

Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht

1. Hausarbeit

Herr A ist empört. Er ist Eigentümer eines großen Ausflugslokals im Außenbereich des Berliner Bezirks X, das baurechtlichen Bestandsschutz genießt. Das Lokal zeichnet sich durch seine große Aussichtsterrasse aus, von der aus man einen schönen Blick auf eine Wald- und Auenlandschaft sowie einen der Havelseen hat. Aus der Presse hat Herr A erfahren, dass auf einem Wiesengrundstück, das seinem Grundstück seitlich vorgelagert ist, ein Windenergiepark mit nebeneinander stehenden, 100 m hohen Windrädern entstehen soll. Die Windräder lägen zwar nicht im Zentrum des Blickfelds, das sich von der Terrasse aus bietet, wären aber von jedem Punkt der Terrasse aus sichtbar. Herr A befürchtet aufgrund der verschandelten Aussicht einen erheblichen Rückgang seines Umsatzes. Außerdem wohnt Herr A mit seiner Familie in einem kleinen Nebengebäude auf dem Betriebsgrundstück. Die Wohnnutzung genießt ebenfalls Bestandsschutz. Das Nebengebäude befindet sich nur 150 m von der geplanten Anlage entfernt. Herr A meint, dass er und seine Familie schwere Belästigungen durch Lichtreflexe und Rotorenlärm zu befürchten hätten. Bei einem derart geringen Abstand der Anlage seien auf die Dauer Gesundheitsschäden für ihn und seine Familie nicht auszuschließen, da insbesondere eine erhebliche Überschreitung der einschlägigen Lärmgrenzwerte zu erwarten sei und der infolge der Lichtreflexe eintretende „Discoeffekt“ zu einer nervlichen Belastung führe.

Um die Grundlage für den Windenergiepark zu schaffen, hatte das Bezirksamt von X zuvor den Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans gefasst, der ausschließlich das zu bebauende Grundstück umfasst. Nach ordnungsgemäßer Durchführung des Planaufstellungsverfahrens beschließt die Bezirksverordnetenversammlung (BVV) über den Plan, der nach erfolgter Rechtskontrolle vom Bezirksamt als Rechtsverordnung festgesetzt wird. In Übereinstimmung mit dem insoweit geänderten Flächennutzungsplan sieht der Bebauungsplan für das fragliche Grundstück ein Sondergebiet für eine Windkraftanlage vor.

Daraufhin erteilt das Bezirksamt X der Y-GmbH, die das Vorhaben umsetzen will, am 15.4.2002 eine Baugenehmigung für zwei Windkraftanlagen. Von dieser Baugenehmigung erfährt Herr A am 16.4.2002 aus der Tagespresse. Er legt am 1.6.2002 Widerspruch gegen die Genehmigung ein. Ungeachtet dessen beginnt die Y-GmbH mit den Bauarbeiten. Am 15.6.2002 wendet sich Herr A daher an das Verwaltungsgericht Berlin mit dem Antrag, ihm vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren.

Er ist der Ansicht, das Vorhaben sei unzulässig. Bereits der Bebauungsplan sei nichtig. Dafür führt er folgende Gründe an: Wie in der Zeitung zu lesen war, gab es in der BVV-Sitzung, in der der fragliche Plan beschlossen wurde, einen Tumult. Ausgelöst worden war dieser Tumult durch den Bezirksverordneten B, der in der Sitzung sein Mobiltelefon nicht abgeschaltet hatte, mit der Folge, dass die Sitzung in Abständen von etwa zwei Minuten durch ständiges Läuten gestört wurde. Vom Vorsteher V zum Abstellen des Telefons aufgefordert, sagte B, er habe sein Auto in der Zweiten Hand inseriert und könne nur per Handy Termine mit potentiellen Käufern vereinbaren; auch während der Sitzung wolle er keinen Interessenten versäumen. Nach mehrmaliger vergeblicher Aufforderung zum Abschalten des Telefons war B unter Protest für den Rest der Sitzung von V des Saales verwiesen worden und konnte auch an der Abstimmung über den Plan nicht mehr teilnehmen.

Außerdem wirkte an der Festsetzung des Plans durch das Bezirksamt Bezirksstadtrat C mit. Dessen Frau ist die schärfste Konkurrentin des A, da sie am gegenüberliegenden Seeufer ebenfalls eine Gartenwirtschaft betreibt, deren Umsatz aber von dem Lokal des A bisher bei weitem übertroffen wurde. C hofft nun, durch die Auswirkungen der geplanten Windkraftanlage endlich seinen und seiner Frau Widersacher übertrumpfen zu können.

In der Sache trägt A vor, der Bezirk habe die vorhandenen Standortalternativen für die Anlage nicht ausreichend berücksichtigt. So wäre auch ein Grundstück in der Nähe des Ortsteils G in Betracht gekommen. Hier wäre ein größerer Abstand zur vorhandenen Wohnbebauung, nämlich 1500 m, möglich gewesen. Außerdem seien die negativen Auswirkungen auf die Landschaft dort bei weitem nicht so gravierend wie bei der jetzt in Aussicht genommenen Ortswahl. Das habe der Bezirk verkannt. Den Ausschlag bei der Entscheidung des Bezirks habe wohl die Erwägung gegeben, dass der Investor, für den der jetzige Ort wirtschaftlich günstiger ist, sich verpflichtet habe, im Gegenzug das Stadtbad des Bezirks fortan kostenlos mit dem Strom aus der Windkraftanlage zu versorgen.

Der Vertreter des Bezirks erwidert im Gerichtstermin, die Umstände der Abstimmung in der BVV könnten sich nicht auf die Wirksamkeit des B-Plans auswirken, da sie keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis gehabt hätten. Der Plan sei mit 30 zu 21 Stimmen bei 3 Enthaltungen beschlossen worden. Der Standort habe unter anderem deshalb gewählt werden müssen, weil im Ortsteil G sich bereits eine Bürgerinitiative gegen die Anlage gebildet habe. Hingegen sei am jetzt gewählten Standort nur ein Wohnhaus betroffen.

1. Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten des Antrags des Herrn A. Gehen Sie davon aus, dass alle von Herrn A und dem Behördenvertreter getroffenen Aussagen den Tatsachen entsprechen. Gehen Sie weiterhin davon aus, dass die Anlage an dem Alternativstandort so weit von der angrenzenden Bebauung entfernt ist, dass ein immissionsschutzrechtlicher Konflikt nicht zu befürchten wäre. Gehen Sie schließlich davon aus, dass die einschlägigen Geschäftsordnungen zu den aufgeworfenen Fragen keine Regelung enthalten und dass Herr A seine geschilderten Bedenken bereits im Planaufstellungsverfahren erfolglos geltend gemacht hat.
2. Wäre eine vom Bezirksverordneten B gegen seinen Ausschluss erhobene Klage vor dem Verwaltungsgericht zulässig?
3. Hätten die BVV oder der Bezirksbürgermeister – die Ansicht des Herrn A über die Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung mittlerweile teilend – das Recht oder ggf. sogar die Pflicht gehabt, gegen die Genehmigung vorzugehen? Gerichtlicher Rechtsschutz soll außer Betracht bleiben.

Bearbeitungshinweise:

Nehmen Sie zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen - ggf. hilfsgutachterlich - Stellung. Die Arbeit ist maschinenschriftlich anzufertigen und soll einen Umfang von 30 Seiten (anderthalbzeilig; Schriftgrad 12; 7 cm Korrekturrand) nicht überschreiten, muss diesen Umfang aber nicht erreichen.

Abgabe der Arbeit bis einschließlich 04.10.2002 an der Auskunft in der Wandelhalle im Gebäude Van't-Hoff-Str. 8 oder im Sekretariat von Prof. Dr. Heintzen (Zi. 203b); bei postalischer Übersendung an das Institut für Staats-, Verwaltungs- und Steuerrecht der Freien Universität Berlin, Prof. Dr. Heintzen, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin, ist der Poststempel dieses Datums fristwährend; bitte achten Sie auf dessen Lesbarkeit.

