

# Städtebaurecht: Zulässigkeit von Vorhaben - Rechtsschutz

## Rechtsprechungsbericht

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Richter am Anwaltsgerichtshof NRW, Münster/Osnabrück\*

*\*Das Städtebaurecht befindet sich weiterhin in einer Konsolidierungsphase. Von den Neuregelungen des EAG Bau unangefochten, bewegt sich die Rechtsprechung alles in allem in ruhigem Fahrwasser. Die Gerichte sind weiterhin bestrebt, zwischen überbordenden Rechtsschutzmöglichkeiten und gemeindlichen Planungsautonomien klaren Kurs zu halten. Bei diesem Gleichgewicht austarierter städtebaulicher Interessen kann die Praxis auch durch die neuen Anforderungen der Umweltprüfung nicht nachhaltig aufgeschreckt oder gar außer Kurs gebracht werden.*

### I. Planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben

Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben beurteilt sich nach §§ 29 bis 37 BauGB. Die Rechtsprechung hat sich vor allem mit Befreiungen, der Planreife und der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben im Innenbereich und im Außenbereich befasst.

#### 1. Vorhaben nach § 29 BauGB

Zur Frage des Bestandsschutzes eines im Außenbereich stehenden Kottens, wenn die Baugenehmigungsbehörde dessen (möglicherweise illegale) Instandsetzung für Wohnzwecke aufsichtsbehördlich "begleitet" hat<sup>1</sup>.

#### 2. Vorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans

Das Vorliegen einer "Vertrauensgrundlage" für Vorbereitungen des Eigentümers zur Verwirklichung von im Bebauungsplan vorgesehenen Nutzungsmöglichkeiten setzt nicht voraus, dass für das beabsichtigte Vorhaben die Erschließung bereits vorhanden bzw. im Sinne des § 30 Abs. 1 BauGB "gesichert" ist. Es reicht aus, wenn mit der Erschließung in absehbarer Zeit etwa auch durch den Eigentümer selbst in Verwirklichung seines Vorhabens gerechnet werden kann<sup>2</sup>.

#### 3. Befreiung

Gründe des Wohls der Allgemeinheit erfordern eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB nicht erst, wenn den Belangen der Allgemeinheit auf keine andere Weise als durch Befreiung entsprochen werden könnte, sondern bereits dann, wenn es zur Wahrnehmung des jeweiligen öffentlichen Interesses vernünftigerweise geboten ist, mit Hilfe der Befreiung das Vorhaben an der vorgesehenen Stelle zu verwirklichen. Auch dann, wenn andere Möglichkeiten zur Erfüllung des Interesses zur Verfügung stehen, kann eine Befreiung zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses vernünftigerweise geboten sein. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles; dabei kann es auch auf Fragen der Zumutbarkeit und Wirtschaftlichkeit ankommen<sup>3</sup>.

Ob die Grundzüge der Planung im Sinne von § 31 Abs. 2 BauGB berührt werden, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Entscheidend ist, ob die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwider läuft. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung in der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist<sup>4</sup>.

Ein Anspruch auf Erteilung einer Befreiung gemäß § 31 Abs. 2 BauGB für ein Wohnbauvorhaben auf einer als "Öffentliche Grünfläche/Parkanlage" festgesetzten Fläche scheidet aus, wenn sich der Plangeber im Planaufstellungsverfahren aufgrund von entsprechenden Anregungen mit der Frage einer Bebauung des fraglichen Grundstücks befasst und sich unter Abwägung der widerstreitenden privaten und öffentlichen Interessen bewusst gegen eine Ausweisung als Bauland entschieden hat<sup>5</sup>.

#### 4. Planreife (§ 33 BauGB)

Allein das Interesse, Klarheit über die Rechtslage zu erlangen, rechtfertigt es nicht, ein Verfahren, das das Stadium der Abschlussreife erlangt hat, offen zu halten. Sieht der Planungsträger gleichwohl davon ab, mit dem Formalakt der Bekanntmachung einen Schlusstrich unter seine Planung zu ziehen, so macht er von § 33 BauGB einen unzulässigen dysfunktionalen Gebrauch<sup>6</sup>. § 33 Abs. 1 BauGB daher ist nicht anwendbar, wenn der Planungsträger erklärt, alles zum Abschluss des Planaufstellungsverfahrens Erforder-

---

\* Zum Städtebaurecht *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 9. Aufl. 2005; *Erbguth/Wagner*, Grundzüge des öffentlichen Baurechts, 4. Aufl. München 2005; *Gelzer/Bracher/Reidt*, 7. Aufl. Köln 2004; *Hoppe/Bönker/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. München 2004; *Krautzberger/Söfker*, BauGB, 7. Aufl. Heidelberg 2004; *Stüer*, Städtebaurecht 2004, Bd. 5 der Schriftenreihe Planungsrecht, Osnabrück 2004; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 3. Aufl. München 2005 und *ders.*, Der Bebauungsplan, 3. Auflage München 2006; *Stüer/Rude*, DVBl. 1999, 210; *dies.*, DVBl. 1999, 299; *dies.*, DVBl. 2000, 312; *dies.*, DVBl. 2000, 390; *Stüer*, DVBl. 2003, 966; *ders.*, DVBl. 2003, 1030; *ders.* 2004, 83. Zum Fachplanungsrecht *Stüer/Hermanns*, DVBl. 1999, 513; *dies.*, DVBl. 2000, 1428; *dies.*, DVBl. 2002, 435; *dies.*, DVBl. 2002, 514; *dies.*, DVBl. 2003, 711; *Stüer*, DVBl. 2003, 899; *Stüer/Probstfeld*, Die Planfeststellung, München, 2003. Zum Umweltrecht *Stüer/Hönig*, DVBl. 1999, 1325; *dies.*, DVBl. 2000, 1189; *dies.*, DVBl. 2001, 1179; *dies.* DVBl. 2004, 282; *dies.*, DVBl. 2004, 481.

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 8.5.2003 – III ZR 68.02 –, DVBl. 2003, 1053 = ZfBR 2003, 688 – Kotten.

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 28.10.2004 – III ZR 25.04

<sup>3</sup> BVerwG, Beschluss vom 5.2.2004 – 4 B 110.03 –, BauR 2004, 1124 = ZfBR 2004, 471 – Befreiung von Bebauungsplanfestsetzung zugunsten einer Mobilfunksendeanlage.

<sup>4</sup> BVerwG, Beschluss vom 19.5.2004 – B 35.04 –.

<sup>5</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 20.2.2004 – 10 A 4840/01 –, BauR 2004, 1125 – Bauvorbescheid.

<sup>6</sup> BVerwG, Urteil vom 1.8.2002 – 4 C 5.01 –, BVerwGE 117, 25 = DVBl. 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken.

liche getan zu haben, aber den Bebauungsplan nicht durch öffentliche Bekanntmachung nach § 10 Abs. 3 Satz 1 BauGB in Kraft setzt<sup>7</sup>.

## 5. Einzelhandel - FOC

Eine Gemeinde ist grundsätzlich berechtigt, durch einen Bebauungsplan großflächigen Einzelhandel im Plangebiet zu beschränken, um auf der Grundlage eines durch Marktforschungsgutachten getragenen Einzelhandelskonzepts die mit erheblichen Investitionen umgestaltete Innenstadt als Einzelhandelszentrum zu festigen und auszubauen<sup>8</sup>.

Die Zulassung eines Außenbereichsvorhabens kann am öffentlichen Belang des Planungserfordernisses scheitern. Ein solches Erfordernis liegt vor, wenn das Vorhaben einen Koordinierungsbedarf auslöst, dem nicht das Konditionalprogramm des § 35 BauGB, sondern nur eine Abwägung im Rahmen einer förmlichen Planung angemessen Rechnung zu tragen vermag.

Besteht im Verhältnis benachbarter Gemeinden ein qualifizierter Abstimmungsbedarf i.S. des § 2 Abs. 2 BauGB, so ist dies ein starkes Anzeichen dafür, dass die in § 35 Abs. 3 BauGB aufgeführten Zulassungsschranken nicht ausreichen, um ohne Abwägung im Rahmen einer förmlichen Planung eine Entscheidung über die Zulässigkeit des beabsichtigten Vorhabens treffen zu können. Von einem qualifizierten Abstimmungsbedarf ist dann auszugehen, wenn das Vorhaben die in § 11 Abs. 3 Satz 1 BauNVO bezeichneten Merkmale aufweist.

Die Bedeutung des § 2 Abs. 2 BauGB im Rahmen des allgemeinen Abwägungsgebots liegt darin, dass eine Gemeinde die ihre eigenen Vorstellungen selbst um den Preis von gewichtigen Auswirkungen für die Nachbargemeinde durchsetzen möchte, einem erhöhten Rechtfertigungszwang in Gestalt der Pflicht zur (formellen und materiellen) Abstimmung im Rahmen einer förmlichen Planung unterliegt. Die Missachtung eines solchermaßen begründeten Planungserfordernisses berührt zugleich den durch § 2 Abs. 2 BauGB erfassten Rechtskreis und verletzt dadurch die Nachbargemeinde in eigenen Rechten.

§ 11 Abs. 3 BauNVO erfasst Betriebe, die entgegen dem städtebaulichen Leitbild, durch die Standorte des Einzelhandels eine funktionsnahe Beziehung zum Wohnen herstellen, an wohnungsfernen, verkehrlich schlecht oder nur mit dem Auto erreichbaren Standorten auf großer Fläche ein Warenangebot für den privaten Bedarf der Allgemeinheit bereithalten. Er zielt darauf ab, den Einzelhandel an den Standorten zu sichern, die in das städtebauliche Ordnungssystem funktionsgerecht eingebunden sind. Dass auf diese Weise die Wirtschaftsstruktur in den zentralen Versorgungsbereichen gestärkt wird, ist nicht Selbstzweck. Der Schutz der mittelständischen Wirtschaft dient nicht als Mittel dafür, bestimmte Wettbewerbsverhältnisse zu stabilisieren. Vielmehr soll sichergestellt werden, dass durch die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben an peripheren Standorten nicht die wirtschaftliche Existenz derjenigen Betriebe bedroht oder gar vernichtet wird, die eine verbrauchernahe Versorgung gewährleisten.

