

der Europäischen Union, 2004<sup>84</sup>: »Das Buch, eine von *Tettinger* betreute Kölner Dissertation, behandelt vorzüglich und akribisch, aber dennoch konzentriert zunächst die Sprachenregelungen im europäischen primär- und sekundärrechtlichen Bereich . . .« Im Anschluss an die Würdigung kritischer Darstellungen in der zu besprechenden Schrift heißt es am Ende: »Verbesserungen verspricht sich der Verf. wohl mit Recht von der Osterweiterung der EU, die es rechtfertigen würde, die deutsche Sprache als dritte Amtssprache zu verankern, weil sie die größte europäische Sprache und die wirtschaftlich stärkste Sprache in der EU sowie die prozentual wohl am meisten verbreitete Fremdsprache in den neuen Mitgliedstaaten sei. Hoffen wir, dass die deutsche Sprache trotz mancher Verballhornungen durch manche Medien und gelegentlich auch durch Politiker mehr Aussichten hat, als ihre Verächter meinen.«

#### IV. Dank, »Vermächtnis« und Verpflichtung

Wie bereits eingangs deutlich geworden ist, schuldet das Deutsche Verwaltungsblatt seinem Mitherausgeber, Autor und Rezensenten *Horst Sandler* größten Dank.

<sup>84</sup> *Sandler*, DVBl 2005, 364.

In seinem Grußwort zum Erscheinen des Deutschen Verwaltungsblattes im 100. Jahrgang hat *Sandler*<sup>85</sup> ausgeführt: » . . . es besteht aller Grund zur Freude darüber, daß das Deutsche Verwaltungsblatt das erste Hundert seiner Jahrgänge vollenden und demnächst das zweite Hundert beginnen kann – und dies nicht als müder Greis, sondern im Vollbesitz seiner Kräfte – und also auch Anlaß zum gratulieren . . .

Nicht von ungefähr heißt unser Geburtstagskind Deutsches *Verwaltungsblatt*. Es wird seine Aufgabe sein, daran mitzuhelfen, den Rang der Verwaltung neben dem inzwischen selbstverständlich gewordenen der Gerichtsbarkeit zu behaupten. Möge also das Deutsche Verwaltungsblatt als die traditionsreichste und älteste der vornehmlich der Praxis zugewandten öffentlich-rechtlichen Zeitschriften, sozusagen als deren Flaggschiff, im Interesse der weiteren rechtsstaatlichen Entwicklung, im Interesse von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, weiterwachsen, blühen und gedeihen.«

In diesen Worten kommen Verpflichtung, aber auch Aufmunterung und Zuversicht zum Ausdruck. Schriftleitung und Verlag werden die Worte *Sandlers* beherzigen.

<sup>85</sup> DVBl 1985, 6.

## Städtebaurecht 2004/2005: Planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben

### – Rechtsprechungsbericht –

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. *Bernhard Stüer*, Richter am BGH-Senat für Anwaltssachen, (Münster/Osnabrück)\*

*Das EAG Bau hat die Regelungen über die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben in Teilbereichen ergänzt, das bisherige Grundkonzept der §§ 29 bis 37 BauGB aber unverändert übernommen. Die Rechtsprechung hat sich vor allem mit Befreiungsmöglichkeiten, der Planreife, Einzelhandelsvorhaben einschließlich der Nahversorgungsbetriebe, Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich und im Außenbereich und hier speziell mit der Landwirtschaft, Windenergieanlagen und Folgenutzungen ehemals privilegierter baulicher Anlagen befasst. Auch die Reichweite der*

*gemeindlichen Einvernehmensregelungen stand angesichts der Möglichkeiten, das gemeindliche Einvernehmen durch eine Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde zu ersetzen, auf dem Prüfstand der Gerichte.*

Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben beurteilt sich nach §§ 29 bis 37 BauGB. Das EAG Bau hat hier Änderungen der Vorschriften §§ 29, 33, 34 und 36 BauGB gebracht. 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

Für Vorhaben, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben, und für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie für Ausschachtungen, Ablagerungen einschließlich Lagerstätten gelten nach § 29 BauGB die §§ 30 bis 37 BauGB. Die Vorschriften des Bauordnungsrechts und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften bleiben unberührt. § 29 BauGB enthält damit die Anwen-

\* Der Beitrag schließt an die Rechtsprechungsberichte *Stüer*, DVBl 2005, 461 (Bauleitplanung) und DVBl 2005, 806 (Abwägungsgebot), an. Zum EAG Bau *Krautzberger/Stüer*, DVBl 2004, 781, DVBl 2004, 914. 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; *Schrödter*, BauGB, 7. Aufl. Köln 2006; *Stüer*, Städtebaurecht 2004, Bd. 5 der Schriftenreihe Planungsrecht, Osnabrück 2004; *ders.*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 3. Aufl. München 2005; *ders.*, Der Bebauungsplan, 3. Auflage München 2006.

dungsvoraussetzungen für die Prüfung der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben.

Nicht zu den planungsrechtlich relevanten Vorhaben zählt die Fortführung der Nutzung des vorhandenen legalen Bestandes. Eingriffe in die vorhandene Bausubstanz stellen allerdings eine Änderung im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB dar, wenn das Bauwerk dadurch seiner ursprünglichen Identität beraubt wird. Ein solcher Identitätsverlust tritt nicht nur ein, wenn der Eingriff in den vorhandenen Bestand so intensiv ist, dass er die Standfestigkeit des gesamten Bauwerk berührt und eine statische Nachberechnung erforderlich macht<sup>1</sup>, sondern erst recht, wenn die Bausubstanz ausgetauscht wird oder die Baumaßnahmen sonst praktisch einer Neuerrichtung gleichkommen. Ob die Sanierung eines Gebäudes gemessen hieran bereits eine Änderung einer baulichen Anlage im Sinne von § 29 Abs. 1 BauGB darstellt, weil sie einer Neuerrichtung gleichkommt, ist im jeweiligen Einzelfall zu klären<sup>2</sup>.

Zwar begründet die bloße Duldung einer baulichen Anlage noch keine als Eigentum geschützte Rechtsposition. Duldet die Behörde, dass der Eigentümer unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit eine formell und materiell illegale Anlage oder Nutzung noch weiter nutzt, ergeben sich daraus keine darüber hinausgehenden Eigentumsrechte<sup>3</sup>. Hat aber eine Baugenehmigungsbehörde die (möglicherweise illegale) Instandsetzung eines Gebäudes für Wohnzwecke aufsichtsbehördlich »begleitet«, so kann sich daraus ein schützenswertes Vertrauen ergeben, das eine Beseitigungsverfügung auf Dauer ausschließt<sup>4</sup>.

## 2. Vorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans

Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der allein oder gemeinsam mit sonstigen baurechtlichen Vorschriften mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält, ist ein Vorhaben zulässig, wenn es diesen Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist (§ 30 Abs. 1 BauGB). 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>5</sup>.

## 3. Befreiung

Die Befreiungsmöglichkeiten sind durch das EAG Bau nicht geändert worden. Nach § 31 Abs. 2 BauGB kann von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden, wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erfordern, die Abweichung städtebaulich vertretbar ist oder die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde. Dabei sind nachbarliche Interessen zu würdigen und öffentliche Belange zu berücksichtigen. 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>6</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>7</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>8</sup>.

