

Bodenschutz und Baurecht auf Zeit im Außenbereich*

Von Prof. Dr. Michael Krautzberger, Bonn/Berlin

I. Ausgangslage: die Regelungen des Baugesetzbuchs

„Bodenschutz“ und „Baurecht auf Zeit“ sind Regelungsbereiche des Städtebaurechts, die eine Reihe von inneren Zusammenhängen aufweisen. Sie sind nicht für die Bauleitplanung bedeutsam, sondern ebenso für die Außenbereichsvorhaben. Im Folgenden wird den Zusammenhängen beider Regelungsbereiche im Städtebaurecht nachgegangen und sodann die besondere Ausformung im Recht der Zulassung von Außenbereichsvorhaben behandelt.

1. Zu den Regelungen des Bodenschutzes im Baugesetzbuch

a) „Bodenschutz“ wird im Baugesetzbuch vor allem mit der Bauleitplanung in Zusammenhang gebracht: Die sog. „Bodenschutzklausel“ des § 1a Abs. 2 BauGB zielt auf einen wesentlichen umweltpolitischen Aspekt der Bauleitplanung, die nach § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB dazu beitragen soll, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln. Im Rahmen der Bauleitplanung wird über das „Ob“ und „Wie“ der Inanspruchnahme von Flächen für bauliche Zwecke entschieden. Die Befugnis der Gemeinden, im Rahmen ihrer Zuständigkeit mit den Mitteln der Bauleitplanung die bauliche und sonstige Nutzung vorzubereiten und zu leiten, korrespondiert mit der Verpflichtung, dabei mit Grund und Boden sparsam und schonend umzugehen und die Bodenversiegelung auf das notwendige Maß zu begrenzen. Die Gemeinde hat dieser Verpflichtung nach Maßgabe des § 1 Abs. 6 Nr. 7b BauGB und § 1 Abs. 7 BauGB sowie § 1a Abs. 2 Satz 3 BauGB in der planerischen Abwägung nachzukommen. § 1a Abs. 2 BauGB enthält eine auf den Bodenschutz gerichtete und auf die speziellen Aufgaben der Bauleitplanung bezogene Verpflichtung für die Planung. Der Regelung des Verhältnisses von Bauleitplanung zu der sog. naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in § 1a Abs. 3 BauGB kommt hier gleichfalls Bedeutung zu, ohne dass im BBodSchG und im BNatSchG das Verhältnis beider sich beim Schutzgut z.T. überlappenden Regelungen näher spezifiziert wird.¹

b) Das BauGB enthält seit der BauGB-Novelle 2007² ein spezielles Planungsinstrument zur Umsetzung der Bodenschutzklausel: Das beschleunigte Verfahren für Bebauungspläne der Innenentwicklung nach § 13a BauGB. Die BauGB-Novelle 2007 ließ zwar die Bodenschutzklausel unverändert. § 13a über den „Bebauungsplan der Innenentwicklung“ griff jedoch in der gesetzlichen Beschreibung des Anwendungsbereichs wörtlich die Vorgabe des § 1a Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 auf, nämlich Bebauungspläne „für die Wiedernutzbarmachung von Flächen, Nachverdichtung und andere Maßnahmen zur Innenentwicklung“. Das rechtspolitische Ziel, das mit § 13a angestrebt wurde und wird, ist eine Begünstigung einer Entwicklung des Gemeindegebiets „nach innen“, d. h. von Bebauungsplänen zugunsten der Innenentwicklung. Dieses Ziel liegt dem Städtebaurecht wie eine Leitvorstellung zugrunde; sie ist kennzeichnend für das europäische Stadtverständnis, sieht sich aber angesichts massiver Wachstumstendenzen und einer Siedlungsentwicklung in die Fläche und das Umland der Städte und Gemeinden seit Jahrzehnten erheblichen Gefährdungen ausgesetzt: Wachstum der Städte in die Fläche hinein, Zersiedelung der Landschaft, Gefahr disperser Siedlungs- und Stadtstrukturen, peripherer „Einfamilienhausbrei“ und periphere, die gewachsenen urbanen Zentren gefährdende Handelszentren, die auf die Grüne Wiese außerhalb der Städte reichen.³

§ 13a setzt damit insbesondere auch die Leitlinie des § 1a Abs. 2 Satz Halbsatz 2 BauGB über das Ziel der gemeindlichen Innenentwicklung um. Der verpflichtende Charakter dieser Regelung findet in § 13a damit eine Instrumentierung.

