

einbarkeit grundsätzlich gegeben. Der Vorbehalt zu Gunsten landesrechtlicher Vorschriften bedeutet nicht, dass der Landesgesetzgeber § 12 Abs. 6 BauNVO entsprechende Regelungen zur Beschränkung von Stellplätzen treffen darf, sondern soll gewährleisten, dass die bauplanungsrechtlichen Nutzungsbeschränkungen die Erfüllung bauordnungsrechtlicher Stellplatzanforderungen nicht unmöglich machen.<sup>42</sup> Die Gemeinde muss im Übrigen bei der Aufstellung des Bebauungsplans auch prüfen, ob durch die Festsetzungen im Bebauungsplan nach § 12 Abs. 6 BauNVO dem Bauherrn besondere Erschwernisse bei der Erfüllung der Stellplatzpflicht entstehen oder diese unmöglich gemacht wird. Sie kann durch flankierende Maßnahmen zur Entschärfung des Problems beitragen, indem sie bspw. – sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind – in einem (auch benachbarten) Bebauungsplan Flächen für Gemeinschaftsstellplätze und -garagen (§ 9 Abs. 1 Nr. 22 BauGB) ausweist.

## VII. Selbstständigkeit landesrechtlicher Vorschriften (§ 12 Abs. 7 BauNVO)

§§ 12 Abs. 4 bis 6 BauNVO enthalten Regeln für die Aufstellung von Bebauungsplänen und richten sich damit an die Gemeinde. Demgegenüber richtet sich § 12 Abs. 7 BauNVO an den Bauherrn und stellt klar, dass seine landesrechtlich begründete Pflicht zur Herstellung von Stellplätzen und Garagen ungeachtet der Vorschriften der Abs. 4 bis 6 besteht. Eine Befreiung von der Stellplatzpflicht kann sich dadurch nicht ergeben. Gegebenenfalls sind die in den Landesbauordnungen ersatzweise vorgesehenen Lösungen – Herstellung auf einem anderen Grundstück oder Stellplatzablöse – anzuwenden. Die Gemeinde hat hierauf ggf. bei der Aufstellung des Bebauungsplans Rücksicht zu nehmen.

42 VGH Mannheim, Urt. v. 18.12.2014 – 5 S 584/13, DVBl 2015, 442.

# Der Neubau erhaltenswerter Gebäude im Außenbereich

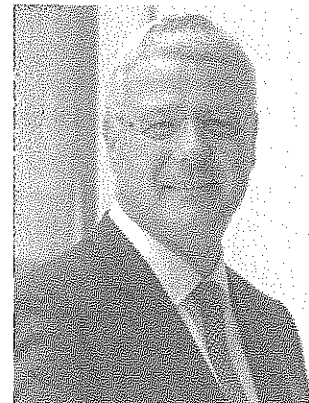
## Zur (ungeliebten?) Anwendung des § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB

von Rechtsanwalt Dr. Nils Gronemeyer, Paderborn\*

### I. Einführung

Zwei klassische Fallgestaltungen in der anwaltlichen Baurechtspraxis: Der Bauherr hat eine Genehmigung zum Umbau und zur Umnutzung eines früher landwirtschaftlich genutzten Gebäudes nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB. Bei den Bauarbeiten werden auch die zu erhaltenden Wände des Gebäudes zerstört; der Bestand ist vernichtet.<sup>1</sup> Zweiter Fall: Der Bauherr hat einen hübschen alten Kotten im Außenbereich gekauft. Die schlechte Gebäudesubstanz lässt eine Sanierung nicht zu. Er möchte auf der Grundlage des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB einen Ersatzbau errichten, hat jedoch nicht längere Zeit – nach der Rechtsprechung<sup>2</sup> mindestens zwei Jahre – in dem Gebäude gewohnt.

Kann in diesen Fällen § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB helfen? Die Vorschrift bestimmt: „In begründeten Einzelfällen gilt die Rechtsfolge des Satzes 1 auch für die Neuerrichtung eines Gebäudes im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1, dem eine andere Nutzung zugewiesen werden soll, wenn das ursprüngliche Gebäude vom äußeren Erscheinungsbild auch zur



\* Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Brandt Rechtsanwälte, Paderborn.