Auch von den Festsetzungen eines einfachen Bebauungsplanes, der keine Festsetzungen über die überbaubaren Grundstücksflächen oder die örtlichen Verkehrsflächen enthält, kann eine Befreiung erteilt werden. Ob von einer Befreiung die Grundzüge der Planung berührt werden, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Die Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes führt zu einer partiellen Unwirksamkeit dieser Festsetzungen, ohne dass dafür eine Planänderung erforderlich ist<sup>9</sup>.

1 BVerwG, Urteil vom 17. 1. 1986 – 4 C 80.82 –, BVerwGE 72, 362 = DVBl. 1986, 677 – Statik.

2 BVerwG, Beschluss vom 10. 10. 2005 – 4 B 60.05 –, BBB 2006, Heft 2, 48 – Ersatzbau.

3 BGH, Urteil v. 21. 1. 1999 – III ZR 168/97 –, BGHZ 140, 285 = DVBl 1999, 603 – Wasserrecht.

4 BGH, Urteil vom 8. 5. 2003 – III ZR 68.02 –, DVBl 2003, 1053 = ZfBR 2003, 688 – Kotten.

5 BGH, Beschluss vom 28. 10. 2004 – III ZR 25/04 –.

6 BVerwG, Beschluss vom 5. 2. 2004 – 4 B 110.03 –, BauR 2004, 1124 = ZfBR 2004, 471 – Befreiung von Bebauungsplanfestsetzung zugunsten einer Mobilfunksendeanlage.

7 BVerwG, Beschluss vom 19. 5. 2004 – B 35.04 –.

8 VGH Mannheim, Urteil vom 20. 2. 2004 – 10 A 4840/01 –, BauR 2004, 1125 – Bauvorbescheid.

9 BVerwG, Beschluss vom 30. 3. 2005 – 9 B 3.05 –, Befreiung.

Eines ist aber auch klar: Die Befreiungsvorschriften gleichen weiterhin einer Mengelwörterklausel<sup>10</sup> oder einem Mikadospiegel: Wenn sich jemand bewegt, ist das Spiel für den Bauherrn bereits verloren. Ein Dispens wird wohl nur erteilt, wenn die Baugenehmigungsbehörde, die Gemeinde, die höhere Verwaltungsbehörde und der Nachbar keine Widerstände leisten. Landet man nach Ablehnung des Vorhabens bei Gericht, hat der Bauherr zumeist schlechte Karten.

#### 4. Planreife (§ 33 BauGB)

Durch das EAG Bau sind die Regelungen zur Planreife neu gefasst. In Gebieten, für die ein Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans gefasst ist, ist ein Vorhaben nach § 33 Abs. 1 BauGB zulässig, wenn (1) die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nach § 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 und 4a Abs. 2 bis 5 BauGB durchgeführt worden ist, (2) anzunehmen ist, dass das Vorhaben den künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans nicht entgegensteht, (3) der Antragsteller diese Festsetzungen für sich und seine Rechtsnachfolger schriftlich anerkennt und (4) die Erschließung gesichert ist. Erst nach Durchführung der Umweltprüfung und der förmlichen Beteiligungsverfahren ist daher die Planreife gegeben.

Auch die Rechtsprechung stellt entsprechende Anforderungen an das Vorliegen der Planreife auf: 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 Schlussstrich unter seine Planung zu ziehen, so macht er von § 33 BauGB einen unzulässigen dysfunktionalen Gebrauch. § 33 Abs. 1 BauGB ist daher nicht anwendbar, wenn der Planungsträger erklärt, alles zum Abschluss des Planaufstellungsverfahrens Erforderliche getan zu haben, aber den Bebauungsplan nicht durch öffentliche Bekanntmachung nach § 10 Abs. 3 Satz 1 BauGB in Kraft setzt<sup>11</sup>.

#### 5. Einzelhandel im beplanten und nicht beplanten Innen- sowie im Außenbereich

Der Verfall vieler Innenstädte schreitet voran. In zahlreichen ländlichen Gemeinden aber in Stadtteilzentren der Großstädte werden bei wachsenden Leerständen die Schaufenster einfach zugeklebt. Dieser Trend wird nicht nur durch die Einkaufszentren auf der grünen Wiese, sondern auch durch innerstädtische Center gefördert, die das Publikum zwar wie ein Magnet anziehen und es geradezu aufschlucken, aber vielfach keine Belebung der umgebenden Stadtlagen bringen. Das CentrO Ober-

hausen<sup>12</sup> aber auch zahlreiche Bahnhofsgalerien wie etwa in Siegen sind dafür beredete Beispiele.

Das Planungsrecht stellt den planenden Gemeinden allerdings ausreichende Instrumente zur Verfügung, mit denen derartigen Entwicklungen begegnet werden kann. Bauleitpläne benachbarter Gemeinden sind nach § 2 Abs. 2 BauGB aufeinander abzustimmen. Dabei können sich die Gemeinden auch auf ihre ihnen durch Ziele der Raumordnung zugewiesenen Funktionen sowie auf Auswirkungen auf ihre zentralen Versorgungsbereiche berufen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 BauGB). Von Innenbereichsvorhaben dürfen keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein (§ 34 Abs. 3 BauGB).

Großflächiger Einzelhandel mit tendenziell schädlichen städtebaulichen oder infrastrukturellen Auswirkungen ist nach § 11 Abs. 3 BauNVO in Kerngebiete sowie in Einzelhandelsonderegebiete verwiesen. Die Gemeinden haben die Möglichkeit, die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben durch Bauleitplanung zu steuern und damit auf Städtebau und Infrastruktur Einfluss zu nehmen. Eine Gemeinde ist daher grundsätzlich berechtigt, durch einen Bebauungsplan großflächigen Einzelhandel im Plangebiet zu beschränken, um auf der Grundlage eines durch Marktforschungsgutachten getragenen Einzelhandelskonzepts die mit erheblichen Investitionen

12 OVG Münster, Urteile vom 6. 6. 2005 – 10 D 145.04. NE 10 D 148.04. NE –, BauR 2005, 1577; BVerwG, Beschlüsse vom 28. 12. 2005 – 4 BN 41.05 – Erweiterung CentrO Oberhausen. Die Stadt Oberhausen hatte den umliegenden Ruhrgebietsstädten und der Bezirksregierung Düsseldorf als Genehmigungsbehörde für die Flächennutzungsplanänderung eine Begrenzung der Verkaufsfläche auf 70 000 qm verbindlich zugesichert, dies durch Baulast gesichert und die Zusicherungen später allerdings für unwirksam erklärt, *Stüer/Weers*, DVBl 2006, 236. Zu den Plandivergenzen zwischen Zusicherungen und Planausweisungen *Stüer*, BauR 2006, 31. Zur Bindung von »Sollzielen« BVerwG, Urteil vom 17. 9. 2003 – 4 C 14.01 –, BVerwGE 117, 351 = DVBl 2004, 239; Urteil vom 18. 9. 2003 – 4 CN 20.02 –, BVerwGE 119, 54 = DVBl 2004, 251; OVG Lüneburg, Urteil vom 1. 9. 2005 – 1 LC 107/05 – Soltau. Als ein solches Ziel ist vom OVG Lüneburg die Formulierung anerkannt worden: »Neue Flächen für den großflächigen Einzelhandel sind den jeweiligen Zentralen Orten zuzuordnen. Der Umfang neuer Flächen bestimmt sich aus dem zentralörtlichen Versorgungspotenzial, den vorhandenen Versorgungseinrichtungen und der innergemeindlichen Zentrenstruktur. Die Ausweisung neuer Flächen für den großflächigen Einzelhandel ist interkommunal abzustimmen.« Das sieht das OVG Münster unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung für die Landesplanung in NRW anders. § 24 Absatz 3 Landesentwicklungsprogramm NRW soll danach keine die Bauleitplanung bindenden Ziele enthalten. Nach dieser Vorschrift sollen Kerngebiete sowie Sondergebiete für Einkaufszentren, großflächige Einzelhandelsbetriebe und sonstige großflächige Handelsbetriebe nur ausgewiesen werden, soweit die in ihnen zulässigen Nutzungen nach Art, Lage und Umfang der angestrebten zentralörtlichen Gliederung sowie der in diesem Rahmen zu sichernden Versorgung der Bevölkerung entsprechen und wenn sie räumlich und funktional den Siedlungsschwerpunkten zugeordnet sind.

