

# Aktuelle Fragen zum städtebaulichen Innenbereich nach § 34 BauGB und zum Außenbereich nach § 35 BauGB

Von Ministerialrat Heinz G. Bienek, Dresden, und Ministerialdirektor Prof. Dr. Michael Krautzberger, Berlin/Bonn

Aktuelle Fragen zum städtebaulichen Innenbereich stellen sich vornehmlich aus Anlass der Novellen des BauGB 2004 (durch das Europarechtsanpassungsgesetz, „EAG Bau“) und 2007 (durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte, „BauGB 2007“). Das BauGB 2007 will ausweislich der Gesetzesbegründung der Innen- vor der Außenentwicklung Priorität einzuräumen. Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Ausführungen sowohl zu den Tendenzen der Innenentwicklung als auch zu den aktuellen Herausforderungen im Außenbereich zu sehen.

## I. Innenbereich und Innenentwicklung

### 1. Die Intentionen des Gesetzgebers zur Innenentwicklung

Für Bebauungspläne der Innenentwicklung ist in § 13a durch die BauGB-Novelle 2007 – Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3316) – zum 1. Januar 2007 in Anlehnung an die Regelungen über die vereinfachte Änderung eines Bauleitplans in § 13 BauGB ein „beschleunigtes Verfahren“ eingeführt worden. Das Gesetz benennt als Beispiele für die Innenentwicklung die Wiedernutzbarmachung von Flächen, die Nachverdichtung oder andere Maßnahmen der Innenentwicklung. Die Bebauungspläne der Innenentwicklung bedürfen keiner förmlichen Umweltprüfung. Sie dürfen im Hinblick auf die Vorgaben der EU-UP-Richtlinie in ihrem Geltungsbereich grundsätzlich nur eine Grundfläche von weniger als 20.000 m<sup>2</sup> festsetzen. Bei einer festgesetzten Grundfläche von 20.000 m<sup>2</sup> bis weniger als 70.000 m<sup>2</sup> muss die Gemeinde auf Grund einer Vorprüfung des Einzelfalls zu der Einschätzung gelangt sein, dass der Bebauungsplan voraussichtlich keine erheblichen Umweltauswirkungen hat. Zudem darf das durch den Bebauungsplan begründete Vorhaben nicht einer Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegen und es dürfen auch keine Anhaltspunkte für Beeinträchtigungen von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung nach der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie und von Vogelschutzgebieten nach der Vogelschutzrichtlinie bestehen.

Das rechtspolitische Ziel, das mit § 13a angestrebt wird, ist die 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 peripherie, die gewachsenen urbanen Zentren gefährdende Handelszentren, die auf die Grüne Wiese außerhalb der Städte reichen.<sup>1</sup> Zu den bis zum EAG Bau 2004 geschaffenen städtebaurechtlichen Akzenten zugunsten der Innenentwicklung sind mit dem BauGB 2007 zusätzliche Akzente gesetzt worden, namentlich durch den neuen städtebaulichen Belang der Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche (§ 1 Abs. 6 Nr. 4), der

Möglichkeit von Festsetzungen zentraler Versorgungsbereiche (§ 9 Abs. 2a), der erweiterten Wohnnutzung bei Gemengelage im Innenbereich (§ 34 Abs. 3a) oder auch der privaten Initiativen der Stadtentwicklung (§ 171f).

Mit dem beschleunigten Verfahren wird anstelle oder unbeschadet möglicher gesetzlicher und sonstiger Restriktionen einer Außenentwicklung ein Instrument zur deutlichen *Erleichterung der Innenentwicklung* gegenüber der Außenentwicklung bereitgestellt. Damit soll es den Gemeinden auch ermöglicht werden, neben den Zielen einer Verminderung des Flächenverbrauch, auch die Entwicklung der Stadt- und Ortsteilzentren in ihrer prägenden Bedeutung für die Stadt- und Ortsentwicklung zu stärken.

§ 13a setzt damit insbesondere auch die *Leitlinie des § 1a Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BauGB* über das Ziel der gemeindlichen Innenentwicklung – eingeführt durch das EAG Bau 2004 – um. Der verpflichtende Charakter dieser Regelung findet in § 13a damit eine Instrumentierung. Freilich: Diese anspruchsvolle Zielsetzung sieht sich einerseits einer seit Jahrzehnten fortwährenden Ausdifferenzierung und – so gesehen – Ausweitung der baulichen Vorhaben im Außenbereich gegenüber. Andererseits sorgt auch die sehr aufgefächerte Rechtsprechung für einem wichtigen Schutz des Außenbereichs, führt aber auch zu einer nicht immer übersichtlichen „Lage“.

Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Ausführungen sowohl zu den Tendenzen der Innenentwicklung als auch zu den aktuellen Herausforderungen im Außenbereich zu sehen.

### 2. Innenbereich und Innenentwicklung – Bedeutung des neuen § 13a BauGB für die Stadtentwicklung

Durch die Einführung des Bebauungsplanes der Innenentwicklung (und anderer Regelungen und Instrumente im BauGB 2007) unterstreicht der Bundesgesetzgeber – wie bereits o. I. erwähnt – seinen Anspruch, die Innenentwicklung stärken zu wollen. Die neu eingeführte Vorschrift des § 13a BauGB nimmt im gesamten Gesetzeswerk daher eine zentrale Position ein und wird als „Herzstück“ der Novelle 2007 bezeichnet.<sup>2</sup>

Im Zusammenhang mit den nach wie vor virulenten Problemen bei der Abgrenzung des Innenbereichs vom Außenbereich und der mit der hierzu ergangenen Rechtsprechung drängt sich für den Rechtsanwender die Frage auf, was mit der baurechtlichen Innenentwicklung überhaupt gemeint sein kann.

Trotz der gesetzestechnischen Verwendung von Doppelklammern in der Regelung des § 13a Abs. 1 Satz 1 BauGB wird man eine Legaldefinition in dieser Vorschrift nicht annehmen können. Vielmehr wird der Begriff städtebaufachlich vorausgesetzt.<sup>3</sup> Die ursprünglich von der Bundesregierung vorgesehene Formulierung, dass der Bebauungsplan den drei in § 13a Abs. 1 Satz 1 BauGB genannten Zwecken (Wiedernutzbarmachung von Flächen, Nach-

1 Vgl. dazu Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (EZBK), BauGB, § 1a, Rn. 45 ff., 50 ff. mit einer Darstellung der städtebaurechtlichen Instrumente hierzu.

2 Vgl. z. B. Battis in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Auflage, Rn. 1 zu § 13a; Krautzberger UPR 2007, 53; Uechritz, BauR 2007, 476, 477.

3 Vgl. nur EZBK, BauGB, § 13a Rn. 24.

verdichtung oder andere Maßnahmen der Innenentwicklung) „dient“, wurde im Gesetzgebungsverfahren mit der Begründung aufgegeben, dass bewusst solche Bebauungspläne nicht erfasst werden sollen, die vor der Überplanung im Außenbereich gelegenes Bauland neu ausweisen und daher allenfalls mittelbar die Innenentwicklung positiv beeinflussen.<sup>4</sup> Zu konstatieren ist weiterhin, dass der Gesetzgeber bewusst nicht den Begriff „Innenbereich“ in § 13a Abs. 1 Satz 1 BauGB verwendet. Eine auf den im Zusammenhang bebauten Ortsteil i. S. des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB und damit eine zu restriktive Interpretation verbietet sich daher. Zu erörtern bleibt, wie viel „Mehr“ in dem Begriff „Innenentwicklung“ verborgen ist.

Das üblicherweise probate Mittel, den Regierungsentwurf zum BauGB 2007 (RegE) als Auslegungshilfe zu bemühen, hilft nur bedingt weiter. Er verweist zum einen auf die Bodenschutzklausel des § 1a Abs. 2 Satz 1 BauGB. Zum anderen – und insofern dienlich – ist die Bemerkung, dass die Bebauungspläne der Innenentwicklung abzugrenzen sind „von Bebauungsplänen, die gezielt Flächen außerhalb der Ortslagen einer Bebauung zuführen“.<sup>5</sup> Zur Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs der Innenentwicklung müht sich der Muster-Einführungserlass zum Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte (im Folgenden: Mustererlass)<sup>6</sup> unter besonderer Beachtung der vorgenannten und der bereits unter Fn. 3 erwähnten Gesetzesbegründung um erste Hilfestellungen. Der Mustererlass lässt nur solche Bebauungspläne als Bebauungspläne der Innenentwicklung gelten, die unmittelbar für Maßnahmen der Innenentwicklung aufgestellt werden, nicht aber solche, die nur aufgrund eines mittelbaren Ursachenzusammenhangs auch die Innenentwicklung positiv beeinflussen. Als Beispiel wird der Bau einer Umgehungsstraße im bisherigen Außenbereich genannt. Nach dem Mustererlass ist das beschleunigte Verfahren kein geeignetes Instrument zur Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen.

Der Gesetzestext selbst sieht drei Kategorien von Bebauungsplänen der Innenentwicklung vor, wobei er den Begriff „andere Maßnahmen der Innenentwicklung“ offensichtlich als Auffangtatbestand verwendet. Daher bietet es sich an, sich zunächst der beiden anderen in § 13a Abs. 1 Satz 1 BauGB verwendeten Begriffe zuzuwenden. Einfacher erscheint es, den Begriff der Nachverdichtung zu interpretieren, da dieser offensichtlich ein bereits bestehendes besiedeltes Gebiet voraussetzt. Mit dieser Variante des Bebauungsplanes der Innenentwicklung soll beschleunigt eine Erhöhung der bereits vorhandenen Bebauungsdichte ermöglicht und auf diesem Wege die Innenentwicklung gestärkt werden. Ob dieses Ziel durch eine Erhöhung der GRZ oder der GFZ sowie anderer üblicher Festsetzungsinhalte eines Bebauungsplanes (vgl. den Katalog des § 9 Abs. 1 BauGB) geschieht, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

Wesentlich facettenreicher gestaltet sich die Interpretation des Begriffes „Wiedernutzbarmachung von Flächen“. Mit der Gesetzesbegründung und dem Mustererlass wird ein solcher Fall vor allem dann anzunehmen sein, wenn es sich um Gebiete handelt, die im Zusammenhang bebauter Ortsteile im Sinne des § 34 BauGB oder innerhalb des Siedlungsbereichs befindliche brachgefallene Flächen liegen. Gerade die letztgenannten Flächen sind jedoch – wie erste Praxiserfahrungen zeigen – nicht immer leicht einzugrenzen. Auf der einen Seite steht die Gesamtzielsetzung des BauGB 2007, die Innenentwicklung zu stärken, insbesondere dabei Brachen zu reaktivieren und einer städtebaulich sinnvollen Nutzung wieder zuzuführen. Auf der anderen Seite erscheint die Gesetzesanwendung jedoch hinsichtlich solcher Flächen problematisch, die sich aufgrund ihrer räumlichen, zum Teil exponierten Lage als (zwischenzeitlich) zum Außenbereich gehörig anzusehen sind.

Dies führt zwangsläufig auch in diesem Zusammenhang zu der Frage, wie der z.T. in Literatur und Praxis verwendete Begriff des Außenbereichs im Innenbereich<sup>7</sup> zu qualifizieren ist. Der so genannte Außenbereich im Innenbereich umschreibt Flächen, die von einer baulichen Nutzung umgeben sind, also innerhalb des Siedlungsbereiches liegen, deren Bebaubarkeit aber sich aus § 34 ergebenden Gründen entgegenstehen.<sup>8</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung vom 15.9.2005<sup>9</sup> dem Begriff „Außenbereich im Innenbereich“ eine eindeutige Abfuhr erteilt und erklärt, dass ihm keine eigenständige Bedeutung zukommt. Zur Begründung führt das BVerwG aus, dass das BauGB seit jeher im Hinblick auf die nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes liegenden Bereiche lediglich zwischen den im Zusammenhang bebauten Ortsteilen i. S. v. § 34 BauGB und dem (negativ definierten) Außenbereich i. S. v. § 35 BauGB unterscheidet. Dabei ist darauf abzustellen, ob nach der Verkehrsauffassung und Berücksichtigung der siedlungsstrukturellen Begebenheiten das betreffende nicht oder nicht mehr baulich genutzte Gebiet dem Siedlungsbereich zuzurechnen ist oder nicht.<sup>10</sup>

Die Einführung neuer Kategorien zwischen den in jahrzehntelanger Rechtsprechung und Literatur gewachsenen und eindeutig bestimmten, zumindest bestimmbareren Rechtsbegriffen des Innen- und des Außenbereichs ist wenig hilfreich und irritiert den Rechtsanwender im Zweifel nur. So ist auch die – offenbar nicht ganz ernst gemeinte, aber mitunter in der Praxis verwendete – Äußerung, es läge ein Fall nach „§ 34 ½ BauGB“ vor, als vergeblicher und untauglicher Versuch der Zuordnung einer Anschlussbebauung am Ortsrand zu werten. Vielmehr kommt dem Rechtsanwender die auch in anderen Rechtsgebieten nicht delegierbare Aufgabe zu, eine eindeutige Positionierung vorzunehmen und sich im Einzelfall schlichtweg zu entscheiden, ob die zu bebauende Fläche bzw. das betroffene Grundstück als noch in dem im Zusammenhang bebauten Ortsteil i. S. v. § 34 Abs. 1 BauGB zu bewerten ist oder eben als bereits im hiervon abzugrenzenden Außenbereich mit allen Restriktionen, die § 35 Abs. 2 und 3 BauGB aufwerfen. Nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung,<sup>11</sup> darf die Grenzziehung dabei nicht nach geografisch-mathematischen Merkmalen, sondern nur aufgrund einer umfassenden Wertung und Bewertung der im Einzelfall gegebenen konkreten Sachverhalte erfolgen. Die Annahme einer den Bebauungszusammenhang i. S. des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB unterbrechenden Baulücke findet im Übrigen auch in der Größe eines Grundstücks ihre obere Grenze.<sup>12</sup>

Die Interpretation des Begriffes der Innenentwicklung im Allgemeinen und des Begriffes der Wiedernutzbarmachung im Besonderen lässt sich letztlich nicht auf die Frage der Abgrenzung des bauplanungsrechtlichen Innenbereichs vom bauplanungsrechtlichen Außenbereich verkürzen. Vielmehr erscheint allein eine eng an

4 So Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 8.11.2006, BT-Drs. 16/3308, S. 20.

5 RegE zum BauGB 2007 in BT-Drs. 16/2496, S. 26.

6 Beschlossen durch die Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz am 21. März 2007, abzurufen unter [www.is-argebau.de/Mustervorschriften](http://www.is-argebau.de/Mustervorschriften) und Mustererlasse/Städtebau.

