

## Bauen im Außenbereich

Eva Stür und Bernhard Stür\*

Ein Häuschen im Grünen. Ein Blick in Wiesen, Felder und Wälder, soweit das Auge reicht. Kein Straßenlärm, kein Gewerbelärm oder surrende Windmühlen mit Diskoeffekt, keine streitsüchtigen Nachbarn – wer wollte das nicht? Aber es liegt auf der Hand, dass dieser Traum in aller Regel nicht zu erfüllen ist. Der Landverbrauch wäre immens, die Umwelt nicht nur durch eine vervielfachte Erschließung stark geschädigt und die Ausgaben für die Infrastruktur nicht darstellbar. Deshalb galt schon vor Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes der Grundsatz:

„Das Bauen ist überall verboten. Ausnahmen bestimmt der Stadtbaurat.“ So oder so ähnlich lautete wohl schon vor Inkrafttreten des BBauG 1960 die Praxis in vielen Bauämtern. Heute lässt sich das Bauen nicht mehr auf eine so einfache Formel bringen. Die rechtlichen Voraussetzungen für das Bauen werden vielmehr allgemein als kompliziert empfunden. Und sie sind es wohl auch. Das gilt nicht zuletzt auch für das Bauen im Außenbereich. Das Bauen ist dort zwar vom Prinzip her allgemein verboten. Der Siedlungsdruck nimmt allerdings zu. Unterschiedliche Nutzungsansprüche und Interessen treffen im Außenbereich wohl mindestens ebenso hart wie in bebauten Bereichen aufeinander: Es ist das Interesse, den Außenbereich nach Möglichkeit von einer baulichen Nutzung freizuhalten. Es sind die Interessen einer sich wandelnden Landwirtschaft, die gewerblichen, standortgebundenen Vorhaben, die Windenergie mit ihren um sich greifenden Ansprüchen im Rahmen der Energiewende, die Biogasanlagen oder die Nutzung der solaren Energie, um nur die wichtigsten zu nennen. Auch bei der Flüchtlingsunterbringung gerät der Außenbereich in den Blick.

Zugleich sind aber auch die Belange des Naturschutzes und des Umweltschutzes zu wahren. Dies will die bei Außenbereichsvorhaben voll anwendbare Eingriffsregelung gewährleisten. Zudem treten europäische Vorgaben wie die FFH- und Vogelschutz-RL sowie der in der Praxis inzwischen ebenfalls wichtige europäische Artenschutz in das Blickfeld.

Nach einem Rundgang durch die gesetzlichen Regelungen stellt sich in diesem Beitrag die Frage: Sind die teilweise doch recht komplizierten Rege-

---

\* Der *Christian Kirchberg* gewidmete Beitrag steht im Zusammenhang mit *Stür/Stür*, Bauen im Außenbereich, Planungs- und Naturschutzrecht in der Praxis, München 2017; vgl. bereits *Eva-Maria Stür* in: Bernhard Stür, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. München 2015, Rn. 2831; *dies.*, in Bernhard Stür, Der Bebauungsplan, 5. Aufl. München 2015, Rn. 1584; *dies.*, Außenbereichsschutz in Gesetzgebung und Rechtsprechung, Münster 1997. Grundlegend vor allem *Weyreuther*, Bauen im Außenbereich, Köln 1979.

lungen für das Bauen im Außenbereich eigentlich noch zeitgemäß oder müssen sie nicht grundlegend reformiert werden? Aber in welche Richtung? Soll das Bauen im Außenbereich weiter erleichtert werden oder gilt es gerade umgekehrt, die wichtigen Funktionen des Außenbereichs gegenüber einer weiteren Landinanspruchnahme zu schützen?

## **I. Das geltende Recht**

Aber zunächst zur Bestandsaufnahme: Die Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich richtet sich nach § 35 BauGB. Es wird zwischen privilegierten Vorhaben (§ 35 I BauGB), nicht privilegierten Vorhaben (§ 35 II BauGB) und teilprivilegierten Vorhaben (§ 35 IV BauGB) unterschieden. Hinzu treten die Außenbereichssatzungen nach § 35 VI BauGB.

### **1. Außenbereichsvorhaben**

Im Außenbereich ist zwischen privilegierten Vorhaben (§ 35 I BauGB), nicht privilegierten Vorhaben (§ 35 II BauGB) und teilprivilegierten Vorhaben (§ 35 IV BauGB) sowie den Außenbereichssatzungen (§ 35 VI BauGB) zu unterscheiden. Privilegierte Vorhaben sind unter den in § 35 I BauGB genannten Voraussetzungen zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Es handelt sich um Vorhaben, die einem landwirtschaftlichen Betrieb dienen und einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnehmen, Gartenbaubetriebe, Einrichtungen der öffentlichen Versorgung und ortsgebundene Betriebe, Anlagen der Wind- und Wasserenergie, Biogasanlagen, Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken dienen sowie zur Nutzung solarer Strahlungsenergie. Allerdings können die Gemeinden und die Regionalplanung durch konkrete standortbezogene Aussagen im Flächennutzungsplan oder im Regionalplan (Gebietsentwicklungsplan) eine nach § 35 I Nr. 2 bis 6 BauGB an sich bestehende Privilegierung aus städtebaulichen oder regionalplanerischen Gründen im Einzelfall unterbinden. Nicht privilegierte Außenbereichsvorhaben sind grundsätzlich unzulässig, weil öffentliche Belange in der Regel beeinträchtigt werden. Teilprivilegiert (begünstigt) zulässig sind Vorhaben, wenn einer der Teilprivilegierungstatbestände nach § 35 IV 1 Nr. 1 bis 6 BauGB gegeben ist. Die Gemeinde kann unter den Voraussetzungen des § 35 VI BauGB eine Außenbereichssatzung erlassen. Es handelt sich um bebaute Bereiche im Außenbereich, die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind und in denen eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden ist. Es dürfen allerdings keine UVP-pflichtigen oder vorprüfungspflichtigen Vorhaben nach Anlage 1 zum UVPG „Liste der UVP-pflichtigen Vorhaben“ zugelassen sein.

## 2. Privilegierte Vorhaben nach § 35 I BauGB

Die privilegierten Außenbereichsvorhaben teilen sich in acht Gruppen: Vorhaben die einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dienen (Nr. 1), der gartenbaulichen Erzeugung dienen (Nr. 2), dem Fernmeldewesen, der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser, der Abwasserwirtschaft oder einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dienen (Nr. 3), wegen ihrer besonderen Anforderung an die Umgebung nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen (Nr. 4), der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen (Nr. 5), der energetischen Nutzung von Biomasse (Nr. 6), der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken oder der Entsorgung radioaktiver Abfälle (Nr. 7) oder der Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden (Nr. 8) dient, wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist. Bei allen Vorhaben dürfen keine öffentlichen Belange entgegenstehen. Die ausreichende Erschließung muss gesichert sein.

### a) Land- oder forstwirtschaftliche Betriebe

Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 I Nr. 1 BauGB setzt voraus, dass dieses einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb (§ 201 BauGB) dient. Das ist nur gegeben, wenn sich das Vorhaben dem Betrieb unterordnet und auch von ihm wirtschaftlich getragen wird.

### b) Gartenbaubetriebe

Bei Gartenbaubetrieben ist das Vorhaben auch dann zulässig, wenn es nicht nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt (§ 35 I Nr. 2 BauGB).

### c) Anlagen zur Öffentlichen Versorgung sowie ortsgebundene gewerbliche Betriebe

Privilegiert sind auch Vorhaben, die der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Telekommunikationsdienstleistungen, Wärme und Wasser, der Abwasserwirtschaft oder einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dienen. Erforderlich sind auch hier eine besondere Zweckausrichtung und eine Unterordnung unter diesen gemeinwohlbezogenen Zweck (§ 35 I Nr. 3 BauGB).

