

**Verfassungsfragen zum Gesetzentwurf der
Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE
GRÜNEN (LT-Drucksache 17/16760)**

Rechtswissenschaftliches Gutachten

im Auftrag von

Herrn Erwin Huber,
Mitglied des Bayerischen Landtags

erstellt von

Univ.-Professor Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)
Augsburg

September 2017

INHALTSVERZEICHNIS

A. AUSGANGSLAGE	6
I. Verbrauch von Freiflächen in Deutschland	6
1. Gesamtentwicklung und Definition des „Flächenverbrauchs“	6
a) Folgen des Flächenverbrauchs	6
b) Definition des Flächenverbrauchs	6
c) Flächenverbrauchsdaten in der Bundesrepublik Deutschland	8
2. Spezifische Ländersituation, insbesondere der Flächenverbrauch in Bayern	9
II. Politische Lösungsansätze und Absichten zur Reduzierung des Flächenverbrauchs sowie normativer Niederschlag	10
1. Bundespolitische und bundesrechtliche Ebene	10
a) Politische Vorgaben	10
b) Rechtliche Anpassungen des Planungsrechts	11
2. Politische und rechtliche Reaktionen in Bayern	15
III. Der Gesetzesentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (LT-Drucksache 17/16760)	18
1. Angestrebte Änderung des Bayerischen Landesplanungsgesetzes	18
2. Begründung des Gesetzesentwurfs	19
a) Überblick	19
b) Die einzelnen Erläuterungen	19
IV. Problemstellung	26
B. KOMPETENZRECHTLICHE UNTERSUCHUNG	26
I. Denkbare Gesetzgebungstitel und ihre Abgrenzung	26
1. Der Regelungsgegenstand des Gesetzesentwurfs	26
2. Raumordnung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG)	27
3. Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)	28
4. Bodenrecht (Art. 72 Abs. 1 Nr. 18 GG)	29
5. Notwendige Abgrenzung der Kompetenztitel	32

II. Regelungskompetenzen des Freistaats Bayern	33
1. Regelungsoptionen im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung - Überblick	33
a) Handlungsoptionen und Sperrwirkungen	33
b) Abweichungsgesetzgebung	34
2. Handlungsspielräume zur Einführung einer quantitativen Flächenverbrauchsobergrenze mit Handelssystem	36
a) Zurückhaltende Bundesgesetzgebung	36
b) Grundsatzbestimmung des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG	36
III. Zwischenergebnis	38
C. ZUR VEREINBARKEIT EINER QUANTITATIVEN FLÄCHENREDUKTIONSVORGABE ZUZÜGLICH HANDELSSYSTEMOPTION MIT DER KOMMUNALEN SELBSTVERWALTUNG	39
I. Gewährleistung nach Art. 28 Abs. 2 GG	40
1. Rechtsnatur der kommunalen Selbstverwaltung	40
2. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft	40
II. Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie	41
III. Rechtfertigung des Eingriffs	43
1. Gesetzliche Grundlage	43
2. Verhältnismäßigkeitsgebot	44
a) Legitimer Zweck: Ressourcenmanagement „Boden“	44
b) Eignung	45
aa) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen	45
bb) Verbindliche Einschränkung des Flächenverbrauchs	46
cc) Flächenstatistik	46
c) Erforderlichkeit	47
aa) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen	47
bb) Alternative Möglichkeiten der Reduzierung des Flächenverbrauchs	47
cc) Effizienzdefizite alternativer Konzepte zur Flächenverbrauchsreduktion	48
d) Angemessenheit	51
aa) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen	51
bb) Wahrung der planungsrechtlichen Eigenverantwortlichkeit trotz deutlicher Belastungen für Gemeinden	51
cc) Enger zeitlicher Rahmen der Neuregelung als Angemessenheitsproblem	55

dd) Keine Entlastungswirkung des Zielabweichungsverfahrens	57
ee) Mögliche Konfliktlösung durch Zielausnahmen oder vorausschauende Kontingenzzuweisung	59
ff) Flächenhandelssystem mit Steuerungsdefizit	60
3. Zwischenergebnis	63
IV. Landesrechtlicher Verfassungsschutz	64
V. Zwischenergebnis	66
D. VEREINBARKEIT MIT GRUNDRECHTEN	68
I. Keine Grundrechtspositionen für Gemeinden	68
II. Grundrechtsgewährleistungen zugunsten Privater	69
1. Art. 14 GG – Eigentumsgarantie	69
a) Schutzzumfang für Grundeigentümer	69
b) Inhalts- und Schrankenbestimmungen	71
aa) Die Dogmatik des Grundgesetzes im Überblick	71
bb) Bezugspunkte des Eigentumsschutzes zur Begrenzung des Freiflächenverbrauchs	71
cc) Mangelnde Individualisierbarkeit von kommunal adressierten Flächenausweisungsbegrenzungen	72
2. Art. 12 GG – Berufsfreiheit	76
3. Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit	78
III. Landesrechtliche Vorgaben	80
III. Zwischenergebnis	80
E. ERGEBNISSE DER UNTERSUCHUNG	81

A. AUSGANGSLAGE

I. Verbrauch von Freiflächen in Deutschland

1. Gesamtentwicklung und Definition des „Flächenverbrauchs“

a) Folgen des Flächenverbrauchs

Der Verbrauch der obersten Bodenschichten hat regelmäßig negative Umweltauswirkungen zur Folge.¹ Neben der Zerstörung belebter Bodenflächen vermindert sich durch den Verbrauch auch die Fähigkeit der Erdoberfläche, abfließendes Oberflächenwasser aufzunehmen, so dass der Wasserhaushalt gestört werden kann und die Hochwassergefahr steigt.² Überdies wirken sich Biotopzerschneidungen, die gerade durch infrastrukturbedingte Flächeninanspruchnahmen ausgelöst werden, schädlich auf die biologische Vielfalt aus, etwa wenn Tiere von ihren Nahrungsflächen und Wasserstellen abgeschnitten werden.³ Schließlich kann der Flächenverbrauch sogar den Verlust wertvoller Kulturböden nach sich ziehen.⁴

b) Definition des Flächenverbrauchs

Zur Erfassung des Ausmaßes des Flächenverbrauchs in Deutschland ist es notwendig, sich zunächst seiner Merkmale bewusst zu werden. Zwar ist der Flächenverbrauch als tatsächliches Phänomen bekannt, Auslöser gesellschaftlicher und politischer Diskussion,⁵ überdies Ansatzpunkt rechtlicher Untersuchungen⁶ und Gegenstand gesetzlicher Anknüpfung,⁷ gleichwohl fehlt es aber an einer gesetzlichen Legaldefinition zum Flächenverbrauch.⁸

¹ BT-Drs. 13/7400, S. 28.

² Bovet, NuR 2006, 473 (473); Krengel, in: Besecke/Hänsch/Pinetzki, Das Flächensparbuch, 2005, S. 45 (46).

³ Senftleben, ZUR 2008, 64.

⁴ Marty, ZUR 2011, 395 (396).

⁵ Siehe hierzu etwa die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie 2016, S. 158 ([https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Nachhaltigkeitswiederhergestellt/2017-01-11-nachhaltigkeitsstrategie.pdf?__blob=publicationFile &v=12](https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Nachhaltigkeitswiederhergestellt/2017-01-11-nachhaltigkeitsstrategie.pdf?__blob=publicationFile&v=12); abgerufen am 30.9.2017).

⁶ Siehe etwa Schmalholz, Steuerung der Flächeninanspruchnahme, 2005; Einig, IZR

In der Rechtswissenschaft wird regelmäßig unter Flächenverbrauch die Umwidmung freier Flächen für die Zwecke von Siedlung und Verkehr verstanden.⁹ Hintergrund dieser Begriffsfassung ist die Datengrundlage, die den Impuls der weiteren juristischen Auseinandersetzung liefert. Die amtlichen Statistiken zur tatsächlichen Nutzung der Bodenflächen werden nämlich auf Grundlage des Agrarstatistikgesetzes¹⁰ erhoben und speisen so den juristischen Diskurs.¹¹ Der Flächenverbrauch ist somit in erster Linie ein katastermäßiger Vorgang, der eine Nutzungsänderung zugunsten von „Siedlungs- und Verkehrsflächen“ nachzeichnet.¹² Erst seit 2016 hat man in diesem Verfahren von der sekundärstatistischen Auswertung der Automatisierten Liegenschaftsbücher (ALB) der Länder Abstand genommen und auf ein bundesweit operierendes Amtliches Liegenschaftskataster-Informationssystem (ALKIS) umgestellt; lediglich in Berlin kommt es noch nicht zur Anwendung.¹³ Die Umstellung ermöglicht es, auf digital ermittelte geometrische Flächendaten zuzugreifen und so die Datenerhebung zu präzisieren, damit etwa gewidmete, aber unbebaute Bauplätze bis zu ihrer tatsächlichen Inanspruchnahme nicht als Flächenverbrauch ins Gewicht fallen.¹⁴ Gleichwohl fällt unter den Begriff des Flächenverbrauchs nicht zwangsläufig eine Versiegelung

2005, 267; Michaelis, ZUR 2002, 129; Bergmann/Einig/Hutter/Müller/Siedentop, Siedlungspolitik auf neuen Wegen: Steuerungsinstrumente für eine ressourcenschonende Flächennutzung, 1999.

⁷ Siehe etwa Anlage 4 zum UVPG; Art. 6 Abs. 2 Nr. 2 BayLplG; Festsetzung 3.1. des LEP Bayern.

⁸ Siehe ausführlich Marty, ZUR 2011, 395 (395 f.).

⁹ Köck, Festschr. Rehbinder, 2007, S. 397 (398); Senftleben, ZUR 2008, 64 (64).

¹⁰ Agrarstatistikgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.12.2009 (BGBl. I S. 3886), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Dezember 2014 (BGBl. I S. 1975).

¹¹ Auf die Schwierigkeiten der Datenlage weist auch der Nachhaltigkeitsbeirat Baden-Württemberg hin, vgl. Nachhaltigkeitsbeirat Baden-Württemberg, Nachhaltiges Flächenmanagement in Baden-Württemberg: Vom Wachstums- zum Bestandsmanagement, 2010, S. 8.

¹² Marty, ZUR 2011, 395 (395). Siehe auch § 4 Abs. 2 AgrStatG.

¹³ Statistisches Bundesamt, Land- und Forstwirtschaft, Fischerei – Bodenfläche nach Art der tatsächlichen Nutzung 2015, 2016, S. 3 ff.

¹⁴ Flächenverbrauchsbericht 2016 des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz (<http://www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/verbrauchsbericht.htm>; abgerufen am 30.9.2017).

des Bodens, da neben Gebäude- und Betriebsflächen auch Freiflächen und Erholungsflächen zu den statistisch relevanten Siedlungs- und Verkehrsflächen zählen, die wiederum den Indikator für den Flächenverbrauch liefern.¹⁵ Als Orientierungspunkt darf man allerdings davon ausgehen, dass im Bundesdurchschnitt 35 bis 63 % der durch Siedlungs- und Verkehrsflächen in Anspruch genommenen Oberflächenböden mit Baukörpern oder durch sonstige mit Bauprodukten geschaffene Gebilde versiegelt sind.¹⁶ Der Anteil könnte sich durch die Umstellung des Messsystems jedoch etwas erhöht haben; mit dieser Umstellung ist eine Vergleichbarkeit der Daten unterschiedlicher Zeitperioden zudem schwieriger geworden.¹⁷

c) Flächenverbrauchszahlen in der Bundesrepublik Deutschland

Der Flächenverbrauch in der Bundesrepublik Deutschland ist – trotz der Vergleichbarkeitsungenauigkeiten –¹⁸ zunehmend rückläufig.¹⁹ Lag dieser zwischen 1993 und 1996 bei 120 ha/Tag und in 2000 und 2004 sogar deutlich über 120 ha/Tag, sind die Verbrauchswerte hiernach gefallen und liegen nach 2009 unter 80 ha/Tag. Zuletzt konnte im Jahr 2014 eine Flächeninanspruchnahme von 63 ha/Tag festgestellt werden. Stellt man auf den gleitenden Vierjahresdurchschnitt²⁰ ab, liegt der Flächenverbrauch in der Bundesre-

¹⁵ Statistisches Bundesamt, Flächenerhebung nach Art der tatsächlichen Nutzung 2015, 2016, Anlage 1.

¹⁶ BT-Drs. 15/4471, S. 7; vgl. dazu auch Bovet, in: Köck/Bovet/Gawron/Hofmann/Möckel, Effektivierung des raumbezogenen Planungsrechts zur Reduzierung der Flächeninanspruchnahme, UBA-BERICHT 1/2007, S. 7 (8). Zu genauen Daten siehe Statistisches Bundesamt, Land- und Forstwirtschaft, Fischerei – Bodenfläche nach Art der tatsächlichen Nutzung 2015, 2016, S. 24.

¹⁷ Flächenverbrauchsbericht 2016 des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz (<http://www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/verbrauchsbericht.htm>; abgerufen am 30.9.2017).

¹⁸ Siehe die obige Darstellung unter A, I, 1, b.

¹⁹ Vgl. hierzu die Daten des Statistischen Bundesamtes in der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie 2016, S.158 (https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Nachhaltigkeit-wiederhergestellt/2017-01-11-nachhaltigkeitsstrategie.pdf?__blob=publicationFile&v=12; abgerufen am 30.9.2017).

²⁰ Diese Berechnungsmethode wird vom Statistischen Bundesamt gewählt, um die Gesamtentwicklung durch die Relativierung jährlicher Singularerscheinungen besser zu verdeutlichen.

publik Deutschland in den beiden letzten Erhebungszeiträumen (2011-2014 und 2012-2015) ebenfalls unter 70 ha/Tag.²¹

2. Spezifische Ländersituation, insbesondere der Flächenverbrauch in Bayern

Im Vergleich der Flächenverbrauchswerte zeigt sich bei den deutschen Bundesländern ein uneinheitliches Bild.²² Während einige etwa aufgrund hervorragender Konjunkturwerte und eines starken Bevölkerungswachstums in den Ballungsräumen höhere Zahlen aufweisen,²³ stagniert der Flächenverbrauch anderenorts oder ist sogar rückläufig.²⁴

In Bayern wurden im Jahr 2015 11,9 % der gesamten Landesbodenfläche als Siedlungs- und Verkehrsflächen genutzt.²⁵ Dies ist ein Wert unterhalb des deutschen Durchschnitts, der bei 13,7 % liegt.²⁶ Im Kreis der alten Bundesländer hat Bayern sogar den geringsten Anteil an Siedlungs- und Verkehrsflächen. Der tägliche Flächenverbrauch lag im Jahr 2015 bei 13,1 ha/Tag.²⁷ Damit ist der Verbrauchswert im Vergleich zum Vorjahr angestiegen. Im Jahr

²¹ Statistisches Bundesamt, Land- und Forstwirtschaft, Fischerei – Bodenfläche nach Art der tatsächlichen Nutzung 2015, 2016, S. 24.

²² Siehe auch die aufschlussreiche Darstellung von Dosch/Preuß/Jakubowski/Ferber, LKV 2007, 385.

²³ Windoffer, DÖV 2014, 654 (656); vgl. auch Flächenverbrauchsbericht 2016 des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz (<http://www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/verbrauchsbericht.htm>; abgerufen am 30.9.2017). Allerdings ist die Einwohnerzahl etwa in Bayern nicht in dem Maße angestiegen wie der Anteil der Siedlungs- und Verkehrsflächen; vgl. die Information des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz unter www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/daten.html#; abgerufen am 30.9.2017).

²⁴ Statistisches Bundesamt, Land- und Forstwirtschaft, Fischerei – Bodenfläche nach Art der tatsächlichen Nutzung 2015, 2016, S. 18.

²⁵ Statistisches Bundesamt, Land- und Forstwirtschaft, Fischerei – Bodenfläche nach Art der tatsächlichen Nutzung 2015, 2016, S. 16.

²⁶ Vgl. die Information des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz unter www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/daten.html#; abgerufen am 30.9.2017).

²⁷ Flächenverbrauchsbericht 2016 des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz (<http://www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/verbrauchsbericht.htm>; abgerufen am 30.9.2017).

2012 waren es 12,05 ha/Jahr, gefolgt von Flächenverbrauchswerten in Höhe von 12,61 ha/Jahr im Jahr 2013 und 10,79 ha/Jahr im Jahr 2014.²⁸

II. Politische Lösungsansätze und Absichten zur Reduzierung des Flächenverbrauchs sowie normativer Niederschlag

1. Bundespolitische und bundesrechtliche Ebene

a) Politische Vorgaben

Die politischen Reaktionen auf die dargestellte Entwicklung zum Flächenverbrauch lassen sich bis in das Jahr 1971 zurückverfolgen. Dort wurde im ersten Umweltprogramm der Bundesregierung knapp die Bebauung der freien Landschaft als Umweltproblematik identifiziert.²⁹ Diesen ersten kritischen Überlegungen folgte eine längere Entwicklungslinie nach,³⁰ die vor allem durch die Nachhaltigkeitsbewegung belebt wurde.³¹ Heute spielt der Flächenverbrauch auf Bundesebene insbesondere in der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie von 2016 eine entscheidende Rolle.³² Dort ist vorgesehen, dass

„die Inanspruchnahme zusätzlicher Flächen für Siedlungs- und Verkehrszwecke [...] bis zum Jahr 2030 auf unter 30 Hektar pro Tag begrenzt“

²⁸ Flächenverbrauchsbericht 2016 des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz (<http://www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/verbrauchsbericht.htm>; abgerufen am 30.9.2017).

²⁹ Bundesregierung, Umweltprogramm 1971, S. 88.

³⁰ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung etwa Marty, ZUR 2011, 395 (396 f.).

³¹ Die Nachhaltigkeitskonzeption hat gerade durch die UNO-Konferenz über Umwelt und Entwicklung von Rio de Janeiro 1992 großen Auftrieb gefunden. Vgl. dazu auch Feist, JuS 1997, 490; Spyra, I+E 2012, 175.

³² Siehe hierzu etwa die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie 2016 (https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Nachhaltigkeit-wiederhergestellt/2017-01-11-nachhaltigkeitsstrategie.pdf?__blob=publicationFile&v=12; abgerufen am 30.9.2017).

werden soll.³³ Die Festlegung der Zeitschiene (2030) muss hierbei als Kurskorrektur verstanden werden. Die Bundesregierung reagiert damit auf die Erkenntnis, dass das ursprünglich anvisierte Ziel, schon bis 2020 auf eine Flächenverbrauchsquote von 30ha/Tag zu kommen, nicht mehr erreicht werden kann, wenn die bisherigen Entwicklungen der letzten Jahre in Ansatz gebracht werden. Bei einer Fortsetzung der Bemühungen, wie sie in den letzten fünf Jahren unternommen wurden, scheint der Bundesregierung der gewünschte reduzierte Verbrauchswert im Jahr 2030 aber möglich.³⁴

Noch weiter nach vorne schaut der Klimaschutzplan der Bundesregierung, der vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) im November 2016 herausgegeben wurde. Dort wird in Aussicht gestellt, dass der Flächenverbrauch auch nach Erreichen der 30 ha/Tag-Grenze noch weiter gesenkt werden soll,

„so dass spätestens bis zum Jahr 2050 der Übergang zur Flächenkreislaufwirtschaft erreicht ist und, in Übereinstimmung mit dem ‚Fahrplan für ein ressourceneffizientes Europa‘ der EU, [der] Flächenverbrauch ‚nettonull‘ beträgt.“³⁵

b) Rechtliche Anpassungen des Planungsrechts

(1) Die dargestellten politischen Vorgaben³⁶ haben bereits einige rechtliche Folgeänderungen nach sich gezogen. Besonders im Planungsrecht der Bundesrepublik Deutschland lässt sich dies nachweisen: So wurde durch Art. 1

³³ Siehe hierzu etwa die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie 2016, S. 159 (https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Nachhaltigkeit-wiederhergestellt/2017-01-11-nachhaltigkeitsstrategie.pdf?__blob=publicationFile&v=12; abgerufen am 30.9.2017).

³⁴ Siehe hierzu etwa die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie 2016, S. 159 (https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Nachhaltigkeit-wiederhergestellt/2017-01-11-nachhaltigkeitsstrategie.pdf?__blob=publicationFile&v=12; abgerufen am 30.9.2017).

³⁵ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Klimaschutzplan 2050 – Klimapolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, 2016, S. 67 f.

³⁶ Siehe die obige Darstellung unter A, II, 1, a.

des Gesetzes zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts v. 11.6.2013³⁷ der Gedanke des Flächensparens in das Baurecht getragen. Konkret wurde in § 1 Abs. 5 BauGB der Zusatz aufgenommen, dass die städtebauliche Entwicklung vorrangig durch Maßnahmen der Innenentwicklung zu erfolgen habe. Zusätzlich findet sich in § 1a Abs. 2 BauGB folgende Anordnung:

„Die Notwendigkeit der Umwandlung landwirtschaftlich oder als Wald genutzter Flächen soll begründet werden; dabei sollen Ermittlungen zu den Möglichkeiten der Innenentwicklung zugrunde gelegt werden, zu denen insbesondere Brachflächen, Gebäudeleerstand, Baulücken und andere Nachverdichtungsmöglichkeiten zählen können.“

Die mit § 1a Abs. 2 S. 4 BauGB etablierte Begründungspflicht ergänzt die in § 1a Abs. 2 BauGB bereits angelegte Bodenschutzklausel und stellt an die Umnutzung von landwirtschaftlich oder als Wald genutzten Flächen erhöhte verfahrensrechtliche Anforderungen. Die Bodenschutzklausel des § 1a Abs. 2 BauGB führt nämlich für sich nicht zu einem absoluten Versiegelungsverbot³⁸ oder gar einer Baulandsperre.³⁹ Sie definiert auch keine absoluten Grenzen.⁴⁰ Die Bodenschutzklausel des § 1a Abs. 2 BauGB genießt nicht einmal einen qualitativen (etwa absoluten) Vorrang vor anderen Belangen, sondern ist den allgemeinen Regeln der Abwägung unterworfen.⁴¹ Hieraus darf man ableiten, dass keine gesteigerte Begründungslast besteht, falls sich die Gesichtspunkte des Bodenschutzes in der Abwägung nicht durchsetzen sollten.⁴² Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nunmehr aber bei der ange-

³⁷ BGBl. I S. 1548.

³⁸ Vgl. Wagner, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 2017, § 1a Rn. 54.

³⁹ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 2016, § 1a Rn. 6; Mitschang, in: Berliner Kommentar, BauGB, Stand 2017, § 1a Rn. 51, 122.

⁴⁰ BVerwG, BauR 2008, 1416 Rn. 4; Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 1a Rn. 4.

⁴¹ BVerwG, BauR 2008, 1416 Rn. 4; Mitschang, in: Berliner Kommentar, BauGB, Stand 2017, § 1a Rn. 115 ff.; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 2016, § 1a Rn. 6.

⁴² Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 1a Rn. 4; a.A. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1998, 161

sprochenen Umnutzung von landwirtschaftlichen oder als Wald genutzten Flächen.⁴³ Sind derartige Flächen betroffen, normiert § 1a Abs. 2 S. 4 BauGB zugunsten des Schutzes besonders wertvoller Flächen eine besondere Begründungslast,⁴⁴ wobei die Aufzählung des § 1a Abs. 2 S. 4 Hs. 2 BauGB beispielhaft und damit nicht abschließend ist.⁴⁵

Weitere ergänzende Vorschriften des Baurechts, die materiell auf eine Innenentwicklung abzielen, sind: §§ 9 Abs. 2a (Erhaltung oder Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche), 34 Abs. 3 (Schutz zentraler Versorgungsbereiche), 35 Abs. 5 (Begrenzung und Rückgängigmachung des Flächenverbrauchs) und 179 Abs. 1 S. 2 BauGB (Wiedernutzbarmachung von dauerhaft nicht mehr genutzten Flächen).⁴⁶ Verfahrensrechtlich sind zusätzlich gem. § 13a BauGB Erleichterungen bei der Aufstellung von Bebauungsplänen der Innenentwicklung hinzugekommen.⁴⁷

(2) Des Weiteren wird die raumordnungsrechtliche Anordnung zur Reduzierung des Flächenverbrauchs in § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG⁴⁸ ab dem 29.11.2017 eine Präzisierung erfahren. Dort war zunächst vorgesehen, dass die erstmalige Inanspruchnahme von Freiflächen für Siedlungs- und Verkehrszwecke zu vermindern ist, insbesondere durch die vorrangige Ausschöpfung der Potenziale für die Wiedernutzbarmachung von Flächen, für die Nachverdichtung und für andere Maßnahmen zur Innenentwicklung der Städte und Gemeinden sowie zur Entwicklung vorhandener Verkehrsflächen. Mit Art. 1 des Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften⁴⁹ wird es diesbezüglich zu einer Erweiterung des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG kommen. Es wird das Wort „vermindern“ durch das Wort „verrin-

(162); Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 2016, § 1a Rn. 5.

