

Bau- und Fachplanungsrecht

Festschrift für Bernhard Stürer zum 65. Geburtstag

von

Dr. Michael Krautzberger, Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Dr. Klaus Saerbeck

1. Auflage

[Bau- und Fachplanungsrecht – Krautzberger / Rengeling / Saerbeck](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64457 3

wird die Intensivtierhaltung allerdings gerade in traditionell durch die Agrarwirtschaft geprägten Flächenländern in zunehmendem Maße als Problem empfunden. Bestrebungen, diese Betriebe ganz oder doch etwa ab ihrer UVP-Pflichtigkeit nicht mehr in die Privilegierung einzubeziehen, sind daher nach wie vor erkennbar. Auch rücken die planerischen Steuerungsmöglichkeiten über das Darstellungsprivileg des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB stärker in das Blickfeld der Gemeinden und regionalen Planungsträger.

§ 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB stellt einen Auffangtatbestand für solche Vorhaben dar, die von den übrigen Nummern des § 35 Abs. 1 BauGB nicht erfasst werden und nach den Grundsätzen städtebaulicher Ordnung sinnvoll nur im Außenbereich ausgeführt werden können, weil sie zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks auf einen Standort außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile angewiesen sind.¹⁷ Wenn ein Vorhaben auf einen Standort im Innenbereich verwiesen werden kann, ist es nicht auf die Inanspruchnahme des Außenbereichs angewiesen. Es ist Sache des Bauantragstellers, durch die Darlegung eines entsprechenden Konzepts die Bedenken gegen die Genehmigung eines privilegierten Vorhabens im Außenbereich auszuräumen.¹⁸

Je großflächiger eine gemeindliche Planung die normale betriebliche Entwicklung auf Generationen hin einschnürt, umso geringer sind die Anforderungen, die an das Vorbringen der Betroffenen im Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren zu stellen sind. Gemeinden dürfen die Ansiedlung von Tierhaltungsanlagen auch durch großflächig angelegte einfache Bebauungspläne steuern. Für die Festsetzung eines Sondergebietes Tierhaltungsanlagen ist eine Differenzierung nach Maßgabe der Höfeordnung weder in § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB noch generell im öffentlichen Baurecht angelegt.

Die Festsetzung immissionswirksamer flächenbezogener Schalleistungspegel muss bestimmt genug sein. Es darf nicht zweifelhaft sein, auf welche Immissionsorte abzustellen und nach welcher Berechnungsmethode vorzugehen ist.

Ein Bebauungsplan, der weite Teile eines Gemeindegebiets von dort an sich zulässigen Vorhaben ausschließt, muss die Vorhaben an anderen Orten des Gemeindegebietes angemessene ermöglichen. Dabei sind die Grundsätze einer Konzentrationsplanung durch Flächennutzungsplan anzuwenden.

„In substantieller Weise Raum“ zu schaffen ist der nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegierten Landwirtschaft in mindestens vergleichbarer Weise, wenn sie durch Bebauungsplan großflächig beschränkt wird. Die landwirtschaftliche Nutzung ist mehr noch als die ansonsten privilegierten Vorhaben eine originäre Außenbereichsnutzung; ihre Beschränkung darf deshalb nur aus besonders guten Gründen und in engen Grenzen erfolgen.

Die naturgegebene Bodennutzung des Außenbereichs und seine Erholungsmöglichkeiten für die Allgemeinheit stehen als Schutzgüter nebeneinander. Die Gemeinde kann die Erhaltung der Erholungsfunktion und die bereits bestehende

¹⁷ *Eva-Maria Stüer* (Fn. 1), S. 154.

¹⁸ BVerwG, Beschl. v. 12.4.2011 – 4 B 6.11, BauR 2011, 1299 = ZfBR 2011, 481 – Bauen im Außenbereich. Zu den Planungsinstrumenten, die einer Gemeinde zur Steuerung von Erweiterung und Neuansiedlung von Tierhaltungsanlagen zur Verfügung stehen OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.9.2011 – 1 MN 112/11, DVBl 2011, 1567 (LS) – Tierhaltungsanlagen.

hohe Viehdichte zum Anlass eines Steuerungskonzeptes und entsprechender Schutzmaßnahmen nehmen. Dabei darf die Gemeinde die konkreten Verhältnisse bewerten, auch wenn kein „städtebaulicher Missstand“ vorliegt.

