

Ausschuss für Wohnen,
Stadtentwicklung, Bauwesen
und Kommunen



Deutscher Bundestag

Ausschuss-Drucksache: 20(24)124-C

Datum: 13.04.2023

Titel: Schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Gernot Schiller zur Öffentlichen Anhörung zum Änderungsantrag, mit dem weitere Verhandlungsgegenstände (Ahrtal, Katastrophenschutz) dem Gesetzentwurf zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren)20/5663) hinzugefügt werden sollen am Montag, 17. April 2023

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 17.04.2023 zum Entwurf eines
„Gesetzes zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren und zur Änderung weiterer Vorschriften“**

**im BT-Ausschuss für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und
Kommunen**

Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren und zur Änderung weiterer Vorschriften“ (BT-Drs. 20/5663) nehme ich in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit wie folgt Stellung, wobei sich die Stellungnahme schwerpunktmäßig auf die Regelungen, die Gegenstand des Änderungsantrags sind (Katastrophenschutz, Agri-PV-Anlagen, weitere Beschleunigung von erneuerbaren Energien im BauGB und Raumordnung), beschränken.

A.

Zusammenfassende Einschätzung

Die Änderungen des Gesetzentwurfs beziehen sich auf ganz unterschiedliche Sachmaterien und ergänzen zum einen bestehende Regelungen zur Solarenergie im EEG 2023 und in der Raumordnung, führen zum anderen aufgrund der vielfältigen Erfahrungen mit den Wiederaufbaumaßnahmen nach der Hochwasserkatastrophe im Ahrtal zu einer Fortentwicklung der bestehenden Sondervorschrift des § 246c BauGB. Die Änderungen stellen mit einigen Ausnahmen eine sinnvolle Fortentwicklung des Rechts dar, wobei einige handwerkliche Mängel noch beseitigt werden sollten. Mit den Änderungen wird zum Teil gesetzgeberisches „Neuland“ betreten, so dass in besonderer Weise auf die Bestimmtheit der Regelungen zu achten und auch die Unions- und Verfassungsmäßigkeit in den Blick zu nehmen ist.

B.

Anmerkungen zu den einzelnen Änderungen

Die folgenden Anmerkungen zu den einzelnen Änderungen im Gesetzentwurf orientieren sich der Einfachheit halber an der Reihenfolge des Gesetzentwurfs.

I. Art. 1 Nr. 8 (Neufassung des § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB) – Befreiung bei Erneuerbare-Energien-Anlagen

Die Neufassung des § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB wird man wohl im Ergebnis in die Kategorie „gesetzgeberische Kosmetik“ einzuordnen haben, sie erscheint angesichts ihres geringen inhaltlichen Aussagegehalts letztlich als überflüssig.

Der Sache nach soll die bestehende Befreiungsvorschrift des § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB durch den Zusatz „des Bedarfs an einem zügigen Ausbau der erneuerbaren Energien“ ergänzt werden. Damit soll verdeutlicht werden, dass der zügige Ausbau der erneuerbaren Energien einen Grund des Wohls der Allgemeinheit i.S.d. § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB darstellt (so S. 23 der Gesetzesbegründung). Die Änderung knüpft dabei an einen vom Gesetzgeber seit eigen Jahren eingeschlagenen Weg an, bestimmte Allgemeinwohlgründe in der Vorschrift ausdrücklich zu benennen. 2014 wurde bereits der Bedarf an Einrichtungen zur Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden und 2021 die Deckung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung in die Vorschrift aufgenommen. Ebenso wie die Änderung von 2014 ist die jetzt geplante Änderung nur klarstellend, da sich bereits aus der geltenden Rechtslage (s. die jüngst geänderten Regelungen in § 1 Abs. 1 und 2 sowie § 2 EEG 2023) ergibt, dass der zügige Ausbau der erneuerbaren Energien einen Allgemeinwohlgrund darstellt. Die Anforderungen an diesen Befreiungsgrund werden von der Rechtsprechung auch nicht so eng ausgelegt, dass hier ein tatsächlicher Regelungsbedarf besteht. Die ausdrückliche Hervorhebung unterstreicht lediglich den Bedarf an einem zügigen Ausbau der erneuerbaren Energien, so dass Befreiungen für ein Vorhaben, das diesem Ziel dient, dann auch erforderlich sind, d.h. nach der Auslegung der Rechtsprechung vernünftigerweise geboten.¹

In der Praxis wird sich die Änderung des § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB auf die Erteilung von Befreiungen durch die Baugenehmigungsbehörde voraussichtlich kaum auswirken. Erfahrungsgemäß ist nicht das Vorliegen eines Allgemeinwohlgrundes, sondern die zusätzliche Voraussetzung, dass durch die Befreiung die Grundzüge der Planung nicht berührt werden, in den meisten Befreiungsfällen problematisch. Hieran ändert auch die Gesetzesänderung nichts. Soweit in der Gesetzesbegründung (S. 23) ausgeführt wird, bei der Erteilung der Befreiung sei zu prüfen, ob eine Berührung der Grundzüge der Planung infolge einer nur befristeten Errichtung bzw. der einfachen Rückbaubarkeit der Erneuerbare-Energien-Anlage ausgeschlossen werden könne, hat sich dies nicht in dem Gesetzesentwurf niedergeschlagen. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Auslegung der

¹ S. dazu Schiller, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 18.658 und 18.661.

bisherigen Auslegung durch die Gerichte entspricht und damit von der Befreiungspraxis aufgegriffen werden wird. Der Rechtsprechung lässt sich die deutliche Tendenz entnehmen, bei Befreiungen von der Art der baulichen Nutzung i.d.R. aufgrund der typischerweise damit verfolgten Tiefe des Eingriffs in das Interessengeflecht der Planung auch die Grundzüge der Planung als berührt anzusehen, so dass für eine Befreiung nur ein enger Anwendungsbereich besteht. Bei einer nur befristet zulässigen Erneuerbare-Energien-Anlage wird man dies ggf. großzügiger sehen können.² Eine allgemeine Rückbauverpflichtung dürfte für sich genommen für die Frage, ob die Grundzüge der Planung berührt werden, kaum maßgeblich sein.

Es sollte daher geprüft werden, ob der Gesetzgeber nicht zugleich mit der geplanten Änderung ausdrücklich in § 31 Abs. 2 BauGB normiert, dass befristet zugelassene oder Vorhaben mit Rückbauverpflichtung i.d.R. die Grundzüge der Planung nicht berühren. In den Fällen des § 246 Abs. 12 BauGB hat der Gesetzgeber sogar weitergehend auf das einschränkende Erfordernis verzichtet.³

II. Art. 1 Nr. 10 (Einfügen des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BauGB) – Privilegierung von Agri-PV-Anlagen

1. Allgemeines zur Regelungstechnik

Die Erweiterung im Außenbereich privilegierter Nutzungen um die Errichtung von besonderen Solaranlagen, die in einem räumlich-funktionaler Zusammenhang mit einem privilegierten land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb oder einem privilegiertem Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BauGB stehen (sog. Agri-PV-Anlagen), ist uneingeschränkt zu begrüßen. Sie dient der Umsetzung der in § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EEG 2023 vorgesehenen Einspeisevergütung für solche besonderen Solaranlagen. Hier zunächst den Erlass eines Bebauungsplans abzuwarten, führt zu unnötigem zeitlichen Verzug.

Der Gesetzentwurf bedient sich der bewährten Regelungstechnik für Biomasseanlagen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB. Dagegen weicht die Regelungstechnik von der jüngst eingeführten Vorschrift des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB für besondere Solaranlagen

² Zu der auch hier restriktiven Tendenz in der Rechtsprechung die Nachweise bei Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Okt. 2022, § 31 Rn. 37a.

