

Ausschuss für Wohnen,
Stadtentwicklung, Bauwesen
und Kommunen



Deutscher Bundestag

Ausschuss-Drucksache: 20(24)124-G

Datum: 14.04.2023

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

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren und zur Änderung weiterer Vorschriften (BTags-Drucks. 20/5663)

Stellungnahme im Rahmen der zweiten öffentlichen Sachverständigenanhörung im Bundestagsausschuß für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen; Anmerkungen zur Wiederaufbauklausel des § 246 c BauGB-E

Professor Dr. Michael Reinhardt, LL.M. (Cantab.)

14. April 2023

1.

Im Rahmen der Novellierung des Baugesetzbuchs zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren wird eine Neufassung des § 246 c BauGB in der Form einer Wiederaufbauklausel diskutiert, mit der Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung dringend benötigter baulicher Anlagen zur Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum oder mit wesentlichen Infrastruktureinrichtungen auch abweichend von den bauplanungsrechtlichen Vorgaben zugelassen werden können (Formulierungshilfe Aussch.-Drucks 20(24)121 vom 29. März 2023, S. 11 ff.). Dabei soll insbesondere auf die Beschränkung des geltenden § 246 c BauGB auf mobile Anlagen verzichtet und nun auch ein dauerhafter, hochwasserangepaßter Wiederaufbau zerstörter Bausubstanz erleichtert werden.

§ 246 c Abs. 1 BauGB-E ermächtigt die Landesregierungen, durch Rechtsverordnung Gebiete festzulegen, in denen ein Katastrophenfall zu einer so erheblichen Schädigung oder unmittelbaren Gefährdung der Bausubstanz geführt hat, daß zur Katastrophenbewältigung Abweichungen von den bauplanungsrechtlichen Vorgaben z.B. des BauGB und der BauNVO erforderlich werden (Wiederaufbaugebiete). Auf dieser Grundlage können daher inhaltlich begrenzte Abweichungen von den bundesrechtlichen Regelungen des Bauplanungsrechts verordnungsrechtlich zugelassen werden. Den möglichen Inhalt der Verordnung konkretisiert § 246 c Abs. 2 Nr. 1 bis 5 BauGB-E, wobei hier die in Abs. 1 erwähnten Vorschriften, die auf Grund des BauGB erlassen worden sind, keine Erwähnung mehr finden. Schließlich werden in § 246 c Abs. 3 bis 7 BauGB-E Regelungen zum Verfahrensrecht und zur Geltungsdauer der Verordnung getroffen.

In der nachfolgenden Stellungnahme sollen ohne den Anspruch auf umfassende wissenschaftliche Vertiefung und sachliche Vollständigkeit die Regelungen der Wiederaufbauklausel einer ersten, vorläufigen rechtlichen Bewertung unterzogen werden.

2.

a. In verfassungsrechtlicher Hinsicht erscheint zunächst der grundsätzliche Regelungsansatz des § 246 c Abs. 1, 2 BauGB-E überprüfungsbedürftig, nach dem die Regierungen der Länder ermächtigt werden sollen, auf dem Verordnungsweg formelle bundesgesetzliche Anforderungen außer Geltung zu setzen. Auch wenn diese substantielle exekutive Rechtsgestaltungsbefugnis sachlich und räumlich begrenzt wird, bestehen doch mit Blick auf die allgemeine Zuordnung von Rechtssetzungsbefugnissen im Bundesstaat und Rechtsstaat (Wesentlichkeitsprinzip, Gewaltenteilung) nicht nur unerhebliche Bedenken. Zwar wird eine ähnliche Änderung formeller Bundesgesetze auf dem Verordnungsweg durchaus auch an anderer Stelle zugelassen (z. B. § 1 Abs. 3 HandwO zur Beschränkung der Gesetzesanlage durch Bundesverordnung), dies aber nur in äußerst begrenztem Umfang und unter engeren materiellen Voraussetzungen. Dagegen eröffnet § 246 c Abs. 1 i. V. mit Abs. 2 BauGB-E die grundsätzliche Möglichkeit der weitgehenden landesverordnungsrechtlichen Abweichung von Vorschriften des Baugesetzbuchs. Ein zwingender Grund für diese weitgehende normative Gestaltungsbefugnis der Landesregierungen wird nicht vorgetragen. Vor diesem Hintergrund erscheint es vielmehr vorzugswürdig, die Suspendierung der bauplanungsrechtlichen Anforderungen im Interesse einer beschleunigten Katastrophenbewältigung im Bundesgesetz selbst zu regeln und den Entscheidungsspielraum der Landesexekutiven auf die räumliche Bestimmung der Katastrophengebiete zu beschränken. Beispielhaft ist insoweit auf § 556 d BGB hinzuweisen (sog. Mietpreisbremse), nach dessen Abs. 2 die Landesregierungen lediglich ermächtigt werden, durch Rechtsverordnung Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten bestimmen, für die dann die bundesrechtlichen Sonderregelungen für die Bemessung der Miete gelten. Im Baurecht selbst enthält § 201 a BauGB bereits eine vergleichbare Konstruktion.

