

Öffentliches Baurecht

**Bauplanungsrecht / Bauordnungsrecht
mit verwaltungsprozessualen Bezügen**

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Hamburg**

17. Auflage 2019

Schmidt, Rolf: Öffentliches Baurecht

17. völlig neu bearbeitete und aktualisierte Auflage – Grasberg bei Bremen 2019

ISBN 978-3-86651-228-3; Preis 23,50 EUR

© Copyright 2019 Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen und Prüfungsschemata, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur partieller Verwertung, dem Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH vorbehalten.

Autor: Prof. Dr. Rolf Schmidt c/o Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH

Druck: Pinkvoss GmbH, 30519 Hannover

Verlag: Dr. Rolf Schmidt GmbH, Wörpedorfer Ring 40, 28879 Grasberg bei Bremen
Tel. (04208) 895 299; Fax (04208) 895 308; www.verlag-rolf-schmidt.de
E-Mail: info@verlag-rolf-schmidt.de

Für Verbraucher erfolgt der deutschlandweite Bezug über den Verlag versandkostenfrei.

Vorwort

Das Öffentliche Baurecht gehört zum Pflichtfachbereich aller Studien- und Prüfungsordnungen des rechtswissenschaftlichen Studiums. Eine Beschäftigung mit dieser Materie ist daher unerlässlich.

Anliegen dieses nunmehr in der 17. Auflage vorgelegten Buches ist es, die Grundstrukturen des Öffentlichen Baurechts in einer verständlichen Sprache zu vermitteln, ohne die Komplexität der Materie zu verschleiern oder prüfungsrelevante Detailfragen auszuklammern.

Einen Schwerpunkt der Darstellung bildet zunächst die Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Bebauungsplans (§§ 1 ff. BauGB) einschließlich der prozessualen Seite, der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO. Einen weiteren Schwerpunkt bildet die Frage nach der Zulässigkeit eines konkreten Bauvorhabens (§§ 29 ff. BauGB). Denn häufig geht es in Klausuren um die Frage, ob ein Vorhaben mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist bzw. wie das Vorhaben durch den Erlass öffentlich-rechtlicher Verfügungen oder Maßnahmen ermöglicht oder verhindert werden kann. In diesem Zusammenhang sind neben den Grundbegriffen der bauordnungsrechtlichen und bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben fundierte Kenntnisse der Genehmigungspflicht und des Genehmigungsverfahrens unentbehrlich, welche ebenfalls umfassend vermittelt werden. Dagegen wird man im Rahmen der Prüfungsvorbereitung Bezüge zum Besonderen Städtebaurecht (§§ 136-191 BauGB) eher vernachlässigen können, weil es sich kaum als prüfungsfähig erweist. Auch ist es eher unwahrscheinlich, dass in einer Klausur Fälle über Umlegung und Grenzregelung, städtebauliche Vorkaufsrechte oder die Erschließungsbeiträge geprüft werden. Diese Materien werden daher ausgespart. Hingegen sind in Klausuren häufig Fragen nach der Rechtmäßigkeit bauaufsichtlicher Maßnahmen (Nutzungsuntersagung, Baueinstellungsverfügung oder Baubeseitigungsanordnung) anzutreffen. Diese Materien sind daher auch in der vorliegenden Darstellung umfassend behandelt. Nicht selten sind in Prüfungsarbeiten schließlich Fragen in Bezug auf das öffentliche Baunachbarrecht anzutreffen, weil sich hierbei hervorragend Fragen des subjektiven Rechts bzw. der Schutznormtheorie integrieren lassen. Fragen des Baunachbarrechts sind daher ebenfalls umfassend behandelt.

Der Konkretisierung und Veranschaulichung dienen zahlreiche Beispielfälle mit Lösungsvorschlägen. Zudem werden durch Zusammenfassungen, Prüfungsschemata, hervorgehobene Lerndefinitionen und Klausurhinweise das Lernen und die Examensvorbereitung deutlich erleichtert.

Mein Mitarbeiter, Herr Marc Bieber, hat zuverlässig Korrektur gelesen. Dafür danke ich ihm sehr herzlich.

Kritik und Verbesserungsvorschläge sind weiterhin willkommen und werden unter *rs@jura-institut.de* erbeten.

Hamburg, im März 2019

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

Inhaltsverzeichnis

A. Gegenstand der Bearbeitung.....	1
B. Die verfassungsrechtliche Ordnung des öffentlichen Baurechts	2
I. Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht	2
II. Gesetzgebungskompetenzen im Baurecht	6
III. Rechtsquellen des Baurechts.....	7
1. Das Raumordnungsgesetz (ROG)	7
2. Das Baugesetzbuch (BauGB)	7
3. Die Baunutzungsverordnung (BauNVO)	11
4. Landesentwicklungsplan/Gebietsentwicklungsplan/Regionalplan/Flächen- nutzungsplan/Bebauungsplan.....	15
5. Das Bauordnungsrecht der Länder	15
IV. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden	16
C. Der Bebauungsplan als Instrument der Bauplanung	17
I. Definition und Rechtsnatur des Bebauungsplans.....	17
II. Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit eines Bebauungsplans.....	21
III. Fehlerfolgen eines rechtswidrigen Bebauungsplans.....	24
IV. Grundsatz der Planerhaltung	24
V. Prüfung baurechtlicher Satzungen	25
1. Rechtsgrundlage	28
2. Formelle Rechtmäßigkeit.....	28
a. Zuständigkeit	28
b. Verfahren/Form.....	29
aa. Planaufstellungsbeschluss (§ 2 I BauGB)	29
bb. Ermittlung und Bewertung der abwägungserheblichen Belange (§ 2 III BauGB)	30
cc. Beteiligung der Behörden und der sonstigen Träger öffentlicher Belange (§ 4 BauGB).....	30
dd. Beteiligung der Öffentlichkeit (§ 3 BauGB).....	33
ee. Gemeinsame Vorschriften zur Beteiligung (§ 4a BauGB).....	35
ff. Grenzüberschreitende Beteiligung (§ 4a V BauGB)	36
gg. Einschaltung von privaten Dritten (§ 4b BauGB).....	36
hh. Kein Verfahrensfehler wegen Verstoßes gegen § 2 III BauGB	37
ii. Ordnungsgemäßer Satzungsbeschluss (§ 10 BauGB).....	39
jj. Begründungserfordernis des Bebauungsplans (§ 9 VIII BauGB)	39
kk. Genehmigung durch höhere Verwaltungsbehörde (§ 10 BauGB)	39
c. Ordnungsgemäße Ausfertigung des Bebauungsplans	40

d. Bekanntmachung des Bebauungsplans.....	40
e. (Un-)Beachtlichkeit nach §§ 214, 215 BauGB.....	41
f. Ergänzendes Verfahren nach § 214 IV BauGB.....	42
3. Materielle Rechtmäßigkeit	43
a. Entwicklungsgebot, § 8 II S. 1 BauGB.....	43
b. Erforderlichkeit des Bebauungsplans (Planrechtfertigung).....	44
aa. Grundsätzliche Pflicht zur Aufstellung erforderlicher Bebauungspläne, § 1 III S. 1 BauGB	44
bb. Kein subjektives Recht auf Aufstellung eines erforderlichen Bebauungsplans, § 1 III S. 2 BauGB	46
c. Beachtung des Bestimmtheitsgebots.....	46
d. Anpassungspflicht, § 1 IV BauGB.....	47
e. Beachtung des Planungsrahmens (Vorgaben der BauNVO).....	48
f. Gebot der gerechten Abwägung (Planungsermessen).....	49
aa. Die generellen Planungsleitlinien des § 1 V BauGB.....	50
bb. Die konkretisierenden Planungsleitlinien des § 1 VI BauGB	50
cc. Ergänzende Vorschriften zum Umweltschutz, § 1a BauGB	52
dd. Das Verhältnis der Planungsziele und Planungsleitlinien zueinander.....	53
ee. Optimierungsgebote	53
ff. Planungsleitsätze.....	54
gg. Kein Abwägungsfehler bei der Planaufstellung, § 1 VII BauGB	54
a.) Überblick.....	54
b.) Öffentliche Belange.....	56
c.) Private Belange.....	57
d.) Abwägung der öffentlichen und privaten Belange	57
e.) Einbettung des § 2 II BauGB in die Abwägung nach § 1 VII BauGB	60
g. (Un-)Beachtlichkeit nach § 214 I S. 1 Nr. 1 BauGB.....	61
aa. In wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet	62
bb. Offensichtlichkeit des Mangels.....	63
cc. Beeinflussung des Abwägungsergebnisses.....	63
h. Beachtlichkeit nach § 214 I S. 1 Nr. 2 BauGB	64
i. Beachtlichkeit nach § 214 I S. 1 Nr. 3 BauGB	64
j. Beachtlichkeit nach § 214 I S. 1 Nr. 4 BauGB	64
k. Rügeobliegenheit nach § 215 I Nr. 1 BauGB	64
l. (Un-)Beachtlichkeit nach § 214 III S. 2 BauGB	65
m. Ergänzendes Verfahren nach § 214 IV BauGB.....	65
4. Gerichtliche Überprüfung von Bebauungsplänen.....	66
5. Abschlussfall.....	69

D. Sicherung und Verwirklichung der Bauleitplanung.....	80
I. Notwendigkeit der Sicherung der Bauleitplanung.....	80
II. Veränderungssperre, §§ 14, 16 ff. BauGB.....	80
III. Zurückstellung von Baugesuchen, § 15 BauGB.....	80
E. Die Zulässigkeit von Vorhaben	80
I. Das Erfordernis bauplanungs- und bauordnungsrechtlicher Zulässigkeit („präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“)	80
II. Freistellungsverfahren und Anzeigeverfahren	82
III. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben.....	84
1. Einführung	84
2. Begriff der baulichen Anlage, § 29 BauGB.....	92
3. Zulässigkeit von Vorhaben allgemein.....	95
4. Qualifiziert beplanter Innenbereich, § 30 I BauGB	96
a. Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Vorhabens	96
aa. Vorliegen einer baulichen Anlage i.S.v. § 29 BauGB	96
bb. Kein Widerspruch zu den Festsetzungen; gesicherte Erschließung.....	96
a.) Vorliegen eines qualifizierten Bebauungsplans.....	96
b.) Ergänzung und Konkretisierung der Festsetzungen durch die BauNVO...97	
aa.) Wohnnutzung.....	99
(a.) Reine Wohngebiete.....	99
(b.) Allgemeine Wohngebiete	100
(c.) Besondere Wohngebiete.....	101
bb.) Mischnutzung.....	101
cc.) Gewerbliche Nutzung.....	102
dd.) Sondergebiete.....	103
ee.) Baugebietsübergreifende Besonderheiten.....	104
ff.) Landesrechtliches Ergänzungsrecht.....	104
gg.) Abweichungen und Ausnahmen nach § 1 IV-X BauNVO; einzelfallbezogenes Korrektiv nach § 1 15 BauNVO	105
c.) Kein Widerspruch zu den Festsetzungen im Bebauungsplan.....	106
d.) Gesicherte Erschließung.....	106
e.) Vorhabenbezogener Bebauungsplan (§§ 30 II, 12 BauGB).....	107
b. Ausnahmen und Befreiungen (§ 31 I, II BauGB).....	107
c. Beteiligung der Gemeinde.....	112
d. Vorbehalt der Zulässigkeit nach § 15 BauNVO	112
e. Umweltverträglichkeit von Bauvorhaben.....	116
f. Drittschutz (insbesondere Nachbarschutz)	116
g. Zusammenfassung zu § 30 BauGB.....	117

5. Unbeplanter oder nur einfach beplanter Innenbereich, § 34 BauGB	118
a. Geltungsbereich des § 34 BauGB	118
aa. Bestimmung des Geltungsbereichs nach allgemeinen Kriterien	118
bb. Festlegung der Grenzen des Innenbereichs durch Satzung	120
b. Zulässigkeit von Bauvorhaben	122
aa. Grundsätzliche Zulässigkeit nach § 34 I BauGB	122
a.) Einfügen in die Eigenart der näheren Umgebung	123
b.) Gesicherte Erschließung	127
c.) Wahrung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse	127
d.) Keine Beeinträchtigung des Ortsbildes	128
e.) Keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche ..	129
f.) Kein Widerspruch zu den Festsetzungen eines einfachen Bebauungsplans	131
bb. Zulässigkeit nach § 34 II BauGB i.V.m. der BauNVO	131
cc. Ausnahmen und Befreiungen nach § 34 II BauGB i.V.m. § 31 BauGB ...	135
dd. Hinweise für die Fallbearbeitung	135
c. Beteiligung der Gemeinde	137
d. Drittschutz (insbesondere Nachbarschutz)	137
e. Zusammenfassung zu § 34 BauGB	138
6. Außenbereich, § 35 BauGB	139
a. Bestimmung und Bedeutung des Außenbereichs	139
b. Die Privilegierungstatbestände des § 35 I BauGB	140
aa. Übersicht	140
bb. Die einzelnen Privilegierungstatbestände des § 35 I BauGB	141
a.) Land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb	141
b.) „Erwünschte“ Außenbereichsvorhaben	144
c.) Förderung der Wind- und Wasserenergiegewinnung	149
d.) Förderung der energetischen Nutzung von Biomasse	151
e.) Kernenergieanlagen	151
f.) Solarenergieanlagen	151
c. Die nicht privilegierten Vorhaben des § 35 II BauGB	152
d. Öffentliche Belange und gesicherte Erschließung	152
aa. Allgemeines	152
bb. Katalog des § 35 III S. 1 BauGB	153
cc. Ungeschriebener Belang des Planungserfordernisses	158
dd. Rücksichtnahmegebot als weiterer ungeschriebener öffentlicher Belang ..	159
ee. Regelung des § 35 III S. 3 BauGB	162
ff. Ausreichende Erschließung	163

e. Begünstigte Vorhaben nach § 35 IV BauGB	163
aa. Zweck des § 35 IV BauGB	163
bb. Die einzelnen Privilegierungstatbestände des § 35 IV BauGB	164
a.) Nutzungsänderung land- oder forstwirtschaftlicher Anlagen.....	164
b.) Neuerrichtung eines gleichartigen Wohngebäudes	165
c.) Ersatzbauten.....	166
d.) Änderung oder Nutzungsänderung erhaltenswerter Gebäude.....	166
e.) Erweiterung von Wohngebäuden	167
f.) Erweiterung gewerblicher Betriebe	167
f. Ausführung der Vorhaben und Einvernehmen der Gemeinde.....	170
g. Außenbereichssatzung	170
h. Drittschutz (insbesondere Nachbarschutz).....	170
i. Zusammenfassung zu § 35 BauGB.....	171
7. Bestandsschutz.....	172
8. Abschlussfall zur Zulässigkeit im Außenbereich und zum Bestandsschutz	178
IV. Die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben.....	184
1. Das Bauordnungsrecht als Landesrecht	184
2. Das Bauordnungsrecht als Besonderes Gefahrenabwehrrecht	184
a. Schutzzwecke des Bauordnungsrechts	184
b. Verwendung und Definition von unbestimmten Rechtsbegriffen.....	185
3. Die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit im Einzelnen	186
a. Allgemeine Anforderungen an bauliche Anlagen und Bauprodukte	187
b. Grundsätze für die Bebauung von Grundstücken.....	189
c. Verunstaltungsverbot	190
d. Abstandsregelungen	193
4. Verwirklichung sozialer Standards.....	198
5. Der umweltrechtliche Aspekt des Bauordnungsrechts.....	199
6. Abweichung (Ausnahme und Befreiung)	199
a. Abweichung	199
b. Ausnahme	199
c. Befreiung.....	200
V. Gewährleistung des materiellen Baurechts durch die Verwaltung	201
1. Aufbau der Bauverwaltung	201
2. Baugenehmigung und Baugenehmigungsverfahren	201
a. Genehmigungspflicht und Freistellungen	201
aa. Baugenehmigungspflichtige Vorhaben	202
bb. Baugenehmigungsfreie Vorhaben.....	204
cc. Vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren	207

b. Prüfungsumfang bei der Erteilung der Baugenehmigung	207
c. Abweichung, Ausnahme und Befreiung.....	210
d. Baugenehmigungsverfahren.....	211
e. Bauausführung	217
f. Bauvorbescheid.....	218
3. Instrumente zur Durchsetzung des materiellen Baurechts.....	221
a. Allgemeines	221
b. Eingriffsbefugnisse	221
aa. Baueinstellung (Stilllegungsverfügung; Baustopp).....	222
bb. Baubeseitigung (Abrissverfügung).....	224
a.) Erfordernis der formellen und materiellen Illegalität.....	224
b.) Bedeutung des Vertrauensschutzes und des Bestandsschutzes.....	226
c.) Das Entscheidungsermessen.....	227
cc. Nutzungsuntersagung	230
c. Vollstreckung bauordnungsrechtlicher Verfügungen.....	231
4. Baupflicht?	233
5. Rechtsschutz im Bereich der Baugenehmigung.....	233
a. Baugenehmigung, (vorläufiger) Rechtsschutz des Bauherrn	233
b. Baugenehmigung, (vorläufiger) Rechtsschutz des Nachbarn.....	238
aa. Widerspruch und Anfechtungsklage.....	238
bb. Einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 80a, 80 V VwGO.....	239
a.) Zulässigkeit des Antrags	239
aa.) Antragsbefugnis.....	240
(a.) Maßgeblichkeit der Schutznormtheorie.....	240
(b.) Nachbarschützende Normen des materiellen Baurechts	241
(aa.) Begriff des Nachbarn	242
(bb.) Bauplanungsrecht.....	243
(1.) § 30 I BauGB (beplanter Innenbereich, qualifizierter Bebauungsplan).....	244
(2.) § 31 I BauGB (Ausnahme von den Festsetzungen)	248
(3.) § 31 II BauGB (Befreiung von den Festsetzungen)	248
(4.) § 34 BauGB (unbeplanter Innenbereich)	249
(5.) § 35 BauGB (Außenbereich).....	251
(6.) Gebietserhaltungsanspruch.....	261
(7.) Gebietsprägungserhaltungsanspruch.....	261
(8.) Gebietsübergreifender Nachbarschutz.....	261
(cc.) Bauordnungsrecht.....	263
(1.) Generalklausel.....	264

(2.) Abstandsflächen (Grenzabstände)	264
(3.) Verunstaltungsschutz	265
(4.) Stellplatzvorschriften	266
(dd.) Sonstige nachbarschützende Normen	266
(ee.) Baurecht und Art. 14 GG	266
(ff.) Verwirkung des Nachbarschutzes	267
bb.) Fristen	269
b.) Begründetheit des Antrags	271
c. Baugenehmigung, (vorläufiger) Rechtsschutz für Gemeinden	273
d. Ordnungsverfügung, Rechtsschutz des Bauherrn	275
aa. Arten von Ordnungsverfügungen	275
bb. Rechtsschutz des Bauherrn	275
e. Ordnungsverfügung, Rechtsschutz des Nachbarn	277
aa. Anspruch auf Einschreiten beim „Schwarzbau“ und nach Aufhebung der Baugenehmigung	277
bb. Anspruch auf Einschreiten gegen rechtswidrige, genehmigungsfreigestellte Vorhaben	278

Öffentliches Baurecht

A. Gegenstand der Bearbeitung

Grundzüge des öffentlichen Baurechts gehören zum Pflichtfachbereich aller Studien- und Prüfungsordnungen. Eine Beschäftigung mit dieser Materie ist daher unerlässlich. Gemäß der Zielsetzung dieses Buches wird das öffentliche Baurecht aber nicht in allen Facetten dargestellt, sondern es werden ausschließlich die Grundzüge studien- und examensrelevanter Bereiche behandelt.

Einen Schwerpunkt bildet daher zunächst die Prüfung der Rechtmäßigkeit eines **Bebauungsplans** (§§ 1 ff. BauGB) einschließlich der prozessualen Seite, der verwaltungsgerichtlichen **Normenkontrolle** gem. § 47 VwGO. Dieser Komplex wird bei Rn 24 ff. behandelt.

Einen weiteren Schwerpunkt bildet die Frage nach der Zulässigkeit eines konkreten **Bauvorhabens** (§§ 29 ff. BauGB). Denn häufig geht es in Klausuren um die Frage, ob ein Vorhaben mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist bzw. wie das Vorhaben durch den Erlass öffentlich-rechtlicher Verfügungen oder Maßnahmen ermöglicht oder verhindert werden kann. Dabei sind neben den Grundbegriffen der bauordnungsrechtlichen und bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben fundierte Kenntnisse der Genehmigungspflicht und des Genehmigungsverfahrens unentbehrlich. Dagegen wird man im Rahmen der Prüfungsvorbereitung Bezüge zum Besonderen Städtebaurecht (§§ 136-191 BauGB) eher vernachlässigen können, weil es sich kaum als prüfungsfähig erweist. Auch ist es eher unwahrscheinlich, dass in einer Klausur Fälle über Umlegung und Grenzregelung, Städtebauliche Vorkaufsrechte oder die Erschließungsbeiträge geprüft werden. Die Zulässigkeit von Bauvorhaben ist bei Rn 117 ff. behandelt.

Drittens sind häufig Fragen nach der Rechtmäßigkeit bauaufsichtlicher Maßnahmen (**Nutzungsuntersagung Baueinstellung, Baubeseitigung**) anzutreffen. Diese sind bei Rn 393 ff. dargestellt.

Nicht selten sind schließlich Fragen in Bezug auf das öffentliche **Baunachbarrecht** anzutreffen, weil sich hierbei hervorragend Fragen des subjektiven Rechts bzw. der Schutznormtheorie integrieren lassen. Fragen des Baunachbarrechts sind bei Rn 413 ff. behandelt.