7 Auch „Außenbereichsinseln“ genannt; vgl. bei *Krautzberger/Stürer* DVBl. 2007, 160.

8 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 13a Rn. 27.

9 4 BN 37.05.

10 EZBK, § 13a Rn. 27.

11 BVerwG Beschluss vom 18.6.1997 – 4 B 238.96 – UPR 1997, 61.

12 So bereits BVerwG im Urt. vom 1.12.1972 – 4 C 6.71. Bei der Frage, ob ein Bebauungszusammenhang durch vorhandene Baulücken unterbrochen wird, stellt die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung darauf ab, ob die aufeinander folgende Bebauung trotz der Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit im Sinne einer Zusammengehörigkeit vermittelt und die umgebende Bebauung das betreffende Grundstück in einer Weise prägt, dass hieraus die Merkmale für eine hinreichende Zulässigkeitsbeurteilung nach § 34 Abs. 1 BauGB entnommen werden können.

der Gesetzesintention orientierte Auslegung geboten. So verträgt sich die Einbeziehung von Außenbereichsflächen mit der eindeutigen Gesetzeszielsetzung ausweislich der bereits zitierten<sup>13</sup> Gesetzesmaterialien nur insofern, als diese Flächen nicht ausschließlich Gegenstand der Planung sind und eindeutig dem Außenbereich zuzuordnen sind.<sup>14</sup> Die Anwendung des § 13a Abs. 1 BauGB bedingt – positiv ausgedrückt –, dass die fragliche Fläche zumindest dem Siedlungsbereich (als eine gegenüber dem Innenbereich weitere Begrifflichkeit) zuzuordnen ist, und dass das künftige Plangebiet eine bauliche Vorprägung aufweist.<sup>15</sup> Die Einbeziehung angrenzender Außenbereichsflächen in untergeordnetem Umfang zur Abrundung des Plangebiets erscheint unproblematisch zulässig, wie eine Parallelwertung zur Anwendbarkeit der Ergänzungssatzungen nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB zeigt.<sup>16</sup> Als Orientierung können folglich die Erkenntnisse und Entscheidungen zu dieser Vorschrift dienen.

Diese am Willen des Gesetzgebers orientierte Interpretation lässt sich mit den Rechtsfolgen belegen, die mit der Anwendung des beschleunigten Verfahrens verbunden sind. Gem. § 13a Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 BauGB entfällt die Notwendigkeit einer Umweltprüfung u. a. aus dem Grunde, weil „die für den Plan relevanten Umweltbelange im beschleunigten Verfahren, wenn überhaupt, nur gering sind“.<sup>17</sup> Die Anforderungen der Plan-UP-Richtlinie sind gem. § 14d Abs. 1 UVPG i. V. m. Art. 3 Abs. 3 Plan-UP-Richtlinie auch nur bei „Nutzung kleiner Gebiete auf lokaler Ebene“ erfüllt. Des Weiteren kann nur in städtebaulich nicht feinfühligem Lagen, wie üblicherweise solchen des Außenbereichs, von einer Entwicklung aus dem Flächennutzungsplan (§ 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB) sowie von einer naturschutzrechtlichen Kompensation (§ 13a Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. § 1a Abs. 3 Satz 5 BauGB) abgesehen werden. Bebauungspläne der Innenentwicklung dienen gerade dazu, zusätzliche Flächeninanspruchnahmen zu vermeiden, also weitere Eingriffe in Natur und Landschaft zu verhindern.<sup>18</sup> Weiterer Beleg für eine nicht zu extensive Anwendung ist eine gesetzeskonforme Interpretation der Planerhaltungsvorschrift des § 214a Abs. 2a Nr. 1 BauGB, wonach eine unzutreffende Beurteilung der Voraussetzungen des § 13a Abs. 1 Satz 1 BauGB und mithin ein unbeachtlicher Fehler i. S. des Vorschrift bei einer „gezielten Inanspruchnahme von Flächen außerhalb von Ortslagen“ nicht mehr gegeben ist.<sup>19</sup> Unabhängig hiervon muss es das Bemühen der planenden Gemeinde sein, mangelfreie Bebauungspläne aufzustellen.

Schließlich gibt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.7.2006<sup>20</sup> eine Hilfestellung, indem es den Begriff des bebauten Bereichs im Außenbereich erhellt. Danach ist ein bebauter Bereich i. S. d. § 35 Abs. 6 Satz 1 BauGB nur gegeben, wenn und soweit bereits eine vorhandene Bebauung dazu führt, dass der Außenbereich seine Funktion als Freiraum oder als Fläche für privilegiert zulässige Vorhaben zu dienen, nicht mehr oder nur mit wesentlichen Einschränkungen erfüllen kann. Die vorhandene Bebauung muss dabei auf eine weitere Bebauung im Wege der baulichen Verdichtung hindeuten.

Vor dem Hintergrund dieser Interpretationen zu § 13a BauGB lassen sich – vorbehaltlich der sich hierzu noch entwickelnden Rechtsprechung – folgende Fallkonstellationen herausstellen:

– Einbeziehung von Abrundungsflächen:  
Anwendbarkeit des § 13a BauGB in Parallelwertung zu den Satzungen nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB

– bebauter Bereich im Außenbereich:  
in Analogie zur Rechtsprechung über die Außenbereichssatzung i. S. v. § 35 Abs. 6 Satz 1 BauGB zumindest zur Arrondierung des von der Innenentwicklung umfassten Siedlungsbereiches mit § 13a BauGB überplanbar

– isoliert in den Außenbereich vorstoßende Flächen oder ausschließlich und eindeutig dem Außenbereich zuzuordnende Flächen:

nicht überplanbar mit § 13a BauGB, sondern mit dem klassischen Instrument des Bebauungsplanes (ohne beschleunigtes Verfahren)

– Konversion von Gewerbe- und Industriebrachen, militärischen oder sonstigen Liegenschaften, die einer neuen baulichen Nutzung zugeführt werden sollen:

Anwendbarkeit des § 13a BauGB, sofern die überplante Fläche dem Siedlungsbereich (Innenbereich im weiteren Sinne) zuzurechnen ist.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Für Gebiete und Flächen, die durch ihre Umgebung noch hinreichend als zur Siedlungsfläche gehörig baulich geprägt sind, wird der Anwendungsbereich des § 13a Abs. 1 Satz 1 BauGB eröffnet sein. Daher kommt der baulichen Prägung des zu überplanenden Areals besondere Bedeutung zu.<sup>21</sup>

Abzuwarten bleibt, wie sich die weitere Meinungsbildung in der Rechtsprechung und in der Literatur entwickeln wird. Obgleich auf die planenden Gemeinden ein kommunalpolitisch z. T. verständlicher Planungsdruck lastet, um die häufig ungedulden Bauherrn schnellstmöglich zu befriedigen, sollte in der Praxis eine gewisse Zurückhaltung bei einer zu extensiven Auslegung des Begriffs der Innenentwicklung auferlegt werden, um nicht anschließend in einem Normenkontrollverfahren oder auch in einer Inzidentprüfung Gefahr zu laufen, dass der Bebauungsplan aufgehoben und damit die Rechtsgrundlage für konkrete Zulassungsentscheidungen<sup>22</sup> entzogen wird. In diesem Zusammenhang ist auch nochmals ausdrücklich auf die europarechtlich gebotene restriktive Handhabung des § 13a Abs. 1 Satz 1 BauGB hinzuweisen. Im Zweifel sollte einem „normalen“ Bebauungsplanverfahren für überplanungsbedürftige Flächen aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit Vorrang eingeräumt werden. Die planende Gemeinde sollte es sich daher zu eigen machen, möglichst einfach und rechtssicher zu handhabende Planungsinstrumente zur Verfügung zu stellen.<sup>23</sup> In jedem Fall aber ist ihr eine schlüssige und nachvollziehbare Dokumentation der Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen des § 13a BauGB, vornehmlich im Begründungsteil des Bebauungsplanes, nachdrücklich zu empfehlen.

13 Vgl. Fn. 4 und 5.

14 Der Meinung von *Bunzel* in Bleicher/Bunzel/Engel/Finkeldei/Klinge/Wecker, BauGB-Kommentar, Anm. 2.1.1 zu § 13a), dass „grundsätzlich in den Anwendungsbereich ... auch solche Brachflächen fallen, die als Folge von Nutzungsaufgabe zwischenzeitlich planungsrechtlich zum Außenbereich wurden“, kann daher nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Im Übrigen relativiert *Bunzel* (a.a.O.) selbst die zuvor zitierte weite Interpretation, indem er zum einen das Wort „grundsätzlich“ in seine Überlegungen einführt und zum anderen anschließend nur dann Flächen ohne Weiteres den Maßnahmen der Innenentwicklung, vor allem bei der Widernutzbarmachung von Brachflächen, zurechnen lässt, wenn sie den „Eindruck eines innerhalb des Siedlungskörpers liegenden ungenutzten Bereichs vermitteln“. Letzteres sei v.a. dann der Fall, wenn „die Vornutzung lange zurückliegt und nach den tatsächlichen Verhältnissen keine Anhaltspunkte für eine Vornutzung bestehen“.

15 In diesem Sinne EZBK, § 13a Rn. 1; *Schmidt-Eichstaedt*, BauR 2007, 1148, 1149; Muster-Erlass, S. 5 unter 2.1.2.1.

16 *Krautzbergen/Stüer* DVBl. 2007, 160, 162; *Schmidt-Eichstaedt*, BauR 2007, 1148, 1149; Muster-Erlass, S. 5 unter 2.1.2.1.

17 So der RegE a.a.O., S. 28.

18 RegE a.a.O., S. 2.

19 Muster-Erlass, S. 19 unter Würdigung des RegE a.a.O., S. 26; nur die versehentlich erfolgte Einbeziehung eines (weiteren) Außenbereichsgrundstückes wird unzweifelhaft als unbeachtlich gewertet werden; allgemein zur Änderung der Planerhaltungsvorschriften *Bieneck*, Die Novelle des Baugesetzbuches, SächsVBl. 2007, 49, 51.

20 4 C 2/05 – UPR 2007, 27.

21 In diesem Sinne *Schmidt-Eichstaedt*, BauR 2007, 1148, 1149.

22 S. § 62 Abs. 1 SächsBO als Beispiel für erleichterte Zulassungen im Genehmigungsfreistellungsverfahren bei Vorliegen eines rechtsverbindlichen Bebauungsplanes.

23 Insofern ist *Reidt*, NVwZ 2007, 1029, 1030 nur zu folgen.

### 3. Sicherung der verbrauchernahen Versorgung

#### 3.1 Erweiterung des Kataloges der Planungsleitlinien

Um das Ziel der Sicherung zentraler Versorgungsbereiche und deren städtebauliche Bedeutung nachhaltig zu verfolgen, erweitert die Gesetzesnovelle 2007 den Katalog der Planungsleitlinien in § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB um den Belang der „Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche“. Bereits zuvor war der Belang an verschiedenen Stellen im BauGB (z. B. in § 2 Abs. 2 Satz 2) oder in § 11 Abs. 3 Satz 2 BauNVO genannt; nunmehr erhält er den Status eines öffentlichen Belangs der Bauleitplanung, der in die Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB eingestellt werden muss. Die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche soll gerade auch im Interesse der verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung und der Innenentwicklung der Gemeinden erfolgen.

#### 3.2 Begriffsbestimmung „Zentraler Versorgungsbereich“

Obwohl – wie vorerwähnt – der Begriff „Zentraler Versorgungsbereich“ in zunehmendem Maße in den Vorschriften Niederschlag findet, wird eine Legaldefinition vermisst.<sup>24</sup> Der Begriff „Zentraler Versorgungsbereich“ umfasst Versorgungsbereiche unterschiedlicher Stufen, also insbesondere Innenstadtzentren vor allem in Städten mit größerem Einzugsbereich, Nebenzentren in Stadtteilen sowie Grund- und Nahversorgungszentren in Stadt- und Ortsteilen und nichtstädtischen Gemeinden.<sup>25</sup>

Das BVerwG greift in seinem Urt. vom 11.10.2007<sup>26</sup> zunächst diese Begriffsbestimmung auf und veredelt sie durch die Aussage, dass zentrale Versorgungsbereiche räumlich abgrenzbare Bereiche einer Gemeinde sind, denen auf Grund vorhandener Einzelhandelsnutzungen – häufig ergänzt durch diverse Dienstleistungen und gastronomische Angebote – eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus zukommt. Gerade für Innenstädte sei typisch, dass in ihnen ein breites Spektrum von Waren für den lang-, mittel- und kurzfristigen Bedarf angeboten wird.

