffmann, Fn., § 42 Rn. 11.

<sup>9</sup> Bielenberg/Runkel, Fn., § 42 Rn. 86.

<sup>10</sup> Battis, Fn., § 42 Rn. 6.

<sup>11</sup> Bielenberg/Runkel, Fn., § 42 Rn. 89; Hoffmann, Fn., § 42 Rn. 18.

<sup>12</sup> BGH, NJW 1963, 1916 (1917); Bielenberg/Runkel, Fn., § 42 Rn. 89.

<sup>13</sup> Hoffmann, Fn., § 42 Rn. 19 f.

<sup>14</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drs. 7/2496, S. 55; Ausschuss, BT-Drs. 7/4793, S. 17 f., 39 f.

zung ausgeübt wird, also auch für die Wertminderung der Grundstücke, die bislang nicht bebaut sind.

Für den Umfang der Entschädigungspflicht der Gemeinde ist deshalb von zentraler Bedeutung, wann die 7-Jahres-Frist abläuft und damit auch, wann sie beginnt, mithin seit wann die Nutzung zulässig ist. Der Zeitpunkt des Beginns der Frist ist – insbesondere wenn sich die zulässige Nutzung nach § 34 BauGB oder § 35 BauGB richtet – für den Grundstückseigentümer mitunter nur schwer zu ermitteln; gleiches gilt etwa im Falle eines bestehenden Bebauungsplans (§ 30 BauGB) hinsichtlich des Vorliegens der Sicherung der Erschließung, denn diese ist Voraussetzung für eine zulässige Nutzung.<sup>15</sup> § 42 Abs. 10 BauGB sieht deshalb vor, dass die Gemeinde dem Eigentümer auf Verlangen unter anderem Auskunft darüber zu erteilen hat, wann die 7-Jahres-Frist abläuft. Eine fehlerhafte Auskunft kann zu Amtshaftungsansprüchen der Gemeinde (§ 839 BGB; Art. 34 GG) führen.<sup>16</sup>

§ 45 Abs. 5 bis 7 BauGB enthalten Ausnahmen von dem Grundsatz des § 42 Abs. 3 BauGB, dass nach Ablauf der 7-Jahres-Frist Eingriffe in eine nicht ausgeübte Nutzung von der Gemeinde nicht entschädigt zu werden brauchen. Der gemeinsame Gedanke dieser Vorschriften besteht darin, dass der Eigentümer, ohne dass ihm dies zuzurechnen ist, daran gehindert worden ist, eine zulässige Nutzung vor Ablauf der Frist ins Werk zu setzen. § 42 Abs. 5 BauGB bestimmt deshalb, dass sich die Entschädigung abweichend von § 42 Abs. 3 BauGB nach § 42 Abs. 2 BauGB bemisst, wenn der Eigentümer an der Verwirklichung eines der zulässigen Nutzung entsprechenden Vorhabens vor Ablauf der Frist durch eine Veränderungssperre (§ 14 BauGB) oder eine befristete Zurückstellung seines Vorhabens (§ 15 BauGB) gehindert worden ist und er das Vorhaben infolge der Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung des Grundstücks nicht mehr verwirklichen kann. § 42 Abs. 6 BauGB regelt ferner den Fall, dass vor Ablauf der Frist eine Baugenehmigung oder über die bodenrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens ein Vorbescheid erteilt worden ist und der Eigentümer das Vorhaben infolge der Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung des Grundstücks nach Ablauf der Frist nicht mehr verwirklichen kann oder die Verwirklichung dadurch für ihn wirtschaftlich unzumutbar geworden ist; in diesem Fall kann der Eigentümer in Höhe des Unterschieds zwischen dem Wert des Grundstücks unter Zugrundelegung der nach der Genehmigung vorgesehenen Nutzung und dem Wert des Grundstücks, der sich infolge der Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung ergibt, Ent-

schädigung verlangen. § 42 Abs. 7 Satz 1 BauGB stellt dem den Fall gleich, dass vor Ablauf der Frist ein Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung oder eines Vorbescheids, der die bodenrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens zum Gegenstand hat, rechtswidrig abgelehnt worden ist und nach dem Ergebnis eines Rechtsmittelverfahrens die Genehmigung oder der Vorbescheid mit dem beantragten Inhalt nicht erteilt werden kann, weil die im Zeitpunkt der Antragstellung zulässige Nutzung aufgehoben oder geändert worden ist. Gleiches gilt nach § 42 Abs. 7 Satz 2 BauGB, wenn über einen den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden und zu genehmigenden Bauantrag oder einen Vorbescheid nach Bauaufsichtsrecht, der die bodenrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens zum Gegenstand hat, innerhalb der Frist nicht entschieden wurde, obwohl der Antrag so rechtzeitig gestellt wurde, dass eine Genehmigung innerhalb der Frist hätte erteilt werden können. In allen diesen Fällen ist die Gemeinde aber nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn der Eigentümer bereit und in der Lage war, das beabsichtigte Vorhaben zu verwirklichen, wobei der Eigentümer die Tatsachen darzulegen hat, die seine Bereitschaft und Möglichkeiten, das Vorhaben zu verwirklichen, aufzeigen (§ 42 Abs. 8 BauGB). Schließlich räumt § 42 Abs. 9 BauGB dem Eigentümer unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch gegen die Gemeinde auf Übernahme seines Grundstücks ein. Das ist der Fall, wenn und soweit es ihm mit Rücksicht auf die Festsetzung oder Durchführung des Bebauungsplans wirtschaftlich nicht mehr zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten oder es in der bisherigen oder einer anderen zulässigen Art zu nutzen (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BauGB). Die Vorschrift des § 42 BauGB stellt – wie eingangs ausgeführt – die Generalklausel des Planungsschadensrechts dar. Sie wird verdrängt durch speziellere Vorschriften, zu denen die §§ 40 und 41 BauGB sowie § 39 BauGB gehören (dazu im Folgenden).

### Entschädigung im Falle von fremdnützigen Festsetzungen

Beispiel 2: Gemeinde G beabsichtigt, ihre Hauptstraße zu verschönern. Dazu soll beiderseits der Straße eine Allee angelegt werden. Sie beschließt deshalb einen Bebauungsplan, der die unmittelbar anliegenden Grundstücke auf einer Fläche von fünf Metern ab Straßenkante als Grünfläche ausweist. Daneben rückt die Gemeinde zur Sicherstellung eines einheitlichen Straßenbildes und zur Gewährleistung der Blickbeziehungen die bestehende Baugrenze um fünf Meter in Richtung Grundstücksmittle. § 40 BauGB enthält entschädigungs-

rechtliche Sondervorschriften zu § 42 BauGB für den Fall von ‚fremdnützigen‘ Festsetzungen im Bebauungsplan (vgl. § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB). § 40 Abs. 1 Satz 1 BauGB bestimmt dazu, dass sich die Entschädigung (nur) nach Maßgabe von § 40 Abs. 2 und 3 BauGB (und nicht auch nach § 42 BauGB) richtet, wenn die Gemeinde im Bebauungsplan etwa Flächen für den Gemeinbedarf sowie für Sport- und Spielanlagen (§ 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB), Flächen mit besonderem Nutzungszweck (Nr. 2), von der Bebauung freizuhalten Schutzflächen (Nr. 4), Verkehrsflächen (Nr. 5), Flächen für die Abfall- und Abwasserbeseitigung (Nr. 7), Grünflächen (Nr. 8) oder von der Bebauung freizuhalten Flächen (Nr. 12) festsetzt. § 40 Abs. 1 Satz 2 BauGB schließt aber eine Entschädigungspflicht der Gemeinden unter anderem für Festsetzungen nach Nr. 4 und 12 aus, wenn die Festsetzungen den Interessen des Eigentümers dienen. Liegen die Festsetzungen – wie häufig – nicht in seinem Interesse, so kann er von der Gemeinde die Übernahme der Flächen verlangen, wenn und soweit es ihm mit Rücksicht auf die Festsetzung oder Durchführung des Bebauungsplans wirtschaftlich nicht mehr zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten oder es in der bisherigen oder einer anderen zulässigen Art zu nutzen (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BauGB). Die Festsetzungsschäden sind danach vorrangig durch Übernahme der belasteten Flächen durch die Gemeinde zu entschädigen.<sup>17</sup> Der Eigentümer kann also im Falle der genannten (fremdnützigen) Festsetzungen, will er eine Entschädigung haben, sein Grundstück nicht behalten (wie dies bei § 42 BauGB grundsätzlich der Fall ist), sondern er muss sein Grundstück an die Gemeinde abgeben.<sup>18</sup> Er steht also vor der Wahl, sich von seinem Grundstück (gegen Entschädigung) zu trennen oder die beeinträchtigenden Wirkungen des Bebauungsplans (ohne Entschädigung) hinzunehmen.<sup>19</sup> Die Gewährung des Übernahmeanpruchs (und zugleich Beschränkung auf ihn) beruht auf dem Gedanken, dass die öffentliche Hand oder der sonstige Begünstigte zur Verwirklichung der fremdnützigen Festsetzungen in der

<sup>15</sup> Siehe auch Uechtritz, BauR 1983, 523 (525, 527 f.) unter Hinweis auf die mit der Ermittlung dieses Zeitpunkts in der Praxis verbundenen Schwierigkeiten.

<sup>16</sup> Dazu und zur nicht bestehenden Bindungswirkung der Auskunft Uechtritz, BauR 1983, 523 (528).

<sup>17</sup> Battis, Fn., § 40 Rn. 1.

<sup>18</sup> Zum Erbbauberechtigten siehe Hoffmann, Fn., § 41 Rn. 31 und § 200 Abs. 2 BauGB.

<sup>19</sup> Battis, Fn., § 40 Rn. 3.

Regel ohnehin das Eigentum erwerben muss und eine später u. U. erforderlich werdende Administrativenteignung vermieden wird; mit dem Übernahmeanspruch wird dem betroffenen Eigentümer die Möglichkeit eröffnet, selbst die Initiative zu einer enteignungsrechtlichen Lösung der infolge der fremdnützigen Festsetzung aufgetretenen Interessenkollision zu ergreifen, ohne die Einleitung eines Enteignungs- oder Umlegungsverfahrens durch die öffentliche Hand abwarten zu müssen.<sup>20</sup> Nach § 40 Abs. 2 Satz 2 BauGB kann der Eigentümer anstelle der Übernahme ausnahmsweise die Begründung von Miteigentum oder eines geeigneten Rechts (z. B. eine Dienstbarkeit, §§ 1018 ff. BGB) verlangen, wenn die Verwirklichung des Bebauungsplans nicht die Entziehung des Eigentums erfordert.

Im Beispiel 2 können die Eigentümer eine Entschädigung für Vermögensnachteile infolge der fremdnützigen Festsetzungen somit grundsätzlich nur verlangen, soweit ihnen dadurch – erstens – Vermögensnachteile entstehen, es ihnen – zweitens – nicht mehr zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten oder es in der bisherigen oder einer anderen zulässigen Art zu nutzen und wenn sie – drittens – die betroffenen Flächen der Gemeinde oder dem sonstigen, von den Festsetzungen Begünstigten überlassen.

Für die Entschädigungspflicht der Gemeinden nach § 40 BauGB ist es schließlich unerheblich, ob die Festsetzungen erstmals in dem Bebauungsplan erfolgen oder ob sie an die Stelle anderer, früherer Festsetzungen treten.<sup>21</sup>

### **Entschädigung bei Begründung von Geh-, Fahr- und Leitungsrechten sowie bei Bindungen für Bepflanzungen**

§ 41 BauGB enthält Sondervorschriften für die Entschädigung im Falle der Begründung von Geh-, Fahr- und Leitungsrechten (Absatz 1) sowie bei Bindungen für Bepflanzungen (Absatz 2). § 41 Abs. 1 Satz 1 BauGB bestimmt für den Fall, dass im Bebauungsplan Flächen festgesetzt sind, die mit Geh-, Fahr- und Leitungsrechten zu belasten sind (§ 9 Abs. 1 Nr. 21 BauGB), dass der Eigentümer unter den Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 BauGB (dazu vorstehend) verlangen kann, an diesen Flächen einschließlich der für die Leitungsführungen erforderlichen Schutzstreifen das Recht zugunsten des in § 44 Abs. 1 und 2 BauGB Bezeichneten zu begründen (was durch Dienstbarkeit gem. §§ 1018, 1090 BGB erfolgt). § 40 Abs. 2 BauGB sieht für den Fall, dass im Bebauungsplan Bindungen für Bepflanzungen und für die Erhaltung von Bäumen, Sträuchern, sonstigen Bepflanzungen und Gewässern sowie das Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen festgesetzt sind (§ 9

Abs. 1 Nr. 25 BauGB), vor, dass dem Eigentümer eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten ist, wenn und soweit infolge dieser Festsetzungen besondere Aufwendungen notwendig sind, die über das bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung erforderliche Maß hinausgehen, oder eine wesentliche Wertminderung des Grundstücks eintritt.

### **Entschädigung für Vorbereitungsmaßnahmen**

Beispiel 3: Unternehmer U beabsichtigt im Eingangsbeispiel, seine bislang unbebauten Grundstücke einer gewerblichen Nutzung zuzuführen. Er hat dazu einen Architekten mit der Ausarbeitung der Planungen beauftragt.

§ 39 BauGB enthält eine Sondervorschrift gegenüber § 42 BauGB für die Erstattung von Vertrauensschäden. Die Vorschrift bestimmt: Haben Eigentümer oder in Ausübung ihrer Nutzungsrechte sonstige Nutzungsberechtigte im berechtigten Vertrauen auf den Bestand eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans „Vorbereitungen für die Verwirklichung von Nutzungsmöglichkeiten“ getroffen, die sich aus dem Bebauungsplan ergeben, können sie angemessene Entschädigung in Geld verlangen, soweit die Aufwendungen durch die Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Bebauungsplans an Wert verlieren. Die Vorschrift schützt im Unterschied zu §§ 40 bis 42 BauGB keine Werte, die sich in der Substanz des Grundstücks niedergeschlagen haben, sondern Aufwendungen, aufgrund von Vorbereitungen zur Verwirklichung eines bestehenden Bebauungsplans.<sup>22</sup> Zu entschädigen sind danach unter anderem Architektenhonorare<sup>23</sup>, ferner z. B. Kosten für Grundstücksteilungen, -vermessungen, Bodenuntersuchungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen, Bau- und Finanzierungskosten (einschließlich Bereitstellungsziinsen, Baugenehmigungsgebühren, Schadensersatzzahlungen wegen Auftragsannullierung etc.)<sup>24</sup>. Nicht erfasst wird demgegenüber der zum Erwerb des Grundstücks aufgewandte Kaufpreis.<sup>25</sup>

§ 39 BauGB schützt nur das „Vertrauen auf den Bestand eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans“ (Satz 1), nicht aber das Vertrauen auf den Fortbestand einer gesetzlichen Bodennutzbarkeit nach § 34 BauGB oder § 35 BauGB.<sup>26</sup> Das Vertrauen muss zudem „berechtigt“ sein; dies ist nicht der Fall, wenn der Nutzungsberechtigte die rechtlichen oder tatsächlichen Umstände, die den Bestand der Festsetzungen ernsthaft in Frage stellen, kennt oder kennen musste, etwa wenn die Gemeinde durch öffentliche Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses (§ 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB) oder die Durchführung der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 3 Abs. 1 BauGB) das Bebauungsplanverfahren eingeleitet hat.<sup>27</sup>

Zur Entschädigung berechtigt sind nicht nur der Eigentümer und dingliche Nutzungsberechtigte (z. B. Inhaber eines Erbbaurechts), sondern auch private Nutzungsberechtigte (z. B. Mieter und Pächter).<sup>28</sup>

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die 7-Jahres-Frist des § 42 BauGB für § 39 BauGB nicht gilt.<sup>29</sup> D. h. die Gemeinde muss den Vertrauensschaden auch dann ersetzen, wenn sie einen bestehenden Bebauungsplan nach Ablauf dieser Frist ändert oder aufhebt.

