

Entprivilegierung der Tierhaltung

Stephan Birko

1.	Derzeitige Rechtslage – Uneingeschränkte Privilegierung im Außenbereich.....	324
1.1.	Die Privilegierung landwirtschaftlicher Tierhaltungsanlagen	324
1.2.	Die Privilegierung gewerblicher Tierhaltungsanlagen.....	325
1.2.1.	Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB – Gefestigte Rechtsprechung.....	325
1.2.2.	Vereinzel geübte Kritik	325
2.	BauGB-Novelle 2012 – weitgehende Entprivilegierung	326
2.1.	Regierungsentwurf vom 4. Juli 2012	326
2.2.	Bedeutung und Bewertung	326
2.2.1.	UVP-Verfahrenshandlung entscheidet über materielle Zulässigkeit.....	328
2.2.2.	Schutz des Außenbereichs und dessen Zersiedlung.....	328
2.2.3.	Systematik von § 35 BauGB.....	330
2.2.4.	Genehmigungsanspruch und Einschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes	331
2.3.	Beteiligung und Rechtsschutz der Gemeinde – § 36 BauGB	333
2.4.	Kein Überleitungsrecht für eingeleitete Genehmigungsverfahren.....	334
3.	Fazit.....	335

Die Anzahl gewerblicher Tierhaltungsanlagen, die meist im Außenbereich im Sinne von § 35 BauGB¹ errichtet werden, hat in den letzten Jahren stark zugenommen. Der

¹ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Juli 2011 (BGBl. I S. 1509).

Außenbereich droht sich – so ist zu lesen – von einem primär landwirtschaftlich genutzten Raum mit wichtigen Funktionen für Natur und Mensch nahezu flächendeckend in einen Standort der industriellen Tierhaltung zu verwandeln, weil sich 80 % bis 90 % der neuen Bauanträge auf gewerbliche Tierhaltungsanlagen beziehen².

Ein Grund für die Zunahme von Anlagen zur Zucht und Haltung von Tieren liegt darin, dass die baurechtliche Zulässigkeit dieser Anlagen nicht auf eine Bauleitplanung der Gemeinden angewiesen ist. Vielmehr sind Tierhaltungsanlagen nach aktueller Rechtslage im Außenbereich im Sinne von § 35 BauGB privilegiert zulässig, wobei zwischen landwirtschaftlichen und gewerblichen Tierhaltungsanlagen zu unterscheiden ist³. Letztere – meist als Massentierhaltungs- oder Intensivtierhaltungsanlagen in der öffentlichen Diskussion – sind aktuell Gegenstand einer Baurechtsnovelle des Gesetzgebers. Nach Darstellung der derzeitigen Rechtslage werden die geplanten Neuregelungen vorgestellt und bewertet. Im Einzelnen:

1. Derzeitige Rechtslage – Uneingeschränkte Privilegierung im Außenbereich

Der nicht von der Gemeinde mit einem Bebauungsplan überplante und nicht im Zusammenhang bebaute Außenbereich im Sinne von § 35 BauGB hat eine wichtige Flächenentwicklungsfunktion für die Gemeinde und eine Erholungsfunktion für die Gemeindeglieder. Er ist daher grundsätzlich von Bebauung freizuhalten. Mit § 35 Abs. 1 BauGB erachtet der Gesetzgeber jedoch bestimmte Vorhaben auch im Außenbereich als privilegiert zulässig. Zu diesen privilegierten Vorhaben zählen u.a. Anlagen zur Zucht und Haltung von Tieren.

1.1. Die Privilegierung landwirtschaftlicher Tierhaltungsanlagen

Dient eine Tierhaltungsanlage einem landwirtschaftlichen Betrieb, kann sie nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m. § 201 BauGB privilegiert sein, soweit das Futter für die Tiere überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann (nicht: muss). Nach dieser abstrakten Betrachtungsweise ist es erforderlich, dass das Futter zu über 50 Prozent auf den eigenen bzw. dauerhaft gepachteten⁴ (betriebszugehörigen) und landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann (überwiegend eigene Futtergrundlage). Nicht erforderlich ist, dass das tatsächlich erzeugte Futter auch unmittelbar in der betreffenden Tierhaltungsanlage verfüttert wird. Eine privilegierte Viehhaltung auf Grundlage eigener und hinzugekauften Futters ist damit möglich. Nur wenn die eigene Futtergrundlage nicht überwiegt, ist die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ausgeschlossen⁵.

² Gördes/Schulte, in: BauR 2011, Seite 925. Betroffen sind insbesondere Niedersachsen und NRW.

³ Im beplanten (§ 30 BauGB) oder im unbeplanten (§ 34 Abs. 2 BauGB) Innenbereich können landwirtschaftliche und auch gewerbliche Tierhaltungsanlagen etwa in einem Dorfgebiet im Sinne von § 5 BauNVO zulässig sein. Vgl. hierzu Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 104. EL 2012, BauNVO, § 5 Rn. 24 f.

⁴ Vgl. hierzu VGH München, Beschluss vom 6. September 2006 – 1 ZB 05.615, zitiert nach juris-Rn. 10.

⁵ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 104. EL 2012, BauGB, § 35 Rn. 27 m.w.N.