Nur der Vollständigkeit halber hingewiesen werden kann an dieser Stelle auf die sich aus dem Durchgriffsverbot des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG ergebenden und bislang nicht abschließend geklärten rechtlichen Weiterungen für die Zuständigkeit des Bundes zu Regelung oder Nichtregelung der kommunalen Bauleitplanung (siehe dazu z. B. BRats-Drucks. 651/06, S. 17; Trute, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Band 3, 7. Auflage 2018, Art. 84 Rn. 58).

b. Ebenfalls aus verfassungsrechtlichen Gründen beobachtungsbedürftig erscheint der Ansatz des § 246 c BauGB-E, wenn die Landesregierungen ermächtigt werden sollen, „insbesondere“ die in Abs. 2 Nr. 1 bis 5 im einzelnen aufgeführten Regelungen zu treffen (so die Formulierungshilfe zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung BTags-Drucks. 20/5663, Stand: 24. Februar 2023, S. 4). Mit Blick auf Historie und Zielsetzung des Art. 80 Abs. 1 GG ist problematisch, die Exekutive insbesondere zur Regelung einzeln aufgeführter Aspekte zu ermächtigen, da eine solche offene Formulierung zwangsläufig auch weitere, in der gesetzlichen Ermächtigung selbst aber nicht konkretisierte ordnungsrechtliche Anordnungen zulässt. Insoweit bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit der Vorschrift mit der sog. Vorhersehbarkeitsformel des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 1, 14, 60; 58, 257, 277; 78, 249, 272), nach der ein Bestimmtheitsmangel vorliegt, wenn nicht vorgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird, welchen Inhalt die auf sie gestützte Verordnung haben kann und nach welchen Maßstäben die verwaltungsgerichtliche Kontrolle zu erfolgen hat. Dem sollte durch Verzicht auf den Begriff „insbesondere“ im Normtext Rechnung getragen werden, wie dies im übrigen auch in der späteren Fassung der Formulierungshilfe vom 29. März 2023 vorgeschlagen wird.

Zudem wäre mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot eine einheitliche bundesgesetzliche Konkretisierung des nicht weiter spezifizierten Merkmals des Katastrophenfalls in § 246 c Abs. 1 Satz 2 BauGB–E sinnvoll.

3.

a. Unter den in § 246 c Abs. 2 BauGB–E aufgelisteten möglichen Inhalten der Verordnung ist zunächst die Wiederaufbauklausel der Nr. 2 erklärungsbedürftig. Danach kann die Verordnung vorsehen, daß durch eine Katastrophe zerstörte oder beschädigte Gebäude oder Gebäudeteile abweichend von den §§ 29 bis 35 BauGB an gleicher Stelle wieder aufgebaut werden dürfen. Voraussetzung ist neben dem Einvernehmen der zuständigen Katastrophenschutzbehörde, daß der Wiederaufbau in angepaßter Weise erfolgt, um so zukünftige Schädigungen durch Katastrophenfälle zu vermeiden oder zu mindern; dasselbe soll für geringfügig vom bisherigen Standort versetzte bauliche Anlagen gelten. Damit wird der überkommene passive Bestandsschutz im Baurecht wesentlich erweitert. Derzeit gilt nach überwiegender Auffassung, daß der auch grundrechtlich fundierte Bestandsschutz einer baulichen Anlage endet, wenn diese abgerissen oder zerstört wird (BVerwG, Beschl. v. 30. Juni 1969, IV CB 18.69; Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Stand: 99. Ergänzungslieferung 2022, Art. 14 Rn. 190; Finkelnburg/Ortloff/Kment, Öffentliches Baurecht I, 7. Auflage 2017, § 4 Rn. 22; krit. gerade mit Blick auf die Zerstörung von Bauwerken durch Hochwasser Nägele/Lindner, ZfBR 2014, S. 442 ff.). Rechtliche Bedenken, daß durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes der passive Bestandsschutz auch auf durch Katastrophen verursachte vollständige oder teilweise Zerstörung der Baubsubstanz erweitert wird, drängen sich nicht unmittelbar auf.

