


Berlin

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Julia Templin
Linus Viezens
Grigori Lagodinsky
Dr. Julia-Pia Schütze, LL.M.
Malika Meyer-Schwickerath
Dr. Jasper von Detten
Udo Paschedag

Augsburg

Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Prof. Dr. Valentin Köppert, LL.M.



Stellungnahme zu § 22 BauGB (Nebenwohnungen) und § 13a BauNVO (Ferienwohnungen) des BauGB- Referentenentwurfs aus der Sicht der Beratungs- praxis für Fremdenverkehrsgemeinden

Rechtsanwältin Dr. Maren Wittzack

Berlin, 04.07.2016

I. Ausgangsbewertung

Aus der anwaltlichen Beratungspraxis können zwei wesentliche Kernanliegen von Fremdenverkehrsgemeinden bezüglich des Mit- bzw. Nebeneinander von (Dauer-)Wohnen, Ferienwohnen, Touristenbeherbergung sowie Freizeitwohnen (in einer Nebenwohnung) identifiziert werden:

- Eröffnung von Möglichkeiten der planungsrechtlichen Absicherung und Steuerung eines Nutzungsmixes aus Dauerwohnen, Touristenbeherbergung und Vermietung von Ferienwohnungen, insbesondere auch mit Vorgabe zu Nutzungsanteilen (Mindestnutzungsanteil für Dauerwohnen) innerhalb eines Gebäudes;
- Eröffnung von Möglichkeiten zur Verhinderung der Umwandlung von Dauerwohnraum in Freizeitwohnraum (insbesondere in zu Freizeit Zwecken genutzte Zweit- bzw. Nebenwohnungen).

Beiden Anliegen trägt der Referentenentwurf (Stand: 16.06.2016) zur BauGB/BauNVO-Novelle „zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt“ Rechnung und ist daher hinsichtlich des Regelungsziels und des zum Ausdruck kommenden Problembewusstseins grundsätzlich sehr zu begrüßen. Einige Aspekte des Entwurfs geben indes Anlass zu weiterführenden Überlegungen.

II. Weiterführende Überlegungen

1. Freizeitwohnungen

Die Verdrängung von Dauerwohnraum durch Nutzung als Freizeitwohnungen (Freizeit Zwecken dienende Nebenwohnungen) stellt das dringendste Problem von Fremdenverkehrsgemeinden dar. Die Wohnbevölkerung findet keinen adäquaten, bezahlbaren Wohnraum mehr und die auf die Bedürfnisse der Dauerwohnbevölkerung ausgerichtete Versorgungsinfrastruktur (soziale und kulturelle Einrichtungen ebenso wie Ver- und Entsorgungsanlagen) wird mangels hinreichender Ausnutzung durch die Zweitwohnungsnutzer zunehmend gefährdet.

Daher ist es zunächst ausdrücklich zu begrüßen, die Festsetzungsmöglichkeiten in Fremdenverkehrssatzungen gemäß § 22 BauGB um Genehmigungsvorbehal-

te im Zusammenhang mit der Begründung bzw. Modifikation von Bruchteileigentum (§ 1008 BGB) zu erweitern. Die Begründung von Bruchteileigentum einschließlich Regelungen nach § 1010 Abs. 1 BGB (Zuweisung von Räumen zur ausschließlichen Benutzung durch einen oder mehrere Miteigentümer und Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft) haben sich in der Praxis als „klassische“ Umgehungstatbestände entwickelt: Anstelle der bereits unter Genehmigungsvorbehalt stehenden Bildung von Wohnungseigentum (mit „Freizeitwohnungspotenzial“) weichen Grundstückseigentümer auf die Bildung von Bruchteileigentum aus und gestalten dies im Ergebnis wie Wohnungseigentum.

