

# Ist die Rechtsgrundlage für die Errichtung von Mobilfunkstationen verfassungswidrig?

von Lothar Hermes, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Dresden\*

*Stellt die BEMFV eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage für die Genehmigung von Standortbescheinigungen für Mobilfunkbasisstationen dar? Zweifel ergeben sich insoweit, als dass die Regelungsprogramme der BEMFV und des § 12 FTEG - der ursprünglichen Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der BEMFV - stark voneinander abweichen. Hat der Verordnungsgeber die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten, so dass eine Verletzung von Art. 80 I 1 GG vorliegt?*

## 1. Einleitung

Während die Untere Bauaufsichtsbehörde die baurechtliche Zulässigkeit von Mobilfunkbasisstationen (Mobilfunkanlagen mit und ohne eigenen Mast) anhand des Bauplanungsrechts, Bauordnungsrechts (Abstandsgebot) und der BauNVO (Einhaltung des Rücksichtnahmegebotes, § 15 I etwa bei erdrückender Wirkung) prüft, ist für die immissionsfachliche Prüfung nach § 5 I der Verordnung über das Nachweisverfahren zur Begrenzung elektromagnetischer Felder vom 20.08.2002 (BEMFV) die Bundesnetzagentur (BNetzA) zuständig, wenn auf einem Funkmast eine oder mehrere ortsfeste Funkanlagen von mehreren Mobilfunkanbietern mit einer Strahlungsleistung (EIRP) von 10 Watt oder mehr betrieben werden sollen. Die BNetzA erteilt eine Standortbescheinigung, wenn sichergestellt ist, dass die beabsichtigte technische Konfiguration der einzelnen Funkanlagen (Sendeleistungen, Feldstärken und Hauptstrahlrichtungen) und der daraus zu errechnende Sicherheitsabstand an dem konkreten Standort zulässig ist. Das ist der Fall, wenn in dem Einwirkungsbereich der Anlagen an allen Orten, an denen sich Menschen nicht nur vorübergehend aufhalten (z.B. Wohngebäude), die im Anhang 1 der 26. BImSchV aufgeführten Grenzwerte sicher unterschritten werden, § 3 I Ziff. 1 BEMFV. Der Verordnungsgeber geht davon aus, dass in diesem Fall nach dem gegenwärtigen Stand von Forschung und Technik nicht von einer Gesundheitsgefährdung durch die Anlage ausgegangen werden kann<sup>1</sup>.

Nachfolgend soll untersucht werden, ob die BEMFV eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage für die Genehmigung von Standortbescheinigungen für Mobilfunkbasisstationen darstellt. Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der BEMFV war § 12 des Gesetzes über Funkanlagen und Telekommunikations-einrichtungen vom 31.01.2001 in der Fassung vom 26.02.2008 (FTEG), jetzt abgelöst durch den wortgleichen § 32 des Gesetzes über die Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Markt (FUAG), in Kraft getreten am 4.7.2017. Zweifel ergeben sich insoweit, als dass die Regelungsprogramme der BEMFV und des § 12 FTEG stark voneinander abweichen. Damit könnte eine Verletzung von Art. 80 I 1 GG vorliegen, wenn der Verordnungsgeber die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten hat.

## 2. Anforderungen des Art. 80 I GG an die Ermächtigungsnorm

Gem. Art. 80 I GG kann die Bundesregierung durch Parlamentsgesetz ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen im Gesetz hinreichend bestimmt sein, Art. 80 I 2 GG; sie brauchen sich zwar nicht

ausdrücklich aus dem Gesetzestext zu ergeben, müssen sich jedoch durch Auslegung, insbesondere im Hinblick auf den Sinnzusammenhang und das Gesetzesziel, ermitteln lassen<sup>2</sup>.

Je mehr die Regelung in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen müssen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden<sup>3</sup>. Denn der Bürger muss schon aus der gesetzlichen Ermächtigung erkennen können, was ihm gegenüber zulässig sein soll und welchen möglichen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können<sup>4</sup>.

## Übersicht

Hermes: Ist die Rechtsgrundlage für die Errichtung von Mobilfunkstationen verfassungswidrig?	1
Quack: Das Recht behinderter Kinder auf Besuch der Offenen Ganztagschulen in Nordrhein-Westfalen	4
Personalien der BÖR	8
Entscheidungen:	
BVerfG, Beschluss vom 12. Juli 2017 (Az.: 1 BvR 2222/12; 1 BvR 1106/13) - Anm. v. Kahrmann	7
OVG Schleswig, Beschluss vom 18.09.2017 (1 MB 15/17), Anm. v. Fraatz-Rosenfeld	10
Brilla: Die BauGB-Novelle 2017	11

\* Bei dem Text handelt es sich um eine überarbeitete Kurzfassung eines Aufsatzes, der in der NVwZ 2012, S. 1509 erschienen ist.

<sup>1</sup> BayVGH, B.v. 02.04.2003, a.a.O.; VGH Mannheim, Urt. v. 19.11.2003, Nr. 5 S 2726.02.

<sup>2</sup> BVerfGE 58, 257, 277.

<sup>3</sup> vgl. BVerfGE 41, 251, 266; 58, 257, 277 f.; Beschl. v. 03.11.1982, 2 BvL 28/81.

<sup>4</sup> vgl. BVerfGE 80, 1, 20; 113, 167, 268 f.

Da im Anwendungsbereich der BEMFV Grundrechte sowohl der Anlagenbetreiber (Art. 12 und 14 I GG) als auch von Anwohnern (Art. 2 II und 14 I GG) betroffen sein können, sind die soeben skizzierten strengen Maßstäbe an die Ermächtigungsnorm und die Verordnung anzuwenden.

### 3. Wer soll geschützt werden?

Gem. § 12 FTEG sollen durch Rechtsverordnung Regelungen zum Schutz von Personen „in den durch den Betrieb von Funkanlagen entstehenden elektromagnetischen Feldern“ getroffen werden. Damit sollen offensichtlich Personen geschützt werden, die sich in unmittelbarer Nähe zu den Anlagen in den elektromagnetischen Feldern aufhalten (müssen). Hierfür spricht u.a. § 3 I Nr. 3 FTEG, wonach alle Geräte die im Gesetz benannten Anforderungen zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit des Benutzers und anderer Personen zu erfüllen haben.

Die in § 3 I Ziff. 1 BEMFV geforderte Einhaltung von Grenzwerten der 26. BImSchV dient allein der Bestimmung eines Sicherheitsabstandes um die Anlage, innerhalb dessen sich keine Personen dauerhaft aufhalten dürfen. Geschützt werden also Dritte, die in der Umgebung einer solchen Anlage wohnen oder arbeiten. Für Personen, die sich innerhalb des Sicherheitsabstandes – dauerhaft oder vorübergehend – aufhalten (z.B. Arbeitnehmer bei Benutzung der Anlage), finden sich in der BEMFV keinerlei Schutzvorschriften.

### 4. Ausdehnung des Anwendungsbereichs durch abweichende Definitionen

In der BEMFV werden gegenüber dem FTEG einige Begriffe abweichend definiert, was eine erhebliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Verordnung gegenüber dem Gesetz zur Folge hat:

- Nach § 1 BEMFV ist Zweck der Verordnung das Nachweisverfahren zur Gewährleistung des Schutzes von Personen in den durch den Betrieb von ortsfesten Funkanlagen entstehenden elektromagnetischen Feldern. Unter „ortsfeste Funkanlage“ versteht § 2 Nr. 1 BEMFV eine Funkanlage „i. S. d. § 2 Nr. 3 FTEG einschließlich Radaranla-

gen, die während ihres bestimmungsgemäßen Betriebes keine Ortsveränderung erfahren“. Eine Funkanlage i. S. d. § 2 Nr. 3 FTEG ist ein „Erzeugnis oder ein wesentliches Bauteil davon, das in dem für terrestrische/ satellitengestützte Funkkommunikation zugewiesenen Spektrum durch Ausstrahlung und/oder Empfang von Funkwellen kommunizieren kann“. Weder in § 12 FTEG noch an einer anderen Stelle des Gesetzes wird der Begriff der „ortsfesten Funkanlage“ verwendet.

- Keine Entsprechung im FTEG findet der Begriff des „Standortes“ in § 2 Nr. 3 BEMFV. Er wird definiert als ein Installationsort, an dem eine oder auch mehrere ortsfeste Funkanlagen auf demselben Mast errichtet und betrieben werden. Gleiches gilt für den Begriff des „standortbezogenen Sicherheitsabstandes“ in § 2 Ziff. 4 BEMFV, der im FTEG ebenfalls nicht vorkommt.

Das Gesetz benötigt ihn nicht, da es nach seinem Regelungsprogramm nicht darum geht, Personen aus einem bestimmten Radius um die Anlage gänzlich herauszuhalten, sondern sie während des Aufenthaltes in den durch den Betrieb von Funkanlagen entstehenden elektromagnetischen Feldern zu schützen.

Weder in § 12 FTEG noch in den sonstigen Vorschriften des FTEG findet sich ein Hinweis darauf, dass ihr Anwendungsbereich auch ortsfeste Anlagen erfasst.

- Der Verordnungsgeber wird in § 12 FTEG nicht ermächtigt, Grenzwerte für die von den in Bezug genommenen Anlagen ausgehenden Emissionen festzulegen. Dennoch ist § 3 BEMFV mit der Überschrift „Grenzwerte“ übertitelt und erklärt im Wege einer dynamischen Verweisung die Grenzwerte des Anhangs 1 der 26. BImSchV für anwendbar.

