

## Übungsfall

Die A-Power & Saft AG (A) ist ein regional tätiges Energieversorgungsunternehmen, das auf Grund lukrativer Förderbedingungen und Abnahmeverpflichtungen in die Windenergiebranche einsteigen möchte. Hierzu möchte A zunächst zwei moderne Modellwindenergieanlagen in der Gemeinde Burbach im Kreis Siegen-Wittgenstein errichten. Der einschlägige Regionalplan (§ 8 Abs. 2 ROG) weist, gerade um die Entstehung unpopulärer Windparks in ortsnahe Lage zu verhindern, ein als Ziel der Raumordnung festgesetztes Eignungsgebiet für Windenergieparks in der so genannten Aubachsensacke aus, einem flachen Tal im vorwiegend land- und forstwirtschaftlich genutzten Außenbereich vor (Standort A). Ein weiteres Eignungsgebiet befindet sich auf dem Gipfel des felsigen „Hexenbergs“, der auf Grund seiner landschaftlichen Schönheit und Artenvielfalt durch die zuständige Behörde durch Rechtsverordnung als Landschaftsschutzgebiet ausgewiesen wurde (Standort B).

A strebt jedoch zwei abweichende Standorte für seine Windenergieanlagen an, nämlich an den jeweils auf bewaldeten Hügelkuppen gelegenen Standorten Standort C und Standort D im Außenbereich. Grund hierfür ist, dass eine Anlage in der ca. 35 m tiefen Aubachsensacke fast ständig im Windschatten der umliegenden Hügellandschaft läge. Eine wirtschaftliche Windenergienutzung ist daher an diesem Standort kaum möglich. Am Standort B gelang es A auf Grund des Widerstandes von Umweltaktivisten nicht, ein brauchbares Grundstück zu erwerben. Die genannten Standortvarianten C und D verfügen jeweils über günstige Windverhältnisse. Für Standort C sieht der Regionalplan jedoch eine Vorrangfläche für Kiesabbau vor. Für Standort D besteht keine besondere Ausweisung. Jedoch befinden sich auf der entsprechenden Hügelgruppe bereits ein Aussichtsturm, eine hohe Funkanlage sowie verschiedene der Naherholung dienende Einrichtungen, was zwar die Errichtung eines weiteren Windparks nicht von vornherein ausschließt, jedoch einer konkreten Standortbestimmung besondere Anforderungen an einen sachgerechten Interessenausgleich abverlangen würde.

Dazu beantragt A beim zuständigen Landrat des Kreises Siegen-Wittgenstein im Dezember 2016 Baugenehmigungen für die beiden Windenergieanlagen an den Standorten C und D. Nachdem über den Antrag im Januar 2018 „wegen der Komplexität der Sachlage“ immer noch nicht entschieden wurde, erhebt A Klage auf Genehmigungserteilung vor dem zuständigen VG Arnsberg.

Wie wird das Gericht entscheiden?

### Lösungsskizze

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO) und Gerichtszuständigkeit

Streitentscheidende Vorschriften der BauO NRW (vor allem § 75 BauO NRW) sind nach allen Abgrenzungstheorien als öffentlichrechtliche Normen zu qualifizieren. Das VG Arnsberg ist zuständig nach §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO i. V. mit § 17 Nr. 2 JustizG NRW.

## **B. Zulässigkeit der Klage**

### **I. Statthafte Klageart**

Statthaft ist hier eine Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 2. VwGO), da A den Erlass eines Verwaltungsaktes i. S. des § 35 (B)VwVfG begehrt.<sup>1</sup>

### **II. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO**

A müsste geltend machen, durch die Ablehnung der Baugenehmigung in ihren Rechten verletzt zu sein. Das wäre der Fall, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, dass A durch die Ablehnung in einem subjektiven Recht verletzt ist, anders gewendet: wenn A möglicherweise einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Genehmigung hat.<sup>2</sup> Möglicherweise ergibt sich hier ein Anspruch der A aus § 75 Abs. 1 BauO NRW, wonach die Baugenehmigung nur versagt werden darf, wenn das Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht. § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW gewährt unter den gegebenen Voraussetzungen einen gebundenen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung, da die BauO NRW insoweit lediglich Inhalt und Schranken der von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG eingeschlossenen Baufreiheit ausformt.

### **III. Vorverfahren**

Nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 S. 2 JustizG NRW ist die Durchführung eines Vorverfahrens vor Klageerhebung nicht erforderlich.

