

auch hieraus ergeben kann.⁹² Außerhalb der VwGO sind bzw. waren erstinstanzliche Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts in Spezialgesetzen geregelt, so etwa in § 13 Abs. 2 PatG, in dem früheren »Südümgehungs-Stendal-Gesetz« vom 29.10.1993 (BGBl. I S. 1906) oder in dem »BAB-A 20-Gesetz« vom 02.03.1994 (BGBl. I S. 734).⁹³

V. Zusammenfassung

Im ersten Rechtszug entscheiden gem. § 45 VwGO grundsätzlich die Verwaltungsgerichte über alle Streitigkeiten, für die der Verwaltungsrechtsweg offensteht. Hiervon abweichend ist ausnahmsweise eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte gegeben, insbesondere bei der Normenkontrollklage nach § 47 VwGO und in den Fällen des § 48 VwGO.

Das Bundesverwaltungsgericht ist in erster Linie Revisionsgericht (vgl. § 49 VwGO). Aber auch hiervon gibt es Ausnahmen, die eine erstinstanzliche Zuständigkeit begründen. Die wichtigsten davon sind in § 50 Abs. 1 VwGO geregelt, der in einem abschließenden Katalog, der keiner erweiternden Auslegung zugänglich ist, eine Zuweisung bestimmter Fälle an das Bundesverwaltungsgericht als erste Instanz vornimmt. Die damit verbundene Verkürzung des Rechtswegs auf eine Tatsacheninstanz begegnet trotz der Rechtsweggarantie des

Art. 19 Abs. 4 GG und trotz des Grundsatzes, dass die verbindliche Feststellung des Inhalts von Landesrecht dem jeweiligen Obergericht vorbehalten ist, nach überwiegender Auffassung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Die von § 50 Abs. 1 VwGO erfassten Fälle sind solche, für die ein näherer Anknüpfungspunkt in einem einzelnen Land fehlt oder die wegen ihrer Bedeutung und im Interesse der Beschleunigung dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vorbehalten wurden. Der Beschleunigungsgedanke spielt vor allem für die in § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO genannten Verkehrsinfrastrukturvorhaben die entscheidende Rolle. Die für die Genehmigungspraxis bedeutsame Bestimmung wurde – als Nachfolgeregelung zu dem zeitlich befristeten § 5 VerkPBG – mit dem Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben im Jahr 2006 neu angefügt, um damit auch im prozessrechtlichen Bereich einen Beitrag zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Verkehrsinfrastrukturvorhaben zu leisten. § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO überschneidet sich mit § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 bis 9 VwGO und geht diesem teilweise vor.

92 Kopp/Schenke (Fußn. 3), § 167 VwGO, Rdnr. 5; Kraft, in: Eyermann (Fußn. 1), § 167 VwGO, Rdnr. 10.

93 Näher dazu Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fußn. 1), § 50 VwGO, Rdnr. 19 f.

Planungsrechtliche Zulässigkeit, Entschädigung und Amtshaftung

– Rechtsprechungsbericht 2010* –

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

Die Rechtsprechung zum Städtebaurecht befindet sich auch im Jahre 2010 auf Konsolidierungskurs. Größere Kursausschläge sind nicht zu verzeichnen. Der Beitrag berichtet im Anschluss an den Rechtsprechungsbericht »Bauleitplanung 2010« (DVBl 2011, 381) über die Rechtsprechung des Jahres 2010 zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben, zur Entschädigung sowie zur Amtshaftung und gibt ergänzende Literaturhinweise.

Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben gliedert sich in Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (§§ 30 bis 33 BauGB), im nicht beplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) und im Außenbereich (§ 35 BauGB).

I. Bebauungsplan

Vorhaben nach § 29 BauGB sind planungsrechtlich zulässig, wenn sie den Festsetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans nicht widersprechen und die Erschließung gesichert ist. Unter den Voraussetzungen des § 31 BauGB können Abweichungen zugelassen werden. Bei Planreife kann das Vorhaben nach § 33 BauGB planungsrechtlich zulässig sein.¹

1. Vorhaben

Ein Vorhaben im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB ist bauplanungsrechtlich relevant, wenn es geeignet ist, ein Bedürfnis nach einer seine Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bau-

leitplanung hervorzurufen, und wenn es Gegenstand bauplanerischer Festsetzungen sein kann. Das gilt auch etwa für die Änderung eines Dreifamilien- in ein Fünffamilienhaus.²

2. Abweichungen von den Festsetzungen (§ 31 BauGB)

Abweichungen sind als Ausnahmen (§ 31 Abs. 1 BauGB) oder unter erschwerenden Voraussetzungen als Befreiungen (§ 31 Abs. 2 BauGB) möglich. Die Errichtung eines Mobilfunkmastes kann nach § 14 Abs. 2 Satz 2 BauNVO i.V.m. § 31 Abs. 1 BauGB als Ausnahme zulässig sein.³

* Zum Rechtsprechungsbericht Städtebaurecht 2005–2008 Bernhard Stüer, DVBl 2008, 270; ders., DVBl 2009, 494; ders., DVBl 2009, 754; zur Bauleitplanung ders., DVBl 2010, 333; ders., DVBl 2011, 381; zur Plansicherung, Planbegleitung und planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben ders., DVBl 2010, 424; zur BauNVO und zum Rechtsschutz DVBl 2010, 543; ders., Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. Beck-Verlag München 2009.

1 Bernhard Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdn. 2454.

2 OVG Münster, B. v. 23.11.2010 – 7 A 2535/09 – Änderung der Wohnungszahl.

3 VGH Mannheim, B. v. 26.04.2010 – 8 S 33/10 – BauR 2010, 1194 = NVwZ-RR 2010, 554 = DÖV 2010, 662 – Mobilfunkmast. Zur Einordnung von Mobilfunkanlagen als fernmeldetechnische Nebenanlagen i.S. von § 14 Abs. 2 Satz 2 BauNVO OVG Koblenz, B. v. 05.02.2010 – 1 B 11356/09 – DVBl 2010, 659 = NVwZ-RR 2010, 555 m. Anm. Siegfried de Witt, DVBl 2010, 661 – Gebietserhaltungsanspruch.

Der Betrieb einer gewerblichen Kunstgalerie mit einem überörtlich oder gar international tätigen Kunsthandel dient nicht den »Wohnbedürfnissen« in einem reinen Wohngebiet oder einem besonders geschützten Wohngebiet, in dem jegliche Art gewerblicher und handwerklicher Betriebe, Läden und Wirtschaften ausgeschlossen ist. Die Grundzüge der Planung (§ 31 Abs. 2 BauGB) können auch durch mögliche Vorbild- und Folgewirkungen betroffen sein.⁴

3. Planreife (§ 33 BauGB)

Ein Vorhaben ist auf der Grundlage von § 33 Abs. 1 BauGB nur dann zulässig, wenn anzunehmen ist, dass es den künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans nicht entgegensteht. Das setzt eine Abwägungsentscheidung durch das zuständige Gemeindeorgan über die eingegangenen Einwendungen voraus.⁵ Zugunsten des Bauherrn können dabei im Nachbarklageverfahren allerdings auch nachträglich eintretende Gesichtspunkte berücksichtigt werden.⁶

II. Innenbereich

Im nicht beplanten Innenbereich ist ein zum im Zusammenhang bebauten Ortsteil gehöriges Vorhaben nur zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und die Erschließung gesichert ist. Gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse müssen gewahrt bleiben; das Ortsbild darf nicht beeinträchtigt werden (§ 34 Abs. 1 BauGB).⁷

1. Zugehörigkeit zum Ortsteil

Maßgeblich für einen Bebauungszusammenhang nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist eine tatsächlich aufeinanderfolgende Bebauung, die trotz etwa vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt.⁸

Eine private Grünfläche nimmt am Bebauungszusammenhang nur teil, wenn deutliche Anhaltspunkte für eine bauliche Verfestigung der Situation in ablesbaren städtebaulichen Zusammenhängen bestehen.⁹

Für einen Bebauungszusammenhang sind nur Bauwerke bedeutsam, die für die angemessene Entwicklung maßstabbildend, optisch wahrnehmbar und nach Art und Gewicht geeignet sind, ein Gebiet als einen Ortsteil mit einem bestimmten städtebaulichen Charakter zu prägen. Hierzu zählen grundsätzlich nur Bauwerke, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen, nicht jedoch Lauben oder kleinere Wochenendhäuser, die nur vorübergehend zu Freizeitzwecken genutzt werden. Auch eine strukturlose Streubebauung schließt die Annahme eines Innenbereichs im Sinne des § 34 BauGB aus.¹⁰

Eine einseitig angebaute Straße hat in der Regel trennende Wirkung. Der Bebauungszusammenhang geht über den letzten Baukörper nur dann hinaus, wenn sich in der Örtlichkeit hierfür ein deutlicher Anknüpfungspunkt ergibt.¹¹

Zu der maßstabbildenden »vorhandenen Bebauung« gehört ein qualifiziert geplantes Gebiet nur, soweit es bereits bebaut ist. Auch nach § 33 BauGB bebaubare Grundstück(steil)e rechnen nur im Falle ihrer Bebauung dazu.¹² Auch die Darstellungen des Flächennutzungsplans sind für die Abgrenzung zwischen Innen- und Außenbereich unbeachtlich.¹³

Bei Grundstücken im unbeplanten Innenbereich sind die Gemeinden grundsätzlich nicht verpflichtet, das Erschließungsangebot eines Grundstückseigentümers anzunehmen. Ihnen steht es – vorbehaltlich selbstbindenden Verhaltens – grundsätzlich frei, ihre städtebaulich zu rechtfertigenden Planungsvorstellungen (§ 1 Abs. 3 und Abs. 6 BauGB) zur Erschließung solcher Grundstücke zur Geltung zu bringen.¹⁴

2. Städtebaulicher Vertrag in Innenbereichslagen

In einem städtebaulichen Vertrag können nach Auffassung des OVG Münster auch Regelungen getroffen werden, mit denen die nach § 34 BauGB bestehenden Bebauungsmöglichkeiten eingeschränkt werden, soweit dies einer weiteren Gebietsentwicklung in abwägungsgerechter und städtebaulich gerechtfertigter Weise entspricht.¹⁵ Städtebauliche Verträge stoßen jedoch dort auf ihre Grenzen, wo bereits ein Bebauungsanspruch besteht (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB).

3. § 34 Abs. 1 BauGB Ortsbild

Die Beeinträchtigung des Ortsbilds im Sinn von § 34 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB durch eine Riesenposter-Werbeanlage kann dadurch abgemildert sein, dass die Werbeanlage nur temporär an einem Baugerüst angebracht wird, das für die Ausführung von Bauarbeiten notwendig ist.¹⁶

4. Baugebiete nach § 34 Abs. 2 BauGB

In der BauNVO »bezeichnet« sind nur solche Baugebiete, für die die BauNVO die Art der zulässigen Nutzung selbst regelt. Sondergebiete erfüllen diese Voraussetzung nicht, weil nach

4 OVG Hamburg, B. v. 28.10.2009 – 2 Bs 154/09 – BauR 2010, 1546 = DVBI 2010, 733 – gewerbliche Kunstgalerie.

5 OVG Bautzen, B. v. 28.01.2010 – 1 B 574/09 – BauR 2010, 951 – Teilplanreife.

6 OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 21.05.2010 – 2 S 84.09 – Nachbarwiderspruch gegen Baugenehmigung.