Lösungsskizze

Frage 1:

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

A Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Im Eilverfahren ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn dies auch in der Hauptsache der Fall ist. Mangels aufdrängender oder abdrängender Sonderzuweisung ist § 40 Abs. 1 VwGO anzuwenden. Danach müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Herr A wendet sich gegen eine Baugenehmigung, also eine Maßnahme der Eingriffsverwaltung, die im Über-/Unterordnungsverhältnis ergangen ist. Überdies sind die Normen des Bau- und des Bezirksverfassungsrechts als streitentscheidende Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da es an der Verfassungsunmittelbarkeit fehlt. Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafter Antrag

Laut Sachverhalt möchte Herr A im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Baugenehmigung vorgehen. Es handelt sich um eine den Bauherren begünstigenden Verwaltungsakt im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG, der einen Dritten, Herrn A, belastet. In der Hauptsache müsste Herr A hiergegen mit der Anfechtungsklage vorgehen.

Als statthafter Antrag kommt demnach ein solcher auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Baugenehmigung gem. §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 VwGO in Betracht¹. Teilweise wird auch vertreten, gem. §§ 80a Abs. 3 S. 1, 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO sei in einem solchen Fall die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen². Da § 80a VwGO den einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz des § 80 VwGO lediglich auf Verwaltungsakte mit Doppelwirkung erstrecken will, ist nicht ersichtlich, wieso bei diesen ein anderer Antrag als im Falle des § 80 Abs. 5 VwGO erforderlich sein soll. Der Streit kann vorliegend aber auf sich beruhen, da sich dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt, welche Antragsfassung Herr A gewählt hat. Es sind also beide Fassungen denkbar.

¹ *Kopp/Schenke*, VwGO, § 80a, Rz. 17 m.w.N.

III. Antragsbefugnis

Weiterhin müsste Herr A auch antragsbefugt sein (§ 42 Abs. 2 VwGO analog). Es muss möglich erscheinen, dass er durch die Baugenehmigung in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt ist. Dies ist vorliegend deshalb problematisch, weil Herr A nicht Adressat der Genehmigung, sondern ein Dritter ist. Ein solcher kann nur dann vor dem Verwaltungsgericht Rechtsschutz erlangen, wenn ihm eine ihn besonders schützende Norm zur Verfügung steht.

Mangels Sonderbeziehung ist zunächst nach einer einfach-gesetzlichen Vorschrift zu suchen, die neben der Allgemeinheit auch Herrn A in seiner konkreten Lage zu schützen bestimmt ist. Im Baunachbarrecht sind verschiedene Normen als potentiell drittschützend anerkannt.

Zunächst kommen die Festsetzungen des Bebauungsplans i.V.m. der BauNVO in Betracht. Jedoch wendet sich A vorliegend gerade gegen die Festsetzungen des Plans, kann aus ihnen daher auch keinen Schutz beanspruchen wollen.

Zu einem anderen Ergebnis kann man nur dann kommen, wenn man den Sachverhalt so auslegt, dass der Bebauungsplan nur ein Windkrafrad vorsieht. Der Sachverhalt spricht nämlich von einem „Sondergebiet für *eine* Windkraftanlage“. Durch die Baugenehmigung wurden aber *zwei* Windkraftanlagen genehmigt. Eine solche Auslegung war zwar nicht beabsichtigt, da von dem Sondergebiet mehrere Windräder umfasst sein sollten, denkbar ist sie aber. Es erscheint aufgrund dieser terminologischen Mehrdeutigkeit, die erst durch die Berichtigung in den Sachverhalt Eingang gefunden hat, vertretbar, innerhalb der Baugenehmigung zu differenzieren. Ein Windkrafrad ist dann vom Bebauungsplan gedeckt, das andere von vorneherein nicht, so dass bereits deshalb ein Verstoß gegen nachbarschützende Vorschriften vorliegen könnte. Im weiteren Verlauf der Prüfung ergibt sich dann aber kein Unterschied, weil der Bebauungsplan als nichtig zu bewerten ist. Beide Windräder sind somit am Maßstab von § 35 BauGB zu messen.

Möglicherweise kann sich Herr A auf § 35 BauGB berufen. Sowohl sein Grundstück als auch das zu bebauende Grundstück liegen im Außenbereich. Da der Bebauungsplan möglicherweise nichtig ist, ist nicht auszuschließen, dass die Vorschrift des § 35 BauGB anzuwenden ist. Fraglich ist allein, ob sie auch zugunsten von A nachbarschützende Wirkung entfalten kann. Grundsätzlich ist anerkannt, dass weder § 35 Abs. 1 noch Abs. 2 BauGB eine generell nachbarschützende Wirkung entfalten. Jedoch können zum einen privilegierte Vorhaben, zum anderen solche Vorhaben, die

² Schoch in Sch/Sch-A/P, § 80a, Rz. 49 f.

auf das Gebot der Rücksichtnahme verweisen können, Nachbarschutz geltend machen³.

Das Haus des A gehört zu den nichtprivilegierten Vorhaben (vgl. § 35 Abs. 1 BauGB), sondern genießt im Außenbereich lediglich Bestandsschutz. Herr A kann sich also nur auf § 35 BauGB berufen, wenn zu seinen Gunsten das Gebot der Rücksichtnahme eingreift. Dem Gebot der Rücksichtnahme kommt dann drittschützende Wirkung zu, wenn in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist⁴. Das Rücksichtnahmegebot fungiert hierbei als öffentlicher Belang im Sinne von § 35 Abs. 3 BauGB, vorliegend insbesondere über das Merkmal der schädlichen Umwelteinwirkungen in Nr. 3. Das Eingreifen des Rücksichtnahmegebotes zugunsten des A gegenüber der Windkraftanlage ist aber deshalb besonders problematisch, weil Windkraftanlagen ihrerseits zu den privilegierten Vorhaben im Außenbereich zählen (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB). Grundsätzlich können Privilegierte verlangen, vor Nichtprivilegierten geschützt zu werden. Dies könnte dazu führen, dass ein Nachbarschutz Nichtprivilegierter gegenüber Privilegierten ausgeschlossen ist. Ein so weitgehender Schluss kann jedoch nicht gezogen werden. Vielmehr ist im Ausnahmefall auch Nichtprivilegierten eine Berufung auf das Gebot der Rücksichtnahme gegenüber Privilegierten zuzugestehen⁵. Vorliegend erscheint es nicht ausgeschlossen, dass aufgrund der hohen Lärm- und Lichtimmissionen, denen das Haus des A ausgesetzt ist, gegen das Rücksichtnahmegebot verstoßen wurde.

Auch § 22 Abs. 1 BImSchG kommt grundsätzlich nachbarschützende Funktion zu⁶. Laut Sachverhalt übertreffen die Lärmimmissionen die zulässigen Grenzwerte. Jedoch spricht die Vorschrift davon, schädliche Umwelteinwirkungen, die nach dem Stand der Technik vermeidbar seien, sollten unterbleiben. Ob hiergegen verstoßen wird, lässt sich mangels Angaben im Sachverhalt nicht ermitteln. Es ist nämlich denkbar und sogar naheliegend, dass die Grenzwerte nicht wegen des technischen Zustandes der Anlage, sondern wegen des zu geringen Abstands überschritten werden. Eine Berufung auf § 22 BImSchG scheidet mithin aus.

³ *Finkelburg/Ortloff*, Baurecht II, § 17 I 8.

⁴ BVerwG NJW 1994, S. 1546, 1547.

⁵ *Hoppenberg* in Hoppenberg, Handbuch des Öffentlichen Baurechts, H Rz. 200.

⁶ *Hoppenberg*, a.a.O., H Rz. 494.

Eine Berufung auf § 6 Abs. 5 S. 4 BauOBln kommt ebenfalls von vornherein nicht in Betracht, weil sich die Abstandsflächen aus den Sachverhaltsangaben nicht ermitteln lassen.

Im Ergebnis ist A antragsbefugt aufgrund der möglichen Verletzung von § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme. Eine Berufung unmittelbar auf Art. 14 Abs: 1 GG scheidet demgegenüber aus.

IV. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist weiterhin, ob für den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Dieses ist unter zwei Gesichtspunkten problematisch. Zum einen kann einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 VwGO nur gewährt werden, wenn in der Hauptsache bereits ein Rechtsmittel (Widerspruch oder Anfechtungsklage) eingelegt wurde, das nicht offensichtlich unzulässig ist und das keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Zum anderen ist fraglich, ob im Rahmen von § 80a VwGO zunächst ein Antrag bei der Behörde gestellt werden muss, bevor das Gericht eingeschaltet werden darf.