Da die Festlegung von Grenzwerten wesentlich für die Grundrechtsverwirklichung ist, hätte es auch in § 12 FTEG einer ausdrücklichen Ermächtigung bedurft, wie dies etwa in §§ 7 I Nr. 2 und 23 I Nr. 2 BImSchG der Fall ist. Ein „Anzapfen“ der Grenzwerte einer anderen Verordnung mittels einer

Verweisungsvorschrift ist dem Verordnungsgeber untersagt, weil dies einer Umgehung des Vorbehalts des Gesetzes gleichkommt und einen Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 80 I 3 GG bedeutet.

- Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung des § 12 FTEG können auch aus dem Gesetzeszweck selbst ermittelt werden. Nach § 1 FTEG ist Zweck des Gesetzes, „durch die Regelung über das Inverkehrbringen, den freien Verkehr und die Inbetriebnahme von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen einen offenen wettbewerbsorientierten Warenverkehr dieser Geräte im europäischen Binnenmarkt zu ermöglichen. Das Gesetz dient zugleich der Umsetzung der Richtlinie 1999/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 1999 über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen und die gegenseitige Anerkennung ihrer Konformität“ (nachfolgend: RL).

Das FTEG geht – mit Ausnahme von Zuständigkeitsregelungen – über den Regelungsbereich der Richtlinie nicht hinaus. Deren Zweck ist die Erleichterung des freien Warenverkehrs von Funkanlagen- und Telekommunikationsendgeräten innerhalb des Gebietes der Europäischen Union. Behördliche Zulassungsgenehmigungen werden durch Konformitätsbewertungsverfahren ersetzt, Art. 10 ff RL. Die Hersteller haben den Nachweis der Konformität von Geräten mit den grundlegenden Anforderungen gem. Art. 3 RL mittels eines Konformitätsbewertungsverfahrens zu erbringen, Art. 10 RL (=§ 7 I FTEG). Nach Durchführung dieses Verfahrens und Anbringung eines CE-Kennzeichens dürfen sie in den Verkehr gebracht werden, Art. 7 der Richtlinie (=§ 10 I FTEG).

### 5. Unterschiedliche Regelungsgegenstände

Folglich regeln die BEMFV und das FTEG so ziemlich Gegensätzliches:

- Die Richtlinie und das FTEG zielen auf die Erleichterung des Warenverkehrs ab und untersagen die Einführung neuer Genehmigungstatbestände. Kern der BEMFV ist hingegen die Einführung eines neuen Genehmigungstatbestandes und -verfahrens.

- Die in der Richtlinie wie in dem FTEG vorgeschriebenen Anforderungen an Funkanlagen und Telekommunikationsendgeräte sind sämtlich gerätebezogen, d.h. jedes einzelne Gerät, das in den Verkehr gelangt, hat ihnen zu entsprechen. In der BEMFV wird ausschließlich eine ortsbezogene Prüfung vorgenommen, die allein die Berechnung eines Sicherheitsabstandes für alle am Standort betriebenen Funkanlagen zum Gegenstand hat.

- Die Richtlinie und das FTEG übertragen die Verantwortung für die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften auf den Hersteller. Jedes Gerät muss eine CE-Kennzeichnung tragen. Die Haftung des Herstellers für Schäden, die durch fehlerhafte Geräte verursacht werden, gem. der Richtlinie 85/374/EWG des Rates, bleibt erhalten.

Nach der BEMFV verbleiben Verantwortung und gegebenenfalls Haftung beim Staat, da er aufgrund der von ihm berechneten Sicherheitsabstände die Einhaltung der Grenzwerte überprüft und die Genehmigung erteilt hat. Da zudem wegen der Vielzahl der auf dem Funkmast betriebenen Funkanlagen bei Eintritt eines Schadens eine haftungsbegründende Zurechnung nahezu ausgeschlossen sein wird, dürfte die Genehmigungserteilung zu einer Haftungsbefreiung der Betreiber führen.

- Durch die Richtlinie und das FTEG werden in erster Linie der Benutzer der Anlage und Personen geschützt, die sich also in unmittelbarer Nähe des Gerätes aufhalten und i.d.R. einer freiwilligen bzw. in Kauf genommenen Immission aussetzen.

Die BEMFV definiert hingegen nur einen Sicherheitsabstand, innerhalb dessen sich Menschen, die i.d.R. gerade nicht Benutzer sind, nicht dauerhaft aufhalten dürfen.

- Die Richtlinie legt abschließend die nach nationalem Recht zulässigen Bestimmungen für das Inverkehrbringen von Geräten fest, Art. 6 I 2 RL. Damit ist dem nationalen Gesetzgeber die Einführung neuer Genehmigungstatbestände untersagt (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV). Daher finden sich in dem FTEG keinerlei (auf den Einzelfall be-

zogene) Genehmigungstatbestände.

Mit § 4 BEMFV wird jedoch ein neuer Genehmigungstatbestand mit einer standortbezogenen Prüfung eingeführt, ob im Einwirkungsbereich des Vorhabens „Betrieb einer oder mehrerer Funkanlagen mit der beantragten technischen Auslegung an Sendeleistung und Feldstärke“ eine entgegenstehende bauliche Nutzung (Gewerbe oder zu Wohnzwecken) existiert. Eine ortsfeste Anlage ist niemals eine Ware.

- Die Richtlinie erfasst alle Erzeugnisse, die in dem für Funkkommunikation zugewiesenen Spektrum durch Ausstrahlung und/oder Empfang von Funkwellen kommunizieren können, Art. 2 RL. Diese Geräte senden zumeist mit einer sehr geringen elektromagnetischen Feldstärke; die in den Anwendungsbereich fallenden Mobiltelefone arbeiten mit einer Sendeleistung von ca. 2 Watt (W). Eine Mobilfunksendeanlage hingegen arbeitet mit 20 bis 40 W pro Kanal. Auf einem Funkmast werden oft 15 und mehr Antennen mit jeweils mehreren Kanälen montiert, was zu einer Gesamtleistung von 1000 W und mehr führen kann. Hierdurch kann sich bei Addition der Sicherheitsabstände aller auf demselben Funkmasten montierten Funkanlagen auf 25 m und mehr erhöhen. Dieser Zahlenvergleich macht deutlich, warum im Anwendungsbereich der Richtlinie keine Grenzwerte bzw. Sicherheitsabstände erforderlich sind.

## 6. Keine Klarstellung durch den Gesetzgeber

Mit der Ablösung des FTEG durch das neue FUAG hätte sich dem Gesetzgeber die Möglichkeit geboten, die Begriffsdefinitionen klarstellend zu erweitern, so dass sie mit denen der BEMFV übereinstimmen. Das hat er aber nicht getan. Keine von den insgesamt 29 Begriffsdefinitionen des § 3 I FUAG deutet darauf hin, dass davon auch ortsfeste Sendeanlagen erfasst werden. Das FUAG ist eindeutig auf Funkanlagen abgestellt, die massenweise als Waren hergestellt und hier auf den Markt kommen.

Nach Auffassung des VG Dresden soll der Hinweis auf den Wegfall des § 6 TKZulV in der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 14/4062; Seite 13, 14)

zu § 12 FTEG ausreichend sein, um seinen Regelungsbereich auch auf den Schutz von Personen im Bereich von ortfesten Anlagen zu erstrecken, vgl. UrT. v. 14.12.2017, 3 K 1324/13. Dort heisst es:

„Durch § 19 IV FTEG findet TKZulV weitgehend keine Anwendung mehr für Geräte i.S.d. FTEG. Der bisher durch § 6 TKZulV geleistete erforderliche Personenschutz vor schädlichen Wirkungen ortsfester Anlagen soll durch die nunmehr zu erlassende Rechtsverordnung sichergestellt werden.“

Es reicht jedoch nicht aus, wenn die Vorstellung des Gesetzgebers vom Anwendungsbereich des Gesetzes nur in der Begründung zu dem Gesetzesentwurf zum Ausdruck kommt, so OVG Lüneburg, UrT. v. 13.03.2014, 8 LB 73/13, Tz. 60). Denn der betroffene Bürger muss schon aus der gesetzlichen Ermächtigung erkennen können, was ihm gegenüber zulässig sein soll und welchen möglichen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (vgl. BVerfGE 80, 1 <20>; 113, 167 <268 f.>).

Das ist dann nicht der Fall, wenn das FTEG bzw. das FUAG die Anforderungen an das Inverkehrbringen von kleinen, in Serie hergestellten und von dem Verbraucher zu benutzenden Funkgeräten und Telekommunikationsendgeräten regelt, und weder das Gesetz noch die Ermächtigungsgrundlage einen expliziten Hinweis darauf enthalten, dass darüber hinaus der Regelungsbereich der Rechtsverordnung sich auch auf große ortsfeste Sendeanlagen erstrecken soll.

