

RD Gerd Pfeffer

Der Außenbereich

§ 35 BauGB

**Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Einzelbauvorhaben
im Außenbereich**

© 2014 Gerd Pfeffer
Ulrichweg 16
72119 Ammerbuch

Wichtiger Hinweis:

Das Skript gibt auf der Grundlage der aktuellen Rechtslage einen Überblick über das Thema. Die Zusammenstellung von Rechtsprechung und Literatur wurde nach bestem juristischen Fachwissen erarbeitet und erhebt inhaltlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit oder sog. Gerichtsfestigkeit. Die Ausarbeitung gibt insoweit die Rechtsauffassung des Autors wieder. Eine Haftung – auch wegen evtl. Fehler – wird nicht übernommen. Für die Beurteilung konkreter Bauvorhaben sind allein die einschlägigen Vorschriften maßgebend.

Der Außenbereich § 35 BauGB

Die bauplanungsrechtliche Zulassung von Einzelbauvorhaben im Außenbereich

Inhaltsübersicht:

I. Einführung	1
1. Allgemeines	1
2. Die städtebauliche Ordnung des BauGB	1
a. Anwendungsbereich § 29 BauGB	1
b. Die Gebietskategorien des BauGB	2
1) Plangebiet	2
2) Unbeplanter Innenbereich	2
3) Außenbereich	3
c. Sicherung der Erschließung	4
d. Einvernehmen der Gemeinde, § 36 BauGB	6
II. Der Außenbereich	6
1. Die Systematik des § 35 BauGB	6
2. Abgrenzung Innen- / Außenbereich	7
a. Bebauungszusammenhang	8
b. Ortsteil	10
c. Bebauungskomplex von einigem Gewicht	11
d. Organische Siedlungsstruktur	12
e. Splittersiedlung	12
III. Die Zulässigkeit von Einzelvorhaben	14
1. Überblick	14
2. Privilegierte Vorhaben (§ 35 Abs. 1 BauGB)	14
a. Vorhaben der Land- und Forstwirtschaft (Nr. 1)	15
1) Betrieb	17
2) Nachhaltigkeit	19
3) Untergeordneter Teil der Betriebsfläche	19
4) Dienen	20
5) Mitgezogener Betriebsteil	21
i. Ferienwohnung	21
ii. Hofladen	22
iii. Besenwirtschaft	22
iv. Pensionstierhaltung auf eigener Futtergrundlage	23
v. Reithallen	23
vi. Wohngebäude (Betriebsleiterwohnung)	24
vii. Altenteilerhäuser	24
viii. Landarbeiterstellen	25
ix. Landarbeiterwohnungen (Unterbringung von Saisonarbeitskräften)	25
b. Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung (Nr. 2)	26
c. Standortgebundene Anlagen u. gewerbliche Betriebe (Nr. 3)	27
1) Ortsgebundenheit	27

2) Betrieb	28
3) Dienen	28
d. Außenbereichsbezogene Vorhaben (Nr. 4)	28
1) Standortalternativen	29
2) Anforderungen an die Umgebung	30
3) Nachteilige Wirkung	30
4) Besondere Zweckbestimmung	32
e. Anlagen der Wind- und Wasserenergiegewinnung (Nr. 5)	32
1) Verhältnis Baurecht / Immissionsschutzrecht	32
2) Luftverkehr	33
3) Planvorbehalt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB	34
4) Genehmigungspraxis	36
f. Biomasseanlagen (Nr. 6)	39
1) Biomasse	39
2) räumlich-funktionaler Zusammenhang, Hofstelle, Betriebsstandort	40
3) Herkunft der Biomasse, Betreibergemeinschaft	41
4) Begrenzung der Zahl der Anlagen	41
5) Leistungsbegrenzung	42
6) Verfahrensarten	42
g. Vorhaben der Kernenergie (Nr. 7)	42
h. Vorhaben der Solarenergie (Nr. 8)	42
3. Sonstige Vorhaben (§ 35 Abs. 2 BauGB)	43
4. Begünstigte („teilprivilegierte“) Vorhaben (§ 35 Abs. 4 BauGB)	45
a. Nutzungsänderung land- oder forstwirtschaftlicher Anlagen (Nr. 1)	
- „Entprivilegierung“	46
1) Zweckmäßige Verwendung erhaltenswerter Bausubstanz	47
i. Erhaltenswert	47
ii. Zweckmäßig	48
2) Wahrung der äußeren Gestalt des Gebäudes	48
3) 7 - Jahresfrist nach Aufgabe der Landwirtschaft	49
4) zulässigerweise errichtete Gebäude	50
5) räumlich-funktionaler Zusammenhang mit der Hofstelle	51
6) höchstens 3 zusätzliche Wohnungen je Hofstelle	51
7) keine Neubebauung als Ersatz für die aufgegebenene Nutzung	52
b. Ersatzbau für mangelbehaftetes Wohngebäude (Nr. 2)	52
1) gleichartiges Wohngebäude an gleicher Stelle	52
2) das vorhandene Gebäude muß zulässigerweise errichtet worden sein	53
3) das vorhandene Gebäude muß Mißstände oder Mängel aufweisen	53
4) das Altgebäude muß vom Eigentümer selbst genutzt worden sein	54
5) Tatsachen müssen die Annahme rechtfertigen, daß der Ersatzbau für den Eigenbedarf genutzt wird	55
c. Ersatzbau für ein zerstörtes Gebäude (Nr. 3)	55
1) Brand, Naturereignisse oder andere außergewöhnliche Ereignisse	55
2) alsbaldige Neuerrichtung	56
d. Änderung eines die Kulturlandschaft prägenden Gebäudes (Nr. 4)	56
e. Erweiterung von Wohngebäuden (Nr. 5)	58
1) Zulässigerweise errichtet	58
2) Erweiterung ist angemessen	58
3) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß das Wohngebäude vom bisherigen Eigentümer oder seiner Familie selbst genutzt wird	59
f. Erweiterung eines gewerblichen Betriebs (Nr. 6)	60
5. Öffentliche Belange, § 35 Abs. 3 BauGB	60

a. Entgegenstehen / Beeinträchtigen	61
b. Die öffentlichen Belange	62
1) Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans	63
2) Darstellungen des Landschaftsplans oder eines sonstigen Fachplans	63
3) Schädliche Umwelteinwirkungen	63
4) Unwirtschaftliche Aufwendungen	65
5) Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, Denkmalschutzes, die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert, das Orts- und Landschaftsbild	65
i. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege	65
ii. Belange des Bodenschutzes	68
iii. Belange des Denkmalschutzes	68
iv. Natürliche Eigenart der Landschaft	68
v. Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes	68
6) Verbesserung der Agrarstruktur, Wasserwirtschaft, Hochwasserschutz	69
7) die Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten läßt (Nr. 7)	70
i. Entstehung	70
ii. Erweiterung	71
iii. Verfestigung	71
8) Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen	72
c. raumbedeutsame Vorhaben, Planvorbehalt, § 35 Abs. 3 BauGB	72
1) raumbedeutsame Vorhaben	72
i. Begriff	72
ii. Ziele der Raumordnung	73
2) Planvorbehalt	74
i. Ausweisung von Konzentrationsgebieten	74
ii. Teilflächennutzungsplan	76
iii. Zurückstellung gem. § 15 Abs.3 BauGB	76
6. Schonung des Außenbereichs, § 35 Abs. 5 BauGB	77
a. Gebot flächensparenden Bauens	77
b. Rückbauverpflichtung	78
c. Sicherung der Nutzung und des Rückbaus	79
IV. Außenbereichssatzung, § 35 Abs. 5 BauGB	80
1. Allgemeines	80
2. Voraussetzungen	81
a. bebauter Bereich	81
b. überwiegend landwirtschaftlich geprägt	81
c. Wohnbebauung von einigem Gewicht	81
d. Inhalt der Satzung	82
e. Verfahren	82
V. Nachbarschutz	83
VI. Exkurs: Kleinbauten	87
1. Städtebauliche Relevanz verfahrensfreier Kleinbauten	87
2. Aufgaben und Befugnisse der Baurechtsbehörden	90
a. Das „Ob“ des baurechtlichen Einschreitens	91
b. Das „Wie“ des baurechtlichen Einschreitens	92
c. Grenzen des Ermessens	93
i. Verjährung, Verwirkung der Eingriffsbefugnis	93
ii. Vertrauensschutz	94
iii. Gleichbehandlungsgrundsatz	95
iv. Übermaßverbot	96

3. Bestandsschutz	97
4. Verfahrenskonzept	98

I. Einführung

1. Allgemeines

Der Bau eines Hauses entspreche der Natur des Menschen, lautet eine Werbebotschaft. In einem so dicht besiedelten Gebiet wie der Bundesrepublik Deutschland kann dieses Grundbedürfnis aber nicht schrankenlos und vor allem nicht ohne Rücksicht auf die jeweilige Nachbarschaft verwirklicht werden. Es kann daher nicht jeder bauen wie er will und wo er will, vielmehr muß gewährleistet sein, daß auch hinreichend unbebauter Raum für Erholungszwecke, Verkehrsanlagen, Wasser- und Landschaftsschutzgebiete usw. vorhanden ist und bleibt. Auch die gebotene Rücksicht auf vorhandene oder künftige Nachbarbebauung muß im Bauwesen ihren Niederschlag finden. Dieser Interessenausgleich setzt unter der Geltung des Rechts zwingend eine gesetzliche Regelung des Bauens voraus. Die Gewährleistung dieser städtebaulichen Ordnung ist Gegenstand des Baugesetzbuches (BauGB).

2. Die städtebauliche Ordnung des BauGB

a. Anwendungsbereich § 29 BauGB

Im 1. Kapitel des BauGB – das Allgemeine Städtebaurecht – ist der 1. Abschnitt des 3. Teils und damit §§ 29 – 38 von besonderer Bedeutung. Diese Vorschriften regeln die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Einzelvorhaben. Deren Anwendungsbereich wird dabei von § 29 Abs. 1 BauGB bestimmt. Die Vorschrift setzt voraus, daß es sich um die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen handelt. Früher wurde zusätzlich gefordert, daß die bauliche Anlage genehmigungsbedürftig ist oder einem sonstigen baurechtlichen Verfahren unterliegt. Auf dieses Erfordernis hat der Bundesgesetzgeber 1998 verzichtet, nachdem die Länder in immer weiterem Umfang Freistellungen vom Verfahrenserfordernis zugelassen und damit den Anwendungsbereich der §§ 30 bis 37 BauGB ausgehöhlt haben. Obwohl die LBO die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer Vielzahl baulicher Anlagen für verfahrensfrei erklärt, d.h. ihre Errichtung usw. ist ohne Baugenehmigung möglich, unterliegen seit der Änderung des § 29 Abs. 1 BauGB grundsätzlich alle bauliche Anlagen den §§ 29 ff. BauGB (s.a. Kap. VI. 1). Das bedeutet, daß ein Bauvorhaben nach der LBO zwar verfahrensfrei sein kann, nach dem BauGB aber trotzdem unzulässig ist (vgl. § 50 Abs. 5 LBO). Nicht nur in diesem Fall hat das Bundesrecht Vorrang vor dem Landesrecht.

Der Begriff der baulichen Anlage in § 29 Abs. 1 BauGB kann nicht ohne weiteres anhand von § 2 Abs. 1 LBO definiert werden. § 29 Abs. 2 BauGB stellt insoweit zwar klar, daß die Vorschriften des Bauordnungsrechts unberührt bleiben, was sich schon aus dem Vorrang des Bundesrechts ergibt. Die Rechtsprechung des BVerwGs versteht unter einer baulichen Anlage i.S.d.

§ 29 Abs. 1 BauGB eine künstlich hergestellte Anlage, die auf Dauer mit dem Erdboden fest verbunden ist (BVerwGE 44, 59, 61). In der Mehrzahl der Fälle dürfte somit der bauplanungs- und der bauordnungsrechtliche Begriff der baulichen Anlage deckungsgleich sein. Zum einfacheren Verständnis der Begriffe in § 29 BauGB kann daher weitgehend auf die Begriffsbestimmungen des § 2 LBO zurückgegriffen werden. Zu beachten ist aber, daß der Vorhabensbegriff des § 29 Abs. 1 BauGB, anders als in § 2 Abs. 12 LBO, den Abbruch von baulichen Anlagen nicht erfaßt.

Ergänzend ist noch zu bemerken, daß auch bei einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, ggf. mit Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP), das materielle Baurecht zu beachten ist. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung schließt nach § 13 BImSchG die Baugenehmigung zwar ein, die materiell-rechtlichen Anforderungen des Baurechts werden jedoch nicht verdrängt und auch in ihrem Geltungsanspruch nicht gemindert. Deshalb hat die Genehmigungsbehörde im immissionsschutzrechtlichen Verfahren auch zu prüfen, ob das Vorhaben den bauordnungsrechtlichen und bauplanungsrechtlichen Anforderungen und damit z.B. § 35 BauGB entspricht.

b. Die Gebietskategorien des BauGB

Nach dem Anwendungsbereich ist als nächstes die Systematik der §§ 30 ff BauGB zu betrachten. Die städtebauliche Ordnung wird nach der Vorstellung des BauGB vor allem dadurch gewährleistet, daß die Gemeinden Bebauungspläne aufstellen, welche die Bebauung regeln. Aber auch in den Gebieten, für die kein Bebauungsplan aufgestellt wurde, muß eine städtebauliche Entwicklung möglich sein. Das stellen die §§ 34 und 35 BauGB sicher.

Das BauGB unterscheidet deshalb nach ihrer bauplanungsrechtlichen Charakteristik 3 Gebiete.

Dies sind

- das Plangebiet,
- der unbeplante Innenbereich und
- der Außenbereich.

1) Plangebiet

ist ein Gebiet, für das ein Bebauungsplan gilt. Im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans sind Einzelvorhaben nur zulässig, wenn sie dessen Festsetzungen nicht widersprechen (§ 30 Abs. 1 BauGB).

2) Unbeplanter Innenbereich

ist ein Gebiet, das seine städtebauliche Prägung von der vorhandenen Umgebungsbebauung erhält. § 34 BauGB regelt die Zulässigkeit von Vorhaben innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile. Die Vorschrift ist nur

anwendbar, wenn kein qualifizierter Bebauungsplan vorliegt. § 30 Abs. 1 und § 34 BauGB schließen einander also aus. Liegt ein einfacher Bebauungsplan vor, gilt § 34 BauGB subsidiär, d.h. nur insoweit, als dieser einfache Bebauungsplan keine entsprechenden Festsetzungen trifft. § 30 Abs. 3 und § 34 BauGB ergänzen sich also. Das „34er-Gebiet“ wird deshalb auch als unbeplantes Gebiet bezeichnet.

3) *Außenbereich*

ist somit nach der Vorstellung des Gesetzgebers das verbleibende unbebaute Gebiet der Gemeinde. § 35 steht zu § 30 BauGB im selben Verhältnis wie § 34. Auch er betrifft - nur - Flächen, die nicht qualifiziert beplant sind. Der Außenbereich erfaßt also alle Gebiete, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs eines Bebauungsplans i.S.v. § 30 BauGB und außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile i.S.v. § 34 BauGB liegen. So lautete bis 1998 auch die Legaldefinition in § 19 Abs. 1 Nr. 3 BauGB aF. Der „Außenbereich“ ist insoweit eine Auffangkategorie. Der Begriff „Außen“ darf dabei nicht so verstanden werden, daß der Außenbereich lediglich Bereiche in der „freien Natur“ oder in „Ortsferne“ erfaßt. Er wird sich zwar oftmals mit der freien Natur und Landschaft überlagern, rechtsbegrifflich damit identisch ist er aber nicht.

Die Intention des Gesetzgebers läuft folglich darauf hinaus, nur die Flächen zu bebauen, die durch Bebauungsplan als Bauland ausgewiesen sind oder sich innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile befinden. Das übrige Gebiete der Gemeinde soll somit von Bebauung grundsätzlich frei bleiben. Damit wird die Anforderung aus § 1 a Abs. 2 Satz 1 1. Halbs. BauGB erfüllt, wonach mit dem Grund und Boden sparsam und schonend umgegangen werden soll.

Mit der Bildung dieser drei planungsrechtlichen Bereiche hat der Gesetzgeber zugleich eine Grundsatzentscheidung hinsichtlich der baulichen Nutzung von Grundstücken getroffen. Im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans und im Innenbereich darf grundsätzlich gebaut werden, der Außenbereich dagegen soll grundsätzlich von Bebauung frei bleiben (BVerwGE 28, 148; BVerwGE 68, 311, 315; vgl. jetzt auch § 35 Abs. 5 Satz 1 BauGB). Für jedes der drei Gebiete gelten besondere Regelungen über die planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben. Dabei ist es nicht so, daß Bauvorhaben nur in Plangebieten zulässig und bei Fehlen eines Bebauungsplanes unzulässig wären. Soweit ein Bebauungsplan fehlt, regelt das BauGB vielmehr selbst - unterschiedlich für Innen- und Außenbereich - die planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben. § 34 BauGB und § 35 BauGB haben insoweit Planersatzfunktion.

Auf § 33 BauGB, der die Zulässigkeit von Vorhaben während der Planaufstellung betrifft, soll hier der Vollständigkeit halber nur hingewiesen werden.

Wenn ein Bauvorhaben weder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB) noch im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) gelegen ist, liegt es nach der Systematik des BauGB also im Außenbereich und wird planungsrechtlich nach § 35 BauGB beurteilt. Die §§ 30 - 35 BauGB sind so konzipiert, daß die bodenrechtliche Zulässigkeit von Einzelvorhaben in jedem Fall nach einem der drei Maßstäbe (§§ 30, 34, 35 BauGB) zu beurteilen ist, es also in der Bundesrepublik Deutschland kein bauplanungsrechtliches „Niemandland“ gibt.

c. **Sicherung der Erschließung**

Die Zulässigkeit von allen Vorhaben i.S.d. §§ 29 ff BauGB ist unmittelbar an die gemeinsame Voraussetzung einer gesicherten Erschließung geknüpft. Der bundesrechtliche Erschließungsbegriff wird nicht durch Landesrecht (§ 4 LBO) ausgefüllt. Das Landesrecht kann insoweit nach § 29 Abs. 2 BauGB das bundesrechtliche Erfordernis der gesicherten Erschließung allenfalls ergänzen (BVerwG BRS 48 Nr. 92; NVwZ 1989, 353). Die Erschließung ist eine der Gemeinde durch § 123 Abs. 1 BauGB auferlegte Aufgabe, ein Verzicht des Bauherrn auf die Erschließung ist daher unbeachtlich (BVerwG DÖV 1972, 827). Die Zulässigkeit von Vorhaben kann insbesondere auch daran scheitern, daß unwirtschaftliche Aufwendungen für die Erschließung (einschließlich der Ver- und Entsorgung) i.S.d. § 35 Abs. 3 Nr. 4 BauGB erforderlich werden. Vom Erfordernis der Erschließung kann keine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB erteilt werden (BVerwG NVwZ 1986, 646). Dieser öffentliche Belang ist aber nicht beeinträchtigt, wenn der Bauherr die Erschließung übernimmt und die Gemeinde ihr Einvernehmen erklärt. Die Annahme eines hinreichend zuverlässigen Angebots eines Bauherrn, z.B. seinen landwirtschaftlichen Betrieb im Außenbereich selbst zu erschließen, kann der Gemeinde je nach den Umständen des Einzelfalles zugemutet werden (BVerwG BRS 50 Nr. 86; BRS 44 Nr. 75; OVG Lüneburg, BRS 48 Nr. 79). Die Erschließung muß dabei mindestens den Anschluß des Baugrundstücks an das öffentliche Straßennetz, die Versorgung mit Elektrizität und Wasser und die Abwasserbeseitigung umfassen.

Trotz des Wortlauts des § 35 BauGB, der zwischen der Sicherung einer „ausreichende Erschließung“ bei den privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB und der „Sicherung der Erschließung“ bei den sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB unterscheidet, sind in beiden Fällen die gleichen Anforderungen zu stellen. Mehr als die gesicherte ausreichende Erschließung kann nicht verlangt werden, so daß an die Erschließung von Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB keine höheren Anforderungen zu stellen sind, als an diejenigen nach § 35 Abs. 1 BauGB (BVerwGE 26, 111; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., 2009, § 35 RNr. 7). Das Gesetz stellt insofern nur eine vorhabensabhängige Mindestanforderung. Diese Mindestanforderungen erfassen neben der Sicherung einer ausreichenden Zufahrtsmöglichkeit und

der Abwasserbeseitigung, die in Einklang mit den wasserrechtlichen Vorschriften stehen muß, auch die Sicherung der Trink- und Betriebswasserversorgung. Maßgebend sind die jeweiligen Gegebenheiten, also die Auswirkungen und Bedürfnisse des Vorhabens (BVerwG BauR BauR 1985, 661; 1976, 185). Die Anforderungen an die Erschließung richten sich somit nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Betriebsgröße oder dem Umfang der sonstigen Nutzung.

Hinsichtlich der Sicherung der Zufahrt ist festzuhalten, daß diese auch im Außenbereich i.d.R. rechtlich gesichert sein muß. Die verkehrliche Erschließung eines Baugrundstücks, das zum zusammenhängenden Grundbesitz eines einzelnen Grundstückseigentümers gehört, ist nicht schon dann gesichert, wenn ein anderes Grundstück des Grundbesitzers an eine öffentliche Straße grenzt (BVerwG BRS 50 Nr. 108). Dabei ist u.U. keine öffentlich-rechtliche Sicherung erforderlich; es kann im Einzelfall auch eine dingliche privatrechtliche Sicherung, beispielsweise durch eine Grunddienstbarkeit genügen (BVerwG BRS 57 Nr. 104). Wenn das Baugrundstück nicht unmittelbar an eine öffentliche Verkehrsfläche angrenzt, muß die verkehrliche Erschließung über Privatgrundstücke in Baden-Württemberg aber durch Baulasteintragung gesichert sein (§ 4 Abs. 1 LBO).

Bei landwirtschaftlichen Kleinbetrieben, die durch Wirtschafts- oder Feldwege erschlossen werden, kann kein betonierter oder asphaltierter Weg gefordert werden, sofern der vorhandene Weg als Feuerwehrezufahrt ausreicht. Eine Wegbreite von weniger als 2,5 m genügt nicht (BayVGH BauR 2010, 1548). Dagegen sind bei großen landwirtschaftlichen Betrieben, zu denen regelmäßig Schwerlastverkehr z.B. für Futtermittel, Tiertransporte usw. an- und abfährt, höhere Anforderungen zu stellen. Für die Beurteilung der wegemäßigen Erschließung bieten die „Empfehlungen für die Anlage von Erschließungsanlagen“ der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen, Ausgabe 1985 i.d.F. von 1995 (EAE 85/95) geeignete Anhaltspunkte (vgl. OVG Münster, Ur. v. 15.6.2000 - 7 A 4922/99 -).

Die entwässerungstechnische Erschließung ist ebenfalls sicherzustellen. § 53 Abs. 1 Landeswassergesetz - LWG - weist den Gemeinden die Pflicht zu, das auf ihrem Gebiet anfallende Abwasser zu beseitigen und die dazu erforderlichen Abwasseranlagen zu betreiben. Diese Pflicht ist umfassend angelegt und erfaßt jegliche Abwässer, unabhängig von der Art des Abwassers und dem Ort des Anfalls. Sie betrifft grundsätzlich alle Beseitigungsvorgänge im gesamten Gemeindegebiet, d.h. auch die Abwasserbeseitigung im Außenbereich. Unter Berücksichtigung von Verhältnismäßigkeitserwägungen und technischer Grenzen der kommunalen Abwasserbeseitigung sieht § 53 Abs. 4 LWG Ausnahmen von dieser Pflichtenzuweisung vor. Die Gemeinde kann auf ihren Antrag unter Darlegung der vorgenannten Kriterien eine Befreiung von ihrer Grundpflicht beantragen. Die dauerhafte Übertragung der

Abwasserbeseitigungspflicht auf Nutzungsberechtigte ist allerdings auf Grundstücke begrenzt, die „außerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile“ liegen. Sie steht zudem unter dem Vorbehalt einer im übrigen gemeinwohlverträglichen Abwasserbeseitigung vor Ort.

d. **Einvernehmen der Gemeinde, § 36 BauGB**

Da die Gemeinde im Vorfeld von Einzelvorhaben lediglich im Rahmen der Aufstellung der Bebauungspläne ihren planerischen Willen kundtun konnte, muß sie bei Einzelvorhaben u.a. nach § 35 BauGB beteiligt werden, um ihre Planungshoheit wahren zu können (§ 36 BauGB). Allerdings kann sich die mit der unteren Baurechtsbehörde identische Gemeinde nicht auf § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB berufen und daher einem Vorhaben im Außenbereich nicht die Ver-sagung des Einvernehmens entgegen halten (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 8.7.2009 - 8 S 1685/08 -, im Anschluß an BVerwG, Urt. v. 19.8.2004 - 4 C 16.03 -, BauR 2000, 1312).

II. Der Außenbereich

1. Die Systematik des § 35 BauGB

§ 35 BauGB enthält ein umfangreiches Regelwerk zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich. Der Vorschrift liegt die Absicht des Gesetzgebers zugrunde, den Außenbereich weitestgehend von Bebauung freizuhalten, sofern diese nicht ihrem Wesen nach in den Außenbereich gehört und deswegen hinsichtlich ihrer Zulässigkeit privilegiert ist. Sonstige Vorhaben werden dagegen in der Regel öffentliche Belange beeinträchtigen und sind daher unzulässig. Die öffentlichen Belange sind in § 35 Abs. 3 BauGB aufgeführt.

Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Gruppen der „privilegierten“ und der „sonstigen“ Vorhaben ist die Bedeutung der öffentlichen Belange (z.B. Flächennutzungsplan, Landschaftsschutz, natürliche Eigenart der Landschaft, etc.). Bei privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB dürfen öffentliche Belange nicht „entgegenstehen“, während bei sonstigen Vorhaben nach Abs. 2 öffentliche Belange noch nicht einmal „beeinträchtigt“ werden dürfen (s.u. Kap. III.5.a). § 35 Abs. 1 BauGB enthält damit eine gesetzlich vorgegebene, planähnliche Standortzuweisung privilegierter Vorhaben in den Außenbereich. Die Liste der „privilegierten“ Bauvorhaben ist dabei stark dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen. So sind die Nr. 2, 5, 6 und 8 erst jüngst in den Katalog des § 35 Abs. 1 BauGB übernommen worden, weil sie politisch erwünscht und gefördert wurden, aber bislang als „sonstige“ Vorhaben öffentliche Belange beeinträchtigten und deshalb unzulässig waren.

In § 35 Abs. 4 BauGB werden einzelne sonstige Vorhaben begünstigt, indem ihnen bestimmte öffentliche Belange nicht entgegengehalten werden können.

§ 35 Abs. 5 BauGB enthält das Gebot des Flächensparens, die Rückbauverpflichtung und die Sicherstellung der Nutzungsart.

Mit der Außenbereichssatzung nach § 35 Abs. 6 BauGB kann die Gemeinde die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben beeinflussen. Die Vorschrift dient insoweit der planerischen Bewältigung städtebaulicher Übergangslagen zwischen Innen- und Außenbereich, wo vorhandene Siedlungsansätze die Eigenart der näheren Umgebung prägen, ohne daß sie schon einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil gem. § 34 BauGB bilden. Mittels einer Außenbereichssatzung können Wohnbauvorhaben im Außenbereich erleichtert werden, indem ihnen bestimmte öffentliche Belange nicht - mehr - entgegengehalten werden dürfen.

2. Abgrenzung Innen- / Außenbereich

Das BauGB enthält keine besondere Definition des Außenbereichs. Die Abgrenzung ergibt sich dadurch, daß er die Flächen eines Gemeindegebietes erfaßt,

- die nicht qualifiziert oder vorhabenbezogen (§ 30 Abs. 1 und 2 BauGB) beplant sind und auch
- keinen im Zusammenhang bebauten Ortsteil (§ 34 BauGB) bilden.

Zum Außenbereich gehören somit alle Grundstücke, die nicht von §§ 30 oder 34 BauGB erfaßt werden (vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 3 BauGB aF). Der Außenbereich wird also von den anderen bauplanungsrechtlichen Bereichen negativ abgegrenzt. Da jeder Bebauungsplan seinen räumlichen Geltungsbereich festsetzt, ist die Frage, ob ein Grundstück davon erfaßt wird, einfach festzustellen. Die Abgrenzung erfolgt also vom Anwendungsbereich des § 34 BauGB her. Keine Rolle spielt dabei, welche Darstellungen der Flächennutzungsplan insoweit enthält.

Zwei Tatbestandsmerkmale sind also zu unterscheiden, der Bebauungszusammenhang und der Ortsteil. Beide Tatbestandsmerkmale müssen vorliegen, damit man von Innenbereich sprechen kann und folglich umgekehrt kein Außenbereich vorliegt. Nicht jeder Bebauungszusammenhang ist aber ein Ortsteil und nicht jedes innerhalb eines Ortsteils gelegene Baugrundstück nimmt am Bebauungszusammenhang teil. Fehlt aber ein Tatbestandsmerkmal, befindet sich die entsprechende Fläche im Außenbereich. So ist es denkbar, daß eine Splitterbebauung einen gewissen Bebauungszusammenhang aufweist, aber mangels Ortsteileigenschaft dem Außenbereich angehört. Umgekehrt kann es sein, daß eine größere unbebaute Fläche innerhalb eines Ortsteils an dessen Bebauungszusammenhang nicht mehr teilnimmt und deshalb einen „Außenbereich im Innenbereich“ darstellt.

Das BVerwG hat in ständiger Rechtsprechung die beiden Begriffe des Bebauungszusammenhangs und des Ortsteils näher konkretisiert.

Die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenbereich hat erhebliche praktische Bedeutung, ist aber im Einzelfall durchaus schwierig und damit streitbehaftet.

Zur Abgrenzung ist die Reichweite des Innenbereichs, also die zusammenhängende Bebauung des fraglichen Ortsteils zu bestimmen.

a. **Bebauungszusammenhang**

Ein Bebauungszusammenhang i.S. des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB liegt bei einer tatsächlich aufeinander folgenden Bebauung vor, die nach Lage und Einordnung in die Umgebung trotz etwaiger Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt. Mit diesen Merkmalen soll zum Ausdruck gebracht werden, daß das unbebaute Grundstück gedanklich übersprungen werden kann, weil es ein verbindendes Element gibt, nämlich die Verkehrsanschauung, die das unbebaute Grundstück als eine sich zur Bebauung anbietende „Lücke“ erscheinen lässt (BVerwG, Urt. v. 6.11.1968 - IV C 2.66 -, BVerwGE 31, 20; Urt. v. 19.9.1986 - 4 C 15.84 -, ZfBR 1987, 44; jeweils m.w.N.). Auch unbebaute Flächen können dem Bebauungszusammenhang zuzurechnen sein. Der Bebauungszusammenhang wird dabei durch einzelne unbebaute Grundstücke (Baulücken) nicht unterbrochen, soweit der Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit erhalten bleibt und die zur Bebauung vorgesehene Fläche selbst diesem Zusammenhang angehört (BVerwG, Urt. v. 6.11.1968 und v. 19.9.1986 a.a.O.; Urt. v. 14.11.1991 - 4 C 1.91 -; BVerwG, Beschl. v. 1.4.1997 - 4 B 11.97 -). Als Faustregel kann davon ausgegangen werden, daß 2 - 3 unbebaute Grundstücke noch eine Baulücke bilden können. Größere Freiflächen innerhalb der zusammenhängenden Bebauung unterbrechen den Bebauungszusammenhang („Außenbereich im Innenbereich“). Unerheblich ist, wie viele unbebaute Grundstücke zwischen den vorhandenen Gebäuden liegen. Unerheblich ist auch die absolute Größe der Freifläche. Ausschlaggebend ist, ob sich die Bebauung der Freifläche als Fortsetzung der vorhandenen Bebauung gleichsam aufdrängt oder ob sich zumindest aus der Umgebungsbebauung zwanglos und eindeutig der Rahmen einer weiteren Bebauung gem. § 34 BauGB entnehmen läßt. Neben der Größe der Freifläche ist dabei die Struktur der umgebenden Bebauung entscheidend (VGH Bad.-Württ. BauR 2007, 1378 mwN). Eine von Bebauung umgebene Freifläche, die aber selbst so groß ist, daß sich ihre Bebauung nicht mehr als zwanglose Fortsetzung der Bebauung aufdrängt und die deshalb nicht als Baulücke erscheint, liegt nicht mehr innerhalb eines Bebauungszusammenhangs i.S.d. § 34 Abs. 1 BauGB und ist damit bebauungsrechtlich Außenbereich (BVerwG BauR 2006, 348).

Abzustellen ist allein auf die tatsächlich vorhandene Bebauung. Maßgebend ist also das optisch Wahrnehmbare, rechtliche Aspekte werden nicht

einbezogen. Genehmigte, aber noch nicht errichtete Gebäude bleiben somit ebenso außer Betracht wie Gebäude, die aufgrund eines Bebauungsplans zwar zulässig wären, aber noch nicht erstellt wurden. Umgekehrt ist es regelmäßig unerheblich, ob die - tatsächlich vorhandene - Bebauung formell rechtmäßig ist oder nicht, wenn sie in einer Weise geduldet wird, die keinen Zweifel daran läßt, daß sich die Baurechtsbehörde mit ihrem Vorhandensein abgefunden hat. Wenn dagegen deren Verhalten, insbesondere durch den Erlaß von Beseitigungsverfügungen, ergibt, daß die Beseitigung der illegalen Bauten absehbar ist, können diese aus dem Bebauungszusammenhang ausgenommen werden (BVerwG, Urt. v. 6.11.1968, BRS 20 Nr. 36). Andererseits zählen abgerissene Gebäude noch zum Bebauungszusammenhang, solange nach der Verkehrsanschauung mit ihrem Wiederaufbau zu rechnen ist.

Unter den Begriff der Bebauung i.S.d. § 34 BauGB fällt nicht jede beliebige bauliche Anlage. Gemeint sind nur Bauwerke, die für die angemessene Fortentwicklung der vorhandenen Bebauung maßstabsbildend sind. Dies trifft nur auf Anlagen zu, die optisch wahrnehmbar und nach Art und Gewicht geeignet sind, ein Gebiet als einen Ortsteil mit einem bestimmten städtebaulichen Charakter zu prägen (BVerwG, Urt. v. 14.9.1992 - 4 C 15.90 - und v. 17.6.1993 - 4 C 17.91 -). Hierzu zählen grundsätzlich nur Bauwerke, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen (BVerwG, Urt. v. 17.2.1984 - 4 C 55.81 -). Baulichkeiten, die nur landwirtschaftlichen Zwecken (Scheunen, Ställe) oder kleingärtnerischer Nutzung (Lauben) dienen sowie befestigte Reit- oder Stellplätze sind daher keine Bauten, die einen Bebauungszusammenhang begründen oder an seiner Entstehung mitwirken können (BVerwG BauR 2000, 1851).

Ob ein Bebauungszusammenhang vorliegt, ist nicht nach geographisch-mathematischen Maßstäben zu entscheiden (BVerwG DVBl. 1991, 810), vielmehr bedarf es einer umfassenden Wertung und Beurteilung der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls (BVerwG, Urt. v. 6.12.1967 - 4 C 94.66 -, BVerwGE 28, 268; Beschl. v. 27.5.1988 - 4 B 71.88 -; Beschl. v. 1.4.1997 - 4 B 11.97 -). Dabei kommt es nur auf die Lage der zur Bebauung bestimmten Fläche, nicht auf die formalen Grundstücksgrenzen und auch nicht auf etwaige über den Bebauungszusammenhang hinausgreifenden Grundstücksteile an (BVerwG, Urt. v. 6.11.1968 - IV C 47.68 -, BRS 20 Nr. 38). Der Bebauungszusammenhang endet am letzten Baukörper und zwar selbst dann, wenn sich dadurch eine „versetzte“ Abgrenzung des Innenbereichs ergibt (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 25.11.1993 - 5 S 1991/93 -, ZfBR 1995, 58). Die Grenzlinie zwischen Außen- und Innenbereich springt also mit der vorhandenen Bebauung vor und zurück. Die Grenze zum Außenbereich kann dabei auch nicht dadurch „abgerundet“ werden, daß ein Bebauungsvorsprung mit einer weiteren Bebauung aufgefüllt wird. Der Innenbereich endet also, unabhängig vom Verlauf der Grundstücksgrenzen, unmittelbar hinter dem letzten Baukörper des

Bebauungszusammenhangs. Eine Fläche, die an das letzte vorhandene Gebäude des Innenbereichs anschließt, zählt daher bereits zum Außenbereich. Eine geplante Bebauung, die über den Zusammenhang der vorhandenen Bebauung hinaus ragt, liegt folglich im Außenbereich (VGH Bad.-Württ. BauR 2007, 1378). Ebenso ist das Hinterland eines bebauten Grundstücks deshalb typischerweise nicht mehr vom Bebauungszusammenhang geprägt. Es kann also sein, daß ein Buchgrundstück teilweise dem Innen- und dem Außenbereich angehört (OVG NRW, Ur. v. 26.6.2006 - 7 A 2974/05 -).

