

eines laufenden Vergabeverfahrens als auch während eines Vergabenachprüfungsverfahrens Dritte nicht die Möglichkeit haben, auf Basis des IFG Informationsansprüche geltend zu machen. Eine solche Vorgehensweise wäre mit dem im Vergaberecht herrschenden Wettbewerbs- und Geheimhaltungsgrundsatz nicht in Einklang zu bringen. Zu groß wäre die Gefahr, dass geheimhaltungsbedürftige

Informationen – versehentlich oder unversehentlich – in falsche Hände geraten.

Nach endgültigem Abschluss eines Vergabenachprüfungsverfahrens und nach Abschluss einer Vergabe unterhalb der Schwellenwerte kommen IFG-Ansprüche hingegen grundsätzlich in Betracht. Diese können allerdings auf der Grundlage der §§ 3 bis 6 IFG beschränkt werden.

Städtebaurecht 2009: Plansicherung – Planbegleitung – planungsrechtliche Zulässigkeit – Rechtsprechungs- und Literaturbericht –

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. *Bernhard Stüer*, Richter am BGH-Anwaltssenat, Münster/Osnabrück*

Der Beitrag schließt an den Rechtsprechungsbericht zur Bauleitplanung 2009 an und gibt einen Überblick über die Entscheidungen des BVerwG und der OVG/VGH zur Plansicherung, Planbegleitung und planungsrechtlichen Zulässigkeit von Bauvorhaben.

I. Plansicherung und Planbegleitung

Der Sicherung der Bauleitplanung dienen vor allem die Veränderungssperre (§ 14, 17 BauGB), die Zurückstellung von Bauvorhaben (§ 15 BauGB) und die gemeindlichen Vorkaufsrechte (§§ 24, 25 BauGB). Auch das gemeindliche Einvernehmen (§ 36 BauGB) ist auf die Sicherung der städtebaulichen Planung angelegt. Die Gemeinde kann auch in vielfältiger Weise in der Planbegleitung tätig werden. Dabei können allerdings durchaus unerkannte Fußangeln lauern, wie der stärkere Einfluss des Vergaberechts auf das Städtebaurecht zeigt.¹

* Zum Rechtsprechungsbericht Städtebaurecht 2005–2008 *Stüer*, DVBl 2008, 270; *ders.*, DVBl 2009, 494; *ders.*, DVBl 2009, 754; *ders.*, DVBl 2010, 333. Zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts (HBFPR), 4. Aufl. Beck-Verlag 2009.

1 Zu städtebaulichen Verträgen und Vergaberecht *Brambrink/Vogt*, NJW 2008, 1855; *Burgi*, NVwZ 2008, 929; *Burmeister/Wortha*, VBlBW 2008, 265; *Ganzke*, BauR 2008, 1987 – Business Improvement Districts; *Greb/Rolshoven*, NZBau 2008, 163 – Vergaberecht Fliegerhorst Ahlhorn; *Grziwotz*, NotBZ 2008, 85; *Heilshorn/Mock*, VBlBW 2008, 328; *Hoffmann*, LKV 2008, 487; *Horn* VergabeR 2008, 158; *Köster*, NZBau 2008, 300; *ders.*, BauR 2008, 930; *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410 – Erschließungsverträge; *Krohn*, ZfBR 2008, 27; *Numberger/Hitziger*, BayVBl 2005, 581; *Pietzker*, NZBau 2008, 293; *Portz*, BWGZ 2008, 461; *ders.*, KommPraxis spezial 2008, 111; *Reidt*, BauR 2007, 1664; *ders.*, VergabeR 2008, 11; *Rosenkötter*, NZBau 2006, 630; *Schenk*, BWGZ 2008, 470; *Scheffczyk/Wolff*, KommJur 2008, 408; *Schreiber/Rosenau/Combe/Wrackmeyer*, GA 2005, 265 – Bestechung; *Schröer/Rosenkötter*, NZBau 2007, 770; *Sieben*, BauR 2008, 1233; *Spannowsky*, UPR 2008, 281; *Vetter/Bergmann*, NVwZ 2008, 133; *Wagner/Görs*, NVwZ 2007, 900; *Wilke*, NordÖR 2008, 104; *Ziekow*, VergabeR 2008, 151.

1. Plansicherungsinstrumente

Zur Sicherung ihrer städtebaulichen Planungen kann die Gemeinde eine Veränderungssperre beschließen oder die Zurückstellung von Vorhaben beantragen. Zudem können zur Plansicherung gemeindliche Vorkaufsrechte ausgeübt werden.

a) Veränderungssperre

Die städtebauliche Planung kann durch eine Veränderungssperre gesichert werden. Dabei darf die Gemeinde auch beispielsweise für eine industrielle Konversionsfläche eigenständige planerische Ziele verwirklichen.²

Die Bekanntgabe des Aufstellungsbeschlusses als Voraussetzung für den Erlass einer Veränderungssperre liegt auch in der Bekanntgabe der durch die Gemeindevertretung im Zusammenhang mit dem Aufstellungsbeschluss beschlossenen frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung.³

Eine Veränderungssperre darf erst erlassen werden, wenn die Planung ein Mindestmaß des zu erwartenden Bebauungsplans erkennen lässt. Eine Negativplanung reicht dazu nicht aus.⁴ Die aus Niederschriften über die Gemeinderatssitzung oder aus anderen Unterlagen sich ergebenden Gründe müssen geeignet sein, die Entscheidung der Genehmigungsbehörde zu steuern.⁵

§ 14 Abs. 3 BauGB regelt nicht abschließend, welche Vorhaben von einer Veränderungssperre unberührt bleiben. Ein verfahrensfreies Vorhaben, mit dessen Ausführung vor dem Inkrafttreten einer Veränderungssperre begonnen wurde, wird von dem Veränderungsverbot nicht

2 VGH Kassel, Urt. v. 3. 2. 2009 – 3 A 1207/08 –, DVBl 2009, 521 = BauR 2009, 859, m. Anm. *Redeker*, IBR 2009, 420.

3 OVG Greifswald, Urt. v. 10. 7. 2009 – 3 K 28/08 –, DÖV 2009, 1010 = DVBl 2009, 1530.

4 OVG Weimar, B. v. 27. 3. 2009 – 1 EN 712/08 –, NuR 2009, 733 = RdL 2009, 305 = BauR 2009, 1631 – Veränderungssperre für Windkraftanlagen.

5 BVerwG, B. v. 1. 10. 2009 – 4 BN 34.09 – Veränderungssperre.

erfasst, wenn der Bauherr darauf vertrauen durfte, dass sich die Rechtslage nach Baubeginn nicht mehr zu seinem Nachteil ändert.⁶

Ist eine Veränderungssperre aus formellen Gründen unwirksam, kann eine in der Folgezeit beschlossene Änderung ihres Geltungsbereichs ggf. in eine wirksame Veränderungssperre umgedeutet werden.⁷

Bei einem durch öffentlichen Aushang bekannt zu machenden Aufstellungsbeschluss muss die in der Hauptsatzung bestimmte Aushangfrist erst abgelaufen sein, bevor die Satzung über eine Veränderungssperre bekannt gemacht werden darf.⁸

Ist eine vor dem Aufstellungsbeschluss bekannt gemachte Veränderungssperre unwirksam, kann sie ohne erneuten Satzungsbeschluss auch rückwirkend bekannt gemacht werden.⁹

Will eine Gemeinde durch einfachen Bebauungsplan die Zulassung von Tierhaltungsanlagen steuern, setzt eine zur Sicherung dieser Planung eingesetzte Veränderungssperre voraus, dass schon bestimmte Bereiche des Gemeindegebiets für die Ansiedlung solcher Anlagen in Aussicht genommen sind.¹⁰

Eine Veränderungssperre kann auch eine Bauleitplanung sichern, mit der ein Industriegebiet schalltechnisch gegliedert und kontingentiert sowie der zentrenrelevante Einzelhandel gesteuert werden soll.¹¹

Die Veränderungssperre muss zur Sicherung der Bauleitplanung erforderlich sein. Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens sind nur die allgemeinen Wirkungen der Veränderungssperre, nicht aber individuell zu berücksichtigende faktische Bausperren. Die Verlängerung einer Veränderungssperre kann rückwirkend durch ein ergänzendes Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB in Kraft gesetzt werden.¹²

Eine Veränderungssperre, die einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung entgegenstehen könnte, ist für

den Widerspruch eines Dritten unbeachtlich, wenn sie während des Widerspruchsverfahrens ausläuft.¹³

b) Zurückstellung

Ein Zurückstellungsantrag nach § 15 BauGB trifft zur materiell-rechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens keine Regelung, sondern schafft nur die Grundlage dafür, ein anhängiges bauaufsichtliches Verfahren auszusetzen. Das dient der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG). Ein entgegen einer Zurückstellung erteilter Bauvorbescheid ist rechtswidrig. Auch ein fiktiv erteilter Bauvorbescheid kann daher von der Baugenehmigungsbehörde zurückgenommen werden.¹⁴

c) Teilungsgenehmigung

Die vormalige Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB¹⁵ ist durch das EAG Bau 2 004 mit der Begründung gestrichen worden, dass hierfür kein Bedürfnis (mehr) besteht. Verbleibende Fragen werden gelegentlich in der Literatur behandelt.¹⁶

d) Vorkaufsrecht

Das Vorkaufsrecht muss einen städtebaulichen Bezug aufweisen und soll dazu dienen, die kommunalen Planungsvorstellungen auch durch einen frühzeitigen Grundstückserwerb zu verwirklichen. Dies setzt allerdings über eine allgemeine Bodenvorratspolitik konkrete Planungsvorstellungen voraus.¹⁷

Die Ausübung des allgemeinen (Flächennutzungsplan-)Vorkaufsrechts¹⁸ nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BauGB ist vom Wohl der Allgemeinheit nach § 24 Abs. 3 BauGB nur dann gerechtfertigt, wenn das Grundstück in absehbarer Zeit Wohnzwecken zugeführt werden soll und hierfür zeitnah die planungsrechtlichen Grundlagen geschaffen werden.¹⁹

Das gemeindliche Vorkaufsrecht besteht auch bei der Veräußerung eines Grundstücks an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, an der Verkäuferin zu einem Geschäftsanteil von (lediglich) 10 % beteiligt ist. Mit der Mitteilung des Kaufvertrags an die vorkaufsberechtigte Gemeinde übernehmen die Vertragspartner eine öffentlich-rechtliche

6 VGH München, B. v. 9. 9. 2009 – 1 CS 09.1292 –, DVBl 2009, 1395 = BauR 2009, 1871 – Mobilfunkantenne.

7 OVG Koblenz, Urt. v. 27. 5. 2009 – 8 C 11306/08 –, LKRZ 2009, 356 = BauR 2009, 1631 – Gemeinbedarf Museum; OVG Lüneburg, Urt. v. 12. 5. 2009 – 1 KN 122/08 –, DVBl 2009, 1123 = DÖV 2009, 824 = NordÖR 2009, 432.