Sehr zu begrüßen ist darüber hinaus, dass *„die Nutzung von Räumen in Wohngebäuden oder Beherbergungsbetrieben als Nebenwohnung“* unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden soll, *„wenn die Räume insgesamt mehr als 6 Monate im Jahr unbewohnt sind“*. Auch dieser Ansatz ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings sind zwei wesentliche Problemkreise zu benennen:

- zu erwartende Vollzugsdefizite, die ggf. noch durch Ergänzungen des Gesetzestextes, zumindest aber der Gesetzesbegründung, abgemildert werden können (dazu a));
- ungeklärtes Verhältnis zu den insoweit bestehenden Festsetzungsmöglichkeiten in B-Plänen (dazu b)).

a) **Vollzugsschwierigkeiten**

Die Regelung bezieht sich auf „Nebenwohnungen“. Diese unterscheiden sich gemäß § 21 Bundesmeldegesetz (BMG) von Hauptwohnungen dadurch, dass sie nicht die *„vorwiegend benutzte Wohnung des Einwohners“* sind, sondern dessen *„jede weitere Wohnung im Inland“*. Gemäß § 21 Abs. 4 BMG ist der Meldebehörde durch die meldepflichtige Person mitzuteilen, welche weiteren Wohnungen im Inland sie hat und welche ihre Hauptwohnung ist. Wie die Abgrenzung, d. h. die Bestimmung der Hauptwohnung vorzunehmen ist, regelt sich nach § 22 BMG. Gemäß § 22 Abs. 3 BMG handelt es bei der vorwiegend benutzten Wohnung im Zweifel um diejenige, *„wo der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen des Einwohners liegt.“*

In aller Regel wird man davon ausgehen können, dass es sich bei einer 6 Monate im Jahr unbewohnten Wohnung nicht um eine Hauptwohnung handeln wird. Umgekehrt wird man in der Regel davon ausgehen können, dass eine als Nebenwohnung angemeldete Wohnung auch eine solche ist, die mehr als 6 Monate im Jahr unbewohnt ist. Aus der Anmeldung einer Nebenwohnung im melderechtlichen Sinne kann daher in aller Regel geschlossen werden, dass es sich um eine genehmigungspflichtige Nebenwohnung i. S. d. § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BauGB handelt.

Im Hinblick auf den gestalterischen Erfindungsreichtum, der für den Zweitwohnungs-Immobilienmarkt prägend ist, scheint jedoch insbesondere das Tatbestandsmerkmal „*insgesamt mehr als sechs Monate im Jahr unbewohnt*“ Präzisierungsbedarf gegeben zu sein. Insbesondere sollte durch den Gesetzgeber geklärt werden, ob darunter 6 Monate am Stück oder aber insgesamt mehr als 182 Tage im Jahr zu verstehen sein sollen. Im Hinblick auf die typische Nutzungsstruktur einer Freizeitwohnung, die darin bestehen dürfte, eine Vielzahl von Wochenenden sowie einige Ferienwochen eines Jahres in der Nebenwohnung zu verbringen, erweist sich eine Auslegung des Sechs-Monats-Zeitraums im Sinne eines halben Jahres „am Stück“ nicht als zielführend. Sachangemessen dürfte hingegen eine Regelung sein, dergemäß die Nebenwohnung dem Genehmigungsvorbehalt unterliegt, „*wenn die Räume insgesamt an mehr als der Hälfte der Tage eines Jahres unbewohnt sind.*“

Wenn auch insoweit auf normativer Ebene Klarheit geschaffen werden kann, bleibt dennoch die Effizienz der Regelung auf der Vollzugsebene fraglich. Im Hinblick darauf, dass keine dementsprechende Anordnungsbefugnis ersichtlich ist, bleibt es hinsichtlich des Sanktionierungsinstrumentariums (neben melderechtlichen Sanktionen gemäß § 54 BMG) bei dem (neuen) Ordnungswidrigkeitentatbestand in § 213 BauGB, wonach die Nutzung eines Raumes ohne die erforderliche Genehmigung als Nebenwohnung eine Ordnungswidrigkeit darstellt, für die ein Bußgeld von bis zu 25.000,00 € angedroht wird. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen obliegt es dem „strafenden“ Staat, den Nachweis über das begangene Unrecht zu führen. In aller Regel wird man im Falle einer Anmeldung als Nebenwohnung von einer Wohnnutzung im Umfang von weniger als der Hälfte der Tage eines Jahres ausgehen können. Zwingend ist dies indes

nicht. Zudem wird schon die Behauptung des Wohnungsinhabers, er habe die Wohnung zeitweise Dritten (Bekanntem, Freunden, Familienmitgliedern) überlassen, so dass sie nicht „unbewohnt“ war, die Gemeinde in Beweisschwierigkeiten bringen.

Abgesehen davon würde aber selbst dann, wenn die Formel „angemeldete Nebenwohnung = genehmigungsbedürftige Nebenwohnung“ als Regel zutreffen sollte, damit keineswegs das Problem gelöst, dass faktische Freizeitwohnungen de facto in Fremdenverkehrsgemeinden häufig als Hauptwohnungen angemeldet, aber nicht als solche genutzt zu werden.

