



Stellungnahme Nr. 14/2012

März 2012

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts

Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht

RA Rudolf Häusler
RAuN Dr. Jost Hüttenbrink
RA Rainer Kulenkampff
Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Michler
RAin Dr., LL.M. Margarete Mühl-Jäckel
RA Prof. Dr. Michael Quaas
RAin Dr. Barbara Stamm
RAin Dr. Sigrid Wienhues
RAin Friederike Lummel, BRAK

Verteiler: Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
Bundesministerium des Inneren
Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Notarverein
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Steuerberaterverband
Deutscher Richterbund
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
Redaktion der Neuen Juristischen Wochenschrift/NJW
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht/NVwZ

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit zurzeit rund 157.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

1. Allgemeines

Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009 sieht vor, den Klimaschutz und die Innenentwicklung im Bauplanungsrecht zu stärken sowie die Baunutzungsverordnung, die zuletzt 1990 geändert wurde, umfassend zu prüfen. Die energie- und klimapolitischen Teile der Bauplanungsrechtsnovelle wurden im Rahmen des „Atomausstiegspakets“ bereits vorgezogen und traten zum 30. Juli 2011 in Kraft (BRAK-Stellungnahme-Nr. 37/2011 zum damaligen Gesetzesentwurf).

Der nun vorliegende Referentenentwurf sieht weitere Regelungen mit Blick auf die Innenentwicklung vor sowie einige Anpassungen der Baunutzungsverordnung. Darüber hinaus werden weitere, zunächst zurückgestellte Aspekte der „Klimanovelle“ eingebracht. Der Entwurf enthält Klarstellungen und Änderungen als Reaktion auf Auslegungsunsicherheiten und Schwierigkeiten in der Praxis, u. a. mit Blick auf das gemeindliche Vorkaufsrecht oder das Zusammenspiel zwischen den im Baugesetzbuch geregelten Gutachterausschüssen und den Finanzbehörden. Schließlich soll die bisher in § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB vorgesehene privilegierte planungsrechtliche Zulässigkeit von Tierhaltungsanlagen im Außenbereich eingeschränkt werden.

2. Innenentwicklung

2.1 Vorrang der Innenentwicklung

Die Vorgaben für das Planungsrecht und die Grundlage weiterer Ausnahme- und Abweichungsentscheidungen bei der Zulassung von Bauvorhaben im Innenbereich sollen dazu dienen, der Innenentwicklung grundsätzlich den Vorrang zu geben.

Die Vorgaben in §§ 1 Abs. 5, 1 a Abs. 2 und 3 Referentenentwurf (RefE BauGB 2012) erscheinen nur geeignet, durch Programmsätze und Vorgaben für den Abwägungsprozess dieses Ziel zu unterstützen: Es wird ein erhöhter Darlegungs- und Begründungsaufwand bei der Inanspruchnahme von bisher landwirtschaftlichen und forstwirtschaftlichen Flächen eingefordert und konkret beschrieben, welches die vorrangigen Maßnahmen der Innenentwicklung sind.

Gleichwohl wird die beabsichtigte Einführung der Abwägungsprärogative zu Gunsten der Innenentwicklung dazu führen, dass die Inhaberin der Planungshoheit eine Art Alternativenprüfung durchführen muss, ehe sie einen neuen Bebauungsplan auf landwirtschaftlichen oder forstwirtschaftlichen Flächen zur Satzung beschließt. Weder das Gesetz noch die Rechtsprechung gibt Hilfestellung, wie konkret möglich die Umsetzung der städtebaulichen Ziele für eine Innenentwicklung sein muss, damit eine Entwicklung auf derzeitigen landwirtschaftlichen oder forstwirtschaftlichen Flächen nicht möglich ist. Eine zentrale Frage ist dabei die Mitwirkungsbereitschaft der jeweiligen Eigentümer. Hinzu kommt, dass in größeren Städten die Zahl der „innerörtlichen Alternativen“ tendenziell eher unbestimmbar ist. Es darf aber nicht sein, dass durch die Einführung der „Vorrangregelung“ größere Städte im Vergleich zu kleineren Kommunen benachteiligt werden. Muss jeder von einem Einwender genannten Innenalternative nachgegangen werden? In welcher Tiefe? Auch hinsichtlich der Rechtskontrolle von Abwägungsfehlern besteht bei Einführung einer solchen Abwägungsprärogative nach Ansicht der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) eine hohe Unsicherheit.

