BECKER BÜTTNER HELD

# Vorschlag für eine gesetzliche Regelung zur Schaffung von (bezahlbarem) Wohnraum als „überragendes öffentliches Interesse"

*Kurz-Stellungnahme für den GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e. V.*

## A. Hintergrund

Um den hohen Bedarf an bezahlbarem Wohnraum in Deutschland zu decken, soll der Wohnungsbau deutlich beschleunigt werden. Als Hemmnis erweisen sich dabei u.a. die Planungs- und Genehmigungsverfahren für den Neubau von Wohnungen. Der GdW prüft daher als mögliches Instrument, die Regelung zum Vorrang der erneuerbaren Energien nach § 2 EEG 2023 auf das Interesse an bezahlbarem Wohnungsbau zu übertragen. § 2 EEG 2023 bestimmt u.a., dass die Errichtung und der Betrieb von Erneuerbaren-Energien-Anlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen und als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden soll. Das Ziel des GdW ist es, durch eine entsprechende Regelung im Baurecht dem Bedarf an bezahlbarem Wohnraum im Planungs- und Genehmigungsverfahren stärkeres Gewicht einzuräumen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich dem GdW die Frage, ob eine Übertragung der Regelungstechnik des § 2 EEG 2023 auf das Baurecht und den Belang des bezahlbaren Wohnraums rechtlich zulässig ist und welche Auswirkungen dies hätte.

## B. Rechtliche Kurzbewertung

### I. Überragendes öffentliches Interesse in § 2 EEG und anderen Gesetzen

Die Bewertung eines Belangs als **überragendes öffentliches Interesse** wurde – soweit ersichtlich – erstmals in § 2 EEG gesetzlich geregelt. Für Erneuerbare-Energien-Anlagen wurde als besonderes Hemmnis identifiziert, dass entgegenstehenden Belange wie solche des Naturschutzrechts oder des Denkmalsschutzrechts oftmals der Vorrang eingeräumt wurde, wohingegen der Ausbau der erneuerbaren Energien wenig Berücksichtigung fand. § 2 EEG ist allerdings allgemein formuliert und entfaltet seine Wirkung im Hinblick auf alle möglichen konkurrierenden Belange und in allen Planungs- und Zulassungsentscheidungen der Behörden.

Die Regelung in § 2 EEG, der zum 01.01.2023 eingeführt wurde, ist mittlerweile auch vielfach in der **Praxis der Gerichte** angewendet worden und hat sich dabei als **wirkungsvoll erwiesen**. Etliche auch obergerichtliche Entscheidungen haben den erneuerbaren Energien z.B. bei der Abwägung mit anderen Belangen den Vorrang eingeräumt – jeweils ausdrücklich mit Verweis auf § 2 EEG 2023. [1] Die Entscheidungen beziehen sich nicht nur auf Aspekte des Denkmalschutzes oder das

[1] VGH Mannheim, Urt. v. 12.10.2022 – 10 S 2903/21, BeckRS 2022, 39407; OVG Münster, Urt. v. 27.10.2022 – 22 D 243/21.AK –, juris; OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22, NordÖR 2023, 212; OVG Münster, Urt. v. 31.10.2023 – 7 D 187/22.AK = BeckRS 2023, 31410

Naturschutzrecht/ Artenschutzrecht, sondern erfassen auch das Bauplanungsrecht, das Bauordnungsrecht und das Prozessrecht.[2]

Im Anschluss an § 2 EEG wurden Regelungen zu einem überragenden öffentlichen Interesse zwischenzeitlich auch in **zahlreichen anderen Bundesgesetzen** eingeführt, und zwar im Schnellladegesetz für die Errichtung von Schnellladepunkten (§ 1a SchnellLG), im Fernstraßenausbaugesetz für bestimmte Bundesfernstraßen (§ 1 Abs. 3 FStrAbG), im Bundesschienenwegeausbaugesetz für bestimmte Schienenwege (§ 1 Abs. 3 BSWAG), im Wärmeplanungsgesetz für Erneuerbare-Wärme-Anlagen und Wärmenetze (§ 2 Abs. 3 WPG), im Netzausbaubeschleunigungsgesetz für das Übertragungsnetz (§ 1 Abs. 2 NABEG ) und im aktuellen Referentenentwurf für ein Beschleunigungsgesetz zur Genehmigung von Geothermieanlagen, Wärmepumpen sowie Wärmespeichern (§ 2 Abs. 3 GeoWG[3]).

## II. Bezahlbarer Wohnraum als überragendes öffentliches Interesse ist rechtlich zulässig

Nach unserer Einschätzung wäre eine gesetzliche Regelung, wonach die Schaffung von bezahlbarem Wohnungsbau im überragenden öffentlichen Interesse liegt und als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführende Schutzgüterabwägung eingebracht werden soll, rechtlich zulässig.