Ob eine ausreichende eigene Futtergrundlage gegeben ist, lässt sich nur im Einzelfall beantworten. Entscheidende Kriterien sind Betriebsart, Betriebsgröße (Stallplätze) und die gezüchtete oder gehaltene Tierart. In der Schweinehaltung werden bspw. für 1.000 Mastplätze etwa 40 Hektar landwirtschaftlich genutzte Fläche als eigene Futtergrundlage benötigt.

1.2. Die Privilegierung gewerblicher Tierhaltungsanlagen

1.2.1. Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB – Gefestigte Rechtsprechung

Verfügt das Tierhaltungsvorhaben über keine ausreichende eigene Futtergrundlage, kann es trotzdem nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert zulässig sein. Nach dieser Vorschrift ist ein Vorhaben im Außenbereich u.a. dann zulässig, wenn es wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll.

Nach gefestigter Rechtsprechung und Genehmigungspraxis fallen Tierhaltungsanlagen, die nicht über eine ausreichende eigene Futtergrundlage verfügen und die üblicherweise als gewerbliche Tierhaltungsanlagen bezeichnet werden, unter den Auffangtatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB, da es sich um Vorhaben handelt, die wegen ihrer nachteiligen Wirkung auf die Umgebung (verursachte Emissionen) nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen. Die Annahme der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB geht zurück auf einen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1983⁶.

1.2.2. Vereinzelt geübte Kritik

Vereinzelt wird die Annahme der uneingeschränkten Privilegierung in Frage gestellt und werden Anlagen der gewerblichen Tierhaltung den sonstigen Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB zugeordnet⁷, was im Grundsatz einer Unzulässigkeit im Außenbereich gleichkäme. Jedenfalls solle die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht uneingeschränkt gelten. Der Gesetzgeber habe die Privilegierung nicht ausdrücklich anerkannt. Anlagen der gewerblichen Tierhaltung würden von der Rechtsprechung vielmehr nur unter den Auffangtatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB subsumiert⁸.

Die Rechtsprechung hat dieser Ansicht – zum Teil ausdrücklich – die Gefolgschaft verweigert⁹, was bei näherer Betrachtung zutreffend ist. Der Gesetzgeber hat die Privilegierung von Vorhaben der gewerblichen Tierhaltung in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nämlich ausdrücklich anerkannt. Nach dieser durch das EAG Bau 2004¹⁰ eingeführten

⁶ BVerwG, Beschluss vom 27. Juni 1983 – 4 B 206.82, zitiert nach juris.

⁷ So insbesondere *Söfker*, in: NVwZ 2008, S. 1273 ff.; vgl. hierzu auch *Schrödter*, in: NST-N 5/2010, Seite 102 (104).

⁸ Vgl. *Söfker*, in: fub2_2010, S. 72(73).

⁹ So das OVG Münster, Beschluss vom 2. Juni 2009 – 8 B 572/09, zitiert nach juris-Rn. 28 f.

¹⁰ Gesetz zu Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau) vom 24. Juni 2004, BGBl. I Nr. 31, Seite 1359.

Vorschrift sind Biomasseanlagen im Außenbereich u.a. dann privilegiert, wenn *sie im Rahmen eines Betriebs nach Nr. 4, der Tierhaltung betreibt*, errichtet werden sollen. Nach derzeitiger Rechtslage ergibt sich die Privilegierung gewerblicher Tierhaltungsanlagen damit letztlich aber eindeutig aus § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.

2. BauGB-Novelle 2012 – weitgehende Entprivilegierung

2.1. Regierungsentwurf vom 4. Juli 2012

Am 4. Juli 2012 hat das Bundeskabinett den *Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts* beschlossen¹¹. Der Bundesrat hat zu dem Gesetzesentwurf am 21. September 2012 Stellung genommen¹². Das Gesetzgebungsverfahren soll nach Aussage des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Endes des Jahres 2012 abgeschlossen sein.

Das Gesetz sieht u.a. die Aufnahme einer Regelung für gewerbliche Tierhaltungsanlagen vor. Danach soll gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB n.F. ein Vorhaben im Außenbereich nur (noch) dann zulässig sein, wenn es ...

... wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll, es sei denn, es handelt sich um die Errichtung, Änderung oder Erweiterung einer baulichen Anlage zur Tierhaltung, die nicht dem Anwendungsbereich der Nummer 1 unterfällt und einer Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach Anlage 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegt, wobei bei kumulierenden Vorhaben für die Annahme eines engen Zusammenhangs diejenigen Tierhaltungsanlagen zu berücksichtigen sind, die auf demselben Betriebs- oder Baugelände liegen und mit gemeinsamen betrieblichen oder baulichen Einrichtungen verbunden sind, ...

2.2. Bedeutung und Bewertung

Die Neuregelung bezweckt eine teilweise Entprivilegierung, welche den Gemeinden zugleich mehr Möglichkeiten geben soll, das Phänomen der gewerblichen Massentierhaltung planerisch zu regeln. Die Privilegierung für Anlagen der landwirtschaftlichen Tierhaltung wird von der Neuregelung ausdrücklich nicht berührt (*... die nicht dem Anwendungsbereich der Nr. 1 unterfällt ...*).

