

Prüfung von Bauanträgen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, für Winzer und Landwirte

Maßgebende Vorschriften und Gesetzestexte:

§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB – Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange **nicht entgegenstehen**, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es

1. einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt,

§ 35 Abs. 3 BauGB – Eine **Beeinträchtigung öffentlicher Belange** liegt insbesondere vor, wenn das Vorhaben

1. den Darstellungen des Flächennutzungsplanes widerspricht,

2. den Darstellungen eines Landschaftsplanes oder sonstigen Plans, insbesondere des Wasser-, Abfall- oder Immissionsschutzgesetzes widerspricht,

3. schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann oder ihnen ausgesetzt wird,

4. unwirtschaftliche Aufwendungen für Straßen oder andere Verkehrseinrichtungen, für Anlagen der Versorgung oder Entsorgung, für die Sicherheit oder Gesundheit oder für sonstige Aufgaben erfordert,

5. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes oder die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigt oder das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet,

6. Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur beeinträchtigt, die Wasserwirtschaft oder den Hochwasserschutz gefährdet,

7. die Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten lässt oder

8. die Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen stört.

§ 35 Abs. 5, Satz 1 BauGB - Die nach den Absätzen 1 bis 4 zulässigen Vorhaben sind in einer flächensparenden, die Bodenversiegelung **auf das notwendige Maß begrenzenden und den Außenbereich schonenden Weise auszuführen.** (Fettdruck durch Verfasser.)

Prüfungspunkte:

1. Vorhaben im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB ?¹
2. Vorhaben liegt im Außenbereich?
3. Aussiedlung **dient** landwirtschaftlichem Betrieb i.S.v. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB (Winzer, Landwirt)?
4. Bei der Aussiedlung wird nur **untergeordneter Teil der Betriebsfläche** eingenommen?
5. Keine **entgegenstehenden** öffentlichen Belange i.S.v. § 35 Abs. 3 BauGB.
6. **Ausreichende Erschließung gesichert** (§ 35 Abs. 1 BauGB)?
7. **Gemeindliches Einvernehmen** (§ 36 Abs. 1 BauGB)?
8. Bei grundsätzlicher Zulässigkeit: Wird das Vorhaben in einer **flächensparenden**, die Bodenversiegelung auf das **notwendige Maß** begrenzenden und den Außenbereich **schonenden Weise** ausgeführt (§ 35 Abs. 5, Satz 1 BauGB)?

¹Will in Gornig/Horn/Will, Öffentliches Recht in Hessen, 2018, Rn. 375

Zu 1. Vorhaben muss die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben (oder für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie für Ausschachtungen, Ablagerungen einschließlich Lagerstätten).

Zu 2. Das heißt, das Vorhaben liegt weder im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplanes (§ Abs. 1 u. 2 BauGB) noch innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteiles i.S.v. § 34 Abs. 1 BauGB.

Zu 3. einem landwirtschaftlichen Betrieb dienen

Das Tatbestandsmerkmal „dient“ soll Missbrauch vorbeugen,² insbesondere in Form von Vorhaben, die zwar an sich objektiv geeignet wären, ein privilegiertes Vorhaben darzustellen, mit denen aber in Wirklichkeit andere Zwecke verfolgt werden.³

Wenn das Vorhaben vernünftigerweise unter Berücksichtigung des Gebots größtmöglicher Schonung des Außenbereich dem landwirtschaftlichen Betrieb dient⁴.