Das Erfordernis einer förmlichen Planung gehört zu den nicht benannten öffentlichen Belangen. Dieser öffentliche Belang bringt zum Ausdruck, dass die in § 35 BauGB enthaltenen Vorgaben nicht ausreichen, um eine Entscheidung über die Zulässigkeit des beabsichtigten Vorhabens treffen zu können. Das im Außenbereich zu verwirklichende Vorhaben kann eine Konfliktlage mit so hoher Intensität für die berührten öffentlichen und privaten Belange auslösen, dass es die in § 35 BauGB vorausgesetzte Entscheidungsfähigkeit des Zulassungsverfahrens übersteigt. Ein derartiges Koordinierungsbedürfnis ist zu bejahen, wenn die durch das Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einen in erster Linie planerischen Ausgleich erfordern, der seinerseits Gegenstand einer abwägenden Entscheidung zu sein hat. Eine in diesem Sinne "abwägende" Entscheidung ist nach dem Gesetz weder der Genehmigungsbehörde noch der Gemeinde im Rahmen des § 36 Abs. 1 BauGB zugestanden. Sie ist nach §§ 1 ff. BauGB allein in einem Bauleitplanverfahren zu treffen<sup>9</sup>.

## 6. Mobilfunkanlagen

Eine Mobilfunkanlage kann unter den Voraussetzungen einer Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB planungsrechtlich zulässig sein<sup>10</sup>. Die Erfüllung der Anzeigepflicht des Betreibers einer Hochfrequenzanlage nach § 7 Abs. 1 der 26. BImSchV ist keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Plangenehmigung für diese Anlage. Der Fortgang der Forschung als solcher reicht nicht aus, um einmal gewonnene Erkenntnisse und darauf beruhende Grenzwertfestsetzungen des Verordnungsgebers als überholt und nicht mehr bindend anzusehen. Der Belang, von wirtschaftlichen Nachteilen verschont zu bleiben, die Folge objektiv nicht begründbarer Immissionsbefürchtungen sind, ist in der Abwägung nicht schutzwürdig<sup>11</sup>.

Der Einhaltung der in Gesetzen oder Rechtsverordnungen im Sinne des § 906 Abs. 1 Satz 2 BGB festgelegten Grenz- oder Richtwerte kommt Indizwirkung dahingehend zu, dass eine nur unwesentliche Beeinträchtigung vorliegt. Es ist dann Sache Beeinträchtigten, Umstände darzulegen und zu beweisen, die diese Indizwirkung erschüttern. Bei einer von einer Mobilsendeanlage ausgehenden Beeinträchtigung durch elektromagnetische Felder, die die Grenzwerte der 26. BImSchV einhalten, muss der Beeinträchtigte zur Erschütterung dieser Indizwirkung darlegen – und ggf. beweisen, dass ein wirtschaftlich begründete Zweifel an der Richtigkeit der festgelegten Grenzwerte und ein fundierter Verdacht einer Gesundheitsgefährdung besteht<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> BVerwG, Urteil vom 1.8.2002 – 4 C 5.01 –, BVerwGE 117, 25 = DVBl. 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken.

<sup>8</sup> VG Freiburg, Urteil vom 24.3.2004 – 7 K 1249/03 –, KommJur 2004, 192 – Einzelhandel.

<sup>9</sup> BVerwG, Beschluss vom 11.8.2004 – 4 B 55.04.

<sup>10</sup> BVerwG, Beschluss vom 5.2.2004 – 4 B 110.03 –, Mobilfunksendeanlage.

<sup>11</sup> BVerwG, Urteil vom 10.12.2003 – 9 A 73.02 –, Mobilfunkanlage.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 13.2.2004 – V ZR 217/03 –.

Die aus Art 2 Abs. 2 Satz 1 GG abzuleitende staatliche Schutzpflicht gebietet nicht, alle nur denkbaren Schutzmaßnahmen zu treffen. Deren Verletzung kann vielmehr nur festgestellt werden, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben<sup>13</sup>.

Der Ordnungsgeber ist verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, die geltenden Grenzwerte zum Schutz vor Immissionen zu verschärfen, über deren gesundheitsschädliche Wirkungen keine verlässlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen. Eine Pflicht des Staates zur Vorsorge gegen rein hypothetische Gefährdungen besteht nicht. Die geltenden Grenzwerte könnten nur dann verfassungsrechtlich beanstandet werden, wenn erkennbar ist, dass sie die menschliche Gesundheit völlig unzureichend schützen. Zu Recht weist das OVG darauf hin, es sei allein eine politische Entscheidung des Ordnungsgebers, ob er Vorsorgemaßnahmen in einer solchen Situation der Ungewissheit sozusagen "ins Blaue hinein" ergreifen will. Das Gericht muss auch nicht eine eigene Risikoabschätzung ggf. auf der Grundlage einer Beweisaufnahme durchführen. Es ist vielmehr Sache des Ordnungsgebers, den Erkenntnisfortschritt der Wissenschaft mit geeigneten Mitteln nach allen Seiten zu beobachten und zu bewerten, um gegebenenfalls weiter gehende Schutzmaßnahmen treffen zu können. Zum angemessenen Erfahrungs- und Anpassungsspielraum des Ordnungsgebers bei komplexen Gefährdungslagen, über die noch keine verlässlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen<sup>14</sup>.

In einem reinen Wohngebiet, in dem vereinzelte Wohnblocks zulässig sind, liegen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung von der Festsetzung der Art der baulichen Nutzung für eine verfahrensfreie Mobilfunkanlage auf dem Dach eines Hochhauses vor. Bei Einhaltung der Grenzwerte der 26. BImSchV sind auch die nachbarlichen Belange gewahrt. Fehlen gewichtige schützenswerte Interessen an der Versagung der Befreiung, tritt eine Ermessensreduzierung auf Null ein. Das „Unbehagen“ der Anwohner stellt kein solches Interesse dar<sup>15</sup>.

## 7. Nicht beplanter Innenbereich

Die Grenzen der näheren Umgebung im Sinne des § 34 BauGB lassen sich nicht schematisch festlegen, sondern sind nach der tatsächlichen städtebaulichen Situation zu bestimmen, in die das für die Bebauung vorgesehene Grundstück eingebettet ist. Diese kann so beschaffen sein, dass die Grenze zwischen näherer und fernerer Umgebung dort zu ziehen ist, wo zwei jeweils einheitlich geprägte Baukomplexe mit voneinander verschiedenen Bau- und Nutzungsstrukturen aneinander stoßen. Der Grenzverlauf der näheren Umgebung ist nicht davon abhängig, dass die unterschiedliche Bebauung durch eine künstliche oder natürliche Trennlinie (Straße, Schienenstrang, Gewässerlauf, Geländekante etc.) entkoppelt ist. Eine solche Linie hat bei einer beidseitig andersartigen Siedlungsstruktur nicht stets eine trennende Funktion. Umgekehrt führt ihr Fehlen nicht dazu, dass benachbarte Bauungen stets als miteinander verzahnt anzusehen sind und insgesamt die nähere Umgebung ausmachen<sup>16</sup>.

## 8. Außenbereich

Im Außenbereich wird traditionell zwischen den privilegierten, den nicht privilegierten und den teilprivilegierten Vorhaben unterschieden. Hinzu treten die Außenbereichssatzungen, die trotz einiger Unkenrufe bei den Schlussberatungen des EAG Bau noch in letzter Minute die juristischen Hürden überwunden haben.

### a) Privilegierte Außenbereichsvorhaben (§ 35 I BauGB)

Wohneinheiten für Feriengäste, die das Leben auf und in einem Bauernhof kennen lernen wollen, können als sog mitgezogene landwirtschaftliche Betriebsbestandteile an der Privilegierung eines landwirtschaftlichen Betriebes teilhaben. Dies gilt i.d.R. nur für einzelne Wohneinheiten in bestehenden Gebäuden. Ein eigenes Gebäude für eine solche Wohnnutzung kann nur dort zugelassen werden, wo ansonsten keine Möglichkeiten bestehen, Gäste mit dem genannten Urlaubsziel unterzubringen<sup>17</sup>. In der Haltung von nur zwei Pferden kann nicht ein auf Dauer angelegter landwirtschaftlicher (Nebenerwerbs-)Betrieb gesehen werden. Die Pferdehaltung ist daher nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert zulässig. Die Haltung von zwei Pferden aus Liebhaberei, insbesondere zur Freizeitgestaltung, geht nicht über eine individuelle und die Allgemeinheit ausschließende Nutzung des Außenbereichs hinaus. Die Pferdehaltung ist daher nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert zulässig<sup>18</sup>.

Die allgemeinen baurechtlichen Vorschriften, zu denen auch das Gebot gehört, mit Vorhaben im Außenbereich auf den luftverkehrsrechtlich genehmigten Betrieb eines Segelfluggeländes Rücksicht zu nehmen, werden nicht durch vorrangige Regelungen des Luftverkehrsgesetzes verdrängt<sup>19</sup>.

### b) Nicht privilegierte Vorhaben

Mit der ausnahmsweise zulässigen Auffüllung einer Lücke innerhalb einer vorhandenen Splittersiedlung ist die Errichtung eines Ersatzbaus nicht vergleichbar. Wird in einer Splittersiedlung ein Gebäude beseitigt, kann der Grundsatz, dass der Außenbereich von allen Baulichkeiten freigehalten werden soll, die einer geordneten Siedlungsstruktur zuwiderlaufen, insoweit wieder Geltung bean-

<sup>13</sup> BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84 –, BVerfGE 79, 174.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschluss vom 28.2.2002 – 1 BvR 1676/01 –, NJW 2002, 1638 = DVBl. 2002, 614 mit Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 17.2.1997 – 1 BvR 1658/96 –, NJW 1997, 2509 und auch BVerwG, Beschluss vom 16.2.1998 – 11 B 5.98 –, NVwZ 1998, 631.

<sup>15</sup> VG Karlsruhe, Urteil vom 21.4.2004 – 10 K 2980/03 – Mobilfunkanlage.

<sup>16</sup> BVerwG, Beschluss vom 28.8.2003 – 4 B 74.03 –.

<sup>17</sup> VG Trier, Urteil vom 29.1.2004 – 5 K 1533/03 –, BauR 2004, 718 – Strohhaus.

<sup>18</sup> BVerwG, Beschluss vom 9.9.2004 – 4 B 58.04 – Pferdehaltung.

<sup>19</sup> BVerwG, Urteil vom 18.11.2004 – 4 C 1.04 – Rücksichtnahmegebot zugunsten eines Segelfluggeländes.

spruchen. Bleibt der Bestand einer Splittersiedlung hingegen erhalten, ordnet sich das hinzutretende Vorhaben dem vorhandenen Bestand deutlich unter und ist es auch nicht aus anderen Gründen mit einer geordneten Siedlungsstruktur unvereinbar, kann die Auffüllung einer Lücke ausnahmsweise zulässig sein<sup>20</sup>.

### c) Teilprivilegierte Nutzungen (§ 35 IV BauGB)

Bauwünschen Dritter auf Umnutzung von Nebengebäuden kann entgegengehalten werden, dass für ein fast identisches Vorhaben eine Genehmigung nach § 35 Abs. 4 BauGB erteilt worden war<sup>21</sup>.