Die Planungs- und Genehmigungsbehörden müssen mit der Intensivtierhaltung Erscheinungen bewältigen, die sich von dem ursprünglichen Bild herkömmlicher landwirtschaftlicher Betätigung zunehmend entfernen. Die dadurch aufgeworfenen Probleme können ohne eine Neugewichtung der gegenläufigen Belange und damit auch der Eigentumsbelange nicht ausreichend gelöst werden.¹⁹

7. Windkraft

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- und Wasserenergie dienen, privilegiert.²⁰ Der Gesetzgeber hat durch die im Jahre 1996 eingeführte Privilegierung einerseits derartige Vorhaben im Gegensatz zu der vormals bestehenden Rechtslage²¹ planungsrechtlich bevorrechtigt zugelassen, andererseits den Gemeinden und regionalen Planungsträgern durch § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Möglichkeiten der planerischen Steuerung an die Hand gegeben. Dieser in der gesetzlichen Regelung angelegte Balanceakt bereitet in der Praxis nicht selten Schwierigkeiten.²²

Das Prüfprogramm eines Bauvorbescheids für eine Windkraftanlage kann nach Maßgabe der Bauvoranfrage auf einzelne Fragen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit beschränkt werden.²³

Die geplante Errichtung einer Windkraftanlage unmittelbar angrenzend an ein Vorranggebiet begründet für sich genommen keinen atypischen Fall gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.²⁴

Soweit die Bundeswehr im Verwaltungsverfahren gegen die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für Windenergieanlagen im Einzugsbereich eines Militärflughafens Einwände erhebt, ist dies unter dem Blickwinkel ihrer Beteiligungsfähigkeit unbedenklich.²⁵

§ 35 Abs. 5 S. 2 und 3 BauGB stehen einer landesrechtlichen Regelung einer bauaufsichtlichen Sicherleistung für den Rückbau von Windenergieanlagen nicht entgegen.²⁶

Eine Höhenbegrenzung auf 99,9 m für Windkraftanlagen ist abwägungsfehlerhaft, wenn der Plangeber irrtümlich davon ausgeht, dass „ab einer Höhe

¹⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.9.2011 – 1 KN 56/08, DVBl 2011, 1502 (LS) = ZfBR 2011, 780 = RdL 2011, 337 – Tierhaltungsanlagen. Einzelfallfragen zu einem großflächigen, die Tierhaltung beschränkenden einfachen Bebauungsplan in einem Gebiet mit hoher Viehdichte (Meppen), der die im Urt. des BVerwG vom 28.2.2002 (- 4 CN 5.01, DVBl 2002, 1121 – Laupheim) erörterte Festsetzungstechnik nachbildet.

²⁰ Stüer (Fn. 1), Rn. 2671.

²¹ BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20.93, BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141 = NVwZ 1995, 64.

²² Eva-Maria Stüer (Fn. 1), S. 170.

²³ OVG Lüneburg DVBl 2011, 1556 – Windkraftanlage.

²⁴ OVG Magdeburg, Beschl. v. 9.8.2011 – 2 L 11/10 – Windkraftanlagen.

²⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.7.2011 – 12 ME 201/10, DVBl 2011, 1300 = NVwZ-RR 2011, 972 – Militärflugplatz und Windkraftanlagen; dort auch zur Möglichkeit der Beeinträchtigung von Radaranlagen durch Windräder.

²⁶ OVG Magdeburg, Urt. v. 12.5.2011 – 2 L 239/09 – Rückbausicherheit.

von 100 m“ (statt: mehr als 100 m) eine Flugsicherheitskennzeichnung gefordert wird.

Die faktische Verkleinerung eines im Flächennutzungsplan dargestellten Vorranggebiets für Windkraftanlagen durch Berücksichtigung von nicht durch Sicherheitszwecke gerechtfertigten Schutzstreifen ist abwägungsfehlerhaft.