## 7. Ergebnis

Die Bestimmungen der BEMFV zur Standortgenehmigung verletzen Art. 80 I 2 GG. Sie regeln im Grunde eine gänzlich andere Materie als von der Ermächtigungsnorm des § 12 FTEG vorgesehen. Eine Rechtsverordnung, die über die Grenzen der Ermächtigung hinausgeht, ist verfassungswidrig. Damit gibt es für die Errichtung von Mobilfunkbasisstationen keine verfassungskonforme Rechtsgrundlage

# Das Recht behinderter Kinder auf Besuch der Offenen Ganztagschulen in Nordrhein-Westfalen

von Anne Quack, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht und Familienrecht, Hürth

Rezension des LSG-Urteils L 20 SO 482/14 vom 07.11.2016

1. Der Besuch einer Offenen Ganztagschule in NRW wird für Kinder mit Behinderungen zunehmend schwieriger, auch wenn die Träger der Offenen Ganztagschule gerade für diese Kinder einen finanziellen Zuschuss erhalten. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass viele der behinderten Kinder einen Inklusionshelfer benötigen, welche für die inklusive Grundschule in der Regel beim Nachweis der Notwendigkeit auch durch die entsprechend der Behinderung zuständigen Jugendämter oder Sozialämter bezahlt werden.

Die sozialgerichtliche Rechtsprechung auf der Ebene der erstinstanzlichen Gerichte war diesem Thema gegenüber bereits seit dem Urteil des SG Köln aus dem Jahre 2011, AZ: S 21 SO 448/10 vom 21.09.2011 sehr aufgeschlossen und urteilten, dass Inklusionshelfer auch für die Offene Ganztagschule über § 12 Eingliederungshilfverordnung finanzierbar seien, da die Offene Ganztagschule die Möglichkeit der schulischen Förderung i.S.d. Eingliederungshilfverordnung (im Folgenden: EinglHVO) bot.

Die zunehmend der Inklusion behinderter Kinder aufgeschlossene nordrhein-westfälische Sozialgerichtsbarkeit wurde allerdings jäh unterbrochen, nachdem das Landesozialgericht NRW (im Folgenden LSG NRW) unter dem AZ: L 20 SO 482/14 vom 07.11.2016 mit Hinweis auf die Freiwilligkeit der Teilnahme an der Offenen Ganztagschule eine Förderung des Inklusionshelfers über § 12 EinGlHVO ablehnte. Es ist der Auffassung, dass die Teilnahme an der OGS lediglich Teilhabe sei und daher nur über die §§ 92 ff SGB XII förderbar, was dazu führt, dass Eltern den Inklusionshelfer nur dann bezahlt bekommen, wenn diese selbst nur sehr geringes Einkommen erzielen oder Sozialhilfe bzw Hilfe zum Lebensunterhalt erhalten. Alle anderen Eltern müssen den Inklusionshelfer selbst zahlen, was dazu führt, dass viele Kinder dadurch nicht in die OGS gehen können, da die Kindeseltern den Inklusionshelfer nicht finanzieren können.

Durch die zunehmende Verweigerungshaltung der Kommunen hinsichtlich der Finan-

zierung des Inklusionshelfers für die Nachmittagsbetreuung in der OGS mit Hinweis auf das hier rezensierte Urteil wirkt sich diese Rechtsprechung als Hemmschuh und Verhinderer der durch die UN-BRK geforderte Inklusion in NRW aus. Gegenüber dieser Rechtsprechung des LSG NRW bestehen diese erhebliche rechtliche Bedenken.

2. Das LSG NRW ist in seiner Entscheidung von einem falschen Verständnis der UN-BRK ausgegangen und bezieht sich auf Urteile, die ebenfalls noch nicht die neueren Entwicklungen des Völkerrechts berücksichtigen. Die Nichtgewährung eines notwendigen Inklusionshelfers durch die zuständigen Behörden, welche sich durch die obige Entscheidung des LSG NRW gestärkt sehen, verletzt diese in ihren Rechten und diskriminiert sie. Diese behinderten Kinder haben einen Anspruch auf Förderung eines Inklusionshelfers im Offenen Ganztage der Regelschule, dies ergibt sich nicht nur aus der UN-BRK sondern auch aus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (im Folgenden BSG), welche unserer Auffassung nach durch das LSG NRW restriktiv ausgelegt wird sowie aufgrund der durch die UN-BRK geänderten rechtlichen Anforderungen. Letztere wurden vom LSG NRW falsch interpretiert.

a. Das LSG verweist in obiger Entscheidung auf S. 3 Ziff. 64 auf eine Entscheidung des BSG mit dem Aktenzeichen B 8 SO 15/11 und zitiert, dass „ die Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung einen qualifizierten objektiv finalen Bezug dergestalt aufweisen, dass der Schwerpunkt der Leistung nicht allein oder vorrangig bei der allgemeinen Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft, sondern zumindest gleichwertig bei den mit ihr verfolgten beruflichen, schulischen, ausbildungsbezogenen und medizinischen Zielen liege. Maßnahmen die sich nur mittelbar auf die Erreichung des verfolgten Ziels auswirken, würden von der Privilegierung nicht erfasst“. Dann zieht es den Schluss, dass ein solch objektiv,finaler Bezug zwischen der OGS-Teilnahme und regulärem Besuch des gemeinsamen Unterrichts nicht gezogen werden könne. Es ist sogar der Auffassung, dass noch nicht

einmal die Hausaufgabenbetreuung, da zu Hause leistbar, einen finalen Bezug aufweise. Dabei verkennt es in seiner Argumentation, dass das BSG in der von ihm benannten Entscheidung zu der Auffassung gelangt ist, dass die Fahrt eines Schülers/einer Schülerin mit dem Taxi zur Schule als final zum Schulbesuch gesehen werden müsse und daher die Taxikosten über die EinglHVO zu finanzieren sind. Die OGS gehört in NRW zu fast jeder Grundschule. Es gibt kaum eine Grundschule ohne eine OGS-Betreuung im Nachmittagsbereich. Diese ist daher die Regel und alles andere die Ausnahme. Das Angebot des Offenen Ganztags wird in der Verwaltungsvorschrift des Landes als Bildungsangebot definiert.

Zugegebenermaßen handelt es sich hierbei um ein freiwilliges Bildungsangebot, allerdings ist die Nutzung dieses Angebotes derzeit mit deutlich über 50% die Regel an den Grundschulen. Dies müsste bereits aufgrund von Art. 3 Abs.3 GG sowie Art.24 UN-BRK in der Argumentation des LSG Berücksichtigung finden. Die Nichtförderung durch die EinglHVO kommt einem Ausschluss vieler behinderter Kinder aus dem Offenen Ganztage gleich, da diejenigen, die den Offenen Ganztage nicht nutzen, die Ausnahme sind.

Das Hausaufgabenangebot ist eine finale Folge des Schulbesuches, wenn denn die Fahrt mit einem Taxi zur Schule (lt BSG) einen finalen Bezug zur Schule hat, demgegenüber ist nach der Argumentation des LSG NRW die Hausaufgabenbetreuung ohne weiteres den Eltern zumutbar und aus diesem Grunde nicht final. Da auch die nicht behinderten Kinder in der Regel von den Eltern zur Schule gebracht werden, es aber zumindest in der Aufgabe der Eltern steht, dass die Kinder zur Schule kommen, verfängt die Argumentation des LSG NRW nicht im Hinblick auf die von ihm selbst zitierte Rechtsprechung des BSG.

Wenn aber die obige Rechtsprechung des BSG zur Taxifahrt herangezogen wird, so muss diese bei Heranziehen der Argumentation zur Folge haben, dass sowohl das Bringen eines Kindes zur Schule aber auch

die anschließende Betreuung eines Kindes durch pädagogisches Personal mit Bildungsangeboten als final zum Schulbesuch anzusehen sind. Insbesondere im Hinblick auf die behinderten Kinder, deren Förderplan im Nachmittagsbereich in der Regel nach Vorgaben der Sonderpädagogen weiter umgesetzt wird, muss dieses gelten.

Hinzukommt, dass, da in NRW zu fast jeder Grundschule ein „Offener Ganztag“ gehört, dieser ebenfalls final ist hinsichtlich seiner Förderung als anerkannte Bildungseinrichtung für Kinder. Allein daher auf den Punkt der Freiwilligkeit abzustellen, ist falsch.

In diesem Zusammenhang muss auch die Montessori-Entscheidung des BSG B 8 SO 30/10 R gesehen werden. Dort hat das BSG erläutert, dass eine außerhalb des Kernbereiches Schule als unterstützende Maßnahme geleistete Therapie, also eine freiwillige Maßnahme über die EinglHVO zu finanzieren sei. Die Rechtsprechung des BSG ist daher im Hinblick auf die Anwendung der EinglHVO nicht restriktiv auszulegen, wie dies das LSG NRW jedoch macht. Wenn bereits Taxikosten, die überhaupt nichts mit konkreter angemessener Förderung zu tun haben, sondern lediglich dazu dienen, das behinderte Kind in die Schule zu bringen und eine (freiwillige) Therapie, welche das Kind in seiner angemessenen Bildung (nur) unterstützt, als über die EinglHVO gemäß der Rechtsprechung des BSG als zu fördern gilt, ist es m.E.- nicht nachvollziehbar, dass die Offene Ganztagsbetreuung als Bildungseinrichtung, welche mit der Schule und auch dem Kernbereich der Schule in direktem Kontakt und direkter Verbindung hinsichtlich einer vermittelnden Bildung zum Kind steht, nicht über diese förderbar sein soll.

Diese Auslegung geht an der Lebenswirklichkeit der Ganztagsbeschulung und deren besonderer Förderung gerade von Kindern mit Behinderung vorbei. Eine solch restriktive Auslegung ergibt sich auch nicht aus der vom LSG zitierten Rechtsprechung.