c) Zu den weiteren städtebaurechtlichen Akzenten zugunsten der Innenentwicklung sind mit der BauGB-Novelle 2007 zusätzliche Akzente gesetzt worden, namentlich mit dem neuen städtebaulichen Belang der Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereich (§ 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB), den Festsetzungen zentraler Versorgungsbereiche (§ 9 Abs. 2a BauGB). Auch diesen Regelungen ist gemeinsam, dass sie eine Entwicklung der Kräfte einer Innenentwicklung gegenüber einer Zersiedelung und einer weiteren Inanspruchnahme von Boden stützen sollen

d) Für die Zulässigkeit von Vorhaben sieht das BauGB folgende Regelungen vor:

aa) Für die Vorhaben nach §§ 30 und 33 BauGB wird Bodenschutz über die Bauleitplanung, d. h. über planerische Bodenschutzklausel (§ 1a Abs. 2 BauGB) umgesetzt.

bb) Für § 34 BauGB enthält das BauGB keine spezielle Regelung. Soweit nicht das Bundesbodenschutzgesetz zur Anwendung kommen kann, gilt hier wie generell die Wertung des Gesetzgebers, dass die Verwirklichung von Innenbereichsvorhaben auch unter dem Aspekt des Bodenschutzes – im Vergleich mit einer weiteren Außenentwicklung und der Inanspruchnahme neuen Bodens – das „mildere“ Mittel sei. Eine entsprechende Wertung enthält das BauGB auch hinsichtlich der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung, die im Bereich des § 34 Abs. 1 und 2 BauGB nicht zur Anwendung kommt.

cc) Für Vorhaben nach § 35 BauGB sind mehrere Vorschriften für den Bodenschutz bedeutsam, auf die im Folgenden näher einzugehen ist:

– § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB über den Bodenschutz als „öffentlicher Belang“, den es bei der Zulassung von Vorhaben nach § 35 BauGB zu prüfen gilt.

– § 35 Abs. 5 Satz 1 BauGB mit einer speziellen Bodenschutzklausel für Außenbereichsvorhaben.

– § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB mit einer Regelung über den Rückbau „aufgegebener“ privilegierter Vorhaben und der Entsiegelung. § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB enthält Regelungen zur Sicherung sowohl der Bodenschutzklausel als auch der Rückbauverpflichtung.

e) Das BauGB hat mit den Regelungen über den Stadtbau in den §§ 171a bis 171d BauGB einen weiteren Aspekt des Bodenschutzes aufgenommen, nämlich die Unterstützung einer Städtebaupolitik des planmäßigen und nachhaltigen Rückbaus und der Innenentwicklung ermöglicht.

* Die Ausarbeitung geht auf einen Vortrag auf der Wissenschaftlichen Fachtagung der Technischen Universität Berlin „Planen und Bauen im Außenbereich“ zurück.

1 Vgl. hierzu weiter Krautzberger, 20 Jahre Bodenschutzklausel im Städtebaurecht, in: Festschrift für Rengeling, Köln 2008, S. 139.

2 Gesetz vom 21.12.2006 (BGBl. I S. 3316).

3 Vgl. Krautzberger a.a.O. (Fn. 1); ders. Bodenschutz im städtebaulichen Planungsrecht. Zur Bodenschutzklausel des Baugesetzbuchs, in: fub, Flächenmanagement und Bodenordnung 2008, S. 117.

Nach § 171a Abs. 2 Satz 2 BauGB sollen Stadtumbaumaßnahmen u. a. dazu beitragen, dass – so das Gesetz –

- „4. nicht mehr bedarfsgerechte bauliche Anlagen einer neuen Nutzung zugeführt werden,
5. einer anderen Nutzung nicht zuföhrbare bauliche Anlagen zuröckgebaut werden,
6. freigelegte Flöchen einer nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung oder einer hiermit verträglichem Zwischennutzung zugeführt werden“.

2. Die Regelungen des Baurechts auf Zeit im Baugesetzbuch

a) Die Regelungen über das „Baurecht auf Zeit“ ergänzen die Bodenschutzbestimmungen insofern, weil sie u. a. zu befristeten Regelungen der Bodennutzung föhren können. So kann z. B. bei *befristeten Nutzungen* die Rückföhrung der baulichen und sonstigen Veränderungen auf den status quo ante erreicht werden. Oder es können Zwischennutzungen erreicht werden.

b) Das BauGB enthält – im Wesentlichen eingeföhrt durch das *EAG Bau 2004*⁴ und ergänzt durch das BauGB 2007 – mehrere Regelungen, die schlagwortartig unter dem Begriff des „Baurechts auf Zeit“ bzw. der „Flexibilisierung“ von Baurechten zusammengefasst werden und die als eine gesetzgeberische Reaktion auf

- Rückgänge im Siedlungswachstum,
- Notwendigkeit verstärkter Wiedernutzung von Flöchen
- zur Vermeidung von Außenentwicklungen und
- neue, kurzlebigere Nutzungsformen z. B. in den Bereichen Handel, Logistik, Freizeit bewertet werden können.

c) Durch eine *zeitliche Staffelung* soll daher z. B. die Nachnutzung einer absehbar befristeten Nutzung ermöglicht werden. Beispiele sind hierfür etwa eine Freizeit-, Hotel- und Wohnnutzung nach Abschluss einer zunächst festgesetzten Auskiesung. Das Baurecht ist traditionell auch geprägt von den Wachstumsvorgaben von Wirtschaft und Siedlungsfläche: Eine entsprechende Nachjustierung des Baurechts hätte sich aus veränderten Wachstumsbedingungen von selbst abgeleitet.