³ Dazu OVG Hamburg, B. v. 14.04.2016 – 2 Bs 29/16, BauR 2016, 1279; Blechschmidt, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Okt. 2022, § 246 Rn. 76.

entlang von Schienenwegen und Autobahnen ab. Dort werden die Voraussetzungen für die privilegierte Nutzung im Wesentlichen in § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB normiert, so dass § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EEG 2023 lediglich eine Verweisung auf die Privilegierungsvorschrift in § 35 BauGB enthält. Dies soll bei Agri-PV-Anlagen anders erfolgen. Hier hat der Gesetzgeber in § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 lit. a) bis c) EEG 2023 bereits Anforderungen für die Standortwahl solcher Agri-PV-Anlagen (kein Moorboden, keine Fläche innerhalb eines Naturschutzgebietes und Nationalparks sowie zusätzlich bei Grünland keine Fläche innerhalb eines Natura 2000-Gebiets und kein Lebensraumtyp nach FFH-RL) normiert. Der Vorschlag zu § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB knüpft an diese Standortvoraussetzungen an. Eine ergänzende Regelung in § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB-E wurde wohl für entbehrlich gehalten (s. S. 24 der Gesetzesbegründung).

2. Einbeziehung von Betrieben der gartenbaulichen Erzeugung

Der Gesetzentwurf wirft die Frage auf, ob es tatsächlich sachgerecht ist, eine privilegierte Nutzung auch dann zu bejahen, wenn ein räumlich-funktionaler Zusammenhang mit einem Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB vorliegt. Die Errichtung von Agri-PV-Anlagen setzt in der Regel größere Acker- und Grünlandflächen voraus, wie sie typischerweise Teil eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes sind. Die Betriebe der gartenbaulichen Erzeugung bestehen oftmals aus Gewächshäusern und weniger aus Freiflächen. Auch wenn die gartenbauliche Erzeugung Landwirtschaft im Sinne des Bauplanungsrechts ist (s. § 201 BauGB), erscheint die Ausdehnung des Privilegierungstatbestandes auf Betriebe der gartenbaulichen Erzeugung nicht unbedingt als sachgerecht, schon gar nicht als zwingend angesichts des Grundsatzes der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs.⁴ Für eine unterschiedliche Behandlung dürfte man hinreichende tragfähige Gründe finden.

3. Konkrete Standortwahl von Agri-PV-Anlagen

Weiter stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist, wenn Agri-PV-Anlagen auch in anderen, nicht in § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 lit. a) bis c) EEG 2023 genannten Schutzgebieten errichtet werden sollen (z.B. in einem Landschaftsschutzgebiet). Nach der bisherigen Rechtsprechung etwa zu land- und forstwirtschaftlichen Betrieben im Außenbereich bedeutet deren Privilegierung nicht, dass sie sich an allen Stellen des Außenbereichs gegen

⁴ Dazu nur Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 1, ferner Rosin BauR 2019, 951 ff.

entgegenstehende öffentliche Belange durchsetzen. Mit anderen Worten: Die Privilegierung spricht nicht bereits für sich genommen für eine bestimmte Standortwahl.⁵ So kann der besondere Schutzcharakter von Landschaftsschutzgebieten gem. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB auch privilegierten Nutzungen entgegengehalten werden. Da § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 lit. a) bis c) EEG 2023 bereits bestimmte Schutzgebiete für die Errichtung von Agri-PV-Anlagen ausschließt (NSG, Nationalpark, Natura 2000-Gebiete) und dies auch für den Privilegierungstatbestand gelten soll (s. S. 24 der Gesetzesbegründung), stellt sich die Frage, ob dies abschließend zu verstehen ist mit der Folge, dass solche Anlagen in Landschaftsschutzgebieten stets zulässig sind, oder ob weiterhin die bisherige Rechtsprechung zu den privilegierten Nutzungen im Außenbereich gilt. Der Gesetzesbegründung (S. 24) lassen sich keine näheren Anhaltspunkte zum Gewollten entnehmen. Methodisch liegt ein Umkehrschluss zumindest nahe. Sollte eine uneingeschränkte Zulässigkeit von Agri-PV-Anlagen in Landschaftsschutzgebieten gewollt sein, sollte zumindest ein Hinweis in der Gesetzesbegründung erfolgen, um der Genehmigungspraxis und Rechtsprechung Anhaltspunkte für eine Anwendung der Vorschrift zu geben.

4. Voraussetzungen für die Privilegierung von Agri-PV-Anlagen

Voraussetzung für die Privilegierung der Agri-PV-Anlagen ist ein räumlich-funktionaler Zusammenhang zum land- und forstwirtschaftlichen Betrieb oder Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 lit. a) BauGB-E). Auch wenn das gleiche Erfordernis auch für privilegierte Biomasseanlagen gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 lit. a) BauGB gilt, stellt sich die Frage, welchen Zweck ein solches Erfordernis bei Agri-PV-Anlagen haben soll. Der Gesetzesbegründung (S. 24) lässt sich hierzu nichts Näheres entnehmen. Schaut man sich die Auslegung des Erfordernisses bei Biomasseanlagen an,⁶ passt dies nicht richtig für Agri-PV-Anlagen. Warum solche zwingend eine räumliche Nähe zur Hofstelle aufweisen müssen, wenn der produzierte Strom (vorrangig oder zumindest auch) in das öffentliche Stromnetz eingespeist werden soll, erschließt sich nicht.

Die privilegierte Agri-PV-Anlage darf ferner nur eine maximale Grundfläche von 25.000 m² aufweisen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 lit. b) BauGB-E). Aus der Gesetzesbegründung (S. 24) ergibt sich keine Begründung für diesen Schwellenwert. Dies ist grundsätzlich unproblematisch, da jeder Schwellenwert letztlich eine politische Setzung beinhaltet. Verfassungsrechtlich im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3

⁵ S. dazu Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 4, 21 m.w.N.

⁶ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 51: Nähe des Vorhabens zur Hofstelle; Nutzung der in der Anlage anfallende Reststoffe als Dünger; Energieversorgung für den Betrieb.

Abs. 1 GG dürfte aber rechtfertigungsbedürftig sein, warum für Agri-PV-Anlagen ein solcher Schwellenwert bestimmt wird, für sonstige Solaranlagen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB ein solcher Schwellenwert hingegen nicht gilt und auch aus den Vorgaben des § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 und 6 EEG 2023 eine solche Begrenzung nicht ersichtlich ist. Wenn mit dem Schwellenwert sichergestellt werden soll, dass die Agri-PV-Anlage nur einen untergeordneten Teil des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs bilden soll, stellt sich die Frage, ob ein solcher absoluter Schwellenwert sinnvoll ist oder nicht vielmehr ein relativer Wert in Abhängigkeit von der jeweiligen Betriebsfläche des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs angemessener wäre. Dabei dürfte auch eine Rolle spielen, dass bei Agri-PV-Anlagen die Agrarflächen weiterhin genutzt werden können, somit die Versorgung der Bevölkerung mit Agrarprodukten nicht beeinträchtigt wird. Da zudem nur eine Agri-PV-Anlage pro Hofstelle oder Betriebsstandort zulässig ist, sollte nochmals geprüft werden, ob eine Begrenzung der Grundfläche bauplanungsrechtlich notwendig ist.

Die Begrenzung auf eine Anlage je Hofstelle/Betriebsstandort (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 lit. c) BauGB-E) entspricht § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. c) BauGB. Sie ist nicht zwingend, erscheint aber sinnvoll, um eine nicht gewollte Häufung von vornherein auszuschließen.

Entsprechendes gilt für die Erstreckung der Rückbaupflicht gem. § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB auf Agri-PV-Anlagen und für die Änderung des § 249a Abs. 2 BauGB (Herstellung oder Speicherung von Wasserstoff), die jeweils der Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB entsprechen.