Aber, bei ausschließlich oder überwiegend gepachteten landwirtschaftliche Betriebsflächen: **keine** Privilegierung. Wegen der begrenzten Dauer von Pachtverträgen wird vielfach die Nachhaltigkeit der landwirtschaftlichen Tätigkeit in solchen Fällen fehlen.⁵

Die Merkmale, die einen landwirtschaftlichen Betrieb kennzeichnen, sind grundsätzlich bodenbezogen und nicht personenbezogener Natur (Ernsthaftigkeit u. Nachhaltigkeit). Der Begriff des "dient" bedeutet auch: das Bauvorhaben erfüllt eine bestimmte Funktion im Betrieb und muss entsprechend gestaltet und ausgestattet sein; zweckmäßige und sinnvolle Lage, Gestaltung und Ausstattung ("vernünftiger Landwirt") üblich, angemessen, auch äußerliche Zuordnung zum landwirtschaftlichen Betrieb; **untergeordneter Teil der Betriebsfläche**.⁶

Das Vorhaben muss vielmehr durch den betrieblichen Verwendungszweck **erschöpfend geprägt** sein.⁷

Entscheidend ist, ob ein vernünftiger Landwirt unter Berücksichtigung des Gebotes größtmöglicher Schonung des Außenbereichs das Bauvorhaben mit dem gleichen Verwendungszweck und mit etwa gleicher Gestaltung und Ausstattung für einen entsprechenden Betrieb errichten würde.⁸

Zu 4. Untergeordneter Teil der Betriebsfläche

Die Privilegierung nach Abs. 1 Nr. 1 ist weiterhin dadurch eingeschränkt, dass ein Vorhaben nur zulässig ist, wenn es einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt. Die von dem Vorhaben in Anspruch genommene Fläche darf im Verhältnis zur Gesamtfläche des Be-

²Will, aaO, Rn. 386; BVerwG NVwZ 2009, 918 Rn. 21.

³Will, aaO, Rn. 386; BVerwG NVwZ-RR 1992, 400 (419).

⁴Stür/Stür, Bauen im Außenbereich, 2017, Rn. 35; Taegen, BerlKom, Rn. 8 u. 30 zu § 35 BauGB; BVerwG v. 11.04.1986, 4 C 67.82, BauR 1986, 419; Söfker, Ernst-Zinkahn-BielenbergKom (EZBK), Rn.33 zu §35 BauGB.

⁵Stür/Stür, Rn. 45; BVerwG v. 03.11.1972, 4 C 9.70, BVerwGE 41, 138; BVerwG v. 13.04.1983, 4 C 62,78; v. 03.02.1989, 4 B 14.89, ZfBR 1989, 177; BVerwG v. 24.08.1979, IV C 3.77, DÖV 1979, 905; v. 11.04.1986, 4 C 67.82, BauR 1986, 419.

⁶Will, aaO, Rn. 388; Stollmann/Beaucamp, § 17 Rn. 19; BVerwG 41, 138, 141.

⁷BVerwGE 41, 138, 140; BVerwG NVwZ 2009,918 Rn. 21.

⁸BVerwGE 41, 138, 141; Will, aaO. Rn. 387.

triebs, d. h. der unmittelbar der Bodennutzung dienenden Fläche, nur geringfügig ins Gewicht fallen. Die Betriebsfläche muss also in wirtschaftlicher Hinsicht gegenüber dem Vorhaben eindeutig den Schwerpunkt bilden. Allgemein verbindliche Angaben über das Verhältnis von Betriebsfläche und Fläche für das Vorhaben lassen sich dabei nicht machen; vielmehr ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen, vor allem auf übliche Größen oder auf die Art des Betriebs.⁹

Zu 5. Stehen keine öffentliche Belange entgegen? Abwägungsprozess, der sorgfältig zu prüfen ist.

Privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB sind zwar solche, die ihrer Eigenart wegen nur im Außenbereich errichtet werden können. Das bedeutet aber keinesfalls, dass ein privilegiertes Vorhaben andere, konkurrierende Belange immer „überwiegt“. Es muss daher eine Abwägung zwischen dem Vorhaben und den berührten öffentlichen Belangen stattfinden. Welche öffentlichen Belange in die Abwägung einzustellen sind, ergibt sich aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Die Aufzählung in der Vorschrift ist nicht abschließend.