Vorliegend hat Herr A am 1.6.2002 gegen die Baugenehmigung Widerspruch eingelegt. Bedenken gegen seine Zulässigkeit können sich allenfalls aus § 70 Abs. 1 VwGO ergeben, wonach der Widerspruch innerhalb eines Monats ab Bekanntgabe einzulegen ist. Herr A erfuhr aber bereits am 16.4. von der Genehmigung, also mehr als einen Monat vor Widerspruchseinlegung. Jedoch ist ihm der Verwaltungsakt nie förmlich bekanntgegeben worden (vgl. § 41 VwVfG), sondern er hat nur aus der Tagespresse von ihm erfahren. In einem solchen Fall muss sich der Nachbar nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als wäre ihm die Genehmigung bekanntgegeben worden, wenn er sichere Kenntnis von ihr erlangt hat⁷. Dies war hier am 16.4. der Fall. Dennoch gilt vorliegend die Monatsfrist nicht, da Herrn A keine Rechtsbehelfsbelehrung erteilt wurde. In einem solchen Fall beträgt die Frist gem. § 58 Abs. 2 VwGO ein Jahr. Die Jahresfrist war noch nicht abgelaufen, so dass der Widerspruch nicht verfristet ist. Er entfaltet auch keine aufschiebende Wirkung, da diese nach § 212a BauGB für Nachbarwidersprüche ausgeschlossen ist.

⁷ BVerwGE 44, 294, 298;78, 85, 88.

Weiterhin ist problematisch, ob gerichtlicher Rechtsschutz erst nach einem erfolglosen Antrag bei der Behörde zulässig ist. Hierfür könnte sprechen, dass § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO auch auf die Vorschrift des § 80 Abs. 6 VwGO verweist, die einen solchen Antrag anordnet⁸. Teilweise wird dieser Verweis jedoch als Redaktionsversehen angesehen und in Fällen wie dem vorliegenden nicht angewendet⁹. Der Streit kann vorliegend aber offen bleiben, da bereits mit der Bauausführung begonnen wurde. In einem solchen Fall ist ein vorheriger Antrag bei der Behörde auch nach § 80 Abs. 6 VwGO nicht notwendig, da im Sinne seines Satzes 2 Nr. 2 die Vollstreckung droht¹⁰.

V. Zuständiges Gericht

Das Verwaltungsgericht Berlin ist gem. § 52 Nr. 1 VwGO örtlich und gem. § 45 VwGO sachlich zuständig.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Herr A und das Land Berlin als Antragsgegner sind gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Herr A ist nach § 62 Abs. 1 Nr. 1, das Land Berlin nach § 62 Abs. 3 (a.A. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) prozessfähig.

VII. Ergebnis

Da weitere Bedenken nicht bestehen, ist der Antrag zulässig.

B Begründetheit

I. Prüfungsmaßstab

Der Antrag ist begründet, wenn das Aussetzungsinteresse von Herrn A das Vollziehungsinteresse der Behörde überwiegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Baugenehmigung offensichtlich rechtswidrig ist.

Die immer wieder erwähnte „summarische Prüfung“ durch das Gericht hat für den Bearbeiter nicht zur Folge, dass er die aufgeworfenen Rechtsfragen oberflächlicher als sonst prüfen dürfte. Es gilt vielmehr der übliche Sorgfaltsmaßstab.

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Drittrechtsbehelfen ist zu beachten, dass diese nur insoweit geprüft werden darf, als die subjektiv-öffentlichen Rechte des Dritten reichen. Es reicht also nicht aus, dass, wie § 62 Abs. 1 BauOBln es verlangt,

⁸ In diesem Sinne Heydemann, NVwZ 1993, S. 419 ff.

⁹ Kopp/Schenke, a.a.O., § 80a, Rz. 21.

einem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen. Vielmehr ist zusätzlich zu prüfen, ob eine Norm vorhanden ist, die dem Antragsteller ein subjektiv-öffentliches Recht vermittelt, und anschließend, ob diese Norm verletzt wurde.

II. § 35 Abs. 3 BauGB i.V.m. dem Rücksichtnahmegebot als Anspruchsgrundlage

Wie bereits im Rahmen der Antragsbefugnis angesprochen, kommt eine Verletzung von § 35 Abs. 3 i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme in Betracht. Dafür müsste diese Vorschrift überhaupt anwendbar sein. Dies wäre nicht der Fall, wenn die Festsetzungen des Bebauungsplans vorrangig anzuwenden wären.

Gem. § 30 Abs. 1 BauGB sind im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans dessen Festsetzungen maßgeblich, so dass die gesetzlichen Regelungen zurücktreten. Im Geltungsbereich eines einfachen Bebauungsplans sind gem. § 30 Abs. 3 BauGB ergänzend die Vorschriften der §§ 34, 35 BauGB heranzuziehen. Dem Sachverhalt lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob es sich vorliegend um einen qualifizierten oder um einen einfachen Bebauungsplan handelt. Es ist lediglich von der Festsetzung eines Sondergebiets die Rede, einer Festsetzung also, die die Art der baulichen Nutzung regelt.

Es kann jedoch im vorliegenden Zusammenhang offenbleiben, welche Art von Bebauungsplan vorliegt. Auch ein einfacher Plan würde zumindest hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung § 35 Abs. 3 BauGB verdrängen. Es lässt sich nicht sagen, ob die Belastungen für das Grundstück des Herrn A durch die Art oder durch das Maß der baulichen Nutzung hervorgerufen werden. Auch die Gültigkeit eines einfachen Bebauungsplans ist mithin entscheidungserhebliche Vorfrage für die Anwendbarkeit von § 35 Abs. 3 BauGB. Somit ist die Gültigkeit des Bebauungsplans in jedem Fall inzidenter zu überprüfen.

III. Gültigkeit des Bebauungsplans

Der Bebauungsplan wird grundsätzlich ungültig, wenn er rechtswidrig ist. Es gibt jedoch auch Normen, die hiervon Ausnahmen zulassen, wenn bestimmte Rechtsfehler vorliegen. Im Rahmen der folgenden Rechtmäßigkeitsprüfung ist somit gegebenenfalls zu fragen, ob der festgestellte Rechtsverstoß auch zur Ungültigkeit führt.

¹⁰ OVGNDs, DVBl. 1993, S. 123, 124 ; OVGRP, NVwZ 1993, S. 591, 592.

Auch wenn es sich vorliegend nur um eine Nachbarklage handelt, ist die Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans vollständig und nicht nur hinsichtlich nachbarschützender Normen zu überprüfen, weil die Frage nach der anzuwendenden Norm (B-Plan oder § 35 BauGB) unabhängig von Nachbarschutz ist.

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Bebauungsplan sind die §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 BauGB.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Gem. §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 BauGB i.V.m. §§ 1, 6 AGBauGB sind die Bezirke grundsätzlich zur Aufstellung und Festsetzung von Bebauungsplänen zuständig. Ein Ausnahmefall nach den §§ 7 ff. AGBauGB ist nicht ersichtlich. Der Bezirk X war zuständig. Im Rahmen des Aufstellungs- und Festsetzungsverfahrens nach § 6 AGBauGB ist das Bezirksamt das zuständige Organ. Die Bezirksverordnetenversammlung (BVV) fasst gem. § 6 Abs. 3 AGBauGB jedoch einmal Beschluss über den festzusetzenden Plan. Diese Zuständigkeitsverteilung wurde vorliegend eingehalten.

b) Verfahren

Jedoch könnten Verfahrensfehler unterlaufen sein. Der Sachverhalt berichtet zwar von einer ordnungsgemäßen Durchführung des Planaufstellungsverfahrens. Bei der abschließenden Beschlussfassung in der BVV gem. § 6 Abs. 3 AGBauGB war aber der Bezirksverordnete B nicht anwesend. Überdies wirkte der Bezirksstadtrat C an der Festsetzung des Plans als Rechtsverordnung mit, obwohl er möglicherweise hätte ausgeschlossen werden müssen.

aa) Der Ausschluss des Bezirksverordneten B

(1) Erheblichkeit des Ausschlusses für den Planbeschluss

Für die Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans könnte es von Erheblichkeit sein, ob der Ausschluss des B von der Beschlussfassung seinerseits rechtmäßig war. Gegen die Erheblichkeit eines etwaigen Fehlers könnte jedoch sprechen, dass sich das Fernbleiben des B gar nicht auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt hat.