8 OVG Lüneburg, Urt. v. 14. 8. 2009 – 1 KN 219/07 –, DVBl 2009, 1395 = NordÖR 2009, 473 = DÖV 2009, 1010; Urt. v. 12. 5. 2009 – 1 KN 122/08 –, DVBl 2009, 1123 = DÖV 2009, 824 = NordÖR 2009, 432.

9 VGH München, Urt. v. 26. 5. 2009 – 1 N 08.2636 –, BauR 2009, 1629.

10 OVG Lüneburg, B. v. 6. 4. 2009 – 1 MN 289/08 –, RdL 2009, 147 = BauR 2009, 1421 – Tierhaltungsanlagen.

11 OVG Münster, Urt. v. 27. 3. 2009 – 7 D 103/08.NE –, AbfallR 2009, 149. Bei Unwirksamkeit eines Bebauungsplans kann eine neue Planung erneut durch eine Veränderungssperre gesichert werden, OVG Münster, Urt. v. 26. 2. 2009 – 10 D 40/07.NE –.

12 VGH München, Urt. v. 24. 11. 2008 – 1 N 08.140 – BayVBl 2009, 369 = NJW-Spezial 2009, 110, m. Anm. Klepper, IBR 2009, 235, im Anschluss an BVerwG, B. v. 29. 3. 2007 – 4 BN 11.07 –, NVwZ 2007, 954.

13 OVG Greifswald, B. v. 14. 11. 2008 – 3 M 154/08 –, NVwZ-RR 2009, 555 –, BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2007 – 4 C 9.07 –, BVerwGE, 130, 113.

14 VGH Kassel, B. v. 10. 7. 2009 – 4 B 426/09 –, NVwZ-RR 2009, 790 = DVBl 2009, 1124 = BauR 2009, 1626. Zur Zurückstellung im Hinblick auf die Änderung des Flächennutzungsplans nach § 15 Abs. 3 BauGB Hinsch, NVwZ 2007, 660.

15 Hierzu Stüer, HBFPR, 2. Aufl. 1998, Rdn. 910.

16 Büssemaker, BTR 2005, 57; Wiessatty, Rpfleger 2005, 310; von Feldmann, Grundeigentum 2005, 281; Witt, NordÖR 2005, 286. Zur Prüfung des § 19 Abs. 2 BauGB durch das Grundbuchamt Dümig, Rpfleger 2005, 423.

17 BVerwG, B. v. 8. 9. 2009 – 4 BN 38.09 – zu § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB.

18 Zur Gestaltung notarieller Grundstückskaufverträge Grziwotz, MittBayNot 2006, 453.

19 VGH Mannheim, Urt. v. 25. 6. 2009 – 5 S 574/08 –, BauR 2009, 1629 = DÖV 2009, 870 – Vorkaufsrecht.

Gewähr dafür, dass der Vertragsinhalt ihrem rechtsgeschäftlichen Willen entspricht. Das schließt auch Einwände gegen die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrages aus.²⁰

2. Einvernehmen (§ 36 BauGB)

Gegenüber einem (unzulässigen) Außenbereichsvorhaben kann sich die Belegenheitsgemeinde auf ihre Planungshoheit berufen. Auf den gemeindlichen Rechtsbehelf sind daher die Voraussetzungen des § 35 BauGB in vollem Umfang nachzuprüfen.²¹ Gelegentlich wird allerdings auch die Auffassung vertreten, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen nur aus Gründen versagen dürfe, die auch dem Schutz ihrer subjektiven, die Einvernehmensregelung begründenden Planungsrechte dienen und kommunale Belange tatsächlich verletzt sind. Demgegenüber sei die Gemeinde danach im Rahmen der Einvernehmensregelung nicht berechtigt, fachbehördlich geregelte öffentliche Interessen aufzurufen.²²

Die mit der unteren Baurechtsbehörde identische Gemeinde kann sich nicht auf § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB berufen und daher einem Vorhaben im Außenbereich nicht die Versagung ihres Einvernehmens entgegenhalten. Im Rahmen der Anfechtungsklage einer mit der unteren Baurechtsbehörde identischen Gemeinde kann sie nur eine Verletzung ihrer materiell-rechtlichen Planungshoheit geltend machen.²³

Beschränkt sich die Gemeinde bei der Verweigerung ihres gemeindlichen Einvernehmens darauf, einzelne Belange herauszugreifen, kann sie später andere Gründe nicht mehr erfolgreich anführen. Es könnte allerdings einiges dafür sprechen, dass auch planreife Entwürfe eines Flächennutzungsplans mit entsprechender Ausschlusswirkung, die eine Verlautbarungsreife²⁴ erreicht haben, einem privilegierten Vorhaben entgegenstehen können.²⁵

Inkonzentrierten Genehmigungsverfahren befindet über die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 2 Nr. 4 a) Abs. 1 BürokratieabbauG NRW die für die Erteilung der Zulassungsentscheidung zuständige Behörde.²⁶

Eine Gemeinde kann im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens eine volle Überprüfung der Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 BauGB verlangen und dabei auch geltend machen, dass dem Vorhaben öffentliche Belange i. S. d. § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen, auch wenn deren Wahrnehmung der Ge-

meinde außerhalb des § 36 BauGB nicht als Teil der ihr zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben obliegt.²⁷

Ein Bauvorbescheid ist auf den Rechtsbehelf der Gemeinde aufzuheben, wenn ihr Einvernehmen für das Vorhaben nicht wirksam ersetzt wurde. Die Ersetzungentscheidung nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB erfordert eine Ermessensausübung, die fehlerhaft ist, wenn die Gemeinde ihre unwirksame Konzentrationsplanung durch Änderung ihres Flächennutzungsplans repariert hat und nur noch die unmittelbar bevorstehende Bekanntmachung der Genehmigung fehlt.²⁸

3. Erhaltungssatzung (§ 172 BauGB)

Eine auf § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB gestützte Erhaltungsverordnung dient allein städtebaulichen und damit öffentlichen Interessen und vermittelt den Eigentümern von im Geltungsbereich der Erhaltungsverordnung gelegenen Grundstücken keine Abwehrrechte gegen benachbarte Vorhaben.²⁹

4. Entwicklungsbereichssatzung (§ 165 BauGB)

Die Antragsbefugnis eines Wohnungsmieters kann sich im Normenkontrollverfahren gegen eine Entwicklungssatzung aus seinem Interesse ergeben, eine Aufhebung des Mietverhältnisses auf der Grundlage der Satzung in Verbindung mit § 182 BauGB zu verhindern. Nach § 165 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauGB ist die Aufzählung der Gründe einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme nicht abschließend. Ein weiterer Grund kann die Auflösung einer unvertretbaren Gemengelage sein, die der geordneten städtebaulichen Entwicklung außerhalb des Satzungsgebiets entgegensteht.³⁰

5. Sanierung

Ein Grundstück kann auch dann in ein förmlich festgelegtes Sanierungsgebiet einbezogen werden, wenn auf ihm selbst keine Sanierungsmaßnahmen durchgeführt werden sollen. Wie viele Grundstücke zur Verwirklichung der Funktionsschwächenanierung in den Geltungsbereich der Satzung einzubeziehen sind (§ 136 Abs. 3 Nr. 2 BauGB), ist eine Frage des Einzelfalls.³¹

20 OVG Saarland, B. v. 3. 6. 2009 – 2 B 254/09 –, AS RP-SL 37, 318 = BauR 2009, 1628.

21 OVG Weimar, B. v. 29. 1. 2009 – 1 EO 346/08 –, DVBl 2009, 534 = BauR 2009, 859 = DÖV 2009, 466 –; B. v. 24. 8. 2007 – 1 EO 563/07 –.

22 VGH Kassel, B. v. 7. 5. 2009 – 3 A 1523/08.Z –, NVwZ-RR 2009, 750 = DÖV 2009, 726 = BauR 2009, 1631.

23 VGH Mannheim, Urt. v. 8. 7. 2009 – 8 S 1686/08 –, DÖV 2009, 917, im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 19. 8. 2004 – 4 C 16.03 –, BVerwGE 121, 339.

24 BVerwG, Urt. v. 27. 1. 2005 – 4 C 5.04 – BVerwGE 122, 364 = DVBl 2005, 706, m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 9/2005 Anm. 6.

25 Anders VGH Kassel, Urt. v. 17. 6. 2009 – 6 A 630/08 –, DVBl 2009, 1123 = DÖV 2009, 775 = BauR 2009, 1938.

26 OVG Münster, B. v. 2. 6. 2009 – 8 B 572/09 –, DVBl 2009, 1040 = BauR 2009, 1565 – Hähnchenmaststall.

27 OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 17. 9. 2008 – 11 S 9.07 – Windenergiepark im faktischen Vogelschutzgebiet.

28 OVG Lüneburg, Urt. v. 23. 6. 2009 – 12 LC 136/07 –, BVerwG, B. v. 11. 8. 2008 – 4 B 25.08 –; B. v. 5. 3. 1999 – 4 B 62.98 –; Urt. v. 10. 8. 1988 – 4 C 20.84 –; OVG Lüneburg, B. v. 30. 11. 2004 – 1 ME 190/04 –, DVBl 2009, 1124 = NVwZ-RR 2009, 866 = BauR 2009, 1630.

29 OVG Hamburg, B. v. 15. 4. 2009 – 2 Bs 40/09 –, DVBl 2009, 798 = BauR 2009, 1182; BVerwG, B. v. 30. 10. 2008 – 4 B 56.08 –, ZfBR 2009, 157 = BauR 2009, 474. Dyroff, Grundeigentum 2009, 302 – Milieuschutzsatzung; Köller, ZfBR 2009, 130 – Wohnungseigentum in Erhaltungsgebieten. Leisner, Baugebot und Baufreiheit, Diss. 2009. Städtebauliche Gebote nach §§ 175–179 BauGB sind kaum Gegenstand der aktuellen Rechtsprechung.

30 OVG Münster, Urt. v. 18. 12. 2008 – 10 D 104/06.NE –, DVBl 2009, 534 = BauR 2009, 857 = DÖV 2009, 466 – ehemalige Bergarbeitersiedlung neben Chemiepark.

31 BVerwG, B. v. 19. 5. 2009 – 4 BN 1.09 –.

Nicht jede Änderung der Sach- oder Rechtslage gegenüber der ersten Beschlussfassung einer Sanierungssatzung zwingt zu einer erneuten Abwägung. Die rückwirkende Inkraftsetzung einer Sanierungssatzung kann auch dazu dienen, den aufgrund der zuvor nicht wirksamen Satzung ergangenen Entscheidungen und Maßnahmen nachträglich eine einwandfreie rechtliche Grundlage zu geben, und zwar selbst dann, wenn die Sanierungsmaßnahmen schon durchgeführt wurden.

Die Beteiligung und Mitwirkung der Betroffenen, die bei der Vorbereitung und Durchführung der Sanierung stattfinden soll (§ 137 BauGB), entspricht nicht der förmlichen Bürgerbeteiligung nach § 3 Abs. 2 BauGB. Daher ist ein Mangel der Betroffenenbeteiligung nicht als Verfahrensfehler beachtlich (§ 214 Abs. 1 Nr. 2 BauGB).