7 Bernhard Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdn. 2457. Zum Anspruch auf Wahrung der typischen Gebietsprägung Martin Hoffmann BauR 2010, 1859. Zu den Anforderungen an die gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse Gerhard Boeddinghaus BauR 2009, 586.

8 BVerwG, B. v. 01.09.2010 – 4 B 21.10 – Bebauungszusammenhang; OVG Münster, B. v. 19.08.2010 – 7 A 1349/09 – Splittersiedlung, m. Hinw. auf BVerwG, B. v. 11.06.1992 – 4 B 88.92 – Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 151; B. v. 12.03.1999 – 4 B 112.98 – NVwZ-RR 1999, 763.

9 OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 16.11.2010 – 10 S 31.10 – begrünter Hofbereich als faktische Grünfläche.

10 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 15.09.2010 – 11 A 3.07 – Landschaftsschutzgebiet »Ruppiner Wald- und Seengebiet«.

11 OVG Schleswig, B. v. 16.12.2009 – 1 LA 60/09 – NordÖR 2010, 128 – einseitig angebaute Straße.

12 BVerwG, B. v. 24.11.2009 – 4 B 1.09 – BauR 2010, 443 = BRS 74 Nr. 94 (2009) – maßstabbildende »vorhandene Bebauung«. Zur Bebauung des Rathausplatzes der Stadt Augsburg mit einem Küchencontainer (Außenbewirtung) VGH München, B. v. 05.10.2010 – 15 ZB 10.1288 –.

13 OVG Bautzen, B. v. 04.08.2010 – 5 A 538/08 –.

14 VGH Mannheim, Urt. v. 10.03.2010 – 3 S 2627/08 – BauR 2010, 948 = DÖV 2010, 569 = NVwZ-RR 2010, 592 – für die Innenbereichslage eines asphaltierten Mitarbeiterparkplatz eines industriellen Großbetriebs.

15 OVG Münster, B. v. 26.08.2010 – 7 A 1872/09 – Vertrag über die Erteilung einer Baugenehmigung.

16 VGH München, Urt. v. 18.11.2010 – 2 B 09.1497 – Gerüstwerbung. Zu Werbeanlagen Susanne Dahlke-Piel SächsVBI 2010, 81. Zum Schnittpunkt von Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht im Bereich der Werbeanlagen Henning Jäde ZfBR 2010, 34. Bei der Aufstellung von Bebauungsplänen können sich vergleichbare Fragen stellen, VGH Mannheim, Urt. v. 08.09.2010 – 3 S 1381/09 – BauR 2010, 2158 – für die Freihaltung von Sichtbeziehungen auf gebietstypische Anlagen.

§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO die Gemeinde die Art der zulässigen Nutzung festzusetzen hat.¹⁷

5. Rücksichtnahmegebot

Im Gegensatz zum Fachplanungsrecht mit seiner aus dem Abwägungsgebot als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eröffneten Alternativenprüfung ist die bebauungsrechtliche Prüfung an den Bauwunsch des Bauherrn gebunden. Er allein bestimmt das Vorhaben, dessen Zulässigkeit in dem vom Bauordnungsrecht bestimmten Verfahren zu prüfen ist. Maßgeblich ist allein die Intensität der Belastungen der Nachbarschaft im konkreten Fall. Ergibt die Prüfung, dass die Belastungen an dem vom Bauherrn gewählten Standort für den Nachbarn im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO zumutbar sind, muss er die bauliche Anlage auch dann hinnehmen, wenn es einen besser geeigneten Alternativstandort gibt.¹⁸

Das Rücksichtnahmegebot ist verletzt, wenn sich das Vorhaben objektiv-rechtlich aufgrund der von ihm ausgehenden schädlichen Umwelteinwirkungen, nach seiner Art oder seinem Maß der baulichen Nutzung, nach seiner Bauweise oder nach seiner überbauten Grundstücksfläche gegenüber dem Nachbarn als rücksichtslos erweist.¹⁹

Die Festsetzungen eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans gehen dabei nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts den landesrechtlichen Abstandsflächenregelungen vor.²⁰

Die Art der baulichen Nutzung gewährt dem Nachbarn ein subjektives Abwehrrecht gegenüber nicht gebietsverträglichen Nutzungen, das über das Rücksichtnahmegebot hinausgeht. Insoweit hat die Festsetzung von Baugebieten durch Bebauungspläne grundsätzlich nachbarschützende Funktion. Derselbe Nachbarschutz besteht im unbeplanten Innenbereich, wenn die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete der BauNVO entspricht.

Das Rücksichtnahmegebot, das für Innenbereichsvorhaben aus dem Begriff des Einfügens abgeleitet ist, kann nur dann verletzt sein, wenn sich das Vorhaben objektiv-rechtlich nach seiner Art oder seinem Maß der baulichen Nutzung, nach seiner Bauweise oder nach seiner überbauten Grundstücksfläche gegenüber dem Nachbarn als rücksichtslos erweist.

Die Behörde ist gehalten, in der Baugenehmigung durch geeignete Auflagen sicherzustellen, dass erhebliche Immissionen nicht entstehen, insbesondere auch die Richtwerte nach der TA-Lärm eingehalten werden. Erforderlich ist dazu eine (regelmäßig gutachterliche) Erkenntnislage, wonach die entsprechenden Richtwerte bei üblichen Betriebsabläufen voraussichtlich eingehalten werden.²¹

Das Gebot der Rücksichtnahme berechtigt nicht, von jeglicher Beeinträchtigung, wie Einsichtsmöglichkeiten oder einer Verschlechterung der Sichtachsen, verschont zu bleiben.²² Eine aus den tatsächlichen Gegebenheiten abgeleitete »hintere Bauflucht« ist nicht nachbarschützend.²³ Eine erdrückende Wirkung kann allerdings aus einer Abriegelungswirkung, dem »Eingemauertseins« oder einer »Gefängnishof-Situation« abgeleitet werden.²⁴

Auch wenn ein Geh- und Radweg im Bebauungsplan für ein Gewerbegebiet nicht vorgesehen ist, verletzt dessen Inbetriebnahme regelmäßig keine Nachbarrechte.²⁵

Bei Wildbächen muss wegen der hier naturgemäß bestehenden Gefahr von Verkläusungen und Uferabbrüchen ein befahrbarer Uferstreifen in aller Regel durchgehend von Hindernissen freigehalten werden, die das Befahren mit den zur Bekämpfung von Wasser-, Eis- und Murgefahr üblicherweise eingesetzten Fahrzeugen unmöglich machen oder wesentlich erschweren.²⁶ Die bloße Befürchtung, dass im Falle des Eintretens einer Überschwemmung Schäden auf dem eigenen Grundstück entstehen könnten, begründet keine Unzumutbarkeit.²⁷

6. Innenbereichssatzungen (§ 34 Abs. 4 bis 6 BauGB)

Eine Gemeinde kann gemäß § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB in einer Ergänzungssatzung einzelne Außenbereichsflächen in die im Zusammenhang bebauten Ortsteile einbeziehen, wenn es sich um Flächen handelt, die dem bauplanungsrechtlichen Außenbereich im Sinne des § 35 BauGB zuzuordnen sind, also demjenigen Bereich, der weder innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs eines qualifizierten Bebauungsplans im Sinne des § 30 Abs. 1 BauGB noch innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB liegt.²⁸

Ist nicht eindeutig, ob die Innenbereichssatzung einer Gemeinde eine Klarstellungssatzung nach Nummer 1 oder eine Einbeziehungssatzung nach Nummer 3 des § 34 Abs. 4 Satz 1 BauGB ist, dürfen bei der Auslegung der Satzung die jeweiligen bundesrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass

17 BVerwG, Urt. v. 16.09.2010 – 4 C 7.10 – DVBl 2011, 120 = BauR 2011, 222 m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 1/2011 Anm 6 – Stellplatzanlage.

18 BVerwG, B. v. 22.10.2010 – 7 B 58.10 – Altglaskontainer.

19 OVG Bautzen, B. v. 22.10.2010 – 1 A 692/09 –; B. v. 22.10.2010 – 1 A 624/09 – Zulässigkeit einer Garage in Abstandsfläche. Zur heranrückenden Wohnbebauung VGH Mannheim, B. v. 30.11.2010 – 5 S 933/10 – heranrückende Wohnbebauung an Schreinerwerkstatt; VGH München, Urt. v. 08.06.2010 – 15 N 08.3172 – KommunalPraxis BY 2010, 400. Zur Verletzung des Rücksichtnahmegebotes OVG Münster, Urt. v. 13.09.2010 – 7 A 1186/08 – Nutzungserweiterung eines Vereinsheims: Zunahme vorhabenbedingter Verkehrslärmimmissionen auf öffentlichen Verkehrsflächen kann unzumutbar sein; VGH München, B. v. 20.07.2010 – 15 CS 10.1151 – Stellplätze für Seniorenheim; B. v. 02.07.2010 – 9 CS 10.894 – KommunalPraxis BY 2010, 312 – Anbau an ein Reihendhaus unter Durchbrechung der profüglichen Reihendhausbauweise kann trotz Einhaltung der Abstandsfläche gegen das Rücksichtnahmegebot verstoßen.

20 OVG Bautzen, B. v. 12.10.2010 – 1 B 249/10 – seitlicher Abstand.

21 OVG Bautzen, B. v. 17.03.2010 – 1 B 429/09 – BauR 2010, 949 – Lager- und Logistikhalle eines Fuhrunternehmens. Zum Gebietswahrungsanspruch VGH München, B. v. 07.07.2010 – 14 CS 10.816 – Waldorfschule.

22 OVG Bautzen, B. v. 23.02.2010 – 1 B 581/09 – Doppelhaus. Zur Zulässigkeit eines maßvollen grenzständigen Wintergartenanbaus an ein Reihemittelhaus OVG Münster, Urt. v. 19.07.2010 – 7 A 44/09 – Info BRS 2010, Nr. 5, 10 = BauR 2010, 2061 = DVBl 2010, 1252 – Wintergartens.

23 OVG Schleswig, B. v. 16.10.2009 – 1 LA 42/09 – Zweitbescheid.

24 OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 14.10.2009 – 2 S 54.09 – Technikaufbauten.

25 VGH München, Urt. v. 14.09.2009 – 8 B 08.2829 – UPR 2010, 112 = Bay-VBl 2010, 176 = BRS 74 Nr. 180 (2009) – gemeindlicher Geh- und Radweg.

26 VGH München, Urt. v. 20.07.2010 – 1 B 09.983 – KommunalPraxis BY 2010, 354 – Wildbach. Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot verneint VGH München, B. v. 07.07.2010 – 15 ZB 10.1034 – Erweiterung eines bestehenden Mehrfamilienhauses im Altbereich hat keine erdrückende Wirkung; VGH München, Urt. v. 07.10.2010 – 2 B 09.328 – Einblicksmöglichkeiten durch Ausbau eines Dachgeschosses; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 08.12.2010 – 2 S 56.10 – Errichtung eines 5-geschossigen Mehrfamilienhauses bei Einhaltung der Abstandsflächen.