Eine solche Regelung, die sowohl an die Gemeinden als Planungsträger der Bauleitpläne und die Baugenehmigungsbehörden als zuständige Behörden im Baugenehmigungsverfahren adressiert wäre, ist mit der **Planungshoheit der Gemeinden gem. Art. 28 Abs. 2 GG** vereinbar. Eingriffe in die planerische Gestaltungsfreiheit der Gemeinden sieht das BauGB auch an anderer Stelle vor, z.B. indem Gemeinden ihre Pläne an die Ziele der übergeordneten Raumordnung anpassen müssen, § 1 Abs. 4 BauGB oder Planungen in überörtlichen Planfeststellungsbeschlüssen von Festsetzungen in Bebauungspläne abweichen können, § 38 BauGB.

Einer solchen Regelung dürfte auch nicht entgegenstehen, dass dem Interesse an bezahlbarem Wohnraum – im Gegensatz etwa zum Ausbau der erneuerbaren Energien als Teil des Klimaschutzgebots gem. Art. 20a GG[4] – **kein Verfassungsrang** zukommt.[5] Dem Gesetzgeber kommt ein weiter Spielraum bei der Entscheidung zu, was er einfachgesetzlich als überragendes öffentliches Interesse einstuft. So hat der Gesetzgeber z.B. auch die Errichtung von Schnellladepunkten[6] oder den Bau von bestimmten Bundesfernstraßen[7] zum überragenden öffentlichen Interesse erklärt,

---

2 Siehe die ausführliche Darstellung bei Sailer/Militz, Das überragende öffentliche Interesse und die öffentliche Sicherheit nach § 2 EEG 2023, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 31 vom 02.11.2023 sowie Birkhölzer, Ein Jahr § 2 EEG – eine Rechtsprechungsübersicht, ZNER 2023, 374 ff.

3 Entwurf des BMWK vom 28.06.2024.

4 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021, - 1 BvR 2656/18 -.

5 Einige Bundesländer sehen in ihren Verfassungen hingegen ein „Recht auf angemessenen Wohnraum" vor; Vgl. *zum „Recht auf Wohnen" im Grundgesetz, den Verfassungen der Bundesländer und der EU-Mitgliedstaaten* Sachstand des Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestags vom 29.05.2019 WD 3 – 3000 – 120/19; Die Fraktion DIE LINKE hatte 2020 einen Antrag in den Deutschen Bundestag eingebracht, ein Grundrecht auf Wohnen in das Grundgesetz mitaufzunehmen, war damit aber gescheitert, Vgl. BT Drucksache 17/3433.

6 § 1a Schnellladegesetz.

7 § 1 Abs. 3 Fernstraßenausbaugesetz.

ohne dass deren Errichtung Verfassungsrang zukommt. Zur Begründung, dass bezahlbarer Wohnraum im überragend öffentlichen Interesse liegt, ließe sich u.a. auf entsprechende Rechte in den Verfassungen der Bundesländer, das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG oder den von Deutschland ratifizierten Art. 11 Abs. 1 des UN-Sozialpakts verweisen.

## III. Auswirkungen einer entsprechenden Regelung auf Wohnungsbauvorhaben

### 1. Wirkungsweise des überragenden öffentlichen Interesses

Die Wirkungsweise der Schaffung eines besonderen öffentlichen Interesses liegt darin, dass der zu schützende Belang – die Schaffung (bezahlbaren) Wohnraums – bei bestimmten Entscheidungen der Gerichte und Behörden vorrangig zu beachten ist. Dies setzt voraus, dass die gesetzlichen Regelungen der Behörde oder dem Gericht einen Entscheidungsspielraum geben und die Entscheidung nicht durch einen eindeutigen gesetzlichen Wortlaut vorbestimmt ist. Ein solcher Entscheidungsspielraum besteht insbesondere bei Schutzgüterabwägungen bzw. Abwägungsentscheidungen, z.B. im Planungsrecht, bei Ermessensentscheidungen, bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln oder in der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Bei § 2 EEG ist es anerkannt, dass der Vorrang auch bei landesrechtlichen Regelungen zu beachten ist.[8]

Zu beachten ist, dass die Berücksichtigung als überragendes öffentliches Interesse nicht zu einem umfassenden und absoluten Vorrang des Belangs führt. Es wird lediglich ein relativer Vorrang gegenüber anderen Belangen geregelt, wobei im Einzelfall andere Belange gleichwohl insgesamt stärker gewichtet werden. Da es sich bei der Schaffung von Wohnraum nicht um ein unmittelbar verfassungsrechtlich geschütztes Gut handelt, kann die Einführung eines überragenden öffentlichen Interesses auch nicht allein zu einem Überwiegen gegenüber verfassungsrechtlich geschützten Gütern führen, soweit diese in der Abwägung zu berücksichtigen sind.