Städtebauliche Missstände i. S. d. § 136 Abs. 2 Satz 1 BauGB liegen vor, wenn das Gebiet die in Satz 2 Nr. 1 dieser Bestimmung genannten Substanzmängel oder die in Satz 2 Nr. 2 genannten Funktionsmängel aufweist. Das unterliegt allerdings nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Als Sanierungsmaßnahme kommen nach § 136 Abs. 1 BauGB nur solche städtebaulichen Maßnahmen in Betracht, deren einheitliche Vorbereitung und zügige Durchführung im öffentlichen Interesse liegt.³² Sie müssen Gesamtmaßnahmen sein, die anders als sonstige städtebauliche Maßnahmen darauf angelegt sind, mehrere Maßnahmen koordiniert und aufeinander abgestimmt für ein bestimmtes Gebiet vorzubereiten und durchzuführen.³³

Vor Erlass einer Sanierungssatzung, deren Geltungsbereich sich auf ein FFH-Gebiet erstreckt, muss nicht stets eine FFH-Verträglichkeitsprüfung durchgeführt werden.³⁴

6. Stadtumbau und soziale Stadt

Das EAG Bau 2004 hat erstmals den Stadtumbau³⁵ und die Soziale Stadt geregelt³⁶. Hierdurch sind die früheren eher

starrten Vorschriften um ein flexibles Instrument erweitert worden. Allerdings ist auch klar, dass ohne eine angemessene Finanzierung die Stadtumbaumaßnahmen nur Stückwerk bleiben. Die damit in Zusammenhang stehenden Fragen werden in Praxis und Literatur erörtert, sind jedoch kaum Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

7. Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern

(§ 214 BauGB)

Die Vorschriften zur Planerhaltung sind vor allem bei den Novellen BauROG 1998, EAG Bau 2004 und BauGB 2 007 mehrfach geändert worden. Dabei haben die Umweltprüfung aber auch der Bebauungsplan der Innenentwicklung zu gesetzlichen Änderungen des Fehlerfolgensystems geführt.³⁷

Die Heilung eines Bebauungsplans ist nur möglich, wenn die Grundzüge des Bebauungsplans nicht betroffen sind. Die Änderung eines Bebauungsplans von einem reinen zu einem allgemeinen Wohngebiet berührt nicht stets die Grundzüge der Planung. Die Unbeachtlichkeitsklausel des § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB ist entsprechend anzuwenden, wenn die Gemeinde das vereinfachte Verfahren (§ 13 BauGB) angewandt hat, weil sie verkannt hat, dass die Änderung oder Ergänzung eines Bauleitplans die Grundzüge der Planung berührt, und infolge dessen auch die Vorschriften über die Begründung der Bauleitpläne verletzt worden sind. Das gilt nur, wenn die Durchführung einer Umweltprüfung nicht gemeinschaftsrechtlich geboten war.³⁸

Mit dem Inkrafttreten des EAG Bau 2004 sind Fehler bei der Ermittlung und Bewertung des Abwägungsmaterials (§ 2 Abs. 3 BauGB) als Verfahrensfehler zu behandeln, unterliegen einer gesonderten Beurteilung hinsichtlich ihrer Beachtlichkeit (§ 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB) und können nicht mehr als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden (§ 214 Abs. 3 Satz 2 HS 1 BauGB).³⁹

Mängel bei der Ermittlung des Abwägungsmaterials können nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB unbeachtlich sein, wenn der Plangeber bei vollständiger Kenntnis der nachträglich bekannt gewordenen Umstände keine andere Entscheidung getroffen hätte.⁴⁰

32 Tietzsch, NVwZ 2007, 299 – soziale Sanierungsziele. Heiß/Schreiner, NVwZ 2009, 1147 – Sanierungsvermerk im Grundbuch; Schlarmann/Krappel, DVBl 2009, 1341 – Sanierungsgenehmigung trotz Vorliegens eines Versagungsgrundes.

33 OVG Münster, Urt. v. 23. 10. 2008 – 7 D 37/07.NE – Sanierungssatzung; OVG Bautzen, B. v. 5. 3. 2009 – 1 A 374/08 –, BauR 2009, 1630 – »Chemnitzer Modell« für die Vergleichwertberechnung nach § 154 BauGB; Aschmann Grundeigentum 2009, 236 – Sanierungsausgleichsbeträge; Halter KStZ 2007, 41; Luckas/Jaeger ZfIR 2007, 603; Foßner/Fontaine-Kretschmer/Kugelstadt-Braun, HGZ 2009, 3 – Städtebauförderung in Hessen. Spangenberg, UPR 2006, 222; Halter KStZ 2007, 41; Homa/Weigt, KStZ 2006, 21.

34 OVG Münster, Urt. v. 24. 7. 2009 – 7 D 130/08.NE –, BauR 2009, 1876 = NuR 2009, 730 – Sanierungsgebiet Drachenfels.

35 Goldschmidt, BauR 2006, 318; Wickel, BauR 2008, 1384.

36 Bartholomäi, BauR 2006, 1838 – Business-Improvement-Districts; Battis/Kersten, LKV 2006, 442; Bunzel, LKV 2009, 241 – Stadtumbau Ost; Ganzke, BauR 2008, 1987 – Vergaberecht; Goldschmidt, DVBl 2005, 81; Heitsch UPR 2005, 121 – Public Privat Partnership; Huber, DVBl 2007, 456; Ingold, UPR 2009, 431; Kersten, UPR 2007, 121; Lackner, ZfBR 2009, 321; Köster, NZBau 2008, 300 – private Initiativen zur Stadtentwicklung und Vergaberecht; Krautzberger, DW 2005, Nr. 10, 86; ders., DVBl

2008, 337 – Stadterneuerung und Stadtentwicklung; von Löwis/Neumann/Wickel, EurUP 2006, 54 – Schrumpfungprozess; Martini, DÖV 2008, 10; Portz, KommJur 2007, 201; Schutz/Köller, ZfBR 2007, 649; Stöß, Großprojekte der Stadtentwicklung in der Krise, Diss. 2009; Taubenek/Goldschmidt, LKV 2006, 149; Wahlhäuser, BauR 2008, 1238; Weber, EurUP 2006, 79; Wellens, DVBl 2009, 423. Zur »Intoleranz« des Baurechts gegenüber Leerstand von und zu Franckenstein, BauR 2006, 1080.

37 Zum Planerhaltungssystem des EAG Bau Özdemir, Diss. 2009; Stelkens, UPR 2005, 81; Kupfer, Verw. 28 493 (2005); Kment, AöR 130, 570 (2005) – Europarechtskonformität.

38 BVerwG, Urt. v. 4. 8. 2009 – 4 CN 4.08 –, DVBl 2009, 1379 = BauR 2009, 1862, m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 22/2009 Anm. 3 – Grundzüge der Planung; analoge Anwendung der bauplanungsrechtlichen Unbeachtlichkeitsklausel. Zur Unbeachtlichkeit einer aufgrund fehlerhafter Wahl des vereinfachten Verfahrens unterlassenen Umweltprüfung Lobse, DÖV 2009, 794.

39 OVG Saarland, Urt. v. 25. 6. 2009 – 2 C 478/07 –.

40 OVG Münster, Urt. v. 26. 2. 2009 – 10 D 31/07.NE – Arkadengang, für unvollständig ausgewertete Behördenakten.

Begründungsdefizite im Umweltbericht wegen unvollständiger Angaben zu Überwachungsmaßnahmen können unbeachtlich sein, wenn die Angaben keinen Einfluss auf die Abwägungsentscheidung haben.⁴¹ Auch das Fehlen einer förmlichen Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG kann nach § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB unbeachtlich sein.⁴²

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung von Fehlern nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB ist, wie bei den sonstigen Abwägungsfehlern, der Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Satzung (§ 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB analog).⁴³

Einzelheiten der Bekanntmachung bestimmen sich nach dem jeweiligen Landes- und Ortsrecht. Bezieht sich die Möglichkeit der Einsicht auf die Dienstzeiten, reicht die Möglichkeit der Einsichtnahme während der Sprechzeiten der Verwaltung allerdings nicht aus. Entspricht die Bekanntmachung nicht den Anforderungen des Landesrechts, soll § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB, der den Hinweiszweck genügen lässt, nicht anwendbar sein.⁴⁴

8. Ergänzendes Verfahren

Der Flächennutzungsplan oder die Satzung können durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch rückwirkend⁴⁵ in Kraft gesetzt werden (§ 214 Abs. 4 BauGB).⁴⁶

In einem ergänzenden Verfahren können nicht Fehler behoben werden, mit denen die Grundzüge der Planung berührt werden. In einem ergänzenden Verfahren können daher beispielsweise nicht größere Teile der ursprünglichen Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen gestrichen und so die Ursprungsplanung in wesentlichen Punkten geändert werden.⁴⁷

Ein nicht weiter erläuterter Hinweis auf die »vorliegenden umweltbezogenen Stellungnahmen zu den in § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB genannten Schutzgütern« in der Auslegungsbekanntmachung ist dem völligen Fehlen der Angaben im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB zu den verfügbaren umweltbezogenen Informationen gleichzustellen und deshalb ein nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB beachtlicher Verfahrensfehler⁴⁸, der allerdings

nur dann zur Unwirksamkeit des Plans führt, wenn er sich auf das Ergebnis ausgewirkt hat.⁴⁹

Beschränkt sich das ergänzende Verfahren auf die Behebung des Verfahrensfehlers der fehlenden Genehmigung nach § 10 Abs. 1 i. V. mit § 8 Abs. 3 BauGB, bleibt der Zeitpunkt der erstmaligen Bekanntmachung auch dann maßgebend, wenn die Gemeinde vorsorglich in eine erneute Abwägung eingetreten ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn zum Zeitpunkt der ursprünglichen Beschlussfassung die Genehmigungsvoraussetzungen in der Sache zu bejahen sind oder es nach Bekanntmachung des Flächennutzungsplans einer Genehmigung nicht mehr bedarf.⁵⁰

Die Ermächtigung in § 214 Abs. 4 BauGB, den Bebauungsplan in einem ergänzenden Verfahren auch rückwirkend in Kraft zu setzen, hat keinen Einfluss auf die Frage, wann ein Verfahren im Sinne des § 244 Abs. 1 Satz 2 BauGB abgeschlossen ist. Wird von § 214 Abs. 4 BauGB Gebrauch gemacht, so werden nicht der Abschluss des Verfahrens, sondern die Rechtsfolgen eines später abgeschlossenen Planaufstellungsverfahrens auf den Zeitpunkt des rückwirkenden Inkrafttretens des Bebauungsplans zurückverlegt.⁵¹

Eine Gemeinde darf sich in einem ergänzenden Verfahren nicht darauf beschränken, einen rechtskräftig festgestellten Abwägungsfehler zu beseitigen, wenn die bisherige Abwägung aus einem weiteren Grund fehlerhaft war. Vielmehr muss auch der weitere Abwägungsfehler behoben werden.⁵²

9. Rügefristen (§ 215 BauGB)

Eine Verletzung von Vorschriften im Sinn von § 215 Abs. 1 BauGB kann »der Gemeinde gegenüber« zwar auch in einem an das Normenkontrollgericht gerichteten Schriftsatz geltend gemacht werden. Zur Wahrung der Frist des § 215 Abs. 1 Satz 1 BauGB muss ein entsprechender Schriftsatz allerdings bei der Gemeinde eingehen.⁵³ Außerdem ist der Bezug zur Rüge von Verfahrensfehlern herzustellen.