Das Städtebaurecht ist „traditionell“ auch statisch angelegt: So konnte nur eine Nutzung auf Dauer festgesetzt werden, die zeitlich nicht befristet werden konnte. Das Baurecht auf Zeit soll dagegen dem Gedanken Rechnung tragen, dass auch das Baurecht einem ständigen Wandel unterworfen ist. Die Kurzlebigkeit von Nutzungen, der erforderliche sparsame Umgang mit Ressourcen, das Erfordernis von Zwischen- und Folgenutzungen – diese Aufgaben stellen sich dem Städtebau mehr als früher.

d) *Bauleitplanung*: Das BauGB hat zu einer Reihe dieser Fragen gesetzgeberische Flankierungen geliefert – die Flexibilisierung der Planungen ebenso wie die Rückbaumöglichkeiten im Planbereich und im Außenbereich. Die Novelle 2007 hat übrigens inzwischen eine der erst 2004 eingeföhrtten Regelungen aufgehoben, nämlich die Verpflichtung der Gemeinden, die Flächennutzungspläne spätestens alle 15 Jahre nach ihrer Aufstellung zu überprüfen und wenn notwendig an neue städtebauliche Entwicklungen anzupassen (§ 5 Absatz 1 Satz 3 BauGB 2004). Dies wurde im Gesetzgebungsverfahren – mit einer bemerkenswerten Sachlogik – wie folgt begründet:⁵

„Die Streichung der Überprüfungspflicht für Flächennutzungspläne dient der verwaltungsmäßigen Entlastung der Gemeinden und trägt dem Umstand Rechnung, dass es ohnehin der kommunalen Praxis entspricht, Flächennutzungspläne bei städtebaulichem Bedarf (z. B. bei entsprechenden städtebaulichen Änderungen und Anpassungsprozessen) einer Überprüfung zu unterziehen.“

e) Eine weitere gesetzliche Regelung im Recht der Bauleitplanung, die gleichfalls erst mit dem EAG Bau 2004 neu eingeföhrt wurde – und die weiter gilt – und die auf eine „Dynamisierung“ planerischer Festsetzungen zielt, enthält § 9 Abs. 2 BauGB:

In den Katalog der planerischen Festsetzungsmöglichkeiten nach § 9 BauGB wurde für besondere städtebauliche Situationen die Möglichkeit zur Festsetzung befristeter oder auflösend bedingter Nutzungen eingeföhrt wird.

Nach § 9 Abs. 2 BauGB kann bestimmt werden:

„(2) Im Bebauungsplan kann in besonderen Fällen festgesetzt werden, dass bestimmte der in ihm festgesetzten baulichen und sonstigen Nutzungen und Anlagen nur

1. für einen bestimmten Zeitraum zulässig oder
2. bis zum Eintritt bestimmter Umstände zulässig oder unzulässig sind.“

Die Folgenutzung soll dabei jeweils festgesetzt werden.

f) Mit dieser Regelung soll einem Bedürfnis in der Planungspraxis Rechnung getragen werden, in Anbetracht der zunehmenden Dynamik im Wirtschaftsleben und den damit verbundenen kürzeren Nutzungszyklen von Vorhaben die *zeitliche Nutzungsfolge berücksichtigen* zu können. Die Regelung erlaubt, aus sachgerechten städtebaulichen Erfordernissen heraus, bauliche Festsetzungen mit den konkreten Bedingungen des Projekts zu verbinden:

- die Zwischennutzung,
- die Folgenutzung,
- die befristete Nutzung,
- die Möglichkeit, einen Rückbau bei Nutzungsaufgabe zu sichern.

Ökonomische und städtebauliche Notwendigkeit können sich hierdurch im Einzelfall besser harmonisieren lassen.

g) § 11 BauGB über den städtebaulichen Vertrag flankiert diese planerischen Regelungen: In § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB wird die Möglichkeit von die Bauleitplanung begleitenden Verträgen mit Befristungen und Bedingungen eingefügt. Danach kann Gegenstand eines städtebaulichen Vertrags insbesondere sein:

„2. die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele, insbesondere die Grundstücksnutzung, auch hinsichtlich einer Befristung oder einer Bedingung, die Durchführung des Ausgleichs im Sinne des § 1a Abs. 3, die Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen sowie des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung“.

h) Auch eine – erst im BauGB 2007⁶ – Regelung zum Vorhabenbezogenen Bebauungsplan – § 12 Abs. 3a BauGB – greift den Ansatz des Baurechts auf Zeit auf, in dem eine spätere Änderung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans unter entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 2 BauGB ermöglicht wird: Die Gemeinde kann danach ein Baugebiet festsetzen und bestimmen, dass im Rahmen der festgesetzten Nutzungen nur solche Vorhaben zulässig sind, zu deren Durchführung sich der Vorhabenträger im Durchführungsvertrag verpflichtet. Dabei sind Änderungen des Durchführungsvertrags oder der Abschluss eines neuen Durchführungsvertrags zulässig.

i) Für den Außenbereich ist mit der Rückbauverpflichtung bei bestimmten privilegierten Außenbereichsvorhaben der Gedanke des Baurechts auf Zeit auch auf die Außenbereichsvorhaben erweitert: § 35 Absatz 5 Satz 2 BauGB.

