

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 7b985_10
letzte Aktualisierung: 18.10.2010

OVG Nordrhein-Westfalen, 20.9.2010 - 7 B 985/10

BauO NW 2006 §§ 65 Abs. 1 Nr. 44, 63 Abs. 1; BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 1

Grundsätzliche Genehmigungspflichtigkeit einer Fotovoltaikanlage auf dem Dach eines Gebäudes im Außenbereich

Der angefochtene Beschluss wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Der Antrag wird abgelehnt.

Tenor:

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 15.000,- Euro festgesetzt.

Gründe:

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Der Antrag auf Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers gegen die Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 10. Juni 2010 hat keinen Erfolg. Bei der hier nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung erweist sich die angefochtene Nutzungsuntersagung als rechtmäßig.

Die Nutzungsuntersagung ist ausschließlich darauf gestützt, dass die Errichtung der strittigen Fotovoltaikanlage des Antragstellers auf dem Dach der Reithalle auf dem im Eigentum des Landwirts W. U. stehenden Grundstück Gemarkung O. , Flur 5, Flurstück 357 (P. 12) in I. formell illegal sei. Diese Einschätzung ist zutreffend, denn das ohne Baugenehmigung durchgeführte Vorhaben ist baugenehmigungspflichtig.

Nach § 63 Abs. 1 BauO NRW bedürfen die Errichtung, die Änderung, die Nutzungsänderung und der Abbruch baulicher Anlagen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 65 bis 67, 79 und 80 BauO NRW nichts anderes bestimmt ist. Mit der Errichtung der Fotovoltaikanlage ist gleichzeitig eine Nutzungsänderung der Reithalle vorgenommen worden. Eine die Genehmigungspflicht auslösende Nutzungsänderung liegt vor, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen Nutzung dergestalt unterscheidet, dass sie anderen oder weitergehenden Anforderungen bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Art unterworfen ist oder zumindest sein kann. Dies ist hier der Fall. Zu der bislang offenbar landwirtschaftlichen Nutzung der Reithalle tritt eine gewerbliche Nutzung der Dachfläche durch einen Dritten hinzu. Diese zusätzliche Nutzung kann anderen oder weitergehenden Anforderungen insbesondere bauplanungsrechtlicher Art unterworfen sein als die bisherige Nutzung.

Vgl. zur ähnlich gelagerten Fallgestaltung der Errichtung einer Mobilfunkanlage auf einem Gebäude OVG NRW, Beschlüsse vom 2. Juli 2002 - 7 B 924/02 -, BRS 65 Nr. 158, und vom 29. April 2002 - 10 B 78/02 -, BRS 65 Nr. 202; insoweit für die vergleichbare Rechtslage in anderen Bundesländern VGH Bad.-Württ., Urteil vom 26. Oktober 1998 - 8 S 1848/98 -, BRS 62 Nr. 164, und Beschluss vom 8. Februar 2002 - 8 S 2748/01 -, BRS 65 Nr. 157; Nds. OVG, Beschluss vom 31. Januar 2002 - 1 MA 4216/01 -, BRS 65 Nr. 203; Hess. VGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 - 4 TG 3629/00 -, BRS 63 Nr. 174.

Die bisherige Nutzung dürfte als privilegierte Nutzung § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB unterfallen; demgegenüber kann für die strittige zusätzliche Nutzung eine andere planungsrechtliche Beurteilungsgrundlage in Betracht zu ziehen sein, da der erzeugte Strom nicht in dem landwirtschaftlichen Betrieb selbst genutzt, sondern gegen ein monatliches Entgelt von derzeit 4.000,- Euro in das Netz eines Energieversorgers, der C. GmbH, eingespeist wird.

Die Nutzungsänderung der Reithalle lässt sich nicht mit dem Einwand in Abrede stellen, die hier in Rede stehende Fotovoltaikanlage sei isoliert für sich zu betrachten und lasse den Nutzungscharakter des Gebäudes unberührt. Die Fotovoltaikanlage bildet mit der Reithalle eine funktional und zudem auch baukonstruktiv untrennbare Einheit, weil sie das Dach des Gebäudes

nutzt, um die gewünschte Wirkung zu erzielen. Das Gebäude kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Funktionsfähigkeit der Fotovoltaikanlage entfele.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 2. Juli 2002 - 7 B 924/02 -, a. a. O.; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 8. Februar 2002 - 8 S 2748/01 -, a. a. O.

