

Lösungsvorschlag

Teil 1: Rechtsschutzmöglichkeiten der F-GmbH

In Betracht kommt bezüglich der Rechtsschutzmöglichkeiten der F-GmbH ein Normenkontrollverfahren (A) nach § 47 VwGO gerichtet auf die Erklärung der Ungültigkeit des Bebauungsplanes. Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig (I) und begründet (II) ist.

A. Zulässigkeit

Das Normenkontrollverfahren muss zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Nach § 47 I VwGO nimmt das OVG¹ seine Zuständigkeit „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ wahr. Mangels Eingreifens einer Spezialzuweisung muss der Verwaltungsrechtsweg damit nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO eröffnet sein². Hierzu muss es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln und eine abdrängende Sonderzuweisung darf nicht eingreifen. Der Streit um den Vollzug eines Bebauungsplanes ist öffentlich-rechtlicher Natur. Mit der F-GmbH als juristische Person des Privatrechts ist der Streit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung greift nicht ein. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß §§ 47 I, 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Der Bebauungsplan, der in Berlin gemäß § 246 II BauGB als Rechtsverordnung festzusetzen ist, stellt nach § 47 I Nr. 1 VwGO einen statthaften Gegenstand des Normenkontrollverfahrens dar.

III. Antragsbefugnis

Mit der F-GmbH stellt eine juristische Person des Privatrechts den Normenkontrollantrag vor dem OVG. Nach § 47 II 1 VwGO muss der Antragsteller geltend machen durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Die F-GmbH hat bereits geeignete Grundstücke im Plangebiet erworben, sie hat damit die ernsthafte Absicht mehrere Windkräder zu errichten. Zwar kann sie auch nach den Vorgaben des Bebauungsplanes noch Windräder errichten, sie ist aber zahlenmäßig in deren Errichtung beschränkt. Damit kommt eine Verletzung der F-GmbH in ihrer Eigentumsfreiheit und ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nach Art. 14 I GG und Art. 12 I GG in Betracht. Daneben ist nicht ausgeschlossen, dass die Belange der F-GmbH nach § 1 VII BauGB fehlerhaft gewichtet wurden, indem ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als privaten Belang³ nicht hinreichend Rechnung getragen wurde.

IV. Zuständigkeit des Gerichts

Nach § 47 I Nr. 1 VwGO, § 1 I AGVwGO (Berlin) ist das OVG sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit des OVG Berlin-Brandenburg folgt aus § 52 Nr. 1 VwGO.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

¹ In Baden-Württemberg, Bayern und Hessen „VGH“, vgl. dazu § 184 VwGO i.V.m. § 1 I 1 AGVwGO BW, Art. 1 I 1 BayAGVwGO, § 1 I 1 Hess.VwGO.

² Hierzu näher Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Ehlers VwGO, 21. Aufl. (2011), § 40 Rn 13; Kopp/Schenke VwGO, 17. Aufl. (2011), § 47 Rn 17.

³ Battis/Löhr/Krautzberger BauGB, 11. Aufl. (2009), § 1 Rn 101.

Die F-GmbH ist als juristische Person des Privatrechts gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligten- und gemäß § 62 III VwGO prozessfähig. Eine Vertretung erfolgt durch ihren Geschäftsführer gemäß § 35 I 1 GmbHG. Nach § 67 I 1 VwGO muss sich die F-GmbH zudem von einem Rechtsanwalt vertreten lassen. Das Land Berlin ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligten- und nach § 62 III VwGO prozessfähig.

VI. Antragsgegner; Antragsfrist und Form

Gemäß § 47 II 2 VwGO ist das Land Berlin nach dem Rechtsträgerprinzip richtiger Klagegegner. Die F-GmbH hat den Normenkontrollantrag unmittelbar nach Bekanntmachung des Bebauungsplans und damit gemäß § 47 II 1 VwGO binnen eines Jahres erhoben. Sie hat bei Stellung ihres Antrags die allgemeinen Formvorschriften der §§ 81, 82 VwGO zu wahren.

VII. Keine Präklusion

Nach § 47 II a VwGO i.V.m. § 3 II 2 VwGO sind dem Antragsteller die Einwendungen abgeschnitten, die er nicht rechtzeitig innerhalb des Planverfahrens vorgebracht hat. Die F-GmbH hat in beiden Verfahren zur Öffentlichkeitsbeteiligung sämtliche Rügen, auf die sie sich später beruft, bei der Senatsverwaltung nach § 8 II AGBauGB geltend gemacht.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt, wenn sich unabhängig vom Ausgang des Verfahrens keine wirkliche Chance ergibt, das bezweckte Ziel zu erreichen.⁴ Ein erfolgreicher Antrag muss demnach die Rechtsstellung der F-GmbH verbessern, dies ist der Fall, wenn der Bebauungsplan noch nicht vollständig umgesetzt wurde und noch keine irreversiblen Zustände geschaffen wurden.⁵ Vorliegend kann durch ein Obsiegen im Normenkontrollverfahren eine Verhinderung der Beschränkung der zulässigen Windräder nur erfolgen, wenn die Genehmigung weiterer Windräder auf der Grundlage von § 35 I Nr. 5 BauGB möglich ist. Die gesetzlich fixierte Privilegierung kommt dort nicht zum Tragen, wo der Flächennutzungsplan eine sachlich und räumlich eindeutige, der Zulässigkeit des Vorhabens entgegenstehende, standortbezogene Aussage enthält.⁶ Die weitere Errichtung ist folglich dann nicht möglich, wenn sie nach § 35 III 1 Nr. 1 BauGB den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt somit, wenn trotz der Nichtigkeit des Bebauungsplanes der Flächennutzungsplan wirksam bestehen bleibt.⁷ Eine solche Leitfunktion kommt den Darstellungen des Flächennutzungsplans aber nur dann zu, wenn sie den bindenden raumordnerischen Zielaussagen nicht entgegenstehen. Vorliegend bestehen die gegen den Bebauungsplan vorgebrachten Bedenken auch gegenüber dem Flächennutzungsplan.⁸ So wäre er bei Nichtigkeit des Bebauungsplans aufgrund rechtswidriger Beschränkung der Windräderzahl aus denselben Gründen rechtswidrig und nichtig. In einem solchen Fall würde sich die Rechtsstellung der F-GmbH bei einem für sie positiven Ausgang des Verfahrens verbessern.

IX. Ergebnis zur Zulässigkeit

Der Normenkontrollantrag der F-GmbH ist zulässig.

