



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 4 C 5.11  
OVG 2 L 239/09

Verkündet  
am 17. Oktober 2012  
Jakob  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 2012  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Rubel,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gatz und Dr. Jannasch,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bumke und  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Petz

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das am 20. Mai 2011 zu-  
gestellte Urteil des Obergerichts des Landes  
Sachsen-Anhalt wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit von Nebenbestimmungen, die einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage beigelegt sind. Die der Klägerin erteilte Genehmigung vom 21. Dezember 2007 in der Gestalt des Änderungsbescheids vom 27. April 2011 enthält unter Nr. III.2.1.2, 2.1.3 und 2.1.4 die Nebenbestimmungen, dass die Klägerin vor Beginn der Bauarbeiten zur Finanzierung der Rückbaukosten nach dauerhafter Nutzungsaufgabe der Windenergieanlage eine Sicherheitsleistung in Höhe von 36 000 € je Megawatt in Form einer der in § 232 BGB genannten Arten zu erbringen habe.
- 2 Die Anfechtungsklage der Klägerin gegen die Nebenbestimmungen wies das Verwaltungsgericht als unbegründet ab. Die Berufung der Klägerin hat das Obergericht zurückgewiesen. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt: Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG könne die Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich sei, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Die Leistung einer Rückbausicherheit diene

der Sicherstellung der Erfüllung der in § 71 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BauO LSA i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG enthaltenen Genehmigungsvoraussetzung. § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA sei von der Gesetzgebungskompetenz des Landes gedeckt. Die Vorschrift sei dem Bauordnungsrecht zuzuordnen. Aus § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB ergebe sich keine Sperrwirkung. § 71 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BauO LSA habe einen andersgearteten Regelungsgehalt als die bodenrechtliche Regelung. Eine ungenutzte Anlage störe latent die Eigenart der Landschaft. Die Bauaufsichtsbehörde werde im Regelfall eine Abrissanordnung nach § 79 BauO LSA zu treffen haben, die sie im Wege der Ersatzvornahme durchsetzen dürfe. Diesen Weg abzusichern, diene die Rückbausicherheit nach § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA. Die Sicherheitsleistung sei ein geeignetes Sicherungsmittel; sie sei auch erforderlich. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, dass sie sich gegenüber dem Grundstückseigentümer bereits verpflichtet habe, eine Sicherheitsleistung zu erbringen. Diese Sicherheit entfalte der Bauaufsichtsbehörde gegenüber keine Bindungswirkung. Es sei auch nicht unverhältnismäßig, die Leistung der Sicherheit bereits vor Betriebsbeginn mit der Erteilung der Genehmigung zu fordern. Die Bemessung der Höhe der Sicherheit entspreche den Angaben des Bundesverbandes Windenergie, nach denen die Kosten des Rückbaus von Windenergieanlagen zwischen 30 000 € bei kleinen Anlagen und 60 000 € bei Anlagen mit einer Größe von 2 Megawatt lägen.

- 3 Die Klägerin macht mit ihrer vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Revision geltend, die Nebenbestimmungen ließen sich nicht auf § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA stützen. § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB sei eine abschließende bundesrechtliche Regelung, die einen Rückgriff auf § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA ausschließe. Nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB sei die Rückbaupflicht durch Baulast oder in anderer Weise sicherzustellen. Im vorliegenden Fall sei eine Baulast bestellt worden, so dass den Vorgaben des § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB Rechnung getragen worden sei. Unabhängig davon sei die Anordnung jedenfalls unverhältnismäßig. In der Praxis stelle der Rückbau von Windenergieanlagen kein Problem dar. Es sei nicht erforderlich, eine Rückbausicherheit bereits bei Baubeginn zu verlangen. Die negativen volkswirtschaftlichen Folgen durch Kapitalbindung würden nicht berücksichtigt. Es gäbe deutlich mildere Mittel wie beispielsweise das Ansparmodell. Darüber hinaus sei die Berechnung

der Höhe der Sicherheitsleistung ungeeignet. Die Regelung verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, weil lediglich die umweltfreundliche Windenergienutzung, nicht jedoch andere, umweltschädliche Energieerzeugung wie z.B. Atom- oder Kohlekraftwerke mit einer Rückbausicherheit belegt würden.