Dem Ziel, die Innenverdichtung zu stärken, soll auch die Neufassung des § 34 Abs. 3 a Satz 1 Nr. 1 RefE BauGB 2012 dienen. Bei der Umwandlung bisher gewerblicher Nutzungen zu Wohnnutzungen soll auf das Kriterium des „Einfügens“ im Rahmen des § 34 BauGB verzichtet werden können. Die BRAK weist darauf hin, dass bei der vorgeschlagenen Fassung städtebauliche Konflikte hervorgerufen werden können. Es wird möglich, dass Wohnungen in bisher überwiegend oder ausschließlich gewerblich geprägten Gebieten zulässig werden, was mit Blick auf die jeweils unterschiedlichen Schutz- bzw. Abwehrpositionen zu Problemen führen kann. Es erscheint fraglich, ob diese Konflikte durch die Kriterien der städtebaulichen Vertretbarkeit (§ 34 Abs. 3 a Abs. 1 Nr. 2 BauGB) und die Würdigung nachbarlicher und öffentlicher Belange (§ 34 Abs. 3 a Satz 1 Ziff. 3 BauGB) ausreichend aufgefangen werden können. Denn anders als bei der bisher vorgesehenen Abweichungsmöglichkeit kann nun auch erstmals in einem bisher ausschließlich gewerblich geprägten Gebiet eine Wohnung zugelassen werden. Die BRAK schlägt daher vor, die Neufassung zum Beispiel wie folgt zu konkretisieren:

„Der Erweiterung, Änderung, Nutzungsänderung oder Erneuerung eines zulässigerweise errichteten Gewerbe- oder Handwerksbetriebs, einschließlich der Nutzungsänderung zu Wohnzwecken in einem auch schon bisher nicht ausschließlich durch gewerbliche Nutzungen geprägten Gebiet, oder der Erweiterung, Änderung oder Erneuerung einer zulässigerweise errichteten, Wohnzwecken dienenden baulichen Anlage dient.“

Logisch erscheint es auch, die politisch gewünschte innerstädtische Nachverdichtung durch eine Erleichterung beim Überschreiten der Obergrenzen für das Maß der baulichen Nutzung in den jeweiligen Baugebieten zu ergänzen, § 17 Abs. 2 BauNVO RefE BauGB 2012. Die BRAK sieht, dass der Gesetzgeber damit der individuellen gemeindlichen Lösung den Vorrang vor einer gesetzlichen Klarstellung durch eine allgemeine Erhöhung der Obergrenzen in § 17 Abs. 1 BauNVO eingeräumt hat. Es wird darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung im Verhältnis zur allgemeinverbindlichen Regelung in § 17 Abs. 1 BauNVO die Angreifbarkeit entsprechender Planungsentscheidungen erhöht und dann gegebenenfalls gerichtlich zu überprüfen sein wird, ob die dargelegten städtebaulichen Gründe die Überschreitung rechtfertigen können.

Es wird noch darauf hingewiesen, dass die beabsichtigte Vorschrift nach Auffassung der BRAK insofern missglückt ist, als die bestehenden Umstände und die künftigen Maßnahmen jeweils mit dem Wort „ausgeglichen“ verbunden sind. Präziser – ohne inhaltliche Änderung – wäre die Formulierung:

„..., wenn aufgrund bestehender Umstände oder festgelegter, ausgleichender Maßnahmen sichergestellt ist, dass ...“

2.2 Weitere Regelungen zur Stärkung der Innenstädte

Die BRAK begrüßt, dass durch die Neufassung des § 5 Abs. 2 RefE BauGB 2012 die Möglichkeit einer Darstellung der zentralen Versorgungsbereiche im Flächennutzungsplan ermöglicht wird. Dies stellt sich als konsequente Ergänzung der Festsetzungsmöglichkeiten gemäß § 9 Abs. 2 a BauGB dar. Die Darstellungsmöglichkeit ist auch dazu geeignet, in rechtlich belastbarer Art und Weise die von vielen Gemeinden aufgestellten Einzelhandelskonzepte umzusetzen, die bisher lediglich als von der Gemeinde beschlossene städtebauliche Entwicklungskonzepte oder sonstige städtebaulichen Planungen im Sinne von § 1 Abs. 6 Ziff. 11 BauGB verstanden werden können.

Die Schaffung einer Regelungsmöglichkeit für den Ausschluss oder die Beschränkung von Vergnügungsstätten erscheint in § 9 Abs. 2 b RefE BauGB 2012 mit dem richtigen Instrument umgesetzt.