### d) Tierhaltungsanlagen

Die Privilegierung von Tierhaltungsbetrieben nach § 35 I Nr. 4 BauGB ist nicht mehr auf Tierhaltungsanlagen anwendbar, die einer Pflicht zur Durch-

führung einer standortbezogenen oder allgemeinen Vorprüfung oder einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegen. Dabei reicht bereits aus, dass eine Vorprüfungspflicht besteht. Der Ausschluss der Privilegierung ist daher auch dann gegeben, wenn eine Vorprüfung ergeben würde, dass UVP-Belange nicht erheblich beeinträchtigt sind. Derartige Tierhaltungsanlagen bedürfen daher einer Ausweisung in einem Bauleitplan. Die Ausweisung in einem Flächennutzungsplan reicht allerdings nicht aus, da hier nur Belange des § 35 III Nr. 2 BauGB einer solchen Anlage nicht mehr entgegenstehen würden.<sup>1</sup>

Tierhaltungsanlagen können durch das Darstellungsprivileg nach § 35 III 3 BauGB gesteuert werden. Auch kann die Planungsabsicht, in etwa drei Fünfteln des Gemeindegebiets die Ansiedlung von Tierhaltungsanlagen zu steuern, bei entsprechender Konkretisierung der Planungsabsichten mit den Mitteln der §§ 14 und 15 BauGB flankiert werden.<sup>2</sup> Eine Einschränkung der Tierhaltung in Konzentrationszonen bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Je weiter die Tierhaltung in einem für sie nach § 35 III 3 BauGB im Flächennutzungsplan dargestellten Vorranggebiet eingeschränkt werden soll, desto gewichtiger müssen die städtebaulichen Gründe sein, welche die Gemeinde für einen Bebauungsplan anführen kann, in dem sie diese Nutzung reglementiert.<sup>3</sup>

#### e) Windenergieanlagen

Nach § 35 I Nr. 5 BauGB sind Anlagen privilegiert, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen.<sup>4</sup>

1 Zur planerischen Steuerung von Tierhaltungsanlagen *Mitschang* in: Bau- und Fachplanungsrecht, FS für Stüer, 2013, 219; Intensivtierhaltung im Außenbereich *Eva-Maria Stüer* in: Bau- und Fachplanungsrecht, FS für Stüer, 2013, 135 (138). BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 – 9 A 31.10 – BVerwGE 141, 282 = NVwZ 2012, 575, *Schink*, I+E 2012, 194, *Christ*, jurisPR-BVerwG 12/2012 Anm. 6 – A 3/A 44 – BUND A 3 – A 44 Vorprüfung.

2 OVG Lüneburg, B. v. 14.11.2011 – 1 ME 181/11 – Tierhaltungsanlagen.

3 OVG Lüneburg, B. v. 19.12.2012 – 1 MN 164/12 – DVBl 2013, 249 = BauR 2013, 922-926 = NuR 2013, 350.

4 *Ogiermann*, Rechtsfragen der Errichtung von Windkraftanlagen 1992; *Berghaus*, ZNER 2008, 187; *Quambusch*, VBIBW 2005, 264. *Lahme*, ZNER 2006, 176; *Stüer/Vildomec*, BauR 1998, 427; *Scheidler*, NWVBl 2009, 409; *Zeiler*, NuR 2009, 526; *Gatz*, DVBl 2009, 737; *Hornmann*, NVwZ 2006, 969; *Mayer-Metzner*, BayVBl 2005, 129; *Middeke*, DVBl 2008, 292; *Regenfus*, ZfIR 2007, 866; *Wüstlich*, ZUR 2007, 16; *Quambusch*, NdsVBl. 2006, 265; *Sydow*, NVwZ 2010, 1534. Zu Windkraftanlagen *Karpenstein/Rüppel*, ZNER 2010, 24; *Schmehl*, Jura 2010, 832; *Köck*, ZUR 2010, 507; *Fest*, Die Errichtung von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner ausschließlichen Wirtschaftszone, Diss. iur 2010. Zur Konzentrationsplanung von Windkraftanlagen durch Flächennutzungsplan *Brand/Pöhlmann*, ZNER 2010, 467. Zum Windpark *Meyer*, JA 2010, 456. Zu Kleinwindanlagen *Bovet*, ZUR 2010, 9; *Fest*, ZNER 2010, 253. Zu Windenergieanlagen im Wald *Lietz*, UPR 2010, 54. Zum Repowering von Windenergieanlagen *KommunalPraxis spezial* 2010, 199. Zum Artenschutz *Rolshoven*, ZNER 2010, 156. Zum Spannungsfeld zwischen Klima- und Umweltschutz *Weidemann/Krappel*, DÖV 2011, 19.

**Ausgangspunkte.** Die Privilegierung von Windenergieanlagen war bereits durch die Novelle 1996 bewirkt und in § 35 I Nr. 7 BauGB 1996 geregelt worden.<sup>5</sup> Durch das BauROG 1998 wurde die Privilegierung der Wind- und Wasserenergie aus redaktionellen Gründen in § 35 I Nr. 6 BauGB 1998 verschoben. Durch das EAG Bau 2004 ist die Privilegierung der Wind- und Wasserenergie nunmehr in § 35 I Nr. 5 BauGB geregelt. Vor ihrer Privilegierung durch die Novelle 1996 waren Windenergieanlagen als ortsgebundene gewerbliche Betriebe oder wegen ihrer besonderen Standortanforderungen nach § 35 I Nr. 3 oder 5 BauGB nicht allgemein privilegiert.<sup>6</sup> Sie konnten nur als Nebenanlagen an einer sonst bestehenden Privilegierung teilnehmen. So können Windenergieanlagen als Nebenanlagen eines landwirtschaftlichen Betriebes nach § 35 I Nr. 1 BauGB privilegiert sein, wenn sie der Energieerzeugung des landwirtschaftlichen Betriebes dienen.<sup>7</sup> Auch kann eine im Außenbereich gelegene private Windenergieanlage für die Versorgung eines nach § 35 I Nr. 4 BauGB privilegierten Betriebes als untergeordnete Nebenanlage von der Privilegierung des Betriebes gedeckt sein.<sup>8</sup>

**Immissionschutzrechtliche Genehmigung.** Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m bedürfen seit dem 1.7.2005 einer immissionsrechtlichen Genehmigung im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG.<sup>9</sup> Eine Klagebefugnis kann auch gegeben sein, wenn sich ein Dritter durch ein Vorhaben in seinen eigenen Bauabsichten gehindert sieht. Bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen kann es in Betracht kommen, an die Priorität anzuknüpfen.<sup>10</sup>

**Windfarm.** Der dem Europarecht<sup>11</sup> entlehnte Begriff der Windfarm bezeichnet drei oder mehr Windkraftanlagen, die einander räumlich so zugeordnet werden, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren. Die einzelnen Windkraftanlagen können mehreren Betreibern zu-

5 Gesetz zur Änderung des BauGB v. 30.7.1996 (BGBl. I 1189).

6 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20.93 – BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141 = NVwZ 1994, 288 – Windenergieanlage.

7 OVG Schleswig, Urt. v. 5.8.1993 – 1 L 23/92 –, Die Privilegierung nach § 35 I Nr. 1 BauGB besteht aber nicht, wenn lediglich die Absicht besteht, die Erlöse aus der Einspeisung des in einer privaten Windenergieanlage erzeugten Stroms in das öffentliche Versorgungsnetz zum Ausbau eines landwirtschaftlichen Betriebes zu verwenden, so VGH München, B. v. 25.3.1996 – 14 B 94.119 –.

8 BVerwG, Urt. v. 18.2.1983 – 4 C 10.82 – BVerwGE 67, 41 = NJW 1983, 2718 = RzB Rn. 441 – Windenergieanlage Hundezuchtbetrieb.

9 Zur Übergangsregelung VGH Mannheim, Urt. v. 16.5.2006 – 3 S 914/05 – VBIBW 2006, 476 = ESVGH 56, 226 = ZfBR 2006, 576 = DÖV 2006, 788 = NuR 2006, 574 = BauR 2006, 2024 = DVBl 2006, 1058 (LS) – Windkraftanlage innerhalb des militärischen Hubschrauber-Sicherheitskorridors.

10 OVG Greifswald, B. v. 28.3.2008 – 3 M 188/07 – NordÖR 2008, 266 = BauR 2008, 1562.

11 So erstmals UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG des Rates vom 3.3.1997 <ABl EG Nr. L 73 S. 5>.

geordnet sein.<sup>12</sup> Die Errichtung und der Betrieb einer Windfarm (mit Anlagen mit einer Gesamthöhe von jeweils mehr als 50 m) unterliegen nach Nr. 1.6 der Anlage 1 zu § 3 UVPG der UVP-Pflicht.<sup>13</sup> Bei der Berechnung der Tiefe der Abstandsfläche für eine Windkraftanlage ist von deren Gesamthöhe (Nabenhöhe und Rotorradius) auszugehen.<sup>14</sup> 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. Eine atypische Fallgestaltung als Grund für eine Abweichung kann in der Eigenart der zu errichtenden Anlage und dem mangelnden Angebot an geeigneten Grundstücken im Außenbereich für die dort privilegiert zulässige Anlage liegen.<sup>15</sup>

**Wasserkraft.** Auch Anlagen zur Erforschung und Entwicklung der Wasserenergie (§ 35 I Nr. 5 BauGB) sind weiterhin privilegiert. Geändert sind allerdings die Finanzierungsregelungen. § 50 EEG hat die Vergütung von Strom aus Wasserkraft auf der Grundlage entsprechender Empfehlungen der wissenschaftlichen Berichte neugefasst.<sup>16</sup>

