

Entschädigungspflichten der Gemeinden und der Bauaufsichtsbehörden bei der Verhinderung von Windenergieanlagen?

Verhindern die Gemeinden oder Bauaufsichtsbehörden an sich privilegierte Windenergieanlagen, können sich Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche ergeben. Der Beitrag behandelt Entschädigungsansprüche nach §§ 39, 42 BauGB, Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB, Art. 34 GG sowie Entschädigungsansprüche nach dem Gefahrenabwehrrecht der Länder.

Durch die Novelle des BauGB 1996 sind Windenergieanlagen seit Jahresbeginn 1997 im Außenbereich privilegiert zulässig. Zugleich haben aber die Gemeinden die Möglichkeit, im Flächennutzungsplan Konzentrationszonen zu schaffen und Windenergieanlagen¹ in anderen Bereichen des Gemeindegebietes auszuschließen (§ 35 III 3 BauGB). Vergleichbare Wirkungen können durch Ziele der Raumordnung erreicht werden. Darstellungsprivileg wird dies genannt². Der Flächennutzungsplan und der Regionalplan entwickeln sich damit mehr und mehr zu einem Instrument, das nicht nur über das Entwicklungsgebot des § 8 II 1 BauGB und das Zielanpassungsgebot in § 1 IV BauGB³ behördeninterne Verbindlichkeit hat. Über die Konkretisierung des Gewichts öffentlicher Belange im Außenbereich sind diese Pläne auf dem Wege, rechtssatzmäßige Wirkungen für den Bürger zu entfalten⁴.

Für die Gemeinden und die Regionalplanung stellen die Gerichte allerdings recht hohe Hürden auf. Die Ausschlusswirkung kommt den Plänen nur zu, wenn sie auf einem abgewogenen Gesamtkonzept beruhen, das den gesamten Planungsraum erfasst. So können Abwägungsdefizite schnell zur Unwirksamkeit der Planungen führen, etwa weil nicht das gesamte Planungsgebiet lückenlos erfasst ist⁵ oder sich in der Ermittlung oder der Gewichtung der Belange Fehler eingestellt haben. Wird etwa das Konzept der Gemeinde nur an einer Stelle aufgebrochen, fällt damit nach der Rechtsprechung regelmäßig die Ausschlusswirkung des gesamten Plans mit der Folge, dass Windenergieanlagen zulässig sind, wenn öffentliche Belange nicht aus anderen Gründen entgegenstehen.

Für die Gemeinden und die Baugenehmigungsbehörden tritt damit ein weiteres, vielleicht noch gravierenderes Problem auf den Plan: Die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens⁶ oder die Nichterteilung einer Baugenehmigung können zu nicht unerheblichen Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen führen, wenn sich der Flächennutzungsplan oder der Regionalplan im Nachhinein als unwirksam erweist und daher das beantragte Vorhaben nach § 35 I Nr. 6 BauGB privilegiert war.

Zwar sind einige Gemeinden auf die Idee gekommen, fehlerhafte Flächennutzungspläne zu reparieren und für die Zukunft erneut in Kraft zu setzen. Die dadurch bewirkte Änderung der Rechtslage kann im Wege der Vollstreckungsgegenklage auch einer inzwischen erfolgten rechtskräftigen Verurteilung zur Erteilung einer Bebauungsgenehmigung entgegengehalten werden⁷. Damit sind allerdings die Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche noch nicht wirklich vom Tisch.

Prof. Dr. Bernhard Stüer, Rechtsanwalt und Notar,
Richter am Amtsgerichtshof NRW, Münster/Osnabrück

I. Entschädigungsansprüche nach § 42 BauGB

Werden durch den Flächennutzungsplan in bestimmten Bereichen Windenergieanlagen ausgeschlossen, kommen Entschädigungsansprüche auf der Grundlage des § 42 BauGB in Betracht. Sie sind Teil der verschuldensunabhängigen Ersatzleistungen, die in Enteignungsentschädigungen gem. Art. 14 III GG, sonstige Entschädigungsansprüche, wie den Entschädigungen für ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen des Eigentums gem. Art. 14 I 2 GG⁸ oder Entschädigungen im Zusammenhang mit unverhältnismäßigen Folgen rechtmäßiger Einschränkungen sonstiger

* Der Verfasser lehrt an den Universitäten Münster und Osnabrück das Öffentliche Baurecht, Fachplanungs-, Umwelt- und Kommunalrecht. Er vertritt Gemeinden und Baugenehmigungsbehörden gegenüber Betreibern von Windenergieanlagen in Planungs- und Entschädigungsprozessen. An der Vorbereitung des Beitrags haben Rechtsanwalt Dr. Caspar David Hermanns (Osnabrück), Benedikt Bünker und Paul Milde (Münster) mitgewirkt.