1 Vgl. OVG Münster, Urt. v. 06.02.2015 – 2 A 1394/13, juris Rdnr. 53.

2 BVerwG, Urt. v. 12.03.1982 – 4 C 59.78, juris Rdnr. 25 = BauR 1982, 359.

Wahrung der Kulturlandschaft erhaltenswert ist, keine stärkere Belastung des Außenbereichs zu erwarten ist als in Fällen des Satzes 1 und die Neuerrichtung auch mit nachbarlichen Interessen vereinbar ist; ...“. Oder frei übersetzt: „Ein ehemals landwirtschaftlich genutztes ‚schönes‘ Gebäude darf abgerissen werden, wenn dafür ein ähnlich ‚schönes‘ Wohngebäude errichtet wird.“

## II. Entstehungsgeschichte und systematische Einordnung der Norm

Die Vorschrift ist durch das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts vom 20.06.2013<sup>3</sup> eingeführt worden. Zur Begründung führt der Regierungsentwurf aus:<sup>4</sup>

„§ 35 Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a begünstigt nur Nutzungsänderungen bei Vorliegen einer erhaltenswerten Bausubstanz. Oft jedoch ist die optisch intakte Bausubstanz marode, sodass nur eine Neuerrichtung in Betracht kommt. Um den Strukturwandel in der Landwirtschaft zu unterstützen, soll im Einzelfall auch eine Neuerrichtung von Gebäuden begünstigt werden. Grundvoraussetzung hierfür soll sein, dass das ursprüngliche Gebäude vom äußeren Erscheinungsbild zur Wahrung der Kulturlandschaft erhaltenswert erscheint und bei der Neuerrichtung der Außenbereichsschutz und nachbarliche Interessen gewahrt bleiben. Durch die vorgesehene entsprechende Anwendbarkeit der Voraussetzungen für die Nutzungsänderung bei Beibehaltung des Gebäudes (§ 35 Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b bis g) wird zudem insbesondere verlangt, dass sich der Neubau im Wesentlichen an der äußeren Gestalt des bisherigen Gebäudes, einschließlich der Kubatur, orientiert. Unwesentliche Veränderungen der Gestalt des ursprünglichen Gebäudes können indes möglich sein. Dies bezieht sich auch auf nach außen sichtbare Veränderungen am Gebäude, wie etwa den Einbau von für das Wohnen erforderlichen Fenstern, eines für ein Wohngebäude geeigneten Eingangsbereichs oder nach außen sichtbare Maßnahmen zur Einhaltung gesetzlicher Anforderungen an die Einsparung von Energie.“

Der Bundesrat hat sich gegen diese Regelung ausgesprochen mit der Begründung, sie widerspräche der Zielsetzung des Gesetzesentwurfes (Stärkung

der Innenentwicklung), begünstige die weitere Zersiedlung der Landschaft und belaste dieverkehrliche Infrastruktur. § 35 Abs. 4 BauGB biete ausreichende Möglichkeiten, nicht mehr landwirtschaftlich genutzte Bestandsgebäude einer anderen Nutzung zuzuführen.<sup>5</sup> Trotz dieser Kritik wurde die Vorschrift in der Fassung des Regierungsentwurfes als Gesetz beschlossen mit dem Hinweis:<sup>6</sup> „Die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Regelung trägt einem Bedürfnis der Praxis Rechnung und ist an enge Voraussetzungen gebunden, sodass eine zusätzliche Belastung des Außenbereichs vermieden wird.“

§ 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB stellt einen Paradigmenwechsel im System des § 35 Abs. 4 BauGB dar. Das BVerwG<sup>7</sup> hatte in den 70er Jahren unter Bezug auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG die Grundsätze des überwirkenden Bestandsschutzes entwickelt. Danach konnte der geschützte Bestand einer baulichen Anlage auch ihre Erweiterung rechtfertigen, soweit eine zeitgemäße funktionsgerechte Nutzung dies erforderte. Aus den Grundsätzen dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber durch § 35 Abs. 4 BauGB erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Genehmigung sonstiger Vorhaben im Außenbereich geschaffen. Dabei knüpfen alle Fallgruppen des § 35 Abs. 4 Satz 1 BauGB an den genehmigten Bestand eines Gebäudes und seiner Nutzung an und erlauben nur unter engen Voraussetzungen die Nutzungsänderung oder Erweiterung des Bestandes. Der Neubau eines Gebäudes ist nur zulässig, wenn das vom Bauherrn seit mehreren Jahren selbstgenutzte Gebäude nicht mehr sanierungsfähig ist (§ 35 Abs. 4 Nr. 2 BauGB) oder durch Brand oder Naturereignisse zerstört wurde (§ 35 Abs. 4 Nr. 3 BauGB). Diese Anknüpfung an den Bestandsschutz durchbricht der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB, denn durch diese Vorschrift wird erstmalig die Neuerrichtung eines Gebäudes zulässig, ohne dass dafür eine zwingende Notwendigkeit besteht, weil der Bestand ohne Zutun des Eigentümers weggefallen ist.