**Gesamtkonzept.** Der Planvorbehalt des § 35 III 3 BauGB ermöglicht es der Gemeinde, die in § 35 I Nrn. 2 bis 6 BauGB genannten Vorhaben durch Darstellung im Flächennutzungsplan auf bestimmte Standorte zu konzentrieren. Es ist der Gemeinde aber nicht erlaubt, das gesamte Gemeindegebiet für diese Vorhaben zu sperren oder lediglich Flächen auszuweisen, die für die vorgesehene Nutzung objektiv ungeeignet sind oder sich in einer Alibifunktion erschöpfen. Der Konzentrationsplanung muss vielmehr ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept zugrunde liegen. Die Gemeinde muss allerdings nicht sämtliche Flächen, die sich für Vorhaben nach § 35 I Nrn. 2 bis 6 BauGB eignen, im Flächennutzungsplan darstellen. Bei der Gebietsauswahl und dem Gebietszuschnitt braucht sie die durch § 35 I Nrn. 2 bis 6 BauGB geschützten Interessen in der Konkurrenz mit gegenläufigen Belangen nicht vorrangig zu fördern. Sie darf diese Interessen nach den zum Abwägungsgebot entwickelten Grundsätzen zurückstellen, wenn hinreichend gewichtige städtebauliche Gründe dies rechtfertigen. Außerhalb der Konzentrationsflächen können Abweichungen von der Regel des § 35 III 3 BauGB nur zugelas-

---

12 OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 9.9.2005 – 11 S 14.05 – Windfarm – Heilung eines Zuständigkeitsmangels, mit Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 30.6.2004 – 4 C 9/03 – NVwZ 2004, 1235; *Gatz*, DVBl 2009, 737.

13 BVerwG, B. v. 8.5.2007 – 4 B 11.07 – Begriff der Windfarm.

14 Zur Abstandsflächenberechnung bei Windkraftanlagen *Jäde*, KommPraxis 2009, 338.

15 VGH München, Urt. v. 28.7.2009 – 22 BV 08.3427 – ZNER 2009, 317 – immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Windkraftanlage.

16 Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014/2017).

sen werden, wenn sie die planerische Konzeption der Gemeinde nicht infrage stellen.<sup>17</sup>

**Stufensystem.** Die Ausarbeitung des Planungskonzepts vollzieht sich abschnittsweise. In einem ersten Arbeitsschritt sind diejenigen Bereiche als „Tabuzonen“ zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stehen. Dazu ist eine entsprechende Überprüfung des gesamten Planungsraumes vorzunehmen (Stufe 1). Die Tabuzonen lassen sich in „harte“ (Stufe 2) und „weiche“ (Stufe 3) untergliedern. Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Gemeindegebietsteilen, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet sind (nicht der Abwägung unterliegende Planungshindernisse). Mit dem Begriff der weichen Tabuzonen werden Bereiche des Gemeindegebiets erfasst, in denen nach dem Willen der Gemeinde aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“ (der Abwägung unterliegende Belange). Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d. h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 I Nr. 5 BauGB gerecht wird (Stufe 4).<sup>18</sup> Schließlich muss eine substanzielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet sein (Stufe 5). Nur ein schlüssiges Plankonzept, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt<sup>19</sup>, dem Abwägungsgebot

- 17 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt; m. Bespr. Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129; Schäling, IBR 2003, 272; Hans-Thilo Becker, KommunalPraxis BY 2005, 66; Egner, NuR 2003, 737; Kment, NVwZ 2004, 314; Brietzke, StG 2012, 497; Tigges, ZNER 2003, 43; von Nicolai, ZUR 2004, 74 – Konzentrationszone im Flächennutzungsplan; im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738 – Luftballon; vgl. auch Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, 2.11 – BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, Stüer, 509 = NVwZ 2013, 519, Wiggers, NJW spezial 2013, 556, Scheidler, NuR 20913, 869, Schröder, NZBau 2013, 563, Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2013 Anm. 6 – Windenergieplanung „harte und weiche“ Kriterien; B. v. 2.4.2013 – 4 BN 37.12 – BauR 2013, 1253; Urt. v. 31.1.2013 – 4 CN 1.12 – BVerwGE 146, 40 = NVwZ 2013, 1011 = ZfBR 2013, 475, Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2013 Anm. 5, Reicherzer, IR 2013, 183, Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2013 Anm. 5, Schübel-Pfister, JuS 2013, 990, Bringewat, NVwZ 2013, 984 – Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan; Urt. v. 20.6.2013 – 4 C 2.12 – BVerwGE 147, 37 = NVwZ 2013, 1288, Gatz, jurisPR-BVerwG 19/2013 Anm. 3, Muckel, JA 2014, 397 = Mobilfunkanlage.
- 18 BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 2.11 – BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, m. Hinw. auf Urt. v. 21.10.2004 – 4 C 2.04 – BVerwGE 122, 109 = DVBl 2005, 379 = NVwZ 2005, 211 – weiße Flächen; Urt. v. 15.9.2009 – 4 BN 25.09 – m. Bespr. Stüer DVBl 2013, 509 – abschnittsweise Ausarbeitung des Planungskonzepts.
- 19 BVerwG, B. v. 15.9.2009 – 4 BN 25.09 – BauR 2010, 82 = ZfBR 2010, 65, m. Bespr. Scheidler, KommJur 2012, 367; Brietzke, StG 2012, 497; Raschke, ZfBR 2013, 632 – Konzentrationszone und öffentliche Belange.

genügt<sup>20</sup> und die substanzielle Nutzung der privilegierten Windenergie gewährleistet, kann nach der Rechtsprechung des BVerwG die Ausschlusswirkung erzielen.

**Planungsgrundsätze.** Auf diesen allgemeinen Grundlagen hat sich zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Windenergieanlagen eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt.<sup>21</sup> Die Gemeinden haben keine besondere Pflicht zur Förderung der Windenergie. Sie sind auch nicht verpflichtet, einen wirtschaftlich optimalen Ertrag der Windenergienutzung sicherzustellen.<sup>22</sup> Die Ermittlung und Festlegung von Vorrangzonen für Windenergieanlagen setzt allerdings auf der Grundlage des Darstellungsprivilegs ein schlüssiges, hinreichend städtebaulich motiviertes Plankonzept für das gesamte Gemeindegebiet voraus.<sup>23</sup> Dieses kann an global und pauschalierend festgelegten Kriterien für die Ungeeignetheit der von der Ausschlusswirkung erfassten Bereiche ausgerichtet werden. Bei der Festlegung von Tabu-Zonen aus Gründen des Immissionsschutzes können pauschale Abstände zu jeder schützenswerten Wohnbebauung angesetzt werden. Diese Abstände können zulässigerweise auch auf einen vorbeugenden Immissionsschutz ausgerichtet werden und konkret für weitere Entwicklungen in den Blick genommene potenzielle Siedlungserweiterungsflächen mitberücksichtigen. Auch aus Gründen des Naturschutzes und der Landschaftspflege<sup>24</sup> einschließlich der Erholungsfunktion

20 BVerwG, B. v. 23.7.2008 – 4 B 20.08 – ZfBR 2008, 808; vgl. BVerwG, Urt. v. 24.1.2008 – 4 CN 2.07; BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738 – Luftballon.

21 BVerwG, Urt. v. 19.7.2001 – 4 C 4.00 – BVerwGE 115, 17 = DVBl 2001, 1855 = NVwZ 2002, 476 – Gipsabbau; B. v. 15.10.2001 – 4 B 69.01 – BauR 2002, 1052 BRS 64 (2001) Nr. 100 – Verunstaltung; Urt. v. 13.12.2001 – 4 C 3.01 – NVwZ 2002, 1112 = DVBl 2002, 706 = DÖV 2002, 574; B. v. 2.8.2002 – 4 B 36.02 – BauR 2003, 837; Urt. v. 19.9.2002 – 4 C 10.01 – BVerwGE 117, 44 = DVBl 2003, 201 = NVwZ 2003, 214 – Wangerland; 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 3.02 – BauR 2003, 1172 = NVwZ 2003, 1261 – Entwürfe von Regional- und Flächennutzungsplänen; Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738 – Luftballon; B. v. 18.3.2003 – 4 B 7.03 – Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 358 – Verunstaltung des Landschaftsbildes; B. v. 22.10.1993 – 4 B 84.03 – NVwZ 2004, 343 = BauR 2004, 262 – Konzentrationszone; OVG Münster, Urt. v. 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – NuR 2002, 431 = BauR 2002, 886 – Tabuflächen; OVG Lüneburg, Urt. v. 24.3.2003 – 1 LB 3571/01 – RdL 2003, 234 = BauR 2003, 1443 – Windpark Borsum; Urt. v. 19.2.2004 – 4 CN 13.03 – NVwZ 2004, 984 = ZfBR 2004, 464 – Steinau; OVG Koblenz, Urt. v. 20.2.2003 – 1 A 11406/01 – NuR 2003, 556; VGH Kassel, Urt. v. 20.2.2003 – 3 N 1557/02 – NuR 2003, 434 = ZfBR 2003, 482 – Vorranggebiet; Stür DVBl 2003, 1030.

22 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt.

