AKADEMIE
FÜR RAUMFORSCHUNG
UND LANDESPLANUNG
LEIBNIZ-FORUM FÜR RAUMWISSENSCHAFTEN

Planung im Außenbereich?
Wo Fuchs und Hase entscheiden.

„Planungs-, Entscheidungs- und Beteiligungsstrukturen im Außenbereich: Eine kritische Bestandsaufnahme“

Prof. Dr.-Ing Ortwin Peithmann, Universität Oldenburg

CARL VON OSSIETZKY universität OLDENBURG

Prof. Dr.-Ing. Ortwin Peithmann, 06.10.2016

ZENARIO Zentrum für nachhaltige Raumentwicklung in Oldenburg

An den Anfang stelle ich **biografische Hinweise** auf meine Anlässe zur Auseinandersetzung mit § 35 BauGB.

Ich hatte die Aufgabe, Studierende in der agrarischen Intensivregion Südoldenburg in Instrumente und Arbeitsweisen der Raumplanung einzuführen. Im Unterschied zur stadtorientierten Planerausbildung an den traditionellen Ausbildungsstätten durfte in Südoldenburg die Auseinandersetzung mit den Nutzungen des Außenbereichs - die sind dort prägend in ebener Landschaft – nicht fehlen.

Der Studiengang in Vechta hieß „Umweltmonitoring“. Er hatte seinen Schwerpunkt bei Planungsmethodik und Planungstechnik auf der Basis geographischer Informationssysteme. Der Blick der Studierenden ging von systematischer Analyse vor allem der naturräumlichen Gegebenheiten aus und zielte auf stringente datengestützte Folgerungen für die zukünftige Raumnutzung.

Folgender Text bedurfte für die Studierenden keiner weiteren Erläuterung: „Die Regelungen des Baugesetzbuchs über die Zulässigkeit von Vorhaben sind vom **Grundsatz der Planmäßigkeit** bestimmt.“ Er stammt aus der Einleitung zu § 35 BauGB im Kommentar von BATTIS/KRAUTZBERGER/LÖHR (1999). Am Grundsatz der Planmäßigkeit sollte sich die Ausbildung in Methoden und Verfahren während des Studiums ausrichten.

Auch die restriktive Forderung zur Zulässigkeit von Vorhaben traf die Erwartung der Studierenden, dass nämlich der Außenbereich grundsätzlich von Bebauung freizuhalten sei. Das passt zur Forderung nach „Nachhaltigkeit“ in den politischen Obersätzen zur Raumentwicklung.

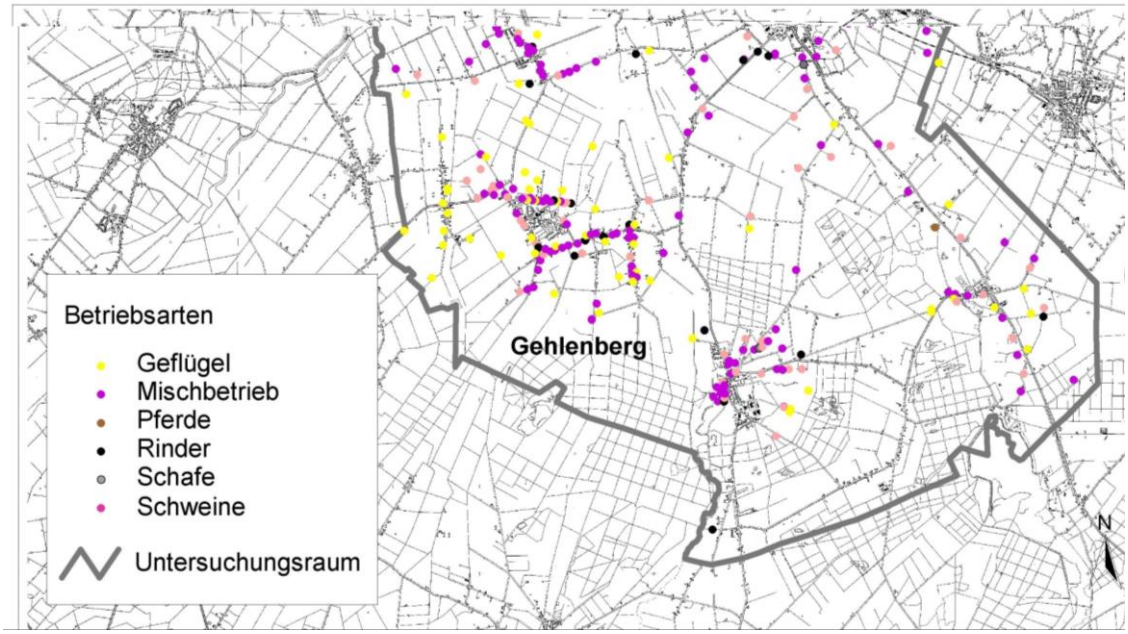
Umso erstaunlicher der Vergleich mit der Reallandschaft in Südoldenburg. Die Landschaft einer ganzen Region wird vom Regime des § 35 geprägt, der doch eigentlich nur Ausnahmen zulässt. Hier zur Veranschaulichung einige Abbildungen zu Stallanlagen:

Google

Der folgende Kartenausschnitt aus einer Untersuchung im Jahr 2002 zur Stadt Friesoythe zeigt die Verteilung der Stallanlagen im Ortsteil Gehlenberg.

Modelluntersuchung im Auftrag der Niedersächsischen Staatskanzlei:
Tauglichkeit eines raumordnerischen Instrumentes
"Vorranggebiet für gewerbliche Anlagen der Tierhaltung mit Ausschluss an anderer Stelle"

Stallstandorte nach Tierarten



Die hier gezeigten Ställe haben – soweit sie nicht bereits vor 1960 bestanden haben - ihre Genehmigungsgrundlage in § 35 BBauG/BauGB.

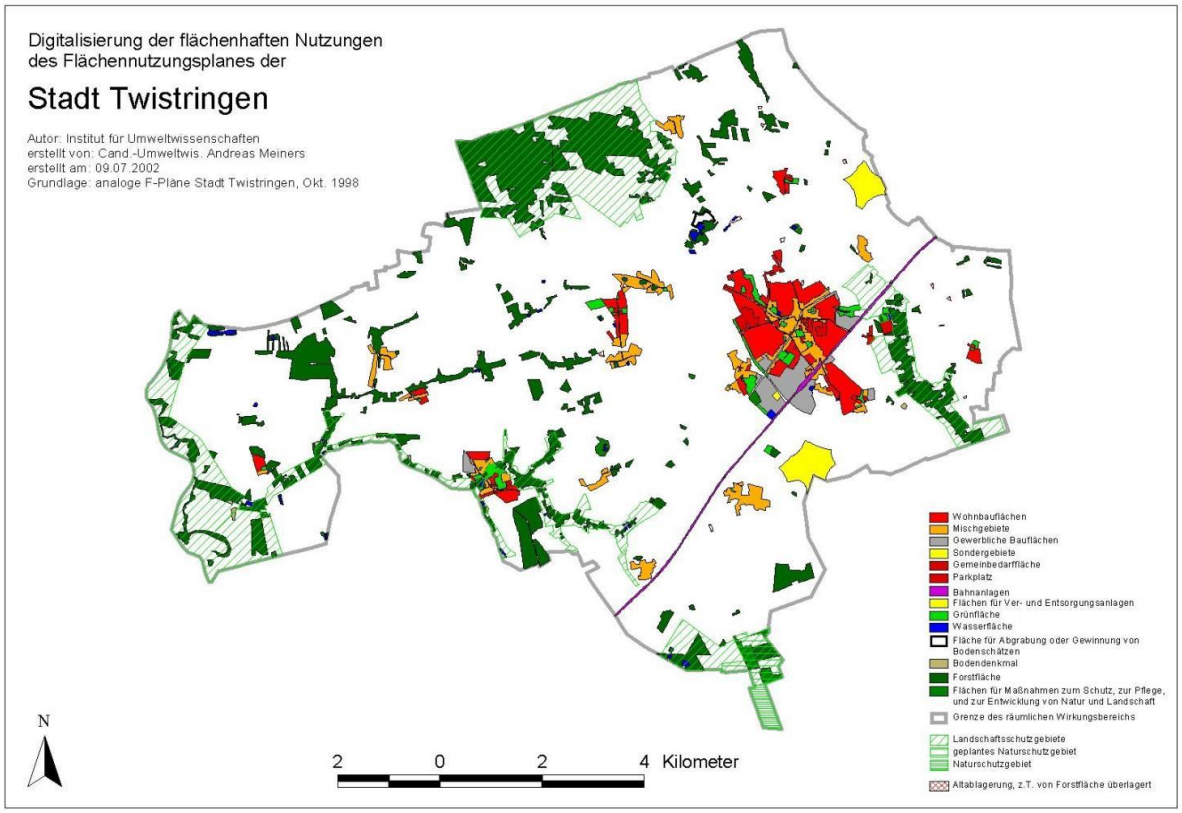
Der Ablauf der Entscheidung bei § 35 BauGB ließ sich einfach übersetzen in die Methodik der Geoinformationssysteme. Die Aufgabe lautet: Prüfe einen vom Vorhabenträger ausgewählten Standort darauf, ob sich die Flächen innerhalb der Wirkradien der belastenden Auswirkungen des Vorhabens auf seine Umgebung mit Flächen schneiden, die von Flächennutzungen eingenommen werden, die als empfindlich für die Belastungen definiert sind und dem Vorhaben **entgegenstehen**. Ist das nicht der Fall, prüfe, ob das Vorhaben über vorhandene Verkehrswege und Leitungen erschlossen ist oder durch Aufwendungen des Vorhabenträgers erschlossen werden soll und kann. Ist das der Fall, muss das Vorhaben genehmigt werden.