### **Erlöschen der Entschädigungsansprüche**

Nach § 44 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 BauGB erlöschen die Entschädigungsansprüche, wenn nicht innerhalb von drei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die in §§ 39 bis 42 BauGB bezeichneten Vermögensnachteile eingetreten sind, die Fälligkeit des Anspruchs herbeigeführt wird. Nach § 44 Abs. 3 Satz 2 BauGB wird die Fälligkeit dadurch herbeigeführt, dass der Entschädigungsberechtigte die Leistung der Entschädigung schriftlich beim Entschädigungspflichtigen beantragt. Die Gemeinde muss hierauf in der Bekanntmachung des Beschlusses des Bebauungsplans (§ 10 Abs. 3 BauGB) hinweisen (§ 44 Abs. 5 BauGB); andernfalls beginnt die Erlöschensfrist nicht zu laufen.<sup>30</sup>

### **Entschädigungspflichtiger**

Zur Entschädigung ist nach § 44 Abs. 1 Satz 1 BauGB der „Begünstigte“ verpflichtet, wenn er mit der Festsetzung zu seinen Gunsten einverstanden ist.<sup>31</sup> Ist ein Begünstigter nicht bestimmt oder liegt sein Einverständnis nicht vor, ist die Gemeinde zur Entschädigung verpflichtet (§ 44 Abs. 1 Satz 2 BauGB). An der Bestimmung eines Begünstigten fehlt es regelmäßig in den Fällen des § 42 BauGB und des § 41 Abs. 2 BauGB sowie bei heteronomen Festsetzungen nach § 40 Abs.

<sup>20</sup> BGHZ 50, 93 (97); 93, 165 (168); NJW 1986, 2253 (2254).

<sup>21</sup> Vgl. BGHZ 50, 93 (94).

<sup>22</sup> Battis, Fn., § 39 Rn. 1.

<sup>23</sup> BT-Drs. 7/2496, S. 53.

<sup>24</sup> Battis, Fn., § 39 Rn. 3.

<sup>25</sup> BT-Drs. 7/2496, S. 53.

<sup>26</sup> H. M., siehe nur BVerwGE 122, 364 = NVwZ 2005, 578 (579); Deutsch, DVBl. 1995, 546 (551) m.w.N. und unter Hinweis auf § 246a Abs. 1 Nr. 9 BauGB a. F.; Battis, Fn., § 39 Rn. 7; Hoffmann, Fn., § 39 Rn. 8 f., 10.

<sup>27</sup> Battis, Fn., § 39 Rn. 10; Hoffmann, Fn., § 39 Rn. 11, 17.

<sup>28</sup> Battis, Fn., § 39 Rn. 2.

<sup>29</sup> Battis, Fn., § 39 Rn. 4.

<sup>30</sup> Battis, Fn., § 44 Rn. 9.

<sup>31</sup> Zur Entschädigungspflicht des Eigentümers, wenn die Festsetzung der Beseitigung oder Minderung von Auswirkungen dient, die von der Nutzung eines Grundstücks ausgehen, § 44 Abs. 2 BauGB.

1 (z. B. Nr. 1, 2, 5, 7 und 8) BauGB und § 42 Abs. 1 BauGB.<sup>32</sup> Die Gemeinde ist schließlich auch dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn der (von der Gemeinde verschiedene) Begünstigte seine Entschädigungsverpflichtung nicht erfüllt; die Gemeinde hat dann jedoch einen Ersatzanspruch gegen diesen (§ 44 Abs. 1 Satz 3 BauGB).

### Verhältnis des Planungsschadensrechts zur Bebauungsplanaufstellung

Das Planungsschadensrecht entbindet die Gemeinde nicht davon, die Belange der von den geplanten Festsetzungen des Bebauungsplans betroffenen Eigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die planerische Abwägung einzustellen. Dies gilt unabhängig davon, ob nach den §§ 39 ff. BauGB Entschädigungsansprüche bestehen oder – etwa weil die 7-jährige Plangewährleistungsfrist nach § 42 Abs. 2 und 3 BauGB abgelaufen ist – nicht bestehen.<sup>33</sup> Hier werden in der Praxis häufig Fehler gemacht, indem die Eigentumsinteressen (Art. 14 Abs. 1 GG) nicht oder nicht mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Abwägung eingestellt werden.<sup>34</sup> Je schwerwiegender die Eigentumsinteressen durch die Planung berührt werden, umso stärkeres Gewicht muss ihnen im Rahmen der Abwägung zukommen; eine hohe Bedeutung kommt den Eigentumsinteressen insbesondere dann zu, wenn sich der Entzug der baulichen Nutzungsmöglichkeiten durch den Bebauungsplan für den Betroffenen wie eine (Teil) Enteignung auswirken kann.<sup>35</sup>

Diese Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Abwägung folgt zum einen schon aus § 1 Abs. 7 BauGB. Danach hat die Gemeinde bei der Aufstellung der Bebauungspläne die öffentlichen und privaten Belange – wozu selbstverständlich auch die Eigentumsinteressen gehören – gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Nach § 1 Abs. 8 BauGB gilt dies auch für die Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bebauungsplänen. Die Verpflichtung zur Berücksichtigung der Eigentumsinteressen ist zum anderen auch ein Gebot des Verfassungsrechts. Sie ergibt sich aus dem Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG. Zum Schutzbereich dieses Grund-

rechts gehört auch die – etwa durch Bebauungspläne festgelegte – bauliche Nutzbarkeit eines Grundstücks. Das hat nach dem Bundesverfassungsgericht<sup>36</sup> zur Folge, dass der durch das Inkrafttreten eines Bebauungsplans unmittelbar bewirkte Wegfall der Bebaubarkeit eines Grundstücks zugleich direkte Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Eigentümers hat, so dass Festsetzungen des Bebauungsplans „den Grundstückseigentümer unmittelbar in seinem grundrechtlich geschützten Rechtskreis betreffen“, da seine Dispositionsbefugnis durch sie „unmittelbar eingeschränkt“ wird. Dabei ist von Bedeutung, dass die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nach dem Bundesverfassungsgericht<sup>37</sup> in erster Linie eine Bestands- und nicht nur eine Wertgarantie ist. Die Bestandsgarantie hat „nicht in erster Linie die Aufgabe ... die entschädigungslose Wegnahme von Eigentum zu verhindern, sondern den Bestand des Eigentums in der Hand des Eigentümers zu sichern“. Daraus folgert das Bundesverfassungsgericht<sup>38</sup>, dass in erster Linie Vorkehrungen getroffen werden müssen, die „eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden und die Privatnützigkeit des Eigentums so weit wie möglich erhalten“. Deshalb ist es verfassungsrechtlich geboten, die Eigentumsinteressen in die planerische Abwägungsentscheidung einzustellen und mit dem gebotenen Gewicht zu berücksichtigen. Andernfalls leidet der Bebauungsplan an einem in aller Regel beachtlichen (Abwägungs-)Fehler und kann auf Antrag eines Betroffenen im Wege der Normenkontrolle (§ 47 VwGO) vom Verwaltungsgerichtshof für unwirksam erklärt werden.

In diesem Zusammenhang ist abschließend noch darauf hinzuweisen, dass das Planungsschadensrecht gerade an rechtmäßige (oder zumindest nach §§ 214; 215 BauGB „geheilte“) Bebauungspläne anknüpft<sup>39</sup>, was insbesondere die Einhaltung des Abwägungsgebots voraussetzt. Ein Bebauungsplan, der gegen das Abwägungsgebot verstößt, ist rechtswidrig und kann ggf. zu Amtshaftungsansprüchen der von der Planung Betroffenen gegen die Gemeinde führen.<sup>40</sup>

### Fazit

Gemeinden haben Bebauungspläne

aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB). Ihnen muss es daher möglich sein, sich wandelnden örtlichen Verhältnissen und neuen planerischen Zielsetzungen Rechnung zu tragen, indem sie durch Bebauungspläne die Zulässigkeit von Nutzungen ändern oder gar aufheben. Zugleich ist jedoch das Vertrauen der Bürger in den planerischen Bestand zu schützen, der Inhalt und Schranken des Grundeigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) ausgestaltet. Das Planungsschadensrecht (§§ 39 bis 44 BauGB) trifft einen Ausgleich dieser sich gegenüberstehenden Interessen, indem es Grundstückseigentümern und sonstigen Nutzungsberechtigten unter bestimmten Voraussetzungen Entschädigungsansprüche gegen die den Bebauungsplan aufstellende Gemeinde gewährt. Davon unabhängig ist die planende Gemeinde gehalten, die Eigentumsinteressen mit dem ihnen zukommenden Gewicht bei ihrer Planung zu berücksichtigen.

<sup>32</sup> Battis, Fn., § 44 Rn. 2; Breuer, Fn., § 44 Rn. 5.

<sup>33</sup> Allgemeine Meinung, siehe nur VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18. 11. 2010, Az.: 5 S 782/09, Rn. 27 ff. (30) des Juris-Dokuments; Uechtritz, BauR 1983, 523 (529); Battis, Fn., § 42 Rn. 3.

<sup>34</sup> So wäre es fehlerhaft, wenn die Gemeinde die Eigentumsinteressen nicht in die Abwägung einstellen würde, mit dem Argument, dem Grundstückseigentümer stünden ja Entschädigungsansprüche nach §§ 39 ff. BauGB zu. Ebenso wäre es fehlerhaft, wenn die Gemeinde die Eigentumsinteressen unter Verweis darauf, dass die 7-Jahres-Frist abgelaufen ist, per se geringer gewichten würde, siehe Uechtritz, BauR 1983, 523 (529). – Infolge der Planung entstehende Entschädigungsansprüche sind jedoch als öffentlicher Belang in die Abwägung einzustellen; so ist die Absicht der Gemeinde, so zu planen, dass solche Ansprüche vermieden werden, zulässig, vgl. VG Sigmaringen, NJOZ 2006, 828 (834).

<sup>35</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ 1999, 979 (980) – Götzenparktum-Entscheidung.

<sup>36</sup> BVerfGE 70, 35 – Bebauungsplan-Entscheidung.

<sup>37</sup> BVerfGE 24, 367 – Hamburger Deichordnungsgesetz.

<sup>38</sup> NVwZ 2003, 727, 728 m.w.N.

<sup>39</sup> Battis, Fn., § 39 Rn. 5; § 40 Rn. 5; allgemein auch § 42 Rn. 3.

<sup>40</sup> Vgl. Battis, Fn., § 39 Rn. 6 m.w.N.

## Aus der Rechtsprechung

GG Art. 28 Abs. 2 Satz 1, HGO n.F. § 121

**Kommunale Selbstverwaltung; Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises; materielle Privatisierung; Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes**

**Leitsatz:**

Aus der bundesverfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung folgt, dass sich eine Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung der Angelegenheiten

der örtlichen Gemeinschaft nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben darf. Eine materielle Privatisierung eines kulturell, sozial und traditionsmäßig bedeutsamen Weihnachtsmarktes, der bisher in

**alleiniger kommunaler Verantwortung betrieben wurde, widerspricht dem. Eine Gemeinde kann sich nicht ihrer hierfür bestehenden Aufgabenverantwortung entziehen. Ihr obliegt vielmehr auch die Sicherung und Wahrung ihres Aufgabenbereichs, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu gewährleisten.**

**Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Mai 2009, BVerwG 8 C 10/08**

#### **Gründe:**

##### **I.**

Der Kläger, Inhaber eines Imbissstandes, den er im März 2004 von einem anderen Marktbeschicker erwarb, wendet sich mit einer Feststellungsklage gegen die 1997 erfolgte „Privatisierung“ eines Weihnachtsmarktes.

Die beklagte Stadt hatte bis zu diesem Zeitpunkt über Jahrzehnte den Weihnachtsmarkt selbst veranstaltet. 1996 beschloss die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten, den Magistrat der Stadt zu beauftragen, die Vergabe des Weihnachtsmarktes ab 1997 an einen Dritten vorzubereiten. Die abschließende Auswahl sollte durch den Magistrat erfolgen unter der Maßgabe, dass der Einfluss des Magistrats auf die Gestaltung des Weihnachtsmarktes sicherzustellen sei.

Nach Durchführung verschiedener Bewerbungsgespräche übertrug der Magistrat der Beklagten die Vergabe des Weihnachtsmarktes an den Beigeladenen zu 1 mit Vertrag vom 26. September 1997. Noch am Tage des Vertragsschlusses übertrug der Beigeladene zu 1, ein Verein mit ca. 100 Mitgliedern, die schwerpunktmäßig aus dem Kreise des örtlichen Einzelhandels stammen, der Beigeladenen zu 2 vertraglich die Ausrichtung des Weihnachtsmarktes. Der Vertrag sah u.a. vor, dass die Beigeladene zu 2 den Weihnachtsmarkt zu den in dem mit der Beklagten geschlossenen Vertrag enthaltenen Bedingungen organisieren und durchführen müsse. Die Beigeladene zu 2 zahlte an den Beigeladenen zu 1 pro Weihnachtsmarkt einen Betrag von 5 000 DM. In der Folgezeit verpflichtete die Beigeladene zu 2 die von ihr ausgewählten Marktbeschicker u.a. dazu, bestimmte Waren in den Ständen zu vermarkten.

Der 1997 zwischen dem Beigeladenen zu 1 und der Beklagten geschlossene Vertrag sah u.a. vor, dass der private Betreiber in eigener Verantwortung, für eigene Rechnung und unabhängig von Einzelfallanweisungen der Beklagten tätig sein soll. Die Übertragung geschah zunächst für einen Zeitraum von zwei Jahren. Zum Umfang der Übertragung ist geregelt, dass der Betreiber in eigener Verantwortung die Auswahl der Marktbeschicker, die Markt-

ordnung und die Werbung und Marktdurchführung übernimmt. 2002 ist der Zeitraum für die Ausrichtung des Weihnachtsmarktes um weitere sieben Jahre verlängert worden. Weiterhin wurde eine automatische Verlängerung des Vertrages um jeweils ein weiteres Jahr vereinbart, sofern nicht eine Kündigung mit einer 12-monatigen Frist zum jeweiligen Vertragsende erfolgt.