⁴ Gesetz vom 24.6.2004 (BGBl. I S. 1359).

⁵ So der Ausschussbericht: BT Drucksache 16/3308.

⁶ Fn. 2

j) Das Baurecht auf Zeit ist auch vor einem *verfassungsrechtlichen Hintergrund* zu sehen;⁷

Auf die *planerischen Ausweisungen* muss sich der Planbetroffene für einen überschaubaren Zeitraum verlassen können. Wer sich auf den Fortbestand des Baurechts einstellt, der ist bei einem berechtigten Vertrauen in den Fortbestand der Planung schutzwürdig.⁸ Die Änderung der planerischen Ausweisung kann daher bei einem berechtigten Vertrauen in den Fortbestand der Planungskonzeption nur unter den Voraussetzungen des qualifizierten Abwägungsgebotes geändert werden.⁹

Die *vertragliche Regelung* schafft hier – in gewissen Grenzen – eine klare Position auch für spätere, dem Grunde nach vereinbarte Änderungen.

Was die *Zulässigkeit von Vorhaben und ihre Beseitigungspflichten im Außenbereich* betrifft, ist der Gedanke des Baurechts auf Zeit ohnehin in die Zulässigkeitsregelung inkorporiert, so dass von daher spezielle eigentumsrechtliche Fragen nicht aufgeworfen werden.

II. Bodenschutz im Außenbereich

1. Öffentlicher Belang: § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB

a) Nach § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB zählt der Bodenschutz zu den öffentlichen Belangen, die für die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 beachtlich sind. Es geht bei diesem Belang vorrangig darum, schädlichen Bodenveränderungen vorzubeugen. Belange des Bodenschutzes sind die Erhaltung und die Wiederherstellung der Bodenfunktionen.

b) Welche Belange des Bodenschutzes dabei im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 im Einzelnen beachtlich sind,¹⁰ ergibt sich – ähnlich wie bei § 1 Abs. 6 Nr. 7b, § 1 Abs. 2a BauGB – zunächst aus dem Bundesbodenschutzrecht, d. h. es kann auf die Begriffsbestimmungen des *Bundes-Bodenschutzgesetz* (BBodSchG) zurückgegriffen werden:

– Der Schutzzweck des BBodSchG, nachhaltig die Funktion des Bodens zu sichern oder wiederherzustellen, ist in § 1 BBodSchG geregelt.

– Bei Einwirkungen auf den Boden sollen Beeinträchtigungen seiner natürlichen Funktion sowie seiner Funktion als Archiv der Natur- und Kulturgeschichte soweit wie möglich vermieden werden.

– Nach § 2 Abs. 2 BBodSchG umfasst der Boden natürliche Funktionen als Lebensgrundlage und Lebensraum für Menschen, Tiere, Pflanzen und Bodenorganismen, Bestandteil des Naturhaushalts sowie Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium, Funktion als Archiv der Natur- und Kulturgeschichte sowie Nutzungsfunktion als Rohstofflagerstätte, Fläche für Siedlung und Erholung, Standort für die land- und forstwirtschaftliche Nutzung sowie für sonstige wirtschaftliche und öffentliche Nutzungen, Verkehr, Ver- und Entsorgung.

– Nach § 2 Abs. 3 BBodSchG sind schädliche Bodenveränderungen Beeinträchtigungen der Bodenfunktion, die geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit herbeizuführen.

– Als Maßstäbe des Belangs des Bodenschutzes sind neben den Bestimmungen des Bundes-Bodenschutzgesetzes die in der Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung konkretisierten Merkmale von Belang.

c) Eine abstrakte Bezeichnung der Beeinträchtigungen der Bodenfunktionen durch ein Vorhaben – dem Grunde und dem Ausmaße nach – ist nicht möglich. Vielmehr ist im Einzelfall zu

prüfen, ob ein Vorhaben die Bodenfunktionen beeinträchtigen kann. Ist das zu bejahen, so ist die Wirkung für die Zulässigkeit eines Außenbereichsvorhabens unterschiedlich:

– Privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB darf der öffentliche Belang des Bodenschutzes nicht entgegenstehen.