2.3 Sonstige Regelungen für die städtebauliche Innenentwicklung

§ 179 RefE BauGB 2012 sieht vor, dass die Möglichkeit eines Rückbaugesuches auch außerhalb von Gebieten, für die ein Bebauungsplan gilt, gegeben sein soll. Die BRAK sieht zwar das praktische Bedürfnis, im Einzelfall eine Vorgehensmöglichkeit mit Blick auf nicht mehr funktions- und sanierungsfähige Gebäude zu haben. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass es sich hier um eine unmittelbare hoheitliche Eingriffsmöglichkeit in das Eigentumsrecht handelt. Hinsichtlich der diesen Eingriff rechtfertigenden, über die städtebaulichen Gründe in § 177 BauGB hinausgehenden besonderen Gründe wurde bisher vor allem darauf abgestellt, dass ohne das Rückbaugesuch planerische Ziele nicht umgesetzt werden können. Dieser Bezug fehlt nunmehr. Das heißt, dass Rückbaugesuche allein aufgrund der fehlenden Funktions- und Sanierungsfähigkeit umgesetzt werden können, ohne dass die Gemeinde darüber befunden hätte, welche städtebauliche Entwicklung anstelle eines zu beseitigenden Gebäudes erfolgen soll. Aufgrund des besonderen Gewichts des Eigentumsrechts empfiehlt die BRAK, hier anstatt eines absoluten Verzichts auf die Vorgabe eines Bebauungsplanes jedenfalls an eine sonstige städtebauliche Planung oder ein Entwicklungskonzept gemäß § 1 Abs. 6 Ziff. 11 BauGB oder einen Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan anzuknüpfen, also die Voraussetzungen aufzunehmen, die auch für die sonstigen planungsrechtlichen Sicherungsmittel gemäß §§ 14, 15 BauGB gelten. Statt die Wörter „im Geltungsbereich eines Bebauungsplans“ zu streichen könnte an die Stelle dieser Formulierung also z. B. treten:

In Bereichen, für ein Entwicklungskonzept oder eine sonstige städtebauliche Planung i. S. v. § 1 Abs. 6 Ziff. 11 BauGB vorliegt

oder

Wenn die Voraussetzungen für den Erlass einer Veränderungssperre gemäß § 14 BauGB vorliegen.

Die Regelung in § 3 BauNVO RefE BauGB 2012 mit der folgerichtigen redaktionellen Anpassung in § 1 Abs. 5 BauNVO RefE BauGB 2012 ist zielführend bei der Umsetzung des politischen Ziels, zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf die Zulassungsvoraussetzungen für Anlagen zur Kinderbetreuung weiter zu erweitern. Die gefundene Formulierung, die auf die Kapazitäten im reinen Wohngebiet abstellt, entspricht auch dem Regelungskonzept und dem Verhältnis zwischen allgemeinem und reinem Wohngebiet nach der BauNVO.

3. Klimapolitische Ziele

Die BRAK hat in ihrer Stellungnahme Nr. 37/2011 zur Klimanovelle die seinerzeit vorgeschlagene weite Fassung des § 136 BauGB kritisiert. Danach sollte der in § 1 a Abs. 5 BauGB nur grob konkretisierte Begriff der „klimagerechten Stadtentwicklung“ durch die Festsetzung eines entsprechenden Sanierungsziels auch Grundlage für weitreichende Einschränkungen des Eigentums sein. Die entsprechende Ergänzung des § 136 BauGB wurde im Rahmen der Klimanovelle zunächst zurückgestellt. Die BRAK erkennt an, dass die nun gewählte Formulierung, dass bei den Sanierungszielen nicht bereits die „klimagerechte Stadtentwicklung“ an sich ausreichender Grund sein kann, sondern im Rahmen der sonstigen Sanierungsziele die Belange und allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung zu berücksichtigen sind, geeigneter ist, um einerseits die klimapolitische Zielrichtung in die Konzeption von Sanierungsgebieten mit einzubeziehen, andererseits aber auch die stärker konkretisierten Grundlagen für die mit der Festsetzung eines Sanierungsgebietes einhergehenden eigentumsrechtlichen Folgen zu sichern.

§ 14 BauNVO RefE BauGB 2012 definiert, dass Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie im, an oder auf Dach- und Außenwandflächen auch dann als Nebenanlagen gelten, wenn sie dem Gebäude und seiner Nutzung nicht funktional zugeordnet sind, sondern die gewonnene Energie aus-

schließlich in ein öffentliches Netz eingespeist wird. Auch diese Regelung entspricht dem politischen Ziel, in stärkerem Maße erneuerbare Energien einzusetzen. Ob die Beschränkung auf Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergien dafür ausreichend ist oder auch weitere Klarstellungen im Rahmen der BauNVO oder an sonstiger Stelle des Bauplanungsrechtes erforderlich sind, ist ebenfalls eine politische Entscheidung.