§ 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW führt nicht zur Freistellung der Fotovoltaikanlage von der Genehmigungspflicht. Zwar erfüllt die Errichtung dieser Anlage für sich genommen die Voraussetzungen dieser Vorschrift; die mit dieser Errichtung verbundene Nutzungsänderung der Reithalle bleibt aber gleichwohl genehmigungspflichtig.

Vgl. zu § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW in der bis zum 22. Juli 2003 geltenden Fassung OVG NRW, Beschlüsse vom 2. Juli 2002 - 7 B 924/02 - und vom 29. April 2002 - 10 B 78/02 -, jeweils a. a. O., zur ähnlichen Vorschrift des § 63 Abs. 3 Nr. 2a HBO ferner Hess. VGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 - 4 TG 3629/00 -, a. a. O.

Dieses Normverständnis folgt sowohl aus dem Wortlaut der genannten Vorschrift als auch aus systematischen Erwägungen. § 65 Abs. 1 BauO NRW und hieran anknüpfend § 65 Abs. 2 Nr. 3 BauO NRW unterscheiden zwischen der Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Gebäuden sowie anderen Anlagen und Einrichtungen. § 65 Abs. 1 Nr. 44 i. V. m. Abs. 2 Nr. 3 BauO NRW stellt nach seinem Wortlaut mit beiden Fallgruppen lediglich die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung der genannten Solarenergieanlagen, nicht jedoch der diese tragenden Gebäude von der Genehmigungspflicht frei. Diese systematische Unterscheidung wird durch den Vergleich mit § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW bestätigt, der die Befreiung von der Genehmigungspflicht ausnahmsweise auf die Nutzungsänderung der baulichen Anlage erstreckt, in, auf oder an der die für sich gesehen nicht genehmigungsbedürftige Anlage errichtet wird. Einen solchen Ausnahmetatbestand enthält § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW nicht. Zwar setzt die Vorschrift mit der ersten Fallgruppe voraus, dass die Solarenergieanlage auf oder an einem Gebäude errichtet wird, die damit nur möglicherweise einhergehende Nutzungsänderung dieses Gebäudes stellt sie jedoch nicht von der Genehmigungspflicht frei.

Dass die erste Fallgruppe des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW anders als die zweite Fallgruppe ihrem Wortlaut nach nicht durch das Tatbestandsmerkmal der Unterordnung begrenzt ist, rechtfertigt nicht den Schluss des Verwaltungsgerichts, für auf oder an Gebäuden errichtete Solarenergieanlagen verzichte der Gesetzgeber bewusst auf einen funktionellen Zusammenhang mit der Nutzung des Gebäudes. Die zweite Fallgruppe der Vorschrift verdeutlicht vielmehr, dass der Gesetzgeber nicht etwa aus umweltpolitischen Gründen Solarenergieanlagen uneingeschränkt von der Genehmigungspflicht freistellen wollte, sondern nur unter der Voraussetzung, dass sie dem primären Nutzungszweck der Hauptanlage dienen. Untergeordnete Nebenanlagen im Sinne dieser Vorschrift sind wie bei § 14 Abs. 1 Satz 1 BauNVO nur solche, die sowohl in ihrer Funktion als auch räumlich gegenständlich der Hauptnutzung des Grundstücks und der hierfür benötigten Bebauung dienend zu- und untergeordnet sind.

Vgl. Gädtke/Temme/Heintz/Czepuck, BauO NRW, 11. Aufl. 2008, § 65 Rdnr. 141 und Boeddinghaus/Hahn Schulte, Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stand: Juni 2010, § 65 Rdnr. 211, unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 1976 - IV C 6.75 -, BauR 1977, 109 = BRS 30 Nr. 117.

Es besteht kein Anhalt dafür, dass hiervon abweichend mit der ersten Fallgruppe des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW die Möglichkeit eröffnet werden sollte, Solarenergieanlagen ohne einen

solchen funktionellen Zusammenhang mit der Hauptnutzung genehmigungsfrei zu errichten. Für eine ausdrückliche Klarstellung, dass die Errichtung von Solarenergieanlagen auf oder an Gebäuden nur dann genehmigungsfrei ist, wenn sich ihre Nutzung der Nutzung des Gebäudes unterordnet, bestand kein Bedürfnis. Die Einschränkung ergibt sich gerade schon daraus, dass Nutzungsänderungen des Gebäudes genehmigungspflichtig bleiben.