Örtliche Besonderheiten können es aber rechtfertigen, dem Bebauungszusammenhang bis zu einer natürlichen Grenze noch ein oder mehrere Grundstücke zuzuordnen, die unbebaut sind oder trotz des Vorhandenseins von Baulichkeiten nicht zur Prägung der Siedlungsstruktur beitragen. Ein Bebauungszusammenhang kann somit auch durch andere tatsächliche - insbesondere topographische - Umstände gegenüber dem Außenbereich abgegrenzt sein, z.B. durch Geländeeinschnitte, Böschungen, Waldränder, Gewässer, Eisenbahngleise, Straßen oder Wege, so daß diese Fläche bei natürlicher Betrachtungsweise noch als Teil des Innenbereichs erscheint. Das BVerwG verlangt dazu, daß das geplante Vorhaben selbst einen Bestandteil des Bebauungszusammenhangs bildet und am Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit teilnehmen muß (E 41, 227). Unter diesen Voraussetzungen kann ein Bebauungszusammenhang selbst bei einer Grundstückslage am Ortsrand noch gegeben sein (BVerwG, Ur. v. 12.12.1990 - 4 C 40.87 -; Beschl. v. 18.6.1997 - 4 B 238.96 - und v. 20.8.1998 - 4 B 79.98 -, NVwZ-RR 1998, 157 und 1999, 105).

b. Ortsteil

ist jeder Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der trotz vorhandener Baulücken den Eindruck von Zusammenhang und Zugehörigkeit erweckt, nach der Anzahl und konkretem Erscheinungsbild der vorhandenen Gebäude ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist (BVerwG, ständige Rechtsprechung; BRS 20 Nr. 36; BRS 25 Nr. 41; BRS 42 Nr. 80; BBauBl. 1987, 164 = ZfBR 1986, 193; VGH Bad.-Württ., Ur. v. 18.1.2011 - 8 S 600/09 -). Nicht jeder Bebauungszusammenhang genügt also für die Anwendung des § 34 BauGB. Das Tatbestandsmerkmal des Ortsteils enthält insofern zusätzlich ein quantitatives („Bebauungskomplex von einigem Gewicht“) und ein qualitatives Element („organische Siedlungsstruktur“). Nur wenn beide Merkmale gegeben sind, kann von einem Ortsteil gesprochen werden. Der Begriff des Ortsteils bildet damit das Gegenstück zur Splittersiedlung, die nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB städtebaulich grundsätzlich unerwünscht ist (VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 18.1.2011, aaO.).

c. *Bebauungskomplex von einigem Gewicht*

Maßgebend für die Beurteilung, ob ein Bebauungskomplex von „gewissem Gewicht“ vorliegt, ist die Siedlungsstruktur im Gebiet der betreffenden Gemeinde (BVerwG, Urt. v. 3.12.1998 - 4 C 7.98 -, NVwZ 1999, 527; v. 17.2.1984 - 4 C 56.79 -, BRS 42, Nr. 80 und v. 6.11.1968 - IV C 31.66 -, BVerwGE 31, 22; BVerwG BauR 1984, 493). In Gemeinden mit kleinem Hauptort und kleinen Ortsteilen dürfte die Schwelle zum Bebauungskomplex von einigem Gewicht früher überschritten sein als bei größeren Hauptorten oder Ballungszentren. Für das erforderliche städtebauliche Gewicht läßt sich keine Mindestzahl an Gebäuden festlegen (BVerwG BRS 22, Nr. 76; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 10.9.1998 - 3 S 1866/98 -, VBIBW 1999, 139). Eine Untergrenze, ab der kein Ortsteil mehr vorliegt, bildet die Splittersiedlung. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Die Ansammlung von nur 4 Wohngebäuden besitzt aber regelmäßig nicht das für einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil erforderliche Gewicht (BVerwG BauR 1994, 494). Nach den Umständen des Einzelfalls können demgegenüber 5 bis 6 Gebäude hierfür ausreichen (BVerwG BRS 22, Nr. 76; VGH Bad.-Württ. BauR 1984, 496; BauR 2007, 1378; Urt. v. 18.01.2011 - 8 S 600/09 -). Ein Bebauungskomplex mit 7 Wohngebäuden und mehreren Gebäuden der Landeswasserversorgung kann ebenso ein Ortsteil sein (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 9.6.1986 - 8 S 2077/85 -) wie ein Bebauungskomplex von 5 Wohnhäusern und 5 landwirtschaftlichen Nebengebäuden (VGH Bad.-Württ. BauR 1984, 496) oder ein Bebauungskomplex mit 12 Wohngebäuden (VGH Bad.-Württ. BauR 1987, 59). Auch nur 6 Gebäude können einen Ortsteil bilden (BVerwG BRS 22 Nr. 76). Andererseits braucht auch bei 11 Gebäuden noch kein Ortsteil vorzuliegen, wenn es sich um eine eher zufällige Anhäufung von 11 Wohnhäusern mit Nebengebäuden handelt, die weder nach der Zahl der vorhandenen Bauten das nötige städtebauliche Gewicht besitzt noch sich in ihr eine organische Siedlungsstruktur ausdrückt (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 9.5.1997 - 8 S 3206/96 -, VBIBW 1997, 341). Eine Ansammlung von 4 Wohnhäusern, einem Autohaus und einem Vereinsheim stellt keinen Ortsteil dar (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 8.5.2002 - 3 S 2077/01 -). Ein Bebauungskomplex aus 9 Wohngebäuden mit Nebengebäuden sowie einem als Straußwirtschaft und zu Lagerzwecken im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebs genutzten Gebäude sowie weiteren landwirtschaftlichen Nebengebäuden, kann einen Ortsteil i.S.v. § 34 Abs. 1 BauGB darstellen (VGH Bad.-Württ. BauR 2004, 1914 mwN).

Der Bebauungskomplex muß im jeweiligen Gemeindegebiet liegen, darf also nicht durch eine Gemeindegrenzen übergreifende Betrachtung der tatsächlichen Bebauung ermittelt werden. Insbesondere darf eine Bebauung außerhalb des Gemeindegebiets der Bebauung der betroffenen

Gemeinde nicht zugerechnet werden, selbst wenn die beiden Bebauungen optisch eine Einheit bilden.

d. Organische Siedlungsstruktur

Eine „organische Siedlungsstruktur“ liegt vor, wenn sich die Bebauung innerhalb des gegebenen Bereichs in einer der Siedlungsstruktur angemessenen Weise fortentwickelt (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 8.4.2009 - 5 S 1054/08; BauR 2004, 1914; BauR 2007, 1378; BVerwBE 31, 22). Sie erfordert nicht, daß es sich um eine nach Art und Zweckbestimmung einheitliche Bebauung handelt. Selbst eine unterschiedliche, in ihrer Art und Zweckbestimmung sogar gegensätzliche Bebauung kann einen Ortsteil bilden. Auch auf die Entstehung der Bebauung kommt es nicht an. Es ist nicht erforderlich, daß die Bebauung einem bestimmten städtebaulichen Ordnungsbild entspricht oder als städtebauliche Einheit in Erscheinung tritt, daß sie ein Schwerpunkt der baulichen Entwicklung des Gemeinwesens ist oder einem solchen zugeordnet werden kann. Auch wenn es daran fehlt, kann ein nach der Zahl seiner Bauten gewichtiger Bebauungszusammenhang Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur sein. Anderes kann bei einer regellosen und in dieser Anordnung geradezu funktionslosen Bebauung gelten. Auch eine bandartige oder einzeilige Bebauung kann unter entsprechenden Voraussetzungen die Annahme einer organischen Siedlungsstruktur ausschließen (BVerwG, Urt. v. 6.11.1968, aaO.). Für letzteres gilt dies jedoch nicht, wenn sie auf den besonderen Zweck der Bebauung zurückgeht und hierin ihre Rechtfertigung findet oder wenn sie - etwa entlang einer Straße - der in der jeweiligen Gemeinde üblichen Siedlungsstruktur entspricht. Bei der Bestimmung der maßgeblichen Siedlungsstrukturen sind Fremdkörper außer Acht zu lassen (VGH Bad.-Württ. BRS 66 Nr. 96).

In Zweifelsfällen kommt dem Merkmal der organischen Siedlungsstruktur eine wichtige Bedeutung zu. Letztlich muß die Bebauung so beschaffen sein, daß sich aus ihr der für die Frage des Einfügens nach § 34 BauGB notwendige Rahmen ergibt. Ein Vorhaben in einer regellosen und in dieser Anordnung funktionslosen Bebauung oder Anhäufung von Bauten kann aber nicht als angemessene Fortentwicklung der Bebauung i.S.v. § 34 BauGB angesehen werden. Es wird eher eine Splittersiedlung vorliegen.

e. Splittersiedlung

Damit ist der Ortsteil von der bloßen Splittersiedlung zu unterscheiden. Bei der Beurteilung, ob ein Vorhaben zur Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung führt (vgl. § 35 Abs. 3 Nr. 7 BauGB), ist nicht auf das fragliche Bauvorhaben, sondern auf das davon betroffene Gebäudeensemble abzustellen (BVerwG BRS 62 Nr. 118). Eine Splittersiedlung ist folglich durch die in einem engeren räumlichen Bereich liegenden Bauten

gekennzeichnet, welche keine organische Beziehung zu den bebauten Ortsteilen aufweisen, selbst keinen im Zusammenhang bebauten Ortsteil darstellen und sich nicht in eine geordnete städtebauliche Entwicklung einfügen. Dieser Belang soll die Entwicklung einer durch verbindliche Bauleitplanung nicht geordneten Ausweitung von Siedlungsstrukturen in den Außenbereich und damit dessen Zersiedelung zu verhindern (BVerwG BauR 1985, 427).

Zu befürchten ist das Entstehen einer Splittersiedlung, wenn das Vorhaben dazu führt und unerwünscht ist dies, wenn damit ein Vorgang der Zersiedelung eingeleitet oder gar schon vollzogen wird. Das gilt auch für die Erweiterung, also die räumlichen Ausdehnung, und Verfestigung einer Splittersiedlung, d.h. die weitere Auffüllung des schon bisher in Anspruch genommenen räumlichen Bereichs. Diese Entwicklungen sind städtebaulich zu mißbilligen und unerwünscht, wenn in ihnen ein Vorgang der Zersiedelung gesehen werden muß (vgl. Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BauGB, § 35 RdNr. 105 f). Dabei können Ortsteil und Splittersiedlung aber nicht schematisch nur nach der Zahl der baulichen Anlagen voneinander unterschieden werden. Die Zahl ist insofern nur ein Kriterium neben anderen.

Ergänzend wird insoweit auf die Ausführungen in Kap. III.5.b.7 verwiesen.

Mit der Abgrenzung des Innenbereichs vom Außenbereich wird verhindert, daß sich eine Bebauung aus dem Innenbereich ohne Bauleitplanung in den Außenbereich ausdehnen kann. § 34 BauGB regelt nämlich nur die Zulässigkeit von Bauvorhaben in Baulücken innerhalb vorhandener Ortsteile, nicht die Ausdehnung der Bebauung dieser Ortsteile in den Außenbereich. Folglich befindet sich z.B. ein Grundstück, das zwischen zwei voneinander getrennten Ortsteilen liegt, im Außenbereich, in dem eine Bebauung grundsätzlich unzulässig ist. Soll in diesem Fall eine Baumöglichkeit und damit eine Verbindung der beiden Ortsteile hergestellt werden, ist dafür ein Bebauungsplan erforderlich. Durch ihn wird dann die Anwendbarkeit des § 35 BauGB ausgeschlossen und eine Bebauung nach Maßgabe der Festsetzungen des Bebauungsplans gem. § 30 BauGB ermöglicht. Der Bebauungsplan „verwandelt“ den Außenbereich in einen beplanten Innenbereich.

Die Gemeinde kann nach § 34 Abs. 4 BauGB die Grenzlinie zwischen Innen- und Außenbereich durch Abgrenzungssatzung festlegen (Nr. 1: Klarstellungssatzung, Nr. 2: Entwicklungssatzung, Nr. 3: Abrundungssatzung). Fehlt eine solche Satzung, muß die Abgrenzung gemäß § 34 Abs. 1 BauGB erfolgen.

Zu den Möglichkeiten der Zulassung von Bauvorhaben nach Maßgabe einer Außenbereichssatzung wird unten in Kap. IV näher eingegangen.

III. Die Zulässigkeit von Einzelvorhaben

1. Überblick

Die grundsätzliche Freihaltung des Außenbereichs von baulichen Anlagen bedeutet nicht, daß dort überhaupt keine Bauvorhaben verwirklicht werden dürfen. Allerdings ist jedes Vorhaben daran zu messen, daß die primäre Zweckbestimmung des Außenbereichs darin liegt, als Erholungslandschaft zu dienen bzw. als land- oder forstwirtschaftliche Fläche genutzt zu werden. Daher sind grundsätzlich nur solche Vorhaben zulässig, die mit diesen Zwecken in Einklang stehen. Daneben gibt es noch Vorhaben, die aus besonderen Gründen in den Außenbereich müssen bzw. sollen. Alle anderen Vorhaben sind somit grundsätzlich unzulässig (BVerwG DVBl. 1964, S. 956; BVerwG, Urt v. 27.1. 1967 - IV C 41.65 -, BBaubl. 1967, S. 395).

Die Umsetzung dieser Grundsätze geschieht dadurch, daß zwischen

- privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB,
- sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB und
- begünstigten („teilprivilegierten“) Vorhaben gemäß § 35 Abs. 4 BauGB unterschieden wird.

Die im Außenbereich zulässigen sog. privilegierten Vorhaben hat der Gesetzgeber in § 35 Abs. 1 BauGB festgelegt. Privilegierte Vorhaben sind dabei, abgesehen von dem Erfordernis einer ausreichend gesicherten Erschließung, stets dann zulässig, wenn ihnen öffentliche Belange des Absatzes 3 nicht entgegenstehen. Sonstige Vorhaben sind dagegen schon dann unzulässig, wenn sie diese Belange auch nur beeinträchtigen, was bereits bei geringerer Intensität der Kollision des Vorhabens mit öffentlichen Belangen der Fall ist. Die sog. begünstigten Vorhaben sind an sich sonstige Vorhaben gemäß § 35 Abs. 2 BauGB, deren Ausführung nach § 35 Abs. 4 BauGB aber erleichtert zulässig ist. Betroffen sind u.a. Vorhaben der Nutzungsänderung, des Ersatzbaus, des Wiederaufbaus oder der Erweiterung sowie der Änderung oder Nutzungsänderung erhaltenswerter Gebäude. Die Begünstigung besteht darin, daß ihnen einzelne, enumerativ aufgeführte öffentliche Belange des Absatzes 3 nicht entgegengehalten werden können.

2. Privilegierte Vorhaben (§ 35 Abs. 1 BauGB)

Nach § 35 Abs. 1 BauGB sind im Außenbereich Vorhaben zulässig, die

- einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dienen (Nr.1),
- einem Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung dienen (Nr. 2),
- ortsgebunden sind (Nr. 3),
- wegen ihrer Anforderungen, Auswirkungen oder Zweckbestimmung außenbereichsbezogen sind (Nr. 4),
- der Wind- oder Wasserenergie (Nr. 5),

- der energetischen Nutzung von Biomasse (Nr. 6),
- der Kernenergie (Nr. 7) oder
- der gebäudeabhängigen Nutzung solarer Strahlungsenergie dienen.

Die in § 35 Abs. 1 Nrn. 1 bis 7 BauGB enumerativ und abschließend aufgezählten sog. privilegierten Vorhaben sind im Außenbereich jedoch nur dann zulässig, wenn

- ihnen öffentliche Belange gemäß § 35 Abs. 3 BauGB nicht entgegenstehen (vgl. Kap. III.5.) und
- eine ausreichende Erschließung sichergestellt ist (vgl. oben Kap. I.2.c).

Außerdem darf das Vorhaben den Festsetzungen eines einfachen Bebauungsplanes i.S.d. § 30 Abs. 3 BauGB nicht widersprechen (vgl. Kap. III.5.a).

Der Gesetzgeber hat mit der Privilegierung eine planähnliche Entscheidung zugunsten der Zuweisung dieser Vorhaben in den Außenbereich getroffen, die es bei der nachvollziehenden Abwägung der privaten Interessen des Bauherrn mit den öffentlichen Belangen zu berücksichtigen gilt (BVerwGE 28, 148; 68, 311; 77, 300). Die Privilegierung bewirkt also ein stärkeres Durchsetzungsvermögen gegenüber den von dem Vorhaben berührten öffentlichen Belangen (BVerwGE 48, 109). Mit der gesetzlichen Bevorzugung dieser Vorhaben ist zugleich zum Ausdruck gebracht, daß damit auch eine gewisse negative Berührung öffentlicher Belange hinzunehmen ist. Gegenüber den öffentlichen Belangen haben sie daher ein besonders starkes Durchsetzungsvermögen. Sie sind somit planungsrechtlich nur und erst unzulässig, wenn den öffentlichen Belangen trotz der Privilegierung ein solches Gewicht zukommt, daß sie dem Vorhaben entgegenstehen.

Anders liegt der Fall bei den sonstigen Vorhaben i.S.v. § 35 Abs. 2 BauGB. Diesen steht die planerische Zuweisungsentscheidung des Gesetzes nicht zur Seite. Daher führt schon jede mindere Beeinträchtigung öffentlicher Belange zur Unzulässigkeit des Vorhabens.

Bezüglich der Zulässigkeit eines privilegierten Vorhabens ist noch festzuhalten, daß ein Rechtsanspruch auf Zulassung besteht, soweit die in § 35 Abs. 1 BauGB genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Dies gilt in gleicher Weise auch für die sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB. Ein Ermessenspielraum steht der Genehmigungsbehörde trotz Verwendung des Begriffs „können“ insoweit nicht zu (Krautzberger, in: Battis/ Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., 2009, § 35 RNr. 43).

a. Vorhaben der Land- und Forstwirtschaft (Nr. 1)

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ist im Außenbereich ein Vorhaben privilegiert, wenn es einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt. Der Begriff der Landwirtschaft wird in § 201 BauGB beispielhaft umschrieben.

Landwirtschaft im Sinne des BauGB umfaßt insbesondere den Ackerbau, die Wiesen- und Weidewirtschaft einschließlich Tierhaltung, soweit das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann, die gartenbauliche Erzeugung, den Erwerbsobstbau, den Weinbau, die berufsmäßige Imkerei und die berufsmäßige Binnenfischerei. Zur näheren Ausfüllung des Begriffs der Landwirtschaft hat die Rechtsprechung allgemeine Kriterien für die landwirtschaftliche Tätigkeit entwickelt. Danach setzt Landwirtschaft die unmittelbare Bodenertragsnutzung sowie eine planmäßige und eigenverantwortliche Tätigkeit voraus (BVerwG BauR 1970, 35; BauR 1975, 104). Masttierhaltungen, wie sie zunehmend aus wirtschaftlichen Gründen in groß dimensionierten Mastbetrieben erfolgen, erfüllen in der Regel die Anforderungen des § 201 BauGB nicht, weil sie zumeist auf die überwiegende Verwendung von Futter angewiesen sind, das auf fremden Flächen angebaut wurde (BVerwG NJW 1981, 139). Nach § 201 BauGB muß das für die Tierhaltung benötigte Futter überwiegend, d.h. zu mehr als 50 %, auf den eigenen Flächen des Betriebs erzeugt werden können (BVerwG BRS 46 Nr. 75; BayVGH BauR 2005, 1294), wobei das erzeugte Produkt vor der Verfütterung noch verarbeitet werden kann (vgl. EAG-Bau Mustererlass 2004, Nr. 4.3.1.1).

Die berufsmäßige Imkerei und Binnenfischerei, die Tierhaltung und die gartenbauliche Erzeugung hat der Gesetzgeber in den Katalog der landwirtschaftlichen Tätigkeiten aufgenommen, obwohl diese typischerweise keine Bodenertragsnutzungen darstellen. Unter die berufsmäßige Binnenfischerei fallen vor allem der Fischfang und die Fischzucht in natürlichen und künstlichen/naturnahen Gewässern, wobei aber Letzteres umstritten ist. Abgelehnt wird überwiegend die Fischproduktion in rein künstlichen Becken bzw. gemauerten Teichanlagen. Zudem wird argumentiert, daß Fischzucht nur die Ernährungsproduktion, d.h. die Zucht von Speisefischen, nicht aber die Produktion von Zierfischen (z.B. Koifische) erfaßt. Die von einem Sportfischerverein betriebene Binnenfischerei fällt nicht unter den Begriff der Landwirtschaft (BVerwG BauR 1978, 118).

Auch landwirtschaftliche Hilfsbetriebe wie Lohnunternehmen, Verkaufsstellen für landwirtschaftliche Produkte, Viehhandel, Landschaftsbaubetriebe oder der Pferdesport sind wegen des Fehlens unmittelbarer Bodenertragsnutzung keine Landwirtschaft (BVerwG NVwZ 1990, 161 – Lohnunternehmen; BVerwG BRS 55 Nr. 94 – genossenschaftl. Verkaufsstellen; BVerwG DÖV 1970, 791 – Viehhandel; VGH Mannheim NuR 1991, 134 – Landschaftsbaubetrieb; BVerwG BRS 57 Nr. 99 – Pferdesport; BVerwG BRS 44 Nr. 80 – Reithalle). Der Privilegierung eines landwirtschaftlichen Vorhabens können wegen seines Standorts öffentliche Belange entgegenstehen (BVerwG, ZfBR 1991 S. 279 mwN).

Kennzeichnend für die Landwirtschaft ist die Bodenbewirtschaftung und die damit verbundene Tierhaltung, also kurz gesagt Ackerbau und Viehzucht. Das Erfordernis der unmittelbaren Bodenertragsnutzung schließt

aber nicht aus, daß auch die der Bodenertragsnutzung erst nachfolgenden Produktions- und Veredelungsstufen von der Landwirtschaft geprägt und daher noch vom Landwirtschaftsbegriff mitumfaßt sein können, wie z.B. die mit der Pferdezucht verbundene reiterliche Erstausbildung der Jungpferde (BVerwG NVwZ 1986, 201).

Eine entsprechende Legaldefinition der Forstwirtschaft enthält das BauGB nicht. Als Forstwirtschaft ist die planmäßige Bewirtschaftung von größeren Waldflächen zu verstehen, die den Anbau, die Pflege und den Einschlag von Wald zum Zwecke der Holzgewinnung umfaßt (BVerwG, Urt. v. 16.5.1991 - 4 C 2.89 -, UPR 1992, S. 26). Die Bewirtschaftung erstreckt sich darauf, den Wald im Rahmen der gesetzlichen Zweckbestimmung des §§ 1, 11 BWaldG unter Berücksichtigung seiner Schutz- und Erholungsfunktion zu pflegen, zu nutzen und für die Wiederaufforstung kahl geschlagener Flächen zu sorgen. Für die bodenrechtliche Privilegierung muß hinzukommen, daß die forstwirtschaftliche Bodennutzung, wie im landwirtschaftlichen Bereich, in betrieblich organisierter Form planmäßig und eigenverantwortlich ausgeübt wird. Die Forstwirtschaft setzt - ebenso wie die Landwirtschaft - die Bewirtschaftung überwiegend eigener Waldflächen voraus. Ein Betrieb, der forstwirtschaftliche Arbeiten für Dritte ausführt, unternimmt daher keine Forstwirtschaft im Sinne von § 201 BauGB, weil der Betriebsinhaber weder Eigentümer noch Nutzungsberechtigter des Waldes ist. Vielmehr beruht die Möglichkeit, forstwirtschaftliche Maßnahmen auszuführen, insoweit regelmäßig nur auf einem privatrechtlichen Vertrag mit dem Berechtigten (BVerwG NVwZ-RR 1997, 9).

Das Vorhaben muß also drei Voraussetzungen erfüllen:

- es handelt sich um einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb,
- es muß diesem Betrieb dienen und
- es nimmt nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche ein.

1) **Betrieb**

Die Land- und Forstwirtschaft ist nur dann privilegiert, wenn sie in der Form eines Betriebes geführt wird. Nach st.Rspr. des BVerwGs und des VGH Baden-Württemberg setzt ein landwirtschaftlicher „Betrieb“ eine bestimmte Organisation, ferner eine nachhaltige und ernsthafte Bewirtschaftung voraus; es muß sich um ein auf Dauer gedachtes und auch lebensfähiges Unternehmen handeln (VGH Bad.-Württ. BauR 2010, 597 mwN.). Der Betrieb muß insbesondere auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein. Eine land- oder forstwirtschaftliche Betätigung, die zur Freizeitgestaltung, als Hobby, betrieben wird, fällt deshalb nicht unter den Privilegierungsstatbestand (BVerwG, Urt. v. 28.4.1964 - I C 64.62 -, DVBl. 1964, 530). Unerheblich ist, ob der Betrieb haupt- oder nebenberuflich bewirtschaftet wird (BVerwGE 26, 121; BVerwG, Urt. v. 13.1.1967 - IV C 47.65-, DVBl. 1967, 287; BVerwG BauR 1981, 57; BVerwG NVwZ 1986, 916). Auch sog. Nebenerwerbsstellen können also

privilegierte landwirtschaftliche Betriebe sein. Für die Betriebseigenschaft einer landwirtschaftlichen Nebenerwerbsstelle ist die Gewinnerzielung ein gewichtiges Indiz (BVerwG BauR 2005 1134); fehlt es an der Erwirtschaftung eines Gewinns, können aber auch andere Indizien für die Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit der Bewirtschaftung und damit für die Betriebseigenschaft sprechen (BVerwG BRS 46 Nr. 75). Bei der Zuerkennung der Betriebseigenschaft für Nebenerwerbstellen sind strenge Anforderungen zu stellen, um Mißbrauch zu begegnen (BVerwG BRS 46 Nr. 75).

Ein landwirtschaftlicher Betrieb setzt eine spezifische Organisation der Hofstelle und die Nachhaltigkeit der Bewirtschaftung voraus. Der Begriff der Hofstelle als funktional-räumliche und organisatorische Zusammenfassung von Wohn- und Betriebsgebäuden bezieht sich dabei auf den landwirtschaftlichen Betrieb, während bei forstwirtschaftlichen Betrieben, Gartenbaubetrieben oder tierhaltenden Betrieben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB die Bezeichnung Betriebsstandort üblich ist. Die Gewinnerzielung ist nicht zwingende Voraussetzung der Betriebseigenschaft, hat aber eine gewichtige indizielle Bedeutung für die Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit des Unternehmens. Indizielle Bedeutung haben ferner die Größe der bewirtschafteten landwirtschaftlichen Nutzfläche, die Betriebsform und -organisation, das aufgewandte Kapital und der Kapitaleinsatz im Verhältnis zum betrieblichen Ergebnis, der Bestand an Tieren und Maschinen sowie die Anzahl der Arbeitnehmer (OVG Münster BRS 62 Nr. 104; BVerwG BauR 1986, 419). Dabei kommt der Gewinnerzielung um so geringere Bedeutung zu, je größer die landwirtschaftliche Nutzfläche und je höher der Kapitaleinsatz, die Anzahl der Tiere und der landwirtschaftlichen Maschinen ist. Wird ein Gewinn z.B. bei einer Betriebsgründung nicht und ggf. auf absehbare Zeit nicht erzielt, können die vg. anderen Indizien von Bedeutung sein (BVerwG BauR 1986, 419). Die Betriebseigenschaft kann daher selbst dann vorliegen, wenn feststeht, daß in der Anlaufphase eines neu errichteten Betriebes mit großer Wahrscheinlichkeit Verluste eintreten werden. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB dient nicht dazu, die Gründung von Landwirtschaftsbetrieben zu verhindern. Entscheidend ist, ob das Unternehmen auf Dauer lebensfähig sein wird; es muß also prognostisch belegt werden können, daß die Betriebsneugründung in absehbarer Zeit von der Verlust- in die Gewinnzone gelangt und auf die Erzeugung landwirtschaftlicher Produkte in nicht unerheblichem Ausmaß gerichtet ist (vgl. BVerwG BauR 2005 1134).

Dem Merkmal der Gewinnerzielung kommt somit vor allem bei der Abgrenzung zwischen dem Nebenerwerbsbetrieb und der Hobbylandwirtschaft, insbesondere bei der Zucht von Pferden und seltenen Tierrassen, gesteigerte Bedeutung zu. Die Grenzen sind hierbei oft fließend und die Frage der Privilegierung entsprechend schwer zu beantworten (zur Abgrenzung Landwirtschaft/Liebhabelei: Zugmaier BauR 2000, 828) . Beabsichtigt der Bauherr z.B. die Gründung einer landwirtschaftlichen Nebenerwerbsstelle,

kommt dem Merkmal der Gewinnerzielung als Indiz für die Dauerhaftigkeit des Betriebes ein stärkeres Gewicht zu als im Fall der Erweiterung einer bestehenden Nebenerwerbsstelle (BVerwG E 122, 308; BauR 2005, 1134). Die Haltung von nur 2 Pferden ist kein landwirtschaftlicher Betrieb (BVerwG BauR 2006, 1136). Auch wenn für diese Hobbytierhaltung ein offener Weideunterstand aus Tierschutzgründen erforderlich ist, darf nur der im Außenbereich privilegierte Betrieb (Landwirt oder Nebenerwerbslandwirt i.S.d. § 201 BauGB) die für den Betrieb notwendigen baulichen Anlagen im Außenbereich errichten. Der Nicht-Landwirt ist insoweit auf die Pensions-tierhaltung nahe gelegener landwirtschaftlicher Betriebe zu verweisen. Allenfalls im Einzelfall kann in einem mit Streubebauung „vorbelasteten“ Außenbereich ein der Hauptnutzung klar zu- und untergeordnetes Nebengebäude unter Berücksichtigung der Summe der anderen Bauten gem. § 35 Abs. 2 BauGB zulässig sein. Das Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs ist zu berücksichtigen.

2) **Nachhaltigkeit**

Der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb muß nach ständiger Rechtsprechung des BVerwGs in einer bestimmten Organisationsform, für eine lange, im Regelfall auf mehrere Generationen bemessene Dauer, als nachhaltiges und auch lebensfähiges Unternehmen ernsthaft betrieben werden (vgl. Ur. v. 27.1.1967 - IV C 41.65 -, BBauBl. 1967, S: 485; BRS 40 Nr. 76; BauR 1975, 410; BauR 1983, 343; BauR 2005, 1134). Dauerhaftigkeit erfordert regelmäßig eine sachenrechtliche Zuordnung der Betriebsflächen. Es ist somit grundsätzlich erforderlich, daß ein nicht unerheblicher Teil der landwirtschaftlichen Flächen im Eigentum des Betriebsinhabers steht (BVerwG BRS 49 Nr. 92). Ausreichende Sicherheit kann aber auch z.B. bei Eigentum eines Familienmitglieds des Betriebsinhabers angenommen werden (OVG Münster, Ur. v. 25.6.2003 - 7 A 4042/00 -). Eine landwirtschaftliche Betätigung allein auf der Grundlage von Pachtflächen fällt aber nicht unter § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB. Je umfangreicher eine Hinzupacht ist, desto unsicherer wird es, ob angesichts der spezifischen Schwäche des Pachtlandes als einer von den Vertragsparteien jederzeit aufhebbarer Bindung die Nachhaltigkeit noch gewährleistet ist. Berücksichtigungsfähige Pachtverträge müssen daher langfristig abgeschlossen sein. Das Merkmal der Dauerhaftigkeit verlangt entsprechend langfristige Nutzungsverträge (in der Regel 12 - 18 Jahre). In der Praxis ist jedoch oft festzustellen, daß keine schriftlichen, d.h. nur kurzfristig laufende mündliche Pachtverträge vorliegen.

3) **Untergeordneter Teil der Betriebsfläche**

Das Vorhaben darf nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnehmen, d.h. die von dem Vorhaben belegte Fläche darf im Verhältnis zur Gesamtfläche des Betriebes nur geringfügig ins Gewicht fallen. Der

Flächenbedarf des Vorhabens ist also zu den Flächen des Gesamtbetriebes einschließlich der Pachtflächen ins Verhältnis zu setzen. In der Regel bereitet dieses Tatbestandsmerkmal bei großflächigen Betrieben keine Probleme. Eine Begrenzung wird durch das Merkmal des „Dienens“ und durch das Gebot zur Schonung des Außenbereichs (§ 35 Abs. 5 BauGB, s. Kap. III.6.) erreicht. Verbindliche Angaben über das Verhältnis von Betriebsfläche und Fläche für das Vorhaben lassen sich nicht machen, vielmehr ist auf übliche Größen und die Art des Betriebes abzustellen (ggf. Stellungnahme des Landwirtschaftsamts). Das Vorhaben muß in wirtschaftlicher Hinsicht gegenüber der Betriebsfläche eindeutig in den Hintergrund treten. Damit wird sichergestellt, daß der wesentliche Teil der Betriebsfläche unbebaut und damit als Nutz- und Freifläche erhalten bleibt. Diese Tatbestandsvoraussetzung soll Mißbrauchsversuche verhindern (BVerwG, Urt. v. 27.1.1967 - IV C 41.65 -, BBauBl. 1967, S. 485).

4) **Dienen**

Das Vorhaben muß dem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb „dienen“, wenn es nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert sein soll. Durch das Tatbestandsmerkmal des Dienens wird sichergestellt, daß das Vorhaben nach der konkreten Wirtschaftsweise dem Betrieb tatsächlich funktional zugeordnet und in Gestaltung und Ausstattung durch den betrieblichen Verwendungszweck geprägt ist (BVerwG NVwZ-RR 1992, 400). Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwGs ist grundlegende Voraussetzung, daß „ein vernünftiger Landwirt unter Berücksichtigung des Gebots größtmöglicher Schonung des Außenbereichs dieses Vorhaben mit etwa gleichem Verwendungszweck und mit etwa gleicher Gestaltung und Ausstattung für einen entsprechenden Betrieb errichten würde und das Vorhaben durch die Zuordnung zu dem konkreten Betrieb auch äußerlich erkennbar geprägt wird“ (Urt. v. 3.11.1972 - IV C 9.70 -, DVBl. 1973, 643; E 41, 138; BRS 52 Nr. 70). Die Zweckbestimmung muß objektiv gegeben sein und nicht bloß behauptet werden, das Vorhaben muß also nach seiner Beschaffenheit, Gestalt und Ausstattung durch den betrieblichen Verwendungszweck geprägt sein. Von Bedeutung ist dabei nicht nur die funktionale, sondern auch die räumliche Zuordnung des Vorhabens zur Betriebsstelle und zu den landwirtschaftlichen Betriebsflächen (BVerwG BRS 44 Nr. 76 mwN). Ein Vorhaben wird z.B. am Erfordernis des Dienens scheitern, wenn sein Standort nicht durch betriebliche Erfordernisse bestimmt, sondern vom Wunsch geprägt ist, ein Wohngebäude in landschaftlich reizvoller Lage (VGH Bad.-Württ., RdL 1985, 121 f; BauR 2003, 219) oder eine Freizeithütte abseits der Hofstelle (OVG Lüneburg BauR 1988, 316) zu errichten. Allerdings setzt das Erfordernis der prägenden Zuordnung nicht zwingend voraus, daß das Vorhaben inmitten und in unmittelbarer Nähe der Betriebsflächen liegt. Das würde Betrieben mit verstreut liegenden Nutzflächen nicht

gerecht. Die dienende Funktion fehlt aber, wenn das Gebäude für den angegebenen Zweck überdimensioniert oder in seiner konkreten Beschaffenheit so luxuriös ausgestattet (Fliesen, Zentralheizung für ein Stallgebäude) ist, daß sich eine betriebsfremde Nutzung aufdrängt. Es ist auch nicht ausreichend, wenn das Vorhaben für den Betrieb nur zweckmäßig oder förderlich ist. Es ist aber nicht erforderlich, daß das Vorhaben für den Betrieb schlechthin unentbehrlich ist (BVerwG, Urt. v. 30.6.1964 -1 C 80.62 -, DVBl. 1964, S. 956).

5) **Mitgezogener Betriebsteil**

Im Zuge des Strukturwandels in der Landwirtschaft finden sich häufig Mischbetriebe, die aus einem land- oder forstwirtschaftlichen und als zweitem Standbein einer nichtlandwirtschaftlichen Nebennutzung, also einem gewerblichen Betriebsteil bestehen. Diese fällt für sich allein genommen i.d.R. nicht unter den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 BauGB, sondern ist als sonstiges Vorhaben gemäß § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilen. Die Rechtsprechung hat jedoch für derartige Mischformen die Figur des „mitgezogenen Betriebsteils“ entwickelt. Ist ein landwirtschaftlicher Betrieb überhaupt vorhanden, können einzelne Betätigungen, die bei isolierter Betrachtung landwirtschaftsfremd d.h. gewerblich sind, durch ihre Zuordnung zum landwirtschaftlichen Betrieb von diesem gleichsam „mitgezogen“ werden und damit an der Privilegierung nach Abs. 1 Nr. 1 teilhaben (BVerwG BauR 1985, 545; Beschl. v. 24.2.1989 -1 B 23.89 -, NVwZ 1989, 559). Solche Nebennutzungen müssen äußerlich erkennbar dem landwirtschaftlichen Betrieb zu- und untergeordnet sein und diesem gegenüber eine bodenrechtliche Nebensache bleiben (BVerwG BauR 1985, 545; DÖV 1999, 32). Je näher die nichtlandwirtschaftliche Nebennutzung mit der eigentlichen landwirtschaftlichen Nutzung verbunden ist, desto eher wird sie von der Privilegierung mit erfaßt. Wichtig ist, daß sich die nichtlandwirtschaftliche Nebennutzung nicht als tatsächliche Hauptnutzung entpuppt. Der landwirtschaftliche Betrieb muß insgesamt noch als ein solcher anzusehen sein.

i. Ferienwohnung

Ferienzimmer und -wohnungen („Urlaub auf dem Bauernhof“) sind als mitgezogene Nutzung eines landwirtschaftlichen Betriebes zulässig. Sie müssen dem landwirtschaftlichen Betrieb räumlich zu- und funktional untergeordnet sein, also bodenrechtliche Nebensache bleiben (BayVGH, Beschl. v. 7.7.2005 - 26 ZB 04.2503 -). Nach dem Grundsatz des § 35 Abs. 5 Satz 1 BauGB ist vorrangig geeignete vorhandene Bausubstanz für Ferienwohnungen zu nutzen. Die mögliche Zahl der Ferienwohnungen ist zahlenmäßig nicht begrenzt, sondern ergibt sich aus dem Verhältnis des landwirtschaftlichen Betriebs als Hauptnutzung zu der mitgezogenen Nutzung. Nach Auffassung des baden-württembergischen Wirtschaftsministerium

können je nach den Umständen des Einzelfalls bis zu 15 Fremdenbetten eingerichtet werden, ohne daß das typische Erscheinungsbild eines landwirtschaftlichen Betriebs verloren geht (LT-Drucks. 14/2958). Zu den Kriterien, ob sich der Betriebsteil dem privilegierten Betrieb unterordnet, gehören das äußere Erscheinungsbild der vorhandenen Bebauung und der Umfang baulicher Veränderungen infolge der Angliederung des neuen Betriebsteils sowie der Arbeitseinsatz, der einerseits auf die Bewirtschaftung des privilegierten Betriebs und andererseits auf die - allein - nicht privilegierte (Neben-)Nutzung entfällt (BVerwG BRS 60 Nr. 89). Dient der landwirtschaftliche Betrieb aber nur als Hülle, wird also der überwiegende Ertrag aus der Vermietung erzielt, scheidet eine Privilegierung aus (OVG Münster AgrarR 1999, 63). Zu prüfen bleibt insoweit eine begünstigte Nutzungsänderung gem. § 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB.

ii. Hofladen

Verkaufsstellen für selbst erzeugte landwirtschaftliche Produkte (Hofladen) können ein mitgezogener Betriebsteil und deshalb planungsrechtlich privilegiert sein (OVG Münster BauR 2000, 245). Das gilt nicht, wenn überwiegend zugekaufte Waren angeboten werden. Die Übergänge sind oft fließend. Expandiert ein solcher Hofladen, so daß nach zunächst überwiegendem Verkauf eigener Erzeugnisse in immer größerem Umfang Fremderzeugnisse angeboten werden, liegt eine Nutzungsänderung vor, die in planungsrechtlicher Hinsicht die Genehmigungsfrage neu aufwirft. Insofern ist auch die begünstigte Nutzungsänderung nach § 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB zu prüfen. Die Rechtsprechung hat bisher eine prozentuale Höchstgrenze für dieses Randsortiment vermieden. Es bietet sich an, dazu auf die 10 %-Faustformel aus der Rechtsprechung zum Einzelhandel zurückzugreifen. Auf der sicheren Seite dürfte sich der Landwirt somit bewegen, wenn der Anteil der Fremdprodukte 10 % des eigenen Warenangebots nicht überschreitet. Einzig der Bundesfinanzhof hat sich mit dieser Frage befaßt und einen selbständigen Gewerbebetrieb angenommen, wenn der Nettoumsatzanteil aus den zugekauften Produkten ein Drittel des Nettogesamtumsatzes des Hofladens übersteigt (BFH, Ur. v. 25.3.2009 - IV R 21/06 -).

iii. Besenwirtschaft

Schank- und Speisewirtschaften sind eigenständige gewerbliche Betriebsformen und dienen regelmäßig nicht dem landwirtschaftlichen Betrieb, selbst wenn - auch - eigenerzeugte Produkte verkauft werden (vgl. VGH Bad.-Württ. NuR 1999, 431; Ur. v. 28.6.1989 - 3 S 447/89 -). Die Bewertung ist unabhängig davon, ob mit dem gastronomischen Betrieb die Nähe einer touristischen Attraktion ausgenutzt wird und ob die bauliche Veränderung auch mit einer landwirtschaftsbezogenen Nutzung möglich wäre (BVerwG

BRS 57 Nr. 102; NVwZ 1989, 559). Bauerncafés dürften deshalb in den seltensten Fällen zu den privilegierten Betrieben oder Betriebsteilen zählen, sondern sind regelmäßig sonstige Vorhaben. Möglicherweise ist insofern aber die Nutzungsänderung nach § 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB begünstigt. Nur eine dem landwirtschaftlichen Betrieb zu- und untergeordnete Besenwirtschaft kann als mitgezogener Betriebsteil privilegiert zulässig sein (VGH bad.-Württ. NuR 1996, 601). Dies macht regelmäßig entsprechend eingeschränkte Öffnungszeiten sowie Speisen- und Getränkeangebote erforderlich.