Auch das Erfordernis einer Umweltprüfung gehört zu den Verfahrensanforderungen, die innerhalb eines Jahres gerügt werden müssen (§ 215 BauGB, § 12 Abs. 5 ROG).⁵⁴

Fehler im Bekanntmachungshinweis nach § 215 Abs. 2 BauGB wirken sich nur bezüglich derjenigen Vorschriftenengruppen nach § 215 Abs. 1 BauGB aus, die nicht, unrichtig oder mit irreführenden Zusätzen benannt sind. Hinsichtlich der zutreffend gekennzeichneten Vorschriftenengruppen – etwa der Fehler nach § 214 Abs. 1 Satz 1

41 OVG Lüneburg, Urt. v. 9. 10. 2008 – 12 KN 12/07 –, ZfBR 2009, 262 – Konzentrationszone.

42 OVG Koblenz, Urt. v. 19. 2. 2009 – 1 C 10256/08 –, ZfBR 2009, 596 = UPR 2009, 359 – planfeststellungsetzender Bebauungsplan.

43 VGH Mannheim, Urt. v. 6. 5. 2009 – 3 S 3037/07 –, BauR 2009, 1870 = BauR 2009, 1632 – Beachtlichkeit von Abwägungsfehlern; BVerwG, Urt. v. 9. 4. 2008 – 4 CN 1.07 –, NVwZ 2008, 899.

44 VGH Kassel, Urt. v. 3. 6. 2009 – 3 C 2212/08.N –, LKRZ 2009, 380; BVerwG, B. v. 15. 4. 1988 – 4 N 4/87 –, BVerwGE 79, 200.

45 Zur rückwirkenden Inkraftsetzung einer Veränderungssperre *Gatz*, jurisPR-BVerwG 2/2010 Anm. 5.

46 *Kuchler/Spieler*, KommJur 2006, 51; *Rosenkötter*, NZBau 2008, 372.

47 OVG Lüneburg, Urt. v. 22. 1. 2009 – 12 KN 29/07 –, NVwZ-RR 2009, 546 = BauR 2009, 1407 – ergänzendes Verfahren.

48 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28. 5. 2009 – 2 A 14.08 –, DVBL 2009, 1393 – Uferpark Potsdam Griebnitzsee.

49 *Stüer*, HBFPR 2009, Rdn. 1237.

50 BVerwG, B. v. 12. 5. 2009 – 4 BN 24.08 – Bekanntmachungszeitpunkt bei ergänzendem Verfahren.

51 BVerwG, B. v. 26. 1. 2009 – 4 BN 27.08 –, ZfBR 2009, 273 = BauR 2009, 780 – rückwirkende Inkraftsetzung des Bebauungsplans.

52 BVerwG, B. v. 25. 11. 2008 – 4 BN 15.08 – Erdgasspeicher.

53 VGH München, Urt. v. 30. 1. 2009 – 1 N 08.1119 –, BauR 2009, 696 = NVwZ-RR 2009, 835 – Rügefrist § 214 BauGB; VGH Mannheim, Urt. v. 15. 7. 2008 – 3 S 2772/06 –, ZfBR 2008, 810.

54 OVG Saarland, Urt. v. 27. 11. 2008 – 2 C 120/07 –, AS RP-SL 37, 44 – Landesentwicklungsplan.

Nr. 2 BauGB – bleibt der Hinweis wirksam (§ 215 Abs. 1 BauGB).⁵⁵

10. Überleitungsrecht (§ 244 BauGB)

Ein Flächennutzungsplanverfahren ist mit der ortsüblichen Bekanntmachung der Genehmigung des Flächennutzungsplans »abgeschlossen« (§ 244 Abs. 1 BauGB).⁵⁶

II. Planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben

Neben der Bauleitplanung bildet die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben den zweiten Schwerpunkt des Städtebaurechts. Dabei ist zwischen Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, im nicht beplanten Innenbereich und im Außenbereich zu unterscheiden.

1. Bebauungsplan (§§ 30–33 BauGB)

Nach § 30 Abs. 1 BauGB ist ein Vorhaben zulässig, wenn es den Festsetzungen des qualifizierten Bebauungsplans nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. Abweichungen sind unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 und 2 BauGB als Ausnahmen (im Bebauungsplan selbst vorgesehen, § 1 Abs. 3 Satz 2 BauNVO) und Befreiungen (im Bebauungsplan nicht vorgesehen) zulässig.

a) Ausnahmen und Befreiungen

Mehrere Entscheidungen liegen zu den nach § 31 BauGB bestehenden Abweichungsmöglichkeiten vor. So ist eine Treppenanlage Bestandteil einer Außengastronomie, wenn sie den einzigen Zugang zu ihr vermittelt. Sind dort nach dem Bebauungsplan Schank- und Speisewirtschaften ausgeschlossen, ist die Genehmigung der Außengastronomie rechtswidrig⁵⁷, wenn die planungsrechtliche Zulässigkeit nicht durch eine Abweichung nach § 31 BauGB ermöglicht werden kann.

Eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB kann nicht schon dann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen der drei Befreiungsgründe vorliegen. Vielmehr dürfen die Grundzüge der Planung nicht berührt sein.⁵⁸ Ein ohne die erforderliche rechtmäßige Befreiung zugelassenes Vorhaben kann unabhängig von seinen konkreten Auswirkungen den Gebietswahrungsanspruch⁵⁹ anderer Grundstückseigentümer im Baugebiet auf Aufrechterhaltung seiner typischen Prägung verletzen.⁶⁰

Ist ein Grundstück im Bebauungsplan als öffentliche Verkehrsfläche ausgewiesen, bedarf es zur Errichtung

einer Privatstraße einer Ausnahme oder einer Befreiung (§ 31 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB). Für die Anwendung des § 32 BauGB ist dann kein Raum.⁶¹ Der Gemeinde steht bei der Entscheidung über das Einvernehmen zu einer Befreiung ein Gestaltungsspielraum zu.⁶²

Wer sich auf den Bebauungsplan berufen kann, hat bei der Abwägung der Interessen zwischen Bauherrn und Nachbar wegen der »hinter ihm stehenden Planung« einen gewissen Vorrang.⁶³

b) Mobilfunkanlage

Mobilfunkanlagen sind nur nach Maßgabe ihrer Gebietsverträglichkeit in den einzelnen Baugebieten zulässig. Bei der Errichtung und dem Betrieb einer Mobilfunkanlage handelt es sich um eine selbständige, auf Dauer angelegte und auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit, die regelmäßig nicht auf die Grundstücke im Baugebiet begrenzt ist und daher in einem reinen Wohngebiet unzulässig ist. Gründe des Wohls der Allgemeinheit (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB) erfordern eine Befreiung von der Festsetzung eines reinen Wohngebiets für eine Mobilfunkanlage nicht, wenn die Mitbenutzung einer außerhalb des Wohngebiets stehenden Anlage möglich ist.⁶⁴

Eine Mobilfunkstation mit mehr als einem Antennenmast auf dem Dach eines Wohnhauses führt im reinen Wohngebiet im Regelfall vor allem wegen der optischen Auswirkungen zu einer Veränderung des Gebietscharakters und berührt die Grundzüge der Planung.⁶⁵

2. Nicht beplanter Innenbereich (§ 34 BauGB)

Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich sind planungsrechtlich zulässig, wenn sie sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen und die Erschließung gesichert ist. Das Ortsbild darf nicht beeinträchtigt werden (§ 34 Abs. 1 BauGB).⁶⁶

a) Abgrenzung Innenbereich – Außenbereich

Der Bebauungszusammenhang i. S. d. § 34 BauGB⁶⁷ endet am Ortsrand nicht im Bereich von Grundstücksgrenzen oder am Ende einer befestigten Fahrstraße, sondern mit den letzten vorhandenen (maßstabbildenden) Gebäuden.

55 VGH Mannheim, Urt. v. 9. 6. 2009 – 3 S 1108/07 –, DÖV 2009, 1010 – Bekanntmachungshinweis. Zum Überleitungsrecht der verschiedenen Fassungen des § 215 BauGB VGH München, Urt. v. 19. 6. 2009 – 1 N 07.1552 –, KommunalPraxis BY 2009, 311 – Fußweg.

56 VGH Kassel, Urt. v. 25. 3. 2009 – 3 C 594/08.N –, NuR 2009, 349 = DVBl 2009, 717 = BauR 2009, 1014 = UPR 2009, 280.

57 OVG Münster, B. v. 8. 5. 2009 – 7 B 1547/08 – Treppenanlage.

58 BVerwG, B. v. 24. 9. 2009 – 4 B 29.09 – Befreiung.

59 BVerwG, B. v. 13. 5. 2002 – 4 B 86.01 –, NVwZ 2002, 1384.

60 OVG Hamburg, B. v. 5. 6. 2009 – 2 Bs 26/09 –, BauR 2009, 1556 = DVBl 2009, 1056 = NVwZ-RR 2009, 715 – Zwei-Wohnungsklausel.

61 OVG Münster, Urt. v. 8. 5. 2009 – 7 A 3366/07 –, DVBl 2009, 1042 = BauR 2009, 1563 = DÖV 2009, 774 – Privatstraße.

62 VGH München, Urt. v. 30. 3. 2009 – 1 B 05.616 –, BauR 2009, 1414 = UPR 2009, 353 – Mobilfunkanlage im reinen Wohngebiet; BVerwG, Urt. v. 19. 2. 2002 – 4 C 13.01 –, BVerwGE 117, 50 = NVwZ 2003, 478.

63 OVG Münster, B. v. 19. 2. 2009 – 7 B 1899/08 –.

64 OVG Münster, B. v. 28. 9. 2009 – 10 A 331/08 – für eine Funkstation mit einem 30 m hohen Stahlgittermast mit 5 m hohem Aufsatzrohr.

65 OVG Münster, Urt. v. 17. 12. 2008 – 10 A 2999/07, 3002/07 –, DVBl 2009, 712 = BauR 2009, 1409 – Mobilfunkanlage im WR-Gebiet. Zur Gebietsverträglichkeit einer Mobilfunkstation in der Nachbarschaft von Baudenkmalen OVG Lüneburg, Urt. v. 14. 8. 2009 – 1 LB 337/07 –, DVBl 2009, 1395 –. Zur Mobilfunkanlage als nicht störende gewerbliche Nutzung OVG Münster, B. v. 26. 9. 2008 – 10 A 2599/07 –.

66 *Biene/Krautzberger*, UPR 2008, 81.