§ 35 Abs. 4 BauGB erklärt in den dort benannten Teilprivilegierungsfällen die Beeinträchtigung bestimmter öffentlicher Belange für unbeachtlich. Teilprivilegiert ist etwa die Aufgabe der Landwirtschaft unter Beibehaltung der Wohnnutzung (§ 35 Abs. 4 1 Nr. 1 BauGB). Aus der vormals im Zusammenhang mit dem landwirtschaftlichen Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegierten Wohnnutzung wird bei Aufgabe der Landwirtschaft eine Wohnnutzung, die nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB teilprivilegiert ist<sup>22</sup>.

§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB lässt nur die Neuerrichtung eines gleichartigen Wohngebäudes an gleicher Stelle zu. Gleichartigkeit bedeutet Gleichartigkeit in jeder bodenrechtlich beachtlichen Beziehung, also insbesondere die Gleichartigkeit im Standort, im Bauvolumen, in der Nutzung und in der Funktion<sup>23</sup>. Ein Gebäude, das bisher sowohl Wohnzwecken als auch landwirtschaftlichen Zwecken diene, kann danach durch ein ausschließlich Wohnzwecken dienendes Gebäude gleicher Größe ersetzt werden. Ein als Wohnhaus genutztes ehemaliges Bauernhaus mit einer Wohneinheit ist einem Ersatzgebäude mit zwei Wohnungen in zwei aneinander gesetzten, selbständig nutzbaren Haushälften nicht gleichartig im Sinne des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB. Es darf auch nicht nach § 35 Abs. 4 1 Nr. 5 BauGB in einen derartigen Zwillingsbau umgebaut werden<sup>24</sup>. Mit der Zahl der Wohneinheiten steigt die Zahl der Haushalte und damit typischerweise die Zahl der Bewohner, nimmt der Kraftfahrzeugverkehr zu und wird die Ver- und Entsorgung aufwändiger. Die zweite Wohneinheit verleiht dem Neubau im Vergleich zum vorhandenen Altbau mithin eine andere Qualität<sup>25</sup>. Das ist mit dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit nicht vereinbar<sup>26</sup>. Bei Ersatzbauten nach § 35 Abs. 4 Nr. 2 BauGB sind allerdings angemessene Erweiterungen der Wohnfläche zulässig. So können in die Berechnung auch Flächen der Altbausubstanz einbezogen werden, die bisher nicht Wohnzwecken gedient haben<sup>27</sup>.

§ 35 Abs. 4 Nr. 2c BauGB kann nicht über den Wortlaut der Vorschrift hinaus dahin ausgelegt werden, dass die erleichterte Zulassung eines Ersatzbaus schon dann in Frage kommt, wenn nicht der Eigentümer selbst, sondern Familienangehörige des Eigentümers das vorhandene Gebäude längere Zeit bewohnt haben. Lediglich dann, wenn der Eigentümer das vorhandene Gebäude längere Zeit selbst als Mieter oder Angehöriger des früheren Eigentümers bewohnt hat und im Anschluss daran das Eigentum erwirbt, kommt eine erweiternde Auslegung der Vorschrift in Betracht<sup>28</sup>.

Die besondere Bauweise eines "Strohhauses" ist nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert, da sich ein solches Bauvorhaben in einem Baugebiet verwirklichen lässt und nicht auf den Außenbereich oder bestimmte Abstände zu Baugebieten angewiesen ist. Die Anordnung der Beseitigung eines formell und materiell illegal errichteten "Strohhauses" im Außenbereich ist ermessensfehlerfrei, da auf andere Art und Weise rechtmäßige Zustände nicht hergestellt werden können<sup>29</sup>.

Die Teilprivilegierungen werden vom BVerwG als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums betrachtet, die einen unmittelbaren Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verschließen. Denn nach Auffassung des BVerwG gibt es ein Recht auf Zulassung eines Vorhabens außerhalb der gesetzlichen Regelungen nicht<sup>30</sup>. Auch die Baufreiheit, die vom Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts umfasst wird, ist nur nach Maßgabe des einfachen Rechts gewährleistet<sup>31</sup>.

### d) Außenbereichssatzungen

Mit einer Außenbereichssatzung nach § 35 Abs. 6 BauGB kann eine Gemeinde für bebaute Bereiche im Außenbereich, die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind und in denen eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden ist, ausschließen, dass Wohnzwecken dienenden Vorhaben bestimmte öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB entgegengehalten werden können. Die Außenbereichssatzung hat ausschließlich eine positive, die Zulässigkeit bestimmter nicht privilegierter Vorhaben unterstützende, aber keine negative Wirkung. Sie lässt die Anwendbarkeit des § 35 Abs. 1 BauGB hinsichtlich der dort benannten

<sup>20</sup> BVerwG, Beschluss vom 27.10.2004 – 4 B 74.04 –, Ersatzbau in Splittersiedlung.

<sup>21</sup> BVerwG, Beschluss vom 17.3.2004 – 4 B 78.03 –.

<sup>22</sup> BVerwG, Urteil vom 19.2.2004 – 4 C 4.03 –, BVerwGE 120, 130 = NVwZ 2004, 982 = UPR 2004, 350 = BauR 2004, 1045 – Zwillingshaus.

<sup>23</sup> BVerwG, Urteil vom 19.2.2004 – 4 C 4.03 –, BVerwGE 120, 130 = NVwZ 2004, 982 – Zwillingshaus, mit Hinweis auf Urteil vom 8.6.1979 – 4 C 23.77 –, BVerwGE 58, 124; Urteil vom 23.1.1981 – 4 C 85.77 –, BVerwGE 61, 290.

<sup>24</sup> BVerwG, Urteil vom 19.2.2004 – 4 C 4.03 –, BVerwGE 120, 130 = NVwZ 2004, 982 – Zwillingshaus.

<sup>25</sup> BVerwG, Urteil vom 23.1.1981 – 4 C 82.77 –, BVerwGE 61, 285

<sup>26</sup> BVerwG, Urteil vom 23.5.1980 – 4 C 84.77 –, DÖV 1980, 765.

<sup>27</sup> BVerwG, Urteil vom 19.2.2004 – 4 C 4.03 –, BVerwGE 120, 130 = NVwZ 2004, 982 – Zwillingshaus, etwa für Sortier- oder Kompressorräume der ursprünglichen Bausubstanz, die nicht zum Bewohnen geeignet waren.

<sup>28</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 13.2.2004 – 10 A 4715/02 –, RdL 2004, 145 = BauR 2004, 977 = NVwZ-RR 2004, 480 = UPR 2004, 280.

<sup>29</sup> VG Trier, Urteil vom 29.1.2004 – 5 K 1533/03 –, BauR 2004, 718 – Strohhaus.

<sup>30</sup> BVerwG, Urteil vom 12.3.1998 – 4 C 10.97 –, BVerwGE 106, 228.

<sup>31</sup> BVerwG, Beschluss vom 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 u.a. –, BVerfGE 35, 263; BVerwG, Urteil vom 19.6.1991 – 4 C 11.89 –, BRS 52 Nr. 78; Urteil vom 19.2.2004 – 4 C 4.03 –, BVerwGE 120, 130 = RdL 2004, 179 = ZfBR 2004, 456 = BauR 2004, 1045 (LS) – Zwillingshaus.

privilegierten Vorhaben unberührt. Die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB kann daher durch eine Satzung nach § 35 Abs. 6 BauGB nicht ausgeschlossen werden<sup>32</sup>.

## 9. Windenergieanlagen - Darstellungsprivileg

Raumbedeutsam sind Planungen, Vorhaben und Maßnahmen, durch die Raum in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird<sup>33</sup>.

Eröffnet eine Gemeinde im Wege der Bauleitplanung auf Flächen, die im Geltungsbereich einer Landschaftsschutzverordnung einem naturschutzrechtlichen Bauverbot unterliegen, die Möglichkeit einer baulichen Nutzung, so scheidet die Planung weder an § 1 Abs. 3 BauGB noch an § 6 Abs. 2 BauGB, wenn eine Befreiung von dem Bauverbot in Betracht kommt.

Der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermöglicht es der Gemeinde, die in § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB genannten Vorhaben durch Darstellung im Flächennutzungsplan auf bestimmte Standorte zu konzentrieren. Er erlaubt es ihr aber nicht, das gesamte Gemeindegebiet für diese Vorhaben zu sperren.

Der Gemeinde ist es verwehrt, durch die Darstellung von Flächen, die für die vorgesehene Nutzung objektiv ungeeignet sind oder sich in einer Alibifunktion erschöpfen, Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB unter dem Deckmantel der Steuerung in Wahrheit zu verhindern.

Die Gemeinde muss nicht sämtliche Flächen, die sich für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB eignen, gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in ihrem Flächennutzungsplan darstellen. Bei der Gebietsauswahl und dem Gebietszuschnitt braucht sie die durch § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB geschützten Interessen in der Konkurrenz mit gegenläufigen Belangen nicht vorrangig zu fördern. Sie darf diese Interessen nach den zum Abwägungsgebot entwickelten Grundsätzen zurückstellen, wenn hinreichend gewichtige städtebauliche Gründe dies rechtfertigen. Außerhalb der Konzentrationsflächen können Abweichungen von der Regel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur zugelassen werden, wenn sie die planerische Konzeption der Gemeinde nicht in Frage stellen<sup>34</sup>.

Mehrere Teilfortschreibungen eines Regionalplans, die jeweils Vorranggebiete für Windenergieanlagen festlegen, können die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erst entfalten, wenn sie sich zu einer schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzeption zusammenfügen. Die Standortplanung von Windenergieanlagen ist nicht schon deshalb abwägungsfehlerhaft, weil bei einer großzügigeren Ausweisung von Standorten völker- oder europarechtliche Klimaschutzziele schneller zu erreichen wären. Die Ausschlusswirkung des Planungsvorbehalts in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbietet es, in der Bilanz der Positiv- und Negativflächen Vorbehaltsgebiete im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ROG als Positivausweisung zu werten. Dem Träger der Regionalplanung ist es nicht verwehrt, die Windenergienutzung im gesamten Außenbereich einzelner Gemeinden auszuschließen<sup>35</sup>.

Ist in einem Standorte für Windenergieanlagen ausweisenden Raumordnungsplan für bestimmte Flächen noch keine abschließende raumordnerische Entscheidung getroffen und fehlt es daher an einem schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzept, kann der Raumordnungsplan die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entfalten. Entwürfe von Regionalplänen und Flächennutzungsplänen sind keine im Revisionsverfahren zu beachtenden Rechtsänderungen<sup>36</sup>.