Die Neuregelung verknüpft die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB mit der Frage, ob das jeweilige Vorhaben der gewerblichen Tierhaltung (Errichtung, Änderung, Erweiterung) einer Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung

¹¹ Der Regierungsentwurf ist abrufbar unter www.bmvbs.de.

¹² BR-Drs. 474/12.

(UVP) nach Anlage 1 (Liste UVP-pflichtige Vorhaben) des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung¹³ unterliegt. Ob ein Vorhaben UVP-pflichtig ist, richtet sich grundsätzlich nach den §§ 3a bis 3f UVPG i.V.m. Anlage 1 zum UVPG¹⁴.

Das UVPG unterscheidet danach, ob ab bestimmten Größen- bzw. Leistungsmerkmalen des Vorhabens eine obligatorische UVP-Pflicht besteht oder die UVP-Pflicht erst als Ergebnis einer Vorprüfung (Screening) festzustellen ist.

Eine obligatorische UVP-Pflicht nach § 3b UVPG besteht für Tierhaltungsanlagen nach Nr. 7.1 bis 7.11 der Spalte 1 der Anlage 1 zum UVPG (*X-Vorhaben*). Nicht (mehr) privilegiert und daher auf eine gemeindliche Bauleitplanung angewiesen, sind künftig u.a. folgende Vorhaben:

- Anlagen zur Intensivhaltung von Hennen mit 60.000 Plätzen oder mehr
- Anlagen zur Intensivhaltung oder -aufzucht von Mastschweinen mit 3.000 Plätzen oder mehr

Für die Begründung der UVP-Pflicht kommt es in diesen Fällen – weil allein das Erreichen der vom Gesetzgeber vorgesehenen Größenwerte maßgeblich ist – nicht auf die Einschätzung der zuständigen Behörde an, ob das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann (abstrakt-generelle UVP-Pflicht).

Anders ist dies bei *A- und S-Vorhaben*. *A-Vorhaben* sind solche, für die gemäß § 3c Satz 1 UVPG i.V.m. Anlage 1 UVPG eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls vorgesehen ist. Die Vorprüfung des Einzelfalls dient der nach § 3a UVPG erforderlichen Feststellung der UVP-Pflicht. Gemäß § 3c Satz 1 UVPG ist für ein solches Vorhaben dann eine UVP durchzuführen,

wenn es nach der Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 zum UVPG aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die nach § 12 UVPG bei der Frage der Zulässigkeit des Vorhabens zu berücksichtigen sind.

Für *S-Vorhaben* nach Spalte 2 der Anlage 1 zum UVPG, bei welchen eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls über die UVP-Pflicht entscheidet, gilt im Grundsatz nichts anderes, wenn aufgrund besonderer örtlicher Gegebenheiten gemäß den in Nummer 2 der Anlage 2 zum UVPG aufgeführten Schutzkriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen zu erwarten sind.

Die Verknüpfung einer Privilegierung im Außenbereich mit der Frage der UVP-Pflicht des Vorhabens begegnet Bedenken. Im Einzelnen:

¹³ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 2010 (BGBl. I S. 94), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17. August 2012 (BGBl. I S. 1726).

¹⁴ Vgl. Seite 34 des Regierungsentwurfs. Das Verhältnis zu § 1 Abs. 3 der 9. BImSchV betreffend die UVP-Pflicht von wesentlichen Änderungen immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen wird im Regierungsentwurf hingegen nicht angesprochen.

2.2.1. UVP-Verfahrenshandlung entscheidet über materielle Zulässigkeit

Für die einer Vorprüfung unterfallenden A- und S-Vorhaben hat die zuständige Behörde (in der Regel die Genehmigungsbehörde) gemäß § 3a Satz 1 UVPG festzustellen, ob für das Vorhaben eine UVP-Pflicht besteht. Diese Feststellung und die zu diesem Zwecke durchzuführende Vorprüfung nach § 3c UVPG sind nach der Konstruktion des UVPG unselbständige Verfahrenshandlungen¹⁵, welche keine zulassungsentscheidenden Folgen haben. Wegen dieses Charakters kann die Feststellung über das Bestehen einer UVP-Pflicht gemäß § 3a Satz 3 UVPG auch nicht selbständig angefochten werden.

Auch die Anknüpfung an die UVP-Pflicht in den §§ 13 und 13a BauGB wahrt diesen Charakter als Verfahrenshandlung. Danach führt die UVP-Pflicht eines durch einen Bebauungsplan begründeten Vorhabens (lediglich) dazu, dass das vereinfachte Verfahren (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) und auch das beschleunigte Verfahren (§ 13a Abs. 1 Satz 4 BauGB) ausgeschlossen sind. Vielmehr ist in diesen Fällen ein förmliches Bauleitplanverfahren mit Umweltprüfung nach § 2 Abs. 4 BauGB – welche an die Stelle der Umweltverträglichkeitsprüfung tritt¹⁶ – durchführen.