⁴³ Schrödter, in: Schrödter, BauGB, 2015, §1a Rn. 30.

⁴⁴ Wagner, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 2017, § 1a Rn. 62; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 2016, § 1a Rn. 9, 10a.

⁴⁵ Mitschang, in: Berliner Kommentar, BauGB, Stand 2017, § 1a Rn. 113h; Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 1a Rn. 4.

⁴⁶ Windoffer, DÖV 2014, 654 (657).

⁴⁷ Battis/Krautzberger/Löhr, NVwZ 2007, 121 (123 ff.); Schrödter, ZfBR 2010, 332 ff. u. 422 ff.

⁴⁸ Siehe auch Windoffer, DÖV 2014, 654 (657).

⁴⁹ Gesetz v. 23.05.2017, BGBl. I S. 1245.

gern" ersetzt und nach dem Wort „insbesondere“ werden die Wörter „durch quantifizierte Vorgaben zur Verringerung der Flächeninanspruchnahme sowie“ eingefügt. Der neue bundesweit gültige Grundsatz der Raumordnung heißt dann:

„Die erstmalige Inanspruchnahme von Freiflächen für Siedlungs- und Verkehrszwecke ist zu *verringern*, insbesondere *durch quantifizierte Vorgaben zur Verringerung der Flächeninanspruchnahme* sowie durch die vorrangige Ausschöpfung der Potenziale für die Wiedernutzbarmachung von Flächen, für die Nachverdichtung und für andere Maßnahmen zur Innenentwicklung der Städte und Gemeinden sowie zur Entwicklung vorhandener Verkehrsflächen.“⁵⁰

Der ab 29.11.2017 gültige Grundsatz der Raumordnung wird nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG als Vorgabe für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen dienen. Dort fließt er als Belange in den Entscheidungsprozess ein und wird auf der Grundlage des ihm zukommenden Gewichts zu einem Ausgleich gebracht.⁵¹

Schließlich bleibt festzustellen, dass die politischen Absichtserklärungen und Strategien (zB. Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie 2016) für sich genommen keine rechtliche Bindungswirkung nach sich ziehen. Sie sind für Planer oder andere exekutive Entscheidungsträger grundsätzlich nicht bindend, können aber bei unbestimmten Rechtsbegriffen als Auslegungshilfen herangezogen werden oder in einen Abwägungsprozess als (einfacher) Belang einfließen.⁵²

⁵⁰ Die Hervorhebung zeigt die Veränderung des Gesetzestextes; sie besteht nicht im Original.

⁵¹ Kment, NVwZ 2004, 155 (156); Goppel, BayVBl. 1999, 311 (332); Hoppe, DVBl. 1999, 1457 (1458).

⁵² Köck, LKV 2010, 404 (407); Windoffer, DÖV 2014, 654 (659 f.).

2. Politische und rechtliche Reaktionen in Bayern

Mit ihrer Nachhaltigkeitsstrategie vom 17.4.2013⁵³ bekennt sich auch die Bayerische Staatsregierung zum Ziel des Flächensparens.⁵⁴ Ausdrücklich heißt es in der Schriftfassung der Nachhaltigkeitsstrategie, dass

„das Ziel, weniger Flächen zu verbrauchen, [...] verstärkt in Angriff genommen werden [muss].“⁵⁵

Deshalb wird in der Bayerischen Nachhaltigkeitsstrategie als ambitioniertes Ziel – im Gleichklang mit dem Klimaschutzplan der Bundesregierung –⁵⁶ die Etablierung einer Flächenkreislaufwirtschaft,⁵⁷ also ein Flächen-null-Verbrauch, angestrebt:

„Der Flächenverbrauch soll deutlich reduziert werden. Langfristig ist eine Flächenkreislaufwirtschaft ohne weiteren Flächenneuverbrauch anzustreben. Dazu soll so weit wie möglich die erneute Nutzung vorhandener Flächen (Brachflächen, Baulücken, bereits genutzte Flächen) im Sinne eines Flächenrecyclings erfolgen. Die Inanspruchnahme von land- und forstwirtschaftlich nutzbaren Böden soll auf das unbedingt notwendige Maß begrenzt werden, insbesondere hochwertige Böden sollen für die Landwirtschaft erhalten werden.“⁵⁸

An das Ziel einer Flächenkreislaufwirtschaft knüpfen unterschiedliche Maßnahmen an, die aus Sicht der Bayerischen Landesregierung der Zielerreichung dienen sollen.⁵⁹ Konkret wird aus dem Flächensparziel unter ande-

⁵³ Bayerische Staatsregierung, Für ein nachhaltiges Bayern – Bayerische Nachhaltigkeitsstrategie, 2013. Die Nachhaltigkeitsstrategie ist unter www.nachhaltigkeit.bayern.de abrufbar; abgerufen am 30.9.2017.

⁵⁴ Zu Konzepten anderer Bundesländer siehe Bovet, ZUR 2006, 473 (475).

⁵⁵ Bayerische Staatsregierung, Für ein nachhaltiges Bayern – Bayerische Nachhaltigkeitsstrategie, 2013, S. 20.

⁵⁶ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter A, II, 1, a.

⁵⁷ Zu diesem Konzept auch Windoffer, DÖV 2014, 654 (656 ff.).

⁵⁸ Bayerische Staatsregierung, Für ein nachhaltiges Bayern – Bayerische Nachhaltigkeitsstrategie, 2013, S. 21.

⁵⁹ Bayerische Staatsregierung, Für ein nachhaltiges Bayern – Bayerische Nachhaltigkeitsstrategie, 2013, S. 21.

rem abgeleitet, dass das Netzwerk „Bündnisse zum Flächensparen“ weitergeführt werden soll, um für gemeinsame Aktivitäten und Bewusstseinsbildung in diesem Bereich zu sorgen.⁶⁰ Außerdem sollen Kommunen bei Flächenmanagement und Innenentwicklung unterstützt werden, wobei Schwerpunkte auf der interkommunalen Zusammenarbeit und Mobilisierung der Innenentwicklungspotenziale liegen sollen. Konkret wurden deshalb eine Flächenmanagement-Datenbank⁶¹ und ein „FolgekostenSchätzer“⁶² eingerichtet. Weitere Maßnahmen sollen die Schaffung von Best-Practice-Beispielen durch Modellvorhaben⁶³ oder die Ausrichtung geeigneter Förderprogramme auf eine vorrangige Innenentwicklung sein.

Die politischen Zielvorgaben der Bayerischen Landesregierung haben auf der Ebene des Planungsrechts im Bayerischen Landesplanungsgesetz (BayLplG) und im Bayerischen Landesentwicklungsprogramm ihren Niederschlag gefunden. Im BayLplG findet sich zunächst – vergleichbar der Bundesregelung im Raumordnungsgesetz –⁶⁴ eine Grundsatzbestimmung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG, die bei nachfolgenden Abwägungs- und Ermessensentscheidungen öffentlicher Stellen zu berücksichtigen ist und damit Orientierung liefert. In Art. 6 Abs. 2 Nr. 2 BayLplG ist Folgendes festgeschrieben:

„Der Freiraum soll erhalten werden; es soll ein großräumig übergreifendes, ökologisch wirksames Freiraumverbundsystem geschaffen werden. Die weitere Zerschneidung der offenen Landschaft und von Waldflächen soll so weit wie möglich vermieden werden; die *Flächeninanspruchnahme* im Freiraum soll begrenzt werden. Der Umfang einer *erstmaligen Inanspruchnahme von Freiflächen* für Siedlungs- und Verkehrszwecke soll vermindert werden, insbesondere durch die vorrangige Ausschöpfung der Potenziale

⁶⁰ Siehe zu weiteren Informationen: <http://www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/forum.htm> (am 30.9.2017).

⁶¹ Siehe hierzu: <https://www.lfu.bayern.de/umweltkommunal/flaechenmanagement/fmdb/index.htm> (abgerufen am 30.9.2017).

⁶² Siehe ausführlich: <https://www.lfu.bayern.de/umweltkommunal/flaechenmanagement/folgekostenschaetzer/index.htm> (abgerufen am 30.9.2017).

⁶³ Siehe hierzu: <http://www.stmuv.bayern.de/themen/boden/flaechensparen/bestpractice/index.htm> (abgerufen am 30.9.2017).

⁶⁴ Siehe hierzu die obigen Ausführungen unter A, II, 1, b.

für die Wiedernutzbarmachung von Flächen, für die Nachverdichtung und für andere Maßnahmen zur Innenentwicklung der Städte und Gemeinden sowie zur Entwicklung vorhandener Verkehrsflächen.“⁶⁵

Auch das aktuell gültige⁶⁶ Landesentwicklungsprogramm (LEP) aus dem Jahre 2013 greift das Thema des Flächenverbrauchs an unterschiedlichen Stellen auf. So finden sich als Plansätze 3.1. zwei Grundsätze der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG), die fordern, dass eine Ausweisung von Bauflächen an einer nachhaltigen Siedlungsentwicklung unter besonderer Berücksichtigung des demografischen Wandels und seiner Folgen ausgerichtet werden soll und flächensparende Siedlungs- und Erschließungsformen unter Berücksichtigung der ortsspezifischen Gegebenheiten angewendet werden sollen. Ergänzt wird dieses Planwerk durch die Festlegung 3.2 LEP, welche als Ziel der Raumordnung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG ausgewiesen ist und als solche strikte Verbindlichkeit gegenüber ihren Adressaten genießen soll.⁶⁷ Sie bestimmt:

„In den Siedlungsgebieten sind die vorhandenen Potenziale der Innenentwicklung möglichst vorrangig zu nutzen. Ausnahmen sind zulässig, wenn Potenziale der Innenentwicklung nicht zur Verfügung stehen.“

Ergänzt werden diese speziell auf das Flächensparen abzielenden Planfestlegungen durch allgemeine Planelemente. So wird unter 1.1.3 als Grundsatz aufgeführt, dass der Ressourcenverbrauch in allen Landesteilen vermindert werden soll und unvermeidbare Eingriffe ressourcenschonend erfolgen sollen. Überdies ist unter 1.3.2 als Grundsatz der Raumordnung festgelegt,

⁶⁵ Hervorhebungen nicht im Original.

⁶⁶ Der Landesentwicklungsplan befindet sich momentan (30.9.2017) in einer Phase der Überarbeitung; vgl. dazu <http://www.landesentwicklung-bayern.de/teilfortschreibung-lep/> (abgerufen am 30.9.2017).

⁶⁷ Umfassend zur Zielbindungswirkung Runkel, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, 2017, L § 4 Rn. 64 ff.; Finkelnburg/Ortloff/Kment, Öffentliches Baurecht, 2017, § 20 Rn. 33.

dass in allen Teilräumen, insbesondere in verdichteten Räumen, klimarelevante Freiflächen von Bebauung freigehalten werden sollen.

III. Der Gesetzesentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (LT-Drucksache 17/16760)

Die Bayerische Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat am 9. Mai dieses Jahres (2017) einen Gesetzentwurf zur Einführung einer Obergrenze für den Flächenverbrauch in den Bayerischen Landtag eingebracht.⁶⁸ Zielsetzung des Gesetzentwurfs ist eine Ergänzung des Bayerischen Landesplanungsgesetzes um eine Regelung, die den Flächenverbrauch in Bayern bis zum Jahr 2020 auf höchstens 4,7 ha/Tag festschreibt. Dieser Wert soll dem bayerischen Anteil an dem 30-ha-Ziel der Bundesregierung entsprechen. Die jeweiligen Verbrauchspotenziale sollen nach Maßgabe des Gesetzentwurfs durch das Landesentwicklungsprogramm auf die nachgeordneten Planungsträger aufgeteilt werden. Überdies ist eine Ermächtigung an die Bayerische Staatsregierung vorgesehen, mit Zustimmung des Bayerischen Landtags ein Handelssystem mit Flächenausweisungsrechten einzuführen. Dieses soll einen Zukauf von Zertifikaten regulieren, um ein Abweichen von der zugewiesenen Kontingentierung zu ermöglichen.

1. Angestrebte Änderung des Bayerischen Landesplanungsgesetzes

Neben der Änderung der Inhaltsübersicht des Bayerischen Landesplanungsgesetzes ist Kernpunkt des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Ergänzung des Bayerischen Landesplanungsgesetzes um einen Art. 1a, der folgenden Inhalt besitzen soll:

„Obergrenze für den Flächenverbrauch

¹Die Flächenneuanspruchnahme ist bis zum Jahr 2020 auf 4,7 ha pro Tag zu begrenzen. ²Die Staatsregierung wird ermächtigt, mit Zustimmung des Landtags ein Handelssystem mit Flächenzertifikaten zu etablieren. ³Innerhalb dieses Systems erhalten alle Kommunen entsprechend des ihnen gemäß Art. 19 Abs. 2 zugeteilten

⁶⁸ LT-Drs. 17/16760.

Kontingents jährlich kostenlose Flächenverbrauchszertifikate, welche interkommunal gehandelt werden können.“⁶⁹

Des Weiteren soll es nach dem Willen der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu einer Ergänzung des Art. 19 Abs. 2 BayLplG kommen. Dort soll eine neue Nr. 1 mit folgendem Inhalt eingefügt werden:

„die Aufteilung des Mengenziels zur Reduktion der Flächenneuanspruchnahme auf die Kommunen, wobei der Bevölkerungsstärke der jeweiligen Kommune Rechnung zu tragen ist,“⁷⁰

Schließlich sieht der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (formale) Folgeänderungen des Art. 19 Abs. 2 BayLplG vor, die durch das Einfügen der neuen Nr. 1 bedingt sind.

2. Begründung des Gesetzentwurfs

a) Überblick

Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wird begründet. Hierbei wird zunächst auf das Verständnis der Begrifflichkeiten eingegangen; überdies wird eine Erläuterung zur Grundkonzeption geliefert. Hieran schließen sich Ausführungen zur Gesetzgebungskompetenz und zur Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit sonstigem Verfassungsrecht an. Abschließend wird der Verteilungsschlüssel bei der Zuweisung von Flächenverbrauchsrechten erläutert.

b) Die einzelnen Erläuterungen

(1) Im Einzelnen wird im Gesetzentwurf ausgeführt, dass unter Flächenverbrauch im Sinne des Gesetzentwurfs die tägliche Neuanspruchnahme von Siedlungs- und Verkehrsfläche gemeint ist und der Flächenverbrauch nicht mit Versiegelung gleichgesetzt werden soll.⁷¹ Zur Einführung eines

⁶⁹ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

⁷⁰ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

⁷¹ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

Systems handelbarer Flächenzertifikate stellt der Entwurf fest, dass dieser den Gemeinden eine größere Flexibilität im Umgang mit der Flächenhöchstverbrauchsgrenze ermöglichen soll.⁷² Beim Flächenhandel werde nach der Konzeption des Gesetzentwurfs die Gesamtmenge an handelbaren Zertifikaten vorab festgelegt und am Anfang jeden Jahres ausgegeben. Die Gemeinden, die Träger der Bauleitplanung seien, erhielten gemäß der im Landesentwicklungsprogramm (LEP) vorgenommenen Aufteilung des Mengenziels zur Reduktion der Flächenneuanspruchnahme (Art. 19 Abs. 2 Nr. 1 BayLPIG-Entwurf) Zertifikate zugeteilt, die zur Ausweisung von Bauland berechtigten. Die Kommune, die im Rahmen der bestehenden Raumplanung Flächen ausweisen wolle, müsse die entsprechende Zahl an Zertifikaten bereitstellen.⁷³ Habe sie nicht ausreichend Zertifikate, müsse sie weitere erwerben. Umgekehrt bestehe aber auch die Möglichkeit, überschüssige Zertifikate zu verkaufen.⁷⁴ Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN erhofft sich mit dem Gesetzentwurf, dass durch das Handelssystem ein Anreiz für Gemeinden geschaffen werde, nur noch solche Bebauungspläne aufzustellen, für die die Gemeinde sicher sein kann, erforderliche zusätzliche Zertifikatskosten begleichen zu können.⁷⁵ Es geht somit um eine wirtschaftliche Betrachtung⁷⁶ im Rahmen einer Flächenverbrauchshöchstgrenze:

„Jede Gemeinde kann dieses Kalkül im Rahmen ihrer Planung selbst aufstellen und sie kann selbst entscheiden, ob sie eher dazukaufte oder verkauft. Unabhängig davon wie sie entscheidet, bleibt das Flächensparziel gewahrt, weil insgesamt nur eine bestimmte Menge an Zertifikaten zur Verfügung steht.“⁷⁷

(2) Zur Gesetzgebungskompetenz des Freistaats Bayern, die notwendig ist, um das Gesetzgebungsvorhaben überhaupt realisieren zu können, kon-

⁷² LT-Drs. 17/16760, S. 5.

⁷³ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

⁷⁴ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

⁷⁵ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

⁷⁶ Siehe hierzu auch Michaelis, ZUR 2002, 129 (132); Marty, ZUR 2011, 395 (399); Windoffer, DÖV 2014, 654 (660).

⁷⁷ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

zentriert sich die Bayerische Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Wesentlichen auf die Festlegung einer Verbrauchsobergrenze und führt hierzu aus, dass die Kompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG zu finden sei.⁷⁸ Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG gehöre zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz, so dass die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung für sich in Anspruch nehmen könnten, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht habe. Hieran anschließend wird festgestellt:

„Der Bund hat im Raumordnungsgesetz (ROG) bislang kein Flächenschutzziel festgelegt. Nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG können die Länder vom Bundesgesetz abweichende Regelungen treffen (Abweichungskompetenz) und im Landesplanungsgesetz eigene Konzeptionen verwirklichen sowie auf ihre unterschiedlichen strukturellen Voraussetzungen und Bedingungen reagieren.“⁷⁹

Im Anschluss nimmt der Gesetzentwurf unter Bezugnahme auf das Bundesverfassungsgericht eine Abgrenzung zum Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG (Bodenrecht) vor. Das Bodenrecht umfasse Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung hätten, also die rechtliche Beziehung des Menschen zum Grund und Boden regelten.⁸⁰ Deshalb gelte:

„Die Flächenverbrauchsobergrenze ist als überörtliche und nicht grundstücksbezogene Regelung zu qualifizieren, weil sie weder dem städtebaulichen Grundstücksverkehr noch dem Bodenrecht zugeordnet werden kann, da sie mengen- und nicht nutzungsbezogen ist.“⁸¹

(3) Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN widmet sich im weiteren Verlauf des Gesetzentwurfs der Vereinbarkeit der Regelung mit höherrangi-

⁷⁸ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

⁷⁹ LT-Drs. 17/16760, S. 5 f.

⁸⁰ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

⁸¹ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

gem Recht und stellt dabei auf die Bayerische Landesverfassung (BV) ab. Hinsichtlich des Rechts der Gemeinden auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV bescheinigt der Gesetzentwurf trotz eines dort erkannten Eingriffs in die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen⁸² eine Unbedenklichkeit:

„Art. 11 Abs. 2 BV garantiert jedoch das Recht der Selbstverwaltung nur im Rahmen der Gesetze. Dem Gesetzgeber kommt ein weiter Gestaltungsauftrag und Spielraum zu. Äußerste Grenzen liegen in der Unantastbarkeit von Kernbereich und Wesensgehalt der Selbstverwaltung sowie im Willkürverbot. Durch die im BayLPIG angelegte Mengenbegrenzung der Neuinanspruchnahme von Fläche geht kein Entzug der gemeindlichen Planungshoheit einher. Den Kommunen bleibt es unbenommen, den Innenbereich zu entwickeln; die Nutzung des Außenbereichs ist lediglich quantitativ eingeschränkt, nicht aber ausgeschlossen. Der Landesgesetzgeber kann das 30-ha-Ziel im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative auf das Staatsgebiet herunterbrechen und so den täglichen Flächenverbrauch entsprechend dem Vorschlag der Kommission Bodenschutz beim Umweltbundesamt deckeln.“⁸³

Zur argumentativen Absicherung dieses Befundes stützt sich die Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN darauf, dass Eingriffe jenseits des Kernbereichs (Wesensgehalts) des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung durch überörtliche Gründe von höherem Gewicht gerechtfertigt werden könnten und der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit greife. Letztgenannter verlange jedoch nur eine Abwägung zwischen den Belastungen oder Beeinträchtigungen der gemeindlichen Selbstverwaltung und den dafür maßgebenden, am öffentlichen Wohl orientierten, hinreichend sachlichen Gründen.⁸⁴

Die sachlichen Gründe ergeben sich aus Sicht der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN aus der staatlichen Verpflichtung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 141 Abs. 1 S. 1, 4 BV:

⁸² LT-Drs. 17/16760, S. 6.

⁸³ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

⁸⁴ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

„Angesichts des weiterhin hohen Flächenverbrauchs und des von Art. 141 Abs. 1 BV geforderten Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen liegen tragfähige Gründe für eine Mengenzielbegrenzung vor. Zu den natürlichen Lebensgrundlagen zählt ausdrücklich der in Art. 141 Abs. 1 Satz 4 genannte Boden. Der Boden hat wichtige Funktionen im Wirkungsgefüge des Naturhaushalts, insbesondere als Lebensgrundlage für Tiere und Pflanzen sowie als Regulator für den Wasserhaushalt. Menschliche Eingriffe, vor allem der Bodenverbrauch als Folge der Überbauung, können dazu führen, dass der Boden seine Funktionen im Naturhaushalt nicht mehr erfüllen kann. Als weitere Schutzgüter benennt Art. 141 die Landschaft und die kennzeichnenden Orts- und Landschaftsbilder. Der Schutzauftrag aus Art. 141 BV umfasst neben der Abwehr von Beeinträchtigungen auch Maßnahmen zur Vorsorge. In der Verpflichtung nach Art. 141 Abs. 1 Satz 3 zum schonenden und sparsamen Umgang mit Naturgütern kommt darüber hinaus das Nachhaltigkeitsgebot sowie das Sparsamkeitsgebot für nicht erneuerbare Ressourcen zum Ausdruck.“⁸⁵

Weiter führt der Gesetzentwurf aus, dass mit Umsetzung der unterbreiteten Gesetzesänderung die Ressource Boden wirksam geschützt werde.⁸⁶ Außerdem werde das bayerische Landschaftsbild aus Naturschönheiten, jahrhundertlang gewachsenen Kulturlandschaften und landwirtschaftlichen Flächen bewahrt.⁸⁷ Dieses Landschaftsbild mache Bayern für seine Bürgerinnen und Bürger lebenswert und für den Tourismus reizvoll.⁸⁸

Auch stellt der Gesetzentwurf die Erforderlichkeit der Gesetzesänderung mit Blick auf das bestehende Regelwerk und dessen bisherige Steuerungsergebnisse fest:

„Die Steuerung der Flächenneuanspruchnahme sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene hat sich bislang vorrangig auf die Standortsteuerung beschränkt. In der Praxis hat das Raumordnungsrecht nur wenig Steuerungswirkung im Hinblick auf die Flächenneuanspruchnahme entfaltet und konnte eine quantita-

⁸⁵ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

⁸⁶ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

⁸⁷ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

⁸⁸ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

tiv zu hohe Neuinanspruchnahme nicht verhindern [...] Wie das von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Planspiel ‚Flächenhandel‘ gezeigt hat, lässt sich der Flächenverbrauch durch eine Kontingentierung und verbindliche Mengenbegrenzungen deutlich reduzieren.“⁸⁹

Die Angemessenheit der vorgeschlagenen Neuregelung leitet die Bayerische Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Wesentlichen aus der hohen Wertigkeit der Staatszielbestimmung des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen und der im Vergleich hierzu geringer einzuschätzenden Nachteile für betroffene Gemeinden ab.⁹⁰ Die Einführung eines Handelssystems für Flächenzertifikate schaffe zusätzliche Abmilderungen des Eingriffs, die aber nicht zwingend notwendig seien:

„Bei der Abwägung zwischen den Belangen der Kommunen an einer uneingeschränkten Entwicklungsmöglichkeit auch im nicht beplanten Innen- und Außenbereich auf der einen Seite, mit der staatlichen Verpflichtung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen auf der anderen Seite, tritt das Recht der Kommunen auf Selbstverwaltung zurück. Den Kommunen bleiben alle Planungskompetenzen im Kern erhalten – für den beplanten Innenbereich weiterhin uneingeschränkt und für den Außenbereich zumindest eingeschränkt. Das Ziel, Flächen zu sparen, steht auch nicht im Widerspruch zum Bedarf an Wohnungen, weil sich der zusätzliche Bedarf insbesondere auf Geschosswohnungsbau und nicht auf den flächenintensiven Wohnungsbau auf der ‚grünen Wiese‘ bezieht. Eine Kontingentierung stellt daher, auch unabhängig von der Möglichkeit der Kommunen[,] Flächen zu handeln, keinen Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltung dar [...]. Durch die im Gesetz eingeräumte Ermächtigung, ein System handelbarer Flächenzertifikate zu etablieren, kann darüber hinaus eine zusätzliche Flexibilisierung geschaffen werden, die es den Kommunen ermöglicht, von der zugewiesenen Kontingentierung abzuweichen.“⁹¹

⁸⁹ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

⁹⁰ LT-Drs. 17/16760, S. 7.