Die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann auch Darstellungen in Flächennutzungsplänen zukommen, die vor dem In-Kraft-Treten der Vorschrift am 1.1.1997 erlassen worden sind<sup>37</sup>.

Zur Sicherung der Planung mittels eines Bebauungsplans, der nach dem 31.12.1998 beschlossen wird, dürfen die Gemeinden gemäß § 14 Abs. 1 BauGB (noch) eine Veränderungssperre erlassen. Auch ist es den Gemeinden erlaubt, die Errichtung von Windenergieanlagen in den Konzentrationszonen durch einen Bebauungsplan der Feinsteuerung (z. B. Begrenzung der Anlagenhöhe, Festlegung der Standorte einzelner Anlagen) zu unterziehen.

Ob eine Landschaft durch technische Einrichtungen und Bauten bereits so vorbelastet ist, dass eine Windkraftanlage sie nicht mehr verunstalten kann, ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls. In welcher Entfernung eine Windkraftanlage nicht mehr verunstaltend wirken kann, lässt sich ebenfalls nicht abstrakt festlegen<sup>38</sup>.

Für die Rechtmäßigkeit der Darstellung einer Konzentrationszone sind allein die Erwägungen maßgeblich, die tatsächlich Grundlage der Abwägungsentscheidung des Rates der planaufstellenden Gemeinde waren. Ein schlüssiges Gesamtkonzept für den Ausschluss bestimmter Bereiche zur Windkraftnutzung setzt voraus, dass die Erwägungen zur Aussonderung stimmig und widerspruchsfrei sind; die Gemeinde darf sich bei der konkreten Aussonderung bestimmter geeigneter Fläche nicht in Widerspruch zu

<sup>32</sup> BVerwG, Beschluss vom 1.9.2003 – 4 BN 55.03 –, Außenbereichssatzung.

<sup>33</sup> BVerwG, Beschluss vom 19.6.2003 – 4 B 31.03 –, Windenergieanlage.

<sup>34</sup> BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 = DVBl. 2003, 797 = NVwZ 2003, 733.

<sup>35</sup> BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4.02 –, BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738 = DVBl. 2003, 1064 = BauR 2003, 1165 = UPR 2003, 401 mit Anmerkung *Reinhard Hendler* = ZUR 2004, 74 mit Anmerkung *Helmuth von Nicolai*, mit Hinweis auf Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 = DVBl. 2003, 797 = NVwZ 2003, 733.

<sup>36</sup> BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 3.02 –, BauR 2003, 1172 = NVwZ 2003, 1261 = UPR 2003, 401 mit Anmerkung *Reinhard Hendler* = ZUR 2004, 74 mit Anmerkung *Helmuth von Nicolai* = JA 2004, 202 mit Anmerkung *Sabine Schlacke*, mit Hinweis auf Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 = DVBl. 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 und Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4.02 –, BVerwGE 118, 33 = DVBl. 2003, 1064.

<sup>37</sup> BVerwG, Beschluss vom 22.10.2003 – 4 B 84.03 –, NVwZ 2004, 343.

<sup>38</sup> Zur Unzulässigkeit von Windkraftanlagen in exponierter Lage wegen Verunstaltung des Landschaftsbildes einer nicht unter Landschafts- bzw. Naturschutz stehenden Landschaft BVerwG, Beschluss vom 18.3.2003 – 4 B 7.03 –, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 358 = BauR 2004, 295 – Windenergieanlagen.

ihren sonst angewandten Ausschlusskriterien setzen. Schutzabstände zu Siedlungsbereichen bzw. Außenbereichswohnbebauung können so angesetzt werden, dass sie auf der sicheren Seite liegen (hier: 500 bzw. 300 m). Bedenklich erscheinen der generelle Ausschluss von Bereichen mittlerer Windhöflichkeit, Schutzstreifen von 100 m beiderseits von Richtfunkstrecken, generelle Abstände zu Waldrändern von 35 m. Der Aspekt einer wirtschaftlich tragbaren Erschließungsmöglichkeit ist von abwägungsbeachtlicher Bedeutung; die Gemeinde muss dabei berücksichtigen, dass eine Herrichtung von Wirtschafts- und Feldwegen der Regelfall beim Bau von Windkraftanlagen ist. Nur vage planerische Zukunftserwägungen für anderweitige Nutzungsmöglichkeiten können der Darstellung einer sonst durchaus geeigneten Fläche für Windkraftnutzung nicht entgegen gehalten werden. Für die Frage, ob und in welchem Umfang Befreiungen vom Landschaftsschutz in Betracht kommen, ist auch von Bedeutung, ob der Außenbereich im Gemeindegebiet praktisch flächendeckend unter Landschaftsschutz gestellt ist<sup>39</sup>.

Eine Windenergieanlage kann auch gegenüber dem im Außenbereich Wohnenden wegen der ihr zukommenden optischen Beeinträchtigungen rücksichtslos sein. In die Zumutbarkeitsbewertung ist einzustellen, ob dem Betroffenen Maßnahmen zumutbar sind, durch die er den Wirkungen der Windenergieanlage ausweichen oder sich selbst schützen kann<sup>40</sup>.

Die einer Baugenehmigung für eine Windenergieanlage zu Grunde zu legende Schallimmissionsprognose kann eine zuverlässige Aussage über die zu erwartende Lärmbelastung der Umgebung nur treffen, wenn sie die konkreten Gegebenheiten der Örtlichkeit und die technische Spezifikation der geplanten Anlage zutreffend erfasst. Zur Berücksichtigung der fortschreitenden technischen Entwicklung - insbesondere des verbesserten Wirkungsgrads einer Anlage oder technischer Besonderheiten des Antriebs- und Steuerungssystems - kann es erforderlich sein, bisher gebräuchliche Mess- und Berechnungsverfahren über die Vorgaben der einschlägigen Regelwerke hinaus weiter zu entwickeln und den technischen Gegebenheiten der zu beurteilenden Anlage anzupassen.

Die Konzentrationsplanung von Windenergieanlagen in einem Flächennutzungsplan ist insgesamt unwirksam, wenn dem Plan mangels ausreichender Darstellung von Positivflächen kein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept zugrunde liegt. Die Änderung eines Flächennutzungsplans, mit dem Ausweisungen an anderer Stelle vorgenommen werden und der damit die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeiführen soll, stellt eine im Revisionsverfahren beachtliche Rechtsänderung dar<sup>41</sup>.

Bei stall-gesteuerten Anlagen muss die Prognose berücksichtigen, dass der Schalleistungspegel einer derartigen Anlage bei Windgeschwindigkeiten jenseits des für die Erzielung von 95% der Nennleistung ausreichenden Maßes bis zu dem lautesten Betriebszustand ("stallen" der Anlage) weiter ansteigt (wie OVG NRW, Beschluss vom 7.2.2004 - 7 B 2622/03 -). Ebenso müssen etwaige Besonderheiten des "stall"-Geräuschs in der Prognose erfasst werden<sup>42</sup>.

Soll durch Bebauungsplan eine im Flächennutzungsplan mit Konzentrationswirkung ausgewiesene Sonderbaufläche für Windenergie überplant werden, ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, dass dem Belang der Windenergienutzung aufgrund der Konzentrationswirkung des Flächennutzungsplans grundsätzlich Vorrang zukommt. Ein Bebauungsplan, der lediglich einen unverhältnismäßig kleinen Teil einer Konzentrationsfläche für Windenergie als Sondergebiet für die Windenergienutzung festsetzt, verstößt nicht nur gegen das Entwicklungsgebot, sondern beeinträchtigt im Hinblick auf die Ausschlusswirkung der Konzentrationsflächen gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebende, geordnete städtebauliche Entwicklung<sup>43</sup>.

Werden bei der Ausweisung einer Vorrangfläche für Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan nach der Vorabaussonderung bestimmter Bereiche als "Tabuflächen" (z.B. aus Gründen des Immissionsschutzes oder Naturschutzes) bestimmte mögliche Bereiche von Vorrangflächen näher untersucht, müssen die städtebaulichen Gründe für die Entscheidung, einzelne dieser Bereiche nicht weiter zu verfolgen, konkret benannt werden<sup>44</sup>.

Es ist nicht erforderlich, dass sich die einem Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans zugrunde liegende positive Planungskonzeption unmittelbar aus dem Wortlaut des Bebauungsplans erschließt. Es genügt, wenn sie in einer Weise verlässlich fixiert ist, die es der Gemeinde ermöglicht, einen Nachweis für den Zeitpunkt des Erlasses der Veränderungssperre zu erbringen. Zur Ermittlung des künftigen Planinhalts kann z.B. auf Vorlagen für die Sitzungen der Stadtverordnetenversammlung oder sonstige Unterlagen zurückgegriffen werden.

Ist die Festsetzung einer Fläche für Windkraftanlagen auf einer Außenbereichsfläche als Versorgungsfläche gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB vorgesehen, so genügt dies für eine hinreichende Konkretisierung der Planungsabsichten der Gemeinde, wenn damit eine planerische Feinsteuerung für die Errichtung von Windkraftanlagen angestrebt wird<sup>45</sup>.

Will die Gemeinde durch die Festsetzung einer Fläche für die Landwirtschaft im Bebauungsplanbereich Windenergieanlagen ausschließen, kann der Bebauungsplan städtebaulich gerechtfertigt sein, wenn die Gemeinde mit der Errichtung landwirtschaftlichen Betrieben dienender Windenergieanlagen im Bebauungsplangebiet nicht rechnen muss. Ein Bebauungsplan ist nicht aus dem Flächennutzungsplan entwickelt, wenn er die Errichtung von Windenergieanlagen für mehr als die Hälfte der Fläche ausschließt, die nach den Darstellungen des Flächennutzungsplans für die Errichtung von Windenergieanlagen geeignet ist. Die Bedeutung der Beschränkung innerhalb der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszone an sich zulässigen Windenergienutzung

<sup>39</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 19.5.2004 - 7 A 3368/02 -.

<sup>40</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 2.4.2004 - 7 B 335/04 -, ZfIR 2004, 398.

<sup>41</sup> BVerwG, Urteil vom 21.10.2004 - 4 C 2.04 .

<sup>42</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 19.3.2004 - 10 B 2690/03 -, RdL 2004, 183 = ZfIR 2004, 444 - Windenergieanlage.

<sup>43</sup> OVG Koblenz, Beschluss vom 11.3.2004 - 8 A 10189/04 -, NuR 2004, 399 - Sonderbaufläche für Windenergieanlagen.

<sup>44</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 8.3.2004 - 7 A 2391/03 -, ZfIR 2004, 345 - Konzentrationszone.