Diese Auslegung hat auch nicht zur Folge, dass § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW mit der ersten Fallgruppe leerläuft. Der Vorschrift verbleibt ein nicht unerheblicher Anwendungsbereich, denn in einer Vielzahl von Fällen ist die Solarenergieanlage der genehmigten Nutzung des Gebäudes zuzuordnen. Beispielhaft zu nennen sind Solarenergieanlagen, die der Warmwasserbereitung, Heizungsunterstützung oder Stromversorgung eines Wohnhauses oder eines landwirtschaftlichen Betriebs dienen. Dabei bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung, zu welchen Anteilen der mit der Solarenergieanlage produzierte Strom im Wohnhaus oder Betrieb "verbraucht" bzw. benötigt werden muss, um noch von einer der genehmigten Nutzung dienenden Anlage ausgehen zu können.

Die Gesetzesmaterialien rechtfertigen kein abweichendes Normverständnis. Der Gesetzesbegründung,

vgl. Landtagsdrucksache 11/7153, S. 179,

lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber eine präventive Kontrolle in Fällen für erforderlich gehalten hat, in denen mögliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, das Orts- und Landschaftsbild sowie eine geordnete städtebauliche Entwicklung in Betracht zu ziehen sind; im Hinblick auf derartige Gefahren hat er den Freistellungstatbestand des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW neben weiteren – keinen Bezug zum Umweltschutz aufweisenden – Tatbeständen als unproblematisch angesehen. Solche Gefahren können jedoch in Betracht zu ziehen sein, wenn ein Gebäude durch die gewerbliche Nutzung einer Solarenergieanlage eine Nutzungsänderung erfährt, beispielsweise in Fällen, in denen - wie hier - zu einer im Außenbereich privilegierten Nutzung eine weitere gewerbliche Nutzung hinzutritt oder eine der genehmigten Nutzung nicht dienende gewerbliche Nutzung in ein reines Wohngebiet hineingetragen wird. Dieser Bedarf an präventiver Kontrolle wird durch den Einwand des Antragstellers, die gewerbliche Nutzung einer Solarenergieanlage sei von einer Nutzung zum Eigenbedarf äußerlich nicht zu unterscheiden, nicht in Frage gestellt. Ob eine Nutzungsänderung Auswirkungen auf die genannten Belange haben kann, richtet sich nach bauplanungsrechtlichen Maßgaben, die nicht zwingend an das äußere Erscheinungsbild der strittigen Nutzung anknüpfen.

Die gegenteilige Auslegung des § 6 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW durch das Verwaltungsgericht rechtfertigt auch nicht der Vergleich mit § 6 Abs. 11 Satz 1, 2. Spiegelstrich BauO NRW. Nach dieser Vorschrift sind als Garage, Gewächshaus oder zu Abstellzwecken genutzte Gebäude mit einer mittleren Wandhöhe bis zu 3 m über der Geländeoberfläche einschließlich darauf errichteter untergeordneter Anlagen zur Gewinnung von Solarenergie an der Grenze ohne eigene Abstandflächen sowie in den Abstandflächen eines Gebäudes zulässig. Das Tatbestandsmerkmal der Unterordnung ist im Jahr 2006 eingefügt worden. Bei seiner hieran anknüpfenden Argumentation, der Gesetzgeber habe sich zu einer vergleichbaren Änderung des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW nicht veranlasst gesehen und damit bewusst auf eine entsprechende Einschränkung verzichtet, setzt das Verwaltungsgericht das von ihm für zutreffend erachtete Auslegungsergebnis bereits voraus. Unabhängig hiervon ist der Änderung des § 6 Abs. 11 Satz 1, 2. Spiegelstrich BauO NRW keine Aussage zur Reichweite von § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW zu entnehmen, weil die Gesetzesänderung ausschließlich einen abstandrechtlichen Zweck verfolgte. Die Einschränkung wurde aufgrund der technischen Möglichkeiten, die Solaranlagen

beweglich zu konstruieren und entsprechend dem optimalen Ausrichtungswinkel zur Sonne zu betreiben, zur Vermeidung von dem Sinn und Zweck der abstandrechtlichen Privilegierung widersprechenden Anlagen auf den Grenzgebäuden für erforderlich gehalten.