B. Beiladung

⁴ BVerwG NVwZ 2002, 1126; Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner/*Gerhardt/Bier* VwGO, 21. Aufl. (2011), § 40 Rn 77.

⁵ Dazu VGH München BayVBl 2000, 629.

⁶ BVerwG NVwZ 1984, 367; NVwZ 1988, 54; NVwZ 1998, 960.

⁷ EZBK-*Söfker* BauGB, 94. Aufl. (2010), § 35 Rn 80.

⁸ Siehe hierzu OVG Koblenz NVwZ-RR 2011, 432.

§ 47 II 4 VwGO verweist auf § 65 I, IV VwGO, demzufolge ist eine Beiladung grundsätzlich möglich und steht im Ermessen des OVG.⁹ Die W-GmbH kann nur beigeladen werden, wenn sie von den Festsetzungen des Bebauungsplanes profitiert. Dies ist fraglich, da sie auch ohne den Bebauungsplan nach § 35 I Nr. 5 BauGB am Hubertussee Windräder errichten darf und hierfür auch eine Baugenehmigung erhalten könnte. Die konkrete Baugenehmigung basiert aber unmittelbar auf den Festsetzungen des Bebauungsplanes, so dass von einer Begünstigung durch den Bebauungsplan jedenfalls im tatsächlichen Sinne auszugehen ist.

C. Begründetheit

Der Antrag der F-GmbH im Normenkontrollverfahren ist begründet, wenn sich die überprüfte Norm aufgrund eines zur Unwirksamkeit führenden formellen und/oder materiellen Fehlers als ungültig erweist, § 47 I, V 2 VwGO.¹⁰

I. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für den Erlass eines Bebauungsplanes sind die §§ 1 III, 2 I 1, 9 BauGB anzuführen.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Nach §§ 1 III, 2 I, 10 I BauGB sind Bauleitpläne durch die Gemeinden aufzustellen. In Berlin sind grundsätzlich die Bezirke für den Erlass eines Bebauungsplanes zuständig. Vorliegend ist er für die Energieversorgung von ganz Berlin relevant, das Planverfahren ist mithin von außergewöhnlicher stadtpolitischer Bedeutung und fällt gemäß Anlage Nr. 8 II AZG in die Zuständigkeit der Hauptverwaltung. Der Bebauungsplan ist dementsprechend von der Senatsverwaltung mit Zustimmung des Abgeordnetenhauses nach §§ 9 I 1 Nr. 1, III, 6 V AGBauGB zu erlassen. Von einem ordnungsgemäßen Beschluss durch den Senat im Benehmen mit dem Rat der Bürgermeister ist mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt auszugehen.

2. Verfahren nach §§ 2-4, 10 BauGB

a) Beteiligung der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange

Die Öffentlichkeit wurde gemäß § 3 I 1 BauGB frühzeitig von der Neugestaltung unterrichtet. Der Entwurf des Bebauungsplanes wurde mit umweltbezogenen Stellungnahmen vom 18.11. bis zum 19.12.2010 einen Monat lang ausgelegt, § 3 II BauGB. Nach der ersten Auslegung wurden aber Änderungen im Entwurf des Bebauungsplanes vorgenommen, die zweite Auslegung wurde auf zwei Wochen, die Möglichkeit der Abgabe von Stellungnahmen auf einzelne Abschnitte begrenzt. Damit liegt ein Verstoß gegen § 3 I 3 BauGB vor, nachdem eine erneute einmonatige Auslegungspflicht statuiert wird. Nach Wortlaut und Systematik des § 3 II BauGB sind die gesamten Pläne erneut auszulegen.¹¹ Die Nichteinhaltung dieser Vorgaben stellt einen beachtlichen Fehler nach § 214 I Nr. 2 BauGB dar, der nach §§ 214 I 1 Nr. 2, 215 I Nr. 1 BauGB von der F-GmbH auch binnen eines Jahres geltend gemacht wurde. Nach der Neuregelung des § 4a III 2 u. 3 BauGB kann die Dauer und die Möglichkeit der Abgabe von Stellungnahmen aber beschränkt werden, wenn dies angemessen ist.¹² Vorliegend erfolgte

⁹ So auch Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner/Gerhardt/Bier VwGO, 21. Aufl. (2011), § 47 Rn 84a.

¹⁰ Dazu BVerwGE 82, 233; OVG BE 16, 183; Sodan/Ziekow VwGO, 3. Aufl. (2010), § 47 Rn 354; Stier DVBl 1985, 480.

¹¹ BVerwG NVwZ 2010, 778; zur alten Fassung BVerwGE 82, 226 ff.; Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 11. Aufl. (2009), § 4a Rn 4; Kaltenborn BauR 1999, 342.

¹² Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 11. Aufl. (2009), § 4a Rn 4; Schmidt-Eichstaedt ZfBR 2005, 755.

weder eine Einschränkung der Auslegung auf einen bestimmten Wochentag noch auf eine bestimmte Uhrzeit. Eine Beschränkung der Auslegung von vier auf zwei Wochen ist damit angemessen. Weil im Entwurf nur die Maximal-Windradszahl auf drei erhöht wurde und dieser Inhalt auch vom Rest des Entwurfs abtrennbar ist, ist die Begrenzung der Abgabe von Stellungnahmen ebenfalls angemessen. Bei der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange ergibt sich dieselbe Problematik. Auch hier ist damit eine Beteiligung entgegen § 4 II BauGB ordnungsgemäß nach § 4a III 2 und 3 BauGB erfolgt.

b) Weitere formelle Voraussetzungen

Ein ordnungsgemäßer Aufstellungsbeschluss nach §§ 2 I 1, 10 I BauGB und die Genehmigung bzw. Anzeige des beschlossenen Bebauungsplanes gemäß § 10 II BauGB sind zu unterstellen. Die ortsübliche Bekanntmachung nach § 10 III BauGB und eine Begründung nach § 9 VIII BauGB sind erfolgt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Erforderlichkeit der Planung