67 OVG Münster, B. v. 6. 2. 2009 – 7 B 1767/08 –.

Die sich daran anschließenden Flächen gehören zum Außenbereich. Ein Grundstück am Rande eines Ortsteils liegt daher in aller Regel nicht innerhalb des Bebauungszusammenhangs. Etwas anders kann allerdings für Flächen vor einem Geländeeinschnitt⁶⁸, einer Geländekante, einem Fluss oder eine Straße gelten.⁶⁹ Größere unbebaute Grundstücksbereiche können auch zum Außenbereich im Innenbereich werden.⁷⁰ Auch Hinterliegergrundstücke können zum Innenbereich gehören und nach Maßgabe der Umgebung bebaubar sein.⁷¹

Für das Einfügen in die Eigenart der Umgebung nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB in Bezug auf die »Grundstücksfläche, die überbaut werden soll« kommt es auf die konkrete Größe der Grundfläche des in Frage stehenden Vorhabens und auch auf seine räumliche Lage innerhalb der vorhandenen Bebauung an.

Bei der Bestimmung des sich aus der vorhandenen Bebauung ergebenden Maßstabes ist grundsätzlich alles zu berücksichtigen, was in der näheren Umgebung tatsächlich vorhanden ist. Nicht jegliche vorhandene Bebauung in der näheren Umgebung bestimmt jedoch ihren Charakter. Vielmehr muss die Betrachtung auf das Wesentliche zurückgeführt werden. Es muss alles außer Acht gelassen werden, was die vorhandene Bebauung nicht prägt oder in ihr gar als Fremdkörper erscheint. Auszusondern sind hiernach auch solche bauliche Anlagen, die von ihrem quantitativen Erscheinungsbild (Ausdehnung, Höhe, Zahl usw.) nicht die Kraft haben, die Eigenart der näheren Umgebung zu beeinflussen, die der Betrachter also nicht oder nur am Rande wahrnimmt.⁷² Ein Ortsschild ist für die Abgrenzung des Innenbereichs (§ 34 BauGB) vom Außenbereich (§ 35 BauGB) nicht entscheidend.⁷³

Das »gewisse Gewicht« für die Bewertung eines Bebauungszusammenhangs als Ortsteil im Sinne des § 34 BauGB ist nicht für alle Gemeinden und Siedlungsräume einheitlich, sondern nach den siedlungsstrukturellen Gegebenheiten im Gebiet der jeweiligen Gemeinde zu bestimmen. Dabei ist auch ein Gegenvergleich mit der Erscheinung der unerwünschten Splittersiedlung erforderlich.⁷⁴

68 BVerwG, B. v. 1. 10. 2008 – 4 B 53.08 –, BauR 2009, 216, m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 25/2008 Anm. 4 – Geländezäsur, nicht zur Entscheidung angenommen BVerfG, B. v. 17. 2. 2009 – 1 BvR 3512/08 –.

69 OVG Schleswig, B. v. 12. 10. 2009 – 1 LA 44/09 – an Ortsrand heranrückende Wirkung. Zur Frage, ob der Ortsteil über den vorhandenen Gebäudebestand hinausgehen kann Rinke, BauR 2005, 1406.

70 Dziallas, NZBau 2006, 308.

71 Zum Erschließungsbeitragsrecht von Hinterliegergrundstücken Richarz, KStZ 2006, 1; Both, ZMR 2007, 901; ders., ZMR 2008, 582; Driebeaus KStZ 2007, 161; Richarz KStZ 2006, 41.

72 BVerwG, B. v. 16. 6. 2009 – 4 B 50.08 –, ZfBR 2009, 693 = BauR 2009, 1564; Boeddinghaus, BauR 2008, 1249 – Abstandsflächen bei diffuser Bebauung.

73 VGH München, B. v. 10. 9. 2009 – 14 ZB 09.425 – Ortsschild.

74 OVG Münster, Urt. v. 13. 11. 2009 – 7 A 1236/08 – Container zur Aufbewahrung von Oldtimern, im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 17. 2. 1984 – 4 C 56.79 –. Zur Einhaltung von Abstandsflächen bei der rückwärtigen Anschlussbebauung an eine Doppelhaushälfte

b) Zentrale Versorgungsbereiche (§ 34 Abs. 3 BauGB)

Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich sind nur zulässig, wenn von ihnen keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sind (34 Abs. 34 BauGB).⁷⁵ Die Vorschrift soll nachteilige städtebauliche und infrastrukturelle Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche verhindern. Bei großflächigen Einzelhandelsbetrieben sind die Verkaufsfläche des Vorhabens im Vergleich zu den im Versorgungsbereich vorhandenen Verkaufsflächen derselben Branche, die voraussichtliche Umsatzumverteilung, die Entfernung zwischen dem Vorhaben und dem betroffenen zentralen Versorgungsbereich⁷⁶, eine etwaige »Vorschädigung« des Versorgungsbereichs oder die Gefährdung eines vorhandenen »Magnetbetriebs«, der maßgebliche Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des zentralen Versorgungsbereichs hat⁷⁷, zu berücksichtigen. Ob schädliche Auswirkungen zu erwarten sind, muss die Bauaufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Amtsermittlungspflicht aufklären⁷⁸.

Die Gemeinde kann einen tatsächlich vorhandenen zentralen Versorgungsbereich⁷⁹ durch ein städtebauliches Entwicklungskonzept nicht mit Wirkung für § 34 Abs. 3 BauGB räumlich eingrenzen, wenn die von ihr gezogene Grenze in der Örtlichkeit keine Bestätigung findet und dadurch Grundstücke von dem zentralen Versorgungsbereich abgetrennt werden, die mit diesem durch die vorhandenen Nutzungen unmittelbar verknüpft sind.⁸⁰

Für die Frage, ob sich ein großflächiger Einzelhandelsbetrieb im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, kommt es nicht auf die in § 11 Abs. 3 BauNVO umschriebenen negativen städtebaulichen Auswirkungen und die dort eingeschlossenen

im Innenbereich OVG Koblenz, Urt. v. 27. 5. 2009 – 8 A 11090/08 –, BauR 2009, 1629.

75 Zur Zulässigkeit von Einzelhandelsprojekten im nicht beplanten Innenbereich Gatawis, NVwZ 2006, 272; Hoppe, NVwZ 2005, 1141; Kopf, LKRZ 2009, 11; Janning, BauR 2005, 1723; Joblen, BauR 2008, 459; Rauber, VR 2005, 379; Reidt, UPR 2005, 241; Schmitz, ZfBR 2007, 532; Schröer, ÖffBauR 2005, 132; Uechtritz, NVwZ 2007, 770; Wahlhäuser, BauR 2007, 1359; Hubatsch, NJW-Spezial 2009, 268; Kuschnerus, ZfBR 2009, 24; Bieneke, UPR 2009, 370; Reidt, NVwZ 2007, 664; Rieger, UPR 2007, 366. Zur Steuerung des Einzelhandels durch Festsetzungen nach § 9 Abs. 2 a BauGB Sparwasser, VBlBW 2007, 281; Wagner, BauR 2006, 38 – kumulierende Wirkung; Jaeger, BauR 2009, 1674.

76 Zur Abgrenzung der »bloßen Ansammlung von Einzelhandelsnutzungen« vom zentralen Versorgungsbereich nach § 34 Abs. 3 BauGB Erhard NVwZ 2009, 944.

77 BVerwG, B. v. 17. 2. 2009 – 4 B 4.09 –. Zu Bebauungsplänen für die Erhaltung und Entwicklung »zentraler Versorgungsbereiche« Bishopink BauR 2007, 825; Bunzel, BauR 2009, 449; Janning, ZfBR 2009, 437; Jaeger, BauR 2009, 1674; Manssen, SächsVBl 2008, 111; Schlarmann/Hamann, NVwZ 2008, 384; Stür ZfBR 2006, 747; Schidlowski/Baluch, BauR 2006, 784.

78 Zum Amtsermittlungsgrundsatz Gatz, jurisPR-BVerwG 1/2007 Anm. 6.

79 OVG Weimar, B. v. 30. 7. 2009 – 1 EO 198/09 – zentrale Versorgungsbereiche.

80 BVerwG, B. v. 12. 2. 2009 – 4 B 5.09 –, NVwZ 2009, 781 = DVBl 2009, 599 = DÖV 2009, 465 – zentraler Versorgungsbereich.

Fernwirkungen an. Schädliche Auswirkungen ergeben sich nicht bereits daraus, dass ein Vorhaben durch die Erweiterung zu einem großflächigen Einzelhandelsbetrieb wird. Bei unterschiedlicher städtebaulicher Struktur ist § 11 Abs. 3 BauNVO in den Fällen des § 34 Abs. 1 BauGB weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.⁸¹

Ob eine Überschreitung von 1 200 qm Geschossfläche als Indiz dafür gewertet werden kann, dass schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche zu erwarten sind, ist bisher höchstrichterlich noch nicht entschieden.⁸²

Bei der Anwendung des § 34 Abs. 3 BauGB kommt einem vom Rat der Gemeinde beschlossenen Einzelhandelskonzept als informelle Planung nach Auffassung des OVG Münster keine unmittelbar bindende Rechtswirkung zu.⁸³ Allerdings können die in einem städtebaulichen Entwicklungskonzept niedergelegten Planungsvorstellungen der Gemeinde bei der Abgrenzung der zentralen Versorgungsbereiche eine Rolle spielen (§ 1 Abs. 6 Nr. 11, 9 Abs. 2 a BauGB).

Der Gesetzgeber hat in § 34 Abs. 3 BauGB nicht das Regelungssystem des § 11 Abs. 3 BauNVO übernommen. Soll ein bestehender Einzelhandelsbetrieb erweitert werden, ist die Zulässigkeit des Gesamtvorhabens zu prüfen.⁸⁴

c) Innenbereichssatzungen

Im Falle der Verbindung verschiedener Innenbereichssatzungen nach § 34 Abs. 4 Satz 1 BauGB richtet sich das Aufstellungsverfahren nach der Satzung mit den höchsten Verfahrensanforderungen. Der Erlass einer Ergänzungssatzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB setzt voraus, dass die einzubeziehenden Außenbereichsflächen an einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil angrenzen.⁸⁵

Einzelne Außenbereichsflächen können nur dann durch Ergänzungssatzung im Sinne des § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB in einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil einbezogen werden, wenn die einbezogenen Flächen an baulich genutzte Bereiche eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils angrenzen und hierdurch geprägt werden.⁸⁶

81 OVG Münster, Urt. v. 6. 11. 2008 – 10 A 2601/07 –, NJW-Spezial 2009, 109 – Lebensmitteldiscountmarkt.

82 BVerwG, B. v. 12. 2. 2009 – 4 B 3.09 –, BauR 2009, 944 = NVwZ 2009, 779 = DVBl 2009, 600, m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 8/2009 Anm. 3 – Lebensmitteldiscountmarkt.

83 OVG Münster, Urt. v. 6. 11. 2008 – 10 A 1512/07 –, DVBl 2009, 133 = BauR 2009, 216, 288 = DÖV 2009, 174 – Lebensmittelmarkterweiterung.