27 OVG Bautzen, B. v. 29.09.2009 – 1 A 667/08 – BauR 2010, 254 – Überschwemmungsgebiet.

28 BVerwG, B. v. 26.11.2009 – 4 BN 31.09 – BauR 2010, 444 = BRS 74 Nr. 104 (2009) – Ergänzungssatzung.

einer Klarstellungssatzung einerseits und einer Einbeziehungssatzung andererseits sowie die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Vorschriften nicht unberücksichtigt bleiben. Der Erlass einer Einbeziehungssatzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB setzt eine Abwägung der berührten öffentlichen und privaten Belange voraus.²⁹

Besteht ein Bedürfnis für eine Bebauungsplanung, ist der Erlass einer Einbeziehungssatzung mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung nicht vereinbar. Das gilt vor allem bei städtebaulichen Spannungen und Konflikte, die einer Bewältigung in einem Bebauungsplanverfahren bedürfen.

Durch einzelne, der Abwägung unterliegende Festsetzungen nach § 34 Abs. 5 Satz 2 BauGB darf keine grundsätzliche Umgestaltung des Charakters des vorhandenen Baugebietes erfolgen. Unzulässig sind insbesondere auch Festsetzungen, die sich von der vorgefundenen Siedlungsstruktur lösen.³⁰

Es ist mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung nach § 34 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BauGB nicht vereinbar, wenn die von einer Entwicklungssatzung ermöglichten baulichen Nutzungen zu einer nicht ausreichenden verkehrlichen Erschließung führen.

Bei der zusätzlichen Einbeziehung von nicht mehr dem bebauten Bereich zuzurechnenden Außenbereichsflächen in den räumlichen Geltungsbereich einer Entwicklungssatzung handelt es sich in der Sache um eine (grundsätzlich zulässige) Kombination von Entwicklungs- und Ergänzungssatzung, die den höheren Anforderungen nach § 34 Abs. 5 Satz 4 BauGB genügen muss. Die Festsetzung einer nicht überbaubaren Fläche ist nur unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zulässig.³¹

Die Einbeziehung von im Außenbereich vorhandenen bebauten Flächen durch eine Entwicklungssatzung ist nach § 34 Abs. 4 Nr. 2 BauGB nur zulässig, wenn die Flächen im Flächennutzungsplan als Baufläche dargestellt sind.³²

Obwohl § 34 Abs. 5 Satz 2 BauGB nur auf § 9 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 BauGB verweist, können auch Festsetzungen in einer Festlegungs- oder Einbeziehungssatzung nach Maßgabe von § 9 Abs. 2 BauGB befristet oder mit einer Bedingung versehen werden.³³

III. Zentrale Versorgungsbereiche

Die Gemeinde kann durch einfachen Bebauungsplan zentrale Versorgungsbereiche festlegen (§ 9 Abs. 2a BauGB). Auch für die planungsrechtliche Zulässigkeit von Innenbereichsvorhaben können zentrale Versorgungsbereiche eine Rolle spielen.³⁴

1. Zentrale Versorgungsbereiche in der Bauleitplanung (§ 9 Abs. 2a BauGB)

Die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche im Sinne der §§ 1 Abs. 6 Nr. 4, 9 Abs. 2a BauGB umfasst nicht nur den Schutz bereits bestehender, sondern auch erst noch zu entwickelnder zentraler Versorgungsbereiche. Die Gemeinde kann diese Zielsetzungen auch miteinander kombinieren, um bestimmte zentrale Versorgungsbereiche in ihrem Bestand und ihren (Weiter-) Entwicklungsmöglichkeiten zu schützen.

Plant die Gemeinde Nutzungsbeschränkungen zum Zwecke des Schutzes zentraler Versorgungsbereiche, muss sie ein städtebauliches Konzept entwickeln, das der gerichtlichen Überprüfung auf Nachvollziehbarkeit und Widerspruchsfreiheit unterliegt. Der zu schützende zentrale Versorgungsbereich muss dabei potenziell geeignet sein, die ihm zugewiesenen Funktionen wahrzunehmen.

Werden vorhandene Nutzungen mit dem Planungsinstrument des § 9 Abs. 2a BauGB auf den passiven Bestandsschutz gesetzt, ist zu prüfen, ob ihnen durch räumlich begrenzte Sonderregelungen für ihren Standort auch für die Zukunft Entwicklungsmöglichkeiten zugestanden werden sollen.

Soweit der Ausschluss von Einzelhandel mit bestimmten Sortimenten nicht in den ausgeübten Bestand des Grundeigentums eingreift, kann bei der Abwägung berücksichtigt werden, dass den betroffenen Grundeigentümern lediglich bestimmte nicht uneingeschränkt gesicherte Nutzungschancen genommen werden. Will die auf der Grundlage von § 9 Abs. 2a BauGB planende Gemeinde den Erhalt derartiger Nutzungschancen im Interesse des Schutzes zentraler Versorgungsbereiche zurücksetzen, ist sie anders als in den Fällen des § 34 Abs. 3 BauGB nicht an den Maßstab der zu erwartenden schädlichen Auswirkungen gebunden.³⁵

Ein nach § 9 Abs. 2a BauGB erlassener Bebauungsplan kann auch Unterarten von Nutzungen im Sinne des § 1 Abs. 9 BauNVO ausschließen.³⁶

Die Änderung eines Bebauungsplans mit dem Ziel, Einzelhandel mit zentren- und nahversorgungsrelevanten Sortimenten auszuschließen, ist ohne eine umfassende Bestandsaufnahme des im Plangebiet vorhandenen Einzelhandels abwägungsfehlerhaft. Die »Wegplanung« bestehender Nutzungen bedarf einer besonders sorgfältigen Prüfung und Begründung und setzt regelmäßig voraus, dass sich der Plangeber mit der Möglichkeit einer Festsetzung nach § 1 Abs. 10 BauNVO auseinandersetzt.³⁷

2. Zentrale Versorgungsbereiche im Innenbereich (§ 34 Abs. 3 BauGB)

§ 34 BauGB knüpft an das tatsächlich Vorhandene an. Zielvorgaben in einem Landesentwicklungsprogramm, die sich an die Träger der Bauleitplanung richten und sich auf einen

29 BVerwG, Urt. v. 22.09.2010 – 4 CN 2.10 – Klarstellungs- oder Einbeziehungssatzung m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG25/2010 Anm. 1.

30 OVG Magdeburg, Urt. v. 11.08.2010 – 2 K 108/09 – ZfBR 2010, 799 – Einbeziehungssatzung, m. Hinw. auf BVerwG, B. v. 14.02.1991 – 4 NB 25.89 – NVwZ 1991, 435; B. v. 09.07.1992 – 4 NB 39.91 – NVwZ 1993, 470; B. v. 13.12.1996 – 4 NB 26.96 – NVwZ 1997, 682.

31 VGH Kassel, Urt. v. 04.05.2010 – 4 C 1742/08.N – NVwZ-RR 2010, 835 – ZfBR 2010, 803 = DÖV 2010, 825 – Entwicklungssatzung.

32 OVG Bautzen, B. v. 02.03.2010 – 5 D 149/09 – Hinterliegergrundstück.

33 VGH München, Urt. v. 29.03.2010 – 1 N 07.767 – BauR 2010, 1109 – Festsetzung einer von Bebauung frei zu haltenden Fläche.

34 Zur Wirkung städtebaulicher Konzepte auf die Zulässigkeit von Bauvorhaben Stefan Tysper/Thorsten Eberhard ZfR 2010, 788.

35 OVG Münster, Urt. v. 22.11.2010 – 7 D 1/09.NE – zentrale Versorgungsbereiche. Zur Bedeutung der zentralen Versorgungsbereiche für die Einzelhandelsansiedlung Nikolai Flauger/Katrin Grumme FWW 2010, 162.

36 OVG Koblenz, Urt. v. 02.09.2009 – 8 A 11057/08 – BauR 2010, 49 = BRS 74 Nr. 102 (2009) = DVBl 2009, 1393 – Lebensmitteldiscountmarkt.

37 OVG Münster, Urt. v. 18.05.2010 – 10 D 92/08.NE – Einzelhandelsausschluss mit nahversorgungs- und zentrenrelevanten Sortimenten. Zum bauplanungsrechtlichen Schutz von Nahversorgungsbereichen Ralf Jahn ThürVBl 2010, 198.

landesplanerischen Nahbereich beziehen, können grundsätzlich nicht als Maßstab für die Beurteilung herangezogen werden, ob im Sinne von § 34 Abs. 3 BauGB von einem Vorhaben schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde zu erwarten sind. Auch Grund- und Nahversorgungszentren können zentrale Versorgungsbereiche nach § 34 Abs. 3 BauGB sein.³⁸

Die deutliche Überschreitung einer Geschossfläche von 1 200 m² kann als Indiz für schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche gewertet werden.³⁹

Schädliche Auswirkungen auf einen zentralen Versorgungsbereich im Sinne des § 34 Abs. 3 BauGB sind zu erwarten, wenn durch das Vorhaben die Funktionsfähigkeit des zentralen Versorgungsbereichs in beachtlichem Ausmaß beeinträchtigt und damit gestört wird, auch wenn die Schwelle zur Unzumutbarkeit noch nicht überschritten wird. Ist ein zentraler Versorgungsbereich bereits erheblich vorgeschädigt, kann auch ein (weiterer) Kaufkraftabfluss von 8 % in dem betroffenen Warenbereich zu einer städtebaulich nachhaltigen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des zentralen Versorgungsbereichs führen.⁴⁰

IV. Außenbereich

Im Außenbereich sind grundsätzlich nur die in § 35 Abs. 1 BauGB aufgeführten privilegierten Vorhaben zulässig. Nicht privilegierte Vorhaben sind demgegenüber grundsätzlich unzulässig. Bei teilprivilegierten Vorhaben können bestimmte öffentliche Belange überwunden werden.⁴¹

1. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB (Landwirtschaft): Gerüche

Der Außenbereich ist bauplanungsrechtlich nur ausnahmsweise für Wohnnutzungen, in erster Linie aber als Standort für stark emittierende Betriebe vorgesehen. Im typischerweise landwirtschaftlich genutzten Außenbereich⁴² muss mit Lärm und Gerüchen gerechnet werden, die durch Tierhaltung, Dungstätten, Güllegruben und dergleichen üblicherweise entstehen. Sie sind typische Begleiterscheinungen der zulässigen landwirtschaftlichen Nutzung, so dass der Eigentümer eines Wohnhauses in der Regel nicht verlangen kann, von den mit der Tierhaltung verbundenen Immissionen verschont zu bleiben.⁴³

Mehrfach hat sich die Rechtsprechung mit den Geruchsauswirkungen der Massentierhaltung befasst. Bei der Beurteilung, ob Geruchsbelastungen erheblich im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG sind, kann auf die Geruchsimmissions-Richtlinie (GIRL)⁴⁴ zurückgegriffen werden.⁴⁵ Die GIRL ist allerdings nur ein Kriterium zur Bewertung von Geruchsimmissionen.⁴⁶ Darüber hinaus sind die Umstände des Einzelfalls zu würdigen.⁴⁷

Bei einer Schweinemast mit 560 bzw. 2.200 Mastplätzen und einer hiermit verbundenen Biogasanlage handelt sich trotz der baurechtlichen Verknüpfung über das Erfordernis einer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht um Anlagen derselben Art im Sinne von § 1 Abs. 3 der 4. BImSchV.⁴⁸

Zur Ermittlung der zu erwartenden Geruchshäufigkeit bedarf es bei genehmigungsbedürftigen Tierhaltungen grundsätzlich einer Prognose, bei der aus der Vor- und der Zusatzbelastung im Wege einer Ausbreitungsrechnung die voraussichtliche

Gesamtbelastung ermittelt wird. Es spricht einiges dafür, dass von Tierhaltungsbetrieben luftgetragene Schadstoffe wie insbesondere Stäube, Mikroorganismen (z.B. Pilzsporen) und Endotoxine ausgehen, die grundsätzlich geeignet sind, nachteilig auf die Gesundheit zu wirken. Wissenschaftliche Untersuchungen hierzu liegen allerdings noch nicht vor.