Im April 2006 schlossen die Beklagte und die Beigeladenen zu 1 und 2 eine Änderungsvereinbarung, wonach nunmehr die Auswahl der Weihnachtsmarktbeschicker durch die Betreiberin in eigener Verantwortung auf der Grundlage eines öffentlichen Bewerbungsverfahrens unter privatrechtlichen Grundsätzen erfolge. In diesem Vertrag ist zugleich das Ausscheiden des Beigeladenen zu 1 aus dem bisherigen Vertrag vereinbart worden.

Mit einem am 2. und 26. März 2009 geschlossenen Vertrag über die Sondernutzung von Flächen in der Fußgängerzone zur Durchführung eines Weihnachtsmarktes wurde nunmehr nach Kündigung des vorausgegangenen Vertragsverhältnisses bestimmt, dass die Stadt der Beigeladenen zu 2 die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis für Flächen in der Fußgängerzone zur Durchführung eines Weihnachtsmarktes in den Jahren 2009 bis 2011 zusichert.

Für den 2004 veranstalteten Weihnachtsmarkt erstritt der Kläger eine Zulassung durch die Beigeladene zu 2 mit Hilfe eines einstweiligen Verfügungsverfahrens. Im September 2005 hat der Kläger beim Verwaltungsgericht Klage erhoben. Zu ihrer Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, verbindliche Entscheidungen über Zulassungsanträge von Bewerbern hinsichtlich der Vergabe von Standplätzen auf dem Weihnachtsmarkt durch die Beigeladene zu 2 treffen zu lassen. Es sei auch nicht zulässig, über die Zulassung zu vormaligen öffentlichen Einrichtungen, die für bestimmte Zwecke gewidmet seien, nunmehr Privatrechtssubjekte entscheiden zu lassen. Die Stadt sei vielmehr gehalten, diese Entscheidung selbst zu treffen. Bei den Geschäftsführern der Beigeladenen zu 2 handele es sich um befangene Konkurrenten des Klägers, weshalb die Übertragung der Zulassungsentscheidung ermessensfehlerhaft sei. Die geschäftsführenden Gesellschafter der Beigeladenen zu 2 seien persönlich involviert, da sie selbst Beschicker bzw. Dienstleister des Weihnachtsmarktes seien.

Nach Abweisung der Klage durch das Verwaltungsgericht hat der Kläger Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Feststellungsklage sei unbegründet, da der Beklagten kein Ent-

scheidungsrecht bezüglich der Zulassung von Marktbeschickern oder deren Ausschluss zustehe. Infolge der Übertragung der Durchführung des Marktes auf den Beigeladenen zu 1 sei der Weihnachtsmarkt keine öffentliche Einrichtung mehr. Das Berufungsgericht hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen, da bisher weder durch das Bundesverwaltungsgericht noch durch die Rechtsprechung anderer Oberverwaltungsgerichte geklärt sei, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Privatisierung bisheriger öffentlicher Einrichtungen von Gemeinden zulässig sei.

##### **II.**

Die Revision ist zulässig und mit dem Ergebnis der Zurückverweisung begründet. Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs beruht auf der Verletzung von Bundesrecht, § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Die entscheidungstragende Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs, die Beklagte sei rechtlich nicht gehindert gewesen, die Veranstaltung des traditionellen Weihnachtsmarktes vollständig an Private zu übertragen und sich der Möglichkeit jeder Einflussnahme auf das Marktgeschehen zu begeben, entspricht nicht der Rechtslage.

1. Mit dem Verwaltungsgerichtshof ist davon auszugehen, dass die vorliegende Feststellungsklage zulässig ist. Der Kläger hat ein Interesse an der begehrten Feststellung. Hierzu genügt jedes nach Sachlage anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art (stRspr; vgl. nur Beschluss vom 4. März 1976 BVerwG 1 WB 54.74 BVerwGE 53, 134 <137>).

Es besteht auch die notwendige Klagebefugnis beim Kläger. Über das in § 43 Abs. 1 VwGO geforderte berechtigte Interesse an der begehrten Feststellung hinaus ist nach ständiger Rechtsprechung § 42 Abs. 2 VwGO entsprechend anzuwenden (BVerfG, Beschluss vom 5. November 1986 1 BvR 706/85 BVerfGE 74, 1 <4>; BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1996 BVerwG 8 C 19.94 BVerwGE 100, 262 <264> = NJW 1996, 2046 <2048>). Eine Feststellungsklage ist damit nur zulässig, wenn der Kläger geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein, entweder weil er an dem feststellenden Rechtsverhältnis selbst beteiligt ist oder weil von dem Rechtsverhältnis eigene Rechte abhängen. Im vorliegenden Fall erscheint es aber nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise als unmöglich, dass dem Kläger ohne die seinerseits angegriffene Übertragung der Vergabe im Jahre 1997 ein Anspruch gegen die Beklagte auf Zulassung zu dem genannten Weihnachtsmarkt zustehen könnte. Bei Rechtswidrigkeit der von ihm gerügten Privatisierung kann ihm ein An-

spruch auf Zulassung zur Nutzung öffentlicher Einrichtungen der Gemeinde eröffnet sein.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat bei seiner Sachentscheidung die bundesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nicht hinreichend beachtet. Gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG haben die Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Den Gemeinden ist damit durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ein grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassender Aufgabenbereich zugesichert und damit auch die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte in diesem Bereich (BVerfG, Beschluss vom 23. November 1988 2 BvR 1619/83 u.a. BVerfGE 79, 127 <142>; auch Urteil des Senats vom 25. Januar 2006 BVerwG 8 C 13.05 BVerwGE 125, 68 <72> = Buchholz 415.1 Allg. KommunalR Nr. 156). Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind nach ständiger Rechtsprechung dabei diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben. Sie sind den Gemeindegewohnern gemeinsam, indem sie das Zusammenleben und das Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betreffen. Auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an (BVerfG, Beschluss vom 23. November 1988 2 BvR 1619/83 u.a. a.a.O. <148>). Der bundesrechtliche Rechtsbegriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist dabei kein inhaltsloser disponibler Begriff, sondern er ist vom Sinne der grundgesetzlichen Selbstverwaltungsgarantie her zu verstehen und auch zu interpretieren (vgl. Püttner, Kommunale Selbstverwaltung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, S. 1151).

Die Gemeinden sind infolge der Selbstverwaltungsgarantie nicht nur vor Eingriffen durch den Bund und die Länder in dem Kernbestand ihres Aufgabenbereichs geschützt, sondern aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich auch eine Bindung der Gemeinden hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieses Bestandes und damit die grundsätzliche Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes, wenn dieser in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt.

Auf die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung bezogene inhaltliche Vorgaben des Gesetzgebers bedürfen eines rechtfertigenden Grundes, etwa um eine ordnungsgemäße Erledigung sicherzustellen. Diese Vorgaben müssen beschränkt bleiben „auf dasjenige, was der Gesetz-

geber zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs für erforderlich halten kann, wobei er angesichts der unterschiedlichen Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur der Gemeinden typisieren darf und auch im Übrigen einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hat“ (BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 1991 2 BvL 24/84 BVerfGE 83, 363 <382 f.>). Dementsprechend hat der Gesetzgeber in § 19 Abs. 1 HGO festgelegt, dass die Gemeinde die Aufgabe hat, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen Einrichtungen bereitzustellen. Die Einwohner der Gemeinden sind im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen, und verpflichtet, die Gemeindelasten zu tragen, § 20 Abs. 1 HGO. Die gesetzliche Regelung in Hessen trägt somit den Anforderungen, die sich aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergeben, Rechnung.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht es nicht im freien Ermessen einer Gemeinde, „freie Selbstverwaltungsangelegenheiten“ zu übernehmen oder sich auch jeder Zeit wieder dieser Aufgaben zu entledigen. Gehören Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so darf sich die Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung dieses örtlichen Wirkungskreises, der ausschließlich der Gemeinde, letztlich zum Wohle der Gemeindegewohnen, anvertraut ist, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Gemeinde steht es damit nicht grundsätzlich zu, sich ohne Weiteres der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entledigen. Andernfalls hätten es die Gemeinden selbst in der Hand, den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung durch Abstoßen oder Nichtwahrnehmung ihrer ureigenen Aufgaben auszuhöhlen. Um ein Unterlaufen des ihr anvertrauten Aufgabenbereichs zu verhindern, muss sich die Gemeinde grundsätzlich zumindest Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten vorbehalten, wenn sie die Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises anderen übertragen will. Sie kann sich damit nicht ihres genuinen Verantwortungsbereichs für die Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises entziehen. Will sie Dritte bei der Verwaltung bestimmter Bereiche ihres eigenen Aufgabenbereichs einschalten, die gerade das Zusammenleben und das Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betreffen, so muss sie ihren Einflussbereich über die Entscheidung etwa über die Zulassung im Grundsatz behalten. Der Gemeinde ist es verwehrt, gewissermaßen den Inhalt der Selbstverwaltungsaufgaben selbst zu

beschneiden oder an Dritte abzugeben. Geht es allein um eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, bei der von vornherein zweifelhaft sein kann, ob es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt, die das Zusammenleben und Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betrifft, so wird die Frage einer Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes anders zu beantworten sein, als wenn es sich um öffentliche Einrichtungen mit kulturellem, sozialen und traditionsbildenden Hintergrund handelt, die schon lange Zeit in der bisherigen kommunalen Alleinverantwortung lagen. Je länger die kommunale Verantwortung für derart geprägte öffentliche Einrichtungen dauerte, umso mehr ist die Gemeinde zu einer wirksamen Wahrnehmung dieser Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft verpflichtet. Eine Gemeinde kann sich damit nicht der Aufgabenverantwortung für die so geprägten eigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entziehen. Vielmehr obliegt ihr auch die Sicherung ihres Aufgabenbereichs, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und die effektive Wahrnehmung der ureigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sicherzustellen.

Aus dem Gebot der Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes der Gemeinden ergibt sich, dass eine vollständige Übertragung von Aufgaben besonderer sozialer, kultureller und traditioneller Prägung wie ein Weihnachtsmarkt, an Dritte nicht zulässig ist. In welcher Weise die Gemeinde ihren Einflussbereich auf die Wahrnehmung für derartige Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises sich vorbehält, etwa durch eine funktionale oder formelle Privatisierung ist dabei eine Frage ihres Ermessens. Die Gemeinde hat die Möglichkeit, durch die sog. „formelle Privatisierung“ bei der Veranstaltung etwa von Märkten, Messen, aber auch von Weihnachtsmärkten, die unmittelbare Veranstaltungszuständigkeit der Gemeinde einer kommunalen Eigengesellschaft zu übertragen. Die Verantwortlichkeit der Gemeinde für die Angelegenheit des örtlichen Wirkungskreises bleibt damit vollständig erhalten.

Weiterhin ist der Gemeinde die Möglichkeit einer sog. „funktionellen Privatisierung“ eröffnet. Dabei kommt es zu einem Zusammenwirken von Privatrechtsträgern und der Gemeinde, so etwa in Form von Betreiber- und Betriebsführungsmodellen. Die Gemeinde kann etwa einen privaten Unternehmer als Erfüllungsgehilfen im sog. Submissionsmodell mit der Durchführung der Veranstaltung in ihrem Namen betrauen. Damit bleibt die Gemeinde aber in rechtlicher Hinsicht der Veranstalter des Marktes. Ebenso kann

das sog. Konzessionsmodell zugrunde gelegt werden, wonach eine öffentliche Einrichtung verpachtet werden und die Wahrnehmung an private Unternehmer weitergegeben werden kann. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Rechtspflichten der Gemeinden gegenüber Beschickern, Besuchern und Dritten fortbestehen müssen. Die Gemeinde muss sich in diesem Fall jedenfalls Kontroll- und Einwirkungsrechte vorbehalten.

Die Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Charakter gehört zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang übersehen, dass bei der Veranstaltung eines solchen Marktes keine vorrangige wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde vorliegt und deshalb auch die Subsidiaritätsbestimmung des Landesrechts zur Bevorzugung privater Wahrnehmung von wirtschaftlicher Tätigkeit nicht eingreift. Denn bei einem Weihnachtsmarkt mit dem umschriebenen Charakter treten die wirtschaftlichen Belange eindeutig zurück. Seine Würdigung allein aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten verkennt das Vorliegen der sozialen, kulturellen und traditionellen, gemeinschaftsbezogenen Gemeinwohlbelange, das örtliche Zusammengehörigkeitsgefühl unter den Gemeindebürgern, die Wahrung von Tradition und religiösen und historischen ortsbezogenen Gebräuchen. Eine Reduzierung dieser gemeinwohlorientierten Belange auf eine wirtschaftliche Betätigung im Zusammenhang mit der Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes verkennt den Begriff der Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises.

Es wird zudem übersehen, dass die Gerichte seit jeher bei der Ausrichtung von traditionellen und traditionsbildenden Volksfesten und Weihnachtsmärkten den Charakter der freien Selbstverwaltungsaufgabe und der Daseinsvorsorge hervorgehoben haben (BayVGH, Urteil vom 23. März 1988 4 B 86.02336 GewArch 1988, 245). Die sozialen Gesichtspunkte wie Veranstaltung von Altenachmittagen, das Auftreten von Musikkapellen und das Bestehen von Kindernachmittagen spielen bei derartigen Veranstaltungen eine erhebliche Rolle (vgl. BayVGH, a.a.O. S. 246). Es ist auch seit Langem anerkannt, dass für einen traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarkt mit kommunalpolitischer Relevanz das Besucherinteresse, vertraute und beliebte Darbietungen aus früheren Veranstaltungen wieder zu finden und den Kontakt mit den Bürgern untereinander sicherzustellen, eine wesentliche Rolle spielt (vgl. BayVGH, Urteil vom 3. März 1980 22.B 1297/79 GewArch 1980, 299). Die Entledigung von Aufgaben wie traditions-

reichen, kulturellen und sozialen Weihnachtsmärkten, die zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehören, führt damit inhaltlich zu einer unzulässigen Selbstbeschränkung der kommunalen Selbstverwaltung. Zu Recht wird in der Literatur (vgl. Gröpl, Privatisierung von Messen, Märkten und Volksfesten, GewArch 1995, 367 <370 f. >) darauf hingewiesen, dass bei einer privaten Veranstaltung von sozial, kulturell und traditionsgeprägten Weihnachtsmärkten mit einer erhöhten Gewinnerzielung der privaten Veranstalter zu rechnen ist und deshalb die Standvergütungen von den Beschickern erhöht und auf die Besucher umgelegt werden. Ein erhöhtes Preisniveau schließt aber gerade sozialschwächere Gemeindeeinwohner vom Marktgeschehen aus, erschwert die gesellschaftliche Kommunikation im örtlichen Bereich und trägt darüber hinaus zur Kommerzialisierung des gesamten kommunalen Lebens mit bei.