<sup>45</sup> VGH Kassel, Urteil vom 5.2.2004 - 4 N 2282/02 -, RdL 2004, 92 = ZfBR 2004, 388 = UPR 2004, 280 = ZUR 2004, 243 - Windkraftanlagen.

durch einen Bebauungsplan ergibt sich nicht alleine aus der Größe der überplanten Grundfläche, sondern auch aus der Windenergieanlagen andernorts im Gemeindegebiet ausschließenden Wirkung des Flächennutzungsplans<sup>46</sup>.

Auch wenn für die Lärmimmissionsprognose von Windenergieanlagen der Schallleistungspegel bei Nennleistung maßgeblich ist (im Anschluss an OVG NRW, Urteile vom 18.11.2002 - 7 A 2127/00 und 7 A 2139/00 -), schließt dies bei summarischer Prüfung nicht die Befugnis aus, die bei 95 % der Nennleistung gemessene Schallemission in die Prognose einzustellen. Die DIN ISO 9613-2, die ein Verfahren zur Berechnung der Dämpfung des Schalls bei der Ausbreitung im Freien festlegt, mit dem die Pegel von Geräuschimmissionen in einem Abstand von verschiedenen Schallquellen vorausberechnet werden können, hat gerade die günstigere Schallausbreitung zur Nachtzeit im Blick<sup>47</sup>.

§ 245b BauGB bewahrt die Betreiber von Windenergieanlagen nicht davor, weiteren planungsrechtlichen Beschränkungen als denen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unterworfen zu werden. Sie müssen die Festsetzungen in einem Bebauungsplan hinnehmen, wenn und soweit die Aufstellung des Plans für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich war (§ 1 Abs. 3 BauGB) und die von ihm berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abgewogen sind (§ 1 Abs. 7 BauGB). Nach § 8 Abs. 3 Satz 1 BauGB kann mit der Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Bebauungsplans gleichzeitig auch der Flächennutzungsplan aufgestellt, geändert oder ergänzt werden. Dies gilt auch dann, wenn die Änderung des Flächennutzungsplans im Parallelverfahren die Darstellung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen betrifft; denn § 8 Abs. 3 BauGB macht von seinem Anwendungsbereich keine Ausnahme<sup>48</sup>.

## 10. Einvernehmen

Aus Sinn und Zweck des Einvernehmenserfordernisses in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber der Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf der Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen (Bauvorlagen) ermöglichen will. Die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen ist mit der Obliegenheit der Gemeinde verbunden, im Rahmen der Möglichkeiten, die ihr das Landesrecht eröffnet, innerhalb der zweimonatigen Einvernehmensfrist gegenüber dem Bauherrn oder der Baurechtsbehörde auf die Vervollständigung des Bauantrages hinzuwirken. Kommt die Gemeinde dieser Mitwirkungslast nicht nach, gilt ihr Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB mit Ablauf der Zwei-Monats-Frist als erteilt<sup>49</sup>.

Der mit der unteren Bauaufsichtsbehörde identischen Gemeinde ist es nicht verwehrt, die Ablehnung einer Baugenehmigung auch mit der Verweigerung ihres gemeindlichen Einvernehmens zu begründen<sup>50</sup>. Die mit der unteren Baugenehmigungsbehörde identische Gemeinde darf die Ablehnung eines Bauantrags nicht mit der Versagung ihres Einvernehmens begründen. Gegen die von der Widerspruchsbehörde verfügte Verpflichtung, die Baugenehmigung zu erteilen, kann die Gemeinde sich deshalb nicht unter Berufung auf ihr fehlendes Einvernehmen zur Wehr setzen. Der Erfolg eines Abwehrenspruches setzt vielmehr die Verletzung ihrer materiellen Planungshoheit voraus<sup>51</sup>.

Ein Bescheidungsurteil, durch das die Baugenehmigungsbehörde zu einer abschließenden bauplanungsrechtlichen Prüfung eines Vorhabens unter erneuter Beteiligung der Gemeinde verpflichtet ist und das das gemeindliche Einvernehmen nur im Umfang der planungsrechtlichen Entscheidungsreife ersetzt, verletzt die Gemeinde nicht in ihren Rechten aus § 36 BauGB. Es bleibt offen, ob die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer kerntechnischen Anlage (Zwischenlager für abgebrannte Brennelemente), deren Errichtung und Betrieb nach Nr. 11.3 der Anlage 1 zum UVPG der Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegt, erst dann abschließend geprüft werden kann, wenn das UVP-Verfahren förmlich beendet ist<sup>52</sup>.

## II. BauNVO

Die BauNVO hat sich seit der Novelle 1990 als reformresistent erwiesen. Auch heute steht trotz mehrfacher Versuche eine weitere Novelle nicht an.

### 1. Gebietstypik

Bauunternehmen als Gewerbebetriebe sind hinsichtlich ihrer Mischgebietsverträglichkeit der Gruppe von Betrieben zuzurechnen, die ihrer Art nach zu wesentlichen Störungen führen können, aber nicht zwangsläufig führen müssen. Ob sie in einem Mischgebiet zugelassen werden können, hängt von ihrer jeweiligen Betriebsstruktur ab. Je nach der Größe und dem Umfang des Betriebes, der technischen und personellen Ausstattung, der Betriebsweise und der Gestaltung der Arbeitsabläufe kann die unterschiedlich zu

<sup>46</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 12.2.2004 – 7a D 134/02.NE –, BauR 2004, 972 = UPR 2004, 280 – Windenergie.

<sup>47</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 7.1.2004 – 22 B 1288/03 –, NVwZ-RR 2004, 408 = BauR 2004, 804 = DÖV 2004, 581 = DVBl. 2004, 664 – Windenergieanlage.

<sup>48</sup> BVerwG, Beschluss vom 27.11.2003 – 4 BN 61.03 –, Veränderungssperre Windenergieanlagen. Parallelentscheidung: BVerwG, 27.11.2003 – 4 BN 62.03 –.

<sup>49</sup> BVerwG, Urteil vom 16.9.2004 – 4 C 7.03 – gemeindliches Einvernehmen.

<sup>50</sup> BVerwG, Beschluss vom 30.7.2002 – 4 B 40.02 –, Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 55

<sup>51</sup> BVerwG, Urteil vom 19.8.2004 – 4 C 16.03 –, NVwZ 2005, 83 = ZfBR 2004, 805, Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung, zuletzt Beschluss vom 30.7.2002 – 4 B 40.02 –, Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 55.

<sup>52</sup> BVerwG, Beschluss vom 17.6.2003 – 4 B 14.03 –, NVwZ-RR 2003, 719 = ZfBR 2003, 695 = BauR 2003, 1704 = DVBl. 2003, 1471 (LS) mit Anmerkung Christian Bickenbach BauR 2004, 428 – atomares Zwischenlager.

beurteilen sein. Maßgeblich ist, ob sich die Störfwirkungen, die die konkrete Anlage bei funktionsgerechter Nutzung erwarten lässt, innerhalb des Rahmens halten, der durch die Gebieteigenart vorgegeben ist<sup>53</sup>.

## 2. Stellplätze

Nachbarn haben die von den Stellplätzen einer rechtlich zulässigen Wohnbebauung ausgehenden Emissionen im Regelfall hinzunehmen. Besondere örtliche Verhältnisse können aber auch zu dem Ergebnis führen, dass die Errichtung von Stellplätzen auf dem Baugrundstück nicht oder nur mit Einschränkungen genehmigt werden kann. Dabei ist der in § 12 Abs. 2 BauNVO enthaltene Grundentscheidung Rechnung zu tragen. Dies entbindet das Tatsachengericht jedoch nicht von der Prüfung, ob im Einzelfall unzumutbare Beeinträchtigungen zu erwarten sind. Die besonderen Umstände des Einzelfalls können es erforderlich machen, die Beeinträchtigung der Nachbarschaft auf das ihr entsprechend der Eigenart des Gebiets zumutbare Maß zu mindern. Hierfür kommen beispielsweise die bauliche Gestaltung der Stellplätze und ihrer Zufahrt, eine Anordnung, die eine Massierung vermeidet, der Verzicht auf Stellplätze zugunsten einer Tiefgarage oder Lärmschutzmaßnahmen an der Grundstücksgrenze in Betracht. Im Übrigen müssen selbst notwendige Stellplätze nach allgemeinen bauordnungsrechtlichen Grundsätzen nicht auf dem Baugrundstück selbst errichtet werden<sup>54</sup>.

Der in der VDI-Richtlinie 3770 genannte Emissionskennwert von 101 dB(A) für Bolzplätze ist schon nach dem eigenen Anspruch der Richtlinie nicht als Ausgangspunkt für die Ermittlung der Lärmbelastung von Nachbargrundstücken eines genehmigten Bolzplatzes geeignet. In der Richtlinie geht es nämlich nicht ausschließlich darum, die von einem Bolzplatz ausgehenden Immissionen im Rahmen einer vorsorgenden bauleitplanerischen Abwägung angemessen zu erfassen. Ein in Bausachen erfahrener Tatsachengericht ist in der Regel in der Lage zu beurteilen, ob bestimmte tatsächliche Annahmen des beauftragten Gutachters zutreffen oder nicht<sup>55</sup>.

## 3. Einzelhandel

Der Begriff des Verbrauchermarkts im Sinne des § 11 Abs. 3 BauNVO 1968 beschränkt sich nicht auf großflächige Einzelhandelsbetriebe mit einem hauptsächlich auf Lebensmittel und verwandte Waren ausgerichteten oder mit einem insgesamt warenhausähnlichen Sortiment. Auch ein so genannter Fachmarkt kann ein Verbrauchermarkt sein<sup>56</sup>.

Bei der Abgrenzung der "großflächigen" Einzelhandelsbetriebe i.S. des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauNVO von sonstigen Einzelhandelsbetrieben zwingen Überschreitungen des Verkaufsflächenmaßes von 700 qm selbst dann, wenn sie eine Größenordnung bis zu 1.000 qm erreichen, nicht schon für sich genommen zu dem Schluss, dass das Merkmal der Großflächigkeit erfüllt ist<sup>57</sup>.

## 4. Wohngebiet (§ 4 BauNVO)

Zum Begriff des Wohnens im Sinne von § 4 Abs. 1 BauNVO gehört eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, die Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie die Freiwilligkeit des Aufenthalts<sup>58</sup>. Wohnen bedeutet die auf eine gewisse Dauer angelegte Nutzungsform des selbstbestimmt geführten Lebens "in den eigenen vier Wänden", die keinem anderen in der BauNVO vorgesehenen Nutzungszweck, insbesondere keinem Erwerbszweck, dient. Veranstaltungen eines Swinger-Clubs (Partnertreff) werden vom Begriff des "Wohnens" im Sinne von § 4 Abs. 1 BauNVO nicht erfasst<sup>59</sup>.