23 OVG Koblenz, Urt. v. 20.2.2003 – 1 A 11406/01 – NuR 2003, 556; Krautzberger in: BKL, § 35 BauGB Rn. 75.

24 Zur Zulässigkeit einer Windenergieanlage in einem Landschaftsschutzgebiet BVerwG, B. v. 2.2.2000 – 4 B 104.99 – ZfBR 2000, 428 = BauR 2000, 1311; zum Klagerecht einer Nachbargemeinde VG Koblenz, B. v. 24.7.2000 – 1 L 1756/00 – BauR 2000, 1714; zu den (mangelnden)

der Landschaft können bestimmte „Tabu-Flächen“ aus der weiteren Prüfung ausgesondert werden.<sup>25</sup>

**Repowering.** § 249 I BauGB will die Planung des Repowering durch eine Vermutungsregelung erleichtern. Werden in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt, folgt daraus nicht, dass die vorhandenen Darstellungen des Flächennutzungsplans zur Erzielung der Rechtswirkungen des § 35 III 3 BauGB nicht ausreichend sind. Das gilt auch bei der Änderung oder Aufhebung von Darstellungen zum Maß der baulichen Nutzung. Die vorgenannten Regelungen gelten für Bebauungspläne, die aus den Darstellungen des Flächennutzungsplans entwickelt werden, entsprechend (§ 249 I BauGB).

§ 249 II BauGB stellt für das Repowering von Windkraftanlagen das Baurecht auf Zeit zur Verfügung. Nach § 9 II 1 Nr. 2 BauGB kann danach auch festgesetzt werden, dass die im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen nur zulässig sind, wenn nach der Errichtung der im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen andere im Bebauungsplan bezeichnete Windenergieanlagen innerhalb einer im Bebauungsplan zu bestimmenden angemessenen Frist zurückgebaut werden und dies entsprechend sichergestellt ist. Die Standorte der zurückzubauenden Windenergieanlagen können auch außerhalb des Bebauungsplangebiets und auch außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Darstellungen im Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 III 3 BauGB können mit Bestimmungen entsprechend den Sätzen 1 und 2 mit Wirkung für die Zulässigkeit der Windenergieanlagen nach § 35 I Nr. 5 BauGB verbunden sein. Die in der Bauleitplanung einzuräumenden Fristen werden sich in aller Regel an den Vorgaben des EEG orientieren.

§ 249 III BauGB enthielt bis Ende 2015 eine Länderöffnungsklausel. Die Länder können durch Landesgesetz bestimmen, dass § 35 I Nr. 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur anzuwenden ist, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten.<sup>26</sup>

## f) Biomasseanlagen

Die Anforderungen an die planungsrechtliche Zulässigkeit von Biogasanlagen sind in § 35 I Nr. 6 BauGB 2011/2013 präzisiert worden. Biomasseanlagen, die der energetischen Nutzung von Biomasse im Rahmen eines Tierhaltungsbetriebs nach § 35 I Nr. 1, 2 oder 4 BauGB, sowie dem Anschluss solcher

Beurteilungsgrundlagen für Störungen durch Windenergieanlagen für Personen in der freien Landschaft OVG Hamburg, B. v. 28.8.2000 – 2 Bs 180/00 – NuR 2001, 52 = NVwZ 2001, 98.

25 OVG Münster, Urt. v. 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – DVBl 2002, 723 = ZUR 2002, 300.

26 VGH München, Urt. v. 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14 u. a. – DVBl 2016, 1259 – m. Anm. *Krautzberger/Stier*, 1268 – Länderöffnungsklausel.

Anlagen an das öffentliche Versorgungsnetz dient, sind unter folgenden Voraussetzungen privilegiert: (a) das Vorhaben steht in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit dem Betrieb, (b) die Biomasse stammt überwiegend aus dem Betrieb oder überwiegend aus diesem und aus nahe gelegenen Betrieben nach den Nrn. 1, 2 oder 4, soweit letzterer Tierhaltung betreibt, (c) es wird je Hofstelle oder Betriebsstandort nur eine Anlage betrieben und (d) die Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas überschreitet nicht 2,3 Millionen Normkubikmeter Biogas pro Jahr, die Feuerungswärmeleistung anderer Anlagen überschreitet nicht 2,0 Megawatt.

### **g) Atomenergie**

Nach der mit dem Atomausstieg verbundenen Energiewende war es folgerichtig, die Atomkraftwerke im Außenbereich nicht mehr uneingeschränkt für privilegiert zulässig zu erklären. Die Neuerrichtung von Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität ist vielmehr aus der Außenbereichsprivilegierung ausgenommen (§ 35 I Nr. 7 BauGB 2011). Damit hat der Gesetzgeber einen bereits mit dem Atomausstieg des Jahres 2000 sich abzeichnenden Schritt in das Städtebaurecht übernommen. Die Ausnahme erfasst lediglich die Neuerrichtung von Atomkraftwerken (§ 7 I 2 AtG), nicht jedoch die Veränderung von Anlagen oder ihres Betriebes (§ 7 I 3 AtG). Auch Anlagen, die der Erforschung und Entwicklung der Kernenergie sowie der Entsorgung radioaktiver Abfälle dienen, sind weiterhin privilegiert.

### **h) Sonnenenergie**

Erstmals privilegiert wurde durch § 35 I Nr. 8 BauGB 2011 auch die Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden, wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist. Die Privilegierung bezieht sich auf Flächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden, nicht auf sonstige bauliche Anlagen. Gebäude sind dabei selbstständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und vorrangig dazu bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen (§ 51 EEG 2014). Durch die Gesetzesänderung werden zugleich Fragen beantwortet, die sich in der Praxis stellen.

## **3. Sonstige Vorhaben gem. § 35 II BauGB**

Sonstige nicht privilegierte Vorhaben können nach § 35 II BauGB im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Die Voraus-

setzung der gesicherten Erschließung ist eine klarstellende Ergänzung, da die Erschließung, auch wenn sie nicht ausdrücklich genannt wird, zu den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Bauplanungsrechts gehört. Trotz der Formulierung „können im Einzelfall“ ist § 35 II BauGB keine Ermessensvorschrift. Wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, ist das Vorhaben planungsrechtlich zulässig.

Im Gegensatz zu den privilegierten Vorhaben, bei denen öffentliche Belange nicht entgegenstehen durften, sind die sonstigen Vorhaben bereits unzulässig, wenn sie öffentliche Belange beeinträchtigen. Dies hebt die besondere Stellung der privilegierten Vorhaben hervor. Die beachtlichen Belange sind in § 35 III BauGB beispielhaft aufgezählt, durch das BauROG sind diese Belange neu gegliedert worden, zum Teil aber auch inhaltlich ergänzt worden. Weitere Anforderungen sind in § 35 III 2, 3 BauGB geregelt.

#### 4. Darstellungsprivileg (§ 35 III 3 BauGB)

Nach § 35 III 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem privilegierten Vorhaben in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Ausgenommen von diesem Darstellungsprivileg waren schon damals die land- und forstwirtschaftlichen Nutzungen (§ 35 I Nr. 1 BauGB). Die Atomkraft (§ 35 I Nr. 7 BauGB) und die Solaranlagen (§ 35 I Nr. 8 BauGB) sind inzwischen als dem Darstellungsprivileg entzogene privilegierte Vorhaben hinzugetreten.

Ist eine gemeindliche Bauleitplanung unwirksam, so hat dies traditionell die Folge, dass Vorhaben in aller Regel planungsrechtlich unzulässig sind, weil sie sich nicht auf eine entsprechende Plangrundlage stützen können. Beim Darstellungsprivileg nach § 35 III 3 BauGB ist dies genau umgekehrt. Sind die Darstellungen des Flächennutzungsplans auch nur an einer Stelle des Plangebietes nicht richtig abgewogen, zerplatzt das gesamte Steuerungssystem wie ein mit einer feinen Nadel angestochener Luftballon.

Standortbezogene Ausweisungen können sich sowohl aus der gemeindlichen Flächennutzungsplanung als auch aus der Regionalplanung ergeben.<sup>27</sup>

##### a) Flächennutzungsplanung

Im Flächennutzungsplan kann durch eine Kombination von Zulassung und Ausschluss eine Bündelung von privilegierten Anlagen erreicht werden. Die Ausweisung kann vergleichbar dem Modell des § 8 VII ROG vor allem durch Vorrangflächen oder durch Eignungsflächen erfolgen.<sup>28</sup> Vorrangflächen geben

<sup>27</sup> Stüer/Vildomec, BauR 1998, 427.

<sup>28</sup> So § 5 II Nr. 11 BauGB-Regierungsentwurf.

den Anlagen eine besondere Bevorrechtigung. Bei Eignungsflächen können sich andere Nutzungsinteressen in der nachvollziehenden Abwägung noch eher behaupten. Die mit diesen Standortausweisungen verbundenen Ausschlusswirkungen für das übrige Gemeindegebiet sind allerdings nicht strikt, sondern gelten nur für den Regelfall. Auch in den Ausschlussbereichen kann daher ein privilegiertes Vorhaben zulässig sein, wenn es sich im Ausnahmefall gegenüber der gemeindlichen Planung durchsetzt. Dabei darf allerdings die Gesamtkonzeption des Flächennutzungsplans nicht infrage gestellt werden.