Zusammenfassend folgt somit aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auch eine Pflicht der Gemeinde zur grundsätzlichen Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes, der zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehört. Zu diesem Bestand gehört auch die Veranstaltung eines traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarktes mit kommunalpolitischer Relevanz, der zugleich das Besucherinteresse an vertrauten und beliebten Darbietungen aus früheren Veranstaltungen beachtet und zur Förderung der Kontakte der Gemeindebürger untereinander beiträgt, bei dem damit soziale und kulturelle Gesichtspunkte prägend sind. Der Gemeinde ist es bei einem derartigen Aufgabenbereich verwehrt, sich der Verantwortung für die Durchführung von Veranstaltungen dieser Art endgültig zu entledigen. Sie muss sich Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten zu einer dem Wohl der Gemeindeeinwohner verpflichteten Durchführung von traditionellen Weihnachtsmärkten vorbehalten. Wie wichtig ein derartiger neutraler, „unbefangener“, auch einen fairen Wettbewerb sichernder Einfluss des Hoheitsträgers ist, zeigt gerade der vorliegende Fall, bei dem die „Befangenheit“ der Marktveranstalter im Verhältnis zu den Marktbeschickern offensichtlich ist, wovon auch der Verwaltungsgerichtshof ausgeht. Auch ein weiterer fallbezogener Umstand zeigt die Notwendigkeit des Bestehens einer Steuerungsmöglichkeit durch die Gemeinde selbst. Die Durchführung des Weihnachtsmarktes wurde ursprünglich dem Beigeladenen zu 1 übertragen, der dann seinerseits noch am Tage des Vertragsschlusses die Beigeladene zu 2 als Veranstalter einschaltete, ohne dass die Gemeinde als Träger des Vergabeverfahrens Einfluss auf diese Weiterleitung hatte.

3. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO). Nach Ergehen des Berufungsurteils sind verschiedene andere vertragliche Veränderungen eingetreten, deren Auswirkungen auf den vorliegenden Fall das Berufungsgericht auch in tatsächlicher Hinsicht noch zu überprüfen hat. Mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen im Berufungsurteil kann der Senat nicht entscheiden, ob hier eine zulässige Privatisierung vorliegen kann. Diese Prüfung wird der Verwaltungsgerichtshof anhand der oben genannten Kriterien nachholen müssen. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Übrigen nicht die zum Zeitpunkt seiner Urteilsfindung bereits vorliegende Vereinbarung vom 6. April 2006/30. März 2006 gewürdigt. Ferner wird der Verwaltungsgerichtshof den Vertrag über die Sondernutzung von Flächen in der Offenbacher Fußgängerzone zur Durchführung des Weihnachtsmarktes vom 2./26. März 2009 in seine Überlegungen einzubeziehen haben.

#### **Urteilsanmerkung zu BVerwG 8 C 10-08 Grundsatzurteil zu den Voraussetzungen einer Privatisierung öffentlicher Einrichtungen durch eine Gemeinde**

Timm Fuchs, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Berlin

Das Bundesverwaltungsgericht kommt in einer für die Kommunen sehr bedeutsamen Grundsatzentscheidung zu dem Ergebnis, dass sich eine Gemeinde im Interesse der wirksamen Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume entledigen darf. Der vom Gericht entschiedene Fall betrifft einen traditionell in einer Gemeinde durchgeführten Weihnachtsmarkt, den diese zunächst Jahrzehnte lang selbst veranstaltete und die Durchführung dann vollständig auf einen Privaten übertrug. Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, dass es nicht im freien Ermessen der Gemeinde stehe, sich ihrer Aufgabenverantwortung für „freie Selbstverwaltungsangelegenheiten“ zu entziehen. Aus der grundgesetzlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung folgt das Gericht, dass der Gemeinde die Sicherung und Wahrung ihres Aufgabenbereichs obliegt. Deshalb müsse sich die Gemeinde Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten vorbehalten.

Das Urteil ist für Kommunen von hoher Relevanz. Die vollständige Reichweite und Auswirkungen der kürzlich veröffentlichten Entscheidung sind derzeit noch nicht absehbar. Zu erwarten ist allerdings, dass die Entscheidung Einfluss in folgenden Gebieten haben wird:

- **Verfassungsrechtlich:** In dem das Schutzrecht der Kommunen aus Art. 28

Abs. 2 S. 1 GG als ein Schutzrecht der örtlichen Gemeinschaft interpretiert wird, werden kommunale Handlungsspielräume eingeengt. Dies betrifft die Handlungsspielräume für Entscheidungen des Rates, dem unter den beschriebenen Umständen die Option für eine materielle Aufgabenprivatisierung verwehrt ist. Diesbezüglich wirft das Urteil die Frage auf, was im Bereich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch die demokratisch legitimierten Vertreter künftig noch entschieden werden kann und für was hingegen bereits der verfassungsrechtlich garantierte Aufgabenbestandschutz der örtlichen Gemeinschaft gilt. Dies kann kommunale Handlungsspielräume gerade mit Blick auf die Übernahme neuer Aufgaben erheblich beschneiden und sich so im Ergebnis zulasten der örtlichen Gemeinschaft und der lokalen Demokratie auswirken.

- **Finanzpolitisch:** In dem die Gemeinde sich der Aufgabenverantwortung in den jeweils geschützten Bereichen nicht durch eine materielle Privatisierung entledigen kann, bleibt die finanzielle Verantwortung für die Aufgabenwahrnehmung letztlich bei der Gemeinde. Dies kann finanzielle Handlungsspielräume je nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Aufgaben z. T. erheblich einengen.

- **Für die ordnungspolitische Diskussion** liefert das Urteil neue Kriterien für die Abgrenzung privater und staatlicher Aufgabenverantwortung und -wahrnehmung. Neu ist dabei die Differenzierung zwischen der wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Diese Differenzierung ist kritisch zu hinterfragen, da zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch die Infrastrukturverantwortung gehört, die sich mit der wirtschaftlichen Betätigung überschneiden kann.

- **In rechtlicher Hinsicht** müssen Kommunen damit rechnen, dass Privatisierungsentscheidungen wie im vorliegenden Fall von privaten Dritten gerichtlich angegriffen und letztlich verhindert werden können. Der Kläger kann damit nachträglich einen Anspruch auf Zulassung zur Nutzung (vormals) öffentlicher Einrichtungen verlangen.

**GG Art. 105 Abs. 2a, VwGO § 137 Abs. 1 Nr. 1, BGB § 164 Abs. 1, §§ 181, 1030 Abs. 1, 1036**

**Aufwandsteuer, Zweitwohnungsteuer, persönlicher Lebensbedarf, Nießbrauchsrecht, Verfügungsbefugnis**

#### **Leitsätze:**

1. Ein nach Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG steuerbarer Aufwand für eine Zweitwohnung liegt nur dann vor, wenn der Steuerpflichtige die weitere Wohnung innehat. Dies setzt voraus, dass er für eine gewisse Dauer rechtlich gesichert über deren Nutzung verfügen kann. Die rein tatsächliche Möglichkeit der Nutzung genügt nicht.

2. Bestellt der Eigentümer einer Wohnung an dieser ein Nießbrauchsrecht, ist Inhaber der Wohnung der Nießbrauchsberechtigter.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Mai 2009, Az.: BVerwG 9 C 8.08

Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 22. Juni 2007 wird aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 27. Juli 2006 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens.

#### **Zum Sachverhalt:**

Der Kläger wendet sich gegen die Festsetzung von Zweitwohnungsteuern für das Jahr 2005 und die Folgejahre. Der Kläger ist Eigentümer einer Wohnung in der Gemeinde Bad W. Er erhielt das Alleineigentum aufgrund einer notariell beurkundeten Teilerbauseinandersetzung, durch die eine bis dahin bestehende Erbengemeinschaft mit seiner Mutter aufgelöst wurde. Ausweislich der Urkunde bleibt der Mutter des Klägers für die Dauer von 10 Jahren ein dinglich gesichertes Nießbrauchsrecht vorbehalten.

Die Beklagte erhebt eine Zweitwohnungsteuer aufgrund der Satzung über die Erhebung einer Zweitwohnungsteuer (ZwStS) vom 3. Dezember 2004. Die Satzung lautet auszugsweise:

#### **§ 2 Steuergegenstand**

(1) Zweitwohnung ist jede Wohnung im Gemeindegebiet, die eine Person, die in einem anderen Gebäude ihre Hauptwohnung hat, zu ihrer persönlichen Lebensführung oder der ihrer Familienangehörigen innehat. Die vorübergehende Nutzung zu anderen Zwecken, insbesondere zur Überlassung an Dritte, steht der Zweitwohnungseigenschaft nicht entgegen.

(2) ...

#### **§ 3 Steuerpflicht**

(1) Steuerpflichtig ist, wer im Gemeindegebiet eine Zweitwohnung i.S.d. § 2 innehat.

(2) Haben mehrere Personen gemeinschaftlich eine Zweitwohnung inne, so sind sie Gesamtschuldner nach § 44 der Abgabenordnung.

Mit Steuererklärung vom 28. April 2005 gab der Kläger an, sein Hauptwohnsitz

befinde sich in T.. Die Wohnung in Bad W. sei nicht Zweitwohnung oder Nebenwohnung i.S.d. Meldegesetzes. Sie werde derzeit und bis auf weiteres nicht von ihm genutzt. Seine Mutter sei pflegebedürftig und er selbst beruflich stark beansprucht, so dass die Wohnung weder zu Urlaubsnach zu Wohnzwecken benutzt werden könne, sondern ausschließlich als Wertanlage gehalten werde.

Die Beklagte setzte gegen den Kläger Zweitwohnungsteuern für das Jahr 2005 und die Folgejahre i.H.v. 900 € pro Jahr auf der Grundlage einer jährlichen Nettokaltmiete von 6 273 € für die ca. 70 m<sup>2</sup> große Wohnung fest. Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde zurückgewiesen. Das Verwaltungsgericht hat den angefochtenen Bescheid und den Widerspruchsbekleid aufgehoben. Der Kläger sei zwar Wohnungsinhaber, da er trotz des Nießbrauchsrechts der Mutter aufgrund der ihm erteilten Generalvollmacht tatsächlich und rechtlich über die Wohnung verfügen könne. Allerdings stelle die Wohnung eine reine Kapitalanlage dar. Der Kläger habe schlüssig und glaubhaft dargetan, dass sie nicht seiner persönlichen Lebensführung oder der seiner Angehörigen diene. Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung hat die Beklagte geltend gemacht, der Kläger habe keine der in der Rechtsprechung anerkannten Indizien, die für eine Kapitalanlage in Form einer Zweitwohnung sprächen, dargelegt. Der Einwand, die Wohnung werde zurzeit nicht bewohnt, sei nicht ausreichend. Für die Entstehung des Steuertatbestandes komme es weder auf die tatsächliche Nutzung noch die Gründe der Nichtnutzung an. Der Kläger hat dem erneut entgegnet, dass er die Wohnung nur als Kapitalanlage vorhalte. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat das Urteil des Verwaltungsgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision des Klägers ist zulässig und begründet. Das angegriffene Urteil verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Der Kläger ist nicht Inhaber einer Zweitwohnung im aufwandsteuerrechtlichen Sinne (Art. 105 Abs. 2a GG) und kann mithin auch nicht zur Zweitwohnungsteuer herangezogen werden. Deshalb ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen.

1. Das Berufungsgericht ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die Zweitwohnungsteuer nach der Satzung der Beklagten nur erhoben werden darf, wenn der Steuerpflichtige eine Zweitwohnung innehat, und hat weiter angenommen, dass dies eine alleinige oder gemein-

schaftliche Verfügungsmacht und rechtliche Verfügungsbefugnis an der Wohnung für einen bestimmten Zeitraum voraussetzt. Das Berufungsgericht meint jedoch darüber hinaus, die notwendige Verfügungsbefugnis des Klägers werde durch das Nießbrauchsrecht seiner Mutter nicht ausgeschlossen, weil damit die Wohnung für die persönliche Lebensführung eines Familienangehörigen i.S.d. § 2 Abs. 1 ZwStSt vorgehalten werde. Diese entscheidungstragende Auffassung verletzt Bundesrecht. Das Berufungsgericht verkennt den Begriff des „Innehabens“, den die Erhebung der Zweitwohnungssteuer nach Art. 105 Abs. 2a GG voraussetzt.

a) Die Zweitwohnungssteuer ist als Aufwandsteuer i.S.v. Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG eine Steuer auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die in der Verwendung des Einkommens für den persönlichen Lebensbedarf zum Ausdruck kommt (BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 1983 2 BvR 1275/79 BVerfGE 65, 325 <346>). In dem Innehaben einer weiteren Wohnung für den persönlichen Lebensbedarf liegt ein besonderer Aufwand, der gewöhnlich die Verwendung von finanziellen Mitteln erfordert und in der Regel wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Ausdruck bringt. Es handelt sich dabei um einen Sachverhalt, der sich von der Inanspruchnahme einer Erstwohnung unterscheidet, die gerade keinen besonderen, über die Befriedigung des allgemeinen Lebensbedarfs hinausgehenden Aufwand gemäß Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG erfordert (vgl. Urteil vom 29. November 1991 BVerwG 8 C 107.89 Buchholz 11 Art. 105 GG Nr. 17 S. 5). Das nach dem Aufwandsbegriff i.S.d. Art. 105 Abs. 2a GG gebotene Innehaben einer weiteren Wohnung für die persönliche Lebensführung setzt eine dahin gehende Bestimmung des Verwendungszweckes der Zweitwohnung voraus (Urteil vom 10. Oktober 1995 BVerwG 8 C 40.93 BVerwGE 99, 303 <305>). Eine solche Festlegung kann nur derjenige treffen, der für eine gewisse Dauer rechtlich gesichert über die Nutzung der Wohnung verfügen kann. Er muss also entsprechend seinen Vorstellungen zur persönlichen Lebensführung selbst bestimmen können, ob, wann und wie er diese nutzt, ob und wann er sich selbst darin aufhalten oder sie anderen zur Verfügung stellen will. Das Bundesverfassungsgericht stellt deshalb ausdrücklich darauf ab, dass Inhaber einer steuerpflichtigen Zweitwohnung nur der Eigentümer, Mieter oder sonst Nutzungsberechtigte sein kann (BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 1983 a.a.O. S. 349, 353). In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Übrigen und der des Bundesverwaltungsgerichts wird ein Innehaben der Zweitwohnung in diesem Sinne stets vorausgesetzt (vgl. BVerfG,