10 Mit solchen Vorschriften, die auf Zustimmung der Beteiligten angelegt sind, lassen sich nur gewisse Annäherungen an die absolute Gerechtigkeit erreichen.

11 BVerwG, Urteil vom 1. 8. 2002 – 4 C 5.01 –, BVerwGE 117, 25 = DVBl 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken.

umgestaltete Innenstadt als Einzelhandelszentrum zu festigen und auszubauen<sup>13</sup>.

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.

Auch im Außenbereich ergeben sich entsprechende Beschränkungen. 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 angemessene 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. 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. Von einem qualifizierten Abstimmungsbedarf ist dann auszugehen, wenn das Vorhaben die in § 11 Abs. 3 Satz 1 BauNVO bezeichneten Merkmale aufweist<sup>14</sup>. 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 kann allein in einem Bauleitplanverfahren getroffen werden<sup>15</sup>.

Es kommt weder für das Eingreifen der Regelvermutung nach § 11 Abs. 3 Satz 3 BauNVO noch für deren Widerlegung darauf an, ob der Einzelhandelsbetrieb von vornherein in der nun zu beurteilenden Größe errichtet oder ob ein bestehender Betrieb nachträglich erweitert werden soll<sup>16</sup>.

## 6. Nahversorger

Seine bisherige Einzelhandelsrechtsprechung hat der 4. Senat des BVerwG inzwischen behutsam fortentwickelt, die Verkaufsfläche der Nahversorger auf 800 qm angehoben und der Praxis hierdurch handhabbare Maßstäbe für die Abgrenzung der Großflächigkeit von Handelsbetrieben gegeben<sup>17</sup>. Die Entscheidungen sind von dem Gedanken getragen, die bisherige Rechtsprechung des BVerwG zum Konzept des § 11 Abs. 3 BauGB vom Grundsatz her zu bestätigen, allerdings die Grenze für die Großflächigkeit von bisher 700 qm Verkaufsfläche<sup>18</sup> bzw. bis zu 800 qm nach Einzelfallprüfung<sup>19</sup> auf 800 qm als Fixgröße anzuheben. Hierdurch soll der Praxis Klarheit gegeben und die Entscheidungsprozesse für die Genehmigung von Einzelhandelsnutzungen vereinfacht werden. Zugleich hat das BVerwG die bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass mehrere Einzelhandelsbetriebe grundsätzlich für sich betrachtet und hinsichtlich der Flächen nicht als ein Betrieb zusammengerechnet werden dürfen. Ausnahmen sind die Einkaufszentren, die einen einheitlich geplanten, finanzierten, gebauten und auch nach außen als Einheit erscheinenden Gebäudekomplex darstellen<sup>20</sup>. Funktionszusam-

13 VG Freiburg, Urteil vom 24. 3. 2004 – 7 K 1249/03 –, KommJur 2004, 192 – Einzelhandel.

14 BVerwG, Urteil vom 1. 8. 2002 – 4 C 5.01 –, BVerwGE 117, 25 = DVBl 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken.

15 BVerwG, Beschluss vom 11. 8. 2004 – 4 B 55.04 –, BauR 2005, 832 = Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr 363 – förmliche Planung.

16 BVerwG, Beschluss vom 29. 11. 2005 – 4 B 72.05 –, BBB 2006, Heft 2, 48 – Erweiterung eines großflächigen Einzelhandelsbetriebes.

17 BVerwG, Urteile vom 24. 11. 2005 – 4 C 10.04 – (VGH Mannheim Urteil vom 13. 7. 2004 – 5 S 1205/03 – ZfBR 2005, 78), – 4 C 14.04 – (OVG Frankfurt Urteil vom 3. 11. 2004 – 3 A 471/01 – ZfBR 2005, 292), – 4 C 3.05 – (OVG Frankfurt Urteil vom 3. 11. 2004 – Parallelentscheidung), – 4 C 8.05 – (OVG Münster, Urteil vom 25. 4. 2005 – 10 A 2861/04 –).

18 BVerwG, Urteil vom 22. 5. 1987 – 4 C 19.85 –, BauR 1987, 528 = DVBl 1987, 1006.

19 BVerwG, Beschluss vom 22. 7. 2004 – 4 B 29.04 –, ZfBR 2004, 699 = DVBl 2004, 1308.

20 BVerwG, Urteil vom 1. 8. 2002 – 4 C 5.01 –, BVerwGE 117, 25 = DVBl 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 – FOC Zweibrücken.

menhänge mehrerer Betriebe können nur dann zu einer einheitlichen Betrachtung der verschiedenen Einzelhandelsnutzungen führen, wenn sie bei strengen Maßstäben ausnahmsweise als funktionale Einheit erscheinen, etwa wenn untergeordnete Einzelhandelsnutzungen unter einem Dach lediglich formal aus einem Einzelhandelsbetrieb ausgegliedert werden, in Wahrheit aber als Teil eines entsprechenden Gesamtkonzeptes erscheinen.

Die BauNVO unterwirft Einzelhandelsnutzungen nur dann dem Regelungssystem des § 11 Abs. 3 BauNVO, wenn es sich um einen großflächigen Einzelhandelsbetrieb handelt. Ist der Einzelhandelsbetrieb großflächig, so erfordert das Regelungssystem des § 11 Abs. 3 BauNVO eine Prüfung, ob von dem Vorhaben schädliche Auswirkungen auf die in der Vorschrift benannten städtebaulichen oder infrastrukturellen Belange ausgehen. Hierfür ist eine Vermutungsgrenze von 1 200 qm Geschossfläche aufgestellt. Wird sie unterschritten, ist das Einzelhandelsvorhaben grundsätzlich zulässig, Wird sie überschritten, geht der Verordnungsgeber grundsätzlich von schädlichen städtebaulichen oder infrastrukturellen Auswirkungen aus mit der Folge, dass das Einzelhandelsvorhaben planungsrechtlich unzulässig ist. Vorhaben, die nicht großflächig sind, fallen aus der weiteren Prüfungssystematik des § 11 Abs. 3 BauNVO heraus mit der Folge, dass auch vom Prinzip her schädliche Einzelhandelsnutzungen, welche die Vermutungsgrenze von 1 200 qm Geschossfläche überschreiten, nicht an § 11 Abs. 3 BauNVO gemessen werden und daher planungsrechtlich zulässig sind. Je weiter daher die Grenze zur Großflächigkeit eines Betriebes zahlenmäßig nach oben geht, in desto größerem Maße werden Einzelhandelsbetriebe von dem Prüfraster des § 11 Abs. 3 BauNVO freigestellt. Denn nicht großflächige Betriebe sind auch dann planungsrechtlich zulässig, wenn sie nach den Maßstäben des § 11 Abs. 3 BauNVO schädliche Auswirkungen auf städtebauliche oder infrastrukturelle Belange haben. Aber auch unterhalb dieser Grenze kann ein Einzelhandelsbetrieb mit einer Nutzfläche von höchstens 400 qm als »Nachbarschaftsladen« oder »Convenience-Store« ein festsetzungsfähiger Anlagentyp im Sinne vom § 1 Abs. 9 BauNVO sein<sup>21</sup>.