In der Literatur<sup>27</sup> werden eine städtebaulich integrierte Lage mit guter Erreichbarkeit sowie ein bestimmtes (Mindest-)Warenangebot gefordert, damit der Bereich einen zumindest substantiellen Beitrag zur verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung leistet.

Zentrale Versorgungsbereiche ergeben sich, nicht nur Ansicht des BVerwG und des OVG Münster,<sup>28</sup> aus

- planerischen Darstellungen und Festlegungen in den Bauleitplänen oder aus Festlegungen in den Raumordnungsplänen
- nicht verbindlichen („informellen“) raumordnerischen und städtebaulichen Konzepten
- nachvollziehbar eindeutigen tatsächlichen Verhältnissen.

Die Auflistung dokumentiert nicht nur, dass bauleitplanerisches Handeln möglich, häufig sogar erforderlich ist, um das Ziel der Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche zu erreichen. Sie weist auch aus, dass schützenswerte zentrale Versorgungsbereiche schlichtweg faktisch entstehen bzw. entstanden sind. Ihr räumlicher Umgriff bedarf freilich der Festlegung; hierzu eignet sich naturgemäß die Bauleitplanung schon aus Gründen der Rechtssicherheit.

#### 3.3 Gesetzgeberischer Lösungsversuch 2004 über § 34 Abs. 3 BauGB

Nach § 34 Abs. 3 BauGB dürfen von (Innenbereichs-)Vorhaben keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Standort- oder der Nachbargemeinde ausgehen. Diese neben § 34 Abs. 1 und 2 BauGB hinzutretende weitere Zulässigkeitsvoraussetzung soll den Schutz zentraler Versorgungsbereiche bewirken. Dem Anwendungsbereich unterfallen großflächige und nicht großflächige Einzelhandelsbetriebe.<sup>29</sup>

Nach dem bereits angesprochenen Urteil des BVerwG vom 11.10.2007<sup>30</sup> lässt ein Vorhaben schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche einer Standortgemeinde jedenfalls dann erwarten, wenn es deren Funktionsfähigkeit so nachhaltig stört, dass sie ihren Versorgungsauftrag generell oder hinsichtlich einzelner Branchen nicht mehr substantiell wahrnehmen können. Nach Ansicht des BVerwG zwingt die Fragestellung, ob die Schädlichkeitsschwelle des § 34 Abs. 3 BauGB erreicht wird, den Rechtsanwender dazu, ökonomische Zusammenhänge zu ermitteln und im Hinblick auf ihre städtebauliche Relevanz zu bewerten. Als Maßstab zur Feststellung schädlicher Auswirkungen darf insbesondere der zu erwartende Kaufkraftabfluss<sup>31</sup> herangezogen werden. Daneben drängt sich eine Orientierung am Einzugsbereich und am Warensortiment des Vorhabens<sup>32</sup> auf.

Im Zulassungsverfahren sind daher konkrete Unterlagen und Angaben sowie i. d. R. erläuternde Gutachten zu diesen drei Faktoren zu verlangen, um eine gesicherte Prognose abgeben zu können, ob die über die nähere Umgebung hinausreichenden (Fern-) Wirkungen eine beachtliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit vorhandener Versorgungsbereiche mit sich bringen.

Die Ansiedlung außerhalb eines (bestehenden, ggf. geplanten<sup>33</sup>) zentralen Versorgungsbereichs und das Warensortiment, insbesondere seine Zentrenrelevanz, indizieren mithin gewisse Auswirkungen. Ob diese tatsächlich schädlicher Natur sind, bemisst sich an den zu erwartenden Kaufkraftabflüssen, und dies auch nur dann, wenn sie in beachtlichem Ausmaß prognostiziert werden können. Dies bedingt nicht nur eine genaue, gewissenhafte und daher auch häufig zeitaufwändige Untersuchung des Bestandes vorhandener Einzelhandelsbetriebe, sondern auch eine quantifizierte Aussage über den zu erwartenden Kaufkraftabzug, was naturgemäß nicht immer einfach belegbar ist. So wird eine 10%ige prognostizierte Umsatzumverteilung als Kriterium für beachtliche Funktionsstörungen in zentralen Versorgungsbereichen gefordert.<sup>34</sup>

An dieser Stelle mag dahinstehen, ob die aberlangte Prognose überhaupt nachvollziehbar belegt werden kann und wen die Darlegungs- und Beweislast trifft.<sup>35</sup> In der Praxis haben sich jedenfalls innerhalb der engen landesgesetzlich vorgesehenen Fristen im Baugenehmigungsverfahren erhebliche Schwierigkeiten bei Bestimmung der Schwelle der Auswirkungen i. S. d. § 34 Abs. 3 ergeben. Auch durch Marktgutachten konnten diese nicht immer behoben werden.

#### 3.4 Die Bestimmungen des § 9 Abs. 2a BauGB 2007

Das BauGB 2007 versucht daher, die bereits mit dem EAG Bau in § 34 Abs. 3 BauGB verfolgte Zielsetzung zu optimieren.

<sup>24</sup> Rieger UPR 2007, 366, 367.

<sup>25</sup> RegE zum BauGB 2007 a.a.O., S. 22; zum Begriff s. auch Krautzberger, UPR 2006, 405, 409.

<sup>26</sup> 4 C 7/07 – UPR 2008, 68 – zur vorinstanzlichen Entscheidung des OVG Münster vom 11.12.2006 – 7 A 964/05 – UPR 2007, 393.

<sup>27</sup> Rieger a.a.O., S. 368 unter Verweis auf Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, Rdn. 87 zu § 34.

<sup>28</sup> S. o. Fn. 26.

<sup>29</sup> S. Söfker in EZBK Rdn. 84 zu § 34.

<sup>30</sup> S. o. Fn. 26.

<sup>31</sup> So nachdrücklich und unter Zurückweisung der in der Vorinstanz vom OVG Münster geäußerten Rechtsansicht BVerwG im Urt. v. 11.10.2007; dabei vermag das BVerwG nicht zu erkennen, worin sich ein zu erwartender vorhabenbedingter Kaufkraftabfluss von einer durch das Vorhaben ausgelösten prognostizierten Umsatzumverteilung unterscheidet

<sup>32</sup> OVG Münster, Urt. v. 11.12.2006, s. Fn. 26.

<sup>33</sup> Zur Streitfrage, ob nur tatsächlich bestehende zentrale Versorgungsbereiche im Rahmen von § 34 Abs. 3 zu berücksichtigen sind: Rieger a.a.O., S. 369 unter Verweis u. a. auf Söfker in EZBK Rdn. 85 zu § 34.

<sup>34</sup> U. a. Söfker a.a.O.

<sup>35</sup> S. hierzu Rieger, a.a.O., S. 372.

Nach dem neu eingefügten § 9 Abs. 2a Satz 1 BauGB kann für die im Zusammenhang bebauten Ortsteile zur Erhaltung, Stärkung oder Verhinderung der Beeinträchtigung zentraler Versorgungsbereiche auch im Interesse der verbrauchernahen Versorgung und der Innenentwicklung der Gemeinden, in einem Bebauungsplan festgesetzt werden, dass nur bestimmte Arten der nach § 34 Abs. 1 und 2 zulässigen baulichen und sonstigen Anlagen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können; die Festsetzungen können auch für Teile des räumlichen Geltungsbereichs des Bebauungsplans unterschiedlich getroffen werden. Die Aufstellung des Bebauungsplans erfolgt im vereinfachten Verfahren nach § 13, mithin ohne Umweltprüfung.

In der Begründung zum Bebauungsplan ist darzulegen, in welcher Weise der Bebauungsplan der Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche dient. Diese konkreten städtebaulichen Erwägungen unterstützt ein städtebauliches Entwicklungskonzept im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 11, das nachvollziehbare Aussagen über die vorhandenen und zu entwickelnden zentralen Versorgungsbereiche der Gemeinde oder eines Gemeindeteils enthält. Dieses an sich unverbindliche und informelle Konzept ist bei der Rechtsanwendung (nicht nur im verwaltungsgerichtlichen Verfahren) hilfreich und nach § 9 Abs. 2a Satz 1 BauGB zu berücksichtigen. Insbesondere möglichst flächendeckende, vom Gemeinderat beschlossene Einzelhandelskonzepte dienen daher der Bestimmung der zentralen Versorgungsbereiche (Sicherung einer verbrauchernahen Versorgung) und vermögen Planungssicherheit zu schaffen.

Die Festsetzungsmöglichkeiten gem. § 9 Abs. 2a Satz 1 BauGB sind – ausweislich des RegE<sup>36</sup> – an § 1 Abs. 5, 8 und 9 BauNVO angelehnt. Nicht notwendig ist aber die Festsetzung eines Baugebiets, da es sich nur um einen einfachen Bebauungsplan handelt. Zur Steuerung der Ansiedlung sind aber gezielt Bestimmungen über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben möglich.

In diesem Zusammenhang kann auf die zum Ausschluss von Einzelhandelsnutzungen<sup>37</sup> und insbesondere auf die zu Sortimentsbeschränkungen<sup>38</sup> ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Rechtsgrundlage für Sortimentsbeschränkungen des Einzelhandels ist § 1 Abs. 9 BauNVO. Hiernach kann, wenn besondere städtebauliche Gründe dies rechtfertigen, im Bebauungsplan bei Anwendung des hier einschlägigen § 1 Abs. 5 BauNVO festgesetzt werden, dass nur bestimmte Arten der in den Baugebieten allgemein oder ausnahmsweise zulässigen baulichen oder sonstigen Anlagen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können. Das „Besondere“ an den städtebaulichen Gründen besteht nicht notwendig darin, dass die Gründe von größerem oder im Verhältnis zu Absatz 5 zusätzlichem Gewicht sein müssen. Vielmehr ist mit „besonderen“ städtebaulichen Gründen gemeint, dass es spezielle Gründe gerade für die gegenüber Absatz 5 noch feinere Ausdifferenzierung der zulässigen Nutzungen geben muss.

Auch darf eine Gemeinde so genannte zentrumsbildende Nutzungsarten, die in der Kernzone nicht oder nur geringfügig vertreten sind, in anderen Gemeindegebieten mit dem Ziel ausschließen, eventuelle Neuansiedlungen zur Steigerung oder Erhaltung der Attraktivität dem Zentrum zuzuführen.<sup>39</sup>

Konform mit der ratio der neuen Bestimmung des § 9 Abs. 2a BauGB kann den planungsaufgeschlossenen Gemeinden die Empfehlung gegeben werden, die Aufstellung eines einfachen Bebauungsplanes für den Innenbereich mit der Änderung bereits bestehender Bebauungspläne unter Heranziehung des § 1 Abs. 5, 8 und 9 BauNVO zu kombinieren. Dieser einheitliche Beschluss sollte durch das Hauptorgan der Gemeinde, den Stadt- bzw. Gemeinderat möglicherweise in der gleichen Sitzung gefasst werden.

Durch eine derart konzentrierte Aktion erscheint nicht nur eine umfassende Steuerung der Einzelhandelsproblematik mit Ausnahme des Außenbereichs sogar das gesamte Gemeindegebiet möglich, sondern auch eine für alle Beteiligte planungssichere und damit auch attraktive Ansiedlungspolitik. Gleichzeitig dürfte die erforderliche Nachvollziehbarkeit und damit Akzeptanz in der Rechtsprechung bei Normenkontroll- oder Inzidentverfahren gesichert sein.

### 3.5 Regelungsverhältnis des § 9 Abs. 2a zu § 34 Abs. 3 BauGB

Das Regelungsverhältnis zu § 34 Abs. 3 BauGB lässt sich abschließend wie folgt umschreiben: Dort, wo die Standortgemeinde im Sinne des § 9 Abs. 2a BauGB (ggf. i. V. m. der soeben dargestellten parallelen Änderung bestehender Bebauungspläne) bauleitplanerisch tätig geworden ist, bleibt kein Raum für eine auch nur ergänzende Anwendung des § 34 Abs. 3 BauGB. Diese Vorschrift kommt vielmehr erst dann zum Zuge, wenn derart verbindliche Vorgaben der Gemeinde fehlen.

### 3.6 Interkommunales Abstimmungsgebot

In beiden Anwendungsfällen sollte das interkommunale Abstimmungsgebot nach § 2 Abs. 2 BauGB beachtet werden, um der Berufung der Nachbargemeinde auf ihre Planungshoheit oder auf die ihnen durch Ziele der Raumordnung zugewiesenen Funktionen vorzubeugen. Gemäß § 2 Absatz 2 BauGB sind die Bauleitpläne benachbarter Gemeinden aufeinander abzustimmen.