Soll sich der begrüßenswerte Genehmigungsvorbehalt für Nebenwohnungen in Fremdenverkehrsgemeinden nicht als „zahnloser Tiger“ entpuppen, so sollte zugleich über ein Instrumentarium zur Verbesserung des Vollzugs nachgedacht werden, um die Gemeinden mit entsprechenden Reaktionsmöglichkeiten auszustatten.

b) Verhältnis § 22 BauGB zum Bauplanungsrecht

Der Wortlaut des neuen § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BauGB enthält ebenso wenig wie die Gesetzesbegründung einen Anhaltspunkt dafür, ob es sich bei der Regelung um die *abschließende* öffentlich-rechtliche Maßnahme zur Regulierung der Nebenwohnungsnutzung (neben den steuerrechtlichen Zweitwohnungsregelungen) handeln soll, oder aber ob das Innehaben einer Freizeitwohnung zugleich auch Gegenstand von Festsetzungen im Rahmen der Bauleitplanung sein kann und soll.

Hintergrund dieser Fragestellung ist, dass bislang in Rechtsprechung und Literatur keine Einigung darüber besteht, ob das Nutzen einer Wohnung als Freizeitwohnung überhaupt einen Sachverhalt darstellt, der den typisierenden Betrachtungen des Bauplanungsrechts zugänglich ist. Jedenfalls das OVG Greifswald scheint konsequent davon auszugehen, dass Freizeitwohnungen ohne Weiteres eine Ausprägung des *Wohnens* i. S. d. jeweiligen Absätze 1 der §§ 3 und 4 BauNVO sei. Einige Stimmen in der Literatur treten dem entgegen und nehmen den Standpunkt ein, *Wohnen* i. S. d. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 BauNVO umfasse von vornherein den Tatbestand des *Freizeitwohnens* nicht. Dies hätte zur Folge, dass eine Freizeitwoh-

nungsnutzung nur in den dafür ausgewiesenen Sondergebieten gemäß § 10 Abs. 3 BauNVO zulässig wäre.

Wieder andere Stimmen gehen davon aus, dass Freizeitwohnnutzungen eine *unterscheidbare* und daher auch typisierbare *Unterform* des Wohnens seien, die durch Einsatz des Feinsteueringstrumentariums (§ 1 Abs. 5 bzw. Abs. 9 BauNVO) ausgeschlossen werden könnten.

Im Hinblick darauf, dass die Frage keineswegs rein akademischer Natur ist, sondern vielmehr auch die Planungspraxis der Fremdenverkehrsgemeinden prägt und beschäftigt, wäre insoweit eine gesetzgeberische Klarstellung sehr wünschenswert. M. E. spricht nichts dagegen, Satzungen nach § 22 BauGB mit Genehmigungsvorbehalten für Freizeitwohnungen einerseits und das bauplanungsrechtliche Festsetzungsinstrumentarium nebeneinander (alternativ oder kumulativ) den Gemeinden zur Verfügung zu stellen. Festsetzungen in Bebauungsplänen, die das Freizeitwohnen in reinen oder allgemeinen Wohngebieten ausschließen oder zur lediglich ausnahmsweise zulässigen Nutzung erklären, haben den Vorteil, dass die im Einzelfall zulässige Nutzung auch in die entsprechende Baugenehmigung aufgenommen wird, so dass neben den Gemeinden (die die Einhaltung ihres Satzungsrechts gemäß § 22 BauGB überwachen) auch die staatlichen Bauaufsichtsbehörden mit den entsprechenden Eingriffsinstrumentarien zur Überwachung bzw. Sanktionierung berufen wären.

2. § 13a BauNVO

Nachdem sich in der Rechtsprechung nicht allgemein die Auffassung durchsetzen konnte, bei der Vermietung von Ferienwohnungen handele es sich um (ggf. nicht störende) Gewerbebetriebe, schienen Ferienwohnungen überhaupt nur noch in entsprechenden Sondergebieten gemäß § 10 Abs. 4 BauNVO zulässig zu sein. Da zudem Rechtsprechung (Ausnahme: *OVG Lüneburg*, Urt. v. 18.09.2014, Az.: 1 KN 123.12) und wesentliche Teile der Ministerialverwaltung (insbesondere der Länder Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern) die Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* (namentlich Urt. v. 11.07.2013, Az.: 4 CN 7/12) dahingehend interpretiert haben, dass die planerische Festsetzung eines Nutzungsmixes aus Dauerwohnen und Ferienwohnungen mangels Verträglich-

lichkeit unzulässig sei, wurde die gemeindliche Planungspraxis, die in den Fremdenverkehrsgemeinden gerade darauf angewiesen ist, diesen gewachsenen und aufrechtzuerhaltenden Nutzungsmix abzusichern, vor erhebliche Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit gestellt.