Absatz 2 des § 35 differenziert die Analyse für den Fall, dass in den Wirkradien Nutzungen gefunden werden, die als öffentliche Belange **beeinträchtigt**

werden können. Dann ist der Umfang der Beeinträchtigung zu quantifizieren und zu bewerten.

Die allgemeine Entscheidung des Bundesgesetzgebers wirkt hier wie eine simple Prüfschablone. Das erscheint auf den ersten Blick sachlich und gerecht. Was in der Rechtsprechung „ohne Ansehen der Person“ Sinn macht, macht in der Raumenwicklung „ohne Ansehen des Raumes“ allerdings keinen Sinn. So kann sich ein Raum mit Nutzungen füllen, aber deren sinnvolle Zuordnung im Ganzen bliebe rein zufällig und sehr unwahrscheinlich.

Die folgende Abbildung zeigt am Beispiel der Gemeinde Twistringen mit weißen Flächen, wie groß die Flächen einer Gemeinde sind, in denen keine öffentlichen Belange entgegenstehen oder beeinträchtigt werden können.



Gemessen am Grundsatz der Planmäßigkeit sind die Anforderungen des § 35 BauGB unzureichend. Eine systematische Herleitung günstiger Standorte unter Beteiligung anderer Interessen oder gar eine vorausschauende Konzepterarbeitung wären geboten, finden aber nicht statt.

Zudem fällt auf, dass die gebundene Entscheidung durch kommunale Stellen im Rahmen staatlicher Auftragsverwaltung auf der Basis einer Fülle unbestimmter Definitionen aus Gesetzgebung und Rechtsprechung stattfindet. Hier einige Beispiele dazu:

- vernünftiger Landwirt
- nach Lage der Dinge
- nach den jeweiligen Umständen
- wesensfremde Nutzung/Bebauung
- Vorprägung
- hinreichend verfestigt
- organische Beziehung
- siedlungsstrukturelle Unbedenklichkeit
- harmonische Beziehung zur vorhandenen Bebauung
- unorganische Streubebauung
- in ästhetischer Beziehung grob unangemessen
- nicht zu vermeidende Beeinträchtigungen sind in Rechnung zu stellen

Mit denen, die hier entscheiden müssen, möchte man nicht tauschen, zumal, wenn man sich die Fülle der in der Summe verwirrenden Rechtsprechung zu § 35 BauGB ansieht.

Die Bedeutung der Regelung und ihre Schwierigkeiten hat Felix WEYREUTHER (Bundesverwaltungsgericht, Vordenker zur Methodik der Abwägung) bereits 1979 festgestellt, „dass sich kaum eine andere Vorschrift in der Rechtsprechungsdichte mit § 35 BauGB messen könne, § 35 sei von eminenter Tragweite. Gegenstand seiner Regelung sei nicht weniger als die bauliche Nutzbarkeit des weitaus überwiegenden Teils der Bundesrepublik Deutschland; die Interessenkonflikte seien handgreiflich, der nicht nur wirtschaftliche Wert der betroffenen Interessen sei groß.“ 1)