Die geplante Neuregelung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB knüpft an die Frage der UVP-Pflicht des Vorhabens nunmehr aber materielle, zulassungsentscheidende Folgen. Die überschlägige Prognose der zuständigen Behörde, dass das A- oder S-Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann und damit UVP-pflichtig ist, führt zur baurechtlichen Unzulässigkeit dieser Vorhaben im Außenbereich¹⁷. Davon abweichend sind andere UVP-pflichtige Vorhaben im Außenbereich – wie etwa der landwirtschaftlichen Tierhaltung – nicht allein deswegen im Außenbereich unzulässig, weil sie UVP-pflichtig sind. Generell führt die Bejahung einer UVP-Pflicht nicht allein deswegen zur Unzulässigkeit des Vorhabens. Vielmehr dienen die Vorschriften über die Umweltverträglichkeitsprüfung dazu, die für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens relevanten Umweltinformationen zusammenzutragen (vgl. § 12 UVPG).

2.2.2. Schutz des Außenbereichs und dessen Zersiedlung

§ 35 BauGB enthält die Grundaussage, dass der Außenbereich, also die Bereiche außerhalb der qualifiziert beplanten Gebiete i.S.d. § 30 Abs. 1 BauGB und der nicht beplanten Innenbereiche i.S.d. des § 34 BauGB, grundsätzlich vor einer Bebauung geschützt bzw. freigehalten werden soll¹⁸. Die städtebauliche Leitvorstellung des Gesetzgebers für

¹⁵ *Sangenstedt*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, 64.EL 2012, § 3c UVPG Rn. 15, § 3a UVPG Rn. 20. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 UVPG ist selbst die Umweltverträglichkeitsprüfung, über deren Durchführung die Vorprüfung im Einzelfall entscheiden soll, ein unselbständiger Teil verwaltungsbehördlicher Verfahren.

¹⁶ Vgl. § 17 UVPG.

¹⁷ Das Vorhaben könnte zwar theoretisch noch als sonstiges Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB zulässig sein. Praktisch wäre es damit aber unzulässig, da bereits die Beeinträchtigung öffentlicher Belange zur Unzulässigkeit führt.

¹⁸ *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 104. EL 2012, BauGB, § 35 Rn. 13.

die Beurteilung der Zulässigkeit eines Vorhabens im Außenbereich ist demnach vom Grundsatz geprägt, den Außenbereich von baulichen Anlagen freizuhalten, soweit diese – die privilegierten Vorhaben – nicht ihrem Wesen nach in den Außenbereich gehören¹⁹.

Die Verknüpfung der Außenbereichsprivilegierung mit der Frage nach der UVP-Pflicht eines A- und S-Vorhabens und damit der Maßgeblichkeit einer prognostischen Beurteilung der zuständigen Behörde, ob das konkrete Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, dürfte nur schwerlich geeignet sein, diesem generellen Schutz des Außenbereichs gerecht zu werden.

Denn künftig könnten bei der Vorprüfung des Einzelfalls nach § 3c UVPG verschiedene Genehmigungsbehörden *nach ihrer jeweiligen Einschätzung und überschlüssiger Prüfung* zu unterschiedlichen Auffassungen über die UVP-Pflicht und damit über die Außenbereichsprivilegierung gelangen. Mag sich etwa die zuständige Behörde im Landkreis A bereits wegen der Nähe eines gesetzlich geschützten Biotops im Sinne von § 30 BNatSchG²⁰ zur Bejahung der UVP-Pflicht und damit zur Verneinung der Privilegierung einer Anlage zur Haltung von 50.000 Hennen entscheiden, könnte die Genehmigungsbehörde im Nachbarlandkreis B oder der kreisfreien Stadt C dies großzügiger beurteilen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts läuft ein verwaltungsbehördlicher Beurteilungs- bzw. Prognosespielraum dem Schutz des Außenbereichs sogar zuwider²¹.

Darüber hinaus begründet die Anknüpfung der Außenbereichsprivilegierung an die UVP-Pflicht und damit im ersten Ansatz an bestimmte Größenmerkmale die (theoretische) Gefahr, dass sich Anlagenbetreiber – sofern wirtschaftlich – dazu entschließen, eine UVP-Pflicht zu umgehen, indem sie ihre Vorhaben so ausrichten, dass gemäß Anlage 1 zum UVPG weder eine obligatorische UVP-Pflicht, noch eine Pflicht zur Vorprüfung im Einzelfall bestehen. Keinesfalls UVP-pflichtig – und damit auch nach der Neuregelung weiterhin privilegiert – wären z.B. Anlagen mit bis zu 14.999 Hennen oder 1.499 Mastschweinen.

Im Grundsatz könnten auch mehrere solcher nicht UVP-pflichtigen Anlagen beantragt werden. Eine solche *Salamitaktik* kann die Neuregelung in § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht umfassend verhindern. Der Regierungsentwurf nimmt zwar ausdrücklich die Regelung in § 3b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 UVPG auf, so dass bei kumulierenden Vorhaben für die Annahme eines engen Zusammenhangs diejenigen Tierhaltungsanlagen zu berücksichtigen sind, die auf demselben Betriebs- oder Baugelände liegen und mit gemeinsamen betrieblichen oder baulichen Einrichtungen verbunden sind. Dass sich mehrere zur Zulassung gestellte Tierhaltungsanlagen im Außenbereich (derselben

¹⁹ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Auflage 2009, § 35 Rn. 1 m.w.N.

²⁰ Vgl. § 3c Satz 1 und 2 UVPG i.V.m. Ziffer 2.3.7 der Anlage 2 zum UVPG.