III. Art. 1 Nr. 18 (Neufassung des § 246c BauGB)

Mit Art. 1 Nr. 18 des Gesetzentwurfs soll die mit dem Aufbauhilfegesetz in § 246c BauGB eingeführte, bislang befristete Abweichungsmöglichkeit für Gemeinden, die von Hochwasserkatastrophen betroffen sind, fortentwickelt werden. Dabei soll § 246c BauGB-E als „Dauervorschrift“ nicht nur auf alle Katastrophenfälle erweitert werden, sondern es sollen auch die Vorhaben für mögliche Abweichungen vom Bauplanungsrecht erweitert werden. Insgesamt stellt die vorgeschlagene Neufassung des § 246c BauGB-E eine deutlich abweichende Änderung und Fortentwicklung der bisherigen Rechtslage dar.

1. Allgemeines

Die Absicht des Gesetzentwurfs, die bisherige befristete Regelung des § 246c BauGB als Wiederaufbauklausel für alle Arten von Katastrophenfälle dauerhaft in das Baugesetzbuch aufzunehmen, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Gerade wenn die Prognose zutrifft, dass wir aufgrund des Klimawandels auch in Deutschland in Zukunft in verstärkten Maße solche Katastrophenfälle erleben werden, ist eine dauerhafte Regelung, die maßvolle Abweichungen von den Anforderungen des Bauplanungsrechts zulässt, sinnvoll und geboten. Die in der Literatur zu § 246c BauGB teilweise geäußerte Auffassung, die Vorschrift solle wegen ihres Übergangscharakters und der Sonderregelungseigenschaft möglichst bald wieder gestrichen werden,⁷ teile ich nicht. Der Bundesgesetzgeber sollte auf den Eintritt neuer Katastrophenfälle vorbereitet sein und nicht bei jedem Eintritt eiligst eine Abweichungsregelung schaffen. Es stellt sich allenfalls die Frage, ob der geplante Standort der Vorschrift im Kapitel „Schlussvorschriften“ tatsächlich sinnvoll ist oder ob nicht eine Einordnung in einem neuen vierten Teil des ersten Kapitels „Städtebaurecht“ systematisch angebrachter wäre.

Im Allgemeinen fällt bei der Lektüre der Entwurfsfassung auf, dass diese im Wesentlichen aus den Erfahrungen mit der Hochwasserkatastrophe im Ahrtal und sonstigen Hochwasserfällen in Bayern geprägt ist. Dies wird durch die Gesetzesbegründung (S. 24) bestätigt. Aufgrund der Erweiterung der Vorschrift auf alle Katastrophenfälle stellt sich die Frage, ob die mit der Hochwasserkatastrophe im Ahrtal gemachten Erfahrungen so auch auf andere Katastrophenfälle übertragbar sind. Da der Begriff des Katastrophenfalls weit verstanden wird und ganz unterschiedliche Situationen (Hochwasser, Sturm, Erdbeben, größere Explosionen etc.) erfasst, ist nicht ersichtlich, ob der Entwurfsfassung eine empirische Untersuchung über die typischen Folgen verschiedener Arten von Katastrophenfällen vorausgegangen ist, an deren Bewältigung dann die Entwurfsfassung ausgerichtet worden ist. Der Gesetzesvorschlag und die Gesetzesbegründung lassen eher das Gegenteil vermuten.

Sollte bei anderen Katastrophenfällen als Hochwasser deren Folgen für den Städtebau ganz andere sein (z.B. kann der unveränderte Wiederaufbau an gleicher Stelle erfolgen, weil es sich um ein singuläres seltenes Ereignis handelt, so dass eine Umsiedlung von Wohn- und Gewerbenutzungen in andere Bereiche des Gemeindegebiets nicht in vergleichbarer Weise wie bei Hochwasserkatastrophen sinnvoll und erforderlich ist), hindert dies zwar nicht, die für die Bewältigung von Hochwasserkatastrophen angemessenen

⁷ So etwa Kment, NVwZ 2022, 127 (129).

Wiederaufbaumaßnahmen zu normieren. Es sollte aber zumindest geprüft werden, ob die normierten Möglichkeiten nicht kontraproduktiv für die Bewältigung der Folgen anderer Katastrophen sind. Andernfalls muss der Gesetzgeber dann nachbessern.

2. **Festlegung von Wiederaufbaugebieten und Begriff des Katastrophenfalls (§ 246c Abs. 1 BauGB-E)**

Die Ausweisung von Wiederaufbaugebieten durch Rechtsverordnung der Bundesländer knüpft an die bewährte Regelungstechnik in § 201a BauGB für die „Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt“ an. Es erscheint sachgerecht, den Landesregierungen die Festlegung solcher Wiederaufbaugebiete zu übertragen, da sie Träger der zuständigen und handelnden Behörden sind und dort sowohl die Sachkunde als auch der lokale Bezug besteht. Zudem weisen sowohl die Legaldefinition in § 246c Abs. 1 Satz 2 BauGB-E als auch der Abweichungstatbestand des § 246c Abs. 2 Nr. 1 BauGB-E unbestimmte Rechtsbegriffe auf („erhebliche Schädigung oder unmittelbare Gefährdung der Bausubstanz“, „erforderlich“, „dringend benötigt“), die neben einer fachlichen Einschätzung auch einer politischen Bewertung bedürfen. Hierfür sind die Landesregierungen die richtigen Adressaten.

Problematisch ist, dass der Entwurf des § 246c Abs. 1 BauGB-E keine Definition des Katastrophenfalles beinhaltet. Die Legaldefinition des Wiederaufbaugebietes knüpft an einen solchen Katastrophenfall an, ohne dass dieser unbestimmte Rechtsbegriff näher definiert wird. Soweit in der Gesetzesbegründung (S. 25) davon gesprochen wird, der Begriff des Katastrophenfalls sei bewusst auf seine Auswirkungen auf die Bausubstanz definiert, kann dies nur bedingt nachvollzogen werden. § 246c Abs. 1 Satz 2 BauGB-E definiert den Katastrophenfall nicht, sondern verlangt nur bestimmte Auswirkungen auf die Bausubstanz. Sie setzt den Katastrophenfall voraus, ohne ihn zu definieren. Da – soweit ersichtlich – im Bundesrecht auch keine allgemeingültige Begriffsdefinition des Katastrophenfalles besteht, weil für den Katastrophenschutz die Bundesländer zuständig sind, erscheint es geboten, den Katastrophenfall näher zu bestimmen, um den Anwendungsbereich der Vorschrift hinreichend bestimmt zu gestalten und den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG an eine gesetzliche Verordnungsermächtigung gerecht zu werden. Dies ist auch deshalb erforderlich, weil die Katastrophenschutzgesetze der Länder keine einheitliche Definition des Katastrophenfalles enthalten. Das Problem stellte sich bei der Altfassung des § 246c BauGB nicht, da dort von vornherein nur Hochwasserkatastrophen betroffen waren. Mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs des neuen § 246c BauGB-E sollte der Katastrophenfall näher definiert werden, um einer uferlosen

Anwendung der Vorschrift vorzubeugen, zumal in der Gesetzesbegründung (S. 24 f.) ein eher weites Begriffsverständnis angelegt ist (nicht nur Natur- und Umweltkatastrophen). Hierfür spricht auch die Regelung des § 246c Abs. 7 BauGB-E, der der Baugenehmigungsbehörde nach Eintritt des Katastrophenfalls ohne Festlegung eines Wiederaufbaugebiets weitreichende Abweichungsbefugnisse einräumt. Dies setzt verfassungsrechtlich voraus, dass der Katastrophenfall hinreichend bestimmt definiert ist.