Das BVerwG hat die Grenze für die Großflächigkeit von früher 700 qm Verkaufsfläche mit einer gewissen Beurteilungsmarge auf feste 800 qm angehoben. Einzelhandelsbetriebe mit einer geringeren Fläche sind daher nicht großflächig und unterliegen nicht dem Prüfsystem, während Betriebe mit mehr als 800 qm dem Prüfprogramm des § 11 Abs. 3 BauNVO unterfallen. Einzelhandelsbetriebe oberhalb der 800 qm Verkaufsflächen-Grenze sind daher planungsrechtlich nur dann grundsätzlich zulässig, wenn sie eine geringere Geschossfläche als 1 200 qm haben. Wird die Vermutungsgrenze überschritten, sind die Einzelhandelsvorhaben grundsätzlich unzulässig. Allerdings kann die Vermutungsgrenze im Einzelfall für Betriebe unterhalb aber auch oberhalb von 1 200 qm Geschossfläche widerlegt werden. Wird die Vermutungsgrenze von

1 200 qm überschritten, ist eine Widerlegung in der Praxis wohl nicht ganz einfach. Das BVerwG sah sich zur Fortentwicklung der maßgeblichen Verkaufsflächengrenze von 800 qm durch Äußerungen im Schrifttum<sup>22</sup>, in Gutachten aber auch durch eine Reihe von tatbestandlichen Feststellungen der Berufungsurteile ermächtigt. Zugleich wird allerdings durch die Anhebung der Verkaufsfläche auf 800 qm für die Großflächigkeit der Trend fortgeschrieben, Einzelhandelsbetriebe unterhalb dieser Größenordnung dem Wettbewerb zu opfern. Denn vor allem die Zahl der Parkplätze ist für die Attraktivität eines Einzelhandelsbetriebs von entscheidender Bedeutung. In welchem Umfang sich hierdurch Restriktionen für die planungsrechtliche Zulässigkeit solcher Betriebe ergeben, dürfte auch weiterhin offen sein.

In die Verkaufsfläche einzurechnen sind neben der eigentlichen Ladenfläche auch der Windfang, der Kassenraum, die Fleischtheken und sonstige Theken sowie der nicht integrierte Lagerraum (Lager mit Verkauf durch Zugang von Kunden). Auch ein Backshop und ein Schreibwarengeschäft können unter besonderen Voraussetzungen in die einheitliche Verkaufsfläche eingerechnet werden<sup>23</sup>. Zwar hat sich das BVerwG vom Ausgangspunkt der Rechtsprechung des OVG Münster<sup>24</sup> angeschlossen, wonach es sich nach den baulichen und betrieblichen Gegebenheiten bei Nutzungen in mehreren Baukörpern grundsätzlich um selbständige bauliche Einheiten handelt. Auch unterschiedliche Nutzungen innerhalb eines Baukörpers sind grundsätzlich als selbstständig zu betrachten, vor allem, wenn sie selbstständig öffnen und schließen können und auch über eigenständige Nebenräume einschließlich der Sozialräume verfügen. Gleichwohl können mehrere Einzelhandelsgeschäfte unter einem Dach unter dem Blickwinkel einer funktionalen Einheit zusammenzurechnen sein, wenn es sich der Sache nach um die Ausgliederung der Betriebsteile handelt, die typischerweise in einem Einzelhandelsgeschäft einheitlich sind. Dann werden sie auch von der Verkehrsanschauung als Einheit angesehen. Eine derartige Betrachtung ist im Hinblick auf eine teleologische Auslegung des § 11 Abs. 3 BauNVO geboten. Dies gilt vor allem für Nutzungen, bei denen es sich um untergeordnete Ausgliederungen einer eigentlich als Einheit empfundenen Ausgliederung handelt.

Einzelne Einzelhandelsgeschäfte sind danach in aller Regel nur dann als Einheit zu betrachten, wenn sie ein Einkaufszentrum darstellen. Eine Zusammenrechnung der Einzelhandelsflächen über den Gesichtspunkt des Funktionszusammenhangs kann nur in streng begrenzten Aus-

21 BVerwG, Beschluss vom 8. 11. 2004 – 4 BN 39.04 –, DVBl 2005, 196 = NVwZ 2005, 324 = BauR 2005, 513 – Convenience-Store.

22 *Hauth*, Unzulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben, BauR 2001, 1037; *Berghäuser/Berg/Brendel*, Wohnungsnahe Verbraucherversorgung oder großflächiger Einzelhandel, BauR 2002, 31; Bericht der Arbeitsgruppe »Strukturwandel im Lebensmitteleinzelhandel und § 11 Abs. 3 BauNVO« vom 30. 4. 2002, ZfBR 2002, 598; *Haaß*, Strukturwandel im Lebensmitteleinzelhandel, BauR 2002, 1795; *Kopf*, Planungsrechtliche Probleme von Einzelhandelsvorhaben, DVP 2005, 315.

23 BVerwG, Urteil vom 24. 11. 2005 – 4 C 14.04 und 4 C 3.05 –, wie OVG Frankfurt, Urteil vom 3. 11. 2004 – 3 A 471/01 –, ZfBR 2005, 292.

24 OVG Münster, Urteil vom 25. 4. 2005 – 10 A 2861/04 –.

nahmefällen angenommen werden. Ein Getränkemarkt und ein Discounter sind daher vom Grundsatz auch dann gesondert zu betrachten, wenn sie sich in zwei aneinander gebauten Gebäuden befinden und ein einheitlicher Parkplatz für beide Vorhaben genutzt werden kann. Im Gegensatz zu den vom OVG Frankfurt Oder entschiedenen Fällen konnte daher auch aufgrund der bindenden tatsächlichen Feststellungen des OVG Münster ein funktionaler Zusammenhang, aus dem sich die Notwendigkeit einer einheitlichen Betrachtung ergab, nicht angenommen werden. Da es sich um ein Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich handelte, stand für das OVG Münster auch eine Prüfung nach dem neuen § 34 Abs. 3 BauGB an. Danach dürfen von Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein. Derartige Auswirkungen hatte das OVG Münster verneint. Auch diese Ausführungen hat das BVerwG nicht beanstandet.

Zugleich ist aber auch klar, dass mit den Entscheidungen nicht alle künftigen Streitfälle beseitigt werden konnten. Für die Praxis bleibe trotz des Leipziger Richterspruchs auch in Zukunft noch genügend Streitstoff. Auch die planenden Gemeinden dürften mit den Ergebnissen gut leben können, haben sie doch nunmehr eine klare Beurteilungsgrundlage für ihre Planungspraxis erhalten auf die sie sich – wenn alles gut geht – wohl etwa die nächsten 20 Jahre verlassen können.