Daher erweist sich der Regelungsansatz, in allen Gebietstypen, in denen gewohnt werden darf, auch Ferienwohnungen als regelmäßig oder ausnahmsweise zulässige Nutzung zu normieren, als sinnvoll und zielführend.

In Verbindung mit dem Feinsteuerungsinstrumentarium gemäß § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO dürften sich in vielen Fällen passgenaue Regelungen in Bebauungsplänen festsetzen lassen, die den Besonderheiten bestehender und beabsichtigter Gebiete hinreichend Rechnung tragen.

Aus unserer Beratungspraxis ist uns bekannt, dass Fremdenverkehrsgemeinden derzeit (ungeachtet der o. g. Rechtsunsicherheit) den Weg beschreiten, über Sondergebiete „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ einen gewachsenen Nutzungsmix planungsrechtlich abzusichern, der sich dadurch auszeichnet, dass die verschiedenen Nutzungen „unter einem Dach“ stattfinden: Wohngebäude mit (im Vergleich zum Wohnen untergeordneter) Nutzung von Ferienwohnungen oder Ferienzimmern (unter Ausschluss von Freizeit-, also Nebenwohnungen). Hierbei liegt das Planungsziel darin, die gewachsene Struktur zu erhalten und insbesondere durch Festsetzung eines Mindestanteils an Dauerwohnen das Überhandnehmen touristischer Nutzungen zu verhindern.

Es ist fraglich, ob die Festsetzung derartiger Sondergebiete in Fremdenverkehrsgemeinden in Zukunft zulässig bleibt. Zwar dürfte der legislatorischen Gleichsetzung von Ferienwohnungen mit (nicht störenden) Gewerbebetrieben und damit deren Ermöglichung in grundsätzlich allen (dem Wohnen dienenden) Gebieten zugleich die Wertung zu entnehmen sein, dass Dauerwohnen und Ferienwohnnutzungen keineswegs miteinander unverträgliche Nutzungen sind. Die Festsetzung eines Sondergebiets setzt jedoch des Weiteren voraus, dass sich das planerische Ziel nicht durch Festsetzung eines typisierten Baugebiets gemäß §§ 2 bis 10 BauNVO erreichen lässt (§ 11 Abs. 1 BauNVO). Lässt sich das Planungsziel durch Festsetzung eines Baugebiets gemäß §§ 2 bis 10 BauNVO – unter Zuhilfenahme des Feinsteuerungsinstrumentariums gemäß § 1 Abs. 4 bis 10

BauNVO! – erreichen, so ist der Anwendungsbereich des § 11 BauNVO verschlossen.

Hierzu sollte die Gesetzesbegründung Stellung nehmen, zumal die Initiative des Landes Mecklenburg-Vorpommern zur entsprechenden Änderung der BauNVO (BR-Drs. 141/15), auf den sich der aktuelle Gesetzesentwurf auch bezieht, vorschlägt, „*Gebiete für die Fremdenbeherbergung, Ferienwohnungen und Dauerwohnen*“ als explizit genannte Sondergebiete gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 BauNVO vorzusehen. Jedenfalls sollte diese Alternative im weiteren Gesetzgebungsverfahren mit in Betracht gezogen werden.

3. Klarstellungs- und Regelungsbedarf

Abschließend ist festzustellen, dass hinsichtlich folgender Gegenstände Klarstellungs- bzw. Regelungsbedarf besteht:

- Definition des Sechs-Monats-Zeitraums in § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BauGB,
- Verhältnis des Instrumentariums gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BauGB zu bauplanungsrechtlichen Festsetzungen bezüglich Freizeit-Nebenwohnungen,
- Erforderlichkeit einer Ermächtigung zur Festsetzung eines SO „Dauerwohnen und Touristenbeherbergung“ entsprechend der MV-Gesetzesinitiative.