Insgesamt ist auch zu beachten, dass sich ein baurechtlicher Fall kaum ausschließlich auf baurechtliche Strukturen beschränkt. Vielmehr verhält es sich so, dass neben den baurechtsspezifischen Problemen eine Vielzahl von Problemen aus anderen Rechtsmaterien tritt. Dies sind vor allem solche aus dem **allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht**, dem **Verwaltungsvollstreckungsrecht**, dem **Kommunalrecht** sowie aus dem **Verwaltungsprozessrecht**. Allein aus diesem Umstand wird deutlich, dass sich mit einer baurechtlich orientierten Klausur hervorragend allgemeine verwaltungsrechtliche und verwaltungsprozessuale Strukturen verbinden lassen. Gerade dieser Umstand macht die Prüfungsrelevanz der Rechtsmaterie *öffentliches Baurecht* für Studium und Examen aus. In der vorliegenden Darstellung wird daher sehr großer Wert darauf gelegt, die genannte Verbindung zu den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Strukturen herzustellen und zu verdeutlichen

B. Die verfassungsrechtliche Ordnung des öffentlichen Baurechts

I. Art. 14 GG und Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK

- 1 Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist die Eigentumsgarantie des Art. 14 I S. 1 GG ein elementares Grundrecht und von besonderer Bedeutung für das Individuum.¹ Als *Institutsgarantie* gewährleistet Art. 14 I S. 1 GG den Bestand des Eigentums, als *Individualrechtsgarantie* gewährleistet die Vorschrift die Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand.² Einfachgesetzlich gewährleistet § 903 BGB das Recht des Eigentümers, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren, insbesondere andere von der Nutzung auszuschließen. Auf das Baurecht bezogen, gewährt Art. 14 I S. 1 GG das Recht, ein Grundstück zu bebauen, und das Recht, das errichtete Bauwerk zu erhalten und sich etwa gegen eine Beseitigungsverfügung zur Wehr zu setzen (Funktion als Abwehrrecht). Andererseits beauftragt das Grundgesetz den Gesetzgeber, Inhalt und Schranken des Eigentums und des Erbrechts zu bestimmen (Art. 14 I S. 2 GG); zudem soll der Gebrauch der durch Art. 14 I S. 1 GG geschützten Eigentumsposition dem Wohl der Allgemeinheit dienen (Art. 14 II GG).³ Diese sog. Sozialpflichtigkeit ist Ausdruck des sozialen Rechtsstaats.⁴ Zum Wohl der Allgemeinheit ist nach Art. 14 III S. 1 GG sogar eine Enteignung, d.h. eine vollständige oder teilweise Entziehung des Eigentums⁵ möglich.
- 1a Auch die **Europäische Menschenrechtskonvention** (EMRK), ein völkerrechtlicher Vertrag, der 1950 vom Europarat⁶ erarbeitet wurde und den Zweck verfolgt, auf dem Vertragsgebiet die Einhaltung der Menschenrechte zu gewährleisten, gewährt in Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls die **Eigentumsgarantie** und damit auch die **Baufreiheit**. Ihrer Rechtsnatur als völkerrechtlicher Vertrag folgend, gilt die EMRK zunächst aber nur zwischen den Vertragsstaaten (Konventionsstaaten), d.h. die Vertragsstaaten verpflichten sich nur gegenseitig, die in der EMRK genannten Menschenrechte und Verfahrensbestimmungen umzusetzen. In der Bundesrepublik Deutschland kommt der EMRK jedoch kraft einfachgesetzlicher Übernahme gem. Art. 59 II S. 1 GG⁷ innerstaatlich der Rang eines **einfachen Bundesgesetzes** zu.⁸ Daraus folgt, dass die EMRK mit ihren Grund- und Menschenrechten in ihrem Rang *unterhalb* der Grund-

¹ Vgl. nur BVerfG NJW 2017, 217, 221 („Atomausstieg“) mit Verweis auf BVerfGE 14, 263, 277.

² BVerfG NJW 2017, 217, 221 („Atomausstieg“); BVerfGE 134, 242, 290 f. (Braunkohletageabbau Garzweiler) – jeweils mit Verweis auf BVerfGE 31, 229, 240; 50, 290, 339; 52, 1, 30; 100, 226, 241; 102, 1, 115.

³ Vgl. auch hierzu BVerfG NJW 2017, 217, 221 („Atomausstieg“); BVerfGE 134, 242, 290 f. (Braunkohletageabbau Garzweiler).

⁴ Dazu BVerfGE 134, 242, 290 f.

⁵ Dazu ebenfalls BVerfGE 134, 242, 290 f.

⁶ Bei dem Europarat handelt es sich um eine am 5.5.1949 gegründete supranationale Organisation von heute 47 europäischen Staaten mit Sitz in Straßburg. Gemäß Art. 1 seiner Satzung hat der Europarat die Aufgabe, einen engeren Zusammenschluss unter seinen Mitgliedern zu verwirklichen. Institutionell ist er strikt von der Europäischen Union und damit auch von den Unionsorganen Europäischer Rat und Rat der Europäischen Union (dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 762 ff.) zu unterscheiden. Zu den bedeutendsten Abkommen des Europarats gehört die am 4.11.1950 in Rom unterzeichnete EMRK mit ihren zahlreichen Zusatzprotokollen. Unterzeichnet wurde die EMRK von allen 47 Vertragsstaaten.

⁷ Vgl. das Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7.8.1952 (BGBl II 1952, 685); die EMRK ist gemäß der Bekanntmachung v. 15.12.1953 (BGBl II 1954, 14) am 3.9.1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten. Vgl. auch die Neubekanntmachung der Konvention i.d.F. des 11. Zusatzprotokolls, BGBl II 2002, 1054.

⁸ Dieser formale Rang der EMRK lässt sich damit erklären, dass ein Ratifikationsgesetz einem ratifizierten völkerrechtlichen Vertrag maximal den Rang verleihen kann, den es selbst hat. Handelt es sich bei dem Ratifikationsgesetz also um ein einfaches Bundesgesetz, kann es der EMRK auch maximal diesen innerstaatlichen Rang zusprechen. Vgl. zum Rangverhältnis in Bezug auf die EMRK auch BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; BVerfG NJW 2016, 1295, 1297; BVerfG 4.5.2015 - 2 BvR 2169/13; BVerfGE 128, 326, 367; 111, 307, 317; 82, 106, 120; 74, 358, 370; BGH NJW 2016, 91, 95. Vgl. auch *Sachs*, FS Klein 2013, 321, 325; *Masing*, JZ 2015, 477 ff. Zu Begriff und Bedeutung der **Ratifikation** siehe *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 210.

rechte des Grundgesetzes auf formaler Ebene von Bundesgesetzen steht.⁹ Damit stehen ihre Gewährleistungen formal auch unterhalb der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 I S. 2 GG, der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 II GG und der Enteignungsmöglichkeit nach Art. 14 III GG. Allerdings ist es ständige Rechtsprechung des BVerfG, dass aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 1 II GG)¹⁰ sowie der völkervertraglichen Bindung, die die Bundesrepublik mit der Unterzeichnung der EMRK eingegangen ist, Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK

- bei der Anwendung von einfachem Recht,
- bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes
- sowie bei der Ausübung von Ermessen und der Prüfung der Verhältnismäßigkeit¹¹

zu berücksichtigen sind.¹² Daraus folgt letztlich doch eine Bindung auch der gesetzgebenden Gewalt an die Gewährleistungen der EMRK¹³, über deren Einhaltung der EGMR wacht¹⁴. Aus Sicht des BVerfG gilt dies jedoch nicht uneingeschränkt. Zwar seien die Bestimmungen des Grundgesetzes völkerrechtsfreundlich auszulegen (Art. 1 II GG), jedoch folge daraus keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung aller völkerrechtlichen Verträge und damit der EMRK.¹⁵ Folgerichtig spricht das BVerfG der EMRK und den Urteilen des EGMR eine zwingende Bindungswirkung ab. So betont das BVerfG, dass die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes ein Aufnehmen der Wertungen der EMRK nur so weit fordere, wie dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar sei.¹⁶ Das „letzte Wort“ liege bei der deutschen Verfassung.¹⁷

Für das Baurecht folgt aus alledem: Die in Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK gewährleistete Eigentums- und damit Baufreiheit ist auch im Baurecht zu berücksichtigen. Methodisch erfolgt dies in erster Linie im Rahmen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „Nachbarinteressen“, „öffentliche Belange“, die einem Bauvorhaben „nicht entgegenstehen“ dürfen oder dieses „wesentlich überwiegen“ müssen, „Belange der Deckung des Wohnbedarfs“, „Abwägung der Belange der Beteiligten“ oder „öffentliche und private Belange, die gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen sind“. Die in Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK gewährleistete Eigentums- und damit Baufreiheit ist also im Rahmen der Auslegung dieser und anderer unbestimmter Rechtsbegriffe zu berücksichtigen.

1b

⁹ Insoweit klarstellend BVerfG NJW 2016, 1295, 1297.

¹⁰ Vgl. dazu BVerfGE 111, 307, 316 f. (Görgülü); BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen).

¹¹ Siehe auch *Spitzlei/Schneider*, JA 2019, 9, 11, die von den drei Arten der Berücksichtigung der EMRK im deutschen Recht sprechen.

¹² Vgl. aus jüngerer Zeit BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1132 (Streikverbot für Beamte); BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen); BVerfG NJW 2017, 611, 627 ff. (NPD-Parteiverbotsverfahren); BVerfG NJW 2017, 217, 218 (Atomausstieg); BVerfG NJW 2017, 53, 58 f. (ärztliche Zwangsmaßnahmen); BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; NJW 2016, 1295, 1299 f.; BVerfGE 128, 326, 366 ff.; 123, 257, 344 ff.; 113, 273, 296; 112, 1, 26; 111, 307, 317; 92, 26, 48; 83, 119, 128; 74, 358, 370. Vgl. auch BAG NJW 2016, 1034, 1035.

¹³ Zu Rechtsnatur und Bindungswirkung der Konvention siehe ausführlich *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 4b.

¹⁴ Vgl. dazu etwa aus jüngerer Zeit EGMR NJW 2014, 2925 ff.

¹⁵ BVerfG NJW 2016, 1295, 1299 f.

¹⁶ BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1126; BVerfGE 128, 326, 366 ff. Vgl. auch BVerfG NStZ 2016, 49, 51; NJW 2016, 1939, 1944; NJW 2017, 611, 627 („Auslegungshilfe“); BGH NJW 2016, 91, 95. Enger BGH NStZ 2015, 541, 544 („prägend“) und NJW 2014, 2029, 2031 („interpretationsleitend“).

¹⁷ BVerfGE 128, 326, 366 ff.; BVerfG NVwZ 2018, 1121, 1126.

II. Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht

- 2 Wie ausgeführt, besteht grundsätzlich Baufreiheit, d.h. die Freiheit, das Grundeigentum baulich zu nutzen. Art. 14 I S. 1 GG garantiert dies. Die Baufreiheit ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet, wie sich aus Art. 14 I S. 2 GG und Art. 14 II GG (Inhalts- und Schrankenbestimmung; Sozialpflichtigkeit des Eigentums) ergibt. In Konkretisierung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben hat die Rechtsordnung das öffentliche Baurecht geschaffen, welches sich in Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht gliedert. Das **Bauplanungsrecht** (oft auch als Städtebaurecht oder Stadtplanungsrecht bezeichnet), das insbesondere mit dem bundesrechtlichen **Baugesetzbuch**¹⁸ und der bundesrechtlichen **Baunutzungsverordnung**¹⁹ seinen positivrechtlichen Niederschlag gefunden hat, gibt *flächenbezogen* Auskunft auf die Frage, ob eine entsprechende Nutzung von Grund und Boden gestattet ist, ob z.B. das konkrete Grundstück mit dem gewünschten Bauvorhaben bebaut werden darf.²⁰

Beispiel: Bauherr B möchte im Geltungsbereich eines Bebauungsplans auf dem Flurstück X der Gemarkung Y ein Einfamilienhaus errichten. Ob das konkrete Grundstück mit dem geplanten Bauvorhaben bebaut werden darf, richtet sich nach den Vorschriften des Bebauungsplans, der sich wiederum insbesondere an den Vorgaben des BauGB und der BauNVO zu orientieren hat.

- 3 Das **Bauordnungsrecht** ist in Ermangelung einer Bundeskompetenz (vgl. Art. 70 GG) Landesrecht. Es regelt *objektbezogen* die Voraussetzungen, unter denen ein bauliches Vorhaben in seiner konkreten Ausführung zulässig ist.²¹ Der Sache nach geht es um (sonderordnungsbehördliche) Gefahrenabwehr²² und der Erhaltung sozialer Standards.

Beispiel: Die **Bauordnung**²³ des Bundeslandes X (⇒ formelles Landesgesetz) schreibt vor, dass vor Außenwänden von Gebäuden bestimmte Abstandsflächen zu den Grundstücksgrenzen bzw. zu den Nachbargebäuden einzuhalten sind. Die Abstandsflächen dienen zum einen dazu, dass bestimmte Gefahren (z.B. Feuer) nicht ohne weiteres auf die Nachbargebäude übergreifen können (Aspekt der Gefahrenabwehr), und zum anderen, dass die Nachbargrundstücke nicht von Luft, Licht und Sonne abgeschnitten werden oder dass den Nachbarn nicht „auf den Teller“ geschaut werden kann (Aspekt der Gewährleistung sozialer Standards).

- 4 Damit also ein (genehmigungspflichtiges²⁴) Vorhaben durch die Baubehörde genehmigt werden kann, muss es sowohl nach den bauplanungsrechtlichen als auch nach den bauordnungsrechtlichen Vorschriften zulässig sein (vgl. § 29 II BauGB). Insoweit werden durch das Instrument der **Baugenehmigung**²⁵ die beiden Gebiete **Bauplanungsrecht** und **Bauordnungsrecht** miteinander verzahnt.

¹⁸ Im Folgenden: BauGB. Bei diesem Gesetz handelt es sich um ein formelles Bundesgesetz, gestützt auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 I Nr. 18 GG (vgl. Rn 5).

¹⁹ Im Folgenden: BauNVO. Diese Rechtsverordnung beruht auf der Ermächtigung in § 9a Nr. 1-3 BauGB und ergänzt bzw. konkretisiert die §§ 1-13 BauGB (Bauleitplanung) und die §§ 29-38 BauGB (Zulässigkeit von Vorhaben), vgl. dazu (sowie zu weiteren Bundesrechtsverordnungen) näher Rn 12.

²⁰ Ganz ähnlich nunmehr auch *Böhm*, JA 2013, 81.

²¹ Ebenfalls ganz ähnlich nunmehr *Böhm*, JA 2013, 81.

²² Daher auch die frühere Bezeichnung als Baupolizeirecht. Das Bauordnungsrecht ist als Sonderordnungsrecht gegenüber dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht (POR) *lex specialis* und geht diesem vor. Zur bauordnungsrechtlichen Generalklausel vgl. im Übrigen Rn 293 und 297.

²³ Eine Synopse von Vorschriften der Landesbauordnungen findet sich am Ende des Buches.

²⁴ Zu den genehmigungsfreien bzw. lediglich anzeigepflichtigen Vorhaben vgl. Rn 120 und 345 ff.

²⁵ Entsprechendes gilt für den Bauvorbescheid (Rn 382b f.) und die Bauordnungsverfügungen (Stilllegungs-, Nutzungsuntersagungs- und Beseitigungsverfügung, Rn 393 ff.).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Durch diese Verzahnung wird deutlich, dass die Frage nach der Baugenehmigung (bzw. Bauordnungsverfügung) sowohl nach Bauordnungsrecht als auch nach Bauplanungsrecht beantwortet werden muss. Das folgt auch aus der Formulierung der **Baugenehmigungsnorm** der Landesbauordnung, wonach die Baugenehmigung für ein genehmigungspflichtiges Vorhaben zu erteilen ist, wenn dem Vorhaben **keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen**.²⁶ Solche öffentlich-rechtlichen Vorschriften sind Vorschriften, die von der Baugenehmigungsbehörde bei der Erteilung der Baugenehmigung zu beachten sind. Das sind Vorschriften der Bauordnung selbst, Vorschriften anderer baurechtlicher Gesetze, insbesondere die des **BauGB** oder der **BauNVO**, sowie außerbaurechtliche Vorschriften, insbesondere solche des **BImSchG**, der **Naturschutzgesetz**²⁷, der **Denkmalschutzgesetz**, des **FStrG** (§ 9 I und III) und des **UVPG** (die aber zumeist in den Vorschriften des BauGB über die Aufstellung des Bebauungsplans und über das Genehmigungsverfahren eingearbeitet worden sind)²⁸.

In der Fallbearbeitung ist folgendermaßen vorzugehen: Zunächst ist nach der **Genehmigungspflichtigkeit** (Genehmigungsbedürftigkeit) des Vorhabens zu fragen. Ist die Frage zu bejahen, muss die **Genehmigungsfähigkeit** geprüft werden. Hierzu ist es erforderlich, das Vorhaben auf seine Vereinbarkeit mit sämtlichen einschlägigen öffentlich-rechtlichen Normen zu prüfen. Dabei ist es zweckmäßig, die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Vorhabens **vor** den bauordnungsrechtlichen zu prüfen. Denn lassen die bauplanungsrechtlichen Vorschriften eine Bebauung des Grundstücks gar nicht erst zu, können statische, hygienische, gestalterische oder sozialpolitische (z.B. Nachbarnschutz durch Abstandsflächen) Fragen dahinstehen.

Aber auch wenn das Vorhaben **genehmigungsfrei** ist²⁹, ist die Vereinbarkeit des Vorhabens mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen. Denn in diesem Fall verzichtet der Gesetzgeber lediglich auf das Baugenehmigungsverfahren und damit auf die präventive Kontrolle des materiellen Baurechts, nicht jedoch auf die Einhaltung des materiellen Baurechts. Die Genehmigungsfreistellung kann nicht bedeuten, dass das Bauvorhaben ohne Beachtung der materiellen Bauvorschriften errichtet werden darf. In der Fallbearbeitung mag die Einhaltung der materiellen Bauvorschriften im Rahmen einer bauaufsichtlichen Maßnahme (Nutzungsuntersagungsverfügung, Baueinstellungsverfügung, Baubeseitigungsanordnung) zu prüfen sein oder wenn allgemein danach gefragt wird, ob ein Vorhaben „rechtlich zulässig“ ist.

Zu beachten ist schließlich, dass die Baugenehmigungsnorm der Landesbauordnung, wonach die Baugenehmigung für ein genehmigungspflichtiges Vorhaben zu erteilen ist, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, nicht als Anspruchsgrundlage des Bauherrn auf Erlass der begehrten Baugenehmigung in Betracht kommt, wenn die **Zulassung** des genehmigungspflichtigen Vorhabens nach **Spezialvorschriften** zu erfolgen hat.

²⁶ Vgl. MBO: § 72 (zur Musterbauordnung vgl. Rn 15); BaWü: § 58 LBO; Bay: Art. 68 LBO; Berl: § 71 LBO; Brand: § 72 LBO; Brem: § 72 LBO; Hamb: § 72 LBO; Hess: § 74 LBO; MeckVor: § 72 LBO; Nds: § 70 LBO; NRW: § 74 LBO; RhIPfl: § 70 LBO; Saar: § 73 LBO; Sachs: § 72 LBO; SachsAnh: § 71 LBO; SchlHolst: § 73 LBO; Thür: § 71 LBO. Zu beachten ist jedoch, dass in BaWü und Bay eine Besonderheit gilt, vgl. dazu Rn 365.

²⁷ Vgl. dazu BVerwG DVBl 2001, 646; *Aulehner*, JA 2001, 754 ff. Zu beachten ist auch die Kollisionsnorm des § 18 BNatSchG.

²⁸ Außer Acht gelassen werden können demgegenüber Rechtsmaterien, für die gesetzlich ein eigenes Verwaltungsverfahren vorgesehen ist. Dies gilt etwa für das Gewerberecht, für welches die GewO eigene formelle Vorschriften vorsieht, sowie für die Zweckentfremdung von Wohnraum, vgl. *Seiler*, JuS 2001, 263, 264.

²⁹ Vgl. MBO: §§ 61, 62; BaWü: §§ 50, 51 LBO; Bay: Art. 57, 58 LBO; Berl: §§ 61, 62 LBO; Brand: §§ 61, 62 LBO; Brem: §§ 61, 62 LBO; Hamb: § 60 LBO; Hess: §§ 63, 64 LBO; MeckVor: §§ 61, 62 LBO; Nds: §§ 60-62 LBO; NRW: §§ 62, 63 LBO; RhIPfl: §§ 62, 67 LBO; Saar: §§ 61, 63 LBO; Sachs: §§ 61, 62 LBO; SachsAnh: §§ 60, 61 LBO; SchlHolst: §§ 63, 68 LBO; Thür: §§ 60, 61 LBO.

Beispiel: B, ein Windenergieunternehmen, beantragt die Genehmigung für die Errichtung eines „Windparks“ mit 4 Windkraftanlagen, die jeweils eine Gesamthöhe von 60 m haben sollen.

⇒ Da bei Windkraftanlagen, die eine Gesamthöhe von mehr als 50 m aufweisen, das Genehmigungsverfahren nach §§ 4 ff. BImSchG gilt (vgl. § 4 I S. 3 BImSchG i.V.m. der 4. BImSchVO), richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens der B nicht nach der Genehmigungsnorm der Landesbauordnung, sondern nach **§ 6 I BImSchG** i.V.m. Nr. 1.6 (vorliegend Nr. 1.6.2, da <20 Anlagen) des Anhangs 1 zur 4. BImSchVO i.V.m. Nr. 1.6 der Anlage 1 zum UVPG (vorliegend Nr. 1.6.3 i.V.m. Sp. 2 der Anlage 1 zum UVPG i.V.m. § 19 BImSchG, da 3 bis weniger als 6 Anlagen). Denn das BImSchG regelt speziell und abschließend immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für Anlagen, die in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen (§ 4 I S. 1 und 3 BImSchG).³⁰

Ist für ein Genehmigungsverfahren also das BImSchG anwendbar, richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach dem BImSchG i.V.m. dessen Verordnungen. In diesem Fall wird das Baurecht in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren **integriert** und in die (Bau-)Genehmigung **konzentriert**. Das bedeutet, dass die Genehmigungsbehörde die Zulässigkeit des Vorhabens nicht nur nach immissionsschutzrechtlichen, sondern auch nach baurechtlichen Gesichtspunkten sowie anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften prüft (vgl. § 6 I Nr. 2 BImSchG). Ergeht demzufolge die Errichtungsgenehmigung, ersetzt diese die Bauerlaubnis nach Baurecht (**§ 13 BImSchG**). Die Genehmigungsnorm der Landesbauordnung ist in diesem Fall unanwendbar. Der Bauherr braucht also keine separate Baugenehmigung zu beantragen. Allerdings bedeutet das nicht, dass die Vorschriften des öffentlichen Baurechts überhaupt nicht zu prüfen wären. Die für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zuständige Behörde³¹ prüft gerade aufgrund der Konzentrationswirkung auch alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die dem Vorhaben entgegenstehen könnten, und damit auch die des öffentlichen Baurechts. Zur Konzentrationswirkung vgl. auch Rn 266a, b sowie Rn 367.