Der Erlass eines Bebauungsplanes muss nach § 1 III BauGB für die städtebauliche Entwicklung erforderlich sein. Bei einem Bebauungsplan handelt es sich zwangsläufig um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I 2 GG, damit bedarf jeder Bebauungsplan grundsätzlich einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.¹³ In diesem Zusammenhang stellt das Erfordernis einer Planrechtfertigung für die Planungshoheit, die als eine der Gemeindehoheiten Art. 28 GG zu entnehmen ist, eine „Missbrauchsschranke“ dar.¹⁴ Hiernach haben die Gemeinden, in Berlin der Bezirk bzw. das Land, Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung erforderlich ist. Hierzu ist die Vorfrage zu klären, ob das Land Berlin bzw. der Bezirk Reinickendorf im Rahmen der städtebaulichen Entwicklung überhaupt Bebauungspläne festsetzen darf, mit denen es/er eine eigene Klimapolitik betreibt.

a) Kommunalen Klimaschutz durch Bauplanungsrecht

Völkerrechtliche und europarechtliche Abkommen zum Klimaschutz werden vom Bund abgeschlossen, die alleiniger Vertragspartner dieser Übereinkünfte ist. Demnach stellt sich die Frage, ob der Bezirk bzw. das Land Berlin berechtigt ist, eine eigenständige Klimapolitik zu betreiben. Nach der Rechtsprechung des BVerwG können die Gemeinden innerhalb der ihnen nach Art. 28 II GG zugewiesenen Regelungskompetenz für die örtliche Gemeinschaft eine eigenständige Klimaschutzpolitik verfolgen. Umstritten ist nur, ob sich die Kompetenz weitergehend auch auf den allgemeinen globalen Klimaschutz erstreckt oder ob sie auf den örtlichen bzw. lokalen Klimaschutz beschränkt ist.¹⁵ Die in Art. 28 II GG aufgezeigten Regelungshoheiten gelten grundsätzlich auch bei der Aufgabenverteilung zwischen der Berliner Senatsverwaltung und den Bezirken. Nach dieser zutreffenden Auffassung können das Bezirksamt und das Land Berlin jedenfalls im Rahmen ihrer Kompetenzen eine eigenständige Klimaschutzpolitik betreiben. Der Bau von Windrädern dient nicht nur der globalen Reduzierung von Treibhausgasen durch die Förderung erneuerbarer Energien, sondern vor allem auch dem örtlichen Klimaschutz von Berlin. Denn gerade Berlin selbst soll den „sauberen“ Strom beziehen und damit auf den Bau anderer Kraftwerke zur Versorgung seiner Einwohner verzichten. Dementsprechend können der Bezirk und das Land Berlin einen Bebauungsplan beschließen, der die Errichtung von Windrädern und damit die Stärkung von erneuerbaren Ener-

¹³ BVerwG NVwZ 2003, 749 f.; NVwZ-RR 2004, 89; *Diirr* JuS 2007, 523, *Rossen-Stadtfeldt/Ulleweit* **Jura** 2004, 637 f.

¹⁴ Zur Einordnung von Art. 28 GG VGH Kassel NVwZ-RR 2007, 300; *Ibler* Öff Baurecht, 2006, S. 143.

¹⁵ Dazu *Krautzberger/Stüer* BauR 2011, 1418.

gien zum Inhalt hat. Außerdem gehört der Klimaschutz nach § 1 V 2 BauGB zu einem Planungsziel und stellt eine Sollensverpflichtung der Gemeinden auf.¹⁶ In § 9 I Nr. 12, Nr. 23 b BauGB sind zudem den Klimaschutz präzisierende Ermächtigungen vorgesehen. Mit der BauGB-Novelle ist die Stärkung der klimagerechten Stadtentwicklung bezweckt.¹⁷ Damit ist der Klimaschutz zu einem Grundsatz der Bauleitplanung geworden, der sich in den Bauleitplänen widerspiegeln soll, die durch die Gemeinden aufzustellen sind.¹⁸ Dies wird im neu gefassten § 1 V 2 BauGB und im neu hinzugefügten § 1a V BauGB auf klarstellende Weise geregelt.¹⁹ Damit können der Bezirk Reinickendorf und das Land Berlin gemeinsam einen eigenständigen Klimaschutz betreiben. Problematisch kann aber sein, dass durch die Kontingentierung der zulässigen Windräder eher die Begrenzung ihrer Errichtung bezweckt war und damit Ziele verfolgt wurden, die dem Klimaschutz entgegenstehen. Diese Frage ist aber erst im Rahmen der Abwägung von Bedeutung, da der Bau von Windrädern tatsächlich dem Klimaschutz dient, auch wenn deren Anzahl letztendlich begrenzt wird. Dementsprechend ist die Senatsverwaltung in Zusammenarbeit mit dem Bezirk berechtigt durch bauplanerische Festsetzungen eine eigene Klimapolitik zu betreiben.

b) Negativplanung

Maßgeblich für die Annahme einer unzulässigen Negativplanung ist nicht, welche planerischen Ziele verfolgt werden, denn das liegt im planerischen Ermessen der Gemeinde, sondern dass keine positiven planerischen Ziele verfolgt werden. Der Bebauungsplan sieht die Errichtung von drei Windrädern vor. Hierdurch wird aber auch dem Bau weiterer Windräder „Vorschub“ geleistet. Nach überzeugender Auffassung ist eine unzulässige Negativplanung auch dann anzunehmen, wenn die im Bebauungsplan getroffenen Festsetzungen nur vorgeschoben werden, um einen weitergehenden Bauwunsch zu durchkreuzen.²⁰ Vorliegend wird die Feinsteuerung möglicher Windräder auf natur- und artenschutzrechtlichen Gesichtspunkten gegründet, die durch Gutachten belegt werden. Dass mit dieser Planung möglicherweise nur eine Begrenzung der Windradzahl bezweckt wird, ist unerheblich, soweit ein legitimes Planungsinteresse nicht von vornherein als eindeutig vorgeschoben angesehen werden kann. So ist nicht ausgeschlossen, dass das Plangebiet ohne entsprechende Vorgaben mit Windrädern überplant würde. Eine Feinsteuerung wäre auch nicht mit den Vorgaben des § 35 BauGB realisierbar, so dass ein Bebauungsplan überflüssig wäre. Damit obliegen der Planung vernünftige städtebauliche Gründe. Insoweit besteht auch ein konkreter Bedarf für diese Planung, denn die F-GmbH hat bereits einige geeignete Grundstücke erworben, auf denen sie zukünftig Windräder errichten will.²¹

2. Inhaltliche Vorgaben des BauGB und der BauNVO

Die Gemeinde, hier der Bezirk und der Land Berlin, hat nach Art. 28 II GG zwar ein umfangreiches Planungsermessen, es findet seine Grenzen aber in den übergeordneten Zielen der Raumordnung und in § 9 BauGB i.V.m. den Vorgaben der BauNVO.