84 OVG Münster, Urt. v. 6. 11. 2008 – 10 A 1417/07 –, DVBl 2009, 134 = BauR 2009, 220, 289 = DÖV 2009, 174; Schröder, NJW 2009, 1729 – Lebensmitteldiscountmarkt.

85 VGH Mannheim, Urt. v. 8. 4. 2009 – 5 S 1054/08 –, DVBl 2009, 1057 = ZfBR 2009, 793 = DÖV 2009, 685 – Klarstellungs- und Ergänzungssatzung.

86 OVG Münster, Urt. v. 17. 4. 2009 – 7 D 102/07.NE –, DVBl 2009, 1057 = NVwZ-RR 2009, 798 = BauR 2009, 1710 – Innenbereichssatzung; Urt. v. 2. 12. 2002 – 7 a D 39/02.NE –; Urt. v. 2. 12. 2002 – 7 a D 39/02.NE –.

3. Außenbereich (§ 35 BauGB)

§ 35 BauGB unterscheidet zwischen privilegierten (§ 35 Abs. 1 BauGB), nicht privilegierten (§ 35 Abs. 2 und 3 BauGB) und teilprivilegierten (§ 35 Abs. 4 BauGB) Vorhaben. Einheitlich gelten für planungsrechtlich zulässige Außenbereichsvorhaben die zusätzlichen Anforderungen des § 35 Abs. 5 BauGB. Außenbereichssatzungen auf der Grundlage des § 35 Abs. 6 BauGB runden die Vorschriften zum Bauen im Außenbereich ab.⁸⁷

a) Landwirtschaft

Bei der Prüfung, ob sich auf einem Grundstück ein landwirtschaftlicher Betrieb befindet, ist der in § 201 BauGB enthaltene Begriff der Landwirtschaft zugrunde zu legen. Voraussetzung für die Beurteilung der Tierhaltung als Landwirtschaft ist, dass das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann. Eine unmittelbare Verfütterung des erzeugten Futters an die Tiere oder eine örtliche Nähe zum Betrieb ist nicht erforderlich.⁸⁸

Modelle von »Ferien auf dem Bauernhof«⁸⁹ sind nur dann privilegiert, wenn sie über einen gewissen Umfang nicht hinausgehen und im Verhältnis zum landwirtschaftlichen Kernbetrieb nur eine untergeordnete Bedeutung haben.⁹⁰

b) Ortsgebundene Vorhaben

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB sind nur solche Vorhaben privilegiert, die über eine individuelle und die Allgemeinheit ausschließende Nutzung des Außenbereichs hinausgehen. Am Merkmal des »Sollens« i. S. von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB fehlt es, wenn gegenüber dem allgemeinen Bedürfnis nach Erholung in der freien Natur individuelle Freizeitwünsche bevorzugt werden sollen.⁹¹ Schießplätze

87 Zu Planungsschäden im Außenbereich *Simoneit*, KommPraxis spezial 2009, 16. Zur Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen *Schlick*, NJW 2009, 3139; *ders.*, DVBl 2007, 457; *Bruns*, EWIR 2007, 101 – Verzögerung einer Baugenehmigung; *Fischer*, ZfIR 2007, 358; *Graulich*, ZAP Fach 19, 653; *Roblfing*, BauR 2006, 947; *Tremml/Karger/Luber*, Der Amtshaftungsprozess 2009. Zur Selbstversorgung eines Landwirts VGH Mannheim, Urt. v. 19. 10. 2009 – 5 S 347/09 – Legalisierungswirkung; Urt. v. 19. 7. 1999 – 8 S 1869/89 –, NVwZ-RR 1990, 171; Urt. v. 4. 3. 2009 – 3 S 1467/07 –, UPR 2009, 454. Zu den immissionsschutzrechtlichen Problemen der landwirtschaftlichen und gewerblichen Tierhaltung *Scheidler*, AUR 2007, 295; *ders.*, DVBl 2007, 936; *ders.*, KommPraxis spezial 2009, 54; *ders.*, AUR 2007, 295. Zum Agrarumweltrecht *Nies*, AUR 2008, 1.

88 OVG Magdeburg, Urt. v. 17. 11. 2009 – 8 K 2/08 – Bodenordnungsverfahren.

89 OVG Schleswig, Urt. v. 2. 12. 1993 – 1 L 130/92 – Landschaftsschutzverordnung; *Ziegler*, AUR 2005, 290.

90 OVG Münster, Urt. v. 25. 5. 1998 – 7 A 1056/98 –, AgrarR 1999, 63.

91 Nicht privilegiert sind etwa ein Kühlhaus, das dem Zerlegen und der weiteren Aufbewahrung des Wildes dient, OVG Koblenz, Urt. v. 19. 8. 2009 – 8 A 10308/09 –, RdL 2009, 315 –, oder ein Viehunterstandes zur Verhinderung einer »Sozialbrache« OVG Lüneburg, B. v. 31. 3. 2009 – 1 LA 348/07 –, NuR 2009, 565 = BauR 2009, 1182, 1569.

und Schießstände können im Außenbereich privilegiert sein, wenn sie etwa Jägern oder anderen schusswaffenberechtigten Personengruppen als Übungsplatz dienen.⁹² Zudem ist das Rücksichtnahmegebot zu beachten.⁹³

Auch gewerbliche – nicht auf überwiegend eigener Futtergrundlage betriebene – Tierhaltungen können im Außenbereich gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert zulässig sein.⁹⁴

Auch die private Religionsausübung ist an das Bauplanungsrecht gebunden. Das gilt auch für nicht privilegierte Außenbereichsvorhaben, die nicht im Hinblick auf die Religionsausübung zu standortgebundenen privilegierten Vorhaben werden.⁹⁵

c) Windenergie

Privilegiert ist nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB die Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- und Wasserenergie.⁹⁶ Eine weitere Öffnung im Interesse des Klimaschutzes zugunsten anderer erneuerbarer Energien⁹⁷ wird wohl erst im Zusammenhang mit der nächsten BauGB-Novelle erwogen.

Die eigenständige Privilegierung von Anlagen, die der Nutzung von Windenergie dienen (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB), ist nicht abschließend. Windenergieanlagen können auch weiterhin als untergeordnete Anlagen eines landwirtschaftlichen Betriebes privilegiert sein (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB).⁹⁸

Eine Anlage ist ein Vorhaben zur Erforschung und Entwicklung der Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5

BauGB, wenn der Bauherr anhand eines Forschungs- und Entwicklungskonzepts plausibel darlegt, dass die Anlage geeignet ist, die Nutzung der Windenergie zu verbessern, und die Anlage praktisch erprobt und ernsthaft betrieben werden soll.

Die Teilnahme einer nichtprivilegierten Anlage an der Privilegierung einer anderen Anlage ist davon abhängig, dass die hinzutretende Anlage eine bodenrechtliche Nebensache ist. Dies ist der Fall, wenn sie der Hauptanlage unmittelbar zu- und untergeordnet ist und durch diese Zu- und Unterordnung auch äußerlich erkennbar geprägt wird.

Ob zwischen Haupt- und Nebenanlage eine Beziehung im Sinne eines mitgezogenen Betriebsteils besteht, bestimmt sich nach dem Zweck der Anlagen und nicht nach der Person ihrer Bauherren, Eigentümer oder Betreiber. Es muss gewährleistet sein, dass die mitgezogene Nebenanlage zur Unterstützung der Hauptanlage eingesetzt wird.

Eine Privilegierung ist nicht ausgeschlossen, wenn ein Vorhaben objektiv verschiedenen Nutzungen zugeführt werden kann, es aber nach der Zweckbestimmung des Bauherrn zu privilegierten Zwecken genutzt werden soll und nach den gegenwärtigen und auf Dauer absehbaren Erfordernissen angemessen ist. Dies gilt nicht, wenn Größe, Beschaffenheit und Ausstattung des Vorhabens deutlich erkennen lassen, dass die privilegierte Nutzung nur vorgetäuscht und in Wahrheit die nichtprivilegierte Nutzung angestrebt wird.⁹⁹

Auch wenn im gesamten Gemeindegebiet keine für Windenergienutzung geeignete Fläche zu finden ist, bleibt es beim allgemeinem Zulässigkeitstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB. Wenn der Träger der Flächennutzungsplanung der Auffassung ist, für seinen Zuständigkeitsbereich sei es im Hinblick auf entsprechende örtliche Besonderheiten nicht möglich, eine ausgewogene Planung zu beschließen, hat er sich darauf zu beschränken, die Zulassung von Windenergieanlagen im Rahmen der Anwendung von § 35 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 BauGB durch das Geltendmachen von öffentlichen Belangen im Einzelfall zu steuern.¹⁰⁰

Gegen einen Regionalplan mit Konzentrationszonen für Windenergieanlagen kann auch ein Grundstückseigentümer eine Normenkontrolle erheben, dessen Flächen

92 BVerwG, B. v. 10. 2. 2009 – 7 B 46.08 – Schießanlagen im Außenbereich.

93 Braun, Jura 2009, 1380 – Hundegebell.

94 OVG Münster, B. v. 2. 6. 2009 – 8 B 572/09 –, DVBl 2009, 1040 = BauR 2009, 1565.

95 Schwemer, BauR 2008, 1551 – Marienkapelle.

96 Berghaus, ZNER 2008, 187; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Diss. iur. Osnabrück 2009, 1. Aufl. Bonn 2009; ders., DVBl 2009, 737; Quambusch, VBIBW 2005, 264. Lahme, ZNER 2006, 176; Oeder, BauR 2005, 643; Scheidler, NWVBl 2009, 409; Stüer/Vildomec, BauR 1998, 427. Zu Rechtsproblemen bei der Errichtung von Windkraftanlagen aus der Sicht der Gemeinden Zeiler, NuR 2009, 526; Hornmann, NVwZ 2006, 969; Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129; Middeke, DVBl 2008, 292; Regenfus, ZfIR 2007, 866; Wustlich, ZUR 2007, 16. Zu Windkraftanlagen an unergiebigsten Standorten Quambusch, NdsVBl. 2006, 265. Zur raumordnerischen Steuerung Hirsch, NordÖR 2010, 477. Zum Zusammenwirken von Raum- und Bauleitplanung Kirste, DVBl 2005, 993.

97 Zur planungsrechtlichen Steuerung Spannowsky, UPR 2009, 201 – Verträge; Krautzberger, DVBl 2008, 737 – klimaschützende und energiesparende Zielsetzungen; Ekardt/Richter, ZNEZ 2007, 291 – Vergütungsfähigkeit nach § 8 EEG; Faßbender, NuR 2009, 618; Klinski/Longo, ZNER 2007, 41 – kommunale Strategien; Maslaton, LKV 2009, 152; ders., LKV 2007, 259; Alice Müller, Nachhaltigkeit im öffentlichen Baurecht unter besonderer Berücksichtigung energieeffizienten Bauens und des Einsatzes erneuerbarer Energien, Diss. 2008; Pollmann/Reimer, LRKZ 2008, 251 – Marburger Solarsetzung; Söfker, UPR 2009, 81; ders., UPR 2009, 81 – Bebauungspläne.