²¹ BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2008 – 7 C 6/08 = BVerwGE 132, 372, zitiert nach juris-Rn. 23 f.

Gemeinde) befinden, genügt hierfür jedenfalls nicht, da ein lediglich bauplanerischer Zusammenhang mehrere Anlagen derselben Art noch nicht als betriebliche Einheit erscheinen lässt²².

Dies gilt auch für die Kumulation von Kleinvorhaben, die – wie im vorherigen Beispiel – für sich genommen nicht einmal die Größenwerte der standortbezogenen Vorprüfung erreichen. § 3 c Satz 5 UVPG verweist insofern auf § 3b Abs. 2 Satz 1 und 2 UVPG, so dass die dortigen Voraussetzungen einer UVP-rechtlichen Bewertungseinheit auch bei der Kumulation von Kleinvorhaben erfüllt sein müssen²³. Selbst wenn man eine nachträgliche Kumulation, also die Fälle, in denen ein neues Vorhaben mit einem existierenden Vorhaben derselben Art im engen Zusammenhang durchgeführt werden soll, wobei beide Vorhaben zusammen erstmals den einschlägigen Größen- oder Leistungswert erreichen oder überschreiten, gemäß § 3b Abs. 3 Satz 2 UVPG (i.V.m. § 3c Satz 2 UVPG) auch dann anerkennt, wenn es sich um verschiedene Vorhabenträger handelt, also keine Betreibidentität vorliegt²⁴, ist jedenfalls ein enger räumlicher Zusammenhang im Sinne von § 3b Abs. 2 Satz 1, 2 Nr. 1 UVPG erforderlich, wofür – wie bereits ausgeführt – allein die Lage des bestehenden und des neuen Vorhabens im Außenbereich (einer Gemeinde) jedenfalls nicht ausreicht.

Die Ansiedlung mehrerer *kleiner* – weiterhin privilegierter – Tierhaltungsanlagen kann demnach zu einer (weiteren) Zersiedlung des Außenbereichs führen; ein Umstand, der die Gemeinden nach der Rechtsprechung gerade berechtigt, die Ansiedlung von Tierhaltungsanlagen im Gemeindegebiet durch Bauleitplanung zu steuern²⁵. Es bleibt abzuwarten, ob nach Inkrafttreten der Neuregelung auch vermehrt Kleinvorhaben beantragt werden oder die Vorhabenträger UVP-pflichtiger Vorhaben die Kooperation mit der Gemeinde, etwa in Form eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach § 12 BauGB suchen.

2.2.3. Systematik von § 35 BauGB

§ 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB n.F. fügt sich auch nicht widerspruchsfrei in die Systematik von § 35 BauGB ein. Die Regelungen in § 35 Abs. 1 BauGB über privilegierte Vorhaben enthalten eine gesetzliche Planersatzregelung. Mit § 35 Abs. 1 BauGB hat der Gesetzgeber jedoch noch keine Entscheidung über den konkreten Standort der von ihm im Außenbereich grundsätzlich für zulässig erklärten Vorhaben getroffen, sondern diese Vorhaben einschließlich ihres Standortes der Prüfung im konkreten bauaufsichtlichen

²² Vgl. *Sangenstedt*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, 64.EL 2012, § 3b UVPG Rn. 31.

²³ Vgl. *Sangenstedt*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, 64.EL 2012, § 3b UVPG Rn. 37. Die Bagatellschwelle nach § 3b Abs. 2 Satz 3 UVPG gilt gemäß § 3c Satz 5 UVPG bei der Kumulierung von Kleinvorhaben allerdings nicht.

²⁴ So insbesondere *Sangenstedt*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, 64.EL 2012, § 3b UVPG Rn. 47; vgl. auch VG Aachen, Urteil vom 13. Dezember 2010 – 6 K 294/08, zitiert nach juris-Rn. 83; aA KTBL-Schrift 447, Umweltverträglichkeitsprüfung bei Tierhaltungsanlagen, 2009, Seite 17.

²⁵ OVG Lüneburg, Beschluss vom 14. November 2011 – 1 ME 181/11, zitiert nach juris-Rn. 25 m.w.N.

Verfahren an dem Maßstab überlassen, ob gemäß § 35 Abs. 3 BauGB öffentliche Belange entgegenstehen²⁶. Zu den öffentlichen Belangen, die einem privilegierten Vorhaben konkret entgegenstehen können, gehört nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB auch der Fall, dass das Vorhaben schädliche Umweltauswirkungen konkret erwarten lässt²⁷.

§ 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB n.F. passt nicht in dieses Konzept, wenn bei einer Vorprüfung im Einzelfall nach § 3c UVPG die Privilegierung von A- und S-Tierhaltungsvorhaben davon abhängig gemacht wird, ob das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann. Darüber hinaus kommt im Rahmen der Vorprüfung des Einzelfalls der konkrete Standort des Vorhabens gemäß § 3 c Satz 1 und 2 UVPG i.V.m. Ziffer 2 der Anlage 2 zum UVPG maßgebliche Bedeutung (auch) für die Frage der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB zu, obwohl § 35 Abs. 1 BauGB (im Übrigen) gerade noch keine konkrete Standortentscheidung enthält.