Die Einhaltung des in Anhang C des Entwurfs (»Gründruck«) einer VDI-Richtlinie 4250 (Bioaerosole und biologische Agenzien, Umweltmedizinische Bewertung von Bioaerosol-Immissionen) genannten Abstands von 500 m zu Geflügelhaltungsanlagen wird nicht den drittschützenden Betreiberpflichten i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG, sondern den Vorsorgeanforderungen nach § 5 Abs. 1 Satz 1

38 BVerwG, Urt. v. 17.12.2009 – 4 C 1.08 – DVBl 2010, 516 = NVwZ 2010, 587 = BauR 2010, 732 m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG/2010 Anm. 2; Alfred Scheidler, KommunalPraxis BY 2010, 251; Stefan Kraus, UPR 2010, 331 – Zielvorgaben in einem Landesentwicklungsprogramm, wie Urt. v. 19.12.2009 – 4 C 2.08 –.

39 BVerwG, B. v. 11.06.2010 – 4 B 75.09 – ZfBR 2010, 580 – § 34 Abs. 3 BauGB Geschossflächenüberschreitung als Indiz für schädliche Auswirkungen. Zu den schädlichen Auswirkungen auf einen zentralen Versorgungsbereich im Sinne des § 34 Abs. 3 BauGB durch die Erweiterung eines Lebensmittel-discountmarkts OVG Koblenz, Urt. v. 02.09.2009 – 8 A 11057/08 – BauR 2010, 49 = BRS 74 Nr. 102 (2009) = DVBl 2009, 1393. Zur Zulässigkeit von Einzelhandelsvorhaben im Anwendungsbereich des § 34 BauGB Hendrik Schoen BauR 2010, 2034.

40 OVG Münster, Urt. v. 01.02.2010 – 7 A 1635/07 – BauR 2010, 1188 = DVBl 2010, 733 = DÖV 2010, 569, m. Anm. Olaf Dziallas NZBau 2010, 363 – Lebensmittel-Vollsortimenter, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 17.12.2009 – 4 C 2.08 –; Urt. v. 16.12.1999 – 4 CN 7.98 – BRS 62 Nr. 44. Zum Schutz zentraler Versorgungsbereiche vor großflächigen Einzelhandelsbetrieben Alfred Scheidler NWVBl 2010, 336; Sören Claus NVwZ 2010, 753; Alfred Scheidler KommunalPraxis 2010, 251; Stefan Kraus/Friederike Feise UPR 2010, 331. Zur Europarechtskonformität Joachim Krumb/Alfred Stapelfeld BauR 2011, 64; Olaf Dziallas NZBau 2010, 618. Zum Einfluss städtischer Einzelhandelskonzepte auf die baurechtliche Zulässigkeit von Vorhaben Martin Hoffmann/Jörn Kassow BauR 2010, 711.

41 Bernhard Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdn. 2459. Zu den Änderungen des § 35 BauGB durch das EAG Bau Kühne, Diss. jur. 2011. Zu Bodenschutz und Baurecht auf Zeit im Außenbereich Michael Krautzberger UPR 2010, 81.

42 Zur Privilegierung landwirtschaftlicher Bauvorhaben im Außenbereich Wolfgang Ziegler AUR 2010, 74. Zur Dauerhaftigkeit eines landwirtschaftlichen Betriebes »auf Generationen« Wolfgang Ziegler NVwZ 29010, 748. Zu agrarrechtlichen Problemen einer multifunktionalen Landwirtschaft Peter Käß, Diss. iur. 2010.

43 Zu den bau- und immissionsschutzrechtlichen Vorgaben für Massentierhaltungen Alfred Scheidler ZfBR 2010, 654. Zu Tierhaltungs- und Biogasanlagen Volkmar Nies AUR 2010, 292.

44 Für NRW in der Fassung vom 29.02.2008 und einer Ergänzung vom 10.09.2008.

45 OVG Münster, B. v. 10.05.2010 – 8 B 992/09 – Schweinemastbetrieben. Zur baurechtlichen Genehmigung von Tierhaltungsanlagen Volkmar Nies AUR 2010, 225. Zur Tierhaltung als Baurechtsproblem unter besonderer Berücksichtigung der Pferdehaltung, Martina Lorenz, Diss. iur. 2010. Zur Zumutbarkeit von Gerüchen aus Tierhaltung für entprivilegiertes Wohnen im Außenbereich Martin M. Arnold BauR 2010, 411.

46 Zur Anwendbarkeit der Geruchsimmissions-Richtlinie auf immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftige Anlagen OVG Lüneburg, Urt. v. 22.06.2010 – 12 LB 213/07 – DVBl 2010, 1321 = NordÖR 2010, 419 = DÖV 2010, 946 – Schweinemaststall.

47 OVG Münster, B. v. 29.10.2010 – 2 A 1475/09 – Rinderhaltung, mit Hinweis auf »Abstandsregelung für Rinderhaltungen in NRW« (03.05.2005) und die »Geruchsfahnenbegehung an Rinderställen« der Bayerischen Landesanstalt für Landtechnik der Technischen Universität München-Weihenstephan von Juni 1999.

48 OVG Koblenz, Urt. v. 07.10.2009 – 1 A 10872/07 – BauR 2010, 581 = BRS 74 Nr. 114 (2009) = DVBl 2010, 263 – Biogasanlage – Nachbarschutz, mit Hinw. auf Wahrnehmungshäufigkeit von 0,15 entsprechend Tabelle 1, Nr. 3.1. der GIRL 2008 für Dorfgebiete.

Nr. 2 BImSchG zuzuordnen sein, auf deren Einhaltung der Nachbar grundsätzlich keinen Anspruch hat.⁴⁹

Ein Gericht verstößt grundsätzlich nicht gegen seine Aufklärungspflicht aus § 86 Abs. 1 Satz 1 HS. 1 VwGO, wenn es seine Entscheidung bei der Beurteilung der Erheblichkeit von Geruchsimmissionen auf die Erkenntnisse der zuständigen Fachbehörden stützt und auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet.⁵⁰

2. § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

Vorhaben nach § 34 Abs. 1 Nr. 4 BauGB bedürfen eines besonderen Standortbezuges, der die Errichtung im Außenbereich rechtfertigt. Der Bauherr einer im Außenbereich geplanten Sternwarte muss daher mit dem Bauantrag ein Konzept vorlegen, wonach die Anlage wegen der Anforderungen an ihre Umgebung bzw. wegen ihrer Zweckbestimmung nicht im Innenbereich ausgeführt werden kann und dass sie nicht ausschließlich oder vorrangig seinen privaten Interessen, sondern überwiegend dem Interesse der Allgemeinheit dienen wird.⁵¹

Der Privilegierungsrahmen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB wird überschritten, wenn ein Vorhaben nicht einer »objektiv notwendigen Versorgung« dient, sondern darauf ausgerichtet ist, die besondere Erholungseignung eines Standortes auszunutzen, um eine Nachfrage überhaupt erst zu generieren.⁵²

3. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (Windkraftanlagen)

Eingehend hat sich die Rechtsprechung mit dem Privilegierungsstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB befasst, wonach Anlagen bevorrechtigt zulässig sind, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient.⁵³ Dazu kann übrigens auch ein Windmessmast gehören, mit dem die Windhöffigkeit eines Grundstücks bestimmt werden soll.⁵⁴

a) Grundkonzept der Windkraft-Konzentrationsplanung

Die Gemeinden dürfen in ihrem Gebiet Windkraftanlagen nicht generell ausschließen; sie dürfen deren Aufstellung aber gleichsam kontingentieren. Dazu müssen sie für ihr Gebiet ein schlüssiges und ausgewogenes gesamtäumliches Konzept erarbeiten. Aus städtebaulichen Gründen können dabei bestimmte Gemeindeteile (Tabuzonen) von vornherein außer Betracht bleiben.

Sind nach dieser flächendeckend vorzunehmenden Untersuchung ausreichend geeignete Bereiche für die Nutzung der Windenergie vorhanden, ist es ausreichend, wenn die Gemeinde eine angemessene, substantielle Nutzung des Windes zur Erzeugung von Energie zulässt. Dazu muss sie allerdings eine Abwägungsentscheidung für den gesamten Planungsraum treffen. Lässt sie »weiße Flecken«, d.h. Bereiche, für die sie noch keine abschließende Entscheidung über die (Nicht-)Zulassung der Windenergienutzung treffen will, fehlt es an dem abschließenden gesamtäumlichen Konzept, das erst die Rechtfertigung für diese Ausschlusswirkung abgibt. Dabei können Landschaftsschutzgebiete den Negativflächen zugeordnet werden.

Bei der Gebietsauswahl im Rahmen der Bauleitplanung können Pufferzonen und pauschale Abstände zu geschützten Nutzungen gebildet werden. Dies gilt namentlich für Mindestabstände zu Siedlungsbereichen. Es ist dem Planungsträger nicht verwehrt, unter städtebaulich vertretbaren Vorsor-

gesichtspunkten zu Wohnhäusern in Einzellagen Abstände von 300 m bis 750 m vorzusehen. Zu Wohngebieten wird auch ein Abstand von 1.000 m regelmäßig sachgerecht sein.

Zu beanstanden ist das pauschale Anlegen derartiger Kriterien jedoch dann, wenn mit der gewählten Methode der Windenergie nicht ausreichend substantiell Raum geschaffen wird. Das Auswahlkonzept ist dann nochmals zu überprüfen und gegebenenfalls abzuändern. Je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen ausfallen, umso mehr ist das gewählte methodische Vorgehen daraufhin zu prüfen, ob mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse auch kleinere Pufferzonen als Schutzabstand genügen. Will die Planung dennoch an den bisher vorgesehenen Abständen festhalten, muss sie auf eine planerische Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verzichten.⁵⁵

b) Ausschluss- und Abwägungskriterien

Ein hinreichendes Flächenpotenzial für die Windenergienutzung stellt der Regionalplan dann nicht sicher, wenn der Plangeber die mit der Ausweisung von Windeignungsgebieten bezweckte »innergebietliche« Steuerungswirkung aushöhlt, indem er sich einer Abwägung von Belangen, die bereits auf der Ebene der Regionalplanung erkennbar sind, bewusst enthält und die den Gemeinden eröffnete Befugnis zur flächenmäßigen Einschränkung der ausgewiesenen Windeignungsgebiete im Rahmen der kommunalen Bauleitplanung nicht wirksam begrenzt.