3 BGBl. I, S. 1548.

4 BT-Drucks. 17/11468, S. 15.

5 Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB – Kommentar, § 35 Rdnr. 11c.

6 BT-Drucks. 17/11468, S. 31.

7 Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.12.1975 – 4 C 71/73 (Tunnelofen), juris = BauR 1976, 100.

### III. Anwendungsvoraussetzungen

In der praktischen Anwendung bereitet die Vorschrift aufgrund ihrer vielen unbestimmten Rechtsbegriffe einige Schwierigkeiten.

#### 1. Neuerrichtung eines Gebäudes i.S.d.

##### **Abs. 1 Nr. 1, dem eine andere Nutzung zugewiesen werden soll**

Grundvoraussetzung für die Anwendung des § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB ist, dass das vorhandene Gebäude einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB diene, dessen privilegierte Nutzung aufgegeben ist oder wird. Das gilt auch für die Umnutzung eines landwirtschaftlichen Betriebsleiterwohnhauses in ein nicht privilegiertes Wohnhaus. Dabei kann auch diese Regelung ebenso wie § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB nur bei der erstmaligen Nutzungsänderung Anwendung finden.<sup>8</sup> Die neue Nutzung ist nicht auf ein Wohngebäude beschränkt.

#### 2. Vom äußeren Erscheinungsbild auch zur Wahrung der Kulturlandschaft erhaltenswert

Zentrales Tatbestandsmerkmal der Vorschrift ist, dass das vorhandene Gebäude vom äußeren Erscheinungsbild zur Wahrung der Kulturlandschaft erhaltenswert ist. Für den Begriff der „Kulturlandschaft“ kann auf § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 BauGB zurückgegriffen werden. Nach dieser Vorschrift ist die Änderung oder Nutzungsänderung von erhaltenswerten, das Bild der Kulturlandschaft prägenden Gebäuden zulässig, wenn das Vorhaben einer zweckmäßigen Verwendung der Gebäude und der Erhaltung des Gestaltwerts dient. Kulturlandschaft ist die durch menschliche Einwirkungen umgewandelte Naturlandschaft in ihrer hierdurch bewirkten typischen Erscheinungsform.<sup>9</sup>

Der Tatbestand des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 BauGB ist erfüllt, wenn das Gebäude die Kulturlandschaft prägt, weil diese ihre besondere Eigenart auch durch das Gebäude erhält. Das Gebäude muss durch seine nach außen erkennbaren und in die Umgebung wirkenden besonderen baulichen Merkmale auf das Erscheinungsbild der Landschaft wesentlichen Einfluss nehmen und dadurch wiederum seinen Gestaltwert erhalten.<sup>10</sup>

Hinter diesen Anforderungen bleibt § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB graduell zurück. Das Gebäude muss die Kulturlandschaft nicht prägen. Es muss jedoch

durch seine äußere Gestalt zur Kulturlandschaft erkennbar beitragen, damit seine Gestalt zu deren Wahrung als erhaltenswert qualifiziert werden kann. Dass ein regionaltypisches Fachwerk- oder Bruchsteingebäude aus dem 19. Jahrhundert diese Merkmale erfüllen kann, wird niemand bestreiten. Aber gilt das auch für das Wohnhaus des Aussiedlerhofes aus den 1960er Jahren? Meines Erachtens ja, denn diese Höfe und ihre damals typische Architektur stehen für die Spezialisierung und Konzentration landwirtschaftlicher Betriebe und damit für den Strukturwandel der Landwirtschaft in der Nachkriegszeit. Zu weitgehend<sup>11</sup> ist dagegen angesichts der aus der Intention des Gesetzgebers abzuleitenden engen Auslegung der Vorschrift die Auffassung, dass nur offensichtlich der Kulturlandschaft entgegenstehende, sie gleichsam störende vorhandene Gebäude für die Kulturlandschaft nicht erhaltenswert sind.<sup>12</sup>