Ab der Novellierung des BauGB im Jahr 1998 konnte ich enttäuschte Studierende mit der Regelung von § 35 (3) Satz 3 trösten, dass nämlich die Gemeinden durch ihre Flächennutzungsplanung auf die Abwägung Einfluss

nehmen können. Die gemeindliche Planung kann sich seitdem wirkungsvoll in die Anwendung von § 35 einmischen. Schon die Darstellung einer Nutzungsart aus dem Katalog des § 35 im Flächennutzungsplan verhindert „in der Regel“ die Genehmigungsfähigkeit an anderer Stelle. Auch die Regionalplanung kann Vorgaben für die räumliche Steuerung von Vorhaben im Außenbereich setzen.

Die Enttäuschung der Studierenden bezieht sich seitdem auf das geringe Maß an Aktivität, das die Kommunen bei der Wahrnehmung ihrer Planungshoheit an den Tag legen. Die Gemeinden wirken ja insofern auf den Außenbereich ein, dass sie dessen Ausdehnung durch periodisches Ausbringen neuer Baurechte in Bebauungsplänen verringern. Es ist ihnen in Niedersachsen dabei wichtig, dass sie dieses Recht ohne Einflussnahme durch die Landesplanung, konkret die Regionalplanung, ausüben. Dazu gab es parallel zu den Kommunalen Gebietsreformen in den 70er Jahren einen Streit zwischen den Positionen von Heinrich SIEDENTOPF für den Niedersächsischen Städte- und Gemeindebund 2) sowie Werner ERNST für das Niedersächsische Innenministerium. 3)

Basis war die Auslegung von Artikel 28, Art. 2, in dem es um die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung geht. *Da heißt es: „Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.“*
Der Streit endete so, dass es seitdem keine Vorgaben in den Regionalen Raumordnungsprogrammen mehr für die Siedlungsentwicklung der Gemeinden gibt. (Das ist allerdings nur in Niedersachsen so.)

Vor dem Hintergrund dieses historischen Ringens um die Gewährung von Planungshoheit wäre anzunehmen gewesen, dass sich die niedersächsischen Gemeinden ab 1998 mit Verve an die Arbeit gemacht hätten, um ihre Außenbereiche mit planerischen Bindungen zu füllen und dem Bundesgesetzgeber zu zeigen, was Selbstverwaltung bedeuten soll.
Stattdessen war zu beobachten, dass um den heißen Brei herumgeplant wurde. Siedlungsgebiete wurden in den Flächennutzungsplänen irrational aufgebläht, um Abstandspuffer zu potenziellen Bauanträgen aus der Landwirtschaft zu

bilden. Letztere selbst wurden dabei planerisch überhaupt nicht erfasst. Diese Praxis hatte die ausdrückliche Zustimmung durch die Genehmigungsbehörde.

Warum ist da so wenig geschehen? Vielleicht lag es daran, dass die privilegierten landwirtschaftlichen Betriebe von Satz 3 ausgenommen worden waren, oder daran, dass der Aufforderungscharakter des Gesetzestextes hier zu schwach ausgefallen ist: „Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“ Eigentlich eine Selbstverständlichkeit, die auch ohne diese Klarstellung hätte gelten müssen. Und: ein Imperativ klingt anders!

Aus beruflicher Erfahrung weiß ich, dass die Gemeinden und Landwirte der Region Schulterschluss üben, wenn es um die Abwehr planerischer Konzepte für den Außenbereich geht, speziell bei der Landwirtschaftsfraktion. Schon die Diskussion darüber kommt selten in Gang. Die Transparenz der Auseinandersetzung leidet darunter, dass allein die Äußerung von Vorteilen planerisch-gezielten Vorgehens zur Ausgrenzung führt.

Solch mangelnde Umsetzungsbereitschaft der Akteure reicht sicher als Kritik an einem Gesetz nicht aus. Ich sehe aber die Mängel des § 35 hauptsächlich darin, dass die Diskussion auf der Ebene des Bundesgesetzgebers vermutlich ähnlich ausfällt wie in den betroffenen Regionen: Stereotype wie die Verteidigung der freien unternehmerische Entscheidung und die Abwehr jeglicher Planwirtschaft müssen weiter dafür herhalten, § 35 BauGB zu zementieren.