Die in einem Wohngebiet einzuhaltenen Lärmgrenzwerte sind im Einzelfall zu bestimmen. Dabei ist ggf. ein Sachverständigen-gutachten über die künftige Entwicklung einzuholen. Es ist dem Gericht allerdings nicht verwehrt, bei seiner Entscheidung Gutachten zu berücksichtigen, die nicht von ihm, sondern von einem der Verfahrensbeteiligten eingeholt worden sind. Ob das Gericht es mit dem Gutachtenmaterial bewenden lassen darf, das ihm vorliegt, oder verpflichtet ist, noch einen weiteren Sachverständigen einzuschalten, hängt von der Überzeugungskraft der gutachterlichen Äußerung ab<sup>60</sup>.

Von den Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke (§§ 3 Abs. 3 Nr. 2, 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO) werden nur die in § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB beschriebenen Gemeinbedarfsanlagen erfasst<sup>61</sup>. Ein Schwimmbad, das zwar der sportlichen Betätigung dienen soll, aber nur zur Benutzung durch die Bewohner des auf demselben Grundstück befindlichen Wohnhauses und deren persönliche Gäste bestimmt und beschränkt ist, fällt daher nicht in den Begriff einer Anlage für sportliche Zwecke. Während ein etwa in ein Kellergeschoss eingebautes Schwimmbad als unselbständiger Teil des Wohnhauses angesehen

<sup>53</sup> BVerwG, Beschluss vom 22.11.2002 – 4 B 72.02 –, Buchholz 406.12 § 6 BauNVO Nr. 17.

<sup>54</sup> BVerwG, Beschluss vom 20.3.2003 – 4 B 50.02 –, Buchholz 406.12 § 12 BauNVO Nr. 10 mit Hinweis auf mit Hinweis auf Urteil vom 16.9.1993 – 4 C 28.91 –, BVerwGE 91, 151.

<sup>55</sup> BVerwG, Beschluss vom 30.7.2003 – 4 B 16.03 –, für Annahmen zur Impulshaltigkeit von Ballgeräuschen, die nach Gutachteransicht einen Impulszuschlag nach Ziff. 1.3.3 des Anhangs der 18. BImSchV rechtfertigen.

<sup>56</sup> BVerwG, Urteil vom 18.6.2003 – 4 C 5.02 –, DVBl. 2003, 1471 (LS) = NVwZ 2003, 1387 = UPR 2003, 446 = BauR 2004, 43 mit Anmerkung *Thomas Nickel* IBR 2004, 97 – Fahrräder und Sportbedarf.

<sup>57</sup> BVerwG, Beschluss vom 22.7.2004 – 4 B 29.04 –, DVBl. 2004, 1308 = ZfBR 2004, 699 = NVwZ-RR 2004, 815 = BauR 2004, 1735 = jurisPR-BVerwG 2/2004 mit Anmerkung *Stephan Gatz* - großflächiger Einzelhandel mit Hinweis auf Urteil vom 22.5.1987 - 4 C 19.85 –, NVwZ 1987, 1976.

<sup>58</sup> BVerwG, Beschluss vom 25.3.1996 – 4 B 302.95 –, NVwZ 1996, 893.

<sup>59</sup> BVerwG, Beschluss vom 25.3.2004 – 4 B 15.04 – Swinger Club mit Hinweis auf *Stock*, in: König/Roeser/Stock, Rn. 16 zu § 3 BauNVO; die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG mit Beschluss vom 9.6.2004 – 1 BvR 1053/04 – nicht zur Entscheidung angenommen.

<sup>60</sup> (BVerwG, Beschluss vom 14.6.2004 – 4 BN 18.04 – Hanglage, unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 8.6.1979 – 4 C 1.79 –, Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 120; Beschluss vom 18.1.1982 – 7 B 254.81 –, Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 137).

<sup>61</sup> BVerwG, Urteil vom 12.12.1996 – 4 C 17.95 –, BVerwGE 102, 351.



werden kann<sup>62</sup>, ist ein selbständiges, größeres Gebäude mit dieser Nutzung in einem allgemeinen oder reinen Wohngebiet unzulässig, wenn es wegen seiner Größe über den Charakter einer Nebenanlage nach § 14 BauGB hinausgeht<sup>63</sup>.

Bordell- und Wohnungsprostitution sind als gewerbliche Betätigung in Wohngebieten weder allgemein noch ausnahmsweise zulässig; daran hat das Prostitutionsgesetz vom 20.12.2001 (BGBl I S. 3983) nichts geändert<sup>64</sup>.

## 5. Kleinsiedlungsgebiete

Kleinsiedlungsgebiete dienen vorwiegend der Unterbringung von Kleinsiedlungen einschließlich Wohngebäuden mit entsprechenden Nutzgärten und landwirtschaftlichen Nebenerwerbsstellen. Die Siedlerstelle und die Nutzgärten sollen nach Größe, Bodenbeschaffenheit und Einrichtung dazu bestimmt und geeignet sein, dem Kleinsiedler durch Selbstversorgung aus vorwiegend gartenbaumäßiger Nutzung des Landes eine fühlbare Ergänzung seines sonstigen Einkommens zu bieten (vgl. auch § 10 Abs. 1 II. Wo-BauG). Ist diese Nutzungsstruktur durchgängig nicht mehr vorhanden und hat sie sich zu einem reinen oder allgemeinen Wohngebiet entwickelt, sind entgegenstehende Festsetzungen des Bebauungsplans wegen Funktionslosigkeit außer Kraft getreten<sup>65</sup>.

## 6. Gewerbegebiet

Wenn Prostituierte sich gantztägig in einem Bordell aufhalten, muss dies nicht bedeuten, dass sie dort wohnen. Für das Wohnen im bauordnungsrechtlichen wie im bauplanungsrechtlichen Sinn ist eine auf Dauer angelegte Haushaltsführung kennzeichnend. Hier von ist die Unterbringung in einer Unterkunft zu unterscheiden. Das städtebauliche Ziel, in einem Planbereich die bisherige hochwertige Gebietsstruktur zu erhalten und zu stärken, indem das Gebiet weiterhin vor allem dem produzierenden und verarbeitenden Gewerbe vorbehalten bleibt, kann mit dem Instrumentarium bauplanerischer Festsetzungen erreicht werden. Grundsätzlich ist es möglich, die Nutzungsstruktur eines bereits bebauten Gebietes durch bauplanerische Festsetzungen in städtebaulich relevanter Weise günstig zu beeinflussen. Der vollständige Ausschluss von Vergnügungsstätten in einem Gewerbegebiet und der vollständige Ausschluss von Bordellen und bordellartigen Betrieben im Industrie- und Gewerbegebiet kann im Wege der Gliederung der jeweiligen Gebiete (bezüglich der Vergnügungsstätten gemäß § 1 Abs. 5 BauNVO, im Übrigen gemäß § 1 Abs. 9 BauNVO) erreicht werden. Ein solches Ziel, das mit dem genannten bauplanerischen Instrumentarium gesichert werden kann, ist auch durch eine Veränderungssperre sicherungsfähig<sup>66</sup>.

## 7. Nebenanlagen (§14 BauNVO)

Nebenanlagen nach § 14 BauNVO müssen dem Hauptzweck der jeweiligen Nutzung untergeordnet sein<sup>67</sup>. So kann etwa ein Gartenschwimmbaden oder eine kleinere Schwimmhalle in einem Reinen oder Allgemeinen Wohngebiet als Nebenanlage zulässig sein. Eine große Schwimmhalle mit Sauna und WC sprengt jedoch diesen Rahmen und ist daher planungsrechtlich unzulässig. Denn ein Nebengebäude, das nach Größe und äußerer Erscheinungsform eher einem weiteren Wohngebäude gleicht, erfüllt unter dem Gesichtspunkt des Gesamteindrucks nicht das Merkmal der Unterordnung<sup>68</sup>. Nach Auffassung des BVerwG ist § 14 BauNVO den Regelungen über die Art der baulichen Nutzung zuzurechnen mit der Folge, dass sich der Abwehrensanspruch des Nachbarn als Gebietserhaltungsanspruch<sup>69</sup> auf die Einhaltung des untergeordneten Charakters der Nebenanlage beziehen kann<sup>70</sup>. Etwas anderes dürfte gelten, wenn die jeweilige Anlage für die Wahrung des Gebietscharakters keine nennenswerte Bedeutung hat.

## 8. Schichtenbebauungsplan

Nach § 25c Satz 1 BauGB ist auf einen Bebauungsplan, dessen Entwurf vor dem 1.1.1990 öffentlich ausgelegt worden ist, die BauNVO in der früheren Fassung anzuwenden. § 25c BauGB enthält eine entsprechende Regelung in Bezug auf die BauNVO-Novelle 1986. Daraus ergibt sich zunächst, dass auf die ursprünglichen Teile des Bebauungsplans 1981 die BauNVO 1977, auf das Deckblatt die BauNVO 1990 anwendbar wäre. Die Gemeinde kann (jedoch) im Rahmen der Bebauungsplanänderung durch ein entsprechendes Verfahren (§ 25c Satz 2 BauGB) erreichen, dass auf den gesamten Bebauungsplan einschließlich seiner Änderungen die neuere Fassung der BauNVO anwendbar ist und sie nicht mit einem so genannten Schichtenbebauungsplan arbeiten muss<sup>71</sup>.

<sup>62</sup> Fickert/Fieseler, 10. Aufl., Rn. 4.1 zu § 14 BauNVO; Stock in König/Roeser/Stock, 2. Aufl., Rn. 10a zu § 14 BauNVO.

<sup>63</sup> BVerwG, Urteil vom 28.4.2004 – 4 C 12.03 – Schwimmhalle im Hamburger Villenviertel; Urteil vom 28.4.2004 – 4 C 10.03 –, DVBl. 2004, 1320 = NVwZ 2004, 1244 = BauR 2004, 1567 = ZfBR 2004, 691 – Schwimmhalle.

<sup>64</sup> OVG Koblenz, Beschluss vom 15.1.2004 – 8 B 11983/03.OVG –, BauR 2004, 644 = DÖV 2004, 395 – Wohnungsprostitution.

<sup>65</sup> BVerwG, Urteil vom 28.4.2004 – 4 C 12.03 – DVBl. 2004, 1320 = NVwZ 2004, 1244 = BauR 2004, 1567 = ZfBR 2004, 691 – Schwimmhalle, für einen Bereich, der sich von einem Kleinsiedlungsgebiet zu einem Reinen Wohngebiet mit dem Charakter eines Hamburger Villenviertels entwickelt hat.