III. Gesetzgebungskompetenzen im Baurecht

- 5 Nach dem grundgesetzlichen Verteilungsmodus über die Gesetzgebungskompetenzen haben die Länder gem. Art. 30, 70 I GG das Recht zur Gesetzgebung, soweit nicht das Grundgesetz dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse eingeräumt hat. Im Bereich des Baurechts ist das hauptsächlich durch Art. 74 I Nr. 30 und 31 GG (vor dem 1.9.2006: Art. 75 I S. 1 Nr. 4 GG) u.a. für die Bodenverteilung und die Raumordnung sowie durch Art. 74 I Nr. 18 GG u.a. für das Bodenrecht geschehen. Daneben verbleibt das gesamte Bauordnungsrecht als besonderes Gefahrenabwehrrecht von vornherein im Zuständigkeitsbereich der Länder (Art. 70 GG). Somit erklärt sich die heutige Struktur des Baurechts:

- Das Recht der **Bodenverteilung** sowie das **Raumordnungs- und Bauplanungsrecht** unterfallen der Gesetzgebungskompetenz des **Bundes** (Art. 74 I Nr. 18, 30 und 31 GG).

³⁰ Zu beachten ist, dass in allen Fällen der Nr. 1.6 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV das Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG (und nicht nach der Landesbauordnung) durchzuführen sein kann, d.h., bei einer Gesamthöhe von mehr als 50 m oder ab 20 Anlagen richtet sich das Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG (vgl. dazu auch BVerwG NVwZ 2009, 338 ff.; NVwZ 2008, 76 ff.; *Murswiek*, JuS 2008, 1022 ff.; *Erbguth/Goldbecher*, JuS 2008, 992, 993; später auch *Hilbert*, JuS 2014, 983 ff.). Freilich ist auch stets die Möglichkeit des vereinfachten Verfahrens nach § 19 BImSchG in Betracht zu ziehen. Vgl. auch OVG Lüneburg NVwZ 2007, 356 f. und 357 f.

³¹ Welche Behörde dies ist, beantwortet das Landesrecht. In den Flächenstaaten ist dies meist das Landratsamt (vgl. die BImSchZuVO des Landes).

- Das gesamte **Bauordnungsrecht** sowie die Raumordnung im Übrigen (Landesplanung) verbleiben (in Ermangelung einer Bundesgesetzgebungskompetenz) im Zuständigkeitsbereich der **Länder**.

IV. Rechtsquellen des Baurechts

1. Das Raumordnungsgesetz (ROG)

Mit dem **Raumordnungsgesetz** hat der Bund bundesweit geltende Leitvorstellungen und Grundsätze der Raumordnung normiert, die Rechtswirkungen bestimmter planerischer Aussagen mit unmittelbarer Geltung festlegt und Bestimmungen zur Raumordnung im Bundesgebiet trifft.³² Das ROG normiert Grundsätze der Raumordnung, die unmittelbar für die Landesplanung in den Ländern gelten und sich dementsprechend in den Landesplanungsgesetzen sowie in den Landesentwicklungsplänen, Raumordnungsplänen, Gebietsentwicklungsplänen und Regionalplänen widerspiegeln.³³

6

2. Das Baugesetzbuch (BauGB)

Auch von seiner *städtebaurechtlichen* Gesetzgebungskompetenz (vgl. Art. 74 I Nr. 18 GG) hat der Bund mit dem Erlass des **Baugesetzbuch** Gebrauch gemacht. Aufgrund europarechtlicher Vorgaben und anlässlich der 2011 beschlossenen Energiewende ist das BauGB in den letzten Jahren aber mehrfach geändert worden.

7

- Die einschneidendste Änderung erfolgte im Zuge des Gesetzes zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau – EAG Bau) vom 24.6.2004 (BGBl I S. 1359)³⁴, welches zu einer grundlegenden Überarbeitung des BauGB führte.
- Am 1.1.2007 ist überdies das „Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte“ vom 21.12.2006 in Kraft getreten, das weitere Änderungen des BauGB mit sich gebracht hat (BGBl I S. 3316).³⁵ Ziel der BauGB-Novelle 2007 ist es, das Bauplanungsrecht für Vorhaben zur Stärkung der Innenentwicklung zu vereinfachen, um die erstmalige Inanspruchnahme von Flächen für Siedlungszwecke zu verringern und wichtige Planungsvorhaben zu beschleunigen. Zu den entscheidenden Neuerungen im BauGB 2007 gehören:
 - ⇒ Sicherung zentraler Versorgungsbereiche und der verbrauchernahen Versorgung (Einfügung des § 9 IIa BauGB),
 - ⇒ Schaffung neuer Festsetzungsmöglichkeiten beim Vorhaben- und Erschließungsplan (Einfügung des § 12 IIIa BauGB),
 - ⇒ Einführung eines beschleunigten Verfahrens für Bebauungspläne der Innenentwicklung (Einfügung des § 13a BauGB),
 - ⇒ Erleichterung der Erweiterung, Änderung oder Erneuerung von Wohnbauvorhaben im nicht beplanten Innenbereich (Ergänzung des § 34 IIIa BauGB),
 - ⇒ Änderungen beim Rechtsschutz gegen Bauleitpläne (Änderungen der §§ 214, 215 BauGB und § 47 VwGO).
- Weitere Änderungen ergaben sich durch das „Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden“ v. 22.7.2011 (BGBl I S. 1509),

³² Zum ROG 1997 vgl. *Dolderer*, NVwZ 1998, 345 ff.; *Battis/Krautzberger/Löhr*, NVwZ 2001, 961 ff.; *Orloff*, NVwZ 2001, 997 ff.; zum ROG 2004 vgl. *Ley*, DVP 2005, 45 ff.; *Battis/Krautzberger/Löhr*, NJW 2004, 2553 ff.; *Finkelnburg*, NVwZ 2004, 897 ff.; *Krautzberger/Stüer*, DVBl 2004, 914 ff.; zum ROG 2009 vgl. *Scheidler*, NVwZ 2010, 19 ff. Vgl. auch *Jarass/Schnittker*, JuS 2011, 215 ff.

³³ Siehe dazu unten Rn 14a ff. sowie OVG Münster 20.11.2018 – 2 A 1676/17.

³⁴ Vgl. dazu *Battis/Krautzberger/Löhr*, NJW 2004, 2553 ff.; *Finkelnburg*, NVwZ 2004, 897 ff.; *Krautzberger/Stüer*, DVBl 2004, 781 ff.

³⁵ Vgl. dazu ausführlich *Battis/Krautzberger/Löhr*, NVwZ 2007, 121 f.

6. Außenbereich, § 35 BauGB

a. Bestimmung und Bedeutung des Außenbereichs

Wie bereits ausgeführt, gehören Gebiete, die weder innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (also im Geltungsbereich des § 34 BauGB) noch im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans (§ 30 I BauGB) oder eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans (§§ 30 II, 12 BauGB) liegen, zum **Außenbereich** (§ 35 BauGB). Der Außenbereich wird also negativ definiert: Alle Grundstücke, die sich nicht dem Innenbereich zuordnen lassen, liegen im Außenbereich. An der Zuordnung eines bestimmten Gebiets zum Außenbereich ändert auch der Umstand nichts, dass die Gemeinden für bebaute Bereiche im Außenbereich, die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind und in denen eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden ist, gem. § 35 VI BauGB Außenbereichssatzungen erlassen können (siehe dazu Rn 280). Denn der Erlass einer Außenbereichssatzung hat nur zur Folge, dass Wohnzwecken dienenden Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB nicht entgegengehalten werden kann, sie widersprechen einer Darstellung im Flächennutzungsplan über Flächen für die Landwirtschaft oder Wald oder ließen die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten. Auch eine Außenbereichssatzung lässt die Zuordnung der betreffenden Gebiete zum Außenbereich also unberührt.

237

Im Gegensatz zu den Planbereichen der §§ 30 und 34 BauGB, in denen das Bauen grundsätzlich erlaubt ist, geht § 35 BauGB vom Gegenteil aus: Vorhaben im Außenbereich sind **grundsätzlich unzulässig**. Das hat zum einen den Hintergrund, dass die Belastung der Gemeinden mit immer neuen Erschließungs- und Infrastrukturmaßnahmen (Strom, Wasser, Abwasser, Straßen- und Verkehrswege etc.) begrenzt werden soll. Zum anderen soll der Außenbereich dem Boden- und Naturschutz, dem Schutz der freilebenden Tiere und auch als Raum für Erholungssuchende dienen, was einer Bebauung entgegensteht. Nicht zuletzt gebieten das Europarecht und die Staatszielbestimmung Umweltschutz (Art. 20a GG) eine größtmögliche Schonung des Außenbereichs.⁴⁴⁰ § 35 BauGB konkretisiert und normiert diese Gebote.⁴⁴¹ Das darin vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, den Außenbereich von Bebauung grundsätzlich frei zu halten, ist selbst bei der Auslegung der Privilegierungstatbestände (insbesondere des § 35 I Nr. 4 BauGB) zu berücksichtigen.⁴⁴²

Von der Systematik her unterscheidet § 35 BauGB zwischen privilegierten (Abs. 1) und sonstigen, d.h. nicht privilegierten Vorhaben (Abs. 2). Die **privilegierten Vorhaben** sind unter der Voraussetzung einer gesicherten „ausreichenden“ Erschließung zulässig, wenn öffentliche Belange nicht „entgegenstehen“ und mindestens eine der in den Nummern 1-8 aufgezählten Voraussetzungen vorliegt. Demgegenüber können die **nicht privilegierten Vorhaben** nur im „Einzelfall“ und nur dann zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht „beeinträchtigt“ und die Erschließung gesichert ist. Nicht privilegierte Vorhaben unterliegen demnach einer nur sehr eingeschränkten Zulässigkeit. Die Besserstellung der baulichen Anlagen nach § 35 I BauGB wird mit ihrer Zweckbestimmung begründet. So lassen sich z.B. land- oder forstwirtschaftliche Betriebe oder umweltgefährdende Anlagen im Allgemeinen nur im Außenbereich realisieren.

238

Eine Teilprivilegierung („Begünstigung“) von Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB normiert **§ 35 IV BauGB**. In dieser Vorschrift wird das prinzipielle Bauverbot für Nutzungsän-

239

⁴⁴⁰ Siehe auch BVerwG NVwZ 2019, 243, 244 (allerdings nicht mit Verweis auf EU-Recht und Verfassungsrecht, sondern auf frühere Rechtsprechung des BVerwG).

⁴⁴¹ Vgl. dazu BVerwGE 117, 25, 29 ff.; BVerwG NVwZ 2000, 552; VGH München NVwZ 2007, 1450 f.

⁴⁴² Vgl. VGH München NVwZ 2013, 311 f.; *Muckel*, JA 2013, 479.

derungen, Ersatzbauten und Erweiterungen bei nicht privilegierten Vorhaben in bestimmten Fällen aufgehoben. Hintergrund dieser Vorschrift ist der Bestandsschutz: Bereits errichtete und betriebene Bauten bzw. Anlagen sollen nicht durch das grundsätzliche Bauverbot im Bereich des § 35 II BauGB in ihrem Bestand und ihrer weiteren Nutzung gefährdet werden. Allerdings darf die Teilprivilegierung nicht dazu führen, dass der Verbotszweck des § 35 II BauGB unterlaufen wird. Daher sind die Teilprivilegierungen in ihrem Ausmaß und ihrer Zweckbestimmung eng begrenzt. Sie dürfen etwa nicht zur Errichtung von Ferienwohnungen oder Wochenendhäusern genutzt werden. Vgl. dazu im Einzelnen den Katalog des § 35 IV Nr. 1-6 BauGB.

b. Die Privilegierungstatbestände des § 35 I BauGB

aa. Übersicht

240 Wie bereits dargelegt, trägt die Regelung für die privilegierten Vorhaben (§ 35 I BauGB) dem Umstand Rechnung, dass trotz des Gebots größtmöglicher Schonung des Außenbereichs⁴⁴³ bestimmte Anlagen und Nutzungen nur im Außenbereich möglich oder sinnvoll sind. § 35 I BauGB erfasst insgesamt 8 Privilegierungstatbestände:

- (1) Vorhaben, die einem **land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb** dienen und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnehmen.
- (2) Vorhaben, die einem Betrieb der **gartenbaulichen Erzeugung** dienen.
- (3) Vorhaben, die der **öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Telekommunikationsdienstleistungen**⁴⁴⁴, **Wärme, Wasser, der Abfallwirtschaft oder einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb** dienen.
- (4) Vorhaben, die wegen ihren **besonderen Anforderungen an die Umgebung**, wegen ihrer **nachteiligen Wirkung auf die Umgebung** oder wegen ihrer **besonderen Zweckbestimmung** nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen, außer sie unterliegen einer UVP-Pflicht.
- (5) Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der **Wind- oder Wasserenergie** dienen.
- (6) Vorhaben, die der **energetischen Nutzung von Biomasse** (sog. Biogasanlagen) im Rahmen eines Betriebs nach Nr. 1 oder 2 oder eines Betriebs nach Nr. 4, der Tierhaltung betreibt. Auch Anlagen, die dem Anschluss von Biogasanlagen an das öffentliche Versorgungsnetz dienen, unter den in lit. a) bis d) genannten (kumulativ zu erfüllenden) Voraussetzungen.
- (7) Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der **Kernenergie** zu friedlichen Zwecken oder der **Entsorgung radioaktiver Abfälle** dienen.
- (8) Vorhaben, die der Nutzung **solarer Strahlungsenergie** in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden dienen, wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist.

241 Allen Privilegierungstatbeständen ist gleich, dass ihnen **öffentliche Belange** gem. § 35 III BauGB nicht entgegenstehen dürfen (Rn 256 ff.), die **ausreichende Erschließung** gesichert ist (Rn 268) und sie den Festsetzungen des einfachen Bebau-

⁴⁴³ Siehe dazu nur BVerwG NVwZ 2019, 243, 244 mit Verweis u.a. auf BVerwGE 106, 228, 235 f.; 117, 287, 304; BVerwG NVwZ 2013, 805.

⁴⁴⁴ Auch ein Mobilfunkmast gehört selbst dann zu den privilegierten Vorhaben gem. § 35 I Nr. 3 BauGB, wenn seine Errichtung die Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen nur geringfügig verbessert (VGH München BayVBl 2006, 605 f. mit Bespr. v. *Mager*, JA 2008, 748). Vgl. auch BVerwG NVwZ 2013, 1288 ff. (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2014, 397), das das Merkmal der „Ortsgebundenheit“ bei Mobilfunksendeanlagen weit auslegt und einer (weitergehenden) Raum- bzw. Gebietsgebundenheit gleichsetzt.

ungsplans nicht widersprechen dürfen⁴⁴⁵. Besondere Probleme werfen die Tatbestände der Nummern 1, 4 und 6 auf.

bb. Die einzelnen Privilegierungstatbestände des § 35 I BauGB

a.) Land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb

Gemäß § 35 I Nr. 1 BauGB ist ein Vorhaben zulässig, wenn es einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt.⁴⁴⁶ Probleme kann die Auslegung der Begriffe „Landwirtschaft“, „Forstwirtschaft“ und „dienen“ bereiten. Der Begriff der „**Landwirtschaft**“ ist in § 201 BauGB definiert. Danach umfasst Landwirtschaft nicht nur Ackerbau und Viehzucht, sondern insbesondere auch die Pensientierhaltung auf überwiegend eigener Futtergrundlage, die gartenbauliche Erzeugung, den Erwerbsobst- und den Weinbau, die berufsmäßige Imkerei und die berufsmäßige Binnenfischerei. Allerdings ist diese Definition wegen des Begriffs „insbesondere“ nicht abschließend. So kann die Pferdezucht einschließlich einer reiterlichen Erstausbildung der Jungpferde zur Landwirtschaft gehören. Notwendig ist aber immer (mit Ausnahme der Imkerei und der Binnenfischerei) eine unmittelbare Bodenertragsnutzung in dem Sinne, dass der Boden zum Zwecke der Nutzung eines Ertrags planmäßig und eigenverantwortlich bewirtschaftet wird.⁴⁴⁷ Der Betreiber einer Anlage wird dies i.d.R. nur gewährleisten können, wenn er über langfristig gesicherte Flächen verfügt, auf denen er das Futter für seinen Tierbestand zum überwiegenden Teil selbst produzieren kann.⁴⁴⁸ Insbesondere bei Betrieben zur Massentierhaltung von Hühnern oder Schweinen wird es oft daran fehlen, weil die erforderlichen Flächen nicht vorhanden sind, um die überwiegend selbsterzeugte Futtergrundlage i.S.d. § 201 BauGB zu gewährleisten.⁴⁴⁹ Auch, wenn ein Landhandel betrieben und ein nicht unerheblicher Teil an Stroh, Heu und Mais zugekauft und verarbeitet wird, ist die Erfüllung des Kriteriums der überwiegenden Eigenfuttergrundlage zweifelhaft.⁴⁵⁰ Fehlt es an der überwiegenden Eigenfuttergrundlage, sind derartige Anlagen nicht nach § 35 I Nr. 1 BauGB genehmigungsfähig; möglicherweise sind sie aber nach § 35 I Nr. 4 BauGB privilegiert.⁴⁵¹ „**Forstwirtschaft**“ bedeutet in vergleichbarer Weise die planmäßige Bewirtschaftung des Waldes.

242

„**Betrieb**“ i.S.d. § 35 I Nr. 1 BauGB bedeutet, dass die beabsichtigte Bodennutzung nach der Größe der bewirtschafteten Fläche, dem Umfang des Arbeitsanfalls und der Verkehrsüblichkeit sowie im Hinblick auf die persönliche Eignung des Betriebsführers und seine wirtschaftlichen Verhältnisse die Gewähr für eine *ernsthafte, nachhaltige* und *auf Dauer angelegte*, lebensfähige Bewirtschaftung bietet.⁴⁵² Im Mittelpunkt steht die Absicht der Ertragserzielung.⁴⁵³ Dazu muss die landwirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang grundsätzlich geeignet sein, wirtschaftlich betrieben

243

⁴⁴⁵ Sofern Außenbereichsgrundstücke im Geltungsbereich eines einfachen Bebauungsplans (§ 30 III BauGB) liegen, bemisst sich die Zulässigkeit in erster Linie nach dessen planerischen Festsetzungen; es gelten die Ausführungen zu § 34 BauGB entsprechend.

⁴⁴⁶ Freilich dürfen öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung muss gesichert sein (§ 35 I BauGB) – dazu Rn 256 ff. und 268.

⁴⁴⁷ BVerwG NVwZ 1986, 201, 202; vgl. auch *Stollmann*, JuS 2003, 855, 856; *Dolde/Menke*, NJW 1999, 2150, 2155.

⁴⁴⁸ BVerwG NVwZ 2019, 243.

⁴⁴⁹ BVerwG NJW 1981, 139. Vgl. auch *Söfker*, NVwZ 2008, 1273 ff.

⁴⁵⁰ VGH München 15.5.2017 – 15 ZB 16.1673.

⁴⁵¹ Vgl. dazu Rn 247 ff.

⁴⁵² BVerwGE 26, 121; *Brohm*, BauR, § 21 Rn 6; *Erbguth/Wagner*, BauR, § 8 Rn 66.

⁴⁵³ BVerwGE 41, 138, 143; BVerwG BauR 2013, 207. Zur Dauerhaftigkeit und zur Gewinnerzielung vgl. im Übrigen *Dürr*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 35 Rn 20 f.; *Ziegler*, NVwZ 2010, 748 ff.; *Decker*, JA 2014, 481, 483.

werden zu können⁴⁵⁴, um in den Genuss des Privilegierungstatbestands zu kommen. Bei sog. Nebenerwerbsbetrieben, also bei kleineren Höfen, die sich wirtschaftlich nicht tragen und nur deshalb betrieben werden können, weil die Haupteinnahmequelle eine andere ist, erscheint dies fraglich. Aber auch diese sollten erfasst werden, solange nur die Absicht besteht, zumindest Nebeneinkünfte zu erzielen. Ein aus „Liebhabe rei“ oder „hobbymäßig“ betriebener landwirtschaftlicher Betrieb fällt dementsprechend nicht unter den Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 1 BauGB. Die gegenteilige Annahme liefe der Ratio des Privilegierungstatbestands zuwider.

Die Wichtigkeit des Kriteriums der Ertragserzielung (Rentabilität) steht in Abhängigkeit zur Dauer des Betriebs. Bei der Erweiterung eines bereits viele Jahre (auch mit geringer Rentabilität) existierenden landwirtschaftlichen Betriebs ist die (beabsichtigte) Ertragserzielung weniger von Relevanz als bei einer betrieblichen Neugründung. Denn gerade bei einer betrieblichen Neugründung ist ohne Nachweis der Ertragserzielungsabsicht der Privilegierungscharakter des Vorhabens kaum festzustellen.⁴⁵⁵

244 Schließlich sind derartige Vorhaben nur dann privilegiert, wenn sie einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb **„dienen“**. Dieses Erfordernis soll den Schutz des Außenbereichs gewährleisten und verhindern, dass Bauvorhaben im Außenbereich genehmigt werden, die zwar möglicherweise objektiv dem privilegierten Betrieb dienen, mit denen aber in Wirklichkeit andere Zwecke verfolgt werden⁴⁵⁶ („Villa im Außenbereich“)⁴⁵⁷. Die privilegierte land- oder forstwirtschaftlich genutzte Fläche muss daher im Verhältnis zu dem für das Vorhaben benötigten Grund und Boden eindeutig den **Schwerpunkt** bilden.⁴⁵⁸ Das ist der Fall, wenn das nicht privilegierte Vorhaben zu dem privilegierten landwirtschaftlichen Betrieb funktional zu- und untergeordnet ist und diese Zu- und Unterordnung auch **äußerlich erkennbar geprägt** ist.⁴⁵⁹ Die Rechtsprechung verwendet hierzu den Begriff der „mitgezogenen Nutzung“: Das an sich außenbereichsfremde Vorhaben muss vom privilegierten Betriebsteil „mitgezogen“ werden, um ebenfalls in den Genuss der Privilegierung zu kommen.⁴⁶⁰ Anderenfalls fehlt es an der dienenden Funktion des Gebäudes.

245 **Beispiel**⁴⁶¹: B ist Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs im Außenbereich. Er hält u.a. Rinder, Kühe, Schafe, Schweine und Hühner, die teilweise ab Hof verkauft werden. Hinzu kommen die Bewirtschaftung von 50 ha Grünland als Futterbasis und 20 ha Anbaufläche und eine Mühle. Schließlich betreibt B eine genehmigte Straußwirtschaft⁴⁶² mit 100 Sitzplätzen für die Dauer von 120 Tagen pro Jahr. Das Verhältnis der Einnahmen beträgt 60-80% aus der Landwirtschaft zu 20-40% aus der Straußwirtschaft. Nun begehrt er die Baugenehmigung zur Nutzungsänderung der als Straußwirtschaft genutzten Räumlichkeiten für eine Gaststätte mit 100 Sitzplätzen und ganzjährigen Öffnungszeiten. Die Behörde lehnt den Antrag jedoch ab. Daraufhin erhebt B nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren Verpflichtungsklage auf Erteilung der gewünschten Baugenehmigung.