Eine gestalterische Festsetzung, die die Betreiber auf einen bestimmten Windkraftanlagentyp beschränkt, ist unzulässig. Eine Festsetzung in einem Bebauungsplan, wonach Maßnahmen zum Schutz und zur Pflege von Natur und Landschaft nur innerhalb der im Bebauungsplan festgesetzten Flächen durchzuführen sind, ist unzulässig, wenn nicht sichergestellt ist, dass die betreffenden Flächen für Ausgleichszwecke zur Verfügung stehen.²⁷

Für die Frage, wann eine Mehrzahl von Windkraftanlagen zu einer optischen Beeinträchtigung führt, gelten im Grundsatz die gleichen Maßstäbe wie für die Frage, wann von einer Einzelanlage optische Beeinträchtigungen ausgehen. Auch hier stellt das Verhältnis zwischen dem Abstand der Anlagen zum Wohnhaus und der Höhe der Anlagen einen geeigneten Orientierungswert dar.

Auch wenn aus jedem Fenster eines Wohnhauses Windkraftanlagen sichtbar sind, begründet dies für sich genommen noch keine unzumutbare Beeinträchtigung.

Ob die Auflagen zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom Betreiber eingehalten werden, berührt nicht die Frage der Rechtmäßigkeit, sondern der Überwachung der Genehmigung. Werden Dritte durch Auflagen geschützt, stehen ihnen ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung dieser Auflagen zur Verfügung.

Die Zumutbarkeitsschwelle für Betroffene ist überschritten, wenn die Windenergieanlagen so nah stehen, dass sie aufgrund ihrer Höhe und der großen Fläche, die die Rotoren überstreichen, auf die Wohngebäude erdrückend wirken.²⁸

Maßgeblich für den faktischen Umfang des bestehenden Sondergebiets ist dann, wenn die Windkraftanlage im „Konkretisierungsraum“ und damit in einer Randlage des Vorranggebiets liegt, nicht allein die nicht parzellenscharfe Abgrenzung des Vorranggebiets, sondern auch die Lage zum Vorranggebiet, vor allem aber die tatsächliche Bebauung des Gebietes im Umgriff der Anlage.²⁹

Die Beschränkung der Anzahl der zu errichtenden Windenergieanlagen ist als Festsetzung der Art der baulichen Nutzung nicht zulässig, weil sie dem der BauNVO zugrundeliegenden System der vorhabenbezogenen Typisierung widerspricht.³⁰

²⁷ OVG Münster, Urt. v. 14.4.2011 – 8 A 320/09, DVBl 2011, 1049 (LS) = NWVBl. 2011, 468 – Windkraftanlagen. Dort auch zur Bestimmtheit der Festsetzung eines IFSP in einem Bebauungsplan, der die Errichtung von Windkraftanlagen in einer Vorrangzone regelt.

²⁸ OVG Koblenz, Beschl. v. 10.3.2011 – 8 A 11215/10, NVwZ-RR 2011, 438 = IBR 2011, 304 – vgl. OVG Münster, Urt. v. 9.8.2006 – 8 A 3726/05, DVBl 2006, 1532 – Windenergieanlagen.

²⁹ Thüringer OVG 1. Senat, Beschl. v. 24.2.2011 – 1 EO 119/11, ThürVBl. 2011, 243 – Windenergieanlage.

³⁰ OVG Koblenz, Urt. v. 21.1.2011 – 8 C 10850/10, DVBl 2011, 504 = NVwZ-RR 2011, 432 = BauR 2011, 1138 – Windenergieanlagen.

8. Vermutungsregelung

§ 249 Abs. 1 BauGB will die Planung des Repowering durch eine Vermutungsregelung erleichtern. Werden in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt, folgt daraus nicht, dass die vorhandenen Darstellungen des Flächennutzungsplans zur Erzielung der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht ausreichend sind.³¹ Das gilt auch bei der Änderung oder Aufhebung von Darstellungen zum Maß der baulichen Nutzung. Die vorgenannten Regelungen gelten für Bebauungspläne, die aus den Darstellungen des Flächennutzungsplans entwickelt werden, entsprechend (§ 249 Abs. 1 BauGB). Man hätte sich vielleicht eine noch etwas elegantere Formulierung zur Beschreibung der Gesetzgebungsziele vorstellen können, wurde im Gesetzgebungsverfahren verschiedentlich angemerkt.³²