Die für § 136 BauGB RefE BauGB 2012 gewählte Formulierung „Klimaanpassung“ ist sprachlich missglückt, es sollte heißen:

„Anpassung an das Klima“

sowohl in Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 wie in Abs. 3, neuer Buchstabe h) und in Abs. 4 Satz 2 Nr. 1.

4. Städtebauliche Verträge

Die BRAK nimmt zur Kenntnis, dass die spezialgesetzliche Regelung für den „klassischen“ Erschließungsvertrag in § 124 BauGB gestrichen wird und eine Klarstellung im Rahmen des § 11 RefE BauGB 2012 erfolgt. Dies erscheint durchaus hilfreich, um in der Praxis bestehende Anwendungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten bei „kombinierten“ Verträgen zu begegnen, also bei einer Kombination von vertraglichen Regelungen entsprechend der Beispiele des § 11 BauGB mit Erschließungsaufgaben, die jedenfalls zum Teil bisher § 124 BauGB unterfielen. Zudem wird so der Handlungsspielraum der Kommunen erweitert, da die Einschränkung in § 124 Abs. 1 BauGB, nach der Erschließungsverträge nur mit „Dritten“ abgeschlossen werden können, in § 11 BauGB nicht enthalten ist. Nach der Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 01.12.2010, Az. 9 C 8/09), auf die auch die Gesetzesbegründung Bezug nimmt, steht diese Einschränkung bisher dem Abschluss von Erschließungsverträgen mit kommunalen Eigengesellschaften entgegen.

Ob die Ergänzung in § 11 Abs. 2 RefE BauGB 2012 tatsächlich einen Regelungszweck umsetzen kann, der über die Klarstellung hinausgeht, dass bei einer Übertragung von Erschließungsaufgaben an einen Privaten die Regelung des § 129 Abs. 1 Satz 3 BauGB über den 10 %igen Eigenanteil der Gemeinde nicht greift, wird bezweifelt. Nach der Begründung des Referentenentwurfs soll damit auch die vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 10. August 2011 - 9 C 6.10 - zum Ausdruck gebrachte Berücksichtigung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Gesamtvorganges betont werden. Die BRAK ist nicht der Auffassung, dass es hierzu einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Klarstellung bedarf; wie sich aus der Entscheidung ergibt, werden nur die allgemeinen Grundsätze zur Angemessenheit von Leistungen und Gegenleistungen im Rahmen städtebaulicher Verträge weiter konkretisiert. Sollte der Gesetzgeber jedoch eine gesetzgeberische Klarstellung hierzu für richtig halten, erscheint der jetzt gewählte Wortlaut nicht ausreichend.

5. Regelungen mit Blick auf den Außenbereich

5.1 „Entprivilegierung „von Tierhaltungsanlagen im Außenbereich

Mit der Neufassung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 RefE BauGB 2012 wird das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Tierhaltungsanlagen im Außenbereich umgekehrt. Bisher konnten die Gemeinden dort, wo es städtebaulich erforderlich war, durch eine geeignete Bauleitplanung (Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan) die Ansiedlung von Tierhaltungsanlagen steuern. Nunmehr sieht der Gesetzgeber die Zulässigkeit von Tierhaltungsanlagen ab UVP-Prüfungspflicht nur noch auf der Grundlage entsprechend planungsrechtlicher Entscheidungen der Gemeinden vor. Da es keinen Anspruch auf eine Bauleitplanung überhaupt oder ihren Inhalt gibt, stellt diese Regelung für einen bestimmten Teil der Branche der Veredelungswirtschaft zukünftig ein grund-

sätzliches Verbot dar. Daher müsste diese Regelung insbesondere in ihrer Handhabbarkeit und regelungstechnischen Umsetzung standfest sein, nach Auffassung der BRAK fehlt es daran.

5.1.1 Fehlende Übergangsregelung

Der RefE BauGB 2012 sieht keine Übergangsregelung für die Neufassung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB vor. Die allgemeine Übergangsregelung in § 233 Abs. 1 BauGB gilt ausweislich ihres Wortlautes nur für „Verfahren nach diesem Gesetz“. Die Regelung wird bisher so ausgelegt, dass sie nur für Verfahren gilt, die ihre Rechtsgrundlage und ihren förmlichen Abschluss im BauGB finden, also in erster Linie für Verfahren der Bauleitplanung. Verfahren zur Erteilung einer Baugenehmigung sind dagegen nicht erfasst, da diese sich nach dem jeweiligen Landesrecht und nicht nach dem BauGB richten. Die Übergangsvorschriften der Landesbauordnung enthalten hierzu ebenfalls keine Regelungen und könnten dies wohl auch nicht; denn die Bundesländer könnten nicht über den Anwendungszeitraum von Bundesrecht entscheiden. Nach den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts ist dann auch für laufende Verfahren auf die Gesetzesfassung zurückzugreifen, die zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung bzw. in gerichtlichen Verpflichtungssituationen zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht Geltung beansprucht. Bei den von der Regelung betroffenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren handelt es sich um umfangreiche und in der Regel langwierige, oftmals mehr als ein oder zwei Jahre beanspruchende Genehmigungsverfahren. Ohne Übergangsregelung bedeutete dies, dass alle bereits eingeleiteten Verfahren, die nicht vor dem Inkrafttreten der Novelle abgeschlossen sind, unabhängig vom Verfahrensstadium und den bereits abgeschlossenen Prüfungsschritten ihre Genehmigungsaussichten verlieren.