Ein pauschaler Mindestabstand von 5 km zwischen »Windeignungsgebieten« ist nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg zur Erreichung einer dem Schutz des Landschaftsbildes dienenden Trennwirkung ungeeignet und führt zu willkürlichen Ergebnissen, wenn unklar bleibt, nach welchen Kriterien voneinander getrennte Flächen zu einem einheitlichen Windeignungsgebiet zusammengefasst werden, und es an einer Vorgabe zur höchstzulässigen Ausdehnung eines Windeignungsgebiets fehlt.⁵⁶ Das dürfte allerdings wohl nur dann zutreffend sein, wenn bei Anlegung der Abstände eine sub-

49 OVG Münster, B. v. 14.01.2010 – 8 B 1015/09 – DVBl 2010, 461 = NVwZ-RR 2010, 347 – Masthähnchenanlage.

50 OVG Münster, B. v. 29.10.2010 – 2 A 1475/09 – Rinderhaltung.

51 VGH München, Urt. v. 16.11.2010 – 1 B 10.1069 – Sternwarte.

52 BVerwG, B. v. 25.08.2010 – 4 B 17.10 – ZfBR 2010, 796 = BauR 2010, 96.

53 Zur planungsrechtlichen Steuerung von Windenergiestandorten Gernot Sydow NVwZ 2010, 1534. Zu Windkraftanlagen Hans Karpenstein/Heiko Ruppel ZNER 2010, 24; Arndt Schmehl Jura 2010, 832; Wolfgang Köck ZUR 2010, 507; Phillip Fest, Die Errichtung von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner ausschließlichen Wirtschaftszone, Diss. iur 2010. Zur Konzentrationsplanung von Windkraftanlagen durch Flächennutzungsplan Christoph Brand/Katharina Pöhlmann ZNER 2010, 467. Zum Windpark Anton Meyer JA 2010, 456. Zu Kleinwindanlagen Bovet ZUR 2010, 9; Phillip Fest ZNER 2010, 253. Zu Windenergieanlagen im Wald Franziska Lietz UPB 2010, 54. Zum Repowering von Windenergieanlagen Kommunal-Praxis spezial 2010, 199. Zum Artenschutz Michael Rolshoven ZNER 2010, 156. Zum Spannungsfeld zwischen Klima- und Umweltschutz Clemens Weidemann/Thomas Krappel DÖV 2011, 19.

54 OVG Saarlouis, B. v. 02.09.2010 – 2 B 215/10 – NVwZ-RR 2010, 877 = BauR 2010, 2158 – Windmessmast.

55 OVG Lüneburg, Urt. v. 28.01.2010 – 12 LB 243/07 –; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 09.09.2009 – 2 S 6.09 – Windenergiepark.

56 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.09.2010 – 2 A 1.–5.10 – Regionalplan Havelland Fläming – Sachlicher Teilplan »Windenergienutzung«. Zu den Anforderungen an eine fehlerfreie Abwägung bei der Festlegung einer Höhenbeschränkung für Windkraftanlagen im Flächennutzungsplan OVG Lüneburg, Urt. v. 16.11.2009 – 12 LC 181/07 – BRS 74 Nr. 30 (2009) = DVBl 2010, 202 = ZfBR 2010, 486 – Höhenbeschränkung.

stanziale Nutzung der Windenergie im Planungsraum nicht möglich ist.⁵⁷

c) Planung und Genehmigung

Bei der Konzentrationsflächenplanung hat die Gemeinde öffentliche Belange, die nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB erheblich sind und nicht zugleich zwingende, im Wege der Ausnahme oder Befreiung nicht überwindbare Verbotstatbestände nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllen, gegen das Interesse Bauwilliger abzuwägen, den Außenbereich für die Errichtung von Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB in Anspruch zu nehmen. Ist die Planung wirksam, weil die Abwägung frei von Fehlern ist oder Abwägungsmängel nach dem Fehlerfolgenregime des § 214 BauGB unbeachtlich sind, dürfen diese Belange bei der Entscheidung über die Zulassung eines Vorhabens auf der Konzentrationsfläche nicht wieder als Genehmigungshindernis aktiviert werden.

Noch nicht ganz abschließend geklärt ist wohl, ob die Darstellungen eines in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplans einem Außenbereichsvorhaben generell nicht als unbenannter öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen können. Eine »Vorwirkung« scheidet jedenfalls aus, wenn die künftigen Ausschlussflächen nach dem aktuellen Flächennutzungsplan noch in einer Konzentrationsfläche liegen⁵⁸ und die Planänderung noch keine Planreife vergleichbar der nach § 33 BauGB hat.⁵⁹

Die Darstellung einer Konzentrationszone im Flächennutzungsplan lässt nicht allgemein Anlagen auch außerhalb von Eignungsflächen bis zu 100 m zu.⁶⁰

Ausbau- und Erweiterungsmöglichkeiten eines Flughafens können einem Vorhaben zur Errichtung von Windkraftanlagen nach § 12 Abs. 3 LuftVG entgegengehalten werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Erweiterung als Ziel der Raumordnung festgelegt ist. Bei erst langfristig vorgesehenen Erweiterungen kann ggf. eine Rückbauverpflichtung ausreichen.⁶¹

Eine Bauvoranfrage kann sich auch auf Teile der planungsrechtlichen Zulässigkeit beschränken und insbesondere die Frage der Flugsicherheit aus dem Prüfprogramm ausnehmen.⁶² Die Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Anforderungen dürfte sich demgegenüber nicht aus der Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit auskoppeln lassen.

d) Naturschutz

Die Prüfung der Belange des Vogelschutzes erfordert im Genehmigungsverfahren eine nachvollziehende Abwägung, bei der die Schutzwürdigkeit der betroffenen Vogelart und des jeweiligen Lebensraumes sowie die Intensität und die Auswirkungen des Eingriffs dem Interesse an der Realisierung des privilegierten Vorhabens gegenüberzustellen sind. Zudem müssen die Anforderungen an die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung eingehalten werden. Die Frage einer Beeinträchtigung avifaunistischer Belange kann nicht losgelöst von der örtlichen Population bestimmter Vogelarten anhand der Einordnung einzelner Standorte als Gebiet mit lokaler oder höherer Bedeutung für die Avifauna beurteilt werden.⁶³

An dem öffentlichen Belang des Schutzes einer bestimmten Vogelart (Rotmilan) kann die Errichtung eines bevorzugt im

Außenbereich zulässigen Bauvorhabens (Windkraftanlage) nicht nur innerhalb ausgewiesener oder faktischer europäischer Vogelschutzgebiete scheitern. Für die Beurteilung naturschutzrechtlicher Anforderungen steht den Genehmigungsbehörden ein fachlicher Beurteilungsspielraum zu.⁶⁴ Dieser ist auch bereits bei der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung⁶⁵ und beim Artenschutz⁶⁶ anerkannt worden.

e) Lärmschutz

Die TA Lärm einschließlich der von dieser in Bezug genommenen DIN ISO 9613–2 ist auch für die Beurteilung der von hoch ragenden Windkraftanlagen ausgehenden Lärmimmissionen maßgebend. Dem Schutzinteresse eines betroffenen Nachbarn vor unzumutbarem Lärm wird durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung hinreichend Rechnung getragen, wenn nach der Lärmprognose eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Nachbarn nach Maßgabe der TA Lärm nicht zu erwarten ist.

Zur Beurteilung kann auch die Lärmprognose eines Privatgutachters herangezogen werden, wenn diese unter Beachtung der geltenden Regelwerke fachgerecht und nachvollziehbar erstellt worden und für den Fachkundigen überzeugend ist.⁶⁷

f) Regionalplan

Bei der Aufstellung eines Teilflächennutzungsplans Windenergie dürfen die Ziele der Raumordnung konkretisiert werden. Das kann auch eine durchaus beachtliche Einschränkung der Windvorrangflächen beinhalten, wenn dies aus städtebaulichen Gründen, die auf den übergeordneten Planungsebenen noch keine Berücksichtigung finden konnten, gerechtfertigt ist.⁶⁸

57 OVG Magdeburg, Urt. v. 14.05.2009 – 2 L 255/06 – ZNER 2009, 310 – substantielle Nutzung der Windenergie.

58 BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 – 4 C 7.09 – Konzentrationsplanung – UPR 2010, 391 = DVBl 2010, 1235 = BauR 2010, 1 879 m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2010 Anm. 6; Christoph Brand, ZNER 2010, 476.

59 BGH, Urt. v. 02.12.2010 – III ZR 251/09 –. Zur Verlautbarungsreife eines Regionalplans BVerwG, Urt. v. 27.01.2005 – 4 C 5.04 – BVerwGE 122, 364.

60 OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 29.03.2010 – 11 S 58.09 – BauR 2010, 945 – Windkraftanlage.

61 OVG Weimar, Urt. v. 30.09.2009 – 1 KO 89/07 – BRS 74 Nr. 113 (2009) = DVBl 2010, 462 = NVwZ-RR 2010, 347 – Windkraftanlage im Bauschutzbereich eines Flughafens.

62 OVG Lüneburg, Urt. v. 28.01.2010 – 12 LB 243/07 –.

63 OVG Lüneburg, Urt. v. 28.01.2010 – 12 LB 243/07 –.

64 OVG Koblenz, Urt. v. 28.10.2009 – 1 A 10200/09 – NVwZ-RR 2010, 310 = NuR 2010, 348 – Windenergieanlage im Vogelzugkorridor.

65 BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 C 1.06 – BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 – Bad Laer; Urt. v. 13.05.2009 – 9 A 73.07 – BVerwGE 134, 145 = NuR 2009, 711 = UPR 2009, 451 = NVwZ 2009, 1296 = DVBl 2009, 1323 (LS); m. Anm. Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 – A 4 Kerpen/Düren: Naturschutzverein.

66 BVerwG, Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36, m. Anm. Bernhard Stüer DVBl 2011, 39 – Querspange Bochum.

67 OVG Saarlouis, B. v. 04.05.2010 – 3 B 77/10 – Windkraftanlagen – NVwZ-RR 2010, 800 ; B. v. 10.12.2010 – 3 B 250/10 – Windkraftanlagen Gesamthöhe je 145 m.; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 27.11.2009 – 11 S 49.09 – LKV 2010, 138 m. Anm. Daniel Benighaus, LKV 2010, 139 – Gutschaus. Zu Lärm, Infraschall und optisch bedrängende Wirkungen VGH München, B. v. 25.10.2010 – 22 ZB 10.1622 –. Zur Beurteilung von Lärm aus hochgelegenen Schallquellen VGH München, B. v. 09.02.2010 – 22 CS 09.3254 – GewArch 2010, 220.