Das BezVG von Berlin enthält zu der Frage, wie sich ein ungerechtfertigter Ausschluss von Bezirksverordneten auf einen in seiner Abwesenheit gefassten Beschluss auswirkt, keine Regelung. In einigen Gemeindeordnungen ist die Frage für Teilbereiche geregelt. So ordnet § 18 Abs. 6 S. 1 GOBa-Wü an, dass ein Beschluss, der ohne einen fälschlicherweise als befangen ausgeschlossenen Gemeinderat zustande gekommen ist, rechtswidrig ist¹¹. Andere Gemeindeordnungen verlangen eine Kausalität des Ausschlusses oder der ungerechtfertigten Teilnahme für die getroffene Entscheidung (vgl. Art. 49 Abs. 3 GOBay, § 28 Abs. 6 GOBbg).

Folglich ist die Lösung durch Rückgriff auf allgemeine Grundsätze zu beantworten. Auszugehen ist von der Erkenntnis, dass jedes Mitglied der BVV ein Recht auf Teilnahme an deren Sitzungen und Entscheidungen hat. Dies ergibt sich zum einen aus seiner Stellung als Mitglied einer gewählten Vertretungskörperschaft, zum anderen aus einem Umkehrschluss aus § 11 Abs. 3 S. 1 BezVG. Diese Vorschrift setzt ein allgemeines Teilnahmerecht der Bezirksverordneten voraus. Wird dieses Teilnahmerecht verletzt, so muss diese Verletzung grundsätzlich auf die von ihr betroffene Entscheidung durchschlagen, da andernfalls ein Verstoß des Bezirksverordnetenvorstehers weitgehend ohne Konsequenzen bliebe. Es handelt sich insoweit bei den Mitwirkungsrechten auch nicht um bloße Ordnungsvorschriften, die für die getroffene Entscheidung unbeachtlich wären¹². Mithin ist die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses für die Rechtmäßigkeit des Planbeschlusses erheblich.

Mit guter Begründung ist hier auch die gegenteilige Auffassung vertretbar. Ohnehin kann die Behandlung der Problematik nur von guten Kandidaten erwartet werden. Im Übrigen kann die auftretende Frage auch mit der Begründung offengelassen werden, dass der Ausschluss rechtmäßig war und sich damit nicht auf den Plan auswirkte.

(2) Rechtmäßigkeit des Ausschlusses

Der Ausschluss ist rechtswidrig, wenn der Vorsteher Mitgliedschaftsrechte des B verletzt hat. Dies ist der Fall, wenn das Verhalten des B keinen Anlass zu der vom Vorsteher ergriffenen Maßnahme gab.

Der Vorsteher hat den ordnungsmäßigen Ablauf der Sitzung sicherzustellen und Störungen zu unterbinden. Die Maßnahme des Vorstehers wäre mithin rechtmäßig,

¹¹ Vgl. VGHBW, NVwZ 1987, S. 1103 f.

¹² Zum Verstoß gegen bloße Ordnungsvorschriften vgl. *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rz. 271.

wenn B durch sein Telefonieren eine Störung verursacht hat und sich der Sitzungsausschluss als angemessene Maßnahme zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Ablaufs der Sitzung darstellt.

Eine rechtserhebliche Störung könnte darin zu sehen sein, dass das Telefonieren während der Sitzungen, sofern sich auch nur ein Bezirksverordneter dadurch belästigt fühlt, gegen die Sitzungsordnung verstößt, deren Einhaltung der Vorsteher im Rahmen seiner Leitungs- und Ordnungsgewalt im Interesse eines ordnungsgemäßen Sitzungsablaufs zu gewährleisten hat. Der Begriff der "Ordnung" umfasst auch die innerorganisatorischen Verhaltensregeln, die für einen reibungslosen Geschäftsablauf notwendig sind. Derartige auch auf die Leitungspflicht des Vorstehers einwirkende Verhaltensregeln beruhen darauf, dass ein kollegiales Gremium, in dem viele einzelne Interessen zu einem organschaftlichen Gesamtwillen zusammengefasst werden sollen, nicht ohne eine selbstorganisierte Ordnung von Rechten und Pflichten seiner Mitglieder auskommen kann¹³. Zum unabdingbaren Bestand dieser Verhaltensregeln gehört u.a. das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme, um die schutzwürdigen Funktionsinteressen der Bezirksverordneten untereinander auszugleichen und Kollisionen auszuschließen.

Für die Feststellung, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme vorliegt, kommt es auf die Abwägung dessen an, was einerseits dem Begünstigten und andererseits dem Belasteten nach Lage der Dinge billigerweise zugemutet werden kann¹⁴. Vorliegend wurde die Sitzung der BVV durch dauerndes Läuten des Handys gestört. Im Abstand von zwei Minuten kam es zu entsprechenden Telefonaten. Selbst wenn diese flüsternd geführt worden wären, geht von ihnen in einem Gremium von 55 Personen eine nicht unerhebliche Geräuschbelästigung aus. Es mag im Einzelfall zulässig sein, wichtige Gespräche auch während der Sitzung zu führen. Die hier geschilderte Häufigkeit geht jedoch über das noch zumutbare Maß hinaus. Es lag eine Belästigung anderer vor. Damit wurde von B gegen das Gebot der Rücksichtnahme verstoßen. Die Sitzungsordnung war damit gestört. Hieraus folgte für den Vorsteher eine Reaktionspflicht, um die mitgliedschaftsrechtliche Position der belästigten Bezirksverordneten zu schützen.

¹³ OVG Münster (Fn.), S. 26.

¹⁴ OVG Münster, NVwZ-RR 1991, S. 260 ff., 261.

Fraglich ist, ob der vom Vorsteher verhängte Sitzungsausschluss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprach. Es war geeignet, die Belästigung der anderen Bezirksverordneten zu unterbinden. Die Maßnahme war auch erforderlich. Eine regelmäßige mehrfache Unterbrechung der Sitzung würde B zwar das Telefonieren und die dauernde Teilnahme an der Sitzung ermöglichen und auch die Belästigung anderer ausschließen. Mehrfache Unterbrechungen der Sitzung beeinträchtigen jedoch deren Ablauf und den Fortgang der Diskussionen. Sie führen darüberhinaus zu einer unnötigen Verlängerung der Gesamtdauer der Sitzung.

Schließlich ist zu prüfen, ob unangemessen in die Rechtsposition des B eingegriffen wurde. Die Beeinträchtigung des B durch die Nichtteilnahme an der Sitzung ist nicht unerheblich. Jedoch hat der V ihn mehrfach erfolglos zum Unterlassen des Telefonierens aufgefordert. In einer solchen Situation, in der sich ein Mitglied völlig uneinsichtig zeigt, muss es dem Vorsteher möglich sein, die vorhandene gravierende Beeinträchtigung des Sitzungsverlaufs durch einen Ausschluss zu beenden. Mithin war der Ausschluss rechtmäßig.

bb) Die Mitwirkung des Bezirksstadtrats C

Weiterhin könnte der Plan deshalb rechtswidrig gewesen sein, weil an der Festsetzung als Rechtsverordnung gem. § 6 Abs. 5 S. 1 AGBauGB Bezirksstadtrat C mitgewirkt hat, dessen Frau die schärfste Konkurrentin von Herrn A ist. Dadurch könnte er als ausgeschlossene Person zu qualifizieren und seine Mitwirkung rechtswidrig gewesen sein.

(1) Analoge Anwendung des VwVfG

Fraglich ist jedoch bereits, welche Vorschriften für die Ausschließung von Bezirksamtsmitgliedern bei der Festsetzung von Rechtsverordnungen gelten. Anders als für Bezirksverordnete, für die in § 11 Abs. 3 S. 1 BezVG auf das VwVfG verweist, enthält das Gesetz für Bezirksamtsmitglieder keine ausdrückliche Regelung. Auch ist das VwVfG nicht direkt anwendbar, da es nur für solche Verwaltungsverfahren gilt, die auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zielen (vgl. § 9 VwVfG). Es besteht folglich eine Regelungslücke. Fraglich ist, ob diese auch planwidrig ist; dies wäre Voraussetzung für eine etwaige analoge Anwendung der Ausschließungsvorschriften des VwVfG auch für Fälle wie den vorliegenden. Im Normalfall besteht die Tätigkeit des Bezirksamts in

dem Erlass von Verwaltungsakten, so dass in diesen Fällen das VwVfG direkt Anwendung findet. In den übrigen Bundesländern enthalten die Gemeindeordnungen Ausschließungsvorschriften für Beschlussfassungen wie die vorliegende, die den Regelungen des VwVfG im Wesentlichen entsprechen (vgl. § 28 GOBbg). Somit erscheint es als nicht nachvollziehbar, wieso die Ausschließung eines Bezirksamtsmitglieds von der Entscheidung nicht möglich sein soll. Ein analoger Rückgriff auf das VwVfG erscheint daher geboten.