Einer materiellen gemeindenachbarlichen Abstimmung bedarf es bereits dann, wenn unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art auf die städtebauliche Ordnung und Entwicklung der Nachbargemeinde in Betracht kommen. Danach besteht im Rahmen der Abwägung nach § 1 Absatz 7 BauGB ein Anspruch der Nachbargemeinde auf materielle Abstimmung, der auf Rücksichtnahme und Vermeidung unzumutbarer Auswirkungen gerichtet ist. Insbesondere können sich Nachbargemeinden bei solchen Auswirkungen auf die Beeinträchtigung ihrer zentralen Versorgungsbereiche berufen. Auch die Ansiedlung von nicht großflächigen Einzelhandelsbetrieben kann insoweit Auswirkungen auf die zentralen Versorgungsbereiche der Nachbargemeinden haben.

Bei der Geltendmachung des Gebots der interkommunalen Abstimmung ist es nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>40</sup> nicht erforderlich, dass eine hinreichend bestimmte Planung der Nachbargemeinde nachhaltig gestört wird oder dass wesentliche Teile von deren Gebiet einer durchsetzbaren Planung entzogen werden. Eine gemeindenachbarliche Abstimmung ist somit unabhängig davon geboten, ob in der Nachbargemeinde bereits konkrete Bauleitpläne oder planerische Vorstellungen bestehen.

## 4. Voraussetzungen in § 34 Abs. 3a BauGB

Im Kontext mit der generellen Zielsetzung einer Vereinfachung und Beschleunigung des Bauplanungsrechts für Vorhaben zur Stärkung der Innenentwicklung ist auch die 2007 erfolgte Erweiterung der Anwendungsmöglichkeiten des mit dem BauGB 2004 eingeführten § 34 Abs. 3a Satz 1 Nr. 1 BauGB zu sehen. Diese Vorschrift ist nunmehr auch auf vorhandene Wohnbauvorhaben anwendbar, selbst wenn durch die An- und Aufbauten das Maß der in der näheren Umgebung vorhandenen Bebauung an sich überschritten werden würde. Hinzuweisen ist, dass es bei den

<sup>36</sup> A.a.O. (s. Fn. 5) S. 23.

<sup>37</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 27.7.1998, 4 BN 31.98 – UPR 1998, 459.

<sup>38</sup> S. u. a. Urteil des OVG Münster vom 12.11.2004 – 10a D 38/02.

<sup>39</sup> BVerwG, Beschluss vom 10.11.2004 – 4 BN 33.04.

<sup>40</sup> Urteil vom 15.12.1989, 4 C 36.86 – UPR 1990, 216; Beschluss vom 9.1.1995, 4 NB 42.94 – UPR 1995, 195.

weiteren Anwendungsvoraussetzungen des § 34 Abs. 3a Satz 1 Nrn. 2 und 3 bleibt und auf der Rechtsfolgenseite eine ordnungsgemäße Ermessensausübung weiterhin vorgesehen ist.

## 5. Innenbereichssatzung

### 5.1 Überblick

Die Abgrenzung der im Zusammenhang bebauten Ortsteile nach § 34 BauGB vom Außenbereich nach § 35 BauGB führt in der Praxis häufig zu Schwierigkeiten, weil die Abgrenzung im Grundfall des § 34 Abs. 1 BauGB allein von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht. Die Satzungen nach § 34 Abs. 4 BauGB sind von den „Außenbereichssatzungen“ nach § 35 Abs. 6 BauGB zu unterscheiden, die kein Baurecht schaffen, sondern lediglich bewirken, dass den Vorhaben einzelne entgegenstehende Belange nicht entgegengehalten werden können.

Da die Zuordnung zum Innenbereich die grundsätzliche Bebaubarkeit eines Grundstücks begründet, während der Außenbereich von der Bebauung grundsätzlich freizuhalten ist, besteht ein Bedürfnis nach eindeutiger Abgrenzung beider Bereiche (*Klarstellungssatzung*, § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB). Die Abgrenzungen können aber im Einzelfall auch deshalb unbefriedigend sein, weil die städtebauliche Situation die Einbeziehung in Bauflächen i. S. des § 34 zwar nahe liegen lässt, dies jedoch wegen der strikten Vorschrift nicht in Betracht kommt, d. h. die Gemeinde, um die Bebaubarkeit zu ermöglichen, den in der Praxis oft als „aufwändig“ empfundenen Weg des Bebauungsplans beschreiten müsste.

§ 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 BauGB erleichtert für entsprechende Fälle die Schaffung von Bauland: Die Satzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB (*Entwicklungssatzung*) ermöglicht es, bebaute Bereiche im Außenbereich entsprechend dem Flächennutzungsplan als Ortsteil i. S. des Abs. 1 festzulegen.

Die Satzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB (*Ergänzungssatzung*) ermöglicht die Einbeziehung einzelner Außenbereichsflächen in den Innenbereich i. S. des § 34 Abs. 1, wenn die einbezogenen Flächen durch die bauliche Nutzung der angrenzenden Bereiche entsprechend geprägt sind. Der Erlass der Satzung steht im freien Ermessen der Gemeinde. Von dieser Satzung kann am ehesten gesagt werden, sie „schaffe“ Baurechte. Dabei bestehen bestimmte Anforderungen an die angrenzenden Innenbereichsflächen<sup>41</sup>: Eine Prägung der Außenbereichsflächen i. S. des § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB setzt voraus, dass dem angrenzenden (Innen-)Bereich im Hinblick auf Art und Maß der baulichen Nutzung, Bauweise und überbaubaren Grundstücksfläche die erforderlichen Zulässigkeitsmerkmale für die Bebaubarkeit dieser Flächen entnommen werden können.

In allen Fällen des § 34 Abs. 4 BauGB erzielt die Gemeinde zumindest (Rechts-)Klarheit über die im konkreten Einzelfall ansonsten häufig nicht leicht zu beantwortende Frage, wo der im Zusammenhang bebaute Ortsteil endet und der Außenbereich beginnt. Der Erlass einer Innenbereichssatzung (ggf. einer Kombination zweier Satzungsarten) ist daher ein Planungsinstrumentarium, das es den am jeweiligen einzelnen Bauvorhaben Beteiligten erleichtert, die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit und damit die Erfolgsaussichten des Vorhabens eindeutig zu würdigen. Das Verfahren der Satzungsaufstellung orientiert sich nach § 34 Abs. 6 Satz 2 BauGB am *vereinfachten Verfahren*.

In den Fällen des § 34 Abs. 4 Satz 1 Nrn. 2 und 3 BauGB gilt (ebenso wie im Falle einer Außenbereichssatzung nach § 35 Abs. 6 BauGB sowie im Falle eines Bebauungsplanes) die mit dem Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte eingeführte Regelung des § 47 Abs. 2a VwGO. Danach ist ein Normenkontrollantrag, der eine der vor-

erwähnten Satzungen zum Gegenstand hat, unzulässig, wenn der Antragsteller nur Einwendungen geltend macht, die er im Rahmen der öffentlichen Auslegung oder im Rahmen der betroffenen Öffentlichkeit nicht oder verspätet gelten gemacht hat, aber (rechtzeitig) hätte geltend machen können. Diese aus anderen Rechtsgebieten bereits bekannte Präklusionswirkung erfasst aber bei einer am Gesetzeswillen orientierten Interpretation lediglich einen Normenkontrollantrag, nicht aber auch eine Inzidentkontrolle der Satzung im Falle der Anfechtung einer hierauf fußenden Zulassungsentscheidung.<sup>42</sup>

### 5.2 Umweltpflicht und naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

Für die Satzungen nach § 34 Abs. 4 besteht *keine Pflicht zur Umweltpflicht*. Das Gesetz vermeidet eine ausdrückliche Klärung, ob die UP-Pflicht überhaupt in Betracht käme, in dem es die Satzungen mit der Ausnahmeregelung des § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 harmonisiert. Es ist daher nach § 34 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 und 3 BauGB Voraussetzung für die Anwendung der Satzung, dass die Zulässigkeit von UVP-pflichtigen Vorhaben nach Anlage 1 zum UVPG oder nach Landesrecht nicht begründet wird (§ 34 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 BauGB) und keine Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung von FFH-Gebieten oder Europäischen Vogelschutzgebieten bestehen (§ 34 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 BauGB).

§ 35 Abs. 5 Satz 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB sieht für die *Ergänzungssatzung* – nicht hingegen § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB für die *Entwicklungssatzung* – die Anwendung der *naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung* in ihrer Ausgestaltung im BauGB vor (so auch § 21 Abs. 1 BNatSchG). Durch die Ergänzungssatzung werden Außenbereichsflächen zu Bauland gewidmet, ohne dass notwendigerweise eine planerische „Vorentscheidung“ wie in den Fällen der *Entwicklungssatzung* vorangegangen ist. Auf die *Ergänzungssatzung* sind daher ergänzend die §§ 1a Abs. 2 und 3 und 9 Abs. 1 BauGB entsprechend anzuwenden. Auch in der *Ergänzungssatzung* kann von Zuordnungsfestsetzungen i. S. des § 9 Abs. 1a BauGB Gebrauch gemacht werden; ebenso von den Gestaltungsmöglichkeiten des § 1a Abs. 3 BauGB.

### 5.3 Fazit

Die Innenbereichssatzungen geben die Möglichkeit, entsprechend dem vereinfachten Verfahren nach § 13 BauGB Baurechte zu begründen und dienen der Rechtsklarheit. Die Satzungen nach § 34 bedürfen – ebenso wie die Bebauungspläne im vereinfachten Verfahren nach § 13 sowie in den meisten Anwendungsfällen des beschleunigten Verfahrens nach § 13a BauGB – keiner Umweltpflicht. Bei der *Entwicklungssatzung* (§ 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB) entfällt – wie im Fall des beschleunigten Verfahrens nach § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 – die Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung. Bei der *Ergänzungssatzung* (§ 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB) kommt sie dagegen ebenso zur Anwendung wie im vereinfachten Verfahren nach § 13 BauGB.

## 6. Stadtbau – Baurechte nach dem Rückbau

Der Rückbau von Gebäuden wirkt sich auf die planungsrechtliche Beurteilung der (bisher bebauten) Fläche unterschiedlich aus:

– Ein bestehender *Bebauungsplan* behält seine Gültigkeit; das Baurecht bleibt bestehen, § 30 Abs. 1 BauGB. Das dürfte der Regelfall beim „Stadtbau-West“ sein.

– Hinweis: Wird eine Siedlung/ein Stadtteil ganz oder teilweise zurückgebaut (und wird z. B. als Grünfläche oder für Kleingärten genutzt), mag sich zu einem späteren Zeitpunkt die Frage stellen,

<sup>41</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 27.6.2007 – 3 S 128/06.

<sup>42</sup> In diesem Sinne auch *Ever*, NJW 2007, 3171, 3172.

ob der Bebauungsplan „obsolet“ geworden ist, weil das Gebiet inzwischen seinen Gebietscharakter verloren und der ursprüngliche Planungszweck nicht mehr „der Wirklichkeit“ entspricht.

– Liegt das Gebiet in einem *nichtbeplanten Innenbereich* – der Regelfall beim Stadtumbau-Ost –, dann bleibt das Baurecht zunächst gleichfalls bestehen: Beim Rückbau eines Hauses entsteht ein Baulücke; in dieser besteht das Baurecht fort, soweit sich der beabsichtigte Neubau in die vorhandene nähere Umgebung „einfügt“. Dabei dürfte sich i.d.R. die bauplanungsrechtliche Qualität hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung aus § 34 Abs. 2 BauGB i. V. mit §§ 3 oder 4 BauNVO (Reines oder Allgemeines Wohngebiet) ableiten lassen.

– Im Innenbereich können sich aber *Veränderungen in der baurechtlichen Beurteilung* je nach Umfang und Standort ergeben: Ob und wie lange eine Fläche dem Bebauungszusammenhang nach Abbruch des letzten zum Bebauungszusammenhang gehörenden Grundstücks noch zuzurechnen ist, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung;<sup>43</sup> Im Übergangsbereich zum Außenbereich stellt sich die Frage, ob ab einem zukünftigen Zeitpunkt die Vorprägung des Grundstücks entfällt und das Grundstück Außenbereichsqualität erlangt. Bei umfangreichem Rückbau im Übergangsbereich zum Außenbereich kann sich dies – je nach Verkehrsauffassung – rascher einstellen. Auch kann ein umfangreicher Rückbau im Innenbereich zu Freiflächen führen, die mitunter als sog. „Außenbereich im Innenbereich“<sup>44</sup> bezeichnet werden.

– Diese Veränderungen der baurechtliche Qualität treten „ohne Zutun“ der Gemeinde ein, d. h. das Planungsrecht setzt in den nicht-beplanten Bereichen nach den Regeln der §§ 34 und 35 BauGB die tatsächlichen Verhältnisse in rechtliche Qualitäten um.