**b.** Die Rechtsprechung des LSG NRW verstößt zudem gegen Art. 3 Abs. 3 GG sowie gegen Art. 24 UN-BRK:

Nach Art. 3 Abs.3 S.2 GG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

Nach Art. 24 Abs. 1 UN-BRK müssen die Vertragsstaaten die Verwirklichung des

Rechts von Menschen mit Behinderungen auf Bildung durch inklusive Bildungssysteme auf allen Ebenen gewährleisten. Dazu gehören Vorschulbildung, und grund- und weiterführende Bildung sowie Hochschulbildung, berufliche Bildung und lebenslanges Lernen, außerschulische und soziale Aktivitäten für alle Lernenden, einschließlich Menschen mit Behinderungen, frei von Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen.

Beide können auch nicht allein gesehen werden, da das Grundgesetz durch das Völkerrecht und hier die UN-BRK, als unmittelbar geltendes Recht, ausgelegt werden muss. Dies dadurch, dass sie „als völkerrechtliche Normen dadurch Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden haben, dass der Bundestag unter einstimmiger Zustimmung des Bundesrates ein so genanntes Vertragsgesetz verabschiedet hat. Die Konvention hat danach in ihrer Gesamtheit, quasi als völkerrechtlicher Normkomplex, nach allgemeiner Auffassung den Rang von Bundesrecht erhalten“, (so Dr. Valentin Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis; AnwBl 10/2011 S.727ff, ebenfalls Epping/Hillgruber, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 59 GG Rn 41, 2. Aufl., München 2013).

In seinem Urteil vom 23.03.2011 (BvR 882/09, Rn. 52) hat das BVerfG klargestellt, dass „auch die UN-BRK als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden kann“. Über Art. 25 S.1 GG wird die Gesamtheit der allgemeinen Regeln des Völkerrechtes Bestandteil des innerdeutschen Rechts und die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind von allen Hoheitsträgern als innerstaatlich geltendes Recht zu beachten. Die UN-BRK ist daher nicht nur eine reine Ausprägung des Diskriminierungsverbotes (so Eppinger/Hillgruber a.a.O. Art. 25 GG Rn 24). Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind von allen Hoheitsträgern als innerstaatliches geltendes Recht zu beachten (Eppinger/Hillgruber a.a.O.).

„Für Behörden und die Gerichtspraxis ist eine entsprechende Rechtspraxis sogar rechtsstaatlich geboten, wenn sie ohne diese menschenrechtskonforme Auslegung zu einer konventionswidrigen Entscheidung kämen“ (so Valentin Aichele, a.a.O.).

Auf die hier bezogene Problematik der Gewährung/Nichtgewährung eines Inklusionshelfers für den Offenen Ganztag an

Grundschulen, bedeutet dies, dass eine Gewährung desselben für den Offenen Ganztag erfolgen muss, so wie dies in der Regel auch für den Ganztagsunterricht geschieht, denn Art. 24 UN-BRK sieht ganz klar auch außerschulische und soziale Aktivitäten für alle Lernenden durch Art. 24 geschützt.

Durch die Ablehnung der Leistung ist es den meisten Kindeseltern nicht möglich, ihre behinderten Kinder weiter in den Offenen Ganztag zu schicken, zumindest nicht in dem Maße, wie viele es sich wünschten, um ihren Kindern den sozialen Kontakt mit anderen Kindern zu ermöglichen. Es fehlen schlicht und ergreifend die finanziellen Mittel. Dies verstößt sowohl gegen Art. 3 Abs.3 S.2 GG, als auch gegen Art. 24 iVm Art. 9 UN-BRK.

Nach Art. 9 UN-BRK und der Allgemeinen Bemerkung Nr.2 müssen Bildungsinstitutionen und -programme ohne Diskriminierung für alle zugänglich zur Verfügung stehen. Das gesamte Bildungssystem muss zugänglich sein. Dies schließt Gebäude, Informations- und Kommunikationsmittel (die umgebungsunterstützende oder auf Frequenzmodulation beruhende Assistenzsysteme enthält), Lehrpläne, Unterrichtsmaterialien, Lehrmethoden, Beurteilungsverfahren sowie Sprach- und Unterstützungsdienste mit ein (Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Allgemeine Bemerkung Nr.2). In Nr. 34 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderung wird zu Art. 24 UN – BRK festgestellt, dass „alle Unterstützungsmaßnahmen mit dem Ziel der Inklusion vereinbar sein müssen“. Dementsprechend müssen sie so konzipiert sein, dass sie die Möglichkeiten von Lernenden mit Behinderungen, -gemeinsam mit ihren Altersgenossen in einer Klasse unterrichtet zu werden und an außerschulischen Aktivitäten teilzunehmen-, stärken, anstatt sie auszugrenzen“ (Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, v. 25.11.2016; Ausschuss zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, Nr. 34).

Insoweit ist hier deutlich geregelt, dass sogar außerunterrichtliche Angebote von Segregation auszunehmen sind und auch hierfür angemessene Vorkehrungen, zu denen der Inklusionshelfer, als Unterstützungsmaßnahme zählt, bereitgestellt werden müssen, um die Zugänglichkeit zu gewährleisten. Kinder, die aufgrund Verweigerung der Finanzierung des Inklusionshelfers nicht am Bildungsangebot der OGS teilnehmen können,

werden im erwähnten Sinne ausgegrenzt. Diese Kinder werden von der Bildungsinstitution OGS – als außerunterrichtliche oder außerschulische Bildung – ausgeschlossen, weil sie keine Betreuung durch einen Inklusionshelfer erlangen. Dies ist eine klare Diskriminierung aufgrund Behinderung! Das LSG-NRW übersieht in seiner hier diskutierten Entscheidung, dass Art. 24 UN-BRK nicht nur Zugänglichkeit zu inklusivem Unterricht gewährleistet, sondern auch zu allen anderen Bildungseinrichtungen, auch außerschulischer Art gewährt, wozu die OGS gehört.

c. Zudem wird m.E. auch die EinglHVO falsch ausgelegt, denn im Fall einer OGS ist der Regelfall, dass das jeweilige behinderte Kind im Rahmen eines mit der Schule aufgestellten Förderplanes in dieser weiter gefördert wird, ähnlich wie in einer Therapie, um das jeweilige Kind nach Vorgaben des Sonderpädagogen für die Schule weiter zu stärken.

Der Runderlass des Schulministeriums zur OGS (Bass 12-63 Nr. 2) verlangt unter 3.1 Merkmale von Ganztagschulen und außerunterrichtlichen Ganztags- und Betreuungsangeboten u.a. Folgendes:

- Erstellung von Förderkonzepten und -angeboten
- zusätzliche Zugänge zum Lernen und zu Arbeitsgemeinschaften wie z.B. Kunst, Theater etc.
- Möglichkeiten zum sozialen Lernen uvm.

Dies ist auch nicht – jedenfalls nicht so – von Eltern leistbar!

Die OGS hält pädagogische Kräfte vor, welche in ständigem Kontakt mit den Lehrern die Vorgaben aus dem Förderplan weiter entwickeln. In vielen OGSen beteiligen sich die Lehrer auch an der Nachmittagsbetreuung, so dass diese eine sehr hohe Qualität aufweisen. Dieses Bildungsangebot können Eltern nicht erfüllen, aus diesem Bildungsangebot werden Kinder ohne notwendigen Inklusionshelfer daher ausgeschlossen. Einen klareren Verstoß gegen Art. 3 Abs.3 S.2 GG iVm Art.24 UN-BRK kann es doch kaum geben.

Gerade der letzte zitierte Punkt ist für Kinder mit Behinderung nicht von unerheblicher Bedeutung, da die OGS für viele oft die einzige Möglichkeit ist mit Kindern in einer anderen als der strengen schulischen

Lernatmosphäre in Kontakt zu treten. Aber bereits der 1. gewählte Punkt zeigt, dass das Förderkonzept, welches ebenfalls im Offenen Ganztag erstellt wird, den behinderten Kindern unter Verstoß gegen Art. 3 Abs.3 s.2 GG iVm Art. 24 UN-BRK durch die Nichtgewährung des Inklusionshelfers letztlich verweigert wird und damit ist dieser Bildungsweg für sie nicht zugänglich i.S. der UN-BRK. So sagt der Ausschuss ganz klar, dass die Versagung finanzieller Mittel für die angemessenen Vorkehrungen zu Bildungseinrichtungen eine Diskriminierung darstellen und in Nr. 29 erläutert der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung, dass „eine Einzelperson einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen hat, auch wenn der Vertragsstaat seine Verpflichtung im Hinblick auf Zugänglichkeit erfüllt“. Die Zugänglichkeit zur OGS ist natürlich grundsätzlich gegeben, nur ist sie hier nicht möglich, da die angemessene Vorkehrung zu der Bildungseinrichtung OGS – der Inklusionshelfer- verweigert wird. Die UN-BRK unterscheidet bei Bildungseinrichtungen nicht nach Freiwilligkeit und/oder verpflichtender Teilnahme, so dass es lediglich darauf ankommt, ob es sich um ein Bildungsangebot handelt oder nicht. Da es sich bei der OGS gemäß klarer Definition des Gesetzgebers um ein Bildungsangebot handelt, ist ganz klar der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen, also der Inklusionshelfer, zu gewähren.

d. Letztlich werden aber auch Eltern behinderter Kinder durch diese Entscheidung diskriminiert, da eine volle Berufstätigkeit beider nur dann möglich ist, wenn die Nachmittagsbetreuung sichergestellt ist. Dass ist sie bei Grundschulkindern mit Behinderung in NRW aufgrund des nicht gebundenen Ganztagsangebotes der OGS und dessen freiwilliger Teilnahme nicht, da der Inklusionshelfer für dieses Betreuungsangebot des Landes NRW nach der Rechtsprechung des LSG NRW verweigert wird!