## 7. Mobilfunkanlagen

Die Errichtung von Mobilfunkanlagen hat die Rechtsprechung abgesegnet, wenn die Anlagen die Werte der 26. BImSchV einhalten. Auch kann unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB für Mobilfunkanlagen eine Befreiung erteilt werden<sup>25</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 Belang, von wirtschaftlichen Nachteilen verschont zu bleiben, die Folge objektiv nicht begründbarer Immissionsbefürchtungen sind, ist in der Abwägung nicht schutzwürdig<sup>26</sup>. Auch für die zivilrechtliche Zumutbarkeitsgrenze nach § 906 Abs. 1 Satz 2 BGB hat die 26. BImSchV Indizfunktion. Werden deren Werte eingehalten, muss der Beeinträchtigte zur Erschütterung dieser Indizwirkung darlegen und ggf. beweisen, dass ein wissenschaftlich begründeter Zweifel an der Richtigkeit der festgelegten Grenzwerte und ein fundierter Verdacht einer Gesundheitsgefährdung besteht<sup>27</sup>. Auch der verfassungsrechtliche Schutzanspruch geht nicht weiter<sup>28</sup>. Es ist vielmehr Sache des Ordnungsgebers, den Erkenntnisfort-

schrift der Wissenschaft mit geeigneten Mitteln nach allen Seiten zu beobachten und zu bewerten, um gegebenenfalls weiter gehende Schutzmaßnahmen treffen zu können. Bei komplexen Gefährdungslagen, über die noch keine verlässlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, hat der Ordnungsgeber einen angemessenen Erfahrungs- und Anpassungsspielraum<sup>29</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>30</sup>.

## 8. Nicht beplanter Innenbereich

Für Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich sind durch das EAG Bau drei Änderungen eingetreten: Auch Fernwirkungen von Vorhaben im Innenbereich können zu deren planungsrechtlicher Unzulässigkeit führen (§ 34 Abs. 3 BauGB). Bei einer städtebaulichen Vertretbarkeit und bei einer Berücksichtigung nachbarlicher Belange kann im Einzelfall auch eine Gemengelage im Innenbereich zugelassen werden (§ 34 Abs. 3 a BauGB). Die Innenbereichssatzungen dürfen keine UVP-pflichtigen Vorhaben ausweisen und sind im Gegenzug von einer Umweltprüfung freigestellt (§ 34 Abs. 5 BauGB).

Für das Bestehen eines Bebauungszusammenhangs im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB ist ausschlaggebend, inwieweit die aufeinander folgende Bebauung trotz etwa vorhandener Baulücken nach der Verkehrsauffassung den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt und die zur Bebauung vorgesehene Fläche (noch) diesem Zusammenhang angehört<sup>31</sup>. Wie eng die Aufeinanderfolge von Baulichkeiten sein muss, ist nicht nach geografisch-mathematischen Maßstäben, sondern aufgrund einer Würdigung der örtlichen Gegebenheiten einzelfallbezogen zu entscheiden. In die Bewertung hat nur eine vorhandene und nicht auch eine bevorstehende Bebauung einzufließen. Das Bestehen eines Bebauungszusammenhangs bei einem Grundstück am Ortsrand ist von den örtlichen Besonderheiten abhängig und nicht von vornherein ausgeschlossen<sup>32</sup>.

Die Grenzen der näheren Umgebung im Sinne des § 34 BauGB lassen sich nicht schematisch festlegen, sondern

25 BVerwG, Beschluss vom 5. 2. 2004 – 4 B 110.03 –, Mobilfunkanlage.

26 BVerwG, Urteil vom 10. 12. 2003 – 9 A 73.02 –, Mobilfunkanlage.

27 BGH, Urteil vom 13. 2. 2004 – V ZR 217/03 –.

28 BVerfG, Beschluss vom 30. 11. 1988 – 1 BvR 1301/84 –, BVerfGE 79, 174.

29 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.

30 VG Karlsruhe, Urteil vom 21. 4. 2004 – 10 K 2980/03 –, Mobilfunkanlage.

31 BVerwG, Urteil vom 26. 5. 1978 – IV C 9.77 –, BVerwGE 55, 369 = DVBl 1978, 815 – Harmonieurteil.

32 BVerwG, Beschluss vom 17. 1. 2005 – 4 B 3.05 –, ÖffBauR 2005, 121 mit Anm. Thomas Schröder – Bebauungszusammenhang.

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 Bebauungskomplexe 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 Bebauungen stets als miteinander verzahnt anzusehen sind und insgesamt die nähere Umgebung ausmachen<sup>33</sup>.

## 9. Außenbereich

Das Bauen im Außenbereich ist in fast jeder der inzwischen neun Änderungen des BBauG/BauGB erweitert worden. Das EAG Bau hat den Begriff der Landwirtschaft erweitert, die Biogasanlagen privilegiert, die Zurückstellungsmöglichkeiten in § 15 Abs. 3 BauGB zur Sicherung des Darstellungsprivilegs ergänzt, Rückbauverpflichtungen eingeführt und die Außenbereichssatzungen auf nicht UVP-pflichtige Vorhaben begrenzt. Im Außenbereich wird traditionell zwischen den privilegierten, den nicht privilegierten und den teilprivilegierten (begünstigten) Vorhaben unterschieden. Hinzu treten die Außenbereichssatzungen, die trotz einiger Unkenrufe bei den Schlussberatungen des EAG Bau wieder einmal – wenn auch nur knapp – die juristischen Hürden überwunden haben.

### a) Privilegierte Außenbereichsvorhaben (§ 35 Abs. 1 BauGB)

Wohnnutzung im Außenbereich ist traditionell zumeist an die landwirtschaftliche Nutzung gebunden. So können etwa auch Wohneinheiten für Feriengäste, die das Leben auf und in einem Bauernhof kennen lernen wollen, als »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>34</sup>. In der Haltung von nur zwei Pferden kann nicht ein auf Dauer angelegter landwirtschaftlicher (Nebenerwerbs-)Betrieb gesehen werden. Die Pferdehaltung ist daher Liebhaberei und nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert<sup>35</sup>.

33 BVerwG, Beschluss vom 28. 8. 2003 – 4 B 74.03 –.

34 VG Trier, Urteil vom 29. 1. 2004 – 5 K 1533/03 –, BauR 2004, 718 – Strohhhaus.

35 BVerwG, Beschluss vom 9. 9. 2004 – 4 B 58.04 –, BauR 2005, 1136 – Pferdehaltung. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG mit Beschluss vom 26. 1. 2005 – 1 BvR 2507.04 –, nicht zur Entscheidung angenommen.

Die Anforderungen an die Dauerhaftigkeit eines landwirtschaftlichen Betriebes i. S. des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB hängen nicht von dem tatsächlichen Aufwand ab, den eine Beseitigung der dem Betrieb dienenden baulichen Anlagen nach Einstellung der privilegierten Nutzung erfordern würde. Beabsichtigt der Bauherr die Gründung einer landwirtschaftlichen Nebenerwerbsstelle, kommt dem Merkmal der Gewinnerzielung als Indiz für die Dauerhaftigkeit des Betriebs ein stärkeres Gewicht zu als im Fall der Erweiterung einer bestehenden Nebenerwerbsstelle<sup>36</sup> oder gar eines Vollerwerbsbetriebes.