– Bei sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 sowie bei begünstigten Vorhaben nach § 35 Abs. 4 BauGB, darf der öffentliche Belang des Bodenschutzes nicht beeinträchtigt sein.

– Für den Belang des Bodenschutzes ist dabei weiter zu berücksichtigen, dass nach § 35 Abs. 5 Satz 1 BauGB Vorhaben in einer flächensparenden, die Bodenversiegelung auf das notwendige Maß begrenzenden und den Außenbereich schonenden Weise auszuführen sind, so dass auch im Rahmen der Bauausführung eine Beeinträchtigung der Belange des Bodenschutzes vermieden werden kann.

2. Bodenschutz bei der Bauausführung (§ 35 Abs. 5 Satz 1 BauGB)

Nach § 35 Abs. 5 Satz 1 BauGB sind die nach § 35 BauGB zulässigen Vorhaben in einer flächensparenden, die Bodenversiegelung auf das notwendige Maß begrenzenden und den Außenbereich schonenden Weise auszuführen.

a) § 35 Abs. 1 Satz 1 BauGB gilt für *alle Vorhaben*, die nach § 35 Abs. 1 bis 4 BauGB zu beurteilen sind. So kann sich z. B. ein privilegiertes Vorhaben nicht auf die herausgehobene Stellung der Vorschrift des § 35 Abs. 1 BauGB berufen. Die Privilegierung gilt für die Zulassung des Vorhabens nach seiner Art, jedoch schmälert sie nicht die Anforderungen des § 35 Abs. 5 Satz 1 BauGB an die Bauausführung. Dies ist insoweit durchaus eine Parallele zur gesetzgeberischen Wertung in § 1a Abs. BauGB zur Bauleitplanung, nur dass dort die Entscheidung über den Bodenschutz in die Planung vorgezogen ist. Auch sonst zulässige Vorhaben sind somit in einer flächensparenden und den Außenbereich schonenden Weise auszuführen. Die Verpflichtung gilt auch für die Bestandsschutzfälle.¹¹

b) Die Regelung verpflichtet den Bauherrn insbesondere zur Begrenzung der zu bebauenden Fläche. Die *Schonung des Außenbereichs* darf durch die Ausführung des Vorhabens nicht in unangemessener Weise berührt werden. Dies gilt sowohl für die Inanspruchnahme der für das Vorhaben benötigten Fläche wie auch für die äußere Gestaltung des Gebäudes (z. B. im Hinblick auf das Landschaftsbild).

c) Die Vorschrift steht – wie erwähnt – in sachlichem Zusammenhang mit der in § 1a Abs. 2 BauGB geregelten „Bodenschutzklausel“ für die Bauleitplanung, wonach mit Grund und Boden sparsam und schonend umgegangen werden soll und dabei Bodenversiegelungen auf das notwendige Maß zu begrenzen sind.

III. Baurecht auf Zeit im Außenbereich

1. § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB

a) § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB enthält als weitere *Zulässigkeitsvoraussetzung* eine Rückbauverpflichtung bestimmter Vorhaben. Auf

⁷ BVerfG, Beschl. v. 2.3.1999 – 1 BvL 7/91 –, BVerfGE 100, 226; Beschl. v. 16.2.2000 – 1 BvR 242/92 –, BVerfGE 102, 1

⁸ BVerfG, Urt. v. 10.7.1990 – 2 BvR 470/90 u. a. –, BVerfGE 82, 310; Beschl. v. 12.5.1992 – 2 BvR 470/90 –, BVerfGE 86, 90.

⁹ Stürer, DVBl. 1977, 1.

¹⁰ Vgl. *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 11. Aufl., München 2009, § 35 Rn. 124; *Sißler*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, Loseblatt Kommentar, München, § 35 Rn. 94.

¹¹ *Battis/Krautzberger/Löhr* a.a.O. (Fn. 10)

die Zusammenhänge mit der Vorschriftengruppe, die als „Baurecht auf Zeit“ bezeichnet werden (§ 9 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB), wurde schon hingewiesen.¹²

b) Nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB ist für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eine *Verpflichtungserklärung* abzugeben, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Ziel der Regelung ist es, insbesondere der Beeinträchtigung der Landschaft durch aufgegebene Anlagen mit einer nur zeitlich begrenzten Nutzungsdauer entgegenzuwirken. Aus diesem Grund gilt die Rückbauverpflichtung für privilegierte Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6.

c) Diese Vorschrift enthält eine eigenständige *städtebaurechtliche Regelung*.¹³ Sie ist darin begründet, dass aus Gründen des Außenbereichsschutzes, den § 35 BauGB gewährleisten soll, eine Entscheidung darüber zu treffen war, wie mit baulichen Anlagen zu verfahren ist, die nach § 35 Abs. 1 im Außenbereich bevorrechtigt zulässig sind und errichtet werden und deren Nutzung später dauerhaft aufgegeben wird.