Nach der Rechtsprechung des BVerwG kann die planende Gemeinde die privilegierten Windkraftanlagen nur dann unter Anwendung des Darstellungsprivilegs auf bestimmte Standorte bündeln und für den übrigen Planungsraum ausschließen, wenn dies auf der Grundlage eines überzeugenden Konzepts von Ausschluss- und Abwägungskriterien erfolgt. Ist das Planungskonzept nicht in sich schlüssig und für den gesamten Planungsraum lückenlos, fällt die Planung mit ihrer Ausschlusswirkung in sich zusammen.³³ Die Vermutungsregelung in § 249 BauGB will hier für das Repowering Abhilfe schaffen. Werden die Flächenausweisungen vergrößert, kann eine Flächenverschiebung bei der Ausweisung privilegierter Vorhaben nicht als Indiz für Fehler im Verfahren des Auswahlkonzepts für Windkraftanlagen herangezogen werden.³⁴

9. Baurecht auf Zeit

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

³¹ Zum Folgenden *Stüer/Stüer* DVBl 2011, 1117.

³² Stellungnahme des Bundesrates v. 17.6.2011, BT-Drs. 17/6253, S. 13; Deutsche Akademie für Städtebau und Landesplanung, Stellungnahme zum Gesetzentwurf v. 24.5.2011.

³³ BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4.02, BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738 = DVBl 2003, 1064.

³⁴ *Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer* NVwZ 2011, 897; *Krautzberger/Stüer* BauR 2011, Heft 9.

sein. Die in der Bauleitplanung einzuräumenden Fristen werden sich in aller Regel an den Vorgaben des § 30 EEG orientieren.³⁵

10. Biogasanlagen

Die Anforderungen an die planungsrechtliche Zulässigkeit von Biogasanlagen sind in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB präzisiert worden.³⁶ Biogasanlagen sind danach privilegiert zulässig, wenn die Feuerungswärmeleistung der Anlage 2,0 Megawatt und die Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas 2,3 Millionen Normkubikmeter Biogas pro Jahr nicht überschreitet.³⁷

Einen wichtigen Beitrag zur Erreichung des Ziels, den Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromproduktion bis 2020 auf 35 % zu steigern, wird von den Biomasseanlagen erwartet. § 27 EEG gewährt für die Erzeugung von Strom aus Biomasse Vergütungen in vier leistungsbezogenen Anlagenkategorien (Grundvergütung zwischen 6 und 14,3 ct/kWh) und zwei Einsatzstoffvergütungsklassen. Für Bioabfallvergärungsanlagen mit nachgeschalteter Gärrestkompostierung zur Mobilisierung von Abfall- und Reststoffen (§ 27a EEG) sowie für kleine Gülleanlagen (§ 27b EEG i.V. mit der Anlage 1 zum EEG) werden gesonderte Vergütungen gewährt. Die Degression ist von 1 % auf 2 % erhöht worden (§ 20 EEG). Für Strom aus Biogas wird der Einsatz von Mais und Getreidekorn einschließlich Körnermais auf 50 Massenprozent begrenzt (§ 27 Abs. 5 Nr. 5 EEG). Für die Altholzverbrennung und für flüssige Biomasse bei Neuanlagen wird keine Vergütung gewährt.³⁸

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB passt die Voraussetzungen für die privilegierte Zulässigkeit von Biomasseanlagen an die Bezugsgrößen der 4. BImSchV an. Statt einer elektrischen Leistung von 0,5 MW bildet nunmehr eine Feuerungswärmeleistung von 2,0 MW die Obergrenze. Gemeint ist damit die maximale Obergrenze der Anlage (§ 1 Abs. 1 S. 4 der 4. BImSchV). Auch können durch die Umstellung auf die Feuerungswärmeleistung technische Verbesserungen und eine Erhöhung des Wirkungsgrades von Biomasseanlagen sachgerechter abgebildet werden.³⁹