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>37</sup>.

Auch einem privilegierten Vorhaben dürfen öffentliche Belange nicht entgegenstehen. 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 daher nicht durch vorrangige Regelungen des Luftverkehrsgesetzes verdrängt<sup>38</sup>.

### b) Nicht privilegierte Vorhaben

Nicht privilegierte Außenbereichsvorhaben sind grundsätzlich unzulässig. Das gilt auch für die Verfestigung einer Splittersiedlung. 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, wieder Geltung beanspruchen. 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>39</sup>.

Im Außenbereich sind Bauvorhaben, welche die Umgebung erheblich stören, nicht zuzulassen, die auch – und sogar sachgerechter – in Industriegebieten errichtet werden können. Ob die Alternative einer Errichtung des Vor-

36 BVerwG, Urteil vom 16. 12. 2004 – 4 C 7.04 –, BVerwGE 122, 308 = NVwZ 2005, 587 = jurisPR-BVerwG 8/2005 mit Anm. *Stephan Gatz* – Nebenerwerbsstelle.

37 VG Trier, Urteil vom 29. 1. 2004 – 5 K 1533/03 –, BauR 2004, 718 – Strohhhaus.

38 BVerwG, Urteil vom 18. 11. 2004 – 4 C 1.04 –, NVwZ 2005, 328 = DVBl 2005, 702 = ZLW 2005, 440 mit Anm. *Detlev Dierks/Gerhard Rapp* = jurisPR-BVerwG 5/2005 mit Anm. *Stephan Gatz* – Segelfluggelände.

39 BVerwG, Beschluss vom 27. 10. 2004 – 4 B 74.04 –, BauR 2005, 702 = ZfBR 2005, 277 – Splittersiedlung.

habens in einem Plangebiet besteht, ist nicht abstrakt, sondern nach den konkreten örtlichen Gegebenheiten zu entscheiden<sup>40</sup>.

»Zu befürchten« ist die Entstehung, Erweiterung oder Verfestigung einer Splittersiedlung (§ 35 Abs. 3 Nr. 7 BauGB), wenn das Vorhaben zu einer »unerwünschten Splittersiedlung« führt, weil mit ihr ein Vorgang der Zersiedelung eingeleitet oder gar schon vollzogen wird. Für den Begriff der Splittersiedlung ist allein auf die Siedlungsstruktur im jeweiligen Gemeindegebiet abzustellen. Ordnet sich das Vorhaben der vorhandenen Splittersiedlung nicht unter, kommt es auf die räumliche Begrenztheit des Außenbereichs für die Bewertung der Splittersiedlung nicht an<sup>41</sup>.

#### c) Teilprivilegierte Nutzungen (§ 35 Abs. 4 BauGB)

§ 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 Satz 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 begünstigt ist<sup>42</sup>.

§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB lässt nur die Neuerrichtung eines gleichartigen Wohngebäudes an gleicher Stelle zu. Die Gleichartigkeit bezieht sich auf alle bodenrechtlich beachtlichen Beziehungen, also insbesondere die Gleichartigkeit im Standort, im Bauvolumen, in der Nutzung und in der Funktion<sup>43</sup>. Ein Gebäude, das bisher sowohl Wohnzwecken als auch landwirtschaftlichen Zwecken dienende 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 ist nicht gleichartig im Sinne des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB. Es darf auch nicht nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 BauGB in einen derartigen Zwillingbau umgebaut werden<sup>44</sup>. Mit der Zahl der Wohneinheiten steigt die Zahl der Haushalte und damit typischer-

weise 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>45</sup>. Das ist mit dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit nicht vereinbar<sup>46</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>47</sup>.

Nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 c BauGB genügt es nicht, dass das vorhandene Gebäude seit längerer Zeit im Eigentum des Bauherrn steht. Der Eigentümer muss das Wohngebäude über längere Zeit ununterbrochen bis zur Neuerrichtung eines gleichartigen Ersatzbaus selbst genutzt haben<sup>48</sup>. Die Vorschrift kann auch 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>49</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<sup>50</sup>. Denn nach Auffassung des BVerwG gibt es ein Recht auf Zulassung eines Vorhabens außerhalb der gesetzlichen Regelungen nicht<sup>51</sup>. Auch die Baufreiheit, die vom Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts umfasst wird, ist nur nach Maßgabe des einfachen Rechts gewährleistet<sup>52</sup>.

Bauwünschen Dritter auf Umnutzung von Nebengebäuden kann entgegengehalten werden, dass für ein fast identisches Vorhaben eine Genehmigung nach § 35

40 BVerwG, Beschluss vom 2. 3. 2005 – 7 B 16.05 –, NuR 2005, 729 = jurisPR-BVerwG 14/2005 mit Anm. Werner Neumann – belästigender Gewerbebetrieb; Beschluss vom 13. 6. 1974 – IV B 7.74 –, Urteil vom 9. 6. 1976 – IV C 42,74 –.

41 BVerwG, Beschluss vom 24. 6. 2004 – 4 B 23.04 –, ZfBR 2004, 702 = BauR 2005, 73 – Splittersiedlung.

42 BVerwG, Urteil vom 19. 2. 2004 – 4 C 4.03 –, BVerwGE 120, 130 = NVwZ 2004, 982 = UPR 2004, 350 = BauR 2004, 1045 – Zwillingshaus.

43 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.

44 BVerwG, Urteil vom 19. 2. 2004 – 4 C 4.03 –, BVerwGE 120, 130 = NVwZ 2004, 982 = IBR 2004, 348 mit Anm. Axel Maser – Zwillingshaus.

45 BVerwG, Urteil vom 23. 1. 1981 – 4 C 82.77 –, BVerwGE 61, 285

46 BVerwG, Urteil vom 23. 5. 1980 – 4 C 84.77 –, DÖV 1980, 765.

47 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.

48 BVerwG, Beschluss vom 10. 10. 2005 – 4 B 60.05 –, BBB 2006, Heft 2, 48 – Ersatzbau.

49 VGH Mannheim, Beschluss vom 13. 2. 2004 – 10 A 4715/02 –, RdL 2004, 145 = BauR 2004, 977 = NVwZ-RR 2004, 480 = UPR 2004, 280.

50 BVerwG, Urteil vom 15. 2. 1990 – 4 C 23.86 –, BVerwGE 84, 322 = DVBL 1990, 572 – Unikat.

51 BVerwG, Urteil vom 12. 3. 1998 – 4 C 10.97 –, BVerwGE 106, 228.

52 BVerfG, 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.



Abs. 4 BauGB erteilt worden ist und daher ein angemessener Bedarf bereits gedeckt ist.

#### 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 privilegierten Vorhaben unberührt. Die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB kann daher durch eine Satzung nach § 35 Abs. 6 BauGB nicht ausgeschlossen werden<sup>53</sup>.

### 10. Windenergieanlagen – Darstellungsprivileg

Bereits seit der Gesetzesänderung 1996 sind Windenergieanlagen im Außenbereich privilegiert. Die Gemeinden haben jedoch die Möglichkeit, durch Ausweisung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan die Windenergieanlagen in den anderen Teilen des Gemeindegebietes in der Regel auszuschließen. Dieses Darstellungsprivileg kann auch durch Ziele der Raumordnung genutzt werden. 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 erlaubt es der Gemeinde allerdings nicht, das gesamte Gemeindegebiet für privilegierte 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 aber nicht sämtliche Flächen, die sich für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB eignen, in ihrem Flächennutzungsplan als Konzentrationsflächen 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 zu-

gelassen werden, wenn sie die planerische Konzeption der Gemeinde nicht in Frage stellen<sup>54</sup>.