## II

- 4 Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsurteil steht mit Bundesrecht in Einklang. Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung der Klägerin zu Recht zurückgewiesen. Die angefochtenen Nebenbestimmungen sind rechtmäßig.
- 5 A. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken. Die Nebenbestimmungen Nr. III.2.1.2, 2.1.3 und 2.1.4 sind selbständig anfechtbar. Ob eine Nebenbestimmung isoliert aufgehoben werden, die Genehmigung also ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann, ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des mit der Anfechtungsklage verfolgten Aufhebungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet (Urteile vom 12. März 1982 - BVerwG 8 C 23.80 - BVerwGE 65, 139 <140>, vom 7. September 1984 - BVerwG 8 C 48.83 - Buchholz 454.51 MRVerbG Nr. 11 S. 35, vom 19. Januar 1989 - BVerwG 7 C 31.87 - BVerwGE 81, 185 <186> und vom 22. November 2000 - BVerwG 11 C 2.00 - BVerwGE 112, 221 <224>; Beschluss vom 16. August 1995 - BVerwG 1 B 25.95 - Buchholz 310 § 120 VwGO Nr. 9). Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, dass die Pflicht zum Rückbau einer Windenergieanlage nach dauerhafter Aufgabe der Nutzung sowie die hieran anknüpfende Bedingung, eine Sicherheit zu leisten, einen anderen Regelungsgegenstand als die Errichtung und der Betrieb der Anlage betrifft und davon zeitlich, begrifflich und inhaltlich klar unterscheidbar ist, lässt einen Verstoß gegen Bundesrecht nicht erkennen.
- 6 B. Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, dass die Erteilung einer Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage unter der aufschiebenden Bedingung der

Leistung einer Rückbausicherheit zulässig ist und ungeachtet der Regelung in § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB auf die landesrechtliche Regelung des § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA gestützt werden kann, ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

- 7 1. Rechtsgrundlage für die Nebenbestimmung ist § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG. Danach kann der Genehmigung einer Anlage i.S.d. § 4 BImSchG, zu der nach Nr. 1.6 der Spalte 2 der 4. BImSchV die Errichtung einer Windenergieanlage gehört, eine Nebenbestimmung beigefügt werden, wenn diese erforderlich ist, um die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 BImSchG sicherzustellen. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ist die Genehmigung zu erteilen, wenn andere öffentlich-rechtliche Vorschriften der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Die Vorschrift verweist damit u.a. auf die Bestimmungen des Städtebau- und des Bauordnungsrechts, deren Einhaltung die für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zuständige Behörde aufgrund der Konzentrationswirkung gemäß § 13 BImSchG sicherzustellen hat.
- 8 Nach der auf der Auslegung von Landesrecht beruhenden und damit bindenden (§§ 137 Abs. 2, 173 Satz 1 VwGO, § 560 ZPO) Auffassung des Oberverwaltungsgerichts dienen die Nebenbestimmungen der Sicherstellung der in § 71 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BauO LSA enthaltenen Genehmigungsvoraussetzung. Dass das Oberverwaltungsgericht als öffentlich-rechtliche Vorschrift i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG die landesrechtliche Regelung des § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA herangezogen hat, steht nicht im Widerspruch zu Bundesrecht. Der Gesetzgeber hat zwar mit der durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) 2004 eingeführten Vorschrift des § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB eine bundesrechtliche Rechtsgrundlage für die Bestellung einer Rückbausicherheit geschaffen. Die Regelung beansprucht bundeseinheitliche Geltung und entfaltet Vorrangwirkung. Sie steht aber der Anwendbarkeit einer landesrechtlichen Vorschrift, die als Genehmigungsvoraussetzung die Bestellung einer Sicherheitsleistung zur Sicherstellung einer bauaufsichtlichen Rückbaupflicht verlangt, nicht generell entgegen.

- 9 2. § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB macht die Erteilung einer Baugenehmigung für Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 vom Erlass von Nebenbestimmungen zur Sicherstellung der Pflicht zum Rückbau nach dauerhafter Aufgabe der privilegierten Nutzung abhängig. Es handelt sich um eine eigenständige bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage.
- 10 2.1 § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB bestimmt, dass für Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6, zu denen nach Nr. 5 Vorhaben zur Erforschung, Entwicklung und Nutzung der Windenergie gehören, als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eine Verpflichtungserklärung abzugeben ist, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Das Anerkenntnis der Rückbaupflicht in Gestalt einer Verpflichtungserklärung ist konstitutiv für die Genehmigungserteilung. Begründet werden damit präventiv Nachsorgepflichten (vgl. dazu auch Urteil vom 13. März 2008 - BVerwG 7 C 44.07 - BVerwGE 131, 11 Rn. 27).
- 11 Die Verpflichtungserklärung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB ist kein vollstreckbarer Titel. Anders als das Anerkenntnis nach § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB kommt ihr auch keine dingliche Wirkung zu. Sie bewirkt zunächst nur, dass sich der Pflichtige, wenn er der Pflicht zum Rückbau nicht nachkommt, nach Treu und Glauben (Verbot des widersprüchlichen Verhaltens) nicht mit Erfolg gegen eine Beseitigungsanordnung wenden kann (vgl. auch Urteil vom 18. April 1996 - BVerwG 4 C 22.94 - BVerwGE 101, 58 <63>). Daran knüpft § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB an. Danach „soll“ die Baugenehmigungsbehörde durch nach Landesrecht vorgesehene Baulast oder in anderer Weise die Einhaltung der Verpflichtung nach Satz 2 „sicherstellen“. Die Genehmigungsbehörde wird damit bundesrechtlich verpflichtet, durch geeignete Maßnahmen bei Erteilung der Genehmigung die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass der Rückbau, zu dem sich der Vorhabenträger nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB verpflichtet hat, nach dauerhafter Nutzungsaufgabe auch auf seine Kosten durchgesetzt werden wird.
- 12 Die Vorschrift hat nicht lediglich „bundesrechtlich“ klarstellende Bedeutung (a.A. Berkemann, in: Berkemann/Halama, Erstkommentierungen zum BauGB 2004, § 35 Rn. 134; Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB/BauNVO, 6. Aufl. 2010, §