### **IV. Klagefrist und Voraussetzungen einer Untätigkeitsklage**

Gemäß § 74 Abs. 2 VwGO ist eine Verpflichtungsklage innerhalb eines Monats nach Ablehnung des Antrags auf Vornahme eines Verwaltungsakts zu stellen. Hier hat der Landrat über den Bauantrag bislang aber nicht entschieden. § 42a VwVfG findet mangels entsprechender Verweisung in der BauO NRW keine Anwendung. Eine Klagefrist läuft insoweit nicht.

Mangels behördlicher Entscheidung wäre eine Verpflichtungsklage indes lediglich unter den Voraussetzungen einer Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO) zulässig. § 75 VwGO dient der Beschleunigung des Verfahrens und konkretisiert den durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten effektiven (d. h. auch zeitnahen) Rechtsschutz. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 75 VwGO erfüllt sind. Die allgemein geltende *Drei-Monats-Frist* des § 75 S. 2 VwGO ist hier gewahrt. Zudem dürfte keine Entscheidung *innerhalb angemessener Frist* ergangen sein (§ 75 S. 1 VwGO). Angemessen ist eine Frist, innerhalb derer unter gewöhnlichen Umständen nach den allgemeinen Erfahrungen im Verkehr mit Behörden ein Bescheid erwartet werden kann, wobei die in § 75 S. 2 VwGO genannte dreimonatige Frist eine typisierte Vermutung der Angemessenheit nach erstem Anschein beinhaltet. Hier ist kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass nach Bearbeitung eines Bauantrags, mag dieser auch schwieriger als ein

---

<sup>1</sup> Eine Klage gegen den Ablehnungsbescheid (sog. isolierte Anfechtungsklage) kommt nicht in Betracht, da sie nicht dem Rechtsschutzziel der A entspricht, die hier eine Genehmigung erstreiten will. Eine Verpflichtungsklage ist die rechtsschutzintensivere Klage, da die Stadt S zur Erteilung der beantragten Genehmigung verpflichtet wird. Ein Verpflichtungsurteil ist nämlich vollstreckbar (vgl. §§ 167 ff. VwGO).

<sup>2</sup> Anmerkung: A kann sich hier demgegenüber nicht auf die Adressatentheorie berufen, da Art. 2 Abs. 1 GG nur ein Abwehrrecht darstellt und somit im Rahmen der Verpflichtungsklage nicht angewendet werden kann.

gewöhnlicher Fall sein, nach über einem Jahr noch nicht entschieden werden konnte. Die mithin relevante Verzögerung müsste *ohne zureichenden Grund* erfolgt sein (§ 75 S. 1 VwGO). Bei diesem Tatbestandsmerkmal sind die Belastung der Behörde und deren Interesse an einer möglichst gerechten Entscheidung auf der einen Seite und das Interesse des Klägers an einer baldigen Entscheidung auf der anderen Seite zu berücksichtigen. Hier ist kein zureichender Grund ersichtlich, der eine derartig hohe Überschreitung der Orientierungsfrist rechtfertigen könnte. Die Einwendungen der Verwaltung bleiben hier pauschal. Mithin sind die Voraussetzungen des § 75 VwGO erfüllt; die Klage ist als Untätigkeitsklage zulässig.

## V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Das Antragserfordernis ist, wie sich indirekt bereits aus § 68 Abs. 2 VwGO ergibt und für die hier einschlägige Untätigkeitsklage unmittelbar aus § 75 S. 1 VwGO folgt,<sup>3</sup> eine besondere Rechtsschutzvoraussetzung für die Verpflichtungsklage. Der Kläger muss zunächst den einfacheren Weg der Antragstellung bei der zuständigen Behörde wählen, bevor er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann.<sup>4</sup> Dies ist hier erfolgt.

## VI. Beteiligtenbezogene Sachentscheidungsvoraussetzungen

Der Kreis müsste passiv prozessführungsbefugt sein.<sup>5</sup> Nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gilt für die Klage das Rechtsträgerprinzip.<sup>6</sup> Die Klage ist deshalb gegen den Kreis Siegen-Wittgenstein zu richten, der für den Erlass der Baugenehmigung zuständig ist (§ 60 Abs. 1 Nr. 3 lit. b BauO NRW). A und der Kreis sind als juristische Personen gemäß § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Gemäß § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 42 lit. e KrO NRW erfolgt die Vertretung des Kreises durch den Landrat.

**Zwischenergebnis:** Die Klage ist mithin zulässig.

## C. Objektive Klagehäufung

Beide Verpflichtungsklagen können im Wege der objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO gemeinsam verfolgt werden.