Wegen der der unvermeidlichen Abgrenzungsschwierigkeiten kommt im baurechtlichen Verfahren dem Bauantrag mit der Baubeschreibung (§ 7 LBOVVO) insoweit eine entscheidende Bedeutung zu.

iv. Pensionstierhaltung auf eigener Futtergrundlage

Obwohl heute auch in flächenbezogenen Tierhaltungen das erzeugte Futter vor der Verfütterung verarbeitet wird, ist Voraussetzung, daß zu dem landwirtschaftlichen Betrieb genügend Flächen gehören, auf denen der überwiegende Futteranteil erzeugt werden kann. Bei landwirtschaftlicher Pensionspferdehaltung ist die Voraussetzung der überwiegend eigenen Futtergrundlage erfüllt, wenn entsprechende Nutzflächen von 0,35 ha pro Pferd vorhanden sind (BayVGH, Beschl. v. 4.1.2005 - 1 CS 04.1598 -, ZfBR 2005, 384). Die Anforderung der „überwiegend eigenen Futtergrundlage“ bezieht sich nur auf das Verhältnis von selbst erzeugtem zu zugekauftem Futter. Die Frage, in welchem Umfang die erforderlichen Betriebsflächen im Eigentum des Landwirts stehen müssen, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, sie betrifft vielmehr die Dauerhaftigkeit des landwirtschaftlichen Betriebs.

v. Reithallen

Reitsportanlagen gehören wie andere Sportanlagen nicht zu den im Außenbereich privilegierten Vorhaben und zwar auch dann nicht, wenn sie von einem Landwirt betrieben werden. Reithallen können aber im Einzelfall im Rahmen landwirtschaftlicher Pferdehaltung zulässig sein, wenn sie dazu dienen, den eingestellten Tieren auch in der kalten Jahreszeit oder bei nassen Witterungsbedingungen die notwendige artgerechte Bewegung zu verschaffen (VGH Bad.-Württ. BauR 1992, 204). Dabei können Hallen auch dazu dienen, gezüchteten Jungpferden die erforderliche reiterliche Erstausbildung zu vermitteln (BVerwG NVwZ 1986, 201). Solche Bewegungsflächen sind aber nur in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der eingestellten Pferde zulässig. Um Pferde artgerecht zu bewegen, ist eine Fläche im Hufschlagmaß von 20 m x 40 m erforderlich und ausreichend. Auf dieser Fläche können ungefähr 10 Pferde gleichzeitig bewegt werden. Da

dies nacheinander über den Tag hinweg geschehen kann, ist eine solche Fläche für einem Betrieb mit bis zu ca. 40 Pferden in der Regel ausreichend. Bei größeren Betrieben können auch eine größere oder mehrere Bewegungsflächen in Betracht kommen, wenn ein entsprechender Bedarf nachgewiesen wird. Nimmt die landwirtschaftliche Pferdehaltung nur einen geringen Umfang ein (z.B. bei Nebenerwerbsbetrieben), ist nachzuweisen, daß die Investition in einem betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren Verhältnis zu den aus der landwirtschaftlichen Pferdehaltung erzielbaren Einnahmen steht. In jedem Fall gehören aber Hallen für die reiterliche Darbietung vor Publikum nicht zur Landwirtschaft.

vi. Wohngebäude (Betriebsleiterwohnung)

Dienende Vorhaben können auch Wohngebäude sein. Sie müssen eine auf die betrieblichen Belange ausgerichtete Funktion haben, was bei Voll-erwerbsbetrieben regelmäßig vorliegen dürfte. Bei Nebenerwerbsbetrieben bedarf es jedoch fast immer einer genauen Prüfung, ob nicht der Wohnzweck im Vordergrund steht (BVerwG BRS 40 Nr. 81). Die Größe des Wohngebäudes muß angemessen sein. Eine repräsentative Villa ist deshalb ebenso unzulässig wie ein Haus mit überdimensionierter Wohnfläche (VGH München, AgrarR 1976, 239). Die Angemessenheit kann u.U. in Anlehnung an die Wohnungsgrößenberechnungen der Länder zur Wohnungsförderung (vgl. § 39 II WoBauG, § 10 WoFG: Faustregel: 50 - 60 m² pro Person) bestimmt werden (BVerwG BauR 1993, 435; BayVGH, ZfBR 2008, 285). Eine betrieblich sinnvolle Verlegung des Betriebsleiterhauses in den Außenbereich ist auch dann zulässig, wenn damit eine Vermietung des im Innenbereich gelegenen bisherigen Wohnhauses bezweckt wird (OVG Schleswig-Holstein BauR 2001, 374).

vii. Altenteilerhäuser

dienen einem landwirtschaftlichen Betrieb, weil und sofern sie dessen Wohnbedarf dadurch erfüllen, daß sie beim Generationswechsel dem Eigentümer zur Verfügung stehen (BVerwG DÖV 1972, 167). Dem liegt die Vorstellung des typischen Hofes früherer Zeiten zugrunde, wo der Betrieb auf ein Kind oder einen anderen nahen Angehörigen überging und der ggf. mitarbeitende Altlandwirt auf der Hofstelle wohnen blieb. Das Altenteilerhaus muß daher in unmittelbarer Hofnähe errichtet werden, so daß bei einer Entfernung von 150 m die Zuordnung entfallen kann (BVerwG, Beschl. v. 29.09.1987 – 4 B 194.87 -; OVG Lüneburg BRS 47 Nr. 71; OVG Münster BauR 1977, 404: 50 m zulässig). Ein Altenteilerhaus ist bei einem Nebenerwerbsbetrieb unzulässig, weil die Errichtung eines zweiten Wohnhauses aus wirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll ist und deshalb dem Nebenerwerbsbetrieb nicht dient (BVerwG NJW 1981, 2140). Bei Nebenerwerbsbetrieben ist der frühere Hofinhaber zudem typischerweise nicht in die Arbeit auf dem Hof

einbezogen. Der Raumbedarf des Altlandwirts ist am Nutzungszweck auszurichten und muß angemessen sein. Das Altenteilerhaus dient üblicherweise nur einen Zwei-Personen-Haushalt als Wohnung, nämlich dem ausgeschiedenen Altlandwirt und dessen Ehefrau. Ein Wohnraum von bis zu 100 m² wird somit im Regelfall ausreichend und angemessen sein. Die besondere Zweckbestimmung verlangt, daß das Altenteilerhaus in Größe und Zuschnitt den besonderen Wohnbedürfnissen der älteren Generation Rechnung trägt. Wohnen Dritte im Altenteilerhaus, ist das eine Nutzungsänderung, die bauplanungsrechtlich regelmäßig nicht genehmigungsfähig sein wird und von der Baurechtsbehörde untersagt werden kann (§ 65 Satz 2 LBO). Davon zu unterscheiden ist die interimsmäßige Nutzung zu anderen Zwecken, wenn etwa der Altenteiler zunächst noch im Hofgebäude wohnen bleibt und das Altenteilerhaus vorübergehend vermietet wird (BVerwG DÖV 1972, 167). Zu verlangen ist insofern aber ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Hofübergabe und der Errichtung des Altenteilerhauses. Ist die Hofübergabe ungewiß oder steht sie in weiter Ferne, dient die Errichtung gegenwärtig nicht dem landwirtschaftlichen Betrieb. Ein Altenteilerhaus muß für die besondere Zweckverwendung verfügbar und die freie Veräußerlichkeit in rechtlich gesicherter Weise (Baulast) ausgeschlossen sein (BVerwG BRS 24 Nr.57).

viii. Landarbeiterstellen

gehören seit 1998 nicht mehr zu den privilegierten Vorhaben. Eine Landarbeiterstelle ist ein im Eigentum eines Landarbeiters stehendes Grundstück mit einem von ihm selbst genutzten Wohnhaus. Sie ist damit weder Teil des landwirtschaftlichen Betriebes noch stellt sie selbst einen Nebenerwerbsbetrieb dar. Kennzeichnend ist vielmehr, daß die Landarbeiterstelle sogar zu mehreren Betrieben in Beziehung stehen kann, weil der Landarbeiter dort beschäftigt ist.

ix. Landarbeiterwohnungen (Unterbringung von Saisonarbeitskräften)

werden von der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB erfaßt. Es handelt sich um Wohnungen auf oder in unmittelbarer Nähe der Hofstelle. Anders als Landarbeiterstellen stehen sie im Eigentum des Hofinhabers. Sie sind nur zulässig, wenn wegen der Art und Größe des Betriebes Landarbeiter dauerhaft beschäftigt werden müssen. Stehen die Kosten dafür in keinem angemessenen Verhältnis zu den betrieblichen Vorteilen, fehlt es an der dienenden Funktion (BVerwG Buchholz § 406.11 § 35 Nr. 284). Die befristete Aufstellung von Wohncontainern während der Erntesaison für Saisonarbeitskräfte kann landwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben dienen (Krautzberger, aaO., § 35 RNr. 26). Auch ein Nebenerwerbsbetrieb kann diese Voraussetzungen erfüllen, selbst wenn er zwar weitgehend auf Pachtflächen ausgeübt wird, jedoch auf Grund anderer Indizien seine

Nachhaltigkeit festzustellen ist (OVG Koblenz BauR 2002, 1213). Vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft (z.B. durch die Standortwahl) sind zu unterlassen. Die Container sind möglichst auf der Hofstelle oder hofnah aufzustellen.

Beispiele:

- *Vorhaben, die dem Merkmal des Dienens entsprechen:*
Ställe, Scheunen, Silos, Wohngebäude für den Landwirt, seine Familie oder seine Betriebsangehörige
- *Vorhaben, die dem Merkmal des Dienens nicht entsprechen:*
nur teilweise den landwirtschaftlichen Betrieb versorgende Windenergieanlage; als Aufbewahrungsort für Geräte, Futter und Spritzmittel oder für die gelegentliche Unterbringung von Arbeitskräften errichteter Massivbau mit zwei Aufenthaltsräumen, Kochnische und überdachter Terrasse (= Wochenend- bzw. Ferienhaus).

b. Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung (Nr. 2)

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB sind Betriebe privilegiert, die der gartenbaulichen Erzeugung dienen. Die gartenbauliche Erzeugung gehört gemäß § 201 BauGB an sich auch zur Landwirtschaft, so daß Gartenbaubetriebe, deren bauliche Anlagen nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnehmen (Freilandkulturen), unter Absatz 1 Nr. 1 fallen (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 11.12.2003 - 22 A 4171/00 -). Seit 1998 sind Betriebe der gartenbaulichen Erzeugung jedoch nicht mehr nur als Unterart der Landwirtschaft zulässig. Der Gesetzgeber hat die Betriebe der gartenbaulichen Erzeugung separat erfaßt, weil die üblichen großflächigen Gewächshäuser das Kriterium, nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnehmen zu dürfen, oft nicht erfüllen. Im Unterschied zur Landwirtschaft nach Nr. 1 ist für Betriebe der gartenbaulichen Erzeugung gem. Nr. 2 nämlich nicht gefordert, daß das Vorhaben nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt. Bei der gartenbaulichen Erzeugung muß es sich im Grundsatz auch um eine Bodenertragsnutzung handeln. Nach der herrschenden Meinung reicht es insoweit aber aus, daß die Pflanzenerzeugung auf sog. Pflanzentischen ohne Verbindung mit dem natürlichen Erdboden und auf Substraten, die mit dem natürlichen Boden nichts mehr zu tun haben, stattfindet. Der Begriff der „gartenbaulichen Erzeugung“ erfaßt jedoch nur die Produktion selbst erzeugter Pflanzen, nicht aber eine Betätigung mit fremd erzeugten Pflanzen, des sog. Pflanzenleasings.

Hinsichtlich der Kriterien des „Betriebes“ und des „Dienens“ kann auf die obigen Ausführungen in Kap. III.2.4 verwiesen werden.

Unabhängig davon, ob ein Freilandkultur-Betrieb i.S.v. Nr. 1 oder ein Unterglas-Betrieb i.S.v. Nr. 2 vorliegt, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen,

ob die beantragten Gebäude dem Betrieb dienen. Die in Gewächshäusern vorübergehend (max. 2 Monate) zum Direktverkauf genutzten Flächen sind wie z.B. auch Erdbeerfelder zum Selbstpflücken aber keine Verkaufsflächen, die einen Gartenbaubetrieb zu einem großflächigen Einzelhandelsbetrieb i.S.d. § 11 Abs. 3 BauNVO machen (vgl. OVG NRW, Urt. v. 22.1.2004 - 7 A 1273/02 -; VGH Bad.-Württ. BauR 1997, 985).

c. **Standortgebundene Anlagen u. gewerbliche Betriebe (Nr. 3)**

§ 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegiert Vorhaben, die der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Telekommunikationsdienstleistungen, Wärme und Wasser, der Abwasserwirtschaft oder einem ortsgebunden gewerblichen Betrieb dienen. Von der Vorschrift werden damit Vorhaben erfaßt, die das prinzipielle Bauverbot im Außenbereich wegen eines besonderen öffentlichen oder privaten Interesses durchbrechen.

Auch wenn das Kriterium der Ortsgebundenheit nur bei gewerblichen Betrieben genannt ist, verlangt das BVerwG unbeschadet des Wortlauts der Vorschrift für alle Vorhaben nach Nr. 3 die Standortgebundenheit, d.h. das Vorhaben muß aus geographischen, geologischen oder betriebstechnischen Gründen auf einen Standort im Außenbereich angewiesen sein (BVerwGE 96, 95; BauR 1974, 397; Urt. v. 21.1.1977 - IV C 28.75-, DVBl. 1977, S. 526). Dies entspricht dem Grundsatz der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs gem. § 35 Abs. 5 Satz 1 BauGB. Daher ist bei diesen Vorhaben der Standortbezug in jedem Einzelfall zu prüfen (BVerwG NVwZ 1985, 42).

Damit ein gewerblicher Betrieb die Voraussetzung für die Privilegierung nach Nr. 3 erfüllt, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- er muß ortsgebunden sein,
- es muß sich um einen Betrieb handeln und
- das Vorhaben muß dem ortsgebundenen Betrieb dienen.

1) **Ortsgebundenheit**

Die Voraussetzung der Ortsgebundenheit ist erfüllt, wenn das Vorhaben in Wesen und Gegenstand aus technischen Gründen auf die geographische oder geologische Eigenart des fraglichen Standort angewiesen ist (BVerwG BauR 1976, 257). Dabei genügt es nicht, wenn die Errichtung des Vorhabens an einem bestimmten Standort im Außenbereich lediglich zweckmäßig oder sachdienlich ist (BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 - 4 C 20/93 -, DVBl. 1994, 1141). Nicht privilegiert sind somit Betriebsteile, die über eine dienende Funktion für den Kernbetrieb hinausgehen. Die Errichtung einer Bauschuttrecyclinganlage am Standort einer Kiesgrube ist nicht privilegiert zulässig. Anderes kann nur gelten, wenn der Bauschutt in der Kiesgrube als genehmigte Bauschuttdeponie verfüllt wird und somit der funktionelle Zusammenhang zum privilegierten

Kernbetrieb vorliegt (vgl. Sächs. OVG, Ur. v. 18.6.2003 - 4 B 128/01 -, NVwZ 2004, 1138). Der Betreiber einer Mobilfunkanlage oder Richtfunkstrecke muß also nachweisen, daß die Anlage aus technischen Gründen (Netzschluß) an dieser Stelle im Außenbereich notwendig ist. Eine kleinliche Prüfung ist dabei aber angesichts des öffentlichen Versorgungsauftrags nicht angezeigt (BVerwG, Ur. v. 16.6.1994 - 4 C 20.93, DVBl. 1994, S. 1141; VGH Bad.-Württ. BauR 1998, 313).

Eine Biomasseanlage, die nicht unter § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB fällt, ist, selbst wenn der Strom in das öffentliche Netz gespeist wird und die Anlage der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität dient, wegen der fehlenden Standortgebundenheit nicht gem. § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB zulässig.

2) **Betrieb**

Für die Betriebseigenschaft sind die gleichen Kriterien zu erfüllen, die an einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gestellt werden (BVerwG BauR 1976, 257; vgl. oben Kap. III.2.a.1). Insofern ist vor allem auf die Nachhaltigkeit, Dauerhaftigkeit und die Ernsthaftigkeit des Vorhabens abzustellen.

3) **Dienen**

Auch hinsichtlich des Erfordernisses des Dienens kann auf die im Zusammenhang mit den land- und forstwirtschaftlichen Betrieben getroffenen Kriterien verwiesen werden (vgl. oben Kap. III.2.a.4).

Beispiele:

- *Vorhaben, die die Privilegierung der Nr. 3 erfüllen:*
Rundfunk- und Fernsehtürme, Richtfunkanlagen, Kraftwerke an Talsperren, Hochspannungsleitungen, Leitungen für Fernwärme oder Ferngas, Steinbrüche oder Kiesgruben, Kläranlagen.
- *Vorhaben, die die Privilegierung der Nr. 3 nicht erfüllen:*
Transportbetonanlage, Sägewerke, Zuckerfabriken

d. **Außenbereichsbezogene Vorhaben (Nr. 4)**

Von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB werden 3 Gruppen von Vorhaben erfaßt, die im Außenbereich verwirklicht werden sollen:

- Vorhaben mit besonderen Anforderungen an die Umgebung
- Vorhaben mit nachteiligen Auswirkungen auf die Umgebung
- Vorhaben mit besonderer Zweckbestimmung.

Im Gegensatz zu den in Abs. 1 Nr. 1 - 3 sowie Nr. 5 und 6 konkret beschriebenen Vorhaben, werden mit Nr. 4 in Form eines Auffangtatbestands Vorhaben jedweder Art privilegiert. Die Vorschrift erfaßt dabei nur Vorhaben, die an

sich dem Innenbereich zugeordnet werden könnten, aber ausnahmsweise im Außenbereich untergebracht werden sollen, weil sie in der städtebaulichen Situation des Innenbereichs zu Unzuträglichkeiten führen würden.

Voraussetzung der Privilegierung in allen drei Fallgruppen ist, daß die Errichtung im Außenbereich gerade durch die besondere Eigenart des Vorhabens erfordert wird. Wegen der Weite des Tatbestands ist die Vorschrift zum Schutz des Außenbereichs eng auszulegen (BVerwGE 96, 95). Bei der Prüfung ist auf das konkrete Vorhaben abzustellen, so daß eine typisierende Betrachtung verfehlt ist. So kann z.B. eine Jagdhütte privilegiert sein, wenn sie objektiv der Jagd dient und im Jagdbezirk liegt (BVerwG NVwZ 1983, 472). Wohnt der Jäger jedoch im Jagdrevier oder in dessen Nähe und kann er es in angemessener Zeit erreichen, hat die Schonung des Außenbereichs Vorrang, die Jagdhütte ist dann unzulässig (BVerwG, ZfBR 1986, 48; BauR 1996, 374). Auch ein Kühlhaus für Wild fällt nicht hierunter (OVG Koblenz BauR 2010, 62).

Die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB verlangt deshalb stets eine Wertung, ob das Vorhaben gerade im Außenbereich zugelassen werden soll (BVerwG NVwZ-RR 1996, 373). Nicht jedes Vorhaben, das zweckmäßigerweise im Außenbereich errichtet werden könnte, (z.B. Camping- oder Golfplatz, Tennisanlage) „soll“ dort auch errichtet werden. Dann wäre der Schutz des Außenbereichs weitgehend obsolet. Entscheidend ist, daß das Vorhaben gerade wegen seiner besonderen Eigenart „nur im Außenbereich“ ausgeführt werden soll (BVerwG NJW 1975, 2114). Ob im konkreten Einzelfall ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB vorliegt, ist anhand folgender Schritte zu prüfen (BVerwG, Beschl. v. 27.6.1983 - 4 B 206.82 -, NVwZ 1984, 169):

1) **Standortalternativen**

Zunächst ist festzustellen, ob das Vorhaben nicht auch im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) oder im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes (§ 30 BauGB) ausgeführt werden könnte (BVerwG, DÖV 1964, 744). Ist das nicht möglich, weil sich das Vorhaben nicht in die Nutzungstypik der Umgebung oder des Baugebiets einpaßt, kommt eine Privilegierung grundsätzlich in Betracht (BVerwG BauR 1975, 104). Maßgeblich ist insoweit, daß das Vorhaben nach Lage der Dinge wegen seiner besonderen Zweckbestimmung sinnvoll nur im Außenbereich zu errichten ist (BVerwGE 34,1; 48, 109). Es muß also „hier und so“ nur im Außenbereich untergebracht werden können (BVerwG NJW 1977, 119). Dies ist nicht abstrakt, sondern anhand der konkreten örtlichen Gegebenheiten zu beurteilen. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Vorhaben grundsätzlich auch im Wege einer Bebauungsplanung ermöglicht werden könnte. Eine Privilegierung liegt allerdings nicht vor, wenn das Vorhabens nur aus Zweckmäßigungs- oder Rentabilitätsgründen im Außenbereich untergebracht werden soll. Neben

der fehlenden Standortalternative muß deshalb einer der 3 Gründe des Abs. 1 Nr. 4 gegeben sein. Das sind:

2) **Anforderungen an die Umgebung**

Das Vorhaben muß seine Funktion nur im Zusammenhang mit bestimmten Eigenschaften der Umgebung erfüllen können, die in einem beplanten oder bebauten Bereich nicht vorzufinden sind.

Beispiele:

Aussichtstürme, Wetterstationen, Sternwarten, Freilichttheater

3) **Nachteilige Wirkung**

Das Vorhaben muß aufgrund seiner nachteiligen Wirkungen auf die Umgebung nur im Außenbereich errichtet werden können. Das sind in vor allem Vorhaben, von denen unvermeidbare Emissionen oder besondere Gefahren ausgehen und daher nicht im Innenbereich untergebracht werden sollen. Läßt sich das Vorhaben auch mit weniger Emissionen betreiben und kann es dann auch im Innenbereich ausgeführt werden, entfällt die Privilegierung (BVerwG NJW 1978, 1818). Eine Bauschuttrecyclinganlage kann ohne weiteres im Industriegebiet untergebracht werden (OVG Bautzen NVwZ 2004, 1138).

Beispiele:

Tierkörperbeseitigungs- und Kompostanlagen, Sprengstoff- oder Feuerwerksfabriken

Ein bedeutender Anwendungsfall der Vorschrift sind gewerbliche - nicht auf überwiegend eigener Futtergrundlage betriebene - Tierhaltungen. Seit der BauGB-Novelle 2013 ist diese Privilegierung aber davon abhängig, daß die Errichtung, Änderung oder Erweiterung der Tierhaltungsanlage keiner Pflicht zur Durchführung einer standortbezogenen oder allgemeinen Vorprüfung oder Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG (§ 3a - § 3f UVPG) unterliegt. Nach § 3b UVPG besteht eine solche Prüfungspflicht ab einer bestimmten Größenordnung bzw. ist gem. § 3a UVPG die Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht erst als Ergebnis einer Vorprüfung festzustellen. Das bedeutet, daß es für die Frage der Privilegierung maßgeblich auf die in Ziffer 7 der Anlage 1 zum UVPG genannten Tierbestandszahlen ankommt, die eine standortbezogene Vorprüfung notwendig machen. Werden diese Schwellenwerte erreicht oder überschritten, ist eine solche gewerbliche Tierhaltungsanlage nicht mehr als privilegiertes Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB, sondern als sonstiges Vorhaben gem. § 35 Abs. 2 BauGB zu behandeln. Für den Entfall der Privilegierung reicht es daher bereits aus, daß eine Vorprüfungspflicht besteht. Eine Privilegierung ist deshalb auch dann ausgeschlossen, wenn die Vorprüfung ergibt, daß UVP-Belange nicht erheblich beeinträchtigt sind. Daraus folgt,

daß für die Errichtung, Änderung oder Erweiterung solcher gewerblicher Tierhaltungsanlagen ein Bebauungsplan oder vorhabenbezogener Bebauungsplan erforderlich ist, weil diese regelmäßig öffentliche Belange beeinträchtigen und deshalb nicht nach § 35 Abs. 2 BauGB genehmigungsfähig sein werden.

Eine entsprechende Darstellung im Flächennutzungsplan wird dagegen nicht ausreichen, weil damit nur Belange des § 35 Abs. 3 Nr. 2 BauGB einer solchen Anlage nicht mehr entgegenstehen würden. Auch der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, wonach u.a. auch die hier interessierenden gewerblichen Tierhaltungsanlagen ausgeschlossen bzw. an bestimmte Standorte im Plangebiet verwiesen werden können, verschafft somit den UVP- oder vorprüfungspflichtigen Tierhaltungsanlagen keine Privilegierung. Das gilt auch für Tierhaltungsanlagen, die infolge einer beabsichtigten Änderung oder Erweiterung in die UVP-Pflicht oder Vorprüfungspflicht hineinwachsen (§§ 3e, 3c UVPG).

Zu betonen ist, daß sich die durch die BauGB-Novelle 2013 vollzogene teilweise Entprivilegierung von Tierhaltungsanlagen, welche die Schwellenwerte überschreiten, nur auf gewerbliche Anlagen bezieht. Besitzt ein Bauherr dagegen ausreichend eigene Futterflächen i.S. des § 201 BauGB und ist sein Vorhaben somit als landwirtschaftliche Tierhaltung einzustufen, so ist es unabhängig von den genannten Schwellenwerten weiterhin nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang noch auf die Überleitungsvorschriften in § 245a Abs. 3 und 4 BauGB. § 245a Abs. 3 BauGB betrifft den Fall, daß eine Gemeinde in ihrem Flächennutzungsplan bereits Konzentrationszonen für gewerbliche Tierhaltungsanlagen dargestellt hat oder solche Darstellungen noch bis zum Inkrafttreten des geänderten § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB beschließt, und bestimmt, daß die Wirkung der Konzentrationszonenplanung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB dann auch für diejenigen Tierhaltungsanlagen gelten sollen, die nach dem Inkrafttreten der BauGB-Novelle im Außenbereich privilegiert bleiben. Das dürfte regelmäßig dem planerischen Willen der Gemeinde entsprechen.

Zu beachten ist außerdem noch § 245a Abs. 4 BauGB. Danach findet auf Genehmigungsverfahren für Tierhaltungsanlagen, die vor Ablauf des 4.7.2012 (dem Tag des Kabinettschlusses zum Regierungsentwurf) ordnungsgemäß eingeleitet worden sind, § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB in seiner bisherigen Fassung Anwendung. Entscheidend ist der Eingang des Genehmigungsantrages bei der zuständigen Genehmigungsbehörde.

4) *Besondere Zweckbestimmung*

Das Vorhaben kann wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich untergebracht werden. Privilegiert sind z.B. Vorhaben, die

von ihrem Zweck her der Funktion des Außenbereichs als Erholungslandschaft für die Allgemeinheit entsprechen, z.B. Schutzhütten, Berg- und Skihütten oder Badehütten. Diese müssen aber der Allgemeinheit zur Verfügung stehen (BVerwG, Urt. v. 7.5.1976 – 4 C 62.74 –, DVBl. 1977, 196, BauR 1980, 49). Die Unterbringung im Außenbereich ist bei Vorhaben, die nicht der Allgemeinheit zur Verfügung stehen, wenn also individuelle Erholungs- oder Freizeitwünsche im Vordergrund stehen, grundsätzlich nicht erforderlich, wie z.B. private Wochenendhäuser. Dies gilt auch für Vorhaben, die der privaten Gewinnerzielung dienen, wie z.B. Gaststätten, Hotels, Campingplätze. Sport- und Freizeitanlagen, die für die Grundstückseigentümer oder Vereinsmitglieder, nicht aber der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

e. **Anlagen der Wind- und Wasserenergiegewinnung (Nr. 5)**

Durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind Vorhaben privilegiert, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen. Dies ist schon deswegen beachtlich, weil Windkraftanlagen im Außenbereich gegenüber sonstigen privilegierten Vorhaben eine atypische Nutzung darstellen, da sie gerade nicht standortabhängig sind und deshalb prinzipiell überall planungsrechtlich angesiedelt werden können (vgl. BVerwGE 96, 95). Eben dies war Anlaß für den Gesetzgeber, diese Anlagen in den Katalog der privilegierten Außenbereichsnutzungen aufzunehmen. Die Vorschrift hat in der Praxis rasch an Bedeutung gewonnen, da der Betrieb von Windenergieanlagen auf Grund der Förderung durch das EEG (Erneuerbare-Energien-Gesetz) überaus rentabel ist. Die Vergütung von Strom aus Windkraft wurde in den letzten Jahren zwar abgesenkt, allerdings wurden zugleich finanzielle Anreize für eine Effektivitätssteigerung (Repowering) neu geschaffen (vgl. Quambusch, Repowering als Rechtsproblem, BauR 2007, 1824).

1) **Verhältnis Baurecht / Immissionsschutzrecht**

Nr. 1.6 Sp. 2 des Anhangs der 4. BImSchV bestimmt, daß Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen. Baurechtlich zu genehmigen sind daher nur noch Windkraftanlagen bis 50 m Gesamthöhe - die in der Praxis aber kaum noch beantragt werden -, soweit diese nicht nach Nr. 22 des Anhangs zu § 50 LBO ohnehin verfahrensfrei sind (bis 10 m Höhe). Die Genehmigung von Windkraftanlagen mit mehr als 50 m Gesamthöhe erfolgt, unabhängig von der Anzahl der Anlagen z.B. in einem Windpark, im vereinfachten immissionsschutzrechtlichen Verfahren (§ 19 BImSchG). Ausgenommen sind Anlagen, für die nach dem UVPG eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) durchzuführen ist. Soweit eine UVP-Pflicht besteht, bedarf es stets eines förmlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens nach § 10 BImSchG mit integrierter UVP. Konkret

bedeutet dies, daß für Windfarmen ab 20 Einzelanlagen immer ein solches Verfahren durchzuführen ist. Bei Windfarmen ab 3 bis 19 Einzelanlagen ist die Verfahrensart abhängig vom Ergebnis der UVP-rechtlichen Vorprüfung (§ 2 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c 4. BImSchV und Nr. 1.6.1 - 1.6.3 der Anlage 1 UVPG). Eine Windfarm besteht aus mindestens drei Windkraftanlagen, die einander räumlich so zugeordnet sind, daß sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder berühren (BVerwG BauR 2004, 1745). UVP-rechtliche Folgen können sich außerdem ergeben, wenn bestehende Anlagen geändert oder erweitert werden. Betroffen sind insbesondere Fallgestaltungen nach §§ 3b Abs. 2 und 3, 3c sowie § 3e Abs. 1 Nr. 1 und 2 UVPG. Das UVP-Recht versteht den Begriff „Windfarm“ betrieberunabhängig. Windkraftanlagen bzw. Windparks, die vor dem 1.7.2005 baurechtlich genehmigt worden sind, gelten gem. § 67 Abs. 9 BImSchG als immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlagen.

2) **Luftverkehr**

Mit zunehmender Höhe der Windenergieanlagen, heute sind Nabenhöhen von 120 m und mehr keine Seltenheit, steigt auch die Bedeutung des Luftverkehrsrechts in den Zulassungsverfahren für Windenergieanlagen. Das Luftverkehrsrecht kann unmittelbar den konkreten Standort von Windenergieanlagen beeinflussen, da die Anlagen z.B. den Beschränkungen im Bauschutzbereich von Flughäfen gem. § 12 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) unterliegen. Auch außerhalb dieser Bauschutzbereiche bedürfen Windenergieanlagen mit einer Höhe von mehr als 100 m der Zustimmung der Luftfahrtbehörde (§ 14 Abs. 1 LuftVG). Bauwerke dürfen nicht errichtet werden, wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können (§ 18 a Abs. 1 Satz 1 LuftVG). Dazu gehören auch die sog. Funkfeuer, das sind Navigationsanlagen für den Luftverkehr, die Funkstrahlen aussenden, welche von Flugzeugen empfangen werden. Diese Signale können von den Rotoren reflektiert und dadurch gestört werden. Dies ist vom Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung - BFS - zu beurteilen. Die Versagung dieser Zustimmung kann ein Vorhaben sogar unzulässig machen, wenn es in einem ausgewiesenen Vorranggebiet für Windenergieanlagen liegt. Ungeachtet des Vorliegens einer luftverkehrsrechtlichen Zustimmung muß die Windenergieanlage Rücksicht auf Flugplätze nehmen. Selbst im Fall einer luftfahrtbehördlichen Zustimmung hat der Betreiber eines nach LuftVG genehmigten Flugplatzes ein schutzwürdiges Interesse am Betrieb seines Flugplatzes (BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 - 4 C 1.04 -). Insoweit ist auch auf § 6 Abs. 1 Luftverkehrsordnung (LuftVO) hinzuweisen, wonach ab einer Höhe von 150 m der Luftraum von Luftfahrzeugen nach Sichtflugregeln genutzt werden darf. Zu den luftverkehrlichen Interessen können im Einzelfall die Belange der Landesverteidigung hinzutreten. So wurde die Zulässigkeit einer Windenergieanlage in einer Nachttiefflugübungsstrecke

für Hubschrauber der Heeresflieger und eine weitere im Schutzbereich einer militärischen Radaranlage zur großräumigen Überwachung des Luftraumes verneint.

Ergänzend wird insoweit § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB hingewiesen..

3) **Planvorbehalt § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB**

Der zu diesem Zweck eingeführte „Planvorbehalt“ gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB ermöglicht es, entweder über die gemeindliche Flächennutzungsplanung oder über die Regionalplanung, eine unkontrollierte Ausbreitung von Windenergieanlagen im Außenbereich zu verhindern. Konkret haben die planenden Gemeinden und auch die Raumordnung die Befugnis, die Windkraftnutzung an der von ihr gewünschten Stelle im Plangebiet zu bündeln und damit zugleich an allen anderen Stellen auszuschließen.

Nach der Änderung des Landesplanungsgesetzes (LplG) sind für die gebietsbezogene Steuerung von Windenergieanlagen seit 2013 nicht mehr die Regionalverbände, sondern die Gemeinden allein über den FNP zuständig. Die diesbezüglichen Teile der Regionalpläne wurden zugleich aufgehoben. Somit obliegt es allein den Gemeinden, den Bau von Windkraftanlagen zu steuern, indem sie im Flächennutzungsplan entsprechende Konzentrationsflächen ausweisen. Weist der Flächennutzungsplan Vorranggebiete aus, die der Nutzung der Windenergie im Plangebiet substantiell Raum schaffen, steht Windkraftanlagen auf anderen Flächen die Ausschlußwirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen. Diese Darstellung bewirkt aber keine grundsätzliche Änderung der Einstufung als privilegierte Bauvorhaben gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Die Konzentrationszonen sind das Ergebnis der planungsrechtlichen Abwägung zwischen den für die Windkraftnutzung streitenden Belangen einerseits und den potentiell beeinträchtigten oder entgegenstehenden öffentlichen Belangen andererseits. Die Zonen stellen die Entscheidung der Gemeinde dar, daß hier dieser Nutzung Vorrang vor anderen Belangen gebühren, aber dafür im übrigen Gemeindegebiet diese Nutzung in der Regel nicht stattfinden soll. Eine derartige Darstellung erweitert gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die öffentlichen Belange nach Satz 1 dergestalt, daß einem Vorhaben, das außerhalb solcher Zonen liegt, diese gemeindliche „positive Standortzuweisung“ an anderer Stelle als öffentlicher Belang in der Regel entgegensteht. Die Wortwahl „in der Regel“ zeigt aber, daß Ausnahmen denkbar sind. Daher kann u.U. die Neuerrichtung einer Windkraftanlage an einem Standort außerhalb einer Konzentrationszone, an dem bereits zulässigerweise eine solche Anlage vorhanden war, zulässig sein (Repowering). Auch Windkraftanlagen als untergeordnete Nebenanlagen privilegierter Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB bleiben innerhalb und

außerhalb der Konzentrationszonen zulässig. Ohne Konzentrationsplanung sind entsprechende Anlagen grundsätzlich überall im Außenbereich der Gemeinde privilegiert zulässig, wenn keine öffentlichen Belange entgegenstehen (Einzelfallprüfung).

Voraussetzung für die Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist ein schlüssiges gemeindliches Konzept zur – positiven – Standortzuweisung für Windkraftanlagen mit dem Ziel, geeignete Standorte auszuweisen und gleichzeitig ungeeignete Standorte auszuschließen. Eine ausschließlich negativ wirkende Planung mit dem Ziel, Windkraftanlagen zu verhindern, reicht für die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht aus. So darf eine Gemeinde Darstellungen im FNP, die die Ausschlußwirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösen sollen, nicht dazu benutzen, um unter dem Deckmantel der planerischen Steuerung von Windenergieanlagen diese Wahrheit zu verhindern (st. Rspr; BVerwG BauR 2008, 877; 951). Andererseits muß die Gemeinde nicht sämtliche Flächen, die sich für Windkraftanlagen eignen, im FNP darstellen (BVerwGE 117, 287).