35 Rn. 167). Mit § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB hat der Gesetzgeber vielmehr eine eigene bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage dafür geschaffen, dass eine Baugenehmigung unter den genannten Voraussetzungen in zulässiger Weise mit Nebenbestimmungen zur Gewährleistung des Rückbaus nach dauerhafter Nutzungsaufgabe des Vorhabens verbunden werden darf. Die Regelung ist abzugrenzen von landesrechtlichen Maßnahmen zur Sicherung der bauaufsichtsrechtlichen Pflicht zum Rückbau eines Vorhabens nach dauerhafter Nutzungsaufgabe (vgl. auch Söfker, in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Juni 2012, § 35 Rn. 165a). Sie ist nicht auf eine „Verzahnung“ mit dem Bauordnungsrecht angelegt (so aber: Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 35 Rn. 125a). Die Vorschrift ist nach Tatbestand und Rechtsfolge hinreichend bestimmt und gilt unabhängig davon, ob sich in der Bauordnung eines Landes eine Vorschrift findet, die - ausdrücklich oder sinngemäß wie § 67 Abs. 3 Satz 3 BbgBO; § 72 Abs. 3 Satz 2 SächsBO und § 70 Abs. 3 Satz 2 ThürBO - auf § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB Bezug nimmt.

- 13 Dass der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB eine eigene bundesrechtliche Rechtsgrundlage schaffen wollte, die zum Erlass von Nebenbestimmungen zur Einhaltung der Rückbaupflicht ermächtigt und damit auch die Auferlegung einer Sicherheitsleistung rechtfertigt, ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien, in denen auf das „Verursacherprinzip“ und die Notwendigkeit, angesichts der zunehmenden Inanspruchnahme des Außenbereichs die Einhaltung der Rückbaupflicht „sicherzustellen“, verwiesen wird (BTDrucks 15/2250 S. 56). Dem steht nicht entgegen, dass sich im Gesetzestext die Formulierung „nach Landesrecht“ findet. Bei diesem Verweis handelt es sich nur um einen erläuternden Zusatz, der sich auf den Begriff „Baulast“ bezieht und deutlich macht, dass es Länder wie Bayern und Brandenburg gibt, die das Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Baulast nicht kennen. Sinn und Zweck der Regelung bestätigen, dass der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB eine eigene bauplanungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage geschaffen hat. Der Gesetzgeber bringt mit der Regelung zum Ausdruck, dass es zum Schutz des Außenbereichs nicht ausreichend ist, dass nach dauerhafter Nutzungsaufgabe aufgrund des baurechtswidrigen Zustands grund-

sätzlich eine bauordnungsrechtliche Pflicht zur Beseitigung des Vorhabens besteht, weil - wie in den Gesetzgebungsmaterialien ausgeführt wird - die Frage, ob die Bauaufsichtsbehörde die Beseitigung einer solchen Anlage verlangen darf, von weiteren Voraussetzungen abhängt (BTDrucks 15/2250 S. 94). Das „Baurecht auf Zeit“ (vgl. Urteil vom 16. Dezember 2004 - BVerwG 4 C 7.04 - BVerwGE 122, 308 <310>) verlangt nach verbindlichen Sicherungen.