Beschlüsse vom 6. Dezember 1983 a.a.O. S. 346 f. und vom 11. Oktober 2005 1 BvR 1232/00, 2627/03 BVerfGE 114, 316 <334>; BVerwG, Urteile vom 10. Oktober 1995 a.a.O., vom 6. Dezember 1996 BVerwG 8 C 49.95 Buchholz 401.61 Zweitwohnungssteuer Nr. 12 S. 16, vom 27. Oktober 2004 BVerwG 10 C 2.04 Buchholz 401.61 Zweitwohnungssteuer Nr. 21 S. 29 und vom 17. September 2008 BVerwG 9 C 17.07 juris Rn. 15, 16; Beschlüsse vom 12. Januar 1989 BVerwG 8 B 86.88 Buchholz 401.61 Zweitwohnungssteuer Nr. 4 S. 5, vom 2. Juni 1997 BVerwG 8 B 113.97 juris und vom 20. April 1998 - BVerwG 8 B 25.98 - Buchholz 401.61 Zweitwohnungssteuer Nr. 15 S. 27). Diese dem Wesen der Aufwandsteuer geschuldete Entscheidungsfreiheit besteht nicht bei einer rein tatsächlichen, rechtlich nicht abgesicherten Möglichkeit der Nutzung. Vielmehr muss der Nutzer dann damit rechnen, dass die Nutzung ihm jederzeit entzogen werden kann, er es jedenfalls nicht in der Hand hat, die Wohnung seinem Willen entsprechend tatsächlich in Anspruch zu nehmen. Die verschiedenen Möglichkeiten des Wohnens ohne Nutzungsrecht (etwa Wohngelegenheit in Form vorübergehender Überlassung einer Wohnung oder Teilen davon) stellen im Übrigen auch keinen fest umrissenen Konsumtatbestand dar, der die Feststellung erlaubt, dass hierfür gewöhnlich nennenswerte finanzielle Mittel aufgewandt werden müssen.

b) Wird ein Nießbrauch an einer Wohnung bestellt, kann nach dem Vorstehenden nur der Nießbrauchsberechtigte, nicht jedoch der Eigentümer Inhaber einer Zweitwohnung im aufwandsteuerrechtlichen Sinne sein. Denn dem Nießbraucher steht gemäß § 1030 Abs. 1 BGB das Recht zu, alle Nutzungen der Sache zu ziehen, d.h. ihm gebühren alle Vorteile, die der Gebrauch der Sache gewährt. Eigentum und Nutzungsrecht fallen mit der Bestellung des Nießbrauchs auseinander. Dem Eigentümer bleibt zwar das Recht erhalten, über die Wohnung ungeachtet des Nutzungsrechts des Nießbrauchers insoweit zu verfügen, als er sie etwa mit dem Nießbrauchsrecht belastet veräußern könnte. Ein eigenes Nutzungsrecht kann der Eigentümer jedoch für die Dauer der Bestellung des Nießbrauchs gerade nicht beanspruchen.

Diese zivilrechtliche Situation hat das Berufungsgericht nicht verkannt, wie sein Hinweis auf das Besitzrecht des Nießbrauchers nach § 1036 BGB zeigt. Mit Bundesrecht nicht vereinbar ist jedoch die Annahme, der Wohnungseigentümer bleibe gleichwohl Inhaber einer Zweitwohnung, wenn er das Nießbrauchsrecht zugunsten von Familienangehörigen einräumt, weil er dann die Wohnung für deren persönliche Lebensführung „vorhalte“. Es trifft zwar zu, dass der Steuertatbestand

auch dann erfüllt sein kann, wenn jemand neben seiner Hauptwohnung eine weitere Wohnung nicht für sich selbst, sondern für den persönlichen Lebensbedarf von Familienangehörigen vorhält. Er bleibt jedoch nur dann steuerpflichtiger Inhaber der Wohnung, wenn er sich der Verfügungsmacht über sie nicht begibt, sondern sie den Familienangehörigen nur tatsächlich zur Nutzung überlässt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 1983 a.a.O. S. 349). Das ist hier nicht der Fall. Vielmehr hat sich der Kläger mit der vom Berufungsgericht festgestellten Bestellung des Nießbrauchs zugunsten seiner Mutter des Rechtes begeben, über deren Nutzung bestimmen zu können. Rechtlich irrelevant wäre, wenn der Kläger aufgrund der von ihm selbst vorgetragenen Umstände rein tatsächlich Zugang zur Wohnung haben könnte. Die rein tatsächliche Nutzungsmöglichkeit vermag nach den vorstehenden Ausführungen keinen steuerbaren Aufwand zu begründen.

2. Das Berufungsgericht stützt die angegriffene Entscheidung außerdem auf die Erwägung, der Kläger sei Generalbevollmächtigter der Mutter und könne daher grundsätzlich auch die Wohnung nutzen. Dieser Hinweis kann nach dem Zusammenhang, in dem er in der Urteilsbegründung steht (UA S. 6), nur so verstanden werden, dass das Berufungsgericht den Kläger auch deshalb als Inhaber der Zweitwohnung ansieht, weil er als Generalbevollmächtigter („daher“) über ein Nutzungsrecht verfüge. Mit dieser Aussage verstößt das Urteil ebenfalls gegen Bundesrecht, weil die Reichweite der Vollmacht nach § 164 Abs. 1 BGB verkannt wird. Danach wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Das bedeutet, dass der Kläger als Generalbevollmächtigter in Bezug auf alle Rechtsgeschäfte, die die in Rede stehende Wohnung betreffen, für seine Mutter handelt, nicht aber für sich selbst. Folglich kann er sich auch nicht aus eigenem Recht ein Nutzungsrecht an der Wohnung einräumen, sondern könnte ein solches nur als Vertreter seiner Mutter mit sich selbst vereinbaren. Für die Wirksamkeit einer derartigen Abrede bedürfte es einer Befreiung von der Beschränkung des In-sichgeschäfts nach § 181 BGB. Den Sachverhaltsfeststellungen des Berufungsgerichts lassen sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Kläger als Generalbevollmächtigter seiner Mutter sich selbst ein Nutzungsrecht an der Wohnung in Bad W eingeräumt hat und dass ihm hierfür ausdrücklich oder konkludent Befreiung vom Verbot des In-sichgeschäfts erteilt wurde.

Vielmehr verweist der Kläger ausdrücklich darauf, dass er wegen des seiner Mutter eingeräumten Nießbrauchsrechts nicht Inhaber der Wohnung sei. Das kann nur so verstanden werden, dass ihm jedenfalls auch nicht stillschweigend ein Nutzungsrecht eingeräumt ist.

Nach allem ist der Kläger mangels rechtlicher Verfügungsbefugnis nicht Inhaber der Zweitwohnung und mithin auch nicht steuerpflichtig.

3. Auf die Frage, ob ein langjähriger Leerstand einer Wohnung die Vermutung, sie

werde zur persönlichen Lebensführung vorgehalten, widerlegt und deshalb der Schluss auf die Vorhaltung als Kapitalanlage gerechtfertigt ist, kommt es danach nicht mehr an.

## Aus dem Landesverband

### Infothek

#### Landesregierung legt Entwurf für ein Konnexitätsausführungsgesetz vor

Die Landesregierung hat am 13. September 2011 (endlich) den Entwurf eines Konnexitätsausführungsgesetzes beschlossen. Die Erarbeitung einer gesetzlichen Regelung zur Ausführung des in Art. 49 Abs. 2 der Landesverfassung verankerten Konnexitätsprinzips war bereits in der Vereinbarung zwischen der Landesregierung und den kommunalen Landesverbänden vom 28. November 2008 verabredet worden.

Nach dem Konnexitätsprinzip hat das Land für einen finanziellen Ausgleich zu sorgen, sofern es Gesetze und Verordnungen erlässt, die zu einer Mehrbelastung bei den Kommunen führen. Sinn und Zweck des Konnexitätsausführungsgesetzes muss es aus Sicht des Gemeindetages sein, die Beachtung des Konnexitätsprinzips durch verbindliche, vom Parlament beschlossene Verfahrensregelungen zu sichern. Dazu gehört beispielsweise, es den Ministerien unmöglich zu machen, Gesetzentwürfe ohne Kostenfolgeschätzung für die Kommunen einzubringen.

Der Gesetzentwurf war bereits Gegenstand der Beratungen im Landesvorstand am 4. Oktober 2011. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2011 hat die Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Landesverbände zu dem Gesetzentwurf Stellung genommen. Die Stellungnahme finden Sie auf unserer Webseite unter „Themen und Infos“.

#### Entwurf für ein Kommunalhaushaltskonsolidierungsgesetz beschlossen

Die Landesregierung hat am 20. September 2011 den Entwurf für ein Kommunalhaushaltskonsolidierungsgesetz vorgelegt. Danach sollen besonders finanzschwache Kommunen vom kommenden Jahr an bis einschließlich 2021 jährlich 95 Millionen Euro zur Konsolidierung ihrer Haushalte erhalten.

Die Finanzierung der Konsolidierungshilfen ist wie folgt vorgesehen: Zunächst sollen 50 Millionen Euro aus dem vorhandenen Kommunalen Bedarfsfonds hineinfließen. Dazu sollen 15 Millionen Euro kommen, die bereits im Finanzausgleich vom Land für Maßnahmen zur Verbesserung der kommunalen Finanzsituation reserviert wurden. Dabei handelt es sich um den kommunalen Anteil an der Erhöhung der Grunderwerbsteuer. Weitere 15 Millionen Euro sollen als kommunaler Solidarbeitrag aus den Schlüsselzuweisungen umgeschichtet werden. Die restlichen 15 Millionen Euro will das Land aus seinem Haushalt zur Verfügung stellen.

Von den insgesamt 95 Millionen Euro sollen 75 Millionen Euro jährlich als Konsolidierungshilfe für Kommunen mit besonderen Finanzproblemen zur Verfügung stehen. Für alle übrigen Kommunen sollen künftig 15 Millionen Euro pro Jahr für die Gewährung von Fehlbetragszuweisungen bereitgestellt werden. Ein weiterer Teilbetrag von fünf Millionen Euro soll für Sonderbedarfzuweisungen vorrangig an defizitäre kreisangehörige Gemeinden verwendet werden.

Der Gemeindegtag hat in einer ersten Stellungnahme gegenüber dem Land

erklärt, dass er trotz der Tatsache, dass voraussichtlich nur ein Mitglied des SHGT unter den Empfängerkreis fällt, der Einführung einer Konsolidierungshilfe unter bestimmten Voraussetzungen zustimmen könne. Entscheidende Kriterien sind für uns jedoch, dass die Konsolidierungshilfe in der Lage ist, strukturelle Defizite dauerhaft durch eine Mischung aus Hilfe und strenger Einsparziele zu beseitigen, dass der Konsolidierungshilfe ein konsequentes Konzept insbesondere hinsichtlich der Überwachung eines strengen Einsparpfades zugrunde liegt und dass mit der Konsolidierungshilfe auch der Entstehung neuer Defizite vorgebeugt wird. Im Ergebnis darf nicht der Eindruck entstehen, dass gerade derjenige besondere Unterstützung erfährt, der bisher keine ausreichenden Sparanstrengungen unternommen hat. Die Umschichtung von 15 Millionen Euro aus den Schlüsselzuweisungen als zusätzlicher Solidarbeitrag der Kommunen hat der Gemeindegtag allerdings strikt abgelehnt.

#### Termine

01.11.2011: Schul-, Sozial- und Kultur Ausschuss des SHGT, Schleswig, Schloss Gottorf

02.11.2011: Rechts-, Verfassungs- und Finanzausschuss des SHGT, Kiel

11.11.2011: Delegiertenversammlung des SHGT, Nortorf 14.00 Uhr

15.11.2011: Breitbandforum, IHK Kiel

15.12.2011: Weihnachtssitzung des Landesvorstandes, Kiel

## Bürgervorstehertagung am 15. September 2011

Einmal jährlich lädt der SHGT die Bürgervorsteherinnen und Bürgervorsteher der Mitgliedsgemeinden des SHGT zur

Bürgervorstehertagung ein. Die diesjährige Bürgervorstehertagung fand am 15. September 2011 auf Einladung des Lan-

desvorsitzenden Bürgermeister Michael Koch in Malente statt.

Der Landesvorsitzende und der Bürgervorsteher der Gemeinde Altenholz, Dr. Volker Clauß, der für die Bürgervorsteher Mitglied im Landesvorstand ist, begrüßten die Kolleginnen und Kollegen im Sport- und Bildungszentrum Malente. Die

Führung durch das landesweit bekannte Zentrum übernahm Harald Kitzel, Verwaltungsleiter des Sport- und Bildungszentrums. Nach dem Rundgang berichtete Landesgeschäftsführer Jörg Bülow ausführlich über aktuelle Themen wie die geplante Reform der Kommunalverfassung, die Kosten der Kinderbetreuung und weitere aktuelle kommunale Themen aus der Landespolitik. An die Sitzung schloss sich eine Weinprobe durch das Weingut Hof Ingenhof, Malkwitz, Malente ([www.ingenhof.de](http://www.ingenhof.de)) an, bei der sich die Bürgervorsteherinnen und Bürgervorsteher über die jüngst ermöglichte Weinerzeugung in Schleswig-Holstein informieren konnten.



Die Bürgervorsteherinnen und Bürgervorsteher mit Landesvorsitzendem Koch und Landesgeschäftsführer Bülow

## Regionale Auftaktveranstaltung der BNE-Aktionstage im Klärwerk Hetlingen

### Bildung für nachhaltige Entwicklung ist wichtige Aufgabe für Kommunen

Über 80 Teilnehmer aus Wirtschaft, Politik, von Vereinen, Verbänden, Schulen und Kindertageseinrichtungen folgten heute der Einladung zur regionalen Auftaktveranstaltung der Aktionstage zur Unterstützung der UN-Dekade „Bildung für nachhaltige Entwicklung“ (BNE) ins Klärwerk Hetlingen. Bildungsansätze zur Förderung einer nachhaltigen, regionalen Entwicklung standen im Mittelpunkt der vom Kreis Pinneberg und dem azv Südholstein in Zusammenarbeit mit dem Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume ausgerichteten,

vierstündigen Veranstaltung. Unter dem Motto „Die Zukunft gestalten wir“ wurden Ansatzpunkte und Handlungsmöglichkeiten für die Verankerung nachhaltiger Bildungsansätze in der täglichen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen vorgestellt und diskutiert.