2.2.4. Genehmigungsanspruch und Einschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes

Wie bereits dargestellt, entscheidet die zuständige Behörde bei A- und S-Vorhaben nach ihrer Einschätzung aufgrund überschlägiger Prüfung (§ 3c Satz 1 UVPG). Es handelt sich um eine Prognoseentscheidung, ob das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann.

Dabei ist anerkannt, dass der Behörde ein Einschätzungs- bzw. Beurteilungsspielraum zukommt, der im Sinne einer Plausibilitäts- bzw. Nachvollziehbarkeitskontrolle nur einer gerichtlich eingeschränkten Überprüfung unterliegt²⁸. Bei Anwendung dieser Grundsätze würde der zuständigen Behörde vom Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum (zugleich) für die bauaufsichtliche Frage nach der Privilegierung des gewerblichen Tierhaltungsvorhabens gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB eingeräumt. Dieses Ergebnis würde grundsätzlich dem (bisherigen) Charakter der bauaufsichtlichen Genehmigung als gebundene Entscheidung widersprechen²⁹. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen – im Sinne eines Konditionalprogramms – erfüllt sind (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)³⁰. Ein Beurteilungsspielraum für die Verwaltung ist diesem Prinzip grundsätzlich fremd.

²⁶ BVerwG, Urteil vom 20. Januar 1984 – 4 C 43/81, zitiert nach juris-Rn. 19.

²⁷ Vgl. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 104. EL 2012, BauGB, § 35 Rn. 89.

²⁸ BVerwG, Urteil vom 20. Dezember 2011 – 9 A 31/10 = NVwZ 2012, S. 575, zitiert nach juris-Rn. 24 f.; VGH Kassel, Beschluss vom 19. März 2012 – 9 B 1916/11, zitiert nach juris-Rn. 42; OVG Hamburg, Beschluss vom 24. Februar 2010 – 5 Bs 24/10, zitiert nach juris-Rn. 19 (*Einschätzungsspielraum*); OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29. Juli 2010 – 11 S 45.09; ferner *Sangenstedt*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, 59.EL September 2011, § 3c UVPG Rn. 14 f.: *Beurteilungsspielraum*.

²⁹ Vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2008 – 7 C 6/08 = BVerwGE 132, 372, zitiert nach juris-Rn. 23.

³⁰ Dies gilt gemäß § 6 BImSchG für Tierhaltungsanlagen, die nach § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. Ziffer 7.1 des Anhangs zur 4. BImSchV einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen. Bedarf das Vorhaben einer Baugenehmigung, gilt nach den Landesbauordnungen dasselbe.

Der Gesetzgeber ist freilich nicht gehindert, der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum einzuräumen³¹. Dies führt allerdings dazu, dass die gerichtliche Rechtskontrolle und damit der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG eingeschränkt werden³².

Der Anspruch auf möglichst wirkungsvollen Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG setzt tatbestandlich eine Verletzung in eigenen – außerhalb der Rechtsschutzgarantie selbst begründeten – subjektiven Rechten voraus³³. Zu diesen Rechten zählen insbesondere subjektiv-öffentliche Rechte, die auch den Vorhabenträgern gewerblicher Tierhaltungsanlagen zustehen. Das subjektiv-öffentliche Recht ergibt sich bereits daraus, dass der Genehmigungsanspruch grundrechtlich fundiert ist. Er findet seine grundrechtliche Anknüpfung nicht allein und nicht erst im Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG, sondern – deshalb ein Recht am Grundstück auf dem das Vorhaben verwirklicht werden soll grundsätzlich nicht voraussetzend – in der Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG³⁴.

Der Gesetzgeber ist daher in der Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse nicht frei. Vielmehr ist er durch die Grundrechte sowie durch das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip und die hieraus folgenden Grundsätze der Bestimmtheit und Normenklarheit gebunden³⁵. Die Freistellung der Rechtsanwendung von gerichtlicher Kontrolle bedarf nach dem Bundesverfassungsgericht stets eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds³⁶.

Ob der Gesetzgeber einen solch hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrund für sich in Anspruch nehmen kann, liegt nicht auf der Hand: Allein das Phänomen der zunehmenden Anzahl von gewerblichen Tierhaltungsanlagen genügt hierfür nicht. Wenn in erster Linie die Einschätzung der zuständigen Behörde (§ 3c Satz 1 UVPG) über die Privilegierung des Vorhabens im Außenbereich entscheidet, können die betroffenen Anlagenbetreiber auch nur sehr bedingt vorhersehen, was auf sie zukommt und ob ihr Vorhaben zulässig ist oder nicht. Die Neuregelung ist – anders als bei X-Vorhaben – kaum bestimmt (Bestimmtheitsgrundsatz). Zudem kommen auf einen Vorhabenträger bereits bei der Feststellung der UVP-Pflicht erhebliche Vorlaufkosten zu, weil die Feststellung der UVP-Pflicht auf der Grundlage geeigneter Angaben zum Vorhaben sowie eigener Informationen des Vorhabenträgers zu erfolgen hat (§ 3a Satz 1 UVPG). Die Planung eines Vorhabens muss so konkret sein, dass eine Feststellung der UVP-Pflicht abschließend möglich ist. Diese getroffenen Investitionen können sich als wertlos erweisen, wenn die zuständige Behörde die UVP-Pflicht bejaht und damit die baurechtliche Zulässigkeit im Außenbereich verneint, ohne dass der Vorhabenträger dies gerichtlich voll überprüfen

³¹ BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2011 – 1 BvR 1932, zitiert nach juris-Rn. 23.

³² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2011 – 1 BvR 1932/08, zitiert nach juris.

³³ Enders, in: Beck'scher Onlinekommentar, GG, Art. 19 Rn. 60 m.w.N.

³⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 23. März 1973 – IV C 49.71 = BVerwGE 42, 115.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2011 – 1 BvR 1932, zitiert nach juris-Rn. 25.

³⁶ BVerfG a.a.O.

lassen könnte. Einer selbständigen gerichtlichen Anfechtung kann der Vorhabenträger die Entscheidung der zuständigen Behörde über die Bejahung der UVP-Pflicht – als unselbständige Verfahrenshandlung – nach dem Konzept des UVPG ohnehin nicht zuführen (§ 3a Satz 3 UVPG).

2.3. Beteiligung und Rechtsschutz der Gemeinde – § 36 BauGB

Über die Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB wird im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden (§ 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Ist die betroffene Standortgemeinde nicht zugleich zuständige Genehmigungsbehörde, muss die Gemeinde ihr Einvernehmen erteilen. Dies gilt auch bei Vorhaben der gewerblichen Tierhaltung, wenn diese im Außenbereich verwirklicht werden sollen.

Das Einvernehmensgebot dient dem Schutz der kommunalen Planungshoheit, die den Gemeinden das Recht gibt, ihre städtebauliche Entwicklung im gesetzlichen Rahmen eigenverantwortlich zu gestalten und zu planen³⁷. Versagt die Gemeinde ihr Einvernehmen für ein Außenbereichsvorhaben, muss sich die Begründung hierfür gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB aus dem planungsrechtlichen Zulässigkeitstatbestand des § 35 BauGB ergeben. Die Prüfungskompetenz der Gemeinde umfasst dabei das – mit dem der Genehmigungsbehörde identische – vollständige Entscheidungsprogramm des § 35 BauGB³⁸.

Soweit Zulässigkeitsbestimmungen innerhalb des gemeindlichen Entscheidungsprogramms eine planerische Entscheidung *im Einzelfall* erfordern bzw. einen Ermessensspielraum eröffnen³⁹, obliegt es nach herrschender Ansicht der Gemeinde, den bestehenden planerischen (Ermessens-) Spielraum auszuschöpfen⁴⁰. Die Sachentscheidungsbefugnis liegt in derartigen Fällen – für die Genehmigungsbehörde bindend – bei der Gemeinde.

Bei A- und S-Vorhaben der gewerblichen Tierhaltung kommt es nach der Konzeption der Neuregelung für die Frage der privilegierten Zulässigkeit im Außenbereich künftig auf die Einschätzung der *zuständigen Behörde* an, ob das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann und damit einer – zur Verneinung der Privilegierung führenden – UVP-Pflicht unterliegt. Wie bereits erörtert, hat die zuständige Behörde hierbei einen Einschätzung- bzw. Beurteilungsspielraum.

Vor dem Hintergrund von § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB stellt sich die Frage, wer diesen Einschätzungsspielraum verbindlich auszufüllen hat: Die Gemeinde oder die von der

³⁷ BVerwGE 79, 318 (325).

³⁸ BVerwG, Urteil vom 1. Juli 2010 – 4 C 4/08 = NVwZ 2011, Seite 61; Hofmeister, in: Beck'scher Onlinekommentar BauGB, § 36 Rn. 22.

³⁹ Etwa in den Fällen des § 31 Abs. 2 Nr. 2 oder § 34 Abs. 3a BauGB.

⁴⁰ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 104. EL 2012, BauGB, § 36 Rn. 30 m.w.N.; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Auflage 2009, § 36 Rn. 6.

Gemeinde verschiedene (Genehmigungs-) Behörde im Sinne der §§ 3a und 3c UVPG. Die Vorschriften des UVPG sind deutlich. Zuständig ist allein die für die Feststellung der UVP-Pflicht zuständige Behörde, wobei es sich meist um die Genehmigungsbehörde handelt. § 36 BauGB steht dem nicht entgegen, da diese Vorschrift die Planungshoheit der Gemeinde im Genehmigungsverfahren sicherstellt und die Gemeinde daher nur planerische Ermessensspielräume letztverbindlich auszufüllen berechtigt ist⁴¹. Bei der Einschätzung der zuständigen Behörde im Sinne von § 3c Satz 1 UVPG, ob das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, handelt es sich nach dem Konzept des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung um keine planerische Ermessensentscheidung, sondern eine Entscheidung, die der wirksamen Umweltvorsorge dient.

Darüber hinaus begründet die Neuregelung sogar die Möglichkeit, dass der Vorhabenträger selbst über die Privilegierung seines Vorhabens im Außenbereich mitbestimmt. Denn nach § 3c Satz 3 UVPG ist bei den künftig auch über die baurechtliche Privilegierung entscheidenden Vorprüfungen im Einzelfall bei A- und S-Vorhaben zu berücksichtigen, inwieweit Umweltauswirkungen durch die vom Träger des Vorhabens vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen offensichtlich ausgeschlossen werden. Ein befremdliches Ergebnis.