- 1 Zur Zulässigkeit einer Windkraftanlage in einem Landschaftsschutzgebiet BVerwG, B. v. 2.2.2000 - 4 B 104.99 - ZfBR 2000, 428; zum Klagerecht einer Nachbargemeinde VG Koblenz, B. v. 24.7.2000 - 1 L 1756/00 - ZfBR 2001, 69 = BauR 2000, 1714; zu den mangelnden Beurteilungsgrundlagen für Störungen durch Windkraftanlagen für Personen in der freien Landschaft OVG Hamburg, B. v. 28.8.2000 - 2 Bs 180/00 - ZfBR 2001, 69 = NVwZ 2001, 98 - Obstanbaugbiet. Zu den beschränkten Möglichkeiten, den Ausschluss von Windkraftanlagen mit einer Veränderungssperre zu sichern BVerwG, Urt. v. 19.2.2004 - 4 CN 13.03 - und - 4 CN 16.03.
- 2 Zur Konzeption BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 - 4 C 57.84 - BVerwGE 77, 300 = ZfBR 1987, 293 - Auskiesung.
- 3 BVerwG, Urt. v. 18.9.2003 - 4 CN 20.02 - Zielanpassungsgebot - Regionaler Raumordnungsplan Trier; Urt. v. 17.9.2003 - 4 C 14.01 - ZfBR 2004, 171.
- 4 Zu Windenergieanlagen BVerwG, B. v. 15.10.2001 - 4 B 69.01 - BauR 2002, 1052 - Verunstaltung; OVG Münster, Urt. v. 30.11.2001 - 7 A 4857/00 - Städte- und Gemeinderat 2002, Nr. 1-2, 33 = Mitt. NWStGB 2002, 46 - Tabulflächen; Urt. v. 30.11.2001 - 7 A 4857/00 - Städte- und Gemeinderat 2002, Nr. 1-2, 33; Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287 = ZfBR 2003, 370; Urt. v. 13.3.2003 - 4 C 3.02 - ZfBR 2003, 469 = NVwZ 2003, 1261 - Entwürfe von Regional- und Flächennutzungsplänen; Urt. v. 13.3.2003 - 4 C 4.02 - ZfBR 2003, 464 = DVBl. 2003, 1064 - Vorranggebiete - Vorbehaltsgebiete; B. v. 18.3.2003 - 4 B 7.03 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 358 - Verunstaltung des Landschaftsbildes; B. v. 22.10.1993 - 4 B 84.03 - Konzentrationszone; OVG Lüneburg, Urt. v. 24.3.2003 - 1 LB 3571/01 - RdL 2003, 234 = BauR 2003, 1443 - Windpark Borsum; OVG Koblenz, Urt. v. 20.2.2003 - 1 A 11406/01 - ZfBR 2003, 659 = NVwZ-RR 2003, 619 - Windkraftanlage - Konzentrationszone; VGH Kassel, Urt. v. 20.2.2003 - 3 N 1557/02 - ZfBR 2003, 482 = NuR 2003, 434 - Vorranggebiet Windenergie; Stüer, DVBl. 2003, 1030.
- 5 BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 - 4 C 3.02 - ZfBR 2003, 469 = NVwZ 2003, 1261 - Entwürfe von Regional- und Flächennutzungsplänen.
- 6 BGH, Urt. v. 29.9.1975 - III ZR 40/73 - BGHZ 65, 182 = NJW 1976, 184; B. v. 25.10.1990 - III ZR 249/89 - BRS 53 Nr. 40 - auch wenn Einvernehmen nicht erforderlich; Urt. v. 26.9.1991 - III ZR 39/90 - UPR 1992, 105 - nebeneinander bestehende Haftung; Urt. v. 21.5.1992 - III ZR 158/90 - BGHZ 118, 253.
- 7 BVerwG, Urt. v. 19.9.2002 - 4 C 10.01 - BVerwGE 117, 44 = ZfBR 2003, 148 - Wangerland; Fortführung Urt. v. 26.10.1984 - 4 C 53.80 - BVerwGE 70, 227 = DVBl. 1985, 392 - Vollstreckungsabwehrklage.
- 8 BVerfG, B. v. 14.7.1981 - 1 BvL 24/78 - BVerfGE 58, 137 = DVBl. 1982, 295 - Pflichtexemplare; BVerwG, Urt. v. 23.1.1981 - 4 C 4.78 - BVerwGE 61, 295 = NJW 1981, 2137 = DVBl. 1981, 932 - Schallschutz; Urt. v. 15.2.1990 - 4 C 47.89 - BVerwGE 84, 361 - DVBl. 1990, 585 - Serriesteich.