3. Sofortmaßnahmen für dringend benötigte bauliche Anlagen und Infrastruktureinrichtungen (§ 246c Abs. 2 Nr. 1 BauGB-E)

a) Praktikabilität eines Rückbaus baulicher Anlagen und Infrastruktureinrichtungen

Ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem bestehenden § 246c BauGB ist die nicht mehr bestehende Begrenzung auf „mobile“ bauliche Anlagen und Infrastruktureinrichtungen wie Zelte, Traglufthallen, Wohncontainer.⁸ Vielmehr wird die Vorschrift auf bauliche Anlagen und Infrastruktureinrichtungen erweitert, dies aber dadurch begrenzt, dass die Geltungsdauer der Genehmigung max. 5 Jahre beträgt und nach Ende der Geltungsdauer eine allgemeine Rückbaupflicht besteht. Diese Regelungstechnik soll nach der Gesetzesbegründung (S. 25) der alten Fassung des § 246c BauGB „angelehnt“ sein, dürfte aber doch eine deutliche Änderung darstellen, die die Frage aufwirft, ob es tatsächlich sinnvoll ist, befristete bauliche Anlagen, deren Errichtung ähnliche Arbeitskraft und Kosten verursacht wie eine unbefristete bauliche Anlage, nach 5 Jahren dem zwingenden Abriss zu unterwerfen. Es dürfte rechtlich schon einen Unterschied machen, ob etwa für Wohnnutzungen und Lebensmittelversorgung Zelte und Container mit geringen Kosten aufgestellt werden oder ob bauliche Anlagen zugelassen werden. Weder sieht der Gesetzesentwurf die Möglichkeit einer Verlängerung der Geltungsdauer der jeweiligen Genehmigung nach Auslaufen der Rechtsverordnung vor noch erscheint die Durchsetzbarkeit der Rückbaupflicht etwa für Wohnhäuser praktikabel. Die in § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB vorgesehene Rückbaupflicht ist für sich genommen sicherlich rechtlich problemlos, ist aber im Wesentlichen für andere Nutzungen im besonders schutzbedürftigen Außenbereich geschaffen worden und dürfte insbesondere für Wohnhäuser, die eine schutzwürdige Nutzung darstellen, in der Praxis nicht ohne Probleme vollziehbar sein. Weigert sich der Eigentümer des Wohnhauses, seiner Rückbaupflicht nachzukommen, müsste die Baugenehmigungsbehörde diese hoheitlich durch Beseitigungsverfügung durchsetzen. Auch

⁸ Dazu Schmidt-Eichstaedt, DVBl. 2022, 17 (17 f.); Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Okt. 2022, § 246c Rn. 15.

hier dürften die Probleme weniger im rechtlichen als im praktischen Bereich liegen. Dass voll funktionstüchtige Gebäude, zumal Wohnhäuser, mittels Beseitigungsverfügung beseitigt werden, dürfte in Deutschland eher der Ausnahme als dem Regelfall entsprechen. Trotz der Befristung der Genehmigung dürfte der Eigentümer oder Nutzer der baulichen Anlage regelmäßig darauf vertrauen, dass er auch nach Ablauf der Geltungsdauer der Genehmigung die bauliche Anlage weiter nutzen können. Akzeptanzprobleme der Betroffenen, aber ggf. auch städtebauliche Missstände bei lückenhaften Rückbau dürften hier vorprogrammiert sein.

b) Umfang zulässiger Abweichungen

Als Rechtsfolge sieht § 246c Abs. 2 Nr. 1 BauGB-E die Abweichung von den §§ 29 bis 35 BauGB vor. Entsprechendes regelt § 246c Abs. 2 Nr. 2 BauGB-E. In § 246c Abs. 1 Satz 2 BauGB-E heißt es demgegenüber, „Abweichungen von den Vorschriften dieses Gesetzbuchs oder von den auf Grund dieses Gesetzbuchs erlassenen Vorschriften“ (so auch der bisherige § 246c Abs. 1 BauGB). Der Kreis möglicher Abweichungen ist damit enger gefasst, ohne dass dies in der Gesetzesbegründung (S. 25) erkannt oder begründet worden wäre. Ob die engere Fassung sinnvoll ist oder aber insbesondere bei Sofortmaßnahmen nach Eintritt des Katastrophenfalls ein zu starres gesetzliches „Korsett“ darstellt, sollte nochmals geprüft werden. Zu Recht wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass die besonders dringenden Sofortmaßnahmen möglichst zeitnah ermöglicht werden müssen, weil insoweit ein Bedürfnis in der Bevölkerung besteht. Welche Sofortmaßnahmen geboten sind, wird sich im Wesentlichen am Ausmaß der Zerstörungen und den Umständen der örtlichen Situation ergeben. Hierfür eine detaillierte Rechtsgrundlage zu schaffen, die alle möglichen Situationen und Bedürfnisse abdeckt, dürfte schwierig sein. In der Gesetzesbegründung (S. 25) wird auf die Vorschrift des § 1 Abs. 3 UVPG verwiesen, die auf Details verzichtet und in relativ schlanker Form bestimmt:

„(3) Bei Vorhaben oder Teilen von Vorhaben, die ausschließlich der Bewältigung von Katastrophenfällen dienen, kann die zuständige Behörde im Einzelfall entscheiden, dieses Gesetz ganz oder teilweise nicht anzuwenden, soweit sich die Anwendung nach Einschätzung der zuständigen Behörde negativ auf die Erfüllung dieses Zwecks auswirken würde.“

Der Gesetzgeber sollte erwägen, ob nicht eine solche „Generalklausel“ der bessere Weg ist, die Durchführung von Sofortmaßnahmen zu ermöglichen. Dies hätte den Vorteil, dass die zuständige Baugenehmigungsbehörde selber im Einzelfall bestimmen kann, in welchem Umfang sie vom materiellen Bauplanungsrecht abweicht, um die Sofortmaßnahme zu genehmigen. Damit wäre die notwendige und wünschenswerte Flexibilität für das

behördliche Handeln erreicht, zumal § 246c BauGB-E eine dauerhafte Rechtsgrundlage für den Wiederaufbau nach Katastrophenfällen enthalten soll.

4. Instandsetzung und Wiederaufbau von Gebäuden (§ 246c Abs. 2 Nr. 2 BauGB-E)

§ 246c Abs. 1 Nr. 2 BauGB-E erfasst die Instandsetzung und den Wiederaufbau zerstörter bzw. beschädigter Gebäude. § 246c BauGB in der bisherigen Fassung enthielt eine solche Vorschrift nicht. Die zerstörten bzw. beschädigten Gebäude können sowohl an gleicher Stelle in angepasster Weise oder aber geringfügig an einem anderen Standort in gleicher oder in angepasster Weise errichtet werden.

a) Standortgleicher Wiederaufbau

Hier stellt sich zunächst die Frage, was „in angepasster Weise“ bedeutet. Der Passus ist in hohem Maße unbestimmt. Es bleibt letztlich der Baugenehmigungsbehörde überlassen zu beurteilen, ob das neue Gebäude als entsprechend angepasst gilt. Erleichtert wird dies durch das erforderliche Einvernehmen mit der jeweiligen Katastrophenvorsorgebehörde. Daher wird man den Passus so auszulegen haben, dass „in angepasster Weise“ im Hinblick auf die Vermeidung und Verhinderung künftiger Katastrophenfälle gemeint ist. Die Gesetzesbegründung (S. 26) nennt als Beispiele die Aufständigung von Gebäuden oder die Herstellung eines Betonkerns. Die Regelung scheint sehr auf den Hochwasserschutz angelegt zu sein, wo in der Tat eine angepasste Bauweise künftige Katastrophen verhindern kann. Handelt es sich um eine andere Katastrophe (z.B. Explosion eines Industriebetriebes in der Nähe von Wohnbebauung), stellt sich die Frage, ob dies bei singulären Ereignissen tatsächlich sinnvoll oder die Vorgabe zu eng ist, weil stets eine Anpassung erfolgen muss (s. bereits unter 1.).

b) Versetzter Wiederaufbau

Bei dem „versetzten“ Wiederaufbau eines zerstörten bzw. beschädigten Gebäudes stellt sich hier die Frage, was mit „geringfügig“ gemeint ist. Auch dieser Begriff ist in höchstem Maße unbestimmt und wird zu Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung führen. In der Gesetzesbegründung (S. 26) wird eine „Verlagerung um wenige Meter“ genannt. Damit dürfte der Anwendungsbereich dieser Variante aber eng begrenzt sein, was die Frage der Praktikabilität aufwirft.