⁹¹ LT-Drs. 17/16760, S. 7.

Im Anschluss an die Ausführungen zur Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV widmet sich der Gesetzentwurf den in Art. 3 Abs. 2 S. 2 BV angesprochenen gleichwertigen Lebensverhältnissen und Arbeitsbedingungen. Auch zu dieser Staatszielbestimmung sieht die Bayerische Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN keine Widersprüche.⁹² Es sei

„festzustellen, dass es durch die Mengenvorgabe nicht unterbunden wird, Flächen, z.B. für Gewerbe, auszuweisen, sondern nur die Menge wird kontingentiert. Eine Baulandmobilisierung im beplanten Innenbereich ist weiterhin im Rahmen des Raum- und Fachplanungsrechts uneingeschränkt möglich. Zudem wird der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ebenfalls in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 BV als Staatsfundamentalnorm hervorgehoben. Ergänzt wird diese Regelung durch die Staatszielbestimmung ‚Umweltschutz‘ in Art. 141 Abs. 1 BV. Insbesondere im Hinblick auf den Flächenverbrauch kommt dieser eine wichtige Aufgabe zu, weil sie sich auch an die Gemeinden richtet und es Handlungsauftrag für die Verwaltung ist, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen.“⁹³

(4) Abgeschlossen wird die Begründung des Gesetzentwurfs durch Überlegungen zur Verteilung der Flächenkontingente auf die Kommunen. Diese soll durch die Planungsbehörden erfolgen, um deren Sachkunde zu nutzen.⁹⁴ Als Verteilungskriterien werden unterschiedliche Ansatzpunkte genannt:

„Für die Verteilung der Kontingente kommen verschiedene Kriterien, wie etwa die bestehende Bevölkerung, die prognostizierte Bevölkerung, die Bewertung als Wachstums- bzw. Schrumpfungregion oder die regionale Wirtschaftskraft in Betracht.“⁹⁵

Der Planentwurf betont schließlich den Aspekt der Bevölkerungsstärke als Differenzierungsmerkmal, da diesem Kriterium in einem Planspiel, das im

⁹² LT-Drs. 17/16760, S. 7.

⁹³ LT-Drs. 17/16760, S. 7.

⁹⁴ LT-Drs. 17/16760, S. 7.

⁹⁵ LT-Drs. 17/16760, S. 7.

Auftrag der Bundesregierung durchgeführt worden sei, die größte Akzeptanz entgegengebracht worden sei.⁹⁶

IV. Problemstellung

Die vorliegende Untersuchung möchte den Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN näher untersuchen. Dabei sollen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Gesetzentwurfs – unter Beachtung des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung – und seine Vereinbarkeit mit Bundesrecht betrachtet werden. Die Frage nach der Vereinbarkeit mit Bundesrecht zielt allein darauf zu klären, ob der Bayerische Landtag die Gesetzgebungskompetenz besitzt, die fraglichen Regelungen des Gesetzentwurfs vor dem Hintergrund der bestehenden bundesrechtlichen Vorschriften (sog. Sperrwirkung von Bundesrecht) zu erlassen.

B. KOMPETENZRECHTLICHE UNTERSUCHUNG

I. Denkbare Gesetzgebungstitel und ihre Abgrenzung

1. Der Regelungsgegenstand des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN stellt eine Regelungskombination mit zwei Teilen dar. Er besteht aus der Definition einer Obergrenze für die Neuinanspruchnahme von Flächen für die Siedlungs- und Verkehrsprojekte und verbindet diese strikte flächenbezogene Regelungsstruktur mit der Option zur Einführung eines Handelssystems für freie Flächenverbrauchskontingente. Die Norminhalte tangieren somit die Nutzung des Raums und den Handel. Folglich könnte kompetenzrechtlich das Recht der Raumordnung im Sinne des Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 31 GG und/oder das Recht der Wirtschaft nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG betroffen sein. Auch das Baurecht im Sinne des Art. 72, 74 Abs. 1

⁹⁶ LT-Drs. 17/16760, S. 7.

Nr. 18 GG mit seinen bodenrechtlichen Bezügen könnte gegebenenfalls tangiert sein. Den fraglichen Kompetenztiteln wird nunmehr nachgegangen.

2. Raumordnung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG)

Der Verfassung lassen sich nur wenige Anhaltspunkte entnehmen, welche Kompetenzfülle mit dem Kompetenztitel der Raumordnung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG verbunden sein soll. Dies ist für den Kompetenzkatalog des Grundgesetzes allerdings ein eher alltägliches Phänomen, sind doch die einzelnen Kompetenzen mit gewissen „Randunschärfen“ belegt, die im Wege der Auslegung möglichst klein zu halten sind.⁹⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem sog. Baurechtsgutachten aus dem Jahr 1954 mit der Frage nach der Bedeutung der Raumordnungskompetenz und ihres Zusammenspiels mit anderen Kompetenztiteln erst- und letztmalig befasst.⁹⁸ Das deutlich vor der Föderalismusreform I im Jahr 2006 erteilte Gutachten bestimmt – trotz einiger Vorbehalte –⁹⁹ weiterhin die kompetenzrechtliche Interpretation des Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG.¹⁰⁰ In seinem Gutachten kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Erkenntnis, dass die Raumordnung die zusammenfassende hoheitliche Gestaltung des Raums jenseits der Ortsebene unter überörtlichen und überfachlichen Gesichtspunkten beschreibe.¹⁰¹ Raumordnung ist also eine übergeordnete, zusammenfassende und die Fachplanungen aufeinander abstimmende Planung.¹⁰²

Diesem Merkmalskatalog lässt sich der Gesetzentwurf zuordnen. Indem eine Höchstgrenze für die Flächeninanspruchnahme definiert wird, werden

⁹⁷ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 70 Rn. 6 ff.

⁹⁸ BVerfGE 3, 407.

⁹⁹ Vgl. dazu Kment, NuR 2006, 217 (218).

¹⁰⁰ Vgl. Petschulat, Die Regelungskompetenzen der Länder für die Raumordnung nach der Föderalismusreform, 2015, S. 47; Kment, NWVBl. 2017, 1 (5).

¹⁰¹ BVerfGE 3, 407 (425); ebenso Schmidt-Aßmann, Festschr. Weyreuther, 1993, S. 73 (73); Runkel, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, 2017, L § 1 Rn. 45; Kment, NuR 2006, 217 (218).

¹⁰² Beckmann, NWVBl. 2011, 249 (250); Kment, NWVBl. 2017, 1 (5); Durner, Konflikte räumlicher Planung, 2005, S. 33; Deutsch, EurUP 2016, 90 (91); Petschulat, Die Regelungskompetenzen der Länder für die Raumordnung nach der Föderalismusreform, 2015, S. 44.

den bisherigen Möglichkeiten von Gemeinden, Siedlungs- und Verkehrsflächen in ihren Bauleitplänen auszuweisen, Grenzen gesetzt. Die anvisierten Regelungen knüpfen dabei nicht an spezifische Grundstücksflächen an, sondern reduzieren allein quantitativ die Umnutzung von Flächen allgemein.¹⁰³ Diese Lenkungsleistung des Gesetzentwurfs ist somit *raumbezogen*. Sie ist auch *überfachlich*, da sie die Siedlungstätigkeit mit den ökologischen Anforderungen unabhängig von konkreten Fachbereichen (Fachplanungen) koordinieren und in einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Nutzungen bringen will.¹⁰⁴ Des Weiteren handelt es sich auch um einen *überörtlichen* Regelungsansatz. Nach Art. 19 Abs. 2 Nr. 1 BayLplG-Entwurf sollen die jeweiligen kommunalen Verbrauchspotenziale durch ein überörtliches Planwerk, das Landesentwicklungsprogramm, im überörtlichen Aus- und Vergleich zugewiesen werden.

Die Etablierung eines Flächenhandelssystems ist nach der Konzeption des Gesetzentwurfs als ein Ergänzungsinstrument einzustufen, welches lediglich den Flächenverbrauch innerhalb der kommunalen Akteure flexibilisiert und das starre System von Verbrauchsquoten durchlässig macht.¹⁰⁵

Folglich kann man die im Gesetzentwurf angesprochene Materie dem Kompetenztitel der Raumordnung nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 31 GG zuweisen.

3. Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)

Betont man den Aspekt des Handels mit Flächenausweisungspotenzialen (oder Flächenverbrauchszerifikaten) stärker, könnte man auch zu dem Schluss kommen, dass der dargestellte Gesetzentwurf zusätzlich einer Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bedarf. Mit der Gesetzgebungszuständigkeit für die Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hat der Gesetzgeber wohl eine der bedeutendsten im Katalog der konkurrierenden Gesetzge-

¹⁰³ Marty, ZUR 2011, 395 (400).

¹⁰⁴ Bovet, NuR 2006, 473 (477); Brand/Sanden, IzR 2005, 311 (318); Senftleben, ZUR 2008, 64 (66).

¹⁰⁵ Senftleben, ZUR 2008, 64 (66).

bungskompetenzen inne.¹⁰⁶ Sie umfasst nicht nur die Organisation der Wirtschaft, der Wirtschaftszweige und der wirtschaftenden Personen, sondern auch die Steuerung und Lenkung des Wirtschaftslebens insgesamt.¹⁰⁷ Im Zusammenspiel mit Art. 72 Abs. 2 GG wird dabei dem Bund die Aufgabe übertragen, Sorge für die Wirtschaftskraft und die Wirtschaftseinheit der Bundesrepublik Deutschland zu tragen.¹⁰⁸

Mit der Option, ein Handelssystem für Flächenausweisungsrechte einführen zu können, wird zugleich der Grundstein für einen Markt für die Ware „Flächen“ erzeugt.¹⁰⁹ Die Flächeninanspruchnahme würde mit Wirksamkeit des Gesetzesentwurfs nicht mehr allein planerischen Gesichtspunkten folgen, wie dies in § 1 Abs. 3 BauGB angelegt ist,¹¹⁰ sondern wäre zusätzlich auch ökonomischen Steuerungsprozessen ausgesetzt. Dies spricht für eine Anwendbarkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. In diese Richtung deutet auch, dass das vergleichbare Emissionshandelssystem, welches CO₂-Verbrauchsrechte zum Gegenstand hat,¹¹¹ vom Bundesgesetzgeber neben dem Recht der Luftreinhaltung ebenfalls dem Recht der Wirtschaft zugeordnet wird.¹¹² Somit muss der Gesetzentwurf ebenfalls auf das Recht der Wirtschaft nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zurückgreifen.

4. Bodenrecht (Art. 72 Abs. 1 Nr. 18 GG)

Nunmehr muss noch der Frage nachgegangen werden, ob der Gesetzentwurf neben dem bereits erwähnten Kompetenztitel einer Absicherung durch den Kompetenztitel des Bodenrechts nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 18 GG bedarf. Diese Frage drängt sich auf, da die Gesetzgebungsinitiative mit der Begrenzung des Flächenverbrauchs letztlich auf eine veränderte Flächennut-

¹⁰⁶ Wittreck, in: Dreier, GG, 2015, Art. 74 Rn. 50; Kment, NWVBl. 2017, 1 (2).

¹⁰⁷ BVerfGE 11, 105 (110 ff.); BVerfGE 67, 256 (275); BVerfGE 116, 202 (215 f.).

¹⁰⁸ Kment, NWVBl. 2017, 1 (2); Wittreck, in: Dreier, GG, 2015, Art. 74 Rn. 50.

¹⁰⁹ Senftleben, ZUR 2008, 64 (66).

¹¹⁰ BVerwGE 92, 8 = BVerwG, NVwZ 1993, 1102 (1103); BVerwGE 114, 301 = NVwZ 2001, 1280 (1280 f.); NVwZ-RR 2003, 7 (7); NVwZ 2006, 458 (459); BauR 2008, 325 Rn. 7; BVerwGE 133, 310 Rn. 17; Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 1 Rn. 14 ff.

¹¹¹ Vgl. zum Emissionshandel Kreuter-Kirchhof, EuZW 2017, 412; Ehrmann, ER 2016, 10.

¹¹² BT-Drs. 17/5296, S. 32; vgl. auch Koch/Krohn, NuR 2006, 673 (677).

zung „vor Ort“ abzielt. Überdies stehen die beiden Kompetenztitel der Raumordnung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG und des Bodenrechts im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG in einem natürlichen Konkurrenzverhältnis zueinander. Sie befassen sich u. a. mit Planungen und Flächennutzungen, betreffen aber innerhalb des Systems der Planung unterschiedliche Stufen und können daher nicht dieselben Aufgabenbereiche umfassen;¹¹³ gleichwohl sind sie aber – etwa durch § 1 Abs. 4 BauGB – miteinander verschränkt.¹¹⁴

Das Bodenrecht umfasst die örtliche, also die städtebauliche Planung.¹¹⁵ Wesentlicher Bestandteil des Bodenrechts ist deshalb die kommunale Bauleitplanung in Gestalt von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen.¹¹⁶ Diese haben nach traditionellem verfassungsrechtlichem Verständnis – im Gegensatz zur Raumordnung – die unmittelbare rechtliche Beziehung der Menschen zu Grund und Boden zum Gegenstand.¹¹⁷ Demgegenüber richtet sich die Raumordnung ausschließlich an öffentliche Stellen und darf gegenüber dem Bürger keine unmittelbare Außenwirkung erzeugen.¹¹⁸

Neben diesem adressatenbezogenen Kriterium wird die Abgrenzung der beiden Kompetenztitel auch durch räumliche Differenzierungen (örtlich *v.* überörtlich) versucht¹¹⁹ und durch räumlich-funktionale Überlegungen abgestützt. Letztgenannte nehmen vor allem die Auswirkungen der Festlegungen in den Blick bzw. stellen auf den Zweck der Planung ab.¹²⁰ Sind dem-

¹¹³ Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 1 Rn. 64, 66; vgl. auch Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 74 Rn. 81: Bodenrecht als „lex specialis“.

¹¹⁴ Kment BauR 2012, 1867 (1869 f.). Im Zusammenspiel der Normen erzeugt § 1 Abs. 4 BauGB einen Vorrang der Raumordnung gegenüber der Bauleitplanung, vgl. dazu Stürer, Bau- und Fachplanungsrecht, 2015, Rn. 3669; Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 1 Rn. 33 f.

¹¹⁵ Degenhart, in: Sachs, GG, 2014, Art. 72 Rn. 78; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 74 Rn. 81.

¹¹⁶ Vgl. etwa Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 2012, Art. 74 Rn. 70; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 74 Rn. 45; Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 1 Rn. 64.

¹¹⁷ BVerfGE 3, 407 (424); Kment, NuR 2006, 217 (218).

¹¹⁸ Kment, NuR 2010, 392 (392 f.).

¹¹⁹ Ebenso Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 1 Rn. 67.

¹²⁰ Schmitz ZfBR 2015, 124 (127); Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 2015, § 1 Rn. 10 f.

nach raumbedeutsame Auswirkungen über das Gemeindegebiet hinaus feststellbar, soll der Aufgabenbereich der Raumordnung betroffen sein. Anders gewendet: Geht die zu bewältigende Aufgabe ihrer Natur oder Struktur nach über das Gebiet einer Gemeinde hinaus, erlangt der Regelungsgegenstand überörtlichen Charakter und kann von der Raumordnung aufgegriffen werden.¹²¹ Daher kann sich die Raumordnung sogar hinsichtlich ihrer Anordnung ausschließlich auf das Gebiet einer Gemeinde konzentrieren, wenn ein in Bezug genommenes Vorhaben, das sich räumlich auf das Gebiet der Gemeinde beschränkt, einen regionalen oder landesweiten Bedarf decken soll oder überörtliche Auswirkungen auf die Umwelt hat, wie es etwa bei Kraftwerken oder Flughäfen der Fall ist.¹²²

Betrachtet man den Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vor dem Hintergrund dieses abstrakten verfassungsrechtlichen Merkmalkatalogs, bedarf es nicht der ergänzenden Absicherung durch den Kompetenztitel des Bodenrechts. Die anvisierte Gesetzesänderung nimmt sich eines bundesweiten – und damit überörtlichen – Problems an,¹²³ welches auf der überörtlichen Ebene einer landesweiten Lösung zugeführt werden soll.¹²⁴ Ein wichtiges Element des gerechten Ausgleichs aller involvierter Gemeindeinteressen ist es, auf einer überörtlichen Ebene nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 2 Nr. 1 BayLplG-Entwurf die jeweiligen Flächenausweisungsmöglichkeiten allen Gemeinden nach einem für sachgerecht erachteten Verteilungsschlüssel im Landesentwicklungsprogramm zuzuweisen.¹²⁵ Hinsichtlich der konkreten Übersetzung des gewünschten Steuerungsimpulses, also der Realisierung der begrenzten Flächeninanspruchnahme, setzt der Gesetzentwurf auf die vorgefundenen (bundesgesetzlichen) Steuerungsinstrumente im Zusammenspiel von Raumordnung und Bauleitplanung. Er knüpft an den Wirkungsmechanismus des

¹²¹ BVerwGE, 118, 181 = NVwZ 2003, 1263 (1263); BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (224 f.); Halama, in: Festschrift für Schlichter, 1995, S. 201 (218); Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 1 Rn. 67.

¹²² Rojahn, NVwZ 2011, 654 (656).

¹²³ Siehe bereits die obigen Ausführungen unter A, I-II.

¹²⁴ Siehe die obigen Ausführungen unter A, III.

¹²⁵ Siehe hierzu oben unter A, III.

§ 1 Abs. 4 BauGB an, ohne weitere Veränderungen des Bodenrechts vorzusehen. In § 1 Abs. 4 BauGB ist nämlich angeordnet, dass die Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen sind. Durch diese Anpassungspflicht wird sichergestellt, dass die Planungsinhalte höherstufiger Raumordnungspläne in das Städtebaurecht transformiert werden und diesen auch im Außenverhältnis zu den Bürgern Wirksamkeit verschafft wird.¹²⁶ Rechtstechnisch fungieren die Zielfestlegungen der Raumordnung als verbindliche Rahmenbedingungen, die von jeder städtebaulichen Planung zu beachten sind.¹²⁷ Da der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN lediglich von dieser durch Bundesrecht in § 1 Abs. 4 BauGB eingeräumten einfachgesetzlichen Einwirkungskraft des (landesrechtlichen) Raumordnungsrechts Gebrauch machen will, ohne ergänzende Regelungen im Baugesetzbuch vorzusehen, muss er nicht die Kompetenz des Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 18 GG in Anspruch nehmen.

5. Notwendige Abgrenzung der Kompetenztitel

Dass eine Regelungsmaterie auf unterschiedliche Kompetenzen gestützt werden muss, ist per se weder abträglich noch schädlich.¹²⁸ Gleichwohl bedarf es einer Abgrenzung dann, wenn mit der Zuordnung der Sachmaterie zu unterschiedlichen grundgesetzlichen Kompetenztiteln zugleich divergierende Rechtsfolgen ausgelöst werden, etwa weil die eine Gesetzgebungskompetenz ein Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 GG vorsieht¹²⁹ (so im Fall des Raumordnungsrechts nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG) und die andere Kompetenz (so das Recht der Wirtschaft) dieses Einbruchsrecht der Länder nicht vorhält.¹³⁰

In einer derartigen Kollisionslage bietet es sich an, die anwendbaren Regeln danach zu bestimmen, welcher Regelungsgegenstand – und damit wel-

¹²⁶ Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 1 Rn. 31.

¹²⁷ BVerwGE 90, 329 = BVerwG, NVwZ 1993, 167 (168); BVerwGE 119, 217 = BVerwG, NVwZ 2004, 614 (616); BVerwG, ZfBR 2014, 583 Rn. 8; BVerwG, NVwZ 2015, 1452 Rn. 23.

¹²⁸ Jarass, NVwZ 2000, 1089 (1090).

¹²⁹ Vgl. dazu Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 28 ff.

¹³⁰ Koch/Krohn, NuR 2006, 673 (677 ff.).

cher Kompetenztitel – dominierend ist.¹³¹ Hinsichtlich des vorliegenden Gesetzentwurfs besteht der stärkere Sachzusammenhang zum Recht der Raumordnung, da das primäre Ziel des Gesetzentwurfs die Begrenzung des Flächenverbrauchs in Bayern ist.¹³² Die Möglichkeit, ein Handelssystem für Flächenausweisungsrechte einzuführen, soll dieses Grundanliegen lediglich begleiten und als ergänzendes Hilfsinstrument den betroffenen Gemeinden zusätzliche Handlungsspielräume innerhalb des vorrangigen und verbindlichen Rahmens eines Flächenhöchstverbrauchs geben.¹³³ Somit darf man den Kompetenztitel der Raumordnung nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 31 GG als die ausschlaggebende „Leitkompetenz“ bezeichnen, die durch das Recht der Wirtschaft flankiert wird.

II. Regelungskompetenzen des Freistaats Bayern

1. Regelungsoptionen im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung - Überblick

a) Handlungsoptionen und Sperrwirkungen

Den Ländern steht im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 GG unabhängig vom konkreten Gesetzgebungstitel (Art. 74 GG) die Regelungskompetenz zu, sofern und soweit der Bund von seinen Befugnissen noch keinen „Gebrauch gemacht“ hat. Ein Gebrauchmachen ist von vornherein abzulehnen, wenn der Bund gesetzgeberisch gänzlich untätig bleibt; insoweit besteht auch die Kompetenz der Länder nach Art. 72 Abs. 1 GG weiter fort,¹³⁴ sofern sich die Länder mit ihren Regelungen auf die Landesebene beschränken.

¹³¹ Degenhart, NVwZ 2006, 1209 (1212); ähnlich im Verhältnis von Bund- zu Länderkompetenzen BVerfGE 97, 228 (252); BVerfGE 121, 30 (37), BVerfGE 137, 108 Rn. 123; BVerfGE 138, 261 Rn. 30; ähnlich Klinger/Wegener, NVwZ 2011, 905 (908).

¹³² Ähnlich Bovet, NuR 2006, 473 (476 f.); Marty, ZUR 2011, 395 (400); Senftleben, ZUR 2008, 64 (66).

¹³³ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter A, III, 2.

¹³⁴ Degenhart, in: Sachs, GG, 2014, Art. 72 Rn. 24 f.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 5, 7.

Ferner muss zwischen dem abschließenden und teilweisen Gebrauchmachen differenziert werden. Hat der Bundesgesetzgeber nämlich lediglich eine partielle, nicht erschöpfende Regelung getroffen oder ordnet er ihre nähere Ausgestaltung oder Ergänzung an, bleibt das Gesetzgebungsrecht der Länder für den nicht geregelten Bereich gem. Art. 72 Abs. 1 GG bestehen.¹³⁵ Ob eine abschließende oder eine teilweise Regelung vorliegt, ist nach Maßgabe des erlassenen Bundesgesetzes zu beurteilen.¹³⁶ Alleine die Kodifizierung eines bestimmten Sachgebietes lässt *per se* nicht auf eine erschöpfende Regelung schließen.¹³⁷ Ist dem Gesetz explizit keine umfassende Regelung zu entnehmen, muss die Frage der Intensität des Gebrauchmachens vielmehr durch Auslegung beantwortet werden.¹³⁸ Zur Begründung einer abschließenden Regelung hat der Bundesgesetzgeber sowohl in subjektiver als auch objektiver Hinsicht hinreichend deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass die einschlägige Regelung von erschöpfender Natur sein soll und deshalb für eine landesrechtliche Regelung keinerlei Raum mehr besteht.¹³⁹

b) Abweichungsgesetzgebung

Hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, besteht im Bereich des Raumordnungsrechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG (nicht aber nach dem Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) für die Länder die Möglichkeit, gem. Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG eigene förmliche Gesetze¹⁴⁰ zu erlassen und damit von der Bundesrege-

¹³⁵ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 10; Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, 2010, § 1 Rn. 19.