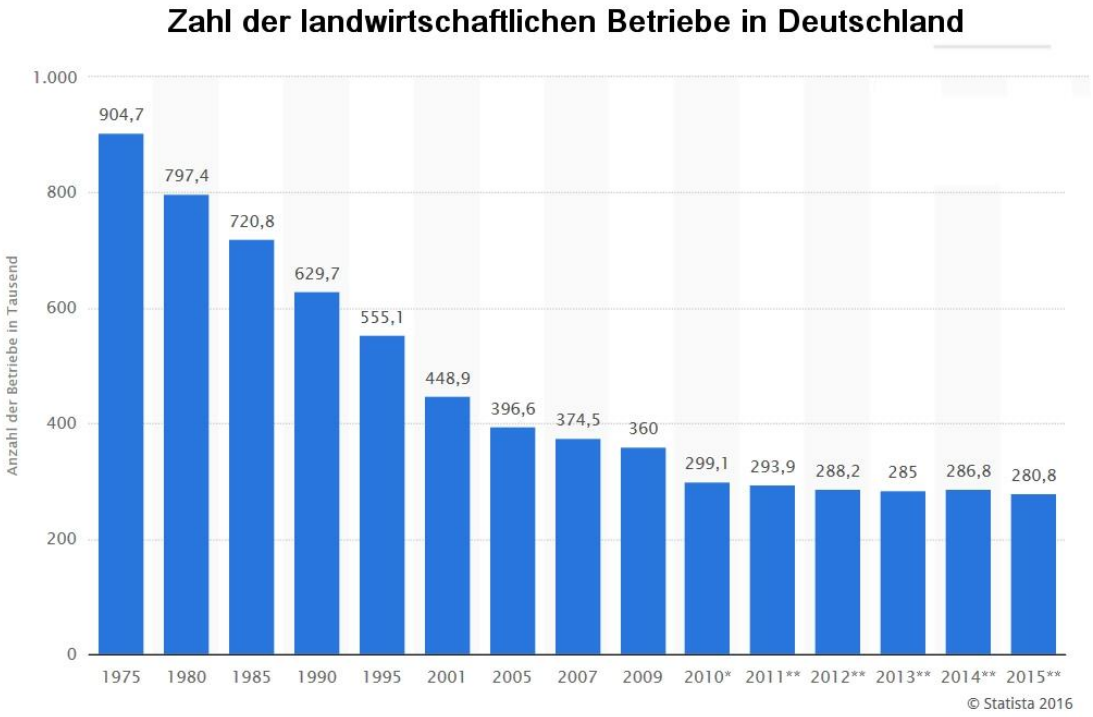
Dabei ist seit der Diskussion um das Bundesbaugesetz 1960 viel passiert, was in der Regulierungssphäre zum Außenbereich Auswirkungen hätte haben müssen. Ich will dazu sieben Punkte nennen:

1. Gegenüber dem Geburtsjahr des Baugesetzbuches 1960 sind die **Gemeinden größer und verwaltungsstärker** geworden. Ihre Zahl ist in Niedersachsen auf ¼ zurückgegangen. Diese Verwaltungseinheiten

können planerische Entscheidungen treffen, die ihnen ein fürsorglicher Gesetzgeber mit dem Baugesetzbuch von 1960 noch nicht zutrauen konnte und daher abgenommen hat.

2. Die Gemeinden nehmen ihre Steuerungsmöglichkeiten nach § 35 (3), Satz 3 in wachsendem Umfang wahr

3. Die Landwirtschaft besteht nicht mehr aus den Bauernhöfen mit Kreislaufwirtschaft, wie sie bis heute in den Kinderbuchbüchern abgebildet werden. Landwirtschaftliche Betriebe gleichen heute – mit Ausnahme der meisten Biobetriebe – fast ausnahmslos spezialisierten Gewerbebetrieben. Ihre Zahl ist erheblich zurückgegangen. Der Regelungsgegenstand des § 35 Abs 1, Ziff 1 stirbt aus.



4. Das Wachstum der Tierhaltung in der Nation ist offenbar grenzenlos. Es wird nicht – wie angenommen wurde - durch die Aufnahmekapazität der Mägen ihrer Einwohner oder das Interesse an Veggie-Days gedeckelt.

Der Tierfuttermarkt boomt und Deutschland wird mehr und mehr zum Fleischexportland auf der Basis von Futterimporten in einer globalen Wirtschaft. In diesen Tagen wurde in der Presse von einer zunehmenden Nachfrage von Einkäufern aus der Volksrepublik China nach Schweinefleisch aus Deutschland berichtet.