Raumbedeutsam sind Planungen, Vorhaben und Maßnahmen, durch die Raum in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird<sup>55</sup>. Mehrere Teilfortschreibungen eines Regionalplans, die jeweils Vorranggebiete für Windenergieanlagen festlegen, können die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für das übrige gesamte Planungsgebiet 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 der Eigentumsgarantie in 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>56</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>57</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>58</sup>.

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 Wind-

54 BVerwG, Urteil vom 17. 12. 2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733.

55 BVerwG, Beschluss vom 19. 6. 2003 – 4 B 31.03 –, Windenergieanlage.

56 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.

57 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 13. 3. 2003 – 4 C 4.02 –, BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064.

58 BVerwG, Beschluss vom 22. 10. 2003 – 4 B 84.03 –, NVwZ 2004, 343.

53 BVerwG, Beschluss vom 1. 9. 2003 – 4 BN 55.03 –, Außenbereichssatzung.

kraftanlage nicht mehr verunstaltend wirken kann, lässt sich ebenfalls nicht abstrakt festlegen<sup>59</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 ihren sonst angewandten Ausschlusskriterien setzen. Schutzabstände zu Siedlungsbereichen bzw. Außenbereichswohnbebauung können so angesetzt werden, dass sie auf der sicheren Seite liegen (500 m 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>60</sup>.

Eine Windenergieanlage kann auch gegenüber dem im Außenbereich Wohnenden wegen der ihr zukommenden optischen Beeinträchtigungen rücksichtslos sein. In die Zumutbarkeitsbewertung ist auch einzustellen, ob der Betroffene den Wirkungen der Windenergieanlage ausweichen oder sich selbst schützen kann<sup>61</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 Steuerungsystems – 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<sup>62</sup>.

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, der ein schlüssiges Planungskonzept enthält, stellt eine im Revisionsverfahren beachtliche Rechtsänderung dar<sup>63</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>64</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>65</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. 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 Ge-

59 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.

60 VGH Mannheim, Urteil vom 19. 5. 2004 – 7 A 3368/02 –.

61 VGH Mannheim, Beschluss vom 2. 4. 2004 – 7 B 335/04 –, ZfIR 2004, 398; Zu stall-gesteuerten Anlagen VGH Mannheim, Beschluss vom 19. 3. 2004 – 10 B 2690/03 –, RdL 2004, 183 = ZfIR 2004, 444 – Windenergieanlage, wie OVG Münster, Beschluss vom 7. 2. 2004 – 7 B 2622/03 –.

62 Zu den Berechnungsverfahren der DIN ISO 9613-2 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, im Anschluss an OVG Münster, Urteile vom 18. 11. 2002 – 7 A 2127/00 und 7 A 2139/00 –.

63 BVerwG, Urteil vom 21. 10. 2004 – 4 C 2.04 –, BVerwGE 122, 109 = NVwZ 2005, 211 = DVBl 2005, 379 = ZNER 2004, Nr 4, 360 m. Anm. Jann Berghaus = jurisPR-BVerwG 2/2005 mit Anm. Stephan Gatz – Windkonzentrationsplanung.

64 OVG Koblenz, Beschluss vom 11. 3. 2004 – 8 A 10189/04 –, NuR 2004, 399 – Sonderbaufläche für Windenergieanlagen.

65 VGH Mannheim, Beschluss vom 8. 3. 2004 – 7 A 2391/03 –, ZfIR 2004, 345 – Konzentrationszone.

meinde, wenn damit eine planerische Feinsteuerung für die Errichtung von Windkraftanlagen angestrebt wird<sup>66</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 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>67</sup>.

Weist der Raumordnungsplan Vorranggebiete aus, die der Nutzung der Windenergie im Plangebiet substanziell Raum schaffen, stehen Flächen, auf denen die Träger der Flächennutzungsplanung weitere Standorte für Windenergieanlagen ausweisen dürfen (so genannte »weiße« Flächen), der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegen. Die Ausschlusswirkung erstreckt sich allerdings nur auf die Gebiete, die der Plan als Ausschlusszone festschreibt. Die »weißen« Flächen erfasst sie nicht, weil es in Bezug auf diese Flächen an einer abschließenden raumordnerischen Entscheidung fehlt<sup>68</sup>.

Die vom Gesetzgeber unter den in § 12 Abs. 2 ROG genannten Voraussetzungen eröffnete Möglichkeit, zur Sicherung eines in Aufstellung befindlichen Ziels der Raumordnung die Erteilung einer Baugenehmigung zu untersagen, lässt die Befugnis der Bauaufsichtsbehörde unberührt, die Baugenehmigung mit der Begründung zu versagen, der Windkraftanlage stehe ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung als unbenannter öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegen. Ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung hat die Qualität eines öffentlichen Belangs, wenn es inhaltlich hinreichend konkretisiert und wenn zu erwarten ist, dass es sich zu einer verbindlichen, den Wirksamkeitsanforderungen genügenden Zielfestlegung im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG verfestigt und durch die öffentliche Auslegung eine Verlautbarungsreife entstanden ist<sup>69</sup>.

Wird eine genehmigungsbedürftige oder eine gemäß § 67 Abs. 2 BImSchG anzuzeigende Windfarm durch

Hinzutreten einer weiteren Windkraftanlage geändert, richtet sich die Genehmigungsbedürftigkeit der Änderung nach §§ 15, 16 BImSchG. Das gilt unabhängig davon, wer Betreiber der Windfarm ist und ob im konkreten Fall eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden muss. Die Fläche, die vom Rotor einer Windkraftanlage überstrichen werden kann, ist bei der Ermittlung der Grundfläche der Anlage nicht mitzurechnen. Im Bebauungsplan dürfen sowohl Baugrenzen festgesetzt werden, die allein für Fundament und Turm gelten, als auch Baugrenzen, die sich darüber hinaus auf den Rotor der Windkraftanlage beziehen<sup>70</sup>.

§ 245 b 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>71</sup>.

## 11. Einvernehmen

Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB wird über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. Das Einvernehmen ist auch erforderlich, wenn in einem anderen Verfahren über die Zulässigkeit nach den vorgenannten Vorschriften entschieden wird.

Aus Sinn und Zweck des Einvernehmensefordernisses 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

66 VGH Kassel, Urteil vom 5. 2. 2004 – 4 N 2282/02 –, RdL 2004, 92 = ZfBR 2004, 388 = UPR 2004, 280 = ZUR 2004, 243 – Windkraftanlagen.

67 VGH Mannheim, Urteil vom 12. 2. 2004 – 7a D 134/02.NE –, BauR 2004, 972 = UPR 2004, 280 – Windenergie.

68 BVerwG, Beschluss vom 28. 11. 2005 – 4 B 66.05 –, BBB 2006, Heft 2, 49 – Vorrangflächen; ebenso *Stüer/Stüer*, NuR 2005, 341.