¹⁶ BVerwGE 118, 41 ff.; in der Literatur wird die Norm mit großer Zurückhaltung wahrgenommen EZBK-Krautzberger BauGB, 11. Aufl. (2009), § 1 Rn 107a; zum Kyoto-Protokoll und den EU-Klimazielen Frenz ZNER 2009, 112 ff.; zum Klimaschutz in der Bauleitplanung Mitschang NuR 2008, 601 ff.; Ingold/Schwarz NuR 2010, 154; Schmidt NVwZ 2006, 1354 ff.

¹⁷ BauGB-Klimanovelle 2011, Gesetz vom 22.07.2011 (BGBl. I S. 1509).

¹⁸ Krautzberger/Stüer BauR 2011, 1418.

¹⁹ Krautzberger/Stüer BauR 2011, 1418.

²⁰ BVerwGE 40, 262; NVwZ 1991, 875; EZBK-Söfker/Runkel BauGB, 94. Aufl. (2010), § 1 Rn 32.

²¹ Mit entsprechender Argumentation ist auch ein anderes Ergebnis vertretbar, mit der Konsequenz eines Verstoßes gegen § 1 III BauGB, der von der Folgenregelung in §§ 214, 215 BauGB nicht erfasst ist. Er wäre ohne Weiteres als erheblich und beachtlich anzusehen, und führte damit zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans.

a) Festsetzungsgegenstand eines Bebauungsplanes nach § 9 BauGB

Der Katalog möglicher Festsetzungen ist in § 9 BauGB abschließend umschrieben, es gibt somit kein Festsetzungsfindungsrecht der Gemeinde, des Bezirkes oder des Landes Berlin.²² Vielmehr legt § 9 BauGB fest, was im Bebauungsplan an bodenrechtlich verbindlichen Regelungen der Grundstücksnutzung gerade im Hinblick auf die Sozialbindung nach Art. 14 I 2 GG erlaubt ist.²³ Der durch die BauGB-Novelle neu eingefügte § 9 I 1 Nr. 12, Nr. 23b BauGB ermöglicht nur eine generelle Festlegung des Gebietes, in dem Windenergie betrieben wird.²⁴ Auch im durch die BauGB-Novelle eingefügten § 249 II i.V.m. § 9 II 1 Nr. 2 BauGB, der speziell auf Windräder bezogen ist, ist keine Ermächtigung zu deren zahlenmäßigen Beschränkung vorgesehen.²⁵ Für die im Bebauungsplan vorgenommene Festsetzung der zulässigen Windräder auf maximal drei enthält § 9 BauGB damit keine spezielle Rechtsgrundlage. Sie könnte aber nach allgemeinen Kriterien als Maß oder Art der baulichen Nutzung eingeordnet werden.

aa) Maß der baulichen Nutzung

Die Vorgaben über das Maß der baulichen Nutzung werden in den §§ 16-21a BauNVO abschließend konkretisiert, die nach § 9a BauGB ergänzend heranzuziehen ist.²⁶ Hier kommt einzig § 16 II BauNVO in Betracht, in dem die allgemeinen Ausgestaltungen des Maßes der baulichen Nutzung aufgeführt sind. Doch auch hiernach ist die Festlegung einer konkreten Anzahl von Windrädern im Bebauungsplan nicht vorgesehen.

bb) Ausnahme: mittelbare Festlegung

Nach Ansicht des BVerwG ist eine durch das Bauland bedingte eingeschränkte Anlagenzahl im Bebauungsplan regelbar. Damit darf aber gerade keine Festlegung der zulässigen Anlagenzahl in einer abstrakten Weise für das gesamte Plangebiet erfolgen. Vielmehr kann sie nur die Konsequenz aus einer begrenzten Möglichkeit von Standorten für die einzelnen Anlagen sein, aus der sich mittelbar eine Einschränkung der Anlagenzahl in Form von Baufenstern ergibt.²⁷ Mit der Festlegung der zulässigen Windradzahl auf maximal drei wird im Bebauungsplan unmittelbar an die Anzahl angeknüpft, dies geht über eine standortbedingte Beschränkung hinaus.

cc) Art der baulichen Nutzung

Möglicherweise kann die zahlenmäßige Begrenzung der zulässigen Windräder aber als Art der baulichen Nutzung in einen Bebauungsplan festgesetzt werden. Hierzu ist die Frage zu klären, ob ein quantitatives Kriterium ein zulässiges Differenzierungsmerkmal bei der Festlegung der Art der baulichen Nutzung darstellen kann.²⁸ Zutreffenderweise ist eine vorhabenuabhängige quantitative Beschränkung von Nutzungsoptionen nicht zulässig, wenn sie nicht anlagen-, sondern gebietsbezogen erfolgt.²⁹ Eine solche Festsetzung widerspricht dem Ansatz der vorhabenbezogenen Typisierung, der der Baugebietstypologie der BauNVO zugrunde liegt. Demzufolge kann auch der den Gemeinden bei der Festsetzung des Charakters eines Sondergebietes nach § 11 II 1 BauNVO eingeräumte größere Spielraum diesen Grundsatz

²² BVerwGE 92, 62; *Brohm* Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. (2008), § 6 Rn 22 ff.

²³ EZBK- *Söfker* BauGB, 94. Aufl. (2010), § 9 Rn 6 f.

²⁴ Dazu *Krautzberger/Stüer* BauR 2011, 1419.

²⁵ Hierzu genauer *Krautzberger/Stüer* BauR 2011, 1419; *Stüer* DVBl 2011, 1122; *Stüer* Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rn 2671.

²⁶ *Battis/Krautzberger/Löhr* BauGB, 11. Aufl. (2009), § 9 Rn 10.

²⁷ BVerwG NVwZ 2004, 477; OVG MV Urt v 20.5.2009 – 3 K 24/05 (juris), Rn 74.

²⁸ BVerwG NVwZ 2002, 1114.