d) Die Rückbauverpflichtung betrifft alle privilegierten Vorhaben außer den land- und forstwirtschaftlichen Zwecken dienenden Vorhaben und Vorhaben zur (u. a.) Nutzung der Kernenergie.¹⁴

– Was die *land- und forstwirtschaftlichen Gebäude* betrifft wird damit begründet, dass bei anderen privilegierten Vorhaben zumeist keine wie diese eindeutige und unmittelbare Beziehungen zur Bodennutzung im Außenbereich haben, der Gesetzgeber also diese Vorhaben aus anderen Erwägungen, aber auch, dass für diese baulichen Anlagen im Fall ihrer Nutzungsaufgabe eine Nutzungsänderung auf Grund ihrer baulich-technischen Ausführung im Regelfall nicht in Betracht kommt. Bei zuvor landwirtschaftlich genutzten Gebäuden ist dagegen nach Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung in einem bestimmten Rahmen eine Weiternutzung nach § 35 Abs. 4 möglich.

Bei Anlagen der *Kernenergie* ist zu berücksichtigen, dass neue Anlagen in Deutschland nicht mehr beabsichtigt sind.¹⁵

e) Für nicht-privilegierte Vorhaben, also sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB, ist § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB nicht anzuwenden. Das bedeutet nicht, dass der Grundgedanke des § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB nicht beachtlich wäre; dies wäre ja auch widersinnig. Die Lösung ist darin zu finden, dass der Bodenschutz gewissermaßen auf die Zulässigkeit selbst durchschlägt: Ist nicht sichergestellt, dass ein sonstiges Vorhaben bei Nutzungsaufgabe als „Ruine“ im Außenbereich verbleibt, wären hier öffentliche Belange berührt, die der Zulässigkeit des Vorhabens entgegenstehen. Bei „sonstigen Vorhaben“ nach § 35 Abs. 2 kann ggf. das im Einzelfall mögliche Zurückstellen der Beeinträchtigung öffentlicher Belange über eine analoge Rückbauverpflichtung ausgeräumt werden.

f) Nach *dauerhafter Nutzungsaufgabe* dieser Anlagen sind sie aus Gründen des Außenbereichsschutzes zurückzubauen und sind die Bodenversiegelungen zu beseitigen. Eine dauerhafte Aufgabe ist anzunehmen, wenn die Nutzung der Anlage aufgegeben worden ist und anzunehmen ist, dass die Nutzung auch nicht wieder aufgenommen werden wird. Wann eine Nutzung in diesem Sinne „aufgegeben“ ist, bestimmt sich im Einzelnen nach der Nutzung und nach den Umständen des Einzelfalls.

g) Maßgeblich sind die objektiven Verhältnisse: In *Länderverlassen zur Windenergie*¹⁶ wird z. B. eine dauerhafte Aufgabe der Nutzung angenommen werden, wenn die Anlage über einen zusammenhängenden Zeitraum von zwölf oder mehr Monaten keinen

Strom erzeugt hat oder abweichend davon, wenn der Betreiber vor Ablauf dieses Zeitraumes erklärt, dass die Anlage dauerhaft stillgelegt ist. Ein Aussetzen der Stromerzeugung für mehr als zwölf Monate ohne Annahme einer dauerhaften Nutzungsaufgabe kann im Einzelfall möglich sein, wenn der Nachweis geführt wird, dass die Anlage nach vorübergehender Stilllegung innerhalb von 24 Monaten wieder an das Netz gehen wird. Der Bauherr kann durch Nebenbestimmung in der Genehmigung verpflichtet werden, eine länger andauernde Stilllegung oder die dauerhafte Nutzungsaufgabe der Anlage anzuzeigen.

b) Auch in anderen Verfahren, insbesondere im *immissionschutzrechtlichen* oder im *Verfahren dürfen* die Vorhaben i. S. des § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB erst zugelassen werden, wenn die Verpflichtungserklärung abgegeben ist.

i) Die *Verpflichtungserklärung* wird in der Regel vom *Bauberrn* abgegeben werden und muss sich auf das zu genehmigende Vorhaben und das betreffende Baugrundstück beziehen und, sofern es aus mehreren einzelnen baulichen Anlagen besteht, auch auf die einzelnen Teile des Gesamtvorhabens erstrecken.¹⁷

„Die Erklärung beinhaltet die Verpflichtung des Antragstellers, das zugelassene privilegierte Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der bis dahin zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Eine Aufgabe der Nutzung ist anzunehmen, wenn die bisherige Nutzung beendet wird. Keine Aufgabe ist die Änderung innerhalb der Variationsbreite der zulässigen Nutzung. Die Nutzung ist dauerhaft aufzugeben. Rückbau ist die Beseitigung der Anlage, welche der bisherigen Nutzung diente und insoweit die Herstellung des davor bestehenden Zustandes. In der Regel wird dies der Abriss der Anlage sein. Nicht gefordert ist, den davor bestehenden naturhaften Zustand im Außenbereich im Sinne einer Renaturisierung durch Ausgleichsmaßnahmen wiederherzustellen. Die Entsiegelung dient dazu, die natürlichen Bodenfunktionen wiederherzustellen.“

j) Was die *Rechtsnatur* der Verpflichtungserklärung betrifft, wird sich – auch wegen des Zusammenhangs mit der Sicherheitsleistung – eine (öffentlich-rechtliche) Vereinbarung empfehlen. Für sich genommen handelt es sich bei der Verpflichtungserklärung um eine einseitige, öffentlich-rechtliche Willenserklärung, die der Antragsteller abzugeben hat¹⁸. Adressat der Verpflichtungserklärung ist die Genehmigungsbehörde.