#### 3. Die äußere Gestalt des Gebäudes wird im Wesentlichen wieder hergestellt

Weitere Genehmigungsvoraussetzungen ergeben sich aus der entsprechenden Anwendung des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 b) bis g) BauGB. Von besonderer Bedeutung ist die Voraussetzung, dass die äußere Gestalt des Gebäudes im Wesentlichen gewahrt bzw. wieder hergestellt werden muss. Unwesentliche Veränderungen der Gestalt des ursprünglichen Gebäudes sind nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich zulässig. Genannt werden beispielhaft der Einbau von für das Wohnen erforderlichen Fenstern oder eines geeigneten Eingangsbereiches sowie nach außen sichtbare Maßnahmen zur Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen an die Energieeinsparung. Das alte Gebäude muss zwar vorhanden sein und darf nicht zerstört sein oder als Ruine dastehen.<sup>13</sup> Dass es aber wie beim Be-

8 OVG Münster, Beschl. v. 13.06.2016 – 7 A 1029/15, juris Rdnr. 18.

9 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 03.07.2018 – 10 A 1231/17, juris Rdnr. 6.

10 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.10.1993 – 4 B 160/93, juris Rdnr. 5 und v. 17.01.1991 – 4 B 186/90, juris Rdnr. 3; OVG Münster, Urt. v. 13.11.1998 – 11 A 2641/94, juris Rdnr. 28 ff. und v. 15.12.2011 – 2 A 2645/08, juris, Rdnr. 51; VG Göttingen, Urt. v. 10.08.2017 – 2 A 204/15, juris Rdnr. 36 ff.

11 Vgl. auch VG Göttingen, Urt. v. 10.08.2017 – 2 A 204/15, juris Rdnr. 39.

12 So aber Battis/Mitschang/Reidt, Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden, NVwZ 2013, 961 (966).

13 Vgl. Söfker (Fn. 5), § 35 Rdnr. 163a.

günstigungstatbestand des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 a) BauGB noch eine „erhaltenswerte Bausubstanz“ haben muss,<sup>14</sup> ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht. Da durch § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB die Errichtung eines Neubaus ermöglicht werden soll, wäre die Forderung nach einem Vorhandensein erhaltenswerter Bausubstanz auch unsinnig.<sup>15</sup>

#### 4. Keine stärkere Belastung des Außenbereichs

§ 35 Abs. 4 Satz 2 VGB verlangt ferner, dass durch die Neuerrichtung des Gebäudes keine stärkere Belastung des Außenbereichs zu erwarten ist. Aus dieser Formulierung wird nicht deutlich, ob und inwieweit diese Voraussetzung eine eigenständige Bedeutung hat, die über die entsprechend anzuwendenden Tatbestandsmerkmale des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 b) bis g) hinausgehen.<sup>16</sup> Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich nur, dass durch die Bindung an enge Voraussetzungen eine zusätzliche Belastung des Außenbereichs vermieden werden soll.<sup>17</sup> Vergleichsmaßstab für die „stärkere Belastung“ kann nur die Nutzungsänderung des Gebäudes nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB sein, nicht dagegen die bisherige Nutzung des Gebäudes i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 1 ohne Nutzungsänderung oder gar die Nichtnutzung oder der Abbruch dieses Gebäudes.<sup>18</sup> Die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals ist somit in jeder Hinsicht relativ.