²⁹ OVG Koblenz UPR 2011, 237.

nicht durchbrechen. Eine Kontingentierung der zulässigen Windradanzahl würde das Prinzip des ersten Zugriffs eröffnen und die Gefahr eines Windhunderennens in sich bergen, mit der Folge, dass Grundeigentümer nach Erschöpfung des Kontingents von der Möglichkeit einer Nutzung ausgeschlossen wären, die im Gebiet sogar vorrangig erfolgen soll.³⁰

dd) Rechtsfolge

Demnach besteht keine Rechtsgrundlage für den Erlass des Bebauungsplanes und somit ein Verstoß gegen die Vorgaben des Bauplanungsrechts. Der Festlegung der Anzahl der zulässigen Anlagen kommt im Bebauungsplan auch eine zentrale Bedeutung zu, sodass keine Teilunwirksamkeit im Sinne von § 139 BGB,³¹ sondern dessen vollständige Unwirksamkeit³² anzunehmen ist.

b) Verstoß gegen die Vorgaben der Raumordnung nach § 1 IV BauGB

Der Bebauungsplan ist als Bauleitplan nach § 1 IV BauGB den übergeordneten Zielen der Raumordnung anzupassen. Der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg weist ein Vorranggebiet für Windenergie am Hubertussee aus. Eine entsprechende raumordnungsrechtliche Vorzeichnung bedeutet aber nicht zugleich, dass gebietsspezifischen Besonderheiten nicht Rechnung getragen werden kann.³³ Vielmehr kommt dem Bezirk und dem Land Berlin grundsätzlich ein planungsrechtlicher Ausgestaltungsspielraum zu. Ein erweiterter Planungsspielraum kann aus Arten- und Naturschutzgründen nach § 1a III BauGB bestehen.³⁴ Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass keine Beschränkung der Betriebszeiten vorgenommen wurde, die dem Artenschutz mehr Rechnung tragen würde als die Festlegung der absoluten Zahl der Windräder. Außerdem sollen die Windräder nach § 35 I Nr. 5 BauGB gerade vermehrt im Außenbereich stehen. Mögliche Kollisionen mit naturschutzrechtlichen Belangen sind also eine regelmäßige Nebenfolge hiervon. Schließlich kann die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes als städtebaulicher Belang vorgebracht werden. Bei der Ausweisung von Konzentrationszonen zur Windenergienutzung i.S.v. § 35 III 3 BauGB besteht aber eine verengte Anpassungspflicht an die Vorgaben der Raumordnung, wonach überwiegende städtebauliche Belange für eine Begrenzung bestehen müssten.³⁵ Vorliegend sieht der Bezirksbürgermeister selbst in der Errichtung der Windräder eine touristische Attraktion, freilich auch nur, wenn sie in begrenztem Umfang errichtet werden. Eine starre Begrenzung auf nur drei Windräder vermag dies aber auch nicht zu rechtfertigen. Vielmehr dient die Konzentration mehrerer Windräder gerade der Schonung der Landschaft, § 35 III 3 BauGB. Der Hubertussee ist zwar teilweise als Naturschutzgebiet gekennzeichnet, er ist aber kein in erhöhtem Maße schutzwürdiges Landschaftsbildmerkmal, bei dem die Nichtbegrenzung der Windradzahl zu einer ungewöhnlich intensiven Beeinträchtigung führen würde, die einer Verunstaltung nahe käme. Schließlich kann argumentiert werden, dass der Bebauungsplan bereits die maximale Windradkapazität für den Hubertussee enthält und somit dem Vorranggebietscharakter in ausreichendem Maße Rechnung getragen wurde. Demgegenüber hat eine umwelttechnische Begutachtung aber ergeben, dass die Windradverträglichkeit am Hubertussee auf maximal zwei Windräder beschränkt ist. Im weiteren Planungsverfahren wird die maximale Windradzahl aber auf drei erhöht, ohne dass sich die umwelttechnische Begutachtung geändert hat. Dies spricht nicht nur gegen das Erfordernis der Festlegung einer fixen Windradzahl zur Wahrung

³⁰ BVerwG NVwZ 2008, 902.

³¹ Zur Teilunwirksamkeit BVerwGE 82, 225; OVG Koblenz UPR 2011, 237.

³² Hierzu BVerwG NVwZ-RR 1991, 455; VGH Mannheim NJW 1989, 2278.

³³ OVG Koblenz UPR 2011, 237; Battis/Löhr/Krautzberger BauGB, 11. Aufl. (2009), § 1 Rn 41.

³⁴ § 21 I BNatSchG und § 1a III 1 BauGB setzen die für das Genehmigungsverfahren von Vorhaben gedachte Struktur des § 18 BNatSchG in die Bauleitplanung um, dazu Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 11. Aufl. (2009), § 1a Rn 17 ff; EZBK-Söfker BauGB, 94. Aufl. (2010), § 1 Rn 144 f.

³⁵ BVerwGE 117, 287; OVG Koblenz NuR 2008, 419.

gebietsspezifischer Besonderheiten, sondern schneidet auch den Einwand ab, dass dem Vorranggebietscharakter die Errichtung von höchstens drei Windrädern entspricht. Dies zeigt zudem ein Vergleich mit dem deutlich kleineren Herthasee, an dem bereits drei Windräder stehen, obwohl er nur als Restbereich für die Windenergienutzung gekennzeichnet ist. Demnach kann überzeugend vertreten werden, dass der Bebauungsplan de facto zu deren Begrenzung führt, und dem Vorranggebietscharakter folglich nicht entsprochen wird. Das Land Berlin und der Bezirk Reinickendorf hätten im Rahmen ihrer Bauleitplanung in Rechnung stellen müssen, dass hier unterschiedliche Vorgaben der übergeordneten Raumplanung bestanden. Für die Fehlerfolge ist zwischen Zielen und Grundsätzen der Raumordnung zu trennen. Bei Zielen der Raumordnung besteht eine Anpassungspflicht nach §§ 3 I Nr. 2, 3 II, IV, 4 I 1 ROG, § 1 IV BauGB.³⁶ Demgegenüber resultiert aus einem Verstoß gegen die Grundsätze der Raumordnung nach §§ 3 I Nr. 3, 4 I 1 ROG ein Abwägungsfehler.³⁷ Die Festlegung als Vorranggebiet für Windenergienutzung ist eine verbindliche Vorgabe in Form einer räumlich und sachlich bestimmbar, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogenen textlichen und zeichnerischen Festlegung im Raumordnungsplan zur Entwicklung und Ordnung des Raums im Sinne von § 3 Nr. 2 ROG.³⁸ Damit liegt ein Verstoß gegen ein Ziel der Raumordnung vor. Der Bebauungsplan ist demzufolge unwirksam und nichtig.³⁹ Weil der Landesentwicklungsplan bereits vor Erlass des Bebauungsplanes bestand, ist dem Land Berlin auch keine Zeit zur Anpassung einzuräumen.⁴⁰