5. Die Nutzung regenerativer Energien wird weiter zunehmen, neben Windkraftanlagen und Solarfeldern benötigt die Energiewende Flächen im Außenbereich Anlagen für Umspannung und Speicherung.

6. Dazu kommt, dass der Außenbereich kleiner wird. Das liegt an dem immer noch weiter wachsenden Wohnflächenbedarf. Und auch die weitere ethnische Durchmischung der Bevölkerung dürfte statt zur Integration eher zu Segregation als zu Integration führen. Segregation aber bedeutet mehr Flächenbedarf.

7. Zudem haben sich die Anforderungen an räumliche Planung generell gewandelt: die gesetzliche Normierung des Anspruchs an **Nachhaltigkeit** in der Raumplanung fordert eine systematischere und ortsspezifischere Auseinandersetzung mit den Entwicklungszielen für die Freiräume als § 35 BauGB das anbieten kann. Der Nutzungsdruck auf knappe Flächen zwingt dazu, dass Optimierungspotenziale ausgeschöpft werden. Dazu müssen diese raumspezifisch informatorisch erschlossen werden. Das kann sachlogisch nicht wie bisher mit Bezug auf eine schlichte Schablone des Bundesgesetzgebers erfolgen.

8. Seit 1960 sind zahlreiche Fachplanungen entstanden, die mit eigenen Durchsetzungsinstrumenten die Nutzung des Außenbereichs beeinflussen. Diese Fachplanungen nehmen insbesondere der Ziffer 3. im Absatz 1 des § 35 seine Bedeutung. Die Bezugnahmen zwischen Fachgesetzen und Baugesetzbuch untereinander sind zudem oft unklar und bedürfen der Sortierung.

Der Gesetzgeber will sich offenbar nicht mehr auf die unspezifische Regulierung von oben verlassen. Er formuliert aus dem Fachrecht Anforderungen an eine konkretisierende Raumplanung. So setzt § 15 (1)) EEG 2012 und 2014 für Photovoltaik-Freiflächenanlagen eine Planfeststellung oder einen Bebauungsplan für die Förderung der Anlagen voraus.
Das Bundesumweltministerium forderte im August 2016 die Aufstellung eines Bebauungsplans als Voraussetzung für die Genehmigung von Vorhaben der Massentierhaltung („Regelungsüberlegungen zur Begrenzung und Verminderung der Intensivtierhaltung“) +++

9. Die Regionalplanung ist zum Regelinstrument für die Ausweisung von Gebieten für Windkraftanlagen geworden. Diese Aufgabe gibt das niedersächsische LandesRaumordnungsprogramm seit 1994 vor.

§ 35 wirkt wie aus der Zeit gefallen. Als letzter in der Folge der Paragrafen zur Zulässigkeit von Bauvorhaben war er einst Sammelkategorie für alles, was neben den B-Plänen und den Baulücken noch geregelt werden musste.
Er hat sich von einer knappen Ursprungsfassung zu einem „Gesetz im Gesetz“ entwickelt. Woran erkennt man das? § 35 definiert seine eigenen Gegenstände, er hat seine eigenen Abwägungskriterien, seine eigenen Ausnahmen und Ergänzungen und Bindungsregeln für diejenigen, die zulässige Nutzungen ausüben. Er wird von Fachplanungen ausgehöhlt und er kann von den Gemeinden ersetzt werden. Aber er hat auch die Unterstützung durch die von ihm Begünstigten. Dass diese nicht mehr dieselben sind, die der Gesetzgeber Ende der 50er Jahre im Blick hatte, bringt mich auf den Gedanken, ob § 35 BauGB nicht überflüssig sein könnte. Sein Fortfall würde viele Zweifelsfragen zu Zuständigkeiten und Auslegung beantworten. Die o.a. Veränderungen in den beiden letzten Jahrzehnten belegen, dass § 35 BauGB an Bedeutung verliert.

Es wäre ein Gebot der Rechtsbereinigung, § 35 BauGB in spezifischere Regelungen zu integrieren. Ich halte § 35 BauGB sogar für im Ganzen ersetzbar und ich halte es für geboten, dass das ernsthaft geprüft wird.
Dazu lege ich mit den folgenden Abbildungen einen vorläufigen Vorschlag vor, der auf die Ersetzbarkeit der Teile des Paragrafen durch Regelungen an anderer Stelle hinweisen soll.