#### 5. Vereinbarkeit mit nachbarlichen Interessen

Das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarkeit des Neubaus mit nachbarlichen Interessen ergibt sich aus dem allgemeinen Gebot der Rücksichtnahme im Außenbereich.<sup>19</sup> Insofern handelt es sich um eine Klarstellung.<sup>20</sup> Anders als bei den Regelungen der §§ 31 Abs. 2 und 34 Abs. 3a Satz 1 Nr. 1 c) BauGB, bei denen der Gesetzgeber lediglich eine „Würdigung“ der nachbarlichen Interessen verlangt, steht der Genehmigungsbehörde bei der Prüfung der Vereinbarkeit des Neubauvorhabens mit den nachbarlichen Interessen kein Ermessensspielraum zu.<sup>21</sup> Bedeutung erlangen kann dieses Tatbestandsmerkmal insbesondere im Hinblick auf den öffentlichen Belang der „schädlichen Umwelteinwirkungen“ i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB, denen das Neubauvorhaben ausgesetzt sein oder hervorrufen kann. Dessen Anwendung ist durch § 35 Abs. 4 Satz 1 BauGB nicht ausgeschlossen.

#### 6. Geringfügige Erweiterung und Standortabweichung

§ 35 Abs. 4 Satz 3 BauGB lässt bei der Neuerrichtung des Gebäudes wie auch in den Fällen des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 BauGB geringfügige Erweiterungen des neuen Gebäudes gegenüber dem beseitigten oder zerstörten Gebäude sowie geringfügige Abweichungen vom bisherigen Standort des Gebäudes zu. Die Grenze der geringfügigen Erweiterungen lässt sich nach der Rechtsprechung nicht in Prozentsätzen festlegen.<sup>22</sup> Auch eine geringfügige Standortabweichung ist zulässig, z.B. weil der Bauherr noch in dem bestehenden Gebäude wohnt, während das neue Gebäude errichtet wird. Voraussetzung ist immer, dass die Standortabweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

#### 7. Begründeter Einzelfall

Die Anwendung des § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB ist nach dem Gesetzeswortlaut auf den „begründeten Einzelfall“ beschränkt. Wann ein begründeter Ausnahmefall vorliegt, sagt das Gesetz nicht. Auch die Gesetzesbegründung, wonach „im Einzelfall auch eine Neuerrichtung von Gebäuden begünstigt werden“ soll, hilft nicht weiter. § 35 Abs. 4 Satz 1 BauGB und die dort genannten sechs Fallgruppen stellen bereits eine Privilegierung und damit auch Ausnahme gegenüber den „sonstigen Vorhaben“ i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB dar. Der Wortlaut des § 35 Abs. 4 Satz 1 BauGB enthält jedoch die Einschränkung „im Einzelfall“ nicht. Hieraus könnte man schlussfolgern, dass die Anwendung des § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB noch eingeschränkter erfolgen soll, als die des § 35 Abs. 4 Satz 1 BauGB. Mit dieser Lesart würde jedoch das gesetzgeberische

14 So aber Söfker (Fn. 5), § 35 Rdnr. 163b.

15 Vgl. auch VG Göttingen, Urt. v. 10.08.2017 – 2 A 204/15, juris Rdnr. 38.

16 So auch Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 35 Rdnr. 107c.

17 Vgl. BT-Drucks. 17/11468, S. 31.

18 So auch Söfker (Fn. 5), § 35 Rdnr. 163d.

19 Vgl. Bracher, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, Rdnr. 2409.

20 Söfker (Fn. 5), § 35 Rdnr. 163e.

21 Roeser (Fn. 16), § 35 Rdnr. 107d.

22 BVerwG, Urt. v. 31.10.1990 – 4 C 45.88, juris Rdnr. 30; in der Lit. wird eine Erweiterung des Bauvolumens bis zu 10 % noch für geringfügig gehalten, vgl. Dürr, in: Kohlhammer Kommentar zum BauGB, § 35 Rdnr. 162. Rieger, in: Schrödter, BauGB – Kommentar, § 35 Rdnr. 183 sieht die Grenze bei 20 % der Grundfläche.

Ziel, den Strukturwandel in der Landwirtschaft zu unterstützen, konterkariert. Gegen diese Lesart spricht auch die Formulierung in der Begründung, dass „oft die optisch intakte Bausubstanz eines Gebäudes so marode ist, sodass nur eine Neuerrichtung in Betracht kommt“. Wenn also dieser Fall „oft“ auftritt, muss auch § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB „oft“ anwendbar sein. Ist deshalb das Tatbestandsmerkmal „in begründeten Einzelfällen“ nur Ausdruck mangelnder Courage des Gesetzgebers bei der Ausweitung der Zulässigkeit von (Neubau-)Vorhaben im Außenbereich?

