

Stellungnahme

der Bundesrechtsanwaltskammer
zum

**Regierungsentwurf (Stand: 16.7.2008) eines Gesetzes zur
Neufassung des Raumordnungsgesetzes und zur Ände-
rung anderer Vorschriften (GeROG)**

erarbeitet durch den

**Ausschuss Verwaltungsprozessrecht
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

RA Rudolf **Häusler**

RA Dr. Jost **Hüttenbrink**

RA Rainer **Kulenkampff**

Prof. Dr. Hans-Peter **Michler**

RAin Dr. Margarete **Mühl-Jäckel, LL.M.**

RA Prof. Dr. Michael **Quaas**, *Vorsitzender*

RAin Dr. Sigrid **Wienhues**

RAin Friederike **Lummel**, Bundesrechtsanwaltskammer

September 2008

BRÄK-Stellungnahme-Nr. 36/2008

Im Internet unter www.brak.de

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Bundesrat

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Wirtschaftsprüferkammer

Deutscher Notarverein

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Steuerberaterverband

Deutscher Richterbund

Bundesverband der Freien Berufe

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen

Redaktion der Neuen Juristischen Wochenschrift/NJW

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht/NVwZ

Im Zuge der Föderalismusreform wurde die Gesetzgebungszuständigkeit von Bund und Ländern geändert. Die Raumordnung ist nicht mehr Gegenstand der Rahmengesetzgebung, sondern ist Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung geworden (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG). Besonderheit dabei ist, dass es einer Erforderlichkeitsprüfung gem. Art. 72 Abs. 2 GG nicht bedarf; die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung wird vielmehr vom Verfassungsgesetzgeber unterstellt. Weitere Besonderheit ist die, dass die Länder nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG abweichende Regelungen erlassen dürfen, ohne dass allerdings – zumindest dem Wortlaut der Vorschrift nach – ein „abweichungsfester Kern“ bestünde, der dem Bund zur alleinigen Regelung verbliebe.

Das Raumordnungsgesetz bedarf daher der Anpassung an die geänderte Verfassungslage. Der vorliegende Regierungsentwurf verfolgt das Ziel, die bewährten Rahmenregelungen möglichst weitgehend in bundesrechtliche Vollregelungen zu überführen, gleichzeitig aber den Ländern den nötigen Spielraum für ergänzendes Landesrecht zu belassen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die mit dem Entwurf verfolgten Ziele der Vereinheitlichung und Vereinfachung, ohne in Bekanntes und Bewährtes ohne Not „einzugreifen“. Gleichwohl erscheinen folgende Hinweise und Anregungen zu Art. 1 des Entwurfs, der die Änderungen des Raumordnungsgesetzes enthält, angezeigt:

I. Allgemeines

Hinsichtlich der lebhaft umstrittenen¹ Frage, ob die – dem Wortlaut des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG nach – ohne sog. „abweichungsfeste Kerne“ bestehende Abweichungsmöglichkeit der Länder von Bundesrecht auf dem Gebiet der Raum-

¹ Vgl. dazu nur Hoppe, Kompetenz-Debakel für die „Raumordnung“ durch die Föderalismusreform infolge der uneingeschränkten Abweichungszuständigkeit der Länder, DVBl. 2007, S. 144; Battis/Kersten, Die Raumordnung nach der Föderalismusreform, DVBl. 2007, S. 152; Spannowsky, Die Grenzen der Länderabweichungsbefugnis gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG im Bereich der Raumordnung, UPR 2007, S. 41; Schulze-Fieletz, Umweltschutz im Föderalismus – Europa, Bund und Länder, NVwZ 2007, S. 249; Runkel, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, Stand: Nov. 2007, J 690.

ordnung nicht doch beschränkt ist, hält sich die Begründung des Gesetzentwurfs zurück, lässt aber zumindest folgendes erkennen:

- Der Entwurf stützt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Raumordnung nicht allein auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG, sondern unterscheidet²: Die Gesetzgebungskompetenz für die Raumordnung in den Ländern ergebe sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG, die für die Raumordnung im Gesamtstaat aus einer Gesetzgebungskompetenz aus der Natur der Sache (S. 46 der Begründung)³. Da es sich dabei nur um eine ungeschriebene ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis des Bundes handeln könnte, wären insofern landesrechtliche Regelungen von vornherein nicht möglich. Die Begründung des Entwurfs lässt allerdings nicht erkennen, welche Regelungsbereiche zur „Raumordnung im Gesamtstaat“ zählen sollen.
- An anderer Stelle der Begründung wird es konkreter (S. 51 der Begründung). Zunächst wird dort zu erkennen gegeben, dass es Anliegen sei, durch bundesrechtliche Vollregelungen nur die Bereiche zu regeln, in denen eine bundeseinheitliche Regelung aus fachlichen Gründen angezeigt sei. Ansonsten solle „gesetzgeberische Zurückhaltung zugunsten des Landesrechts geübt werden“. Allerdings wird das Abweichungsrecht der Länder unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der sog. „Föderalismusreform I“ auf Regelungen der Raumordnung im Bereich *der Länder* beschränkt; die Raumordnung *des Bundes* unterliege keiner Abweichungsbefugnis (S. 51 der Begründung). Vor diesem Hintergrund soll das neue ROG folgende Struktur erhalten:

Abschnitt 1: Allgemeine Vorschriften

Abschnitt 2: Raumordnung in den Ländern

Abschnitt 3: Raumordnung im Bund

Abschnitt 4: Ergänzende Vorschriften und Schlussvorschriften.

Wollte man diese „Struktur“ auch darüber entscheiden lassen, wo sich im ROG künftig die „abweichungsfesten Kerne“ finden lassen, werden (wohl) die

² Im Ergebnis dem Baurechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts folgend, vgl. BVerfGE 3, 407.

Vorschriften des 3. Abschnitts („Raumordnung im Bund“) dazu zählen, nicht aber die des 2. Abschnitts („Raumordnung in den Ländern“), in denen darüber hinaus nur „Grundaussagen“ geregelt werden, um die fachliche Kompetenz der Länder zu erhalten (S. 52 der Begründung). Schwieriger wird es mit den Vorschriften des 1. Abschnitts. Dort finden sich – neben Aufgaben und Leitvorstellungen der Raumordnung (§ 1), den Grundsätzen der Raumordnung (§ 2) und den Begriffsbestimmungen (§ 3), die üblicher Weise am Anfang eines Gesetzes stehen – auch Regelungen, die hinsichtlich der Frage, ob die Länder von Bundesrecht abweichen dürfen, von großem Interesse und von nicht minder hoher Bedeutung für die Planungspraxis sind. Das sind etwa die Regelungen zur Bindungswirkung der Erfordernisse der Raumordnung (§ 4) und zu den Möglichkeiten, für bestimmte Fälle Ausnahmen von der Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung zulassen bzw. von Zielen abweichen zu dürfen (§ 6). Ob sie „abweichungsfest“ sein sollen oder nicht, lässt allein die Zuordnung zum 1. Abschnitt nicht erkennen. Allerdings findet sich in der Begründung die Aussage, dass sich im 1. Abschnitt die Vorschriften fänden, die allgemeine Regelungen enthielten, die „das Wesen der Raumordnung“ beschreiben und „einheitlich für die Raumordnung in Bund und Ländern gelten“ sollen (S. 51 der Begründung), was eher dafür sprechen könnte, dass die Länder von diesen Vorgaben nicht abweichen dürften. Das scheint in der Literatur jedoch nicht so gesehen zu werden⁴.

Dieser nicht abschließende „Problemaufriss“ mag belegen, dass die Beschäftigung mit der Frage, welche Regelungen „abweichungsfest“ sein sollen bzw. in welchen Bereichen der Landesgesetzgeber ergänzende Vorschriften soll erlassen dürfen, im vorliegenden Regierungsentwurf zurückhaltend ausfällt. So finden sich zwar in der Begründung vereinzelt Hinweise, im Rahmen welcher Vorschriften der Landesgesetzgeber ermächtigt sein soll, ergänzende Regelungen zu erlassen. Für mehr Rechtsklarheit würde es aber sorgen, wenn sich entsprechende Regelungen in den Vorschriften selbst fänden. Unbefriedigend erscheint auch die nur „holzschnittartige“ Behandlung der Frage des Abweichungsrechts der Länder in der Begründung, eine Frage, die wegen der neu in die Verfassung aufgenommenen

³ Die Verweise beziehen sich hier und im folgenden auf den Regierungsentwurf vom 16.7.2008.