⁴⁵⁴ Decker, JA 2014, 481, 483.

⁴⁵⁵ BVerwG BauR 2013, 207.

⁴⁵⁶ BVerwG NVwZ-RR 1992, 400, 401.

⁴⁵⁷ VG Sigmaringen 11.5.2017 - 5 K 3008/16 Rn 23; Entscheidung als Fall aufbereitet von Hilliger, JA 2019, 124 ff.

⁴⁵⁸ Vgl. VG Sigmaringen 11.5.2017 - 5 K 3008/16 Rn 6.

⁴⁵⁹ VGH München 15.5.2017 - 15 ZB 16.1673 Rn 24 (mit Verweis u.a. auf BVerwG ZfBR 2009, 149); BVerwGE 31, 138, 143 ff.; VG Sigmaringen 11.5.2017 - 5 K 3008/16 Rn 23; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 35 Rn 19/27.

⁴⁶⁰ VGH München 15.5.2017 - 15 ZB 16.1673 Rn 24 (mit Verweis u.a. auf BVerwG ZfBR 2009, 149).

⁴⁶¹ Nach VG Karlsruhe NVwZ 2000, 592.

⁴⁶² „Straußwirtschaft“ wird der erlaubnisfreie Ausschank von selbsterzeugtem Wein oder Apfelwein genannt. Sie ist gem. § 14 GastG für die Dauer von höchstens 4 bzw. 6 Monaten im Jahr zulässig.

Die Klage ist begründet, soweit die Ablehnung der begehrten Baugenehmigung rechtswidrig, B dadurch in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist, § 113 V S. 1 VwGO, wenn B also einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung hat.

Nach den einschlägigen bauordnungsrechtlichen Vorschriften über die Erteilung der Baugenehmigung⁴⁶³ ist diese zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baugenehmigungsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Vorliegend beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 I Nr. 1 BauGB. Danach ist ein Vorhaben zulässig, wenn *öffentliche Belange* nicht entgegenstehen, die *ausreichende Erschließung* gesichert ist und wenn es einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb *dient* und nur einen *untergeordneten Teil der Betriebsfläche* einnimmt.

Vorliegend ist zunächst das Merkmal „dient“ fraglich. Grundgedanke des § 35 BauGB ist, dass der Außenbereich grundsätzlich von der Bebauung freizuhalten ist. Daher reicht es nicht aus, dass ein an sich privilegierungsfremdes Vorhaben dem privilegierten Vorhaben nützlich bzw. förderlich ist. Andererseits kann nicht verlangt werden, dass das Vorhaben für den Betrieb unentbehrlich ist. Die bloße Förderlichkeit und die Unentbehrlichkeit bilden somit den äußeren Rahmen für die Beurteilung des Merkmals „dient“. Innerhalb dieses Rahmens muss darauf abgestellt werden, ob ein vernünftiger Landwirt – auch gerade unter Berücksichtigung des Gebots größtmöglicher Schonung des Außenbereichs⁴⁶⁴ – das Vorhaben mit etwa gleichem Verwendungszweck und mit etwa gleicher Gestaltung und Ausstattung für einen entsprechenden Betrieb errichten würde, wobei hinzukommen muss, dass das Vorhaben durch diese Zuordnung zu dem konkreten Betrieb auch äußerlich erkennbar geprägt wird. Um noch als landwirtschaftlich zugeordneter Teil eines landwirtschaftlichen Betriebs aufgefasst zu werden, muss daher eine Gaststätte von den Ergebnissen der eigenen Bodenertragsnutzung geprägt sein. Diese Anforderung ist gegeben, solange der Absatz der selbsterzeugten Produkte im Vordergrund des betrieblichen Geschehens steht. Bedeutsam für die Zu- und Unterordnung können die Zahl der Sitzplätze der Schank- und Speisewirtschaft und die Umsatzanteile sein. Der uneingeschränkte Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft übersteigt demnach regelmäßig das Maß dessen, was als „bodenrechtliche Nebensache“ an der Privilegierung eines landwirtschaftlichen Betriebs teilhaben könnte. Dagegen könnte eine Schank- und Speisewirtschaft einem landwirtschaftlichen Betrieb zu- und untergeordnet sein, wenn lediglich selbsterzeugte Produkte, also Speisen, deren Bestandteile im landwirtschaftlichen Betrieb produziert werden, zum Verzehr angeboten werden. Vorliegend lassen zwar die Zahl der Sitzplätze der Straußwirtschaft und das Verhältnis der Einnahmen (60-80% aus der Landwirtschaft; 20-40% aus der Straußwirtschaft) die Annahme eines untergeordneten Betriebs zu. B müsste aber die Ausgabe von Speisen auf die mit der Bodenertragsnutzung erzeugten Güter pflanzlicher und tierischer Art beschränken. Nur dann wäre davon auszugehen, dass die beantragte Gaststätte dem landwirtschaftlichen Betrieb lediglich unter- bzw. zugeordnet wäre und dem landwirtschaftlichen Betrieb des B „dienen“ würde.

Der geplanten Gaststätte dürften aber auch keine öffentlichen Belange entgegenstehen. Als öffentlicher Belang kommen die Belange des Landschaftsschutzes in Betracht (§ 35 III S. 1 Nr. 5 BauGB). Hier kann gut vertreten werden, dass eine Gaststätte mit 100 Sitzplätzen und ganzjährigen Öffnungszeiten zum einen wegen der Vorbildwirkung die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten lassen, und zum anderen die Zulassung einer ganzjährig geöffneten Gaststätte in dieser Größenordnung die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigen und daher das Orts- und Landschaftsbild verunstalten würde.⁴⁶⁵ Diese Annahme ist aber nicht zwingend. Denn bei den privilegierten

⁴⁶³ Vgl. MBO: § 72; BaWü: § 58 LBO; Bay: Art. 68 LBO; Berl: § 71 LBO; Brand: § 72 LBO; Brem: § 72 LBO; Hamb: § 72 LBO; Hess: § 74 LBO; MeckVor: § 72 LBO; Nds: § 70 LBO; NRW: § 74 LBO; RhIPfl: § 70 LBO; Saar: § 73 LBO; Sachs: § 72 LBO; SachsAnh: § 71 LBO; SchlHolst: § 73 LBO; Thür: § 71 LBO.

⁴⁶⁴ Siehe dazu nur BVerfG NVwZ 2019, 243, 244.

⁴⁶⁵ So das VG Karlsruhe NVwZ 2000, 592, 593.

Vorhaben ist bei der Gewichtung der privaten und öffentlichen Belange immer zu berücksichtigen, dass diese Vorhaben ja gerade im Außenbereich angesiedelt werden sollen. Je nachdem, welcher Auffassung man folgt, ist die Klage des B unbegründet oder begründet.

Anmerkung: Im Originalfall hatte der Kläger hilfsweise den Antrag gestellt, eine Nutzungsänderung der landwirtschaftlichen Straußwirtschaft in eine (nicht auf den Ausschank von selbsterzeugtem Wein oder Apfelwein beschränkte) Gaststätte mit 80 Sitzplätzen und einer Öffnungszeit von 120 Tagen im Jahr zu genehmigen. Dieses Vorhaben hatte das VG Karlsruhe für zulässig erachtet.

- 246 Dem landwirtschaftlichen Betrieb können auch ein **Wohngebäude**, ein **Wirtschaftsgebäude** und sogar ein zusätzliches, „echtes“ **Altenteilhaus** des „Altbauern“ dienen, wenn das Objekt angesichts der individuellen Betriebsweise dem Betrieb tatsächlich, insbesondere äußerlich, zugeordnet und durch diese Widmung auch gekennzeichnet ist. Auch muss die landwirtschaftlich genutzte Fläche im Verhältnis zu dem für das Vorhaben benötigten Grund und Boden weiterhin eindeutig den Schwerpunkt bilden, ansonsten fehlt es an der dienenden Funktion des Gebäudes.⁴⁶⁶ Daher ist ein Umbau bzw. Neubau nicht gem. § 35 I Nr. 1 BauGB privilegiert zulässig, wenn der landwirtschaftliche Betrieb bereits vor Jahren aufgegeben wurde und das geplante Vorhaben nur zum Wohnen dienen soll.⁴⁶⁷ Einem privilegierten landwirtschaftlichen Vorhaben nach § 35 I Nr. 1 BauGB dienende Funktion haben indes **kleinere Windkraftanlagen**, wenn sie – überwiegend – auf die Eigenversorgung des Landwirts mit Strom abzielen.⁴⁶⁸ Auch kann sich eine Zulässigkeit der Wohnnutzung aus § 35 IV BauGB ergeben, etwa wenn es um den Erhalt erhaltenswerter Bausubstanz geht (vgl. dazu Rn 270 ff.).

b.) „Erwünschte“ Außenbereichsvorhaben

- 247 § 35 I Nr. 4 BauGB weicht von den übrigen Privilegierungstatbeständen systematisch ab, indem er das privilegierte Vorhaben nicht benennt, sondern eine vage Zuordnung zum Außenbereich vornimmt. Danach sind solche Vorhaben prinzipiell dem Außenbereich zugeordnet und privilegiert zulässig, die

- wegen ihrer besonderen Anforderungen an die Umgebung,
- wegen ihrer nachteiligen Wirkung auf die Umgebung
- oder wegen ihrer besonderen Zweckbestimmung

nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen. Mit dieser Gesetzesformulierung wird klar, dass es sich bei § 35 I Nr. 4 BauGB um einen **Auffangtatbestand** handelt, der alle Vorhaben betrifft, die aus städtebaulichen Gründen wegen ihrer spezifischen Beziehung zur Umgebung nicht sinnvoll innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (§ 34 BauGB) oder innerhalb eines qualifizierten Bebauungsplans (§ 30 I BauGB) bzw. vorhabenbezogenen Bebauungsplans (§ 30 II BauGB) errichtet werden können und daher in den Außenbereich verwiesen werden sollen⁴⁶⁹, ohne dabei jedoch unter einen der Tatbestände außerhalb des § 35 I Nr. 4 BauGB subsumiert

⁴⁶⁶ Ein „Altenteilhaus“ wird oftmals neben dem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb errichtet, um dem „Altbauern“ als Wohnung zu dienen, nachdem er den Betrieb auf die Kinder übertragen hat und diese den Hof fortführen. Gelegentlich wird dieser Privilegierungstatbestand aber missbraucht, indem die Zweckbestimmung nur vorgetäuscht wird, um die gewünschte Baugenehmigung eines an sich unzulässigen Vorhabens zu erhalten, in Wahrheit aber eine Veräußerungsabsicht verfolgt wird. Hier kann die freie Veräußerlichkeit bspw. durch eine Baulast ausgeschlossen werden (vgl. dazu BVerwG DÖV 1981, 184).

⁴⁶⁷ VGH München NVwZ 2007, 1450 f.

⁴⁶⁸ *Erbguth/Wagner*, BauR, § 8 Rn 66.

⁴⁶⁹ Vgl. BVerwGE 96, 95, 103 f.; BVerwG NVwZ 2019, 243, 244; VGH München 15.5.2017 – 15 ZB 16.1673.

werden zu können. Letztlich geht es darum, dass solche Vorhaben nach § 35 I Nr. 4 BauGB privilegiert zulässig sein sollen, die nicht auch im Innenbereich ausgeführt werden können.⁴⁷⁰ Das heißt aber auch: Könnte das Vorhaben auch im Innenbereich ausgeführt werden, greift der Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB nicht. Das BVerwG führt dazu aus: „Es kommt somit darauf an, ob das Vorhaben in der Gemeinde, in der es errichtet werden soll, in einem Gebiet nach § 30 oder § 34 BauGB oder ggf. im Fall der Aufstellung eines hierfür in Betracht kommenden Bebauungsplans nach § 33 BauGB zugelassen werden könnte. Insofern steht § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB unter dem Vorbehalt der bauplanungsrechtlichen Absicherung von Vorhaben durch Bebauungspläne oder durch § 34 BauGB.“⁴⁷¹ Ein Vorhaben kann dem bereits beschriebenen Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs zudem nur dann genügen, wenn der Auffangtatbestand **eng ausgelegt** wird.⁴⁷² Unter Wahrung dieser Überlegungen kommen als zulässige Vorhaben in Betracht:

Beispiele: Aussichtstürme, Freilichttheater, Hundeausbildungsplätze, stark emittierende bzw. gefährliche Anlagen (etwa Flugplätze⁴⁷³, Massentierhaltungen wie etwa Schweinezuchtanlagen⁴⁷⁴ oder Geflügelmastanlagen⁴⁷⁵, Steinbrüche, Schießanlagen, Sprengstofflager) oder Anlagen, die einer besonderen Zweckbestimmung unterliegen wie etwa Jagd- oder Fischereihütten und Schutzhütten für Wanderer, aber auch Skihütten, können aufgrund ihrer spezifischen Beziehung zur Umwelt bzw. ihrer Zweckbestimmung sinnvollerweise nur im Außenbereich errichtet werden. Eine Zulassung gem. § 35 I Nr. 4 BauGB ist somit (nach entsprechender Prüfung) möglich.

Gegenbeispiel: Hingegen steht für das BVerwG offenbar ohne jeden Zweifel fest, dass sog. **Factory-Outlet-Center** (FOC), die ggf. mit **Multimediakomplexen** und/oder **Erlebniseinrichtungen** kombiniert werden sollen, im Rahmen des § 35 I BauGB **unzulässig** sind. Denn es erwähnt noch nicht einmal die Möglichkeit, dass derartige Vorhaben dem Tatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB unterfallen könnten, sondern prüft die Zulässigkeit sogleich am Maßstab des § 35 II BauGB⁴⁷⁶ (dazu sogleich bei Rn 266). Ginge man so in der Fallbearbeitung vor, läge ein schwerer methodischer Fehler vor.

Bauliche Anlagen zur **Tierhaltung** sind vom Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB ausgenommen, wenn deren Errichtung, Änderung oder Erweiterung einer Pflicht zur Durchführung einer standortbezogenen oder allgemeinen Vorprüfung oder einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG unterliegt, wobei bei kumulierenden Vorhaben für die Annahme eines engen Zusammenhangs diejenigen Tierhaltungsanlagen zu berücksichtigen sind, die auf demselben Betriebs- oder Baugelände liegen und mit gemeinsamen betrieblichen oder baulichen Einrichtungen verbunden sind (§ 35 I Nr. 4 Halbs. 2 BauGB). Freilich können Tierhaltungsanlagen dann immer noch dem Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 1 BauGB unterfallen, wobei UVPG-pflichtige Anlagen dort aber erst recht ausgenommen sein dürften. Auch kommen die Errichtung und der Betrieb im Innenbereich in Betracht, wenn die Planungsbehörde dies vorsieht.

247a

Beispiel⁴⁷⁷: K ist Landwirt mit einer Hofstelle im Außenbereich der Gemeinde G, auf der er Schweine hält. Er beantragt die Genehmigung für den Neubau eines Sauenstalles, den Anbau eines Ferkelaufzuchtstalles, den Neubau eines Güllehochbehälters und

⁴⁷⁰ BVerwG NVwZ 2019, 243, 244.

⁴⁷¹ BVerwG NVwZ 2019, 243, 244.

⁴⁷² Vgl. BVerwGE 68, 311, 315; VGH München NVwZ 2013, 311 f.; *Muckel*, JA 2013, 479; *Muckel/Ogorek*, BauR, § 7 Rn 159; *Brohm*, BauR, § 21 Rn 7; *Erbguth/Wagner*, BauplanungsR, Rn 415.

⁴⁷³ Vgl. dazu BVerwG NVwZ 2005, 328 ff. sowie Rn 266a und b.

⁴⁷⁴ Siehe den Fall BVerwG NVwZ 2019, 243.

⁴⁷⁵ Vgl. aber die Ausführungen zu § 35 I Nr. 4 Halbs. 1 a.E. BauGB („soll“) sogleich bei Rn 248.

⁴⁷⁶ BVerwGE 117, 25, 29 ff.

⁴⁷⁷ Nach BVerwG NVwZ 2019, 243.

die Aufstellung eines Futtersilos nebst Nutzungsänderung sowie den Anbau eines Heizungs- und eines Futtermittelagerraums. Der Betrieb soll durch das Vorhaben um 193 Sauen- und 1.000 Ferkelplätze aufgestockt werden. Künftig sollen 456 nicht tragende Sauen, 2 Eber, 94 Sauen mit Ferkeln und 2.440 Aufzuchtferkel gehalten werden.

Die zuständige Genehmigungsbehörde lehnt den Antrag u.a. unter Verweis auf den „Kriterienkatalog“ der G zur Steuerung der Ansiedlung gewerblicher Tierhaltungsanlagen im Gemeindegebiet ab. Darin sind bestimmte Voraussetzungen niedergelegt, die Erweiterungsflächen für Tierhaltungsanlagen erfüllen müssen, wie etwa bestimmte Mindestabstände zu schutzwürdigen Nutzungen. Werden an G Wünsche zur Neuerrichtung oder Änderung einer Tierhaltungsanlage herangetragen, die dem Kriterienkatalog entsprechen, stellt sie für das Baugrundstück einen (Angebots-)Bebauungsplan auf, in dem Art (Sondergebiet gewerbliche Tierhaltung) und Maß der baulichen Nutzung, Baufenster, Emissionskontingente und teilweise auch Straßenverkehrsflächen festgesetzt sind. Gleichzeitig ändert sie punktuell den Flächennutzungsplan. In den Begründungen der Pläne wird die Erwartung geäußert, damit der Zulassung gewerblicher Tierhaltungsanlagen auf unbeplanten Außenbereichsflächen den Boden entzogen zu haben. Eine Gesamtabwägung geeigneter und ungeeigneter Standorte im Gemeindegebiet enthalten die Planbegründungen nicht; allerdings wird der Kriterienkatalog dargestellt.

Nach Auffassung der Genehmigungsbehörde scheidet eine Privilegierung als gewerbliche Tierhaltung nach § 35 I Nr. 4 BauGB aus, da G in rechtmäßiger Weise von ihrem Planungsrecht Gebrauch gemacht und so festgelegt habe, dass Vorhaben der gewerblichen Tierhaltung nach § 35 I Nr. 4 BauGB gerade nicht im Außenbereich, sondern nur in für sie festgesetzten Sondergebieten ausgeführt werden sollten. Außerhalb der festgesetzten Sondergebiete seien derartige Vorhaben also nicht mehr zulässig.

Lösungsgesichtspunkte: Die baurechtliche Zulässigkeit des Vorhabens könnte sich zunächst nach § 35 I Nr. 1 BauGB richten. Danach ist ein Vorhaben zulässig, wenn es einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt. Notwendig ist aber (mit Ausnahme der Imkerei und der Binnenfischerei) eine unmittelbare Bodenertragsnutzung in dem Sinne, dass der Boden zum Zwecke der Nutzung eines Ertrags planmäßig und eigenverantwortlich bewirtschaftet wird.⁴⁷⁸ Dazu muss der Betreiber der Anlage aber über langfristig gesicherte Flächen verfügen, auf denen er das Futter für seinen Tierbestand zum überwiegenden Teil selbst produzieren kann.⁴⁷⁹ Daran fehlt es insbesondere bei Betrieben zur Massentierhaltung von Hühnern oder Schweinen, weil es bei derartigen Anlagen schon mangels Vorhandenseins bewirtschaftbarer Flächen an der überwiegend selbsterzeugten Futtergrundlage fehlt. Auch vorliegend dürfte K nicht der Nachweis gelingen, dass es die genannte große Zahl an Schweinen auf überwiegend selbsterzeugter Futtergrundlage versorgen können.

Zu prüfen ist daher, ob die beantragte Tierhaltungsanlage nach § 35 I Nr. 4 BauGB privilegiert ist. Nach dieser Vorschrift sind solche Vorhaben privilegiert zulässig, die wegen ihrer besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen ihrer nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen ihrer besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen. Das betrifft Vorhaben, die aus städtebaulichen Gründen wegen ihrer spezifischen Beziehung zur Umgebung nicht sinnvoll innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (§ 34 BauGB) oder innerhalb eines qualifizierten Bebauungsplans (§ 30 I BauGB) bzw. vorhabenbezogenen Bebauungsplans (§ 30 II BauGB) errichtet werden können und daher in den Außenbereich verwiesen werden sollen. Bei dem von K beabsichtigten Vorhaben könnte es sich in der Tat um ein solches handeln. Denn es sollen rund 2.500 Schweine gehalten, ein Güllehochbehälter und ein Futtersilo errichtet werden.

⁴⁷⁸ BVerwG NVwZ 1986, 201, 202; vgl. auch *Stollmann*, JuS 2003, 855, 856; *Dolde/Menke*, NJW 1999, 2150, 2155.

⁴⁷⁹ BVerwG NVwZ 2019, 243.

Bauliche Anlagen zur gewerblichen Massentierhaltung (Intensivtierhaltung) sind nicht bereits deshalb vom Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB ausgenommen, weil sie mittlerweile in hoher Zahl vorhanden sind.⁴⁸⁰

Bauliche Anlagen zur Tierhaltung sind jedoch vom Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB ausgenommen, wenn deren Errichtung, Änderung oder Erweiterung einer Pflicht zur Durchführung einer standortbezogenen oder allgemeinen Vorprüfung oder einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG unterliegt, wobei bei kumulierenden Vorhaben für die Annahme eines engen Zusammenhangs diejenigen Tierhaltungsanlagen zu berücksichtigen sind, die auf demselben Betriebs- oder Baugelände liegen und mit gemeinsamen betrieblichen oder baulichen Einrichtungen verbunden sind (§ 35 I Nr. 4 Halbs. 2 BauGB). K beantragt die Errichtung und den Betrieb einer Anlage zur Intensivhaltung oder -aufzucht von 550 Sauen einschließlich dazugehöriger Ferkel sowie 2.440 Aufzuchtferkel. Nach Anlage 1 zum UVPG ist das Vorhaben des K UVP-pflichtig, wenn es von einer Nummer erfasst ist, bei der das Vorhaben in der linken Spalte mit einem „X“ versehen ist. Die Errichtung und der Betrieb einer Anlage zur Intensivhaltung oder -aufzucht von Sauen einschließlich dazugehöriger Ferkel sind in Nr. 7.8 geregelt. Hinsichtlich der Sauen bleibt das Vorhaben des K unterhalb der Schwelle der Nr. 7.8.3, da dort von 560 Plätzen und nicht von Tieren die Rede ist. Die getrennte Intensivaufzucht von Ferkeln ist in Nr. 7.9 geregelt. Auch hier erreicht die von K geplante Anlage nicht die Mindestzahl von 4.500 (Nr. 7.9.3). Das Vorhaben des K ist daher nicht UVP-pflichtig; die Zulässigkeit nach § 35 I Nr. 4 Halbs. 1 BauGB ist daher nicht nach § 35 I Nr. 4 Halbs. 2 BauGB ausgeschlossen.