Im übrigen dürfen nach § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen „Raumbedeutsam“ sind Planungen und Maßnahmen, die Raum in Anspruch nehmen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebiets beeinflussen (§ 3 Nr. 6 ROG), über den unmittelbaren Nahbereich hinausgehende Wirkung haben, eine bestimmte bauliche Dimension erreichen, z.B. Höhe und Rotordurchmesser der Windenergieanlage oder Auswirkungen auf Ziele der Raumordnung (Schutz von Natur und Landschaft, Umwelt) haben (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 4.02 -, E 118, 33 = BRS 66 Nr. 10). Dabei stehen öffentliche Belange raumbedeutsamen Vorhaben nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Das bedarf der entsprechenden Planung durch die Regionalverbände. Diese Steuerungsmöglichkeit gilt nur für raumbedeutsame Vorhaben (BVerwG BauR 2003, 1165). Wegen der erwähnten Änderung des LplG besteht diese Steuerungsmöglichkeit in Baden-Württemberg seit 2013 nicht mehr. Über möglicherweise betroffene Ziele der Raumordnung gibt eine einzuholende Stellungnahme der höheren Raumordnungsbehörde (RP) Auskunft. Nach § 11 Abs. 4 KSG BW ist bei Zulassungsverfahren für Vorhaben zur Errichtung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit ohnehin regelmäßige Beteiligung des bei den Regierungspräsidien angesiedelten Kompetenz-Zentrums Energie vorgeschrieben.

4) **Genehmigungspraxis**

Im Außenbereich besteht somit ein Zulassungsanspruch für Windenergieanlagen, wenn u.a. öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 BauGB nicht

entgegenstehen. Bei der Prüfung der entgegenstehenden Belange fangen jedoch die Schwierigkeiten in der Genehmigungspraxis an, insbesondere was die Darstellungen des Flächennutzungsplanes (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1), die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege (Abs. 3 Satz 1 Nr. 5) sowie Ziele der Raumordnung (Abs. 3 Satz 2) und alternative Standortzuweisungen (Abs. 3 Satz 3) angeht.

Im Hinblick auf die Änderung des LplG und die deswegen derzeit zur Änderung anstehenden Flächennutzungspläne ist im Blick zu behalten, daß zur Sicherung eines in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplans der Baurechtsbehörde ggf. die Befugnis zukommt, die Baugenehmigung zu versagen, weil dem Vorhaben ein insoweit ein unbenannter öffentlicher Belang i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegen steht. Ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung hat die Qualität eines öffentlichen Belangs, wenn es inhaltlich hinreichend konkretisiert und zu erwarten ist, daß es sich zu einer verbindlichen, den Wirksamkeitsanforderungen genügenden Zielfestsetzung i. S. des § 3 Nr. 2 ROG verfestigt (BVerwG BauR 2005, 987). Für die Steuerung durch den Flächennutzungsplan durch den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 BauGB wird nichts anderes gelten können.

Ein Vorranggebiet für Windkraftanlagen in einem regionalen Raumordnungsplan kann dem Bau einer nicht raumbedeutsamen Windkraftanlage in diesem Gebiet und damit einer „unterwertigen“ Nutzung dieses Standorts entgegenstehen (OVG Lüneburg BauR 2008, 2005).

Für die bei Windkraftanlagen in der Praxis wichtige Frage einer Verunstaltung des Landschaftsbildes hat die Rechtsprechung entschieden, daß eine Verunstaltung vorliegt, wenn es sich um eine wegen ihrer Schönheit und Funktion besonders schutzwürdige Umgebung oder um einen besonders gravierenden Eingriff in das Landschaftsbild handelt und das Vorhaben dem Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird (BVerwG NVwZ 1998, 58; VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 20.5.2003 - 5 S 1181/02 -; DÖV 2003, 822). Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob der für die Errichtung der Windkraftanlage vorgesehene Standort in einem Landschaftsschutzgebiet liegt. Der VGH hat im vg. Urteil darauf verwiesen, daß auch eine naturschutzrechtlich nicht besonders geschützte Landschaft gegen ästhetische Beeinträchtigungen empfindlich sein kann und die Schutzwürdigkeit einer Landschaft nicht davon abhängig ist, ob die zuständige Naturschutzbehörde Anlaß für eine Unterschutzstellung gesehen hat. In diesem Zusammenhang ist nicht nur der Nahbereich, sondern angesichts der Höhenentwicklung der heutigen Anlagen und des in aller Regel exponierten Standorts auch die Fernwirkung der Anlage zu berücksichtigen. Im Regierungsbezirk Tübingen sind insoweit häufig Anlagen am Albtrauf (Mörickes „Blaue Mauer“) betroffen. Hierbei ist

auch die Drehbewegung der Rotoren, eine eventuelle Farbmarkierung und Nachtbefeuerung und die davon ausgehende Unruhe in einem ansonsten ruhigen Landschaftsbild in Betracht zu ziehen (OVG Münster BauR 2005, 836). Bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit eines Gebietes ist neben seinem landschaftlichen Reiz und der Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft auch seine Funktion als Wander- und Erholungsgebiet zu berücksichtigen. Gerade in Bereichen, die erhebliche überörtliche Bedeutung als Wander- und Erholungsgebiet haben und bislang keine derartige Vorbelastung aufweisen, kommt deren unversehrter Erhaltung besondere Bedeutung zu (VG Sigmaringen, Urt. v. 23.5.2006 - 9 K 1865/04 -; VGH Bad.-Württ. BRS 63, 527). Soll eine Windkraftanlage in einem Landschaftsschutzgebiet errichtet werden, ist zu prüfen, ob die Windkraftanlage mit dem Schutzzweck der Schutzgebietsverordnung vereinbar ist. Das wird regelmäßig nicht der Fall sein. Für eine Befreiung von der Landschaftsschutzgebietsverordnung nach §§ 62, 63 NatSchG ist Voraussetzung, daß überwiegende öffentliche Belange die Befreiung erfordern. Aus dem Tatbestandsmerkmal „erfordern“ ist abzuleiten, daß überwiegende öffentliche Belange es geboten erscheinen lassen, das Vorhaben durch eine Befreiung gerade an der vorgesehenen Stelle zu verwirklichen. Sollte zum geplanten Standort kein tauglicher Alternativstandort gefunden werden können, muß in die Erwägung zur Befreiungsentscheidung das öffentliche Interesse am Betrieb von Windkraftanlagen einbezogen werden (siehe „Windfibel“, 4. Auflage, S.78). Dieses Interesse wird in einem Schutzgebiet, dessen Schutzzweck im Erhalt der traditionellen Kulturlandschaft, Schönheit und/oder Eigenart eines kulturhistorisch wertvollen Landschaftstyps besteht, kaum eine Befreiung rechtfertigen können; dagegen mag ohne speziellen Schutzzweck das umgekehrte Ergebnis eher einmal vertretbar sein (siehe Windfibel, a.a.O. S. 114 und S. 115). Im Übrigen entbindet das Vorliegen einer naturschutzrechtlichen Befreiung von der Landschaftsschutzgebietsverordnung die Baurechtsbehörde nicht von der eigenständigen Prüfung, ob öffentliche Belange, wozu auch diejenigen des Natur- und Landschaftsschutzes gehören, dem Vorhaben entgegenstehen. In Naturschutzgebieten scheidet eine Befreiung für die Errichtung von Windkraftanlagen aus. Gleiches gilt für Gebiete gem. § 26a Abs.2 NatSchG.

Grundsätzlich darf auch ein nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB privilegiertes Vorhaben nicht zugelassen werden, wenn ihm öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB entgegenstehen, wenn es also Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes oder die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert erheblich beeinträchtigt oder das Orts- und Landschaftsbild stark verunstaltet. Daneben bleibt nach § 21 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG für Vorhaben im Außenbereich die Geltung der Vorschriften über die Eingriffsregelung unberührt. Nach der Rechtsprechung des BVerwGs (BauR 2002,

751) hat die Prüfung der bauplanungsrechtlichen und der naturschutzrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen eines Außenbereichsvorhabens jeweils eigenständigen Charakter und ist jeweils unabhängig voneinander durchzuführen, auch wenn die Abwägung in beiden Fällen zu demselben Ergebnis kommen sollte. Ist ein Außenbereichsvorhaben schon nach § 35 Abs. 1 und 3 BauGB unzulässig, kommt es auf seine Vereinbarkeit mit naturschutzrechtlichen Bestimmungen nicht mehr an. Nimmt ein im Außenbereich privilegiertes Vorhaben zwar die Hürde des § 35 Abs. 1 und 3 BauGB, muß aber weiter geprüft werden, ob es auch nach der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zugelassen werden kann, da es gleichwohl daran scheitern oder zumindest nur mit Auflagen genehmigungsfähig sein kann (so BVerwG aaO.).

Die Privilegierung von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB schließt es nicht aus, daß eine solche Anlage als untergeordnetes Vorhaben eines landwirtschaftlichen Betriebs nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert zulässig sein kann. Somit kann im Einzelfall auch einer Windkraftanlage mit einer Gesamthöhe von 100 m und einer Leistung von 600 kW eine dienende Funktion zu einem landwirtschaftlichen Betrieb zukommen, wenn der weit überwiegende Teil der erzeugten Energie zur Versorgung dieses Betriebs bestimmt ist und nur ein geringerer Teil in das öffentliche Netz eingespeist wird (OVG Lüneburg BauR 2008, 1858).

Gebäudeunabhängige Solaranlagen sind nicht auf den Außenbereich angewiesen und daher nach dem Willen des Gesetzgebers nicht privilegiert (s.u. Buchst. h). Anderes gilt nur, wenn eine Photovoltaikanlage wegen ihrer dienenden Funktion als Hilfsenergiequelle an der Privilegierung einer Windkraftanlage teilnimmt und sie – auch nach ihrem äußeren Erscheinungsbild – die gebotene Zu- und Unterordnung aufweist, der Umfang des von ihr erzeugten Solarstroms sich an dem Hilfsnutzen orientiert und durch diesen beschränkt ist und dieser Nutzen für die Windenergieerzeugung so groß ist, daß er aus Sicht eines „vernünftigen“ Windenergieerzeugers eine Inanspruchnahme des Außenbereichs rechtfertigt (OVG Koblenz, BauR 2008, 337).

Ergänzend wird auf Kap. III.5.c verwiesen.

f. **Biomasseanlagen (Nr. 6)**

Privilegiert ist gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auch die energetische Nutzung von Biomasse im Rahmen eines Betriebes nach Nr. 1 (Land- bzw. Forstwirtschaft) bzw. Nr. 2 (gartenbauliche Erzeugung) oder eines Betriebes nach Nr. 4, der Tierhaltung betreibt. Die Biomasseanlage ist somit nicht als solche privilegiert, sondern nur im Zusammenhang mit diesem „Rahmenbetrieb“. Landwirtschaftliche Nebenerwerbsbetriebe sind landwirtschaftliche Betriebe im

Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, so daß auch sie Ansatzpunkt für eine derartige Anlage sein können. Ein landwirtschaftlicher Betrieb im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB liegt auch dann vor, wenn er ausschließlich Biomasse für die eigene Biogasanlage anbaut (BVerwGE 132, 372). Die Privilegierung umfaßt nicht nur die Herstellung und Nutzung der Energie von aus Biomasse erzeugtem Gas, sondern jede energetische Nutzung von Biomasse, einschließlich der thermischen Energienutzung. Anlagen zum Anschluß der Biomasseanlage an das öffentliche Versorgungsnetz sind ebenfalls von der Privilegierung erfaßt.

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ist gegenüber der möglichen Privilegierung von Biomasseanlagen nach Nr. 1 die speziellere Vorschrift und stellt insoweit eine abschließende (verdrängende) Regelung dar (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 06.04.2009 - 11 S 59.08 -; Begründung z. EAG Bau v. 17.12.2003; BT-Drs. 15/2250, S. 55), wenn die erzeugte Energie nicht überwiegend im Betrieb selbst verwendet wird; entsprechendes gilt für mitgezogene Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB. Aufgrund des spezifischen Regelungsumfangs von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB gilt der Vorrang auch gegenüber § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB.

Nachfolgend werden die Anforderungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nur abrißhaft dargestellt. Einzelheiten sind in den „Hinweisen des Regierungspräsidiums Tübingen zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Biogasanlagen“ ausführlich behandelt. Die Hinweise sind auf der Baurechtsseite der Internetpräsenz des Regierungspräsidiums Tübingen <http://www.rp-tuebingen.de/servlet/PB/menu/1039367/index.html> eingestellt und können dort heruntergeladen werden. Darauf wird verwiesen.

1) **Biomasse**

Die Vorschrift definiert den Begriff der Biomasse nicht selbst. Im Hinblick auf die energiepolitische Zielrichtung kann insoweit auf das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und die Biomasseverordnung (BiomasseV) zurückgegriffen werden. Die Verordnung unterscheidet zwischen „anerkannter Biomasse“ und „nicht anerkannter Biomasse“. Anerkannte Biomasse sind z.B. Pflanzen- und Pflanzenbestandteile, Abfälle und Nebenprodukte pflanzlicher oder tierischer Herkunft aus der Land- oder Forstwirtschaft, z.B. Gülle und Mist aus der Tierhaltung, Landschaftspflegeholz, Stroh und Getreide geringer Qualität. Nicht anerkannte Biomasse sind z.B. gemischte Siedlungsabfälle aus privaten Haushalten, Tierkörper oder Tierkörperteile, welche dem Tierkörperbeseitigungsgesetz unterfallen, und Torf. Dabei sind die besonderen Anforderungen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (Krw-/AbfG) zu beachten.

2) **räumlich-funktionaler Zusammenhang, Hofstelle, Betriebsstandort**

Die Anlagen zur Herstellung und energetischen Nutzung der Energie aus Biomasse müssen nach Buchst. a in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit dem Betrieb stehen, in dessen Rahmen die Anlage errichtet werden soll. Verlangt wird also eine Zuordnung der Biomasseanlage zu dem Basisbetrieb, z.B. zu dem Betrieb nach nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 4 BauGB, vergleichbar den Fällen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, bei denen ebenso eine Zuordnung der Bauvorhaben zu den landwirtschaftlichen Betrieben vorausgesetzt wird.

Räumlich-funktional ist der Zusammenhang, wenn die Anlage in unmittelbarer Nähe zur Hofstelle liegt oder selbst Bestandteil der Hofstelle ist. Die Zuordnung der Biomasseanlage zum Basisbetrieb erfordert die räumliche Nähe zu den Schwerpunkten der betrieblichen Abläufe. Eine allgemein gültige Bestimmung der Entfernung ist nicht möglich. Sie bemißt sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles. Bei landwirtschaftlichen Betrieben i.S.v. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ist regelmäßig von der Hofstelle als Bezugspunkt für den räumlich-funktionalen Zusammenhang auszugehen (vgl. BVerwG, Ur. v. 5.6.1984 - 5 C 141/83 - BVerwGE 69, 283). Bezogen auf § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Buchst. e BauGB hat das BVerwG entschieden, daß es jedenfalls bei einer Entfernung von 300 m an der erforderlichen räumlichen Nähe fehlt (Ur. v. 18.5.2001 - 4 C 13/00 -, NVwZ 2001, 1282). Bei Anlagen, die von der Hofstelle weiter entfernt liegen, fehlt daher in der Regel das Merkmal des räumlichen Zusammenhangs. Durch § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a BauGB wird somit die isolierte Errichtung von Anlagen ohne Zusammenhang mit dem Betrieb, der die Biomasse erzeugt, verhindert. Nicht ausreichend ist die räumliche Nähe zu Betriebsflächen bzw. zu den die Biomasse produzierenden Flächen.

Soll die Biomasseanlage im Zusammenhang mit einem forstwirtschaftlichen (Abs. 1 Nr. 1), gartenbaulichen (Abs. 1 Nr. 2) oder tierhaltenden Betrieb (Abs. 1 Nr. 4) errichtet werden, ist ebenfalls die räumliche Zuordnung zu dessen Betriebsstandort erforderlich. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. c BauGB je Hofstelle oder Betriebsstandort nur eine Anlage betrieben werden darf.

Die funktionale Zuordnung verlangt einen betriebstechnischen Zusammenhang der Anlage mit der vorhandenen Betriebsstruktur. Erforderlich ist also eine technische oder organisatorische Verknüpfung der Eingangs- (z.B. nachwachsende Rohstoffe, Gülle) oder der Ausgangsstoffe der Biomasseverwertung (z.B. Gärrückstände, elektrische oder thermische Energie) mit der vorhandenen Betriebsstruktur. Ausgenommen sind mit Biomasse betriebene Feuerungsanlagen zur Eigenversorgung.

3) **Herkunft der Biomasse, Betreibergemeinschaft**

Nach Buchst. b muß die Biomasse überwiegend, d.h. zu mehr als 50 %, aus dem Betrieb selbst oder überwiegend aus diesem und aus nahe gelegenen land- oder forstwirtschaftlichen gem. Nr. 1, gartenbaulichen (Nr. 2) oder tierhaltenden (Nr. 4) Betrieben stammen. Damit wird die Kooperation verschiedener Betriebe ausdrücklich zugelassen, die aber selbst die Privilegierungsvoraussetzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 4 BauGB aufweisen müssen. Mit der Beschränkung auf „nahe gelegene“ Betriebe soll aus ökologischen und volkswirtschaftlichen Gründen ein überregionaler Transport des Rohmaterials verhindert werden. Wann ein Betrieb als „nahe gelegen“ anzusehen ist, bedarf der Beurteilung im Einzelfall. Als Kriterien können Entfernungen, die bei landwirtschaftlichen Betriebsabläufen und Verflechtungen zu Betrieben in der Umgebung üblich sind, herangezogen werden. Unter Berücksichtigung siedlungsstruktureller und betriebspezifischer Besonderheiten sind Entfernungen von nicht mehr als 15 - 20 km zulässig (BVerwG, Urt. v. 11.12.2008 – 7 C 6.08 –).

Auch bei einer Kooperation muß die Anlage dem Betrieb, „in dessen Rahmen“ sie betrieben wird, unmittelbar rechtlich zugeordnet sein. Diese Zuordnung liegt vor, wenn der Betreiber der Biomasseanlage mit dem Inhaber des Basisbetriebs identisch ist. Die Zuordnung kann auch gegeben sein, wenn die Anlage nicht im (Allein-)Eigentum des Inhabers des Basisbetriebs, sondern im Eigentum einer Betreibergemeinschaft (z.B. als Gesellschaft oder Gemeinschaft bürgerlichen Rechts) steht. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Betreibergesellschaft dauerhaft mehrheitlich aus Gesellschaftern i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB besteht, welche die Anlage beschicken. Der Inhaber des Basisbetriebs muß allerdings maßgeblichen Einfluß auf die Gesellschaft haben.

4) *Begrenzung der Zahl der Anlagen*

Nach Buchst. c darf nur eine Biomasseanlage je Hofstelle oder Betriebsstandort betrieben werden. Während sich der Begriff „Hofstelle“ auf den landwirtschaftlichen Betrieb bezieht, spricht man bei forstwirtschaftlichen Betrieben, Gartenbaubetrieben oder tierhaltenden Betrieben (Abs. 1 Nr. 4) von „Betriebsstandorten“. Die Begrenzung auf eine Biomasseanlage je Hofstelle bzw. Betriebsstandort dient dem Schutz des Außenbereichs und gilt auch dann, wenn bereits eine Anlage auf Grund der früheren Rechtslage zugelassen worden ist. Wird also auf der Grundlage des § 35 BauGB n.F. eine weitere Anlage beantragt, ist diese aus planungsrechtlichen Gründen unzulässig.

5) *Leistungsbegrenzung*

Zum Schutz des Außenbereichs ist die Privilegierung gem. Buchst. d auf Biomasseanlagen beschränkt, deren Feuerungswärmeleistung 2,0 MW

nicht überschreitet bzw. die Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas überschreitet nicht 2,3 Millionen Normkubikmeter Biogas pro Jahr. Anlagen mit einer größeren Leistung können auch nicht über § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB zugelassen werden, da abgesehen davon, daß zweifelhaft ist, ob die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB erfüllt sind (Standortgebundenheit) § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB insoweit abschließenden Charakter hat.

6) **Verfahrensarten**

Biogasanlagen unterliegen rechtlichen Anforderungen in Bezug auf

- den Bau und Betrieb der Anlage
- die Verwertung des in den Anlagen erzeugten Gärrückstandes.

Je nach Art und Menge der Einsatzstoffe und der Feuerungswärmeleistung der Verbrennungsmotoranlage sind Biogasanlagen baurechtlich oder immissionsschutzrechtlich zu genehmigen.

Auf veterinär- und tierseuchenrechtliche sowie hygienische Fragestellungen soll hier nur hingewiesen werden.

g. **Vorhaben der Kernenergie (Nr. 7)**

§ 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB privilegiert solche Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken oder der Entsorgung radioaktiver Abfälle dienen. Seit der BauGB-Klimaschutznovelle 2011 sind davon die Neuerrichtung von Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität ausgenommen.

h. **Vorhaben der Solarenergie (Nr. 8)**

Privilegiert sind auch Vorhaben zur Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden, wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist. Der Privilegierungstatbestand ist mit der sog. BauGB-Klimaschutznovelle 2011 neu geschaffen worden. Anlaß war ein Beschluß des OVG Münster (v. 20.9.2010 - 7 B 985/10 -), wonach mit der Errichtung einer gewerblich genutzten Photovoltaikanlage eines Dritten auf dem Dach einer landwirtschaftlich genutzten Reithalle eine genehmigungspflichtige, aber nicht genehmigungsfähige Nutzungsänderung der Reithalle vorgenommen worden sei.

Mit der Änderung ist vom Bundesgesetzgeber insoweit die notwendige Klarheit geschaffen worden. Die Frage der Nutzungsänderung durch das Anbringen von Photovoltaikanlagen an bestehenden Gebäuden ist übrigens vom Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg schon bisher ablehnend

beantwortet worden, wie zuletzt TOP 7c) der 63. BRB zeigt. Insoweit hat sich für die Baurechtspraxis in Baden-Württemberg keine Änderung ergeben.

Die Privilegierung setzt voraus, daß die Anlage dem Gebäude baulich, d.h. räumlich-gegenständlich untergeordnet ist. Nicht privilegiert sind also sog. Freiflächenanlagen und Solartracker. Ebenso nicht erfaßt sind Anlagen, die über die Dachfläche, Wandfläche oder den First des Gebäudes hinausragen. Gleiches gilt für Anlagen auf einer übergroßen Dachfläche, die keinen funktionalen Zusammenhang mit dem eigentlichen Gebäude aufweist und ersichtlich nur zur Aufnahme von Solarmodulen errichtet worden ist. 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 (Krautzberger/Stüer BauR 2011 Heft 8).

Zum Begriff des zulässigerweise genutzten Gebäudes kann auf die Ausführungen in Kap. III.4.b.2) verwiesen werden. Die Nutzung muß dem gegenwärtigen Planungsrecht entsprechen. Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn die vormals privilegierte Nutzung aufgegeben worden ist und eine dem öffentlichen Baurecht entsprechende Nachfolgenutzung nicht aufgenommen wurde (Krautzberger/Stüer, aaO.).

Weitere Einzelheiten zu Photovoltaikanlagen sind in „Photovoltaikanlagen; Hinweise des Regierungspräsidiums Tübingen für die bau- und bauplanungsrechtliche Behandlung, Standortfragen und weitere damit zusammenhängende Fragestellungen“ vom 22.01.2010 ausführlich behandelt. Die Hinweise sind im Internet auf der Baurechtsseite des RP Tübingen <http://www.rp.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/show/1307008/rpt-ref21-hinweispapier-pva.pdf> eingestellt und können dort heruntergeladen werden. Insoweit kann es hier bei diesem kurzen Abriß verbleiben.

3. Sonstige Vorhaben (§ 35 Abs. 2 BauGB)

Nach § 35 Abs. 2 BauGB können „sonstige Vorhaben“ im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und wenn die Erschließung gesichert ist. Der Begriff der „sonstigen Vorhaben“ erfaßt alle Vorhaben, die nicht nach Abs. 1 privilegiert sind. Die Vorschrift stellt insoweit einen Auffangtatbestand dar. Das Tatbestandsmerkmal „Ausführung“ in § 35 Abs. 2 BauGB entspricht der Errichtung einer baulichen Anlage, während die „Benutzung“ im wesentlichen für Nutzungsänderungen von in der Regel bisher privilegierte Vorhaben von Bedeutung ist.

Sonstige Vorhaben können im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung

- öffentliche Belange nicht beeinträchtigen (vgl. Kap. III.5.a) und

- die Erschließung gesichert ist (vgl. Kap. I. 2.c).

Im Gegensatz zu den privilegierten Vorhaben führt bei den sonstigen Vorhaben bereits jede (schlichte) Beeinträchtigung eines öffentlichen Belangs i.S.v. § 35 Abs. 3 BauGB dazu, daß das Vorhaben im Außenbereich nicht zugelassen werden darf. Eine Kompensation mit positiven Effekten, die durch die Zulassung entstünden, also eine Saldierung von Vor- und Nachteilen, ist nicht zulässig (BVerwG NJW 1983, 2716; BVerwGE 42, 8 ff).

Auf die Prüfung öffentlicher Belange können weder die Gemeinde noch ein privater Betroffener verzichten. § 35 Abs. 3 BauGB ist somit nicht disponibel. Liegt etwa ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme durch einen emittierenden Betrieb vor, führt ein Verzicht des betroffenen Nachbarn zwar zum Verlust seines nachbarlichen Abwehrrechts gegen das Vorhaben, an der objektiven Unzulässigkeit ändert sich dadurch jedoch nichts, weshalb die Baurechtsbehörde die Erteilung der Baugenehmigung ablehnen wird.

§ 35 Abs. 2 BauGB beschränkt die Zulässigkeit von sonstigen Vorhaben auf den Einzelfall, d.h. sie sind im Außenbereich nur ausnahmsweise zulässig. Damit soll sichergestellt werden, daß eine Bebauung des Außenbereiches möglichst unterbleibt. Als weitere Vorraussetzung muß die Erschließung gesichert sein. Absatz 2 nennt zwar für sonstige Vorhaben nicht explizit ein eingeschränktes Erfordernis in Form einer „ausreichenden Erschließung“ wie es bei den privilegierten Vorhaben, jedoch ist auch hier von dem Erfordernis einer ausreichenden Erschließung auszugehen, die den Ansprüchen der Nutzung genügt, aber von den sonst üblichen Anforderungen in Baugebieten abweichen kann (vgl. Kap. I. 2.c).

Trotz des Wortlauts der Vorschrift „können ... zugelassen werden“ ist den Baurechtsbehörden insoweit kein Ermessen eingeräumt. Werden durch die Ausführung oder Nutzung des Vorhabens öffentliche Belange nicht beeinträchtigt, hat der Bürger einen Rechtsanspruch auf eine positive Entscheidung über die planungsrechtliche Zulässigkeit (BVerwG NJW 64, 973).

Auch die sog. Kleinbauten sind regelmäßig sonstige Vorhaben i.S.v. § 35 Abs. 2 BauGB. Die damit einhergehenden besonderen Fragestellungen für die baurechtliche Praxis sind im Kaptiel VI. zusammenfassend behandelt.

4. Begünstigte („teilprivilegierte“) Vorhaben (§ 35 Abs. 4 BauGB)

Mit § 35 Abs. 4 BauGB sind für einen abschließend aufgezählten Kreis von baulichen Anlagen bestimmte öffentliche Belange des Absatzes 3 „außer Kraft gesetzt“. Es handelt sich dabei um folgende Vorhaben:

- Nutzungsänderung ehemals privilegierter land- oder forstwirtschaftlicher Gebäude i.S.v. Abs. 1 Nr. 1 innerhalb von 7 Jahren nach Aufgabe der

bisherigen Nutzung bei Wahrung seiner äußerlichen Gestalt, sofern es der zweckmäßigen Verwendung erhaltenswerter Bausubstanz dient;

- Neuerrichtung eines Wohngebäudes an gleicher Stelle als Ersatz für ein Altgebäude mit Mängeln und Mißständen für den Eigentümer (Nr. 2);
- alsbaldige und gleichartige Neuerrichtung eines durch außergewöhnliche Ereignisse zerstörten Gebäudes an gleicher Stelle (Nr. 3);
- Änderung oder Nutzungsänderung von erhaltenswerten, die Kulturlandschaft prägenden Gebäuden (Nr. 4);
- angemessene Erweiterung von zulässigerweise errichteten Wohngebäuden um eine zweite Wohneinheit für den Eigentümer (Nr. 5);
- bauliche Erweiterung von zulässigerweise errichteten gewerblichen Betrieben in angemessenem Umfang (Nr. 6).

Derartigen Vorhaben können 4 enumerativ genannte öffentliche Belange des Abs. 3, nämlich

- Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans (Nr. 1),
- Widerspruch zu den Darstellungen in einem Landschaftsplan (Nr. 2 teilw.)
- Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft (Nr. 5 teilw.),
- Befürchtung der Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung (Nr. 7)

nicht als beeinträchtigt entgegengehalten werden. Alle anderen öffentliche Belange gemäß § 35 Abs. 3 BauGB sind dagegen zu prüfen.

§ 35 Abs. 4 BauGB stellt sich damit als Begünstigung oder Teilprivilegierung der genannten Vorhaben dar, bei denen es sich im Grunde um „sonstige Vorhaben“ i.S.d. Abs. 2 handelt. Durch § 35 Abs. 4 BauGB erfahren die Beschränkungen des § 35 Abs. 2 und 3 BauGB eine gewisse Lockerung.

Der Begünstigung gemäß Absatzes 4 liegt der Gedanke des Bestandsschutzes i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG zugrunde. Das BVerwG hat insofern in mehreren neueren Entscheidungen festgestellt, daß es keine unmittelbare baurechtliche Anspruchsposition aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes gibt. Die Grundrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG stehe nach Abs. 1 Satz 2 unter dem Vorbehalt einer gesetzlichen Regelung über Inhalt und Schranken des Eigentums (Urt. v. 7.11.1997 - 4 C 7.97 -, NVwZ 1998, 735). Es obliege allein dem Bundes- oder Landesgesetzgeber, Inhalt und Umfang des grundrechtlich geschützten Eigentums in formeller und materieller Hinsicht zu bestimmen. Bestehe aber eine gesetzliche Regelung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, wie das mit §§ 30 - 35 BauGB der Fall ist, sei daneben für eine eigenständige Anspruchsgrundlage aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes kein Raum. Insoweit fungiere das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG wie auch bei anderen Grundrechten gegenüber dem einfachen Recht lediglich als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (BVerwG, Urt. v. 7.11.1997, aaO., mwN.). Neben den in § 35 Abs. 4 BauGB geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen gibt es daher keinen auf

Bestandsschutz gegründeten Anspruch auf Zulassung von Veränderungen oder Erweiterungen nicht privilegierter baulicher Anlagen im Außenbereich (BVerwG, Beschl. v. 11.12.1996 - 4 B 231.96 - BRS 58 Nr. 93 und v. 18.7.1997 - 4 B 116.97 - BRS 59 Nr. 96; zum Bestandsschutz: Stühler BauR 2002, 1488). Der Gesetzgeber hat in § 35 Abs. 4 S. 1 BauGB ein differenziertes System von Einzelregelungen zu den Begünstigungstatbeständen geschaffen, das insbesondere nicht durch eine Kombination der verschiedenen Nummern beliebig erweiterbar ist (BVerwG, Urt. v. 12.3.1998 - 4 C 10.97 - BRS 60 Nr. 98). Außerdem müssen alle Vorhaben i.S.v. Absatz 4 außenbereichsverträglich sein, d.h. abgesehen von den in Absatz 4 Satz 1 ausgenommenen öffentlichen Belangen dürfen sie die übrigen öffentlichen Belange des Absatzes 3 nicht beeinträchtigen.

a. Nutzungsänderung land- oder forstwirtschaftlicher Anlagen (Nr. 1) - „Entprivilegierung“

§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB ermöglicht die Umnutzung land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken dienender Gebäude. Damit wird dem Strukturwandel in der Land- und Forstwirtschaft Rechnung getragen. Mit Blick auf die besonderen wirtschaftlichen Probleme dieser Betriebe soll durch die Begünstigung ein Verlust des in die Gebäude investierten Kapitals vermieden und ein Zerfall der Bausubstanz verhindert werden. Dies setzt voraus, daß noch eine Hofstelle vorhanden bzw. die bodenrechtliche Situation noch von den vorhandenen Gebäuden des (ehemaligen) Hofes geprägt ist. Die umzunutzenden Gebäude dürfen also nicht nur den Rest eines Hofes darstellen, von dem baulich sonst nichts mehr vorhanden ist. Für eine Hofstelle muß eines der Gebäude ein landwirtschaftliches Wohngebäude sein (BVerwG BauR 2006, 1103). Die Umnutzung kann nicht nur zur Wohnnutzung, sondern auch für eine außenbereichsverträgliche gewerbliche Nutzung erfolgen, z.B. für landwirtschaftliche Lohnunternehmen, kleingewerbliche Handwerks- und Dienstleistungsbetriebe. Es genügt allerdings nicht, daß das zur Entprivilegierung anstehende Gebäude für land- oder forstwirtschaftliche Zwecke genehmigt worden ist; es muß auch tatsächlich so genutzt worden sein (BVerwG BauR 1983, 138; 1984, 142). Damit wird sichergestellt, daß neue Bausubstanz nicht auf „Vorrat“ für künftige Entprivilegierungen geschaffen wird. Mit der Umnutzung darf keine nennenswerte zusätzliche Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen verbunden sein. Zudem ist nur die erstmalige Änderung der Nutzung begünstigt, nicht eine weitere Nutzungsänderung nach einer an die landwirtschaftliche anschließenden anderen Nutzung (BVerwG, Beschl. v. 1.2.1995 - 4 B 14.95 - Buchholz 406.11 § 35 Nr. 307; VG Sigmaringen, Urt. v. 25.11.2004 - 6 K 1113/04 -). Es ist auch nicht Sinn des Gesetzes, eine erneute Umnutzung von Bausubstanz zu ermöglichen, die im Anschluß an eine frühere landwirtschaftliche Nutzung in der Zwischenzeit tatsächlich anderen Zwecken (z.B. nicht landwirtschaftsbezogenem Wohnen) gedient hat. Die

Begünstigung des § 35 Abs. 4 S. 1 BauGB ermöglicht also nicht die Umnutzung von Gebäuden oder Gebäudeteilen, die im Anschluß an eine frühere landwirtschaftliche Nutzung für eine nicht unwesentliche Dauer anderen Zwecken gedient haben, auch wenn diese später wieder ersatzlos aufgegeben worden ist (OVG Münster BauR 2004, 47). Jede neuerliche Nutzungsänderung richtet sich daher ggf. nach § 35 Abs. 2 BauGB. Auf die Wahrung der Frist des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 c) BauGB kommt es in diesem Fall von vornherein nicht an (OVG Münster BauR 2004, 47). Eine Folgeänderung ist aber unschädlich, wenn die jeder Nutzung eigene tatsächliche Variationsbreite nicht überschritten wird und der neuen Nutzung unter städtebaulichen Gesichtspunkten nicht eine andere Qualität zukommt (BVerwG BRS 63 Nr. 173). Führt die Umnutzung zu einer Qualitätsänderung, ist darüber gem. § 35 Abs. 2 BauGB zu entscheiden.

Wird ein Gebäude in 2 Wohnungen umgenutzt und eigentumsrechtlich abgetrennt, muß eine spätere erneute Umnutzung der verbliebenen Hofstelle zu Wohnzwecken nicht über eine Baulast verhindert werden. Die Bauaufsichtsbehörde muß stets die gesamte ehemalige Hofstelle - unabhängig von den neuen Eigentumsverhältnissen - im Blick halten, so daß ohnehin nur noch eine weitere Wohnung auf dieser Hofstelle zulässig ist. Absatz 4 S. 1 Nr. 1 gilt nach dem Gesetzeswortlaut nur für Gebäude i.S.d. Absatzes 1 Nr. 1, also auch für Betriebsgebäude eines Freilandgartenbaubetriebs, nicht hingegen für Gartenbaubetriebe nach Absatz 1 Nr. 2.

1) *Zweckmäßige Verwendung erhaltenswerter Bausubstanz*

Nach Buchst. a) ist nur eine zweckmäßige Verwendung erhaltenswerter Bausubstanz begünstigt.

i. Erhaltenswert

bedeutet, das Gebäude stellt noch einen wirtschaftlichen Wert dar. Damit wird die Selbstverständlichkeit unterstrichen, daß Anknüpfungspunkt für eine begünstigte Umnutzung nur eine noch „umnutzungsfähige“, d.h. bestandsschutzfähige Bausubstanz sein kann. Eine Ruine, die nur als „Aufhänger“ für eine neue und an sich außenbereichsfremde Nutzung genommen wird, erfüllt diese Voraussetzung nicht. Grundvoraussetzung ist also, daß eine Bausubstanz vorhanden und im baulich-technischen Sinne erhaltenswert ist. Ein Gebäude, das weitgehend zerstört ist oder sich in einem baulich-technischen Zustand befindet, dessen Wiederverwendung einem Ersatzbau gleichkommt, scheidet deshalb aus.

ii. Zweckmäßig

ist eine Verwendung, wenn das Gebäude objektiv und langfristig in seiner Gestalt den Ansprüchen der beabsichtigten Nutzung genügt und in

der vorgefundenen Ausstattung der beabsichtigten Nutzung entgegenkommt. Es darf sich also nicht um eine Nutzungsänderung handeln, bei der lediglich die „Gebäudehülle“ benutzt wird, um einen Neubau zu kaschieren. Es darf sich auch nicht schon bei der Prüfung des Bauantrags abzeichnen, daß die vorhandene Bausubstanz den Anforderungen der neuen Nutzung in quantitativer Hinsicht nicht gerecht wird. Für eine Nutzungsänderung nach Nr. 1 scheidet aber auch solche Gebäude aus, die nach ihrem städtebaulichen Erscheinungsbild für eine Weiternutzung und Nutzungsänderung ungeeignet sind (z.B. Bretterscheune zu Wohngebäude). Der Begriff der Zweckmäßigkeit setzt also eine gewisse wirtschaftliche Vernünftigkeit voraus, die sich nicht auf den bloßen Wunsch der individuellen Nutzung des Außenbereiches beschränkt. Nutzungsänderungen, die nach Art und Umfang der vorhandenen baulichen Anlage nicht angemessen sind, dienen nicht der zweckmäßigen Verwendung der Bausubstanz. Ein privilegiertes Gebäude, für das ein Ersatzwohnhaus genehmigt worden ist, kann nur dann gem. § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB umgenutzt werden, wenn es zwischenzeitlich tatsächlich und für längere Zeit (wieder) landwirtschaftlich privilegiert genutzt wurde. Eine Baulast, das Gebäude nicht wieder zu Wohnzwecken zu nutzen, ändert nichts an dieser rechtlichen Beurteilung. Die Anwendung des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB setzt zwingend voraus, daß das zur Umnutzung vorgesehene Objekt tatsächlich als ein einem landwirtschaftlichen Betrieb dienendes Gebäude genutzt worden ist (OVG Münster, Ur. v. 18.12.2003 - 10 A 1574/01 -). Der Antragsteller trägt für die frühere landwirtschaftliche Nutzung die Beweislast (BVerwG BauR 1999, 733). Mit dem Erfordernis der Außenbereichsverträglichkeit gem. Abs. 5 S. 1 ist es unvereinbar, wenn neben den bereits im Rahmen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 (Betriebsleiterwohnung, Altenteiler) und des § 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB (ausnahmsweise 3 Wohnungen) zulässigen Wohnungen, weitere Wohnnutzungen im Außenbereich ermöglicht würden.