Wollen Gemeinde und Eigentümer für die Rückbauflächen die Option für eine spätere Wiedernutzung offen halten und diese z. B. „bis auf weiteres“ nur für eine Zwischennutzung vorsehen, dann ist dies *planerisch abzusichern*. Soll das Baurecht also fortbestehen, dann bedarf dies – zur Vermeidung der o.g. Effekte – der Festsetzung durch einen Bebauungsplan. Städtebauliche Verträge begründen kein Baurecht, sie setzen das Baurecht voraus; sie reichen also dafür nicht aus. Schiebt die Gemeinde die planerische Entscheidung auf den Zeitpunkt der späteren Nutzungsaufnahme (also z. B. 10 Jahre später) auf, dann muss sie in den genannten Fällen zu diesem Zeitpunkt einen Bebauungsplan mit entsprechenden (ggf. aufschiebend bedingten) Festsetzungen aufstellen. Das erfordert die Umweltprüfung, die Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung, die Beachtung der Bodenschutzklausel, der umfassenden Beteiligung von Öffentlichkeit und Behörden usw. Ein Weg zur unmittelbaren Absicherung der Baurechte ergibt sich daher auf anderem Wege, wenn die Gemeinde solche Sicherheit über eine spätere Nutzungsmöglichkeit hat, dass sie die Flächen planerisch entsprechend widmen kann; die Anforderungen an eine Nutzbarkeit ergeben sich aus dem Abwägungsgebot. Die Gemeinde könnte die Flächen unter diesen Voraussetzungen nach §§ 13 oder 13a BauGB (vereinfachtes oder beschleunigtes Verfahren) planerisch sichern. Wichtig ist dabei: Der Bebauungsplan muss aufgestellt sein, solange sich das Gebiet noch nach § 34 BauGB beurteilt. Entfällt diese Beurteilung, bedarf es der Aufstellung eines Bebauungsplans im „Normal“-Verfahren.

Wollen Eigentümer und Gemeinde dagegen nur *Zwischennutzungen* absichern, dann reichen vertragliche Lösungen aus.

## 7. Anforderungen des Hochwasser-, Fluglärm-, Natur-, Umwelt- und Artenschutzes an Innen- und Außenbereichsvorhaben

Neben den sich aus §§ 34 und 35<sup>45</sup> BauGB ergebenden planungsrechtlichen Erfordernissen bleiben die sich aus anderen

öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergebenden Maßgaben unberührt; vgl. § 29 Abs. 3 BauGB. Aktuelle Bedeutung haben hier die Anforderungen des Hochwasser-, Fluglärm-, Natur-, Umwelt- und Artenschutzes an Innen- und Außenbereichsvorhaben.

### 7.1 Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

Nach § 21 BNatSchG ist die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung auf Innenbereichsvorhaben nicht anzuwenden. Bei den Innenbereichssatzungen findet sie jedoch bei den Erweiterungssatzungen nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB Anwendung. Für Außenbereichssatzungen bleibt die Geltung der Vorschriften über die Eingriffsregelung unberührt. Entscheidungen über Vorhaben nach § 35 Abs. 1 und 4 und über die Errichtung von baulichen Anlagen nach § 34 BauGB ergehen im Benehmen mit den für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden. Nach § 21 Abs. 4 BNatSchG kann der Vorhabenträger beantragen, dass die zuständige Behörde die Ausgleichsentscheidung durchführt. Diese Regelung wurde durch das Umwelthaftungsgesetz<sup>46</sup> eingefügt, und zwar im Hinblick auf die Haftungsfreistellungen bei Anwendung der Eingriffsregelung.

### 7.2 FFH- und Vogelschutzrichtlinie

Nach §§ 34, 38 BNatSchG sind die Bestimmungen über die FFH- und Vogelschutzrichtlinie bei den Vorhaben nach den §§ 34 und 35 BauGB anzuwenden. Bei den Satzungen nach §§ 34 und 35 BauGB ist Voraussetzung für ihre Zulässigkeit, dass keine Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe b BauGB genannten Schutzgüter bestehen, d. h. dass kein Anwendungsfall für die vorgenannten Richtlinien gegeben ist; vgl. § 34 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3, § 35 Abs. 6 Satz 4 Nr. 3 BauGB.

### 7.3 Umweltprüfung

Der Anwendungsbereich für die Umweltprüfung besteht nach § 2 Abs. 4 BauGB für Flächennutzungspläne und Bebauungspläne<sup>47</sup> einschließlich ihrer Änderung und Ergänzungen. Bei den Satzungen nach §§ 34 und 35 BauGB entfällt eine Umweltprüfung, weil Voraussetzung für ihre Zulässigkeit ist, dass die Satzungen keine Zulässigkeit UVP-pflichtiger Vorhaben begründen; vgl. § 34 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2, § 35 Abs. 6 Satz 4 Nr. 2 BauGB.

### 7.4 Hochwasserschutz

Nach der Rspr.<sup>48</sup> geht – plakativ ausgedrückt – der Hochwasserschutz dem Planungsrecht vor. § 31b Abs. 4 Satz 1 WHG<sup>49</sup> schränkt die Zulässigkeit der Bauleitplanung in den Hochwasserschutzgebieten drastisch ein. Für die Innenbereichs- und Außenbereichsvorhaben gilt im Übrigen Folgendes: Nach § 31b Abs. 4 Satz 3 WHG bedürfen die Errichtung und die Erweiterung einer baulichen Anlage nach den §§ 30, 34 und 35 BauGB in den Überschwemmungsgebieten nach dem WHG der Genehmigung durch die zuständige Behörde. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn im Einzelfall das Vorhaben die Hochwasserrückhaltung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und der Verlust von verloren gehendem Rückhalteraum zeitgleich ausgeglichen

<sup>43</sup> Ständige Rspr.; vgl. nur BVerwG, Urt. v. 12.9.1980 – IV C 75.77 –.

<sup>44</sup> Hierzu bereits oben Ziff. 2 und Fn. 7–10 m. w. N.

<sup>45</sup> Dazu im Einzelnen unten II.

<sup>46</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden v. 10. Mai 2007 (BGBl. I S. 666).

<sup>47</sup> Außer im vereinfachten Verfahren nach § 13 und im beschleunigten Verfahren nach § 13a, sofern die Vorprüfung in den Fällen des § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 nicht zu einem anderen Ergebnis kommt.

<sup>48</sup> Vgl. grundsätzlich BVerwG, Urt. v. 22. Juli 2004 – 7 CN 1.04 –.

<sup>49</sup> Eingefügt durch das „Hochwasserschutzgesetz“: Gesetz vom 3. Mai 2005 (BGBl. I S. 1224).

wird, wenn sie den Wasserstand und den Abfluss bei Hochwasser nicht nachteilig verändert, wenn es den bestehenden Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt und hochwasserangepasst ausgeführt wird. Die nachteiligen Auswirkungen können ggf. durch Auflagen oder Bedingungen ausgeglichen werden.

### 7.5 Fluglärmschutz

Nach dem Fluglärmenschutzgesetz<sup>50</sup> besteht in den danach festgesetzten Lärmschutzbereichen ein (modifiziertes) Bauverbot. Nach § 5 Abs. 1 Fluglärmenschutzgesetz dürfen in einem Lärmschutzbereich u. a. Krankenhäuser, Altenheime, Erholungsheime und ähnliche in gleichem Maße *schutzbedürftige Einrichtungen* nicht errichtet werden. In den Tag-Schutzzonen des Lärmschutzbereichs gilt Gleiches für Schulen, Kindergärten und ähnliche in gleichem Maße *schutzbedürftige Einrichtungen*. Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann Ausnahmen zulassen, wenn dies zur Versorgung der Bevölkerung mit öffentlichen Einrichtungen oder sonst im öffentlichen Interesse dringend geboten ist. Nach § 5 Abs. 2 Fluglärmenschutzgesetz dürfen in der Tag-Schutzzone 1 und in der Nacht-Schutzzone *Wohnungen* nicht errichtet werden; Ausnahmen bestehen nach § 5 Abs. 3 und 4 des Gesetzes für bestimmte Fälle eines Bestandsschutzes sowie für u. a. für die Errichtung von Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen von Betrieben oder öffentlichen Einrichtungen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter, aber auch für Wohnungen, die nach § 35 Abs. 1 BauGB im Außenbereich zulässig sind.

## II. Aktuelle Fragen des planungsrechtlichen Außenbereichs

### 1. Zulässigkeit und Steuerung von Windenergieanlagen

#### 1.1 Rechtslage und aktuelle Situation (sog. *Repowering*)

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind Anlagen, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen, seit dem BauGB – Änderungsgesetz 1996<sup>51</sup> privilegierte Außenbereichsvorhaben. Durch dieses Gesetz wurde weiterhin eine planerische Steuerungsmöglichkeit durch Regional- oder Flächennutzungspläne für Windenergie- und bestimmte andere Vorhaben eingefügt, die Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 3. Durch das EAG Bau 2004 wurde darüber hinaus in § 15 Abs. 3 BauGB eine Zurückstellungsmöglichkeit für Vorhaben eingeführt um die Flächennutzungsplanung zu sichern, wenn die Gemeinde die „Steuerungsmöglichkeit“ des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nutzen will. Hierzu besteht nach § 5 Abs. 2b BauGB auch die Möglichkeit der Aufstellung von sachlichen Teilflächennutzungsplänen.

Im Rahmen eines weiteren energie- und umweltpolitisch erwünschten Ausbaus erneuerbarer Energien durch Windenergie hat Bedeutung, wie ein solches Ziel durch den Ersatz vorhandener älterer Windenergieanlagen durch neue Windenergieanlagen, die auf Grund des zwischenzeitlichen technologischen Fortschritts über eine deutlich höhere Leistung verfügen, also durch das sog. *Repowering*, erreicht und bauplanungsrechtlich unterstützt und abgesichert werden kann. Stichworte für die sich dabei stellenden Fragen sind die erhebliche Zunahme der Höhe der Anlagen: etwa doppelt so hoch, viermal soviel Leistung, Nabenhöhe 140 statt 48 Meter, Gesamthöhe ca. 180 m, Rotordurchmesser von über 80 Metern. Hier stellen sich die Zulässigkeitsfragen unter den speziellen Auswirkungen auf die Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB. Auch Fragen der Entsorgung der Altanlagen sind zu beantworten.<sup>52</sup>

#### 1.2 Entwicklung der Rechtsprechung; Normenkontrolle

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zielt darauf ab, durch positive Standortzuweisungen privilegierter Nutzungen an einer oder mehreren

Stellen im Plangebiet den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Anlagen freihalten zu können, und zwar für den Bereich der Gemeinde oder für den Planungsraum der Regionalplanung. Die Regelung greift eine höchstrichterliche Rechtsprechung auf:<sup>53</sup> Ist der Kiesabbau im Außenbereich einer Gemeinde überwiegend möglich und hat die Gemeinde zur räumlichen Konzentration Kiesabbauflächen im *Flächennutzungsplan* („Ausweisungskonzept“) dargestellt, kann dies – auch als „negative“ Aussage – als öffentlicher Belang einem nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegierten Kiesabbau auf einer anderen Gemeindefläche entgegenstehen, die im Flächennutzungsplan z. B. als Landwirtschaftsfläche dargestellt ist. Die Gemeinde, die Bereiche ihres Gebiets zugunsten bestimmter Schutzgüter (z. B. Landschaftsschutz, Fremdenverkehr, Anwohnerschutz) von Windenergieanlagen freihalten will, muss mit dem Ziele der Steuerung über ein schlüssiges *Planungskonzept* („Gesamtkonzept“) verfügen,<sup>54</sup> in welchem sie einerseits durch Darstellung in einem Flächennutzungsplan positiv geeignete Standorte festlegt, um damit andererseits ungeeignete Standorte im Übrigen Planungsgebiet auszuschließen. Die Darstellung entsprechender „Konzentrationsflächen“ kann durch Überlagerung von hiermit „verträglichen“ Darstellungen (z. B. Flächen für Landwirtschaft) oder durch ausschließlich der Windenergie vorbehaltene Flächen (vgl. § 11 Abs. 2 BauNVO) erfolgen.

Die planerische Steuerungsmöglichkeit des § 35 Abs. 3 Satz 3 bezieht sich ausdrücklich nur auf privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB. Die gesetzgeberische Überlegung dafür war, dass eine Anwendung des „Planvorbehaltes“ auf land- oder forstwirtschaftliche Betriebe in aller Regel nicht in Betracht kommt, so dass der Gesetzgeber dies vorsorglich ausschloss. Die sog. „*Massentierhaltung*“,<sup>55</sup> d. h. die Haltung und Aufzucht von Nutztieren in großen Stallanlagen in Form gewerblicher Intensivtierhaltung, ist im Regelfall in Gewerbegebieten zulässig. Sie kann in konkreten städtebaulichen Situationen nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert zulässig sein; auf solche Vorhaben bezieht sich dann aber der Planvorbehalt.

Das BVerwG hat inzwischen die wesentlichen Anwendungsfragen geklärt<sup>56</sup>. Eine ausschließlich negativ wirkende „*Verbindungsplanung*“ einer Gemeinde ohne gleichzeitig positive Ausweisung geeigneter Standorte im Plangebiet ist unzulässig. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermöglicht es, die Vorhaben auf bestimmte Standorte zu konzentrieren, nicht aber, hierfür das gesamte Gemeindegebiet zu sperren. Die Gemeinde darf nur objektiv geeignete Standorte darstellen (keine „Alibifunktion“). Die Gemeinde muss nicht sämtliche Flächen, die sich für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB eignen, gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in ihrem Flächennutzungsplan darstellen. Bei der Gebietsauswahl und dem Gebietszuschnitt braucht sie die durch § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB geschützten Interessen in der Konkurrenz mit gegenläufigen Belangen nicht vorrangig zu fördern. Sie darf diese Interessen nach den zum Abwägungsgebot entwickelten Grundsätzen zurückstellen, wenn hinreichend gewichtige städtebauliche Gründe dies rechtfertigen.<sup>57</sup> Hiervon unberührt bleibt die sich aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB ergebende Rechtslage, wonach Vorhaben nicht zulässig sind, wenn ihnen öffentliche Belange entgegen-

50 Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm vom 1. Juni 2007 (BGBl. I S. 986).