Daher sind grundsätzlich sowohl im Rahmen von § 35 Abs. 1 BauGB (als auch im Rahmen von § 35 Abs. 2) BauGB **öffentliche Belange zu ermitteln**, zu gewichten und mit Interesse an der Zulassung des Vorhabens abzuwägen.¹⁰

Die Privilegierung nach Abs. 1 bewirkt dabei ein grundsätzlich stärkeres Durchsetzungsvermögen gegenüber den von einem Vorhaben berührten öffentlichen Belangen. Die Bevorzugung von Vorhaben nach Abs. 1 führt also bei einer Beeinträchtigung öffentlicher Belange – anders als bei den Vorhaben nach Abs. 2 – dazu, dass keine Unzulässigkeit per se besteht. Es muss vielmehr eine Abwägung zwischen den jeweils berührten öffentlichen Belangen und dem Vorhaben stattfinden, wobei zu dessen Gunsten die Privilegierung ins Gewicht fällt.¹¹

Ein öffentlicher Belang steht einem Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 dann entgegen, und führt zu dessen Unzulässigkeit, **wenn er auch unter Berücksichtigung der generellen Privilegierung des Vorhabens in Außenbereich aufgrund einer umfassenden Abwägung so gewichtig ist, dass das Interesse an seiner Durchsetzung das Interesse an der Zulassung des Vorhabens überwiegt.**¹²

Auf § 35 Abs. 3 BauGB kann auch für die Abwägung im Rahmen von § 35 Abs. 1 BauGB zurückgegriffen werden, ohne dass diese Liste dabei abschließend wäre.¹³

Eine relevante **Beeinträchtigung der öffentlichen Belange wäre beispielsweise** gegeben, wenn

⁹ Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang/Reidt BauGB § 35 Rn. 22, beck-online.

¹⁰ Will, aaO. Rn. 406;

¹¹ Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang/Reidt BauGB § 35 Rn. 68, beck-online

¹² Ibler, Öffentliches Baurecht, 2006, S. 8 m.w.N.; Will, aaO. Rn 408.

¹³ Will, aaO. Rn. 410.

- das Bauvorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht. Der Flächennutzungsplan muss allerdings eine sachlich und räumlich eindeutige, der Zulässigkeit des Vorhabens entgegenstehende standortbezogene Aussage enthalten, die insofern gewichtiger, als die grds. Privilegierung des Vorhabens nach § 35 Abs. 1 BauGB,¹⁴ also „anderweitig verplant“ ist.¹⁵

- für das Bauvorhaben unwirtschaftliche Aufwendungen, beispielsweise für den Straßenbau oder den Bau von Versorgungsanlagen, notwendig werden,

- das Bauvorhaben schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann oder ihnen ausgesetzt ist.

Dieser öffentliche Belang gilt gleichermaßen für privilegierte und sonstige Vorhaben. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Nr. 3 eine Ausformung des Gebots der Rücksichtnahme und kann daher Nachbarschutz vermitteln - insbesondere im Verhältnis der grundsätzlich in den Außenbereich gehörenden privilegierten Vorhaben zu den sonstigen Vorhaben. Das Gebot der Rücksichtnahme gilt darüber hinaus nicht nur für Vorhaben im Außenbereich, sondern wirkt auch über Gebietsgrenzen des Außenbereichs hinweg in Gebiete nach §§ 30 und 34 BauGB.¹⁶

- das Bauvorhaben das **Orts- oder Landschaftsbild zerstört beziehungsweise verunstaltet**.

Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn das Bauvorhaben einen auffälligen Fremdkörper zu einer im Wesentlichen einheitlichen Außenbereichsnutzung darstellt.

- dem Bauvorhaben Belange des Natur-, Boden-, Denkmalschutzes oder der **Landschaftspflege** entgegen stehen.