Wer Nachhaltigkeitsstrategien in Wirtschaft und Gesellschaft umsetzen möchte, muss vor Ort beginnen: Gerade in den Kommunen haben Bürgerinnen und Bürger die Möglichkeit, Veränderungen aktiv mit zu gestalten. „Gemeinsam mit Bildungseinrichtungen, Vereinen und Verbänden wollen wir Bildung für nachhaltige Entwicklung im Kreis Pinneberg stärken

und so unsere Region in Sachen Nachhaltigkeit ein ganzes Stück voran bringen. Die heutige Veranstaltung dient zunächst der weiteren Vernetzung, soll aber den Grundstein für ein kreisweites BNE-Konzept legen“, so Landrat Oliver Stolz, Schirmherr der Veranstaltung, in seiner Eröffnungsrede. Bereits seit Anfang des Jahres befassen sich Vertreter des Kreisjugendringes, des azv Südholstein, des Kreises Pinneberg gemeinsam mit dem Kreisfachberater der Schulen für Natur und Umwelt in einem Arbeitskreis mit Bildungsansätzen zur nachhaltigen Entwicklung.

Bildung spiele auf dem Weg zur Nachhaltigkeit eine wesentliche Rolle, betonte auch Dr. Brigitte Varchmin, Referentin für Bildung für nachhaltige Entwicklung beim Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume in Schleswig-Holstein. In ihrem Gastvortrag unterstrich sie die Bedeutung außerschulischer Lernpartnerschaften: „Wir müssen kommende Generationen in die Lage versetzen, geeignete Lösungsansätze etwa für den Umgang mit dem Klimawandel zu entwickeln. Dazu brauchen wir neue Formen des Lernens, wie sie die Bildung für nachhaltige Entwicklung bietet. Das schaffen wir nicht allein über die Schulen. Wir brauchen ein enges Netzwerk aus Bildungsträgern und Kooperationspartnern.“ Besonders erfreut zeigte sich Dr. Varchmin daher über das große Interesse an der Veranstaltung und die Teilnahme von Vertretern aus allen Gesellschaftsbereichen. „Hier wurden auf beispielhafte Weise alle relevanten Akteure an einen Tisch gebracht. Mit der heutigen Veranstaltung werden die richtigen Impulse für die weitere regionalen Verankerung und Vernetzung im Bereich BNE gesetzt.“

Dass Bildung für nachhaltige Entwicklung durchaus für Unternehmen ein Thema sei, bestätigte Lutz Altenwerth, Vorstand des azv Südholstein. Als kommunales Umweltunternehmen engagiere sich der azv seit langem erfolgreich in der Umwelt-



Setzen sich für Bildung für nachhaltige Entwicklung ein (v.l.n.r.): Oliver Stolz, Lutz Altenwerth, Ute Hagmaier, Ralph Thielebein-Pohl, Anja Vratny, Barbara Ostmeier und Dr. Brigitte Varchmin

bildung. Nur wenn der Gedanke der Nachhaltigkeit umfassend in diese Aktivitäten integriert sei, könne es gelingen, natürliche, soziale und wirtschaftliche Ressourcen für die Zukunft zu bewahren. Als erstes Unternehmen der Wasserwirtschaft ist der azv 2010 von der Landesregierung Schleswig-Holstein als außerschulischer Bildungspartner für Nachhaltigkeit zertifiziert worden. „Darauf sind wir stolz und sehen unser Engagement als Beitrag zur Förderung einer nachhaltigen, regionalen Entwicklung im Sinne der öffentlichen Daseinsvorsorge. Wir hoffen auf weitere Unterstützer“, so Altenwerth. Wie Bildung für nachhaltige Entwicklung

praktisch aussehen kann, zeigten die Auszubildenden des Hetlinger Unternehmens. Als „Energiedetektive“ waren sie mit einem eigenen Infostand auf der Veranstaltung vertreten und präsentierten unter anderem einen von ihnen produzierten Film über die Zusammenhänge zwischen Abwasserreinigung, Klimawandel und Erneuerbaren Energien. Insgesamt stellten Partner aus der Region an über zehn verschiedenen Infoständen zahlreiche Bildungsprojekte vor. Die Bandbreite reichte dabei von der Arbeitsgruppe „Schulen für eine lebendige Unterelbe“, über Fair-Trade-Initiativen bis hin zu Energieprojekten des Kreisjugendringes, den

NABU oder die Initiative Zukunftsschule SH. Der Hetlinger Kindergarten stellte gemeinsam mit der S.O.F. – Umweltstiftung das Projekt KITA 21 vor. Auch die Stiftung der Sparkasse Südholstein war vor Ort und informierte über Fördermöglichkeiten nachhaltiger Bildungsprojekte. In verschiedenen Arbeitsgruppen erarbeiteten die Teilnehmer zum Abschluss erste Ideen für Handlungsschwerpunkte und Rahmenbedingungen zur Verankerung eines kreisweiten BNE-Konzeptes.

Kontakt: Miriam Fehsenfeld, azv Südholstein

## Einladung zum 5. Breitbandforum Schleswig-Holstein am 15. November 2011 in Kiel

Gemeinsam haben alle Akteure die Breitbandsituation in Schleswig-Holstein in den letzten Jahren deutlich verbessert. Jetzt ist der Zeitpunkt gekommen, einen Blick in die Zukunft zu werfen. Die Entwicklung von Hochgeschwindigkeitsnetzen ist das nächste Ziel. Das 5.

Breitbandforum bietet Informationen und Diskussionen über:

- zukünftige Breitbandentwicklungen
- Projekte innerhalb und außerhalb von Schleswig-Holstein
- Breitbandmesse für Gespräche mit Anbietern

In einer abschließenden Podiumsrunde diskutieren Experten die verschiedenen Aspekte der Entwicklung von Hochgeschwindigkeitsnetzen und stellen sich den Fragen des Publikums.

Weitere Informationen zum Programm und Möglichkeiten zur Anmeldung finden Sie auf der der Internetseite des Breitband-Kompetenzzentrums [www.bkzsh.de](http://www.bkzsh.de).

Die Veranstaltung wird vom Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr in Zusammenarbeit mit dem Breitband-Kompetenzzentrum Schleswig-Holstein durchgeführt. Die Teilnahme ist kostenlos.

## Mitteilungen des DStGB

(Quelle: DStGB aktuell)

### 1. Öffentlicher Dienst: Bundesrat billigt Übertragung ehebezogenen Regelungen auf Lebenspartnerschaften

Im Oktober 2010 verabschiedete die Bundesregierung einen Gesetzentwurf, der die Gleichstellung in Besoldung und Versorgung bei verpartnerten Bundesbeamten und Soldaten vorsieht. Bundesverwaltungsgericht und EUGH urteilten in mehreren Entscheidungen, dass homosexuelle, verpartnerte Bundesbeamte die gleichen Versorgungsrechte haben. Nach dem Bundestag verabschiedete nun auch der Bundesrat am 23. September 2011 (BR-Drs. 482/11 Beschluss) das „Gesetz zur Übertragung ehebezogener Regelungen im öffentlichen Dienstrecht auf Lebenspartnerschaften“. Die Neuregelung soll in den meisten Punkten rückwirkend zum 01. Januar 2009 in Kraft treten.

Demnach werden homosexuelle Beamte, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, im öffentlichen Dienstrecht künftig so behandelt wie Ehepartner. So werden verpartnerte Beamte etwa beim Familienzuschlag und der Aus-

landsbesoldung in die für Ehepartner geltenden Regelungen einbezogen. Auch im Beamtenversorgungsgesetz und im Soldatenversorgungsgesetz sollen für Lebenspartner künftig die Regelungen zur Hinterbliebenenversorgung gelten.

Hintergrund: In Deutschland können gleichgeschlechtliche Paare seit rund zehn Jahren eingetragene Lebenspartnerschaften abschließen. Diese entsprechen aber nicht in allen Punkten. Auch zwischen den einzelnen Bundesländern gibt es Unterschiede.

Wir berichteten über die rechtliche Gleichstellung Verpartneter im öffentlichen Dienst zuletzt in DStGB Aktuell 4410-03 (BVerwG-Urteil) und in DStGB-Aktuell 2111-01 (EuGH-Beschluss).

### 2. Zahl der Menschen mit Migrationshintergrund steigt langsam an

Wie das Statistische Bundesamt mitteilte leben in Deutschland 15,7 Mio. Menschen mit Migrationshintergrund (+0,3 % gegenüber dem Vorjahr). Dies entspricht einem Anteil von 19,3 Prozent an der Ge-

samtbevölkerung. Rund ein Drittel von ihnen ist in Deutschland geboren, die übrigen sind zugewandert. Über die Hälfte (8,6 Mio.) besitzen einen deutschen Pass, 7,1 Mio. zählen als Ausländerinnen und Ausländer. Datengrundlage ist der Mikrozensus 2010. Dieser erfasst die seit 1950 nach Deutschland Zugewanderten und deren Nachkommen als Menschen mit Migrationshintergrund.

Bezüglich der Herkunftsländer sind die EU-Länder weiterhin von besonderer Bedeutung: 69,5 % der insgesamt 10,6 Millionen Zuwanderer stammten 2010 aus Europa; aus den 27 Mitgliedsländern der Europäischen Union kamen insgesamt 31,9 % aller Zuwanderer. Auf Europa folgten Asien/Ozeanien mit 17,2 % und Afrika mit 3,2 %. Nach einzelnen Ländern betrachtet waren die wichtigsten Herkunftsländer die Türkei (14,1%), Polen (10,5 %) und die Russische Föderation (9,2 %).

Bei vielen Aspekten lassen sich Unterschiede in der Zusammensetzung der beiden Bevölkerungsgruppen mit beziehungsweise ohne Migrationshinter-

grund feststellen: So waren 2010 Personen mit Migrationshintergrund im Durchschnitt deutlich jünger als diejenigen ohne Migrationshintergrund (35,0 Jahre gegenüber 45,9 Jahre), sie waren weitaus häufiger ledig (45,7 % gegenüber 38,5 %), und der Anteil der Männer unter ihnen war höher (50,3 % gegenüber 48,7 %). Zudem fehlte Personen mit Migrationshintergrund häufiger ein Schulabschluss (15,3 % gegenüber 2,0 %) oder ein berufsqualifizierender Abschluss (45,0 % gegenüber 19,6 %).

Die nachteilige Bildungssituation spiegelte sich auch in der Beschäftigungsstruktur wider: Menschen mit Migrationshintergrund im Alter von 25 bis 65 Jahren waren 2010 etwa doppelt so häufig erwerbslos wie jene ohne (11,5 % gegenüber 5,8 %) oder gingen ausschließlich einer geringfügigen Beschäftigung nach, zum Beispiel einem Minijob (11,3 % gegenüber 6,8 %). Auch das Armutsrisiko war bei ihnen deutlich höher, es lag bei 26,2 %, während nur 11,7 % der Menschen ohne Migrationshintergrund armutsgefährdet waren.

### **3. Bundesrat will junge Asylbewerber an Bildungs- und Teilhabepaket beteiligen**

Die Länder möchten auch Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene, die Zahlungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz erhalten, rückwirkend zum 1. Januar 2011 am Bildungs- und Teilhabepaket beteiligen. In ihrer Sitzung am 23.09.2011 fassten sie eine Entschließung, die die Bundesregierung auffordert, umgehend den Leistungsbezug dieser Personengruppe zu ermöglichen. Die den Kommunen entstehenden Mehrbelastungen soll der Bund durch eine Kostenbeteiligung auffangen.

Während leistungsberechtigte Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene nach § 2 AsylbLG schon jetzt Anspruch auf Leistungen für Bildung und Teilhabe analog dem SGB XII haben, ist ein solcher Anspruch für Leistungsberechtigte nach § 3 AsylbLG nicht geregelt.

Anlässlich der 87. Konferenz der Arbeits- und Sozialminister im November 2010 hat die Bundesministerin für Arbeit und Soziales Dr. Ursula von der Leyen für alle Kinder von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern die Gewährung von Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets zugesichert.

Im Sinne einer Gleichbehandlung von Kindern und Jugendlichen, die teilweise in denselben Einrichtungen untergebracht sind bzw. dieselben Schulen besuchen, ist eine umgehende gesetzliche Regelung bzw. eine Vorabregelung geboten. Andernfalls erfolgt eine Ausgrenzung einer Gruppe von Kindern und Jugendlichen z. B. bei der Mittagsverpflegung in Schulen

und Kitas sowie der soziokulturellen Teilhabe, die auch mit der UN-Kinderrechtskonvention nicht vereinbar ist.

Die dabei entstehenden finanziellen Mehraufwendungen der kommunalen Gebietskörperschaften sollten nach Auffassung des Bundesrats durch den Bund kompensiert werden.

### **4. Bundesrat kritisiert Gesetzentwurf zur Stärkung der Finanzkraft der Kommunen**

Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 23. September 2011 zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Stärkung der Finanzkraft der Kommunen Stellung genommen, der die drängenden finanziellen Probleme der Kommunen durch die Erhöhung der Bundesbeteiligung an der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung abmildern soll. Dabei wurden die von den Kommunalen Spitzenverbänden vorgebrachten Kritikpunkte weitestgehend aufgegriffen.

Die Bundesländer sprechen sich dafür aus, dass zur vollständigen Umsetzung des Vermittlungsergebnisses mit dem Gesetzentwurf gleichzeitig die schrittweise Erhöhung der Bundesbeteiligung im Jahr 2013 auf 75 Prozent und im Jahr 2014 auf 100 Prozent grundsätzlich festgelegt werden soll. Der Regierungsentwurf sieht eine Regelung nur für das Jahr 2012 vor. Darüber hinaus kritisiert der Bundesrat, dass der Gesetzentwurf nicht auf die tatsächlichen Ausgaben der Länder und Kommunen im laufenden Jahr abstellt, sondern auf die Ausgaben des Vorjahres. Hierdurch müssten Länder und Kommunen einen Ausgabenanstieg gegenüber dem Vorjahr selbst finanzieren. Dies führe zu einem dauerhaften Fehlbetrag und entspreche nicht dem Ergebnis des Vermittlungsausschusses. Zur Liquiditätssicherung der Kommunen soll ein monatlicher Abruf der Bundesbeteiligung vorgesehen werden. Der Gesetzentwurf sieht hier bislang vor, dass die Bundesbeteiligung gebündelt an einem Termin (01. Juli) an die Länder gezahlt wird. Darüber hinaus stellt der Bundesrat fest, dass die in der Gesetzesbegründung vorgenommene Verknüpfung der Entlastung bei der Grundsicherung mit der Weiterfinanzierung der Mittagessen für bedürftige Kinder in Horten und der Schulsozialarbeit nicht den Festlegungen in der Gemeindefinanzkommission entspricht.

Hinter unseren Forderungen zurück bleibt die Stellungnahme des Bundesrates allerdings im Hinblick auf die Zweckgebundenheit der Mittel. Die Kommunalen Spitzenverbände haben die Aufnahme einer entsprechenden Regelung gefordert, um sicherzustellen, dass die Mittel tatsächlich und in vollem Umfang an die Kommunen weitergeleitet werden.

### **5. Aktueller Sachstand zum Feuerwehrbeschaffungskartell**

Am 21.09.2011 hat ein weiteres Gespräch der kommunalen Spitzenverbände mit Vertretern sowie Rechtsanwälten der am Kartellverfahren beteiligten Unternehmen beim Deutschen Städtetag in Köln stattgefunden.