Konkretisierungsbedürftig erscheint hingegen die rechtsstaatlich zu unbestimmte tatbestandliche Vorgabe des § 246 c Abs. 2 Nr. 2 BauGB–E, nach der zerstörte Gebäude resp. Gebäudeteile in angepaßter Weise wieder aufgebaut werden können. Wie der Wiederaufbau genau zu erfolgen hat, läßt sich der Regelung nicht entnehmen, so daß im einzelnen Fall Streit über die Zulassungsfähigkeit entstehen kann. Im Gegensatz dazu ordnet etwa § 78 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG der Sache nach präziser an, daß bauliche Anlagen in Risikogebieten außerhalb von Überschwemmungsgebieten nach dem Standard der allgemein anerkannten Regeln der Technik errichtet werden müssen und gibt so, auch unter Einbeziehung des technischen Regelwerks (Czychowski/Reinhardt, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 13. Auflage 2023, § 17), für das die Entwurfsbegründung zum Hochwasserschutzgesetz II beispielhaft auf die einschlägigen Merkblätter der Deutschen Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e. V. (DWA) und die Hochwasserfibel des Bundesumweltministeriums verweist (BTags–Drucks. 18/10879, S. 30), ein grundsätzliches gesetzliches Anforderungsniveau vor. Im selben Sinn wäre daher auch eine Spezifizierung der Vorgaben in § 246 c Abs. 2 Nr. 2 BauGB–E mindestens auf diesem Anforderungsniveau (zur Bedeutung des höheren Niveaus des Stands der Technik für die Klimaanpassung s. Reinhardt, ZfW 2022, S. 1, 35 ff.) möglich und geboten. Damit könnte zugleich die in der Vorschrift ebenfalls nur unzureichend bestimmte Zielsetzung der Vermeidung oder Minderung zukünftiger Schädigungen durch Katastrophenfälle angemessen präzisiert werden. Im Blick zu behalten sind ferner mögliche versicherungsrechtliche Folgefragen bei Wiedererrichtung eines durch Hochwasser zerstörten Gebäudes an derselben und daher naturgemäß künftig weiterhin gefährdeten Stelle.

b. Angesichts der mit § 246 c BauGB–E verfolgten Zielsetzung, neben einzelnen baulichen Anlagen auch für notwendige Infrastruktureinrichtungen schnell und unkompliziert Ersatz zu schaffen, um die Sicherheit und die Versorgung der Betroffenen zu gewährleisten (so die Formulierungshilfe Aussch.–Drucks 20(24)121 vom 29. März 2023, S. 28) erscheint die in § 246 c Abs. 2 Nr. 2 BauGB–E vorgenommene Beschränkung auf zerstörte oder beschädigte Gebäude und Gebäudeteile unvollständig oder zumindest mißverständlich formuliert. Denn ebenso wie der Wiederaufbau von Wohnbebauung sind auch die von dem Katastrophenereignis betroffenen Infrastrukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge auf eine beschleunigte Wiederherstellung angewiesen. Ihre ausdrückliche Erwähnung in § 246 c Abs. 2 Nr. 1 BauGB–E beschränkt sich indes ausschließlich auf die vorübergehende Abweichung von den §§ 29 bis 35 BauGB, die zudem in Abs. 4 Satz 1 auf fünf Jahre begrenzt wird. Auch wenn im Regelfall Konflikte mit den Vorgaben der §§ 29 bis 35 BauGB nicht zu erwarten sind, bietet sich aus Gründen der Klarstellung und zur Vermeidung rechtlicher Streitfragen eine explizite Einbeziehung der Infrastrukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge auch in § 246 c Abs. 2 Nr. 2 BauGB–E an.