51 Gesetz v. 30.7.1996 (BGBl. I S. 1189).

52 Vgl. hierzu umfassend *Säffer*, ZfBR 2008, Heft 1.

53 BVerwG, Urt. vom 22.5.1987 – 4 C 57.84 – UPR 1987, 427.

54 BVerwG, Urt. vom 21.10.2004 – 4 C 2.04 – UPR 2005, 111.

55 Hierzu näher unten II.4.

56 Vgl. nur BVerwG, Urt. vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 – UPR 2003, 188; vgl. zu der sehr umfangreichen sonstigen Rspr. *Stüer*, DVBl. 2006, 403/411 ff.

57 BVerwG a.a.O. sowie z. B. Urt. vom 12.7.2006 – 4 B 49/06.

stehen.<sup>58</sup> Hieraus ergibt sich auch, dass der Weg über die Flächen-nutzungsplanung nicht die einzige Möglichkeit ist, Anträgen auf städtebaulich unerwünschten, privilegierten Windenergieanlagen entgegenzutreten.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 lässt es weiterhin zu, dass auch durch *Regionalplanung* der Weg zu einer positiven Konzentration privilegierter Nutzungen mit der Folge einer entsprechenden „Negativ- und Ausschlusswirkung“ für sonstige Standorte eröffnet ist. Auch diese Möglichkeit ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung inzwischen durch das BVerwG vorgeklärt.<sup>59</sup> Nach Maßgabe des ROG und der jeweiligen Landesplanungsgesetze können hierzu in den Regionalplänen z. B. Vorrang- und Eignungsgebiete für Windenergieanlagen dargestellt werden. Solche Ausweisungen für Windenergieanlagen als Ziel der Raumordnung und Landesplanung an anderer Stelle stehen als öffentliche Belange einem privilegierten Vorhaben entgegen. Voraussetzung für die Steuerungswirkung ist ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept.<sup>60</sup>

Weist der Raumordnungsplan Vorranggebiete aus, die der Nutzung der Windenergie im Plangebiet substanziell Raum schaffen, stehen Flächen, auf denen die Träger der Flächennutzungsplanung weitere Standorte für Windenergieanlagen ausweisen dürfen (so genannte „weiße“ Flächen), der Ausschlusswirkung nicht entgegen. Die Ausschlusswirkung erstreckt sich allerdings nur auf die Gebiete, die der Plan als Ausschlusszone festschreibt. Die „weißen“ Flächen erfasst sie nicht, weil es in Bezug auf diese Flächen an einer abschließenden raumordnerischen Entscheidung fehlt.<sup>61</sup> Ein *in Aufstellung befindliches Ziel* der Raumordnung hat die Qualität eines öffentlichen Belangs, wenn es inhaltlich hinreichend konkretisiert und wenn zu erwarten ist, dass es sich zu einer verbindlichen, den Wirksamkeitsanforderungen genügenden Zielsetzung im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG verfestigt und durch die öffentliche Auslegung eine Verlautbarungsreife entstanden ist.<sup>62</sup>

Das BVerwG hat in einem – dogmatisch und prozessual eher überraschenden – Urteil<sup>63</sup> entschieden, dass Darstellungen im Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB – also auch die Konzentrationsfläche für Windenergieanlagen – in entsprechender Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der (prinzipalen) *Normenkontrolle* unterliegen.

## 2. Zulässigkeit von Biomasseanlagen

### 2.1 Einführung der Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB

Mit dem EAG Bau sind 2004 in den Katalog der Privilegierungsbestände des § 35 Abs. 1 BauGB in Nr. 6 die Anlagen zur energetischen Nutzung von Biomasse aufgenommen worden. Obgleich es gesetzgeberische Intention war, die Zulässigkeit dieser Anlagen im Außenbereich wesentlich gegenüber der nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB zuvor allein möglichen Zulassung (als bloße vom landwirtschaftlichen Betrieb „mitgezogene Nutzung“) zu erweitern, enthält die Bestimmung Restriktionen, die aus dem Blickwinkel des von § 35 verfolgten Außenbereichsschutzes zu würdigen sind.<sup>64</sup> Die von der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz am 22.3.2006 beschlossenen und in den folgenden Ausführungen berücksichtigten Hinweise zur Privilegierung von Biomasseanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB<sup>65</sup> verstehen sich als Orientierung zur Vermeidung von Auslegungsunterschieden.

Die Vorschrift des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ist eine abschließende Regelung zur Beurteilung von Vorhaben zur energetischen Nutzung von Biomasse.<sup>66</sup> Außerhalb des von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB umfassten Nutzungszwecks stehen daher u. a. Anlagen, die nicht im Zusammenhang mit einer land- oder forstwirtschaftlichen oder sonstigen Nutzung i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 2, 4 zu sehen sind.

Ebenfalls nicht unter den Anwendungsbereich (mehr) fallen Anlagen, die unter den Begriff der Entprivilegierung<sup>67</sup> fallen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine dauerhafte Aufgabe der sich aus § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ergebenden Nutzung erfolgt, etwa weil der Rechtsnachfolger eines Landwirts die Biomasseanlage außerhalb eines landwirtschaftlichen oder sonst privilegierten Betriebes betreibt. Insofern kann auch auf die Rechtsprechung des BVerwG<sup>68</sup> zurückgegriffen werden, wonach eine rechtmäßig privilegierte Nutzung sowohl bei einer Nutzungs- als auch bei einer Funktionsänderung entfällt und sich damit auch der Bestandsschutz erledigt, der zuvor der Gebäudesubstanz zugekommen ist. Bereits mit Urt. vom 15.11.1974<sup>69</sup> hat das BVerwG ausgesprochen, dass Vorhaben i. S. d. § 35 (damals BBauG) auch in Fällen der Nutzungsänderung baulicher Anlagen in ihrer geänderten Funktion als Einheit zu sehen sind und sich aus dem Bestandsschutz nicht eine Änderung dieser Funktion herleiten lässt; dies betrifft insbesondere landwirtschaftsfremde Nutzungsänderungen landwirtschaftlicher Baulichkeiten. Wird daher beispielsweise ein Bauwerk, das bisher für eine nach § 35 Abs. 1 BauGB im Außenbereich privilegierten Zweck genutzt worden war, für Freizeitwecke weiter genutzt, so liegt hierin nicht nur eine Nutzungs- sondern auch zugleich eine Funktionsänderung, die zu einer Entprivilegierung und damit auch zum Verlust des Bestandsschutzes führt.<sup>70</sup> War nach der zitierten Rechtsprechung des BVerwG bislang eine Anordnung der in ihrer Nutzung und Funktion geänderten Anlage rechtmäßig, so kommt in diesem Zusammenhang der ebenfalls mit dem EAG Bau 2004 eingeführten Bestimmung des § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB, der sog. Rückbaupflichtung (s. hierzu u. 4.), besondere Bedeutung zu. Auch diese Vorschrift will verhindern, dass bauliche Substanz und Nutzung unabhängig voneinander unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen. Sie stellt daher als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eine Verpflichtungserklärung des Bauantragstellers auf, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen.

### 2.2 Tatbestandliche Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB

Die Vorschrift setzt den Begriff der Biomasse voraus.<sup>71</sup> Es wird in diesem Zusammenhang darauf verzichtet, hierauf näher einzugehen.

Sofern § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB das Tatbestandsmerkmal „im Rahmen eines Betriebes“ aufstellt, verlangt das Gesetz unzweifelhaft eine Zuordnung der Biomasseanlage zu dem Basisbetrieb. Die zumindest h.M. in der Literatur<sup>72</sup> leitet hieraus ab, dass eine Zuordnung der Biomasseanlagen zu einem Betrieb im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 od. Nr. 4 gegeben ist und sich diese

58 Vgl. hierzu z. B. *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 35 Rn. 45.

59 BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4.02 – UPR 2003, 309.

60 Inwiefern in Aufstellung befindliche Regionalpläne bzw. Planentwürfe in Abhängigkeit von ihrer formellen und materiellen Planreife im Rahmen von § 35 Abs. 3 BauGB beachtlich sind, kann hier dahingestellt bleiben.

61 BVerwG, Beschl. vom 28.11.2005 – 4 B 66.05 –.

62 BVerwG, Urt. vom 27.1.2005 – 4 C 5.04 – UPR 2005, 267.

63 BVerwG, Urt. vom 26.4.2007 – 4 CN 3.06.

64 *Söfker*, in EZBK, Rn. 59 zu § 35.

65 Ebenfalls abrufbar unter [www.is-argebau.de](http://www.is-argebau.de).

66 *Söfker*, in: EZBK, § 35 Rn. 59.

67 Vgl. *Söfker* a.a.O., Rn. 73 zu § 35.

68 S. Beschluss v. 9.9.2002 – 4 B 52.02 zur Entprivilegierung einer Jagdhütte.

69 IV C 32.71.

70 BVerwG v. 21.6.1994 – 4 B 108.94 – UPR 1994, 454 unter Verweis auf Urt. v. 15.11.1974.

71 Zur näheren Begriffsbestimmung vgl. u. a. *Söfker*, in: EZBK, § 35 Rn. 55a unter Einbeziehung des Gesetzes über erneuerbare Energien (EEG).

72 Siehe u. a. *Söfker* Rn. 59b zu § 35 sowie Hinweise der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz am 22.3.2006, a.a.O.

Zuordnung an den Merkmalen der „dienenden Funktion“ eines Vorhabens in den Fällen des landwirtschaftlichen Betriebes i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 1 anlehnt. Dazu gehören die funktional zugeordnete Beziehung der Anlage zum Betrieb, die Prägung der Anlage durch den Betrieb und eine räumliche Nähe der Anlage zum Betrieb.

Auch die Identität von Inhaber (Eigentümer) des Basisbetriebes und Betreiber der Biogasanlage ist für die Zuordnung ein wesentlicher Anhaltspunkt.<sup>73</sup> Jedenfalls bedarf es eines maßgeblichen Einflusses des Inhabers des Betriebes im Rahmen spezieller gesellschaftsrechtlicher Gestaltungen. Beide Aspekte gründen auf dem Umstand, dass die Bestimmung ursprünglich aus dem § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB herausgelöst wurde und eigenständige Bedeutung erlangt hat.<sup>74</sup>

Ein weiterer Beleg für einen räumlich-funktionalen Zusammenhang zum Hauptbetrieb i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 od. Nr. 4 findet sich in § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a BauGB. Dass hierbei auf die Hofstelle als Bezugspunkt für den räumlich-funktionalen Zusammenhang abzustellen ist, ist nicht neu und wird bereits von der Vorschrift des § 35 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 lit. e BauGB gedeckt und ist insoweit bereits hinreichend geklärt.<sup>75</sup> Denkbare Anknüpfungspunkte sind daher wohl weniger untergeordnete bauliche Anlagen.<sup>76</sup> Nach zutreffender Ansicht ist auch die räumliche Nähe zu Betriebsflächen bzw. zu den die Biomasse produzierenden Flächen nicht ausreichend für eine räumliche Zuordnung zu einem Basisbetrieb. Der funktionale Zusammenhang der Biomasseanlage mit dem Betrieb erfordert eine Verknüpfung der Biomasseverwertung mit der vorhandenen Betriebsstruktur.<sup>77</sup>

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. b BauGB muss die Biomasse überwiegend aus dem Betrieb selbst oder überwiegend aus diesem und aus nahe gelegenen privilegierten Betrieben i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 od. Nr. 4 stammen. Dabei bedeutet die Voraussetzung „überwiegend“, dass zumindest mehr als die Hälfte der Biomasse aus dem jeweiligen Betrieb, den das Vorhaben im Sinne der dargestellten Art zugeordnet ist oder zumindest im Sinne der zweiten Variante aus den in Betracht kommenden nahe gelegenen Betrieben stammt. Auch dieses Tatbestandsmerkmal entspricht der bereits in § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB vorausgesetzten und in der Definition der Landwirtschaft in § 201 BauGB bestimmten Anforderung und dokumentiert den engen Kontext zwischen den bereits bestehenden Privilegierungstatbeständen, vornehmlich dem des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, und dem 2004 neu eingeführten Tatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. c BauGB sieht vor, dass nur eine Biomasseanlage je Hofstelle oder Betriebsstandort betrieben werden darf. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. d darf die installierte elektrische Leistung 0,5 MW nicht überschreiten.<sup>78</sup> Beide Vorschriften dienen dem Schutz des Außenbereichs.

Die Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB zielt darauf ab, die Zulässigkeit von Biomasseanlagen im erweiterten Sinne abschließend zu beurteilen, wie sich der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EAG Bau vom 17.12.2003 entnehmen lässt.<sup>79</sup> Aufgrund des spezifischen Regelungsumfanges von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB gilt der Vorrang dieser Bestimmung sowohl gegenüber den Vorschriften des § 35 Abs. 1 Nr. 1 als auch der Nr. 2 und 4 BauGB.