- 14 2.2 Die Ermächtigung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB umfasst alle Maßnahmen, die geeignet sind, die Einhaltung der Verpflichtungserklärung sicherzustellen, und damit - entgegen der Auffassung der Klägerin - auch die Auferlegung einer Sicherheitsleistung als Maßnahme zur finanziellen Absicherung eines möglichen Liquiditätsrisikos.
- 15 Die Bestellung einer Baulast schließt die Anordnung „anderer“ geeigneter Maßnahmen nicht aus. Der Wortlaut „durch ... Baulast oder in anderer Weise“ ist nicht als Alternative zu verstehen, mit der die Bandbreite möglicher Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtung nach Satz 2 eingeschränkt wird. Mit dieser Auslegung wird die Wortlautgrenze - entgegen der Auffassung der Klägerin - nicht contra legem überschritten. Der Klägerin ist zuzugeben, dass der Gesetzgeber die Regelung hätte klarer fassen können. Die Formulierung ist indes dem gesetzestechnischen Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB an den vorhandenen Gesetzestext, der auf Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. g verweist, angeknüpft und sich darauf beschränkt hat, die Anwendbarkeit des Satzes 3 auf die Fallkonstellation der Rückbaupflicht allein durch Einfügung der Wörter „nach Satz 2 sowie“ deutlich zu machen. Auch die Gesetzgebungsgeschichte belegt, dass die Baulast, mit der auch bauplanungsrechtliche Genehmigungsvoraussetzungen sichergestellt werden können (Beschluss vom 12. November 1987 - BVerwG 4 B 216.87 - Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 24), lediglich beispielhaft als eine geeignete Maßnahme zur dinglichen Sicherung genannt wird: § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB, der mit dem Bau- und Raumordnungsgesetz - BauROG 1998 eingeführt wurde, entspricht ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien „sprachlich vereinfacht und angepasst an die Streichung ...“ dem früheren Absatz 6 des § 35 BauGB (BTDrucks 13/6392 S. 11, 59), der seinerseits nach Art einer Gene-



ralklausel die allgemein gehaltene Formulierung „in geeigneter Weise“ enthielt. Eine inhaltliche Änderung hat der Gesetzgeber mit der Neufassung in Satz 3 ausdrücklich nicht bezweckt. Sinn und Zweck der Regelung bestätigen, dass sich § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB nicht in der Verpflichtung der Baugenehmigungsbehörde erschöpft, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass über die Berechtigung der Rückbaupflicht nicht mehr gestritten wird. Eine Absicherung des finanziellen Risikos bei Ausfall des Pflichtigen lässt sich mit einer Baulast oder in Ländern, die das Rechtsinstitut der Baulast nicht kennen, durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit nicht bewirken. Dem Gesetzgeber ging es indes gerade um die Absicherung der Kosten des Rückbaus, zu dem sich der Vorhabenträger nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB verpflichten muss, will er die beantragte Baugenehmigung erhalten. Das Liquiditätsrisiko wird zwar in den Gesetzgebungsmaterialien nicht ausdrücklich genannt. Mit der Betonung des Verursacherprinzips hat der Gesetzgeber jedoch deutlich gemacht, dass die Kostentragung durch den Vorhabenträger bzw. seinen Rechtsnachfolger durch geeignete Maßnahmen, die mit der Baugenehmigung zu verbinden sind, sichergestellt sein muss. Dazu gehört auch die Absicherung des Liquiditätsrisikos. Nach dem gesetzgeberischen Regelungszweck soll die Durchsetzung der Rückbaupflicht nicht daran scheitern, dass von einer Vollstreckung abgesehen wird, weil keine ausreichenden öffentlichen Mittel für eine Ersatzvornahme zur Verfügung stehen. Dass der Gesetzgeber die Auferlegung einer Sicherheitsleistung als eine von § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB gedeckte Maßnahme erachtet, belegt auch der EAG Bau-Mustererlass vom 12. Juli 2004, der unter Nr. 4.3.1.5 als Beispiele für die Sicherstellung in anderer Weise z.B. die Grunddienstbarkeit oder Sicherheitsleistung anführt.

- 16 3. Gegen § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Bund hat seine Regelungskompetenz nicht überschritten. Die Vorschrift erweist sich mit dem dargelegten Inhalt auch im Übrigen als verfassungsgemäß.
- 17 3.1 Die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB ist von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Bodenrecht i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG gedeckt. Zur Materie „Bodenrecht“ i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG gehö-

ren solche Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln (BVerfG, Gutachten vom 16. Juni 1954 - 1 PBvV 2/52 - BVerfGE 3, 407 <424>). Hierzu zählt das Bauplanungsrecht, nicht aber das Bauordnungsrecht. Maßgeblich für die Abgrenzung von Bauplanungs- und Bauordnungsrecht ist die gesetzgeberische Zielsetzung, nicht der Regelungsgegenstand. Regelungen des Bauplanungsrechts sind gekennzeichnet durch einen flächenbezogenen Regelungsinhalt, der die Nutzung von Grund und Boden betrifft (Urteil vom 11. Oktober 2007 - BVerwG 4 C 8.06 - BVerwGE 129, 318 Rn. 15, 26). Sie dienen dazu, konkurrierende Bodennutzungen und Bodenfunktionen zu koordinieren und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist die Inanspruchnahme von Grund und Boden.