¹³⁶ BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603 (2606); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 6; Schnapauff, in: Hömig/Wolff, GG, 2016, Art. 72 Rn. 2.

¹³⁷ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 6; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 2012, Art. 72 Rn. 9.

¹³⁸ Vgl. dazu Degenhart, in: Sachs, GG, 2014, Art. 72 Rn. 29 ff.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 10.

¹³⁹ Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 2012, Art. 72 Rn. 9.

¹⁴⁰ Degenhart, DÖV 2010, 422 (423).

lung auf dem Gebiet der Raumordnung abzuweichen.¹⁴¹ Bundesgesetze entfalten insoweit keine Sperrwirkung.¹⁴²

Nicht abschließend geklärt ist in diesem Zusammenhang die Frage, was unter einer vom Bundesrecht abweichenden Landesregelung zu verstehen ist.¹⁴³ Eine Abweichung ist ohne Zweifel anzunehmen, wenn ein Landesgesetzgeber an die Stelle des Bundesrechts eine inhaltliche andere materielle Regelung setzt und damit seine eigenen Vorstellungen normiert.¹⁴⁴ Demgegenüber bleibt unklar, ob unter einer abweichenden Regelung auch die bloße Erklärung der Nichtanwendbarkeit einer Bundesnorm verstanden werden kann.¹⁴⁵ Gegen die Ausklammerung einer solchen „Negativgesetzgebung“¹⁴⁶ lässt sich mit Recht die Tatsache ins Feld führen, dass durch Erklärung der Nichtanwendbarkeit – ebenso wie bei tatsächlich konkurrierenden Regelungsgehalten – eine andere Rechtslage geschaffen werden soll und vom Wortlaut des Art. 72 Abs. 3 GG letztlich auch nicht mehr gefordert ist.¹⁴⁷ Ebenfalls eine Form der Abweichung ist die Erweiterung abschließender – nicht der auf Ausgestaltung oder Ergänzung angelegten – Bundesregelungen. In diesem Fall betrifft die Abweichung den abschließenden Charakter des Bundesrechts.¹⁴⁸ Demgegenüber stellen die wörtliche Wiedergabe einer Bundesnorm sowie der Verweis auf eine Bundesvorschrift weder eine abweichende noch eine ergänzende Landes-

¹⁴¹ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 29.

¹⁴² Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 2012, Art. 72 Rn. 29.

¹⁴³ Vgl. dazu Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, 2010, § 1 Rn. 22 ff.

¹⁴⁴ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 30.

¹⁴⁵ Ablehnend Degenhart, in: Sachs, GG, 2014, Art. 72 Rn. 43 mit Fn. 186 und 187, der davon ausgeht, dass Art. 72 Abs. 3 GG „jedenfalls [eine] Regelung in der Sache“ fordert. Ebenso Runkel, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, ROG, Stand 2017, Vor §§ 1-29 Rn. 59; Franzius, NVwZ 2008, 492 (494).

¹⁴⁶ Degenhart, in: Sachs, GG, 2014, Art. 72 Rn. 43.

¹⁴⁷ Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 2012, Art. 72 Rn. 29; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 72 Rn. 30; Haratsch, in: Sodan, GG, 2015, Art. 72 Rn. 27; Wittreck, in: Dreier, GG, 2015 Art. 72 Rn. 42; Hebler, JA 2010, 688 (691).

¹⁴⁸ Chandra, Das Abweichungsrecht der Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 GG im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge, 2011, S. 54; Petschulat, Die Regelungskompetenz der Länder für die Raumordnung nach der Föderalismusreform, 2015, S. 163.

gesetzgebung dar: Hierfür mangelt es schlicht an einer inhaltlichen Divergenz beider Normen. Im Ergebnis bleibt die Bundesvorschrift deshalb weiter bestehen.¹⁴⁹

2. Handlungsspielräume zur Einführung einer quantitativen Flächenverbrauchsobergrenze mit Handelssystem

a) Zurückhaltende Bundesgesetzgebung

Die bisherigen Ausführungen haben die Abhängigkeit der landesrechtlichen Gestaltungsspielräume von der gesetzgeberischen Aktivität des Bundes verdeutlicht.¹⁵⁰ Unterzieht man das bestehende Bundesrecht einer näheren Analyse, lässt sich dort zum Zeitpunkt der Begutachtung keine *verbindliche* bundesrechtliche Regelung zu Flächenverbrauchshöchstgrenzen finden. Ebenfalls mangelt es an einer Normierung eines Handelssystems für Flächenausweisungsrechte.

b) Grundsatzbestimmung des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG

Einziger sachdienlicher normativer Anknüpfungspunkt zum fraglichen Themenkreis ist die Regelung des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG. Dort wird zum 29.11.2017 angeordnet, dass die erstmalige Inanspruchnahme von Freiflächen für Siedlungs- und Verkehrszwecke zu verringern ist und hierzu – neben anderen Instrumenten – insbesondere quantifizierte Vorgaben zur Verringerung der Flächeninanspruchnahme eingesetzt werden sollen. Die Anordnung besitzt die Qualität eines Grundsatzes der Raumordnung und richtet sich als solche gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 1 ROG an alle Exekutivkräfte, die Abwägungs- und Ermessensentscheidungen mit raumordnungsrelevanten Inhalten treffen.

¹⁴⁹ Im Ergebnis ebenso Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 1 Rn. 25; Haratsch, in: Sodan, GG, 2015, Art. 72 Rn. 27. Dagegen erscheint die von Schmitz/Müller RuR 2007, 456 (459) vertretene Auffassung, dass die wörtliche Wiederholung mangels Kompetenz schon als unzulässig einzustufen sei zu strikt, macht der Landesgesetzgeber doch von gar keiner Zuständigkeit Gebrauch, sondern verfolgt durch „klarstellende Regelungen“ lediglich das Ziel, die Verständlichkeit des Gesetzes zu erhöhen. Ebenfalls strenger Petschulat, Die Regelungskompetenz der Länder für die Raumordnung nach der Föderalismusreform, 2015, S. 65 ff.

¹⁵⁰ Siehe hierzu die obigen Ausführungen unter B, II, 1.

Dieser Bundesregelung kann man nicht entnehmen, dass hiermit eine abschließende Normierung des Themenbereichs der Flächeninanspruchnahme durch den Bund erfolgt sei, der den Landesgesetzgeber sperrt. § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG will nicht weitere landesrechtliche Aktivitäten in diese Richtung ausschließen, sondern vielmehr dazu auffordern, derartige Aktivitäten zu ergreifen, um den Bund in seinen Bemühungen um die Erreichung des „30-ha-Ziels“ zu unterstützen. So heißt es in den Gesetzesmaterialien zur Neufassung des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG:

„Der neue Passus in Satz 3 ‚durch quantifizierte Vorgaben zur Verringerung der Flächeninanspruchnahme‘ soll den Ländern, die noch keine quantitativen Flächenziele festgelegt haben, *einen Anreiz geben, dies zu tun*. Landes- und Regionalplanung sind wichtige Handlungsebenen, um zum Ziel der Bundesregierung beizutragen, den Flächenverbrauch, d. h. die Neuinanspruchnahme von un bebauten, unzersiedelten, unzerschnittenen Freiflächen für Siedlungs- und Verkehrszwecke, zukünftig stärker als bisher zu reduzieren. Eine landesplanerische Festlegung auf eine bestimmte quantitative Größe kann damit das ‚30-ha-Ziel‘ der Bundesregierung unterstützen.“¹⁵¹

Letztlich folgt auch keine Sperrwirkung aus dem Gedanken, dass mit der thematischen Behandlung des Flächenverbrauchs in § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG zugleich eine methodische Verengung vorgenommen sei. Da sich Grundsätze der Raumordnung an nachfolgende Exekutivkräfte (zB. mit Planungen betraute Verwaltungseinheiten) wenden und nicht an den Landesgesetzgeber in seiner Funktion als Legislativorgan,¹⁵² könnte man eventuell auf den Gedanken kommen, hierdurch sei eine legislative Befassung durch ein Land von Bundesseite nicht erwünscht und mit § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG verhindert. Diese These überzeugt jedoch nicht. Die Verortung des Themas

¹⁵¹ BT-Drs. 18/10883, S. 39. Hervorhebung nicht im Original.

¹⁵² Nach § 4 Abs. 1 S. 1 ROG richtet sich die Berücksichtigungspflicht von Grundsätzen der Raumordnung an öffentliche Stellen. Dies sind nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Nr. 5 ROG *nicht* die Landesparlamente oder der Deutsche Bundestag, sondern alle Behörden des Bundes und der Länder, kommunale Gebietskörperschaften, bundesunmittelbare und die der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

Flächenverbrauch im Katalog der Grundsätze des § 2 Abs. 2 ROG ist vielmehr ein Zeichen gesetzgeberischer Zurückhaltung, um den Ländern zum einen Gestaltungsspielräume zu belassen und zum anderen die Thematik im Bewusstsein der Entscheidungsträger durch eine zwingende Auseinandersetzung mit der Thematik präsent zu halten.

Aus demselben Grund kann man § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG auch keinen bundesrechtlichen Ausschluss eines Handelssystems für Flächenausweiserrechte entnehmen, da die Regelung mit dem Hinweis auf „quantitative Vorgaben“ nicht eine Verengung auf eine absolute Grenzsetzung des Flächenverbrauchs ohne ein gegebenenfalls flexibilisierend wirkendes Handelssystem¹⁵³ enthält.

Mangels einer entgegenstehenden bundesrechtlichen Normvorgabe stellt sich – entgegen der Begründung des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN –¹⁵⁴ die Frage nach einer Abweichungsmöglichkeit des Bayerischen Gesetzgebers nach Art. 72 Abs. 3 GG nicht.

Demzufolge darf man abschließend feststellen, dass der bayerische Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz besitzt, um den Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN umzusetzen.¹⁵⁵

III. Zwischenergebnis

Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN muss auf die Gesetzgebungskompetenz der Raumordnung im Sinne des Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 31 GG und des Rechts der Wirtschaft im Sinne des Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden. Die Kompetenzspreizung ist grundsätzlich unschädlich. Allerdings richten sich die konkreten

¹⁵³ Zur tatsächlichen kaum vorhandenen rechtlichen Steuerungskraft siehe die nachfolgenden Ausführungen unter C, III, 2, d, ff.

¹⁵⁴ LT-Drs. 17/16760, S. 6.

¹⁵⁵ Eine ähnliche allgemeine Einschätzung treffen Bovet/Bizer/Henger/Ostertag/Siedentop, RuR 2013, 497 (499).

Folgen der Kompetenzwahl (zB. hinsichtlich der Einhaltung des Erforderlichkeitskriteriums nach Art. 72 Abs. 2 GG oder der Frage möglicher Abweichungsmöglichkeiten nach Art. 72 Abs. 3 GG) ausschließlich nach der Leitkompetenz der Raumordnung nach Art. 72 Abs. 1 Nr. 31 GG.

Die bisherige gesetzgeberische Befassung des Bundes mit dem Thema des Flächenverbrauchs ist auf raumordnungsrechtlicher Ebene zurückhaltend. Die in § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG zum 29.11.2017 in Kraft tretende Regelung verhindert eine landesrechtliche Aktivität im Sinne des Gesetzentwurfs nicht. Vielmehr regt sie – ausweislich der Gesetzesmaterialien zu § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG – zu (ergänzenden) quantitativen landesrechtlichen Regelungen zum Flächenverbrauch an. Der bayerische Landesgesetzgeber besitzt somit die verfassungsrechtliche Kompetenz, den Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN umzusetzen. Eines Rückgriffs auf die Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 GG bedarf es nicht.

C. ZUR VEREINBARKEIT EINER QUANTITATIVEN FLÄCHENREDUKTIONSVORGABE ZUZÜGLICH HANDELSSYSTEMOPTION MIT DER KOMMUNALEN SELBSTVERWALTUNG

Nachfolgend soll untersucht werden, ob der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der eine qualitative Begrenzung der Flächenausweisungsmöglichkeit von Kommunen einführen will und zusätzlich die Etablierung eines landesweiten Handelssystems für überschüssige Flächenausweisungsrechte vorsieht, mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie vereinbar ist. Verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt ist dabei zum einen Art. 28 Abs. 2 GG sowie zum anderen Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV.

I. Gewährleistung nach Art. 28 Abs. 2 GG

1. Rechtsnatur der kommunalen Selbstverwaltung

Die kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG ist Ausdruck demokratischer Partizipation, indem sie die Beteiligten für ihre Angelegenheiten aktivieren will.¹⁵⁶ Da sich Art. 28 Abs. 2 GG unmittelbar an die Gemeinden und Gemeindeverbände wendet, die selbst Träger öffentlicher Gewalt sind, also „ein Stück ‚Staat‘“,¹⁵⁷ handelt es sich bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nicht um ein Grundrecht. Letztgenannte steht den Gemeinden grundsätzlich nicht zu.¹⁵⁸ Dessen ungeachtet versteht sich die Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG nicht nur als objektiv-rechtliche Gewährleistung, sondern ist mit einer subjektiven Rechtstellung verbunden, die sogar gerichtlich wehrfähig ist.¹⁵⁹ Daher kann Art. 28 Abs. 2 GG strukturell mit einem Grundrecht durchaus verglichen werden,¹⁶⁰ was auch den Prüfungsaufbau einer Rechtmäßigkeitsanalyse der möglichen Beeinträchtigung beeinflusst.

2. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Der Schutz des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG schließt alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ein. Dies sind nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts

„solche Aufgaben, die das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder einen spezifischen Bezug darauf haben.“¹⁶¹

¹⁵⁶ BVerfGE 11, 266 (275); BVerfGE 138, 1 Rn. 52.

¹⁵⁷ BVerfGE 73, 118 (191).

¹⁵⁸ BVerfGE 61, 82 (105 ff.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 19 Rn. 26. Siehe auch nachfolgend D, I.

¹⁵⁹ BVerwG, NVwZ 2017, 708 Rn. 13; Dreier, in: Dreier, GG, 2015, Art. 28 Rn. 94 ff.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 28 Rn. 20; Schmalholz, ZUR Sonderheft 2002, 158 (160).

¹⁶⁰ Thüringischer Verfassungsgerichtshof, LVerfGE 15, 462 (492); Maurer, DVBl. 1995, 1037 (1041 f.).

¹⁶¹ BVerfGE 138, 1 Rn. 45. Ähnlich BVerfGE 137, 108 Rn. 163.

Erfasst sind nach dem Wortlaut des Grundgesetzes „alle“ Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Dieser umfassend anmutende Ansatz findet jedoch seine Relativierung darin, dass Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG keine inhaltlich fest umrissene Aufgabengarantie entnommen werden kann.¹⁶² Gerade die örtlichen Bezüge einer Aufgabe und deren Gewicht für die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung lassen sich nicht an scharf konturierten Merkmalen messen.¹⁶³ Deshalb kommt der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung besondere Bedeutung bei der Ermittlung der Reichweite der kommunalen Selbstverwaltung zu.¹⁶⁴

Als gesichert darf jedoch angesehen werden, dass die Gemeinden an Planungen und Maßnahmen mitwirken dürfen, die das Gemeindegebiet oder Teile des Gemeindegebiets nachhaltig betreffen und so die Entwicklung in der Gemeinde beeinflussen.¹⁶⁵ Angesprochen ist damit der Aufgabenbereich der kommunalen Planung (sog. Planungshoheit),¹⁶⁶ die die Befugnis einschließt, voraussehbare Entwicklungen der Gemeinde längerfristig zu steuern. Hierzu gehört insbesondere das Recht, für das eigene Gemeindegebiet die Bodennutzung zu bestimmen.¹⁶⁷

II. Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie

Die aufgezeigten planerischen Freiheiten der Gemeinden werden beeinträchtigt, wenn aufgrund belastender Regelungen oder Maßnahmen anderer Träger öffentlicher Gewalt, also durch Bund, Länder sowie Gemeindeverbände oder andere Gemeinden, die Aufgabenwahrnehmung beeinträchtigt wird.¹⁶⁸

¹⁶² BVerfGE 79, 127 (146); BVerfGE 107, 1 (12); BVerfGE 137, 108 Rn. 114.

¹⁶³ BVerfGE 138, 1 Rn. 46; Bovet, ZUR 2006, 473 (478).

¹⁶⁴ BVerfGE 59, 216 (226); BVerfGE 91, 228 (238); BVerfGE 125, 141 (167).

¹⁶⁵ BVerwGE 81, 95 (106); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 28 Rn. 24.

¹⁶⁶ BVerwG, UPR 2017, 314 Rn. 35; BVerwG, NVwZ 2017, 708 Rn. 13.

¹⁶⁷ BVerwGE 84, 209 (214 f.); BVerfGE 56, 298 (310 ff.).

¹⁶⁸ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 28 Rn. 34.

Durch die Festlegungen einer Höchstgrenze für den Flächenverbrauch wird die kommunale Planungshoheit umfänglich begrenzt. Denn mit einer verbindlichen Zuweisung von flächenbezogenen Ausweisungshöchstgrenzen pro Gemeinde im Bayerischen Landesraumordnungsprogramm wird über die Anpassungspflicht des § 1 Abs. 4 BauGB eine bindende Vorgabe für die planerischen Aktivitäten der bayerischen Gemeinden geschaffen¹⁶⁹ und die gemeindlichen Ausweisungspotenziale mengen-/bzw. flächenmäßig verknappt.¹⁷⁰ Gemeinden können mit Wirksamwerden der Vorgaben des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN keine Baubauungspläne aufstellen, wenn ihre Flächenausweisungskontingente ausgeschöpft sind, oder müssen gegebenenfalls die geplanten Ausweisungsflächen zurückschneiden, um sich in dem landesplanerisch vorgegebenen Rahmen zu bewegen.¹⁷¹ Den Gemeinden verbleibt somit grundsätzlich das Recht, Bebauungspläne aufzustellen. Die Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans steht aber unter der Bedingung, dass ein ausreichendes Flächenkontingent auf gemeindlicher Seite zur Verfügung steht, das die ausgewiesene Fläche mengenmäßig abdeckt.¹⁷²

Würdigt man die Belastungssituation der bayerischen Gemeinden umfassend, wird zwar die kommunale Planungshoheit den Gemeinden nicht vollständig entzogen oder auf ein unbedeutendes Maß¹⁷³ reduziert,¹⁷⁴ so dass die Frage offenbleiben darf, ob die gemeindliche Planungshoheit zum (unantastbaren) Kernbestand des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gehört.¹⁷⁵ Gleichwohl ist ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in den Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zu attestieren.¹⁷⁶

¹⁶⁹ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter B, I, 4.

¹⁷⁰ Bovet, NuR 2006, 473 (479); Schmalholz, Steuerung der Flächeninanspruchnahme, 2005, S. 189; Marty, ZUR 2011, 395 (401).

¹⁷¹ Marty, ZUR 2011, 395 (401); Senftleben, ZUR 2008, 64 (67); Köck/Bizer/Hansjürgens/Einig/Siedentop, Handelbare Flächenausweisungsrechte, 2008, S. 108.

¹⁷² Senftleben, ZUR 2008, 64 (67).

¹⁷³ Vgl. dazu aber auch die nachfolgenden Überlegungen unter C, III, 2, d.

¹⁷⁴ Marty, ZUR 2011, 395 (401); Bovet, ZUR 2006, 743 (479).

¹⁷⁵ Dazu BVerfGE 56, 298 (310, 317 f.).

¹⁷⁶ Bovet, NuR 2006, 473 (479); Senftleben, ZUR 2008, 64 (67); Schmalholz, ZUR Sonderheft 2002, 158 (160); Marty, ZUR 2011, 395 (401).

III. Rechtfertigung des Eingriffs

1. Gesetzliche Grundlage

Die kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist nicht absolut geschützt, sondern untersteht einem Gesetzesvorbehalt.¹⁷⁷ Dies bedeutet, dass Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltung gerechtfertigt sein können, wenn sie sich

„ im Rahmen der Gesetze“

halten.

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG bringt mit dieser Einschränkung des Schutzzumfangs die allgemeine Gesetzesbindung der Gemeinden zum Ausdruck, die bereits in Art. 20 Abs. 3 GG angelegt ist.¹⁷⁸ Als zulässige – den Gesetzesvorbehalt ausfüllende – Gesetze im Sinne des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sind neben förmlichen Gesetzen auch untergesetzliche Rechtsnormen anzusehen, wie Rechtsverordnungen oder Satzungen.¹⁷⁹ Hierzu zählen auch Raumordnungsprogramme oder Gebietsentwicklungspläne.¹⁸⁰

Vorliegend wird eine Begrenzung durch eine landesgesetzliche Vorgabe angestrebt, die durch die Festsetzungen des Landesentwicklungsprogramms konkretisiert wird. Da erst durch die konkrete mengenmäßige Zuteilung des Flächenverbrauchskontingents für jede einzelne Gemeinde feststeht, welche Flächenausweisungspotenziale zugunsten welcher Gemeinde bestehen, und außerdem erst durch die planerische Zielfestlegung im Landesentwicklungsprogramm – als Raumordnungsplan – die Zielbindung nach § 1 Abs. 4 BauGB ausgelöst wird,¹⁸¹ darf man die Kombination aus neu zu schaffendem

¹⁷⁷ BVerfGE 79, 127 (143); BVerfGE 110, 370 (402), BVerfGE 138, 1 Rn. 56.

¹⁷⁸ Pieroth, in: Jarass/Pierothis, GG, 2016, Art. 28 Rn. 38.

¹⁷⁹ BVerfGE 56, 298 (309); BVerfGE 107, 1 (5).

¹⁸⁰ BVerfGE 76, 107 (114); NWVerfG, DVBl. 1997, 1107 (1107); NWVerfG, NVwZ 2003, 202 (204).

¹⁸¹ Siehe hierzu auch die obigen Ausführungen unter B, I, 4.

Landesplanungsgesetz und Landesentwicklungsprogramm als einschlägige, aber durchaus hinreichende gesetzliche Grundlage ansehen.

2. Verhältnismäßigkeitsgebot

Beeinträchtigungen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie müssen sich in einem verhältnismäßigen Rahmen halten.¹⁸² Dies bedeutet, dass sie ein legitimes Ziel verfolgen müssen und überdies geeignet, erforderlich und angemessen sind. Tangieren sie den Kern der kommunalen Selbstverwaltung, sind sie grundsätzlich unzulässig.¹⁸³

a) Legitimer Zweck: Ressourcenmanagement „Boden“

Bei der Anwendung des Gebots der Verhältnismäßigkeit spielt der verfolgte Zweck eine bedeutsame Rolle, da die drei Teilgebote der Verhältnismäßigkeit (Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit)¹⁸⁴ hierauf bezogen sind.¹⁸⁵ Der verfolgte Zweck einer staatlichen Maßnahme kann überdies für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots nur dann von Bedeutung sein, wenn er legitim ist.¹⁸⁶ Legitim meint, dass ein öffentliches Interesse verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist;¹⁸⁷ dies dürfte stets dann der Fall sein, wenn das Anliegen verfassungsrechtlich verankert ist.

Die Begrenzung der Flächeninanspruchnahme durch den Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verfolgt ein verfassungsrechtlich verankertes Ziel. Durch die Eindämmung des Verbrauchs von Freiflächen wird die Ressource „Boden“ möglichst sorgsam bewirtschaftet und damit zugleich Boden-, Natur-, Arten- und Klimaschutz betrieben¹⁸⁸ sowie der Wasserhaushalt geschont.¹⁸⁹ Diese Effekte entsprechen

¹⁸² BVerfGE 119, 331 (365); BVerfGE 125, 141 (167); BVerwGE 138, 89 Rn. 21.

¹⁸³ BVerfGE 91, 228 (238); BVerfGE 107, 1 (12 f.); BVerwGE 138, 89 Rn. 20.

¹⁸⁴ Siehe dazu nachfolgend C, III, 2, b-d.