Nur von guten Kandidaten kann ein Eingehen auf die Anwendbarkeitsfrage erwartet werden. Es ist daher nicht nachteilig zu bewerten, wenn das VwVfG direkt angewandt wird.

(2) Ausschließung von C analog § 20 VwVfG

Möglicherweise ist C als ausgeschlossene Person im Sinne von § 20 VwVfG. Er selbst ist nicht Beteiligter im Sinne von § 13 VwVfG, so dass § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VwVfG auf ihn nicht anwendbar ist. Auch seine Frau ist nicht Beteiligte, so dass ein Ausschluss direkt nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 5 Nr. 2 VwVfG nicht in Betracht kommt.

Jedoch ist C möglicherweise nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 5 Nr. 2 und Abs. 1 S. 2 VwVfG ausgeschlossen. Einem Beteiligten steht nämlich nach § 21 Abs. 1 S. 2 VwVfG gleich, wer durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil erlangen kann. In der Schwächung des Konkurrenten A müsste ein unmittelbarer Vorteil für Frau C liegen. Diese Erstreckung ist Ausdruck des Grundsatzes, dass an einem Verfahren nicht mitwirken soll, wer an ihm ein eigenes, auch wirtschaftliches Interesse hat. Der Vorteil kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder immaterieller Natur sein¹⁵. Die Schwächung des Konkurrenten A stellt ein solches wirtschaftliches Interesse dar. Der Vorteil müsste auch unmittelbar sein. Bei der Beurteilung der Unmittelbarkeit ist kein strenger Maßstab anzulegen. So kann der Vorteil auch erst auf dem Umweg über Dritte entstehen¹⁶. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls¹⁷. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass das Bauvorhaben mit Wahrscheinlichkeit zu einem Umsatzrückgang bei A führen wird. Frau C betreibt am gleichen See ebenfalls ein Ausflugslokal, so dass zu erwarten ist, dass die bei A ausbleibende Kundschaft zumindest teilweise zu ihr abwandert. Dieser Zusammenhang reicht aus, um von einem

¹⁵ Bonk in S/B/S, VwVfG, § 20, Rz. 41.

¹⁶ Bonk, a.a.O., Rz. 44; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 20, Rz. 31.

¹⁷ Kopp/Ramsauer, a.a.O., Rz. 31 nennt als Beispiel etwa die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis an einen Konkurrenten.

unmittelbaren Vorteil zu sprechen. Schließlich reicht, wie das Wort „kann“ verdeutlicht, die Möglichkeit der Vorteilserlangung aus¹⁸.

Im Ergebnis gehört Herr C zu den vom Verfahren ausgeschlossenen Personen. Dass er dennoch an der Festsetzung des Plans mitgewirkt hat, macht diesen rechtswidrig¹⁹. § 46 VwVfG kann bereits deshalb nicht herangezogen werden, da sich aus dem Sachverhalt nicht ergibt, ob die Stimme des C für den Bezirksamtsbeschluss ausschlaggebend war.

cc) Ergänzendes Verfahren gem. § 215a Abs. 1 BauGB?

Fraglich ist jedoch, ob die Rechtswidrigkeit des Beschlusses zur Nichtigkeit des Bebauungsplans führt. Dies könnte wegen der Vorschrift des § 215a BauGB nicht der Fall sein, die ein ergänzendes Verfahren vorsieht. Wird ein Fehler im ergänzenden Verfahren behoben, so entfällt auch die auf diesem Fehler beruhende Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, also auch einer Baugenehmigung wie der vorliegenden²⁰. Jedoch lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass ein solches ergänzendes Verfahren bereits durchgeführt worden wäre. Grundsätzlich steht es im Ermessen der Behörde, ob sie ein solches Verfahren durchführen will. Eine Durchführungspflicht besteht jedenfalls nicht²¹. Darüber hinaus steht es im Ermessen der Gemeinde, ob sie gem. § 215a Abs. 2 den Plan rückwirkend in Kraft setzen will²². Dass hinsichtlich des Ermessens eine Reduktion eingetreten wäre, ist vorliegend nicht ersichtlich. Mithin bleibt es bei der Regelung in § 215a Abs. 1 S. 2 BauGB. Danach entfaltet der Bebauungsplan bis zur Behebung des Fehlers keine Rechtswirkungen. Im hier vorliegenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren muss das Gericht jedenfalls von diesem vorläufigen Rechtszustand ausgehen.

Es sollte nicht als Fehler gewertet werden, wenn ein Bearbeiter § 215a BauGB entgegen den vorigen Ausführungen bejaht, da man auch der Auffassung sein kann, das Gericht könne einen fiktiven Verlauf seiner Abwägungsentscheidung zugrundelegen und so zur Unbeachtlichkeit des Fehlers gelangen. Wer diese Meinung vertritt, kann weiterhin vertretbarerweise auch die materielle Befangenheitsfrage offen lassen.

dd) Zwischenergebnis

¹⁸ Bonk, a.a.O., Rz. 45.

¹⁹ Kopp/Ramsauer, a.a.O., Rz. 4.

²⁰ Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 215a, Rz. 12.

²¹ Battis/Krautzberger/Löhr, a.a.O., Rz. 8.

²² Battis/Krautzberger/Löhr, a.a.O., Rz. 10.

Der Bebauungsplan ist wegen der Mitwirkung von C verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Dies führt zur Rechtswidrigkeit und, da § 215a BauGB nicht greift, zur Wirkungslosigkeit des Plans

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bebauungsplan könnte auch noch aus materiellen Gründen rechtswidrig und nichtig sein.

a) Erforderlichkeit gem. § 1 Abs. 3 BauGB

Gem. § 1 Abs. 3 BauGB dürfen Bebauungspläne nur aufgestellt werden, soweit dies für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Dieses Erfordernis schränkt die bezirklichen Organe jedoch nur in geringem Maße ein. Verhindert werden sollen nur völlig unnötige und unsinnige Planungen. Vorliegend ist es durchaus sinnvoll, einen Windenergiepark planerisch abzusichern, da von ihm ein nicht unerhebliches Konfliktpotential ausgeht. Dafür kann es auch sinnvoll sein – wie es übrigens in Berlin gängige Praxis ist – den Plan nur auf ein einzelnes Grundstück zu beschränken. Angesichts des Konfliktpotentials steht auch die Qualifizierung von Windkraftanlagen als privilegierte Vorhaben gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB der Erforderlichkeit gem. § 1 Abs. 3 BauGB nicht entgegen. Der Plan ist damit als erforderlich anzusehen.

b) Ermessensgrenzen aus §§ 8, 9 BauGB

Jedoch könnte das Planungsermessen fehlerhaft ausgeübt worden sein. Zunächst wurden die Ermessensgrenzen aus den §§ 8, 9 BauGB eingehalten, da der Bebauungsplan den Festsetzungen des Flächennutzungsplans entspricht und die Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 BauGB nicht überschritten wurden. Insbesondere ist auch § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB nicht verletzt, da gem. § 8 Abs. 3 BauGB der Flächennutzungsplan sogar im Parallelverfahren geändert werden kann.

c) Abwägungsfehler

Bei der erforderlichen Abwägung gem. § 1 Abs. 6 BauGB könnten Fehler unterlaufen sein. Im Rahmen der Abwägungsfehlerlehre sind vier Abwägungsfehler zu unterscheiden: der Abwägungsausfall, das Abwägungsdefizit, die Abwägungsfehlerinschätzung und die Abwägungsdisproportionalität.

aa) Abwägungsausfall

Von einem Abwägungsausfall kann man nur sprechen, wenn überhaupt keine Abwägung stattgefunden hat. Hiervon kann vorliegend nicht ausgegangen werden.

bb) Abwägungsdefizit

Jedoch könnte ein Abwägungsdefizit vorliegen. Dies ist der Fall, wenn nicht alle abwägungsrelevanten Belange in die Abwägung eingestellt worden sind. Die zu berücksichtigenden Belange ergeben sich aus §§ 1 Abs. 5, 1a BauGB.