Der EuGH hat in seiner Entscheidung v.17.07.2008-303/06 (Rs.Coleman) den Diskriminierungsbegriff weit gefasst und geurteilt, dass das Diskriminierungsverbot behinderter Personen auch auf Dritte übergreifen kann, im dort vorliegenden Fall ging es um die Rechte einer arbeitenden Mutter, die einen pflegebedürftigen Sohn hatte. Diese Entscheidung wirkt sich auch direkt auf Deutschland aus, da die RL 2000/78/EG in Deutschland umgesetzt wurde. Eltern behinderter Kinder sind daher zu-

meist daran gehindert, beide einer vollen Erwerbstätigkeit nachzugehen, da ihre behinderten Kinder mangels Inklusionshelfers die OGS nicht besuchen können. Ab mittags müssen diese dann für die Betreuung ihres behinderten Kindes zur Verfügung stehen. Bei dem benannten Fall handelte es sich zwar um einen Arbeitsrechtsfall und es betraf das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber, der zentrale Satz des EuGH ist aber auch auf diese Fallkonstellation hier übertragbar, da dieser wie folgt lautet:

„Das Diskriminierungsverbot der RL 2000/78/EG und der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf beschränken sich nicht auf Personen, die selbst behindert sind. Diskriminierungsschutz wird nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in Art.1 RL 2000/78/EG geschützten Merkmale gewährt. Die Richtlinie schützt auch vor assoziierten Diskriminierungen, d.h. Diskriminierungen in denen Opfer und Merkmalsträger nicht identisch sind.“

Durch die Nichtgewährung des Inklusionshelfers sind die Eltern behinderter Kinder dadurch diskriminiert, dass nicht beide voll erwerbstätig sein können, so wie Eltern nicht behinderter Kinder, die in die OGS gehen können. Die Diskriminierung liegt direkt in der Behinderung des Kindes, ohne diese könnte es an der OGS teilnehmen und beide Elternteile voll arbeiten.

Alles in allem wird hierdurch deutlich, dass entgegen der Auffassung des LSG NRW durch die Verweigerung des Inklusionshelfers für die OGS behinderte Kinder und ihre Eltern diskriminiert werden.

3. Das Bundessozialgericht hat mittlerweile die Revision zu einer solchen Klage angenommen, welche sich mit der hier behandelten Problematik auseinandersetzt. Bis dieses entschieden hat, werden schon viele Kinder aufgrund der Verweigerungshaltung der Kommunen zur Finanzierung der Inklusionshelfer in der OGS dieses Bildungsangebot in ihrer gesamten Grundschulzeit wieder nicht nutzen können und damit weiter diskriminiert. Ein durchweg gutes Bildungsangebot wird ihnen letztlich verweigert. Der soziale Kontakt behinderter und nichtbehinderter und dessen Förderung bleibt jedenfalls durch diese Rechtsprechung auf der Strecke und dieses erweist sich im Grundschulbereich als wahre Inklusionsbremse.

# Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer sowie entsprechende Beitragspflicht verfassungskonform

BVerfG, Beschluss vom 12. Juli 2017 (Az.: 1 BvR 2222/12; 1 BvR 1106/13)

von Jens Kahrmann, Ass. iur., Berlin

Die Karlsruher Verfassungsrichterinnen und -richter haben sich nicht zum ersten Mal mit der Grundgesetzkonformität der Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer (IHK) sowie einer entsprechenden Beitragspflicht auseinandergesetzt. Sie bestätigten durch den Beschluss vielmehr ihre früheren grundlegenden Entscheidungen aus den Jahren 1962 (Az.: 1 BvR 541/57) sowie 2001 (Az.: 1 BvR 1806/98).

Wert wird der neuerlichen Entscheidung vor allem deshalb beigemessen, weil das BVerfG einige Klarstellungen vorgenommen hat und erstmals nach langer Zeit nun wieder per Senatsbeschluss entschieden hat – die Bindungswirkung des Kammerbeschlusses aus dem Jahre 2001 ist zum Teil angezweifelt worden (Nachweise bei Jahn, GewArch 2017, 375, 383).

Die beiden Beschwerdeführerinnen (Bf.), juristische Personen aus dem Bereich Autozubehörhandel sowie der Reiseunternehmung, monierten neben offensichtlich unzulässigen Rügen der Verletzung von Art. 1 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz (GG) durch die im IHK-Gesetz (IHKG) angeordnete Zwangsmitgliedschaft und den entsprechenden Pflichtbeitrag, insbesondere Verletzungen von Art. 9 Abs. 1 GG in Gestalt der negativen Vereinigungsfreiheit sowie Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne der allgemeinen Handlungsfreiheit. Außerdem wurde auch eine Verletzung des Demokratieprinzips moniert, da der Willensbildungsprozess innerhalb der Kammer nicht dem Demokratieprinzip entspreche und auch die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation in Form der gesetzlichen Aufgabenbeschreibungen nicht hinreichend sei.

Das BVerfG stellt zunächst anhand einer historischen Auslegung überzeugend dar, dass der Schutzbereich des Grundrechts der Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG durch die Pflichtmitgliedschaft der Bf. nicht eröffnet sei (Rn. 78 ff.). Das BVerfG führt aus, dass gerade mit Blick auf die Zusammenfassung Angehöriger bestimmter Berufe in öffentlich-rechtli-

chen Organisationen bereits im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee der Vorschlag abgelehnt wurde, die grundrechtliche Garantie der Vereinigungsfreiheit um eine Regelung zu ergänzen, dass niemand gezwungen werden dürfe, sich einer Vereinigung anzuschließen.

Zu prüfen blieb mit Blick auf die Grundrechte also der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG, da hieraus unter anderem das Recht erwächst, nicht durch Pflichtmitgliedschaft von „unnötigen“ Körperschaften in Anspruch genommen zu werden, zumal die mit einer Pflichtmitgliedschaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband einhergehende Beitragspflicht die wirtschaftlichen Voraussetzungen individuell selbstbestimmter Betätigungsfreiheit einschränkt.

Sodann erfolgt eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung (Rn. 87 ff.). Zunächst legt das BVerfG dar, dass die gesetzlichen Aufgaben der Industrie- und Handelskammern der für wirtschaftliche Selbstverwaltung typischen Verbindung von Interessenvertretung, Förderung und Verwaltungsaufgaben entsprechen, die nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG als legitime Zwecke für Pflichtmitgliedschaften anerkannt werden (Rn. 101 – 104). Das BVerfG führt weiter aus, dass durchgreifende Zweifel an der Eignung der Einrichtung öffentlich-rechtlicher Körperschaften für die Erreichung dieser Zwecke nicht bestehen, betont aber zugleich, dass der Gesetzgeber sich alternativ auch für ein Modell aus privaten Verbänden mit freiwilliger Mitgliedschaft entscheiden könnte. Diesen Gedanken greift es wenig später im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung (Rn. 105 f.) auf. Hier äußert das BVerfG nämlich erhebliche Zweifel, ob ein solches – von den Bf. mutmaßlich befürwortetes – Modell wirklich weniger belastend sei, da dort eine entsprechende Teilhabe aller Unternehmen nicht ebenso stark gewährleistet wäre. Schließlich geht das Gericht auf die Angemessenheit der Zwangsmitgliedschaft und der Beitragspflicht ein (Rn. 107 ff.). Hier betont der erste Senat zunächst nachvollziehbar, dass die Bf. nicht übermäßig belastet seien, da

die Beitragspflicht nach dem Gewerbebeitrag gestaffelt sei, die Beitragslast ausweislich vergangener Untersuchungen sogar zurückgegangen sei und die Bf. eine unzumutbare Belastung nicht überzeugend dargestellt hätten. Eine Unzumutbarkeit sieht das BVerfG aber auch nicht im ideellen Sinne dergestalt, dass die Bf. durch die Zwangsmitgliedschaft mit ihrer IHK in Verbindung gebracht würden, da für die Bf. einerseits die Möglichkeit bestehe, sich nicht aktiv einzubringen und andererseits die Bf. es auch nicht hinnehmen müssen, wenn die IHK und ihre Organe ihre gesetzlichen Aufgaben überschreiten, da insoweit der fachgerichtliche Rechtsweg eröffnet ist.

Schließlich hat sich das BVerfG noch dezidiert zur Vereinbarkeit der Zwangsmitgliedschaft mit dem Demokratieprinzip geäußert (Rn. 112 ff.), wobei die Karlsruher Richterinnen und Richter zunächst klargestellt, dass außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung das Demokratiegebot grundsätzlich offen sei für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt. Durch die gesetzlich getroffenen Aufgabenzuweisungen und Vorentscheidungen mit Blick auf die Beitragserhebung gebe es insbesondere unter Zugrundelegung der fachrechtlichen Auslegung eine hinreichende sachlich-inhaltliche Legitimation.