Eine Wasserschutzverordnung oder eine **Landschaftsschutzverordnung** können entgegenstehen.¹⁷

Nach ständiger Rspr. BVerwG ist das insbesondere dann der Fall, wenn Vorhaben in nicht durch Ausnahmegenehmigung oder Befreiung zu behebender Weise in Widerspruch zu der gültigen Landschaftsschutzverordnung steht.¹⁸

Belange des Naturschutzes und **der Landschaftspflege** im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB stehen einem im Außenbereich privilegierten Vorhaben entgegen, wenn das Vorhaben in nicht durch Erlaubnis oder Befreiung zu behebender Weise **in Widerspruch zu einer gültigen Landschaftsschutzverordnung** steht. In einem solchen Fall ist kein Raum mehr für eine "nachvollziehende Abwägung".¹⁹

Zu 6. Ausreichende Erschließung gesichert?

¹⁴BVerwGE 68, 311, 315.

¹⁵BVerwGE NVwZ 1998, 960; Mitschang/Reidt, in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 35 Rn. 74.

¹⁶ Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, BauGB, § 35 Rn. 88, beck-online.

¹⁷Stürer, Rn. 255; BVerwG v. 02.02.2000, 4 B 104.99, BauR 2000, 428; OVG Lüneburg v. 11.06.1993, 1 L 344/91, BRS 55 (1993), Nr. 89); VG Siegmaringen v. 22.11.2013.

¹⁸BVerwG v. 20.10.1978, 4 C 75,76, DÖV 1979, 212; v. 18.02.1983, 4C 19.81, BVerwGE 67, 33; v. 13.04.1083, 4 C 21.79, BVerwGE 67,84; v. 19.04.1985, 4 C 25.84, BauR 1985, 544 m.w.N.

¹⁹VGH Baden-Württemberg v. 30.08.2017, 8 S 17/16; im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 19.04.1985 - 4 C 25.84 - , Buchholz 406.11 § 36 BBauG Nr. 33 und BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 - 4 C 1.12 -, BVerwGE 147, 118. Rn.39.

Der Begriff der gesicherten Erschließung ist in den §§ 30 bis 35 BauGB geregelt und ein bundesrechtlicher Begriff.²⁰

Baugrundstück muss verkehrsmäßig an das öffentliche Wegenetz angebunden sein, Versorgungs- und Entsorgungsleitungen für Elektrizität, Wasser und Abwasser müssen verlegt werden können. Anforderungen hängen ab von dem jeweiligen Vorhaben.²¹

Etwaiger vorhandener Weg darf nicht überlastet werden.²²

Kein uneingeschränkter Anspruch gegen Gemeinde auf Erschließung.²³

Zu 7. Beteiligung der Gemeinde bei der Prüfung von Bauanträgen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, für Winzer und Landwirte gemäß § 36 BauGB

§ 36 BauGB

Beteiligung der Gemeinde und der höheren Verwaltungsbehörde

(1) 1Über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 wird im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. 2Das Einvernehmen der Gemeinde ist auch erforderlich, wenn in einem anderen Verfahren über die Zulässigkeit nach den in Satz 1 bezeichneten Vorschriften entschieden wird; dies gilt nicht für Vorhaben der in § 29 Abs. 1 bezeichneten Art, die der Bergaufsicht unterliegen. 3Richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 Abs. 1, stellen die Länder sicher, dass die Gemeinde rechtzeitig vor Ausführung des Vorhabens über Maßnahmen zur Sicherung der Bauleitplanung nach den §§ 14 und 15 entscheiden kann. 4In den Fällen des § 35 Abs. 2 und 4 kann die Landesregierung durch Rechtsverordnung allgemein oder für bestimmte Fälle festlegen, dass die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich ist.

(2) 1Das Einvernehmen der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde dürfen nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 ergebenden Gründen versagt werden. 2Das Einvernehmen der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde gelten als erteilt, wenn sie nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert werden; dem Ersuchen gegenüber der Gemeinde steht die Einreichung des Antrags bei der Gemeinde gleich, wenn sie nach Landesrecht vorgeschrieben ist. 3Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen.