Die negativen und die positiven Komponenten der Darstellungen bedingen einander. Das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nur dann rechtfertigen, wenn die Gemeinde sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. § 35 III 3 BauGB bietet der Gemeinde die Möglichkeit, privilegierte Vorhaben, mit Ausnahme von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, auf bestimmte Standorte zu konzentrieren. Der Gemeinde ist es aber grundsätzlich verwehrt, eine vom Gesetzgeber privilegiert zugelassene Nutzung für das gesamte Gemeindegebiet auszuschließen, damit von der Gemeinde insgesamt fernzuhalten und in andere Planungsräume zu verweisen. Sie darf jedoch öffentliche Belange formulieren, die einem an sich privilegierten Vorhaben in bestimmten Bereichen des Gemeindegebietes entgegenstehen können, wenn dies durch eine nachvollziehbare Konzeption gerechtfertigt ist.<sup>29</sup>

Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt gem. § 35 III 1 Nr. 1 BauGB insbesondere dann vor, wenn das Vorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht (unmittelbar widersprechende Darstellungen).<sup>30</sup> Dem Vorhaben entgegenstehen können öffentliche Belange nur dann, wenn die der Errichtung widersprechenden Darstellungen im Einzelfall bereits vorhandene entgegenstehende Belange unterstützen und die Darstellungen hinreichend konkret sind. Auch im Rahmen der nach § 35 BauGB erforderlichen „nachvollziehenden Abwägung“ können sich die Darstellungen eines Flächennutzungsplans nur dann gegen die Zulässigkeit eines privilegierten Vorhabens durchsetzen, wenn sie dieser Nutzung an dieser Stelle sachlich und räumlich eindeutig widersprechen. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn an der beantragten Stelle eine Fläche für Land- oder Forstwirtschaft nach § 5 II Nr. 9 BauGB dargestellt ist, da dem Außenbereich ohnehin vorrangig diese Funktion zukommt. Nur eine konkrete andere Nutzungszuweisung, die auch in der Begründung zum Ausdruck gekommen ist – beispielsweise die Darstellung einer Fläche zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft nach § 5 II Nr. 10 BauGB – vermag

---

29 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt.

30 BVerwG, B. v. 8.11.1999 – 4 B 85.99 – BauR 2000, 1171 – Bebauungszusammenhang.

einen Widerspruch zwischen dem privilegierten Vorhaben und Flächennutzungsplan zu begründen. Das ist aber nur dann der Fall, wenn das konkrete Vorhaben die im Flächennutzungsplan vorgesehene Nutzung unmöglich machen würde. Sind beide Nutzungen nebeneinander möglich, so widersprechen sie sich nicht.

Zwar hat auch die positive Darstellung einer konkreten Nutzung im Flächennutzungsplan eine lediglich unterstützende Wirkung für diese Nutzungsform, doch werden einer beantragten Windenergieanlage unter Berücksichtigung ihrer Privilegierung i. d. R. keine öffentlichen Belange mehr entgegenstehen, wenn der beantragte Standort im Flächennutzungsplan für die Windkraftnutzung ausgewiesen ist (unterstützender Darstellungen). Im Rahmen der Standortplanung durch die Gemeinden sind etwa für Windenergieanlagen folgende Kriterien zu berücksichtigen: die Windverhältnisse, die anzustrebende Konzentration der Anlagen, günstige Einspeisemöglichkeiten in das Stromnetz, die leichte Erschließbarkeit durch bereits vorhandene Wege und die vorrangige Nutzung solcher Standorte, die schon durch technische Anlagen vorbelastet sind.<sup>31</sup> Ausgeschlossen ist die Errichtung von Windkraftanlagen in der Regel in Natur- und Vogelschutzgebieten<sup>32</sup> oder Nationalparks. In Landschaftsschutzgebieten ist die Windkraftnutzung nur unter besonderen Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig.<sup>33</sup>

Für Darstellungen des Flächennutzungsplans mit den Rechtswirkungen des § 35 III 3 BauGB können sachliche Teilflächennutzungspläne aufgestellt werden (§ 5 II a BauGB). Der Teilflächennutzungsplan ist damit in seinem Schicksal nicht von der Wirksamkeit des Ursprungsflächennutzungsplans abhängig. Allerdings ist offen, ob und in welchem Umfang das Darstellungsprivileg des § 35 III 3 BauGB die Ausschlusswirkung auch dann entfalten kann, wenn es sich auf räumliche Teile des Gemeindegebietes bezieht. Es spricht einiges dafür, den Gemeinden auf der Grundlage dieser Regelung die Möglichkeit zu geben, die Ausschlusswirkung der Darstellungen auch dann auf bestimmte Teile des Gemeindegebietes zu erstrecken, wenn sich das gemeindliche Konzept noch nicht abschließend auf das gesamte Gemeindegebiet erstreckt.

## b) Regionalplanung

Neben der kommunalen Flächennutzungsplanung kann auch die Regionalplanung standortbezogene Aussagen zu an sich privilegierten Vorhaben nach § 35 I Nr. 2 bis 6 BauGB enthalten. Bei der räumlichen Steuerung durch einen

31 Wagner, UPR 1996, 373 m. w. N.; Runderlass NRW, II. 3.4.

32 Vgl. dazu die EG-Vogelschutz-Richtlinie abgedruckt bei Stüer, Bau- und Fachplanungsgesetze 1999, 881.

33 Die Reichweite der Bindungen einer Landschaftsschutzverordnung regelt das jeweilige Landesrecht, OVG Münster, Urt. v. 11.1.1999 – 7 A 2377/96 – NuR 1999, 704 = BauR 2000, 62 – Landschaftsplan.

Regionalplan ist zwischen der Festlegung von Zielen und Grundsätzen der Raumordnung zu unterscheiden. Ziele der Raumordnung sind verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten und bestimmbar, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes (§ 3 I Nr. 2 ROG). Ziele der Raumordnung entfalten gegenüber der kommunalen Bauleitplanung gem. § 1 IV BauGB Bindungswirkung in Form einer Anpassungspflicht. Grundsätze der Raumordnung sind hingegen allgemeine Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums in oder aufgrund von § 2 ROG als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen (§ 3 I Nr. 3 ROG).<sup>34</sup> Sie sind im Rahmen der kommunalen Bauleitplanung gem. § 1 V, VI BauGB als öffentliche Belange in die Abwägung einzustellen und dort nach Lage des Einzelfalls durch andere, überwiegende Belange überwindbar. Sowohl Ziele als auch Grundsätze entfalten zudem gegenüber konkreten Außenbereichsvorhaben Bindungswirkung.<sup>35</sup>

### c) Abwägungsabschichtungsklausel

Raumbedeutsamen privilegierten Vorhaben (§ 35 I BauGB) können nach § 35 III 2 HS 2 BauGB öffentliche Belange nicht entgegengehalten werden, soweit sie bereits bei der Darstellung des Vorhabens als Ziele der Raumordnung in den Plänen i. S. der §§ 8 oder 9 ROG abgewogen worden sind. Dadurch kann das Ergebnis einer landesplanerischen Prüfung über die Abwägung überörtlicher bedeutsamer Standortfragen übernommen werden.

## 5. Teilprivilegierte Außenbereichsvorhaben (§ 35 IV BauGB)

Nach § 35 IV BauGB sind bestimmte Vorhaben im Außenbereich insoweit begünstigt, als ihnen einzelne öffentliche Belange nicht entgegengehalten werden können. Dies gilt allerdings nur für den Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans oder eines Landschaftsplans, die Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft und der Befürchtung der Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung. Die Beeinträchtigung aller übrigen, insbesondere der sonstigen in § 35 III BauGB genannten Belange bleibt weiterhin bedeutsam. Dies wird durch den Zusatz „soweit sie im Übrigen außenbereichsverträglich i. S. d. § 35 III BauGB sind“ klargestellt. Die Begünstigungen sind in § 35 IV 1 BauGB in sechs Fallgruppen untergliedert: Nutzungsänderung landwirtschaftlicher Gebäude (§ 35 IV

---

<sup>34</sup> *Runkel*, S. 4; Runderlass NRW, III. 2.1.

<sup>35</sup> Zum verbleibenden Konkretisierungsspielraum der Gemeinden: *Stür/Vildomec*, BauR 1998, 427.