Das BVerwG macht jedoch deutlich: Könnte das Vorhaben auch im Innenbereich ausgeführt werden, greift der Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB nicht.⁴⁸¹ Es komme somit darauf an, ob das Vorhaben in der Gemeinde, in der es errichtet werden soll, in einem Gebiet nach § 30 oder § 34 BauGB oder ggf. im Fall der Aufstellung eines hierfür in Betracht kommenden Bebauungsplans nach § 33 BauGB zugelassen werden könnte.⁴⁸² Das sei vorliegend möglicherweise der Fall. G habe in rechtmäßiger Weise von ihrem Planungsrecht Gebrauch gemacht und festgelegt, dass Vorhaben der gewerblichen Tierhaltung nach § 35 I Nr. 4 BauGB gerade nicht im Außenbereich, sondern nur in für sie festgesetzten Sondergebieten im Innenbereich ausgeführt werden sollen. Das OVG habe daher zu prüfen, ob die die Sondergebiete für gewerbliche Tierhaltungsanlagen festsetzenden Bebauungspläne der G wirksam, insbesondere städtebaulich erforderlich seien, ob sie objektiv geeignet seien, das Vorhaben des K aufzunehmen, und ob schließlich K in für ihn zumutbarer Weise auf ein entsprechendes Grundstück in diesen Gebieten verwiesen werden könne.

Hinweis: Ob sich bei Intensivtierhaltungsanlagen das Genehmigungsverfahren nach der Genehmigungsnorm der Landesbauordnung oder nach §§ 4 ff. BImSchG richtet, hängt von der immissionsrechtlichen Relevanz ab. Nach § 6 I BImSchG i.V.m. Nr. 7 des Anhangs 1 zur 4. BImSchVO (die über § 4 I S. 3 BImSchG greift) entscheiden die dort genannten Zahlen. K möchte 456 nicht tragende Sauen, 94 Sauen mit Ferkeln und 2.440 Aufzuchtferkel halten. Hinsichtlich der 2.440 Aufzuchtferkel greift Nr. 7.1.9. Da die geplante Anlage des K jedoch nicht die relevante Mindestzahl von 4.500 Ferkeln (siehe Nr. 7.1.9.2) umfassen soll, ist insoweit nicht das Genehmigungsverfahren nach §§ 4 ff. BImSchG einschlägig. Etwas anderes könnte hinsichtlich der insgesamt 550 Sauen gelten. Hier ist Nr. 7.1.8.2 einschlägig, wo aber die Mindestzahl von 560 Sauenplätzen genannt ist. Damit erreicht die von K geplante Anlage nicht die immissionsrechtlich relevante Größe, um das Genehmigungsverfahren nach §§ 4 ff. BImSchG auszulösen. Das Genehmigungsverfahren richtet sich nach der Landesbauordnung, wobei die Baugenehmigungsbehörde selbstverständlich alle öffentlich-rechtlichen Aspekte, die

⁴⁸⁰ Das BVerwG spricht insoweit sogar von möglichen „Massenphänomenen“ – jedenfalls in Teilen des Bundesgebiets (BVerwG NVwZ 2019, 243, 244).

⁴⁸¹ BVerwG NVwZ 2019, 243, 244.

⁴⁸² BVerwG NVwZ 2019, 243, 244.

einer Genehmigung entgegenstehen könnten, und damit auch sämtliche umweltrechtlichen Belange berücksichtigen muss. Dazu zählt die Prüfung der UVP-Pflichtigkeit (s.o.).

Wegen Nichterreichens der immissionsrechtlichen Relevanz war zuständige Genehmigungsbehörde im vorliegenden Fall nicht die Immissionsschutzbehörde, sondern die Baubehörde, die im Genehmigungsverfahren sämtliche öffentlich-rechtlichen und damit auch umweltrechtlichen Aspekte mitprüft.

- 248** Eine weitere wichtige Einschränkung des weiten Tatbestands ist neben der gebotenen engen Auslegung und des weitgehenden Ausschlusses von UVP-pflichtigen Anlagen zur Tierhaltung auch dem Modalverb „**soll**“ (§ 35 I Nr. 4 Halbs. 1 a.E. BauGB) zu entnehmen. Nicht jedes Vorhaben, das sinnvollerweise nur im Außenbereich errichtet und betrieben werden kann, soll auch dort realisiert werden. Anderenfalls würde der bereits beschriebene Schutzzweck (Erhaltung der natürlichen Umgebung) unterlaufen. Mit dem Sollbegriff ist gemeint, dass es auf der Grundlage einer wertenden Betrachtungsweise billigenswert sein muss, das Vorhaben gerade im Außenbereich zu errichten.⁴⁸³ Der Zweck, dem es dient, muss so gewichtig und anerkennenswert sein, dass eine Abweichung vom grundsätzlichen Bauverbot im Außenbereich gerechtfertigt erscheint. Dem Vorhaben muss in jedem Fall ein singulärer Charakter zukommen. Keinesfalls darf der Auffangtatbestand Einfallstor für eine bauliche Entwicklung des Außenbereichs sein. § 35 I Nr. 4 BauGB greift daher nicht, wenn das Vorhaben Bezugswirkung (d.h. „Vorbildfunktion“) für vergleichbare Vorhaben größerer Zahl haben könnte.⁴⁸⁴

Beispiele:

- (1)** So ist etwa ein Landhandel, der Silomais ankauft, verarbeitet und weiterverkauft, nicht darauf angewiesen, im Außenbereich betrieben zu werden, sondern kann – wie zahlreiche andere Gewerbetreibende, die Landwirte beliefern – ebenso gut in geeigneten Gebieten im beplanten oder unbeplanten Innenbereich – etwa in einem faktischen oder durch Bebauungsplan ausgewiesenen Gewerbegebiet – ausgeübt werden.⁴⁸⁵ Daran ändern auch Praktikabilitäts Gesichtspunkte wie etwa das Bestehen einer entsprechenden Infrastruktur sowie das Vorhandensein von Gerätschaften, die für das Vorhaben herangezogen werden können, nichts.⁴⁸⁶ Der Schutzzweck des § 35 I Nr. 4 BauGB orientiert sich nicht an Praktikabilitäts Gesichtspunkten, sondern allein an Bauplanungs- und Umweltschutzaspekten.
- (2)** Auch sollen solche Vorhaben verhindert werden, die unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nur den Zwecken Einzelner unter Ausschluss der Allgemeinheit dienen, wie etwa Wochenendhäuser, Camping- oder Golfplätze. Voraussetzung für solche Vorhaben ist daher grundsätzlich, dass ein Bebauungsplan aufgestellt wird oder derartige Projekte doch zumindest im Flächennutzungsplan vorgesehen sind.⁴⁸⁷
- (3)** Vergleichbares gilt für Betriebe der Intensivtierhaltung (Massentierhaltung), die ohne weiteres dank moderner Filter- und Abschottungsanlagen in Gewerbe- und Industriegebieten angesiedelt werden können.⁴⁸⁸ In diesem Zusammenhang hat Gesetzgeber – infolge der in den letzten Jahren stark zugenommenen Zahl der kommerziellen Tierzuchtbetriebe⁴⁸⁹ – mit Gesetzesänderung v. 11.6.2013⁴⁹⁰ gewerbliche Tierhaltungsanlagen nur noch dann privilegiert, wenn sie keiner Pflicht

⁴⁸³ BVerwG NVwZ 1984, 169, 170.

⁴⁸⁴ VGH München 15.5.2017 – 15 ZB 16.1673 Rn 29; OVG Koblenz NVwZ-RR 2007, 304.

⁴⁸⁵ VGH München 15.5.2017 – 15 ZB 16.1673 Rn 30 mit Verweis auf OVG Hamburg BauR 2009, 620.

⁴⁸⁶ VGH München 15.5.2017 – 15 ZB 16.1673 Rn 30.

⁴⁸⁷ Sie bedürfen dann einer Sondergebietsausweisung nach § 10 BauNVO.

⁴⁸⁸ *Erbguth/Wagner*, BauplanungsR, Rn 415.

⁴⁸⁹ Siehe BT-Drs. 17/11468, S. 11 und 14.

⁴⁹⁰ BGBl I S. 1548.

Treffen im (unbeplanten) Innenbereich Nutzungsarten unterschiedlicher Schutzwürdigkeit zusammen, wie dies bei Wohnbebauung und emissionsträchtiger Landwirtschaft der Fall ist, sind die jeweiligen Nutzungen von vornherein mit besonderen Pflichten zur Rücksichtnahme belastet. Rechtlich macht es dabei keinen Unterschied, ob die Genehmigung für eine herannahende Wohnbebauung oder für einen landwirtschaftlichen Betrieb begehrt wird. Eine Wohnbebauung kann nur genehmigt werden, wenn sie sich in die vorbelastete Eigenart der Umgebung einfügt, weil sie nicht stärkeren Belastungen ausgesetzt wird als die bereits vorhandene Bebauung. So können zur Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze etwa die Vorgaben (d.h. Abstände) des technischen Regelwerks **VDI-Richtlinie** 3894 („Emissionen und Immissionen aus Tierhaltungsanlagen“) herangezogen, wegen der gesteigerten Duldungspflicht derer, die sich in der näheren Umgebung einer Störquelle niederlassen, aber auch erheblich unterschritten werden (zur Rechtsnatur und zum Anwendungsbereich der VDI-Richtlinie vgl. Rn 461/462). Mit Blick auf die Art und das Maß der Vorbelastung und der Abstandsflächen orientiert sich die Rspr. bei einer Gemengelage im Dorfgebiet aus Wohnnutzung und landwirtschaftlicher Nutzung an dem in Blatt 2 der VDI-Richtlinie 3894 dargestellten Abstandsmodell (vgl. dazu Rn 462). Sollte demnach also ein Abstand von 100 m berechnet werden, wäre es für Y zumutbar, bei einem weniger großen Abstand die Emissionen des Schweinemastbetriebs zu dulden. Wenn Y aber (aufgrund genügenden Abstands) eine Duldungspflicht auferlegt wird, besteht für ihn keine Aussicht auf Erfolg, wenn er (später) gegen den Schweinemastbetrieb vorgehen sollte. Dessen Inhaber braucht sich also keine Gedanken zu machen. Eine Anfechtungsklage wäre somit unbegründet. Zu denken wäre dann noch an eine Feststellungsklage mit dem Ziel, gerichtlich feststellen zu lassen, dass Y die entsprechende Duldungspflicht obliegt. Aber auch hier ist das Feststellungsinteresse fraglich, wenn die in der VDI-Richtlinie genannten Emissionen und Abstände eingehalten werden.

(β) Für die Frage nach dem Drittschutz aus **§ 34 II BauGB** ergibt sich aus der Rechtsprechung des BVerwG zum subjektiv-rechtlichen Charakter der Festsetzungen betreffend die Art der baulichen Nutzung, dass **§ 34 II BauGB unmittelbar eine drittschützende Norm ist**.⁸⁵⁷ Denn nach dem Wortlaut des § 34 II BauGB („Entspricht die Eigenart der näheren Umgebung eines Vorhabens im unbeplanten Innenbereich einem der Baugebiete, die in der BauNVO bezeichnet werden, beurteilt sich die Zulässigkeit dieses Vorhabens nach seiner Art der baulichen Nutzung allein danach, ob es nach der BauNVO zulässig wäre“) dient die **BauNVO** in diesem Fall als eine Art Planersatz. Aus der Gleichstellung geplanter und faktischer Baugebiete hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung ergebe sich, dass in diesem Umfang auch ein identischer Nachbarschutz schon vom Gesetzgeber festgelegt worden sei.⁸⁵⁸ Auf das Rücksichtnahmegebot muss daher insoweit nicht zurückgegriffen werden.

460

(5.) § 35 BauGB (Außenbereich)

Der Außenbereich wird in Abgrenzung zu den anderen Planbereichen negativ bestimmt. Er ist der Bereich, der außerhalb des Geltungsbereichs eines qualifizierten (§ 30 I BauGB) oder vorhabenbezogenen (§§ 12, 30 II BauGB) Bebauungsplans und außerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils (nicht beplanter Innenbereich) i.S.d. § 34 BauGB liegt. Somit stellt er kein Baugebiet dar, sondern soll tendenziell von Bebauung freigehalten werden. Daher besteht nach Auffassung des BVerwG auch

461

⁸⁵⁷ BVerwG NVwZ 2000, 552, 553; vgl. auch *Ortloff*, NVwZ 2000, 750, 756; 2002, 416, 421; 2005, 1381, 1386; OVG Münster NWVBl 1999, 426 (Ballfangzaun auf Bolzplatz); VG Arnshausen NWVBl 1999, 233 (Biogasanlage im faktischen Dorfgebiet); VG Weimar ThürVBl 1999, 22 (Mehrzweckgebäude im faktischen Dorfgebiet); VG München NVwZ 1999, 448 (Kindertagesstätte im faktisch reinen Wohngebiet); VG Dresden SächsVBl 1999, 305 (an faktisches Industriegebiet heranrückende Wohnbebauung).

⁸⁵⁸ BVerwGE 94, 151, 153 („Garagenurteil“); *Dolderer*, JuS 2000, 279, 282.

kein genereller Abwehranspruch des Inhabers eines im Außenbereich befindlichen, gem. § 35 I BauGB privilegierten Betriebs gegen im Außenbereich unzulässige Nachbarvorhaben oder, anders formuliert, kein grundsätzlicher Anspruch auf Bewahrung des Außenbereichs zugunsten privilegierter Betriebe. Ein Abwehranspruch bestehe nur insoweit, als er durch das in dem unbestimmten Rechtsbegriff *öffentliche Belange* des § 35 BauGB enthaltene drittschützende **Rücksichtnahmegebot** gewährt werde.⁸⁵⁹ Vorhaben gem. § 35 I BauGB sind demnach zwar privilegiert, zulässig aber nur dann, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Wenn also beispielsweise bereits ein privilegiertes Vorhaben im Außenbereich errichtet worden ist, kann der Eigentümer dieses Objekts sich unter bestimmten Voraussetzungen gegen die Genehmigung eines anderen, im Außenbereich unzulässigen Nachbarvorhabens, bei einer **unzumutbaren** Beeinträchtigung wegen Verletzung des baurechtlichen Gebots der Rücksichtnahme als nicht speziell genannter Belang i.S.v. § 35 III BauGB zur Wehr setzen.⁸⁶⁰ **Unzumutbar** ist die Beeinträchtigung, wenn in einer qualifizierten und zugleich individualisierten Weise auf die schutzwürdigen Interessen keine Rücksicht genommen wurde, wenn also die Genehmigung von anderen Vorhaben mit seiner Privilegierung nicht zu vereinbaren ist. Als Beurteilungsmaßstab zog das BVerwG⁸⁶¹ bislang die Regelung des § 3 BImSchG und der §§ 4 ff. bzw. §§ 22, 23 BImSchG i.V.m. der jeweiligen BImSchVO heran, dürfte nun aber aufgrund der Baurechtsnovellen von 2001 und 2004 auch Belange der **Umweltverträglichkeit** heranziehen. Auch sog. **Technische Regelwerke** (etwa **VDI-Richtlinien** und DIN-Normen) können als Orientierungshilfe bei der Bestimmung der „(Un-)Zumutbarkeit“ dienen:

462 Insbesondere die VDI-Richtlinie 3894 („Emissionen und Immissionen aus Tierhaltungsanlagen“) oder die VDI-Richtlinie 2058 über die Beurteilung von Arbeitslärm in der Nachbarschaft werden zur Beurteilung dessen, was zumutbar ist, herangezogen. Da diese Regelwerke gemäß der allgemeinen Rechtsquellenlehre aber keine Rechtsverbindlichkeit erzeugen können, sondern nur als Orientierungshilfe für die tatrichterliche Einzelfallprüfung dienen („antizipierte Sachverständigengutachten“⁸⁶²), ist der Tatrichter in jedem Einzelfall verpflichtet, eine eigene sorgfältige Zumutbarkeitsprüfung anzustellen. Aus der Praxis seien folgende Anwendungsbeispiele genannt⁸⁶³:

- Bei der **Intensivschweinemasthaltung** (im Flüssigmistverfahren) ist es nachvollziehbar, dass die damit verbundenen Geruchsimmissionen als aufdringlich und belästigend eingeschätzt werden. Bei der Frage, ab welcher Intensität der Belästigung diese Immissionen als unzumutbar i.S.d. § 35 III BauGB gelten und somit zu einem Abwehranspruch führen, steht mit der VDI-Richtlinie 3894 („Emissionen und Immissionen aus Tierhaltungsanlagen“) ein technisches Regelwerk zur Verfügung, das nach den oben genannten Grundsätzen eine Orientierungshilfe für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs *unzumutbar* darstellt. Die Richtlinie soll bei der immissionsschutzrechtlichen Bewertung der Haltung von Nutztieren in Stallungen Anwendung finden. In Blatt 1 der Richtlinie wird zunächst der Stand der Technik bei der Haltung der im Richtlinien-titel aufgeführten Tierarten aufgezeigt. Auch werden die Möglichkeiten beschrieben und bewertet, wie Emissionen aus Tierhaltungsanlagen gemindert werden können. In Blatt 2 wird ein Abstandsmodell dargestellt, mit dem Gerüche auf Basis einer Abstandsregelung beurteilt werden können. Hierzu hat das Kuratorium für Technik und Bauwesen in der Landwirtschaft (KTBL) einen Abstandsrechner entwickelt. Danach kann er-

⁸⁵⁹ BVerwG NVwZ 2000, 552, 553; BVerwG NVwZ-RR 2001, 82; *Diehr/Gebner*, NVwZ 2001, 985 ff.

⁸⁶⁰ BVerwG NVwZ-RR 2001, 82; *Gaentzsch*, NVwZ 2000, 993, 999; *Ortloff*, NVwZ 2005, 1381, 1386.

⁸⁶¹ Seit BVerwGE 55, 122, 126 f.

⁸⁶² Vgl. dazu bereits oben Rn 178 sowie ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 265 ff.

⁸⁶³ Vgl. *Diehr/Gebner*, NVwZ 2001, 985, 988 f.

mittelt werden, mit welcher Einwirkungsdauer auf die Nachbarschaft anhand der Lage der Baulichkeit und der vorhandenen Umwelteinflüsse gerechnet werden muss.⁸⁶⁴

- Im Vergleich zur Schweinemasthaltung stellt die **Rinderhaltung** (zumindest im Festmistverfahren) eine emissionsarme Tierhaltung dar. Gleichwohl gibt die VDI-Richtlinie 3894 dem Tatgericht auch hier wichtige Auslegungs- und Orientierungshilfen, sodass die Rspr. auf der Grundlage dieser Richtlinie (d.h. von deren Blatt 2 i.V.m. mit dem Abstandsrechner des KTBL) Geruchsabstände zu herannahenden Wohngebäuden ermitteln kann.
- Auch im Innenbereich können derartige Regelwerke zur Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen (insbesondere des Begriffs „einfügen“ in § 34 BauGB) herangezogen werden. Vgl. dazu das Beispiel 3 bei Rn 459 (Gemengelage von Wohnhäusern und landwirtschaftlichen Betrieben im Dorfgebiet).

Unklar ist, ob die am 1.8.2014 in Kraft getretene „Länderöffnungsklausel“ des § 249 III BauGB ein subjektives öffentliches Recht verleiht. Gemäß § 249 III S. 1 BauGB können die Länder durch Gesetz die Anwendung des § 35 I Nr. 5 BauGB davon abhängig machen, dass (u.a.) Windkraftanlagen einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten (vgl. dazu bereits Rn 23c/250a). Abstandsbestimmungen verleihen grundsätzlich ein subjektives Recht auf Einhaltung. Werden also die im Landesgesetz festgelegten Mindestabstände unterschritten, hat der betroffene Baunachbar einen Abwehranspruch.

462a

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass den **Privilegierungstatbeständen des § 35 I BauGB** ein **subjektives öffentliches Recht** dahingehend entnommen wird, dass sich der Inhaber gegen Baugenehmigungen wehren kann, die gegen das in § 35 BauGB, speziell in Abs. 3 Nr. 3, enthaltene **Rücksichtnahmegebot** verstoßen.⁸⁶⁵ So kann sich der Drittschutz im Bereich eines **privilegierten Vorhabens** (§ 35 I BauGB) aus denjenigen öffentlichen Belangen ergeben, die dazu führen, dass bei einer Neuzulassung eines Vorhabens die weitere (betriebswirtschaftliche) Ausnutzung der Privilegierung und insbesondere des privilegierten Baubestands in Frage stellen oder gewichtig beeinträchtigen würde. Das betrifft insbesondere die Konfliktkonstellation „**Heranrückende Wohnbebauung**“.⁸⁶⁶

463

Beispiele:

- (1) A begehrt eine Baugenehmigung für ein **Mehrfamilienhaus** im **Außenbereich**. An das Baugrundstück grenzt der **Bauernhof** des B, der dort etwa 300 Rinder auf Fremdfuttermittelbasis züchtet. B hat seine Zustimmung zum Bauantrag des A verweigert, weil er befürchtet, wegen des Baus Schwierigkeiten zu bekommen (insbesondere weil er infolge der Tierzucht als Störer in Anspruch genommen werden könnte). Gleichwohl erteilt die zuständige Baubehörde dem A die beantragte Baugenehmigung. Gegen die Baugenehmigung erhebt B Widerspruch. Gleichzeitig stellt er einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs.⁸⁶⁷ B meint, das Vorhaben des A beeinträchtige das Ortsbild, da sonst nur Einfamilienhäuser vorhanden seien. Außerdem sei ein Wohnhaus im Außenbereich unzulässig. Schließlich müsse er das Recht haben, heranrückende Nachbarn abzu-

464

⁸⁶⁴ Siehe www.ktbl.de/online-anwendungen0

⁸⁶⁵ Zum Schutz privilegierter Vorhaben vgl. neben BVerwG NVwZ 2000, 552 auch BVerwG NVwZ-RR 1999, 429 (landwirtschaftlicher Betrieb gegen Hochspannungsfreileitung); OVG Greifswald NordÖR 1999, 360 (Milchviehanlage gegen heranrückende Wohnbebauung); VG Sigmaringen BWVBl 1999, 396 (Schweinemasthaltung gegen Schweinemasthaltung).