Möglichkeit der Länder, von Bundesrecht abweichen zu dürfen (Art. 72 Abs. 3 GG), Neuland betritt, mit der man noch keine Erfahrungen hat, und darüber hinaus für den Bereich der Raumordnung kontrovers diskutiert wird⁵. Dabei soll nicht übersehen werden, dass der Bundesgesetzgeber die Frage, ob Abweichungsmöglichkeiten der Länder bestehen sollen oder nicht, nicht abschließend (verbindlich) beantworten könnte. Die Begründung des GeROG lässt jedoch mit Blick auf die im Detail interessierenden Punkte (etwa Abweichungsmöglichkeit auch hinsichtlich der Bindungswirkung der Erfordernisse der Raumordnung?) nicht erkennen, wie das Verhältnis zwischen bundesrechtlicher Vollregelungskompetenz auf der einen und länderrechtlicher Abweichungsbefugnis auf der anderen Seite aus Bundes-sicht „gesehen“ wird⁶. Dieses „Schweigen“ ist unbefriedigend, weil damit das Problem nicht gelöst, sondern auf die Länder verlagert wird, was – wegen dann erforderlichen gerichtlichen Klärungsbedarfs – die Lösung letztlich den Gerichten überantwortet. Das wird langwierige Auseinandersetzungen befördern und bis zur abschließenden Klärung für Rechtsunsicherheit sorgen. Der Bund sollte deshalb das aus seiner Sicht zur Lösung dieses Problems Mögliche und damit auch dazu beitragen, dass rasch Rechtssicherheit eintreten kann.

II. Zu einzelnen Vorschriften

1. § 4 GeROG-E (Bindungswirkung der Erfordernisse der Raumordnung)

§ 4 Abs. 3 GeROG-E schlägt vor, dass bei Genehmigungen über die Errichtung und den Betrieb von öffentlich-zugänglichen Abfallbeseitigungsanlagen von Personen des Privatrechts nach den Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes die Ziele der Raumordnung zu beachten sowie die Grundsätze der Raumordnung und die sonstigen Erfordernisse der Raumordnung zu berücksichtigen sind. Die Begründung des Entwurfs (S. 59) verweist darauf, dass damit die inhaltsgleiche Regelung des § 4 Abs. 4 Satz 3 ROG ersetzt werde.

^{4 4} Söfker, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes (GeROG), UPR 2008, S. 161 (162).

⁵ Vgl. die Nachweise in Fußnote 1.

Dabei wird übersehen, dass – zumindest hinsichtlich der Bindungswirkung der Ziele der Raumordnung – § 4 Abs. 3 GeROG-E eine „Verschärfung“ enthält. Denn während nach altem Recht die Erfordernisse (und damit auch die Ziele) der Raumordnung (nur) zu *berücksichtigen* waren, also keine strikte Verbindlichkeit für die Zulassungsentscheidung haben sollten, sieht § 4 Abs. 3 GeROG-E nunmehr vor, dass die Ziele der Raumordnung zu *beachten* sind, also im Rahmen der Zulassungsentscheidung verbindliches Recht (als Genehmigungsvoraussetzung?) sein sollen, ohne dass diese „Verschärfung“ näher begründet wird oder ersichtlich wäre, weshalb es künftig zu einer Änderung der bestehenden Rechtslage kommen soll.