98 BVerwG, B. v. 4. 11. 2008 – 4 B 44.08 –, ZfBR 2009, 149 = BauR 2009, 473 – Windenergieanlagen.

99 BVerwG, Urt. v. 22. 1. 2009 – 4 C 17.07 –, BauR 2009, 1115 = NVwZ 2009, 918, m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2009 Anm. 3 – für die räumliche Zuordnung einer Medium-Hybrid-Anlage zu einer Groß-Windenergieanlage. Zum Repowering Mayer, EurUP 2009, 281; Quambusch, BauR 2007, 1824; Söfker, ZfBR 2008, 14. Zu optisch bedrängende Wirkung durch Rotordrehbewegungen VGH München, B. v. 31. 10. 2008 – 22 CS 08.2369 –, NVwZ 2009, 338; Dietrich, Jura 2008, 234. Zu Schallimmissionen Hirsch, ZUR 2008, 567; Gatz, DVBl 2009, 737. Zur Sicherheit Rectanus, NVwZ 2009, 871. Zur Berücksichtigung des Luftverkehrs Maslaton, NVwZ 2006, 777. Zum Freiraumschutz Köck/Bovet, NuR 2008, 529. Zu den immissionschutzrechtlichen Anforderungen Degen-Rosenberg, NJW 2009, Nr. 41 XVIII-XX. Zum Konflikt mit einem Segelfluggelände Dierkes/Rapp, ZLW 2005, 440.

100 BVerwG, B. v. 15. 9. 2009 – 4 B 51.09 – fehlende Windenergie-Konzentrationszone; Gatz, DVBl 2009, 737; Jäde, KommPraxis 2009, 338 – Abstandsflächenberechnung.

durch die Festlegungen des Plans von der Windkraftnutzung ausgeschlossen sind.

Die Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich wird durch § 35 Abs. 3 BauGB unter den Planungsvorbehalt der Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung sowie der Raumordnungsplanung gestellt. Hierdurch wird eine Konzentration der Windenergieanlagen an bestimmten Standorten unter Ausschluss der Anlagen an anderer Stelle im Plangebiet angestrebt und festgesetzt. Die Abwägung aller beachtlichen Belange muss sich dabei auf die positiv festgelegten und die ausgeschlossenen Standorte erstrecken. Eine normative Gewichtungsvorgabe ist der gesetzlichen Regelung nicht zu entnehmen. Eine gezielte Verhinderungsplanung, ist dem Plangeber jedoch verwehrt.

Es ist im Rahmen der Regionalplanung zulässig, Pufferzonen und pauschale Abstände zu geschützten Nutzungen festzusetzen und auf eine konkrete Prüfung der Verträglichkeit einer Windenergienutzung an jedem einzelnen Standort zu verzichten. Auch muss der Regionalplan das Erfordernis von Abständen zu Straßen nicht selbst regeln. Der Planungsträger muss allerdings der Windenergie ausreichend Raum verschaffen.¹⁰¹

Die Darstellung einer Konzentrationszone löst eine Sperrwirkung für die übrigen Gebiete nur aus, wenn ihr ein schlüssiges Plankonzept zugrunde liegt, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt.¹⁰²

Bei der Berechnung der Tiefe der Abstandsfläche für eine Windkraftanlage ist von deren Gesamthöhe (Nabenhöhe und Rotorradius) auszugehen. Die Abstandsfläche einer Windkraftanlage ist einzuhalten ab einem Kreis um die Mittelachse der Anlage, dessen Radius durch den Abstand des senkrecht stehenden Rotors vom Mastmittelpunkt bestimmt wird.¹⁰³

Außerhalb einer Konzentrationsfläche kann eine Abweichung von der Regel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur zugelassen werden, wenn sie die planerische Konzeption der Gemeinde nicht in Frage stellt und das private Interesse an der Nutzung der Windenergie an dem vorgesehenen Standort bei einer Gesamtbetrachtung den Vorrang verdient.¹⁰⁴

Die Frage, ob der Nutzung der Windenergie in einem Raumordnungsplan in substantieller Weise Raum schafft wird, ist aufgrund einer Gesamtbetrachtung zu prüfen. Maßgeblich ist hierbei, ob die ausgewiesenen Kon-

zentrationenflächen nach ihrer Zahl und Größe einen beachtlichen Teil der potentiell für die Windkraftnutzung in Betracht kommenden Fläche ausmachen und mit hinreichender Sicherheit zur Errichtung von Windkraftanlagen führen, die nach ihrer Anzahl und Energiemenge auch mit Blick auf den Bundesdurchschnitt geeignet sind, einen gewichtigen und den allgemein anerkannten energiepolitischen Zielsetzungen nicht offensichtlich widersprechenden Beitrag zur Erhöhung des Anteils regenerativer Energien an der Gesamtenergieerzeugung zu leisten.¹⁰⁵

Eine Gemeinde, die bis auf eine alle von ihr als potenziell geeignet bezeichneten Windenergiezonen durch Anlegung eines vorgeblich weichen zusätzlichen Rasters ausschließt, gibt der Windenergie unter Berücksichtigung der vor Ort gegebenen Möglichkeiten keinen substantiellen Raum.¹⁰⁶

Bei der Prüfung, ob eine Windenergieanlage im Außenbereich zu genehmigen ist, hat die Immissionsschutzbehörde nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG auch der Frage nachzugehen, ob andere öffentlich-rechtliche Vorschriften der Anlage nicht entgegenstehen. Dies schließt eine umfassende bauplanungsrechtliche Prüfung einschließlich der Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB ein. Die nach dem Immissionsschutzrecht zuständige Behörde darf dabei ein als erforderlich angesehenes Raumordnungsverfahren abwarten, um dessen Ergebnis bei ihrer Entscheidung berücksichtigen zu können.¹⁰⁷

Photovoltaikanlage¹⁰⁸ sind nicht eigenständig privilegiert. Sie können aber eine Hilfsenergiequelle für Windkraftanlagen darstellen.¹⁰⁹

Das Rechtsschutzbedürfnis ist nur dann nicht gegeben, wenn die Windkraftanlage unter keinem denkbaren Gesichtspunkt errichtet werden könnte. Erweist sich ein Regionalplan als rechtswidrig, kann das Gericht nach Auffassung des OVG Magdeburg im Hinblick auf andere entgegenstehende öffentliche Belange die Sache ohne erneute Prüfung durch die Behörde spruchreif machen.

Wird bei der Regionalplanung ein ergänzendes Verfahren nach § 9 Abs. 3 LPlG LSA durchgeführt, bei der die Regionalversammlung in eine erneute Abwägungsentscheidung eingetreten ist, ist das Verfahren erst mit der erneuten Bekanntmachung des Regionalplans im Sinne der Überleitungsvorschrift des § 23 Abs. 3 Sätze 2 und 3 ROG 1998 abgeschlossen. Das völlige Fehlen des Umwelt-

101 OVG Lüneburg, Urt. v. 9. 10. 2008 – 12 KN 35/07 –, ZfBR 2009, 150 = NdsVBl 2009, 107 – Ausweisung von Vorrangstandorten für Windenergiegewinnung.

102 BVerwG, B. v. 15. 9. 2009 – 4 BN 25.09 – Konzentrationszone, im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt; Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02 –, BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738 – Luftballon.

103 VGH München, Urt. v. 28. 7. 2009 – 22 BV 08.3427 –, ZNER 2009, 317 – immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Windkraftanlage.

104 OVG Lüneburg, Urt. v. 15. 5. 2009 – 12 LC 55/07 –, DVBl 2009, 1123 = NVwZ-RR 2009, 875 = DÖV 2009, 774 – Windenergienutzung außerhalb einer Konzentrationszone.

105 OVG Magdeburg, Urt. v. 14. 5. 2009 – 2 L 255/06 –, ZNER 2009, 310 – REP Magdeburg.

106 VGH Kassel, Urt. v. 25. 3. 2009 – 3 C 594/08.N –, DVBl 2009, 717 = BauR 2009, 1014.

107 BVerwG, B. v. 1. 10. 2008 – 4 B 52.08 –, ZfBR 2009, 57 = BBB 2009, Nr 2, 42 = BauR 2009, 223 – Raumordnungsverfahren.

108 *Binder*, ZNER 2009, 355 – Stromvergütung; *Mitschang*, NuR 2009, 821 – Steuerung; *Söfker*, UPR 2009, 81; *Spannowsky*, UPR 2009, 201 – Verträge.

109 OVG Koblenz, Urt. v. 22. 7. 2009 – 8 A 10417/09 – Photovoltaikanlage als Hilfsenergiequelle; BVerwG, Urt. v. 22. 1. 2009 – 4 C 17.07 –, ZfBR 2009, 358; OVG Koblenz, 12. 9. 2007 – 8 A 11166/06 –, ZfBR 2008, 63; Urt. v. 24. 5. 2006 – 8 A 10892/05 –, ZfBR 2008, 63.

berichts ist nach Auffassung der Magdeburger Richter kein unbeachtlicher Verfahrensfehler.¹¹⁰

d) Biogasanlage

Die Biogasanlage muss dem landwirtschaftlichen Betriebs dienen, was voraussetzt, dass in der Anlage nur Biomasse verarbeitet wird, die überwiegend aus dem landwirtschaftlichen Betrieb stammt.¹¹¹

Eine Biogasanlage wird auch dann »im Rahmen« eines landwirtschaftlichen Betriebs im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB betrieben, wenn der landwirtschaftliche Betrieb ausschließlich Biomasse erzeugt. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 b BauGB dürfen von der Genehmigungsbehörde nicht lediglich prognostisch abgeschätzt werden. Den Kooperationsvereinbarungen mit nahe gelegenen Betrieben müssen die Lage der Betriebsflächen und die Menge der zu liefernden Biomasse zu entnehmen sein. Das Fehlen von Preisabsprachen kann ein Indiz für die fehlende Dauerhaftigkeit einer privilegierten Betriebsführung sein.

Das in § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB enthaltene Merkmal des »Dienens« sowie die räumliche Beschränkung der Anlage auf die Maße einer noch zulässigen »mitgezogenen« Nutzung können auf § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht übertragen werden. Die Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB unterliegen gebundenen Entscheidungen.¹¹² Dabei sind allerdings auch die Geruchsmissionen für schutzbedürftige Nachbarnutzungen zu berücksichtigen.¹¹³

4. Entgegenstehen öffentlicher Belange

Auch privilegierte Vorhaben sind unzulässig, wenn ihnen öffentliche Belange entgegenstehen.¹¹⁴

5. Teilprivilegierungen

Nach § 35 Abs. 4 BauGB sind bestimmte Vorhaben teilprivilegiert (begünstigt) in dem Sinne, dass ihnen einzelne öffentliche Belange nicht entgegeng gehalten werden kön-

nen. Das Gesetz unterscheidet insgesamt sechs Teilprivilegierungsfälle.