### 2. Wirkungsweise bei Wohnungsbauvorhaben

Für die Errichtung von Wohnungen ist eine Baugenehmigung erforderlich. Die Erteilung der Baugenehmigung ist zwar keine Ermessensentscheidung.[9] Der Baugenehmigungsbehörde sind jedoch im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Vorhaben nach dem Bauplanungsrecht (BauGB) auf Tatbestandsebene einige Abwägungsentscheidungen eröffnet. Dies betrifft beispielhaft (und ohne Anspruch auf Vollständigkeit) die folgenden Aspekte:

- Befreiung von Festsetzungen des Bebauungsplans im Einzelfall gem. § 31 Abs. 2, 3 BauGB.
- Abweichung vom Erfordernis des Einfügens in die Eigenart der näheren Umgebung im unbeplanten Innenbereich gem. § 34 Abs. 3a BauGB
- Unzulässigkeit von baulichen Nutzungen im Einzelfall wegen Verstoß gegen Gebot der Rücksichtnahme

---

8 Zu § 2 EEG siehe im Einzelnen Sailer/Militz, Das überragende öffentliche Interesse und die öffentliche Sicherheit nach § 2 EEG 2023, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 31, C. IV.

9 Vgl. den Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung in den Bauordnungen der Bundesländer.

- Ausnahme von der Veränderungssperre gem. § 14 Abs. 2 BauGB
- Abweichungen vom (im Landesrecht geregelten) bauordnungsrechtlichen Abstandsgebot.[10]

Wohngebiete sind außerdem regelmäßig Gegenstand eines Bebauungsplans. Dabei kann die Einführung des überragenden öffentlichen Interesses Abwägungsentscheidungen beeinflussen, z.B. in folgenden Bereichen (ebenfalls ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- Bei der Aufstellung von Bebauungs- wie auch von Flächennutzungsplänen sind Gemeinden gem. § 1 Abs. 6, 7 BauGB verpflichtet, private und öffentliche Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.
- Gemeinden haben im Rahmen von städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen gem. § 136 Abs. 4 BauGB, städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen gem. § 165 Abs. 3 BauGB und der Festlegung von Stadtumbaugebieten gem. § 171b Abs. 2 BauGB private und öffentliche Belange abzuwägen.

## IV. Spezifische Fragen bei Einführung einer entsprechenden Regelung

Bei einer Regelung, wonach die Schaffung von bezahlbarem Wohnungsbau im überragend öffentlichen Interesse liegt und als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführende Schutzgüterabwägung eingebracht werden soll, wären aus unserer Sicht folgende Punkte noch genauer zu erwägen bzw. ggf. zu prüfen:

### 1. Schutzgut

Zunächst müsste geklärt werden, welches konkrete Schutzgut von der Vorrangwirkung umfasst sein sollte. So könnte fraglich sein, was genau unter „bezahlbarem Wohnungsbau" oder „angemessenem Wohnraum"[11] zu verstehen ist. Dies sollte, ggf. auch in der Gesetzesbegründung, klar bestimmt werden. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, die Vorrangwirkung auf den gesamten Wohnungsbau zu erstrecken.

Auch ist denkbar, die Regelung auf Gebiete zu beschränken, in denen bezahlbarer Wohnraum besonders knapp und notwendig ist. So könnte die Regelung auf Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten im Sinne des § 250 BauGB beschränkt werden. Ggf. ist diese Beschränkung aber zu eng, und es könnte auf andere Kriterien (Miethöhe, Grundstückspreise etc.) zurückgegriffen werden.

[10] Vgl. OVG Berlin, Urt. v. 07.06.2023 – OVG 3a A 57/23 für Windkraftanlagen.

[11] So der Wortlaut in den Landesverfassungen von Berlin und Bayern.

BECKER BÜTTNER HELD

## 2. Befristung

Mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit und die politische Akzeptanz der Regelung könnte erwogen werden, die Regelung – wie im SchnelladeG[12] – zeitlich zu befristen und regelmäßig zu evaluieren.

## 3. Regelungsort

Die Aufnahme der Regelung in das BauGB wäre inhaltlich naheliegend. Da das überragende öffentliche Interesse nicht nur auf Abwägungen durch die Gemeinden beim Aufstellen der Bauleitpläne wirken, sondern allgemein für alle behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen gelten soll, sollte die Regelung nicht nur an die Abwägung im Bauleitverfahren gem. § 1 Abs. 7 BauGB anknüpfen. Dies müsste durch die systematische Stellung der Regelung und den Regelungsinhalt klar normiert werden.

Zu überlegen wäre auch, ob über das BauGB hinaus auch eine Regelung auf der höheren Planungsebene, z.B. im Raumordnungsgesetz, sinnvoll wäre, um dem Belang des bezahlbaren Wohnraums auch bei der Aufstellung von Regional- und Raumordnungsplänen stärkeres Gewicht einzuräumen.

Berlin, 4. November 2024

Dr. Wieland Lehnert
Rechtsanwalt

Julia Ludwig
Rechtsanwältin

[12] § 1a SchnellLG: „Die Errichtung und der Betrieb von Schnellladepunkten und Schnellladestandorten an Bundesfernstraßen liegt im überragenden öffentlichen Interesse, **solange und soweit eine bedarfsdeckende Ausstattung noch nicht erreicht ist.** Das Bundesministerium für Digitales und Verkehr gibt den Zeitpunkt, zu dem die bedarfsdeckende Ausstattung mit Schnellladepunkten und Schnellladestandorten erreicht ist, im Bundesanzeiger bekannt."