Nach § 1 Abs. 5 Nr. 7 i.V.m. § 1a Abs. 2 Nr. 2 ist bei der Abwägung auch die Vermeidung von Eingriffen in Natur und Landschaft zu berücksichtigen. Den Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes kommt zwar kein genereller Vorrang vor anderen Belangen zu, allerdings kommt eine Zurückstellung dieser Belange wegen Art. 20a GG nur zugunsten entsprechend wichtiger anderer Belange in Betracht²³. Der Bezirk hätte also prüfen müssen, ob Eingriffe in Natur und Landschaft i.S. von § 8 Abs. 1 BNatSchG zu erwarten sind und ob sie sich minimieren lassen, oder ob andere Belange sie aufwiegen. Laut Sachverhalt hätte es noch einen anderen Standort gegeben, an dem die Auswirkungen auf Natur und Landschaft bei weitem nicht so gravierend gewesen wären. Diesen Umstand hätte der Bezirk in die Abwägung mit einbeziehen müssen. Dass er dies unterlassen hat, führt zu einem Abwägungsdefizit.

cc) Abwägungsfehleinschätzung

Eine Abwägungsfehleinschätzung liegt dann vor, wenn die Bedeutung einzelner Belange verkannt wird. Vorliegend hat der Bezirk zwar gesehen, dass das Wohnhaus des A durch die Planung beeinträchtigt ist. Dennoch hat er aber den wirtschaftlichen Interessen der Y-GmbH den Vorrang eingeräumt. Die Belange des A fallen unter § 1 Abs. 5 Nr. 1 BauGB, „gesunde Wohnverhältnisse“, wohingegen sich die Interessen der Y unter § 1 Abs. 5 Nr. 8 BauGB, „Belange der Wirtschaft“ einordnen lassen. Beide sind gegeneinander abzuwägen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Windenergiepark an der vorgesehenen Stelle nur einen Abstand von 150 m zum Haus des A einhält. Mittlerweile wird allgemein davon ausgegangen, dass Windenergieanlagen ab einer bestimmten Größe mindestens einen Abstand von 500 m zur vorhandenen Wohnbebauung einhalten müssen²⁴. Am Alternativstandort wäre ein Ab-

²³ BVerwG, DVBl. 1997, S. 1112, 1113.

²⁴ Ausführlich *Ogiermann*, Rechtsfragen der Errichtung von Windkraftanlagen, S. 73 ff.; OVG NW, NVwZ 1997, S. 924, 925.

stand von 1500 m möglich gewesen und somit ein immissionsschutzrechtlicher Konflikt auszuschließen gewesen. Unerheblich ist insoweit, dass sich bereits eine Bürgerinitiative gebildet hat. Diese hätte aufgrund der Sachverhaltsangaben keine Aussichten, rechtlich gegen den Alternativstandort vorzugehen. Schließlich kann sich der Bezirk nicht darauf berufen, dass an dem vorgesehenen Standort nur ein Wohnhaus betroffen sei. Es mag so sein, dass bei verschiedenen in Frage kommenden Standorten grundsätzlich derjenige ausgewählt werden kann, an dem weniger Betroffene beeinträchtigt werden. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn wie hier am Alternativstandort überhaupt keine Beeinträchtigung droht. Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man auch aufgrund der Erwägung, dass das Haus des A im Außenbereich liegt und damit nicht so schutzwürdig ist wie in einem Wohngebiet. Auch Eigentümer, deren Häuser im Außenbereich Bestandsschutz genießen, müssen sich zumindest gegen solche Belastungen wehren können, die erheblich über dem liegen, was noch zu dulden wäre. Vorliegend sind die Grenzwerte überschritten und der Abstand von nur 150 m liegt ganz erheblich unter dem sonst geltenden Minimum von 500 m. Der Bezirk hätte deshalb mit Rücksicht auf Herrn A den wirtschaftlich ungünstigeren Standort wählen müssen. Mithin liegt insgesamt eine Abwägungsfehleinschätzung vor, weil die Belange des A nicht richtig ins Verhältnis zu den Belangen der Wirtschaft gesetzt wurden.

Ein anderes Ergebnis ist mit guter Argumentation vertretbar, wenn auch die Begründung hier wegen der deutlichen Sachverhaltsangaben schwer fallen dürfte.

Eine weitere Abwägungsfehleinschätzung könnte darin liegen, dass der jetzt präferierte Standort gewissermaßen dadurch „erkauft“ wurde, dass das Stadtbad mit Strom versorgt wird. Ein derartiger Belang der Vorteilsgewährung durch Begünstigte ist in § 1 Abs. 5 BauGB nicht vorgesehen. Es erscheint mithin als sachfremde Erwägung, sich aufgrund derartiger Vergünstigungen für einen bestimmten Standort zu entscheiden. Auch aus diesem Grund liegt eine Abwägungsfehleinschätzung vor.

dd) Abwägungsdisproportionalität

Eine Abwägungsdisproportionalität liegt dann vor, wenn der Ausgleich zwischen den Belangen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtung der Belange außer Verhältnis steht²⁵. Bereits beschrieben wurde, dass der Belang der gesunden Wohnverhältnisse mit Blick auf Herrn A nicht ausreichend berücksichtigt wurde. Dadurch wird auch der Ausgleich zwischen den einzelnen Belangen, den der

Bezirk vorgenommen hat, fehlerhaft. Eine Abwägungsdisproportionalität liegt vor. Auch die Nichtberücksichtigung der Belange des Natur- und Landschaftsschutzes führt zu einer entsprechenden Disproportionalität.

ee) Rechtsfolge der Abwägungsfehler

Während Fehler im Abwägungsergebnis immer erheblich sind und zur Nichtigkeit des Bebauungsplans führen, sind Fehler im Abwägungsvorgang gem. § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Offensichtlich ist der Fehler, wenn er aus Akten, Protokollen, dem Plan selbst oder ähnlichen Schriftstücken sowie aus öffentliche Äußerungen erkennbar ist²⁶. Ein Einfluss auf das Abwägungsergebnis besteht schon dann, wenn die konkrete Möglichkeit gegeben ist, dass ohne den Fehler das Abwägungsergebnis anders ausgefallen wäre²⁷. Abwägungsdefizit und Abwägungsfehleinschätzung beziehen sich auf den Abwägungsvorgang, während die Abwägungsdisproportionalität das Abwägungsergebnis betrifft. Es wurde bereits ausgeführt, dass die beiden erstgenannten Fehler sich auch als Abwägungsdisproportionalität im Abwägungsergebnis niedergeschlagen haben. Nach der geschilderten Sachlage hätte der Alternativstandort gewählt werden müssen. Mithin steht § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB der Erheblichkeit der Abwägungsfehler nicht entgegen. Da Herr A von den Mängeln wusste, ist davon auszugehen, dass sie erkennbar waren. Auch waren sie von Einfluss auf das Abwägungsergebnis, da sie zu einer Disproportionalität führten. Schließlich wurde auch die Rügefrist des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB gewahrt, da sich Herr A bereits im Aufstellungsverfahren erfolglos an den Bezirk gewandt hat. Die Abwägungsfehler führen zur Nichtigkeit des Bebauungsplans.

Ein ergänzendes Verfahren gem. § 215a BauGB kommt hier von vornherein nicht in Betracht, da nicht ersichtlich ist, wie die Abwägungsfehler aufgrund ihrer Schwere in einem solchen behoben werden sollten.

Andere Auffassungen sind hier nur schwer vertretbar.

4. Ergebnis

²⁵ OVG NW, NVwZ 1996, S. 274, 275.

²⁶ OVG NW, a.a.O., S. 280.

²⁷ BVerwG, NVwZ 1995, S. 692, 693.

Der Bebauungsplan ist sowohl wegen formeller als auch wegen materieller Fehler rechtswidrig und damit ungültig. Er kann die Errichtung zweier Windräder nicht legalisieren.

III. Verletzung von § 35 Abs. 3 i.V.m. dem Rücksichtnahmegebot

Da der Bebauungsplan nichtig ist, richtet sich die planungsrechtliche Zulässigkeit ausschließlich nach § 35 BauGB. Diese Vorschrift vermittelt nichtprivilegierten Vorhaben nicht automatisch Nachbarschutz. Ursprünglich hatte das BVerwG sogar ausgesprochen, solche Vorhaben genössen im Außenbereich überhaupt keinen Schutz²⁸. Mittlerweile hat es jedoch anerkannt, dass ein Nachbar sich auch bei sonstigen Vorhaben auf das Gebot der Rücksichtnahme berufen kann²⁹. Voraussetzung ist, dass das Gebot der Rücksichtnahme hinreichend auf einen bestimmten Personenkreis individualisierbar ist. Zusätzlich muss die anzuwendende Vorschrift nach den gesetzlichen Wertungen auch den Interessen des Nachbarn dienen³⁰.