Auch Gartenbaubetriebe fallen unter die Teilprivilegierung, wenn sie nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert waren.¹¹⁵

Nach der Übergangsregelung des § 245 b Abs. 2 BauGB i. d. F. des GeROG 2009 können die Länder weiterhin bestimmen, dass die Siebenjahresfrist in § 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB nicht anzuwenden ist.¹¹⁶

Bei Ersatzbauten nach § 35 Abs. 4 Nr. 2 BauGB sind angemessene Erweiterungen der Wohnfläche zulässig.¹¹⁷ Um einen Missbrauch der Begünstigungsregelung des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB zu verhindern, kann einer Baugenehmigung für ein Ersatzgebäude im Außenbereich nach § 35 Abs. 5 Satz 4 BauGB eine Auflage beigefügt werden, wonach das neu errichtete Wohngebäude ausschließlich für den Eigenbedarf des bisherigen Eigentümer oder seiner Familie genutzt werden darf.¹¹⁸ Die Auflage steht unter dem Vorbehalt einer Überprüfung bei einer unvorhergesehenen wesentlichen Änderung der tatsächlichen Umstände.¹¹⁹

Einem Wiederaufbau eines eingestürzten Wohnhauses kann das Bauverbot in einem Landschaftsschutzgebiet entgegenstehen. Die darin liegende Härte ist nach dem Landschaftsrecht beabsichtigt.¹²⁰

Die Angemessenheit der Erweiterung (§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 BauGB) unterliegt dem Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs. Eine Verdoppelung der vorhandenen Wohnflächen kann allenfalls dann zulässig sein, wenn das zu erweiternde Gebäude besonders klein und der Wohnbedarf der Familie des Eigentümers dadurch nicht annähernd gedeckt ist.¹²¹

6. Rückbauverpflichtung

Die Grundgedanken der »Flexibilisierung« von Baurechten wird seit dem EAG Bau 2004 auch für bestimmte Außenbereichsvorhaben durch eine Rückbauverpflichtung nutzbar gemacht.¹²² Der Schutz des Außenbereichs soll dadurch gestärkt werden, dass in § 35 Abs. 5 BauGB als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB eine Verpflichtung zu übernehmen ist, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zu beseitigen und den Boden zu entsiegeln.

110 OVG Magdeburg, Urt. v. 23. 7. 2009 – 2 L 302/06 –, ZNER 2009, 312 – Regionaler Entwicklungsplan Anhalt/Bitterfeld/Wittenberg.

111 Klages, AbfallR 2009, 90 – Bindung an landwirtschaftlichen Betrieb; *Kruschinski*, BauR 2009, 1234.

112 BVerwG, Urt. v. 11. 12. 2008 – 7 C 6.08 –, BVerwGE 132, 372 = DVBL 2009, 382 = NVwZ 2009, 585, m. Anm. *Klages*, AbfallR 2009, 90, *Birkenmeyer*, IBR 2009, 417, *Neumann*, jurisPR-BVerwG 7/2009 Anm. 4 – Biogasanlage.

113 VGH München, B. v. 19. 1. 2009 – 15 CS 08.2980 – Einwirkung auf gelagerte Speisekartoffeln. *Riemer*, Rechtliche Bewertung von Geruchsmissionen, Diss. 2008. Zur Privilegierung von Massentierhaltung *Gerbig*, JuS 2009, 836. Zu Geruchsmissionen eines Rinderstalls VGH München, B. v. 19. 11. 2008 – 14 ZB 07.3068 –.

114 OVG Schleswig, Urt. v. 2. 12. 1993 – 1 L 130/92 – Landschaftsschutzverordnung. *Ziegler*, AUR 2005, 290; *Kau*, ZfBR 2009, 120; *Schmaltz*, BauR 2009, 761. Zur Privilegierung einer Anlage zur Durchführung von Materialtests, deren Ergebnisse für die Errichtung von Atomanlagen genutzt werden sollen, OVG Koblenz, Urt. v. 22. 7. 2009 – 8 A 10852/08 –, LKRZ 2009, 393 = DVBL 2009, 1390.

115 *Gröhn/Hellmann-Sieg*, NordÖR 2008, 369.

116 *Krautzberger/Stür*, BauR 2009, 180; *Söfker*, UPR 2009, 737.

117 *Anton Meyer*, JA 2009, 278.

118 *Bishopink/Arnold*, BauR 2009, 65.

119 OVG Münster, B. v. 17. 9. 2008 – 10 A 2634/07 –, BauR 2009, 80, 287 = DVBL 2008, 1522, m. Anm. *Bishopink*, BauR 2009, 65 – Pflicht zur künftigen familienbezogenen Nutzung.

120 OVG Münster, B. v. 6. 3. 2009 – 8 A 2064/08 – Ersatzbau; OVG Münster, B. v. 21. 7. 1999 – 10 A 1699/99 –; B. v. 13. 6. 1996 – 10 A 188/96 –.

121 OVG Münster, B. v. 9. 10. 2008 – 10 A 731/07 – Verdoppelung der Wohnfläche.

122 Zur landwirtschaftlichen Rückbauverpflichtung und Sicherheitsleistung *Dombert*, AUR 2005, 47. Zu Auslegungs- und Kompetenzproblemen beim Rückbau von Windenergieanlagen *Klaus Beckmann*, LKRZ 2007, 452.

7. Außenbereichssatzung

Der Hinweiszweck im Sinne des § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB ist verfehlt, wenn bei der Bekanntmachung einer Außenbereichssatzung der abgedruckte Kartenausschnitt zur Kennzeichnung des Geltungsbereichs nur einen »vergrößerungsglasartig« fett gedruckten Ring von annähernd dreifachem Durchmesser des Satzungsgebiets abbildet.

Ziel einer Außenbereichssatzung kann es nur sein, eine im Außenbereich vorhandene Wohnnutzung und deren Weiterentwicklung einzugrenzen und zum Schutz des Außenbereichs »abzukapseln«. Sie darf nicht dazu genutzt werden, durch Nutzungsänderung einer überwiegend nur vorhandenen Wochenendhausbebauung sowie deren bauliche Erweiterungsmöglichkeiten eine Wohnbebauung in einem Waldgebiet »im großen Stil« erst zu ermöglichen.¹²³

Eine Außenbereichssatzung im Sinne des § 35 Abs. 6 BauGB begünstigt nur die Errichtung von Vorhaben zu Wohnzwecken.¹²⁴ Sie muss mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung vereinbar und städtebaulich erforderlich sein (§ 35 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BauGB).¹²⁵

8. Bestandsschutz

Die genehmigte Nutzung der Ställe eines landwirtschaftlichen Betriebs für Schweinezucht und Schweinemast hat trotz zwischenzeitlicher Nutzungsunterbrechung Bestandsschutz, solange die Baugenehmigung bezüglich der Nutzung nach § 43 Abs. 2 VwVfG wirksam bleibt. Das

123 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12. 5. 2009 – 10 A 7.08 –, LKV 2009, 469 = BauR 2009, 1629 – Außenbereichssatzung; BVerwG, Urt. v. 13. 7. 2006 – 4 C 2.05 –, BRS 70 Nr. 110.

124 OVG Münster, Urt. v. 13. 11. 2009 – 7 A 1236/08 – Container zur Aufbewahrung von Oldtimern.

125 OVG Münster, Urt. v. 17. 4. 2009 – 10 D 27/07.NE –.

vom BVerwG zum Erlöschen des Bestandsschutzes für Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB entwickelte »Zeitmodell« ist hier nicht anzuwenden.¹²⁶

Instandsetzungsarbeiten sind bauliche Maßnahmen, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs oder der baulichen Substanz vorgenommen werden, um die durch Abnutzung, Alterung oder Witterungseinflüsse entstandenen baulichen und sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen, ohne die Identität der baulichen Anlage zu verändern. Ein erheblicher Eingriff in die vorhandene Bausubstanz oder eine wesentliche Veränderung des Erscheinungsbildes gehen darüber hinaus.¹²⁷

III. Von der Planbegleitung zur BauNVO und zum planungsrechtlichen Rechtsschutz

Neben der Bauleitplanung haben sich auch die Plansicherung, Planbegleitung und planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im Jahre 2009 im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur als durchaus vorzeigbare städtebauliche Instrumente behauptet. Das gilt auch für die Entwicklungen zur BauNVO und zum Rechtsschutz, über die noch gesondert berichtet wird.¹²⁸

126 VGH Mannheim, Urt. v. 4. 3. 2009 – 3 S 1467/07 –, UPR 2009, 454 = NVwZ-RR 2009, 715 = DÖV 2009, 639 – Bestandsschutz für Schweinemastbetrieb; OVG Lüneburg, B. v. 20. 7. 2009 – 1 LA 103/07 –, DVBl 2009, 1193 = NVwZ-RR 2009, 910 = BauR 2009, 1887 – Bestandsschutz bei Nutzungsunterbrechung. Zu Reichweite und Grenzen des baurechtlichen Bestandsschutzes *Brenndörfer*, Diss. 2008; *Wehr*, Verw, 38, 65 – (2005).

127 OVG Greifswald, B. v. 15. 1. 2009 – 3 L 124/08 –, NordÖR 2009, 134, 179.

128 *Stüer*, DVBl 2010, Heft 9.

Bericht

Jahrespressegespräch 2010 im BVerwG

– Reform der Richterwahl bei den Wehrdienstsenaten –

Von Präsidentin des BVerwG *Marion Eckertz-Höfer*, Leipzig*

Wie abwechslungsreich unser Gerichtsalltag ist, sehen Sie vielleicht am besten an unserem inhaltlichen Jahresrückblick 2009, der wieder einen Querschnitt der wichtigsten Entscheidungen aus dem Vorjahr in Kurzform präsentiert, thematisch geordnet. Jenseits aller Zahlen erleben Sie dort, welche Vielfalt an Themen und Problemen dieses Haus – manchmal auch ein einziger Senat – zu bewältigen hat. Ich werde manchmal gefragt, warum in den ersten Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Verfahren typischerweise länger dauern als – beispielsweise – in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Einer der Gründe dafür ist sicher *auch* in dieser Vielfalt und Breite der Themen der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu suchen und auch in dem Umstand, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit immer wieder

neue Gesetze zu verarbeiten hat – nicht selten stellvertretend und mit Leitfunktion für die Verwaltung, der die dafür notwendige Zeit kaum noch zugebilligt wird.

1. Geschäftsbelastung

Zunächst zu unserem jährlichen Standard-Thema.

a) Grundtenor des vergangenen Jahres: Allzu große zahlenmäßige Veränderungen im Verhältnis zum Vorjahr 2008 hat es nicht gegeben. Allerdings sind die *Eingangszahlen* von 1 752 auf 1 698, also nochmals um ca. 3 % zurückgegangen. Auf unsere 10 Revisions- und 2 Wehrdienstsenate umgerechnet wären dies ca. 4–5 Verfahren pro Senat: Ein Rückgang also, der sich eigentlich noch im Rahmen normaler Schwankungsbreiten hält. Dennoch: Der Trend bei den Eingängen geht wohl weiterhin eher nach unten bzw. stagniert. Dies stimmt mit

* Auszug aus der Rede zum Jahrespressegespräch am 17. 2. 2010 im BVerwG. Der Vortragstil ist beibehalten.