⁸⁶⁶ Vgl. dazu ausführlich *Diehr/Geßner*, NVwZ 2001, 985 ff.

⁸⁶⁷ Vgl. §§ 80 II Nr. 3 VwGO, 212a I BauGB, wonach die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs entfällt. Möchte ein Betroffener den Bau vorläufig stoppen, muss er einen Antrag gem. §§ 80 V S. 1 Var. 1, 80a III S. 2 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung stellen.

wehren, bevor diese ihn später durch Beschwerden über schädigende Geruchsmissionen zur Aufgabe des Betriebs zwingen.

Bei der Frage der **Widerspruchs- bzw. Antragsbefugnis** ist nach der möglichen Verletzung einer drittsschützenden Norm zu suchen. Bevor auf Art. 14 I GG zurückgegriffen werden kann, muss zunächst eine einfachgesetzliche drittsschützende Norm gesucht werden. In Betracht kommt § 35 BauGB. Diese Vorschrift beschreibt den sog. Außenbereich. Das ist der (Plan-)Bereich, der grundsätzlich kein Baugebiet darstellt, sondern der tendenziell von Bebauung freigehalten werden soll.⁸⁶⁸ Das hat zum einen den Hintergrund, dass die Belastung der Gemeinden mit immer neuen Erschließungs- und Infrastrukturmaßnahmen (Strom, Wasser, Abwasser, Straßen- und Verkehrswege etc.) begrenzt werden soll. Zum anderen soll der Außenbereich wegen der besonderen Bedeutung für die naturgegebene Bodennutzung und als Erholungslandschaft für die Allgemeinheit vor Bebauung geschützt werden. § 35 BauGB besteht somit grundsätzlich im allgemeinen Interesse. Dennoch kann er in Ausnahmefällen Drittschutz entfalten. Unterhält der Betroffene ein privilegiertes Objekt nach § 35 I BauGB, kann er sich auf einen bestimmten, seinem Zweck nach auf die ungehinderte Ausnutzung seines privilegierten Objekts gerichteten öffentlichen Belang i.S.d. § 35 III BauGB berufen. Vorliegend kommt es folglich zunächst darauf an, ob das Objekt des B eine Privilegierung i.S.d. § 35 I BauGB darstellt. Eine Privilegierung nach § 35 I Nr. 1 BauGB liegt nicht vor, da B weder unmittelbare Bodennutzung betreibt noch eine Pensionstierhaltung auf eigener Futtergrundlage. Vielmehr arbeitet B auf Fremdfuttergrundlage und betreibt daher kein Objekt nach § 35 I Nr. 1 BauGB. Es handelt sich jedoch um einen Betrieb mit Lärm- und Geruchsmissionen i.S.d. § 35 I Nr. 4 BauGB.

Weiterhin müsste sich B auf einen öffentlichen Belang i.S.d. § 35 III BauGB, der sich auf die ungehinderte Ausnutzung seines privilegierten Objekts richtet, berufen können. Eine Berufung auf eine Beeinträchtigung des Ortsbildes i.S.d. § 35 III S. 1 Nr. 5 BauGB kommt nicht in Betracht, da das Landschafts- und Ortsbild ausschließlich im öffentlichen Interesse steht und nicht der Ausnutzbarkeit eines privilegierten Objekts nach § 35 I BauGB dient. B kann aber geltend machen, dass das Mehrfamilienhaus möglicherweise schädlichen Geruchs- und Lärmmissionen ausgesetzt wäre (§ 35 III S. 1 Nr. 3 Var. 2 BauGB) und dass somit mögliche Beschwerden der neuen Nachbarn ihn in seiner Privilegierung beeinträchtigten. Da die Vorschrift des § 35 III S. 1 Nr. 3 Var. 2 BauGB auf die Nachbarschaft als abgrenzbaren Personenkreis Bezug nimmt, ist der nachbarschützende Charakter des § 35 III S. 1 Nr. 3 BauGB zu bejahen. Da dem B durch die heranrückende Nachbarschaft eine Beeinträchtigung seines Betriebs droht, ist eine Beeinträchtigung seiner Privilegierung nicht auszuschließen. Das subjektive öffentliche Recht, das möglicherweise verletzt ist, ergibt sich somit aus § 35 BauGB.

Zur Begründetheit der Klage: Da auch der Privilegierte zur Rücksicht verpflichtet ist, kann sich der Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs nur gegen solche heranrückende Wohnbebauung wehren, die die weitere Ausnutzung seiner genehmigten Privilegierung unzumutbar beeinträchtigen oder sogar gänzlich in Frage stellen würde. Nicht jede heranrückende Wohnbebauung vermag der Privilegierte daher zu verhindern. Je empfindlicher aber die verwirklichte Nutzung ist, desto mehr an Rücksicht kann der Privilegierte verlangen. Relevant wird dies vor allem in den Fällen, in denen Tierhaltung oder Tieraufzucht betrieben werden. Hier kann unter Berufung auf das gesteigerte seuchenhygienische Risiko unter Umständen sogar die Errichtung eines privilegierten Vorhabens auf dem Nachbargrundstück abgewehrt werden. Das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme kann sogar so weit führen, dass der im Außenbereich ansässige Privilegierte sich nicht nur gegen **heranrückende Wohnbebauung im Außenbereich**, sondern entsprechend

⁸⁶⁸ BVerwG NVwZ 2000, 552, 553.

den rechtlichen Voraussetzungen auch gegen heranrückende Wohnbebauung im **Innenbereich** wehren kann (dazu das nächste Bsp. sowie das Bsp. bei Rn 467). Das Gebot der Rücksichtnahme führt somit insgesamt zu einem **Kompromiss: Auf der einen Seite ist der Privilegierte zur Minderung der Emissionen, auf der anderen Seite sind die Eigentümer der heranrückenden Wohnbebauung zur erhöhten Hinnahme von Immissionen entsprechend der Vorbelastung des Gebiets verpflichtet.**⁸⁶⁹ Als Maßstab der Zumutbarkeit wendet die Rspr. die in der **VDI-Richtlinie** 3894 genannten Abstände an (siehe Rn 462).

Für B bedeutet dies Folgendes: Bedingt die Genehmigung zugunsten des A eine unzumutbare Verschlechterung der Immissionssituation für den landwirtschaftlichen Betrieb, sind das Gebot der Rücksichtnahme verletzt und die Abwehrklage des B begründet. Nach der Rspr. ist die Verschlechterung der Immissionssituation unzumutbar, wenn die in der VDI-Richtlinie 3894 genannten Abstände unterschritten werden.

- (2) C ist Inhaber eines **Gartenbaubetriebs im Außenbereich** der Gemeinde G. Zur energetischen Nutzung von Bioabfällen betreibt er eine sog. **Biogasanlage**. Das ist eine Anlage, die aus Biomasse (Garten-, Gemüseabfälle etc.) Gas erzeugt, das wiederum als Brennstoff für Gasheizungsanlagen dient. Die Vorgaben des § 35 I Nr. 6 BauGB erfüllt C. Sein Betrieb ist daher gem. § 35 I Nr. 2 und 6 BauGB privilegiert. In der Übergangszeit beheizt er seine Gewächshäuser aber auch mit einer Feuerungsanlage, die mit Holz betrieben wird. Da sein Grundstück im Übrigen an den **Innenbereich** von G grenzt, in dem bereits einige Vorhaben zu Wohnzwecken genehmigt worden sind, wendet sich C nunmehr gegen eine dem – von ihm nur durch einen Wirtschaftsweg getrennten – D erteilte Baugenehmigung für ein Einfamilienhaus. Unklar ist, ob sich das Grundstück des D im Innen- oder Außenbereich befindet. C macht geltend, das Grundstück des D sei Emissionen der Feuerungsanlage ausgesetzt. Wenn das Grundstück des D mit einem Wohnhaus bebaut werde, müsse er befürchten, dass ihm das Verbrennen von Holz verboten werde.

465

C ist klagebefugt, wenn er geltend machen kann, durch die dem D erteilte Baugenehmigung in drittschützenden, d.h. nachbarschützenden Normen verletzt zu sein. Wie im vorherigen Beispiel kommt auch hier § 35 I BauGB in Betracht. Nach der Auffassung des BVerwG besteht für den zu entscheidenden Fall kein Bedürfnis für die Klärung der Frage, ob ein im Außenbereich gem. § 35 I BauGB privilegierter Betrieb einen Abwehranspruch gegen im Außenbereich unzulässige Nachbarvorhaben habe, ob er also einen grundsätzlichen Anspruch auf Bewahrung des Außenbereichs für privilegierte Betriebe besitze. Einen derartigen Rechtsanspruch gebe es nach allgemeiner Rechtsauffassung nicht. Ein Abwehranspruch bestehe nur insoweit, als er durch das in § 35 BauGB enthaltene drittschützende Rücksichtnahmegebot in Betracht komme. Fraglich ist, ob vorliegend die herannahende Wohnbebauung durch D das Rücksichtnahmegebot verletzt. Hier gilt im Prinzip dasselbe wie im vorherigen Beispiel (insbesondere der dort aufgestellte Kompromiss): **Auf der einen Seite ist C zur Minderung der Emissionen, auf der anderen Seite D zur erhöhten Hinnahme von Immissionen entsprechend der Vorbelastung des Gebiets verpflichtet.** Das führt vorliegend zu folgendem Ergebnis: Da C durch die heranrückende Nachbarschaft eine Beeinträchtigung seines Betriebs droht, ist eine Beeinträchtigung seiner Privilegierung nicht auszuschließen. Die Klage wird aber unbegründet sein, wenn von den Emissionen keine unzumutbaren Belastungen für die Wohnbebauung ausgehen. Denn dann ist das Gebot der Rücksichtnahme nicht verletzt und D hätte keinen Grund, gegen den Betrieb des C zu klagen. Wenn aber D nicht klagen kann, braucht sich C auch nicht um die heranrückende Wohnbebauung seitens des D zu sorgen.

⁸⁶⁹ Vgl. dazu auch *Diehr/Gebner*, NVwZ 2001, 985, 987.

Aber auch im umgekehrten Fall, also in dem Fall, dass die Emissionen des C eine unzumutbare Belastung für die Wohnbebauung bedeuten würde, wäre die Klage des C unbegründet. Denn dann würde *er* gegen das Gebot der Rücksichtnahme verstoßen und keinen Abwehranspruch haben.

466 Ist aber die weitere betriebswirtschaftliche Nutzung lediglich **vage beabsichtigt** oder sogar **unrealistisch**, besteht auch für privilegierte Vorhaben **kein Abwehranspruch gegen heranrückende Wohnbebauung**. Das gilt auch dann, wenn die Wohnhäuser im Außenbereich errichtet werden sollen.

467 **Beispiel**⁸⁷⁰: A wurde eine Baugenehmigung für ein Wohnhaus im Außenbereich erteilt. Hiergegen klagt B als Inhaber einer landwirtschaftlichen Nebenerwerbsstelle in der Nachbarschaft am Ortsrand, weil er Einschränkungen für seinen landwirtschaftlichen Betrieb, insbesondere für seine betriebliche Erweiterungsmöglichkeit, befürchtet. B macht geltend, er wolle auf seinem an die Hofstelle angrenzenden Grundstück (im Außenbereich) einen Schweinestall für 300 Mastschweine errichten; ein entsprechender Bauantrag sei eingereicht. Hat B einen Abwehranspruch gegen das Bauvorhaben des A?

Wie bereits in den vorherigen Ausführungen und Beispielen verdeutlicht wurde, ergibt sich bei der baurechtlichen Nachbarklage die Beeinträchtigung zumeist daraus, dass die beabsichtigte bauliche Nutzung des Nachbargrundstücks das eigene Grundstück zu beeinflussen droht. Neben dieser „Regelkonstellation“ des defensiven Nachbarschutzes geht es dem Nachbarn gelegentlich aber auch darum, die Bebauung des angrenzenden Grundstücks zu verhindern, um sich selbst – etwa als emissionsträchtiges Industrieunternehmen oder landwirtschaftlicher Betrieb – die Möglichkeit des Aussendens von Lärm- oder Geruchsemissionen (weiterhin) offenzuhalten und damit offensiv einer künftigen Inanspruchnahme als immissionsschutzrechtlicher Störer zuvorzukommen. Vorliegend geht es um einen solchen Fall, mithin um die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang sich ein Landwirt mit der Nachbarklage gegen ein Wohnbauvorhaben im Außenbereich auf sein Interesse, seinen Betrieb zu erweitern, stützen kann. Wie bereits mehrfach ausgeführt, ist allgemein anerkannt, dass sich auf die Unzulässigkeit eines Vorhabens im Außenbereich, das schädlichen Umwelteinwirkungen ausgesetzt ist (§ 35 III Nr. 3 BauGB), unter Berücksichtigung des Rücksichtnahmegebots auch der Landwirt berufen kann, von dessen vorhandenem Betrieb Emissionen ausgehen. Fraglich ist jedoch, ob – wie vorliegend – auch das Erweiterungsinteresse des Landwirts durch das Rücksichtnahmegebot geschützt ist.

Während eine Auffassung annimmt, dass jedes betriebswirtschaftlich sinnvolle und auch sonst realistische Erweiterungsinteresse eines im Außenbereich privilegierten Vorhabens einen Abwehranspruch nach dem Gebot der Rücksichtnahme gegen ein rechtswidriges Wohnbauvorhaben vermittele⁸⁷¹, muss nach der Gegenauffassung eine heranrückende Wohnbebauung auf rein theoretische Entwicklungsmöglichkeiten eines landwirtschaftlichen Betriebs keine Rücksicht nehmen⁸⁷². Wiederum andere meinen sogar, dass sich das aus dem Rücksichtnahmegebot ergebende Abwehrrecht auf die vorhandenen Gebäude und deren ausgeübte Nutzung beschränke; Erweiterungsabsichten würden nicht geschützt.⁸⁷³ Das BVerwG hat bisher lediglich für ein dörflich geprägtes Gebiet im unbepflanzten Innenbereich entschieden, dass künftige Entwicklungen nur insofern berücksichtigt werden könnten, wie sie im vorhandenen baulichen Bestand bereits ihren Niederschlag gefunden hätten. Nur in diesem Fall könne das Abwehrinteresse des Nachbarn zu einem Abwehrrecht erstarken. Ob dies auch für den Außenbereich gilt, ist unklar. Bedenken bestehen insoweit, als gem. § 34 I BauGB im Innenbereich

⁸⁷⁰ Nach BVerwG NVwZ-RR 2001, 82.

⁸⁷¹ So OVG Münster NVwZ 1988, 377.

⁸⁷² So OVG Lüneburg BRS 55 Nr. 82.

⁸⁷³ So *Schmaltz*, in: Schrödter, BauGB (6. Aufl. 1998), § 35 Rn 170.

die Eigenart der näheren Umgebung und damit die tatsächlich vorhandene Bebauung und die tatsächlich ausgeübte Nutzung den Maßstab für die Zulässigkeit neuer Vorhaben bilden. Andererseits kann auch im Außenbereich nicht von den tatsächlichen Verhältnissen abgesehen werden. Nach Auffassung des BVerwG a.a.O. folgt aus dem Umstand, dass nach § 35 I BauGB privilegierte bauliche Nutzungen generell dem Außenbereich zugewiesen sind, nicht, dass ein entsprechender Nutzungswunsch eines Landwirts allein schon die Qualität eines Rechts besitze und deshalb eine mit ihm unvereinbare andere bauliche Nutzung ausschließe. Gegenteilige Schlüsse lasse auch § 5 I S. 2 BauNVO nicht zu, wonach in einem Dorfgebiet auf die Belange landwirtschaftlicher Betriebe einschließlich ihrer Entwicklungsmöglichkeiten vorrangig Rücksicht zu nehmen sei. Andererseits dürfe aber auch nicht verkannt werden, dass die Stellung, die der Normgeber landwirtschaftlichen Betrieben in § 5 I S. 2 BauNVO einräume, dem Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 1 BauGB ähnele. Unter die Privilegierung des § 35 I BauGB falle indes nicht jedes beliebige Erweiterungsinteresse. Einschränkungen ergäben sich vielmehr daraus, dass das Vorhaben den Anforderungen genügen müsse, die sich aus dem Tatbestandsmerkmal des „Dienens“ und aus dem Gebot ergäben, nach Möglichkeit Nutzungskonflikte zu vermeiden. Ein Vergleich mit der Bauleitplanung bestätigte diesen allgemeinen Befund. Bei der Aufstellung eines Bebauungsplans seien nicht nur subjektive Rechte, sondern auch private Interessen zu berücksichtigen. Diese müssten aber ein gewisses Gewicht haben; sie müssten insbesondere objektiv mehr als geringfügig und zudem schutzwürdig sein. Bei der Bauleitplanung abwägungsbeachtlich sei deshalb zwar das Bedürfnis nach einer künftigen Betriebsausweitung im Rahmen einer normalen Betriebsentwicklung, nicht jedoch eine unklare oder unverbindliche Absichtserklärung hinsichtlich der Entwicklung eines landwirtschaftlichen Betriebs. Erst recht brauche bei der Zulassung eines Vorhabens im Außenbereich nicht schon auf vage Erweiterungsinteressen eines Landwirts Rücksicht genommen zu werden.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass Rechte des B durch die Genehmigung des Wohnhauses des A nicht verletzt sind. Selbst wenn auch das Interesse eines Landwirts, seinen Betrieb zu erweitern, grundsätzlich einen Abwehranspruch gegen ein Wohnbauvorhaben im Außenbereich rechtfertigen kann, muss ein solcher vorliegend doch verneint werden, wenn man mit dem BVerwG davon ausgeht, dass das vage und unbestimmte Erweiterungsinteresse des B nicht einmal die Qualität eines abwägungserheblichen privaten Belangs darstellt (a.A. vertretbar).

Zum Problem der **heranrückenden Wohnbebauung** siehe auch „Gebietsübergreifender Nachbarschutz“ bei Rn 472 ff.

468

Den **nicht privilegierten Vorhaben des § 35 II BauGB** gewährt die Rechtsprechung Drittschutz aufgrund des Rücksichtnahmegebots (als unbenannter Belang nach § 35 III BauGB), wenn die Nachbarn nach ihrer „handgreiflichen“ Betroffenheit bzw. der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls⁸⁷⁴ hinreichend abgrenzbar sind.⁸⁷⁵

469

Richtet sich der Eigentümer eines privilegierten Vorhabens gegen die Zulassung eines nicht privilegierten Vorhabens, kann sich der Drittschutz aus einem der in § 35 III BauGB genannten öffentlichen Belange i.V.m. dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme ergeben. Umgekehrt wäre der Drittschutz aus § 35 I Nr. 1-6 BauGB i.V.m. dem gegenseitigen Rücksichtnahmegebot herzuleiten. Für den Drittschutz innerhalb der jeweiligen Absätze gilt Entsprechendes.⁸⁷⁶

⁸⁷⁴ OVG Münster NVwZ 1988, 377, 378.

⁸⁷⁵ BVerwGE 52, 122, 125 f.

⁸⁷⁶ Zum Schutz nicht privilegierter Vorhaben vor nicht privilegierten Vorhaben vgl. VGH München BauR 1999, 617 (Wohnbebauung gegen Kfz-Werkstatt).

470 Klausurrelevant ist auch die Errichtung von **Windenergieanlagen** im Außenbereich (vgl. auch bereits Rn 4, 23c, 266a, 250a, 426a, 426b und 462a).

Beispiel⁸⁷⁷: N ist Eigentümer eines Grundstücks mit einem darauf befindlichen und von ihm bewohnten Haus im Außenbereich. Er wendet sich mit seiner Klage gegen die dem X erteilte Baugenehmigung für eine Windenergieanlage, die mit insgesamt 10 Rotoren ca. 750 Meter in südwestlicher Richtung von seinem Wohnhaus entfernt errichtet werden soll. Die Baugenehmigung bezieht sich auf Einzelanlagen mit einer Nabenhöhe von 65 m, einem Rotordurchmesser von 40 m und einer Nennleistung von 500 KW. Sie wurde dem X mit der Auflage erteilt, die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des UVPG und des Immissionsschutzrechts einzuhalten.

N ist der Meinung, es bestehe eine nahezu überall sichtbare, unerträgliche stetige Bewegung der Rotorblätter, der man sich nicht entziehen könne („visuelle Ausgesetztheit“). Zudem seien ein Schattenwurf im Sommer und ein Wegschleudern von Eisbrocken im Winter zu befürchten. Ist die Klage begründet?

Die Anfechtungsklage des N ist begründet, wenn die dem X erteilte Baugenehmigung rechtswidrig ist und den N in seinen (nachbarschützenden) Rechten verletzt, § 113 I S. 1 VwGO.

Die erteilte Baugenehmigung verstößt nicht gegen Vorschriften des Bauordnungsrechts mit nachbarschützendem Charakter, insbesondere nicht gegen Vorschriften über die einzuhaltenden Abstandsflächen.

Bauplanungsrechtlich richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens des X nach dem Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 5 BauGB, da es außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans und außerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils verwirklicht wurde. Unterstellt, es greift kein Fall des § 249 III BauGB i.V.m. Landesgesetz, gilt für den vorliegenden Fall: Wird das Vorhaben des X danach im Außenbereich verwirklicht, verletzt die angegriffene Baugenehmigung Nachbarrechte des N, wenn sie trotz der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich gegen § 35 III S. 1 Nr. 3 BauGB und das darin enthaltene Rücksichtnahmegebot verstößt. Nach dieser Vorschrift beeinträchtigt ein Vorhaben im Außenbereich öffentliche Belange, wenn das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann oder ihnen ausgesetzt wird. Zu solchen schädlichen Umwelteinwirkungen können insbesondere **Lärmemissionen** gehören, die von einer Windenergieanlage auf benachbarte Wohnhäuser einwirken. Voraussetzung ist aber, dass die Lärmbelastung rücksichtslos und für den Nachbar unzumutbar ist. Die Zumutbarkeit richtet sich nach dem Baugebiet (§§ 30, 34 oder 35 BauGB) und den einschlägigen Regelwerken (UVPG, BImSchG etc.). So können Grundstückseigentümer, die im Außenbereich wohnen, nur einen abgeschwächten Schutz gegen Windenergieanlagen geltend machen. Denn diese sind nicht gebietsfremd, sondern gerade (gem. § 35 I Nr. 5 BauGB) privilegiert, sodass der Nachbar negative Wirkungen grundsätzlich dulden muss. Ein Abwehranspruch besteht nur dort, wo von der Windenergieanlage eine rücksichtslose Belästigung und eine erdrückende Wirkung ausgehen.