Die Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinden sind im Übrigen ebenfalls eingeschränkt, wenn die zuständige Behörde eine UVP-Pflicht eines A- oder S-Vorhabens verneint und damit die Zulässigkeit des Tierhaltungsvorhabens im gemeindlichen Außenbereich bejaht. Denn: Beruht die Feststellung, dass eine UVP unterbleiben soll, auf einer Vorprüfung des Einzelfalls nach § 3c UVPG, ist die Einschätzung der zuständigen Behörde in einem gerichtlichen Verfahren betreffend die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens nur darauf zu überprüfen, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben von § 3c UVPG durchgeführt worden ist und ob das Ergebnis nachvollziehbar ist (§ 3a Satz 4 UVPG).

Insgesamt bleibt also fraglich, ob der Gesetzgeber mit der Neuregelung seine Absicht tatsächlich erreicht, die kommunalen Handlungsmöglichkeiten zu erweitern, um das Phänomen der Massentierhaltung zu steuern.

2.4. Kein Überleitungsrecht für eingeleitete Genehmigungsverfahren

Der Regierungsentwurf vom 4. Juli 2012 enthält aus Anlass der Änderung von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB mit § 245a Abs. 3 BauGB Überleitungsvorschriften, welche sich auf die in einem Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszonen für gewerbliche Tierhaltungsvorhaben im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beschränken. Spezielles Überleitungsrecht für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung bereits eingeleitete Verfahren zur Genehmigung gewerblicher Tierhaltungsvorhaben ist dagegen nicht vorgesehen.

⁴¹ In diese Richtung auch *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 11. Auflage 2009, § 36 Rn. 6.

Die allgemeine Überleitungsvorschrift des § 233 Abs. 1 BauGB ist nicht anwendbar. Danach gilt der Grundsatz, dass Verfahren *nach diesem Gesetz*, die vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung förmlich eingeleitet worden sind, nach den bisher geltenden Rechtsvorschriften abgeschlossen werden. *Nach diesem Gesetz* bedeutet, dass es sich um ein förmlich eingeleitetes Verfahren nach dem BauGB handeln muss. Tierhaltungsvorhaben werden aber nicht nach dem BauGB genehmigt, sondern in einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren (BImSchG) oder einem Verfahren nach der jeweiligen Landesbauordnung (LBauO). Derartige Verfahren werden von § 233 Abs. 1 BauGB nicht erfasst⁴².

Mangels einschlägiger Übergangsvorschrift kommen die allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Rechts zur Anwendung. Danach ist grundsätzlich das neue Recht ab seinem Inkrafttreten anzuwenden, sofern noch nicht auf der Grundlage des zuvor geltenden Rechts eine unanfechtbare Rechtsposition entstanden ist⁴³. Neues materielles Recht erfasst vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens an regelmäßig auch anhängige behördliche Verfahren⁴⁴. Der konkrete Fall ist demnach nach Maßgabe des neuen Rechts zu beurteilen, auch wenn dieses für den Antragsteller ungünstiger ist⁴⁵.

Die Anwendung dieser Grundsätze führt dazu, dass ein UVP-pflichtiges Vorhaben der gewerblichen Tierhaltung, für welches zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ein – noch nicht bestandskräftig abgeschlossenes – Genehmigungsverfahren eingeleitet war, seine Genehmigungsfähigkeit verliert. Bedenklich ist hieran, dass insbesondere die Vorbereitung des Genehmigungsverfahrens (Vorbereitung der Antragsunterlagen, Anfertigung von Gutachten) viel Zeit in Anspruch nimmt und bereits umfangreiche Investitionen des Antragstellers erfordert. Vor diesem Hintergrund wäre es aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit angebracht, eine Überleitungsvorschrift für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung bereits eingeleitete Genehmigungsverfahren zu schaffen. Dies gilt insbesondere deswegen, weil die Änderung von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB den Genehmigungsanspruch grundsätzlich ausschließt und nicht lediglich Modifikations- oder Anpassungspflichten für den Antragsteller begründet.

3. Fazit

Das Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung dient der wirksamen Umweltvorsorge. Das Bauplanungsrecht hat eine andere Aufgabe. Es leitet die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke auf dem Gebiet einer Gemeinde. Beides miteinander zu verknüpfen – wie es der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB – plant, führt zu

⁴² Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 104. EL 2012, BauGB, § 35 Rn. 6.

⁴³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 104. EL 2012, BauGB, § 233 Rn. 2a.

⁴⁴ OVG Magdeburg, Urteil vom 15. Dezember 2011 – 2 L 152/06, zitiert nach juris-Rn. 49 m.w.N.

⁴⁵ Decker, in: Simon/Busse, BayBO, 108. EL 2012, Art. 84 Rn. 8. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 14. April 2011 – 3 C 24/10, zitiert nach juris-Rn. 17.

zahlreichen offenen Fragen und Widersprüchen. Dass der Gesetzgeber allerdings von seiner grundsätzlichen Konzeption noch abweichen wird, ist nicht wahrscheinlich. Vorhabenträger sind daher gut beraten, wenn sie frühzeitig in Verhandlungen mit der Gemeinde zur Aufstellung von (vorhabenbezogenen) Bebauungsplänen eintreten.