Nr. 1 BauGB), Ersatzbau (§ 35 IV Nr. 2 BauGB), Wiederaufbau zerstörter Gebäude (§ 35 IV Nr. 3 BauGB), Erhaltenswerte Gebäude (§ 35 IV Nr. 4 BauGB), Erweiterung von Wohngebäuden (§ 35 IV Nr. 5 BauGB) und Erweiterung von gewerblichen Betrieben (§ 35 IV Nr. 6 BauGB). Durch das GeROG 2009 können die Länder die Nutzungsänderung landwirtschaftlicher Gebäude (§ 35 IV Nr. 1 BauGB) auch über die Siebenjahresfrist nach Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung zulassen.

§ 35 IV 1 Nr. 1 a) BauGB begünstigt Nutzungsänderungen bei Vorliegen einer erhaltenswerten Bausubstanz. § 35 IV 2 BauGB 2013 hat das auf Fälle einer optisch intakten Bausubstanz erweitert, die aber so marode ist, dass nur eine Neuerrichtung in Betracht kommt. In begründeten Einzelfällen gilt danach die Rechtsfolge des § 35 IV 1 BauGB auch für die Neuerrichtung eines Gebäudes im Sinne des § 35 I Nr. 1 BauGB, dem eine andere Nutzung zugewiesen werden soll, wenn das ursprüngliche Gebäude vom äußeren Erscheinungsbild auch zur Wahrung der Kulturlandschaft erhaltenswert ist, keine stärkere Belastung des Außenbereichs zu erwarten ist als in Fällen des Satzes 1 und die Neuerrichtung auch mit nachbarlichen Interessen vereinbar ist; § 35 IV 1 Nr. 1 b) bis g) BauGB gilt entsprechend. Für diese Fälle soll im Einzelfall auch eine Neuerrichtung von Gebäuden begünstigt werden. Grundvoraussetzung hierfür ist allerdings, dass das ursprüngliche Gebäude vom äußeren Erscheinungsbild zur Wahrung der Kulturlandschaft erhaltenswert erscheint und bei der Neuerrichtung der Außenbereichsschutz und nachbarliche Interessen gewahrt bleiben. Durch die entsprechende Anwendbarkeit der Voraussetzungen für die Nutzungsänderung bei Beibehaltung des Gebäudes (§ 35 IV 1 Nr. 1 b) bis g) BauGB) wird zudem verlangt, dass sich der Neubau im Wesentlichen an der äußeren Gestalt des bisherigen Gebäudes, einschließlich der Kubatur, orientiert.

Entsprechendes gilt bis Ende 2019 auch für Vorhaben, die der Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden dienen. Das Vorhaben muss im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit nach §§ 30 oder 34 BauGB zu beurteilenden baulichen Flächen innerhalb des räumlichen Siedlungsbereichs erfolgen.

## 6. Außenbereichssatzung

Nach § 35 VI BauGB kann die Gemeinde in nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägten Bereichen mit einer Wohnbebauung von einigem Gewicht eine Außenbereichssatzung aufstellen. Wohnbauten i.S.d. § 35 II BauGB kann dann nicht entgegengehalten werden, dass sie einer Darstellung im Flächennutzungsplan über Flächen für Landwirtschaft oder Wald widersprechen oder die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten lassen (Satz 1). Dies kann auch für kleinere Handwerks- und Gewerbebetriebe bestimmt werden (Satz 2). In der Satzung können nähere

Bestimmungen über die Zulässigkeit getroffen werden (Satz 3). Die Satzungen müssen mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung vereinbar sein, dürfen keine Vorhaben umfassen, die einer UVP unterliegen oder vorprüfungspflichtig sind (Anlage 1 zum UVPG), oder Belange des Habitat- oder Vogelschutzes berühren (Satz 4). Die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung wird im vereinfachten Verfahren durchgeführt (§ 13 BauGB); eine Genehmigung durch die höhere Verwaltungsbehörde ist nicht erforderlich (Satz 6).

## **7. Sonderregelungen für Flüchtlingsunterkünfte (§ 246 BauGB)**

Einen wichtigen Ausschnitt des Gesamtpakets zur Bewältigung der Flüchtlingsunterbringung bildet die BauGB-Novelle 2015, die an die BauGB-Novelle 2014 zur Flüchtlingsaufnahme anschließt. Mit der sich im Laufe des Jahres 2015 abzeichnenden massiven Zunahme der Flüchtlingszahlen begannen im August 2015 unter Federführung des Bundesministeriums des Innern (BMI) – unter Einbindung der Staatskanzleien und Innenressorts der Länder – ressortübergreifende Vorbereitungen für ein umfassendes „Asylpaket“. Von Anfang an sollten hierbei auch „bau- und vergaberechtliche Hemmnisse“ bei der Schaffung von Flüchtlingsunterkünften, einschließlich des Bauplanungsrechts, in den Blick genommen werden. Das gilt vor allem für Flüchtlinge und Asylsuchende mit Bleibeperspektive.

Die bis Ende 2019 befristeten ergänzenden Regelungen sind in § 246 VIII, XI bis XVII BauGB enthalten. Die Ausnahmen in Baugebieten nach § 34 IIIa BauGB werden auf alle baulichen Anlagen erweitert. Soweit in Baugebieten nach §§ 2 bis 7 BauNVO Ausnahmen für soziale Zwecke zugelassen werden können, gilt dies auch für Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünfte für Flüchtlinge und Asylbegehrende (§ 246 XI BauGB). Für längstens 3 Jahre kann die Errichtung mobiler Unterkünfte für Flüchtlinge und Asylbegehrende sowie Nutzungsänderungen baulicher Anlagen in Gewerbe- und Industriegebieten sowie in Sondergebieten (§§ 8 bis 11 BauNVO) durch Befreiung zugelassen werden (§ 246 XII BauGB). Ebenfalls auf drei Jahre befristet können im Außenbereich mobile Unterkünfte für diesen Zweck zugelassen werden oder auch längerfristig im Falle von Nutzungsänderungen von den Festsetzungen in Gewerbe-, Industrie- und Sondergebieten befreit werden (§ 246 XIII BauGB).

Reichen diese Maßnahmen nicht aus, kann bei Gemeinschaftseinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünften und sonstigen Unterkünften für Flüchtlinge oder Asylbegehrende von den planungsrechtlichen Vorschriften nach dem Vorbild des § 37 BauGB abgewichen werden. Die Zeit für die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB wird auf einen Monat verkürzt. Auch bei Außenbereichsvorhaben muss die Naturschutzbehörde sich innerhalb eines Monats äußern, wenn sie vermeiden will, dass die Be-

lange des Naturschutzes und des Landschaftsschutzes als nicht berührt angesehen werden (§ 246 XV BauGB, § 18 II 2 BNatSchG). Die Befristungen auf Ende 2019 beziehen sich auf den Zeitpunkt der baurechtlichen Zulassung. Deren Geltungsdauer kann darüber hinausgehen. Die Regelungen betreffen (vom Ansatz her vorübergehende) Flüchtlingsunterkünfte, nicht Gebäude oder Räume für die Bereitstellung einer (dauerhaften) Wohnnutzung. Der vorübergehende Charakter der Unterbringung von Flüchtlingen und Asylberechtigenden ist daher vom Ausgangspunkt her Gegenstand der BauGB-Flüchtlingsnovelle 2014 und der ergänzenden bis Ende 2019 befristeten Regelungen in § 246 BauGB 2014/2015.

## II. Reformbedarf

Kann das dargestellte gesetzliche Konzept so beibehalten werden oder bedarf es einer Reform? Aber in welche Richtung sollen die Vorschriften novelliert werden? Ist angesichts des starken Siedlungsdrucks eine weitere Öffnung des Außenbereichs für vor allem weitere bauliche Nutzungen angemessen oder ist es im Gegenteil eher erforderlich, die Zügel straffer anzuziehen und einer weiteren Inanspruchnahme von Freiflächen entgegenzuwirken?

„Das Bauen im Außenbereich soll erleichtert werden.“ Dieses Motto zieht sich wie ein roter Faden durch die verschiedenen Gesetzesänderungen, die das BBauG seit seinem Inkrafttreten 1960 durch die Novellen 1976 und 1979, durch das BauGB 1986 und das BauGB-MaßnG 1990 und 1993 sowie durch die weiteren Novellen erfahren hat. Von der lediglich aus drei kurzen Absätzen bestehenden Ursprungsfassung des § 35 BBauG hat sich durch zahlreiche Gesetzesänderungen eine Fassung des Außenbereichsparagraphen herausgebildet, die zu einer erheblichen Erweiterung der Bebauungsmöglichkeiten im Außenbereich und gelegentlich auch zu einem gesetzgeberischen Aktionismus<sup>36</sup> geführt hat.

Im Interesse eines wirksamen Außenbereichsschutzes können diese Erweiterungstendenzen nicht fortgeschrieben werden. Vielmehr muss es darum gehen, das Bauen im Außenbereich auf ein sinnvolles Maß zu begrenzen. Zugleich gilt es, die kompliziert gewordenen Regelungen auf eine überschaubarere und für die Praxis einfacher zu handhabende rechtliche Basis zurückzuführen. Es ist daher eine inhaltliche Rückführung der Bebauungsmöglichkeiten im Außenbereich sowie eine sprachlich übersichtlichere Fassung des Außenbereichsparagraphen empfehlenswert.