## D. Begründetheit der Klage

Die Verpflichtungsklage ist gemäß § 113 Abs. 5 VwGO begründet, soweit die Ablehnung des Verwaltungsaktes rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, d.h. ein spruchreifer Anspruch auf Erlass des abgelehnten bzw. nicht erlassenen Verwaltungsakts besteht.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Vgl. BVerwGE 99, 158 (160), mit Verweis auf die Gewaltenteilung.

<sup>4</sup> Ehlers, in: ders./Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 23, Rn. 13.

<sup>5</sup> Zur dogmatischen Verortung BVerwGE 124, 47 (55).

<sup>6</sup> Mit der Einführung des JustizG zum 1. Januar 2011 gilt in NRW für alle Klagen durchgehend das Rechtsträgerprinzip. Der Gesetzgeber hat es versäumt, in Übergangsvorschriften zu regeln, wie Klagen zu behandeln sind, die vor dem 1. Januar 2011 rechtshängig geworden sind. Es ist aber davon auszugehen, dass die VG den Klagegegner von Amts wegen umstellen werden.

<sup>7</sup> Vgl. Ehlers, in: ders./Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 23, Rn. 38.

## **I. Anspruch nach § 75 BauO NRW**

Ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung besteht, wenn das Vorhaben genehmigungsbedürftig und genehmigungsfähig ist.

### **1. Genehmigungsbedürftigkeit der Vorhaben**

Das Vorhaben ist genehmigungsbedürftig, da hier keine Ausnahmen nach §§ 65-67 BauO NRW greifen.

### **2. Genehmigungsfähigkeit der Vorhaben**

Die Vorhaben sind gemäß § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW genehmigungsfähig, wenn sie öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht entgegenstehen. Vorliegend geht es allein um mögliche Verstöße gegen Bauplanungsrecht.

#### **a) Privilegiertes Vorhaben im Außenbereich**

Vorliegend handelt es sich um Vorhaben im Außenbereich. Einschlägig ist daher § 35 BauGB. Hinsichtlich der Zulässigkeit von Vorhaben differenziert § 35 BauGB zwischen sog. privilegierten Vorhaben (Abs. 1), die grundsätzlich zulässig sind, und nicht privilegierten Vorhaben (Abs. 2), die grundsätzlich unzulässig sind, aber im Einzelfall zugelassen werden können. Voraussetzung ist in jedem Fall, dass öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Eine nähere Konkretisierung hierzu trifft § 35 Abs. 3 BauGB. In jedem Fall ist eine Abwägung erforderlich, um festzustellen, ob dem Vorhaben oder einem entgegenstehenden öffentlichen Belang höheres Gewicht zukommt. Der Unterschied zwischen privilegierten und nicht privilegierten Vorhaben besteht darin, dass sich im Regelfall die Privilegierung durchsetzt. Vorliegend ergibt sich die Privilegierung aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, aus dem eine widerlegbare Vermutung zugunsten der Zulässigkeit der beantragten Vorhaben folgt.

#### **b) Entgegenstehende öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB?**

Vorliegend könnte § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zur Unzulässigkeit der Vorhaben führen. Danach stehen öffentliche Belange einem Vorhaben in der Regel entgegen, soweit für entsprechende Vorhaben im Flächennutzungsplan oder als Ziel der Raumordnung eine Ausweisung bereits an anderer Stelle erfolgt ist. Dies ermöglicht es den Planungsträgern, die Nutzung des Außenbereichs durch privilegierte Vorhaben im Wege einer gezielten Auswahl von Standorten planerisch zu steuern.<sup>8</sup> Vorliegend wurden zwei Eignungsgebiete für Windkraft als Ziele der Raumordnung ausgewiesen. Fraglich ist allerdings, ob diese Festsetzungen hier wirksam sind. Einer schlichten *Verhinderungsplanung*, die durch Nichtausweisung hinreichender geeigneter Flächen eine Windkraftnutzung lediglich vereiteln will, fehlt es nämlich an einem schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzept; sie unterläuft die gesetzliche Privilegierung und ist insoweit unzulässig.<sup>9</sup> Eine solche unzulässige Verhinderungsplanung liegt insbesondere auch dann vor, wenn zwar Flächen für die Windkraftnutzung ausgewiesen wurden, aber die ausgewiesenen Flächen für eine entsprechende Nutzung entweder geophysikalisch nicht geeignet sind (z. B. ungeeignete

---

<sup>8</sup> Eingehend hierzu BVerwGE 117, 287 (292 ff.).

<sup>9</sup> BVerwGE 117, 287 (294 ff.); BVerwG, NuR 2006, 504 f.; NVwZ 2005, 211 f.

Windhöffigkeit) oder sich die raumordnungsrechtlich ausgewiesene Planung aus rechtlichen Gründen am angegebenen Ort in absehbarer Zeit nicht verwirklichen lässt.