c. Die beabsichtigte Wiederaufbauklausel des § 246 c Abs. 2 Nr. 2 BauGB–E ist sodann nicht isoliert bauplanungsrechtlich zu bewerten, sondern steht im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit den derzeit geltenden Anforderungen des Hochwasserschutzrechts, die vor allem im Wasserhaushaltsgesetz des Bundes und in den Wassergesetzen der Länder näher ausgeführt sind. Zwar stellt § 246 c Abs. 3 Satz 2 BauGB–E fest, daß öffentlich-rechtliche Vorgaben außerhalb dieses Gesetzbuchs, insbesondere § 78 WHG und das Bauordnungsrecht der Länder, unberührt bleiben, doch entbindet dies den Gesetzgeber nicht von der Pflicht zur materiellen Koordination parallel geltender Regelungen für ein und denselben Sachverhalt. So ist die Wiedererrichtung eines durch Hochwasser zerstörten Gebäudes nicht allein nach baurechtlichen Maßstäben zu beurteilen, sondern hat daneben auch den jeweiligen wasserrechtlichen Vorgaben zu entsprechen (Hopf/Széchenyi, BayVBl. 2013, S. 749 ff.). In festgesetzten oder vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten ist daher neben dem Bauplanungsrecht insbesondere auch die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem grundsätzlichen Bauverbot nach § 78 Abs. 4 WHG zu prüfen, von dem nur unter den engen Voraussetzungen des § 78 Abs. 5 WHG im einzelnen Fall befreit werden kann. Auch wenn dabei nach § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 lit. d) WHG ähnlich wie in § 246 c Abs. 2 Nr. 2 BauGB–E eine hochwasserangepaßte Ausführung des Ersatzbaus vorgeschrieben ist, setzt sich doch der Eigentümer, der im Fall des Wiederaufbaus einer durch Hochwasser zerstörten baulichen Anlage regelmäßig über einen Anspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung verfügen wird, erneut der grundsätzlichen Hochwassergefahr aus (Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl., § 78 Rn. 50). Angesichts der im Zuge des Klimawandels in Intensität und Häufigkeit zunehmend zu erwartenden Hochwasserereignisse (Umweltbundesamt (Hrsg.), Monitoringbericht 2019 zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel, 2019, S. 8 und passim) steht heute die Sinnhaftigkeit dieser Dispensierungsmöglichkeit in grundsätzlicher Weise in Frage (Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl., § 78 Rn. 57, 14; Reinhardt, UWP 2022, S. 13, 25). Es ist dies jedoch eine nicht allein rechtlich, sondern vor allem auch politisch zu entscheidende Angelegenheit. Auf korrespondierende versicherungsrechtliche Konsequenzen wurde bereits aufmerksam gemacht.

d. In § 246 c Abs. 2 Nr. 3 BauGB–E soll klargestellt werden, daß im Fall der Neuausweisung oder Umplanung in Wiederaufbaugebieten der naturschutzfachliche Ausgleich durch Entsiegelung bislang bebauter Flächen in katastrophengefährdeten Bereichen gewährleistet werden kann (Formu-

lierungshilfe Aussch.-Drucks 20(24)121 vom 29. März 2023, S. 26). Rechtssystematisch arbeitet die Regelung mit dem Instrument der Fiktion, nach der planungsbedingte Beeinträchtigungen des Landschaftsbilds sowie der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts i. S. des § 1 a Abs. 3 BauGB unter den dort genannten Voraussetzungen der aufgelassenen und entsiegelten Flächen im Katastrophengebiet als ausgeglichen gelten. Korrespondierend soll nach § 246 c Abs. 2 Nr. 5 BauGB-E eine Ersatzzahlung entsprechend § 15 Abs. 6 BNatSchG geleistet werden können, wenn der Ausgleich nach § 1 a Abs. 3 BauGB wegen der Erfordernisse der Katastrophenbewältigung nicht oder nicht rechtzeitig möglich ist. Damit ist der bislang nicht in konzeptioneller Weise bundesgesetzlich aufgegriffene Grundsatzkonflikt zwischen dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen und der Anpassung an den Klimawandel adressiert.