68 OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 09.09.2009 – 2 S 6.09 – Windenergiepark, dort auch zur Bedeutung des Landschaftsschutzes in der Regionalplanung.

g) Rechtsschutz der Gemeinden

Der Rechtsschutz der Gemeinden geht durchaus gestärkt aus der Rechtsprechungsrunde 2010 hervor. Verpflichtet ein Gericht eine Verwaltungsbehörde zur Erteilung einer Genehmigung für ein Außenbereichsvorhaben und ersetzt dabei ein versagtes gemeindliches Einvernehmen, sind auf das Rechtsmittel der Gemeinde die Voraussetzungen des § 35 BauGB in vollem Umfang nachzuprüfen. Eine Beschränkung der Prüfung auf diejenigen Gründe, auf die die Gemeinde die Versagung ihres Einvernehmens gestützt hat, ist unzulässig.⁶⁹ Damit kann sich die Gemeinde auch auf andere öffentliche Belange wie etwa den Naturschutz oder den Umweltschutz berufen, die einem privilegierten Vorhaben entgegenstehen oder bei einem nicht privilegierten Vorhaben beeinträchtigt werden.

Die Missachtung der Ausweisung von Konzentrationszonen für Windkraftanlagen in Flächennutzungsplänen ist generell geeignet, die Planungshoheit der Gemeinde zu verletzen, wenn die Abweichung mehr als unerheblich ist.⁷⁰

h) Abwehrrechte der Nachbarn

Auf Abwehrrechte kann sich nur derjenige berufen, dessen eigene Nutzung formell und materiell legal ist, wobei die Beweislast für die formelle Legalität den Bauherrn trifft.⁷¹ Auf die fehlende Bestimmtheit einer Genehmigung kann sich ein Nachbar nur insoweit berufen, als sich diese auf einen Regelungsbereich auswirkt, der für die Gewährleistung seiner subjektiven Rechtspositionen von Bedeutung ist.⁷²

Dem Schutzinteresse eines betroffenen Nachbarn vor unzumutbarem Lärm wird durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung hinreichend Rechnung getragen, wenn nach der Lärmprognose eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Nachbarn nicht zu erwarten ist und Nebenbestimmungen die Einhaltung der Immissionsrichtwerte durch Kontrollmessungen sicherstellen. Bei einer Entfernung von über 1 200 m fehlt es in aller Regel an einer beachtlichen nachbarlichen Betroffenheit.⁷³

Auch in stark gegliedertem Gelände kann auf das diagnostische Windfeldmodell LASAT zurückgegriffen werden, wenn dessen Einschränkungen bei besonderen orographischen Verhältnissen im Untersuchungsgebiet durch den ergänzenden Einsatz eines geeigneten prognostischen Windfeldmodells (FITNAH) Rechnung getragen wird.⁷⁴

4. § 35 Abs. 2 Nr. 6 BauGB (Biogasanlagen)

Zur Privilegierung einer Biogasanlage im Außenbereich muss nachgewiesen werden, dass die Biomasse überwiegend von eigenen oder nahe gelegenen Betriebsflächen der Kooperationspartner stammt und ihr Bezug zumindest mittelfristig gesichert ist. Es sind entsprechende Kooperationsverträge vorzulegen, aus denen die Lage der Anbauflächen, der Umfang der anzubauenden Biomasse sowie die Bezugsdauer (Laufzeit) hervorgehen und die eine Entgeltvereinbarung aufweisen.⁷⁵

Bei einer nach Baurecht genehmigungsbedürftigen Biogasanlage stellt ein Geruchsimmissions-Gutachten nach der Geruchsimmissions-Richtlinie (GIRL) eine unter mehreren Erkenntnisquelle dar.⁷⁶

Liegt ein Vorhaben nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, kann sich ein Drittbetroffener nicht auf nachbar-

schützende Festsetzungen von Baugebieten berufen.⁷⁷ Ein im allgemeinen Wohngebiet wohnender Grundstückseigentümer kann die Errichtung einer im angrenzenden Außenbereich liegenden Biogasanlage nicht mit der Begründung verhindern, dem Betrieb fehle die nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB erforderliche Privilegierung, weil die Biomasse nicht überwiegend aus dem eigenen Betrieb bzw. nahe gelegenen Betrieben stamme.⁷⁸

5. Teilprivilegierung § 35 Abs. 4 BauGB

Für die Frage der Angemessenheit einer Wohnraumerweiterung gemäß § 35 Abs. 4 Nr. 5 BauGB kann als Orientierungshilfe auf die jeweiligen landesrechtlichen Förderrichtlinien zurückgegriffen werden.⁷⁹

Einem nach § 35 Abs. 4 Satz 1 BauGB begünstigten Vorhaben darf nur eine Beeinträchtigung der in der Vorschrift genannten Belange nicht entgegengehalten werden. Das Entgegenstehen eines dieser Belange führt demgegenüber wegen ihrer stärkeren Wichtigkeit zur Unzulässigkeit des begünstigten Vorhabens.⁸⁰

6. Gesicherte Erschließung

An die Sicherung der ausreichenden Erschließung im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB sind gewisse Mindestanforderungen zu stellen, die sich in Art und Umfang nach dem konkreten Vorhaben richten. Die Sicherung der verkehrlichen Erschließung setzt nicht stets die Erreichbarkeit des Baugrundstücks mit Großfahrzeugen voraus. Es genügt, wenn die Zufahrt zu einem landwirtschaftlichen Anwesen mit Personenkraftwagen, kleineren Kraftfahrzeugen der Polizei, der Feuerwehr,

69 BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 – 4 C 7.09 – Konzentrationsplanung – DVBl 2010, 1235 = BauR 2010, 1 879 m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2010 Anm. 6; Christoph Brand, ZNER 2010, 476 (Fnte. 85).

70 OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 29.03.2010 – 11 S 58.09 – BauR 2010, 945 Windkraftanlage.

71 OVG Münster, B. v. 24.06.2010 – 8 A 2764/09 – DVBl 2010, 1321 – zur optischen Bedrängung einer 150 m hohen Windkraftanlage in einer Entfernung von lediglich 270 m, m. Hinw. auf OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05 – BauR 2007, 74 = DVBl. 2006, 1532 = NWVBl. 2007, 59; BVerwG, B. v. 11.12.2006 – 4 B 72.06 – RdL 2007, 63.

72 OVG Koblenz, Urt. v. 07.10.2009 – 1 A 10872/07 – BauR 2010, 581 = BRS 74 Nr. 114 (2009) = DVBl 2010, 263 – Biogasanlage – Nachbarschutz.

73 OVG Saarlouis, B. v. 04.05.2010 – 3 B 77/10 – Windkraftanlagen – NVwZ-RR 2010, 800 ; B. v. 10.12.2010 – 3 B 250/10 – Windkraftanlagen Gesamthöhe je 145 m und einem Abstand von 1.900 m; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 27.11.2009 – 11 S 49.09 – LKV 2010, 138, m. Anm. Daniel Benighaus, LKV 2010, 139 – Gutshaus.

74 OVG Weimar, Urt. v. 16.03.2010 – 1 O 655/07 – BauR 2010, 2076 = DVBl 2010, 1058 = NVwZ-RR 2010, 758 – Ausbreitungsrechnung, mit Hinw. auf VGH Kassel, Urt. v. 07.05.2009 – 6 C 1142/07.T –, dort auch zu den Anforderungen an eine Ausbreitungsrechnung nach dem Anhang 3 der TA Luft (orografische und meteorologische Besonderheiten).

75 OVG Koblenz, Urt. v. 02.09.2009 – 1 A 10168/09 – AbfallR 2010, 47 – Zulässigkeit eines ausschließlich Biomasse produzierenden landwirtschaftlichen Betriebs im Außenbereich, dort auch zu den Folgen einer Insolvenz des Bauherrn. Zu den Änderungen des § 35 BauGB durch das EAG Bau Kühne Diss. jur. 2011. Zu Biogasanlagen als Rechtsproblem Henrike-Uljane Kruschinski, Diss. iur. 2010. Zur Steuerung der Biomasseproduktion durch die Regionalplanung Grit Ludwig DVBl 2010, 944.

76 VGH München, B. v. 25.10.2010 – 2 CS 10.2137 – Biogasanlage.

77 OVG Bautzen, B. v. 24.06.2010 – 4 B 113/10 – Biogasanlage mit Blockheizkraftwerk.

78 OVG Koblenz, Urt. v. 07.10.2009 – 1 A 10872/07 – BauR 2010, 581 = BRS 74 Nr. 114 (2009) = DVBl 2010, 263 – Biogasanlage – Nachbarschutz.

79 VGH Kassel, Urt. v. 08.09.2010 – 3 B 1271/10 – Wohnraumerweiterung, im Anschluss an VGH München, B. v. 13.02.2006 – 15 CS 05.3346 –.

80 VGH München, Urt. v. 02.03.2010 – 1 B 06.220 – BauR 2010, 2071–2074 UPR 2010, 457 = DVBl 2010, 861.

des Rettungswesens und der Ver- und Entsorgung sowie kleineren landwirtschaftlichen Fahrzeugen möglich ist.⁸¹

Die Erschließung eines landwirtschaftlichen Anwesens im Außenbereich ist nicht ausreichend gesichert, wenn die Tragfähigkeit und Breite des Weges für den zu erwartenden Schwerlastverkehr und den Begegnungsverkehr nicht ausreichend ist.⁸² Die bisherige Duldung der Zufahrt über Teile von an den öffentlichen Feldweg angrenzenden Grundstücken durch dessen Eigentümer reicht dazu nicht aus.⁸³

Für einen ortsgebundenen nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegierten Betrieb wie eine Sand- und Kiesgrube kann dem Eigentümer gegen die Gemeinde als Wegeigentümerin ein Anspruch darauf zustehen, dass ihm die Benutzung etwa eines Forst- oder Feldweges zum Zwecke der Erschließung gestattet wird.⁸⁴

7. Darstellungsprivileg (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB)

Das Inkrafttreten eines in Aufstellung befindlichen Ziels ist auch dann hinreichend sicher zu erwarten, wenn der Plan erst in einem ergänzenden Verfahren nach Nachholung der Ausfertigung mit Wirkung für die Zukunft in Kraft gesetzt werden kann. Die Voraussetzungen des § 35 BauGB sind auf das Rechtsmittel einer Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen.⁸⁵

Die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorgesehene Rechtswirkung des Entgegenstehens öffentlicher Belange im Regelfall tritt ein, wenn die genannte Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist und mit der Ausschlusswirkung verbunden werden soll. Dabei ist es unerheblich, ob Zielen der Raumordnung im Übrigen bereits unmittelbare Wirkungen gegen Jedermann zukommen sollen oder ob diese Wirkung nur gegenüber Gemeinden und anderen Planungsträgern eintritt. Die Festlegung von Zielen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB setzt nicht voraus, dass der Landesgesetzgeber Eignungsgebiete im Sinne von § 8 Abs. 7 ROG vorsieht.⁸⁶ Umgekehrt dürfte aber eine Konzentrationsplanung auch dann Zielbindungen entfalten können, wenn im Regionalplan keine Vorranggebiete, sondern ausschließlich Eignungsgebiete festgelegt sind.