Weiter muss der versetzte Wiederaufbau mit öffentlichen Belangen vereinbar sein. Hier bleibt unklar, ob damit auch städtebauliche Vorstellungen der Gemeinde gemeint sind (s. wohl S. 26 der Gesetzesbegründung auch mit einem unklaren Hinweis auf das

gemeindliche Einvernehmen). Dies sei an dem Beispiel des Verrückens eines Wohnhauses auf dem gleichen Grundstück weiter nach hinten weg vom hochwasserbedrohten Fluss, aber unter Verletzung einer weiter bestehenden hinteren faktischen Baugrenze verdeutlicht. Soll das Verrücken des Wohnhauses hier zulässig sein, weil es mit öffentlichen Belangen insbesondere des Hochwasserschutzes vereinbar ist, oder soll die in der Verletzung der faktischen Baugrenze liegende Verstoß gegen städtebauliche Vorstellungen der Gemeinde relevant sein? Setzt die Vereinbarkeit bei gegenläufigen öffentlichen Belangen eine Abwägung voraus? Ggf. bietet es sich an, die Formulierung abzuschwächen und die Vereinbarkeit mit „überwiegenden öffentlichen Belangen“ zu fordern.

c) Einvernehmen mit der für die Katastrophenvorsorge zuständigen Behörde

Bei dem vorgesehenen Einvernehmen der jeweiligen für die Katastrophenvorsorge zuständigen Behörde bleibt unklar, welche Behörde genau gemeint ist. Die Katastrophenschutzbehörden sind in den meisten Bundesländern für den abwehrenden Katastrophenschutz und nicht für die Katastrophenvorsorge zuständig. Teilweise kennen die Ländergesetze aber auch den vorbeugenden Katastrophenschutz. Hier gemeint sein dürfte die jeweilige Fachbehörde des Landes, die z.B. für den Hochwasserschutz zuständig ist und damit Vorgaben an bauliche Anlagen für die Vermeidung und Verhinderung von Katastrophenfällen aufstellt. Dies sollte ggf. klarer formuliert werden.

d) Umfang zulässiger Abweichungen

Zum Umfang der Abweichungen gelten die Ausführungen unter 3., b) entsprechend.

5. Modifikation der Eingriffsregelung (§ 246c Abs. 2 Nr. 3 BauGB-E)

§ 246c Abs. 2 Nr. 3 BauGB-E fingiert die Eingriffsregelung nach § 1a Abs. 3 BauGB als erfüllt, wenn Flächen im Umfang der durch den Bebauungsplan neu ausgewiesenen Grundfläche entsiegelt werden. Grundsätzlich bestehen keine Bedenken gegen eine solche gesetzliche Fiktion, da die Eingriffsregelung weder verfassungs- noch unionsrechtlich vorgegeben ist. Die Suche nach geeigneten Ausgleichsmaßnahmen kann die Bauleitplanung im Einzelfall erheblich verzögern. § 13a Abs. 2 Nr. 4 BauGB sieht für kleinere Bebauungspläne ebenfalls eine Fiktion vor, die im Ergebnis sogar weitergehend zu einem Verzicht auf einen Ausgleich führt.

Fraglich erscheint allerdings die Praktikabilität der Regelung. Ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 26) sollen in erster Linie versiegelte Flächen in den besonders katastrophengefährdeten Bereichen entsiegelt werden. Die zu entsiegelnden Flächen müssen im

festgelegten Wiederaufbaugbiet liegen, während die neu auszuweisenden Baugebiete auch in der Nachbargemeinde und außerhalb des Wiederaufbaugbietes liegen können. Erforderlich für den Verzicht ist es zugleich, dass die Entsiegelung in geeigneter Weise sichergestellt wird. Dazu, welche Anforderungen an die Sicherstellung zu stellen sind, schweigt das Gesetz. Dies wirft die Frage auf, ob die Sicherstellung analog § 1a Abs. 3 Satz 3 BauGB wie bei den Ausgleichsmaßnahmen zu erfolgen hat, d.h. eine vertragliche Bindung oder aber eine einseitige bindende Erklärung der Gemeinde ausreichend ist. Eine einseitige Erklärung der Gemeinde dürfte nur in Ausnahmefällen ausreichend sein, da die Gemeinde in der Regel nicht Eigentümerin der Grundstücke, auf denen die zerstörten bzw. beschädigten Gebäude liegen, sein wird. Zudem scheidet eine einseitige Erklärung der Gemeinde aus, wenn es sich bei der planenden Gemeinde um die Nachbargemeinde handelt. Bei Privatgrundstücken wird sich der Eigentümer erfahrungsgemäß vertraglich kaum zur Vollentsiegelung seines Grundstücks verpflichten, solange er nicht die Aussicht hat, in dem neu auszuweisenden Baugebiet ein Baugrundstück zu erwerben. Diese tatsächlichen Vollzugsprobleme drohen, die Vorschrift leer laufen zu lassen.

6. Anwendung des beschleunigten Verfahrens zur Aufstellung des Bebauungsplans (§ 246c Abs. 2 Nr. 4 BauGB-E)

a) Überplanung von Außenbereichsflächen ohne Umweltprüfung

§ 246c Abs. 2 Nr. 4 BauGB-E sieht die Anwendung des beschleunigten Verfahrens bei der Neuausweisung von Baugebieten durch Bebauungspläne mit einer Grundfläche von max. 70.000 m² vor. Ebenso wie bei § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB ist eine Vorprüfung für die Aufstellung des Bebauungsplans erforderlich. Die Neuerung der Regelung besteht im Wesentlichen darin, dass kein Bebauungsplan der Innenentwicklung (Wiedernutzbarmachen von Flächen, Nachverdichtung und sonstige Maßnahmen der Innenentwicklung, s. § 13a Abs. 1 BauGB) vorliegen muss. Damit sind uneingeschränkt Bebauungspläne, die Flächen des Außenbereichs erstmals überplanen, erfasst.

Die Regelung dürfte aufgrund des Verzichts auf die Umweltprüfung unionsrechtliche Bedenken auslösen, die bereits bei der Einführung des § 13b BauGB und die dort vorgesehene Anwendung des beschleunigten Verfahrens ohne Umweltprüfung auf bestimmte Außenbereichsflächen gesehen worden sind.⁹ Dort hält die bisherige Rechtsprechung – wohl zu Recht – § 13b BauGB noch als mit den Voraussetzungen der SUP-Richtlinie und

⁹ Dazu Schiller, in Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 12.45; Schink, UPR 2019, 201 (207 f.).

der dazu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹⁰ für vereinbar.¹¹ Dies rechtfertigt sich im Wesentlichen daraus, dass § 13b BauGB nicht uneingeschränkt Außenbereichsflächen erfasst, sondern nur sog. arrondierte Flächen, die an den Innenbereich angrenzen. Dies ist bei § 246c Abs. 2 Nr. 4 BauGB-E nicht der Fall. Da bei der Überplanung von Außenbereichsflächen aufgrund ihrer wertvolleren Naturausstattung und ihrer nur eingeschränkten Nutzung zu Siedlungszwecken typischerweise den Umweltbelangen ein größeres Gewicht zukommt als bei einer Fläche im (unbeplanten) Innenbereich, erscheint fraglich, ob der Gesetzgeber sich hier noch im Einklang mit der Ausnahme in Art. 3 Abs. 3 und 5 der SUP-RL hält.