Auch § 246 c Abs. 2 Nr. 3 BauGB-E entscheidet sich in dieser komplexen und auch politisch durchaus aufgeladenen Gemengelage für eine inhaltlich begrenzte und letztlich lediglich deklaratorische Lösung. Denn das durch die Vorschrift beabsichtigte Ergebnis läßt sich auch nach bereits geltendem Recht auf dem Wege der Abwägung im Rahmen des § 1 a Abs. 3 i. V. mit § 1 Abs. 7 BauGB verwirklichen. Nicht hingegen werden im Interesse der Schaffung hochwassersicherer Baugebiete grundsätzliche gesetzliche Abwägungsdirektiven oder gar Abwägungsbeschränkungen in den allgemeinen planungsrechtlichen Regelungen der §§ 1, 1 a BauGB nachgetragen, wie sie in strukturell vergleichbaren Regelungen des Landeswasserrechts bestehen. So steuert etwa § 97 Abs. 1 Satz 2 Wassergesetz Sachsen-Anhalt die Planung des technischen Hochwasserschutzes durch die gesetzliche Vorgabe, daß in Gebieten mit Schutzstatus nach dem Naturschutzrecht die Unterhaltung der Deiche zur Sicherung ihrer Schutzfunktion und der Deichausbau Vorrang vor naturschutzfachlichen Zielstellungen haben. Dadurch werden unmittelbar kraft gesetzlicher Entscheidung die vom europäischen und deutschen Naturschutzrecht und ökologischem Gewässerschutzrecht eröffneten Abwägungen für den Einzelfall zulässigerweise vorstrukturiert und zugleich einer weitgehenden materiellen Entscheidungsverlagerung auf Organe der Exekutive und Judikative entgegengewirkt. Ein vergleichbares, grundsätzlich angelegtes Vorgehen, auch im Interesse der von dem Gesetzentwurf angestrebten ebenso wie im aktuellen Koalitionsvertrag (Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 89) angesprochenen Erhöhung der Resilienz von Siedlungen und Stärkung von Klimaschutz und Klimaanpassung in der Bauleitplanung wird dagegen durch § 246 c Abs. 2 Nr. 3 BauGB-E nicht verfolgt. Die erste Gewalt verzichtet damit insoweit weiterhin auf eine eigene inhaltlich hinreichend steuerungsfähige Richtungsgebung bei der Koordination von Umweltschutz und Klimaanpassung und überläßt so in auch staatsorganisationsrechtlich bedenklicher Weise die materielle Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Punkten den Organen der zweiten und der dritten Gewalt.

e. In § 246 c Abs. 5 Satz 1 BauGB-E wird die Entscheidung über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB dergestalt eingeschränkt, daß zusätzlich zu den nach den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB zulässigen Versagungsgründen eine Beeinträchtigung der städtebaulichen Entwicklung des Gemeindegebiets vorliegen muß. Die Vorschrift entspricht ihrem Wortlaut nach dem derzeit geltenden § 246 c Abs. 5 Satz 1 BauGB, der allerdings seinem gegenwärtigen Anwendungsbereich entsprechend lediglich auf die Einvernehmenserteilung für nur befristet genutzte mobile bauliche Anlagen und Infrastruktureinrichtungen beschränkt ist. Daher bedeutet die unveränderte Fortführung des Normtexts im erweiterten Regelungsrahmen des § 246 c BauGB-E insoweit eine zusätzliche Einschränkung der Rechtsstellung der Gemeinden, deren Zulässigkeit am Maßstab der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG zu beurteilen ist. Die

inhaltliche Begrenzung der kommunalen Versagungsgründe ist damit zumindest mit Blick auf die Ermöglichung eines dauerhaften Wiederaufbaus nicht mehr nur von temporärer Bedeutung und greift damit tiefer in die verfassungsrechtliche Rechtsposition der Städte und Gemeinden ein. Angesichts der Notwendigkeit der Anpassung der städtebaulichen Entwicklung an die Erfordernisse des Klimawandels erscheint dies dem Grunde nach gerechtfertigt (Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl., § 78 Rn. 57, 14), doch ist nicht vollständig auszuschließen, daß dadurch in besonders gelagerten Einzelfällen die verfassungsrechtlich geschützte Planungshoheit einer Kommune verletzt werden kann.

4.

Insgesamt kann nach dieser kursorischen ersten, zwangsläufig nur vorläufigen Sichtung dem Entwurf des § 246 c BauGB-E die Verfolgung eines sinnvollen Regelungsziels der Erleichterung des Wiederaufbaus in katastrophengeschädigten Gebieten attestiert werden. Als Rechtsnorm bedarf er indes auch aus verfassungsrechtlichen Gründen in mehrfacher Hinsicht der Nachschärfung resp. Korrektur. Angesichts der materiellen Tragweite des Regelungsgegenstands wäre zudem eine deutlichere Steuerungsabsicht des parlamentarischen Gesetzgebers wünschenswert. Hinzu kommt schließlich, daß eine solche substantielle Novellierung zur Katastrophenfolgenbewältigung nicht isoliert auf Feinsteuern im Baugesetzbuch beschränkt bleiben kann, sondern aus rechtssystematischen Gründen der konzertierten Koordination mit parallel einschlägigen Rechtsgebieten wie dem Naturschutz- und Wasserrecht bedarf.