- 18 Eine Verletzung der Bundeszuständigkeit für das Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG liegt nicht schon dann vor, wenn eine bauordnungsrechtliche Vorschrift in der konkreten Rechtsanwendung zu Ergebnissen führt, die im Einzelfall auch auf der Grundlage von § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB erzielt werden können (vgl. auch Urteil vom 11. Oktober 2007 a.a.O. Rn. 27). Vorhaben i.S.d. § 29 BauGB können je nach der gesetzgeberischen Zielsetzung sowohl einer bauplanungsrechtlichen als auch einer bauordnungsrechtlichen Regelung zugänglich sein (Urteil vom 11. Oktober 2007 a.a.O. Rn. 13). Maßgeblich ist der konkrete Regelungszweck.
  
- 19 Die Regelung in § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB ist bauplanungsrechtlicher Natur. Sie dient dem Schutz des Außenbereichs. Anlass für die Regelung war der Umstand, dass im Zuge der Förderung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 BauGB erweitert worden ist und die Anzahl der danach errichteten Anlagen wie z.B. Windkraftanlagen im Außenbereich spürbar zugenommen hat. Diese Anlagen sollen, wenn sie nicht mehr dauerhaft genutzt, d.h. aufgegeben werden, nicht mehr den Außenbereich beeinträchtigen (BTDrucks 15/2250 S. 56) und deswegen verlässlich auf Kosten des Verursachers beseitigt werden. Ziel der Regelung ist es, nach dem den § 35 BauGB insgesamt prägenden Leitgedanken der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs (vgl. dazu nur Urteil vom 19. Juni

1991 - BVerwG 4 C 11.89 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 273) Beeinträchtigungen der Landschaft durch endgültig aufgegebene Anlagen effektiv und konsequent zu verhindern. Anders als bei einer bauordnungsrechtlichen Beseitigungsanordnung zielt § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB nicht auf baupolizeiliche Gefahrenabwehr, die im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde steht. Die Rückbaupflicht soll vielmehr aus städtebaulichen Gründen präventiv gesichert werden. Das entspricht dem Anliegen der Bodenschutzklausel.

- 20 3.2 Die Regelung - insbesondere mit dem Inhalt, eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen - erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als verfassungswidrig.
- 21 Dass § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB nur für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB gilt, begründet entgegen der Auffassung der Klägerin keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG). Die unterschiedliche Behandlung ist bereits deswegen gerechtfertigt, weil - wie der Gesetzgeber als Anlass für die Regelung festgestellt hat - die Zahl der Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB im Außenbereich erheblich zugenommen hat; die privilegierte Zulassung solcher Vorhaben hat sich inzwischen zu einem Massenphänomen entwickelt. Das besondere Kostenrisiko der öffentlichen Hand liegt hier in der Vielzahl der Anlagen und in dem Umstand begründet, dass die Wiederherstellung der natürlichen Gegebenheiten des Außenbereichs nicht davon abhängen kann, ob die öffentliche Hand über hinreichende Mittel verfügt, um den Rückbau im Wege der Ersatzvornahme durchzusetzen.
- 22 Die Regelung verstößt nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG. Es handelt sich um einen Inhalt und die Schranken des Eigentums bestimmende Vorschrift im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Bei derartigen Regelungen muss der Gesetzgeber sowohl der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch dem Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG in gleicher Weise Rechnung tragen. Er hat dabei die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Eigentumsbindungen müssen deshalb stets verhältnismäßig sein

(vgl. nur Urteil vom 21. November 1996 - BVerwG 4 C 33.94 - BVerwGE 102, 260 <267>).

- 23 § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB stellt einen verhältnismäßigen Interessenausgleich dar. Dem Gesetzgeber steht bei der Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen eine Nutzung des Außenbereichs zulässig sein soll, ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Der Schutz des Außenbereichs, dem ein hoher Stellenwert zukommt, ist ein legitimer Zweck, der im besonderen öffentlichen Interesse liegt. Diesem Zweck dient die Auferlegung einer Sicherheitsleistung unabhängig davon, ob Anzeichen für ein Liquiditätsrisiko vorliegen. Die Erforderlichkeit der Maßnahme hängt nicht von einem konkreten Anlass ab. Es entspricht dem Wesen der Sicherheitsleistung, dass sie zukunftsgerichtet wirkt. Könnte eine Sicherheitsleistung erst dann verlangt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Liquiditätsschwäche des Vorhabenträgers bzw. seines Rechtsnachfolgers bestünden, könnte die Anordnung regelmäßig erst ergehen, wenn er im Hinblick auf seine angespannte wirtschaftliche Lage nicht mehr kreditwürdig und daher außerstande wäre, die Sicherheitsleistung zu erbringen (vgl. auch Urteil vom 13. März 2008 - BVerwG 7 C 44.07 - BVerwGE 131, 11 Rn. 29 und 33). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass es sich angesichts der Vielzahl der Anlagen um ein Massenphänomen handelt und sich die Gefahr des Ausfalls des Pflichtigen und damit das Liquiditätsrisiko nicht lediglich im überschaubaren Einzelfall realisieren würde.
- 24 Es ist nicht zu erkennen, dass die Auferlegung einer Sicherheitsleistung prohibitiv wirkt (vgl. dazu auch BVerfG, Beschluss vom 27. Juli 1987 - 1 BvR 995/86 - ZfB 1988, 80). Zwar bindet eine Sicherheitsleistung - wie die Klägerin geltend macht - Kapital zu einem Zeitpunkt, zu dem sich der Vorhabenträger mit nicht unerheblichen Investitionskosten belastet sieht und sich die Anlage wirtschaftlich noch nicht amortisiert hat. Dass sich ein Vorhabenträger allein wegen der finanziellen Zusatzbelastung, die die Bestellung einer Sicherheitsleistung mit sich bringt, von der Verwirklichung des Vorhabens abhalten ließe, erscheint indes fernliegend, da die Sicherheitsleistung, die ihrerseits der Höhe nach verhältnismäßig sein muss, einen vergleichsweise geringen Anteil der Gesamtkos-