Soweit ersichtlich, wurde auch bei früheren Änderungen im Rahmen des § 35 Abs. 1 BauGB keine entsprechende Übergangsregelung vorgesehen. Allerdings handelte es sich - zuletzt etwa mit der Änderung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 und der zusätzlichen Regelung in § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB durch die Klimanovelle - um begünstigende, und den grundsätzlichen Bauanspruch erweiternde, und nicht einschränkende Regelungen.

Wenn weiter berücksichtigt wird, dass bis zur Vorlage des Referentenentwurfs in der vorbereitenden wissenschaftlichen Diskussion (durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und das Deutsche Institut für Urbanistik herausgegebene Dokumentation der Berliner Gespräche zum Städtebaurecht, 29. Oktober 2010) keine Empfehlung für die politisch diskutierte „Entprivilegierung“ ausgesprochen wurde, stellt sich die Frage des Vertrauensschutzes im Rahmen der laufenden Verfahren. Denn die Gesetzesänderung führt nicht zu einer Modifikation des Genehmigungsanspruchs, etwa durch das Einführen zusätzlicher oder anderer Verfahrensschritte, sondern zu einem Ausschluss des Genehmigungsanspruchs.

Eine Übergangsregelung würde weiter verhindern können, dass mit Blick auf laufende Genehmigungsverfahren Schadensersatzansprüche gegen die jeweiligen Genehmigungsbehörden angestrengt werden hinsichtlich der Frage, ob die Genehmigungsverfahren zu Unrecht einen so langen Zeitraum in Anspruch genommen haben (Auslegung der Vorgaben des § 10 Abs. 6 a BImSchG zur 7-Monats-Frist.).

Zur Vermeidung entsprechender Auseinandersetzungen in diesem Zusammenhang schlägt die BRAK daher die Aufnahme einer Übergangsregelung im BauGB vor, so wie es der Gesetzentwurf auch für die Neuregelung mit Blick auf die Zulässigkeit von Anlagen für die Kinderbetreuung vorsieht. Dazu ist entweder eine entsprechende Spezialvorschrift denkbar oder – um auch zukünftige Änderungen im Rahmen der §§ 29-38 BauGB abzudecken – gegebenenfalls eine klar-stellende Ergänzung in der allgemeinen Regelung in § 233 BauGB, z. B. durch eine Ergänzung um folgenden Absatz 3:

„Soweit für Zulassungsentscheidungen nach anderen Gesetzen die Vorschriften über die Zulässigkeit von Vorhaben nach diesem Gesetz (§§ 29-38) maßgeblich sind, gelten für vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung förmlich eingeleitete Verfahren die bisher geltenden Rechtsvorschriften, soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist.“

5.1.2 Fehlende Bestimmtheit zu UVP-Prüfungspflicht

Die Fassung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 RefE BauGB 2012 knüpft die Frage der Privilegierung von Tierhaltungsanlagen daran an, ob für die entsprechende Anlage eine Prüfung nach dem Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (UVPG) erforderlich ist. Das UVPG differenziert aber danach, ob ab einer bestimmten Größenordnung einer Anlage grundsätzlich eine Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht besteht (Spalte 1) oder die Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht erst als Ergebnis einer Vorprüfung festzustellen ist (Spalte 2). Für einer Vorprüfung unterfallende Vorhaben entscheidet die Genehmigungsbehörde erst nach einer Umweltverträglichkeitsvorprüfung nach dem UVPG darüber, ob ein Vorhaben überhaupt UVP-prüfpflichtig ist. Nach der Konstruktion des UVPG soll das Ergebnis der Vorprüfung jedoch nur eine (unselbstständige) Verfahrenshandlung darstellen, die über die Modalitäten des weiteren Verfahrens entscheidet. Daher erscheint das Anknüpfen an die Notwendigkeit einer Umweltverträglichkeitsvorprüfung etwa in § 13 a Abs. 1 Satz 4 BauGB, § 13 Abs. 1 Ziffer 1 BauGB durchaus sachgerecht und unproblematisch: Denn stellt sich hier als Ergebnis einer Vorprüfung heraus, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung für das entsprechende Vorhaben erforderlich ist, ändert dies nur etwas an den Verfahrensvorschriften, nämlich, dass kein vereinfachtes Verfahren durchgeführt werden kann.