Zugleich wird sichergestellt, dass die Biogasanlagen im Rahmen eines gewissen Spielraums insgesamt nicht mehr Biogas erzeugen dürfen als nach der bisherigen Rechtslage. Auch ist klargestellt, dass Biomasseanlagen, die ausschließlich Biogas erzeugen, einem Grenzwert unterliegen. Nicht gefolgt ist der Gesetzgeber dem Vorschlag des Bundesrates, den Bezug zu einem Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 BauGB sowie eines Tierhaltungsbetriebes nach Nr. 4 mit der Begründung zu streichen, dass diese Kriterien zu wenig nachvollziehbar seien.⁴⁰

³⁵ *Stüer/Stüer* DVBl 2011, 117.

³⁶ Zu Bedenken *Loibl/Rechel* UPR 2008, 134; *Manten* ZUR 2008, 576.

³⁷ Der Begriff „Normkubikmeter“ bezeichnet eine in der Gastechnik verwendete Gasmengeinheit. Ein Normkubikmeter ist eine Menge, die bei einem Druck von 1,01325 bar, einer Luftfeuchtigkeit von 0 % und einer Temperatur von 0°C ein Volumen von einem Kubikmeter hat, DIN 1343, Referenzzustand, Normzustand, Normvolumen; Begriffe, Werte. Zum Folgenden *Stüer/Stüer* DVBl 2011, 1117.

³⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, v. 6.6.2011, BT-Drs. 17/6071, S. 96.

³⁹ Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle, S. 10; *Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer* NVwZ 2011, 897.

⁴⁰ Stellungnahme des Bundesrates v. 17.6.2011, BT-Drs. 17/6253, S. 8.

Eine Biogasanlage ist im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht bereits dann privilegiert, wenn sie einen Beitrag zur Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien an der Stromversorgung leistet.⁴¹

Erneut auf dem Prüfstand stand das Verhältnis der Angebotsplanung und städtebaulichem Vertrag. Dabei ist vom Ansatz her klar, dass die Gemeinde auch bei einer Angebotsplanung einen städtebaulichen Vertrag zur Verwirklichung der in § 11 BauGB aufgeführten Zwecke schließen kann. Allerdings ist wohl noch nicht abschließen geklärt, in welchem Umfang die Gemeinde durch einen städtebaulichen Vertrag den nach dem Bebauungsplan bestehenden Rahmen der Zulässigkeit von Vorhaben eingrenzen kann.

Entscheidet sich eine Gemeinde, für eine von einem Investor projektierte Biogasanlage keinen vorhabenbezogenen Bebauungsplan, sondern einen „Angebotsplan“ zu erlassen, muss sich die Abwägungsentscheidung des Rats auf die durch die Planfestsetzungen erlaubten Bebauungsmöglichkeiten beziehen, nicht auf die konkrete Anlagenkonfiguration eines dahinter zurückbleibenden Genehmigungsantrags. Städtebauliche Verträge, mit denen die Gemeinde und der Vorhabenträger die Bebauungsmöglichkeiten für das Plangebiet außerhalb des Planungsverfahrens und damit ohne Öffentlichkeitsbeteiligung einvernehmlich einschränken, sollen für die gerichtliche Überprüfung eines Angebotsbebauungsplans ohne Bedeutung sein.⁴² Eine derartige Auffassung ist allerdings nicht bedenkenfrei. Sie behindert die Möglichkeiten, durch städtebauliche Verträge planbegleitende, konkretisierende und auch sichernde Regelungen zu treffen, wie dies insbesondere in § 1 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ausdrücklich vorgesehen ist.

§ 1 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 der 4. BImSchV ist, wie aus dem Umkehrschluss von § 1 Abs. 4 der 4. BImSchV folgt, nur für solche Anlagenteile oder Nebeneinrichtungen bedeutsam, die nicht schon von sich aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind. Für die übrigen Anlagen enthält § 1 Abs. 4 der 4. BImSchV einen klarstellenden Hinweis. Eine Biogasanlage nach Nr. 8.6 b) Spalte 2 des Anhangs zur 4. BImSchV und eine Tierhaltungsanlage nach Nr. 7.1 g) Spalte 1 des Anhangs zur 4. BImSchV sind keine gemeinsame Anlage im Sinne von § 1 Abs. 3 der 4. BImSchV.