ten ausmacht. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist das von ihr als milderes Mittel favorisierte Ansparmodell, bei dem die Rücklage durch (jährliche) Aufstockung während der Laufzeit der Anlage gebildet wird, keine geeignete Alternative. Denn eine Sicherheitsleistung muss auch dann bereitstehen, wenn entgegen der Wirtschaftlichkeitsberechnung und dem Abschreibungszeitpunkt bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Nutzung - aus welchen Gründen auch immer - dauerhaft eingestellt wird. Soweit die Klägerin einwendet, es seien keine Fälle bekannt, in denen Windenergieanlagen nach Stilllegung nicht zurückgebaut worden seien, beachtet sie nicht, dass dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungsspielraum im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Regelung zusteht. Insbesondere bedarf es keines empirischen Nachweises, in welchem Umfang sich ein Liquiditätsrisiko zu Lasten der öffentlichen Hand in der Vergangenheit realisiert hat. Angesichts der erheblichen Beanspruchung des Außenbereichs durch die Vielzahl von Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB erscheint die Annahme des Gesetzgebers, es könnten in Zukunft vermehrt Fälle auftreten, in denen bei Durchsetzung der Rückbaupflicht ein Liquiditätsrisiko droht, jedenfalls plausibel.

- 25 4. § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB entfaltet grundsätzlich Vorrangwirkung gegenüber Landesrecht. Dieser Anwendungsvorrang schließt aber die Auferlegung einer Sicherheitsleistung auf der Grundlage einer landesrechtlichen Vorschrift nicht aus.
- 26 Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Eine bundesgesetzliche Regelung hat für die Gesetzgebung der Länder dann eine Sperrwirkung zur Folge, wenn und soweit sie die betreffende Materie erschöpfend regelt. Von einer erschöpfenden und abschließenden Regelung ist auch dann auszugehen, wenn der Sache nach ergänzende Regelungen zwar möglich, nach dem erkennbaren Regelungswillen aber ausgeschlossen sein sollen (BVerfG, Beschluss vom 9. Februar 1972 - 1 BvR 111/68 - BVerfGE 32, 319 <327>). Auch bei umfassender Regelung eines Gegenstandes der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund sind landesrechtliche Rege-

lungen aber insoweit zulässig, als das Bundesrecht Vorbehalte zu Gunsten der Landesgesetzgebung enthält (Urteil vom 7. Juni 1996 - BVerwG 8 C 23.94 - BVerwGE 101, 211 <213>; BVerfGE 20, 238 <251>). Ob dies der Fall ist, muss einer Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes entnommen werden (Urteil vom 14. November 2002 - BVerwG 5 C 37.01 - BVerwGE 117, 172 <176> unter Bezugnahme auf BVerfGE 7, 342 <347>; 49, 343 <358>; 67, 299 <324>).

- 27 4.1 Den Anwendungsvorrang, der § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB zukommt, hat der Bundesgesetzgeber selbst eingeschränkt. Das ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien. Mit Blick darauf, dass es bauordnungsrechtliche Regelungen nach Landesrecht gibt, die zum Erlass von Maßnahmen zur Durchsetzung der Beseitigungspflicht nach Nutzungsaufgabe ermächtigen, ist dort ausdrücklich festgehalten, dass die „vorgeschlagene Verpflichtung zum Rückbau sonstige Verpflichtungen auf Grund anderer Regelungen unberührt lässt“ (BTDrucks 15/2250 S. 94). Damit hat der Bundesgesetzgeber dem Landesgesetzgeber („soweit“) Raum gelassen für landesrechtliche Vorschriften, die die Bauaufsichtsbehörde aus Gründen der Gefahrenabwehr zur Auferlegung einer Rückbausicherheit ermächtigen.
- 28 4.2 Die Einschränkung des Anwendungsvorrangs steht jedoch nach Sinn und Zweck des § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB unter dem Vorbehalt, dass die bundesrechtlichen Vorgaben zur Sicherstellung der aus bauplanungsrechtlichen Gründen normierten Rückbaupflicht beachtet werden. Mit § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB werden Mindestanforderungen normiert, um zum Schutz des Außenbereichs bundeseinheitlich zu gewährleisten, dass ungenutzte Anlagen im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB nach dauerhafter Nutzungsaufgabe verlässlich zurückgebaut werden. Deswegen hat der Gesetzgeber die Pflicht zum Rückbau und die Sicherstellung dieser Pflicht zur zwingenden Genehmigungsvoraussetzung erhoben. Die Anordnung von Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtung nach Absatz 5 Satz 2 ist nicht in das freie Ermessen der Baugenehmigungsbehörde gestellt; die Baugenehmigung ist in der Regel („soll“) mit Nebenbestimmungen zur Einhaltung der Rückbaupflicht zu versehen. Dazu gehört auch die Auferlegung einer Sicherheitsleistung, es sei denn,