Freiheitsrechte und spezialgesetzliche Entschädigungsansprüche⁹ unterteilt werden können.

1. Änderung oder Aufhebung einer zulässigen Nutzung

§ 42 BauGB enthält eine Entschädigungsregelung bei Änderung oder Aufhebung einer zulässigen Nutzung¹⁰. Wird die zulässige Nutzung eines Grundstücks aufgehoben oder geändert und tritt dadurch eine nicht nur unwesentliche Wertminderung des Grundstücks ein, kann der Eigentümer nach Maßgabe des § 42 BauGB eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Vorschrift stellt innerhalb des Planungsschadensrechts die Generalnorm für die Entschädigung wegen Änderung oder Aufhebung einer zulässigen Nutzung dar. Gegenüber den Sondertatbeständen erweist sich die Regelung damit als subsidiärer Auffangtatbestand, der im beplanten Bereich aber auch in nicht beplanten Innenbereichs- und in Außenbereichslagen anzuwenden ist¹¹.

§ 42 BauGB enthält zwei allgemeine Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch: Die bisher zulässige Nutzung muss aufgehoben oder wesentlich geändert sein. Hierdurch muss eine wesentliche Wertminderung des Grundstücks bewirkt worden sein¹². Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen Eigentumseingriffen, die innerhalb eines Zeitraums von sieben Jahren in die baurechtliche Nutzbarkeit erfolgen, und Änderungen oder Aufhebungen, die eine bereits länger bestehende Nutzungsmöglichkeit betreffen. Wird die zulässige Nutzung eines Grundstücks innerhalb von sieben Jahren ab erstmaliger Zulässigkeit aufgehoben oder geändert, so bemisst sich die Entschädigung gem. § 42 II BauGB nach dem Wertunterschied der jeweiligen Nutzungsmöglichkeiten. Wird nach Ablauf der Siebenjahresfrist die bisherige Nutzung nachteilig geändert oder aufgehoben, so wird nach § 42 III BauGB grundsätzlich nur Entschädigung für einen Eingriff in die ausgeübte Nutzung geleistet. Eine Entschädigung für bisher nicht ausgeübte Nutzungsmöglichkeiten erfolgt, abgesehen von Sonderfällen (vgl. dazu § 42 V bis VIII BauGB), nicht¹³.

Die Entschädigung nach § 42 BauGB setzt einen Eingriff in die zulässige Grundstücksnutzung voraus. Die planungsrechtliche Zulässigkeit kann sich dabei aus den Festsetzungen eines Bebauungsplanes gem. § 30 BauGB, im nicht beplanten Innenbereich aus § 34 BauGB¹⁴ oder im Außenbereich aus § 35 BauGB ergeben¹⁵.

Es spricht allerdings viel dafür, dass eine "zulässige Nutzung" gem. § 42 I BauGB bei einem Vorhaben im Außenbereich erst dann vorliegt, wenn sich diese Nutzungszulässigkeit aus einer Baugenehmigung oder einem Bauvorbescheid ergibt¹⁶. Denn vor Erteilung einer Baugenehmigung besteht für den Grundstückseigentümer im Außenbereich nur eine allgemeine Chance der baulichen Nutzung. Die planungsrechtliche Zulässigkeit auch bei privilegierten Vorhaben steht hier unter dem Vorbehalt der nicht entgegenstehenden öffentlichen Belange, was eine Rechtsposition nach § 42 I BauGB noch nicht begründet¹⁷. Denn bis zur Erteilung einer Bebauungsgenehmigung oder einer Baugenehmigung besteht für die bauliche Nutzung des Außenbereichs nur eine labile Lage, die nicht bereits eine zulässige Grundstücksnutzung erzeugt oder eine verfassungsrechtlich gefestigte Konsistenz hat¹⁸. Zulässige Nutzung im Sinne des § 42 BauGB ist im Außenbereich daher nur die in einem bau- oder immissionsschutzrechtlichen Verfahren zugelassene Nutzung¹⁹.