2. § 5 GeROG-E (Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen des Bundes)

Absatz 2 des Vorschlags ist zu entnehmen, dass der Widerspruch eines Planungsträgers des Bundes im Verfahren zur Aufstellung eines Ziels der Raumordnung nicht daran hindert, den Raumordnungsplan „in Kraft“ zu setzen. Allerdings entfällt im Falle eines Widerspruchs die Bindungswirkung gegenüber dem Planungsträger des Bundes, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GeROG-E vorliegen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen kann zwischen den Beteiligten aber umstritten sein. Die Frage, ob es Möglichkeiten der gerichtlichen Klärung der Frage gibt, ob eine Bindungswirkung der Ziele besteht oder nicht, wird nicht einheitlich beantwortet. Diese Möglichkeit sollte im Zuge der Neufassung des ROG klargestellt werden um zu verhindern, dass die Frage der Bindungswirkung erst am Ende langwieriger gerichtlicher Auseinandersetzung über die Zulassung eines Vorhabens fest steht..

3. § 6 GeROG-E (Ausnahmen und Zielabweichung)

Nach Absatz 1 des Entwurfs können solche Ausnahmen von Zielen der Raumordnung zugelassen werden, die im Raumordnungsplan vorgesehen sind. In der Literatur wird vorgeschlagen, auch die Voraussetzungen an die Erteilung einer Aus-

⁶ Söfker, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes (GeROG), UPR 2008, S. 161 (162) hält dies nicht für notwendig und zweckmäßig.

nahme verbindlich vorzuschreiben⁷. Hintergrund ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht, wonach auch solche landesplanerische Aussagen, die eine „Regel-Ausnahme-Struktur“ aufwiesen, Ziele der Raumordnung sein können, sofern der Planungsträger neben den Regel- auch die Ausnahmeveraussetzungen mit hinreichender tatbestandlicher Bestimmtheit oder doch wenigstens Bestimmbarkeit selbst festlegt⁸. Die Bundesrechtsanwaltskammer schließt sich der Anregung aus der Literatur an, auch die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme bundesrechtlich in § 6 Abs. 1 GeROG-E festzuschreiben.

§ 10 GeROG-E (Beteiligung bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen)

§ 10 Abs. 1 GeROG gewährt der „Öffentlichkeit“ Beteiligungsrechte bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen. Nicht definiert wird, wer mit „Öffentlichkeit“ gemeint ist. Fraglich ist daher, wer im Sinne des Raumordnungsrechts dazu zählt, insbesondere, ob auch anerkannte Naturschutzverbände bzw. anerkannte Umweltschutzvereinigungen erfasst sein sollen. Die Wortwahl erinnert zwar an den Begriff der „Öffentlichkeit“, wie ihn die sog. Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie⁹ versteht und wie er in § 2 Abs. 6 UVPG definiert ist, worunter auch anerkannte Naturschutz- und Umweltschutzverbände fallen würden. Die Vorschrift lässt aber nicht erkennen, ob das auch für das Raumordnungsrecht gewollt und gemeint ist. Deshalb bietet sich eine Definition in § 3 GeROG-E (Begriffsbestimmungen) an.

§ 11 GeROG-E (Bekanntmachung von Raumordnungsplänen)

In § 11 GeROG-E sollte zusätzlich festgeschrieben werden, dass Zielen der Raumordnung Rechtsnormqualität zukommt. Das hat das Bundesverwaltungsgericht zwar anerkannt¹⁰. Die Entscheidung zeigt aber, dass insofern Unsicherheiten

⁷ Hoppe, Zu der neuen Regelung der Ausnahme von Zielen der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 Gesetz zur Neuregelung des Raumordnungsgesetzes, GeROG) in § 6 Abs. 1 GeROG, DVBl. 2008, S. 966.

⁸ BVerwGE 119, 54.

⁹ Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.5.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten, Abl. Nr. L 156, S. 17.

¹⁰ BVerwGE 119, 217.

bestehen, die der Gesetzgeber mit Blick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten (etwa § 47 VwGO) beheben sollte.