### 2.3 Rechtsfolgen

Hinsichtlich des Nachbarschutzes gegen eine Biogasanlage spricht ein Beschluss des OVG Lüneburg vom 20.7.2007<sup>80</sup> aus, dass – wie bei anderen privilegierten Vorhaben – die optische Wirkung einer Biomasseanlage nur dann eine Pflicht aus dem

nachbarschützenden Gebot der Rücksichtnahme auslösen kann, wenn das Vorhaben eine erdrückende Wirkung entfaltet. Im entschiedenen Falle trat hinzu, dass das betroffene Grundstück wegen seiner Grenzlage zum baurechtlichen Außenbereich ohnehin nur verminderten Schutz genießt. Auch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Baugenehmigungsbescheid in geeignetem Maße schädliche Umwelteinwirkungen i. S. d. § 3 Abs. 1 BImSchG zu verhindern geeignet sein muss. Das OVG Lüneburg weist im zitierten Beschluss vom 20.7.2007 dabei zu Recht darauf hin, dass eine Saldierung zwischen verschiedenen Immissionsarten dem Immissionsschutzrecht fremd ist, insbesondere Geräusch- und Geruchsimmissionen nicht bei der Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze addiert werden können.

Das SächsOVG<sup>81</sup> spricht generell im Zusammenhang mit privilegierten Anlagen von deren erheblich stärkerem Durchsetzungsvermögen gegenüber öffentlichen Belangen nach § 35 Abs. 3 BauGB und weist in seiner Begründung darauf hin, dass es eine „planerische Entscheidung des Gesetzgebers“ gewesen sei, privilegierte Vorhaben in planähnlicher Weise dem Außenbereich zuzuweisen. Nur im Ausnahmefall könne daher eine Verunstaltung des Landschaftsbildes oder eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft i. S. v. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB angenommen werden. Im Falle der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Windenergieanlagen könne ein – angesichts des Vorausgeführten zu fordernder – grober Eingriff in das Landschaftsschutzgebiet nicht allein deshalb bejaht werden, weil Windenergieanlagen angesichts ihrer Größe markant in Erscheinung treten und regelmäßig an vergleichsweise exponierten Stellen errichtet werden.

### 3. Zulässigkeit von großflächigen Photovoltaikanlagen

Großflächige Photovoltaikanlagen sind bei Vorliegen eines Bebauungsplanes oder bei Anwendung des § 34 Abs. 2 BauGB zwar sowohl in Gewerbe- als auch als sonstige Gewerbebetriebe in Mischgebieten zulässig, in städtebaulicher Hinsicht und zur Reservierung von Gewerbeflächen für Arbeitsplätze schaffende Vorhaben aber häufig unerwünscht. Neben der Korrekturmöglichkeit im Einzelfall über § 15 BauNVO (z. B. bei extremer Blendwirkung) bestehen bei Vorliegen eines Bebauungsplanes die üblichen Ausschlussmöglichkeiten über die allgemeinen Vorschriften des § 1 BauNVO in Abhängigkeit vom Planungswillen der Gemeinde. Auch könnte die planende Gemeinde bedingte oder befristete Festsetzungen mit der Folge des Rückbaues in Erwägung ziehen. Für die Standortgemeinde bauplanungsrechtlich unbefriedigend ist mitunter zudem der Umstand, dass in manchen Bundesländern verfahrensrechtlich keine Baugenehmigungspflicht besteht, vielmehr das Genehmigungsverfahren ohne Beteiligung der Gemeinde zum Zuge kommt, wenn das Vorhaben die Festsetzungen des zu Grunde liegenden Bebauungsplanes einhält.<sup>82</sup>

73 Söfker a.a.O.

74 Die a. A. von Mantler, BauR 2007, 50, 53 ff. verkennt daher die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „im Rahmen des Betriebes“ und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

75 So selbst Mantler a.a.O. unter Hinweis auf EZBK, Rn. 144 zu § 35.

76 Die Hinweise der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz nennen in diesem Zusammenhang Fahrhilfen, landwirtschaftliche Feldscheunen oder vergleichbare untergeordnete Anlagen.

77 So Hinweise der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz vom 22.3.2006.

78 Detaillierte Kommentierungen bei Söfker, a.a.O. Rn. 59 f zu § 35 und Nr. 5 der Hinweise der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz vom 22.3.06.

79 Vgl. BT-Drs. 15/2250, S. 55.

80 12 ME 210-07.

81 U. a. im Urt. vom 18.5.2000 – 1 B 29/98.

82 S. z. B. § 63 Abs. 1 SächsBO.

Vor diesem Hintergrund kommt der Problematisierung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit im Außenbereich verstärkt Bedeutung zu. Die Annahme eines Privilegierungstatbestandes ist dabei abzulehnen. Weder greift die Vorschrift des § 35 Abs. 1 Nr. 3 noch die des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB. Hinsichtlich der erstgenannten Vorschrift fehlt der erforderliche spezifische Standortbezug,<sup>83</sup> da das Vorhaben auch an einem anderen Ort und nicht notwendig im Außenbereich ausgeführt werden kann.

Die Vorschrift des § 35 Abs. 1 Nr. 4, die einen Auffangtatbestand für Vorhaben darstellt, die von § 35 Abs. 1 Nr. 1–3 und 5–6 BauGB nicht erfasst sind, kommt nur dann zum Zuge, wenn das Vorhaben auf einen Standort im Außenbereich angewiesen ist. Mit der bereits vorerwähnten Begründung zu § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB kann bei Photovoltaikanlagen eine derartige Außenbereichsadäquanz jedoch nicht bejaht werden. Zudem erfasst die Vorschrift nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>84</sup> nur solche Vorhaben, die singulären Charakter haben und nicht in einer größeren Zahl zu erwarten sind, die also keine Vorbildwirkung entfalten können und für die nicht planerisch vorausschauend geeignete Standorte ausgewählt werden müssen.

Zur Frage einer Zulässigkeit von Photovoltaikanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB kann auf die jüngst ergangene Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz<sup>85</sup> Bezug genommen werden, wonach die Vorschrift im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens 1996 ausdrücklich auf die Ausnutzung der „Wind- und Wasserenergie“ beschränkt worden ist. Der Gesetzgeber hat sich gegen die Privilegierung aller erneuerbaren Energien ausgesprochen, weil der Begriff der erneuerbaren Energien für eine klare Abgrenzung zum Schutze des Außenbereichs zu ungenau sei und ein Teil der sonstigen erneuerbaren Energien auf den Außenbereich nicht angewiesen seien. Das gelte insbesondere für Solaranlagen.<sup>86</sup> Vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte ist der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 nach Meinung des OVG RP dahingehend zu verstehen, dass der Außenbereich neben der Nutzung der Wasserenergie nur der isolierten Nutzung der Windenergie geöffnet werden kann; der Erforschung, Entwicklung und Nutzung anderer erneuerbaren Energien jenseits des Bebauungszusammenhangs verbleibt damit grundsätzlich allenfalls eine Zulassung nach § 35 Abs. 2 BauGB.

War es bisher bereits denkbar, Photovoltaikanlagen im Außenbereich als unselbstständige Teile eines seinerseits privilegierten Vorhabens z. B. als Annex zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb oder einem Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung zuzulassen, so widmet sich die Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz vom 12.9.2007<sup>87</sup> auch und insbesondere der Zulässigkeit von Photovoltaik-Modulen an einer Windkraftanlage im Außenbereich. Um an der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB teilzuhaben, ist danach Voraussetzung, dass die Photovoltaikanlage dem Betrieb der Hauptanlage unmittelbar zu- und untergeordnet und durch diese Zuordnung äußerlich erkennbar geprägt ist. Insofern kommt es auch auf die Dimensionierung der Photovoltaikanlage in Relation zu der der Windkraftanlage an.

Vor dem Hintergrund der dargestellten eingeschränkten Zulässigkeit von großflächigen Photovoltaikanlagen im Außenbereich besteht zumindest nach Meinung der ARGEBAU – Fachkommission Städtebau – das Erfordernis, diese Vorhaben einer Bauleitplanung zuzuführen – dies grundsätzlich in Form der Aufstellung eines Bebauungsplanes, i. d. R. in Kombination mit einer entsprechenden Änderung des Flächennutzungsplanes. Insofern bietet sich die Festsetzung bzw. die Darstellung eines sonstigen Sondergebietes i. S. v. § 11 Abs. 2 BauNVO hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung an. Inwiefern die Schädlichkeit der Photovoltaikanlagen in Form der Lichtimmissionen zu berücksichtigen ist,

muss an dieser Stelle offen bleiben, zumal auch in Fachkreisen des Immissionsschutzes noch nicht abschließend geklärt zu sein scheint, inwiefern bestehende fachtechnische Regularien zur Messung und Beurteilung von Lichtimmissionen<sup>88</sup> auch auf Photovoltaikanlagen Anwendung finden. Im Rahmen der Bauleitplanung ist aber über § 50 BImSchG ein Ausgleich bei evtl. auftretenden Konfliktpotentialen zu finden.

#### 4. Rückbauverpflichtung bei Außenbereichsvorhaben

##### 4.1 Die Regelung seit dem EAG Bau 2004

Nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB ist für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Satz 2 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 aufgebene Anlagen mit einer nur zeitlich begrenzten Nutzungsdauer entgegenzuwirken. Die Regelung ist Teil eines mit dem EAG Bau 2004 in das Städtebaurecht eingeführten gesetzgeberischen Konzepts, das man als „Baurecht auf Zeit“ bezeichnen kann. Die Vorschläge hierzu gingen bereits auf die zur Vorbereitung des EAG Bau eingesetzten Expertenkommission zurück.<sup>89</sup> Das BauGB sieht hierzu – neben den Bestimmungen in § 35 Abs. 5 – insbesondere Folgendes vor:

– In den Katalog der planerischen Festsetzungsmöglichkeiten nach § 9 BauGB wurde für besondere städtebauliche Situationen die Möglichkeit zur Festsetzung befristeter oder auflösend bedingter Nutzungen eingeführt; § 9 Abs. 2 BauGB. Hiermit 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.

– Auch für den städtebaulichen Vertrag wird in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB (klarstellend) die Möglichkeit von Befristungen und Bedingungen eingefügt. Im vorhabenbezogenen Bebauungsplan (§ 12 BauGB) können zeitliche Befristungen oder Bedingungen sowohl über die Festsetzungen im Vorhabenplan als auch im Durchführungsvertrag vorgesehen werden.

– Das Gesetz greift diese städtebauliche Thematik im Übrigen auch mit den Regelungen zum *Stadumbaue* (§§ 171a–171d BauGB) auf.

– Eine im EAG Bau 2004 eingeführte Verpflichtung zur periodischen Überprüfung der *Flächennutzungspläne* (§ 5 Abs. 1 Satz 3 BauGB 2004) ist mit dem BauGB 2007 wieder aufgehoben worden, wenn sie auch als Empfehlung an die Gemeinden weiter Bestand haben sollte.<sup>90</sup>

Der Gesetzgeber reagiert damit auf Entwicklungen, die zum Teil schon lange bekannt sind, aber an Relevanz gewinnen, aber auch auf gesellschaftliche Entwicklungen, die es rechtzeitig planerisch einzubinden und planungsrechtlich zu begleiten gilt: die erwarteten regionalen Rückgänge im Siedlungswachstum, die

<sup>83</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.1.1977.

<sup>84</sup> Vgl. Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20.93, UPR 1994, 439.

<sup>85</sup> Urt. v. 12.9.2007 – 8 A 11166-06.

<sup>86</sup> Siehe BT-Drs. 13–4978, S. 6.

<sup>87</sup> S. Fn. 85.

<sup>88</sup> Vgl. Beschluss des Länderausschusses für Immissionsschutz vom 10.5.2000.

<sup>89</sup> Der Bericht dieser Kommission (sog. Gaentzsch-Kommission) ist auf der Homepage des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen einzusehen ([www.bmvbw.de](http://www.bmvbw.de)).

<sup>90</sup> In diese Richtung auch der Muster-Erlass, S. 11 (Tz. 2.2.3); zu Zweifeln, ob sich alle planenden Gemeinden tatsächlich an dem städtebaulichen Bedarf orientieren und in gewissen Zeitabständen von sich aus den Flächennutzungsplan einer Aktualitätsüberprüfung unterziehen *Bieneck*, SächsVBl. 2007, 49, 52.

Notwendigkeit einer verstärkten Wiedernutzung von Flächen zur Vermeidung von Außenentwicklungen, aber auch die neueren, kurzlebigeren Nutzungsformen zum Beispiel in den Bereichen Handel, Logistik, Freizeit. Auch soll durch eine zeitliche Staffelung die Nachnutzung einer absehbar befristeten Nutzung ermöglicht werden.<sup>91</sup>

Die Rückbauverpflichtung besteht für bestimmte *privilegierte Vorhaben* im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 6. Nach dauerhafter Nutzungsaufgabe dieser Anlagen sind sie aus Gründen des Außenbereichsschutzes zu entfernen. Die Rückbauverpflichtung mit ihrer verbindlichen Sicherung kann als „Prototyp“ für die Befristung oder Bedingung von Baurechten auch in den Fällen des § 9 Abs. 2 ins Auge gefasst werden. Auch hier wird sich die Flankierung durch städtebauliche Verträge anbieten. Bei „sonstigen Vorhaben“ nach § 35 Abs. 2 kann ggf. das im Einzelfall mögliche Zurückstellen der Beeinträchtigung öffentlicher Belange über eine analoge Rückbauverpflichtung ausgeräumt werden.

#### 4.2 Der sächsische Rückbauerlass

§ 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 BauGB fordern als (weitere) zwingende materielle Zulässigkeitsvoraussetzung die Abgabe einer Verpflichtungserklärung des Inhalts, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Rückbau in diesem Zusammenhang ist die Beseitigung der Anlage, welche der bisherigen Nutzung diene und insoweit die Herstellung des davor bestehenden Zustandes. In der Regel wird dies der Abriss der Anlage sein.