c) Abwägungsgebot nach §§ 1 VII, 214 III 2 BauGB

In die vorgelegten Gutachten, die Bestandteil der Abwägung waren, wurden die verschiedenen betroffenen Belange einbezogen. Damit kommt weder ein Abwägungsausfall noch ein Abwägungsdefizit in Betracht. Die Bedeutung der abwägungserheblichen Belange wurde vorliegend auch nicht verkannt, sondern sie wird durch die Gutachten teilweise sogar bestätigt. Damit besteht auch keine Abwägungsfehlerschätzung.⁴¹ Möglicherweise liegt aber eine Abwägungsdisproportionalität vor, die aus einem außer Verhältnis stehenden Ausgleich zwischen den von der Planung betroffenen Belangen und deren objektiver Gewichtung resultiert. So werden die Kritikpunkte durch die Gutachten in die Abwägung zwar miteinbezogen, sie werden durch diese aber nicht ausgeräumt. Dies kann zu der Annahme führen, dass zwar die Bedeutung der Belange hinreichend gewürdigt, aber deren Gewichtung im Vergleich zu anderen Belangen ungenügend war. Zunächst kann sich eine fehlerhafte Gewichtung aus der Verknennung der Bedeutung der Belange des Klimaschutzes ergeben. Zwar handelt es sich bei § 1 V BauGB, der mit dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen auch den Klimaschutz nach § 1 V 2 BauGB erfasst,⁴² nicht um Anpassungspflichten, aber um abwägungserhebliche Planungsleitlinien.⁴³ Dies wird nach der BauGB-Klimanovelle durch die neu gefassten §§ 1 V 2, 1a V BauGB noch einmal verdeutlicht.⁴⁴ Zudem stellt der Klimaschutz einen Grundsatz der Raumordnung nach § 2 II Nr. 6 S. 1 ROG dar.⁴⁵ Dies stellt einen beachtlichen Verstoß gegen

³⁶ BVerwG NuR 2009, 805; *Kaltenborn BauR* 2008, 1996.

³⁷ Anmerkung zum Urteil OVG Münster *Verstey* NuR 2009, 819.

³⁸ *Battis/Krautzberger/Löhr BauGB*, 11. Aufl.(2009), § 1 Rn 38; *EZBK- Runkel BauGB*, § 1 Rn 61.

³⁹ VGH München NuR 1993, 328; *Battis/Krautzberger/Löhr BauGB*, 11. Aufl. (2009), § 1 Rn 42; *EZBK- Runkel BauGB*, § 1 Rn 69.

⁴⁰ So OVG Lüneburg NJW 1984, 1776.

⁴¹ Diese Abwägungsfehler sind nach Inkrafttreten des EAG-Bau als Verfahrensfehler einzustufen, wobei dies bei der Abwägungsfehlerschätzung noch umstritten ist.

⁴² BVerwGE 118, 41 ff.; zum Kyoto-Protokoll und den sowie den EU-Klimazielen *Frenz ZNER* 2009, 112 ff; generell zum Klimaschutz in der Bauleitplanung *Mitschang NuR* 2008, 601 ff.; *Ingold/Schwarz NuR* 2010, 154; *Schmidt NVwZ* 2006, 1354 ff.

⁴³ *Battis/Krautzberger/Löhr BauGB*, 11. Aufl. (2009), § 1 Rn 47.

⁴⁴ Hierzu Stellungnahme der SRL zur Klimanovelle v. 25.05.2011.

⁴⁵ *Battis/Krautzberger/Löhr BauGB*, 11. Aufl. (2009), § 1 Rn 47.

das Abwägungsgebot dar.⁴⁶ Eine fehlerhafte Gewichtung kann sich weiterhin aus der Verken-
nung der Bedeutung des Arten- und Naturschutzes ergeben. Zwar wurde die Problematik des
angrenzenden Naturschutzgebietes bei der Abwägung gemäß §§ 1 VI Nr. 7, 1a Abs. 3 BauGB
berücksichtigt, es wurde aber richtig gewichtet, dass durch Regelungen im Bebauungsplan
wie etwa der Einschränkung der Betriebszeiten ein Kollisionsrisiko mit Fledermäusen besser
entgegnet werden könnte als mit der zahlenmäßigen Begrenzung der Windräder. Daneben
wurde nicht hinreichend gewichtet, dass die F-GmbH bereits Eigentümer von Grundstücken
ist, und konkrete Planungen vorgenommen hat. Ihr Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 I GG
wird durch die Begrenzung der zulässigen Windradzahl grundlegend entwertet. Auch wenn
das Kontingent an zulässigen Windrädern noch nicht erschöpft ist, so ist das Erweiterungsinter-
esse, womit auch das Interesse an einer künftigen Betriebsausweitung von § 1 VI BauGB
erfasst ist,⁴⁷ betroffen. Bei der Abwägung wurden diese Belange der F-GmbH nur geringwer-
tig einbezogen und folglich nicht hinreichend gewichtet. Nach der Fehlerfolgenregelung des §
214 III 2 Halbs. 2 BauGB waren diese Mängel im Abwägungsvorgang auch offensichtlich,
diese Belange wurden sogar vorweg begutachtet. Dieser Abwägungsfehler war auf das Ab-
wägungsergebnis auch von Bedeutung. Die Frist im Sinne des § 215 S.1 Nr. 3 BauGB ist
ebenfalls gewahrt. Der Bebauungsplan ist auch aus diesem Grunde materiell in erheblicher
Weise rechtswidrig.

IV. Ergebnis

Der Normenkontrollantrag ist zulässig und begründet. Er hat damit Aussicht auf Erfolg.

Teil II: Rechtsschutzmöglichkeiten des A

A. Einstweiliger Rechtsschutz gegen den Bebauungsplan

Voraussetzung für einen Antrag des A auf einstweiligen Rechtsschutz im Rahmen des Nor-
menkontrollverfahrens gemäß § 47 VI VwGO ist jedenfalls die Zulässigkeit eines von A ge-
stellten Normenkontrollantrags nach summarischer Prüfung.⁴⁸ Laut Sachverhalt hat sich der A
im gesamten Planverfahren nicht beteiligt. Damit ist er nach § 47 IIa VwGO präkludiert und
ein Normenkontrollverfahren wäre offensichtlich unzulässig. Ein Antrag nach § 47 IV VwGO
ist somit bereits als unzulässig zurückzuweisen.⁴⁹

B. Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Einzelmaßnahme

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Eröffnung der Verwaltungsrechtswegs

Mangels Eingreifens einer aufdrängenden Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg
nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers gemäß § 88
VwGO analog. A begehrt den Erlass eines sofortigen Baustopps. In Betracht kommt eine
einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO, sofern A eine Baueinstellungsverfügung nach §§
78, 79 BauOBln begehrt, oder ein Antrag nach § 80a, 80 V VwGO, wenn er eine Drittanfech-

⁴⁶ Anmerkung zum Urteil OVG Münster *Versteyl* NuR 2009, 819.