b) Saldierung in der Vorprüfung

§ 246c Abs. 2 Nr. 4 BauGB-E sieht weiter eine Saldierung der durch die Neuausweisung des Baugebiets einhergehenden erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen mit den positiven Umweltauswirkungen durch die Entsiegelung in der Vorprüfung vor. Da die Entsiegelung nicht im Plangebiet erfolgt, da es um die Verlagerung von Siedlungsbereichen durch Neuausweisung von Baugebieten geht, werden demnach Umweltauswirkungen außerhalb des Plangebiets „gegengerechnet“. Ob eine solche Saldierung zulässig ist, erscheint jedenfalls nicht abschließend geklärt zu sein. Für die Zulässigkeit könnte sprechen, dass die Durchführung der Entsiegelungen in geeigneter Weise sichergestellt sein muss. Dagegen könnte sprechen, dass die Umweltauswirkungen einer Planung unabhängig von der gesetzlichen Fiktion eines Ausgleichs nach der Eingriffsregelung zu ermitteln sind, um eine vollständige Abwägung der Umweltbelange zu ermöglichen.

c) Kein Verzicht auf die zusammenfassende Erklärung

Abweichend von § 13a Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 13 Abs. 3 Satz 1 BauGB muss gem. § 246c Abs. 2 Nr. 4 BauGB-E die Gemeinde eine zusammenfassende Erklärung nach § 10a BauGB beifügen. Warum der Gesetzgeber dies hier abweichend regelt, obwohl in beiden Fällen keine Umweltprüfung erforderlich ist, erschließt sich nicht. Die Schlechterstellung gegenüber dem beschleunigten Verfahren nach § 13a und § 13b BauGB bedeutet einen Mehraufwand für die planende Gemeinde, der rechtlich nicht geboten erscheint und angesichts der Wiederaufbausituation kaum angemessen ist. Soweit dies in der Gesetzesbegründung (S. 27) damit begründet wird, damit werde der Verfahrenstransparenz und der Verständlichkeit gedient, überzeugt dies kaum.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-444/15, DVBl. 2017, 836.

¹¹ VGH Mannheim, Urt. v. 14.04.2020 – 3 S 6/20, VBIBW 2020, 501; VGH München, Urt. v. 09.05.2018 – 2 NE 17.2528, NuR 2019, 421.

7. Möglichkeit der Ersatzgeldzahlung (§ 246c Abs. 2 Nr. 5 BauGB-E)

§ 246c Abs. 2 Nr. 5 BauGB-E sieht die Möglichkeit einer Ersatzgeldzahlung analog § 15 Abs. 6 BNatSchG vor. Sie stellt eine Neuerung in der Bauleitplanung dar, in § 1a Abs. 3 BauGB ist eine Ersatzgeldzahlung bislang nicht vorgesehen. Die von der Baulandkommission vorgeschlagene und im Entwurf zum Baulandmobilisierungsgesetz¹² noch vorgesehene neue Regelung des § 1a Abs. 3 Satz 6 BauGB-E hat sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht durchsetzen können.

a) Anwendungsbereich der Ersatzgeldzahlung

Nach dem Wortlaut soll die Möglichkeit einer Ersatzgeldzahlung nur für Bebauungspläne im regulären Aufstellungsverfahren gelten, also nicht wenn die Gemeinde bei der Verlagerung von Siedlungsbereichen die Eingriffsregelung aufgrund der Entsiegelungen erfüllt oder die Möglichkeit des beschleunigten Verfahrens wählt (§ 246c Abs. 2 Nr. 3 und 4 BauGB-E). Da beim beschleunigten Verfahren bei Bebauungsplänen mit einer Grundfläche von mehr als 20.000 m² die Eingriffsregelung weiterhin anwendbar bleibt und die Fiktion des § 13a Abs. 2 Nr. 4 BauGB nicht gilt,¹³ kann sich das Problem, dass auch bei Bebauungsplänen im beschleunigten Verfahren der Ausgleich nicht rechtzeitig möglich ist, ebenso stellen wie im regulären Aufstellungsverfahren. Es stellt sich daher die Frage, warum der Gesetzgeber die Ersatzgeldzahlung nicht auch im Rahmen des beschleunigten Verfahrens nach § 246c Abs. 2 Nr. 4 BauGB-E ermöglicht.

Die Ersatzzahlung soll zudem nur dann möglich sein, wenn ein Ausgleich durch die Festsetzung von Ausgleichsmaßnahmen nicht rechtzeitig möglich ist. Wann dies der Fall ist, bleibt im Gesetzentwurf unklar. Insbesondere stellt sich die Frage, ob hier die Suche nach Ausgleichsflächen durch die Gemeinde privilegiert werden soll oder aber an die Wirkungen des Ausgleichs angeknüpft wird, die nicht rechtzeitig eintreten. Dies sollte genauer formuliert werden, damit im Vollzug keine Auslegungsprobleme bestehen.

b) Vollzug der Ersatzgeldzahlung

Weiter ist unklar, wie die Ersatzgeldzahlung praktisch vollzogen werden soll. In der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung zum Baulandmobilisierungsgesetz¹⁴ hieß es dazu noch, das Ersatzgeld habe mit der vorgeschlagenen Regelung in § 1a Abs. 3 Satz 6 BauGB seinen eigenständigen Anwendungsbereich auf der Ebene der Planung und werde

¹² BT-Drs. 19/24838, S. 6.

¹³ Schiller, in Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 12.55.

¹⁴ BT-Drs. 19/24838, S. 24.

abweichend von § 15 Abs. 7 BNatSchG (gemeint ist wohl § 15 Abs. 6 BNatSchG) ausgestaltet. Im hiesigen Gesetzentwurf wird hingegen eine Analogie zu § 15 Abs. 6 BNatSchG befürwortet, was angesichts des § 18 Abs. 1 BNatSchG schon methodisch zweifelhaft und widersprüchlich ist.

§ 15 Abs. 6 BNatSchG bestimmt für den Vollzug, dass er grundsätzlich durch einen Zulassungsbescheid erfolgt, den es im Rahmen der Bauleitplanung aber in dieser Form nicht gibt. Daneben sieht die Vorschrift den Fall vor, dass der Eingriff durch eine Behörde durchgeführt wird. Dann wird das Ersatzgeld vor der Durchführung des Eingriffs festgesetzt. Zuständig ist die Eingriffsbehörde, die im Benehmen mit der zuständigen Naturschutzbehörde entscheidet (s. § 17 Abs. 1 BNatSchG). Diese Regelungen, die für die Durchführung von Eingriffsvorhaben gelten, passen nicht recht auf die Bauleitplanung. Wollte man sie gleichwohl anwenden, spricht einiges dafür, dass die planende Gemeinde hier Behörde i.S.d. § 15 Abs. 6 BNatSchG ist, so dass die Ersatzzahlung von ihr selbst festgesetzt würde. Abweichend von § 15 Abs. 6 Satz 4 BNatSchG dürfte eine Festsetzung vor der Durchführung des Eingriffs nicht genügen. Vielmehr muss sichergestellt sein, dass im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses entweder eine bindende Festsetzung dokumentiert oder – besser noch – die Gemeinde die Ersatzzahlung bereits vorgenommen hat.

c) **Überwälzung der Ersatzgeldzahlung auf Eigentümer**

Ferner erscheint es sinnvoll, eine Möglichkeit der Gemeinde zu schaffen, die von ihr geleistete Ersatzgeldzahlung an die Grundstückseigentümer, die durch den Bebauungsplan profitieren, abzuwälzen. § 135a BauGB bezieht sich auf die Kosten festgesetzter Ausgleichsmaßnahmen und dürfte daher schon dem Wortlaut nach nicht anwendbar sein. Der Gesetzentwurf sieht hierzu keine Regelung vor, wohingegen im Entwurf zum Baulandmobilisierungsgesetz noch die Einführung eines neuen § 135d BauGB-E vorgesehen war. Es dürfte sachgerecht sein, die Lücke durch eine entsprechende Regelung zu schließen.