k) Die *Sicherheitsleistung* kann erbracht werden nach den in § 232 BGB genannten Arten oder durch andere Sicherungsmittel, die zur Erfüllung des Sicherungszwecks geeignet sind. Vorrangig kommen dabei angemessene Sicherheitsleistungen (selbstschuldnerische Bankbürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage) in Betracht, die sich nach den voraussichtlichen Kosten richten, die für den vollständigen Rückbau (z. B. der Wind-

12 Vgl. oben zu 1.2.

13 *Sifker* a.a.O. (Fn. 10), Rn. 165a.

14 Vgl. nur *Sifker* a.a.O. (Fn. 13).

15 Gesetz zur geordneten Beendigung der Nutzung der Kernenergie zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität vom 22.4.2002 (BGBl. I, S. 1351).

16 Vgl. zum folgenden Ministerium für Bau und Verkehr des Landes Sachsen-Anhalt, Hinweise zur Umsetzung bauplanungs- und bauordnungsrechtlicher Anforderungen zur Rückbauverpflichtung und Sicherheitsleistung an Windenergieanlagen (WEA) vom 21. Juni 2005 sowie: Gemeinsame Anwendungshinweise des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft (SMUL) und des Sächsischen Staatsministeriums des Innern (SMI) zur Rückbauverpflichtung und Sicherheitsleistung gemäß § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 BauGB, § 72 Abs. 3 Satz 2 SächsBO vom 6.7.2006.

17 Vgl. nachfolgend den o. a. (Fn. 16) Sächsischen Erlass, Ziff. 2.a).

18 Sächsischer Erlass a.a.O. (Fn. 16), Ziff. 2b.

kraftanlage), einschließlich der Entsiegelung und Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes des Grundstücks aufgewendet werden müssen. Vgl. auch die o.g. Ländererlasse,¹⁹ die u. a. nennen:

- die Sicherungsgrundschuld bzw. Sicherungshypothek,
- die unbedingte und unbefristete selbstschuldnerische (d. h., auf die Einrede der Vorausklage wird verzichtet, §§ 771, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) Bank- oder Konzernbürgschaft auf erstes Anfordern,
- die Hinterlegung der Sicherheitsleistung in Geld,
- die Verpfändung,
- ein Festgeldkonto, dessen Kündigungsfrist nicht mehr als 6 Monate beträgt und nur durch die Behörde gekündigt werden kann, oder
- der Abschluss einer Ausfallversicherung.

l) Bei einer nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB zulässigen *Nutzungsänderung* ist die Rückbauverpflichtung zu übernehmen. Bei einer nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 zulässigen Nutzungsänderung entfällt sie. Vgl. hierzu auch die Überleitungsvorschriften in § 244 Abs. 7, wonach bauliche Anlagen, die bereits vor dem Inkrafttreten des EAG Bau 2004 zugelassen worden sind, auch bei einer Nutzungsänderung nicht nach Abs. 5 Satz 2 zurückgebaut werden müssen.

m) Die Rückbauverpflichtung und ihre verbindliche Sicherung nach § 35 Abs. 5 BauGB kann als „Prototyp“ für die Befristung oder

Bedingung von Baurechten auch in den Fällen des § 9 Abs. 2 BauGB verstanden werden. Auch hier wird sich die Flankierung durch städtebauliche Verträge anbieten; § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB.

2. Aufgaben der Baugenehmigungsbehörden (§ 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB)

a) Nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB soll die Baugenehmigungsbehörde die Einhaltung der Verpflichtung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 sicherstellen. Die Bauaufsichtsbehörde hat die Erteilung der Baugenehmigung danach von der Leistung eines geeigneten Sicherungsmittels abhängig zu machen, welches die Finanzierung der Rückbaukosten bei dauerhafter Nutzungsaufgabe gewährleisten soll. Dies geschieht zum einen durch eine entsprechende Nebenbestimmung in der Baugenehmigung und zum anderen durch eine Sicherung durch Baulast oder in anderer Weise.²⁰

b) Die Vorschrift ist im Übrigen abzugrenzen von bauaufsichtsrechtlichen Maßnahmen nach den Landesbauordnungen, also auch von solchen, nach denen die Beseitigung aufgegebener Gebäude im Außenbereich verlangt werden kann.²¹ Es obliegt den Ländern, für eine Verzahnung der städtebaurechtlichen Anforderungen des Abs. 5 Satz 2 und 3 mit dem Landesbauordnungs- und Verwaltungsvollstreckungsrecht Sorge zu tragen.²²

¹⁹ Fn. 15.