69 BVerwG, Urteil vom 27. 1. 2005 – 4 C 5.04 –, BVerwGE 122, 364 = NVwZ 2005, 578 = DVBl 2005, 706 = jurisPR-BVerwG 9/2005 mit Anm. *Stephan Gatz* – in Aufstellung befindlichen Ziele.

70 BVerwG, Urteil vom 21. 10. 2004 – 4 C 3.04 –, BVerwGE 122, 117 = DVBl 2005, 382 = NVwZ 2005, 208 = jurisPR-BVerwG 3/2005 mit Anm. *Stephan Gatz* – Rotorblätter.

71 BVerwG, Beschluss vom 27. 11. 2003 – 4 BN 61.03 –, Veränderungssperre Windenergieanlagen. Parallelscheidung: BVerwG, 27. 11. 2003 – 4 BN 62.03 –.

Satz 2 Halbsatz 2 BauGB mit Ablauf der Zwei-Monats-Frist als erteilt<sup>72</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 Abwehranspruches setzt vielmehr die Verletzung ihrer materiellen Planungshoheit voraus<sup>73</sup>. Die absolute Stellung der Gemeinde ist auch aufgrund der bestehenden Möglichkeit der höheren Verwaltungsbehörde, das gemeindliche Einvernehmen zu setzen, auf dem Rückzug. Auch wegen der bestehenden Schadensersatzgefahren ist die Gemeinde daher gut beraten, sich gegen ein Vorhaben nur dann zu wehren, wenn es planungsrechtlich unzulässig ist. Anderenfalls geht die Gemeinde nicht unerhebliche Risiken ein<sup>74</sup>.

Durch die Erteilung ihres Einvernehmens zu einem Bauvorhaben wird die Gemeinde grundsätzlich nicht gehindert, eine dem Vorhaben widersprechende Bauleitplanung zu betreiben und sie durch eine Veränderungssperre zu sichern. Eine Veränderungssperre, die der Gemeinde erst die Zeit für die Entwicklung eines bestimmten Planungskonzepts geben soll, ist mangels eines beachtlichen Sicherungsbedürfnisses unwirksam<sup>75</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<sup>76</sup>.

Der auf der Planungshoheit beruhenden Beteiligung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren kann im Falle der Versagung des Einvernehmens eine für den Bauwilligen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, weil die Baugenehmigungsbehörde dann gehindert ist, eine Bau-

genehmigung auszusprechen, solange die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht erklärt hat<sup>77</sup>. Vereitelt oder verzögert die Gemeinde durch eine unberechtigte Verweigerung ihres Einvernehmens ein planungsrechtlich zulässiges Bauvorhaben, so berührt dies – sei es auch nur mittelbar – notwendig und bestimmungsgemäß die Rechtsstellung des Bauwilligen. Dies genügt, um eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem Bauwilligen als einem geschützten »Dritten« im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB zu bejahen. Dessen Interessen werden durch die Amtspflicht, das Einvernehmen nicht zu verweigern, wenn das Bauvorhaben nach den §§ 31, 33, 34 oder 35 BauGB zulässig ist, in individualisierter und qualifizierter Weise geschützt<sup>78</sup>.

Der Grundsatz, dass eine rechtswidrige Versagung des Einvernehmens unmittelbare Amtshaftungsansprüche des Bauherrn gegen die Gemeinde begründen kann, gilt auch dann, wenn das Einvernehmen objektiv überhaupt nicht erforderlich war. Es genügt vielmehr, dass die Bauaufsichtsbehörde die Gemeinde am Verfahren beteiligt hat, weil sie deren Einvernehmen für erforderlich hielt. Die zuständigen Amtsträger der Gemeinde haben auch in einem solchen Fall die Amtspflicht gegenüber einem Bauwilligen, die Erteilung der von ihm begehrten Baugenehmigung, auf die er einen Anspruch hat, nicht durch ein Verhalten zu hindern, das die Bauaufsichtsbehörde als Verweigerung des für erforderlich gehaltenen Einvernehmens nach § 36 BauGB werten muss. Dabei kommt es nicht darauf, aus welchem Rechtsgrund das Einvernehmen entbehrlich ist<sup>79</sup>.

## 12. Städtebaurecht auf Konsolidierungskurs

Der Konsolidierungsprozess des Städtebaurechts ist weiterhin ungebrochen. Und das ist auch gut so, pflegt man ja in der Bundeshauptstadt zu verkünden. Denn nach den zahlreichen Änderungen der gesetzlichen Grundlagen durch das BauROG 1998, das ArtG 2001, das EAG Bau 2004 und die Hochwasserschutznovelle 2005 hat das Städtebaurecht eine längere Verschnaufpause durchaus verdient<sup>80</sup>.

72 BVerwG, Urteil vom 16. 9. 2004 – 4 C 7.03 –, BVerwGE 122, 13 = NVwZ 2005, 213 = BauR 2005, 509 = DVBl 2005, 196 (LS) = jurisPR-BVerwG 4/2004 mit Anm. *Stephan Gatz* – Einvernehmensfiktion.

73 BVerwG, Urteil vom 19. 8. 2004 – 4 C 16.03 –, BVerwGE 121, 339 = NVwZ 2005, 83 = DVBl 2005, 192 = BauR 2005, 948 mit Anm. *Philipp Hummel* = UPR 2005, 292 mit Anm. *Thomas Schmitt* = NVwZ 2005, 1013 mit Anm. *Andreas Budroweit* – Einvernehmen, Aufgabe von BVerwG, Beschluss vom 30. 7. 2002 – 4 B 40.02 –, Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 55.

74 *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 3. Aufl. 2005, Rdn. 162.

75 BVerwG, Urteil vom 19. 2. 2004 – 4 CN 16.03 –, BVerwGE 120, 138 = NVwZ 2004, 858 mit Anm. *Dennis Graf* 1435 = DVBl 2004, 950 – Rosendahl.

76 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.

77 Übereinstimmende Rechtsprechung des BVerwG und des BGH; vgl. z. B. BVerwG, Urteil vom 19. 11. 1965 – IV C 184.65 –, BVerwGE 22, 342 = DVBl 1966, 179; Beschluss vom 15. 11. 1991 – 4 B 191.91 –, NVwZ-RR 1992, 529 = UPR 1992, 234; BGH, Urteil vom 29. 9. 1975 – III ZR 40/73 –, BGHZ 65, 182 = NJW 1976, 184 – Baubewerber; Urteil vom 18. 12. 1986 – III ZR 174/85 –, BGHZ 99, 262 = NJW 1987, 1320 – Verzinkerei; Urteil vom 21. 5. 1992 – III ZR 14/91 –, BGHZ 118, 263 = DVBl 1992, 1430.

78 BGH, Urteil vom 29. 9. 1975 – III ZR 40/73 –, BGHZ 65, 182 NJW 1976, 184; seither st. Rspr. vgl. BGH, Urteil vom 21. 5. 1992 – III ZR 14/91 –, BGHZ 118, 263 m. w. N.; *Staudinger/Warm*, § 839 BGB Rdn. 581.

79 BGH, Beschluss vom 25. 10. 1990 – III ZR 249/89 –, BGHR BGB § 839 Abs. 1 Satz 1 Gemeinderat 4 = BRS 53 Nr. 40 sowie Urteil vom 21. 11. 2002 – III ZR 278/01 –, NVwZ-RR 2003, 403.

80 So bereits zum BauROG 1998 *Stüer*, DVBl 1997, 1201.