---

36 *Scharmer*, Das Bebauungsrecht im unbepflanzten Innenbereich, 1992, 127, der auf „situative Steuerungs- und Gegensteuerungsimpulse“ verweist und sich auch auf Rupp, Politische Anforderungen an eine zeitgemäße Gesetzgebungslehre, 1986, 42, beruft.

## 1. Konzept

Der Novellierungsbedarf für Vorhaben im Außenbereich steht in einem größeren Zusammenhang einer städtebaulichen Gesamtkonzeption. Reformvorstellungen zu § 35 BauGB müssen daher eingebunden sein in ein städtebauliches Modell, das einen sachgerechten Ausgleich zwischen berechtigten baulichen Nutzungen einerseits und den Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes sowie Umweltschutzes andererseits beinhaltet. Eine Novelle des Städtebaurechts sollte dabei an Zielvorstellungen ausgerichtet werden, die sich etwa in folgenden Thesen zum Städtebau zusammenfassen lassen:<sup>37</sup>

1. Für den Außenbereich müssen die Hauptfunktionen eines naturnahen Landschaftsraumes mit einer land- und forstwirtschaftlichen Nutzung im Vordergrund stehen. Andere, vor allem bauliche Nutzungen, sind nur in dem Umfang zuzulassen, wie sie unbedingt erforderlich sind und die Außenbereichs-Hauptfunktionen nicht erheblich beeinträchtigen.
2. Im Außenbereich ist zwischen Neubaumaßnahmen, Ersatzbau, Nutzungsänderungen mit baulichen Maßnahmen und Erweiterungen zu unterscheiden. Neubaumaßnahmen sind nur in unabweisbaren Privilegierungsfällen zuzulassen. Ersatzbauten können im Sinne eines erweiterten Bestandsschutzes vor allem bei Gebäudezerstörungen durch außergewöhnliche Ereignisse zugelassen werden. Nutzungsänderungen, die von baulichen Maßnahmen begleitet sind, und Erweiterungen von vorhandenen baulichen Anlagen setzen ein dringendes Erfordernis und berechtigtes Anliegen voraus. Im Übrigen hat der Schutz des Außenbereichs Vorrang.
3. Zugleich muss das Städtebaurecht als Instrument zur Bereitstellung von ausreichendem Bauland verstanden werden. Nur so kann gewährleistet werden, dass das Bauen insgesamt auf einem tragbaren Kostenniveau stattfindet und nicht an überhöhten Baulandpreisen scheitert. Auch einkommenschwachen Haushalten muss die Eigentumbildung ermöglicht werden.
4. Das Städtebaurecht muss daher von unnötigem Ballast bei der Aufstellung und Änderung der Bauleitpläne und bei der Durchführung der Verfahren entlastet werden. Die Bestandskraft der Bauleitpläne muss gestärkt werden. Die Vorschriften über die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben müssen für die Praxis klare und einfach anzuwendende Vorgaben enthalten.
5. Der angestrebte sparsame Flächenverbrauch und der Außenbereichsschutz muss durch eine stärkere Nutzung der bebaubaren Flächen unterstützt werden. Sinnvolle Nachverdichtungsmaßnahmen dürfen nicht an Versiegelungsklauseln oder anderen überzogenen Forderungen scheitern.

---

<sup>37</sup> Eva-Maria Stür, *Der Außenbereichsschutz*, S. 227.

6. Wohnen und Arbeit müssen im Sinne der kurzen Wege stärker als bisher zusammengeführt werden. Die Auflockerung der strikten Trennung von Gewerbe- und Wohngebieten und ein Miteinander von nicht störender gewerblicher Nutzung und Wohnnutzung vermindert endlose Pendlerströme und ist damit auch unter ökologischen Gesichtspunkten erforderlich.
7. Der städtebauliche Vertrag muss als eigenständiges Instrument der Kooperation zwischen Verwaltung und Bürger ausgebaut werden. Gemeinde und Bauherr müssen in die Lage versetzt werden, einzelfallbezogene Regelungen zu treffen, die an die Stelle eines strikten Gesetzesvollzuges treten, wenn diese Regelungen sachlich angemessen sind. Zugleich sollte die Bestandskraft der vorhabenbezogenen Bebauungspläne und der sie begleitenden städtebaulichen Verträge gesichert werden.
8. Belange des Wohnbedarfs oder der Gewerbe- und Industrieansiedlung haben ebenso wie Natur- und Umweltschutzbelange keinen absoluten oder relativen Vorrang. Sie unterliegen vielmehr einer Abwägung im Einzelfall, in die alle betroffenen prinzipiell gleichwertigen Belange einzustellen und zum Ausgleich zu bringen sind. Ein stärkerer Schutz des Außenbereichs wird sich letztlich nur erreichen lassen, wenn er kompensiert und flankiert wird durch stärkere Nutzung der vorhandenen Siedlungsräume einschließlich von Nachverdichtungsmaßnahmen<sup>38</sup>. Dabei müssen durch eine Abwägungsklausel im Naturschutzrecht auch Erleichterungen bei den Ausgleichsmaßnahmen zugelassen werden.
9. Der Bebauungsplan darf sich nicht als starres Vollzugsinstrument verstehen. Die vereinfachte Änderung von Bebauungsplänen muss erleichtert und eine Abweichung von den Festsetzungen im Rahmen einer städtebaulichen Vertretbarkeit gewährleistet werden. Auch die Vorschriften zum nicht beplanten Innenbereich sind so auszugestalten, dass sie einen flexiblen Rahmen für sich einfügendes Baugeschehen und die Entwicklung gewachsener Strukturen gewährleisten.
10. Das Städtebaurecht des Bundes ist auf flankierende Maßnahmen der Länder angewiesen. Die Landesbauordnungen haben mit den Genehmigungs-freistellungen Verfahrenserleichterungen gebracht, allerdings auch eine Kluft zwischen landesrechtlich verfügbaren Freistellungen und nach wie vor zu wählenden baurechtlichen Anforderungen entstehen lassen.
11. Die Außenbereichsvorschrift in § 35 BauGB muss stärker als bisher zu einem zentralen Umweltschutzparagraphen des Städtebaurechts entwickelt werden. Eine bauliche Nutzung ist nur dort zuzulassen, wo sie auch unter Berücksichtigung der Freiraumfunktion des Außenbereichs unverzichtbar ist. Die Privilegierungstatbestände des § 35 I BauGB müssen auf das unbedingt erforderliche Maß reduziert und auch die Teilprivilegie-

---

38 Scholtissek, DWW 1991, 99.

rungen auf diejenigen Fallgestaltungen begrenzt werden, in denen die Inanspruchnahme des Außenbereichs für außenbereichsfremde Nutzungen unabweisbar ist.

12. Das Städtebaurecht muss allerdings auch das erforderliche Instrumentarium für die Bereitstellung von Bauland zur Verfügung stellen. Andererseits muss den Belangen des sparsamen Flächenverbrauchs und den Natur- und Umweltbelangen ausreichend Rechnung getragen werden<sup>39</sup>. Der in diesen heterogenen Zielvorstellungen angelegte Konflikt kann wohl nur dadurch sachgerecht gelöst werden, dass die weitere städtebauliche Entwicklung vorwiegend auf die Innenentwicklung konzentriert wird, während der Außenbereich stärker als bisher von der Freiraumfunktion bestimmt ist. Dies würde auch dem Staatsziel Umweltschutz in Art. 20a GG gerecht werden, das Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung verpflichtet, bei ihren Entscheidungen Belangen des Umweltschutzes Rechnung zu tragen. Die Gemeinden müssen daher durch das Städtebaurecht in die Lage versetzt werden, in Gebieten mit Bebauungsplan Nachverdichtungen auszuweisen<sup>40</sup>. Auch im nicht beplanten Innenbereich muss eine intensivere Nachverdichtung ermöglicht werden. Dies könnte durch eine behutsame Erweiterung der Genehmigungstatbestände des § 34 BauGB geschehen. Es könnte auch einiges dafür sprechen, die Abweichungsregelung in § 31 I und II BauGB mit den danach möglichen Ausnahmen und Befreiungen behutsam zu erweitern und in der jeweiligen Einzelfallentscheidung der Baugenehmigungsbehörde als eigenständige Legitimationsquelle auszubauen, die neben die planerische Aussage des Bebauungsplanes tritt. Vergleichbare Erweiterungen könnten sich auch im nicht beplanten Innenbereich als zweckmäßig erweisen. Aus diesen Ausgangsüberlegungen leitet sich ein Reformbedarf sowohl des § 35 BauGB als auch flankierender Regelungen ab.