In der Literatur<sup>23</sup> wird die Auffassung vertreten, die einschränkende Formulierung „im Einzelfall“ enthalte ein quantitatives Regulativ, weshalb auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Satz 2 die Zulassung der Neuerrichtung eines Gebäudes immer nur eine Einzelfallentscheidung sein dürfe. Das zusätzliche Erfordernis eines „begründeten“ Einzelfalls beschränke diese Einzelfallentscheidung qualitativ auf die Fälle, bei denen keine stärkere Belastung des Außenbereichs als in den übrigen Fällen des Satzes 1 eintrete. Diese Argumentation überzeugt nicht. Zum einen spricht sie dem Begriff „im begründeten Einzelfall“ die Qualität eines eigenständigen Tatbestandsmerkmals ab, wenn sie diesen Begriff nur als Verstärkung oder Verdeutlichung anderer Tatbestandsmerkmale qualifiziert. Zum anderen rückt sie die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Neubaus in die Nähe einer Ermessensausübung. Gerade im Vergleich mit dem Wortlaut der §§ 31 Abs. 2 oder 34 Abs. 3a Satz 1 Nr. 1 c) BauGB steht der Genehmigungsbehörde bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB kein Ermessen zu.<sup>24</sup>

Andere Stimmen<sup>25</sup> sehen in der Formulierung „im begründeten Einzelfall“ das Erfordernis einer atypischen Fallkonstellation. Diese könne z.B. vorliegen, wenn eine Sanierung des Gebäudes bautechnisch nicht mehr möglich oder finanziell nicht zumutbar ist.<sup>26</sup> Für diese Auslegung spricht die Gesetzesbegründung mit ihrem Hinweis, dass eine optisch intakte Bausubstanz marode sein kann, sodass nur eine Neuerrichtung in Betracht kommt. Die Formulierung „oft“ in der Gesetzesbegründung zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber nicht nur an diesen Fall gedacht haben kann. Darüber hinaus hat er anders als in § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB die marode Bausubstanz nicht zum Tatbestands-

merkmal erhoben.<sup>27</sup> Ferner wird argumentiert, § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB ermögliche bereits den Neubau eines gleichartigen Wohngebäudes an gleicher Stelle, sodass für diese Fallkonstellation § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB gar nicht erforderlich sei. Dabei wird aber nicht bedacht, dass für die Anwendbarkeit des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB der Eigentümer zuvor jahrelang in seiner „Ruine“ gelebt haben muss. Schließlich wird überlegt, dass § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB nur Anwendung finden soll, wenn der Eigentümer des vorhandenen Gebäudes gute Gründe dafür anführen kann, weshalb er das Gebäude durch einen Neubau ersetzen möchte.<sup>28</sup> Diese Überlegung kann jedoch auch nicht überzeugen, denn sie würde die Zulässigkeit eines Neubaus nach dieser Vorschrift in die Beliebigkeit der Überzeugungskraft des Bauherrn und seines Architekten auf der einen Seite und der Baugenehmigungsbehörde auf der anderen Seite rücken und damit der objektiven Kontrolle des Anspruchs auf die Erteilung einer Baugenehmigung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entziehen. Vielleicht sollte man deshalb dem Tatbestandsmerkmal „im begründeten Einzelfall“ keine allzu große Bedeutung beimessen und vielmehr davon ausgehen, dass mit diesen Worten nur der Ausnahmeharakter der Vorschrift verdeutlicht werden soll.<sup>29</sup>

#### IV. Resümee

§ 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB ist seit mehr als fünf Jahren Gesetz. Die Vorschrift wird jedoch offensichtlich nur äußerst zurückhaltend angewendet. Indiz hierfür mag sein, dass sich soweit ersichtlich bislang nur das Verwaltungsgericht Göttingen in seinem Urteil vom 10.08.2017<sup>30</sup> mit dieser Vorschrift inhaltlich befasst hat. Über die Gründe für diese zurückhaltende Anwendung kann man nur spekulieren. Vielleicht liegt sie darin begründet,

23 Roeser (Fn. 16), § 35 Rdnr. 107c.

24 So ausdrücklich Roeser (Fn. 16), § 35 Rdnr. 107d.

25 Decker, in: KommP spezial 3/2013, 155 (157); Spieß, in: Jäde/Dirnberger, BauGB-Kommentar, § 35 Rdnr. 172.

26 So auch Soefker (Fn. 5), § 35 Rdnr. 163c; Habermann, Der „begründete Einzelfall“ nach § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB, UPR 2018, 128 (130).