Die mit der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbundene Ausweisung von Sondergebieten für Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan schließt es nicht aus, die Errichtung solcher Anlagen in den Konzentrationszonen durch einen Bebauungsplan einer Feinsteuerung, z.B. durch Festlegung der Standorte für einzelne Anlagen, zu unterziehen. Die in diesen Fällen begründete Aussicht auf Übernahme entsprechender Darstellungen in den Bebauungsplan ist als abwägungserheblicher Belang zu berücksichtigen, wenn die Flächen für die Windenergienutzung im Bebauungsplan eingeschränkt werden.⁸⁷

8. Rücksichtnahmegebot

Auch im Außenbereich ist das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme zu beachten.⁸⁸

9. Nicht privilegierte Außenbereichsvorhaben (§ 35 Abs. 2 BauGB)

Vorhaben, die nicht unter einen der Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB fallen, sind nicht privilegiert.⁸⁹ Eine Beeinträchtigung der in § 35 Abs. 2 und 3 BauGB genannten öffentlichen Belange führt dabei bereits zur Unzuläs-

sigkeit. So sind auch Solaranlagen keine privilegierten Außenbereichsvorhaben.⁹⁰

a) Beeinträchtigte öffentliche Belange (§ 35 Abs. 3 BauGB)

Der »Belang des Denkmalschutzes« i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB ist unabhängig von den jeweiligen landesrechtlichen Denkmalschutzgesetzen zu bestimmen und gewährleistet nur ein Mindestmaß an Schutz. Aus dem denkmalrechtlichen Beeinträchtigungsverbot können sich jedoch un-

81 BVerwG, B. v. 20.05.2010 – 4 B 20.10 – ZfBR 2010, 584 – gesicherte verkehrlichen Erschließung eines landwirtschaftlichen Betriebs im Außenbereich.
82 OVG Magdeburg, Urt. v. 29.01.2010 – 2 M 226/09B – ZfBR 2010, 381 = BauR 2010, 888 – wegemäßige Erschließung eines Außenbereichsgrundstücks, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 10.11.1978 – 4 C 24.78 – ZfBR 1979, 77.

83 VGH München, Urt. v. 17.02.2010 – 1 B 09.2123 – BauR 2010, 1548 = DVBl 2010, 861 = NVwZ-RR 2010, 782 – für einen 2,50 m breiten Feldweg; nachgehend BVerwG, B. v. 20.05.2010 – 4 B 20/10 –.

84 OVG Saarlouis, Urt. v. 29.04.2010 – 2 C 224/08 – NuR 2010, 743 – Kiesgrube.

85 BVerwG, Urt. v. 01.07.2010 – 4 C 4.08 – DVBl 2010, 1377 = ZfBR 2010, 682 = BauR 2010, 1874 m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG20/2010 Anm. 2 – in Aufstellung befindliches Ziel (Fnte. 69).

86 BVerwG, Urt. v. 01.07.2010 – 4 C 6.09 – ZfBR 2010, 786 = DVBl 2010, 1452 = m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG22/2010 Anm. 5 – Darstellungsprivileg.

87 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.02.2010 – 2 A 18.07 – Windkraftanlage, m. Hinw. auf BVerwG, B. v. 27.11.2003 – 4 BN 61.03 – und v. 02.11.2003 – 4 BN 60.03 –.

88 Keine Verletzung des Rücksichtnahmegebotes: VGH München, B. v. 02.09.2010 – 14 ZB 10.604 – KommunalPraxis BY 2010, 400 – Pferdestallung für 5 Pferde und Abstand von mindestens 40 Metern zu einer ebenfalls im Außenbereich gelegenen Wohnbebauung; B. v. 09.08.2010 – 1 ZB 08.3038 – KommunalPraxis BY 2010, 399 – Rinder- und Schafhaltung als landwirtschaftliche Immissionen; Urt. v. 04.08.2010 – 1 N 07.3044 – Mindestabstand eines geplanten Rinderstalls zur Straße und zur Bebauung auf der anderen Straßenseite; B. v. 27.07.2010 – 15 CS 10.37 – KommunalPraxis BY 2010, 400 – Mobilfunkmast (Betonerschleudermast): Wahrung des standortbezogenen Sicherheitsabstandes, auch wenn dieser teilweise im Luftraum des Nachbargrundstücks liegt; Urt. v. 28.06.2010 – 15 N 09.1817 – Tierhaltung; Urt. v. 28.06.2010 – 1 N 08.668 – Ausweisung eines allgemeinen Wohngebiets in der Nähe einer Hofstelle mit einer Schweinehaltung und Rinderhaltung unter 10 GV; B. v. 17.06.2010 – 15 CS 10.1077 – angebliche Sichtbehinderung bei der Einfahrt auf eine Kreisstraße durch geplante landwirtschaftliche Gerätehalle; B. v. 21.10.2010 – 15 CS 10.2346 – heranrückende Wohnbebauung; Umfang eines eventuellen Bestandsschutzes für einen landwirtschaftlichen Betrieb, Bedeutung bloßer Planungen (Vorbescheid für Biogasanlage) für das Rücksichtnahmegebot.

89 Zu nicht privilegierten Vorhaben VGH München, B. v. 26.10.2009 – 9 ZB 07.2717 – KommunalPraxis BY 2010, 28 – Hundesportanlage; B. v. 23.08.2010 – 2 ZB 10.1618 – Nutzungsuntersagung Hundezwinger für Schäferhunde; B. v. 14.06.2010 – 15 ZB 10.546 – Jagdhütte; B. v. 05.10.2010 – 1 CS 10.1793 – KommunalPraxis BY 2010, 427 mit Hackschnitzeln befestigter Kundenparkplatz; B. v. 10.09.2010 – 9 ZB 10.1905 – Schutz- und Gerätehütte für Christbaumkultur und Schafhaltung; B. v. 17.08.2010 – 1 ZB 08.912 – Wohnhaus oder Wochenendhaus auf einem Seeufergrundstück: Verfestigung einer Splittersiedlung; B. v. 08.07.2010 – 14 ZB 09.3052B – 7 Alpakas auf einer Fläche von 0,4 ha; OVG Münster, B. v. 11.11.2010 – 2 A 2124/09 – Jagdhaus mit Carport und Nebenräumen zur Wildverarbeitung, das in einem Jagdrevier für einen zweiten Jagdaufseher neben einem dort bereits vorhandenen Jagdhaus errichtet werden soll; OVG Bautzen, B. v. 09.09.2010 – 1 B 150/10 – Schafzucht; OVG Münster, Urt. v. 09.09.2010 – 2 A 508/09 – Freizeit- und Wochenendhaus an der Rheindeichkrone; OVG Lüneburg, B. v. 22.07.2010 – 1 LA 175/10 – NordÖR 2010, 357 – Zaun im Außenbereich.

90 OVG Münster, B. v. 20.09.2010 – 7 B 985/10 – ZNER 2010, 516 = DVBl 2010, 1519 – Solarenergieanlage, dort zugleich zu deren Genehmigungsbedürftigkeit; Hans Vietmeier, BauR 2011, 210. Zur Standortsuche für einen Solarpark Frank Braun/Beatrice Lederer BayVBl 2010, 97; Stefan Kraus BayVBl 2010, 618. Zu Freiflächenphotovoltaikanlagen Stefan Kraus KommunalPraxis 2010, 42. Zu den Auswirkungen des EEG 2010 auf die Planung von Flächen für Photovoltaikanlagen Wolfgang Schröder/Martha Kuras KommunalPraxis spezial 2010, 191.

überwindbare Hindernisse für eine Vorhabenzulassung ergeben.⁹¹

Der Einbau einer zweiten Wohneinheit in ein im baulichen Außenbereich nicht privilegiertes Einfamilienhaus kann öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 2, 3 BauGB beeinträchtigen, auch wenn die Baumaßnahme zu keiner Mehrung der Wohnfläche führt und für sich betrachtet geringfügig ist.⁹²

Die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ist ein gewichtiger Anhaltspunkt für den ungeschriebenen Belang des Planungserfordernisses.⁹³

b) Bestandsschutz

Außerhalb der gesetzlichen Regelungen gibt es keinen Anspruch auf Zulassung des Vorhabens aus eigentumsrechtlichem Bestandsschutz.⁹⁴

c) Abrissverfügungen

Die Baubehörden sind regelmäßig gehalten, den vollständigen Abriss eines insgesamt formell und materiell baurechtswidrigen Gebäudes anzuordnen, sofern dieses weder bautechnisch noch nach den Vorstellungen des Bauherrn teilbar ist. Regelmäßig kann auch die Beseitigung des Fundaments eines illegal errichteten Gebäudes verlangt werden.⁹⁵

V. Schadensersatz und Entschädigung

Die Rechtsprechung zum Planungsschadensrecht, zur Enteignung und zur Amtshaftung wurde im Berichtszeitraum vor allem vom BGH und ergänzend vom BVerfG bestimmt. Dabei spielt traditionsgemäß die Eigentumsgarantie in Art. 14 GG eine herausgehobene Rolle.⁹⁶

1. Planungsschadensrecht

Der von einer eigentumsverdrängenden, allein fremdnützigen Planung nach § 40 Abs. 1 BauGB betroffene Eigentümer, dem ein Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 BauGB zusteht, kann wegen § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB auch dann keine weitere Geldentschädigung verlangen, wenn die Gemeinde über einen langen Zeitraum die Verwirklichung der Planung nicht in Angriff nimmt und erklärt, auch aktuell keinen Umsetzungswillen zu haben. Eine Geldentschädigung kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn der Eigentümer das Grundstück tatsächlich zur Übernahme anbietet. Die Fristenregelung des § 44 Abs. 4 BauGB, wonach der Entschädigungsanspruch innerhalb von 3 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres geltend gemacht werden muss, in dem der Vermögensnachteil eingetreten ist, ist auf den Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 BauGB nicht anwendbar.⁹⁷

An der Rechtsprechung zur verfassungskonformen Auslegung der § 95 Abs. 2 Nr. 7, § 42 Abs. 3 Satz 1, § 43 Abs. 3 Satz 2 BauGB bei einer »isolierten« eigentumsverdrängenden Planung hat der BGH festgehalten. Auch § 246a Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 BauGB in der Fassung vom 23.09.2004 schließt in einem solchen Fall die Entschädigung nach der zulässigen Nutzung eines im Beitrittsgebiet gelegenen Grundstücks für Planungen im zeitlichen Anwendungsbereich der Norm nicht aus.⁹⁸

2. Enteignung

Hat während des Laufs eines baulandgerichtlichen Verfahrens, das die Anfechtung eines Enteignungsbeschlusses zwecks Nutzung eines Grundstücks entsprechend den Fest-

setzungen eines Bebauungsplans betrifft, das Oberverwaltungsgericht im Normenkontrollverfahren den Bebauungsplan für unwirksam erklärt, so muss das Baulandgericht den Enteignungsbeschluss auch dann aufheben, wenn der Bebauungsplan durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern rückwirkend in Kraft gesetzt werden könnte und die Gemeinde ein solches Verfahren angekündigt hat.⁹⁹

Eine Enteignung gem. Art 14 Abs. 3 GG darf nur zur Erfüllung eines besonders schwerwiegenden, dringenden öffentlichen Interesses erfolgen. Eine Enteignung ist unzulässig, wenn andere Lösungen zu Verfügung stehen, mit denen der Enteignungszweck auf weniger einschneidende Weise erreicht werden kann; hierbei sind vorrangig Grundstücke der öffentlichen Hand in Anspruch zu nehmen, wenn das Vorhaben auf ihnen ebenso gut verwirklicht werden kann.