<sup>66</sup> VGH Kassel, Urteil vom 5.2.2004 – 4 N 360/03 –, ZfBR 2004, 390 = UPR 2004, 280 – Bordellansiedlung.

<sup>67</sup> BVerwG, Urteil vom 17.12.1976 – 4 C 6.75 –, Buchholz 406.11 § 29 BBauG Nr. 19.

<sup>68</sup> BVerwG, Urteil vom 28.4.2004 – 4 C 12.03 – Hamburger Schwimmhalle

<sup>69</sup> BVerwG, Urteil vom 16.9.1993 – 4 C 28.91 –, BVerwGE 94, 151, in der Reichweite des nachbarlichen Austauschverhältnisses, so BVerwG, Beschluss vom 20.8.1998 – 4 B 79.98 –, BRS 60 Nr. 176.

<sup>70</sup> BVerwG, Urteil vom 28.4.2004 – 4 C 12.03 – Hamburger Schwimmhalle; Urteil vom 28.4.2004 – 4 C 10.03 –, DVBl. 2004, 1320 = NVwZ 2004, 1244 = BauR 2004, 1567 = ZfBR 2004, 691 – Schwimmhalle.

<sup>71</sup> BVerwG, Beschluss vom 18.2.2004 – 4 BN 2.02 –.

## 9. Rücksichtnahmegebot

Eine Baugenehmigung, die trotz problematischer immissionsschutzrechtlicher Verhältnisse nur schematisch die Einhaltung bestimmter Richtwerte aufgibt, kann gegen das bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot verstoßen<sup>72</sup>. Auch eine ungenehmigte und eine nicht ausgeübte Nutzung kann die Rücksichtnahmeverpflichtung auslösen<sup>73</sup>.

Bei der Aufstellung eines Bebauungsplans lässt sich der durch ein - Nebeneinander von allgemeinem Wohngebiet und Gewerbegebiet entstehender Konflikt - durch Übernahme einer Baulast lösen, mit der sich der Eigentümer der im Gewerbegebiet liegenden Grundstücke verpflichtet, die Grundstücke nicht zur Unterbringung von das Wohnen wesentlich störenden Gewerbebetrieben zu nutzen<sup>74</sup>.

Schutzgut der VDI-Richtlinie 3472 (Hühner) und der VDI-Richtlinie 3471 (Schweine) ist vorrangig Wohnbebauung, wobei eine standardisierte Beurteilung des Konflikts zwischen immissionsträchtigen Betrieben und Gebieten, in denen sich Menschen dauerhaft aufhalten, vorgenommen wird. Durch die Bezugnahme auf Gewerbe- und Industriegebiete, für die eine Sonderbeurteilung erforderlich ist, werden zwar auch Gebiete mit in den Anwendungsbereich aufgenommen, in denen nicht vorrangig Wohnen stattfindet. Auch insoweit ist aus dem Regelungszusammenhang der VDI-Richtlinien aber abzuleiten, dass es auch dort auf den vermuteten dauerhaften Aufenthalt von Menschen ankommt. In einem Dorfgemeinschaftshaus mit einer schon nicht gegebenen durchgängigen Nutzung unterliegen die jeweiligen wechselnden Nutzergruppen keiner Dauerexposition, was abgesenkte Schutzstandards gegenüber einer Wohnnutzung rechtfertigt<sup>75</sup>.

## III. Rechtsschutz

Das Städtebaurecht ist auch weiterhin Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Auseinandersetzungen. Die Prozessrechtsnovellen haben allerdings eher dazu beigetragen, dass die mehrinstanzlichen Rechtsschutzmöglichkeiten eher auf dem Rückzug sind. Der dadurch bewirkte Rückgang revisionsrechtlicher Verfahren beim BVerwG ist dort allerdings durch die erstinstanzlichen Zuständigkeiten für Verkehrsprojekte der deutschen Einheit weitgehend aufgefangen worden. Der Rechtsschutz um das Städtebaurecht war weitgehend durch Normenkontrollverfahren aber auch Nachbarklageverfahren geprägt. Aber auch Amtshaftungs- und Entschädigungsprozesse werden vor allem im Bereich der Windenergieanlagen wohl in Zukunft noch etwas an Boden gewinnen.

### 1. Normenkontrolle

Ein durch Gesetz geänderte Norm einer landesrechtlichen Rechtsverordnung, hinsichtlich der die Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang angeordnet worden ist („Entsteinerungsklausel“), kann eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift i.S. von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO sein<sup>76</sup>.

In einem Regionalplan enthaltene Ziele der Raumordnung sind Rechtsvorschriften im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Ziele der Raumordnung im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG haben den Charakter von Außenrechtsvorschriften. Sie können auch als Regelungen mit beschränktem Adressatenkreis Außenwirkungen entfalten. Sie können vom Zieladressaten zum Gegenstand einer Normenkontrolle gemacht werden, auch wenn der Landesgesetzgeber für den Regionalplan keine Rechtsform vorgibt<sup>77</sup>.

Bei der (teilweisen) Aufhebung einer Landschaftsschutzverordnung aus Anlass einer gemeindlichen Bebauungsplanung erstreckt sich das naturschutzrechtliche Abwägungsgebot in § 2 Abs. 1 BnatSchG nicht auf die Bodennutzungskonflikte, die erst durch die Bauleitplanung ausgelöst und durch das Abwägungsgebot gesteuert werden. Ein Antragsteller, der eine Verordnung, die den Landschaftsschutz aus Anlass einer Bebauungsplanung (teilweise) aufhebt, im Wege der Normenkontrolle angreift, ist nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO 1996 nicht antragsbefugt, wenn und soweit er geltend macht, durch den nachfolgenden Bebauungsplan in seinen Rechten verletzt zu werden<sup>78</sup>.

Mit der zeitlichen Beschränkung des Antragsrechts für das Normenkontrollverfahren durch das VwGO-ÄndG 1996 sollte die Befugnis der Verwaltungsgerichte, Normen nach Ablauf der Frist inzident auf ihre Vereinbarkeit mit höherem Recht zu prüfen, nicht angefasst werden<sup>79</sup>.

Ob Art. 6 Abs. 1 EMRK stets Genüge getan ist, wenn zwar im erstinstanzlichen Verfahren des Verwaltungsgerichts, nicht aber im Berufungsverfahren des OVG/VGH die Möglichkeit der mündlichen Verhandlung bestand, bleibt offen. Eine mündliche Verhandlung ist nach Art. 6 Abs. 1 EMRK regelmäßig jedenfalls dann im verwaltungsgerichtlichen Berufungsverfahren nicht geboten, wenn im Wesentlichen nur Rechtsfragen zu entscheiden sind. Auch ein verwaltungsgerichtlicher Nachbarrechtsstreit über die Zulässigkeit einer Baugenehmigung unterliegt Art. 6 Abs. 1 EMRK<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> VG Schleswig, Urteil vom 29.1.2004 – 5 A 5/02 – Motorradclub

<sup>73</sup> BVerwG, Beschluss vom 6.1.2004 – 4 B 72.03 –, gegen VGH München, Urteil vom 20.5.2003 – 5 S 2751/01 –, BauR 2003, 1539.

<sup>74</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 13.2.2004 – 3 S 2548/02 –.

<sup>75</sup> VGH Kassel, Urteil vom 26.2.2004 – 3 N 739/02 –, BauR 2004, 1047 – Dorfgemeinschaftshaus

<sup>76</sup> BVerwG, Urteil vom 16.1.2003 – 4 CN 8.01 –, BVerwGE 117, 313 = DVBl. 2003, 804 = NVwZ 2003, 730 = BauR 2003, 842.

<sup>77</sup> BVerwG, Urteil vom 20.11.2003 – 4 CN 6.03 –, ZfBR 2004, 272.

<sup>78</sup> BVerwG, Beschluss vom 11.12.2003 – 4 CN 10.02 –.

<sup>79</sup> BVerwG, Beschluss vom 8.4.2003 – 4 B 23.03 –.

<sup>80</sup> BVerwG, Beschluss vom 25.9.2003 – 4 B 68.03 –, NVwZ 2004, 108 = UPR 2004, 143 = NJW 2004, 1058 – Art. 6 Abs. 1 MRK; Beschluss vom 12.3.1999 – 4 B 112.98 –, NVwZ 1999, 763.

## 2. Antragsbefugnis

Nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann den Normenkontrollantrag jede natürliche Person stellen, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. An die Geltendmachung einer Rechtsverletzung sind dieselben Anforderungen wie an die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO zu stellen. Es ist daher ausreichend, wenn der Antragsteller hinreichend substantiiert Tatsachen vorträgt, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass er durch den zur Prüfung gestellten Rechtssatz in einem subjektiven Recht verletzt wird<sup>81</sup>. Die Verletzung eines derartigen subjektiven Rechts kann auch aus einem Verstoß gegen das in § 1 Abs. 7 BauGB enthaltene Abwägungsgebot folgen. Dieses Gebot hat hinsichtlich solcher privater Belange drittschützenden Charakter, die für die Abwägung erheblich sind. Antragsbefugt ist also, wer sich auf einen abwägungserheblichen privaten Belang berufen kann; denn wenn es einen solchen Belang gibt, besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, dass die Gemeinde ihn bei ihrer Abwägung nicht korrekt berücksichtigt hat<sup>82</sup>. Nicht jeder private Belang ist indessen für die Abwägung erheblich, sondern nur solche, die in der konkreten Planungssituation einen städtebaulichen Bezug haben. Nicht abwägungsbeachtlich sind insbesondere geringwertige oder mit einem Makel behaftete Interessen sowie solche, auf deren Fortbestand kein schutzwürdiges Vertrauen besteht, oder solche, die für die Gemeinde bei der Entscheidung über den Bebauungsplan nicht erkennbar waren<sup>83</sup>. Das Interesse, mit einem bisher nicht bebaubaren Grundstück in den Geltungsbereich eines Bebauungsplans einbezogen zu werden, ist für sich genommen kein abwägungserheblicher Belang, der dem Eigentümer die Antragsbefugnis für eine Normenkontrolle (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO) vermitteln kann. Das bloße Interesse eines Eigentümers, das Plangebiet entgegen den bisherigen planerischen Vorstellungen auf sein Grundstück ausgedehnt zu sehen, muss von der Gemeinde nicht in die Abwägung einbezogen werden. Ein derartiges Interesse an der Verbesserung des bauplanungsrechtlichen status quo und damit an der Erweiterung des eigenen Rechtskreises ist eine bloße Erwartung, die nicht schutzwürdig und damit auch nicht abwägungserheblich ist. Das ergibt sich aus dem Rechtscharakter der gemeindlichen Bauleitplanung und den rechtlichen Bindungen, denen diese Planung unterliegt<sup>84</sup>. Etwas anderes kann wohl nur gelten, wenn ein Grundstück willkürlich nicht in die Planung einbezogen worden ist<sup>85</sup>.