Da das UVPG an das Ergebnis der Vorprüfung keine zulassungsentscheidenden Folgen knüpft, ist es auch sachgerecht, die Entscheidung über die Notwendigkeit einer Vorprüfung nicht isoliert einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen (§ 3 a Satz 3 UVPG). Bei Umsetzung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 RefE BauGB 2012 stellte sich jedoch eine – für sich genommen nicht gerichtlich überprüfbare – Entscheidung als Entscheidung über die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens dar; dies begegnet Bedenken unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes gemäß Artikel 19 Abs. 4 GG. Zwar könnte der Bauwillige eine gerichtliche Überprüfung dadurch herbeiführen, dass er trotz der Entscheidung für die UVP-Pflichtigkeit einen entsprechenden Genehmigungsantrag nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) oder der Landesbauordnung stellt. Es entspricht jedoch nicht dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, dem Bauwilligen diesen Verfahrensschritt abzufordern, da das Ergebnis der Behördenentscheidung bereits zuvor feststeht. Auch die Möglichkeit der Beantragung eines Vorbescheides gemäß § 9 BImSchG bietet dem Bauwilligen keinen Ausweg, da die Beantragung eines Vorbescheides über die Frage der UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens eine unzulässige Umgehung des § 3a S. 3 UVPG darstellen dürfte.

Darüber hinaus gilt, dass der Prüfungsmaßstab für eine entsprechende gerichtliche Kontrolle des Ergebnisses einer Umweltverträglichkeitsprüfung bisher unklar ist. Die Regelung des § 3 a Satz 4 UVPG hinsichtlich der Einschränkung der Kontrolldichte greift nicht; denn sie wäre nur anwendbar, wenn die Feststellung lautete, dass keine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist. Mit welchem Maßstab die Gerichte die nach ihrer Konzeption „überschlägige“ Vorprüfung dann prüfen werden, wenn die Konsequenz dieser überschlägigen Vorprüfung eine Genehmigungsversagung sein kann, ist offen. Die Konzeption, dass zum Schutz der Umwelt eher eine Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht zu bejahen denn zu verneinen ist, vermag mit Blick auf die eigentumsrechtlichen Konsequenzen unter Umständen nicht mehr zu greifen.

Hinzu kommt ein weiteres: Zu jedem Genehmigungsantrag für derartige Vorhaben muss die belegene Gemeinde über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 BauGB entscheiden. Für Spalte-1-Verfahren nach dem UVPG kann sie unmittelbar ablesen, dass ein Bebauungsplan pla-

nungsrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Liegt aber mit dem Genehmigungsantrag lediglich die Vorprüfung des Einzelfalles vor, fehlt diese Orientierung.

Daher wäre es zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich entweder in § 35 Abs. 1 Nr. 4 oder einer entsprechenden Anlage zum BauGB die Obergrenzen definiert, bis zu der auch weiterhin von einer privilegierten planungsrechtlichen Zulässigkeit im Außenbereich auszugehen ist. Sollte der Gesetzgeber mit dem jetzigen Regelungsvorschlag dies bereits insoweit umsetzen wollen, dass die privilegierte Zulässigkeit jedenfalls unterhalb der Schwellen einer zwingenden Umweltverträglichkeitsprüfung, also unabhängig vom Ergebnis einer Vorprüfung geregelt sein sollten, so wäre dies in der Gesetzesfassung klarzustellen. Die Neufassung könnte dann ggf. wie folgt lauten:

In Absatz 1 Nr. 4 werden nach dem Wort „soll“ ein Komma und die Wörter „es sei denn, es handelt sich um die Errichtung oder Änderung einer baulichen Anlage zur Tierhaltung, die einer Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach Anlage 1 Spalte 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegt.“ eingefügt.