Dies ist vorliegend der Fall: *Standort A* liegt im Windschatten des umliegenden Hügellands und ist für die Windkraftnutzung ökonomisch ungeeignet. Hier handelt es sich also um eine unzulässige Verhinderungsplanung. *Standort B* ist ebenfalls ungeeignet. Zwar kommt es rechtlich nicht darauf an, dass die A dort keine Grundstücke erwerben konnte. Das Planungsrecht ist bodenordnungs- und nicht personenbezogen. Jedoch liegt dort ein Landschaftsschutzgebiet. Unabhängig davon, ob verbindliche Ziele der Raumordnung (§ 3 Nr. 2 ROG) grundsätzlich auch bei der Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten zu berücksichtigen sind, stellen sich Landschaftsschutzgebiete jedenfalls als objektiv ungeeignet für eine Windkraftnutzung dar, da eine entsprechende Anlage die Schönheit von Natur und Landschaft beeinträchtigen würde und daher mit dem Schutzzweck der Gebietsfestsetzung unvereinbar wäre (§ 22 Abs. 1 S. 1 i. V. mit § 26 BNatSchG). Auch hier handelt es sich daher um eine unzulässige Verhinderungsplanung. Folglich ist bereits die raumordnungsrechtliche Ausweisung unwirksam. Diese stellt folglich auch keinen entgegenstehenden öffentlichen Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB dar.

### **c) Entgegenstehender öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB in Standort C?**

Allerdings könnte das Vorhaben an Standort C mit Zielen der Raumordnung unvereinbar und daher unzulässig sein (§ 35 Abs. 3 S. 2 BauGB). Festgesetzt wurde hier ein Vorranggebiet für Kiesabbau. Vorranggebiete sind Gebiete, die für bestimmte, raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen, Nutzungen oder Zielen der Raumordnung nicht vereinbar sind (§ 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 ROG). Da Vorranggebiete damit verbindlich und abschließend abgewogen bestimmte Nutzungsformen zulassen und andere ausschließen wollen, sind sie als Ziele der Raumordnung nach § 3 Nr. 2 ROG und damit nach § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB anzusehen.<sup>10</sup> Daher schließt das Vorranggebiet eine Nutzung für Windkraftanlagen aus. Das Vorhaben an Standort C widerspricht damit Zielen der Raumordnung und ist nach § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB unzulässig.

### **d) Planungsvorbehalt für Standort D?**

An Standort D ist zwar keiner der explizit in § 35 Abs. 3 BauGB genannten entgegenstehenden Belange ersichtlich. § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB ist jedoch nicht abschließend („insbesondere“). Als ungeschriebener Belang, der einem Vorhaben entgegensteht, anerkannt ist das Erfordernis einer förmlichen Planung:<sup>11</sup> Lassen sich Raumnutzungskonflikte nicht im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens angemessen lösen, kann eine Vorhabengenehmigung ohne vorherige planerische Konfliktbewältigung nicht ergehen. So ist es auch hier: Auf der relevanten Hügelgruppe befinden sich bereits sehr unterschiedliche und konfliktträchtige Nutzungsformen. Die besonderen Anforderungen an einen Interessenausgleich lassen sich nicht im punktuellen Genehmigungsverfahren lösen, sondern setzen eine konkrete Planung (z. B. Bebauungsplan, Außenbereichssatzung etc.) voraus, die zu einer angemessenen

---

<sup>10</sup> Dies ist streitig, entspricht aber der hM: *Goppel*, BayVBl. 1998, S. 289 (291); *Grotefels*, in: Festschr. f. Werner Hoppe, 2000, S. 369 (374 f.); *Runkel*, NuR 1998, S. 449 (452); *ders.*, DVBl. 1997, S. 275 (276); anderer Ansicht *Heemeyer*, UPR 2007, 10 (15); *Hoppe*, DVBl. 1998, S. 1008 ff. Vertieftes Wissen hierzu war nicht erforderlich, sondern lediglich eine Auseinandersetzung mit dem Problem.

<sup>11</sup> BVerwG, BauR 2005, 832; VGH Kassel, NVwZ-RR 2006, 176 L; *Koch/Hendler*, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. (2009), § 25, Rn. 96.

Allokation von Nutzungschancen im Raum führt und Konflikte durch räumliche Zuordnung verträglich austariert. Hieran fehlt es vorliegend. Das Vorhaben ist mithin wegen des Planungsvorbehalts bauplanungsrechtlich unzulässig.

## **II. Ergebnis**

A hat keinen Anspruch auf Genehmigungserteilung. Die Klagen sind mithin unbegründet.