Ob eine Biogasanlage Teil oder Nebeneinrichtung einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Tierhaltungsanlage ist, beurteilt sich anhand der jeweiligen Einzelfallumstände. Dabei ist darauf abzustellen, ob und inwieweit die Biogasanlage dem Betreiber zur Verwertung seiner tierischen Nebenprodukte dient, ob und inwieweit der Betreiber die durch die Produktion des Biogases erzeugte Energie in seinem Betrieb nutzt, welche Größe die jeweiligen Einrichtungen haben, welches Verhältnis der Eigenanteil an der Gesamteinsatzmenge oder der eigen genutzten Energie hat oder wie die Gärrückstände verwertet werden.⁴³

⁴¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.7.2011 – 12 LA 223/09 – Vorbescheid für Biogasanlage in der Nachbarschaft zu bestehendem Hähnchenmastbetrieb.

⁴² OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.1.2011 – 1 MN 130/10, DVBl 2011, 182 (LS) = ZfBR 2011, 154 = BauR 2011, 805 – Angebotsplan für eine von einem Investor projektierte Biogasanlage.

⁴³ BVerwG, Beschl. v. 21.12.2010 – 7 B 4.10, NVwZ 2011, 433 = BauR 2011, 1304 – Biogasanlage; Beschl. v. 29.12.2010 – 7 B 6.10, NVwZ 2011, 429 = RdL 2011, 295 – Biogasanlage; im Anschluss an Beschl. v. 10.6.2003 – 8 B 32.03, Buchholz 310 § 86 Abs. 2 VwGO Nr. 57.

11. Atomenergie (§ 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB)

Nach der Neufassung des § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB durch die Klimanovelle ist die Neuerrichtung von Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität aus der Außenbereichsprivilegierung ausgenommen.⁴⁴ Damit hat der Gesetzgeber einen bereits mit dem Atomausstieg des Jahres 2000 sich abzeichnenden Schritt in das Städtebaurecht übernommen. Der Atomausstieg als Teil der Energiewende soll so auch für das Recht der städtebaulichen Planung unumkehrbar sein.⁴⁵ Die Ausnahme erfasst lediglich die Neuerrichtung von Atomkraftwerken (§ 7 Abs. 1 S. 2 AtG), nicht jedoch die Veränderung von Anlagen oder ihres Betriebes (§ 7 Abs. 1 S. 3 AtG).⁴⁶ Auch Anlagen, die der Erforschung und Entwicklung der Kernenergie sowie der Entsorgung radioaktiver Abfälle dienen, sind weiterhin privilegiert.⁴⁷

12. Sonnenenergie (§ 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB)

Durch die BauGB-Klimanovelle ist auch die Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden privilegiert, wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist (§ 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB).⁴⁸ Die Privilegierung bezieht sich auf Flächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden, nicht auf sonstige bauliche Anlagen. Gebäude sind dabei selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und vorrangig dazu bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen (§ 33 Abs. 3 EEG). Durch die Neuregelung werden zugleich Fragen beantwortet, die sich in der Praxis stellen.⁴⁹

Die Förderung von Anlagen der solaren Strahlungsenergie unterscheidet zwischen Anlagen an oder auf Gebäuden (§ 33 EEG) und baulichen Anlagen, die keine Gebäude sind und vorrangig zu anderen Zwecken errichtet worden sind (§ 32 EEG) wie etwa Lärmschutzwälle oder bestimmte Freiflächenanlagen.

Werden die Anlagen nicht auf Gebäuden angebracht, erfolgt eine Förderung, wenn die Anlage (1) an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, (2) auf einer Fläche errichtet worden ist, für die ein Verfahren nach § 38 S. 1 BauGB durchgeführt worden ist, oder (3) mit bestimmten Maßgaben im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans (§ 30 BauGB) errichtet worden ist. Gefördert werden insbesondere auch im Bebauungsplan ausgewiesene Anlagen, die längs von Autobahnen oder Schienenwegen in einer Entfernung bis zu 110 m, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn, errichtet worden sind (§ 32 Abs. 1 EEG).