5.1.3 Klarstellung des Verhältnisses zwischen § 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BauGB

Weiter ist im Gesetzentwurf nicht formuliert, ob Tierhaltungsanlagen, die die Umweltverträglichkeitsprüfungsschwelle überschreiten, sich aber gleichzeitig als Bestandteil eines landwirtschaftlichen Betriebs gemäß § 201 BauGB darstellen, nunmehr auch hinsichtlich der planungsrechtlichen Privilegierung nach der neuen Spezialvorschrift in § 35 Abs. 1 Nr. 4 RefE BauGB 2012 zu beurteilen sind oder ob sie weiterhin als „mitgezogene Nutzung“ gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert im Außenbereich zulässig sein sollen. Vom Zweck der Regelung, ab einer bestimmten Größe der Tierhaltungsanlage einen Planungsvorbehalt zu schaffen, kann eine Unterscheidung zwischen „mitgezogenen“ oder selbstständigen Tierhaltungsanlagen nicht gewollt sein. Auch die Systematik spricht eher dafür, § 35 Abs. 1 Nr. 4 RefE BauGB 2012 als Spezialvorschrift im Verhältnis zur allgemeinen Regelungen in Nr. 1 anzusehen. So wird etwa auch die Spezialvorschrift für Biomasseanlagen in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB heute abschließend als Rechtsgrundlage für (landwirtschaftliche) Biogasanlage angesehen. Die Begründung des Referentenentwurfes spricht mit Blick auf § 35 Abs. 1 Nr. 4 RefE BauGB 2012 jedoch ausschließlich von „gewerblichen Tierhaltungsanlagen“. Zwar kennt das BauGB den Begriff der „gewerblichen Tierhaltungsanlage“ nicht. Er hat sich jedoch in der Diskussion eingebürgert zur Abgrenzung zwischen „landwirtschaftlichen Tierhaltungsanlagen“ im Sinne von §§ 201, 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB einerseits und sonstigen, nämlich „gewerblichen Tierhaltungsanlagen“, die der Privilegierungsvorschrift des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB in der jetzigen Fassung unterfallen. Wenn „landwirtschaftliche Tierhaltungsanlagen“ daher nach wie vor unabhängig von ihrer Größe nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert im Außenbereich zulässig sein sollen, dann sollte die geplante Ergänzung des § 35 Abs. 1 Nr. 1 RefE BauGB 2012 dies klarstellen. Es empfiehlt sich zum Beispiel folgende ergänzende Regelung:

In Absatz 1 Nr. 4 werden nach dem Wort „soll“ ein Komma und die Wörter „es sei denn, es handelt sich um die Errichtung oder Änderung einer baulichen Anlage zur Tierhaltung, die nicht dem Anwendungsbereich der Nr. 1 unterfällt und die einer Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegt.“ eingefügt.

5.2 Begünstigung allgemeiner Wohnnutzungen im Außenbereich

Der Gesetzgeber bezweckt mit der Ergänzung in § 35 Abs. 4 BauGB eine maßvolle Ausweitung des Begünstigungstatbestandes für die Zulassung von Wohnnutzungen im Außenbereich. Eine entsprechende Begründung ist dann sicherlich im Rahmen des § 35 Abs. 4, dann neu Satz 2 RefE BauGB

2012 am richtigen Ort geregelt. Die BRAK weist jedoch darauf hin, dass diese – gewollte – Begünstigung tatsächlich die Entstehung von Splittersiedlungen zur Folge haben kann. Im Ergebnis kann dies mittelfristig der mit der Novelle vor allem verfolgten Zielsetzung einer Stärkung der Innenentwicklung und einem Vorrang vor der Inanspruchnahme bisher land- und forstwirtschaftlicher Nutzungen entgegenstehen.

6. Eine „entsprechende“ Anwendung nur des § 15 Abs. 3 BNatSchG

Die beabsichtigte Änderung in § 1 a) Abs. 3 Satz 4 RefE BauGB 2012 kollidiert nach Ansicht der BRAK mit der Verweisungsnorm des § 18 Abs. 1 BNatSchG. Außerdem ist die Beschränkung auf Abs. 3 des § 15 BNatSchG mit dem Signal, dass andere Absätze dieser Bestimmung damit in ihrer Anwendbarkeit als ausgeschlossen angesehen würden, nicht gesetzeskonform. Die beabsichtigte Einfügung sollte gestrichen werden.

7. Betonung des Ziels „Information der Öffentlichkeit“

In § 4a Abs. 1 RefE BauGB 2012 soll als zusätzlicher Sinn der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung ausdrücklich die „Information der Öffentlichkeit“ genannt werden. Die geltende Regelung enthält aber einleitend zum bisherigen Funktionsbeschreibung das Wort „insbesondere“. Daraus ist bereits jetzt ersichtlich, dass es auch andere als die derzeit im Gesetz genannten Gründe für diese Verfahrensschritte gibt. Es gibt in den nachfolgenden Bestimmungen zahlreiche Verfahrensvarianten, bei denen die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nur fakultativ ist oder gekürzt wird. Es ist wenig sinnvoll, in der Generalvorschrift eine Betonung vorzunehmen, um anschließend zu demonstrieren, dass genau diese „Information der Öffentlichkeit“ dann im konkreten Verfahren erlässlich ist. Damit wird der eigentliche wohlmeinende Sinn der Ergänzung ins Gegenteil verkehrt. Die BRAK empfiehlt die beabsichtigte Ergänzung zu streichen.