¹⁸⁵ Sachs, in: Sachs, GG, 2014, Art. 20 Rn. 149; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 20 Rn. 116.

¹⁸⁶ BVerfGE 100, 313 (359); BVerfGE 124, 300 (331).

¹⁸⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 20 Rn. 117.

¹⁸⁸ Siehe die obigen Ausführungen unter A, I, 1, a.

¹⁸⁹ Schmalholz, ZUR Sonderheft 2002, S. 158 (161).

den Schutzgehalten des Art. 20a GG,¹⁹⁰ der als Staatszielbestimmung zugunsten künftiger Generationen auf den Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen, also der Umweltmedien Luft, Wasser und Boden, ausgerichtet ist.¹⁹¹ Überdies erstreckt sich Art. 20a GG auf den Schutz von biologischer Vielfalt und Klima,¹⁹² die ebenfalls vom eingeschränkten Verbrauch der Böden profitieren. Schließlich steht der Gesetzentwurf auch im Einklang mit dem Prinzip der Nachhaltigkeit, welches den schonenden Umgang mit endlichen Ressourcen einfordert.¹⁹³ Das mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ziel ist somit verfassungsrechtlich legitim.

b) Eignung

aa) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen

Die Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Maßnahme setzt voraus, dass sie zunächst geeignet ist. Die Eignung einer belastenden staatlichen Maßnahme hängt davon ab, ob durch die Maßnahme der von ihr verfolgte Erfolg gefördert wird,¹⁹⁴ wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung ausreicht.¹⁹⁵ Zudem ist es nicht notwendig, dass das herangezogene Mittel das bestmögliche oder das geeignetste ist.¹⁹⁶ Auch muss es nicht in jedem Fall seine Wirkung entfalten;¹⁹⁷ ausreichend ist, wenn die Maßnahme einen Beitrag zur Zweckerreichung liefert.¹⁹⁸ Erst wenn die Zweckerreichung überhaupt nicht gefördert oder gar behindert wird, ist der staatlichen Maßnahme die Eignung abzusprechen.¹⁹⁹

¹⁹⁰ Senftleben, ZUR 2008, 64 (69); Bovet, NuR 2006, 473 (479).

¹⁹¹ BVerfGE 102, 1 (18).

¹⁹² BVerfGE 128, 1 (37); BVerfGE 137, 350 Rn. 73; BVerwGE 125, 68 Rn. 14.

¹⁹³ Glaser, Nachhaltige Entwicklung, 2006, S. 43; Murswiek, in: Sachs, GG, 2014, Art. 20a Rn. 38; Gehne, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, 2011, S. 163 ff.

¹⁹⁴ BVerfGE 103, 293 (307); BVerfGE 126, 112 (144).

¹⁹⁵ BVerfGE 116, 202 (224); BVerfGE 126, 112 (144).

¹⁹⁶ Sachs, in: Sachs, GG, 2014, Art. 20 Rn. 150.

¹⁹⁷ BVerfGE 67, 157 (175); Schultze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2015, Art. 20 Rn. 182.

¹⁹⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 20 Rn. 118.

¹⁹⁹ Stern, in: Stern/Becker, GG, 2015, Einl. Rn. 138.

bb) Verbindliche Einschränkung des Flächenverbrauchs

Mit der Festlegung einer Höchstgrenze für den Verbrauch an Freiflächen wird die Neuinanspruchnahme von Böden über die raumordnungsrechtliche Einbruchsstelle des § 1 Abs. 4 BauGB verbindlich reduziert. Die verbindliche Einschränkung des Flächenverbrauchs schont somit sicher die Bodenressourcen²⁰⁰ und dient damit zugleich dem durch den Gesetzentwurf verfolgten Zweck.²⁰¹ Dieser Befund wird durch einen Blick ins Immissionsschutzrecht bestätigt: Im (Vergleichs-)Fall des Emissionshandels und der hiermit verbundenen Kontingentierung von Kohlendioxidemissionen ist die Eignung der Maßnahme zur Qualitätssteigerung der Luft ebenfalls anerkannt.²⁰²

cc) Flächenstatistik

Der Eignung von abstrakten Flächenbegrenzungen kann man nicht entgegenhalten, die Flächenstatistik wäre in ihrer derzeitigen Form ungeeignet, eine sachlich korrekte Überprüfung des Flächenausweisungsverhaltens einzelner Gemeinden zu gewährleisten;²⁰³ das Instrument habe somit Funktionsdefizite. Ungeachtet dessen, dass die Qualität der Erfassung von Siedlungs- und Verkehrsflächenentwicklungen deutlich zugenommen hat,²⁰⁴ setzt diese Kritik an der Kontrolle der rechtlichen Beachtung des hier zu beurteilenden Steuerungsinstruments an, nicht aber an seiner prinzipiellen Eignung zur Zielerreichung. Hinsichtlich der Möglichkeit, die Vereinbarkeit der kommunalen Planungstätigkeit mit den landes- oder regionalplanerischen Zielvorgaben zu untersuchen, zeigt sich bei der Einführung einer Flächenverbrauchshöchstgrenze für Kommunen überdies kein spezifisches Defizit, das dem Instrument zugerechnet werden könnte und dieses als gänzlich ungeeignet erscheinen lassen würde.

²⁰⁰ Bovet/Bizer/Henger/Ostertag/Siedentop, RuR 2013, 497 (499).

²⁰¹ Senffleben, ZUR 2008, 64 (67); Marty, ZUR 2011, 395 (401); Köck/Bizer/Hansjürgens/Einig/Siedentop, *Handelbare Flächenausweisungsrechte*, 2008, S. 58 f.

²⁰² BVerwGE 124, 47 (60).

²⁰³ Vgl. dazu Nachhaltigkeitsbeirat Baden-Württemberg, *Nachhaltiges Flächenmanagement in Baden-Württemberg: Vom Wachstums- zum Bestandsmanagement*, 2010, S. 45; Bovet/Bizer/Henger/Ostertag/Siedentop, RuR 2013, 497 (500).

²⁰⁴ Siehe die obigen Ausführungen unter A, I, 1, c.

c) Erforderlichkeit

aa) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen

Die Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Maßnahme ist nur gegeben, wenn diese auch erforderlich ist. Erforderlich ist hoheitliches Handeln nur dann, wenn die Maßnahme nicht über das zur Zweckerreichung notwendige Maß hinausgeht.²⁰⁵ Kann das Ziel der staatlichen Maßnahme auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden, das weniger belastend auf den Schutzbereich des betroffenen Rechtsguts einwirkt, ist das Gebot der Erforderlichkeit verletzt.²⁰⁶ Allerdings ist zu beachten, dass ein alternatives Mittel nur dann ein mildereres ist, wenn es die Allgemeinheit oder Dritte nicht stärker belastet.²⁰⁷

bb) Alternative Möglichkeiten der Reduzierung des Flächenverbrauchs

Die Möglichkeiten, den Flächenverbrauch in der Bundesrepublik Deutschland im Allgemeinen und im Freistaat Bayern im Speziellen zu reduzieren, sind mannigfaltig und Gegenstand vielfältiger Untersuchungen.²⁰⁸ Sie reichen von ordnungsrechtlichen Instrumenten (zB. verbindliches Vorschreiben einer Mindestgeschossflächenzahl oder Modifikation der Abstandsflächen) über planerische Instrumente (zB. Festsetzung von baulichen Mindestwohndichten, Bedarfsnachweise bei Siedlungsneubauen) bis hin zu ökonomischen Steuerungsansätzen, die durch unterschiedliche Formen der Gestaltung von Steuern, Abgaben oder Subventionen (auch in der Form günstiger Kredite an Bürger) Steuerungsimpulse setzen wollen. Die Gestaltungsformen sind im ökonomischen Bereich besonders breit gefächert und knüpfen sowohl auf der Seite der Gemeinden als auch der Bürger (Grundstückeigentümer, Mieter) an. Sie schließen etwa eine Novellierung des kommunalen Finanzaus-

²⁰⁵ BVerfGE 79, 179 (198); BVerfGE 100, 226 (241); BVerfGE 110, 1 (28).

²⁰⁶ BVerfGE 102, 197 (217); vgl. auch BVerfGE 135, 90 Rn. 74; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 20 Rn. 119.

²⁰⁷ BVerfGE 113, 167 (259).

²⁰⁸ Siehe hierzu und auch zum Folgenden etwa Nachhaltigkeitsbeirat Baden-Württemberg, Neue Wege zu einem nachhaltigen Flächenmanagement in Baden-Württemberg, 2004, S. 16 ff.; Dosch/Preuß/Jakubowski/Ferber, LKV 2007, 385 (388 ff.).

gleichs ein,²⁰⁹ fordern Änderungen der Grundsteuer bzw. Grunderwerbssteuer oder plädieren für die Einführung einer Versiegelungsabgabe.²¹⁰ Selbst über den Nutzen verkehrspolitischer Steuerungsinstrumente, wie Mineralölsteuer, Entfernungspauschalen, Park- oder Mautgebühren wird nachgedacht, weil diese sich direkt oder indirekt auf die Flächeninanspruchnahme auswirken können.²¹¹

Außerdem sind Partizipationsmodelle, Informationsmodelle und Kooperationsmodelle entwickelt worden, die betroffene Akteure wie auch die breite Öffentlichkeit in die Zielerreichung einbinden wollen.²¹² Hierzu zählen zunächst etwa freiwillige Selbstverpflichtungen zum reduzierten Flächenverbrauch. Hinzu kommt, dass Öffentlichkeit und Betroffene durch Informations- und Aufklärungskampagnen (Broschüren, Flyer, Internetauftritte oder sogar Werbespots) für das Thema sensibilisiert werden sollen oder dass durch eine interkommunale Kooperationsförderung (zB. interkommunale Gewerbegebiete oder interkommunale Flächenpools) unnötige Flächenausweisungen vermieden werden sollen.²¹³

cc) Effizienzdefizite alternativer Konzepte zur Flächenverbrauchsreduktion

(1) Den dargestellten alternativen Mitteln ist jedoch gemein, dass sie nicht in der Lage sind, den Flächenverbrauch in Bayern mit derselben Effektivität einzuschränken, wie dies durch eine verbindliche Festsetzung einer Verbrauchsobergrenze der Fall ist.²¹⁴ Dies gilt zunächst vor allem für Instrumen-

²⁰⁹ Siehe hierzu auch Ferber, in: Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung, ExWoSt-Information 25/4 „Fläche im Kreis“, S. 14.

²¹⁰ Der Sachverständigenrat für Umweltfragen hat etwa unterschiedliche Steuerklassen für eine Flächennutzungssteuer vorgeschlagen; vgl. Sachverständigenrat für Umweltfragen, Für eine Stärkung und Neuorientierung des Naturschutzes, 2002, Tz 175 f.; Köck, ZUR 2002, 121 (125); Michaelis, ZUR 2002, 129 (131); Hansjürgens/Schröter, RuR 2004, 260 (267).

²¹¹ Nachhaltigkeitsbeirat Baden-Württemberg, Neue Wege zu einem nachhaltigen Flächenmanagement in Baden-Württemberg, 2004, S. 20.

²¹² Siehe hierzu etwa Nachhaltigkeitsbeirat Baden-Württemberg, Neue Wege zu einem nachhaltigen Flächenmanagement in Baden-Württemberg, 2004, S. 23 f.

²¹³ Nachhaltigkeitsbeirat Baden-Württemberg, Neue Wege zu einem nachhaltigen Flächenmanagement in Baden-Württemberg, 2004, S. 23.

²¹⁴ So auch Bovet, NuR 2006, 473 (479).

te, die auf Kommunikation und Bewusstseinsbildung (inhaltliche Überzeugung) abstellen oder der Kooperationsförderung dienen. Der Sachverständigenbeirat Baden-Württemberg stellt hierzu zutreffend fest:

„Die Instrumente der Kommunikation, Kooperation und der Bewusstseinsbildung sind wichtige Bestandteile eines Instrumenten-Mix. Von der Effektivität her sind sie jedoch den ökonomischen und planerischen Instrumenten untergeordnet. Das gilt vor allem dann, wenn schnelle und flächendeckende Wirkungen erzielt werden sollen. Insofern weist vieles darauf hin, dass im Interesse zukünftiger Generationen wirksamere Instrumente gefragt sind.“²¹⁵

(2) Hinsichtlich der klassischen (bestehenden) Instrumente des Planungsrechts ist zu attestieren, dass diese durchaus auf den Flächenverbrauch starken Einfluss nehmen können und sicherlich auch eine Trendwende im Verbrauchsverhalten eingeleitet haben;²¹⁶ mit Blick auf die bisherigen Entwicklungen konnten sie jedoch noch nicht den gewünschten Erfolg erzielen.²¹⁷ Diese Einschätzung wird vor allem durch Eingeständnisse in der Zielausrichtung der Bundesregierung gestützt. Obgleich die Bundesregierung noch lange an der Zielmarke des Jahres 2020 festgehalten hat, sah sie sich vor dem Hintergrund der (zu geringen) Fortschritte beim Flächensparen im Jahr 2016 veranlasst, die Realisierung ihres 30-ha-Ziels um 10 Jahre auf das Jahr 2030 zu verschieben.²¹⁸

Überdies unterscheiden sich planerische Steuerungsinstrumente vom quantitativ begrenzenden Mengenansatz dadurch, dass sie in der Regel qualitativ ansetzen und diesbezüglich lenken. Sie sind deshalb an keine quantita-

²¹⁵ Nachhaltigkeitsbeirat Baden-Württemberg, *Neue Wege zu einem nachhaltigen Flächenmanagement in Baden-Württemberg*, 2004, S. 24.

²¹⁶ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen zur Flächenverbrauchsentwicklung unter A, I, 1, c und 2.

²¹⁷ Zu kritisch jedoch Haaren/Michaelis, *IzR* 2005, 325 „Versagen des Planungsrechts“; siehe auch Marty, *ZUR* 2011, 395 (398); Senftleben, *ZUR* 2008, 64 (65); Schmalholz, *ZUR Sonderheft* 2002, 158 (159). Allen Autoren ist jedoch zugute zu halten, dass diese vor dem Hintergrund anderer Flächenverbrauchswerte und zum Teil anderer gesetzlicher Regelungen argumentieren.

²¹⁸ Siehe bereits die obigen Ausführungen unter A, II, 1, a.

tiven Höchstgrenzen gebunden. Außerdem unterliegen die Planungsinstrumente typischerweise Abwägungsvorbehalten, so dass sie – im Gegensatz zu einer verbindlichen quantitativen Verbrauchsobergrenze – durch andere Gesichtspunkte und Belange im Entscheidungsprozess relativiert werden können.²¹⁹

(3) Der Nachteil einer fehlenden strikten Verbindlichkeit haftet letztlich auch ökonomischen Anreizsystemen an. Änderungen der Besteuerungsstruktur, der Forderung von Abgaben oder der Gewährung von Subventionen können starke ökonomische Anreize setzen, um das Flächenverhaltensverhalten zu lenken; eine Inanspruchnahme bestimmter Flächengrößen mit letzter Gewissheit auszuschließen vermögen diese Steuerungsinstrumente jedoch nicht. Lässt sich der Flächenverbraucher etwa von hohen Steuersätzen nicht abschrecken, wird er weiterhin Flächen verbrauchen. Der Flächenverbrauch bleibt im Bereich ökonomischer Steuerung rechtlich möglich; er wird bei einem steuerrechtlichen Lenkungsansatz sogar als zulässiger Anknüpfungspunkt des Steuertatbestands vorausgesetzt. Überdies ist zu beachten, dass es mitunter Schwierigkeiten bereiten kann, die Abgabenlast im Vorfeld für alle (!) Regionen des Landes mit ihren unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedingungen angemessen zu bestimmen.²²⁰ Fällt die Abgabenlast zu niedrig aus, kann sich dies sogar nachteilig auf den Flächenverbrauch auswirken und zu einem Nachfrageüberhang führen.²²¹

Vor diesem Hintergrund ist die Festlegung einer absoluten Flächenverbrauchsobergrenze das mildeste Mittel, um mit derselben Effektivität²²² die Flächenreduzierung im gewünschten Umfang (legitime Zielsetzung)²²³ sicherzustellen, obschon sie sicherlich einer gewissen Trägheit hinsichtlich der Anpassung an sich verändernde Realitäten und Bedürfnisse ausgesetzt ist.²²⁴

²¹⁹ Dosch/Preuß/Jakubowski/Ferber, LKV 2007, 385 (388); Marty, ZUR 2011, 395 (398).

²²⁰ Martini/Gebauer, ZUR 2007, 225 (227).

²²¹ Einig, IzR 2005, 281 (282); Senftleben, ZUR 2008, 64 (65).

²²² Vgl. dazu Marty, ZUR 2011, 395 (398).

²²³ Siehe bereits die obigen Ausführungen unter C, III, 2, a.

²²⁴ Köck, ZUR 2002, 121 (124 f.); Senftleben, ZUR 2008, 64 (65).

d) Angemessenheit

aa) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen

Die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung widmet sich der Angemessenheit der staatlichen Maßnahme. Hierbei ist zu untersuchen, ob bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.²²⁵ Angestoßen ist hiermit ein Abwägungsprozess, der die Schwere der Beeinträchtigung mit dem verfolgten Zweck in eine Beziehung setzt, wobei der verfolgte Zweck umso gewichtiger sein muss, je mehr in das betroffene Rechtsgut (vorliegend die kommunale Selbstverwaltung) eingegriffen wird.²²⁶

bb) Wahrung der planungsrechtlichen Eigenverantwortlichkeit trotz deutlicher Belastungen für Gemeinden

Hält man sich zunächst die Belastung des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vor Augen, ist festzustellen, dass den Gemeinden im Ansatzpunkt die Möglichkeit der Bauleitplanung als Ausdruck der kommunalen Planungshoheit nicht *gänzlich* genommen wird. Der Gesetzentwurf würde bei seiner Umsetzung nicht dazu führen, dass in den Vorgang der Planung eingegriffen würde oder bei der Wahl von Planungsalternativen Vorgaben gemacht würden. Der inhaltliche Entscheidungsfindungsprozess, die Definition der zu beplanenden Gemeindegebiete, die Zuweisung ihrer Nutzungsform usw. blieben in kommunaler Hand.²²⁷ Außerdem würde sich die verbindliche Vorgabe zu den Flächenausweisungsmöglichkeiten ausschließlich auf Neuausweisungen von Flächen beziehen und damit die Innenentwicklung auf den bereits genutzten bzw. „verbrauchten“

²²⁵ BVerfGE 113, 167 (260); BVerfGE 120, 224 (241); BVerfGE 126, 112 (152 f.).

²²⁶ BVerfGE 92, 277 (327); BVerfGE 118, 168 (195); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016 Art. 20 Rn. 121.

²²⁷ Vgl. dazu auch Marty, ZUR 2011, 395 (402); Bovet, NuR 2006, 473 (479); Brand/Sanden, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit neuer übergreifender Rechtsinstrumente zur Begrenzung des Flächenverbrauchs, 2003, S. 95 f.; Scharmholz, ZUR Sonderheft 2002, 159 (161 f.).

Flächen (bestehende § 30 BauGB-Gebiete und Innenbereich nach § 34 BauGB)²²⁸ nicht tangieren.²²⁹

Vor dem Hintergrund dieses Befundes darf man sicherlich attestieren, dass die betroffenen Gemeinden ihre Eigenverantwortlichkeit für ihre Gemeindegebiete behalten.²³⁰ Zu unkritisch dürften jedoch Stimmen sein, die trotz der Festlegung absoluter Flächenausweisungsobergrenzen grundsätzlich bilanzieren,

„Gemeinden haben somit nach wie vor innerhalb dieses Rahmens einen vollen Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum für die Entfaltung eigener Entwicklungsvorstellungen und -konzepte“²³¹

oder meinen:

„Die Gemeinde wird inhaltlich in der Verwirklichung ihrer planerischen Entwicklungsvorstellung in keiner Weise eingeschränkt. Stattdessen kommt es lediglich zu einer quantitativen Steuerung der Menge der ihnen zur Verfügung stehenden Flächen.“²³²

Die Begrenzung der zur Verfügung stehenden Flächenausweisungspotenziale führt nicht immer nur zur „Orientierung“ der kommunalen Planungshoheit an die umweltpolitischen Ziele des Bundes und der Länder,²³³ sondern hat in Abhängigkeit vom Grad der flächenmäßigen Beschränkung auch inhaltliche Auswirkungen auf die Gestaltungsspielräume der Gemeinde. Decken sich die zugestandenen Flächenausweisungspotenziale im Wesentlichen mit den Entwicklungsvorstellungen der adressierten Gemeinden, sind die Einschränkungen für den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG kaum

²²⁸ Zum Innenbereich nach § 34 BauGB siehe Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 34 Rn. 2 ff.

²²⁹ Senftleben, ZUR 2008, 64 (71).

²³⁰ So auch Scharmholz, ZUR Sonderheft 2002, 159 (161).

²³¹ Scharmholz, ZUR Sonderheft 2002, 159 (161).

²³² Marty, ZUR 2011, 395 (402).

²³³ So aber Bizer, Marktanaloge Instrumente im Natur- und Landschaftsschutz, 1997, S. 112.

spürbar und die Widersprüche mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie marginal; so stellte sich die Situation – mit Blick auf einen Erfahrungsbericht – zumindest vor einigen Jahren noch in Hessen dar.²³⁴ Erfolgt die räumliche Verengung aber in größerem Umfang, führt eine flächenbezogene Verknappung der Ausweisungsrechte zwangsläufig auch zu notwendigen inhaltlichen Neuausrichtungen. Plant die Gemeinde etwa zwei Flächenneuausweisungen, muss sie sich gegebenenfalls von einer Option trennen oder statt einer Flächenneuausweisung zur Innenentwicklung wechseln, wenn ihre Flächenverbrauchsberechtigung im Verhältnis zu ihren Entwicklungszielen zu klein ausfällt. Damit wird deutlich, dass absolute Flächenbegrenzungen auch Rückwirkungen auf die inhaltliche Gestaltungsbreite der kommunalen Selbstverwaltung haben können.

Die Eingriffsintensität und die Auswirkungsstärke hinsichtlich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie hängt entscheidend davon ab, in welchem konkreten Umfang den Gemeinden Flächenpotenziale entzogen werden. Je strikter die landesrechtlichen Flächenausweisungsvorgaben ausfallen, desto stärker schwindet der kommunale Gestaltungsspielraum und die Eingriffsintensität nimmt spürbar zu. Vergleicht man die aktuellen Flächenverbrauchszahlen Bayerns mit der Zielsetzung des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, wird das erhebliche Eingriffsniveau des Gesetzentwurfs deutlich: Die bayerischen Gemeinden kamen im Jahr 2015 – dies sind die letzten offiziellen Verbrauchswerte – auf eine Freiflächenverbrauchsquote von 13,1 ha/Tag. Mit Inkrafttreten des Gesetzentwurfs soll das Flächenverbrauchsniveau in Bayern auf 4,7 ha/Tag zurückgeführt werden. Dies bedeutet ein Abschmelzen des Verbrauchs an Freiflächen auf 35,9 %. Diese Reduktionsquote trifft die Planungshoheit der Gemeinden nicht immer in gleicher Weise. Manche Gemeinden haben vielleicht gerade ausreichend Freiflächen ausgewiesen und städtebauliche Projekte abgeschlossen, andere planen dies im Gegensatz dazu eventuell gerade bzw. in naher Zukunft. Manche Gemeinden haben aktuell einen hohen Bedarf an

²³⁴ Bovet, NuR 2006, 473 (475). Vgl. Festlegung 4.1.2 des Hessischen Landesentwicklungsplans. Die aktuelle Entwicklung ist dem Gutachter nicht bekannt und kann öffentlichen Quellen – soweit ersichtlich – nicht entnommen werden.

Neuausweisungen, weil es sich um stark wachsende Großstädte handelt, andere sehen momentan vielleicht gar keinen Bedarf, weil die Nutzungsanfragen rückläufig sind. Ungeachtet des vielschichtigen Belastungsspektrums darf man dennoch verallgemeinernd sagen, dass grob gesprochen²³⁵ in Bayern mit Inkrafttreten des Gesetzentwurfs von drei (geplanten) Neuausweisungsprojekten, die auf Grundlage des Verbrauchsniveaus von 2015 in Angriff genommen werden, nur noch eines zu realisieren sein wird.