27 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB – Kommentar, § 35 Rdnr. 167.

28 Spieß (Fn. 25); Rieger (Fn. 22), § 35 Rdnr. 209.

29 So wohl auch Rieger (Fn. 22), § 35 Rdnr. 209.

30 VG Göttingen, Urt. v. 10.08.2017 – 2 A 204/15, juris.

dass die Vorschrift im „Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts“ nicht wahrgenommen und inmitten des langen Textes des § 35 BauGB nicht gefunden wird. Vielleicht sind auch die vielen unbestimmten und unklaren Rechtsbegriffe und die fehlende Spruchpraxis der Gerichte ein Grund dafür, dass die Vorschrift so wenig Anwendung findet, wobei die fehlende Rechtsprechung natürlich wieder auf die fehlende Anwendung der Vorschrift in der Verwaltungspraxis zurückzuführen ist. Möglicherweise ist jedoch auch der Grundsatz, dass eine Nachfolgenutzung von Gebäuden im Außenbereich nur möglich ist, wenn der Gebäudebestand erhalten wird, so in den Köpfen der Gesetzesanwender „eingebrennt“, dass diese an die durch § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB ermöglichte Beseitigung und Neuerrichtung eines Gebäudes im Außenbereich gar nicht zu denken wagen.

Der Schutz des Außenbereichs ist sicherlich ein hohes Gut. Trotzdem sollten die Gestaltungsspielräume, die der Gesetzgeber eröffnet hat, auch genutzt werden. Die Frage, ob § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB in den eingangs geschilderten Fallbeispielen helfen kann, ist mit „ja“ zu beantworten: Im ersten Fall, bei dem der Bestandsschutz erloschen ist, weil das ursprüngliche Gebäude entgegen der Baugenehmigung abgebrochen wurde, ist die Genehmigung eines Neubaus auf der Grundlage dieser Vorschrift möglich, wenn das ursprüngliche Gebäude vom äußeren Erscheinungsbild auch zur Wahrung der Kulturlandschaft erhaltenswert war und dieses – z.B. anhand von Fotos und Zeichnungen – nachgewiesen werden kann. Der Einwand,

eine nachträgliche Genehmigung auf der Grundlage des § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB sei nicht möglich, weil diese Vorschrift zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung noch das Vorhandensein des alten Gebäudes voraussetze, überzeugt nicht. Zum einen ergibt sich dies nicht aus dem Gesetz. Im Gegenteil lässt sich aus dem Wortlaut des § 35 Abs. 4 Satz 3 BauGB, wonach geringfügige Erweiterungen des neuen Gebäudes „gegenüber dem beseitigten oder zerstörten Gebäude“ zulässig sind, herauslesen, dass die Genehmigung der Erweiterung des Gebäudes eben auch dann zulässig ist, wenn das ursprüngliche Gebäude bereits beseitigt oder zerstört ist. Zum anderen darf die Versagung einer Baugenehmigung nicht dazu missbraucht werden, rechtswidriges Verhalten des Bauherrn zu sanktionieren. Hierfür gibt es das Ordnungswidrigkeitenrecht mit seinen Bußgeldverfahren.

Im zweiten Fall ist es häufig schlicht der Unkenntnis der Rechtslage geschuldet, dass jemand ein im Außenbereich befindliches, in der Bausubstanz marodes Gebäude erwirbt und dann feststellen muss, dass ein Ersatzbau auf der Grundlage des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB nicht möglich ist, weil er nicht mehrere Jahre in dem Gebäude gewohnt hat. Diese Fälle, in denen die langjährigen Bewohner eines Gebäudes im Außenbereich – zumeist ehemalige Landwirte – aus Altersgründen ihr Haus verkaufen wollen oder müssen, gehören zu den Fällen, bei denen § 35 Abs. 4 Satz 2 BauGB die bisher bestehenden Möglichkeiten des § 35 Abs. 4 Satz 1 BauGB ergänzt und den Strukturwandel in der Landwirtschaft unterstützt. Ein mutigerer und offenerer Umgang mit dieser Vorschrift ist wünschenswert.