Schließlich erinnert das BVerfG – mit Blick auf die auch von den Karlsruher Richterinnen und Richter ebenfalls für nicht unproblematisch befundenen Beispiele von Einzelfallschilderungen mangelhafter Interessenvertretung von Mitgliedern durch die jeweiligen IHKen (siehe dazu Rn. 109) – daran, dass § 1 Abs. 1 IHKG auch dazu verpflichte, relevante Minderheitsbelange innerhalb der IHK-Mitglieder zu ermitteln und im Rahmen der Interessenvertretung auch darzustellen, gegebenenfalls in einem Minderheitsvotum. Dies darf wohl auch als Warnung in Richtung der IHKen verstanden werden (so auch Jahn, GewArch 2017, 375, 384).

## BÖR-REPORT – Das Präsidium der BÖR



**Dr. Thomas Fraatz-Rosenfeld**  
Präsident

Rechtsanwalt in einer kleineren Sozietät im Norden Hamburgs seit 1980, Promotion 1983, Fachanwalt für Verwaltungsrecht seit 1992 und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht seit 2007, Ausbildung zum Mediator im Jahre 2011.

Seit Anbeginn der Anwaltstätigkeit theoretische und praktische Befassung mit vor allem immobilienbezogenen Gebieten des Verwaltungsrechts (öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Naturschutzrecht, Recht der öffentlichen Abgaben, eingeschlossen öffentlich-rechtlicher Nachbarschutz) sowie dem Recht des öffentlichen Dienstes.

Im weiteren Verlauf der Tätigkeit auch Beschäftigung mit dem Miet- und Wohnungseigentumsrecht und dem privatrechtlichen Nachbarschutz.



**Lothar Hermes**  
Schatzmeister/Vizepräsident

Herr Lothar Hermes hat an den Universitäten Regensburg und Göttingen Rechtswissenschaften studiert und nach Ablegen seiner Examina den Aufbaustudiengang „Europäische Integration“ absolviert.

Seit 1993 ist er als Rechtsanwalt zugelassen und in Dresden tätig, wo er 1994 seine eigene Kanzlei gründete. Seit 1996 ist Herr Hermes Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Im Jahr 2004 gründete er eine Bürogemeinschaft mit Herrn RA Mathias Müller (Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht) und erhielt im selben Jahr den Integritätspreis 2004 für besondere Verdienste im Kampf gegen Korruption durch Transparency International Deutschland e.V.

Neben seiner Anwaltstätigkeit organisiert er Seminare zum Kommunalabgabenrecht, in denen er auch als Referent auftritt. Seit 1998 ist Herr Hermes Vorstandsmitglied der BÖR.



**Anne Quack**  
Vizepräsidentin

Anneliese Quack ist seit 1996 als Rechtsanwältin zugelassen. Zunächst war sie als Anwältin in eigener Kanzlei tätig, dann in den Jahren 1999-2002 als Sozia in der Kölner Kanzlei Selting und Baldermann. In den Jahren 2002-2009 arbeitete Frau Quack wieder in Hürth in ihrer eigenen Kanzlei. Seit 2009 ist sie Partnerin der Kanzlei Aussem, Heigl, die jetzt Aussem, Heigl & Quack heißt. Der Stadt Hürth ist Frau Quack durch ihre langjährige Ratstätigkeit verbunden. Im Jahr 2008 ist sie aus dem Rat ausgeschieden.

Frau Quack ist stellvertretende Präsidentin der BÖR sowie Mitglied diverser Hürther Vereine. Ihre beruflichen Schwerpunkte sind das Verwaltungsrecht, hier besonders das öffentliche Baurecht, Schulrecht/Hochschulrecht, das Sozialrecht, hier besonders Schwerbehindertenrecht und Rentenversicherungsrecht, sowie Familien- und Erbrecht.

## BÖR-REPORT – Die Mitarbeiterinnen der BÖR



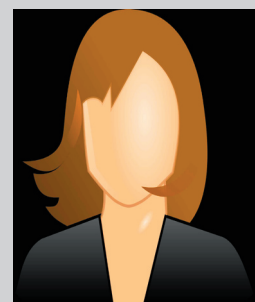
**Katharina Büke**

Nach ihrer Ausbildung zur Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellten hat sie jahrelang in einer Insolvenzkanzlei gearbeitet. Seit Juni 2016 unterstützt sie tatkräftig unsere Geschäftsstelle an der Friedrichstraße und somit auch Frau Dahms. Sie kümmert sich um die Seminaranmeldungen, nimmt Telefonate entgegen und hilft gerne bei Fragen bezüglich der Mitgliedschaft in der BÖR.



**Ivonne Dahms**

Sie ist das „Herz“ und der organisatorische wie menschliche Mittelpunkt unserer Geschäftsstelle an der Friedrichstraße; hier laufen Telefonate, Seminaranmeldungen und die Mitgliederbetreuung zusammen und hier melden sich in allen typischen Situationen eines Seminarbetriebs die Teilnehmer und vor allem die Referenten. Und das alles wird dann von Frau Dahms professionell gesteuert.



**Birgit Kahmann**

hat im August 2017 die Leitung des Seminarbetriebes übernommen und ist die Ansprechpartnerin für Referentinnen und Referenten, Veranstaltungsorte, neue Seminarthemen und vor Ort bei den Seminaren. Nach dem 2. Juristischen Staatsexamen war sie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Deutschen Institut für Urbanistik und dann viele Jahre in der Rechtsabteilung eines landeseigenen Unternehmens in Berlin mit inhaltlichem Schwerpunkt im Vergaberecht tätig.



## BÖR-REPORT – Der Vorstand der BÖR



**Martin Brilla**

Geb. 1962 in Bonn. Studium der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Rechtsanwalt seit 1996 in Bad Neuenahr-Ahrweiler, Köln und seit 2002 in Aachen, seit 2017 auch in Bonn. Seit 2001 Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Seit 2007 Leitung von Arbeitsgemeinschaften für Rechtsreferendare beim OLG Köln. Stellvertretendes Mitglied des Vorprüfungsausschusses für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung Verwaltungsrecht der Rechtsanwaltskammer Köln.

Autor im Kommentar zur Bauordnung Nordrhein-Westfalen im Kommunal- und Schulverlag. Regelmäßige Veröffentlichungen zu öffentlich-rechtlichen und arbeitsrechtlichen Themen.

Vorstandsmitglied der BÖR seit 2010.



**Lutz Frauendorf**

Schulausbildung in Nagold/Württemberg; Studium der Rechtswissenschaft und Politik in Tübingen und Frankfurt am Main; Rechtsanwalt in Reutlingen und Tübingen.

Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht der Universität Stuttgart-Hohenheim; Forschungsstelle für Verwaltungsrecht an der juristischen Fakultät der Universität Tübingen; seit 1987 mit Einführung der Fachanwaltschaften Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Ab 1990 Aus- und Fortbildung der Bauverwaltung u.a. in den neuen Bundesländern (BÖR und Land Baden-Württemberg); Tätigkeit in Fachanwaltsausbildung und Prüfung; Mitglied des gemeinsamen Prüfungsausschusses des Landes Baden-Württemberg Fachanwalt für Verwaltungsrecht seit 1997.

2003 Bestellung zum Notar in Tübingen; 2006 Mitglied des Dienstgerichtshofs des Landes Baden-Württemberg; seit 1994 Vorstandsmitglied der BÖR.



**Christian Paschen**

Herr Christian Paschen ist seit 1991 als Rechtsanwalt tätig, zunächst in der Sozietät Bezenberger, Mock & Partner in Berlin, ab 1995 in der Rechtsanwaltssozietät Gatzka, Heineken und Partner in Berlin. Ab 1991 bis 1993 folgte eine Tätigkeit bei der Treuhandanstalt Berlin, von 1993 bis 1995 bei der TLG Treuhandliegenschaftsgesellschaft mbH in Berlin. Seit 1995 ist er wieder als Rechtsanwalt tätig.

1999 gründete Herr Paschen seine eigene Kanzlei in Berlin und führt seit 2000 den Titel des Fachanwalts für Verwaltungsrecht. Seit 2005 ist er Lehrbeauftragter an der Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus-Senftenberg am Lehrstuhl für Eisenbahnwesen.

Neben der Vorstandsmitgliedschaft bei der BÖR ist Herr Paschen im Vorstand des mo-fair e.V. vertreten und externer Justitiar in verschiedenen Eisenbahnverkehrs- und Eisenbahninfrastrukturunternehmen.

## BÖR-Geschäftsstelle

**BÖR** Bundesvereinigung  
Öffentliches Recht



Fortbildung,  
Weiterbildung &  
Qualifizierung

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

Bundesvereinigung Öffentliches Recht e.V.