es liegen besondere Umstände des Einzelfalls vor, die eine Ausnahme rechtfertigen. Diese Vorgaben muss die Baugenehmigungsbehörde bei Erteilung der Genehmigung beachten. Der Spielraum, den der Bund dem Landesgesetzgeber belassen hat, steht mithin unter dem Vorbehalt, dass diesen Vorgaben Rechnung getragen wird. Unter dieser Voraussetzung bleiben landesrechtliche Regelungen, die der Sache nach - auf anderer Rechtsgrundlage - zur Beachtung der zwingenden Vorgaben des § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB führen, vom bundesrechtlichen Anwendungsvorrang unberührt.

- 29 5. § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA steht nicht im Widerspruch zur Vorrangwirkung des § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB. Auf der Grundlage der für die Auslegung des Landesrechts maßgeblichen Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts lässt sich feststellen, dass die landesrechtliche Vorschrift die Einhaltung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen gewährleistet.
- 30 5.1 Wie bereits dargelegt, ist die Einhaltung der Rückbaupflicht nach § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB grundsätzlich auch dann durch Auferlegung einer Sicherheitsleistung sicherzustellen, wenn eine öffentlich-rechtliche Baulast bestellt worden ist. Davon ist auch das Oberverwaltungsgericht bei Anwendung des § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA ausgegangen, weil - wie im Berufungsurteil zu Recht ausgeführt wird - die der Beklagten eingeräumte Baulast das Kostenrisiko für eine mögliche Ersatzvornahme nicht absichert. Ebenso wenig ist die Erwägung des Oberverwaltungsgerichts, es sei unerheblich, dass sich die Klägerin gegenüber dem Grundstückseigentümer bereits verpflichtet habe, eine Sicherheitsleistung zu erbringen, weil diese Sicherheit der Bauaufsichtsbehörde gegenüber keine Bindungswirkung entfalte und sie im Falle einer Ersatzvornahme darauf keinen Zugriff nehmen könne, bundesrechtlich zu beanstanden. Bundesrecht verlangt eine verlässliche Sicherung gegenüber der zuständigen Behörde. Privatrechtliche Vereinbarungen, die keinen behördlichen Zugriff auf die Sicherheitsleistung eröffnen, haben außer Betracht zu bleiben.
- 31 5.2 Bundesrechtlich bestehen auch keine Bedenken, dass § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA nach der für die revisionsgerichtliche Beurteilung bindenden

Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts die Auferlegung der Sicherheitsleistung zu Gunsten der Bauaufsichtsbehörde verlangt.

- 32 Wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist „Baugenehmigungsbehörde“ i.S.d. § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB aufgrund der Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz die immissionsschutzrechtlich zuständige Genehmigungsbehörde; sie tritt an die Stelle der Baugenehmigungsbehörde, der gegenüber die Verpflichtungserklärung nach Satz 2 abzugeben ist. Das ergibt sich aus der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG. Bundesrecht trifft aber keine Aussage darüber, zu Gunsten welcher Behörde die angeordnete Sicherheitsleistung zu bestellen ist. Die Konzentrationswirkung bezieht sich auf das Genehmigungsverfahren. Die Befugnis der Genehmigungsbehörde zur Sicherstellung der (bundesrechtlichen) Rückbaupflicht ist von der Frage der Durchsetzung zu unterscheiden. Die Genehmigungsbehörde muss zwar bestimmen, zu Gunsten welcher Behörde die Sicherheitsleistung zu bestellen ist und welcher Behörde der Nachweis der Bestellung vorzulegen ist. Sie ist aber bundesrechtlich nicht verpflichtet anzuordnen, dass die Sicherheitsleistung zu ihren Gunsten zu bestellen ist. Sie kann im Fall der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht auch auf die für den Baurechtsvollzug zuständige Bauaufsichtsbehörde verweisen. Bundesrechtlich unzulässig wäre nur die Anordnung, eine Sicherheitsleistung sowohl zu Gunsten der Genehmigungsbehörde als auch zu Gunsten einer mit ihr nicht identischen Aufsichtsbehörde zu bestellen. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Soweit in den Nebenbestimmungen Nr. 2.1.2 und 2.1.4 sowohl von der „zuständigen Bauaufsichtsbehörde“ als auch von der „Genehmigungsbehörde“ die Rede ist, hat der Beklagte in der mündlichen Verhandlung zur Klarstellung eine Erklärung zu Protokoll gegeben, dass damit ein und dieselbe Behörde, nämlich - wie vom Oberverwaltungsgericht zugrunde gelegt - die zuständige Bauaufsichtsbehörde gemeint sei.
- 33 6. Die Auferlegung der Sicherheitsleistung begegnet auch im konkreten Fall keinen bundesrechtlichen Bedenken.