²⁰ Hierzu oben III.1 und z. B. die in Fn. 16 angeführten Hinweise.

²¹ Hierzu *Sifker* a.a.O. (Fn. 13) unter Hinweis auf VGH Hessen, Beschl. vom 21.1.2005 – 3 ZU 2629/03 –, NuR 2005, 409.

²² *Battis/Kwautzberger/Löhr* a.a.O. (Fn. 10), Rn. 125a; vgl. z. B. § 67 Abs. 3 S. 2 BrbgBO, § 72 Abs. 3 S. 2 SächsBO; § 77 Abs. 3 S. 2 BauO LSA; reserviert aber *Jude*, ZfBR 2005, 135.

Das neue Wasserhaushaltsgesetz aus kommunaler Sicht

Von Dr. jur. Peter Queitsch,* Düsseldorf

Am 1.3.2010 tritt das neue Wasserhaushaltsgesetz in Kraft (BGBl. I 2009, S. 2585 ff.). Aus der Sicht der Städte und Gemeinden sind dabei die Vorschriften über die Abwasserbeseitigung (§§ 54 bis 61 WHG) von besonderer Bedeutung, weil ihnen nach den Landeswassergesetzen regelmäßig die Abwasserbeseitigungspflicht obliegt. Die nachfolgende Darstellung konzentriert sich darauf, den Regelungsgehalt dieser Vorschriften darzustellen.

1. Abwasser-Begriff (§ 54 WHG)

In § 54 Absatz 1 Satz 1 WHG wird im Gegensatz zu § 18a WHG a. F. erstmals bundesrechtlich definiert, was unter Abwasser zu verstehen ist. Die gewählte Gesetzesdefinition entspricht dabei im Wesentlichen der Definition in § 2 Abs. 1 Abwasserabgabengesetz (AbwAG) und der Definitionen in den Landeswassergesetzen.

1.1 Schmutzwasser (§ 54 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 WHG)

Schmutzwasser ist das durch häuslichen, gewerblichen, landwirtschaftlichen oder sonstigen Gebrauch in seinen Eigenschaften veränderte Wasser und das bei Trockenwetter damit zusammen abfließende Wasser. Dabei ist das bei Trockenwetter mit dem in seinen Eigenschaften veränderten Wasser „zusätzlich abfließende Wasser“ in der Gesetzesdefinition des Schmutzwassers enthalten, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass z. B. Grundwasser

mit abfließt und eine klare Abgrenzung zum Abfluss von Niederschlagswasser erfolgen muss. Unter Trockenwetterabfluss ist nach der DIN 4045 der „Abfluss im Kanal ohne Regenwasser zu verstehen“. ¹ Schmutzwasser fällt nach der Gesetzesdefinition grundsätzlich dann an, wenn Wasser (z. B. Trinkwasser aus der öffentlichen Trinkwasserversorgungsanlage, Wasser aus privaten Brunnen, Niederschlagswasser aus einer Regenwassernutzungsanlage), durch häuslichen, gewerblichen, landwirtschaftlichen oder sonstigen Gebrauch in seinen Eigenschaften verändert wird, so dass eine Abwasserbeseitigung sowie Abwasserreinigung zum Wohl der Allgemeinheit durchzuführen ist. Dabei ist ein Abwasseranfall bereits dann gegeben, wenn Schmutzwasser auf einem privaten Grundstück in einem Rohrleitungssystem gesammelt oder anderen Behältnissen oder Vorrichtungen aufgefangen wird. Ein abwasserfreies Grundstück gibt es demnach nicht.² Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass Wasser auf einem privaten Grundstück z. B. im

* Der Autor ist Hauptreferent für Umweltrecht im Städte- und Gemeindebund NRW und Geschäftsführer der Kommunal- und Abwasserberatung NRW

¹ Vgl. zum Abwasserbegriff auch: OVG NRW, DÖV 1985 S. 686; *Kähler/Meyer*, AbwAG, Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 2 AbwAG Rz. 30.; *Czybowski/Reinhardt*, WHG, Kommentar, 9. Aufl. 2007, § 7a WHG Rz. 4 ff.; *Kotulla*, WHG, Kommentar, 1. Aufl. 2003, § 7a WHG Rz. 5 f.; *Cosack*, KStZ 2006 S. 141 ff., S. 142; *Queitsch*, UPR 2007 S. 326 ff.

² Vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2002, S. 347; *StZ/D/K/Dahme* WHG, § 18a WHG Rz. 8; *Schulz* in: Beck-OK, Umweltrecht, 1. Aufl. 2007, § 18a WHG Rz. 3.