Prof. Dr.-Ing. Ortwin Peithmann 03.06.2015

### Beitrag zu ZENARiO-Informationen

# „Unverantwortete Landschaften – Schwierigkeiten mit § 35 BauGB“

Der Autor ist Mitglied der Länderarbeitsgemeinschaft (LAG) Nord-West der Akademie für Raumforschung. Er hat der LAG vorgeschlagen, die Regelungen des § 35 Baugesetzbuch anhand der Erfahrungen im norddeutschen Raum zu überprüfen. Es gibt ein aktuelles „Positionspapier“ der ARL (Nr. 94, 2013) zum Reformbedarf bei § 35 BauGB. Die Reformvorschläge darin fokussieren auf eine stärkere Einschaltung der Regionalplanung bei privilegierten Vorhaben über eine Schärfung des Begriffs „raumbedeutsam“. Der Autor schlägt vor, einen Schritt weiter zu gehen und die Regelungskonstruktion des Paragrafen grundsätzlicher in Frage zu stellen. Im Rahmen einer “Sondierung“ wird zur Zeit geklärt, ob eine Fachtagung zu diesem Thema sinnvoll ist und welche Themen Inhalt einer solchen Tagung sein sollten. Eine Expertengruppe hat dazu am 22.05.2015 in Hamburg beraten.

Worum geht es bei § 35? Die Bürger gewinnen beim Blick in das Baugesetzbuch den Eindruck, dass die politischen Entscheidungsträger in ihren Gemeinden die Flächennutzung im Gemeindegebiet weitgehend autonom gestalten und dass die Bürger über die mehrfachen Beteiligungsrechte an Ergebnissen der Bauleitplanung daran mitwirken können. Einschränkungen der „gemeindlichen Planungshoheit“ werden für diejenigen Flächen verständlich, auf die aus übergeordneten Notwendigkeiten im Interesse der größeren Raumgemeinschaften zugegriffen werden soll. Dieser Zugriff kann baulich sein als Ergebnis einer Planfeststellung seitens einer Fachplanung. Er kann aber auch ein „negativer Zugriff“ in Form eines Schutzanspruchs für Flächen sein, wie sie insbesondere durch das Naturschutz- und Wasserrecht begründet werden. Auch hier spricht man von „Fachplanung“, weil sie sich auf einen fachlichen Blickwinkel und i.d.R. auch fachliche Trägerschaft für die Maßnahmen beziehen. Fachplanungen haben - wie die Raumplanung - i.d.R. eine mehrstufige Hierarchie zur Ableitung räumlich konkreter Entscheidungen. Diese Ableitungen machen die örtlichen Entscheidungen verständlich und begründen ihre Notwendigkeit. Die Gemeinden sind an den übergeordneten Festlegungen der Fachplanungen beteiligt. Die Fachstellen sind verpflichtet, Stellungnahmen der Gemeinden mit besonderem Gewicht in ihre Abwägung einzustellen. So können die Bedingungen des einzelnen Ortes und mittelbar auch die Positionen der Bewohner frühzeitig in die übergeordnete Planung einfließen.

Bei § 35 BauGB liegen die Verhältnisse anders. Über seine Regelungen erhalten ausgewählte Akteure Privilegien für den Zugriff auf Baurecht an Flächen, mit denen sich die Gemeinde im Rahmen ihrer Planungshoheit bisher nicht spezifisch beschäftigt hat. Sie liegen im „Außenbereich“, der durch das Fehlen von Bebauungsplänen oder das Vorhandensein von im Zusammenhang bebauten Ortsteilen definiert ist. Die Flächen im Außenbereich lassen sich der Menge nach grob in „Flächen für die Landwirtschaft“ und „Flächen für die Forstwirtschaft“ einteilen. Als solche werden sie im Flächennutzungsplan geführt. Die Flächen für die Forstwirtschaft sind in ihrem Bestand durch die Landeswaldgesetze gesichert, sie verändern sich durch periodischen Einschlag in ihrem Erscheinungsbild, bleiben aber über sehr große Zeiträume nutzungshomogen. Sie können hier außer Betracht bleiben.