Angesichts des am 16.08.2011 gegen die Albert Ziegler GmbH & Co.KG eingeleiteten vorläufigen Insolvenzverfahrens haben die kommunalen Spitzenverbände die Beteiligten um Aufklärung zum weiteren Verfahrensforgang sowie um Klärung der Frage gebeten, ob an der gemeinsamen Erstellung eines Schadensgutachtens sowie an einer bundesweiten Zertifizierung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit der Unternehmen festgehalten wird. Die aus kommunaler Sicht intensiv geführten Verhandlungen haben zu folgenden Ergebnissen geführt: Der Geschäftsbetrieb der Albert Ziegler GmbH & Co.KG wird nach derzeitigem Stand unverändert fortgeführt. Zum neuen Geschäftsführer wurde Professor Dr. Albert Jugel bestellt. Herr Professor Dr. Jugel sowie der ebenfalls anwesende Vertreter des vorläufigen Insolvenzverwalters (Dr. Kübler), Herr Rechtsanwalt Tobias Sorg, wiesen darauf hin, dass das Unternehmen über einen umfangreichen Auftragsbestand verfüge und daher nach Durchführung des Insolvenzverfahrens eine Unternehmensneugründung unter Einbindung eines Investors geprüft werde. Das Insolvenzverfahren wird aller Voraussicht nach am 01.11.2011 eröffnet. Zwischenzeitlich ist auch die Ziegler Safety GmbH & Co.KG, Giengen an der Brenz, gegründet worden. Bei diesem Unternehmen handelt es sich um eine reine Vertragsgesellschaft. Das operative Geschäft (Produktion, Auftragsabwicklung etc.) wird weiterhin über die Albert Ziegler GmbH & Co.KG geführt. Nach Aussage von Herrn Professor Dr. Jugel werden daher alle beauftragten Feuerwehrfahrzeuge weiter produziert und an die Endkunden ausgeliefert.

Die kommunalen Spitzenverbände haben in diesem Zusammenhang auf das Problem hingewiesen, dass bereits geleistete Anzahlungen der Kommunen etwa für Fahrgestelle in Folge der eingeleiteten Insolvenz nicht mehr auf die offene Kaufpreisschuld angerechnet werden können. Nach Auffassung der kommunalen Spitzenverbände ist aber mit jeder geleisteten Anzahlung regelmäßig das Eigentum an den Fahrgestellen bereits auf die jeweilige Kommune übergegangen. Der Vertreter des vorläufigen Insolvenzverwalters hat – auch mit Blick auf zukünftige Beauftragungen – eine nochmalige rechtliche Prüfung dieses Aspekts zugesagt.

Wir möchten in diesem Zusammenhang

darauf hinweisen, dass bereits geleistete Anzahlungen häufig durch Bürgschaften abgesichert wurden. Da es sich hierbei in der Regel um Bürgschaften „auf erstes Anfordern“ handelt, wird betroffenen Städten und Gemeinden geraten, diese Bürgschaften zu ziehen. Im Übrigen sollten bereits geleistete Anzahlungen auch als Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet werden. Soweit Städte und Gemeinden in Zukunft Anzahlungen gegenüber der Albert Ziegler GmbH & Co.KG leisten wollen, sollten diese Anzahlungen ausschließlich auf ein Treuhandkonto erfolgen. Insoweit empfehlen wir eine vorherige Rücksprache mit dem Insolvenzverwalter.

## 6. Mittelausstattung für ländliche Entwicklung anheben!

Die Ausstattung der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz (GAK) wurde 2011 um 100 Mio. Euro re-

duziert, um zur Haushaltssanierung beizutragen. Besonders hat unter dieser Reduzierung die ländliche Entwicklung im Sinne der Verbesserung der Lebensqualität in Dörfern und Gemeinden leiden müssen. Um der Dorferneuerung eine dauerhafte Perspektive zu geben, hat der DStGB deshalb den Deutschen Bundestag aufgefordert, die Mittelkürzungen der GAK wieder auf das Niveau von 2010 anzuheben.

Im Zuge der Haushaltssanierung musste auch das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz eine Mittelkürzung hinnehmen. Infolge dessen wurde die Ausstattung der GAK im Haushaltsjahr 2011 um 100 Mio. Euro gesenkt. Wie bei den Städtebauförderungsmitteln haben die Mittel der Dorferneuerung einen positiven Hebeleffekt, der geeignet ist, die Attraktivität der kleinen Gemeinden und Dörfer dauerhaft zu steigern. Hierin liegt eine wesentliche Voraussetzung für die Bewältigung des

demografischen Wandels und die Schaffung von Arbeitsplatz- und Lebensperspektiven in den Dörfern der ländlichen Räume in Deutschland.

Der Entwurf für den Bundeshaushalt 2012 sieht jedoch vor, dass die Mittel der GAK auf dem gekürzten Niveau von 600 Mio. Euro verbleiben. Aus Sicht des DStGB ist dies ein politischer Fehler, da die Dorferneuerung zu den positiven Beispielen für ganzheitliche Entwicklungsmaßnahmen ländlicher Räume zählen.

Der DStGB hat deshalb die Abgeordneten des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages aufgefordert, die GAK-Mittelkürzung um 100 Mio. Euro für den Bundeshaushalt 2012 wieder aufzuheben. Stattdessen soll das Niveau von 2010 in Höhe von 700 Mio. Euro wieder erreicht werden.

## Pressemitteilungen

# Städtetag, Gemeindebund und VKU fordern Unterstützung für die Kraft-Wärme-Kopplung

Der aus energiewirtschaftlichen und Klimaschutzpolitischen Gründen erwünschte Ausbau von Anlagen zur Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) braucht weiterhin deutliche politische Unterstützung durch die Bundesregierung. Das fordern der Deutsche Städtetag, der Deutsche Städte und Gemeindebund sowie der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) in einem Positionspapier zur KWK. „Die Stadtwerke und ihre Eigentümer benötigen schnell Klarheit über die Bedingungen einer umfassenden Novelle des KWK-Gesetzes“, so die drei Verbände-Hauptgeschäftsführer Dr. Stephan Articus, Dr. Gerd Landsberg und Hans-Joachim Reck (VKU).

Mit dem Kraft-Wärme-Kopplung-Gesetz (KWKG) haben Bundestag und Bundesrat bereits 2008 das Ziel gesetzt, den Anteil des KWK-Stroms an der gesamten Elektrizitätserzeugung in Deutschland bis 2020 auf 25 Prozent zu steigern und damit zusätzlich 20 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub> einzusparen. Ebenso wurde im Energiekonzept und der Energiewende die besondere Bedeutung der KWK in einer nachhaltigen Energielandschaft unterstrichen. „Nun müssen aber zügig entsprechende Rahmenbedingungen gesetzt werden“, so Articus. „Die Bundesregie-

rung hat die Energiewende beschlossen. Um sie nachhaltig voranzubringen, sollte die angekündigte KWKG-Novelle schnell auf den Weg gebracht werden. Die Städte und ihre Stadtwerke haben sich bereits in der Vergangenheit für Klimaschutz und bezahlbare Energieversorgung eingesetzt – unter anderem mit KWK. Damit das auch in Zukunft so bleibt, benötigen Städte und Stadtwerke Planungssicherheit, um weiter zu investieren.“

Durch ihre hohen Effizienzgrade leistet die KWK bereits heute einen maßgeblichen Beitrag zur CO<sub>2</sub>-Einsparung. Allein durch die gekoppelte Erzeugung von Strom und Wärme konnten die deutschen Stadtwerke in 2009 rund 9,8 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub> einsparen. Landsberg: „KWK-Anlagen sind mit Wirkungsgraden von bis zu 90 Prozent die effizienteste Energieerzeugungstechnologie. Und sie sind ein hervorragender Türöffner für die Nutzung erneuerbarer Energien, da sie flexibel hinsichtlich der einsetzbaren Brennstoffe sind. Wir haben in Deutschland sehr gute Erfahrungen mit KWK-Anlagen gemacht.“ VKU-Hauptgeschäftsführer Reck ergänzt: „Langfristig wirkt sich die hohe Effizienz von KWK-Anlagen positiv auf deren Wirtschaftlichkeit aus. Mittelfristig benötigt die

komplexe Technik aber eine weitere Förderung.“

Im Kern fordern die drei Verbände:

- Erhöhung der KWK-Zuschläge um 0,5 Cent pro Kilowattstunde, um die gestiegenen Investitionskosten und die Benachteiligung von Kraft-Wärme (im Vergleich zu nicht in das Emissionshandelsregime einbezogenen Energieträgern, zum Beispiel Heizöl) auszugleichen
- Förderung von Wärme-beziehungsweise Kältespeichern in Höhe von 250 Euro je Kubikmeter Wasserspeicheräquivalent, um einen schnell wirkenden Anreiz zur weiteren Erhöhung der Flexibilität von KWK-Anlagen zu schaffen
- Konventionelle Kraftwerke, die auf KWK-Betrieb umgerüstet werden, sollten in das Fördersystem des KWKG einbezogen werden
- Fortführung des Mini-KWK-Programms, um auch in diesem Segment die emissionsreduzierenden Potenziale zu erschließen.

Die Energieversorgung im Zeitalter erneuerbarer Energien wird künftig deutlich weniger auf zentralen Strukturen beruhen. „Die Kommunen und ihre Stadtwerke sind der geborene Partner für eine dezentrale Energieversorgung der Zukunft“, betonen die Hauptgeschäftsführer. „Wir sind für den Umbau des Energiesystems gut gerüstet und stehen in den Startlöchern, um zu investieren – etwa in hocheffiziente KWK-Anlagen.“

# Kinderbetreuung für unter Dreijährige: Gutachten hält Land für zuständig – Anspruch der Kommunen auf Kosten-erstattung – das Konnexitätsprinzip greift

„Das Gutachten von Professor Dr. Joachim Wieland zeigt erhebliche Regelungslücken in Schleswig-Holstein auf. Es gibt Handlungsbedarf für die Landespolitik. Die Kommunen erwarten nun Antworten der Landespolitik darauf, wie der Ausbau der Kinderbetreuung verfassungsrechtlich einwandfrei geregelt und finanziert werden soll“, sagte Jörg Bülow, Landesgeschäftsführer des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages heute anlässlich der Veröffentlichung eines Rechtsgutachtens im Auftrag der Kommunalen Landesverbände.

Bürgermeister Bernd Saxe erläuterte als Vorsitzender des Städteverbandes Schleswig-Holstein: „Die Kommunen werden nun bis zum Herbst prüfen und dann entscheiden, welche Konsequenzen sie aus dem Gutachten ziehen. Dabei stellt sich die Frage nach einem Ausgleich der seit 2009 entstandenen Kosten ebenso, wie die Notwendigkeit einer klaren Zuständigkeitszuordnung durch den Gesetzgeber. Bund und Land müssen auf die Finanzierung der Kinderbetreuung eine ehrliche Antwort geben.“

Daher wird für unsere Entscheidung die Antwort der Landesregierung auf das Gutachten große Bedeutung haben“.

Landrat Reinhard Sager (Vorsitzender des Schleswig-Holsteinischen Landkreistages) ergänzte: „Das Gutachten verdeutlicht, dass Bund und Land seit der Föderalismusreform von 2006 den Kommunen keine neuen Aufgaben mehr zuweisen können, ohne deren Finanzierung zu regeln. Dieses Prinzip muss auch in Schleswig-Holstein gelten. Es geht um die von der Politik geweckten Erwartungen und Ansprüche der Eltern und Kinder. Diese allerdings durch die Kommunen bezahlen zu lassen, ist nicht in Ordnung“.

Die Kommunalen Landesverbände hatten den renommierten Finanzverfassungsrechtler Professor Dr. Joachim Wieland mit einem Gutachten zu der Frage beauftragt, ob den Kommunen für die Mehrkosten des Ausbaus der Kinderbetreuung für unter Dreijährige ein Anspruch auf Kostenausgleich nach dem Konnexitätsprinzip in Artikel 49 Abs. 2 der Landesverfassung zusteht. Der Verfassungsgerichtshof in Nordrhein-Westfalen hatte den

dortigen Kommunen einen entsprechenden Anspruch zugesprochen.

Das Gutachten kommt im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass aufgrund einer Regelungslücke in Schleswig-Holstein nicht die Kommunen, sondern das Land dafür zuständig ist, die Rechtsansprüche der Eltern auf Kinderbetreuung für unter Dreijährige zu erfüllen. Das Land sei außerdem verpflichtet, den Kommunen die seit 2009 für die Finanzierung der Kinderbetreuung entstandenen Kosten zu erstatten. Das Land könne jederzeit durch eine Gesetzesänderung die Zuständigkeit der Kommunen regeln. Es müsste dann jedoch aufgrund Artikel 49 Abs. 2 der Landesverfassung (Konnexitätsprinzip) die Finanzierung dieser Aufgabe regeln.

Prof. Dr. Joachim Wieland LL. M. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und Mitglied des Verfassungsgerichtshofes für das Land Nordrhein-Westfalen. Er war u. a. 2003/2004 sachverständiges Mitglied der Föderalismuskommission, als deren Ergebnis das in diesem Zusammenhang bedeutende Verbot für den Bundesgesetzgeber in das Grundgesetz aufgenommen wurde, den Kommunen direkt Aufgaben zuzuweisen. Als Folge können nur noch die Landesparlamente Aufgabenzuweisungen an die Kommunen vornehmen. In diesen Fällen gilt jedoch das Konnexitätsprinzip gemäß Artikel 49 Abs. 2 der Landesverfassung.

## Buchbesprechungen

### Jans / Happe / Saurbier / Maas Kinder- und Jugendhilferecht

Kohlhammer Verlag, Stuttgart

Kommentar. Stand: Juli 2010,

Gesamtwerk Preis: EUR 219,00

ISBN / Artikel-Nr.: 978-3-555-01300-8

7830 Seiten, Loseblattausgabe

Erschienen: 2010

Von der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege über die Führung von Beistand- und Vormundschaften bis hin zur Beratung in Verfahren zur Annahme als Kind erstrecken sich die vielfältigen Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe. Der Kommentar zeigt die dadurch entstehenden zahlreichen Verknüpfungen auf. Daneben legen die bekannten Autoren aus Wissenschaft und Praxis in ihren ausführlichen und aktuellen Kommentierungen auch großen Wert auf sozialpädagogische Aspekte. Das Gesetz wird transparent und die praxisnahe

Auslegung und Anwendung für alle mit dem Jugendhilferecht Befassten erleichtert.