Ersatz für die Regelungen des § 35 BauGB

Ort im BauGB	Regelung	Ersatz
Abs. 1	1. landw./forstw. Betrieb 2. Betrieb gartenbaulicher Erzeugung	Bauleitplanung der Gemeinde, BauNVO = „Hofgebiet“; evtl. Abwägungsvorrang im Landwirtschaftsgesetz oder in § 1 (6) BauGB regeln
	3. Fernmeldewesen - öffentliche Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser - Abwasserwirtschaft - ortsgebundenen gewerblichen Betrieb	Vorbereitung von Standortsystemen über Fachplanung(skonzepte), Aufteilung auf Planfeststellung, Plangenehmigung bzw. Bauleitplanung
	4. wg. besonderer Anforderungen an die Umgebung, nachteiliger Wirkungen auf die Umgebung, besonderer Zweckbestimmung nur im Außenbereich	Bauleitplanung der Gemeinde
	5. Wind- oder Wasserenergie 6. energetische Nutzung von Biomasse 7. Entsorgung radioaktiver Abfälle 8. Anlagen für die Nutzung solarer Strahlungsenergie auf Gebäudeflächen WH in § 51 (1) 1. EEG 2014	Vorbereitung von Standortsystemen über Fachplanung(skonzepte), Konkretisierung über Regionalplanung und Bauleitplanung

Ort im BauGB	Regelung	Ersatz
Abs. 2	sonstige Vorhaben	Planfeststellung, Plangenehmigung oder Bauleitplanung der Gemeinde
Abs. 3	Beachtens- und Berücksichtigungspflichten	können entfallen , Normen sind redundant zu § 1 (6) BauGB, sie sind ggf. dort zu ergänzen bzw. zu konkretisieren
	Vorrang von Planungen zum gleichen Gegenstand	irrelevant bei Fortfall von §35 BauGB
Abs. 4	Umnutzung, Wiederherstellung, Erweiterung	in den Bauordnungen der Länder zu regeln; regionsspezifische Anforderungen über Satzungen

Ort im BauGB	Regelung	Ersatz
Abs. 5	schonende, flächensparende Bebauung	kein Unterschied zum Innenbereich, hier überflüssig, im Zweifel bei § 1 BauGB noch einmal verstärken
	Forderung nach bestimmungsgemäßer Nutzung	überflüssig, Grenzen der Umnutzung vorh. Bausubstanz sind in der BauNVO oder den Bauordnungen der Länder zu regeln
	Rückbauverpflichtung	i.d.R. im Fachrecht geregelt, Erfordernis ggf. im B-Plan vorzugeben, Konstruktion über Baulast nach Bauordnungen der Länder
Abs. 6	Satzung für Baurecht in bestehenden Siedlungsansätzen im Außenbereich	Bauleitplanung der Gemeinde

Grundsätzlich gilt, dass die Genehmigung oder Freistellung von geringfügigen Änderungen in Gestalt oder Nutzung von Gebäuden in den Bauordnungen der Länder geregelt wird.
Für die vereinfachte Aufstellung von B-Plänen bei Widerspruch zum F-Plan hinaus gilt § 8 (3) BauGB (Parallelverfahren).
Zur Entlastung der Gemeinden stehen darüber hinaus der Vorhaben- und Erschließungsplan (§ 12 BauGB) und der städtebauliche Vertrag (§ 11 BauGB) zur Verfügung.

Zitate:

1) HOPPE, Werner (1993): Die rechtliche Wirkung von Zielen der Raumordnung und Landesplanung gegenüber Außenbereichsvorhaben (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB), in: DRIEHAUS, Hans-Joachim und BIRK, Hans-Jörg (Hrsg.): Baurecht – Aktuell, Köln u.a., S. 89-110.
2) SIEDENTOPF, Heinrich (1977): Gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie im Verhältnis zu Raumordnung und Landesplanung – Ist die raumordnerische Festlegung für Gemeindeteile durch die Landesplanung verfassungsrechtlich zulässig? Gutachtliche Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Speyer.
3) ERNST, Werner; SUDEROW, Wolfgang (1976): Die Zulässigkeit raumordnerischer Festlegungen für Gemeindeteile, Rechtsgutachten für den Niedersächsischen Minister des Innern, Hannover.