Vorliegend ist die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen in der Baugenehmigung festgeschrieben. Die Werte können – das sei unterstellt – von X auch eingehalten werden. Darüber hinaus wird die Lärmbelästigung in einer Entfernung von 750 Meter ohnehin kaum wahrzunehmen sein. Insoweit ist die Klage des N unbegründet.

Die Wohnnutzung des Grundstücks des N könnte aber durch **Lichteffekte** nachteilig betroffen sein, welche die Windkraftanlage verursacht. Steht die Sonne hinter dem Rotor, könnten bewegte **Schatten** über das Grundstück des N laufen. Sie verursachen dort, je nach Umlaufgeschwindigkeit des Rotors, einen verschiedenen schnellen Wechsel von Licht und Schatten. Dadurch können sie das Wohnen erheblich stören. Durch die

⁸⁷⁷ Nach OVG Münster NVwZ 2002, 1131 ff. (Fortführung von OVG Münster NVwZ 1999, 1360 f.). Vgl. auch BVerwG NVwZ 2007, 336; NVwZ 2005, 208, 209 f.; OVG Koblenz NVwZ 2005, 1208 ff.; OVG Lüneburg NVwZ 2005, 233 f.; OVG Münster NVwZ 2002, 1133 ff.; OVG Münster NVwZ-RR 2003, 480; *Ohms*, DVBl 2003, 958.

Fenster eines Wohngebäudes wären diese Lichteffekte auch in allen Wohnräumen wahrnehmbar. Aber auch hier gilt, dass der Schutz eines im Außenbereich wohnenden Grundstückseigentümers gegenüber privilegierten Vorhaben i.S.d. § 35 I BauGB erheblich gemindert ist. Die Schwelle zur Rücksichtslosigkeit liegt deutlich höher als in den anderen Planbereichen. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass bei einer Gesamthöhe der Anlage von 85 Metern (Nabenhöhe 65 Meter, Rotordurchmesser 40 Meter) und einer Entfernung von 750 Metern zum Haus des N ohnehin nur während des Sonnenuntergangs mit Schattenwurf zu rechnen wäre. Daher ist die Wohnnutzung des Grundstücks des N auch durch Lichteffekte nicht unzumutbar betroffen.⁸⁷⁸ Die Klage des N ist auch diesbezüglich unbegründet.

Schließlich könnte die Windkraftanlage des X durch ihre Eigenart **rücksichtslos** auf die Wohnnutzung der nahe gelegenen Grundstücke einwirken. Das Gebot der Rücksichtnahme ist zwar nicht explizit in § 35 III BauGB aufgezählt, jedoch als unbenannter öffentlicher Belang zu verstehen, wenn die Nachbarn nach ihrer „handgreiflichen“ Betroffenheit bzw. der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls⁸⁷⁹ hinreichend abgrenzbar sind⁸⁸⁰. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die drehende Bewegung des Rotors zum **Blickfang** („visuelle Ausgesetztheit“) wird und unerträglich werden kann. Zu beachten ist allerdings, dass Wohnhäuser nicht unterschiedslos geschützt sind. Der Schutz richtet sich auch diesbezüglich nach der bauplanungsrechtlichen Lage des Wohnhauses. Liegt das Wohngrundstück in einem Wohngebiet, das durch Bebauungsplan festgesetzt ist, genießt es einen erhöhten Schutz gegen gebietsfremde Anlagen, die durch ihre Eigenart als solche den Wohnfrieden stören. Anders verhält es sich hingegen bei einem Wohnhaus im Außenbereich. Im Außenbereich sind Windenergieanlagen gem. § 35 I Nr. 5 BauGB privilegiert zulässig (s.o.). Sie sind nicht gebietsfremd. Wer im Außenbereich wohnt, muss mit den auch optisch bedrängenden Wirkungen einer solchen Anlage rechnen. Erst bei Überschreiten der Zumutbarkeitsschwelle ergibt sich ein Abwehranspruch. Vorliegend sind eine nahezu überall sichtbare stete Bewegung der Rotorblätter und optisch bedrängende Wirkung, der man sich nicht entziehen könnte, nicht festzustellen. Daher ist die Klage des N auch diesbezüglich unbegründet.

Schließlich ist kaum anzunehmen, dass **Eisbrocken**, die sich während des Winters vom Rotor lösen könnten, bis auf das Grundstück des N geschleudert würden. Zudem ist davon auszugehen, dass die Rotorblätter mit einer Vereisungsschutzanlage ausgestattet sind, dessen Aufgabe es ist, ähnlich wie bei Propellerflugzeugen, Eisbildung auf den Rotorblättern zu verhindern.

Die Klage des N ist daher insgesamt unbegründet.

(6.) Gebietserhaltungsanspruch (Gebietsgewährleistungsanspruch)

Benachbarte Grundstückseigentümer in demselben Baugebiet können sich auf den sog. Gebietserhaltungsanspruch berufen. Danach kann jeder Planbetroffene das Eindringen einer gebietsfremden Nutzung bzw. sich gegen die Genehmigung eines Bauvorhabens in diesem Baugebiet zur Wehr zu setzen und damit eine schleichende Umwandlung des Baugebiets verhindern, ohne dass es auf eine konkrete, tatsächlich spürbare oder nachweisbare Beeinträchtigung des Nachbarn durch das baugebietswidrige Vorhaben ankommt.⁸⁸¹ Die Festsetzung von Baugebieten mit bestimmtem Gebietscharakter durch einen Bebauungsplan kann demnach nachbarschützende Wirkung zugunsten aller Grundstückseigentümer im jeweiligen Baugebiet auslösen.

471

⁸⁷⁸ Etwas anderes hätte möglicherweise dann gegolten, wenn das Wohngebäude mehr als 30 Stunden im Jahr und mehr als 30 Minuten am Tag beeinträchtigt worden wäre (zu dieser Faustformel vgl. OVG Lüneburg NVwZ 2005, 233f.).

⁸⁷⁹ OVG Münster NVwZ 1988, 377, 378.

⁸⁸⁰ BVerwGE 52, 122, 125 f.

⁸⁸¹ St. Rspr., vgl. nur BVerwGE 94, 151 ff.; 101, 364 ff.; BVerwG NVwZ 2008, 427 f.; OVG Koblenz DVBl 2011, 1107 f.; OVG Koblenz NVwZ 2013, 1627 ff.

Beispiel⁸⁸²: Unterstellt, bei einer Diskothek oder einer diskothekenähnlichen Gaststätte handelt es sich um eine Vergnügungsstätte i.S.d. § 8 III Nr. 3 BauNVO, kann diese in einem Gewerbegebiet ausnahmsweise zugelassen werden (§ 8 III Nr. 3 BauNVO). Wenn aber in dem betreffenden Bebauungsplan derartige Ausnahmen ausgeschlossen wurden (§ 1 VI Nr. 1 BauNVO), ist eine Zulässigkeit zu verneinen. Eine gleichwohl erteilte Baugenehmigung ist rechtswidrig.

Bezüglich des Aufhebungsanspruchs eines Dritten (hier: eines Nachbarn) muss hinzu kommen, dass die angefochtene Verwaltungsentscheidung eine drittschützende (hier: nachbarschützende) Norm verletzt (s.o.). Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans gem. § 30 I BauGB sind die typisierenden Festsetzungen des Plans städtebaulich die alleinige Grundlage für die Baugenehmigung. Daher können sie Nachbarschutz entfalten. Bei der Bestimmung des Bebauungsplans, dass Ausnahmen von den Festsetzungen nicht möglich seien, handelt es sich aber nicht um eine Festsetzung. Daher kann sie auch keinen Drittschutz entfalten. Allerdings ist der materiell-rechtliche Aufhebungsanspruch letztlich mit dem **Gebietserhaltungsanspruch** begründet, wonach jeder Planbetroffene das Eindringen einer gebietsfremden Nutzung bzw. sich gegen die Genehmigung eines Bauvorhabens in diesem Baugebiet zur Wehr zu setzen und damit eine schleichende Umwandlung des Baugebiets verhindern kann, ohne dass es auf eine konkrete, tatsächlich spürbare oder nachweisbare Beeinträchtigung des Nachbarn durch das baugebietswidrige Vorhaben ankommt. Schließt ein Bebauungsplan etwa die Zulassung von Ausnahmen nach § 8 III Nr. 3 BauNVO, namentlich von Vergnügungsstätten, im Plangebiet aus, um dem besonderen Schutzbedürfnis von Betriebswohnungen i.S.v. § 8 III Nr. 1 BauNVO, die nach der Textfestsetzung des Bebauungsplans ausnahmsweise zugelassen werden können, Rechnung zu tragen, ist dies nicht zu beanstanden. Solche betriebsakzessorischen Wohnnutzungen sollen vor Immissionen und sonstigen Störungen, wie sie in klassischen Gewerbegebieten nicht zu erwarten, aber z.B. für Vergnügungsstätten typisch sind, bewahrt werden. Hierzu zählen namentlich Geräuschimmissionen, wie sie vom Betrieb einer Vergnügungsstätte und von deren Besuchern beim Zu- und Abgang in den Nachtstunden und damit zu einer Zeit verursacht werden, in der in einem klassischen Gewerbegebiet an sich nicht mit regelmäßigen Störungen der Nachtruhe gerechnet werden muss.

- 471a** Ein Gebietserhaltungsanspruch besteht aber nicht, wenn der Plangeber die Nutzungsmöglichkeiten des Planungsgebiets ändert bzw. ausweitet. Sieht bspw. ein neuer Bebauungsplan eine weitere Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben im Warenssegment des überwiegend kurzfristigen Bedarfs vor, mag es zwar zutreffen, dass dies negative Auswirkungen auf bestehende Betriebe hat. Jedoch zieht dies keine abwehrfähige Rechtsposition nach sich. Zwar kann jeder Planbetroffene das Eindringen einer gebietsfremden Nutzung abwehren (ggf. durch Normenkontrollverfahren, das auf die Nichtigkeitserklärung des Bebauungsplans gerichtet ist), das Interesse eines Handeltreibenden, von Festsetzungen (im neuen Bebauungsplan) verschont zu bleiben, welche die Ansiedlung von Konkurrenten gestatten, ist im Regelfall aber nicht geschützt. Denn das Städtebaurecht dient nicht dem Wettbewerbsinteresse⁸⁸³; es begründet daher grds. keinen Schutz vor Konkurrenz. Etwas anderes ergibt sich nach Auffassung des OVG Bremen auch nicht dadurch, dass das Baugebiet einen zentralen Versorgungsbereich betrifft, d.h. der Versorgung der örtlichen Bevölkerung dient. Das Ziel der Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche sowie einer ausgeglichenen Versorgungsstruktur sei zwar ein anerkanntes städtebauliches Ziel (vgl. §§ 1 VI Nr. 4, 2 II S. 2, 9 IIa, 34 III, 34 IIIa S. 2 BauGB). Bei diesem Ziel handle es sich aber ausschließlich um einen öffentlichen Belang. Die in einem zentralen

⁸⁸² Nach OVG Koblenz DVBl 2011, 1107 f.

⁸⁸³ OVG Bremen BauR 2016, 2072 f. (mit Verweis auf BVerwG NVwZ 1997, 683; BVerwG NVwZ 1990, 555).

d. Ordnungsverfügung, Rechtsschutz des Bauherrn

aa. Arten von Ordnungsverfügungen

Die bauordnungsrechtlichen Ordnungsverfügungen wurden bereits bei Rn 393 ff. erläutert. Diese sind (neben dem Betretungsrecht) **Baueinstellungsverfügung**, **Baubeseitigungsverfügung** und **Nutzungsuntersagung**. 501

- Die Baugenehmigungsbehörde verfügt die **Einstellung von Bauarbeiten**, soweit diese trotz Genehmigungserfordernisses nicht genehmigt sind (formelle Illegalität, sog. Schwarzbau) oder wenn es sich um ein genehmigungsfreies Bauvorhaben handelt, das den materiellen Vorschriften zuwiderläuft. 502
- Eine **Baubeseitigungsverfügung** ergeht, wenn ein Vorhaben ohne erforderliche Baugenehmigung unter Verstoß gegen materielles Baurecht (d.h. formell und materiell illegal) errichtet worden ist. Gleiches gilt, wenn es sich um ein genehmigungsfreies Bauvorhaben handelt, das mit materiellen Rechtsvorschriften unvereinbar ist. Schließlich sehen einige Landesbauordnungen vor, dass der Abriss von baulichen Anlagen, die nicht mehr genutzt werden und im Verfall begriffen sind, angeordnet werden kann.⁹⁵⁸ 503
- Die **Nutzungsuntersagung** kommt in Betracht, wenn der Bau zwar an sich mit dem Baurecht vereinbar ist, dessen Nutzung aber gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. 504

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die genannten Maßnahmen kommen nicht nur bei formeller und/oder materieller Rechtswidrigkeit des genehmigten oder nicht genehmigten, aber genehmigungspflichtigen Baus in Betracht, sondern auch dann, wenn das Vorhaben **genehmigungsfrei** ist.⁹⁵⁹ Denn durch den insbesondere bei kleineren Bauten zu beobachtenden Wegfall der präventiven Kontrolle in Form der Baugenehmigung ist es möglich, dass verstärkt rechtswidrige Bauten entstehen, weil die Genehmigungsfreistellung nicht bedeutet, dass das Bauvorhaben ohne Beachtung der materiellen Bauvorschriften errichtet werden darf. Dadurch kommen den bauordnungsrechtlichen Eingriffsbefugnissen *Nutzungsuntersagung*, *Baueinstellungsverfügung*, *Baubeseitigungsanordnung* und eine bisher ungeahnte Bedeutung zu – auch für das juristische Studium. 505

bb. Rechtsschutz des Bauherrn

Gegen die o.g. Ordnungsverfügungen stehen dem Bauherrn **Widerspruch** und **Anfechtungsklage** zur Verfügung. Diese Rechtsbehelfe entfalten gem. § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung, d.h. der Bauherr braucht sich einstweilen nicht an die betreffende Verfügung zu halten. Daher wird die Behörde die Ordnungsverfügung nach Möglichkeit gem. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklären. Das ist bei der Baueinstellungsverfügung und der Nutzungsuntersagung mit entsprechender Begründung i.d.R. unproblematisch.⁹⁶⁰ Etwas anderes gilt aber für die Baubeseitigungsanordnung, da deren Vollzug (Abriss des Baus) irreversibel ist. Hier kommt eine 506

⁹⁵⁸ Vgl. Bay: Art. 54 IV LBO; Hess: § 61 III LBO; RhLPfI: § 82 LBO; Saar: § 57 III LBO. Zu den Hintergründen vgl. *Guckelberger*, NVwZ 2010, 743 ff.

⁹⁵⁹ Bzgl. der Genehmigungsfreiheit vgl. MBO: §§ 61, 62; BaWü: §§ 50, 51 LBO; Bay: Art. 57, 58 LBO; Berl: §§ 61, 62 LBO; Brand: §§ 61, 62 LBO; Brem: §§ 61, 62 LBO; Hamb: § 60 LBO; Hess: §§ 63, 64 LBO; MeckVor: §§ 61, 62 LBO; Nds: §§ 60-62 LBO; NRW: §§ 62, 63 LBO; RhLPfI: §§ 62, 67 LBO; Saar: §§ 61, 63 LBO; Sachs: §§ 61, 62 LBO; SachsAnh: §§ 60, 61 LBO; SchlHolst: §§ 63, 68 LBO; Thür: §§ 60, 61 LBO.

⁹⁶⁰ OVG Bremen NordÖR 1999, 374 (zur Zulässigkeit standardisierter Begründungselemente).

Anordnung der sofortigen Vollziehung regelmäßig nicht in Betracht.⁹⁶¹ Es bleibt dann bei der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs/der Anfechtungsklage.

Ist (im Fall der Baueinstellungsverfügung oder der Nutzungsuntersagung) die sofortige Vollziehung angeordnet worden, steht dem Bauherrn nur der **Eilantrag** gem. § 80 V S. 1 Var. 2 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zur Verfügung.⁹⁶² Bezüglich Zulässigkeit und Begründetheit eines solchen Antrags gelten die allgemeinen Regeln (vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 931 ff. und 951 ff.). Das Gericht (und somit der Klausurbearbeiter) prüft in einem ersten Schritt, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch ein besonderes öffentliches Interesse gedeckt ist. Bei der **Nutzungsuntersagung** ist das jedenfalls der Fall, wenn die ungenehmigte Nutzung konfliktauslösend (z.B. Lärm) in Erscheinung tritt. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung kommt ferner in Betracht, wenn im Hinblick auf einen Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans, der Nutzungen der fraglichen Art verhindern soll, eine rechtmäßige Versagung wahrscheinlich ist.⁹⁶³

507 Die Anordnung der sofortigen Vollziehung bei der **Baubeseitigungsverfügung** ist wegen der mit der Baubeseitigung verbundenen Irreversibilität regelmäßig unverhältnismäßig. Nur ausnahmsweise kommt sie in Betracht, nämlich wenn

- die Baubeseitigung einer Nutzungsuntersagung gleichgestellt werden kann (das ist der Fall, wenn die bauliche Anlage ohne Substanzverlust und andere – absolute und im Verhältnis zum Wert der baulichen Anlage gesehen – hohe Kosten für Entfernung und Lagerung beseitigt werden kann)⁹⁶⁴,
- es um zersiedlungstypische oder aus anderen Gründen offensichtlich unzulässige Außenbereichsbauten geht, die eine negative Vorbildwirkung haben⁹⁶⁵
- und es sich um Bauwerke von „notorischen Schwarzbauern“ handelt.⁹⁶⁶

508 In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Rechtsbehelf in der Hauptsache bei **summarischer Prüfung** voraussichtlich erfolgreich sein wird. Denn wird der Rechtsbehelf in der Hauptsache voraussichtlich erfolgreich sein, besteht kaum ein öffentliches Interesse an der Anordnung der sofortigen Vollziehung.

509

Hinweis für die Fallbearbeitung: Nun folgt in der Fallbearbeitung die vollständige formelle und materielle Rechtmäßigkeitsprüfung der Ordnungsverfügung. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen können je nach Art der Ordnungsverfügung (Baueinstellung, Baubeseitigung, Nutzungsuntersagung) erheblich divergieren. Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen bei Rn 502 (zur Baueinstellungsverfügung), Rn 503 (zur Baubeseitigungsverfügung) und Rn 504 (zur Nutzungsuntersagung).

510 Zu beachten ist schließlich, dass sich in Bezug auf den Rechtsschutz etwas anderes ergibt, wenn die Behörde bereits mit der Vollstreckung begonnen hat. Denn regelmäßig ist in diesem Fall die Grundverfügung bereits bestandskräftig, kann also grundsätzlich nicht mehr angefochten werden. Angegriffen werden kann aber die betreffende Vollstreckungsmaßnahme. Ob gegen eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung Anfechtungswiderspruch (§§ 68 ff. VwGO), Anfechtungsklage bzw. Fortset-

⁹⁶¹ OVG Berlin LKV 1999, 196 (Beseitigung der Sperrung eines Rettungswegs); OVG Berlin ZMR 1999, 591 (Carportbeseitigung aus Gründen der negativen Vorbildwirkung und der geringeren Bausubstanz) mit Anm. von *Otto*, NJ 1999, 611; *Ortloff*, NVwZ 2000, 750, 758. Vgl. auch *Seiler*, JuS 2001, 263, 264 f.

⁹⁶² Vgl. dazu OVG Münster NVwZ-RR 2002, 11.

⁹⁶³ OVG Berlin NVwZ-RR 1998, 21.

⁹⁶⁴ OVG Bautzen LKV 1993, 428 (Werbetafeln).

⁹⁶⁵ OVG Münster DÖV 1996, 382; OVG Greifswald NVwZ 1995, 608.

⁹⁶⁶ VGH Kassel BauR 1985, 309.

zungsfeststellungsklage (§ 42 I Var. 1, §§ 74 ff., § 113 I S. 4 VwGO) oder vorläufiger Rechtsschutz (§ 80 bzw. § 123 VwGO) zulässig ist, hängt von der Rechtsnatur der anzugreifenden Maßnahme ab, denn nur wenn ihr die Qualität eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 VwVfG zukommt, sind diese Rechtsbehelfe überhaupt einschlägig. Andernfalls ist die allgemeine Leistungsklage oder die Feststellungsklage statthaft.

Bei der Frage, ob Vollstreckungsmaßnahmen als Verwaltungsakte oder als Realakte zu qualifizieren sind, muss einerseits zwischen dem VwVG des Bundes und dem VwVG des jeweiligen Landes, andererseits zwischen Maßnahmen im gestreckten Verfahren und Maßnahmen im Sofortvollzug unterschieden werden. Da diese Problematik aber in das Verwaltungsvollstreckungsrecht führt, sei auf die Ausführungen bei *R. Schmidt*, POR, Rn 902 ff., verwiesen.

e. Ordnungsverfügung, Rechtsschutz des Nachbarn

Bei Rn 413 ff. wurde die Konstellation erörtert, in der ein privater Bauherr ein genehmigtes Vorhaben durchführt, das gegen nachbarschützende Normen verstößt. In diesem Fall kann der Nachbar die Baugenehmigung anfechten bzw. durch einen Eilantrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung den Baustopp einleiten. Diese Vorgehensweise ist aber nicht möglich, wenn keine Baugenehmigung vorliegt, sei es, dass der Bauherr ohne die erforderliche Baugenehmigung baut, sei es, dass eine zuvor erteilte Baugenehmigung aufgehoben wurde, oder sei es, dass eine Baugenehmigung überhaupt nicht erforderlich ist, es sich also um ein genehmigungsfreigestelltes Vorhaben handelt. In diesen Fällen muss der Nachbar einen **Anspruch auf behördliches Einschreiten** geltend machen. Dazu muss er zunächst einen Antrag an die Behörde richten, dass diese einschreitet und gegenüber dem Bauherrn eine Bauordnungsverfügung (je nach Fallgestaltung Baueinstellungsverfügung, Baubeseitigungsverfügung oder Nutzungsuntersagung) erlässt. Bleibt die Behörde untätig oder lehnt den Antrag ab, kann der Nachbar **Widerspruch** einlegen und bei dessen Ablehnung **Verpflichtungsklage** erheben.⁹⁶⁷ In der Praxis hat sich aber das Verfahren nach **§ 123 VwGO** bewährt. Der Nachbar kann also im Wege der einstweiligen Anordnung mit dem Ziel der Sicherung eines gegen die Behörde gerichteten Anspruchs auf Einschreiten vorgehen.⁹⁶⁸

511

aa. Anspruch auf Einschreiten beim „Schwarzbau“ und nach Aufhebung der Baugenehmigung

Der Anspruch des Nachbarn auf behördliches Einschreiten gegen den Bauherrn kommt in folgenden zwei klassischen Konstellationen vor:

512

- Der Bauherr realisiert ein genehmigungspflichtiges Vorhaben, ohne die erforderliche Baugenehmigung einzuholen (sog. Schwarzbau). Der Nachbar will die weitere Bauausführung verhindern bzw. begehrt die Baubeseitigung.
- Die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung wird aufgehoben (z.B. aufgrund einer Anfechtung des Nachbarn). Gleichwohl baut der Bauherr weiter. Der Nachbar will daher die weitere Bauausführung stoppen bzw. die weitere Nutzung des Baus verhindern.