## 3. Nachbarklage

Gegen eine Baugenehmigung zur Nutzung eines Gebäudes als türkisches Konsulat kann ein Nachbar weder planungsrechtlich im Rahmen der erteilten Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB und des Rücksichtnahmegebots nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO noch bauordnungsrechtlich über § 3 Abs. 1 Satz 1 BauO BW erfolgreich einwenden, dass die Gefahr terroristischer Anschläge bestehe<sup>86</sup>.

Bei der im Rahmen der §§ 80, 80 a VwGO erforderlichen Interessenabwägung begründen die verfahrensrechtlichen Vorschriften des § 10 BImSchG allein keine Rechtsposition des Nachbarn gegen die baurechtliche Genehmigung einer Windenergieanlage, weil ein Verstoß gegen Verfahrensrecht für sich gesehen die Kassation des verfahrensfehlerhaften Verwaltungsaktes nicht nach sich zieht. § 10 BImSchG gehört nicht zu den Verfahrensvorschriften, bei denen ausnahmsweise Nachbarrechtsschutz allein auf Grund der Möglichkeit zu gewähren ist, dass infolge des verkürzten Verfahrens der erforderliche Nachbarnschutz nicht sichergestellt ist.

Auch die Vorschriften über das Erfordernis einer Umweltverträglichkeitsprüfung begründen kein nachbarliches Abwehrrecht; ein Abwehrrecht des Nachbarn gegenüber einer im Außenbereich gelegenen, baurechtlich genehmigten Windenergieanlage ist regelmäßig nur gegeben, wenn ihre Errichtung und/oder ihr Betrieb gegen das - auch - in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB verankerte Gebot der Rücksichtnahme oder gegen die Schutzvorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG verstößt<sup>87</sup>.

## 4. Gerichtliche Aufklärungspflicht

Ein Tatsachengericht verletzt den in Art. 103 Abs. 1 GG grundrechtlich verbürgten Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn es über entscheidungserhebliches Parteivorbringen hinweggeht, ohne darzulegen, aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen es keiner Auseinandersetzung mit diesem Vorbringen und keiner Sachaufklärung in dieser Hinsicht bedarf<sup>88</sup>.

Ein Gericht verletzt seine Pflicht zur erschöpfenden Sachverhaltsaufklärung grundsätzlich dann nicht, wenn es von einer sich aufdrängenden Beweiserhebung absieht, die ein Beteiligter nicht ausdrücklich beantragt hat<sup>89</sup>.

<sup>81</sup> BVerwG, Urteil vom 24.9.1998 – 4 CN 2.98 –, BVerwGE 107, 215; Urteil vom 17.5.2000 – 6 CN 3.99 –, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 141 m.w.N.

<sup>82</sup> BVerwG, Beschluss vom 22.8.2000 – 4 BN 38.00 –, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 142.

<sup>83</sup> BVerwG, Beschluss vom 9.11.1979 – 4 N 1.78, 2. – 4.79 –, BVerwGE 59, 87.

<sup>84</sup> BVerwG, Urteil vom 30.4.2004 – 4 CN 1.03 –, DVBl. 2004, 1044 = NVwZ 2004, 1120 = BauR 2004, 1427 – Herrengestell, unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 17.9.2003 – 4 C 14.01 –, BVerwGE 119, 25 = DVBl. 2004, 239 = NVwZ 2004, 220; Beschluss vom 5.8.2002 – 4 BN 32.02 –, NVwZ-RR 2003, 7; Urteil vom 7.6.2001 – 4 CN 1.01 –, BVerwGE 114, 301, entgegen VGH Mannheim, Urteil vom 17.4.2002 – 8 S 1799/01 –, NuR 2003, 170.

<sup>85</sup> Dürr, DÖV 1990, 136; VGH Mannheim, 3 S 1648/92 –, VBIBW 1995, 204; OVG Bautzen, 1 S 517/94 –, NVwZ 1996, 1028; OVG Greifswald, 3 K 17/97 –, LKV 1999, 68; OVG Koblenz, Beschluss vom 28.10.2003 – 8 C 10932/03 –.

<sup>86</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 22.6.2004 – 5 S 1263/04 –.

<sup>87</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 7.1.2004 – 22 B 1288/03 –, NVwZ-RR 2004, 408 = BauR 2004, 804 = DÖV 2004, 581 = DVBl. 2004, 664 – Windenergieanlage.

<sup>88</sup> BVerwG, Beschluss vom 14.6.2004 – 4 BN 18.04 –, unter Hinweis auf Urteil vom 15.4.1997 – 8 C 20.96 –, Buchholz 310 § 108 VwGO Nr. 274.

<sup>89</sup> BVerwG, Beschluss vom 13.5.2004 – 4 B 27.04 – Hofanlage Frienstedt mit Hinweis auf Beschluss vom 5.8.1997 – 1 B 144.97 –, NVwZ-RR 1998, 784 sowie Beschluss vom 19.8.1997 – 7 B 261.97 –, NJW 1997, 3328.

## 5. Aufklärungsrüge

Eine Aufklärungs- und Beweiswürdigungsrüge wird nur schlüssig erhoben (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO), wenn die Beschwerde darlegt, dass eine sachgerechte Aufklärung und richterliche Überzeugungsbildung zu einer für den Antragsteller günstigeren Entscheidung hätte führen können<sup>90</sup>.

## 6. Berufungsbegründung

Wird die Berufung zugelassen, so muss sie § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO nach Zustellung des Zulassungsbeschlusses durch einen gesonderten Schriftsatz innerhalb eines Monats begründet werden. Mit der Einreichung der Begründungsschrift nach Zulassung der Berufung soll der Berufungskläger nämlich eindeutig zu erkennen geben, dass er nach wie vor an der Durchführung des Berufungsverfahrens interessiert ist<sup>91</sup>. Es genügt deshalb nicht, dass die Anträge und die Begründung der Berufung schon im Antrag auf Zulassung der Berufung enthalten waren. Zur Berufungsbegründung gemäß § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO kann es allerdings genügen, dass der Berufungsführer innerhalb der Berufungsbegründungsfrist durch einen gesonderten Schriftsatz erkennbar zum Ausdruck bringt, dass er die Berufung durchführen will und weshalb er sie für begründet hält: Dabei kann ergänzend auch auf den Inhalt des Zulassungsantrags verwiesen werden<sup>92</sup>.

## 7. Amtshaftung

Eine Gemeinde ist nicht berechtigt, die Entscheidung über eine Bauvoranfrage über die angemessene Bearbeitungszeit hinauszuzögern, wenn das Bauvorhaben nach der noch gültigen Rechtslage planungsrechtlich zulässig, aber ein – noch nicht verkündeter – Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans mit anders gearteten Zielen vorliegt<sup>93</sup>.

War nicht lediglich ein Dritter, sondern auch der von der Veränderungssperre betroffene Grundeigentümer Adressat der ersten Bauvoranfrage-Zurückstellung, kann die zu seinen Lasten getroffene Maßnahme im Rahmen des § 17 Abs. 1 Satz 2 BauGB nicht außer Betracht bleiben: der für eine Anrechnung der Zurückstellungszeit notwendige Grundstücksbezug wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass nicht der Grundstückseigentümer selbst, sondern mit seiner Zustimmung ein Dritter das Vorhaben, das den Gegenstand der seinerzeitigen Bauvoranfrage bildete, auf dem Grundstück und zwei benachbarten Flurstücken auszuführen beabsichtigte<sup>94</sup>.

Legt ein Bauherr gegen die auf § 15 BauGB gestützte Zurückstellung seines Baugesuches Widerspruch ein, so hat die Bauaufsichtsbehörde mit Rücksicht auf dessen aufschiebende Wirkung die Amtspflicht, die Bearbeitung fortzusetzen, solange kein Sofortvollzug angeordnet ist<sup>95</sup>.

## IV. Städtebauliche Konsolidierung trotz einzelner Kursausschläge

Der städtebauliche Konsolidierungskurs setzt sich wohl auch weiterhin durch. Einzelne Kursausschläge etwa durch die gesetzlichen Neuregelungen des EAG Bau können daran nicht wirklich etwas ändern. Auch die Änderungen des BauGB durch das Gesetz zum Hochwasserschutz haben nicht verhindert, dass das Städtebaurecht alles in allem in ruhigem Fahrwasser verbleibt.

<sup>90</sup> BVerwG, Beschluss vom 14.6.2004 – 4 BN 18.04 – Hanglage.

<sup>91</sup> BVerwG, Urteil vom 30.6.1998 – 9 C 6.98 –, BVerwGE 107, 117 = NVwZ 1998, 1311 – zu § 124a Abs. 3 VwGO 1996; Beschluss vom 3.12.2002 – 1 B 429.02 –, NVwZ 2003, 868, anders noch Beschluss vom 25.8.1997 – 9 B 690.97 –, DVBl. 1997, 1325.

<sup>92</sup> BVerwG, Urteil vom 8.3.2004 – 4 C 6.03 –, NVwZ-RR 2004, 541, unter Hinweis auf Beschluss vom 1.12.2000 – 9 B 549.00 –, Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 60, Beschluss vom 15.10.1999 – 9 B 499.99 –, NVwZ 2000, 315; Urteil vom 30.6.1998 – 9 C 6.98 –, BVerwGE 107, 117.

<sup>93</sup> BGH, Urteil vom 12.7.2001 – III ZR 282/00 –, DVBl. 2001, 1619 = NVwZ 2002, 124.

<sup>94</sup> BVerwG, Beschluss vom 25.3.2003 – 4 B 9.03 –, Buchholz 406.11 § 17 BauGB Nr. 9 Veränderungssperre.

<sup>95</sup> BGH, Urteil vom 26.7.2001 – III ZR 206/00 –, BauR 2001, 1887 = NVwZ 2002, 123. Zur Amtshaftung der Gemeinde wegen rechtswidriger Versagung des – objektiv nicht erforderlichen – Einvernehmens BGH, Urteil vom 21.11.2002 – III ZR 278/01 –, UPR 2003, 109 = BauR 2003, 364 = DÖV 2003, 295 = NVwZ-RR 2003, 403. Zum Vertrauensschutz bei einer unrichtigen gemeindlichen Auskunft über die Baulandqualität eines Außenbereichsgrundstücks BGH, Urteil vom 4.2002 – III ZR 97/01 –, DVBl. 2002, 1114 = UPR 2002, 311 = ZfBR 2002, 595 = BauR 2002, 1529 – gemeindliche Auskunft.