Diese deutlichen Einschnitte in die gemeindliche planerische Entwicklungsmöglichkeit wird man damit rechtfertigen können, dass der fortgesetzte Verbrauch von Freiflächen auf dem aktuellen Niveau kein zukunftsfähiges Boden-Ressourcen-Management darstellt und mit zu starken Eingriffen in den Natur- und Umwelthaushalt bezahlt werden muss. Gerade vor dem Hintergrund des staatlichen Schutzauftrags nach Art. 20a GG darf der Landesgesetzgeber zugunsten zukünftiger Generationen dem Schutz von Boden, Natur, Wasserhaushalt, Arten und Klima einen Vorzug vor der kommunalen Selbstverwaltung einräumen und den Gemeinden auch schmerzlichere Einbußen ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie grundsätzlich abverlangen. Dies gilt noch mehr vor dem Hintergrund internationaler Verpflichtungen und europäischer Vorgaben zu einem nachhaltigen Umgang mit endlichen Ressourcen.²³⁶ Ein nachhaltiger Umgang mit den bayerischen Böden muss langfristig letztlich sogar auf die in der Bayerischen Nachhaltigkeitsstrategie angesprochene Flächenkreislaufwirtschaft ohne weiteren Flächen-

²³⁵ Das Beispiel dient ausschließlich der Veranschaulichung. Die Auswirkungen hängen stets davon ab, welche Flächen von einzelnen Projekten in Anspruch genommen werden. Natürlich kann nicht davon ausgegangen werden, dass in der Praxis in einer Gemeinde drei Projekte verwirklicht werden, die exakt dieselben Flächengrößen benötigen.

²³⁶ Siehe hierzu etwa Monien, *Prinzipien als Wegbereiter eines globalen Umweltrechts?*, 2014, S. 155 ff., S. 189 ff.; Beyerlin/Marauhn, *International Environmental Law*, 2011, S. 73 ff.; Kahl, in: Kahl, *Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren*, 2016, S. 1 (4); Wagner, *EurUP* 2016, 121; Epiney, in: Kahl, *Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren*, 2016, S. 103 (104 ff.); Attendorn, *NVwZ* 2012, 1569 (1569); Jarass, *ZUR* 2011, 563; Rengeling, *Festschr. Kloepfer*, 2014, S. 161.

neuverbrauch²³⁷ hinauslaufen. Grundsätzlich ist damit eine absolute Flächenverbrauchsobergrenze verfassungsrechtlich rechtfertigungsfähig.

cc) Enger zeitlicher Rahmen der Neuregelung als Angemessenheitsproblem

Diese grundsätzliche Einschätzung zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer absoluten Flächenverbrauchsobergrenze bedarf jedoch einer bedeutsamen Einschränkung, die sich aus der zeitlichen Komponente des Gesetzentwurfs ergibt. Da der maximale Flächenverbrauch nach dem Gesetzentwurf bis zum Jahr 2020, also bis zum 1.1.2020, auf 4,7 ha/Tag zu begrenzen ist, würde den betroffenen Gemeinden innerhalb eines sehr kurzen Zeitfensters eine Neuausrichtung ihrer Planungsaktivität abverlangt. Zwar sind die bayerischen Gemeinden auch jetzt schon angehalten, den Flächenneuverbrauch als Belang in ihren Planungsaktivitäten zu berücksichtigen. Eine absolute Flächenverbrauchsobergrenze würde jedoch – in planerischen Dimensionen betrachtet – in *kürzester Zeit* eine gänzlich andere Herangehensweise an die planerischen Sachfragen erfordern. Unterstellt, der Gesetzentwurf würde zu Beginn des Jahres 2018 Wirksamkeit erlangen, würde innerhalb von weniger als zwei Jahren das planerische Geschehen den neuen verbindlichen Rahmenbedingungen angepasst werden müssen. Damit wären sogar laufende Planungsverfahren betroffen, die neue Abwägungsleistungen zu erfüllen hätten, da Belange, die vormals der Abwägung unterlagen, nunmehr eine neue rechtliche Qualität erlangt hätten.²³⁸ Laufende Planungsverfahren müssten deshalb gegebenenfalls unter Beachtung der neuen Rahmenbedingungen neu beurteilt und gegebenenfalls auch gänzlich aufgegeben – also abgebrochen – werden.

Für diese Dringlichkeit des landesrechtlichen Eingriffs in die Planungshoheit der Gemeinden und die damit ausgelösten zusätzlichen Eingriffsfolgen bei laufenden Planungen gibt es aktuell keine sachliche Rechtfertigung. Selbst die Bundesregierung hat vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung von der Erreichung ihres 30-ha-Ziels bis zum Jahr 2020 Abstand ge-

²³⁷ Bayerische Staatsregierung, Für ein nachhaltiges Bayern – Bayerische Nachhaltigkeitsstrategie, 2013, S. 21.

²³⁸ Siehe hierzu die obigen Darstellungen unter A, II, 1, b und III.

nommen und ihre Ambitionen zum Flächensparen auf das Jahr 2030 verlagert. Diese 10-jährige Verzögerung des Freiflächenerhaltungsziels darf als deutliches Signal *gegen* eine unaufschiebbare Dringlichkeit der im Gesetzentwurf angelegten Zielverwirklichung sprechen.

Sollte man diesem Befund entgegenhalten, dass die Dauer einer Bauleitplanung den Besonderheiten des Einzelfalls folgt und in der Hand der Gemeinden liegt, so dass sich betroffene Gemeinden „beeilen“ könnten, um nicht von der Flächenverbrauchshöchstgrenze erfasst zu werden, ist diesen Überlegungen entgegenzuhalten, dass Gemeinden zwar das Planungsverfahren steuern können. Gleichwohl liegt die Einleitung des Verfahrens, seine Komplexität und sein Verlauf nicht immer (nur) in kommunaler Verantwortung. Bereits die Erforderlichkeit der Planung ist auf der Grundlage städtebaulicher Gründe zu beurteilen und nach § 1 Abs. 3 BauGB nicht der Beliebigkeit der Gemeinden überlassen.²³⁹

Um den Schutzraum der Gemeinden, also den Bereich, innerhalb dessen kommunal bereits angestoßene Planungen eines besonderen Schutzes bedürfen, zeitlich zum umreißen, bietet es sich an, gesetzliche Wertungen heranzuziehen, die sich vom jeweiligen Einzelfall lösen und eine abstrakte Beurteilung der Sachfrage ermöglichen. Es liegt nahe, hierzu die Fristenregelung des § 17 BauGB als Orientierungspunkt heranzuziehen. Diese Norm verdeutlicht, innerhalb welcher Zeiträume der Gesetzgeber des BauGB regelmäßig von einer Verwirklichung eines bauleitplanerischen Entschlusses ausgeht.

Thematischer Gegenstand des § 17 BauGB sind Veränderungssperren, die eine Gemeinde erlassen kann, um den aktuellen Planungsgegenstand bis zum Abschluss eines Bauleitplanverfahrens „einzufrieren“, um so ihre Planungsaktivitäten zu schützen.²⁴⁰ Hinsichtlich dieses Sicherungsinstrumentes kommunaler Bauleitplanung bestimmt § 17 Abs. 1 S. 1 BauGB, dass Verände-

²³⁹ BVerwGE 116, 144 = NVwZ 2002, 1509 (1510); NVwZ 2015, 161 Rn. 3; BVerwGE 153, 16 = NVwZ 2016, 704 Rn. 12; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 2016, § 1 Rn. 26.

²⁴⁰ BVerwG, NVwZ 1993, 473 (473); NVwZ 1993, 475 (475); Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 2017, § 14 Rn. 1; Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 14 Rn. 1.

rungssperren eine zweijährige Gültigkeit genießen, sofern die Bauleitplanung nicht zuvor abgeschlossen ist (§ 17 Abs. 5 BauGB). Die Gemeinde kann diese Gültigkeitsdauer gem. § 17 Abs. 1 S. 3 BauGB um ein weiteres Jahr ausdehnen und hat sogar gem. § 17 Abs. 2 BauGB die Befugnis, die Veränderungssperre bei Vorliegen besonderer Umstände noch um ein weiteres Jahr auszudehnen.²⁴¹ Nach der gesetzlichen Konzeption ist somit eine Planungsdauer von 2-4 Jahren bei Bebauungsplanaufstellungsverfahren zu antizipieren, wobei eine mehr als 3-jährige Planungsdauer nur unter besonderen Umständen zu erwarten ist.

Überträgt man diese Zeithorizonte auf die Zeitparameter des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, ist regelmäßig mit Eingriffen in laufende Planungen auf kommunaler Seite zu rechnen, wenn die Anpassung an die Flächenverbrauchshöchstgrenzen innerhalb einer kürzeren Frist als 2 Jahre angeordnet wird.²⁴² Diese Belastungen sind jedoch – wie bereits oben dargelegt –²⁴³ sachlich nicht gerechtfertigt.

dd) Keine Entlastungswirkung des Zielabweichungsverfahrens

Die weiteren Überlegungen gehen nun der Frage nach, auf welche Weise die attestierte Unausgewogenheit des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN planerisch ausgeglichen werden könnte. Diese Überlegungen rechtfertigen sich vor dem Hintergrund, dass sich die im Gesetzentwurf angelegte Freiflächenverbrauchsobergrenze nicht unmittelbar an die kommunalen Gebietskörperschaften wendet, sondern durch eine landesplanerische (Ziel-)²⁴⁴Festsetzung umgesetzt werden muss.

²⁴¹ BVerwGE 51, 121 = NJW 1977, 400/403; Széchényi, in: Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, 2016, § 17 Rn. 22; Lemmel, in: Berliner Kommentar, BauGB, Stand 2017, § 17 Rn. 7; Rieger, in: Schrödter, BauGB, 2015, § 17 Rn. 10.

²⁴² Ergänzend ist anzumerken, dass die praktische Umsetzung der landesrechtlichen Vorgabe durch eine Ergänzung des Landesentwicklungsprogramms innerhalb von weniger als zwei Jahren eine große planerische Herausforderung darstellt, da die hierzu erforderliche Abwägung eine umfassende Ermittlung der betroffenen kommunalen Belange voraussetzt.

²⁴³ Siehe die obigen Ausführungen in diesem Gliederungsabschnitt.

²⁴⁴ Nur eine solche Festsetzungsart ist in der Lage, die anvisierte Bindungskraft nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 iVm. § 4 ROG zu entfalten.

Daher wäre es ein Ansatzpunkt, die strukturell angelegte Unausgewogenheit des Gesetzentwurfs gegebenenfalls dadurch zu beseitigen, dass die Zielaussagen des Landesentwicklungsprogramms, die nach der Konzeption des Gesetzentwurfs zur Umsetzung des landesrechtlich definierten Flächenhöchstverbrauchs vorgesehen sind, einem (großzügigen) Zielabweichungsverfahren unterworfen werden. Dann könnte möglicherweise in Fällen, in denen die strikten Flächenverbrauchsvorgaben laufende Bauleitplanverfahren gefährden würden, eine Zielabweichung den Zielkonflikt auflösen; das Bauleitplanverfahren würde dann – ohne Einschränkung – zu Ende geführt.

Zwar haben das Bundesverwaltungsgericht und andere höhere Landesgerichte anerkannt, dass die Möglichkeit einer Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG (i.V.m. Art. 4 BayLplG) für sich eine planungsrelevante Funktion ausfüllen und auf die innere Abgewogenheit eines Raumordnungsplans zurückwirken kann.²⁴⁵ Dies wird letztlich damit begründet, dass mit dem Zielabweichungsverfahren ein Ventil geschaffen ist, um in Härtefällen von einer Zielbindung zu befreien. Gleichwohl kommt diese Entlastungswirkung dem Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nicht zugute. Dies hat unterschiedliche Gründe: Konzeptionell befreit die Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG i.V.m. Art. 4 BayLplG – als Rechtsfolge – nur im Einzelfall von der Zielbindung, vermag aber nicht die generelle – im Hintergrund wirkende – Gesetzesbindung nach Art. 1a BayLplG-Entwurf aufzuheben. Eine Zielabweichung von konkreten Flächenzuweisungen würde damit nur dann sinnvoll sein, wenn man einen Teil des landesrechtlich mit Art. 1a BayLplG-Entwurf zur Verfügung stehenden Flächenkontingents zurückhalten würde, um in Fällen der Zielabweichung Restkontingente freizusetzen. Die Verknappung des Gesamtkontingents, um Kontingente für Zielabweichungen zu reservieren, würde allerdings den Flächendruck auf die Gemeinden zusätzlich verstärken, da sie die tägliche Flächenverbrauchsquote noch unterhalb von 4,7 ha/Tag drücken und somit die

²⁴⁵ BVerwGE 138, 301 = BVerwG, NVwZ 2011, 821 Rn. 20, 24; BVerwG, BauR 2013, 558 (558); HessVGH, KommJur 2016, 426 (431, 433); VGH BW, DVBl. 2013, 384 (390); VGH BW, ZfBR 2014, 480 (482 f.); siehe auch Schmitz ZfBR 2015, 124 (129); Hager BauR 2011, 1093 (1097).

Wahrscheinlichkeit von Zielabweichungsnotwendigkeiten zusätzlich erhöhen würde. Dieser Effekt zeigt zudem, dass es sachgerechter wäre, bereits bei der Ausgestaltung des Landesentwicklungsprogramms Ausnahmeregelungen zugunsten von Gemeinden mit laufenden Planaufstellungsverfahren vorzusehen oder mit Rücksicht auf diese laufenden Verfahren die Zuteilungsquote innerhalb der Gemeinden zu steuern.²⁴⁶

Das Zielabweichungsverfahren ist überdies ungeeignet, dem Gesetzentwurf seine innere Abgewogenheit zurückzugeben, da dieses Instrument nur im Einzelfall zur Anwendung kommt, nicht aber dazu geeignet ist, grundsätzliche Strukturschwächen der normativen Vorgaben zu beseitigen. Die Auswirkungen auf Gemeinden mit laufenden Planungsprozessen sind jedoch absehbare Konfliktfälle, auf die im Vorfeld – im Zielaufstellungsprozess – eingegangen werden sollte.

ee) Mögliche Konfliktlösung durch Zielausnahmen oder vorausschauende Kontingenzzuweisung

Wie bereits angedeutet,²⁴⁷ bietet es sich an, bei der Zuteilung von Freiflächenverbrauchskontingenten nicht nur, wie im Gesetzentwurf angedeutet, auf die Größe der betroffenen Gemeinden oder ihre Wirtschaftskraft abzustellen,²⁴⁸ sondern die Auswirkungen auf laufende Planungsprozesse und die hiervon tangierten Flächenverbrauchsbedürfnisse in den Verteilungsschlüssel – und damit die Abwägung – einfließen zu lassen. Alternativ kann auch über eine Flächenvergabe anhand von Kategorien nachgedacht werden, die als Ausgangspunkte Gemeindegrößen und Wirtschaftspotenziale nennen und Ausnahmeregelungen (im Sinne des § 6 Abs. 1 ROG)²⁴⁹ vorsehen. Dieser Ansatzpunkt liefert Möglichkeiten, um die Verfassungsmäßigkeit des Ge-

²⁴⁶ Siehe dazu auch nachfolgend unter C, III, 2, d, ee.

²⁴⁷ Siehe hierzu die obigen Ausführungen unter C, III, 2, d, cc.

²⁴⁸ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter A, III, 2, b.

²⁴⁹ Unabhängig von der Frage, ob § 6 Abs. 1 ROG in Bayern Gültigkeit besitzt, kann eine Zielausnahme auch nach allgemeinen Regeln formuliert werden; vgl. dazu BT-Drs. 16/10292, S. 23. Siehe auch Kment, in: Zweckverband Großraum Braunschweig, Ausnahmen von Zielen der Raumordnung: § 6 Abs. 1 ROG – rechtssicher und praxisorientiert anwenden!, 2012, S. 11 f.; Krautzberger/Stür, BauR 2009, 180 (184).

setzentwurfs durch eine Berücksichtigung von unverhältnismäßigen Eingriffen in laufende Planungsprozesse und letztlich auch durch die Bewältigung von Härtefällen mittels planerischer Kompensationsstrategien zu gewährleisten.

ff) Flächenhandelssystem mit Steuerungsdefizit

(1) Eine weitere Möglichkeit, die Eingriffsintensität der ambitionierten Flächenbegrenzungen des Gesetzentwurfs abzufedern, könnte die Einführung eines Flächenhandelssystems sein. Ein solches Flächenhandelssystem basiert – recht vereinfacht – auf dem Gedanken, dass Gemeinden mit überschüssigen Flächenausweisungspotenzialen einen Markt finden, um ihre ungenutzten Ausweisungsmöglichkeiten (meistbietend) an Gemeinden zu veräußern, die einen Bedarf an zusätzlichen Flächenausweisungen besitzen. Umgekehrt liegt hierin auch eine Chance für Gemeinden mit einem hohen Flächenausweisungsbedarf, um zusätzliche Ausweisungsoptionen bei Gemeinden mit ungenutzten Flächenausweisungszertifikaten erwerben zu können.²⁵⁰ Die Flächenausweisungsberechtigung wird damit letztlich ökonomischen Lenkungsbewegungen ausgesetzt, die das starre Gerüst der gemeindebezogenen verbindlichen Flächenzuweisung aufbrechen.²⁵¹ Damit soll zugleich zugunsten der Gemeinden sichergestellt werden, dass diese nicht (individuell) an feste Obergrenzen gebunden sind, sondern durch wirtschaftliches Agieren einen zusätzlichen Freiraum bekommen. Dieser Gestaltungsspielraum soll die Beeinträchtigungsintensität der Flächenverbrauchsobergrenzen im Verhältnis zur kommunalen Selbstverwaltung senken.²⁵² Auf diesen Gedanken stützt sich auch der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der ebenfalls die Möglichkeit vor-

²⁵⁰ Vgl. zu den unterschiedlichen Flächenhandelssystemen Bizer/Bovet/Henger/Jansen/Klug/Ostertag/Schleich/Siedentop, Projekt FORUM: Handel mit Flächenzertifikaten – Fachliche Vorbereitung eines überregionalen Modellversuchs, 2012, S. 4 ff; Hansjürgens/Schröter, RuR 2004, 260 (261 ff.).

²⁵¹ Michaelis, ZUR 2002, 129 (132); Marty, ZUR 2011, 395 (399); Windoffer, DÖV 2014, 654 (660).

²⁵² Schlüter, Festschr. Rehbinder, 2007, S. 611 (615); Senftleben ZUR 2008, 64 (67).

sieht, ein derartiges Flächenhandelssystem einzuführen.²⁵³ Hierzu heißt es in der Entwurfsbegründung:

„Damit Kommunen ihr Gemeindegebiet nach individuellen Entwicklungs- und Bedarfsüberlegungen gestalten können, wird der Staatsregierung die Ermächtigung eingeräumt, mit Zustimmung des Landtags ein Handelssystem mit Flächenausweisungsrechten zu etablieren. Ein solches System würde den Gemeinden größere Flexibilität ermöglichen, indem sie durch einen Zukauf von Zertifikaten von der zugewiesenen Kontingentierung abweichen könnten.“²⁵⁴

(2) Die Entlastungsfunktion eines Flächenhandelssystems hängt jedoch maßgeblich davon ab, dass dieses überhaupt bei der Ausweisung neuer Flächen durch Bauleitpläne eine Steuerungswirkung auslösen kann. Anders gewendet: Die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit des Erlasses von Bebauungsplänen muss an den Erwerb oder den Verkauf von Flächenausweisungszertifikaten gekoppelt sein. Hat der Erwerb zusätzlicher Zertifikate keinen Einfluss auf die Zulässigkeit einer erweiterten Bebauungsplanausweisung, geht der Steuerungsansatz des Handelssystems ins Leere. Damit würde das Flächenhandelssystem zugleich seine flexibilisierende Wirkung vermissen lassen und eine Abfederung des Eingriffs einer mengenmäßigen Flächenausweisungsbegrenzung nicht erfolgen.

Die Einführung eines *landesweiten* Flächenhandelssystems mit der erforderlichen Steuerungskraft ist aktuell nicht möglich. Es mangelt an der notwendigen normativen Einbindung durch das BauGB. Um diese zu gewährleisten, wäre es notwendig, etwa § 1 Abs. 3 BauGB dahingehend zu ändern, dass nicht mehr nur die städtebauliche Erforderlichkeit zum Maßstab des planerischen Ausweisungsverhaltens erhoben wird, sondern auch der Nachweis hinreichender Flächenausweisungszertifikate erforderlich ist.²⁵⁵

²⁵³ Siehe bereits die obigen Ausführungen unter A, III.

²⁵⁴ LT-Drs. 17/16760, S. 2.

²⁵⁵ Bovet, NuR 2006, 473 (475 f.); Senftleben, ZUR 2006, 64 (71); Bizer/Bovet/Henger/Jansen/Klug/Ostertag/Sleich/Siedentop, Projekt FORUM: Handel mit Flächenzertifikaten – Fachliche Vorbereitung eines über-

Ebenfalls denkbar ist es, eine Ergänzung des § 10 BauGB dahingehend vorzunehmen, dass das In-Kraft-Treten eines Bebauungsplans vom Nachweis der notwendigen Flächenausweisungszertifikate abhängig ist.²⁵⁶

(3) Der Freistaat Bayern besitzt nicht die Gesetzgebungskompetenz, eigenständig das BauGB in der dargestellten Form zu modifizieren. Letztgenanntes Gesetzeswerk basiert im Wesentlichen auf der Gesetzgebungskompetenz der Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 18 GG,²⁵⁷ die keine Abweichungskompetenz des Landesgesetzgebers vorsieht.

Auch ist das BauGB inhaltlich abgeschlossen und ermöglicht daher keine inhaltlichen Ergänzungen durch Landesrecht. Hierfür spricht insbesondere, dass der Bundesgesetzgeber ausdrücklich zugunsten des Landesgesetzgebers Öffnungsklauseln, etwa in § 249 Abs. 3 BauGB, für begrenzte baurechtliche Themengebiete vorsieht, wenn er eine Ergänzung des baurechtlichen Regelungsgeflechts für sachgerecht erachtet.²⁵⁸

(4) Die Steuerungskraft des Flächenhandelssystems kann auch nicht über § 1 Abs. 4 BauGB hergestellt werden.²⁵⁹ Die Bindungswirkung landesplanerischer Festsetzungen hängt nach § 1 Abs. 4 BauGB nämlich davon ab, dass es sich bei den Steuerungsinstrumenten um Ziele der Raumordnung handelt. Ziele der Raumordnung sind nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG

„verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen (§ 7 Abs. 2) textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums.“

regionalen Modellversuchs, 2012, S. 8.

²⁵⁶ Senftleben, ZUR 2006, 64 (71); Bizer/Bovet/Henger/Jansen/Klug/Ostertag/Schleich/Siedentop, Projekt FORUM: Handel mit Flächenzertifikaten – Fachliche Vorbereitung eines überregionalen Modellversuchs, 2012, S. 8; Kiese, IzR 2005, 297 (300).

²⁵⁷ Jarass/Kment, BauGB, 2017, Einl. Rn. 4.

²⁵⁸ Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 249 Rn. 9. Siehe auch BVerfGE 35, 65 = NJW 1973, 1683 (1683).

²⁵⁹ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter B, I, 4.

Die Zuweisung von Flächenausweisungsrechten im Wege des Flächenhandels erfolgt auf der Grundlage eines Marktverhaltens von Marktteilnehmern und richtet sich *nicht* nach planerischen Gesichtspunkten. Der Erwerb der Flächenausweisungszertifikate ist damit an ökonomische Potenziale geknüpft und orientiert sich *nicht* an den Maßstäben der Abwägung im Sinne des § 7 Abs. 2 ROG. Schließlich werden die Flächenausweisungszertifikate im freien Handel erworben und – nach einem näher zu bestimmenden Verfahren –²⁶⁰ auf Konten verwaltet. Sie sind jedoch nicht Gegenstand eines Raumordnungsplans und werden daher – zumindest hinsichtlich ihres Umfangs – nicht in einem planerischen Prozess mit den dort vorgesehenen Regeln, etwa eingebunden in eine Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung,²⁶¹ konkreten Gemeinden zugewiesen. Somit kann ein Flächenhandelssystem bzw. die jeweiligen Zertifikate nicht als Ziel(e) der Raumordnung ausgestaltet werden. Eine Bindung der Bebauungspläne an einen landesrechtlichen Flächenausweisungsrechtehandel ist somit über § 1 Abs. 4 BauGB nicht möglich.