⁴⁷ BVerwGE 59, 101 f.; BVerwG DVBl 1971, 749; OVG Lüneburg ZfBR 1983, 281.

⁴⁸ VGH München DVBl 1978, 114; Sodan/*Ziekow* VwGO, 3. Aufl. (2010), § 47 Rn 387.

⁴⁹ Hierzu OVG Greifswald Urt v 3.12.2008 – 4 M 158/08 (juris), Rn 22.

tung der der F-GmbH erteilten Baugenehmigung gemäß § 71 BauOBln bezweckt. Nach § 123 V VwGO schließen sich beide Anträge gegenseitig aus, wobei dem Antrag nach §§ 80a, 80 V VwGO Vorrang zukommt. Nur die Anfechtung der Baugenehmigung kann die Bestandskraft der Baugenehmigung verhindern, statthaft wäre in der Hauptsache folglich eine Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO. Weil eine entsprechende Klage nach § 80 II 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 212a BauGB prinzipiell keine aufschiebende Wirkung entfaltet, trägt seinem Begehren ein Antrag nach §§ 80a III 2, 80 V 1 Alt. 1 VwGO⁵⁰ besser Rechnung, denn hierdurch kann der Suspensiveffekt der Anfechtungsklage angeordnet werden. Zudem kann A im Falle des sog. faktischen Vollzugs⁵¹ einen gerichtlichen Baustopp nach § 80a I Nr. 2, III 1 VwGO erwirken, bei dem das Gericht die Sicherungsmaßnahmen selbst verfügt.⁵²

3. Antragsbefugnis

A muss gemäß § 42 II VwGO analog geltend machen, dass er durch die Baugenehmigung möglicherweise in einer drittschützenden Norm verletzt ist. In Betracht kommt die Verletzung des Gebotes der Rücksichtnahme, das aus einem Verstoß gegen § 35 I BauGB resultieren kann.⁵³ Das Gebot der Rücksichtnahme ist im Begriff des „öffentlichen Belangs“ zu verorten und im Besonderen aus dem Begriff der schädlichen Immission nach § 35 III Nr. 3 BauGB ableitbar.⁵⁴ Die Antragsbefugnis ergibt sich damit bereits aus einer möglichen Verletzung des § 35 III Nr. 3 BauGB durch den nächtlichen Betrieb des Windrades von dem möglicherweise schädliche Umwelteinwirkungen ausgehen. Daneben kann das Interesse am Erhalt der Aussicht auf den Casinoturm in Frohnau ein schutzwürdiges drittgerichtetes Interesse als öffentlicher Belang darstellen. Die Verbauung der Sicht ist zwar grundsätzlich kein schützenswerter Belang nach § 35 III Nr. 5 BauGB, etwas anderes gilt nur, wenn eine außergewöhnliche Aussichtslage verbaut werden soll.⁵⁵ Diese Außergewöhnlichkeit kann bei dem Casinoturm, der ein Wahrzeichen von Frohnau darstellt, nicht von vornherein ausgeschlossen sein, zumal er ein denkmalgeschütztes Bauwerk verkörpert.⁵⁶ Außerdem kommt eine mögliche Verletzung von As Eigentum sowie des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in der Form des Betriebs eines Gästebungalows nach Art. 14 I GG in Betracht. Die Störung der natürlichen Eigenart der Landschaft und des Landschaftsbildes sind dagegen wie auch das BNatSchG und das Artenschutzrecht nicht drittschützend.⁵⁷

4. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis des A entfällt nicht aufgrund der Präklusionswirkung nach § 47 IIa VwGO. Vielmehr wird hierdurch nur der Rechtsschutz im Planverfahren selbst versagt. Eine Genehmigungsfiktion oder Verwirkung erfolgt somit nicht.⁵⁸ Nach zutreffender Auffassung ist jedenfalls die gleichzeitige Einlegung eines Widerspruchs nach § 68 ff. VwGO bei der Behörde erforderlich, diesen muss A noch einlegen. Für einen Antrag nach § 80a I Nr. 2, III 1 VwGO besteht erst dann ein Rechtsschutzinteresse, wenn die Z-GmbH sich nicht mehr rechtstreu verhält und weiter baut.

⁵⁰ BVerwG NVwZ 1995, 903 f.; VGH München NJW 1994, 2717; a.A. hält hier § 80a III 1 i.V.m. I Nr. 2 VwGO dazu VGH BW NVwZ 1995, 716; VGH München NVwZ-RR 1995, 431.

⁵¹ Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner VwGO, 21. Aufl. (2011), § 80a Rn 57.

⁵² OVG Berlin ZfBR 1991, 129; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner VwGO, 21. Aufl. (2011), § 80a Rn 54.

⁵³ Bei unterstellter Wirksamkeit des Bebauungsplanes ist auf § 15 I 2 BauNVO abzustellen, da die in Frage stehende Nutzung bauplanungsrechtlich generell zulässig ist.

⁵⁴ BVerwGE 28, 274 f.; Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 11. Aufl. (2009), § 35 Rn 55.

⁵⁵ E/Z/B/K-Söfker BauGB, 94. Aufl. (2010), § 35 Rn 99.

⁵⁶ Denkmalliste Berlin OBJ-Dok-Nr.: 09012125.

⁵⁷ OVG Münster BauR 2001, 1881.

⁵⁸ Hierzu speziell § 71 II BauO Bln für den Fall der schriftlichen Zustimmung.

5. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts folgt aus § 80 VII VwGO, wonach das Gericht des Hauptsacheverfahrens zuständig ist. Eine Fristbindung des Antrags besteht nicht. § 80a III 2 VwGO stellt, soweit er auf § 80 VwGO verweist, nach zutreffender Auffassung eine Rechtsgrund- und keine Rechtsfolgenverweisung dar. Demnach musste A keinen vorhergehenden Antrag bei der Behörde stellen. Richtiger Antragsgegner ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO analog das Land Berlin als Träger der Bauaufsichtsbehörde.