⁴⁴ Zum Folgenden *Stüer/Stüer* DVBl 2012, 1117; *Stüer* (Fn. 1), Rn. 3879.

⁴⁵ Zu den entschädigungsrechtlichen Fragestellungen *Stüer/Loges* NVwZ 2000, 9.

⁴⁶ Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Beschlussempfehlung und Bericht v. 29.6.2011, BT-Drs. 17/6357, S. 9.

⁴⁷ *Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer* NVwZ 2011, 897.

⁴⁸ *Stüer/Stüer* DVBl 2011, 1117.

⁴⁹ OVG Münster, Beschl. v. 20.9.2010 – 7 B 985, BauR 2011, 240; *Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer* NVwZ 2011, 897.

Gefördert werden auch im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtete Anlagen, die sich auf versiegelten Flächen oder auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbaulicher oder militärischer Nutzung befinden. Ausgenommen sind davon als Naturschutzgebiet (§ 23 BNatSchG) oder als Nationalpark (§ 24 BNatSchG) ausgewiesene Flächen (§ 32 Abs. 2 EEG).

§ 33 EEG regelt die Vergütung für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die ausschließlich an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht sind. Die Vergütungssätze sind nach Anlagengrößen gestaffelt. Die Anlagen sowie die dazu gehörenden Befestigungen, wie z. B. Halterungen, Aufständering oder Fundamente, müssen in der Weise an oder auf einem Gebäude angebracht worden sein, dass ausschließlich das Gebäude das Gewicht dieser technischen Einrichtungen trägt. Lärmschutzwände sind in Abgrenzung zu Lärmschutzwällen in der Regel senkrechte künstliche Wände. Die erhöhte Vergütung wird gewährt, weil durch die senkrechte Anordnung der Anlagen im Regelfall ein geringerer Ertrag zu erwarten ist.⁵⁰ Zugleich wird die Eigenverbrauchsregelung für Anlagen, deren Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe verbraucht und nicht durch ein Netz durchgeleitet wird, bis Ende 2013 fortgeführt (§ 33 Abs. 2 EEG).

Die Förderung sämtlicher Anlagen der solaren Strahlungsenergie (§§ 32, 33 EEG) erfolgt dabei nach dem Prinzip des „atmenden Deckels“ (§ 20a EEG) mit einer jährlichen Degression von grundsätzlich 9 %, von der in bestimmten Fällen nach oben oder nach unten abgewichen werden kann.

Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie an oder auf Gebäuden (Solarthermieanlagen und Photovoltaikanlagen) sind im Außenbereich danach privilegiert zulässig. Die Anlagen müssen dem Gebäude baulich, d.h. räumlich-gegenständlich, untergeordnet sein und dürfen über die Dachfläche bzw. die Wandfläche des Gebäudes nicht hinausgehen. Nicht gefordert ist demgegenüber eine funktionelle Unterordnung. Die Privilegierung gilt unabhängig davon, ob die erzeugte Energie selbst verbraucht oder vollständig oder überwiegend in ein öffentliches Netz eingespeist wird. Andere Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie können ggf. nach § 35 Abs. 2 BauGB planungsrechtlich zulässig sein.⁵¹ Dazu können auch Solaranlagen gehören, die sich dem Gebäude baulich nicht unterordnen, über die Dach- oder Wandflächen hinausgehen oder auf baulichen Anlagen angebracht werden, die keine Gebäude sind.⁵²

Für die Rechtmäßigkeit der Errichtung einer Anlage zur Nutzung solarer Strahlungsenergie ist die Nutzung des Gebäudes zum Zeitpunkt der Errichtung der Solaranlage maßgeblich.⁵³ Ist die Nutzung des Gebäudes dauerhaft aufgegeben worden oder wird das Gebäude zweckwidrig genutzt, ist die Errichtung

⁵⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, v. 6.6.2011, BT-Drs. 17/6071, S. 153–155.

⁵¹ Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle, S. 10; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.6.2011, BT-Drs. 17/6253, S. 9.

⁵² Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer (Fn. 49).

⁵³ Gegenäußerung der Bundesregierung v. 17.6.2011, BT-Drs. 17/6253, S. 15.