Demzufolge bleibt die Einführung eines Zertifikathandels mit Freiflächenausweisungsrechten auf der Landesebene wegen einer fehlenden normativen Einbindung in das BauGB funktionslos. Eine Entlastungswirkung zu Gunsten der kommunalen Selbstverwaltung tritt mithin nicht ein.

3. Zwischenergebnis

Die landesrechtliche Festlegung einer Freiflächenverbauchsobergrenze respektiert die kommunale Eigenverantwortlichkeit im Bereich der kommunalen Planungshoheit, führt aber zu deutlichen Einschnitten, wenn sie – wie vorliegend – den Flächenverbrauchsspielraum auf deutlich unter 40 % im Verhältnis zum Jahr 2015 drückt. Diese Belastungen wird man damit recht-

²⁶⁰ Siehe hierzu etwa Bizer/Bovet/Henger/Jansen/Klug/Ostertag/Schleich/Siedentop, Projekt FORUM: Handel mit Flächenzertifikaten – Fachliche Vorbereitung eines überregionalen Modellversuchs, 2012, S. 45 ff.

²⁶¹ Vgl. zu Einzelheiten Finkelnburg/Ortloff/Kment, Öffentliches Baurecht, 2017, § 20 Rn. 27 ff.

fertigen können, dass der fortgesetzte Verbrauch von Freiflächen auf dem aktuellen Niveau kein zukunftsfähiges Boden-Ressourcen-Management darstellt und mit zu starken Eingriffen in den Natur- und Umwelthaushalt bezahlt werden muss. Gerade vor dem Hintergrund des staatlichen Schutzauftrags nach Art. 20a GG und mit Blick auf staatliche Selbstverpflichtungen zur Nachhaltigkeit darf der Landesgesetzgeber zugunsten zukünftiger Generationen dem Schutz von Boden und anderen Umweltmedien einen Vorzug vor der kommunalen Selbstverwaltung einräumen und den Gemeinden auch schmerzlichere Einbußen ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie grundsätzlich abverlangen.

Die Belastungen sind jedoch im Verhältnis zum verfolgten Zweck unausgewogen, wenn durch die Kurzfristigkeit der Flächenverknappung in bestehende Planungen eingegriffen wird und keine Vorsorge für Härtefälle getroffen ist. Allein der Verweis auf ein Zielabweichungsverfahren erweist sich – zumindest in den Fällen eines Eingriffs in laufende Planungsprozesse – als ungeeignet; hier ist eine planerische Lösung durch die Ausgestaltung des Landesentwicklungsprogramms vorzugswürdig.

Keine Entlastungsfunktion besitzt ein landesweit eingeführtes Handelssystem für Flächenausweisungsberechtigungen. Es fehlt an der Steuerungsfunktion im Verfahren der Bebauungsplanaufstellung, da das BauGB keine normativen Anknüpfungspunkte für Zertifikatsberechtigungen kennt und diese durch Landesrecht nicht geschaffen werden können.

IV. Landesrechtlicher Verfassungsschutz

Die Beurteilung des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN an den Maßstäben des Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV darf sich an den Ausführungen zur Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie orientieren.²⁶²

Auch die Verfassung des Freistaats Bayern gewährleistet in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV eine kommunale Selbstverwaltung. Danach haben die Gemeinden

²⁶² Siehe hierzu die obigen Ausführungen unter C, I-III.

das Recht, ihre eigenen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und zu verwalten. Kennzeichnend für dieses Selbstverwaltungsrecht ist – wie auf der bundesrechtlichen Ebene auch – die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden in jedem einzelnen Tätigkeitsbereich des eigenen Wirkungskreises.²⁶³ Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie auch die kommunale Planungshoheit umfasst, deren Ziele mit den Mitteln der Bauleitplanung nach dem Baugesetzbuch umgesetzt werden können.²⁶⁴ Rechtsmethodisch wird dies aus der Erwähnung der „Ortsplanung“ in Art. 83 Abs. 1 BV abgeleitet.²⁶⁵

Vergleichbar dem bundesrechtlichen Pendant ist das Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV nur „im Rahmen der Gesetze“ gewährleistet. Die Ausgestaltung von Inhalt und Umfang des Selbstverwaltungsrechts unterliegt somit im Einzelfall der Entscheidung des Gesetzgebers, wobei diesem insofern ein weiter normativer Ermessensspielraum zugestanden wird.²⁶⁶

Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs bei einer Beeinträchtigung der kommunalen Planungshoheit gelten dieselben Regeln, wie sie auch die Bundesverfassung anlegt. Demnach sind der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit insofern Grenzen gesetzt, als sie den Wesensgehalt bzw. Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts unangetastet lassen muss.²⁶⁷ Außerhalb dieses starken Schutzraums müssen staatliche Belastungen des Selbstverwaltungsrechts dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, also

„generell von einer Abwägung zwischen den Belastungen für die gemeindliche Selbstverwaltung und den für die Regelungen maßgebenden, am öffentlichen Wohl orientierten, sachlichen Gesichtspunkten getragen sein.“²⁶⁸

²⁶³ BayVerfGHE 50, 181 (203); BayVerfGHE 55, 98 (121).

²⁶⁴ BayVerfGHE 38, 51 (66); BayVerfGHE 65, 152 (166).

²⁶⁵ BayVerfGH, NVwZ 2016, 999 Rn. 165.

²⁶⁶ BayVerfGH, NVwZ 2016, 999 Rn. 166.

²⁶⁷ BayVerfGHE 55, 98 (121); BayVerfGH, NVwZ 2016, 999 Rn. 166.

²⁶⁸ BayVerfGH, NVwZ 2016, 999 Rn. 166; so auch BayVerfGHE 55, 98 (121).

Mit Blick auf die Identität der Prüfungsmaßstäbe von Landesverfassungs- und Bundesverfassungsrecht kommt die Beurteilung des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu keinem anderen Ergebnis. Eine geringe Modifikation des Prüfungsverlaufs ergibt sich wohl lediglich daraus, dass Gesichtspunkte, die für den Gesetzentwurf streiten (etwa Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen) unmittelbar in der Bayerischen Landesverfassung in Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Art. 141 BV verankert sind.

V. Zwischenergebnis

Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN strebt eine Begrenzung der Freiflächeninanspruchnahme durch kommunale Bauleitplanung an. Hierzu soll durch eine landesrechtliche Vorgabe (Art. 1a BayLplG) eine absolute Flächenverbrauchshöchstgrenze gesetzlich festgeschrieben werden, die ihrerseits durch die Festsetzungen des Bayerischen Landesentwicklungsprogramms zu konkretisieren ist. Die Einwirkung auf die Ebene der kommunalen Planung erfolgt mittels des § 1 Abs. 4 BauGB, der den landesplanerischen Impuls in das BauGB hineinträgt und eine Anpassungspflicht der kommunalen Bauleitplanung ausspricht.

Durch diesen Wirkungsmechanismus wird auf die kommunale Planungshoheit der Gemeinden eingewirkt. Letztgenannte Gewährleistung wird zwar nicht vollständig entzogen, gleichwohl aber derart beeinträchtigt, dass von einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG auszugehen ist.

Der Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungshoheit kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen liefern hierzu zunächst im Verbund mit § 1 Abs. 4 BauGB die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen, um dem verfassungsrechtlich ausgesprochenen Gesetzesvorbehalt zu genügen.

Des Weiteren verfolgt der Gesetzentwurf einen verfassungsrechtlich legitimen Gesetzeszweck. Er dient neben dem Bodenschutz auch dem Schutz

anderer Umweltmedien und wird zudem der Zielsetzung des Art. 20a GG und dem Nachhaltigkeitsprinzip gerecht.

Die Festlegung einer Höchstgrenze für den Verbrauch an Freiflächen eignet sich dazu, das angestrebte Gesetzgebungsziel zu erreichen, denn die verbindliche Einschränkung des Flächenverbrauchs schont die Bodenressourcen.

Außerdem ist die Festlegung einer absoluten Flächenverbrauchsobergrenze das mildeste Mittel, um mit gleicher Effektivität die Flächenreduzierung im gewünschten Umfang sicherzustellen. Alternative Maßnahmen des bestehenden Planungs- und Ordnungsrechts sowie ökonomische Instrumente und kooperative, informative oder partizipative Ansätze zeigten keine vergleichbare Sicherheit bei der Zielerreichung.

Die landesrechtliche Festlegung einer Flächenverbrauchsobergrenze führt zu deutlichen Einschnitten auf Seiten der kommunalen Planungshoheit, wenn sie – wie vorgesehen – den Flächenverbrauchsspielraum auf deutlich unter 40 % im Vergleich zum letzten Datenerhebungsjahr (2015) drückt. Diese Belastungen wird man damit rechtfertigen können, dass der fortgesetzte Verbrauch von Freiflächen auf dem aktuellen Niveau kein zukunftsfähiges Boden-Ressourcen-Management darstellt und mit zu starken Eingriffen in den Natur- und Umwelthaushalt bezahlt werden muss. Gerade vor dem Hintergrund des staatlichen Schutzauftrags nach Art. 20a GG und mit Blick auf staatliche Selbstverpflichtungen zur Nachhaltigkeit darf der Landesgesetzgeber zugunsten zukünftiger Generationen dem Schutz von Boden und anderen Umweltmedien einen Vorzug vor der kommunalen Selbstverwaltung einräumen und den Gemeinden auch schmerzlichere Einbußen ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie grundsätzlich abverlangen.

Die Belastungen sind jedoch im Verhältnis zum verfolgten Zweck unausgewogen, wenn durch die Kurzfristigkeit der Flächenverknappung in bestehende Planungen eingegriffen und keine Vorsorge für Härtefälle getroffen wird. Allein der Verweis auf ein Zielabweichungsverfahren erweist sich – zumindest in den Fällen eines Eingriffs in laufende Planungsprozesse – als ungeeignet; hier ist eine planerische Lösung durch die Ausgestaltung des

Landesentwicklungsprogramms vorzugswürdig.

Keine Entlastungsfunktion besitzt ein landesweit eingeführtes Handelssystem für Flächenausweisungsberechtigungen. Es fehlt an der Steuerungsfunktion im Verfahren der Bebauungsplanaufstellung, da das BauGB keine normativen Anknüpfungspunkte für Zertifikatsberechtigungen kennt und diese durch Landesrecht nicht geschaffen werden können.

Die Ergebnisse zur bundesrechtlichen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfs sind auf die Gewährleistungen der Verfassung des Freistaats Bayern übertragbar.

D. VEREINBARKEIT MIT GRUNDRECHTEN

Die nachfolgende Untersuchung geht der Frage nach, ob der Gesetzentwurf der Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN mit grundrechtlichen Gewährleistungen in Einklang steht. Zu Beginn werden mögliche Grundrechtspositionen von Gemeinden untersucht, da sich die Änderung des Bayerischen Landesplanungsrechts primär an die kommunalen Gebietskörperschaften richtet. An zweiter Stelle steht die Analyse des Grundrechtsschutzes von Bürgerinnen und Bürgern sowie privaten Unternehmen (Privatpersonen).

I. Keine Grundrechtspositionen für Gemeinden

Gemeinden sind kommunale Gebietskörperschaften und sind als juristische Personen des öffentlichen Rechts zu qualifizieren. Als solche können sie sich grundsätzlich nicht auf Grundrechte berufen,²⁶⁹ denn sie agieren auf der Grundlage von Kompetenzen und nicht auf der Basis von Freiheit.²⁷⁰ Grundrechte binden daher Gemeinden und verpflichten sie, verschaffen den Gemeinden aber keine zusätzliche Rechtsposition.²⁷¹

²⁶⁹ BVerfGE 61, 82 (100 f.); BVerfGE 75 192 (196).

²⁷⁰ BVerfGE 68, 193 (206).

²⁷¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 19 Rn. 24.

Deshalb können sich Gemeinden im vorliegenden Zusammenhang nicht auf eine grundrechtliche Schutzposition berufen und insbesondere keine Verletzung der Eigentumsgarantie geltend machen. Eine grundrechtliche Schutzposition lassen Gemeinden selbst dann vermissen, wenn diese ausschließlich fiskalisch tätig sind.²⁷² Daher käme selbst bei einer Einbindung der verknüpften Flächenverbrauchsberechtigungen in ein Handelssystem mit Flächenausweisungszertifikaten – ungeachtet der konkreten Ausgestaltung – grundsätzlich eine Verletzung von kommunalen Grundrechten mangels ihrer Existenz nicht in Betracht.

II. Grundrechtsgewährleistungen zugunsten Privater

Der Grundrechtsschutz von Privatpersonen ist weitreichend. Innerhalb des Kanons der Grundrechtsnormen ist der Schutz durch die einzelnen Grundrechte ausdifferenziert. Nachfolgend wird den thematisch in Frage kommenden Grundrechten, der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) nachgegangen.

1. Art. 14 GG – Eigentumsgarantie

a) Schutzzumfang für Grundeigentümer

Art. 14 GG schützt fast alle vermögenswerten und gesicherten Rechtspositionen, die durch das geltende Recht geprägt werden.²⁷³ Eigentumsfähig ist jedes vom Gesetzgeber gewährte vermögenswerte Recht, sofern seine Entstehung auf die Entfaltung des Leistungswillens des Betroffenen zurückgeführt werden kann.²⁷⁴ Der Schutz ist dabei umfassend und erstreckt sich nicht nur auf dingliche,²⁷⁵ sondern auch auf relative (schuldrechtliche) Rechtspositionen.²⁷⁶ Ein wichtiger Teil der nach Art. 14 GG schutzfähigen

²⁷² BVerfGE 61, 82 (105 ff.); BVerwG, DVBl. 1984, 679 (682).

²⁷³ BVerfGE 115, 97 (110 f.); BVerfGE 131, 66 (79).

²⁷⁴ BVerfGE 51, 193 (218); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 14 Rn. 6.

²⁷⁵ Vgl. dazu auch BVerwG, ZfBR 2014, 60 Rn. 3.

²⁷⁶ BVerfGE 83, 201 (208); BVerfGE 112, 93 (107).

Rechtspositionen sind alle vermögenswerten Rechte des bürgerlichen Rechts, die einem privaten Rechtsträger als Eigentum zugeordnet sind.²⁷⁷ Hierzu gehört grundsätzlich auch die Verfügungsgewalt über das Eigentum einschließlich des Rechts der selbstbestimmten Veräußerung.²⁷⁸ Das Vermögen als solches ist aber nicht vom Schutzzumfang des Art. 14 GG erfasst.²⁷⁹

Das Grundeigentum steht unter dem besonderen Schutz des Art. 14 GG. Hierzu gehört auch das Recht, ein

„Grundstück im Rahmen der Gesetze zu bebauen.“²⁸⁰

Aus dieser Feststellung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich zweierlei ableiten: Zunächst ergibt sich das Recht, auf einem Grundstück zu bauen, unmittelbar aus der Verfassung. Es ist also mit dem Grundeigentum verbunden und muss deshalb nicht verwaltungsrechtlich (etwa in Form einer Genehmigung) verliehen werden.²⁸¹ Andererseits ist die Baufreiheit nicht grenzenlos gewährleistet. Sie besteht nur in den Grenzen des einfachen Rechts.²⁸² Die maßgebliche Ordnung, die zur angesprochenen Grenzziehung beiträgt, ist das Baugesetzbuch, welches etwa in den §§ 29 ff. BauGB Vorgaben für die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen vorsieht.²⁸³

Für den Grundstückeigentümer bedeutet dies, dass er aufgrund der von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Baufreiheit einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung hat. Allerdings besteht die Baufreiheit nur

²⁷⁷ BVerfGE 70, 191 (199).

²⁷⁸ BVerfGE 50, 290 (339); BVerfGE 91, 294 (308).

²⁷⁹ BVerfGE 78, 232 (243); BVerfGE 95, 267 (300); BVerfGE 98, 280 (291).

²⁸⁰ BVerfGE 35, 263 (276); vgl. auch BVerfGE 104, 1 (11); BVerwGE 106, 228 (234).

²⁸¹ Papier, Maunz/Dürig, GG, Stand 2017, Art. 14 Rn. 57; Wendt, in: Sachs, GG, 2014, Art. 14 Rn. 46.

²⁸² BVerwGE 106, 228 (234); BVerwGE 120, 130 (137); Battis, in: Battis/Krautzbeger/Löhr, BauGB, 2016, § 1 Rn. 7.

²⁸³ Vgl. dazu auch Finkelnburg/Ortloff/Kment, Öffentliches Baurecht, 2017, § 22 ff.

nach Maßgabe des einfachen Rechts. Das heißt, ein Recht auf Zulassung eines Vorhabens außerhalb der gesetzlichen Regelungen gibt es nicht.²⁸⁴

b) Inhalts- und Schrankenbestimmungen

aa) Die Dogmatik des Grundgesetzes im Überblick

Neben der Enteignung – die auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen abzielt, um hierdurch bestimmte öffentliche Aufgaben zu erfüllen –²⁸⁵ kann das Eigentum in der deutlich häufiger auftretenden Form von Inhalts- und Schrankenbestimmungen tangiert sein. Die Inhalts- und Schrankenbestimmungen betreffen die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten des Eigentums durch die Legislative.²⁸⁶ Der Inhalt des Eigentums wird ab dem Inkrafttreten des Gesetzes für die Zukunft in allgemeiner Form definiert.²⁸⁷ Die Intensität der Beeinträchtigung durch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ändert nichts an ihrer rechtlichen Qualität: Eine unzumutbare Inhalts- und Schrankenbestimmung schlägt nicht in eine Enteignung um.²⁸⁸ Die Inhalts- und Schrankenbestimmung muss grundsätzlich verhältnismäßig sein, d.h., dass die Ausgestaltung eines Eigentumsrechts geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, wenn damit eine Belastung des Eigentümers einhergeht.²⁸⁹

bb) Bezugspunkte des Eigentumsschutzes zur Begrenzung des Freiflächenverbrauchs

Im Zusammenhang mit der gesetzlichen Festlegung von absoluten Flächenverbrauchsobergrenzen und der Ausgestaltung von Handelssystemen für Ausweisungsberechtigungen wird diskutiert, ob diese zu einer Eigen-

²⁸⁴ BVerwGE 120, 130 (137); Finkelnburg/Ortloff/Kment, Öffentliches Baurecht, 2017, § 4 Rn. 19.

²⁸⁵ BVerfGE 70, 191 (199 f.); BVerfGE 102, 1 (15).

²⁸⁶ BVerfGE 58, 137 (144 f.); BVerfGE 72, 66 (76). Die Eigentumsgarantie kann auch durch die Exekutive beeinträchtigt werden; vgl. dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 14 Rn. 49.

²⁸⁷ BVerfGE 52, 1 (27).

²⁸⁸ BVerfGE 58, 300 (320); BVerfGE 79, 174 (192).

²⁸⁹ BVerfGE 110, 1 (28).

tumsbeeinträchtigung bei Grundstückeigentümern in der Form von Inhalts- und Schrankenbestimmungen führen.²⁹⁰ Ansatzpunkt der Betrachtung ist die Feststellung, dass durch eine Kombination der Flächenverbrauchsobergrenze mit einem Handelssystem der Anspruch des Privateigentümers, nach den Regeln des geltenden Rechts eine Baugenehmigung zu erhalten,

„unter den Vorbehalt verfügbarer Flächenausweisungsrechte gestellt“

werde.²⁹¹ Dies sei eine Restriktion im Verhältnis zum bislang gültigen Recht und somit eine mittelbare und rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Eigentumsfreiheit.²⁹²

cc) Mangelnde Individualisierbarkeit von kommunal adressierten Flächenausweisungsbegrenzungen

Die Einschätzung zur Eingriffsqualität von Flächenverbrauchsobergrenze mit einem Handelssystem²⁹³ übersieht den konkreten Regelungsmechanismus von begrenzten Flächenverbrauchsberechtigungen und ihren Bezug zum *konkreten* Eigentum. Dies belegt eine Analyse der Wirkungen des Betrachtungsgegenstands auf die Genehmigungsansprüche von Privatpersonen:

Wie bereits dargestellt,²⁹⁴ zielt die Festsetzung einer absoluten Freiflächenverbrauchsobergrenze in Art. 1a BayLplG-Entwurf auf eine Umsetzung dieser Vorgaben durch landesplanerische Zielfestlegungen ab, die ihrerseits mittels der baurechtlichen „Scharnierregelung“ des § 1 Abs. 4 BauGB unmittelbare Anpassungspflichten gegenüber dem kommunalen Planungsträger erzeugen.

²⁹⁰ Schmalholz, ZUR Sonderheft 2002, 158 (63); Senftleben, ZUR 2008, 64 (69).

²⁹¹ Senftleben, ZUR 2008, 64 (69).

²⁹² Senftleben, ZUR 2008, 64 (69).

²⁹³ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter D, II, 1, b, bb.

²⁹⁴ Siehe hierzu die obige Darstellung unter B, I, 4.

(1) Können wegen einer vorzeitigen Ausschöpfung des Kontingents an Flächenausweisungsbefugnissen keine neuen Siedlungs- und Verkehrsflächen durch einen Bebauungsplan ausgewiesen werden, hat dies auch zur Folge, dass Grundstückseigentümer oder sonstige Berechtigte keine Genehmigung nach Maßgabe des § 30 BauGB erhalten können. Obschon hiermit ein Bezug zum konkreten Eigentum hergestellt *scheint*, besteht dieser *nicht*. Denn mit der Zuteilung eines eingeschränkten Umfangs von Flächenausweisungsberechtigungen wird keine räumliche Beziehung zu *bestimmten* Flächen hergestellt. Es wird nämlich landesrechtlich bzw. landesplanerisch nicht qualitativ, sondern ausschließlich quantitativ zugeordnet.²⁹⁵ Dies bedeutet, dass im Moment der landesplanerischen Berechtigungszuweisung nicht feststeht, ob die adressierten Gemeinden durch die Größe der Flächenausweisungsrechte überhaupt in ihren planerischen Vorstellungen eingeschränkt sind oder eventuell sogar einen Flächenüberschutz haben; letztgenannte Alternative ist nach Maßgabe des Gesetzentwurfs auch kein unbedeutender Sonderfall, sondern theoretischer Ausgangspunkt eines Handelssystems mit Überschussrechten, welches durch den Gesetzentwurf in Art. 1a S. 2, 3 BayLplg-Entwurf angestrebt wird.²⁹⁶ Kommt es zu einer Flächenausweisungsbegrenzung, die Gemeinden tatsächlich zur Einsparung von Flächenausweisungen anhält, steht im Vorfeld nicht fest, welches konkrete Grundstück von den Einsparungsbemühungen betroffen sein wird. Die Gemeinde bleibt ungebunden, welche Gemeindeflächen sie zum Gegenstand ihrer Bauleitplanung macht und welchen Projekten sie Vorrang einräumt.²⁹⁷ Es ist nicht einmal ausgeschlossen, dass sich die Gemeinde auch ohne die landesplanerische Vorgabe gegen einen bestimmten Standort bzw. ein bestimmtes Vorhaben entschieden hätte, um den Vorgaben des § 1 Abs. 5 BauGB und § 1a Abs. 2 BauGB gerecht zu werden.²⁹⁸ Folglich könnte eine Belastung des privaten

²⁹⁵ Siehe hierzu die obige Darstellung unter C, III, 2, d, bb.

²⁹⁶ Allerdings ist anzumerken, dass aufgrund des bereits festgestellten erheblichen Umfangs der Einschränkung – Reduzierung auf unter 40 % des bisherigen Niveaus – keine nennenswerten „Überschüsse“ zu erwarten sind. Es wird wohl eher zu ökonomisch gesteuerten Verlagerungen von Berechtigungen kommen.

²⁹⁷ Siehe hierzu die obige Darstellung unter C, III, 2, d, bb.

²⁹⁸ Siehe zu diesen Vorgaben die obigen Ausführungen unter A, II, 1, b.

Grundeigentums frühestens auf Ebene der kommunalen Entscheidung ansetzen, wenn die Gemeinde von bestimmten Flächenausweisungen Abstand nimmt und sich ein eingeschränktes Flächenausweisungsrecht räumlich individualisiert.