II. Beiladung der Z-GmbH

Als Adressat der Genehmigung ist die Z-GmbH nach §§ 65 I, IV VwGO notwendig beizuladen.

III. Begründetheit

Im Rahmen der Interessenabwägung ist eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache vorzunehmen. Die Anfechtungsklage hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Baugenehmigung rechtswidrig ist und A dadurch in seinen eigenen Rechten verletzt wird.

Zulässigkeit und Begründetheit der Anfechtungsklage

1. Zulässigkeit: Eine von A erhobene Anfechtungsklage wäre nach §§ 42 I Alt. 1 ff. VwGO zulässig.

2. Begründetheit

a) *Rechtsgrundlage:* der Baugenehmigung ist in § 71 I i.V.m. § 60 I BauOBlN zu verorten.

b) Formelle Rechtmäßigkeit: Laut Sachverhalt ist von der formellen Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung auszugehen.

c) *Materielle Rechtmäßigkeit*

aa) *Bauordnungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit*

Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist von der bauordnungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit des Windrades auszugehen.

bb) *Bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit*

Die der Z-GmbH erteilte Baugenehmigung kann nicht auf die Vorgaben des Bebauungsplans i.V.m. § 30 I BauGB gestützt werden, da dieser, wie ausgeführt, wegen Verstoßes gegen § 9 und § 1 IV BauGB nichtig ist.⁵⁹ Die Baugenehmigung zur Errichtung des Windrades kann damit nur auf § 35 I Nr. 5 BauGB gestützt werden. Das Vorhaben erfolgte in Umsetzung des Flächennutzungsplans und widerspricht damit auch nicht dessen ohnehin nach §§ 9, 1 IV BauGB unwirksamen Darstellungen gemäß § 35 III 1 Nr. 1 BauGB. Die Errichtung von Windrädern ist im Außenbereich privilegiert und hat nach den Vorgaben im Raumordnungsplan Vorranggebietscharakter. Dem Vorhaben stehen aber möglicherweise öffentliche Belange entgegen. So resultieren aus der nächtlichen Inbetriebnahme des Windrades Emissionen, die schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen können, § 35 III 1 Nr. 3 BauGB. Der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen ist in § 3 BImSchG definiert. Die Einschränkung der Betriebszeiten sollte im Genehmigungsverfahren erfolgen, eine entsprechende Auflage wurde

⁵⁹ Sofern Bearbeiter nicht von der Nichtigkeit des Bebauungsplans ausgeht, hat er seine Prüfung maßgeblich auf das in § 15 I 2 BauNVO verankerte Rücksichtnahmegebot zu stützen.

aber nicht erteilt. Der Betrieb eines Windrades in unmittelbarer Nähe zum Gästebungalow über die ganze Nacht hinweg stellt eine Immission dar, die nach Art und Dauer geeignet ist, erhebliche Belästigungen für die Nachbarschaft hervorzurufen. Dabei gilt das Immissionschutzrecht auch für Mieter fremder Wohnungen und damit für seine Urlaubsgäste. Dies ist A und seinen Gästen auch nicht zumutbar, jedoch sind die Gäste nicht dauerhaft betroffen, womit nur A selbst die schädlichen Umwelteinwirkungen geltend machen kann.

Weiterhin kommt eine Verunstaltung i.S.d. § 1 III 1 Nr. 5 BauGB in Betracht, danach muss das Bauvorhaben in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen sein und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden werden. Dies gilt auch für privilegierte Vorhaben im Außenbereich hinsichtlich der Wahl des konkreten Standorts. So wird mit dem Windrad der Blick auf den Casinoturm, das Wahrzeichen Frohnaus, verbaut. Unbeachtlich ist hierbei, dass die Sicht nicht aus allen denkbaren Standorten versperrt wird. Zudem geht von dem Windrad, da es in unmittelbarer Nähe zum Bungalow gebaut wird, bei einer Höhe von 150m eine optisch bedrängende Wirkung aus.⁶⁰ Der konkrete Standort des Windrades ist damit für A, gerade im Hinblick auf seinen touristischen Betrieb, grob unangemessen. Zusätzlich folgt hieraus auch ein Verstoß gegen das Naturschutzrecht, dessen Vorgaben aber nicht drittschützend sind.

Schließlich kommt eine Verletzung von Art. 14 GG in Betracht. Die einfachen Bestimmungen zum Nachbarschutz definieren als Inhalts- und Schrankenbestimmungen zwar, was Eigentum ist, damit gibt es keine zusätzlichen Nachbarrechte jenseits des Gesetzes. Jedoch könnte A in seinem Recht am ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb verletzt sein. Mit dem Gästebungalow betreibt A eine gewerbliche Überlassung von Räumlichkeiten, durch die Nähe zum zukünftigen Windrad, das auch nachts betrieben wird und die Aussicht auf den Casinoturm versperrt, wird sich die Anzahl seiner Urlaubsgäste in an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in erheblichem Umfang reduzieren. Jedoch gibt es keinen eigentumskräftigen Bestandsschutz darauf, dass sich die tatsächlichen Gegebenheiten nicht verändern. Der Verlust eines bestimmten Lagevorteils ist nicht vom schutzwürdigen Vertrauen umfasst.⁶¹ Zusätzlich steht sein Bungalow in einem Vorranggebiet für Windenergie, die grundsätzliche Bebauung mit Windrädern in dessen Nähe ist also voraussehbar. Einzig die bereits vorgebrachten Bedenken des nächtlichen Betriebs und der unangemessenen ästhetischen Belastung können auch in diesem Zusammenhang tragen. Sie werden aber bereits durch das einfachgesetzliche Recht aufgefangen.

cc) Verletzung in drittschützenden Vorschriften

Wegen Verstoßes gegen § 35 III 1 Nr. 3 und Nr. 5 BauGB ist das Windrad nicht genehmigungsfähig. A ist mithin in drittschützenden Vorschriften verletzt.

IV. Ergebnis

Eine Anfechtungsklage hätte damit Aussicht auf Erfolg. Das Verwaltungsgericht wird die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage anordnen, sofern A gleichzeitig mit dem Antrag Widerspruch einlegt.

⁶⁰ Zum Ganzen BVerwG BauR 2004, 295; OVG NRW BauR 2007, 677.

⁶¹ BGHZ 45, 150; Maunz/Dürig – *Papier GG*, 53. Aufl. (2009), Art. 14 Rn 104.