2. Hoheitliche Maßnahme

Die zulässige Nutzung muss durch einen Bebauungsplan der Gemeinde oder eine vergleichbare Maßnahme aufgehoben oder geändert werden²⁰. Dabei muss es sich um einen planungsrechtlichen Eingriff in die Bodennutzbarkeit mit bodenrechtlichen Wirkungen oder um eine entsprechende planeretzende Maßnahme handeln²¹. Der Erlass einer Veränderungssperre löst Entschädigungsansprüche nach § 42 BauGB nicht aus, da nur der endgültige Entzug von Baurechten unter § 42 BauGB fallen kann. Eine Entschädigung nach § 42 I BauGB kommt allerdings auch dann in Betracht, wenn die bisher zulässige bauliche Nutzung eines bebauten Grundstücks nicht durch einen Bebauungsplan, sondern durch andere gleichwertige behördliche Akte aufgehoben oder geändert wird²². Schließt ein Bebauungsplan die bisher zulässige Windkraftnutzung aus oder schränkt er sie ein, so liegt eine entsprechende Maßnahme vor.

9 Kluth in: Wolff/Bachoff/Stober, VerwR/2, §§ 71 ff.

10 Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42, Rn. 4.

11 Zur Entschädigung wegen einer Inanspruchnahme beplanter, aber nicht baulich genutzter Baugrundstücke für Fachplanungsvorhaben Heinze in: FS Willi Blümel, 1999, 156.

12 Krohn in: Schlicher/Stich, § 42 BauGB Rdn. 7.

13 Zur rückwirkenden Planheilung BVerwG, B. v. 20.8.1992 - 4 NB 3.92 - ZfBR 1992, 289 = DVBl. 1992, 1441 - Baugrenzen. Bei einer Inanspruchnahme kann von der bisherigen Ausweisung auszugehen sein, so BGH, Urt. v. 6.5.1999 - III ZR 174/98 - BGHZ 141, 319 = ZfBR 1999, 462 - Gemeinbedarfsfläche.

14 BGH, Urt. v. 1.10.1981 - III ZR 109/80 - BGHZ 81, 374 = ZfBR 1982, 91; vgl. auch Mengele, BauR 1995, 193.

15 Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42 BauGB Rdn. 4; Krohn in: Schlicher/Stich, § 42 BauGB Rdn. 11; Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. Aufl. Rdn. 1003.

16 Gaentzsch, § 42 BauGB, Rn. 5; Krohn in: Schlicher/Stich, § 42, Rn. 12; vgl. auch Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42, Rn. 4.

17 A. A. Schenke, WiV 1990, 226.

18 Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42, Rn. 4.

19 Bielenberg/Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 42, Rn. 35.

20 BGH, Urt. v. 2.4.1992 - III ZR 25/91 - BGHZ 118, 11 = ZfBR 1992, 285; Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42 BauGB Rdn. 5; Krohn in: Schlicher/Stich, § 42 BauGB Rdn. 8; Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. Aufl. Rdn. 1021. Zu Entschädigungsansprüchen bei Aufhebung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans Ruf, BWGZ 1994, 753; Birk, FS Weyreuther, 1993, 213.

21 BGH, Urt. v. 10.4.1997 - III ZR 104/96 - BGHZ 135, 192 = ZfBR 1997, 421, auch zu Übernahme- und Entschädigungsansprüchen; zur Entschädigung für Wertminderung bei Grundstücksteilung nach §§ 95, 96 BauGB BGH, Urt. v. 10.4.1997 - III ZR 111/96 - ZfBR 1997, 353 - Steigerungsrechtsprechung.