2) *Wahrung der äußeren Gestalt des Gebäudes*

Nach Buchst. b muß die äußere Gestalt des umzunutzenden Gebäudes im wesentlichen gewahrt bleiben. Die frühere Voraussetzung, daß mit der Nutzungsänderung keine wesentliche Änderung der baulichen Anlage verbunden sein durfte, ist nicht mehr Gegenstand der gesetzlichen Regelung. Soweit das umzunutzende Gebäude nicht das Bild der Kulturlandschaft prägt und auch kein Denkmal ist, sind nunmehr an diese Voraussetzung weniger strenge Anforderungen zu stellen. Zulässig können z.B. Dachflächenfenster sein, wenn sie die Wohnnutzung eines Scheunendachgeschosses erst ermöglichen, sowie Dachgauben, wenn ihre Form und Anzahl der Dachgestaltung der früheren Hofstelle oder vergleichbarer Hofstellen der Region entsprechen. Dabei kommt

es vor allem auf das ursprüngliche, von der landwirtschaftlichen Funktion geprägte und seinerseits Landschaft und Umgebung prägende Erscheinungsbild an. Die äußere Gebäudegestalt (Außenwände, Dach) und der Gebäudecharakter sind in den Grundzügen zu erhalten, so daß die Beseitigung des Bestands und seine Ersetzung durch eine Kopie ausgeschlossen ist. Die Veränderungen innerhalb des Gebäudes, bis hin zur gänzlichen Entkernung, bleiben von der Vorschrift unbeachtet (BayVGH, Ur. v. 05.02.2007 - 1 BV 05.2981 -, UPR 2008, 458).

3) *7 - Jahresfrist nach Aufgabe der Landwirtschaft*

Nach Buchst. c darf die Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung nicht länger als 7 Jahre zurückliegen. Baden-Württemberg hat insoweit aber von der Ermächtigung in § 245 b Abs. 2 BauGB Gebrauch gemacht. Nach § 1 AGBauGB (GBl. 2009, 251) ist die 7-Jahres-Frist des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Buchst. c BauGB als Voraussetzung für die Änderung der bisherigen Nutzung eines Gebäudes im Außenbereich in Baden-Württemberg nicht anzuwenden. Bemerkenswert ist, daß die Vorgängerregelung zur Aussetzung der 7-Jahres-Frist zum 31.12.2008 ausgelaufen, das neue AGBauGB aber erst zum 24.6.2009 in Kraft getreten ist. Aufgegeben ist die Nutzung, wenn sie das Fortbestehen des landwirtschaftlichen Betriebsgebäudes im Außenbereich nicht mehr rechtfertigt. Maßgeblich für die Berechnung der Frist ist der Zeitpunkt, zu dem die landwirtschaftliche Nutzung endgültig aufgegeben worden ist. Für den Ablauf der Frist ist auf den Zeitpunkt des Eingangs des Bauantrags bei der zuständigen Genehmigungsbehörde abzustellen (vgl. OVG Münster BRS 62 Nr. 113). Die Frist wird durch eine Bauvoranfrage nur gewährt, wenn mit ihr alle bauplanungsrechtlichen Fragen geklärt werden sollen. Für eine vor dem Inkrafttreten des AGBauGB ohne Genehmigung durchgeführte Nutzungsänderung ist zu prüfen, ob das Vorhaben möglicherweise im Zeitpunkt der Durchführung materiell legal gewesen ist. Nach der grundlegenden Entscheidung des BVerwG v. 28.6.1956 (I C 93.54 -, E 3, 351) widerspricht es der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, wenn bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit die Rechtslage im Zeitpunkt der Errichtung außer Acht bliebe, d.h. die Rechtslage im Zeitpunkt der aktuellen Entscheidung ist nicht allein entscheidend. Möglich ist also auch die nachträgliche Legalisierung einer bereits vorgenommenen Nutzungsänderung (BVerwG NVwZ 1986, 832). Die einmal vorhanden gewesene materielle Legalität vermittelt der Anlage insofern Bestandsschutz, eine Abrißverfügung wäre somit nicht zulässig. Begünstigt ist jedoch nur die erstmalige Nutzungsänderung; jede weitere Nutzungsänderung beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln. Ein Anspruch auf Genehmigung einer Nutzungsänderung besteht aber nur, wenn alle Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB -

mit Ausnahme der Betriebsaufgabe vor weniger als 7 Jahren - im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung erfüllt sind. Eine Nutzungsänderung ohne Beachtung der vor Inkrafttreten des AGBauGB geltenden 7-Jahres-Frist ist nachträglich nicht genehmigungsfähig.

4) *zulässigerweise errichtete Gebäude*

Nach Buchst. d muß das Gebäude vor mehr als 7 Jahren zulässigerweise errichtet sein. Damit soll die mißbräuchliche Ausnutzung einer Privilegierung verhindert werden. Zulässigerweise errichtet ist ein Gebäude, wenn es formell oder materiell rechtmäßig errichtet und genutzt wurde. Für die formelle Legalität reicht es aus, dass für das Gebäude eine Baugenehmigung vorliegt und die Genehmigung nicht zurückgenommen oder widerrufen worden ist. Die Beweispflicht für die Existenz der Baugenehmigung trifft den Bauherrn (BVerwG BauR 1999, 733; NJW 1980, 252). Der Bestandsschutz aus der Baugenehmigung erlischt, wenn ein früher (formell) rechtmäßiges Gebäude baulich so verändert wurde, daß es als „anderes Gebäude“ (aliud) anzusehen ist (BVerwG NVwZ-RR 1995, 68). Das gilt auch für den Fall, in dem die genehmigte Nutzung aufgegeben wird, z.B. wenn ein Altenteilerhaus von Dritten bewohnt wird. Zulässigerweise ist ein Gebäude errichtet, wenn es genehmigt („formeller Bestandsschutz“) oder derzeit oder zu irgendeinem Zeitpunkt seines Bestehens mit dem für seine Zulässigkeit geltenden materiellen Recht („materieller Bestandsschutz“) übereingestimmt hat (BVerwG BauR 1979, 304). Das Vorhandensein einer Genehmigung für dieses Gebäudes reicht insoweit nicht aus, es muß auch über eine hinreichende Zeitspanne hinweg tatsächlich landwirtschaftlich genutzt worden sein (BVerwG BauR 1994, 343). Die Vorteile des § 35 Abs. 4 BauGB sollen nämlich demjenigen nicht zugute kommen, der sein für einen privilegierten Zweck genehmigtes Gebäude niemals diesem privilegierten Zweck entsprechend tatsächlich genutzt hat (BVerwG BRS 56 Nr. 83). Die 7-Jahres-Frist soll verhindern, daß landwirtschaftliche Betriebsgebäude nur zu dem Zweck errichtet werden, sie alsbald begünstigt umnutzen zu können.

Die Aussetzung der 7-Jahres-Frist des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Buchst. c BauGB gem. § 1 AGBauGB (GBl. 2009, 251) in Baden-Württemberg läßt die vorliegende Frist nach Buchst. d unberührt.

5) *räumlich-funktionaler Zusammenhang mit der Hofstelle*

Buchst. e erfaßt nur die Umnutzung von Gebäuden innerhalb der Hofstelle. Hofstelle ist der bauliche Schwerpunkt des landwirtschaftlichen Betriebes. Ein räumlich-funktionaler Zusammenhang liegt vor, wenn das umzunutzende Gebäude in unmittelbarer Nähe zur Hofstelle

liegt oder Bestandteil der Hofstelle ist und das Gebäude dem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gedient hat. Bei Gebäuden, die weit von der Hofstelle entfernt liegen (z.B. Feldscheunen, Ställe), fehlt es folglich am Merkmal der räumlichen Zuordnung. Das OVG Münster hat z.B. einem Gebäude die räumliche Zuordnung zur Hofstelle bei 80 m Luftlinie bzw. 170 m Wegstrecke abgesprochen (Beschl. v. 26.03.1998 - 10 A 6263/96 -). Der Zusammenhang mit der Hofstelle muß zu dem Betrieb bestehen, von dem das Gebäude seine bisherige Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ableitet (BVerwG, Ur. v. 18.5.2001 - 4 C 13/00 -, NVwZ 2001, 1282). Einem Gebäude, das zwar im Zusammenhang mit der Hofstelle steht, aber nie dem landwirtschaftlichen Anwesen gedient hat, fehlt es an der funktionalen Zuordnung. Gebäude können nur dann eine Hofstelle im Sinne dieser Vorschrift bilden, wenn zumindest eines der Gebäude ein landwirtschaftliches Wohngebäude ist (BVerwG BauR 2006, 1103). Reine Betriebsstandorte ohne die traditionelle Verbindung von Arbeiten und Wohnen genügen daher nicht. Die Begünstigung konzentriert sich damit auf den baulichen Schwerpunkt des land- bzw. forstwirtschaftlichen Betriebes, nicht zuletzt um eine darüber hinausgehende Zersiedelung des Außenbereiches zu verhindern.

6) *höchstens 3 zusätzliche Wohnungen je Hofstelle*

Nach Buchst. f sind bei einer Änderung der Nutzung zu Wohnzwecken neben den bisher nach Absatz 1 Nr. 1 zulässigen Wohnungen maximal 3 zusätzliche Wohnungen je Hofstelle zulässig. Als Wohnungen sind dabei nur solche anzusehen, die Dauerwohnzwecken dienen. Nicht unter den Wohnungsbegriff fallen Wohnungen, die von der privilegierten Nutzung mitgezogen worden sind, z.B. Wohnungen, die für „Ferien auf dem Bauernhof“ genutzt worden sind. Von Bedeutung ist insoweit auch, daß die Vorschrift weder eine Beschränkung der Größe der zusätzlichen Wohnungen noch des Benutzerkreises vorgibt. Es ist also nicht erforderlich, daß die neu entstehenden Wohnungen von dem Landwirt oder seinen Familienangehörigen selbst genutzt werden. Außerdem sind die auf der Hofstelle privilegiert errichteten Wohnungen nicht mitzuzählen, auch wenn sie zum Zeitpunkt der Nutzungsänderung nicht mehr privilegiert genutzt werden, weil die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung innerhalb der 7-Jahres-Frist aufgegeben worden ist. Die gem. § 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB zusätzlich maximal zulässigen drei Wohneinheiten beinhalten aber auch Wohnungen, die zuvor aufgrund anderer Begünstigungstatbestände, also z.B. nach § 35 Abs. 4 BauGB, auf der Hofstelle genehmigt wurden.

7) *keine Neubebauung als Ersatz für die aufgegebene Nutzung*

Die Einschränkung in Buchst. g soll verhindern, daß bislang land- oder forstwirtschaftlich genutzte Bausubstanz lukrativ entprivilegiert, aufgrund des Fortbestands des Betriebs mit unvermindertem Gebäudebedarf ein entsprechender Ersatz geschaffen und so der Baubestand im Außenbereich vergrößert wird. Die Verpflichtung gem. Buchst. g, keine Neubebauung als Ersatz für die aufgegebenen Nutzung vorzunehmen, ist nach § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB durch Baulast (§ 71 LBO) sicherzustellen. Etwas anderes kann nur gelten, wenn eine im Zeitpunkt der Nutzungsänderung nicht vorhersehbare Entwicklung eintritt und die Errichtung eines neuen Gebäudes zur sinnvollen Fortführung des Betriebes notwendig wird. Mit Blick auf die Zielsetzung der Regelung darf der spätere (privilegierte) Gebäudebedarf zum Zeitpunkt der Entprivilegierung aber weder bestanden haben noch vorhersehbar gewesen sein. Bei Zweifeln an der Erforderlichkeit des Neubaus, ist eine Stellungnahme der zuständigen Fachbehörde (Landwirtschaftsamt, Forstbehörde) zu dieser Frage einzuholen.

b. Ersatzbau für mangelbehaftetes Wohngebäude (Nr. 2)

§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB begünstigt den Ersatz eines „abgängigen“ Wohngebäudes. Die Regelung geht über den Bestandsschutz hinaus, da dieser mit dem Untergang der Bausubstanz endet (VGH Baden-Württemberg BauR 1993, 439). Das aufgegebenes Gebäude verliert mit der Errichtung des Ersatzwohnhauses und Aufnahme der Nutzung seine Privilegierung und den Bestandsschutz (BVerwG BauR 1975, 44; BRS 63 Nr. 121; BRS 56 Nr. 76).

1) gleichartiges Wohngebäude an gleicher Stelle

Grundvoraussetzung ist, daß ein gleichartiges Wohngebäude an gleicher Stelle errichtet werden soll. Die Regelung begünstigt nur Wohngebäude, also Gebäude, die dem Dauerwohnen dienen, nicht dagegen Ferien- und Wochenendhäuser (BVerwG BauR 1988, 699; 1982, 359). Ein als Wohnhaus genutztes ehemaliges Bauernhaus mit einer Wohneinheit ist einem Ersatzgebäude mit zwei Wohnungen in zwei aneinander gesetzten, selbständig nutzbaren Haushälften („Zwillingsbau“) nicht gleichartig (BVerwG BauR 2005, 358). Es darf auch nicht nach § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 5 BauGB in einen derartigen Zwillingsbau umgebaut werden. Der Neubau muß gleichartig sein, d.h. in Bauvolumen, Nutzung und Funktion dem früheren Gebäude entsprechen. Die Gleichartigkeit hängt nicht von der inneren Einteilung des Gebäudes oder der früheren Art der Nutzung einzelner Räume ab. § 35 Abs. 4 S. 2 BauGB läßt bei den Ersatzbauvorhaben geringfügige Erweiterungen zu. Das Ersatzgebäude muß grundsätzlich an gleicher Stelle errichtet werden (BVerwG BauR 1982, 359; BauR 1979, 304). Geringfügige Standortabweichungen des

neuen Wohngebäudes sind nach Abs. 4 Satz 2 zulässig, jedoch dürfen dadurch öffentliche Belange nicht zusätzlich (mehr als geringfügig) betroffen sein (vgl. BVerwGE 61, 290).

2) *das vorhandene Gebäude muß zulässigerweise errichtet worden sein*

Zur Voraussetzung der zulässigen Errichtung kann auf die Ausführungen zu § 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB verwiesen werden.

3) *das vorhandene Gebäude muß Mißstände oder Mängel aufweisen*

Was als Mißstand oder Mangel zu verstehen ist, kann § 177 Abs. 2 und 3 BauGB entnommen werden. Mißstände liegen danach insbesondere vor, wenn die bauliche Anlage nicht den allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohnverhältnisse entspricht. Mängel sind insbesondere dann gegeben, wenn durch Abnutzung, Alterung, Witterungseinflüsse oder Einwirkungen Dritter die bestimmungsgemäße Nutzung der baulichen Anlage nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Begünstigt wird somit nur die Behebung erheblich beeinträchtigender Mängel, nicht dagegen die Anpassung der Wohnverhältnisse an gehobenen Wohnkomfort. Es muß also objektiv eine erhebliche und schwerwiegende Abweichung von den allgemeinen Anforderungen vorliegen, die sich wesentlich auf das gesunde und sichere Wohnen und Arbeiten auswirkt. Das ist der Fall, wenn das Gebäude wegen der Baumängel nicht störungsfrei zweckentsprechend genutzt werden kann und der Bauzustand gegenüber vergleichbaren baulichen Anlagen, die ordnungsgemäß unterhalten worden sind, spürbar und in sozial unverträglicher Weise abfällt, wenn also die Anlage auch für einen unvoreingenommenen Betrachter objektiv nur unter empfindlichen Beeinträchtigungen der Wohn- und Arbeitsmöglichkeiten zu benutzen ist. Notwendig ist daher eine Bewertung der Mängel im Verhältnis zum Gesamtzustand des Wohngebäudes, d.h. nur gravierende, das Gebäude erheblich beeinträchtigende Mängel rechtfertigen die Begünstigung, nicht aber „leichtere“ Mängel (z.B. Fassade, Bedachung). Vor diesem Hintergrund ist es nicht unverhältnismäßig, sondern zumeist sogar geboten, das Altgebäude zu beseitigen und dies auch in einer vollstreckbaren Nebenbestimmung zur Baugenehmigung für den Ersatzbau festzuschreiben. Die Baulast ist deswegen hier kein geeignetes Instrument, um eine unerwünschte weitere Nutzung des Altbestands zu unterbinden. § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauGB verlangt keinen vollständigen Abbruch des Altbestandes, vielmehr können einzelne Teile stehen bleiben, wenn sie in das neue Bauwerk integriert werden. Dies bedeutet, daß entweder der Altbau des Wohngebäudes/Wohnteils durch den Umbau selbst zum Ersatzbau wird oder das Wohngebäude/der Wohnteil wird vollständig beseitigt und neu (ggf. unter geringfügiger Erweiterung und/oder Standortverschiebung) errichtet. Ein Verbleib des alten

Wohngebäude(teil)s in seinem schlechten Zustand als Leerstand ist bei Genehmigung eines Ersatzbaus nicht zulässig, da sonst die (Wohn-)Gebäudesubstanz vergrößert und damit der Außenbereich zusätzlich in Anspruch genommen wird.

4) *das Altgebäude muß vom Eigentümer selbst genutzt worden sein*

Voraussetzung für die Errichtung eines Ersatzgebäudes für Wohnzwecke ist, daß der Eigentümer das vorhandene Gebäude längere Zeit selbst genutzt, d.h. bis zur Neuerrichtung des Ersatzbaus selbst als Lebensmittelpunkt bewohnt hat (sog. Rheumaklausel). Auf welchen Zeitraum sich die Nutzung des Altbestandes durch den Eigentümer mindestens erstrecken muß, ist nicht geregelt. Grundsätzlich ist dabei von einer Eigennutzung von deutlich mehr als 2 Jahren auszugehen (BVerwG BauR 1981, 360; BRS 48 Nr. 71 OVG Münster, Urt. v. 14.7.2004 - 10 A 4471/01 -). Mit dem Erfordernis der hinreichend langen Eigennutzung soll erreicht werden, daß nur dem Personenkreis geholfen wird, der bisher unter unwürdigen und unzumutbaren Umständen im Außenbereich gelebt, sich mit den beengten Wohnverhältnissen abgefunden und damit unter Beweis gestellt hat, daß dieses Wohnhaus im Familienleben eine bedeutende Rolle spielt (BVerwG BRS 38 Nr. 101; BRS 64 Nr. 106). Daraus folgt, daß dieses höchstpersönliche Erdulden der unzulänglichen Wohnverhältnisse auch an die betroffene Person gebunden ist. Damit soll verhindert werden, daß Personen im freizuhaltenden Außenbereich Wohnhäuser erwerben, die sie vorher nicht selbst bewohnt haben, um sie dann unter Hinweis auf entsprechende eigene Wohnbedürfnisse erweitern zu können (HessVGH BauR 2003, 594), und daß abgängige Wohngebäude auch nicht von Dritten zu spekulativen Zwecken aufgekauft, saniert und weiterveräußert werden. Die Anrechnung der Nutzungszeit des Altbestandes durch einen Voreigentümer ist dann nicht zulässig. Anderes gilt nur, wenn der Eigentümer das Gebäude über viele Jahre hinweg als Mieter bewohnt hat und es erst danach zu Eigentum erworben hat oder es ihm im Wege der Erbfolge erst dann übertragen worden ist. Unerheblich ist, ob die Erbfolge kraft Gesetzes oder aufgrund eines Testaments erfolgt ist. Auch wenn der Erbe das Gebäude nicht selbst bewohnt hat, wird ihm die Selbstnutzungszeit des Erblassers zugerechnet. Das gilt aber nicht bei vorweggenommener Erbfolge, wenn weder der Erbe noch der Erblasser das Haus selbst bewohnt haben. Bei vorweggenommener Erbfolge muß entweder der Erbe oder der Erblasser das Haus selbst bewohnt haben, ansonsten mangelt es an dem Kriterium der Eigennutzung.

5) *Tatsachen müssen die Annahme rechtfertigen, daß der Ersatzbau für den Eigenbedarf genutzt wird*

Außerdem muß aufgrund aller Umstände des Einzelfalls damit zu rechnen sein, daß eine Eigennutzung des Ersatzbaus durch den Eigentümer oder seiner Familie auf Dauer stattfinden wird. Dies bedeutet, daß eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung vorliegt, wenn das neue Wohngebäude durch einen anderen als diesen Personenkreis genutzt wird. Zulässig ist auch nur der Wiederaufbau zur Nutzung des Neubaus als Dauerwohnung, nicht dagegen für Freizeitwecke als Wochenendhaus (BVerwG NVwZ 1995, 700; VGH Bad.-Württ. BauR 2006, 975).

c. Ersatzbau für ein zerstörtes Gebäude (Nr. 3)

Durch § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB wird die alsbaldige Neuerrichtung eines zulässigerweise errichteten Gebäudes an gleicher Stelle begünstigt, wenn es durch Brand, Naturereignisse oder andere außergewöhnliche Ereignisse zerstört worden ist.

Zu den Tatbestandsmerkmale der zulässigerweisen Errichtung, der Gleichartigkeit und des gleichen Standorts kann auf die Ausführungen zu § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB verwiesen werden. Geringfügige Erweiterungen des neuen gegenüber dem zerstörten Gebäude sowie geringfügige Abweichungen vom bisherigen Gebäudestandort sind zulässig. Auch insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

1) Brand, Naturereignisse oder andere außergewöhnliche Ereignisse

Die Vorschrift ist ebenfalls eine Ausnahmeregelung zum Bestandsschutz. Gebäude, die durch Brand, Naturereignisse oder andere außergewöhnliche Ereignisse gegen den Willen des Eigentümers zerstört wurden und dadurch den Bestandsschutz an sich verloren haben, dürfen alsbald, d.h. solange die bodenrechtliche Situation des Grundstücks infolge nachwirkender Prägung durch das zerstörte Gebäude für den Wiederaufbau noch aufnahmefähig ist (BVerwG, Ur. v. 8.6.1979 - 4 C 23.77 -, DVBl. 1979, 625), gleichartig und an gleicher Stelle wieder errichtet werden. Außergewöhnliche Ereignisse sind solche, die nicht vorhersehbar waren und nicht der Sphäre des Eigentümers zuzurechnen sind, z.B. Gasexplosionen, Flugzeugabstürze, militärische Manöver oder rechtswidrige Eingriffe Dritter, wodurch das Gebäude zerstört wurde (BVerwG BauR 1983, 55). Maßgeblich ist, daß das außergewöhnliche Ereignis von außen an den Bestand herantritt und nicht bereits in diesem selbst angelegt ist. Der allmähliche, altersbedingte oder infolge mangelnder Unterhaltung eingetretene Verfall eines Hauses, der bei Instandsetzungsarbeiten offenkundig wird und zu einem ggf. unerwarteten Einsturz von Mauern bei Umbauarbeiten oder Sanierungsversuchen führt, fällt damit nicht unter das Merkmal des außergewöhnlichen Ereignisses (BVerwG BauR 1981, 360; BauR 1981, 554). Die Begünstigung gem. § 35

Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB erfaßt also keine Zerstörungen, die letztlich vom Eigentümer selbst verursacht worden sind. Auch wenn das Gebäude wegen fehlerhafter Baumaßnahmen zusammenbricht, ist dies das normale Schicksal eines Gebäudes und kein Katastrophen- oder Unglücksfall i.S.d. Vorschrift.

2) *alsbaldige Neuerrichtung*

Durch § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB wird nur die alsbaldige Errichtung eines Ersatzbaus begünstigt. Wann eine solche Errichtung „alsbald“ erfolgt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, nämlich davon, ob nach der Verkehrsanschauung das fragliche Grundstück für einen solchen Ersatzbau noch „aufnahmefähig“ ist (BVerwGE 58, 124). In aller Regel kann man wohl davon ausgehen, daß dies binnen eines Jahres, maximal zweier Jahre nach Zerstörung des Altbestandes sein wird (BVerwG, Beschl. v. 18.9.1984 - 4 B 203.84 -, NVwZ 1985, 184). Zu fordern wird sein, daß die Baugenehmigung zur Neuerrichtung innerhalb eines Jahres nach der Zerstörung beantragt wird. Für das folgende zweite Jahr ist noch davon auszugehen, daß der Wiederaufbau erwartet wird. Nach Ablauf von zwei Jahren muss der Bauherr besondere Gründe dafür darlegen, daß die Zerstörung des Gebäudes keinen endgültigen Zustand herbeigeführt hat (BVerwGE 64, 42).

d. **Änderung eines die Kulturlandschaft prägenden Gebäudes (Nr. 4)**

§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 BauGB begünstigt die Änderung oder Nutzungsänderung von erhaltenswerten, das Bild der Kulturlandschaft prägenden Gebäuden, auch wenn sie aufgegeben sind, wenn das Vorhaben einer zweckmäßigen Verwendung der Gebäude und der Erhaltung des Gestaltwertes dient. Zweck der Vorschrift ist es, dem drohenden Verfall von Bau- und Denkmälern und anderen kulturell bedeutsamen Bauwerken mit einer entsprechenden Beziehung zum Außenbereich vorzubeugen. Dem liegt die Erfahrung zu Grunde, daß selbst an sich erhaltenswerte Gebäude dem Verfall anheimfallen und dann die Landschaft verunstalten, wenn sie nicht für eine wirtschaftlich tragfähige Nutzung in Betracht kommen.

In der Regel ist die Voraussetzung der Nr. 4, „das Bild der Kulturlandschaft prägend“, erfüllt, wenn das Gebäude unter Denkmalschutz steht (OVG Koblenz BauR 1983, 447). Förmlicher Denkmalschutz ist aber nur ein Indiz, keine Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift. Andererseits prägt selbst ein Denkmal das Bild der Kulturlandschaft dann nicht, wenn es sich in dieser Landschaft als Fremdkörper darstellt, z.B. eine Bunkeranlage. Ein erhaltenswertes, das Bild der Kulturlandschaft prägendes Gebäude i.S.d. Abs. 4 S. 1 Nr. 4 liegt somit vor, wenn das Gebäude nach seinem äußeren Erscheinungsbild für die Baugestaltung und Baukultur einer Epoche

aussagekräftig und für den Charakter der es umgebenden Kulturlandschaft typisch ist (z.B. Windmühlen). Zwischen dem Bauwerk und der Kulturlandschaft muß eine erkennbare Wechselbeziehung in dem Sinne bestehen, daß die Kulturlandschaft ihre besondere Eigenart auch durch das Bauwerk erhält (BVerwG NVwZ-RR 1991, 339). Die historische Bedeutung des Standorts eines Gebäudes, die im äußeren Erscheinungsbild des Bauwerks keinen Niederschlag findet, ist für sich allein nicht ausreichend, um eine Kulturlandschaft prägende Wirkung im dargelegten Sinne zu begründen (OVG Münster BRS 60 Nr. 97). Ein Gebäude, das Teil einer kulturhistorisch bedeutsamen, die Landschaft prägenden Anlage ist, ist nicht allein deshalb, sondern nur dann begünstigt, wenn die die Kulturlandschaft prägende Wirkung gerade auch von diesem Gebäude selbst ausgeht (BVerwG BRS 52 Nr. 83; OVG Münster, Beschl. v. 16.6.2005 - 7 A 409/05 -).

Es muß ein Gebäude i.S.d. § 2 Abs. 2 LBO vorhanden sein, eine sonstige bauliche Anlage ist nicht ausreichend. Unerheblich ist, ob es sich um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB handelt (OVG Koblenz BRS 40 Nr. 98). Auch die formelle oder materielle Legalität des Gebäudes spielt keine Rolle. Die Nutzung kann schon aufgegeben worden, die wesentlichen (Nutzungs-)Merkmale müssen aber noch ersichtlich sein und nach der Änderung ersichtlich bleiben. Das Gebäude darf jedoch noch nicht bereits zur Ruine verfallen, muß also in seiner Substanz noch erhaltenswert sein (BVerwG BauR 1994, 83). Nicht erfaßt wird daher der Wiederaufbau von Ruinen und Anlagen, die mittlerweile jegliche Funktion verloren haben. Diese können so nicht wieder zu baulichem Leben erweckt werden (BVerwG NVwZ-RR 1994, 307). Ausgeschlossen sind daher Veränderungen, die einer Neuerrichtung (Ersatzbau) oder Erweiterung i.S.d. § 35 Abs. 4 S. 1 Nrn. 2, 3, 5 und 6 gleichkommen (BVerwG BauR 1981, 245; BauR 1994, 83). Der neue Verwendungszweck darf die landschaftsprägende Wirkung des Gebäudes nicht beeinträchtigen. Der frühere Baubestand muß im Gefüge der veränderten Anlage als Hauptsache erkennbar bleiben (BVerwG BauR 1994, 83). Ist das Gebäude Teil einer Anlage mit gänzlichen oder teilweisen Neubauten oder verfallenen Gebäuden bzw. Ruinen, die das Bild der Kulturlandschaft nicht oder nicht mehr prägen, ist maßgeblich, ob es für sich alleine das Bild noch prägen kann.

Die zweckmäßige Verwendung bei Erhaltung des Gestaltwerts stellt auf die äußere Erscheinungsform ab. Damit scheidet Umgestaltungen aus, die zwar die Identität der Anlage unangetastet lassen, dem Gebäude aber ein im Vergleich zum früheren Zustand anderes Erscheinungsbild geben. Bauliche Veränderungen im Inneren sind problematisch, wenn ursprüngliche, konstruktive Bauteile erheblich verändert werden. Mit der zweckmäßigen Verwendung ist auch nicht das Interesse des Eigentümers an einer lukrativen Verwendung angesprochen, vielmehr geht es darum, daß die neue

Verwendung dem erhaltenswerten Gebäude angemessen ist, die prägende Wirkung auf die Kulturlandschaft nicht beeinträchtigt wird und die Erhaltung des Gebäudes nach Möglichkeit auf Dauer gewährleistet ist. Damit scheiden Nutzungen aus, die das erhaltenswerte Gebäude über Gebühr in Mitleidenschaft ziehen oder in Widerspruch zur Kulturlandschaft stehen (Nutzung einer Mühle als Nachtlokal oder die Umwandlung eines Schafstalls in ein Wochenendhaus).

Nach allgemeinen Grundsätzen trägt im Zweifel der Bauantragsteller die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen (BVerwG BauR 1999, 733). Die Baurechtsbehörde muß durch den Antragsteller in die Lage versetzt werden, die rechtsbegründenden Tatsachen nachzuvollziehen.

e. Erweiterung von Wohngebäuden (Nr. 5)

§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 BauGB ermöglicht die Erweiterung eines im Außenbereich vorhandenen Wohngebäudes auf bis zu maximal zwei Wohnungen, wenn das Gebäude zulässigerweise errichtet worden ist;

1) Zulässigerweise errichtet

ist z.B. ein Wohngebäude, das früher als landwirtschaftliche Betriebsleiterwohnung genehmigt worden ist, auch wenn der landwirtschaftliche Betrieb inzwischen aufgegeben oder das Gebäude einer ehemals landwirtschaftlichen Hofstelle, dessen Umnutzung für Wohnzwecke schon früher nach Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 genehmigt worden ist (vgl. dazu auch die obigen Ausführungen zu § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB).

2) die Erweiterung ist angemessen

im Verhältnis zum vorhandenen Gebäude und unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse. Was angemessene Wohnbedürfnisse sind, richtet sich nicht nach der subjektiven Einschätzung des Eigentümers, sondern hat sich an objektiven Werten zu orientieren (BVerwG BauR 1981, 245). Familienheime mit nur einer Wohnung sollen in Anlehnung an den steuerbegünstigten Wohnungsbau i.S.v. § 39 II. WoBauG 160 qm, Familienheime mit zwei Wohnungen 250 qm Wohnfläche nicht überschreiten (vgl. § 10 WoFG; BVerwG BauR 1988, 698; BayVGH, ZfBR 2008, 285). Zur angemessenen Unterbringung eines Haushalts mit mehr als vier Personen ist für jede weitere Person eine Mehrfläche bis zu 20 qm möglich. Als Wohnfläche gelten die Rohbaumaße ohne Abzüge. Die Vorschrift ermöglicht also nur die angemessene familiengerechte Erweiterung eines zulässigerweise errichteten Wohngebäudes auf bis zu 2 Wohnungen, nicht aber die Neuerrichtung oder Erweiterungen, die der

Neuerrichtung gleichkommen. Wird ein Gebäude vergrößert, muß es seinen bisherigen Charakter behalten.

Die Grenze der Erweiterung liegt dort, wo sie in eine qualitative Änderung des Gebäudes umschlägt, z.B. wenn aus einem Kleinsiedlungshaus ein villenähnliches Einfamilienhaus oder an das vorhandene Gebäude ein weiteres Gebäude erweiternd, z.B. mit einem Zwischentrakt, angebaut wird (BVerwG BauR 1988, 699). Die Errichtung einer abgesetzten, eigenständigen baulichen Anlage ist keine Erweiterung, selbst wenn das neue mit dem alten Gebäude verbunden wird. Die wiederholte Erweiterung eines Wohngebäudes, die zur Schaffung einer dritten Wohnung führt, ist nicht unter den erleichterten Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 5 BauGB zugelässig (BVerwG, Ur. v. 27.8.1998 - 4C 13/97 -, DVBl. 1999, 235). Die Erweiterung muß mit dem Bestand konstruktiv und funktional eine Einheit bilden. Der Bau einer Garage für die durch die Erweiterung gewonnene Wohnung ist nicht begünstigt und kann nur zugelassen werden, wenn hierdurch im eigentlichen Wohngebäude für die angemessene Wohnraumversorgung benötigter Raum frei wird (BVerwG, Ur. v. 12.3.1998 - 4 C 10/97 - ZfBR 1998, 259).

3) *Tatsachen rechtfertigen die Annahme der Selbstnutzung des gesamten Wohngebäudes durch den bisherigen Eigentümer oder seiner Familie*

Zu diesem Merkmal s. o. Kap. III.4.b.

Die Begünstigungen nach Abs. 4 S. 1 Nr. 1 und Nr. 5 dürfen nicht gleichzeitig in Anspruch genommen werden. Insoweit dürfte die bauliche Erweiterung nach Nr. 5 zu der Vorgabe nach Nr. 1 Buchst. b) „Wahrung der äußeren Gestalt“ ohnehin regelmäßig im Widerspruch stehen. Anhaltspunkt für eine angemessene Frist, nach der ein vormals umgenutztes landwirtschaftliches Gebäude frühestens erweitert werden könnte, kann die 7-Jahres-Frist nach § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Buchst. d sein, nach der ein landwirtschaftliches Gebäude frühestens umgenutzt werden darf.

f. Erweiterung eines gewerblichen Betriebs (Nr. 6)

Durch § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 BauGB wird die bauliche Erweiterung eines zulässigerweise errichteten gewerblichen Betriebes ermöglicht, wenn die Erweiterung im Verhältnis zum vorhandenen Gebäude und Betrieb angemessen ist. Begünstigt wird nur die Erweiterung von gewerblichen Betrieben, die im Außenbereich liegen. Die Erweiterung eines im (beplanten oder nicht beplanten) Innenbereich gelegenen Gewerbebetriebes in den

Außenbereich wird ebensowenig erfaßt (BVerwG BauR 1993, 435) wie die Nutzungsänderung (BVerwG, Beschluß v. 3.12.1990 - 4 B 145.90-, ZfBR 1991, 318).

Zu beachten ist auch, daß die Erweiterung nicht nur auf die Erweiterung eines oder ggf. mehrerer Gebäude beschränkt ist. Es ist auch zulässig, daß zu den vorhandenen Gebäuden ein neues Gebäude hinzutritt.

Begünstigt wird nach dem Wortlaut der Vorschrift allgemein die bauliche Erweiterung eines gewerblichen Betriebes (BayVGH, Ur. v. 16.2.1994 - 1 B 93.1651 -, BayVBl. 1994, 597). Allerdings setzt die Erweiterung einen funktionalen Bezug zwischen dem vorhandenen Betrieb und dem geplanten Vorhaben voraus (BVerwG BauR 1991, 725).

Die Erweiterung muß im Verhältnis zum vorhandenen Gebäudebestand und dem Betrieb angemessen sein (vgl. hierzu auch die obigen Ausführungen zu § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 BauGB). Der Maßstab für eine angemessene Erweiterung ist einmal im Verhältnis von dem bestehenden Baubestand zu dem hinzutretenden Baubestand und zum anderen im Verhältnis zum Betrieb selbst zu sehen. Die Erweiterung muß also den betrieblichen Erfordernissen entsprechen. Was angemessen ist, bestimmt sich daher nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Auch insoweit besteht kein fester Wert. Allerdings wird als Grenze eine Erweiterung bis zu 50 % angenommen (vgl. BVerwG BauR 1994, 337). Ebenso ist die Zerlegung einer insgesamt unangemessenen Betriebserweiterung in für sich genommen angemessene Teilakte eine unzulässige „Salamitaktik“ (BVerwG BauR 1993, 200). Der Begriff der Angemessenheit kann in Anlehnung an den Begriff des „Dienens“ i.S. des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB verstanden werden. Insoweit kommt es grundsätzlich auf die Verkehrsauffassung an, ob die Erweiterung dem Betrieb dient, ob also ein „vernünftiger Betriebsinhaber“ unter Berücksichtigung des Gebots der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs dieses Vorhaben mit etwa gleichem Verwendungszweck und mit etwa gleicher Gestaltung und Ausstattung für einen entsprechenden Betrieb errichten würde und das Vorhaben durch die Zuordnung zu dem konkreten Betrieb auch äußerlich erkennbar geprägt wird (OVG Hamburg BauR 2009, 620). Bloße „Förderlichkeit“ der Erweiterung für den Betrieb reicht demnach nicht aus (BayVGH BayVBl. 1986, 653).

Voraussetzung für eine Erweiterung des bestehenden gewerblichen Betriebes ist zudem, daß der Betrieb zulässigerweise errichtet worden ist (vgl. hierzu die Ausführungen zu § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB).

§ 35 Abs. 4 BauGB ist mit der Novelle 2013 um einen Satz 2 erweitert worden, welcher eine Ausweitung des Begünstigungstatbestandes für die Zulassung von Wohnnutzung im Außenbereich und damit einen neuen Begünstigungstatbestand enthält. Während § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 a) BauGB bisher Nutzungsänderungen nur bei Vorliegen einer erhaltenswerten Bausubstanz

begünstigt, gestattet die Neuregelung nunmehr unter Einschränkungen („in begründeten Einzelfällen“) auch die Errichtung eines Ersatzbaus, also die Neuerrichtung eines abgängigen, bisher landwirtschaftlich genutzten Gebäudes. Voraussetzung dafür ist, daß das ursprüngliche Gebäude vom äußeren Erscheinungsbild her zur Wahrung der Kulturlandschaft erhaltenswert erscheint und bei der Neuerrichtung der Außenbereichsschutz und nachbarliche Interessen gewahrt bleiben. Durch die entsprechende Anwendbarkeit der Voraussetzungen für die Nutzungsänderung bei Beibehaltung des Gebäudes (§ 35 Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b bis g BauGB) wird insbesondere verlangt, daß sich der Neubau im Wesentlichen an der äußeren Gestalt des bisherigen Gebäudes, einschließlich der Kubatur, orientiert.