Vgl. Landtagsdrucksache 14/2433, S. 17.

Art. 20a GG gibt schließlich für die Auslegung des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW nichts her. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen bedeutet nicht, dass er sämtliche Vorhaben, die einen Beitrag zum Umweltschutz leisten könnten, ohne präventive bauaufsichtliche Kontrolle zulassen müsste.

Die Nutzungsuntersagung ist nicht unverhältnismäßig. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass eine Nutzungsuntersagung in aller Regel ermessensfehlerfrei allein auf die formelle Illegalität der Nutzung gestützt werden kann. Denn diese begründet für sich gesehen bereits ein erhebliches öffentliches Interesse an der sofortigen Nutzungsuntersagung. Anderenfalls würde der Vorteil, nicht zugelassene Nutzungen bis zum Eintritt der Bestandskraft einer sie untersagenden Ordnungsverfügung wegen der aufschiebenden Wirkung der dagegen erhobenen Klage aufzunehmen und fortführen zu können, einen erheblichen Anreiz bieten, dies auch tatsächlich zu tun. Auf diese Weise würde nicht nur die Ordnungsfunktion des Bauaufsichtsrechts entwertet, sondern auch der gesetzestreue Bürger, der die Aufnahme einer genehmigungspflichtigen Nutzung nur auf der Grundlage einer vollziehbaren Baugenehmigung verwirklicht, gegenüber dem rechtswidrig Handelnden ungerechtfertigterweise benachteiligt; dies gilt unabhängig davon, ob der Betreffende bewusst oder – wie der Antragsteller für sich geltend macht – unbewusst gegen das Genehmigungserfordernis verstößt.

Vgl. nur OVG NRW, Beschlüsse vom 6. Juli 2009 10 B 617/09 -, BauR 2009, 1719, vom 7. August 2008 - 7 B 1099/08 -, juris, und vom 12. Juli 2007 7 E 664/07 -, BRS 71 Nr. 187.

Demgemäß stellt sich eine (sofort vollziehbare) Nutzungsuntersagung grundsätzlich nur dann als ausnahmsweise unverhältnismäßig dar, wenn der erforderliche Bauantrag gestellt, nach Auffassung der Baugenehmigungsbehörde genehmigungsfähig ist und der Erteilung der Baugenehmigung auch sonst keine Hindernisse entgegenstehen.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 22. Juni 2010

- 7 B 585/10 -, vom 6. Juli 2009 - 10 B 617/09 -,

a. a. O., und vom 12. Juli 2007- 7 E 664/07 -, a. a. O.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Antragsteller hat keinen Bauantrag gestellt. Der Antragsgegner hat bislang auch noch keine abschließenden Erwägungen zur Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens angestellt. In der angefochtenen Ordnungsverfügung führt er aus, es könne zurzeit nicht abgesehen werden, ob eine Baugenehmigung nachträglich erteilt werden könne.

Auch im Hinblick auf die vom Antragsteller aufgewandten Investitionskosten von nach seinen Angaben - ca. 320.000,- Euro rechtfertigt sich keine andere Bewertung. Der Antragsteller hat die Möglichkeit, eine Baugenehmigung für die Errichtung der strittigen Fotovoltaikanlage zu beantragen. Dass er bis zu einer Entscheidung über einen solchen Bauantrag die mit den genannten Investitionen verfolgten Ziele nicht realisieren kann, ist ihm zur Gewährleistung der Ordnungsfunktion des formellen Baurechts und der Gleichbehandlung mit dem gesetzestreuem

Bauherrn zuzumuten.

Auch eine gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich. Der Antragsgegner hat vorgetragen, es entspreche seiner durch Erlass des Ministeriums für Bauen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen vorgegebenen Praxis, in gleichgelagerten Fällen gegen nicht genehmigte Nutzungsänderungen einzuschreiten. Dem ist der Antragsteller nicht entgegengetreten. Er hat keinen Fall benannt, in dem die Bauaufsichtsbehörde bei vergleichbarem Sachverhalt nicht eingeschritten wäre; dass die strittige Rechtsfrage bislang nicht gerichtlich geklärt worden ist, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang.

Die Zwangsgeldandrohung ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Sie genügt den Anforderungen der §§ 55 Abs. 1, 57, 60 und 63 VwVG NRW.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).