In Ausführung des § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB sehen einzelne landesrechtliche Bestimmungen vor, dass die Einhaltung dieser Verpflichtung durch die Baugenehmigungsbehörde in geeigneter Weise sichergestellt werden soll.<sup>92</sup> Vor diesem Hintergrund regelt ein Erlass im Freistaat Sachsen vom 6.7.2006<sup>93</sup> die Modalitäten der Einhaltung der Rückbauverpflichtung und die Anforderungen, die an landesrechtlich geforderte Sicherheitsleistung zu stellen sind.

Die Verpflichtungserklärung ist danach schriftlich vom Antragsteller abzugeben; bei ihr handelt es sich um eine einseitige, öffentlich-rechtliche Willenserklärung. Sie muss ausdrücklich die Übernahme der Verpflichtung enthalten, nach dauerhafter Nutzungsaufgabe das Vorhaben zurückzubauen und die eingetretene Bodenversiegelung zu beseitigen.

Zur Sicherstellung der Rückbauverpflichtung hat der Sächsische Gesetzgeber in § 72 Abs. 3 Satz 2 Sächsische Bauordnung (SächsBO) geregelt, dass zur Gewährleistung der Rückbauverpflichtung eine Sicherheitsleistung bis zur Höhe der für die Erfüllung der Verpflichtung voraussichtlich anfallenden Kosten verlangt werden kann. Die in § 83 Abs. 1 SächsBO geregelte Baulast ist zur Absicherung der Rückbauverpflichtung nicht geeignet. Denn mittels der Baulast werden keine finanziellen Mittel bereitgestellt, auf die die zuständige Behörde im Falle einer eventuell notwendig werdenden Ersatzvornahme zurückgreifen könnte.

Die Sicherheitsleistung kann durch die in § 232 BGB genannten Arten oder durch andere gleichwertige Sicherungsmittel, die zur Erfüllung des Sicherungszwecks geeignet sind, erbracht werden. In Betracht kommen insbesondere

- die Sicherungsgrundschuld bzw. Sicherungshypothek,
- die unbedingte und unbefristete selbstschuldnerische (s. §§ 771, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) Bank- oder Konzernbürgschaft,
- 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.

Die Höhe der Sicherheitsleistung richtet sich gemäß § 72 Abs. 3 Satz 2 SächsBO nach den Kosten, die voraussichtlich für die vom Rückbau erfasste Anlage bzw. die betreffenden Anlagenteile einschließlich der Beseitigung von Bodenversiegelungen aufgewandt werden müssen. Soweit die Genehmigungsbehörde nicht über Erfahrungswerte hinsichtlich der möglichen Rückbaukosten verfügt, sollte vom Antragsteller eine detaillierte Kostenkalkulation verlangt werden. Diese ist auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Sind nachvollziehbare Kalkulationen der voraussichtlichen Rückbaukosten nicht möglich, so kann mit Pauschalierungen gearbeitet werden. In diesem Fall sollen für die Ermittlung der Rückbaukosten i. d. R. 10 % der Rohbaukosten angesetzt werden; bei Windenergieanlagen sind hierbei als fiktive Rohbausumme 40 % der Herstellungskosten berücksichtigungsfähig.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht kommt die Erteilung einer bedingten Baugenehmigung in Betracht. Bei der Forderung einer Sicherheitsleistung handelt es sich um eine Nebenbestimmung. Diese kann der Genehmigung als aufschiebende Bedingung mit der Folge beifügt werden, dass die Wirksamkeit der Genehmigung von der Erfüllung dieser Verbindlichkeit abhängig ist. Die Gefahr, der § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB begegnen will, entsteht erst mit der Errichtung der Anlage.

Der Verzicht auf eine Sicherheitsleistung im Rahmen der ordnungsgemäßen Ermessensausübung ist allenfalls dann angezeigt, wenn sich der Standort zwar im Außenbereich befindet, jedoch in Ortsrandnähe (kein Solitärstandort), wie es häufig z. B. bei Stallanlagen der Fall ist. Hier kann bei der Ermessensausübung nach § 72 Abs. 3 Satz 2 SächsBO davon ausgegangen werden, dass bei einer Nichterfüllung der Rückbauverpflichtung ein Eingriff in die durch § 35 BauGB geschützten Belange nur unwesentlich wäre. Auch nach Aufgabe der genehmigten Nutzung, z. B. der gewerblichen Tierhaltung, des Gartenbaues oder der energetischen Nutzung von Biomasse, ist die Nutzung *wesentlicher Anlagenteile* für andere Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 oder § 35 Abs. 2 BauGB zu erwarten. In Sondersituationen kann auch der Verzicht auf die Sicherheitsleistung für den Rückbau einer *kompletten Anlage* in Betracht kommen. Schließlich ist ein Verzicht denkbar, wenn sich die Errichtung der Anlage im Verhältnis zu den bestehenden Betriebsgebäuden als eine nur unwesentliche Erweiterung des bestehenden Betriebs darstellt und die Bausubstanz nicht verändert wird.

## 5. Außenbereichssatzungen

§ 35 Abs. 6 BauGB enthält eine Ermächtigung der Gemeinden zum *Erlass von Satzungen* für bestimmte bebaute Bereiche im Außenbereich. Durch die Satzung können „sonstige Vorhaben“ nach § 35 Abs. 2 BauGB dadurch begünstigt werden, dass ihnen bestimmte Belange i. S. des § 35 Abs. 3 BauGB nicht entgegengehalten werden können. Einem Wohnzwecken dienenden Vorhaben im Geltungsbereich einer Außenbereichssatzung nach § 35 Abs. 6 BauGB kann nicht entgegengehalten werden, dass es einer Darstellung im Flächennutzungsplan über Flächen für die Land-

<sup>91</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Fragen eines „Baurechts auf Zeit“ vgl. z. B. Krautzbeger/Stüer, DVBl. 2004, 781.

<sup>92</sup> Nach § 72 Abs. 3 Satz 2 SächsBO soll die Sicherstellung dieser Rückbauverpflichtung durch Sicherheitsleistung erfolgen.

<sup>93</sup> Gemeinsame Anwendungshinweise des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft und des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur Rückbauverpflichtung und Sicherheitsleistung gemäß § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 BauGB, § 72 Abs. 3 Satz 2 SächsBO.

wirtschaft oder Wald widerspricht oder die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung (nicht: Erweiterung).

Die Satzung nach § 35 Abs. 6 ist von den *Satzungen nach § 34 Abs. 4 BauGB* zu unterscheiden, die Baurechte i. S. des § 34 Abs. 1 begründen (bzw. klarstellen) (s. hierzu o. 5.1). Die Satzung nach § 35 Abs. 6 begründet dagegen ausschließlich eine Begünstigung von im Übrigen nach § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilenden Vorhaben. Die Satzung ändert insbesondere nichts an der Zuordnung zum Außenbereich; sie modifiziert lediglich die Zulässigkeitsvoraussetzungen sonstiger Vorhaben.

Der Erlass einer Satzung i. S. des § 35 Abs. 6 BauGB setzt voraus, dass *bebaute Bereiche* vorliegen, die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind und in denen eine *Wohnbebauung von einigem Gewicht* vorhanden ist. Ein „bebauter Bereich“ ist nur gegeben, wenn und soweit bereits eine vorhandene Bebauung dazu führt, dass der Außenbereich seine Funktion, als Freiraum oder Fläche für privilegiert zulässige Vorhaben zu dienen, nicht mehr oder nur noch mit wesentlichen Einschränkungen erfüllen kann. Die vorhandene Bebauung muss auf eine weitere Bebauung im Wege der baulichen Verdichtung hindeuten.<sup>94</sup> Abstrakte Aussagen über die Mindestanzahl von Gebäuden sind nicht möglich, vielmehr ist auf die konkrete Situation abzustellen; in Einzelfällen kann diese Voraussetzung entsprechend der Siedlungsstruktur schon bei drei Gebäuden vorliegen. Eine Darstellung der Flächen als Bauflächen im Flächennutzungsplan ist nicht erforderlich. Die Bereiche müssen bereits wesentliche Ansätze für die Entwicklung in Richtung eines Wohnorts haben;<sup>95</sup> das ist im Einzelfall auch schon bei vier Wohnhäusern möglich.<sup>96</sup>

Begünstigt werden Vorhaben, die Wohnzwecken dienen. Nach § 35 Abs. 6 Satz 2 BauGB kann die Satzung jedoch auch auf Vorhaben erstreckt werden, die *kleinen Handwerks- und Gewerbebetrieben* dienen. Der Begriff „klein“ ist städtebaulich-strukturell zu

verstehen, d. h. es muss sich um solche Betriebe handeln, die der kleinteiligen Baustruktur von Außenbereichssiedlungen (z. B. Splittersiedlungen, Weilern) entsprechen. Die gewerbliche Nutzung soll damit auch im Konflikt mit Wohnnutzungen nachrangig sein.

Die Satzung muss mit einer *geordneten städtebaulichen Entwicklung* (§ 1 Abs. 5–7 BauGB) vereinbar sein; § 35 Abs. 6 Satz 4 Nr. 1 BauGB. Insoweit kann die Gemeinde – wenn auch mit nur deklaratorischer Wirkung – z. B. feststellen, dass auch sonstige öffentliche Belange gewahrt sind. § 1 Abs. 4 BauGB mit der Pflicht der Anpassung an die Ziele der Raumordnung gilt nur für Bauleitpläne; jedoch sind Belange der Raumordnung, soweit es sich um raumbedeutsame Vorhaben handelt, in der Abwägung zu berücksichtigen. Die Satzung bedarf *keiner Umweltprüfung*; ihr Anwendungsbereich ist demgemäß durch § 35 Abs. 6 S. 4 Nr. 2 und 3 BauGB entsprechend präzisiert: keine Begründung der Zulässigkeit von UVP-pflichtigen Vorhaben und keine Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung von den durch die FFH-Richtlinie geschützten Gütern. Was das *Satzungsverfahren* betrifft, ist im Übrigen § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 sowie Satz 2 entsprechend anzuwenden, insbesondere sind die betroffene Öffentlichkeit und die berührten Behörden und sonstigen Träger öffentlicher Belange zu beteiligen; § 35 Abs. 6 Satz 5 BauGB. Die Satzung bedarf (seit dem EAG Bau 2004) keiner *Genehmigung* der höheren Verwaltungsbehörde; vgl. § 35 Abs. 6 Satz 6 BauGB über die entsprechende Anwendung von § 10 Abs. 3 BauGB (Bekanntmachung; Inkrafttreten). Die Länder können für die Außenbereichssatzung nach § 246 Abs. 1a BauGB das Anzeigeverfahren einführen.<sup>97</sup>

94 BVerwG, Urt. vom 13.7.2006 – 4 C 2.05 – UPR 2007, 27.

95 VGH München, Urt. vom 19.4.1999 – 14 B 98.1902 –.

96 VGH München, Urt. vom 12.8.2003 – 1 BV 02.1727 –; vgl. zur Rspr. weiter z. B. *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 35 Rn. 119.

97 Wovon sie erkennbar keinen Gebrauch gemacht haben.

## Hin zu einer neuen Kultur der Mobilität in der Stadt

Von Dr. Margit Tünnemann, Brüssel<sup>1</sup>

### I. Einführung

Am 25. September 2007 verabschiedete die Europäische Kommission das Grünbuch „Hin zu einer neuen Kultur der Mobilität in der Stadt“.<sup>2</sup> Damit startete sie eine umfassende Diskussion über die Frage, wie eine europäische Politik für die Mobilität in der Stadt aussehen und welchen Beitrag die EU zu Verbesserung der Mobilität in der Stadt leisten könnte. Bislang gibt es keine europäische Verkehrspolitik für die städtischen Gebiete. Andere EU-Politiken, etwa in den Bereichen Binnenmarkt und öffentliches Auftragswesen, Umwelt, Forschung, Unternehmen und Industrie, Energie und Kohäsion betreffen nach Maßgabe ihrer jeweiligen Zielsetzungen Umfang und Qualität des Verkehrs in den Städten. Mit dem Grünbuch will die Kommission auch der Verkehrspolitik eine städtische Dimension geben und die verschiedenen EU-Sektorpolitiken einschließlich der Verkehrspolitik für den Verkehr in Europas Städten insgesamt kohärenter gestalten. Dabei verfolgt sie keinen sektoralen Ansatz, sondern geht von einem integrierten Ansatz und der Notwendigkeit einer umfassenden Abstimmung

und Zusammenarbeit der verschiedenen Politikbereiche sowie Regierungs- und Verwaltungsebenen unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips aus. Dementsprechend verabschiedete die Kommission nicht nur ein Grünbuch zum städtischen Nahverkehr. Sie legte ein Grünbuch vor, das die Vision einer „neuen Kultur der Mobilität in der Stadt“ bereits im Titel trägt sowie zahlreiche Schnittstellen zur Raum- und Stadtentwicklung und insbesondere zur integrierten Stadtentwicklungspolitik enthält. Letztere sollen hier besonders berücksichtigt werden.

1 Die Verfasserin ist Referentin in der Ständigen Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der Europäischen Union; sie gibt ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.

2 KOM(2007) 551 endgültig. Das Grünbuch sowie weitere Informationen und Dokumente der Kommission sind über die Website [http://ec.europa.eu/transport/clean/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/clean/index_en.htm) einsehbar.