§ 14 GeROG-E (Untersagung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen)

Adressaten einer Untersagung sind nach Absatz 1 die „in § 4 genannten öffentlichen Stellen“. Dabei fällt folgendes auf:

- In § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GeROG-E werden „öffentliche Stellen“ zweimal genannt. Gemeint ist wohl die öffentliche Stelle, die die Zulassungsentscheidung trifft. Das sollte zur Vermeidung von Zweifeln klargestellt werden.
- Hinzu kommt, dass Absatz 1 auf § 4 GeROG-E insgesamt, also auch auf dessen Absatz 3 verweist. Dort geht es um bestimmte Vorhaben Privater (öffentlich zugänglich Abfallbeseitigungsanlagen), ohne dass dort (in § 4 Abs. 3 GeROG) eine „öffentliche Stelle“ genannt wird. Auch hier dürfte die Zulassungsbehörde gemeint sein, was ebenfalls klargestellt werden sollte.

Der Entwurf erweitert die Möglichkeit, gegenüber Privaten (hinter denen nicht mehrheitlich die „Hohe Hand“ steht) eine Untersagung aussprechen zu können, ohne dass dies näher begründet wird. Absatz 1 verweist insgesamt auf § 4 GeROG-E, also auch auf dessen Absatz 3. Bei § 4 Abs. 3 GeROG-E geht es um öffentlich zugängliche Abfallbeseitigungsanlagen Privater.

- Absatz 1 soll künftig in diesen Fällen eine *unbefristete* Untersagung erlauben, während der noch geltende § 12 Abs. 2 ROG lediglich eine *befristete* Untersagung gestattet.
- Hinzu kommt, dass künftig eine (unbefristete) Untersagung auch möglich sein soll, wenn „Ziele der Raumordnung“ entgegen stehen. Derzeit geht das (befristet) nur in den Fällen, in denen in Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung befindliche Ziele nicht unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würden.

- Zuletzt ist nach derzeit geltendem Recht eine Untersagung nur möglich, wenn die Ziele der Raumordnung bei der Genehmigung „rechtserheblich sind“, § 12 Abs. 2 ROG. Das heißt, nur bei solchen Zulassungsentscheidungen, in denen die Ziele der Raumordnung „eine Rolle spielen“, ist nach geltendem Recht eine Untersagung möglich. Bei Bauvorhaben, die nach § 34 BauGB zu beurteilen sind, wäre das etwa nicht der Fall, da die Ziele der Raumordnung dort nicht zum „Prüfprogramm“ gehören. Diese Einschränkung findet sich in § 14 Abs. 1 GeROG-E ausdrücklich nicht mehr. Dort wird lediglich darauf verwiesen, dass „Ziele der Raumordnung nicht entgegenstehen“ dürfen. Zwar könnte darin die Anforderungen, dass Ziele der Raumordnung nicht nur entgegen stehen dürfen, sondern darüber hinaus auch rechtserheblich sein müssen, „hinein gelesen“ werde. Um Zweifel zu zerstreuen, sollte das aber ausdrücklich geregelt werden.

Das neue Recht erweitert also die Möglichkeiten, gegenüber bestimmten Vorhaben von Privaten eine Untersagung aussprechen zu dürfen, wenn Ziele der Raumordnung entgegenstehen, ohne dass die Begründung des Entwurfs erkennen lassen würde oder sonst ersichtlich wäre, warum diese Änderung angestrebt wird.

§ 21 GeROG-E (Ausnahmen und Zielabweichung bei Raumordnungsplänen des Bundes)

§ 21 Satz 2 GeROG-E regelt den Fall, dass über einen Antrag auf Zielabweichung im Zulassungsverfahren über eine raumbedeutsame Planung oder Maßnahme oder in einem anderen Verfahren entschieden wird. Nicht deutlich wird dabei, ob damit nur die – von der Rechtsprechung bereits anerkannten¹¹ – Fälle gemeint sind, in denen aufgrund der (formellen) Konzentrationswirkung, die einer Zulassungsentscheidung (etwa einem Planfeststellungsbeschluss) zukommt, auch die Zielabweichung von der Zulassungsbehörde mit entschieden werden darf, oder ob darüber hinaus gehend daran gedacht ist, dass auch in Zulassungsverfahren ohne Konzentrationswirkung über einen Antrag auf Zielabweichung mitentschieden werden darf.

¹¹ VGH Mannheim, ZLW 2004, 160.