Friedrichstr. 95, Postbox 125

10117 Berlin

Deutschland

Tel.: +49 (0)30 - 200 59 777 oder 206 49 248

Fax: +49 (0)30 - 206 49 249

E-Mail: [berlin@boer-ev.de](mailto:berlin@boer-ev.de)

Bürozeiten:

Montag bis Donnerstag: 09:00 – 16:00 Uhr

Freitag: 09:00 – 13:00 Uhr

## Die Figur des „Gebietsgepräges“ im Nachbarschutz?

Bemerkungen zu einem Beschluss des OVG Schleswig vom 18.09.2017 (1 MB 15/17)

von Dr. Thomas Fraatz-Rosenfeld, Rechtsanwalt und Mediator, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Hamburg

In dieser Entscheidung wie auch in einer ähnlichen Entscheidung aus dem Jahre 2015 (Beschluss vom 21.07.2015 – 1 MB 16/16, nicht veröffentlicht) setzt sich das OVG Schleswig noch einmal mit der vom OVG Hamburg (Beschluss vom 09. Mai 2009 – 2 Bs 154/08 = NordÖR 2009,308 ff.) entwickelten Figur des „Gebietsgepräges“ auseinander und lehnt die Übernahme dieses Gedankens ab. Dies gibt Anlass, noch einmal auf Grundzüge und aktuelle Probleme des planungsrechtlichen Nachbarschutzes zurückzukommen.

Durch die Entscheidungen des BVerwG (Urteil vom 16.09.1993 – 4 C 28/91 = DVBl. 1994,284) und einige weitere Entscheidungen dieses Gerichts war der sogenannte Gebietsgewährleistungsanspruch erstmals entwickelt worden auf der Grundlage folgender Überlegung: „Bauplanungsrechtlicher Nachbarschutz beruht ... auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses. ... Hauptanwendungsfall im Bauplanungsrecht für diesen Grundsatz sind die Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung“.

Dieses später als „Gebietserhaltungsanspruch“ bezeichnete Prinzip hat sich zwar in Rechtsprechung und Literatur durchgesetzt, es hat zugleich eine erhebliche Schwäche: Überschreitungen des Maßes der Bebauung einschließlich der zulässigerweise einzuhaltenden Bebauung der Grundstücksfläche werden dagegen unter keinem Gesichtspunkt erfasst. Damit sind Nachbarn außer in den Fällen, in denen grobe Maßüberschreitungen über das Gebot der Rücksichtnahme sanktioniert werden können (schon: BVerwG Urteil vom 13.03.1981 – 4 C 1.78 = MDR 81, 785 ff.), sonstigen Missgriffen der Bauaufsichtsbehörden ziemlich schutzlos ausgesetzt (typisch sind etwa Fälle sehr großer Mehrfamilienhäuser innerhalb von Einfamilien-

enhaussiedlungen). Allerdings kann man aus § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO herleiten, dass in dieser Norm nicht nur das Gebot der Rücksichtnahme, sondern auch ein Anspruch auf Aufrechterhaltung des typischen Gepräges eines Gebietes hergeleitet werden kann (zu dem das BVerwG dies etwa in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 hat erkennen lassen: BVerwG, Beschluss vom 13.05.2002 – 4 B 86/01 = NVwZ 2002, 1384).

Diese Überlegungen griff schon vor längerer Zeit der VGH Mannheim (Urteil vom 27.07.2001 – 5 S 1093/00 = ZfBR 2002, 79) für einen Fall eines in räumlicher Hinsicht sehr groß dimensionierten Pflegeheims in einem Gewerbegebiet auf (wenn auch mehr unter dem Gesichtspunkt des Widerspruchs hinsichtlich der Störanfälligkeit). Ähnlich hielt das OVG Hamburg (a.a.O) die Massierung von Stellplätzen in einem Wohngebiet für unzulässig. Allerdings war diese Annahme nicht voraussetzungslos - vielmehr muss das „Gebietsgepräge“ sich aus einem erkennbaren Planungswillen ableiten lassen (a.a.O, Nord ÖR 2009, 309).

Zwischenzeitlich wird auch von anderen Gerichten (etwa: VG Münster, Urteil vom 14. April 2016 – 2 K 1348/15; VG München, Beschluss vom 11.11.2015 – M 8 Sn 15.3892, beide juris) von einem Gebietsgeprägeanspruch ausgegangen. Letztlich ist er aber umstritten geblieben (ablehnend beispielsweise: Stühler, BauR 2011, 1576; Hoffmann, BauR 2010, 1859; Schulte-Beerbühel, Öffentliches Baunachbarrecht, 2017, Rdn 172).

Nunmehr hat sich das OVG Schleswig nach der Entscheidung aus dem Jahr 2015 nochmals in der o.g. Entscheidung vom 18.09.2017 mit dieser Frage im Fall eines großvolumigen Wohnhauses beschäftigt und führt insoweit (Rn 26) aus:

„Geht es – wie hier – um die Zulässigkeit von Mehrfamilienhäusern, sind der Art nach „Wohngebäude“ (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO) betroffen, die sich – i.S.d. § 15 Abs. 1 S. BauNVO – in die Eigenart eines (festgesetzten) allgemeinen Wohngebiets (WA) einfügen. ... Das ändert sich auch nicht dadurch, dass in den Mehrfamilienhäusern jeweils mehrere Wohneinheiten entstehen, was in Einzel-, Doppel- und Reihenhäusern nicht (oder weniger) der Fall ist. Die Anzahl der Wohnungen in einem Gebäude ist kein Merkmal, das die Art der baulichen Nutzung prägt ... § 4 BauNVO stellt lediglich auf die Nutzungsart als solche, nicht aber auf die Nutzungsintensität ab“ (mwN).

Zwar ist die systematische Ableitung dieser Entscheidung nicht zu beanstanden und es wird diesseits auch nicht verkannt, dass die Entscheidungen schon des VGH Mannheim und später des OVG Hamburg jeweils etwas andere Sachverhalte betreffen, bei denen die jeweiligen Vorhaben in der Art der Nutzung zu der Hauptnutzung variieren.

Andererseits ist damit auch manifestiert, dass Einfamilienhausesigentümer überdimensionierten Mehrfamilienhäusern nach dem bisherigen Stand der Rechtsprechung schutzlos ausgeliefert sind, obwohl damit eine Veränderung der Gebietsstruktur eingeleitet wird bzw. werden kann.

# Die BauGB-Novelle 2017

## Zugleich ein Bericht über das BÖR-Seminar am 16. Juni 2017

von Martin Brilla, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Aachen und Bonn

Unter dem Titel „**Endlich: Die BauGB-Novelle 2017 – Was bringt sie Neues?**“ veranstaltete die Bundesvereinigung Öffentliches Recht (BÖR) am 16.06.2017 im Berliner Dietrich-Bonhoeffer-Haus ein Ganztagesseminar. Zwei erfahrene Praktiker vermittelten die Inhalte aus zwei unterschiedlichen Blickwinkeln sehr anschaulich: Herr Dr. Klaus Schaeffer, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg a.D. und Herr Dr.-Ing. Tim Schwarz von der Berliner Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen.

### 1. Die Novelle im Überblick

Am 13.05.2017 ist die BauGB-Novelle, genauer gesagt das „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenhalts in der Stadt“ in Kraft getreten. Neben der Umsetzung des EU-Rechts, die auch die „Seveso III“-Richtlinie 2012/18/EU (Gefahrstoffrichtlinie) betrifft, will sie das Zusammenleben in Städten und Gemeinden stärken.

Es ist natürlich nicht möglich, die sechsstündige Veranstaltung, die die Thematik umfassend und detailliert aufarbeitete, in diesem Rahmen auch nur annähernd wiederzugeben. Deshalb soll nur ein kurzer Überblick über die Novelle sowie die Seminarveranstaltung gegeben werden; lediglich das neu eingeführte „Urbane Gebiet“ soll einer intensiveren Betrachtung unterzogen werden.

#### 1.1 Umsetzung von EU-Recht

Im Rahmen der Umsetzung der Änderungs-Richtlinie 2014/52/EU über die UVP-Prüfung wurden zum einen die Schutzgüter des § 1<sup>1</sup> ergänzt, die Auswirkungen von schweren Unfällen und Katastrophen berücksichtigt sowie Änderungen beim Umweltbericht vorgenommen (Anlage 1 BauGB); Letzteres wird wohl einige Mehrarbeit für die Verwaltung mit sich bringen.

Die Umsetzung und Ergänzung der „Seveso III“-Richtlinie 2012/18/EU (Gefahrstoffrichtlinie) brachte eine Erweiterung des Festsetzungskatalogs in § 9 Abs. 1 Nr. 23 sowie den Störfallbebauungsplan (§ 9 Abs. 2c) mit sich. Um die Gefahren schwerer Unfälle mit gefährlichen Stoffen zu beherrschen, wurde vor allem das Immissionsschutzrecht geändert. Flankierend erfolgten Regelungen im BauGB, um die Gefahren von Störfällen durch differenzierte Festsetzungen zu verringern. Zu nennen sind

- der Schutz vor Katastrophen und schweren Unfällen als städtebaulicher

(Umwelt-) Grund (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 j),  
 - Gebiete für Schutzmaßnahmen bei Nachbaranlagen von Störfallbetrieben (§ 9 Abs. 1 Nr. 23 c),  
 - eine isolierte Regelung über die Zulässigkeit von Nutzungen/Gebäuden zum Störfallschutz (§ 9 Abs. 2c),  
 - Ausschluss des vereinfachten Verfahrens bei Konfliktbewältigungspflichten bzgl. schwerer Unfälle (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 sowie § 13a Abs. 1 S. 5),  
 - das Verbot konstitutiver Innenbereichssatzungen bei Konfliktbewältigungspflichten (§ 34 Abs. 5 S. 1 Nr. 3),  
 - das Verbot teilprivilegierender Außenbereichssatzungen (§ 35 Abs. 6, 4 Nr. 3).