8. **Neuerteilung der Genehmigung (§ 246c Abs. 4 Satz 2 BauGB-E)**

§ 246c Abs. 4 Sätze 1 und 2 BauGB-E sieht eine Befristung der Genehmigung von Sofortmaßnahmen von max. fünf Jahren vor mit einer Neuerteilungsmöglichkeit wiederum von max. 5 Jahren. Demnach läuft die Genehmigung spätestens fünf Jahre nach Außerkrafttreten der Rechtsverordnung aus. Die Möglichkeit einer Neuerteilung erscheint sinnvoll, nicht aber die derzeitige Ausgestaltung. Maßgeblich für die Rechtmäßigkeit der Neuerteilung ist der Erlass der neuen Genehmigung „innerhalb der Geltungsdauer der Rechtsverordnung“, nicht aber die Stellung des Genehmigungsantrags. Kurz vor

Auslaufen der Rechtsverordnung wird die Baugenehmigungsbehörde mit einer Vielzahl an Genehmigungsanträgen überhäuft werden, so dass das Genehmigungsrisiko beim Antragsteller liegt, obwohl er die Dauer des Genehmigungsverfahrens nicht beeinflussen kann. Es sollte daher der Eingang des Genehmigungsantrags bei der zuständigen Behörde innerhalb der Geltungsdauer der Rechtsverordnung genügen.

9. Modifikation des gemeindlichen Einvernehmens (§ 246c Abs. 2 Nr. 5 BauGB-E)

Die modifizierte Regelung zum gemeindlichen Einvernehmen in § 246c Abs. 5 BauGB-E entspricht dem bisherigen § 246c Abs. 5 BauGB (auf S. 28 der Gesetzesbegründung fälschlich als § 246c Abs. 6 BauGB bezeichnet). Danach darf die Gemeinde das Einvernehmen über die Versagungsgründe des § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB hinaus nur versagen, wenn die städtebauliche Entwicklung des Gemeindegebiets beeinträchtigt würde. In der Literatur wird davon ausgegangen, dass der Versagungsgrund aufgrund seiner hohen Anforderungen eigentlich nie vorliegen wird.¹⁵

Die Verengung der Versagungsmöglichkeit des gemeindlichen Einvernehmens wird in der Literatur zur bisherigen Fassung des § 246c Abs. 5 BauGB für sachgerecht erachtet, da die Tatbestandsvoraussetzungen für die Abweichungen eng gefasst sind. Damit wird trotz der Einschränkung der Versagungsmöglichkeiten des gemeindlichen Einvernehmens ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden gem. Art. 28 Abs. 2 GG vermieden. Zur neuen Fassung des § 246c BauGB-E dürfte die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs neu zu prüfen sein, da sowohl eine Erweiterung des Anwendungsbereichs (alle Katastrophenfälle) als auch der Abweichungsfälle (auch dauerhafter Wiederaufbau) erfasst sind. Dadurch, dass die Rechtsverordnung, die das Wiederaufbaugesamt formuliert und damit den Anwendungsbereich des § 246c BauGB-E erst eröffnet, auf ein Jahr mit einer Verlängerungsmöglichkeit von einem weiteren Jahr beschränkt ist (§ 246c Abs. 6 BauGB-E), es sich um die besondere Situation der Bewältigung eines Katastrophenfalles handelt und zudem die Gemeinde in der Regel ein Eigeninteresse an einem zügigen Wiederaufbau hat, dürfte auch zur Neufassung des § 246c Abs. 5 BauGB-E die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gewahrt sein.

¹⁵ Stock in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Okt. 2022, § 246c Rn. 39; Spannowsky, in: BeckOK BauGB, Stand: Dez. 2022, § 246c Rn. 28; a.A. Kment, NVwZ 2022, 127 (129).

10. Geltungsdauer der Rechtsverordnung

§ 246c Abs. 6 Satz 2 BauGB-E regelt die Geltungsdauer der Rechtsverordnung mit „höchstens ein Jahr nach dem Kabinettsbeschluss“. Hier stellt sich die Frage, warum auf einen solchen internen Zeitpunkt abgestellt wird und nicht – wie üblich – auf die rechts-satzmäßige Verkündung durch Bekanntmachung der Rechtsverordnung. Letzterer ist ein bewährter Zeitpunkt, der allgemeingültig festgestellt werden kann.

11. Notselbsthilfebefugnis der Baugenehmigungsbehörde (§ 246c Abs. 7 BauGB-E)

§ 246c Abs. 7 BauGB enthält eine Art „Notselbsthilfebefugnis“ der zuständigen Baugenehmigungsbehörde, solange eine Rechtsverordnung durch die Landesregierung noch nicht vorliegt und maximal für die Dauer von sechs Monaten. Die Vorschrift wird aufgrund des Systemwechsels des § 246c BauGB-E hin zu einer Verordnungsermächtigung für die Landesregierung notwendig. Der Sache nach entspricht die „Notselbsthilfebefugnis“ den bisherigen Befugnissen nach § 246c Abs. 1 BauGB.

Die Vorschrift deckt sicherlich ein praktisches Bedürfnis ab, wenn aufgrund des zeitlichen Vorlaufs für die Rechtsverordnung ein sofortiges Handeln der Baugenehmigungsbehörde geboten ist. Rechtspolitisch wirft sie gleichwohl gewisse Bedenken auf. Die Baugenehmigungsbehörde kann letztlich eigenverantwortlich über den Eintritt des Katastrophenfalles entscheiden, ohne dass eine Entscheidung der Landesregierung vorliegt, die hierfür unmittelbar demokratisch legitimiert ist. Bei der Feststellung des Eintritts eines Katastrophenfalles handelt es sich wohl nicht um eine reine Rechtsanwendung oder Subsumtion unter gesetzliche Vorschriften, sondern auch um eine politische Setzung. Dies zeigt schon die Legaldefinition des Wiederaufbaugesbietes nach § 246c Abs. 1 Satz 2 BauGB-E, die an das Merkmal der Erforderlichkeit anknüpft. Die Vorschrift des § 246c Abs. 7 BauGB-E überträgt letztlich Befugnisse der politischen Leitung des Bundeslandes auf eine reine Verwaltungsbehörde, was problematisch erscheint. Hinzu kommt, dass bislang der Begriff des Katastrophenfalles im Gesetz nicht näher definiert ist, so dass auch insoweit ein Einschätzungsspielraum der Baugenehmigungsbehörde bestehen dürfte (s. schon unter 2.). Nähere Vorgaben für die Ausübung enthält das Gesetz nicht. Die Befugnisse der Baugenehmigungsbehörde werden verfahrensrechtlich zwar durch das Erfordernis einer Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde eingehegt. Die Zustimmung kann aber den (politischen) Kabinettsbeschluss der Landesregierung nicht ersetzen, zumal nicht die oberste Verwaltungsbehörde zustimmen muss. Andererseits beschränken sich die „Notselbsthilfebefugnisse“ auf Abweichungen nach § 246c Abs. 2 Nr.

1 BauGB-E und damit auf die befristeten Sofortmaßnahmen. Das Ermessen der Landesregierung beim Verordnungserlass geht damit deutlich weiter.

Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob für einen solch langen Zeitraum von sechs Monaten ein Regelungsbedürfnis anzuerkennen ist. Entweder hat das Bundesland ein ur-eigenstes Interesse an einem zügigen Wiederaufbau nach einem Katastrophenfall, so dass die Möglichkeit von Dringlichkeitssitzungen des Landeskabinetts den zeitnahen Erlass einer Rechtsverordnung problemlos ermöglichen dürfte. Der typische Ablauf der Bewältigung von Katastrophenfolgen dürfte auch darin liegen, dass infolge der Notsituation und dem öffentlichen Druck der Bevölkerung die politische Landesspitze zügig handelt wird. Fehlt es an einem solchen Handeln, stellt sich die Frage, ob eine Verwaltungsbehörde dies durch eigenes Handeln ersetzen soll und sich letztlich an die Stelle der Landesregierung stellt. Im Ergebnis sollte die Frist von sechs Monaten verkürzt werden.

IV. Art. 2 Nr. 2 und 3 und 5 (Änderung der § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 9 Abs. 2 Nr. 1, § 11 Abs. 2 Satz 2 und § 19 Abs. 4 BauNVO-E) – Erneuerbare-Energien-Anlagen in bestimmten Baugebieten

Mit Art. 2 Nr. 2 und 3 sollen die Vorschriften der BauNVO zu Gewerbe-, Industrie- und sonstigen Sondergebieten (§§ 8, 9 und 11 BauNVO) geringfügig geändert werden. Für die Gewerbe- und Industriegebiete sollen „Anlagen zur Erzeugung von Strom oder Wärme aus solarer Strahlungsenergie oder Windenergie“ als im Baugebiet allgemein zulässige Gewerbebetriebe nach den §§ 8 Abs. 2 Nr. 1 und 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO ausdrücklich benannt werden. Den sonstigen Sondergebieten sollen die dort beispielhaft genannten „Gebiete für Anlagen, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung erneuerbarer Energien, wie Wind- und Sonnenenergie“ umbenannt werden in „Windenergie und solare Strahlungsenergie“. Während letzteres eine redaktionelle Änderung mit bloßer Anpassung der Terminologie ist (s. S. 29 der Gesetzesbegründung), dürfte auch die erste Änderung allenfalls klarstellend sein. Dass Anlagen zur Erzeugung von Strom oder Wärme aus solarer Strahlungsenergie oder Windenergie Gewerbebetriebe aller Art sind, so dass sie auch schon bislang in Gewerbe- und Industriegebieten ohne Einschränkung zulässig waren, dürfte zweifelsfrei sein und entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung.¹⁶ Aus der Gesetzesbegründung (S. 28) geht hervor, dass durch die ausdrückliche Nennung dieser Anlagen deren Zulässigkeit nochmals verdeutlicht werden sollte, um der Praxis die Zulassung solcher Anlagen in Gewerbe- und Industriegebieten zu erleichtern.

¹⁶ So etwa OVG Lüneburg, Urt. v. 25.06.2015 – 12 LC 230/14, NVwZ-RR 2015, 848.

Eine sachliche Neuerung ist damit nicht verbunden. Aufgrund der allgemeinen Zulässigkeit in beiden Baugebieten steht es auch nicht im Ermessen der Baugenehmigungsbehörde, solche Anlagen abzulehnen. Es besteht ein Genehmigungsanspruch jedenfalls im Hinblick auf die Art der baulichen Nutzung. Der weitere Hinweis in der Gesetzesbegründung, die allgemeinen Anforderungen an die Gebietsverträglichkeit und aus § 15 BauNVO (insbesondere dem Rücksichtnahmegebot) würden durch die Klarstellung nicht verändert, ist zutreffend.

Es stellt sich rechtspolitisch gleichwohl die Frage, ob die Errichtung insbesondere von Windenergieanlagen, die relativ platzgreifend sind und entsprechende Abstände zu anderen Nutzungen erfordern, in Gewerbe- und Industriegebieten errichtet werden sollten. Üblicherweise werden solche Gebiete gezielt für das produzierende Gewerbe, bei Gewerbegebieten auch für kleinteiliges Gewerbe ausgewiesen. Die Verträglichkeit von Windenergieanlagen mit solchen Nutzungen liegt nicht unmittelbar auf der Hand. Ob tatsächlich ein Regelungsbedürfnis besteht, bestehende festgesetzte Gewerbe- und Industriegebiete mit Windenergieanlagen, die typischerweise in den Außenbereich oder in spezielle Sondergebiete in Form von Windparks gehören, erscheint mir fraglich zu sein.

Art. 2 Nr. 5 sieht ergänzend die Einführung des neuen § 19 Abs. 5 BauNVO vor, nach der die zulässige Grundfläche im Gewerbe-, Industrie- und sonstigen Sondergebieten durch die Grundflächen von Anlagen zur Erzeugung von Strom und Wärme aus solarer Strahlungsenergie und Windenergie überschritten werden darf, wenn der Bebauungsplan nichts anderes festsetzt. Die zulässige Überschreitung kann nunmehr bis zu der maximal denkbaren GRZ von 1,0 zugelassen werden (S. 30 der Gesetzesbegründung). Bislang lag die Begrenzung gem. § 19 Abs. 4 BauNVO bei einer GRZ von 0,8. Inwieweit hierfür ein Bedürfnis besteht, vermag ich nicht zu beurteilen.

V. Art. 2 Nr. 4 (Änderung des § 14 Abs. 1 und 3 BauNVO-E) – ergänzende Regelungen zu Nebenanlagen

In § 14 Abs. 1 BauNVO soll ein neuer Satz 2 eingefügt werden, nach dem Anlagen zur Erzeugung von Strom oder Wärme aus erneuerbaren Energien zu den untergeordneten Nebenanlagen und Einrichtungen im Sinne des Satzes 1 gehören. Die Ergänzung soll laut Gesetzesbegründung (S. 30) nur klarstellende Funktion haben, da die in Satz 1 geregelten

Voraussetzungen auch für die Erneuerbaren-Energien-Anlagen gelten.¹⁷ Der Wortlaut bildet ein solches Verständnis allerdings nicht zweifelsfrei ab. Der vorgeschlagene Satz 2 kann auch so verstanden werden, dass Erneuerbare-Energien-Anlagen immer von Satz 1 als untergeordnete Nebenanlagen erfasst werden. Dann allerdings wäre die weitere vorgeschlagene Änderung des § 14 Abs. 3 BauNVO-E überflüssig. Um unnötige Auslegungsunsicherheiten zu vermeiden, sollte auf die Änderung verzichtet werden.

Eine echte Rechtsänderung hat hingegen die Änderung des § 14 Abs. 3 BauNVO zum Ziel. Damit wird eine weitergehende Zulässigkeit von baulich untergeordnete Nebenanlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie im Gewerbe-, Industrie- und sonstigen Sondergebieten begründet. Anlagen, die den produzierten Strom vollständig oder überwiegend in das öffentliche Netz einspeisen, sind dann als Nebenanlage gem. § 14 Abs. 1 Satz 1 BauNVO zulässig, wenn sie im Vergleich zur Hauptanlage baulich untergeordnet sind (S. 30 der Gesetzesbegründung). Angesichts der Änderungen zu den §§ 8, 9 und 11 BauNVO erscheint dies konsequent, um in solchen Baugebieten PV-Anlagen weitestgehend nutzen zu können. Warum dies bei Nebenanlagen für Windenergie nicht gilt, ist wiederum nicht nachvollziehbar.

Berlin, den 13.04.2023

Dr. Gernot Schiller, RA und FA für Verwaltungsrecht

¹⁷ Die Literatur geht davon aus, dass Anlagen für erneuerbare Energien von § 14 Abs. 1 BauNVO erfasst sein können, s. etwa Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Okt. 2022, § 14 BauNVO Rn. 48.