## 2. Stärkung der gemeindlichen Planungshoheit

Die Reform sollte den Planungsträgern eine vereinfachte Handhabung des Darstellungsprivilegs ermöglichen. Die vielschichtigen Anforderungen, die von der Rechtsprechung insbesondere bei der Konzentrationsplanung für Windenergieanlagen aufgestellt worden sind, sollten auf ein für die Träger der Planungshoheit erfüllbares Maß zurückgeführt werden. Nach der erheblichen Verringerung der Förderung der Windenergieanlagen durch das EEG 2017 ist der Druck derartiger Anlagen auf den Außenbereich ohnehin zurückgegan-

---

<sup>39</sup> *Kauch*, DVBl 1993, 1033.

<sup>40</sup> Hier könnte auch die Heraufsetzung der Höchstmaße der baulichen Nutzung in § 17 BauNVO und eine Erstreckung des § 20 III BauNVO für den Dachgeschoßausbau oder die Kellernutzung auch auf bereits vor dem Jahre 1990 bestehende Bebauungspläne hilfreich sein.

gen. Wird die Privilegierung der Windenergie beibehalten, sollten den Gemeinden und den regionalen Planungsträgern ein vereinfachtes Steuerungsinstrument bereitgestellt werden. Die Privilegierung der Windenergie könnte etwa bereits dann entfallen, wenn der gemeindliche oder regionale Planungsträger bestimmte Standorte für die privilegierte Nutzung ausweist. Das sollte auch dann gelten, wenn eine Untersuchung des gesamten Planungsraumes nicht erfolgt ist. Hierdurch könnte etwa mit anderen nach der BauNVO grundsätzlich zulässigen Nutzungen gleichgezogen werden, ohne dass der gesamte Planungsraum durch die Hand gehen muss. Auch bei der Ausweisung beispielsweise von Einzelhandelsnutzungen oder Vergnügungsstätten sind die kommunalen Planungsträger zur Zufriedenheit der Praxis und der Rechtsprechung bisher gut verfahren, ohne dass jeweils das große Rad eines alle Teile des Planungsraumes untersuchenden Konzeptes gedreht worden ist.

### **3. Redaktionelle Änderungen bei den öffentlichen Belangen (§ 35 II und III BauGB)**

Die öffentlichen Belange wirken nach der gegenwärtigen Rechtslage in unterschiedlicher Weise auf die planungsrechtliche Zulässigkeit von Außenbereichsvorhaben ein. Die in § 35 I BauGB einem privilegierten Außenbereichsvorhaben entgegenstehenden Belange werden dort nicht benannt. Für die durch ein sonstiges Vorhaben beeinträchtigten öffentlichen Belange enthält § 35 II BauGB einen inzwischen recht umfangreichen Beispielskatalog. Im Sinne der Verkürzung der Vorschrift könnte es sich empfehlen, auf eine Aufzählung der einzelnen möglicherweise beeinträchtigten öffentlichen Belange zu verzichten. Das würde auch der früheren Fassung der Innenbereichsvorschrift des § 34 I BBauG entsprechen, in der die öffentlichen Belange ohne Aufzählung im Einzelnen erwähnt waren. Die Streichung des Katalogs könnte vor allem auch deshalb angezeigt sein, weil die Frage der Beeinträchtigung der öffentlichen Belange durch die Rechtsprechung geklärt ist und die Aufzählung ohnehin nicht abschließend ist.

### **4. Zurückführung der teilprivilegierten Vorhaben**

Neben den privilegierten Vorhaben sollte es auch weiterhin eine Gruppe von Vorhaben geben, die unter bestimmten Voraussetzungen planungsrechtlich erleichtert zulässig sind. Allerdings erscheint die bisherige Gesetzesfassung aus den dargelegten Gründen als zu weitgehend. Die Teilprivilegierungsfälle müssen im Sinne eines wirksameren Außenbereichsschutzes auf ihren Kern-

bereich zurückgeführt werden<sup>41</sup>. Es empfiehlt sich daher, die Teilprivilegierungsregelungen mit neuen Strukturen zu versehen und die einzelnen Teilprivilegierungsfälle nach Gruppen zusammenzufassen. Dabei sind vier Bereiche zu unterscheiden: Neubau, Ersatzbau, Nutzungsänderung und Umbau sowie Erweiterungen.

Die bisherigen, in den Einzelvoraussetzungen teilweise recht unübersichtlichen Fallgestaltungen der Teilprivilegierungsregelungen in § 35 IV BauGB lassen sich in die vorgenannten vier Gruppen gliedern. Auf eine allgemeine Generalklausel muss allerdings ebenso wie bereits bei den privilegierten Vorhaben in § 35 I BauGB verzichtet werden<sup>42</sup>. Unter Neubaumaßnahmen wird dabei eine erstmalige Inanspruchnahme des Außenbereichs durch bauliche Anlagen verstanden. Ersatzbauten betreffen bauliche Anlagen, die als Ersatz für bereits vorhandene Gebäude erstellt werden. Eine weitere Gruppe bilden Nutzungsänderungen von baulichen Anlagen, wobei zumeist eine mehr oder weniger große Umbautätigkeit hinzutritt. Die vierte Gruppe teilprivilegierter Vorhaben sind Erweiterungen bestehender baulicher Anlagen für Wohnen und Gewerbe. Es empfiehlt sich, die künftigen Regelungen der Teilprivilegierungsmöglichkeiten nach diesen Gruppen und nicht nach den jeweils wechselnden städtebaulichen Einzelanliegen zu gliedern. Das Gesetz könnte dadurch nicht nur übersichtlicher gefasst, sondern auch durch eine Begrenzung auf diese Fälle besser als bisher zu einem wirksamen Außenbereichsschutz beitragen.

Außerdem könnte es sich empfehlen, die Innenbereichsregelungen mit einer eigenen Nachverdichtungsklausel sowie die Befreiungsregelungen § 31 II BauGB im Sinne der Stärkung der Innenentwicklung behutsam zu erweitern.

## 5. Artenschutz

Empfehlenswert ist die gesetzliche Regelung des Artenschutzes im Bereich des Städtebaurechts. Hier könnte durch eine Ergänzung des § 1 a BauGB im Sinne einer Vermutungsklausel ein Beitrag dazu geleistet werden, dass in Bauleitplänen ausgewiesene oder im Außenbereich privilegierte Vorhaben in aller Regel nicht an den Anforderungen des Artenschutzes scheitern. Zugleich könnten Doppelprüfungen bei städtebaulichen Planungen und der sich anschließenden Einzelgenehmigung nach Möglichkeit vermieden werden. Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses könnten etwa in der Regel angenommen werden, wenn das Vorhaben in einem Bauleitplan ausgewiesen ist, der Nachverdichtung im nicht beplanten Innenbereich dient oder im Außenbereich nach § 35 I BauGB privilegiert oder nach § 35 IV BauGB teilprivilegiert ist.

---

41 So bereits *Hoppe*, in: *Hoppe/Grotfels*, *ÖffBauR* § 8 Rn. 99.

42 So auch die *Schlichter-Kommission*, Rn. 069, S. 44.

## 6. Keine weitere Einschränkung der Landwirtschaft

Überlegungen, die Privilegierung der landwirtschaftlichen Nutzung weiter einzuschränken<sup>43</sup>, sollten nicht weiterverfolgt werden. Dies gilt sowohl für die Ausdehnung der UVP- und UVP-Vorprüfungspflicht über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus, als auch für Vorschläge, den Begriff der Landwirtschaft in § 201 BauGB wieder auf seine Ursprungsfassung zurückzuschneiden. Die gegenwärtige Fassung des § 201 BauGB, wonach es für eine landwirtschaftliche Ausreicht, dass das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann, sollte nicht verändert werden.

## 7. Behutsames Vorgehen angesagt

Bestrebungen, den Außenbereichsparagraphen im Sinne einer Ausweitung der Privilegierungstatbestände auszudehnen, sind aktuell nicht erkennbar. Vielmehr deutet alles darauf hin, dass der gegenwärtige Gesetzgebungsbestand bei einer kurzfristigen Betrachtung erst einmal unverändert erhalten bleibt. Das ist für die Praxis beruhigend. Denn nur eine weitgehende Bewahrung des Normenbestandes und allenfalls eine behutsame mittelfristige Anpassung des Städtebaurechts kann die Gewähr dafür bieten, dass die Planungsrechtsnormen in der Praxis ankommen und dort mit Leben erfüllt werden. Kleine wohlüberlegte Schritte, die den planenden Städten, Gemeinden und regionalen Planungsträgern die Anwendung des Planungsinstrumentariums erleichtern, sind im Städtebaurecht und vor allem auch bei den Außenbereichsregelungen wohl besser als ein großer Wurf.

---

<sup>43</sup> Entsprechende Vorüberlegungen sind im Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit entwickelt worden, so *Hendricks*, Umweltrechtliche Perspektiven, Jahrestagung 2016 der Gesellschaft für Umweltrecht, *Stüer*, DVBl 2017, 29.