Auf den „Flächen für die Landwirtschaft“ vollzieht sich demgegenüber – mit extremen regionalen Unterschieden, die sich vorrangig aus den natürlichen Bodenfunktionen ergeben – ein ständiger Wandel. Zum einen prägen veränderte Fruchtfolgen die Landschaft (Mais, Raps). Das erscheint nicht regelungsfähig und wegen der jährlichen Veränderbarkeit nicht regelungsbedürftig, es unterliegt den Marktbedingungen für die angebauten Feldfrüchte und steht in der Entscheidung der landwirtschaftlichen Betriebe. Zum anderen werden Bild und Funktion der Flächen für die Landwirtschaft von Gebäuden geprägt, für deren Errichtung § 35 BauGB die Voraussetzungen schafft. Damit nimmt er bezogen auf die Gemeinde als Träger der Planungshoheit eine Sonderstellung im Planungsrecht ein: Er verschafft dem Träger des Vorhabens im Rahmen weiter Kriterien eine Vorabgenehmigung durch den Bundesgesetzgeber, vorbei an Regionalplanung und Bauleitplanung. Der Bundestag vergibt so de facto Baurecht in den Gemeinden im Rahmen von Kriterien, ohne sich abwägend mit den Bedingungen der Örtlichkeit auseinanderzusetzen.

Das war hinnehmbar in der Zeit der Erstaufstellung des BauGB Ende der 50er Jahre (damals „Bundesbaugesetz“). In jener Zeit trat die Landwirtschaft idyllisch in Erscheinung, so wie sie heute noch in Kinderbüchern dargestellt wird. Infolge der Industrialisierung der Arbeitsabläufe im Wettbewerb sind landwirtschaftliche Betriebe inzwischen hochspezialisiert und zeigen folglich auch nach Bauvolumen, Standort und Verkehrserzeugung Ausprägungen, die denen von Gewerbe- und Industriebetrieben gleichen, von denen man folglich annehmen sollte, dass sie - so wie Gewerbe und Industrie (gem. §§ 8 und 9 der Baunutzungsverordnung (BauNVO)) - der gemeindlichen Planungshoheit unterliegen sollten.

Der Bundesgesetzgeber respektiert die Gemeinden lediglich mittelbar, indem er ihnen nach § 35 (3) BauGB einräumt, Pläne aufzustellen für entgegenstehende Nutzungen oder für die privilegierten Vorhaben selbst. Die bäuerlichen Betriebe sind davon jedoch ausgenommen. Von der Regulierung nach § 35 (3) BauGB wird in der Praxis leider nur wenig Gebrauch gemacht.

Diese Konstruktion des § 35 führt zu Unfrieden in den Gemeinden. Die aus der Planungshoheit nötigen Abwägungen trifft die im staatlichen Auftrag tätige Genehmigungsbehörde, den Standort wählt der Vorhabenträger. Es wirkt das Windhundverfahren oder „Müllerprinzip“, das zu Zeiten des Sachsenspiegels rechtlich relevant sein durfte, heute aber als Element von Planung nicht mehr gelten sollte. Mit dem Recht auf Zugriff in zeitlicher Reihenfolge nehmen sich die Landwirte untereinander – speziell aufgrund der gebotenen Abstände zwischen Ställen - in unkoordinierter Weise Entwicklungsspielräume, Flächen werden suboptimal genutzt. Die Mandatsträger in den Gemeinderäten haben das achselzuckend hinzunehmen. Hier stehen das Grundrecht auf „Eigentum“ nach Art. 14 für die Landwirte und Art 28 (2), die Selbstverwaltungsgarantie für die Gemeinden, im Konflikt, vielleicht auch die Absätze 1 und 2 des Art. 14 GG.