Mit der **45. Lieferung** werden in Teil B II die Vorbemerkungen zu den §§ 1 bis 10 und § 17 aktualisiert. Ferner werden die neuen Gesetzestexte nachdem FGG-RG nachgereicht, die nicht mehr in die 44. Lieferung aufgenommen werden konnten. Außerdem werden die Auszüge der wiederum umfassend geänderten Gesetze des Sozialgesetzbuches Teil D aktualisiert. Zudem werden die Änderungen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.09 eingearbeitet, so dass der Kommentar nun auf dem Stand von Januar 2010 ist.

Mit der **46. Lieferung** wird die Entwicklung in der Heimerziehung in § 34 berücksichtigt und inhaltlich wie statistisch auf den neuesten Stand gebracht. Ebenfalls

aktualisiert werden die Vorschriften über den Kinder- und Jugendplan des Bundes. Das 7. Kapitel über die Zuständigkeit und Kostenerstattung wird abschließend überarbeitet und neueste Rechtsprechung eingefügt. Die Datenschutzvorschriften in SGB I und X sind in den wesentlichen Teilen auf den neuesten Stand gebracht. In Band VI werden die landesrechtlichen Vorschriften an die gesetzgeberischen Aktivitäten in den Bundesländern angepasst und sind aktualisiert.

### PRAXIS DER KOMMUNAL- VERWALTUNG

#### Landesausgabe Schleswig-Holstein

Ratgeber für die tägliche Arbeit aller Kommunalpolitiker und der Bediensteten in Gemeinden, Städten und Landkreisen (Loseblattsammlung incl. 3 Online-Zugänge / auch auf CD-ROM erhältlich)

Schriftleitung: Klaus-Dieter Dehn,  
Stellvertretender Geschäftsführer des  
Schleswig-Holsteinischen  
Landkreistages a. D.  
427. Nachlieferung Dezember 2010  
Preis € 63,70

KOMMUNAL- UND SCHUL-VERLAG |  
WIESBADEN

65026 Wiesbaden | Postfach 3629 |  
Telefon (0611) 8 80 86 10 | Telefax  
(0611) 8 80 86 77

www.kommunalpraxis.de | e-mail:  
info@kommunalpraxis.de

Folgende Beiträge sind in dieser (nicht  
einzeln erhältlichen) Lieferung enthalten:

#### **F 4 - Soziale Wohnraumförderung Von Ltd. Regierungsdirektor Herbert Feulner**

Im Anhang wurde die Verordnung über die  
wohnungswirtschaftliche Berechnungen  
(Zweite Berechnungsverordnung - II.BV)  
auf den neuesten Stand gebracht.

#### **G 1 SH - Schleswig-Holsteinisches Schulgesetz (SchulG)**

von Ministerialdirigent a.D. Klaus  
Karpen und Ministerialrat Jens Popken  
unter Mitarbeit von Oberamtsrat Holger  
Brocks und Oberregierungsrat Hauke  
Grundmann, begründet von Minis-  
terialdirigent a.D. Klaus Karpen und  
Ministerialrat a.D. Uwe Lorentzen

Der Gesetzestext wurde auf den neuesten  
Stand der letzten Änderung vom 9.3.2010  
(GVOBl. Schl.-H. S. 356) gebracht.

Erstmals kommentiert wurden die §§ 25  
(Maßnahmen bei Erziehungskonflikten),  
30 (Erhebung und Verarbeitung von  
Daten), 100 (Errichtung und Rechtsform)  
und 101 (Aufgaben) SchulG.

Die Anhänge wurden ebenfalls aktua-  
liert.

#### **H 10 - Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz - KHG)**

Von Prof. Dr. Michael Quaas, Rechts-  
anwalt und Ltd. Ministerialrat a. D.,  
Rechtsanwalt Dr. Otmar Dietz sowie Dr.  
Matthias Geiser, Dipl.-Verwaltungs-  
wissenschaftler und Kaufmännischer  
Leiter des Schwarzwald-Baar-Klini-  
kums

Mit dieser Lieferung wurde die Kommen-  
tierung zum Krankenhausfinanzierungs-  
gesetz überarbeitet.

Erstmals kommentiert wurden die neu  
eingeführten §§ 10 (Entwicklungsauftrag  
zur Reform der Investitionsfinanzierung)  
und 17 (Einführung eines pauschalisie-  
renden Entgeltsystems für psychiatrische  
und psychosomatische Einrichtungen).

Darüber hinaus wurden die Erläuterungen  
zu den §§ 1 (Grundsatz), 2 (Begriffsbe-  
stimmungen), 3 (Anwendungsbereich), 4  
(Wirtschaftliche Sicherung der Kranken-  
häuser), 5 (Nicht förderungsfähige Ein-  
richtungen), 6 (Krankenhausplanung und  
Investitionsprogramme), 8 (Vorausset-

zungen der Förderung), 9 (Fördertatbe-  
stände), 17 (Grundsätze für die Pflege-  
satzregelung), 17 a (Finanzierung von  
Ausbildungskosten), 17 b (Einführung  
eines pauschalisierenden Entgeltsys-  
tems) und 27 (Auskunftspflicht und  
Statistik) aktualisiert.

#### **H 10 c - Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhaus- leistungen**

(Krankenhausentgeltgesetz - KHEntG)

Von Prof. Dr. Michael Quaas, Rechts-  
anwalt und Ltd. Ministerialrat a. D.,  
Rechtsanwalt Dr. Otmar Dietz sowie Dr.  
Matthias Geiser, Kaufmännischer Leiter  
des Schwarzwald-Baar-Klinikums

Die Aufstellung der Entgelte und Bud-  
getermittlung (AEB) wurde um ein neues  
Formular B2 zur Ermittlung des Erlös-  
budgets nach § 4 KHEntG ergänzt.

Dieses wird in dieser Lieferung erörtert.

#### **J 8 - Das Wohngeld nach dem Wohn- geldgesetz**

Begründet von Regierungspräsident  
Heinz Grunwald und Ltd. Ministerialrat  
Dr. Bernd Witzmann, fortgeführt von  
Ministerialrat Herbert Feulner

Der Beitrag wurde entsprechend der  
Änderung des Gesetzes vom 28.3.2009  
aktualisiert.

#### **PRAXIS DER KOMMUNAL- VERWALTUNG**

##### **Landesausgabe Schleswig-Holstein**

*Ratgeber für die tägliche Arbeit aller Kom-  
munalpolitiker und der Bediensteten in  
Gemeinden, Städten und Landkreisen  
(Loseblattsammlung incl. 3 Online-  
Zugänge / auch auf CD-ROM erhältlich)*

Schriftleitung: Klaus-Dieter Dehn,  
Stellvertretender Geschäftsführer des  
Schleswig-Holsteinischen Landkreista-  
ges a. D.

426. Nachlieferung | November  
Dezember 2010 Preis € 63,70

KOMMUNAL- UND SCHUL-VERLAG |  
WIESBADEN

65026 Wiesbaden | Postfach 3629 |  
Telefon (0611) 8 80 86 10 | Telefax  
(0611) 8 80 86 77

www.kommunalpraxis.de | e-mail:  
info@kommunalpraxis.de

Folgende Beiträge sind in dieser (nicht  
einzeln erhältlichen) Lieferung enthalten:

#### **K 3 - Bundeszentralregister und Gewer- bezentralregister**

Von Amtsrat Georg Huttner und Stadt-  
amtsinspektorin Iris Kutschera

Der neugefasste Beitrag ersetzt den bis-  
herigen Beitrag. Darüber hinaus haben  
die Autoren Kurzerläuterungen zu den Re-  
gistervorschriften verfasst.

#### **K 4a - Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)**

Strategische Umweltprüfung (SUP)

Bearbeitung umweltrechtlicher Praxis-  
fälle

#### **Von Dr. Wolfgang Sinner, Prof. Dr. Ulrich M. Gassner, Mag. rer. publ., M. Jur. (Oxon.) und Dr. Joachim Hartlik**

Neben der Aktualisierung des Teils "Recht  
der Umweltverträglichkeitsprüfung für  
Projekte" wurden Ausführungen zu "Inhalte  
und Methoden bei der Bearbeitung von  
Verwaltungsverfahren nach § 3 a UVPG"  
neu (zu "Inhalte und Methoden der Um-  
weltprüfungen") aufgenommen. Der An-  
hang wurde auf den aktuellen Stand  
gebracht und um den Text des Umwelt-  
Rechtsbehelfsgesetzes ergänzt.

#### **Praxis der Kommunalverwaltung Landesausgabe Schleswig-Holstein**

428. Nachlieferung, Januar 2011,  
Preis € 63,70

KOMMUNAL- UND SCHUL-VERLAG |  
WIESBADEN

65026 Wiesbaden | Postfach 3629 |  
Telefon (0611) 8 80 86 10 | Telefax  
(0611) 8 80 86 77

www.kommunalpraxis.de | e-mail:  
info@kommunalpraxis.de

Folgende Beiträge sind in dieser (nicht  
einzeln erhältlichen) Lieferung enthalten:

#### **F 1 SH - Ausführungsvorschriften zum Baugesetzbuch in Schleswig-Holstein Von Dr. Rüdiger Koch, fortgeführt von Dipl.-Ing. Eckart Schäfer**

Die Überarbeitung des Beitrags führte  
zum Abdruck einiger neu aufgenomme-  
ner Vorschriften und Erlasse wie die  
Gemeindeordnung, die Verwaltungsvor-  
schriften zum Bundes-Immissionsschutz-  
gesetz, den Erlass zur bauplanungs-  
rechtlichen Zulässigkeit von Kleinwind-  
kraftanlagen sowie ein Hinweis zur  
Planung von Straßen und ein Hinweis zum  
Erlass "Privilegierung von Biogasanlagen  
nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB".

#### **F 3 SH - Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein**

Von Dr. Rüdiger Koch, fortgeführt von  
Dipl.-Ing. Eckart Schäfer

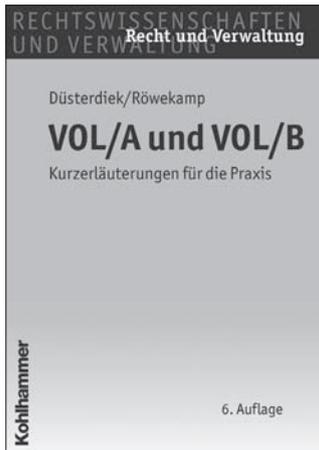
Die im Beitrag abgedruckten Texte wurden  
aktualisiert, wobei u.a. die LBO entspre-  
chend der Änderung aus 2010 angepasst  
wurde.

Neu aufgenommen wurden Verwaltungs-  
vorschriften zum Bundes-Immissionsschutz-  
gesetz in Auszügen, die Übereinstimmungs-  
zeichen-Verordnung sowie die Geruchsimmissions-Richtlinie.

#### **L 17 - Kommunale Sparkassen - Ver- fassung und Organisation**

Prof. Dr. jur. Hans-Günter Henneke

Der neue Beitrag befasst sich mit der  
Privatisierungs- und Rechtsreformdebatte,  
der Stammkapitalbildung, dem Thema  
vertikale Fusionen zwischen Landesbanken  
und Sparkassen und den europarechts-  
bezogenen Streitigkeiten und insbeson-  
dere mit der Einbettung kommunaler  
Sparkassen in das verfassungsrechtliche  
und kommunalrechtliche Gefüge öffentlicher  
Aufgabenwahrnehmung.



6. Auflage 2010  
 XIV, 357 Seiten. Kart. € 49,90  
 ISBN 978-3-17-021532-0

[www.kohlhammer.de](http://www.kohlhammer.de)

Düsterdiek/Röwekamp

## VOL/A und VOL/B

Kurzerläuterungen für die Praxis

Mit der Neufassung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (Ausgabe 2009) wurden die für die Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen maßgeblichen Vorschriften neu strukturiert und zum Teil grundlegend überarbeitet.

In bewährter Art und Weise bietet die nunmehr 6. Auflage der von Kulartz/Portz begründeten Kurzerläuterungen eine klare, an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Darstellung der einzelnen Regelungsinhalte von Teil A (Vergabebedingungen) und Teil B (Vertragsbedingungen) der VOL unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung.

Daneben enthält das Buch eine ausführliche Einführung in die wesentlichen Grundlagen des Vergaberechts, den Ablauf und das Management eines Vergabeverfahrens sowie den Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb sowie oberhalb der Schwellenwerte. Übersichten, Checklisten und eine Synopse zur VOL/A 2006 erleichtern die praktische Arbeit und ermöglichen eine rechtssichere und effiziente Auftragsvergabe. Bietenden Unternehmen liefern die Kurzerläuterungen eine schnelle und verlässliche Hilfestellung bei der Abfassung ihrer Angebote.

Die Autoren:

RA **Bernd Düsterdiek**, Referatsleiter beim Deutschen Städte- und Gemeindebund  
 RA **Dr. Hendrik Röwekamp**, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte

W. Kohlhammer GmbH · 70549 Stuttgart · Tel. 0711/7863 - 7280 · Fax 0711/7863 - 8430

# Alles im Griff?

Die Einbanddecke 2011 schafft Ordnung

**Erst der gebundene Jahrgang der Zeitschrift bietet:**

- die sichere Aufbewahrung, denn kein Einzelheft geht verloren
- durch das Jahresinhaltsverzeichnis die gezielte Nutzung einzelner Hefte und Beiträge.

Sie erhalten die Einbanddecke 2011 dieser Zeitschrift für € 26,90/sFr 36,90 (zzgl. Portokosten). Eine Postkarte mit dem Titel der Zeitschrift und Absenderangabe genügt oder:

**Bestell-Telefon:**

07 11 / 78 63-72 80

**Bestell-Fax:**

07 11 / 78 63-84 30

**Bestell-E-Mail:**

[vertrieb@kohlhammer.de](mailto:vertrieb@kohlhammer.de)

**Achtung:**

Bestellungen der Einbanddecke 2011 müssen dem Verlag bis zum **20. Januar 2012 vorliegen**.

Später eingehende Bestellungen können leider nicht berücksichtigt werden. Als Abonnent der Einbanddecke erhalten Sie diese automatisch mit eingepprägter Jahreszahl.

## „Die Gemeinde“

ist **die** Zeitschrift für die  
Schleswig-Holsteinische Selbstverwaltung.

Als kommunalpolitische Zeitschrift auf Landes-  
ebene bietet sie einen umfassenden Service  
für die Selbstverwaltung.

Werden auch Sie Leser der „Gemeinde“!

**Deutscher Gemeindeverlag GmbH.,**  
24017 Kiel, Postfach 1865, Ruf (04 31) 55 48 57

Deutscher Gemeindeverlag GmbH, Postfach 1865, Jägersberg 17, 24017 Kiel  
- V 3168 E - Entgelt bezahlt

Treffpunkt Dataport

HAUSMESSE

## IT für die Verwaltung im Norden



**15. November 2011, 9.00 bis 17.00 Uhr**

MesseHalle Hamburg-Schnelsen, Modering 1a, 22457 Hamburg

Anmeldungen bitte über [Hausmesse@dataport.de](mailto:Hausmesse@dataport.de)

dataport