⁹⁶⁷ Vgl. bereits die 14. Aufl. 2013; wie hier nun auch *Lindner*, JuS 2014, 118, 122.

⁹⁶⁸ *Ortloff*, NVwZ 2000, 750, 755: Diese Vorgehensweise kommt schon bei unvollständigen Bauvorlagen, die eine Verletzung von Nachbarrechten nicht ausschließen, in Betracht (so OVG Münster NVwZ 1999, 427) und ist auch dann möglich, wenn die Behörde zu Unrecht das Vorhaben als freigestellt behandelt (so OVG Münster BauR 1999, 628). Alternativ besteht die grundsätzliche Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung im Normenkontrollverfahren gegen den Bebauungsplan, der Voraussetzung der Genehmigungsfreistellung ist (vgl. VGH München NVwZ-RR 2000, 416; *Ortloff*, NVwZ 2000, 750, 755).

- 513 Der Erlass von Bauordnungsverfügungen steht im pflichtgemäßen Ermessen der Baubehörde. Daher kann der Nachbar prinzipiell nur ein subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Behörde haben. Verletzt das Vorhaben nachbarschützende Vorschriften des öffentlichen Rechts, kann sich das Ermessen auf Null reduzieren, sodass der Nachbar einen faktischen Anspruch auf Einschreiten, namentlich auf Erlass der beantragten Bauordnungsverfügung hat.⁹⁶⁹ Das ist nach strittiger Auffassung anzunehmen, wenn ohne bauaufsichtliches Einschreiten eine *schwere Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut* des Nachbarn (Leben und Gesundheit) oder erhebliche Verstöße gegen nachbarschützende Normen vorliegen.⁹⁷⁰ **Anspruchsgrundlage** ist der allgemeine **Folgenbeseitigungsanspruch**.⁹⁷¹ **Rechtsgrundlage** der Behörde für das Einschreiten gegenüber dem Bauherrn ist die in der Bauordnung normierte Vorschrift über die einschlägige Ordnungsverfügung (Nutzungsuntersagung, Stilllegungsverfügung, Beseitigungsanordnung).

Sieht die Behörde trotz Nachbarantrag von einem Einschreiten ab, kommt als Rechtsbehelf der Hauptsache **Widerspruch** und bei dessen Erfolglosigkeit **Verpflichtungsklage** in Betracht. Da mit diesen Rechtsbehelfen aber keine aufschiebende Wirkung verbunden ist, bietet effektiven Rechtsschutz nur das Verfahren nach § 123 VwGO (**Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**). Zur Zulässigkeit und Begründetheit gelten die allgemeinen Regeln, vgl. dazu *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 931 ff. und 951 ff. Der Anordnungsanspruch ist gegeben, wenn die Behörde zum Einschreiten verpflichtet ist, also im Fall der Ermessensreduzierung auf Null. Der Anordnungsgrund besteht, weil die Fortsetzung der Bauarbeiten den rechtswidrigen Zustand weiter vergrößert.

Weiterführender Hinweis: Zum Anspruch der Gemeinde gegen die Bauaufsichtsbehörde auf **Einschreiten gegen einen Schwarzbau** vgl. VGH München NVwZ-RR 2005, 56 f., dargestellt als Abschlussfall bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 992.

bb. Anspruch auf Einschreiten gegen rechtswidrige, genehmigungsfreigestellte Vorhaben

- 514 Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass nicht alle Bauvorhaben von der präventiven Kontrolle erfasst sind. So sehen die reformierten Landesbauordnungen vor, dass insbesondere kleinere Bauvorhaben (auch Wohngebäude von geringer bodenrechtlicher Relevanz) aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung von der Genehmigungspflicht ausgenommen sind. Der Bauherr darf also ohne sonst erforderliche Baugenehmigung bauen. Er muss das Bauvorhaben lediglich anzeigen, damit die Baubehörde in Kenntnis gesetzt wird und ggf. einschreiten kann, wenn sie der Auffassung ist, das Bauvorhaben widerspreche den öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Man spricht von **Baufreistellung** oder **Anzeigeverfahren** bzw. **Kenntnisgabeverfahren**. Bei einem solchen Verfahren besteht aber stets die Gefahr, dass – da gerade keine Baugenehmigung in Form eines Verwaltungsakts ergeht und deswegen die Hinzuziehung Dritter zum Verwaltungsverfahren (§ 13 II VwVfG) und die Anhörung Beteiligter (§ 28

⁹⁶⁹ *Ortloff*, NVwZ 2000, 750, 757.

⁹⁷⁰ Vgl. BVerwG NJW 1961, 793; NVwZ-RR 1997, 271; VG München NVwZ 1997, 928; a.A. OVG Saarlouis NVwZ-RR 1995, 493; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 490; VGH München NVwZ 1997, 923; OVG Bautzen NVwZ 1997, 922, die in diesen Fällen eine Ermessensreduzierung auf Null bereits dann annehmen, wenn durch das Vorhaben die nachbarlichen Belange mehr als nur geringfügig berührt werden. Das OVG Münster NVwZ-RR 1999, 427 nimmt eine Ermessensreduzierung auf Null an, wenn ein Verstoß gegen Nachbarrechte mit hinreichender Deutlichkeit vorliegt. Vgl. dazu auch VGH Mannheim BWVBI 1999, 309 (gegen Friedhofserweiterung); *Mampel*, DVBl 1999, 1403; *Bamberger*, NVwZ 2000, 983, 986; *Oeter*, DVBl 1999, 189, 192 und *Brügger*, JuS 1999, 625 (zum Folgenbeseitigungsanspruch).

⁹⁷¹ Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1274 ff.; VerwProzR, Rn 370/799.

VwVfG) prinzipiell nicht möglich sind – die Interessen Dritter (insbesondere die der Nachbarn) vernachlässigt werden. Selbst wenn man aus rechtsstaatlichen Gründen den Vorschriften der §§ 13 und 28 VwVfG einen allgemeinen Rechtsgrundsatz entnimmt, hilft das dem Dritten nicht weiter. Denn das beschränkte Programm des Anzeigeverfahrens dient der Prüfung, ob dessen Voraussetzungen vorliegen, nicht der Prüfung drittschützender Normen. Folglich wird die Behörde keine Veranlassung haben, einen Dritten hinzuzuziehen. Dieser hat auch keinen Anspruch auf Durchführung des Baugenehmigungsverfahrens – mit notwendiger Nachbarbeteiligung –, wenn die Behörde das Vorhaben zu Unrecht als genehmigungsfreigestellt behandelt.⁹⁷²

Darüber hinaus ist bereits der regelmäßige Wegfall der aufschiebenden Wirkung eines Nachbarwiderspruchs/einer Nachbarklage gem. §§ 80 II S. 1 Nr. 3, 212 a I BauGB dogmatisch und rechtspolitisch fragwürdig genug. Denn dadurch wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 80 VwGO umgekehrt, was wiederum zur Folge hat, dass die Baubehörde von der (lästigen) Pflicht befreit ist, die sofortige Vollziehung im Einzelfall unter den Direktiven des § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO (Interessenabwägung) anzuordnen und gem. § 80 III S. 1 VwGO zu begründen. Es findet also eine erhebliche Funktionsverschiebung von der Exekutive in Richtung Judikative statt; die sonst von der Baubehörde vorzunehmende Interessenabwägung muss nun das Verwaltungsgericht vornehmen. Das Genehmigungs-freistellungsverfahren greift noch tiefer in die Nachbarproblematik ein. Hier bleibt dem Nachbarn als einzig effektives Mittel (neben dem zivilrechtlichen Nachbarstreitverfahren) nur der Antrag auf **Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO**, da diese immer dann greift, wenn für das Bauvorhaben – aus welchem Grund auch immer – keine Baugenehmigung erteilt wurde, also kein suspendierungsfähiger Verwaltungsakt in Rede steht.⁹⁷³ Dieses Verfahren ist aber gegenüber der Grundregel des § 80 I VwGO und dem Eilantrag nach §§ 80 a, 80 V VwGO aus zwei Gründen unvorteilhaft: Zum einen wird dem Antragsteller nach § 123 III VwGO i.V.m. § 945 ZPO das Risiko einer ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung auferlegt: Erweist sich der Erlass einer einstweiligen Anordnung später im Hauptsacheverfahren als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die Anordnung zur Erhebung der Klage in der Hauptsache nicht befolgt, hat der Antragsteller dem Antragsgegner (verschuldensunabhängig) den Schaden zu ersetzen, der diesem durch die einstweilige Anordnung entsteht. Dadurch besteht ein deutliches Risiko, das es bei den §§ 80, 80 a VwGO nicht gibt. Zum anderen setzt die einstweilige Anordnung nach § 123 I VwGO nicht nur einen Anordnungsanspruch (das ist der in der Hauptsache geltend zu machende materielle Anspruch), sondern auch einen Anordnungsgrund (das ist der Grund für die Eilbedürftigkeit) voraus. Der Antragsteller (d.h. der Nachbar) muss also glaubhaft machen, dass ihm ein subjektiv-öffentlicher Anspruch gegen die Behörde auf bauaufsichtliches Einschreiten i.V.m. einer Ermessensreduzierung auf Null zusteht.⁹⁷⁴

515

Eine diesbezügliche Ermessensreduzierung auf Null (die faktisch zu einem Anspruch auf Erlass einer Baueinstellungsverfügung, Baubeseitigungsverfügung oder Nutzungsuntersagung führt) nimmt die Rechtsprechung bereits dann an, wenn ein Vorhaben gegen nachbarschützende Normen verstößt und hierdurch geschützte Belange des Nachbarn *mehr als nur geringfügig* berührt werden.⁹⁷⁵ Das ist auf den ersten Blick nicht ganz unbedenklich, aber erklärlich, wenn man bedenkt, dass der Bauherr die Möglichkeit hatte, im Vorfeld des Baus die Unbedenklichkeit prüfen zu lassen.

516

⁹⁷² OVG Münster NWVBl 1999, 266; *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238, 1239; *Orloff*, NVwZ 2000, 750, 754.

⁹⁷³ OVG Münster NVwZ-RR 1999, 427; *Bamberger*, NVwZ 2000, 983, 984. Anspruchsgrundlage ist auch hier der allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch. Rechtsgrundlage ist die in der Bauordnung geregelte Vorschrift über die konkrete Verfügung (Beseitigung, Stilllegung, Nutzungsuntersagung).

⁹⁷⁴ *Dolde/Menke*, NJW 1999, 2150, 2161; *Bamberger*, NVwZ 2000, 983, 985. Vgl. auch *Mehde/Hansen*, NVwZ 2010, 14, 18.

⁹⁷⁵ VGH Mannheim DÖV 1997, 1056; VGH München NVwZ 1997, 923; OVG Bautzen NVwZ 1997, 922. Vgl. dazu auch *Orloff*, NVwZ 2000, 750, 757 und *Bamberger*, NVwZ 2000, 983, 986 ff.

- A**brissverfügung 402, 503
- Abstandsflächen 294, 324 ff., 479
- Abwägung 27, 54 ff., 102 ff.
- Abwägungsfehler 107a ff.
- Abweichung 341
- Allgemeines Städtebaurecht 10
- Allgemeines Wohngebiet 157
- Anzeigeverfahren 120, 351
- Asylbewerberwohncontainer im Gewerbegebiet 168, 170

- Ausfertigung B-Plan 66
- Ausnahme 134, 168, 342
- ausreichende Erschließung 268
- Außenbereich 131, 237 ff.
- Außenbereichssatzung 200, 280
- Außenwerbung 320

- B**aubausführung 387
- Baubeseitigungsanordnung 402, 503
- Baueinstellung 396, 502
- Baufreistellung 345, 351
- Baugenehmigung 345, 376
- Baugenehmigungsverfahren 376
- Baulast 165, 312, 335a, 335b
- Bauleitplanung 17 ff.
- Bauleitung 388
- Bauliche Anlage 142, 301
- Baunutzungsverordnung 1, 12, 92, 154
 - Allgemeines Wohngebiet 157
 - Besonderes Wohngebiet 158
 - Dorfgebiet 159
 - Gewerbegebiet 160
 - Gewerbliche Nutzung 160
 - Industriegebiet 160
 - Kerngebiet 159
 - landesrechtl. Ergänzungsrecht 162
 - Mischgebiet 159
 - Mischnutzung 159
 - Reines Wohngebiet 156
 - Sondergebiete 161
 - Wohngebiet 155
 - Wohnnutzung 155
- Bauordnungsrecht 2 f., 15
- bauordnungsrechtliche Zulässigkeit 290
- Bauplanungsrecht 1 ff.
- bauplanungsrechtliche Zulässigkeit 121
- Baustopp 396, 502
- Bauüberwachung 389
- Bauvoranfrage 392 ff.
- Bauvorbescheid 392 ff.
- Bebauungsgenehmigung 392 ff.
- Bebauungsplan 17 ff.
 - Abwägung 27, 54 ff., 102 ff.
 - Abwägungsfehler 107a ff.
 - Ausfertigung B-Plan 66
 - Baunutzungsverordnung 1, 12, 92, 54
 - Befangenheit 60
 - Begründung B-Plan 61
 - Behördenbeteiligung 38, 50
 - Bekanntmachung B-Plan 68
 - Beteiligung der Behörden 38, 50
 - Einschaltung von Dritten 45, 50
 - Erforderlichkeit des B-Plans 81 ff.
 - ergänzendes Verfahren 75 ff., 109a
 - Factory-Outlet-Center 42, 107g, 116, 247, 266
 - Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie 97c
 - Festsetzungen im B-Plan 19, 20, 92, 123 ff., 150 ff.
 - Flächennutzungsplan 18, 78
 - Genehmigung B-Plan 63
 - Gestaltungsermessen 27, 54 ff., 102 ff.
 - grenzüberschreitende Beteiligung 38 ff., 51
 - interkommunales Abstimmungsgebot 42, 107f ff., 116
 - Menschenwürdige Umwelt 95
 - Multimediakomplex 107g, 116
 - Natura-2000-Gebiet 97c, 200, 261, 374
 - Normenkontrolle 110 ff.
 - Öffentlichkeitsbeteiligung 38 ff., 45 ff., 50
 - ordnungsgemäßer Satzungsbeschluss 59
 - Planaufstellungsbeschluss 35 f., 47
 - Planentwurf 26, 39
 - Planerhaltung 30, 34
 - Planrechtfertigung 27, 81
 - Planungsermessen 27, 54 ff., 102 ff.
 - Planungsleitlinien 77 ff.
 - Planungsziele 77 ff.
 - Rechtmäßigkeit B-Plan 24 ff.
 - Satzungsbeschluss 59
 - sozial gerechte Bodennutzung 97a
 - Umweltbericht 26
 - Umweltprüfung 26, 97c, 98a ff.
 - Umweltverträglichkeitsprüfung 51 ff., 98b ff., 105a, b, 107 c
 - Unbeachtlichkeit von Fehlern 29, 34, 36, 44, 49, 55, 60, 62, 64, 67, 71, 72 ff., 107j ff.
 - Vogelschutzrichtlinie 97 c, 261
- Bebauungszusammenhang 191
- Beeinträchtigung Ortsbild 215
- Befangenheit 73, 116
- Befreiung 134, 169, 343, 374
- Begründung B-Plan 61
- Behördenbeteiligung 38 ff.
- Bekanntmachung B-Plan 68
- beschleunigtes Verfahren (Aufstellung Bauungsplan) 26
- Besonderes Städtebaurecht 11

- Besonderes Wohngebiet 158
 Bestandsschutz 271, 283, 289
 Beteiligung der Behörden 32
 Biogasanlage 240, 251
- D**ispens 169, 343, 374
 Dorfgebiet 159
 Drittschutz 428, 433
- E**igenart 208
 einfach beplanter Innenbereich 187 ff.
 einfacher B-Plan 128
 Einfügen 209
 Einkaufszentrum 219, 222
 Einschaltung von Dritten 45
 Einstweiliger Rechtsschutz 431
 Einvernehmen 136, 234, 378 f., 497
 Entwicklungssatzung 197
 Erforderlichkeit B-Plan 81
 Ergänzendes Verfahren 30, 34, 44, 49, 60, 64, 67, 71, 75 ff., 84, 107h, 109a
 Ergänzungssatzung 198
 Ersatzplan 132
 Erschließung 165, 241, 268
- F**actory-Outlet-Center 42, 107g, 116, 247, 266
 Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie 97c
 Festsetzungen im B-Plan 19, 20, 92, 123 ff., 150 ff.
 Flächennutzungsplan 14e, 18, 78
 Flugplatz 266a, 266b
 Formelle Illegalität 396, 402
 Forstwirtschaft 242
 Freistellungsverfahren 120
 Funkstelle 264
- G**ebietsentwicklungsplan 14b
 Gebietserhaltungsanspruch 444, 471
 Gebietsprägungserhaltungsanspruch 177, 178, 448, 471b
 Gebietsübergreifender Nachbarschutz 472 ff.
 Gemeindliches Einvernehmen 136, 234, 378 f., 497
 Genehmigung B-Plan 63
 Generalklausel 297
 Gesetzgebungskompetenzen 5
 Gestaltungsermessen 27, 54 ff., 102 ff.
 Gesunde Wohnverhältnisse 214
 Gewerbegebiet 160
 Gewerbepark 222, 266
 Gewerbliche Nutzung 160
 Grenzabstände 479
 Grenzbebauung 332
- Grenzüberschreitende Beteiligung 38 ff., 51
- H**eranrückende Wohnbebauung 466 f.
 Hinterliegergrundstück 335b
- I**ndustriegebiet 160
 Innenbereich 125, 129, 187 ff.
 Innenbereichssatzung 130, 195
 Interkommunales Abstimmungsgebot 42, 107f ff., 116
- K**enntnisgabeverfahren 120, 345, 351
 Kerngebiet 159
 Klarstellungssatzung 196
 Kommunale Selbstverwaltung 16
 Konzentrationswirkung 367
- L**andesentwicklungsplan 14a
 landesrechtliches Ergänzungsrecht 162
 Landwirtschaft 242
 Luftverkehr 266a, 266b
- M**aterielle Illegalität 402
 Menschenwürdige Umwelt 95
 Minarette 143, 175, 212a
 Mischgebiet 159
 Mischnutzung 159
 Moschee 143, 175, 178, 212a, 220b
 Multimediakomplex 107g, 116, 219, 222, 266
 Musterbauordnung 15, 292
- N**achbarbegriff 437
 Nachbarschutz 185, 235, 281, 336, 415, 427 ff.
 nähere Umgebung 207
 Natura-2000-Gebiet 97c, 200, 261, 374
 Nicht privilegierte Vorhaben 253
 Normenkontrolle 110 ff.
 Nutzungsänderung 271, 349
 Nutzungsuntersagung 408, 504
- Ö**ffentliche Belange 241, 255
 Öffentlichkeitsbeteiligung 38 ff., 45 ff., 50
 ordnungsgemäßer Satzungsbeschluss 59
 Ordnungsverfügungen 501 ff.
 Ortsbild 215
 Ortsteil 190
- P**lanaufstellungsbeschluss 35 f., 47
 Planentwurf 26, 39
 Planerhaltung 30, 34
 Planrechtfertigung 27, 81
 Planungsermessen 27, 54 ff., 102 ff.

Sachverzeichnis

- Planungsleitlinien 77 ff.
Planungsziele 77 ff.
Planzeichenverordnung 14
Privilegierte Vorhaben 240
- Q**ualifiziert beplanter Innenbereich 125, 149 ff.
Qualifizierter B-Plan 125
- R**adaranlage 264
Raumordnungsgesetz 6
Rechtmäßigkeit B-Plan 24 ff.
Rechtsmissbrauch 490
Rechtsquellen des Baurechts 6 ff.
Rechtsschutz 413 ff.
- der Gemeinde 497 ff.
- des Bauherrn 417 ff., 506 ff.
- des Nachbarn 427 ff., 511 ff.
Regelverfahren 26
Regionalplan 14c
reines Wohngebiet 156
Rücksichtnahmegebot 211, 250, 266a, 435, 471
- S**atzungsbeschluss 59
Schlusspunkttheorie 365
Schmalseitenprivileg 333
Schutznormtheorie 433
Schwarzbau 396, 402
Selbstverwaltungsrecht 16
Separationsmodell 365
Sondergebiete 161
sozial gerechte Bodennutzung 97a
Soziale Standards 337
Sperrgrundstück 490
Splittersiedlung 263
Städtebaurecht 11
Stellplatzvorschriften 484
Stillegungsverfügung 396
- T**ankstelle 288
Teilgenehmigung 392e
- U**mweltbericht 26, 48
Umweltprüfung 26, 97c, 98a ff.
Umweltverträglichkeitsprüfung 51 ff., 98b ff., 105a, b, 107 c
Unbeachtlichkeit von Fehlern 29, 34, 36, 44, 49, 55, 60, 62, 64, 67, 71, 72 ff., 107j ff.
Unbeplanter Innenbereich 187 ff.
- V**eränderungssperre 29, 36, 116a ff.
vereinfachtes Genehmigungsverfahren 364
- Vereinfachtes Verfahren (Aufstellung Bebauungsplan) 26
Verunstaltungsschutz 318, 483
Verwaltungsvollstreckung 411
Verwirkung 489
Vogelschutzrichtlinie 97 c, 261
Vollstreckung 411
Vorbehalt der Zulässigkeit 175
Vorbescheid 392 ff.
Vorhabenbezogener B-Plan 127, 166
- W**erbeanlage 320
Wertermittlungsverordnung 14
Wiederaufbau 275
Windenergie 249, 266a, 266b, 426b, 470, 482
Wohn- und Arbeitsverhältnisse 214
Wohncontainer im Gewerbegebiet 168, 170
Wohngebiet 155
Wohnnutzung 155
- Z**weistufigkeit Bauleitplanung 78
Zulässigkeit von Vorhaben 117 ff.
Zurückstellung von Baugesuchen 116c