Folgen für die Gemeinde/ Stadt:

1. Das Vorhaben muss im Einvernehmen mit der Gemeinde erfolgen²⁴

§ 36 I BauGB soll die kommunale Planungshoheit schützen. Dabei hat die Gemeinde drei Möglichkeiten: Sie erteilt das Einvernehmen, sie versagt es ausdrücklich, oder sie tut nichts.²⁵

Die Gemeinde hat somit ein umfassendes Prüfungsrecht. Allerdings hat die Kreisbaubehörde die abschließende Entscheidung über die Baugenehmigung. Jedoch kann die Gemeinde eine ohne ihre nach § 36 Abs. 1 BauGB erteilte Baugenehmigung unter Berufung auf ihre Planungshoheit aus Art. 28

²⁰BVerwG v. 06.09.1968, IV C 12.66, DÖV 1968, 881.

²¹BVerwG v. 13.02.1976, IV C 53.74; v. 30.08.1995, 4 C 48.81, NJW 1986, 394; BVerwG v. 22.11.1985, 4 C 71.82, NVwZ 1986, 644; Stürer, Rn. 264, 267.

²²Stürer, Rn. 265.

²³Stürer, Rn. 267; Taegen, BerlKom, Dn. 14; BVerwG v. 04.009.1987, 4 B 169.87; 1992, 8C 46.91.

²⁴VGH Baden-Württemberg, 08.07.2009 - 8 S 1685/08, Einvernehmen nach BauGB § 36 Abs 1 S 1 bei einer mit der unteren Baurechtsbehörde identischen Gemeinde; BVerwG, 17.01.2013 - 8 B 50.12.

²⁵Will, aaO, Rn. 437.

Abs. 2 GG mit einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO angreifen.²⁶

2. Das „nur“ in § 36 Abs. 2 S.1 BauGB bedeutet: **Tatsächlich aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35** ergebenden Gründen darf Einvernehmen versagt werden, **also vollständiges Prüfungsrecht der Gemeinde/Stadt**²⁷.

Die oft zu hörende Behauptung „Da können wir nichts machen“, ist reines „Fake“ und soll nur von mangelnder Kenntnis und Engagement ablenken.

3. **Zwei-Monats-Frist**

Fiktion²⁸ des Einvernehmens der Gemeinde, wenn

- a. das Einvernehmen **nicht binnen zwei Monaten**
- b. nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde **verweigert** wird.²⁹
Allerdings: Wegen § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, keine Amtshaftung der Gemeinde bei ersetzbarem Einvernehmen durch Verwaltungsgericht.³⁰

Zu 8. Bei grundsätzlicher Zulässigkeit:

Wird das Vorhaben in einer flächensparenden, die Bodenversiegelung auf das notwendige Maß begrenzenden und den Außenbereich schonenden Weise ausgeführt? (§ 35 Abs. 5 S. 1 BauGB).³¹

²⁶ Will, aaO, Rn. 442

²⁷ BVerwG, 10.07.2003 - 4 B 27.03, Zulassung der Revision - Auslegung des § 36 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 Baugesetzbuch (BauGB) bei **Unvollständigkeit** der bei der Gemeinde eingereichten Unterlagen.

²⁸ VGH Baden-Württemberg, 07.02.2003 - 8 S 2563/02, Frist für Auslösung der Einvernehmensfiktion - vollständiger Bauantrag.

²⁹ BGH, 16.09.2010 - III ZR 29/10, Gemeinden haften bei rechtswidriger Verweigerung des Einvernehmens nicht; BGH, 25.10.2012 - III ZR 29/12, NVwZ 2013, 167, Das im Baugenehmigungsverfahren rechtswidrig verweigerte gemeindliche Einvernehmen: Keine Amtshaftung der Gemeinde bei ersetzbarem Einvernehmen BVerwG, 11.08.2008 - 4 B 25.08, Baugenehmigung; Einvernehmen der Gemeinde; Planungshoheit der Gemeinde.

³⁰ Will, aaO, Rn. 452.

³¹ Vgl. Fn. 4 und Fn. 8.