Insoweit bleibt zu bemerken, daß die Neuregelung rechtspolitisch im Widerspruch zur übrigen Zielsetzung der Novelle 2013, der Stärkung der Innenentwicklung und der Vermeidung von Splittersiedlungen, steht.

Im übrigen sind nach Satz 3 in den Fällen des § 35 Abs. 4 Satzes 1 Nr. 2 und 3 sowie des Satzes 2 geringfügige Erweiterungen des neuen Gebäudes gegenüber dem beseitigten oder zerstörten Gebäude sowie geringfügige Abweichungen vom bisherigen Standort des Gebäudes zulässig.

5. **Öffentliche Belange, § 35 Abs. 3 BauGB**

a. **Entgegenstehen / Beeinträchtigen**

Gemäß § 35 Abs. 1 BauGB ist ein privilegiertes Vorhaben zulässig, wenn ihm öffentliche Belange nicht „entgegenstehen“. Ein sonstiges Vorhaben nach Absatz 2 ist nur zulässig, wenn es öffentliche Belange nicht „beeinträchtigt“. Grundsätzlich können alle in § 35 Abs. 3 BauGB aufgeführten öffentlichen Belange auch einem privilegierten Vorhaben entgegengehalten werden. Aus Wortlaut („entgegenstehen“/„beeinträchtigen“) und Sinn der Vorschrift ergibt sich, daß die privilegierten Vorhaben gegenüber den öffentlichen Belangen eine stärkere Stellung haben als die sonstigen Vorhaben (BVerwG BRS 18 Nr. 50; BRS 23 Nr. 73). Bei der Abwägung zwischen dem privaten Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens und den öffentlichen Belangen ist zu beachten, daß der Gesetzgeber die nach § 35 Abs. 1 BauGB bevorrechtigten Vorhaben in planähnlicher Weise dem Außenbereich zugewiesen und damit zum Ausdruck gebracht hat, daß sie dort in der Regel zulässig sind (BVerwG, Urt. v. 20.1.1984 - 4 C 43.81 -; BVerwGE 68, 311; Urt. v. 22.5.1987 - 4 C 57.84 - BVerwGE 77, 300; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., 2009, § 35 RNrn. 6 u. 45). Die Privilegierung bewirkt also ein stärkeres Durchsetzungsvermögen des Vorhabens gegenüber den berührten öffentlichen Belangen (BVerwG BauR 1979, 481). Da

privilegierten Vorhaben ein entsprechendes Gewicht beizumessen ist, können sich die in Absatz 3 genannten öffentliche Belange ihnen gegenüber nur dann durchsetzen, wenn sie im Einzelfall besonders gewichtig sind. Die „bloße“ Beeinträchtigung von öffentlichen Belangen führt bei privilegierten Vorhaben somit nicht zur Unzulässigkeit. Sonstigen Vorhaben kommt dagegen nur ein verhältnismäßig geringes Gewicht zu. Ihre Durchsetzungsfähigkeit gegenüber öffentlichen Belangen ist daher in der Regel gering. So scheitern privilegierte Vorhaben erst dann, wenn ihnen öffentliche Belange entgegenstehen, sonstige Vorhaben dagegen bereits, wenn sie öffentliche Belange auch nur beeinträchtigen, solange die Beeinträchtigung nicht völlig unerheblich ist. Die Zuordnung eines Vorhabens zu § 35 Abs 1 oder 2 BauGB kann somit offen bleiben, wenn feststeht, daß ihm öffentliche Belange „entgegenstehen“ (BVerwG BauR 1997, 444). Eine Kompensation mit positiven Effekten, die durch die Zulassung entstünden, also eine Saldierung von Vor- und Nachteilen, ist nicht zulässig (BVerwG NJW 1983, 2716; BVerwGE 42, 8).

Die begünstigten („teilprivilegierten“) Vorhaben nach § 35 Abs. 4 BauGB stehen dabei gewissermaßen zwischen den privilegierten und den sonstigen Vorhaben. Das Verhältnis dieser Vorhaben zu den öffentlichen Belangen ist daher differenziert zu betrachten. Die begünstigten Vorhaben sind an sich sonstige Vorhaben gemäß § 35 Abs. 2 BauGB, deren Ausführung aber nach Absatz 4 erleichtert wird. Die Begünstigung besteht darin, daß bei der Prüfung ihrer Zulässigkeit enumerativ aufgezählte öffentliche Belange „ausgeblendet“ werden. Ihre planungsrechtliche Zulässigkeit scheitert allerdings dann, wenn eines der „übrigen“ öffentlichen Belange beeinträchtigt wird (BVerwG, Beschl. v. 21.2.1994 - 4 B 33.94 -, ZfBR 1994, 93).

b. Die öffentlichen Belange im einzelnen:

Welche öffentlichen Belange bei der Prüfung der Zulässigkeit bei privilegierten und sonstigen Vorhaben zu beachten sind, ist § 35 Abs. 3 BauGB zu entnehmen. Die Vorschrift enthält, wie das Wort „insbesondere“ erkennen läßt, eine exemplarische und deshalb nicht abschließende (BVerwG NVwZ 2003, 86) Aufzählung von Allgemeinwohlgesichtspunkten. Das Gebot der Rücksichtnahme ist z.B. ein unbenannter öffentlicher Belang. Auch ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung hat die Qualität eines öffentlichen Belangs, wenn es inhaltlich hinreichend konkretisiert und wenn zu erwarten ist, daß es sich zu einer verbindlichen, den Wirksamkeitsanforderungen genügenden Zielfestlegung im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG verfestigt (BVerwG BauR 2005, 987). Unbenannte öffentlichen Belange müssen aber wie alle Begriffe des Bauplanungsrechts wegen der begrenzten Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 Abs. 2 Nr. 18 GG) eine bodenrechtliche bzw. städtebauliche Relevanz haben.

1) *Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans*

Der Flächennutzungsplan enthält die planerischen Vorstellungen der Gemeinde einer geordneten städtebaulichen Entwicklung gem. § 1 Abs. 1 und 3 BauGB. Dem Flächennutzungsplan kommt insoweit die Bedeutung eines öffentlichen Belanges zu (BVerwG BRS 15 Nr. 49). Das gilt auch gegenüber privilegierten Vorhaben, wenn der Flächennutzungsplan eine sachlich und räumlich eindeutige Darstellung enthält, die dem Vorhaben entgegensteht, der Standort also in qualifizierter Weise „positiv“ anderweitig verplant ist (BVerwGE 68, 311; 77, 300; NVwZ 1998, 960). Insoweit ist auch auf Abs. 3 Satz 3 hinzuweisen.

Eine für ein Vorhaben günstige Darstellung im Flächennutzungsplan (z.B. Baufläche) kann die Zulässigkeit des Vorhabens nicht begründen, insbesondere wenn diesem andere öffentliche Belange entgegenstehen (BVerwG NVwZ 1990, 962). Stellt der Flächennutzungsplan ein Grundstück z.B. als Fläche für die Landwirtschaft dar, ist ein landwirtschaftliches Stallgebäude zulässig, da diese Darstellung keine qualifizierte Zuweisung enthält (BVerwG NVwZ 1991, 169); der Bauantrag ist aber abzulehnen, wenn das Vorhaben etwa das Landschaftsbild beeinträchtigt oder schädliche Umwelteinwirkungen hervorruft.

2) *Darstellungen des Landschaftsplans oder eines sonstigen Fachplans*

Fachpläne des Umweltrechts sind als öffentlicher Belang zu berücksichtigen. Darunter fallen u.a. die Landschaftspläne, die wasserwirtschaftlichen Pläne, die Abfallwirtschafts-, die Luftreinhalte- und Lärm-minderungspläne. Nicht darunter fallen Wasserschutzgebietsverordnungen, denn diese wirken selbst als normative Zulassungsschranke.

3) *Schädliche Umwelteinwirkungen*

Öffentliche Belange werden gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB beeinträchtigt, wenn ein Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen hervorruft oder ihnen, z.B. durch einen lärmenden Betrieb, ausgesetzt sein würde. Es genügt bereits die bloße Möglichkeit des Hervorrufens von schädlichen Umwelteinwirkungen. Der Begriff ist in § 3 BImSchG definiert. Danach sind schädlichen Umwelteinwirkungen alle Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen (vgl. BVerwG NJW 1978, 62). Die Nennung schädlicher Umwelteinwirkungen als öffentlicher Belang ist eine gesetzliche Ausformung des allgemeinen baurechtlichen Gebots der Rücksichtnahme für besondere Konfliktsituationen (BVerwG, Ur. v. 10.4.1968 - IV C 3.67 -, DVBl. 1969, S. 267) dem nachbarschützende Wirkung zukommt

(BVerwG NVwZ 1984, S. 509 f; BRS 62 Nr. 189; s. unten Kap. V.). Welche Anforderungen das Gebot der Rücksichtnahme begründet, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Werden schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. BImSchG nicht hervorgerufen, liegt regelmäßig auch keine Verletzung des Rücksichtnahmegebots vor. In der im Außenbereich praxisrelevanten Landwirtschaft betreffen sie vor allem Gerüche, Lärm und Schwebstaubkonzentrationen. Für die Erheblichkeit von Nachteilen und Belästigungen gilt der Zumutbarkeitsmaßstab. Für Behörden und Rechtsprechung sind bei der Zumutbarkeitsprüfung durchweg technischer Regelwerke wie der TA-Lärm, der TA-Luft, der VDI-Richtlinie 3471 (Schweine), der VDI-Richtlinie 3472 (Hühner) und der Geruchsmissionsrichtlinie (GIRL) maßgebend. Bei der Bestimmung der Zumutbarkeitsschwellen kann auch eine angemessene Nutzung des sog. Außenwohnbereichs eine Rolle spielen; Voraussetzung dafür ist allerdings, daß die in Frage stehende Freifläche auch schutzwürdig ist. Der nach VDI-Richtlinie erforderliche Mindestabstand kann im Dorfgebiet bis auf die Hälfte verringert werden, weil dort ein höheres Maß an Geruchsstoffimmissionen zumutbar ist; werden die halbierten Mindestabstände unterschritten, ist eine besondere Beurteilung durchzuführen. Fragen der Zumutbarkeit bzw. Rücksichtnahme stellen sich hier nicht nur bei der Abwehr von Eigentümern wohngenutzter Grundstücke gegenüber emittierenden Betrieben, sondern auch umgekehrt. Eine heranrückende Wohnbebauung muß auf die Absicht eines Landwirts, seinen Betrieb in der Zukunft im Außenbereich zu erweitern, aber keine Rücksicht nehmen, wenn das Erweiterungsinteresse vage oder unrealistisch ist (BVerwG BauR 2001, 83). Zum Rücksichtnahmegebot hat das BVerwG entschieden, daß bei dem Zusammentreffen einer vorhandenen emittierenden Anlage (Sportplatz) und heranrückender Wohnbebauung den Bauwilligen des Wohnbauvorhabens eine Obliegenheit trifft, durch Platzierung seines Gebäudes auf dem Grundstück, Grundrißgestaltung und andere ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen der „architektonischen Selbsthilfe“ seinerseits die gebotene Rücksicht darauf zu nehmen, daß die Wohnnutzung nicht unzumutbaren Lärmbelästigungen von Seiten der Sportplatznutzung ausgesetzt ist (BRS 62 Nr. 86). Der Anlagenbetreiber seinerseits kann nicht darauf vertrauen, daß er von Auflagen zum Schutz der heranrückenden Wohnbebauung von Lärm verschont bleibt, weil seine Anlage zuerst entstanden ist. Dies gilt auch für emittierende Betriebe der Landwirtschaft und heranrückende Wohnbebauung. Daher tut jeder Landwirt gut daran, sich gegen eine heranrückende Wohnbebauung zur Wehr zu setzen (BayVGH BayVBl. 2002, 309; s.a. Kap. V. a.E.).

4) *Unwirtschaftliche Aufwendungen*

Nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BauGB werden öffentliche Belange beeinträchtigt, wenn das Vorhaben unwirtschaftliche Aufwendungen für Straßen oder andere Verkehrseinrichtungen, für Anlagen der Versorgung oder Entsorgung, für die Sicherheit oder Gesundheit oder für sonstige Aufgaben erfordert. Das ist der Fall, wenn die Genehmigung des Vorhabens Erschließungsanlagen oder neue Aufgaben zur Folge hätte, deren Herstellung oder Übernahme zum Aufgabenkreis der Gemeinde oder anderer öffentlicher Träger gehören würde. Unwirtschaftlich sind Aufwendungen, wenn sie in einem Mißverhältnis zu dem erzielbaren Nutzen stehen, also im Verhältnis zum angestrebten Zweck zu hoch sind oder, wenn sie den Haushalt des Erschließungsträgers in unzumutbarer Weise oder in einem nach der Finanzplanung ungeeigneten Zeitpunkt belasten sowie, wenn das Vorhaben für die Entwicklung der Gemeinde ohne oder nur von geringer Bedeutung ist, also überwiegend oder allein dem Interesse des Vorhabenträgers dient (BVerwG BauR 1972, 222). Das Vorhaben wird oft schon mangels ausreichender Erschließung unzulässig sein, wenn die Erschließungsanlagen erst hergestellt werden müßten oder abzusehen ist, daß deren Ausbau erforderlich sein wird. Neben den Herstellungs- sind auch die Unterhaltungskosten zu berücksichtigen. Von den Gemeinden wird das wegen der schweren Fahrzeuge auf den Feldwegen oft angeführt, z.B. bei Windkraftanlagen oder großen Stallbauten. Eine Lösung wird dann über einen städtebaulichen Vertrag versucht, wonach sich der Betreiber an den Herstellungs- und Unterhaltungskosten beteiligt. Festzuhalten ist aber, daß die Herstellung von Erschließungsanlagen zum originären Aufgabenkreis der Gemeinde gehört.

5) *Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes, die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert, das Orts- und Landschaftsbild*

i. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege

Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege ergeben sich aus §§ 1 und 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) bzw. Landesnaturschutzgesetz (NatSchG). Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege zielen darauf, die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts, die Regenerationsfähigkeit und nachhaltige Nutzungsfähigkeit der Naturgüter, die Tier- und Pflanzenwelt einschließlich ihrer Lebensstätten und Lebensräume sowie die Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie den Erholungswert von Natur und Landschaft auf Grund ihres eigenen Wertes und als Lebensgrundlage des Menschen auf Dauer zu sichern. Nach der Rechtsprechung des BVerwGs (BauR 2002, 751) hat die Prüfung der bauplanungs- und der

naturschutzrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen eines Außenbereichsvorhabens jeweils eigenständigen Charakter und ist unabhängig voneinander durchzuführen, auch wenn die Abwägung in beiden Fällen zu demselben Ergebnis kommen sollte. Die Geltung der Vorschriften über die Eingriffsregelung § 21 Abs. 2 S. 2 BNatSchG, §§ 18 ff NatSchG bleibt also für Vorhaben im Außenbereich unberührt. Ist ein Vorhaben schon nach § 35 Abs. 1 und 3 BauGB unzulässig, kommt es auf seine Vereinbarkeit mit naturschutzrechtlichen Bestimmungen nicht mehr an. Nimmt ein im Außenbereich privilegiertes Vorhaben aber die Hürde des § 35 Abs. 1 und 3 BauGB, muß geprüft werden, ob es nach der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zugelassen werden kann, und es ist denkbar, daß es gleichwohl daran scheitert oder zumindest nur mit Auflagen genehmigungsfähig ist (BVerwG aaO.).

Bauvorhaben können auch mit den Richtlinien der EU zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) und über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, Vogelschutz-Richtlinie (VRL), kollidieren. Das europäische Gemeinschaftsrecht hat zum Ziel, durch die Einrichtung eines Netzes besonderer Schutzgebiete (Natura 2000) sowie eines strengen Schutzregimes die Lebensräume bedrohter Tier- und Pflanzenarten zu sichern. Für Außenbereichsvorhaben im kann daher eine habitatschutzrechtliche Verträglichkeitsprüfung nach § 34 BNatSchG erforderlich sein. Danach sind Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines FFH- oder Vogelschutzgebietes zu überprüfen. Bis zu ihrer förmlichen Unterschutzstellung gilt für faktische Vogelschutzgebiete ein Beeinträchtigungs- und Störungsverbot. Von einem faktischen Vogelschutzgebiet ist auszugehen, wenn es aus ornithologischer Sicht für die Erhaltung der in der VRL aufgeführten Vogelarten von so herausragender Bedeutung ist, daß es in dem Mitgliedsstaat zu den zahlen- und flächenmäßig am geeignetsten im Sinne der VRL gehört. Ein derart vorgezogener Schutz gilt auch für potentielle FFH-Gebiete (vgl. BVerwG BauR 2004, 967; 966; 1238). Potentielle FFH-Gebiete sind Flächen, für die die sachlichen Kriterien der FFH-RL erfüllt sind, also die darin vorhandenen Lebensraumtypen eindeutig den Merkmalen der FFH-RL entsprechen, so daß sich die Gebietsmeldung aufdrängt. Maßgeblich dafür sind nach der Rechtsprechung allein naturschutzfachliche Kriterien. (Kommunal-)Politische oder wirtschaftliche Gesichtspunkte haben ebenso außer Betracht zu bleiben wie sonstige Zweckmäßigkeitserwägungen. Dies war in Baden-Württemberg nicht immer der Fall, bis Brüssel ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik eingeleitet hat. Stellt die jeweilige Prüfung der Verträglichkeit des Vorhabens erhebliche Beeinträchtigungen des Gebietes fest, ist es grundsätzlich

unzulässig. Dann kann das Vorhaben nach einer habitatschutzrechtlichen Sonderprüfung nur noch ausnahmsweise zugelassen werden. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob es eine zumutbare Alternative gibt. In Betracht kommt sowohl die Wahl eines anderen Standortes als auch eine andere Art der Ausführung. Bei der Zumutbarkeit einer Alternative ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, wobei Kosten Gesichtspunkte angemessen zu berücksichtigen sind. Gibt es keine zumutbare Alternative, muß das Projekt aus „Gründen des überwiegenden öffentlichen“ – nicht privaten - „Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig“ sein, um zugelassen werden zu können. Die VRL und die FFH-Richtlinie dienen allein dem öffentlichen Interesse (BVerwG BauR 2007, 1699).

Von nicht minderer Bedeutung ist das immer mehr in den Fokus rückende Arten- und Biotopschutzrecht. Die Verbote des Artenschutzes (§ 42 Abs. 1 BNatSchG, §§ 39 ff NatSchG) gelten auch für Vorhaben nach § 35 BauGB. Ausnahmen oder Befreiungen sind insofern nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Ebenso findet der gesetzliche Biotopschutz (z.B. § 30 NatSchG) auf Vorhaben nach § 35 BauGB unmittelbar Anwendung. Danach ist es verboten, Biotope zu zerstören oder erheblich oder nachhaltig zu beeinträchtigen. Ausnahmen können nur zugelassen werden, wenn überwiegende Gründe des Gemeinwohls es erfordern und/oder, wenn die Beeinträchtigungen ausgeglichen werden können. Daneben können im Einzelfall auch Befreiungen erteilt werden (vgl. § 62 NatSchG). Insofern ist zu beachten, daß ein Verstoß gegen den gesetzlichen Biotopschutz ebenso wie ein Verstoß gegen die Vorschriften einer Verordnung über ein Natur- oder Landschaftsschutzgebiet bereits als solche Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften darstellen und somit die Erteilung einer Baugenehmigung gem. § 58 Abs. 1 Satz 1 LBO ausschließen. Die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege sind aber auch beeinträchtigt, wenn eine förmliche Unterschutzstellung zwar nicht oder noch nicht stattgefunden hat, die Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege aber gleichwohl negativ getroffen werden (BVerwG NVwZ 1985, 340).

ii. Belange des Bodenschutzes

Ziel dieses öffentlichen Belanges ist die Vorbeugung vor schädlichen Bodenveränderungen. So ist u.a. die Nutzungsfunktion des Bodens als Standort für die land- und forstwirtschaftliche Nutzung zu erhalten oder wieder herzustellen (§§ 1, 2 Bundes-Bodenschutzgesetz).

iii. Belange des Denkmalschutzes

Die Belange des Denkmalschutzes haben zwar eine eigenständige bodenrechtliche Bedeutung, spielen aber in der Praxis neben den speziellen Vorschriften des Denkmalschutzgesetzes meist keine Rolle.

iv. Natürliche Eigenart der Landschaft

Der Begriff „natürliche Eigenart der Landschaft“ umfaßt vor allem die Funktion der Landschaft zur Bodenertragsnutzung und für die Erholung der Bevölkerung und den Schutz einer im Einzelfall schutzwürdigen Landschaft vor ästhetischer Beeinträchtigung (BVerwG DVBl. 1972, 865). Die Landschaft soll vor dem Eindringen ihr wesensfremder Nutzungen wie Wohnen (BVerwGE 27, 137), Wochenendhäuser oder Campinganlagen geschützt werden (st. Rspr., z.B. BVerwG BRS 20 Nr. 59). Ob eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft hervorgerufen wird, ist stets von der betreffenden Landschaft einerseits und der Lage, Gestaltung und Benutzung des Vorhabens andererseits abhängig, wobei es bei der Beurteilung maßgeblich auf die nachteiligen Einwirkungen durch das Vorhaben ankommt (BVerwG BauR 1972, 286).

Der öffentliche Belang des Erholungswertes kann von einem Vorhaben nur beeinträchtigt werden, wenn dem jeweiligen Bereich auch tatsächlich die Funktion einer Erholungslandschaft beizumessen ist (BVerwG BauR 1977, 403).

v. Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes

Das Ortsbild kann durch den Standort, die Art und die Größe des Vorhabens oder die Verschandelung der Ortssilhouette verunstaltet werden (OVG Münster BRS 30 Nr. 70). Entscheidend für die Beurteilung ist allein der städtebauliche Gesamteindruck. Unerheblich ist dagegen die ästhetische Wirkung des Vorhabens selbst oder die harmonische Beziehung zur vorhandenen Bebauung (BVerwG NVwZ 1991, 64).

Eine Verunstaltung ist anzunehmen, wenn ein Vorhaben dem Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird (BVerwG NVwZ 1998, 58; NVwZ 1991, 64; OVG NRW, Urt. v. 12.06.2001 - 10 A 97/99 -). Ein Zustand ist dann verunstaltend, wenn er vom gebildeten Durchschnittsbetrachter als geradezu „häßlich“ empfunden, wenn das ästhetische Gefühl dieses Betrachters durch den Zustand nicht nur beeinträchtigt, sondern verletzt wird (BVerwG DVBl. 1955, S. 640). Dabei spielt es keine Rolle, ob der Standort in einem Natur- oder Landschaftsschutzgebiet liegt, denn auch eine naturschutzrechtlich nicht besonders geschützte Landschaft kann gegen ästhetische Beeinträchtigungen empfindlich sein (BVerwG NVwZ 1998, 5; BRS 20 Nr. 59) und die Schutzwürdigkeit einer Landschaft kann nicht davon abhängen, ob die

Naturschutzbehörde Anlaß für eine Unterschutzstellung gesehen hat. Eine Verunstaltung des Landschaftsbildes durch ein privilegiertes Vorhaben ist aber nur in Ausnahmefällen anzunehmen, wenn es sich um eine wegen ihrer Schönheit und Funktion besonders schutzwürdige Umgebung oder um einen besonders groben Eingriff in das Landschaftsbild handelt (BVerwG, Beschl. v. 18.03.2003 - 4 B 7.03 -; VGH Bad.-Württ. NuR 1992, 329; VGH Bad.-Württ., Urte. v. 16.10.2002 - 8 S 737/02 -; Urte. v. 20.05.2003 - 5 S 1181/02 -). Alu-Trapezblech als Dacheindeckung eines privilegierten Vorhabens führt zu keiner Verunstaltung des Landschaftsbilds (VG Karlsruhe, Urte. v. 6.10.2002 - 7 K 64/02 -). Die Errichtung von Schweineställen in einer von Bebauung freien Niederung an exponierter Stellung erfüllt u.U. diese Voraussetzung oder auch ein landwirtschaftliches Betriebsgebäude, wenn das Vorhaben an anderer Stelle, z.B. in unmittelbarer Hofnähe, errichtet werden könnte (OVG Münster BauR 2001, 223). Ist ein Landschaftsbild aber bereits nachhaltig zerstört, können weitere Eingriffe in die Landschaft nicht als Beeinträchtigung gewertet und dem Vorhaben entgegengehalten werden.

6) *Verbesserung der Agrarstruktur, Wasserwirtschaft, Hochwasserschutz*

Zu den Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur zählt insbesondere die Durchführung einer Flurbereinigung, der freiwillige Landtausch und die Vergrößerung sowie Aussiedlung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe, die durch ein Vorhaben ebenfalls nicht beeinträchtigt werden darf.

Dem Belang der Wasserwirtschaft kommt angesichts des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauGB eine eigenständige Bedeutung zu, vor allem, wenn ein wasserwirtschaftlicher Plan nach §§ 36, 36 b Wasserhaushaltsgesetz (WHG) nicht vorliegt. Nr. 6 ist im Verhältnis zu Nr. 2 ein Auffangtatbestand. Der Umstand, daß keine rechtsförmliche wasserrechtliche Planung vorliegt, hindert nicht die Annahme, einem Außenbereichsvorhaben stehe der öffentliche Belang der Gefährdung der Wasserwirtschaft entgegen (VGH Bad.-Württ. NVwZ-RR 2001, 369). Der Entwurf einer Wasserschutzgebietsverordnung kann unter der Voraussetzung, daß die geologischen und hydrologischen Verhältnisse entsprechende Schlüsse rechtfertigen, als Indiz dafür dienen, daß ein Bauvorhaben, das den künftigen Schutzziele zuwider läuft, die Wasserwirtschaft gefährdet (BVerwG BauR 2001, 1701). Eine Gefährdung der Wasserwirtschaft kann insbesondere durch unzulässige Abwasser, Abfall- und Müllbeseitigung oder durch die Lagerung von Stoffen, die das Grundwasser verunreinigen, herbeigeführt werden. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob ein Mindestmaß an Trink- und Grundwasserschutz gewahrt wird bzw. sich wahren läßt. Für den Grundwasserschutz gilt insoweit der spezialgesetzliche Maßstab des § 34 Abs. 1 WHG (BVerwG UPR 1981, S. 59). Ein

Vorhaben kann somit unzulässig sein, wenn es die Trinkwasserversorgung gefährdet (VG Freiburg ZfW 1997, 60) oder wenn es sonst zu Gewässerunreinigungen kommen kann.

Mit dem Belang des Hochwasserschutzes werden die Überschwemmungsgebiete nach § 31 b WHG, aber auch jene Gebiete erfaßt, die tatsächlich überschwemmungsgefährdet i.S.d. § 31 c WHG sind.

7) *die Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten läßt (Nr. 7)*

Der Belang dient der Gewährleistung des Grundsatzes der Freihaltung des Außenbereichs von Bebauung (BVerwG, Urt. v. 19.10.1966 - IV C 16.66 -, DÖV 1967, 277) sowie der Unterbindung seiner Zersiedelung in Gestalt einer zusammenhanglosen oder aus anderen Gründen unorganischen Streubebauung (BVerwG DVBl. 1968, 43; BVerwG BauR 1976, 344). Der gesetzlich nicht definierte Begriff der Splittersiedlung ist als Gegenstück zu dem im Zusammenhang bebauten Ortsteil des § 34 BauGB zu sehen und von ihm abzugrenzen. Während der Ortsteil ein Baukomplex ist, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist (BVerwGE 31, 22 ; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 18.01.2011 - 8 S 600/09 -), besteht eine Splittersiedlung aus einer Ansammlung von Gebäuden, wobei die Zahl der Bauwerke kein städtebaulich beachtliches Gewicht hat und die Bebauung auch nicht Ausdruck einer organischen (herkömmlichen) Siedlungsstruktur ist. Eine völlig regellose Ansammlung von Gebäuden ist kein notwendiges Merkmal der Splittersiedlung, auch eine äußerlich geordnete Anordnung von Gebäuden, z.B. eine einseitige Straßenrandbebauung, kann eine Splittersiedlung darstellen. Entscheidend ist, daß für den Gebäudekomplex keine vernünftigen städtebaulichen Ordnungspunkte maßgebend sind.

i. Entstehung

einer Splittersiedlung ist ein Vorgang, durch den die Zersiedelung eingeleitet wird, wenn das Vorhaben also den Ansatz zu einer unerwünschten Splittersiedlung beinhaltet (BVerwG BauR 1976, 344). Das ist wegen der Vorbildwirkung regelmäßig schon bei der ersten Errichtung eines Wohnhauses der Fall. Zersiedelungsansätze können nicht nur durch Wohngebäude, sondern auch durch gewerbliche Gebäude eingeleitet werden (BVerwG BauR 1976, 344). Die Entstehung einer Splittersiedlung kann insbesondere durch eine Bebauung im Anschluß an den unbeplanten Innenbereich bewirkt werden (BVerwG NVwZ 1985, 747).

ii. Erweiterung

einer Splittersiedlung ist die räumliche Ausdehnung des bisher in Anspruch genommenen Bereiches in den Außenbereich. Die Erweiterung kann auch durch den Bau einer Doppelgarage und nicht nur durch ein zum Aufenthalt von Menschen bestimmtes Gebäude erfolgen (BVerwG NVwZ 1998, 842). Auch die Nutzungsänderung eines Wochenendhauses in eine dauerhafte Wohnnutzung kann die Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten lassen (BVerwG NVwZ 1984, 510).

iii. Verfestigung

einer Splittersiedlung beinhaltet die Auffüllung des bereits in Anspruch genommenen räumlichen Bereiches („Innenverdichtung“), also die Vergrößerung des Baubestands ohne zusätzliche Ausdehnung in den Außenbereich. Verfestigung ergibt sich z.B. durch die Errichtung einer weiteren Wohnung (BVerwG NVwZ 1999, 295), bei Ersetzung von Wohnwagen durch eine feste Bebauung (BVerwG BRS 47 Nr. 76) oder, wenn aus einer Ansammlung von Gebäuden, die kein im Zusammenhang bebauter Ortsteil sind, durch Bebauung der Zwischenräume ein solcher Ortsteil entsteht (BVerwG BRS 62 Nr. 118). Das Auffüllen einer Baulücke führt ausnahmsweise nicht zur Verfestigung, wenn sich das Bauvorhaben der vorhandenen Bebauung unterordnet, sich also ohne zusätzliche Ansprüche oder Spannungen auszulösen organisch in die Baulücke einfügt und keine Vorbildwirkung auslöst (OVG Münster BauR 1996, 688; OVG Lüneburg RdL 1987, 234).

Eine Vorbildwirkung für weitere Vorhaben ist anzunehmen, wenn Anträge für Folgevorhaben nicht auszuschließen und auch nicht abwegig sind. Die Folgevorhaben müssen in der besagten Splittersiedlung drohen und nicht irgendwo im Gemeindegebiet. Eine städtebaulich unerwünschte Verfestigung einer Splittersiedlung liegt daher vor, wenn bei einer Zulassung des Vorhabens weitere ähnliche Vorhaben in der Splittersiedlung nicht verhindert werden können und dadurch der Außenbereich zersiedelt werden würde. „Weitreichend“ ist die Vorbildwirkung immer dann, wenn sich das Vorhaben zusammen mit den Folgevorhaben der vorhandenen Splittersiedlung nicht unterordnet, sondern diese erheblich verstärkt und damit eine weitere Zersiedelung des Außenbereichs bewirken oder dieser Vorschub leisten würden. Die negative Folgewirkung ist ggf. im ablehnenden Bescheid zu präzisieren und damit nachvollziehbar zu machen; der stereotype Hinweis auf mögliche Folgevorhaben reicht nicht aus.

Ergänzend ist auf die obigen Ausführung in Kap. II.2.c. zu verweisen.

8) *Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen*

Ziel des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB ist es, den Schutz der Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen als eigenständigen öffentlichen Belang hervorzuheben. Geschützt wird vor allem der zivile und militärische Flugsicherheit. Zur Funktionsfähigkeit dieser Anlagen gehört ein hohes Maß an Verlässlichkeit, so daß es ausreicht, wenn eine Störung zu befürchten ist.

c. raumbedeutsame Vorhaben, Planvorbehalt, § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB

1) *raumbedeutsame Vorhaben*

Nach § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen; öffentliche Belange stehen raumbedeutsamen Vorhaben nach Absatz 1 nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung in Plänen i.S.d. §§ 8 und 9 ROG abgewogen worden sind.

i. Begriff

Die Vorschrift erfaßt grundsätzlich nur raumbedeutsame Vorhaben (BVerwG BauR 2003, 1165). Dabei handelt es sich nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 6 ROG um Vorhaben, durch die der Raum in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebiets beeinflusst wird, einschließlich der hierfür vorgesehenen öffentlichen Finanzmittel. Das ist der Fall, wenn von dem Vorhaben infolge seiner Größe oder der von ihm ausgehenden Emissionen Auswirkungen zu erwarten sind, die über den unmittelbaren Nahbereich, insbesondere über die benachbarten Grundstücke hinausgehen (VGH Bad.-Württ. BauR 2002, 443 ff; Urt. v. 8.7.2009 - 8 S 1685/08 -). Ob z.B. eine einzelne Windenergieanlage in diesem Sinne raumbedeutsam ist, beurteilt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls. Die Raumbedeutsamkeit einer einzelnen Anlage kann sich insbesondere aus ihren Dimensionen (Höhe, Rotordurchmesser), aus ihrem Standort oder aus ihren Auswirkungen auf bestimmte Ziele der Raumordnung (Schutz von Natur und Landschaft, Erholung und Fremdenverkehr) ergeben (BVerwG BauR 2003, 1165). Die Bundesländer sind über norminterpretierende Verwaltungsvorschriften insoweit zu unterschiedlichen Handhabungen gelangt (vgl. z.B. den Windkraftanlagen-Erlass NRW, der die Raumbedeutsamkeit einer Einzelanlage bereits ab einer Gesamthöhe von 50 m annimmt).

ii. Ziele der Raumordnung

sind gemäß § 3 Nr. 2 ROG verbindliche Vorgaben in Form von räumlich oder sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes. Raumordnungspläne sind der einheitliche Raumordnungsplan für das Landesgebiet (Landesentwicklungsplan) und die Regionalpläne. Ziele der Raumordnung können bei raumbedeutsamen privilegierten Vorhaben auch eine positive Wirkung haben, denn gem. Abs. 3 S. 2 2. Hs. dürfen ihnen öffentliche Belange insoweit nicht entgegengehalten werden, als diese bereits bei Aufnahme in die Raumordnungspläne als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind.

Landesplanerische Festlegungen erfolgen gem. § 7 Abs. 4 ROG durch die Ausweisung von Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebieten:

- **Vorranggebiete** sind Bereiche, die für bestimmte, raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen, Nutzungen oder Zielen der Raumordnung nicht vereinbar sind.
- **Vorbehaltsgebiete** sind Gebiete, in denen bestimmten, raumbedeutsamen Funktionen oder Nutzungen bei der Abwägung mit konkurrierenden raumbedeutsamen Nutzungen besonderes Gewicht beigemessen werden soll.
- **Eignungsgebiete** sind Gebiete, die sich für raumbedeutsame Maßnahmen, die nach § 35 BauGB zu beurteilen sind, eignen und an anderer Stelle im Planungsgebiet ausgeschlossen werden.

Ein festgelegter Vorrangbereich für die Erholung steht z.B. einem Wohnbauvorhaben als öffentlicher Belang entgegen. Weist ein Regionalplan ein Eignungsgebiet z.B. für Windenergieanlagen aus, so sind diese an anderer Stelle im Gemeindegebiet unzulässig, wenn sie als raumbedeutsame Vorhabens zu beurteilen sind. Insoweit ist für Baden-Württemberg aber hervorzuheben, daß die Befugnis der Regionalverbände zur gebietsbezogenen Steuerung von Windenergieanlagen als Ziele der Raumordnung durch eine Änderung des LplG seit 2013 entfallen ist. Frühere Festlegungen für Standorte von Windenergieanlagen in den Regionalplänen sind zugleich aufgehoben worden (Ausnahme RV Donau-Iller). Eine räumliche Steuerung durch die Regionalverbände ist somit nur noch beschränkt durch Vorranggebiete ohne entsprechende Ausschlusswirkung im übrigen Plangebiet zulässig. Eine Steuerung von Windkraftanlagen mit Ausschlußwirkung ist somit in Baden-Württemberg

seither nur noch auf kommunaler Ebene durch entsprechende Darstellungen im Flächennutzungsplan gem. Satz 3 möglich.

2) *Planvorbehalt*

Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB regelmäßig auch dann entgegen, soweit hierfür durch entsprechende Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Den Gemeinden und den Landesplanern wird hierdurch die Möglichkeit einer positiven Standortplanung an einer oder an mehreren Stellen im Plangebiet eingeräumt mit dem Ziel, den übrigen Planungsraum von privilegierten Anlagen freizuhalten. Gem. § 5 Abs. 2 b BauGB können daher Teilflächennutzungspläne mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aufgestellt werden. Ziel ist es, die Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde im Außenbereich zu erhöhen, wobei § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Intensität und Umfang dieser planerischen Steuerung allerdings nicht näher festlegt.

Den Gemeinden stehen dazu folgende Möglichkeiten offen:

- Festsetzung von Konzentrationsgebieten
- Aufstellung von Teilflächennutzungsplänen
- Veränderungssperre gemäß § 15 Abs.3 BauGB

i. Ausweisung von Konzentrationsgebieten

„Ausweisung an anderer Stelle“ i.S.d. § 35 Abs.3 S.3 BauGB ist nur eine Ausweisung, die solche Vorhaben nach der Art der Nutzung ausdrücklich zulässt. Zu bemerken ist, daß sich der raumordnerische und kommunale Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur auf Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 - 6 bezieht, d.h. nicht auf land- und forstwirtschaftliche Betriebe (Nr. 1) und Kernenergieanlagen (Nr. 7). Die Haltung und Aufzucht von Nutztieren in großen Stallanlagen in Form gewerblicher Intensivtierhaltung ist im Regelfall bereits in Gewerbegebieten (§ 8 BauNVO) zulässig; sie kann aber auch in konkreten städtebaulichen Situationen nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert zulässig sein. Darauf bezieht sich dann auch der Planvorbehalt.