Vorliegend ist Herr A durch die Windkraftanlage als einziger Hauseigentümer in der Nähe betroffen und damit hinreichend individualisierbar. Ihm müsste aber auch eine ihn schützende Norm im Rahmen von § 35 BauGB zur Seite stehen. In Betracht kommt insbesondere § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB, der es als entgegenstehenden öffentlichen Belang wertet, wenn schädliche Umwelteinwirkungen von einem Vorhaben ausgehen. Schädliche Umwelteinwirkungen sind nach § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Aufgrund des Verweises auf die Nachbarschaft besitzt der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen eine nachbarschützende Dimension. Zu den Immissionen gehören nach § 3 Abs. 2 BImSchG insbesondere Geräusche und Licht.

§ 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB müsste vorliegend auch in seiner nachbarschützenden Funktion verletzt worden sein. Von der Windkraftanlage gehen sowohl Geräusche als auch Lichtreflexe aus. Diese müssen, um als schädliche Umwelteinwirkungen gewertet werden zu können, von einer bestimmten Intensität sein. Dabei hängt das zulässige Maß auch von der Lage des beeinträchtigten Objektes ab. So kann ein Wohnhaus im Außenbereich nicht den gleichen Schutz beanspruchen wie im allge-

²⁸ BVerwGE 28, 269; BVerwG, NVwZ 1983, S. 609.

²⁹ BVerwGE 52, 122.

³⁰ BVerwG, Beschl. v. 3.4.95, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 126.

meinen Wohngebiet³¹. Der Sachverhalt spricht davon, dass hinsichtlich des Lärms die Grenzwerte überschritten seien und der „Diskoeffekt“ auf Dauer zu Gesundheitsgefahren führen könne. Diese Feststellungen reichen aus, um die Immissionen der Windräder als schädliche Umwelteinwirkungen zu qualifizieren. Auch im Außenbereich muss ein Wohnhaus keine Belastungen dulden, die über Grenzwerte hinausgehen und zu Gesundheitsgefahren führen. Da sich, wie bereits ausgeführt, das Haus von Herrn A auch eindeutig als beeinträchtigt individualisieren lässt, wird durch die Windkraftanlage der öffentliche Belang des § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme verletzt. Die Baugenehmigung ist aus diesem Grunde rechtswidrig.

Hingegen besitzt der Anspruch auf den Erhalt einer möglichst freien Aussicht auf die Landschaft im Rahmen des Rücksichtnahmegebots kein hohes Gewicht³², so dass die Verschandelung der Aussicht im vorliegenden Fall von Herrn A höchstens ergänzend geltend gemacht werden kann.

Die Prüfung weiterer öffentlicher Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB ist wegen deren mangelnder nachbarschützender Funktion nicht erforderlich. Insbesondere kommt § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB vorliegend keine nachbarschützende Wirkung zu, da Natur- und Landschaftspflege sowie das Ortsbild nur im öffentlichen Interesse geschützt sind. Eine dennoch vorgenommene Prüfung dieser Vorschrift sollte allerdings nicht zu negativ bewertet werden.

IV. Verletzung anderer nachbarschützender Normen

Die Verletzung anderer nachbarschützender Normen kann aufgrund des Sachverhalts nicht geltend gemacht werden. Die §§ 22 BImSchG und 6 BauOBl n scheiden aus den in der Antragsbefugnis genannten Gründen aus. Normen des Naturschutzgesetzes oder des UVPG sind nicht nachbarschützend. Mithin bleibt es bei einem Verstoß gegen § 35 Abs. 3 BauGB.

Wer entgegen der hier vertretenen Ansicht einen Verstoß gegen § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB verneint – was aufgrund der drastischen Sachverhaltsangaben nur mit guter Begründung vertretbar erscheint – muss die Frage der Gültigkeit des Bebauungsplan hilfsgutachterlich prüfen. Ist nämlich das Vorhaben sowohl nach dem Bebauungsplan als auch nach § 35 BauGB zulässig, so kommt es auf die Wahl der Rechtsgrundlage nicht mehr an, so dass es keiner Inzidentkontrolle des Plans bedarf.

C Endergebnis

³¹ VGHBW, NVwZ 1997, S. 1014.

³² Vgl. VGHBW, UPR 1992, S. 158.

Da die Baugenehmigung offensichtlich rechtswidrig ist, überwiegt das Aussetzungsinteresse des A. Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gem. §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 VwGO ist zulässig und begründet.

Frage 2:

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 VwGO muss eröffnet sein. Vorliegend streitet der Bezirksverordnete B mit dem Vorsteher V. Es handelt sich um einen bezirklichen Insichprozess, in dem es um Rechte und Pflichten aus dem Kreis des bezirklichen Organisationsrechts geht. Dieses sogenannte Bezirksverfassungsrecht zählt zum spezifisch öffentlichen Recht, denn es betrifft als Sonderrecht die Struktur von Entscheidungsträgern, wie sie im Privatrecht gerade nicht vorkommen. Da es sich bei Organstreitigkeiten im bezirklichen Bereich auch nicht um verfassungsrechtliche Streitigkeiten im Sinne von § 40 Abs. 1 VwGO handelt³³, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die Zulässigkeit der gegen den Bezirksverordnetenvorsteher gerichteten Klage beurteilt sich nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des kommunalverfassungsrechtlichen Organstreits. Dieser betrifft ausschließlich die aus dem kommunalen Organisationsrecht folgenden und den organschaftlichen Funktionsablauf bestimmenden Befugnisse und Pflichten kommunaler Organe untereinander (Interorganstreit) oder - wie hier - innerhalb eines kommunalen Organes (Intraorganstreit) und damit allein die Innenrechtsbeziehungen.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang die statthafte Klageart. Verwaltungsgerichtliche Organklagen stellen keine eigene Klageart dar³⁴. Sie sind vielmehr in das Sy-

³³ Musil/Kirchner, a.a.O., Rz. 366.

³⁴ Schoch, JuS 1987, S. 783 ff., 787.

stem der üblichen Klagearten einzuordnen³⁵. Maßgebend für die Klageart ist das Begehren des Klägers. Vorliegend möchte B das Handeln des Vorstehers gerichtlich überprüfen lassen. Um die richtige Klageart bestimmen zu können, ist zunächst die Rechtsnatur dieses Handelns zu ermitteln.

Bei dem Sitzungsausschluss gegenüber B handelte es sich um eine sogenannte sitzungsleitende Ordnungsmaßnahme. Die hierfür erforderliche Ordnungsgewalt des Vorstehers leitet sich wie auch beim Gemeinderatsvorsitzenden aus dessen öffentlich-rechtlicher Funktion als Vorsitzender der Bezirksverordnetenversammlung ab, der für einen reibungslosen, geordneten und störungsfreien Ablauf der Sitzung Sorge zu tragen hat³⁶. Diese Ordnungsgewalt ist von dem Hausrecht zu unterscheiden, das nach § 7 Abs. 2 S. 1 BezVG ebenfalls dem Vorsteher obliegt³⁷. Die Ordnungsgewalt ist nach innen gerichtet. Erfasst werden nur Personen, die dem Vertretungsorgan angehören und die dessen Selbstorganisationsrecht und damit insbesondere der Geschäftsordnung unterfallen. Das Hausrecht dient demgegenüber der Abwehr von Störungen, die von Außenstehenden, also z.B. von Zuhörern, verursacht werden³⁸.

Eine solche sitzungsleitende Maßnahme ist in der Regel in ihrem Regelungsgehalt auf den organinternen Rechtskreis begrenzt und nicht auf unmittelbare Wirkung nach außen gerichtet, denn sie betrifft lediglich die Mitgliedschaftsrechte des Betroffenen. Etwas anderes gilt nur, wenn subjektive Außenrechte betroffen werden. Dies ist jedoch bei einem Sitzungsausschluss gegenüber einem Ratsmitglied nicht der Fall. Der Sitzungsausschluss ist somit kein Verwaltungsakt, sondern schlichtes Verwaltungshandeln³⁹.