22 BGH, Urt. v. 12.6.1975 - III ZR 158/72 - BGHZ 64, 366 - Sägewerk; BVerwG, Urt. v. 27.1.1967 - 4 C 33.65 - BVerwGE 26, 111 = NJW 1967, 1099; Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. Aufl. Rdn. 1022. Zur Entwicklungssatzung nach § 34 IV 1 Nr. 2 BauGB Bielenberg/Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 42, Rn. 59.

Offen ist allerdings, ob auch der Flächennutzungsplan, der an sich privilegierte Vorhaben durch seine Ausschlusswirkung regelmäßig für unzulässig erklärt, ein dem Bebauungsplan gleichwertiges Instrument ist, das vom Gesetz für einen Entschädigungsanspruch nach § 42 BauGB vorausgesetzt wird. Denn der Flächennutzungsplan hat im Allgemeinen keine abschließende rechtssatzmäßige Wirkung, sondern stellt vielmehr die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in den Grundzügen dar (§ 5 BauGB)²³. Ob daher dem Flächennutzungsplan diese Qualität einer dem Bebauungsplan vergleichbaren Maßnahme zukommt, ist bisher in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt²⁴. Auch das BVerwG hat dies bisher im Ergebnis offen gelassen, allerdings die Anwendung des § 42 BauGB nicht von vornherein ausgeschlossen²⁵.

Mit der Ausweisung von Konzentrationszonen nimmt der Ortsgesetzgeber seinen ihm nach § 35 III 1 Nr. 1 und 3 BauGB eingeräumten Gestaltungsspielraum wahr und beschreibt öffentliche Belange, die bei der nachvollziehenden Abwägung zu berücksichtigen sind. Ob die von der Gemeinde formulierten Belange sich tatsächlich als entgegenstehend erweisen, kann nur durch eine Einzelfallprüfung geklärt werden. Denn das Darstellungsprivileg ermöglicht nur die Bezeichnung von Belangen, die in der Regel auch einem privilegierten Außenbereichsvorhaben entgegenstehen²⁶. Insoweit erzeugen die Darstellungen des Flächennutzungsplans keine abschließenden Rechtswirkungen²⁷, sondern verweisen nur auf Belange, die mittelbar zur Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens herangezogen werden können. Eine solche planerische Konkretisierung durch den Flächennutzungsplan ist auch mit der Eigentumsgarantie vereinbar, da der Ortsgesetzgeber im Außenbereich eine entsprechende Gestaltungsfreiheit im Rahmen der entschädigungslos zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums hat²⁸. Die Darstellung von Konzentrationszonen ist daher keine Maßnahme, die nach § 42 BauGB einen Entschädigungsanspruch begründen kann²⁹. Dasselbe gilt für Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB in Regionalplänen³⁰.

3. Siebenjahresfrist

Erfolgt die Änderung oder Aufhebung der Nutzung innerhalb eines Zeitraums von sieben Jahren ab erstmaliger Zulässigkeit, so ist eine Entschädigung im Hinblick auf die Differenz der Grundstückswerte zwischen der bisherigen und der nach dem Eingriff zulässigen Nutzung in Geld zu gewähren.

Die Windenergieanlagen sind erst durch das ÄndG 1996 zum 1.1.1997 privilegiert worden (§ 35 I Nr. 7 BauGB 1996). Bis zu dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung waren Windenergieanlagen nicht nach § 35 I BauGB privilegiert, sondern gehörten im Regelfall zu den sonstigen Vorhaben, die nach § 35 II BauGB zu beurteilen waren³¹, und die bereits dann öffentliche Belange beeinträchtigten, wenn die Darstellungen des Flächennutzungsplans eine allgemeine Aussage zur Unzulässigkeit einer baulichen Nutzung auf der fraglichen Fläche etwa durch die Darstellung als Fläche für die Landwirtschaft oder Wald enthielt. Windkraftanlagen konnten lediglich als untergeordnete Nebenanlage von der Privilegierung eines Betriebs nach § 35 I Nr. 1 – 5 BauGB a. F. erfasst sein³².