Allerdings ist selbst dieser Moment ungeeignet, um hieran eine Beeinträchtigung des privaten Eigentums zu knüpfen. Schließlich besteht zwar ein Anspruch auf eine Baugenehmigung nach Maßgabe des gültigen Rechts,²⁹⁹ es existiert aber kein Anspruch auf Erlass eines Bebauungsplans; so stellt es § 1 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB zum Schutz der kommunalen Planungshoheit klar.³⁰⁰ Dies bedeutet zugleich, dass sich erst mit Erlass des Bebauungsplans die Aussicht auf ein Baurecht zu einer eigentumsrechtlich relevanten Eigentumsposition verdichtet.³⁰¹ Die Veränderungen der Bedingungen für die Bauleitplanung durch eine Flächenverbrauchsbegrenzung betreffen demgegenüber vorgelagerte Ereignisse, die für den eigentumsrechtlichen Grundrechtsschutz nicht relevant sind. Anders gewendet: Besteht (eigentumsrechtlich) schon kein Recht auf einen bestimmten Bebauungsplan, kann es erst recht keinen Anspruch auf eine günstige Bebauungsplanaufstellungslage mit ausreichend Flächenausweisungsberechtigungen der Gemeinde geben.³⁰²

Demnach kommt eine Beeinträchtigung des Art. 14 GG aus den oben genannten Gesichtspunkten nicht in Betracht.

(2) Auf das Genehmigungsverfahren nach § 34 BauGB hat die Freiflächenverbrauchsbegrenzung keine Auswirkungen. Dies liegt rechtstechnisch daran, dass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich an den tatsächlich vorhandenen Nutzungen im Umfeld des Vorhabens orientiert und keine normativ-planerischen Einflüsse

²⁹⁹ Siehe hierzu bereits die obige Darstellung unter D, II, 1, a.

³⁰⁰ BVerwG, BRS 67 Nr. 52; BVerwG, NVwZ 2004, 1120 (1121); Jarass/Kment, BauGb, 2017, § 1 Rn. 20.

³⁰¹ An diesen Moment knüpft auch die baurechtliche Entschädigungsregelung des § 39 BauGB an. Vgl. dazu Jarass/Kment, BauGB, 2017, § 39 Rn. 3.

³⁰² Vgl. dazu auch BVerwG, NVwZ-RR 1997, 213 (213); Gaentzsch, in: Berliner Kommentar, BauGB, Stand 2017, § 1 Rn. 25b. Diese weisen darauf hin, dass es keinen Anspruch auf Beseitigung von Verfahrens- oder Formfehlern gibt, die einen Bauleitplan unwirksam machen.

kennt.³⁰³ Überdies spricht bereits teleologisch der Steuerungsansatz der Freiflächenverbrauchsbeschränkung gegen eine Einflussnahme auf den § 34-BauGB-Bereich, da durch den Gesetzentwurf gerade eine Flächeninanspruchnahme im Innenbereich stimuliert werden soll (Innenverdichtung), um wertvolle ungenutzte Freiflächen zu erhalten.³⁰⁴ Eine Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 14 GG ist somit vom Ansatz her ausgeschlossen.

(3) Des Weiteren wird sich eine Regelung nach Art des Art. 1a BayLplG-Entwurf nicht auf die Vorhabenzulassung im Außenbereich (§ 35 BauGB)³⁰⁵ auswirken.³⁰⁶ Die Einflussnahme von landesplanerischen Vorgaben ist dort nach § 35 Abs. 3 S. 2, 3 BauGB darauf ausgerichtet, dass

„raumbedeutsame Vorhaben [...] den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen [dürfen]; öffentliche Belange stehen raumbedeutsamen Vorhaben nach Absatz 1 nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“

Mit § 35 Abs. 3 S. 2, 3 BauGB sind ausschließlich flächenbezogene Zielaussagen gemeint, die einem konkreten Vorhaben entgegengehalten werden können.³⁰⁷ Die mit einer abstrakten quantitativen Flächenausweisungshöchstgrenze beschriebenen Einschränkungen weisen den erforderlichen

³⁰³ BVerwGE 35, 256 = NJW 1970, 1939 (1940); BVerwGE 62, 151 = NJW 1981, 2770 (2770); BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (223 f.); BVerwG, NVwZ-RR 1998, 156 (157); BVerwG, NVwZ 1999, 527 (527 f.); BVerwG, NVwZ 2001, 70 (71); Rieger, in: Schrödter, BauGB, 2014, § 34 Rn. 16.

³⁰⁴ Schmalholz, ZUR Sonderheft 2002, 158 (163); Marty, ZUR 2011, 395 (402); vgl. dazu bereits oben unter C, III, 2, d, bb.

³⁰⁵ Zum Außenbereich siehe BVerwG, BRS 25 Nr. 36; NVwZ 1997, 899 (899); NVwZ 2011, 436 Rn. 11; NVwZ 2012, 1631 Rn. 11; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 2016, § 35 Rn. 2; Spieß, in: Jäde/Dirnberger/Weiß, 2016 § 35 Rn. 1.

³⁰⁶ Senftleben, ZUR 2008, 64 (71); Schmalholz, ZUR Sonderheft 2002, 158 (163); a. A. wohl der Gesetzentwurf 17/16760, S. 6.

³⁰⁷ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 2017, § 35 Rn. 118.

Flächenbezug nicht auf und können – etwa bei Ausschöpfen des jährlichen Flächenkontingents durch die Bauleitplanung – auch nicht generell auf den gesamten Außenbereich transferiert werden; Letztgenanntes würde bereits dem Privilegierungsgedanken des § 35 Abs. 1 BauGB widersprechen, der es erfordert, privilegierten Vorhaben im gemeindlichen Außenbereich hinreichende Verwirklichungsräume zu belassen.³⁰⁸ Demgemäß ist eine Steuerungswirkung einer landesrechtlich bzw. landesplanerisch angewiesenen Flächenverbrauchsbeschränkung im bauplanerischen Außenbereich aktuell ohne Auswirkungen. Es bedürfte hierzu einer flächenbezogenen Konkretisierung. Folglich ist im Anwendungsbereich des § 35 BauGB ein Eingriff in das Eigentumsrecht nach Art. 14 BauGB nicht gegeben.

Die Analyse des im Gesetzentwurf gewählten Steuerungsansatzes hat gezeigt, dass dieser eine Individualisierung hinsichtlich konkreter Eigentumspositionen (Grundeigentum) vermissen lässt. Ein Eingriff in Art. 14 GG scheidet demgemäß aus.

2. Art. 12 GG – Berufsfreiheit

Nunmehr soll untersucht werden, ob sich der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN negativ auf die Berufsfreiheit auswirkt. Die Gewährleistung der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG lässt sich in zwei Teilbereiche aufgliedern. Geschützt ist zum einen die Berufswahlfreiheit und zum anderen die Berufsausübungsfreiheit.³⁰⁹ Die hier möglicherweise relevante Berufsausübungsfreiheit schließt die gesamte berufliche Tätigkeit, also die Art der Berufsausübung, ihre Mittel und ihren Umfang ein.³¹⁰

Hinsichtlich eines Eingriffs in die Berufsfreiheit sind bei legislativem Handeln zwei Fälle zu unterscheiden. Es gibt unmittelbar berufsbezogene Regelungen und sonstige Beeinträchtigungen. Unter die berufsbezogenen Regelungen fallen Rechtsnormen, die verbindliche Vorgaben in Hinblick auf

³⁰⁸ Grundlegend BVerwGE 117, 287 = NVwZ 2003, 733 (735).

³⁰⁹ Kment/Fechter, JA 2016, 881 (881).

³¹⁰ Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 2016, Art. 12 Rn. 19; Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 2010, Art. 12 Rn. 67.

das „Ob“ und das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit enthalten und thematisch an einen, mehrere oder sämtliche Berufe anknüpfen.³¹¹ Überträgt man dieses Anforderungsprofil auf den vorliegend zu untersuchenden Gesetzentwurf, zeigt sich, dass sich die im Gesetzentwurf angestrebten Flächenverbrauchs-obergrenzen – in ihrer landesplanerischen Umsetzung – unmittelbar an Gemeinden richten und darauf abzielen, die kommunale Planungstätigkeit zu beeinflussen. Eine Vorschrift, die auf berufliche Tätigkeiten ausgerichtet ist und deshalb einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen könnte, ist im Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nicht enthalten.

Auswirkungen auf die Berufsausübung sind aber auch dann denkbar, wenn die legislativen Vorgaben inhaltlich nicht unmittelbar an den Berufsstand anknüpfen.³¹² Derartige sonstige Regelungen sind dann grundrechtsrelevant, wenn sie eine sogenannte „objektive berufsregelnde Tendenz“ aufweisen.³¹³ Eine objektiv berufsregelnde Tendenz ist gegeben, wenn Regelungen

„nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich ausgeübt werden“.³¹⁴

Bei der Bewertung der objektiv berufsregelnden Tendenz einer Rechtsnorm ist jedoch nicht ausschließlich auf die Zielsetzung des Gesetzgebers abzustellen, sondern letztlich auf die tatsächlichen Auswirkungen der Norm.³¹⁵ Die Rückführung des Eingriffsbegriffs auf Fälle der objektiv berufsregelnden Tendenz ist notwendig, um eine Konturenlosigkeit des Art. 12 Abs. 1 GG zu verhindern, also einem Ausufern des Schutzzumfangs entgegenzuwirken.³¹⁶

³¹¹ BVerfGE 13, 181 (185).

³¹² BVerfGE 13, 181 (185 f.)

³¹³ BVerfGE 95, 167 (302); BVerfGE 97, 228 (254).

³¹⁴ BVerfGE 97, 228 (254).

³¹⁵ BVerfGE 110, 226 (254).

³¹⁶ BVerfGE 97, 228 (253 f.).

Betrachtet man vor diesem Hintergrund Art. 1a und Art. 19 Abs. 2 Nr. 1 BayLplG-Entwurf und seine Folgewirkungen im Bauplanungsrecht, würden sich die vorgeschlagenen gesetzlichen Änderungen sicherlich auf Berufsgruppen auswirken können, die auf die Nutzung von Flächen angewiesen sind bzw. an Flächenausweisungen anschließen, wie etwa das Baugewerbe. Dennoch liegt keine objektiv berufsregelnde Tendenz vor: Eine Höchstgrenze für Freiflächenausweisungen dient primär dem Ressourcenschutz und will daher schutzwürdigen Boden erhalten.³¹⁷ Der angestrebte normative und planerisch gesteuerte Freiflächenschutz wirkt sich auch nicht typischerweise auf bestimmte Berufsgruppen aus, sondern betrifft unterschiedslos sämtliche Vorhaben, die auf einen Freiflächenverbrauch angewiesen sind.³¹⁸ Es fehlt somit an der objektiv berufsregelnden Tendenz des Gesetzentwurfs.

Mangels einer unmittelbar berufsbezogenen wie auch objektiv berufsregelnden Tendenz ist ein Eingriff in die Berufsfreiheit abzulehnen. Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verletzt folglich das Grundrecht aus Art. 12 GG nicht.

3. Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit

Die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG wird auch als

„allgemeines Freiheitsrecht“

bezeichnet³¹⁹ und schützt inhaltlich jedes menschliche Handeln vor staatlichen Eingriffen.³²⁰ Sie fungiert als grundrechtlicher Basistatbestand, der alle Tätigkeitsbereiche umfasst, die nicht durch spezielle Freiheitsrechte ausge-

³¹⁷ Siehe hierzu bereits die obige Ausführung unter C, III, 2, b.

³¹⁸ Senftleben, ZUR 2008, 64 (69); Schmalholz, Steuerung der Freiflächeninanspruchnahme, 2005, S. 214.

³¹⁹ BVerfGE 63, 45 (60); BVerfGE 109, 38 (60).

³²⁰ BVerfGE 113, 29 (35).

füllt werden.³²¹ Daher ist die Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG im Verhältnis zu anderen Grundrechten stets subsidiär anzuwenden.³²²

Eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit wird im Zusammenhang mit Flächenverbrauchsobergrenzen dann diskutiert, wenn eine staatliche bzw. planerische Zuweisung von Flächenausweisungsrechten mit einem Flächenhandelssystem gekoppelt ist und dieses Handelssystem zu einer Kostenverlagerung zulasten der Grundstückseigentümer führt.³²³ Gemeint sind Fälle, in denen Gemeinden Flächenausweisungsberechtigungen entweder gegen einen Kaufpreis (am Markt) erwerben, um die gewünschte Flächenausweisung planerisch umzusetzen, oder gegen einen Kostenbeitrag zugeteilt bekommen und diese finanzielle Belastung (in beiden Konstellationen) an die begünstigten Grundstückseigentümer weitergeben.³²⁴

Diese finanzielle Belastungssituation wird sich in Bayern jedoch auf Grundlage des Gesetzentwurfs der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN nicht einstellen. Dies hat zwei Gründe: Erstens soll die erstmalige Zuteilung von Flächenausweisungsberechtigungen nach Art. 1a S. 3 BayLplG-Entwurf erfolgen.³²⁵ Umlegbare finanzielle Bürden entstehen somit nicht. Zweitens wird die Einführung eines landesweiten Flächenhandelssystems ohne Steuerungskraft für die kommunale Bauleitplanung bleiben.³²⁶ Deshalb gibt es keinen sachlichen Grund für betroffene Gemeinden, sich an diesem Handelssystem zu beteiligen und planerisch bedeutungslose Zertifikate zu erwerben.

Die bisherigen Ausführungen lassen sich dahingehend zusammenführen, dass umwälzungsfähige Kosten auf Seiten der bayerischen Gemeinden nicht

³²¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2016, Art. 2 Rn. 2.

³²² BVerfGE 83, 182 (194); BVerfGE 116, 202 (221).

³²³ Senftleben, ZUR 2008, 64 (70).

³²⁴ Bizer, in: Bergmann/Einig/Hutter/Müller/Siedentop, Siedlungspolitik auf neuen Wegen: Steuerungsinstrumente für eine ressourcenschonende Flächennutzung, 1999, S. 286; Hansjürgens/Schröter, RuR 2004, 260 (265, 267); Risch, Neue Instrumente zur Begrenzung des Bodenverbrauchs, 2004, S. 193; Senftleben, ZUR 2008, 64 (69).

³²⁵ LT-Drs. 17/16760, S. 5.

³²⁶ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter C, III, 2, d, ff.

entstehen. Es fehlt damit an einem Ansatzpunkt, Privatpersonen mit Zahlungspflichten zu belegen, die einen Anknüpfungspunkt für eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG bilden könnten.³²⁷ Die grundgesetzlich verbürgte allgemeine Handlungsfreiheit ist folglich nicht negativ tangiert.

III. Landesrechtliche Vorgaben

Die Gewährleistung von Eigentumsrechten, Berufsfreiheit und allgemeiner Handlungsfreiheit sind auch der Verfassung des Freistaats Bayern nicht fremd. So wird in Art. 103 BV die Eigentumsgarantie verankert und die Berufsfreiheit als Unterfall der allgemeinen Handlungsfreiheit³²⁸ mit dieser zusammen in Art. 101 BV geschützt. Bei der Anwendung der benannten bayerischen Verfassungsgüter kann auf die Grundlagen des Grundgesetzes zurückgegriffen werden.³²⁹ Daher kommt eine Analyse des Bayerischen Verfassungsrechts zu keinem anderen Ergebnis.³³⁰ Der hier zu beurteilende Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verstößt somit nicht gegen Grundrechtsverbürgungen der Bayerischen Verfassung.

III. Zwischenergebnis

Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verstößt nicht gegen grundrechtliche Gewährleistungen. Gemeinden sind als öffentliche Gebietskörperschaften keine Träger von Grundrechten, so dass sie keine Verstöße gegen Grundrechte vorbringen können. Auf Seiten der Privatpersonen fehlt hinsichtlich der Eigentumsgewährleistung

³²⁷ BVerfGE 78, 232 (244 f.); BVerfGE 105, 17 (32 f.); BVerfGE 108, 186 (234); BVerfGE 114, 371 (384).

³²⁸ BayVerfGHE 47, 77 (86); BayVerfGHE 57, 175 (178); BayVerfGH, NVwZ 2014, 141 (144).

³²⁹ Siehe BayVerfGH, NVwZ 2014, 141 (144); BayVerfGH, *Entsch. v. 12.6.2017 – Vf. 4-VII-13, Vf. 14-VII-16* Rn. 56 ff. zur Berufsfreiheit und BayVerfGHE 62, 167; BayVerfGH, NVwZ-RR 2014, 945 Rn. 47 ff.; BayVerfGH, BayVBl 2016, 671 Rn. 30 ff zum Eigentumsgrundrecht.

³³⁰ Zur Prüfung von Grundrechten des deutschen Grundgesetzes siehe die obigen Ausführungen unter D, I u. II.

aus Art. 14 GG bzw. Art. 103 BV der erforderliche konkrete Bezug zwischen einer absoluten Freiflächenverbrauchsbegrenzung und dem individuellen Eigentum, so dass eine Eigentumsverletzung ausscheidet. Überdies zielt der Gesetzentwurf nicht auf berufliche Tätigkeiten ab und lässt im Übrigen auch eine objektiv berufsregelnde Tendenz vermissen. Eine Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG bzw. Art. 101 BV ist deshalb nicht zu attestieren. Schließlich fehlt es an sachlichen Anknüpfungspunkten, die eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 101 BV (in seiner breiten Ausrichtung als allgemeine Handlungsfreiheit) rechtfertigen könnten.

E. ERGEBNISSE DER UNTERSUCHUNG

1. Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN muss auf die Gesetzgebungskompetenz der Raumordnung im Sinne des Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 31 GG und des Rechts der Wirtschaft im Sinne des Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden.
2. Es ist grundsätzlich unschädlich, wenn eine Sachmaterie auf mehrere Kompetenztitel gestützt werden muss. Allerdings richten sich die konkreten Folgen der Kompetenzwahl (zB. hinsichtlich der Einhaltung des Erforderlichkeitskriteriums nach Art. 72 Abs. 2 GG oder der Frage möglicher Abweichungsmöglichkeiten nach Art. 72 Abs. 3 GG) ausschließlich nach der Leitkompetenz; dies ist vorliegend die Raumordnung nach Art. 72 Abs. 1 Nr. 31 GG.
3. Die bisherige gesetzgeberische Befassung des Bundes mit dem Thema des Flächenverbrauchs ist auf raumordnungsrechtlicher Ebene zurückhaltend. Die in § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 3 ROG zum 29.11.2017 in Kraft tretende Vorschrift verhindert eine landesrechtliche Aktivität im Sinne des Gesetzentwurfs nicht. Vielmehr regt sie zu (ergänzenden) quantitativen landesrechtlichen Regelungen zum Flächenverbrauch an. Der bayerische Landesgesetzgeber besitzt somit die verfassungsrechtliche Kompetenz, den Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN umzusetzen. Eines Rückgriffs auf die Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 GG bedarf es nicht.
4. Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN strebt eine Begrenzung der Freiflächeninanspruchnahme durch kommunale Bauleitplanung an. Hierzu soll

durch eine landesrechtliche Vorgabe (Art. 1a BayLplG) eine absolute Flächenverbrauchshöchstgrenze gesetzlich festgeschrieben werden, die ihrerseits durch die Festsetzungen des Bayerischen Landesentwicklungsprogramms zu konkretisieren ist. Die Einwirkung auf die Ebene der kommunalen Planung erfolgt mittels des § 1 Abs. 4 BauGB, der den landesplanerischen Impuls in das BauGB hineinträgt und eine Anpassungspflicht der kommunalen Bauleitplanung anordnet.

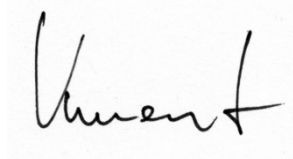
5. Durch den benannten Wirkungsmechanismus wird auf die kommunale Planungshoheit der Gemeinden eingewirkt. Die Gewährleistung der kommunalen Planungshoheit wird zwar der Gemeinde nicht vollständig entzogen, gleichwohl aber wird sie derart beeinträchtigt, dass von einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG auszugehen ist.
6. Der Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungshoheit kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen liefern hierzu zunächst im Verbund mit § 1 Abs. 4 BauGB die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen, um dem verfassungsrechtlich ausgesprochenen Gesetzesvorbehalt zu genügen.
7. Der Gesetzentwurf verfolgt einen verfassungsrechtlich legitimen Gesetzeszweck. Er dient neben dem Bodenschutz auch dem Schutz anderer Umweltmedien und wird zudem der Zielsetzung des Art. 20a GG und dem Nachhaltigkeitsprinzip gerecht.
8. Die Festlegung einer Höchstgrenze für den Verbrauch an Freiflächen eignet sich dazu, das angestrebte Gesetzgebungsziel zu erreichen, denn die verbindliche Einschränkung des Flächenverbrauchs schont die Bodenressourcen.
9. Die Festlegung einer absoluten Flächenverbrauchsobergrenze ist das mildeste Mittel, um mit gleicher Effektivität die Flächenreduzierung im gewünschten Umfang sicherzustellen. Alternative Maßnahmen des bestehenden Planungs- und Ordnungsrechts sowie ökonomische Instrumente und kooperative, informative oder partizipative Ansätze zeigten keine vergleichbare Sicherheit bei der Zielerreichung.
10. Die landesrechtliche Festlegung einer Flächenverbrauchsobergrenze führt zu deutlichen Einschnitten auf Seiten der kommunalen Planungshoheit, wenn sie - wie vorgesehen - den Flächenverbrauchsspielraum auf deutlich unter 40 % im Vergleich zum letzten Datenerhebungsjahr (2015) senkt. Diese Belastungen wird man damit rechtfertigen können, dass der fortgesetzte Verbrauch von Freiflä-

chen auf dem aktuellen Niveau kein zukunftsfähiges Boden-Ressourcen-Management darstellt und mit zu starken Eingriffen in den Natur- und Umwelthaushalt bezahlt werden muss. Gerade vor dem Hintergrund des staatlichen Schutzauftrags nach Art. 20a GG und mit Blick auf staatliche Selbstverpflichtungen zur Nachhaltigkeit darf der Landesgesetzgeber zugunsten zukünftiger Generationen dem Schutz von Boden und anderen Umweltmedien einen Vorrang vor der kommunalen Selbstverwaltung einräumen und den Gemeinden auch schmerzlichere Einbußen ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie grundsätzlich abverlangen.

11. Die Belastungen sind jedoch im Verhältnis zum verfolgten Zweck unausgewogen, wenn durch die Kurzfristigkeit der Flächenverknappung in bestehende Planungen eingegriffen und keine Vorsorge für Härtefälle getroffen wird. Allein der Verweis auf ein Zielabweichungsverfahren erweist sich – zumindest in den Fällen eines Eingriffs in laufende Planungsprozesse – als ungeeignet; hier ist eine planerische Lösung durch die Ausgestaltung des Landesentwicklungsprogramms vorzugswürdig.
12. Keine Entlastungsfunktion besitzt ein landesweit eingeführtes Handelssystem für Flächenausweisungsberechtigungen. Es fehlt an der Steuerungsfunktion im Verfahren der Bebauungsplanaufstellung, da das BauGB keine normativen Anknüpfungspunkte für Zertifikatsberechtigungen kennt und diese durch Landesrecht nicht geschaffen werden können.
13. Die Ergebnisse zur bundesrechtlichen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfs sind auf die Gewährleistungen der Verfassung des Freistaats Bayern übertragbar.
14. Der Gesetzentwurf der Bayerischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verstößt nicht gegen grundrechtliche Gewährleistungen. Gemeinden sind als öffentliche Gebietskörperschaften keine Träger von Grundrechten, so dass sie keine Verstöße gegen Grundrechte vorbringen können.
15. Auf Seiten der Privatpersonen fehlt hinsichtlich der Eigentumsgewährleistung aus Art. 14 GG bzw. Art. 103 BV der erforderliche konkrete Bezug zwischen einer absoluten Freiflächenverbrauchsbegrenzung und dem individuellen Eigentum, so dass eine Eigentumsverletzung ausscheidet.
16. Der Gesetzentwurf zielt nicht auf berufliche Tätigkeiten ab und lässt im Übrigen auch eine objektiv berufsregelnde Tendenz vermissen. Eine Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG bzw. Art. 101 BV ist deshalb nicht zu attestieren.

17. Es fehlt an sachlichen Anknüpfungspunkten, die eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 101 BV (in seiner breiten Ausrichtung als allgemeine Handlungsfreiheit) rechtfertigen könnten.

Augsburg, 30. September 2017

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kment', is centered on the page. The signature is written in a cursive style with a horizontal line at the end.

(Prof. Dr. Martin Kment)