Weiterhin ist zu beachten, dass die Sitzung bereits beendet ist. Von dem Ausschluss gehen keinerlei Rechtswirkungen für B mehr aus, so dass es sich bereits erledigt hat. Vor dem Hintergrund der Erledigung kommt somit nur die Feststellungsklage nach § 43 VwGO als zulässige Klageart in Betracht.

³⁵ OVG Berlin, OVGE 17, 12, 13.

³⁶ Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rz. 476; Rothe, NVwZ 1992, S. 529 ff., 533.

³⁷ Neumann in Pfennig/Neumann, VvB, Art. 72, Rz. 9.

³⁸ Gern, a.a.O., Rz. 476; Rothe (Fn.), S. 535: Nach Rothe kann im Ausnahmefall das Hausrecht auch gegenüber einem Mitglied des Vertretungsorgans greifen, wenn dieses als Ordnungsmaßnahme mit einem Sitzungsausschluss belegt wurde, sich aber weigert, den Saal zu verlassen.

³⁹ So auch OVG NW, JZ 1983, S. 25; Rothe, a.a.O., S. 534; a.A. Gern, a.a.O., Rz. 477; vgl. auch Neumann, a.a.O., Art. 72, Rz. 10.

III. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Der Rechtsstreit betrifft die Reichweite der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten des B. Es geht um die Frage, ob die Mitgliedschaftsrechte das Recht umfassen, während der Sitzung in der Bezirksverordnetenversammlung zu telefonieren, oder ob eine Pflicht besteht, auf andere Bezirksverordnete Rücksicht zu nehmen, welche der Vorsteher durch eine sitzungsleitende Maßnahme durchsetzen kann. Der Streit betrifft somit das organschaftliche Verhältnis von B zu den anderen Bezirksverordneten und dem Vorsteher und damit ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Dieses ist auch hinreichend konkret, da die dargestellten Rechtsfragen sich anlässlich eines einzelnen Vorfalles in der Bezirksverordnetenversammlung stellen.

IV. Subsidiarität

Gem. § 43 Abs. 2 VwGO kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Diese Subsidiaritätsbestimmung dient in erster Linie dazu, die Umgehung der besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zu verhindern. Solche Klagen kommen aber vorliegend gar nicht in Betracht, da die Maßnahme des Vorstehers nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist. Wegen der Erledigung der Maßnahme kommt auch keine Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage in Betracht.

V. Klagebefugnis

Auch bei der Feststellungsklage wird überwiegend eine Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO verlangt⁴⁰. Diese ist unproblematisch gegeben, da B geltend machen kann, durch die Maßnahme des Vorstehers in seinen Mitgliedschaftsrechten verletzt zu sein. Mitgliedschaftsrechte sind nach den Grundsätzen des kommunalen Organstreits als wehrfähig anerkannt⁴¹.

VI. Feststellungsinteresse

B muss ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung geltend machen (§ 43 Abs. 1 VwGO). Hier kommt als einziges mögliches Interesse die Wiederholungsgefahr in Betracht. Vorliegend lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, ob sich derartige Tumulte wie der geschilderte wiederholen. Bei strenger Betrachtung muss deshalb eine Wiederholungsgefahr verneint werden. Jedoch erscheint es auch

⁴⁰ BVerwGE 100, 262, 271.

vertretbar, unter Hinweis auf mögliche weitere Handynutzungen in der Zukunft die Wiederholungsgefahr zu bejahen.

Wer die Wiederholungsgefahr verneint, kann an dieser Stelle die Prüfung beenden. Andernfalls muss weitergeprüft werden.

7. Beteiligte des Rechtsstreits

Die Beteiligtenfähigkeit im bezirksverfassungsrechtlichen Organstreit ist wie auch beim kommunalverfassungsrechtlichen Organstreit problematisch. Die Organe führen dabei einen Rechtsstreit um ihre Innenrechtsbeziehungen. Die Regelung der Beteiligtenfähigkeit in § 61 VwGO ist hierauf nicht zugeschnitten, denn diese geht von Außenrechtsbeziehungen aus. Selbst für natürliche Personen wird insofern § 61 Nr. 1 VwGO für nicht unmittelbar anwendbar gehalten, soweit es um ihre Mitgliedschaftsrechte geht und nicht um Rechte und Pflichten, die jedermann zustehen⁴². Es besteht aber im Ergebnis Einigkeit, dass die Beteiligtenfähigkeit bestehen muss, um die nach den Grundsätzen des zulässigen Insichprozesses wehrfähigen Innenrechte in den gerichtlichen Rechtsschutz einzubeziehen.

Obwohl also weder die Bezirksverordnetenversammlung noch der Bezirk Rechtsfähigkeit besitzen und sich Streitigkeiten bezirklicher Organe mithin innerhalb der juristischen Person Land Berlin abspielen, können bezirkliche Organe bzw. Organteile somit nach den Grundsätzen des Kommunalverfassungsstreits beteiligtenfähig sein. Je nachdem ob es sich um Einzelpersonen (z.B. Bezirksverordneter, Vorsteher) handelt oder Personenmehrheiten (z.B. die Bezirksverordnetenversammlung oder deren Fraktionen) ist § 61 Nr. 1 oder 2 VwGO analog anzuwenden⁴³. Sowohl B als auch der Vorsteher sind somit nach § 61 Nr. 1 VwGO analog fähig, am vorliegenden Verfahren beteiligt zu sein.

8. Ergebnis

Je nachdem, ob eine Wiederholungsgefahr bejaht oder verneint wird, ist die Klage zulässig oder unzulässig.

⁴¹ *Gern*, a.a.O., Rz. 791.

⁴² *Gern*, a.a.O., Rz. 795; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 61, Rz. 11.

⁴³ *Gern*, a.a.O., Rz. 795; a.A. OVG Münster, JZ 1983, S. 25; *Kopp/Schenke*, a.a.O., Rz.11: auch bei Einzelpersonen § 61 Nr. 2 VwGO analog. In VG Berlin, LKV 1995, S. 437 wird eine unmittelbare Anwendbarkeit von § 61 Nr. 1 und 2 VwGO angenommen, ebenso in OVG Berlin, OVGE 17, 12, 14.

Frage 3:

A Die BVV

Zunächst könnte die BVV das Recht zum Einschreiten gegen die Baugenehmigung gehabt haben. In Betracht kommt insoweit ihr Selbstentscheidungsrecht gem. § 12 Abs. 3 S. 1 BezVG. Danach kann die BVV Entscheidungen des Bezirksamts aufheben und selbst entscheiden. Das Selbstentscheidungsrecht gilt gem. § 12 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 BezVG jedoch nicht für Ordnungsangelegenheiten. Bei der Erteilung einer Baugenehmigung handelt es sich um eine solche. Mithin hat die BVV nicht das Recht, gegen die Baugenehmigung vorzugehen.

B Der Bezirksbürgermeister

Für den Bezirksbürgermeister findet sich ein sogenanntes Beanstandungsrecht in § 39 Abs. 4 BezVG. Im Falle eines rechtswidrigen Beschlusses des Bezirksamts kann und muss der Bürgermeister diesen binnen zwei Wochen mit aufschiebender Wirkung beanstanden. Fraglich ist vorliegend allein, ob es sich bei einer Baugenehmigung um einen Bezirksamtsbeschluss im Sinne von § 39 Abs. 4 BezVG handelt. Hiergegen spricht, dass Baugenehmigungen nicht vom Bezirksamt als Kollegialorgan beschlossen werden, sondern durch das zuständige Bezirksamtsmitglied ergehen (vgl. § 36 Abs. 3 BezVG)⁴⁴. Der Begriff des Bezirksamtsbeschlusses muss diesem Handlungstyp des Kollegialorgans vorbehalten bleiben. Mithin kann der Begriff des Beschlusses nicht so weit ausgelegt werden, dass Baugenehmigungen darunter fallen. Auch der Bezirksbürgermeister kann nicht aus eigener Kompetenz gegen die Baugenehmigung vorgehen.

Denkbar ist allenfalls, dass durch den Bürgermeister oder aus der Mitte der BVV ein Handeln der Bezirksaufsicht gem. §§ 9 ff. AZG angeregt wird. Hierbei handelt es sich jedoch um eine nichtförmliche Option.

⁴⁴ Vgl. *Musil/Kirchner*, a.a.O., Rz. 321.