Die Steuerungsmöglichkeit geht jedoch nicht soweit, daß bestimmte privilegierte Vorhaben im gesamten Gemeindegebiet ausgeschlossen werden; reine Negativplanungen sind unzulässig (BVerwG BauR 2003, 1165; BVerwGE 117, 287; BVerwG ZfBR 2005, 195). Die negative und die positive Komponente der festgelegten Konzentrationszonen bedingen einander. Der Ausschluß der Anlagen auf Teilen des Plangebiets läßt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nämlich nur rechtfertigen, wenn der Plan

zugleich sicherstellt, daß sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. Dem Plan muß also ein schlüssiges Planungskonzept für das ganze Gemeindegebiet zugrunde liegen, das den Anforderungen des Abwägungsgebotes gerecht wird (BVerwG BauR 2005, 503; NVwZ 2003, 1261). Die planerische Konzeption der Gemeinde muß deshalb das städtebauliche Ziel der Konzentration der Nutzungen verfolgen. Demgemäß bedarf es einer auf den gesamten Außenbereich bezogenen Ermittlung und Abwägung der städtebaulichen Gründe für den Ausschluß an anderer Stelle. Diese Abwägung muß nicht parzellengenau sein, wohl aber die nachfolgende Festlegung des Konzentrationsgebietes. Bei der Gebietsauswahl und dem Gebietszuschnitt muß die Gemeinde die durch § 35 Abs. 1 Nr. 2 - 6 BauGB geschützten Interessen, z.B. Windenergie, in der Konkurrenz mit gegenläufigen Belangen nicht vorrangig fördern (BVerwGE 117, 287). Die Abwägung aller beachtlichen Belange muß sich auf die positiv festgelegten und die ausgeschlossenen Standorte erstrecken. Nur wenn die Planung des Flächennutzungsplanes sicherstellt, daß die in § 35 Abs. 1 Nr. 2 – 6 BauGB bezeichneten Vorhaben in einem Teilbereich des Gemeindegebietes zulässig errichtet werden können, läßt sich nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes ihr Ausschluss an anderer Stelle rechtfertigen (BVerwG NVwZ 2003; 1261; NVwZ 2003, 733). Reine Verhinderungsplanungen sind daher unzulässig. Eine Bestimmung, durch die die geplante Nutzung ihrer Art nach im gesamten Geltungsbereich des Flächennutzungsplans ausgeschlossen wird, weil dafür keine geeigneten Standorte vorhanden seien, kann dem privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs.3 S.3 BauGB nicht entgegengehalten werden.

Ein auf das gesamte Gebiet einer Gemeinde bezogener Ausschluß kann nur durch einen gemeinsamen Flächennutzungsplan benachbarter Gemeinden auf der Grundlage von § 204 Abs.1 BauGB oder, wie schon dargestellt, durch einen Raumordnungsplan herbeigeführt werden.

In der Praxis am häufigsten sind die Darstellung von Flächen für Versorgungsanlagen sowie für Abgrabungen und die Gewinnung von Bodenschätzen, vor allem aber die Darstellung von Sonderbauflächen für Windparks (Konzentrationszonen). Hat eine Gemeinde in ihrem Flächennutzungsplan eine Konzentrationszone für Windkraftanlagen dargestellt, steht dies somit als öffentlicher Belang der Genehmigung einer Windenergieanlage an anderer Stelle des Gemeindegebietes entgegen. Die vom Gesetzgeber unter den in § 12 Abs. 2 ROG genannten Voraussetzungen eröffnete Möglichkeit, zur Sicherung eines in Aufstellung befindlichen Ziels der Raumordnung die Erteilung einer Baugenehmigung zu untersagen, läßt die Befugnis der Baurechtsbehörde unberührt, die Baugenehmigung mit der Begründung zu versagen, dem

Bauvorhaben stehe ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung als unbenannter öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegen. Ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung hat die Qualität eines öffentlichen Belangs, wenn es inhaltlich hinreichend konkretisiert und wenn zu erwarten ist, daß es sich zu einer verbindlichen, den Wirksamkeitsanforderungen genügenden Zielfestlegung im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG verfestigt (BVerwG BauR 2005, 987). Nach der Änderung des LplG und der Aufhebung der Planungsbefugnis der Regionalverbände in Bezug auf regenerative Energien dürfte diese Überlegung aber auch auf die Wahrnehmung des Planvorbehalts durch die Änderung von Flächennutzungspläne entsprechend gelten.

ii. Teilflächennutzungsplan

Mit § 5 Abs. 2 b BauGB sind neben sachlichen auch räumliche Teilflächennutzungspläne ermöglicht. Für die Praxis ist das hilfreich, weil damit die Möglichkeit besteht, die Ausschlußwirkung auf Teile des Gemeindegebietes zu begrenzen, ohne dies aus einem lückenlos stimmigen Gesamtkonzept abzuleiten. Allerdings muß im Falle der Nutzung des Darstellungsprivilegs nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nach wie vor eine substantielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet bleiben. Zweck der Neuregelung ist es, zur Steuerung der den sonstigen Gemeindeinteressen zuwiderlaufenden Ansiedlungsinteressen einen räumlich oder sachlich begrenzt geltenden Flächennutzungsplan kurzfristig auf den Weg bringen und dessen Darstellungen durch eine Veränderungssperre sichern zu können.

Auch der Teilflächennutzungsplan ist ein Flächennutzungsplan im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 1 BauGB und muß daher die spezifischen Aufgaben eines Flächennutzungsplans erfüllen können. Der gem. § 5 Abs. 2 b BauGB auf § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bezogene Teilflächennutzungsplan kann somit für raumbedeutsame Vorhaben einen rechtswirksamen Ausschluß bewirken.

iii. Zurückstellung gem. § 15 Abs.3 BauGB

Gemäß § 15 Abs.3 S.1 BauGB hat die Baugenehmigungsbehörde auf Antrag der Gemeinde die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 für einen Zeitraum bis zu längstens einem Jahr nach Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs auszusetzen, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, mit dem die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 erreicht werden sollen, und zu befürchten ist, daß die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde. Es können somit

nur Baugesuche für Vorhaben nach § 35 Abs.1 Nrn. 2 - 6 BauGB während der Flächennutzungsplanung zurückgestellt werden. Von der Vorschrift nicht erfaßt sind die land- und forstwirtschaftliche Nutzung (§ 35 Abs.1 Nr.1 BauGB) und die Vorhaben zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Kernenergie (§ 35 Abs.1 Nr.7 BauGB).

Ist für das Vorhaben seiner Art nach eine Ausweisung an anderer Stelle im Flächennutzungsplan getroffen und greift daher § 35 Abs.3 S.3 BauGB ein, folgt daraus aber noch nicht zwingend die Unzulässigkeit des Vorhabens. Es bedarf vielmehr der Prüfung, ob unter Berücksichtigung dieser Darstellungen des Flächennutzungsplans dem konkreten Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen. Insoweit ist eine nachvollziehende Abwägung geboten. Zur Zulässigkeit des Vorhabens führt diese Abwägung allerdings nur im Ausnahmefall atypischer Besonderheiten, da aus der Ausweisung an anderer Stelle in der Regel das Entgegenstehen öffentlicher Belange folgt (BVerwG 2005, 503). Atypische Besonderheiten können sich z.B. aus der Konzeption der Anlage, aus der in der näheren Umgebung vorhandenen Bebauung oder aus topographischen Besonderheiten ergeben.

Ergänzend wird die Ausführungen in auf Kap. III.2.e.3 verwiesen

6. *Schonung des Außenbereichs, § 35 Abs. 5 BauGB*

a. *Gebot flächensparenden Bauens*

§ 35 Abs. 5 S. 1 BauGB bestimmt für alle Vorhaben nach § 35 Abs. 1 bis 4 BauGB, daß sie in einer flächensparenden, die Bodenversiegelung auf das notwendige Maß begrenzenden und den Außenbereich schonenden Weise auszuführen sind und konkretisiert damit das allgemeine Gebot größtmöglicher Schonung des Außenbereichs (OVG Münster BRS 59 Nr. 95). Gegen dieses Gebot kann sich ein Außenbereichsvorhaben, egal ob und welcher Grad der Privilegierung ihm zukommt, nicht durchsetzen. Dies bedeutet, daß ein Vorhaben, das den Außenbereich nicht schont, von vorneherein unzulässig ist, ohne daß es im Hinblick auf seine Zulässigkeit noch an den einzelnen berührten Belangen gemessen werden müßte. Insoweit können sich z.B. auch Anforderungen an die Ausführung privilegierter (landwirtschaftlicher) Vorhaben ergeben (BVerwG NVwZ-RR 1992, 401).

b. *Rückbauverpflichtung*

§ 35 Abs. 5 S. 2 BauGB verlangt nur für Vorhaben i.S.d. Abs. 1 Nr. 2 – 6 (z.B. Intensivtierhaltungen, Windenergie-, Biomasseanlagen) eine Verpflichtungserklärung zum Rückbau und zur Beseitigung der Bodenversiegelung nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung. Aus Gründen des Außenbereichsschutzes sollen diese Anlagen nach Nutzungsaufgabe wieder entfernt werden. Die Aufgabe der Nutzung auch eines privilegierten

Vorhabens führt nach der Rechtsprechung zu einem formell und materiell rechtswidrigen Zustand (BVerwG NVwZ 2001, 557), so daß die Baurechtsbehörde zur Herstellung rechtmäßiger Zustände dessen Beseitigung anordnen kann (BVerwG BauR 2003, 1021). § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB kommt daher an sich nur klarstellende Bedeutung zu. Zu beachten ist, daß die Rückbaupflicht insbesondere nicht für Vorhaben der Nr. 1 (land- oder forstwirtschaftliche Betriebe) gilt.

Die „Aufgabe“ der Nutzung ist anzunehmen, wenn diese beendet oder wenn zu einer anderen Nutzung übergegangen wird, d.h. wenn die Variationsbreite der bisher zulässigen Nutzung verlassen wird. In der Praxis bereitet es oftmals Schwierigkeiten, das Merkmal der „dauerhaften“, also nutzungsbeendende Aufgabe der Nutzung von der bloßen Unterbrechung der bisherigen Nutzung abzugrenzen. Abzustellen ist auf die objektive Verkehrsauffassung. Eine Nutzung wird somit aufgegeben, wenn nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles die übliche betriebliche Funktionalität nicht mehr fortgesetzt wird und dies ohne betriebliche Ursachen in naher Zukunft auch nicht zu erwarten ist, der Betrieb also stillgelegt wird. Für die Beurteilung, ob die funktionsgerechte Nutzung dauerhaft nicht mehr ausgeübt wird, sind die üblichen Betriebsabläufe des privilegierten Betriebes maßgebend. Ein Betriebsablauf wird z.B. eingestellt, wenn dafür notwendige Teile beseitigt werden. Keine Aufgabe sind übliche Reparatur- oder Instandsetzungsarbeiten, die gerade dazu dienen, die Fortsetzung der bisherigen Nutzung zu gewährleisten. Zerstörung durch Brand, Naturereignisse oder andere außergewöhnliche Ereignisse beenden die bisherige Privilegierung (arg. § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB).

„Rückbau“ ist die Beseitigung der baulichen Anlage und insoweit die Herstellung des davor bestehenden Zustandes. Zur Entsiegelung des Bodens gehört auch die Beseitigung betonierter Fundamente.

Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung begründet § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB kraft Gesetzes die Pflicht zur Abgabe einer entsprechenden Verpflichtungserklärung für das Vorhaben. Allerdings entfällt die Abgabe dieser Verpflichtungserklärung, wenn zulässigerweise die Nutzung in ein Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 BauGB geändert wird. Die Verpflichtungserklärung ist schriftlich abzugeben und muß im Zeitpunkt der Genehmigung bereits vorliegen. Das Vorliegen der Verpflichtungserklärung ist somit konstitutiv für Genehmigungserteilung. Die Erklärung muß die Übernahme der Verpflichtung enthalten, nach dauerhafter Aufgabe das Vorhaben zurückzubauen und die eingetretene Bodenversiegelung zu beseitigen. Es empfiehlt sich, den Inhalt dieser Verpflichtung nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles unter Bezug auf die Anlagenbeschreibung in den Bauvorlagen (§ 7 LBOVVO) beschreibend zu konkretisieren.

Grundsätzlich ist die Verpflichtungserklärung vom Vorhabensträger abzugeben. Ist der Vorhabenträger nicht Grundstückseigentümer, muß die Erfüllbarkeit der Verpflichtung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sichergestellt sein. Das kann Probleme bereiten, wenn der Bauantragsteller bei Fälligkeit der Rückbaupflicht möglicherweise keinen rechtlichen Zugriff mehr auf das Grundstück hat. Deswegen soll die Baugenehmigungsbehörde gem. § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB die Rückbauverpflichtung durch Baulast oder in anderer Weise (z. B. durch Sicherheitsleistung) sicherstellen. Zu beachten ist, daß für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB und für sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB eine als Zulässigkeitsvoraussetzung normierte Rückbauverpflichtung nicht besteht.

Eine bereits begründete Rückbauverpflichtung ist zu übernehmen, wenn ein Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 - 6 BauGB in ein anderes Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 - 6 umgenutzt wird. Das gilt auch, wenn z.B. ein Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 1 in eines nach Abs. 1 Nr. 2 - 6 umgewandelt wird. Sie entfällt dagegen, wenn ein Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 - 6 BauGB in eines nach Abs. 1 Nr. 1 oder Absatz 2 umgenutzt wird. Die „Übernahme“ selbst ist eine einseitig verpflichtende Erklärung. Hinzuweisen ist noch auf die Überleitungsvorschriften in § 244 Abs. 7 BauGB, die sicherstellen, daß bauliche Anlagen, deren Nutzung bereits vor dem Inkrafttreten des EAG Bau zulässigerweise aufgenommen worden ist, auch bei einer Nutzungsänderung nicht nach § 35 Abs. 5 Satz 2 zurückgebaut werden müssen.

c. Sicherung der Nutzung und des Rückbaus

Nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB soll die Baugenehmigungsbehörde die Einhaltung der Rückbauverpflichtung und der Nutzung der baulichen oder sonstigen Anlage nur in der vorgesehenen Art sicherstellen. Zu beachten ist, daß die Verpflichtungserklärung kein vollstreckbarer Titel ist. Die Rückbaupflicht bedarf daher der Umsetzung in Form einer Nebenbestimmung zur Baugenehmigung (Auflage bzw. Baulast). Zur Sicherstellung der Nutzung kann der Baugenehmigung z.B. eine entsprechende Auflage beigelegt werden (OVG Münster BauR 2009, 80).

Für die Rückbauverpflichtung wird ausdrücklich die Baulast (§ 71 LBO) als Sicherungsmittel genannt. Als weitere Sicherungsmittel („oder in anderer Weise“) kommen z.B. eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB), die selbstschuldnerische Bankbürgschaft (§§ 765 i.V.m. 773 BGB), die Sicherungsgrundschuld (§ 1191 BGB) oder eine Höchstbetrags-Sicherungshypothek (§§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs.1 BGB) in Betracht. Die Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft ist aber für den Bauherrn unter Umständen auch die teuerste Variante. Obligatorische Verträge wirken nicht gegen den Rechtsnachfolger und sind daher nicht geeignet. Zu beachten

ist, daß die behördliche Sicherstellungsmaßnahme das an sich gegebene Baurecht nicht faktisch vereiteln darf.

Das „oder“ ist übrigens insoweit nicht alternativ zu verstehen. Die Übernahme einer Baulast schließt deshalb die Anordnung „anderer“ geeigneter Maßnahmen, insbes. der Sicherheitsleistung, nicht aus. Damit hieraus ggf. auch vollstreckt werden kann, sind solche Sicherheitsleistungen für die Kosten des Rückbaus (Ersatzvornahme) per Auflage zu verfügen (BVerwG, Urt. v. 17.10.2012 – 4 C 5.11 –).

IV. Außenbereichssatzung, § 35 Abs. 5 BauGB

1. Allgemeines

Die Gemeinde kann gem. § 35 Abs. 6 Satz 1 BauGB für bebaute Bereiche im Außenbereich, die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind und in denen eine Wohnbebauung von einigem Gewicht besteht, durch Satzung bestimmen, daß Wohnzwecken dienenden Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB enumerativ aufgezählte öffentliche Belange des Abs. 3 nicht entgegengehalten werden können. Mit der sog. Außenbereichssatzung besteht ein gemeindliches Steuerungsmodell für Außenbereichsvorhaben, das der Baulückenfüllung im besiedelten Außenbereich dienen, darüber hinaus aber nicht zur Schaffung eines Ortsteils führen soll. Die Satzung des § 35 Abs. 6 BauGB verändert also den Gebietscharakter als Außenbereich nicht. Die Vorhaben sind folglich weiterhin nach § 35 BauGB zu beurteilen. Mit der Satzung kann die Gemeinde lediglich im Sinne einer geordneten städtebaulichen Entwicklung erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen zu schaffen, indem den davon betroffenen Vorhaben nicht entgegengehalten werden kann, daß sie einer Darstellung im Flächennutzungsplan über Flächen für die Landwirtschaft oder Wald widersprechen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB) oder die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB) befürchten lassen (BVerwG BauR 2004, 1131). Alle anderen öffentlichen Belange kann die Außenbereichssatzung somit nicht überwinden. Zu beachten ist, daß die in Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 ebenfalls genannte Erweiterung einer Splittersiedlung nicht aus dem Prüfprogramm ausgeblendet ist. Daraus folgt, daß die Satzung nicht zur Ausdehnung der bebaubaren Flächen in den Außenbereich hinein führen darf, sondern nur die Innenverdichtung und Lückenschließung innerhalb bereits bestehender Splittersiedlungen im Außenbereich ermöglichen soll (OVG Lüneburg BauR 2001, 80).

Der Gesetzgeber hat damit eine 2. Gattung begünstigter Vorhaben geschaffen, die sich allerdings gegenüber denen nach § 35 Abs. 4 BauGB darin

unterscheiden, daß aus dem Prüfungskatalog des § 35 Abs. 3 BauGB lediglich die zwei in der Vorschrift genannten öffentlichen Belange ausgeblendet werden.

2. Voraussetzungen

Die Außenbereichssatzung darf nur erlassen werden, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- es muß sich um einen bereits bebauten Bereich handeln,
- der Bereich darf nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sein und
- es muß eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden sein.

a. *bebauter Bereich*

Ein bebauter Bereich i.S.d. § 35 Abs. 6 Satz 1 BauGB ist nur gegeben, wenn und soweit die vorhandene Bebauung dazu führt, daß der Außenbereich seine Funktion als Freiraum oder als Fläche für privilegierte Vorhaben zu dienen, nicht mehr oder nur noch mit wesentlichen Einschränkungen erfüllen kann. Die vorhandene Bebauung muß auf eine weitere Bebauung im Wege der baulichen Verdichtung hindeuten (BVerwG BauR 2006, 1858). Der bebaute Bereich muß zumindest als Weiler, Splittersiedlung oder sonstiger Siedlungsansatz vorhanden sein. Einzelbauten, die rundum im Außenbereich liegen und von der nächsten Bebauung 60 - 80 m entfernt sind, können nicht einbezogen werden (OVG Münster, Urt. v. 18.11.2004 - 7 A 4414/03 -).

b. *überwiegend landwirtschaftlich geprägt*

Zur Vermeidung von Konflikten mit der Landwirtschaft darf nur für solche Gebiete eine Außenbereichssatzung erlassen werden, die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind. Zur Beurteilung der „überwiegenden landwirtschaftlichen Prägung“ ist sowohl ein quantitativer als auch ein qualitativer Maßstab anzulegen.

c. *Wohnbebauung von einigem Gewicht*

In dem bebauten Bereich muß außerdem bereits eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden sein. Damit wird sichergestellt, daß der bebaute Bereich siedlungsstrukturell eine Entwicklung zu einem wohnsiedlungsartigen Charakter erfahren kann und nicht durch die Zulassung weiterer Vorhaben eine damit in Konflikt tretende Situation geschaffen wird. Eine Mindestzahl von Wohngebäuden ist nicht bestimmt, aber schon weniger als 10 Wohnhäuser können insoweit ausreichen (OVG Münster, Urt. v. 18.11.2004 - 7 A 4415/03 -). Auch ein aus nur 4 Wohnhäusern bestehender Bebauungszusammenhang kann schon eine „Wohnbebauung von einigem Gewicht“ sein (BayVGH BauR 2004, 50). Entscheidend sind insoweit die siedlungsstrukturellen Gegebenheiten in der Gemeinde (BVerwG BauR 2006, 1858).

d. **Inhalt der Satzung**

Der räumliche Geltungsbereich der Satzung ist auf den Bereich vorhandener Bebauung zu beschränken. Zugleich besteht bei der Abgrenzung des Satzungsgebiets aber auch ein gewisser Spielraum, weil die Satzung es ohnehin nicht ermöglicht, eine Splittersiedlung in den Außenbereich hinein zu erweitern (OVG Münster BauR 2001 1562).

Gem. § 35 Abs. 6 S. 2 BauGB kann die Satzung auch auf Vorhaben erstreckt werden, die kleinen Handwerks- oder Gewerbebetrieben dienen. Damit können auch diesen Betrieben die in Satz 1 genannten Belange nicht entgegengehalten werden. Eine Definition der „kleinen Handwerks- oder Gewerbebetrieben“ trifft das Gesetz nicht. Damit ist hierüber im Einzelfall zu entscheiden (BayVGH, Beschluß v. 17.12.1992 - 1 N 91.1077 -, UPR 1993, 116). Ein Indiz kann deren Umweltverhalten sein, so daß nur solche Betriebe zugelassen werden können, die von ihrem Störgrad her mit der Wohnnutzung verträglich sind.

§ 35 Abs. 6 Satz 3 BauGB ermächtigt die Gemeinde außerdem, in der Außenbereichssatzung nähere Bestimmungen über die Zulässigkeit der Vorhaben zu treffen. Derartige Bestimmungen sind jedoch darauf beschränkt, die mit der Satzung bezweckte Begünstigung gegenüber den allgemeinen Zulässigkeitsregelungen des § 35 BauGB zu steuern. Zulässig sind somit z. B. Regelungen über die Begrenzung der Zahl von Wohnungen in Wohngebäuden, nicht aber Regelungen über den Einbau und die Überprüfung von Flugfeuerschutzeinrichtungen (OVG Münster BauR 2001, 1562).

Die von der Gemeinde getroffenen Bestimmungen können also lediglich Maßgaben sein, die Beeinträchtigung öffentlicher Belange durch eine Bebauung des Bereichs möglichst wieder auszugleichen. Ihre Grenzen finden sie dort, wo eine Vereinbarkeit mit der geordneten städtebaulichen Entwicklung nicht mehr gewährleistet ist (§ 35 Abs. 6 Satz 4 BauGB). Insoweit darf mit der Satzung kein städtebaurechtliches Ergebnis herbeigeführt werden, das auch und nur durch einen Bebauungsplan herbeigeführt werden könnte.

e. **Verfahren**

Voraussetzung für die Aufstellung der Satzung ist, daß

- sie mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung vereinbar ist,
- die Zulässigkeit von Vorhaben, die einer Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach Anlage 1 zum Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung oder nach Landesrecht unterliegen, nicht begründet wird und
- keine Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe b BauGB genannten Schutzgüter bestehen.

Bei der Aufstellung der Satzung ist gem. § 35 Abs. 6 Satz 5 BauGB das vereinfachte Verfahren nach § 13 Nr. 2 und 3 anzuwenden. Aus dem Merkmal der Vereinbarkeit mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung ergibt sich, daß die Außenbereichssatzung mit § 1 BauGB vereinbar sein muß. Das schließt die Ermittlung und Berücksichtigung der Auswirkungen der Satzung auf die berührten Umweltbelange mit ein.

V. Nachbarschutz

Die Auswirkungen eines Bauvorhabens können sich auch auf Nachbargrundstücke erstrecken. Daher sind betroffene Nachbarn grundsätzlich berechtigt, insoweit die Verletzung ihrer Rechte geltend zu machen. Erfolgt die Bebauung auf der Grundlage einer Baugenehmigung richtet sich der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch gegen die Baugenehmigung. Die Baugenehmigung ist ein sog. Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, vgl. § 80a Abs. 1 VwGO. Für den Bauherrn ist sie, soweit die Zulassung antragsgemäß erteilt wird, ein begünstigender Verwaltungsakt. Für Dritte, wie z. B. den Nachbarn, kann sie einen belastenden Verwaltungsakt darstellen, wenn und soweit sie ihn in seinen Rechten bezüglich seiner bestandsgeschützten Grundstücksnutzung, also nicht bei illegaler Nutzung (BVerwGE 98 S. 235, 245), beeinträchtigt.

Für den Nachbarrechtsschutz kommt es also darauf an, ob eine öffentlich-rechtliche Vorschrift der Erteilung der Baugenehmigung i.S.v. § 58 Abs. 1 Satz 1 LBO entgegensteht und ob gerade diese entgegenstehende öffentlich-rechtliche Vorschrift zumindest auch dazu bestimmt ist, den Nachbarn vor Beeinträchtigungen durch das Bauvorhaben zu schützen. Bedarf der Bauherr keiner Baugenehmigung, muß der Nachbar von der zuständigen Behörde ein Einschreiten gegen die Baumaßnahme oder das Bauwerk verlangen.

Grundsätzlich kommt dem Nachbarn im öffentlichen Baurecht somit nur dann Rechtsschutz zu, wenn er die Verletzung eigener Rechte geltend machen kann (vgl. §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 VwGO). Ob eine Vorschrift ein subjektives Recht für den Nachbarn gewährt, ist im jeweiligen Einzelfall anhand des Schutzzwecks der Norm zu ermitteln (sog. Schutznormtheorie). Maßgebend ist, ob die entsprechende Vorschrift - zumindest auch - den Schutz des Nachbarn bezweckt. Zu beachten ist, daß das Rücksichtnahmegebot insoweit kein Rechtsprinzip des öffentlichen Baurechts ist (VGH Bad.-Württ. BRS 52 Nr. 187). Es stellt keine allgemeine städtebauliche Härtefallklausel dar, die über den speziellen Vorschriften des gesamten öffentlichen Baurechts steht. Das Gebot der Rücksichtnahme ist vielmehr Bestandteil einzelner Vorschriften des Baurechts und als solches in den Tatbestandsmerkmalen der §§ 30 -

35 BauGB enthalten (BVerwG BauR 1999, 615). Es ist deshalb gegenüber anderen - ausdrücklich und von vornherein - nachbarschützenden Vorschriften subsidiär (Jäde, JuS 1999, 961 ff). Welche Abwehrrechte ein Nachbar gegen ein im Außenbereich gelegenes Bauvorhaben hat, bestimmt sich daher nach § 35 BauGB (BVerwG, Beschl. v. 24.04.1997, - 4 B 65.97 -, NVwZ-RR 1997, 682). Nachbarschutz, der sich aus dem in § 35 Abs. 3 BauGB verankerten Rücksichtnahmegebot als unbenannter öffentlicher Belang ergibt, setzt somit eine schutzwürdige Position des Nachbarn gegenüber dem Vorhaben voraus, denn Rücksicht zu nehmen ist nur auf solche Interessen des Nachbarn, die wehrfähig sind, weil sie nach der gesetzlichen Wertung, die im materiellen Recht ihren Niederschlag gefunden hat, schützenswert sind.

Werden in diesem Sinne schutzwürdige Interessen des Nachbarn nicht beeinträchtigt, greift das Rücksichtnahmegebot nicht; dabei kommt es nicht darauf an, ob die vom Nachbarn angefochtene Baugenehmigung - objektiv-rechtlich - rechtswidrig ist. Der Baunachbar hat also grundsätzlich keinen Anspruch auf die Bewahrung des Außenbereiches (BVerwG BRS 57 Nr. 224; BauR 1999, 1439). Auch im Außenbereich besteht somit kein Schutzanspruch des Nachbarn gegen insoweit objektiv rechtswidrige Bauvorhaben. Dem § 35 BauGB kommt also gerade nicht die Funktion einer allgemein nachbarschützenden Norm zu (BVerwG, Beschl. v. 03.04.1995, - 4 B 47.95 -, BRS 57 Nr. 224; BauR 1997, 810; BauR 1994, 354 ff). Das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme ist auch insoweit Bestandteil des § 35 BauGB, als es im Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB und des entsprechenden öffentlichen Belanges enthalten ist (grundlegend BVerwG NVwZ 1984, S. 509 f; BRS 62 Nr. 189). Das Rücksichtnahmegebot gilt im übrigen für privilegierte wie für sonstige Vorhaben (BVerwG E 67, 334; BRS 40 Nr. 4; E 52, 122; BRS 32 Nr. 155; NVwZ 1986, 469; BRS 50 Nr. 84; BRS 55 Nr. 168; NJW 2000, 552).

Welche Anforderungen das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme begründet, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen ab, also von der konkreten Situation der fraglichen Grundstücke. Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung desjenigen ist, dem die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugute kommt, um so mehr kann er an Rücksichtnahme verlangen. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, um so weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Bei diesem Ansatz kommt es für eine sachgerechte Beurteilung des Einzelfalles wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem an, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist (BVerwG, Urt. v. 28.10.1993 - 4 C 5.93 -, BauR 1994, 354 f mwN.; Urt. v. 18.5.1995, - 4 C 20.94 -, NVwZ 1996, 379 f).

Das in § 35 Abs. 3 BauGB verankerte Gebot der Rücksichtnahme gilt nicht nur für Außenbereichsvorhaben untereinander, sondern wirkt über Gebietsgrenzen hinweg und kommt daher auch Eigentümern zugute, deren Grundstücke im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes oder im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) liegen,

während das fragliche Bauvorhaben im Außenbereich zur Errichtung kommen soll (BVerwG, Urt. v. 28.10.1993, - 4 C 5.93 -, BauR 1994, 354 f mwN.).

Auch der Inhaber eines privilegierten Vorhabens im Außenbereich kann sich nur auf einen Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot berufen, da es in der Regel rücksichtslos ist, wenn eine mit der vorhandenen Bebauung im Außenbereich nicht zu vereinbarende Nutzung begonnen werden soll. Dieses ist z.B. der Fall bei einer Errichtung eines Wohngebäudes in der Nachbarschaft eines emittierenden Landwirtschafts- oder Gewerbebetriebs im Außenbereich, wenn dadurch die Privilegierung in Frage gestellt wird (BayVGH BayVBl. 2002, 309). Das Rücksichtnahmegebot gem. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB ist etwa verletzt, wenn auf das Grundstück des Nachbarn schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne von §§ 3 Abs. 1, 22 Abs. 1 Satz 1 BImSchG, die auch Wirkung für das Baurecht allgemein besitzen, niedergehen (vgl. OVG Brandenburg, Beschl. v. 30.06.2000 – 3 B 108/99 -; BVerwG BRS 40 Nr. 206; BRS 60 Nr. 83; BRS 62 Nr. 86). Zur Beurteilung dieser Umwelteinwirkungen können auch bei Vorhaben, die nicht nach dem BImSchG genehmigungspflichtig sind, die Richtwerte der TA Lärm oder der VDI-Richtlinie 2058 als Orientierungshilfe herangezogen werden (BVerwG BRS 60 Nr. 85; OVG Brandenburg, Beschl. v. 30.6.2000 – 3 B 108/99 -; OVG Münster, ZfBR 2002, S. 275, mwN.; zur entspr. Anwendung der TA Lärm auf landwirtschaftliche Erntemaschinen/ -einsätze: VGH Baden-Württemberg BRS 63 Nr. 193; zur TA Luft: BVerwG NVwZ 1988, 824; NVwZ-RR 1996, 498; NVwZ 2000, 440; NVwZ 2001, 1165; zur Anwendung der Geruchsimmisions-Richtlinie – GIRL – bei der Beurteilung von Gerüchen landwirtschaftlicher Tierhaltung: OVG Lüneburg, Urt. v. 25.07.2002 – 1 LB 980/02 –, ZfBR 2003, S. 171).

Der Eigentümer eines im Innenbereich an der Grenze zum Außenbereich gelegenen Grundstücks hat somit keinen Anspruch darauf, daß der angrenzende Außenbereich unbebaut bleibt (OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.5.2009 - 1 MN 12/09 -, DÖV 2009, 824) oder, wenn es in einem Wohngebiet gelegenen ist, die Schutzmaßstäbe eines allgemeinen oder reinen Wohngebiets (§§ 3, 4 BauNVO) anzulegen sind (BVerwG BauR 1994, 354; OVG Münster NVwZ 1998, 980). Er hat aber einen Anspruch darauf, daß er durch die Außenbereichsbebauung in der Nutzung seines Grundstücks nicht unerträglich beschränkt wird (OVG Saarlouis UPR 2003, 1). Ebenso kann der Eigentümer eines Außenbereichsgrundstücks nur verlangen, so geschützt zu sein, als befände sich sein Wohngrundstück in einem Kern-, Dorf- oder Mischgebiet (OVG Greifswald NuR 1999, 654; OVG Münster NVwZ 1999, 1360). Bei der Lage in einem Dorfgebiet ist zu beachten, daß das Gebot der Rücksichtnahme durch § 5 Abs. 1 Satz 2 BauNVO eine Korrektur erfährt, wonach auf die Belange der landwirtschaftlichen Betriebe einschließlich ihrer Entwicklungsmöglichkeiten vorrangig Rücksicht zu nehmen ist. Durch diese 1990 eingefügte Klausel wird der Landwirtschaft im Nutzungskonflikt eine gewisse Vorrangstellung eingeräumt mit der Folge, daß die Schutzwürdigkeit der Wohnnutzung in dem für Dorfgebiete typischen Nebeneinander von Wohnen und Landwirtschaft vermindert ist (VGH Bad.-Württ. BauR 1995, 819). Dies schließt für den Landwirt das Recht ein, eine heranrückende Wohnbebauung abzuwehren, wenn er befürchten muß, bei einer Verwirklichung des Vorhabens aus Gründen des Immissionsschutzes mit zusätzlichen, nicht nur unerheblichen Anforderungen an seinen

Betrieb überzogen zu werden (BVerwG, Urt. v. 14.1.1993 - 4 C 19.90 -, NVwZ 1993, 1184, und Beschl. v. 25.11.1985 - 4 B 202/85 -, NVwZ 1986, 469; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 4.2.1992 - 3 S 1616/90 -, VBIBW 1992, 261). Die Rücksichtnahme auf die bereits vorhandene emissionssträchtige Landwirtschaft kann deshalb von einem Bauinteressenten gerade verlangen, eine andere als die beabsichtigte Wohnnutzung zu wählen (BVerwG, Beschl. v. 25.11.1985, aaO., mwN).

Im übrigen läßt sich weder aus § 1 Abs. 6 BauGB noch aus § 3 BauGB eine Abwehrposition herleiten (BVerwG BauR 1997, 810).

Beispiele:

- Der Inhaber einer Gärtnerei mit einer Holzheizung im Außenbereich kann die Errichtung eines Wohnhauses in der Nachbarschaft nicht verhindern, weil die Privilegierung der Gärtnerei sich nicht auf die Art der Heizung bezieht (BVerwG NVwZ 2000, 552).
- Kein Nachbarschutz eines Landwirts gegen die Errichtung eines Wohnhauses neben seinem Landwirtschaftsbetrieb, wenn dieser keine unzumutbaren Immissionen hervorruft (OVG Lüneburg BauR 1988, 321).
- Der Eigentümer eines nach § 35 Abs. 2 BauGB genehmigten Gebäudes kann sich gegen die Zulassung weiterer Bauvorhaben wenden, wenn und soweit das Rücksichtnahmegebot verletzt ist (BVerwGE 52, 122).
- Es verstößt gegen das Gebot der Rücksichtnahme, wenn neben einem vorhandenen Segelflugplatz eine Windkraftanlage errichtet wird (BVerwG BauR 2005, 1138).
- Ein Wolfsgehege neben einem Wohnhaus ist wegen des nächtlichen Geheuls der Wölfe rücksichtslos (OVG Münster BauR 2006, 2034).
- Ein Vorhaben im Außenbereich verstößt jedenfalls dann unter dem Gesichtspunkt der Belüftung, Belichtung und Besonnung nicht gegen das Gebot der Rücksichtnahme, wenn es sogar den in § 7 NRG auf Verlangen einzuhaltenden Abstand wahrt (VGH Baden-Württemberg, Beschl.v. 02.03.1998 – 8 S 535/98 –).
- Ein Bauvorhaben verstößt gegen das nachbarliche Rücksichtnahmegebot, wenn seine Anordnung allein dem Zweck dient, den Nachbarn zu schädigen; hier: Anpflanzen von Bäumen an der Grundstücksgrenze durch den Nachbarn - Gegenmaßnahme des Bauherrn: Errichtung eines Schuppens vor dem Haus des Nachbarn (BayVGH, Urt. V. 09.04.2008 - 8 S 98/08 -, BauR 2009, 1529 Ls).

VI. Exkurs: Kleinbauten

Eine Herausforderung besonderer Art stellen die sog. Kleinbauten für die baurechtliche Praxis dar. Landauf, landab stehen und entstehen in der freien Landschaft zahlreiche Hütten, Garten- und Wochenendhäuser sowie Einfriedungen und andere bauliche Anlagen. Diese Kleinbauten sind häufig einerseits Ausdruck des Wunsches nach individueller Lebensgestaltung und Erholung in der Natur. Andererseits führt die planlose Erstellung dieser Anlagen und insbesondere auch von Werbeanlagen aller Art zu erheblichen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft, insbesondere ihrer Zersiedlung und zu Einschränkungen der freien Zugänglichkeit. Häufig sind dabei auch Probleme bei der ordnungsgemäßen Entsorgung zu beobachten. Die meisten dieser baulichen Anlagen sind ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet worden und sind damit formell illegal und erfüllen überwiegend auch nicht die materiellen Anforderungen des öffentlichen Baurechts.

Zur Bestimmung des Begriffs der sog. Kleinbauten bzw. Einfriedungen im Außenbereich kann auf die früheren baden-württembergischen Kleinbauten- bzw. Verfahrenserlasse (GABl. 1978, 1207 ff) verwiesen werden, die beide zwar längst außer Kraft getreten sind, in ihren Begriffsdefinitionen und Verfahrensgrundsätzen unter Berücksichtigung des aktuell geltenden Baurechts aber nach wie vor wertvolle Hinweise geben.

1. Städtebauliche Relevanz verfahrensfreier Kleinbauten

Nach geltendem Recht bedarf die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von baulichen Anlagen einer Baugenehmigung, soweit sie nicht ausdrücklich verfahrensfrei sind (§§ 49, 50 LBO). Aber auch verfahrensfreie Vorhaben müssen gem. § 50 Abs. 5 LBO den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen. Die hier anzusprechenden Kleinbauten gehören regelmäßig nicht zu den im Außenbereich privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB, sondern sind als sonstige Vorhaben i.S.v. § 35 Abs. 2 BauGB fast ausnahmslos unzulässig, weil sie öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigen. Ihre Errichtung führt nämlich in der Regel zu einer städtebaulich unerwünschten Zersiedelung, Zerstückelung oder Verdrahtung der freien Landschaft und mindert erheblich deren Erholungswert für die Allgemeinheit.