Demgegenüber fällt die beabsichtigte Ergänzung in § 171d Abs. 1 RefE BauGB 2012 auf § 16 Abs. 2 BauGB wiederum für die Gesetzesklarheit unglücklich aus, hier geht es um die notwendige öffentliche Bekanntmachung. Die BRAK schlägt vor, statt der Formulierung der Verweisung hier ausdrücklich zu formulieren, so wie es in § 16 Abs. 2 BauGB heißt:

„Die Gemeinde hat die Satzung ortsüblich bekannt zu machen. Sie kann auch ortsüblich bekannt machen, dass eine Satzung nach dieser Vorschrift beschlossen worden ist; § 10 Abs. 3 Satz 2 bis 5 ist entsprechend anzuwenden.“

8. Bundeseinheitlicher Begriff des Vollgeschosses, Übergangsregelung

Die BRAK hält es für sachgerecht, dass nach langjähriger Diskussion der Gesetzgeber den Vollgeschossbegriff in der BauNVO einheitlich festlegt.

Die Regelung in § 245 a RefE BauGB 2012, wonach der bundeseinheitliche Vollgeschossbegriff rückwirkend auch für frühere Bebauungspläne gelten soll, ist aber nach Auffassung der BRAK nicht richtig:

Es gibt zahllose Bebauungspläne, die auf der Basis anders lautender landesrechtlicher Vollgeschossregelungen für die einzelnen Baugebiete je eine bestimmte Geschossfläche in qm festsetzen. Man muss davon ausgehen, dass darunter auch viele sind, deren Baurechte bisher nur in Teilen umgesetzt sind. Eine Neuregelung mit Rückwirkung wird dazu führen, dass in einigen Fällen „Baurechtsverluste“ allein deshalb eintreten, weil rückwirkend die Vollgeschosseigenschaft für etwas (nach neuem Recht) anzunehmen ist, das nach altem Recht vom Bauherrn bewusst geplant und von der Gemeinde auch

so gewollt genau kein Vollgeschoss war. Als Beispiel sei genannt, dass in Bayern heute für Kellergeschosse als Vollgeschoss ein Geschoss gilt, dessen Deckenunterkante 1,2 m über Gelände liegt. Das neue Recht geht mit 1,4 m von der Deckenoberkante für die Vollgeschosseigenschaft aus. Dementsprechend wird, wenn der Gesetzesentwurf Gesetz wird, in Bayern jedes Kellergeschoss Vollgeschoss, das zwar mit der Deckenunterkante 1,2 m über der Geländeoberfläche liegt, dessen Decke aber mehr als 20 cm dick ist. Der Grundstückseigentümer hat keinen Anspruch darauf, dass die Gemeinde den Bebauungsplan durch Erhöhung der zulässigen Geschossfläche ändert. Der bayerische Gesetzgeber hat in Art. 2 Abs. 7 BayBO neu 2008 die Geschosseigenschaft so definiert, wie sie jetzt im Gesetzesentwurf formuliert ist, er hat aber für Bebauungspläne die alte Vollgeschossregelung weiter gelten lassen, den Vollgeschossbegriff genau nicht geändert, aus wohlüberlegten Gründen zum Schutze der Baurechte bestehender Bebauungspläne. Die BRAK hält es für dringend erforderlich, die im Gesetzesentwurf vorgesehene Rückwirkung zu streichen. Es genügt auch nicht die für die anderen Änderungen eingeräumte 6-Monats-Frist gleichermaßen für anwendbar zu erklären, da die betroffenen Fälle in den Bebauungsplangebieten in den Städten in der Kürze der Zeit keinesfalls alle gefunden werden können. Dazu wäre nämlich die Aufklärung unter Hinzuziehung aller Baugenehmigungsakten etc. notwendig. Es sei hinzugefügt, dass derartige Baurechtsverluste durch rückwirkende Änderung des Bundesrechts auch in die Satzungshoheit der Gemeinden eingreifen, deren Bebauungspläne jeweils immer ausdrücklich die Formulierung mit Bezugnahme auf eine ganz bestimmte geltende Baunutzungsverordnung enthalten. Es wäre unvermeidlich, dass bei einer derartigen Rückwirkungsklausel auch Entschädigungsfragen für betroffene Grundstückseigentümer aufgeworfen wären. Das kann nicht Ziel der Übergangsregelung und des Gesetzgebungsverfahrens für dieses Gesetz sein.

* * *