Bei planakzessorischen Enteignungen müssen die Enteignungsbehörden das Vorliegen der Enteignungsvoraussetzungen eigenständig und unabhängig von den städtebaulichen Zielsetzungen des Bebauungsplanes prüfen, da die Bauleitplanung keine verbindliche Aussage über die Zulässigkeit einer Enteignung trifft. Neben der Inzidentkontrolle der bauplanerischen Entscheidung hat die Enteignungsbehörde in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das Wohl der Allgemeinheit gerade in Bezug auf den Einzelfall die Enteignung des konkreten Grundstücks erfordert.

Die Baulandgerichte sind verpflichtet und befugt, die Entscheidung der Enteignungsbehörde vollständig nachzuprüfen; denn es handelt sich um eine reine Rechtskontrolle, wo-

91 OVG Lüneburg, Urt. v. 21.04.2010 – 12 LB 44/09 – BauR 2010,1550 = DVBl 2010, 924 – Windenergieanlage, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 21.04.2009 – 4 C 3.08 – BVerwGE 133, 347.

92 VGH München, Urt. v. 14.10.2009 – 2 B 09.1133 – BayVBl 2010, 508.

93 VGH München, Urt. v. 08.12.2009 – 2 B 09.2257 – BayVBl 2010, 565 = DÖV 2010, 450 – Abenteuerspielplatz und Picknickwiese.

94 BVerwG, B. v. 22.07.2010 – 4 B 22.10 – DVBl 2010, 1373 = ZfBR 2010, 787. Zum Bestandsschutz im öffentlichen Recht Kai Bahnsen, Diss. jur. 2011. Zum Bestandsschutz nach Einstellung der baulichen Nutzung Bernhard Haaß, NJW-Spezial 2010, 108, oder längerer Nutzungsunterbrechung Tim Uschke-keit BauR 2010, 718. Zur Unschädlichkeit der Nutzungsunterbrechung des Eigentümers oder Erben für die Begünstigung nach § 35 Abs. 1 BauGB Ralf Sauer BauR 2010, 1007. Zur Rechtspflicht der Beseitigung endgültig nicht mehr benutzter baulicher Anlagen Heribert Johlen BauR 2010, 1680. Zum Abbruch verfallener baulicher Anlagen Annette Guckelbecker NVwZ 2010, 743.

95 OVG Magdeburg, B. v. 18.01.2010 – 2 L 62/09 – Beseitigung eines Wohnhauses im Außenbereich, m. Hinw. auf OVG Münster, Urt. v. 04.12.2009 – 10 A 1671/09 –, dort auch zu den Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 c) BauGB.

96 Bernhard Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdn. 1837.

97 BGH, Urt. v. 08.07.2010 – III ZR 221/09 – ZfBR 2010, 670 = BauR 2010, 1901 = NVwZ 2010, 1444 = BauR 2010, 1808 – Zuwartan der Gemeinde mit der Planung, m. Hinw. auf Urt. v. 29.04.1968 – III ZR 80/67 – BGHZ 50, 93; Urt. v. 19.09.1984 – III ZR 162/84 – BGHZ 97, 1.

98 BGH, Urt. v. 19.07.2007 – III ZR 305/06 – DWW 2007, 375 = ZfBR 2007, 788 = UPR 2008, 25 = BauR 2008, 486 = LKV 2008, 186 – Entschädigungsanspruch bei Enteignung aufgrund isolierter eigentumsverdrängender Bauleitplanung, m. Hinw. auf BGH, Urt. v. 06.05.1999 – III ZR 174/98 – BGHZ 141, 319; Urt. v. 11.07.2002 – III ZR 160/01 – NJW 2003, 63, nachfolgend BVerfG, B. v. 16.06.2009 – 1 BvR 2269/07 – BauR 2009, 1424 – Richtervorlage gem. Art 100 Abs. 1 GG, m. Hinw. auf B. v. 06.03.2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, zu BGH, Urt. v. 19.07.2007 – III ZR 305/06 –.

99 BGH, B. v. 22.02.2007 – III ZR 216/06 – UPR 2007, 222 = BauR 2007, 1200 = NVwZ 2007, 854 = ZfBR 2007, 479 = DVBl 2007, 648 – Enteignungsbeschlusses nach Unwirksamkeitserklärung des Bebauungsplanes.

bei der Enteignungsbehörde kein gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Entscheidungsspielraum zukommt.

Diese Prüfungsanforderungen an Enteignungsbehörde und Gerichte bei einer planakzessorischen Enteignung tragen den verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Anforderungen des Art 14 Abs. 1 S 1 GG Rechnung, da der Bebauungsplan keine enteignungsrechtliche Vorwirkung entfaltet. Die zweistufige Prüfung im Enteignungsverfahren gewährleistet die Vornahme einer Gesamtabwägung aller Gemeinwohlgesichtspunkte und widerstreitenden Interessen unter Prüfung auch der Erforderlichkeit des Vorhabens.

Eine bauplanerische Standort- oder Variantenwahl ist erst dann rechtswidrig, wenn die verworfene Lösung eindeutig vorzugswürdig war oder der Planungsbehörde infolge einer fehlerhaften Ermittlung, Bewertung oder Gewichtung einzelner Belange ein rechtserheblicher Fehler unterlaufen ist.

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, der Entscheidung über die Gültigkeit eines Bebauungsplanes im Normenkontrollverfahren Bindungswirkung auch für den Zivilrichter zuzusprechen. Diese Bindung umfasst auch die Erforderlichkeit der Planung zur städtebaulichen Entwicklung und Ordnung generell sowie den Bedarf für die konkrete Planung. Zu prüfen bleibt jedoch, ob eine Enteignung zum Vollzug des Bebauungsplans im Einzelfall zulässig ist, ob das Wohl der Allgemeinheit sie erfordert und der Enteignungszweck auf andere zumutbare Weise nicht erreicht werden kann.¹⁰⁰

3. Amtshaftung

Auch im Bereich des öffentlichen Baurechts können sich bei rechtswidrigen und schuldhaften Amtspflichtverletzungen Amtshaftungsansprüche gegen die Bauaufsichtsbehörden oder auch die Gemeinden nach § 839 BGB, Art. 34 GG ergeben.¹⁰¹

Steht ein Bauvorbescheidsantrag für eine Windkraftanlage im Außenbereich im Widerspruch zu einem nachträglich beschlossenen Flächennutzungsplan, so hat die Bauaufsichtsbehörde, wenn sie einen formellen Mangel des Plans wie etwa eine fehlerhafte Bekanntmachung feststellt, der Gemeinde vor der Entscheidung Gelegenheit zu geben, diesen zu beheben.

Wäre bei pflichtgemäßem Handeln der Bauaufsichtsbehörde der Mangel rückwirkend geheilt worden, so kann dies einem auf die rechtswidrige Versagung des Bauvorbescheids gestützten Amtshaftungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegengehalten werden. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch auf Erteilung des Bauvorbescheids durch rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Verpflichtungsurteil tituliert ist, dieses Urteil aber wegen der zwischenzeitlichen Rechtsänderung erfolgreich mit der Vollstreckungsabwehrklage angegriffen werden kann.¹⁰²

Wird ein Amtshaftungsanspruch wegen rechtswidriger Verzögerung einer Baugenehmigung darauf gestützt, dass eine Veränderungssperre, auf der diese Verzögerung beruht, unwirksam ist, so hat das Amtshaftungsgericht zu prüfen, ob der Anspruch sich daraus herleiten lässt, dass die zeitliche Geltungsdauer der Sperre nicht beachtet worden ist.¹⁰³

IV. Konsolidierungskurs wird fortgesetzt

Die Rechtsprechung zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben und zum Planungsschadensrecht hat auch im Berichtszeitraum die bisherigen Erkenntnisse gefestigt und behutsam fortentwickelt. Das ist für die Praxis hilfreich. Vor allem wurde von ihr gewiss dankbar aufgenommen, dass größere Kursauschläge vermieden werden konnten.

100 BVerfG, B. v. 08.07.2009 – 1 BvR 2187/07, 1 BvR 692/08 – BauR 2009, 1706 = NVwZ 2009, 1283 = BayVBl 2010, 107 – Administrativenteignung § 85 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, m. Hinw. auf B. v. 24.03.1987 – 1 BvR 1046/85 – BVerfGE 74, 264; B. v. 10.03.1981 – 1 BvR 92/71 – BVerfGE 56, 249 – Dürkheimer Gondelbahn; B. v. 16.12.2002 – 1 BvR 171/02 – NVwZ 2003, 726, verfahrensgangvorgehend BGH, B. v. 21.02.2008 – III ZR 201/07 –, m. Hinw. auf BGH, Urt. v. 25.10.2001 – III ZR 76/01 – BauR 2002, 290; BVerfG, B. v. 20.02.2008 – 1 BvR 2722/06 – NVwZ 2008, 780.

101 Bernhard Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdn. 1933. Zur Entwicklung im Amtshaftungs- und Staatshaftungsrecht Peter Itzel MDR2010, 426. Zu Amtshaftungsansprüchen in Bauverwaltungs-sachen NordÖR Stephan Seiters 2010, 477. Zur öffentlich-rechtlichen culpa in contrahendo und zur Amtshaftung gegenüber dem Vorhabenträger im Verfahren betreffend die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans BGH, Urt. v. 18.05.2006 – III ZR 396/04 – NVwZ 2006, 1207 = BauR 2006, 1876 = DVBl 2006, 1326, m. Anm. Stefan Pützenbacher, IBR 2006, 470; Wendt Nassall, jurisPR-BGHZivilR 31/2006 Anm 3; Michael Uechritz, ZfIR 2006, 772 – Öffentlich-rechtliche culpa in contrahendo und Amtshaftung, Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 08.06.1978 – III ZR 48/76 – BGHZ 71, 386; Urt. v. 07.01.1980 – III ZR 23/78 – BGHZ 76, 343.

102 BGH, B. v. 19.03.2008 – III ZR 49/07 – NVwZ 2008, 815 = BauR 2008, 1287 = UPR 2008, 344 = DÖV 2009, 44, Ergänzung zu BGH, Urt. v. 16.09.2010 – III ZR 29/10 –, m. Anm. Helmut Redeker, IBR 2008, 476; Fortführung von BGH, Urt. v. 25.03.2004 – III ZR 227/02 – NVwZ 2004, 1143, im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 19.09.2002 – 4 C 10.01 – BVerwGE 117, 44 = NVwZ 2003, 214.

103 BGH, Urt. v. 30.11.2006 – III ZR 352/04 – BGHZ 170, 99 = NVwZ 2007, 485 = DÖV 2007, 383 = UPR 2007, 180 = BauR 2007, 864 m. Anm. Patrick Bruns, EWiR 2007, 101; Hartmut Fischer, ZfIR 2007, 358 – Verzögerung der Baugenehmigung wegen der Veränderungssperre für einen formnichtigen Bebauungsplan.