Es ist zu fragen, warum das in einer Zeit weiter so gilt, in der wir hohe Ansprüche an die sparsame und nachhaltige Flächennutzung stellen. Besteht hier ein stillschweigendes Übereinkommen zwischen dem Bundesgesetzgeber und Kommunalpolitikern, die sich aus den Entscheidungen vor Ort heraushalten möchten, weil sie Eingriffe in die wirtschaftliche Perspektive der ortsansässigen Landwirte bedeuten würden, denen man sich vor Ort politisch nicht aussetzen möchte? Darf sich Politik so ihrer Planungshoheit begeben?

§ 35 hat sich im Zeitablauf stark verändert. Sein Nutzungskatalog wurde ständig erweitert und der Entwicklung der landschaftsbeanspruchenden Technologien angepasst, zuletzt im Bereich der erneuerbaren Energien. Eine Besonderheit stellen zu fördernde Solaranlagen dar. Sie werden im EEG (§ 51, 2014) unter Planvorbehalt gestellt, der Gesetzgeber gibt zudem enge Standortkriterien vor. Warum kommen in diesen Fällen die Gemeinden ins Spiel, während ihnen eine vergleichbare Einflussnahme auf Betriebsgebäude der Landwirtschaft versagt wird? Den Bürgern ist das schwer zu erklären. Verstehen Kommunalpolitiker mehr von Photovoltaik als von Landwirtschaft?

§ 35 BauGB fällt auch insofern aus der Systematik des Gesetzes, als er eine Reihe von Abwägungskriterien für die Zulässigkeitsentscheidung unter Absatz 3 „Beeinträchtigung öffentlicher Belange“ aufführt, die überwiegend bereits in § 1 (6) enthalten sind und ebenso für andere als die privilegierten Vorhaben gelten müssten. Ähnliches gilt für die Kriterien im Absatz 5.

Ungewöhnlich filigran für ein Baugesetzbuch kommen die Regelungen des § 35 (4) BauGB daher, wo es um Freistellungen und Teilprivilegierungen geht. Hier werden Einzelregelungen zu Tatbeständen von Änderung, Umnutzung und Wiedererrichtung von Gebäuden von Landwirten getroffen, die auf Bundesebene kaum angemessen zu beurteilen sind. Die Verhältnisse dürften stark unterschiedlich sein zwischen touristisch bedeutsamen historischen Landschaften wie dem Allgäu und großstrukturierten Landschaften im Gebiet ehemaliger LPGs. Hier bieten sich regionale Vorgaben und lokale Gestaltungssatzungen eher zur angepassten Problemlösung an. Für baukörperbezogene Regulierungen und Fragen der Zulässigkeit von Minimalia (Schutzhütten, Haltestellen, Umspannhäuschen u.ä.) stehen ohnehin die Bauordnungen der Länder zur Verfügung.

Die genannten Argumente belegen eine ungewöhnliche und rechtssystematisch unzweckmäßige Ballung von Regelungen für die Landwirtschaft in § 35. Er ist Klientelparagraf in einem allgemeinen Baugesetz. Es kommt zu inhaltlichen Überschneidungen mit Fachgesetzen und Planungsrecht anderer Ebenen sowie Bauordnungsrecht. § 35 gehört nach Auffassung des Autors deshalb umfassend auf den Prüfstand. Seine schützende Funktion, mit der er vor der Entwicklung von anderen Instrumenten – insbesondere im Naturschutzrecht - den Außenbereich vor Zersiedlung bewahrt hat, ist dabei zu erhalten. Dies gehört aber vor die Klammer, z.B. in § 1 des BauGB. Andere ggf. nötige Begrenzungen der baulichen Entfaltung der Gemeinden wären als gebietsspezifische Vorgaben der überörtlichen Raumplanung zu gestalten. Die Begründung von Vorrängen für die Landwirtschaft gegenüber anderen Wirtschaftszweigen wäre, soweit das unter der Ausgestaltung der EU-Agrarpolitik nötig ist, im Landwirtschaftsgesetz zu regeln.

Die Fülle der aufgeworfenen Fragen lassen eine Vortragsveranstaltung der ARL – vor allem losgelöst von konkreten Gesetzgebungsaktivitäten - als sinnvoll erscheinen. Diese wird voraussichtlich im 1. Halbjahr 2016 stattfinden.