Schließlich besteht künftig die Verpflichtung, den Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung der Bauleitpläne und die nach § 3 Abs. 2 Satz 1 auszulegenden Unterlagen zusätzlich in das Internet der Gemeinde einzustellen und über ein zentrales Internetportal des jeweiligen Bundeslandes zugänglich zu machen (§ 4a Abs. 4).

#### 1.2 Städtebauliche Regelungen

Die beabsichtigte Stärkung des Zusammenlebens in der Stadt soll durch folgende Maßnahmen erreicht werden:

- Einführung des „Urbanen Gebiets“ (MU) als § 6a BauNVO,  
 - Erhöhung der Lärmrichtwerte in der TA Lärm,  
 - Anpassung der Lärmgrenzwerte in der 18. BImSchV

Daneben werden die Wohnbedürfnisse kinderreicher Familien und Einkommenschwacher betont (vgl. §§ 1 Abs. 6, 11 Abs. 1 Nr. 2). Ferner werden Wohnnutzungen im Innenbereich (§ 34) dadurch erleichtert, dass Nutzungsänderungen in Wohnnutzung stärker vom Einfügensgebot befreit werden und Wohnbauungspläne im anschließenden Außenbereich verfahrensrechtlich vereinfacht werden<sup>2</sup>.

Schließlich wurden auch Regelungen zu Ferien- und Zweitwohnungen eingeführt.

### 2. Das „Urbane Gebiet“ (§ 6a BauNVO)

Einer der Schwerpunkte des Seminars war diese neue Gebietskategorie, ein Typus zwischen Gewerbe-, Kern- und Mischgebiet. Sie soll das Bauen in stark verdichteten städtischen Gebieten erleichtern und flexibilisieren und somit vorwiegend in größeren Städten Anwendung finden. Dabei wird es vor allem um die Fortentwicklung und/oder Umstrukturierung des Innenstadtbestandes gehen. Ob sie auch bei Neuplanungen hilfreich ist, muss sich noch erweisen.

Ziel ist Schaffung oder Erhalt einer nutzungsgemischten Stadt der kurzen Wege. Im Gegensatz zur früher angestrebten Funktionstrennung von Wohnen, Arbeiten, Versorgung, Bildung, Kultur und Erholung soll eine Funktionseinheit erreicht werden, wobei die Nutzungsmischung nicht gleichgewichtig sein muss. Die Obergrenzen für das Maß der baulichen Nutzung betragen für das Urbane Gebiet 0,8 (GRZ) und 3,0 (GFZ). Der höhere Immissionstagewert des MU von 63 dB(A)<sup>3</sup> ist nicht unproblematisch: Auch wenn man diejenigen, die dies als gesundheitsschädlich kritisieren, nicht folgen will, erscheint es als widersprüchlich, am Tag höhere Lärmwerte zuzulassen als im Kerngebiet, obwohl im Urbanen Gebiet mehr Wohnen zulässig ist.

Anhand von konkreten Beispielen wurde dann eine Abgrenzung des Urbanen Gebiets zum Kerngebiet (§ 7 BauNVO) einerseits und zum Mischgebiet (§ 6 BauNVO) andererseits vorgenommen.

<sup>1</sup> §§ ohne Bezeichnung sind solche des BauGB.

<sup>2</sup> §§ 13a, 13 b – befristete Möglichkeit bis 31.12.2019.

<sup>3</sup> In Misch-, Dorf und Kerngebieten beträgt er lediglich 60 dB(A)! Entgegen dem Entwurf der Bundesregierung blieb es jedoch bei einem Nachtwert von 45 dB(A). Der Wert tags innerhalb der Ruhezeiten am Morgen (6-8 Uhr) beträgt 58 dB(A) (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a 18. BImSchV).

### § 6a BauNVO **Urbane Gebiete**

(1) Urbane Gebiete dienen dem **Wohnen** sowie der **Unterbringung von Gewerbebetrieben und sozialen, kulturellen und anderen Einrichtungen, die die Wohnnutzung nicht wesentlich stören. Die Nutzungsmischung muss nicht gleichgewichtig sein.**

(2) Zulässig sind

1. Wohngebäude,
2. Geschäfts- und Bürogebäude,
3. Einzelhandelsbetriebe, Schank- und Speisewirtschaften sowie Betriebe des Beherbergungsgewerbes,
4. sonstige Gewerbebetriebe,
5. Anlagen für Verwaltungen sowie für kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke.

(3) Ausnahmsweise können zugelassen werden

1. Vergnügungsstätten, soweit sie nicht wegen ihrer Zweckbestimmung oder ihres Umfangs nur in Kerngebieten allgemein zulässig sind,
2. Tankstellen.

(4) Für urbane Gebiete oder Teile solcher Gebiete kann festgesetzt werden, dass in Gebäuden

1. im Erdgeschoss an der Straßenseite eine Wohnnutzung nicht oder nur ausnahmsweise zulässig ist,
2. oberhalb eines im Bebauungsplan bestimmten Geschosses nur Wohnungen zulässig sind,
3. ein im Bebauungsplan bestimmter Anteil der zulässigen Geschossfläche oder eine im Bebauungsplan bestimmte Größe der Geschossfläche für Wohnungen zu verwenden ist, oder
4. ein im Bebauungsplan bestimmter Anteil der zulässigen Geschossfläche oder eine im Bebauungsplan bestimmte Größe der Geschossfläche für gewerbliche Nutzungen zu verwenden ist.

im Jahr genutzt werden und sonst leer stehen) vorzugehen, verbessert.

#### - **Lärmschutzprivilegierung bei Sportanlagen**

Um den Sport auch in verdichteten Gebieten zu fördern, wurden durch Änderung der Sportanlagenlärmschutzverordnung (18. BImSchV) die zulässigen Immissionsrichtwerte am Tag in der Nähe von Sportplätzen erhöht.

#### - **Absicherung der Einheimischenmodelle**

§ 11 BauGB („Städtebaulicher Vertrag“) sieht nunmehr vor, dass u. a. „Gegenstand eines städtebaulichen Vertrags der Erwerb angemessenen Wohnraums durch einkommensschwache und weniger begüterte Personen der örtlichen Bevölkerung“ sein kann. Damit werden die von der EU-Kommission gegenüber Deutschland beanstandeten „Einheimischenmodelle“ auf eine rechtssichere Basis gestellt. Die jetzige Regelung ist mit der EU-Kommission abgestimmt.

#### - **Beschleunigtes Verfahren für die Einbeziehung von Außenbereichsflächen**

Ein neuer § 13b BauGB ermöglicht Städten und Gemeinden ein beschleunigtes Verfahren zur Einbeziehung von Außenbereichsflächen für den Wohnungsbau. Gemeinden können künftig Bebauungspläne mit einer Grundfläche bis zu einem Hektar für Wohnnutzung im beschleunigten Verfahren aufstellen. Die Grundstücke müssen an bebaute Ortsteile anschließen. Die neue Regel ist bis Ende 2019 befristet.

#### - **Bessere Steuerung von Ferienwohnungen in Wohngebieten**

Zur Ausräumung einer bestehenden Rechtsunsicherheit, ob insbesondere in Wohngebieten Ferienwohnungen zulässig sind, werden Ferienwohnungen künftig mit nicht störenden Gewerbebetrieben und kleinen Beherbergungsbetrieben gleichgesetzt und in Wohngebieten als zulässig angesehen (§ 13a BauNVO).

**Wichtig: Ein „faktisches MU“ (vgl. § 34 Abs. 2) ist (bislang) ausgeschlossen (§ 245c Abs. 3).**

### 3. Weitere städtebauliche Neuerungen

Auch die befristete Regelung des §§ 13a, 13b (**beschleunigtes Verfahren bei Wohnbebauungsplänen für Außenbereichsflächen**) wurde anhand von Praxisbeispielen eingehend betrachtet. Sie wird kritisiert, weil sie zu einer Vernachlässigung der Innenentwicklung führen kann.

Abschließend wurde die **erweiterte Steuerung von Ferien- und Zweitwohnungen** (§§ 22 BauGB, 13a BauNVO), die begriffliche Unsicherheiten und umstrittene Rechtsprechung beheben soll, eingehend thematisiert. In § 13a BauNVO werden Ferienwohnungen erstmals legaldefiniert und städtebaulich eingeordnet. Durch die Novelle werden die Möglichkeiten der touristisch geprägten Gemeinden vor allem an Nord- und Ostsee, gegen „Rolladensiedlungen“ (Siedlungen in Tourismusgebieten, deren Wohnungen als Nebenwohnsitz nur wenige Wochen

#### IMPRESSUM:

Der BÖR REPORT ist eine Publikation der Bundesvereinigung Öffentliches Recht e.V., Berlin. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die Auffassung der Redaktion oder der BÖR wieder. Nachdruck und Vervielfältigung, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Fotos wird keine Gewähr übernommen.

Redaktion: Birgit Kahmann, Martin Brilla

Verantwortlich: Martin Brilla, Bundesvereinigung Öffentliches Recht BÖR e.V., Friedrichstr. 95, Postbox 125, 10117 Berlin/Deutschland; Telefon: +49 (0)30 - 200 59 777 oder +49 (0)30 - 206 49 248; Telefax: +49 (0)30 - 206 49 249; E-Mail: berlin@boer-ev.de

BÖR REPORT Nr. 3 · September 2018