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, Geschirrhütten seien bis zu dem in der LBO verfahrensfrei gestellten Umfang von 20 cbm Brutto-Rauminhalt (Nr. 1 a) Anh. zu § 50 Abs. 1 LBO) grundsätzlich nicht bodenrechtlich relevant, so daß sie von den §§ 29 - 35 BauGB nicht erfaßt würden. Grundlage dafür ist ein Ende der 1980iger Jahre vom Innenministerium Baden-Württemberg erstelltes Gutachten, wonach die bodenrechtliche Relevanz von Geschirrhütten erst ab ca. 25 cbm umbauten Raum gegeben sei. Aufgrund dessen wurden damals vom Gesetzgeber Geschirrhütten bis 20 cbm umbauten Raum baugenehmigungsfrei gestellt.

Erklärtes Ziel der Änderung des § 29 BauGB zum 1.1.1998 war dagegen, den §§ 30 - 37 BauGB unabhängig von landesrechtlich geregelten Zulassungsverfahren für alle Vorhaben Geltung zu verschaffen, welche die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Gegenstand haben. Bis dahin war die durch § 29 BauGB normierte Anwendbarkeit u.a. des § 35 BauGB auf Vorhaben beschränkt, die einem bauaufsichtlichen Verfahren, insbesondere einer Baugenehmigungs- oder Bauanzeigepflicht, unterliegen. § 29 BauGB erfaßt daher nunmehr auch solche Vorhaben, die nach Landesrecht keinem Verfahren unterliegen (BT-Drs. 13/6392, S. 55). Insoweit hat das BVerwG schon mit Urteil vom 19.12.1985 (- 7 C 65.62 -, E 72, 300, 323) entschieden, daß die Länder die Anwendung der §§ 30 ff BauGB nicht beliebig aushebeln können, indem sie bauliche Anlagen verfahrensrechtlich freistellen. § 29 i.V.m. §§ 30 ff BauGB sei zu entnehmen, daß der Gesetzgeber alle bodenrechtlich relevanten Fälle habe erfassen wollen. Das schließe es aus, den Ländern insoweit eine Dispositionsbefugnis zuzugestehen und bodenrechtlich relevante Vorhaben nach Belieben dem Bauplanungsrecht entziehen zu können. Vor diesem Hintergrund ist insbesondere auch das Urteil des BVerwG vom 7.5.2001 - 6 C 18.00 - (E 114, 206; BauR 2001, 1558) zu sehen. Darin wird in rechtsgrundsätzlicher Weise festgestellt, daß eine im Außenbereich geplante Geschirrhütte die für die Anwendbarkeit der §§ 29, 35 BauGB erforderliche bodenrechtliche Relevanz - unabhängig davon, ob sie nach landesrechtlichen Vorschriften einer Genehmigungs- oder Verfahrenspflicht unterliegt - immer dann aufweist, wenn sie wegen der zu berücksichtigenden Folgebauten vervielfacht betrachtet, die Belange des Landschaftsbildes, des Naturschutzes und der Landschaftspflege berührt. Bodenrechtliche Relevanz besteht daher immer dann, wenn die Anlage auch und gerade in ihrer unterstellten Häufung Belange erfaßt oder berührt, welche im Hinblick auf § 1 Abs. 3 und 6 BauGB städtebauliche Betrachtung und Ordnung erfordern. Hierzu gehören nach § 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB auch die Gestaltung des Landschaftsbildes und nach § 1 Abs. 5 Nr. 7 BauGB die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege. Dies wurde vom BVerwG für eine Gerätehütte von 10 m³ Rauminhalt bejaht (BVerwG, Ur. v. 7.5.2001 aaO.). Dem entsprechen die Urteile des VGH Baden-Württemberg vom 25.11.2009 (- 8 S 2038/08 -) und vom 25.7.2013 (- 3 S 241/12 -), worin die im vg. Urteil des BVerwG vom 7.5.2001 vertretene Rechtsauffassung zur bodenrechtlichen Relevanz auch auf andere Ansammlungen von Kleinbauten, sogar im Bebauungsplangebiet, übertragen und deren bodenrechtliche Relevanz i.S.v. § 29 BauGB grundsätzlich bejaht wird. Mit diesen Entscheidungen dürfte in der Frage der bodenrechtlichen Relevanz von Kleinbauten und damit der Anwendbarkeit der §§ 29 ff BauGB nunmehr auch in Baden-Württemberg Klarheit eingetreten sein (s.a. oben Kap. I.2.a; a.A. WM Bad.-Württ., 63. BRB TOP 8a).

Ergänzend wird bemerkt, daß die Argumentation, die Gerätehütte würde zur Bewirtschaftung des Außenbereichsgrundstücks benötigt, gerade in den dichter besiedelten Gegenden oftmals nur vorgeschoben wird, um in Wahrheit eine zu Freizeit Zwecken zu nutzende Hütte errichten zu können. Die Hinnahme des

vorgeblichen Bewirtschaftungsarguments führt letztlich zu einer unkontrollierten Errichtung derartiger Hütten, welche die Funktion des Außenbereichs als Erholungsraum für die Allgemeinheit in Frage stellt. Im übrigen dürfte die Akzeptanz des Bewirtschaftungsarguments regelmäßig auf eine unzulässige Kompensation in der Weise hinauslaufen, daß die Nachteile gegen die Vorteile aufgerechnet werden (Dürr, in Brügelmann, Komm. z. BauGB, § 35 RNr. 74 mwN.).

Zu beachten ist, daß sich die Maßangaben zum Brutto-Rauminhalt in Nr. 1 des Anhangs zu § 50 Abs. 1 LBO nur auf einzelne Gebäude als selbständig benutzbare bauliche Anlagen beziehen. Der Brutto-Rauminhalt anderer Gebäude auf dem Baugrundstück ist insoweit nicht anzurechnen. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn verschiedene, für sich genommen verfahrensfreie Gebäude auf einem Baugrundstück baulich und funktional eine einheitliche verfahrenspflichtige (Gesamt-) Anlage bilden oder wenn die Vorschriften durch Aufteilung eines verfahrenspflichtigen Vorhabns in mehrere kleinere verfahrensfreie bauliche Anlagen umgangen werden sollen (VGH Bad.-Württ. BauR 2001, 1410).

Auch andere Vorhaben erfüllen den Begriff der baulichen Anlage. Ein Wohnwagen, welcher regelmäßig zur Benutzung als Wochenendhausersatz auf einem Grundstück abgestellt wird, erfüllt z.B. die Merkmale einer genehmigungspflichtigen ortsfesten baulichen Anlage mit Aufenthaltsraum, deren Beseitigung gefordert werden kann (VGH Bad.-Württ. NuR 1994, 194; BauR 1971, 94; 1978, 300; VG Koblenz, Ur. v. 16.06.2005 - 1 K 505/05.KO - für ein Wohnmobil). Die Ortsfestigkeit wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Wohnwagen an unterschiedlichen Stellen auf demselben Grundstück abgestellt wird. Eine überwiegend ortsfeste Benutzung liegt insoweit immer dann vor, wenn eine erkennbar verfestigte Beziehung zwischen dem Wagen und dem zu seiner Aufstellung dienenden Grundstück besteht. Hierfür ist nicht erforderlich, daß sich der Wagen auf längere Zeit, etwa für mehrere Monate, an ein und derselben Stelle befindet. Entscheidend für den Eintritt einer Verfestigung ist vielmehr, ob der Wagen nach Beschaffenheit, Art und Standort seiner Aufstellung und nach den zu seiner Benutzung geschaffenen Einrichtungen einem unbefangenen Betrachter den Eindruck vermittelt, daß er dem Wagen an dieser Stelle nicht nur zufällig begegnet, sondern daß der Wagen als Ersatz für ein Gebäude dient. Trifft dies zu, dann wird die überwiegend ortsfeste Benutzung auch nicht dadurch aufgehoben, daß der Wagen häufiger von dem Grundstück entfernt, beispielsweise also nur an den Wochenenden dort aufgestellt wird (VGH Baden-Württemberg BauR 1971, 94).

Deswegen sind auch Werbetafeln auf Anhängern im baurechtlichen Sinne ortsfest, da der Anhänger ebenfalls an die Stelle einer sonst erforderlichen baulichen Anlage tritt, an welcher die Werbeanlage zu befestigen wäre (vgl. OVG Münster BauR 2011, 242).

Selbst für Hecken als lebende Einfriedung gilt das in gleicher Weise, da bei funktionaler Betrachtung die Hecke insoweit an die Stelle einer sonst notwendigen

Einfriedung oder eines Sichtschutzes aus Bauteilen oder Baustoffen tritt (VGH Baden-Württemberg BauR 2007, 358; Urt. v. 18.12.95 - 3 S 1298/94 -, BWGZ 1996, 410).

Ansammlungen von Hütten, Garten- und Wochenendhäusern, auch wenn sie größer als für eine kleingärtnerische Nutzung erforderlich oder massiv gemauert sind und zeitweise zum Übernachten genutzt werden, erfüllen grundsätzlich nicht die Qualität eines Ortsteils im Sinne von § 34 BauGB. Sie sind insoweit eben nicht Ausdruck einer „Siedlungs“-Struktur, für die die Gebäude zum dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt sein müssen (BVerwG BRS 42 Nr. 94; NJW 1984, 1576; OVG Bremen BRS 38 Nr. 74). Die Errichtung oder Änderung von baulichen - auch verfahrensfreien - Anlagen stellen ferner einen Eingriff in Natur und Landschaft dar, der einer naturschutzrechtlichen Eingriffsgenehmigung bedarf.

Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers, dem für Bauten im Außenbereich die abschließende Regelungskompetenz zusteht, hat der Schutz des Außenbereichs Vorrang vor privatnützigen nicht privilegierten Nutzungen. Auch deutet nichts darauf hin, daß § 35 BauGB zugunsten individueller Freizeit- und Hobbynutzungen gemindert werden. Der Schutz des Außenbereichs kann deshalb nur zurückstehen, wenn im Rahmen der Bauleitplanung Flächen für Gartengebiete, Wochenendplatz- und Wochenendhausgebiete ausgewiesen werden. Es ist gerade Sinn der Bauleitplanung, insoweit einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Allgemeinheit an einer unbeeinträchtigten freien Landschaft und ihrer uneingeschränkten Zugänglichkeit sowie dem Bedarf nach individueller Freizeit-, Hobby- und Erholungsnutzung von Grundstücken herbeizuführen.

2. Aufgaben und Befugnisse der Baurechtsbehörden

Nach § 47 Abs. 1 LBO haben die Baurechtsbehörden darauf zu achten, daß die baurechtlichen Vorschriften sowie die anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Errichtung und den Abbruch von Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 LBO eingehalten und die auf Grund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen befolgt werden. Sie haben zur Wahrnehmung dieser Aufgaben diejenigen Maßnahmen zu treffen, die nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich sind. Dieses von der Behörde auf Grund landesrechtlicher Vorschriften ausgeübte Ermessen gehört zum Landesrecht und kann vom BVerwG nicht überprüft werden (BVerwG BRS 16 Nr. 127 S. 210 f).

Die Baurechtsbehörden sind daher gesetzlich verpflichtet, gegen ungenehmigte und nicht genehmigungsfähige Anlagen vorzugehen. Der Ermessensspielraum ist dabei nach der Rechtsprechung regelmäßig nur gering. Bauaufsicht ist gebundene Verwaltung. Die gesetzlichen Bestimmungen, die bei Wahrnehmung der Bauaufsicht anzuwenden sind, bestimmen nicht nur Inhalt und Schranken der Tätigkeit der Baurechtsbehörden, sondern auch die Grenzen ihrer Untätigkeit. Da die Baurechtsbehörden für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu sorgen haben (§ 47 Abs. 1 Satz 1 LBO), bindet diese ihnen auferlegte

Amtspflicht auch ihre pflichtmäßige Ermessensausübung sowohl hinsichtlich des "Ob" als auch des "Wie" des Einschreitens.

a. Das „Ob“ des baurechtlichen Einschreitens

Bei der Entscheidung über das „Ob“ des baurechtlichen Einschreitens, handelt es sich um ein sog. intendiertes Ermessen (BVerwG, Urt. v. 16.6.1997 - 3 C 22.96 - BVerwGE 105, 55; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 22.04.2002 - 8 S 177/02 -; VBIBW 2003, 123, 127 a.E.; Borowski, DVBI 2000, 150). Das Einschreiten der Baurechtsbehörde stellt insoweit den Regelfall, ein Absehen vom Einschreiten dagegen die Ausnahme dar. Regelmäßig dient das Einschreiten der Wiederherstellung baurechtmäßiger Zustände (vgl. § 47 Abs. 1 S. 1 LBO). Die Baurechtsbehörde handelt deshalb grundsätzlich in Übereinstimmung mit dem Zweck der Ermächtigung und damit rechtmäßig, wenn sie gegen eine im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften stehende bauliche Anlage vorgeht (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 08.06.1971 - VIII 404/68 - und v. 18.11.1971 - VIII 180/69 -, OVG Saarlouis, Beschl. vom 10.08.1994, NVwZ-RR 1994, 493). Es wäre nämlich rechtsstaatlich bedenklich, wenn dem, der bauliche Anlagen und Einrichtungen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet hat, daraus ein materieller Vorteil erwachsen würde (BVerwG NVwZ 1993, 476).

Als Behörden der Gefahrenabwehr müssen die Baurechtsbehörden deshalb grundsätzlich jede Verletzung des von ihnen zu wahrenen Rechts aufgreifen, es sei denn, es handelt sich um Bagatellfälle (HessVGH, Urt. v. 29.5.1981 - IV OE 144/80 -). Eine völlige Untätigkeit der Behörden wäre schon im Hinblick auf das Verfassungsgebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht vertretbar. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat insoweit auch darauf hingewiesen, daß ein ungerechtfertigtes Nichthandeln der zuständigen Bediensteten eine Dienstpflichtverletzung mit dienst- oder arbeitsrechtlichen Konsequenzen sowie ggf. Regreßforderungen darstellen kann. Ein solches Fehlverhalten von Bediensteten der Behörden kann außerdem aufgrund der Garantenstellung etwa den Tatbestand des § 324 StGB (Gewässerverunreinigung) erfüllen, wenn im Zusammenhang mit der illegalen Außenbereichsbebauung eine rechtswidrige Verunreinigung eines Gewässers z.B. durch eine ungeordnete Abwasserbeseitigung erfolgt.

Der HessVGH hat dementsprechend sogar jede verwaltungsinterne Duldung illegaler Außenbereichsbebauung oder -nutzung in Form von Stichtagsregelungen oder Differenzierungen nach Umfang und Höhe baulicher Anlagen als rechtswidrig beurteilt. Danach stellen weder das Inkrafttreten der unterschiedlichen Fassungen der LBO noch des NatSchG oder der Erlaß von Natur- oder Landschaftsschutzverordnungen rechtlich haltbare, insbesondere mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbare Gesichtspunkte dar, um zwischen älteren illegalen Nutzungen im Außenbereich, die erhalten bleiben dürfen, und neueren Nutzungen, die beseitigt werden müssen, zu unterscheiden. Damit wäre

insoweit sogar eine Regelung durch Verwaltungsvorschrift, wie z.B. Nr. 2 des früheren baden-württembergischen Verfahrenserlasses (GABl. 1978, 1210) unzulässig. Soweit ersichtlich, hat aber der VGH Baden-Württemberg weder derartige Differenzierungen, wie sie der Kleinbauten- bzw. Verfahrenserlaß (GABl. 1978, 1207) vorsah, noch die Erlasse selbst beanstandet (Urt. v. 24.6.1985 - 3 S 2083/84 -; Beschl. v. 27.2.1984 - 3 S 476/83-). Die vom HessVGH in dieser Frage vertretene sehr rigorose Haltung hat sich der VGH Baden-Württemberg somit nicht zu eigen gemacht.

b. Das „Wie“ des baurechtlichen Einschreitens

Werden bauliche Anlagen und Grundstücke im Außenbereich im Widerspruch zu den Vorschriften des Baurechts errichtet, geändert oder genutzt, haben die Baurechtsbehörden also grundsätzlich geeignete Maßnahmen treffen, um rechtswidrige Anlagen und Nutzungen zu verhindern, zu beseitigen oder sonst in Einklang mit dem geltenden Recht zu bringen. Eine stillschweigende Duldung ungenehmigter und nicht genehmigungsfähiger Anlagen durch schlichtes Nichtstun ist den Baurechtsbehörden - wie eben ausgeführt - verwehrt. Sie haben für ihre Aufgabenbereiche vielmehr die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, unter die auch Rechtsverletzungen fallen, abzuwenden. Spezialermächtigungen für den behördlichen Zugriff sind die Nutzungsuntersagung (§ 65 Satz 2 LBO), die Baueinstellung (§ 64 LBO) und die Beseitigungsanordnung (§ 65 Satz 1 LBO); sie gehen der Generalermächtigung des § 47 Abs. 1 Satz 2 LBO nach dem Grundsatz der Spezialität vor. Die Angelegenheit läßt sich möglicherweise auch mithilfe eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gem. §§ 54 – 62 LVwVfG bereinigen.

Voraussetzung z.B. für den Erlaß einer Beseitigungsverfügung ist bei genehmigungspflichtigen baulichen Anlagen deren formelle und materielle Rechtswidrigkeit. Bei genehmigungsfreien Anlagen kommt es dagegen allein auf die materielle Rechtswidrigkeit an (§ 50 Abs. 5 LBO). Formelle Illegalität liegt vor, wenn eine Anlage errichtet oder eingerichtet oder einer geänderten Nutzung zugeführt wurde, ohne daß zuvor eine erforderliche Genehmigung erteilt wurde. Materielle Rechtswidrigkeit ist gegeben, wenn die Anlage seit ihrer Errichtung oder Einrichtung fortlaufend gegen Vorschriften des materiellen Baurechts oder sonstiger baurelevanter öffentlich-rechtlicher Bestimmungen verstoßen hat. Es sind daher nicht nur die im Zeitpunkt der Errichtung der Anlage geltenden öffentlichen Rechtsvorschriften zu beachten, sondern auch diejenigen, die bis zur Entscheidung über die Beseitigungsverfügung für die Anlage gegolten haben. Solange eine entsprechende, wenn auch rechtswidrige Genehmigung vorliegt, wird deren materielle Richtigkeit für die Dauer ihres Bestandes unterstellt (vgl. nachstehend Nr. 3. Bestandschutz).

c. **Grenzen des Ermessens**

Die Baurechtsbehörde ist, wie dargestellt, nicht ausnahmslos zum Einschreiten verpflichtet. Die in §§ 47 Abs. 1 S. 2, 64, 65 LBO enthaltene Ermessensermächtigung ermöglicht es ihr, einen rechtswidrigen Zustand im Einzelfall sogar gänzlich zu belassen. Somit kann sie ihr Ermessen auch dahingehend ausüben, ein rechtswidriges Vorhaben ausnahmsweise ganz oder teilweise zu dulden. Eine solche „aktive“ Duldung ist von der og. Form der Duldung als schlichte Untätigkeit zu unterscheiden. Es entspricht rechtmäßiger Ermessensausübung, die Beseitigung eines formell und materiell illegalen Bauvorhabens anzuordnen. Eine Duldung ist dagegen nur in Ausnahmefällen angebracht (VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.6.2007 - 3 S 39/07 -, BauR 2007, 1861). Eine „aktive“ Duldung gewährt im übrigen keinen Bestandsschutz im baurechtlichen Sinne. Die Erklärung der zuständigen Baubehörde, gegen einen baurechtswidrigen Zustand nicht einzuschreiten, und eine damit verbundene langfristige Duldung kann zwar bei der gerichtlichen Prüfung der Ermessensausübung über ein späteres Einschreiten eine gewichtige Rolle spielen, sie kann aber eine rechtswidrig ausgeübte Nutzung nicht „legalisieren“ (zur „passiven“ und „aktiven Duldung“ BVerwG, Urt. v. 4.6.1996 – 4 C 15.95 –, BRS 58 Nr. 206 = BauR 1996, 841; OVG Münster BauR 2010, 1213; BayVGH, Urt. v. 28.10.2008 - 2 B 05.3342 -). Die Baurechtsbehörde ist grundsätzlich befugt, auch dann noch gegen bauordnungswidrige Zustände einzuschreiten, wenn sie diese längere Zeit geduldet hat (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 7.3.2006 - 2 L 76/04 -; OVG Greifswald, Beschl. v. 25.1.2010 - 3 L 89/06 -).

Für die Berücksichtigung „wohlverstandener Interessen“ der Betroffenen und für „sozialverträgliche“ Lösungen ist daneben allgemein kein Raum. Grundsätzlich muß davon ausgegangen werden, daß die Belange des Einzelnen wie auch der Allgemeinheit bereits in den bau- und naturschutzrechtlichen Vorschriften ihren hinreichenden Niederschlag gefunden haben. Auch ein erhebliches Ausmaß der gebotenen Eingriffsmaßnahmen kann daher ein Untätigbleiben der Behörden nicht rechtfertigen (HessVGH, Urt. v. 27.8.1981 - IV OE 90/77, aaO.). Im Einzelfall können diese Gesichtspunkte aber im Rahmen der Ermessensausübung bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme i.S.d. gebotenen Rechtsgüterabwägung zwischen dem Individualinteresse und dem grundsätzlichen öffentlichen Interesse an der (Wieder-)Herstellung rechtmäßiger Zustände berücksichtigt werden.

i. Verjährung, Verwirkung der Eingriffsbefugnis

Im öffentlichen Baurecht gibt es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, welche eine Verjährungsfrist für die Befugnis bestimmt, von einer polizeirechtlichen Ermächtigung Gebrauch zu machen. Dies gilt selbst dann, wenn ungenehmigte Anlagen jahre- oder jahrzehntelang unerkannt und unbeanstandet

geblieben sind. Die Verpflichtungen des Verursachers eines rechtswidrigen Zustandes unterliegen daher nach der ständigen Rechtsprechung des VGH Baden- Württemberg keiner Verjährung, insbesondere scheidet eine entsprechende Anwendung zivilrechtlicher Regelungen aus (vgl. Urt. v. 1.4.2008 - 10 S 1388/06 -; Urt. v. 18.12.2007 - 10 S 2351/06 -; Beschl. v. 3.9.2002 - 10 S 2687/95 -, NVwZ-RR 2003, 103; Beschl. v. 4.3.1996 - 10 S 957/02 -, NVwZ-RR 1996, 387; ebenso HessVGH, Urt. v. 3.2.1978 - IV OE 82/76; Beschl. v. 2.4.1987 - III OE 174/82).

Die bauaufsichtsbehördlichen Einschreitensbefugnisse unterliegen, anders als subjektive Abwehrrechte eines Nachbarn gegen ein Bauvorhaben, auch nicht der Verwirkung. Ein längeres Untätigbleiben der Behörde angesichts erkannter baurechtswidriger Zustände löst daher keine Bindungswirkungen oder gar Duldungspflichten im Rahmen der Betätigung des Einschreitensermessens aus. Grundsätzlich können nämlich nur verzichtbare Rechte verwirkt werden. Die den Baurechtsbehörden obliegende, aus dem Polizeirecht abgeleitete Pflicht zur Gefahrenabwehr ist dagegen im Interesse der Allgemeinheit auszuüben und steht daher nicht zur Disposition dieser Behörden. Polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse, die die zuständigen Behörden ermächtigen, gegen bestehende Störungen vorzugehen, stellen somit kein subjektives Recht dar, dessen Bestand oder Ausübung durch Nicht- oder Fehlgebrauch in Frage gestellt und daher verwirkt werden könnte. Sie knüpfen vielmehr an das Vorliegen einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bzw. einer Gefahr an und obliegen den zuständigen Behörden im öffentlichen Interesse an der Gewährleistung rechtmäßiger Zustände. Dieses öffentliche Interesse und diese zur pflichtgemäßen Erledigung übertragene Aufgabe werden nicht dadurch geschmälert oder gar obsolet, daß zu deren Durchsetzung von der Behörde über längere Zeit hinweg nichts bzw. wenig unternommen worden ist. Polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bzw. zur Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unterliegen somit keiner Verwirkung (VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 1.4.2008 - 10 S 1388/06 - mwN.; OVG Saarland BauR 2006, 826).

ii. Vertrauensschutz

Durch jahrelanges Untätigbleiben der Baurechtsbehörde kann kein „Vertrauensschutz“ mit dem Anspruch auf weitere Hinnahme des rechtswidrigen Zustands hergeleitet werden. Ein rechtswidriger Zustand wird durch Zeitablauf nicht rechtmäßig. Zeitablauf ändert auch nichts am öffentlichen Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Zustände. Ein „Vertrauen“, daß ein rechtswidriger Zustand aufrechterhalten bleibt, ist weder schutzwürdig noch geschützt (HessVGH, Urt. v. 21.11.1980 - IV OE 61/80; Urt. v. 29.5.1981 - IV OE 144/80 und 166/80 -).

Etwaige Erklärungen oder Zusagen unzuständiger Stellen oder Personen, z.B. von Bürgermeistern, entfalten - selbst in schriftlicher Form - keine

Bindungswirkung gegenüber den zuständigen Baurechtsbehörden (s. a. § 36 Abs. 1 LVwVfG). Erteilen unzuständige Behörden oder Personen falsche Auskünfte, setzen sie sich möglicherweise Schadenersatzforderungen aus, was aber die zuständige Behörde nicht zu einem bestimmten Verhalten oder Unterlassen verpflichtet (HessVGH, Urt. vom 29.05.1981 - IV OE 166/80 -).

iii. Gleichbehandlungsgrundsatz

Die Baurechtsbehörde ist regelmäßig verpflichtet, die Maßnahmen zu treffen, die notwendig und geeignet sind, um Rechtsverstöße zu beseitigen. Bagatellfälle können im Rahmen des Ermessens dazu führen, daß von Eingriffen abgesehen wird. Dabei wird das Ermessen durch den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und durch die Prüfung, ob die Rechtmäßigkeit auch auf andere Weise wiederhergestellt werden kann, begrenzt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist als Rechtsgrundsatz mit Verfassungsrang auch bei der Erfüllung zwingender Eingriffspflichten zu beachten.

Art. 3 Abs. 1 GG wird stets dann verletzt, wenn die Behörde willkürlich nur gegen einzelne oder einige wenige illegale Anlagen einschreitet, gegen vergleichbare andere illegale Bauten aber nicht vorgeht. Willkürliches Verhalten liegt vor, wenn für eine unterschiedliche Behandlung ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst einleuchtender sachlicher Grund nicht finden läßt oder die Behörde in einer Weise vorgeht, bei der es dem Zufall überlassen bleibt, ob gleiche Sachverhalte gleichbehandelt werden (BVerwGE 22, 100 ff; 29, 337 ff; HessVGH, Beschl. v. 28.1.2009, - 4 B 2166/08 -; v. 05.12.1994 - 4 TH 2165/94 -). Wenn eine Behörde ohne erkennbaren Grund die Beseitigung einiger Vorhaben fordert und zugleich andere vergleichbare Vorhaben duldet, verstößt sie gegen den Gleichheitssatz (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 13.2.1980 - III 2031/79 -, Justiz 1980, 267; BauR 1974 S. 120 ff; OVG Münster, Beschl. v. 12.2.1964 VerwRspr. Bd. 16 S. 935; HessVGH, Urt. v. 28.6.1972 HessVGRspr. 1973 S. 61 u. v. 1.12.1972 HessVGRspr. 1973 S. 69). Eine Behörde verletzt auch dann das Willkürverbot, wenn sie den Abbruch eines Wochenendhauses anordnet und kurz danach die erhebliche Vergrößerung eines benachbarten Jagdhauses in rechtswidriger Weise genehmigt (VGH Baden-Württemberg BRS 25 Nr. 211, S. 350).

Dagegen zwingt der Gleichheitssatz die Behörde nicht mit Rücksicht auf eine frühere abweichende Praxis eine gesetzwidrige Amtshandlung vorzunehmen. Auf den Grundsatz der Gleichbehandlung kann sich ein Betroffener daher nicht berufen, wenn sie für bestehende vergleichbare Anlagen in der näheren Umgebung materiell rechtswidrige Genehmigungen erteilt haben sollte. Insbesondere begründet dies keinen Anspruch, daß die Behörde durch weiteres Dulden oder Genehmigen illegaler Anlagen neues Unrecht begeht (BVerwGE 18, 242 (246); BRS 17 Nr. 35, S. 72 (74); HessVGH, Urt. v. 28.9.1989, 3 UE 259/87; Beschl. v. 5.12.1994, aaO.). Eine Gleichbehandlung im Unrecht gibt es für gesetzlich gebundenes Verwaltungshandeln grundsätzlich nicht (BVerwGE, Urt. v. 3.6.1977 - 4

C 29.75, BRS 32 Nr. 129). Es erscheint insoweit aber tunlich, auch gegen Anlagen einzuschreiten, die zwar formell legal, jedoch im Widerspruch zu materiellem Baurecht errichtet oder geändert worden sind oder benutzt werden. Im Einzelfall ist daher die Rücknahme einer materiell rechtswidrigen Genehmigung in Betracht zu ziehen (vgl. VGH Bad.-Württ., Urt. v. 29.7.2005 - 5 S 2372/03 -).

Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liegt auch dann nicht vor, wenn in dem fraglichen Gebiet Anlagen vorhanden sind, für die begründete Aussichten bestehen, daß sie durch einen Bebauungsplan in absehbarer Zeit legalisiert werden und die Baurechtsbehörde im Hinblick darauf von einem Einschreiten absieht. Der Gleichheitsgrundsatz ist ebenfalls nicht verletzt, wenn die Behörde auf eine neue illegale Tätigkeit zeitnah reagiert und gesondert dagegen vorgeht, um zu verhindern, daß sich eine rechtswidrige Fehlentwicklung fortsetzt und dieser auf andere Weise voraussichtlich nicht erfolgversprechend Einhalt geboten werden kann. Handelt es sich um eine bereits bestehende Anlage, braucht die Behörde sich nicht mit der Abwehr der Verschlechterung zu begnügen, sondern darf, da sie ohnehin mit der Angelegenheit befaßt ist, weitergehend darauf hinwirken, daß der festgestellte Mißstand insgesamt beseitigt wird (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.2.1992, UPR 1992, 195; HessVGH, Urt. v. 4.7.1991 - 4 UE 3721/87 -, HessVGRspr. 1992 S. 53).

iv. Übermaßverbot

Gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) wird z.B. dann verstoßen, wenn an Stelle des abzubrechenden baurechtswidrigen Gebäudes ein kleineres zulässig wäre. Dies wäre unter Umständen dann der Fall, wenn von vornherein erkennbar ist, daß ein für sich allein ohne weiteres standsicherer, dem materiellen Baurecht entsprechender Restbaukörper verbleiben kann (BVerwG BRS 15 Nr. 118 S. 240). Es ist aber nicht Sache der Baurechtsbehörde zu prüfen, ob dem rechtswidrigen Zustand durch Änderungen abgeholfen werden kann. Es obliegt vielmehr allein dem Betroffenen gegenüber der Abbruchverfügung einen konkreten Gegenvorschlag für die Abänderung des Bauwerkes zu unterbreiten (BVerwG BRS 16 Nr. 126, S. 210).

Das Übermaßverbot verlangt nicht von der Beseitigung illegaler Anlagen abzusehen, die nur knapp über der zulässigen Grenze liegen. Es liegt im Wesen solcher Grenzen, daß einzelne Fälle nur knapp erfaßt werden, weshalb mit einer Auflockerung verloren gehen würde, was solche Grenzen an Berechenbarkeit und Klarheit bieten (BVerwG BayVBl. 1973, 412).

Die Beseitigung eines baurechtswidrigen Gebäudes führt grundsätzlich auch zu keiner unzumutbaren Härte, denn der Bauherr hat den durch den Abbruch entstehenden wirtschaftlichen Schaden selbst verursacht, indem er es unzulässigerweise errichtet hat. Es ist allein seine Angelegenheit, sich vor Errichtung des Bauwerkes über die rechtliche Bebaubarkeit seines Grundstückes zu vergewissern (VGH Baden-Württemberg BRS 15 Nr. 46 S. 91 (94)).

3. Bestandsschutz

Der aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG abgeleitete Grundsatz des Bestandsschutzes bewahrt nur solche bauliche Anlagen vor Eingriffen durch eine später geänderte Rechtslage, die rechtmäßig errichtet und genutzt werden. Für das Tatbestandsmerkmal „rechtmäßig errichtet“ ist zwischen formellem Bestandsschutz und materiellem Bestandsschutz zu unterscheiden.

- **Formeller Bestandsschutz** erwächst einer bestehenden genehmigungspflichtigen Anlage aus einer bestandskräftigen Genehmigung. Solange die bestandskräftige Genehmigung vorliegt, verhindert die formelle Legalität den Rückgriff auf eine materielle Illegalität (vgl. BVerwGE 20, 124 (126) und BVerwG DVBl. 1979, 626). Es erscheint aber angezeigt, insoweit ggf. die Rücknahme einer materiell rechtswidrigen Genehmigung in Betracht zu ziehen (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.7.2005 - 5 S 2372/03 -).
- **Materiellen Bestandsschutz** genießt eine bestehende Anlage, wenn sie seit ihrer Errichtung oder Einrichtung zu irgendeinem Zeitraum mit dem materiellen Baurecht vereinbar war. Insoweit ist die Rechtmäßigkeit von Anlagen nicht nur nach dem für die Errichtung, Einrichtung oder Änderung maßgebenden Recht (vgl. BVerwG BRS 15 Nr. 117), sondern ggf. auch nach zwischenzeitlichen eingetretenen Rechtsänderungen oder nach neuem Recht zu prüfen. Dabei ist die für den Betroffenen günstigste Regelung zu berücksichtigen. Unerheblich ist, ob nach altem Recht eine Ausnahme oder Befreiung hätte gewährt werden können (OVG Berlin BRS 17 Nr. 149).

Zu den unterschiedlichen - früheren - Rechtslagen in Baden-Württemberg kann auf die Anlage zum früheren Verfahrenserlaß (GABl. 1978, 1210) verwiesen werden. Die seither eingetretenen weiteren Rechtsänderungen lassen sich im Anschluß daran unschwer rekonstruieren.

Bestandsgeschützt ist nur die Anlage in Funktion, Nutzung und Umfang, wie sie genehmigt wurde oder hätte genehmigt werden können. Entfällt die Nutzung oder Funktion, erlischt der Bestandsschutz und kann auch nicht wieder aufleben (BVerwG BauR 1994, 738). Dies ist z.B. bei Umnutzung eines genehmigten Wochenendhauses in ein Haus zum Dauerwohnen der Fall. Im übrigen ist der Bestandsschutz im Außenbereich mit § 35 Abs. 4 BauGB abschließend geregelt (s.o. Kap. III.4). Weitergehende Aspekte wie z.B. „überwirkender Bestandsschutz“ oder „eigentumsrechtlich verfestigte Anspruchsposition“ sind nach der Änderung der Rechtsprechung obsolet, d.h. es ist insoweit kein weiterer Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 GG mehr zulässig (BVerwG, Urt. v. 10.08.1990 - 4 C 3/90 -, BauR 1991, 51 ff).

Erweist es sich als unauflösbar, wann eine Anlage errichtet oder eingerichtet worden ist und ob sie dementsprechend Bestandsschutz genießt, geht dies zu Lasten des von Maßnahmen der Baurechtsbehörde Betroffenen, dem insoweit die Beweislast obliegt (vgl. BVerwG BRS 35 Nr. 209; Beschl. v. 28.7.1993, - 4 B 120/93 -; BauR 1999, 733; OVG Münster, Beschl. v. 18.01.2001 - 10 B 1898/00).

Eine bauliche Anlage, die gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, wird nicht dadurch rechtmäßig, daß die Baurechtsbehörde davon absieht, dagegen einzuschreiten (BVerwG BauR 1996, 841; oben Nr. 2. c. I.).

4. *Verfahrenskonzept*

Bestehen in einem Gebiet bei einer Vielzahl von Grundstücken rechtswidrige Zustände, muß die Baurechtsbehörde nicht flächendeckend gegen sämtliche rechtswidrige Anlagen gleichzeitig vorgehen. Die Behörde ist zwar nicht gezwungen, in allen Fällen „gleichmäßig und schlagartig“ vorzugehen, sie darf aber bei ihrem Vorgehen keine unsachlichen Unterscheidungen machen (BVerwGE 5, 351). Sie kann in dem Fall auch abschnittsweise einschreiten, sofern sie die Absicht hat, später gegen die restlichen Störer ebenfalls vorzugehen (VGH Baden-Württemberg BauR 1974, 120 f; OVG Lüneburg, Ur. v. 2.9.1964, DÖV 64, 749; OVG Bremen BRS 18 Nr. 150). Sie kann sich auch für ein gebietsweises Vorgehen in getrennten Verfahrenskomplexen, nach Schwerpunkten und mit zeitlicher Verschiebung entschließen. Die Baurechtsbehörde muß ihr Handeln aber stets an einem Konzept ausrichten, das ein systematisches, d.h. plan- und gleichmäßiges Einschreiten gegen alle im räumlichen oder sachlichen Zusammenhang stehenden illegalen Anlagen gewährleistet und allenfalls nach sachlichen Gesichtspunkten differenziert, d.h. jeweils vergleichbare Anlagen oder vergleichbar schwere Rechtsverletzungen oder alle Anlagen eines bestimmten räumlichen Bereichs, z.B. eines Gewanns erfaßt. Dieses Konzept muß von der Behörde konsequent und ohne willkürliche Ausnahmen umgesetzt werden.

Ein Bereinigungskonzept setzt daher eine umfassende Bestandsaufnahme voraus. Stichtagsregelungen für ein konzeptgebundenes Vorgehen, welches das Aufgreifen aller illegaler Zustände zum Ziel hat, hat die Rechtsprechung gebilligt (BVerwG, Beschl. v. 13.2.1989 - 4 B 16/89 -; Beschl. v. 6.7.1989 - 4 B 130/89).

Zur weiteren praktischen Herangehensweise beim Aufgreifen von Kleinbautenfällen bietet sich die Orientierung am bereits erwähnten früheren baden-württembergischen Kleinbauten- bzw. Verfahrenserlaß (GABI. 1978, 1207 ff) an, die beide zwar längst außer Kraft getreten sind, in ihren Verfahrensgrundsätzen aber weiterhin wertvolle Hinweise geben.

Zum bauordnungsrechtlichen Vorgehen ist die Abhandlung von Krist (Private Freizeianlagen im Außenbereich, BauR 2004, 1238ff, 1413 ff) empfehlenswert. Lesenswert ist auch der zwar ältere, aber nach wie vor sehr instruktive Aufsatz von Rasch (Die Abbruchverfügung, BauR 1975, 94 ff). Beide Autoren behandeln die in diesem Zusammenhang interessierenden Fragen ausführlich und praxisgerecht.