- 34 Die Höhe der geforderten Sicherheit ist nicht unverhältnismäßig; auch insoweit ist eine erdrosselnde Wirkung nicht festzustellen. Bundesrecht erlaubt eine Pauschalierung der Kosten. Maßgeblich ist, ob die Kostenschätzung auf einer geeigneten Grundlage beruht und die daran anknüpfende Pauschalierung sachlich nachvollziehbar ist. Davon geht auch das Oberverwaltungsgericht bei Anwendung des § 71 Abs. 3 Satz 2 BauO LSA aus. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hat der Beklagte die Höhe der Sicherheit unter Zugrundelegung der Hinweise des Ministeriums für Bau und Verkehr des Landes Sachsen-Anhalt vom 21. Juni 2005 berechnet, wonach zur Vereinfachung als Anhaltspunkt von Kosten für den vollständigen Rückbau einer Windenergieanlage von zurzeit ca. 30 000 € pro Megawatt installierte elektrische Leistung ausgegangen werden könne. Dieser Betrag entspricht - wie das Oberverwaltungsgericht festgestellt hat - den von der Bundesregierung anlässlich der Beantwortung einer Kleinen Anfrage referierten Angaben des Bundesverbandes Windenergie, wonach die Kosten des Rückbaus von Windenergieanlagen zwischen 30 000 € bei kleinen Anlagen und 60 000 € bei Anlagen mit einer Größe von 2 Megawatt liegen (BTDrucks 15/1417 S. 2). Zugrunde gelegt werden mit hin aussagekräftige Erkenntnismittel zu den voraussichtlichen Kosten eines Rückbaus. Unabhängig davon hat das Oberverwaltungsgericht in tatsächlicher Hinsicht bindend festgestellt, dass Anhaltspunkte dafür, dass die Kosten für den Rückbau der hier strittigen Windenergieanlage niedriger sein könnten als vom Beklagten beziffert, weder vorgetragen noch ersichtlich seien.
- 35 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

RiBVerwG Dr. Jannasch ist wegen Urlaubs und anschließenden Eintritts in den Ruhestand gehindert, seine Unterschrift beizufügen.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Bumke

Petz

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 82 800 € festgesetzt.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

RiBVerwG Dr. Jannasch ist wegen Urlaubs und anschließenden Eintritts in den Ruhestand gehindert, seine Unterschrift beizufügen.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Bumke

Petz

Sachgebiet: BVerwGE: ja

Baurecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 74 Abs. 1 Nr. 18
BauGB	§ 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6, § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3
BImSchG	§ 6 Nr. 2, § 12 Abs. 1, § 13

Stichworte:

Windenergieanlage; Außenbereich; immissionsschutzrechtliche Genehmigung; Konzentrationswirkung; Nebenbestimmung; Genehmigungsvoraussetzung; Ermächtigungsgrundlage; Rückbaupflicht; Verpflichtungserklärung; Rückbaukosten; Baulast; Sicherheitsleistung; - zu Gunsten der Bauaufsichtsbehörde; Liquiditätsrisiko; Gesetzgebungskompetenz; Bodenrecht; Bauordnungsrecht; Landesrecht; konkurrierende Gesetzgebung; Vorrangwirkung; Anwendungsvorrang.

Leitsatz:

§ 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB macht die Erteilung einer Baugenehmigung für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB vom Erlass von Nebenbestimmungen zur Sicherstellung der Pflicht zum Rückbau nach dauerhafter Aufgabe der privilegierten Nutzung abhängig.

§ 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB schließt trotz Vorrangwirkung die Auflegung einer Sicherheitsleistung auf der Grundlage einer landesrechtlichen Vorschrift nicht aus.

Urteil des 4. Senats vom 17. Oktober 2012 - BVerwG 4 C 5.11

I. VG Halle vom 27.10.2009 - Az.: VG 2 A 3/08 -  
II. OVG Magdeburg vom 12.05.2011 - Az.: OVG 2 L 239/09 -