Mit Inkrafttreten des BauGB-ÄndG 1996 sind Windkraftanlagen demgegenüber vom Grundsatz her allgemein bevorrechtigt zu-

lässig mit der Folge, dass nur entgegenstehende öffentliche Belange³³ zu einer Unzulässigkeit des jeweiligen Vorhabens führen. Die Siebenjahresfrist ab erstmaliger Zulässigkeit der Nutzung ist damit Ende des Jahres 2003 ausgelaufen. Wird daher nach diesem Zeitpunkt ein Vorhaben der Windenergie durch das Darstellungsprivileg ausgeschlossen, sind nur bei Entzug der ausgeübten Nutzung Entschädigungen zu gewähren. Die Siebenjahresfrist wird allerdings dann nicht als abgelaufen betrachtet, wenn innerhalb dieser Zeit eine Veränderungssperre erlassen worden ist oder ein Vorhaben befristet zurückgestellt wurde (§ 42 V BauGB) und später ein endgültiger Entzug der Baurechte erfolgt, eine Baugenehmigung oder eine Bebauungsgenehmigung erteilt worden sind (§ 42 VI BauGB), ein Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung oder einer Bebauungsgenehmigung rechtswidrig abgelehnt worden ist oder derartige Anträge nicht rechtzeitig beschieden worden sind, obwohl sie innerhalb der Siebenjahresfrist bescheidungsreif waren (§ 42 VII BauGB)³⁴.

4. Höhe der Entschädigung

Der Entschädigungsanspruch ist grundsätzlich auf einen Geldausgleich gerichtet. Wird die zulässige Nutzung eines Grundstücks gänzlich aufgehoben, so gewährt § 42 IX BauGB statt einer Geldentschädigung einen Anspruch auf Grundstücksübernahme. Im Hinblick auf die Verweisung auf § 40 II Nr. 1 BauGB setzt ein solcher Übernahmeanspruch allerdings voraus, dass es dem Eigentümer wegen des eingetretenen Wertverlustes und der beschränkten Nutzungsmöglichkeiten wirtschaftlich nicht zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten³⁵.

23 BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = ZfBR 1987, 293 – Auskiesung.

24 Ablehnend Bielenberg/Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 42, Rn. 55.

25 BVerwG, Urt. v. 19.9.2002 – 4 C 10.01 – BVerwGE 117, 44 = ZfBR 2003, 148 – Wangerland.

26 BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = ZfBR 1987, 293 – Auskiesung.

27 Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42, Rn. 5; Bielenberg/Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 42, Rn. 54.

28 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = ZfBR 2003, 370.

29 Bielenberg/Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 42, Rn. 55; ablehnend allgemein für die Ziele der Raumordnung als Maßnahme nach § 42 BauGB Bielenberg/Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 42, Rn. 65.

30 Anders für § 35 III 2 HS 1 BauGB Bielenberg/Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 42, Rn. 65.

31 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20.93 – BVerwGE 96, 95 = ZfBR 1994, 290; Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35, Rn. 48.

32 BVerwG, Urt. v. 18.2.1983 – 4 C 19.81 – BVerwGE 67, 33 = ZfBR 1983, 196 – Windenergie Außenbereich; Urt. v. 18.2.1983 – 4 C 10.82 – BVerwGE 67, 41 = ZfBR 1983, 198 – private Windenergieanlage.

33 Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 35, Rn. 60; Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35, Rn. 6.

34 Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42 BauGB Rdn. 10; Krohn in: Schlichter/Stich, § 42 BauGB Rdn. 29. Zur Bedeutung der Veränderungssperre für Planung und Entschädigung auch Enders, ZfBR 2000, 29, s. dort auch zu faktischen Bausperren.

35 Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42 BauGB Rdn. 14; Krohn in: Schlichter/Stich, § 43 BauGB Rdn. 3; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. Aufl. Rdn. 1032.

In welcher Höhe derartige Ansprüche bestehen, hängt daher von dem Ausmaß der Einschränkungen und der Frage ab, wie diese sich auf das Grundstück wertmindernd auswirken. Ist die Anlage wegen entgegenstehender anderer öffentlicher Belange ohnehin nicht an diesem Standort und in der konkreten Ausgestaltung planungsrechtlich, immissionsschutzrechtlich oder bauordnungsrechtlich zulässig, bestehen bei entsprechenden Einschränkungen durch die Änderung des Flächennutzungsplans oder in einem Bebauungsplan auch keine Entschädigungsansprüche nach § 42 BauGB. Der Höhe nach bemisst sich die Entschädigung nicht nach den Gewinnerwartungen der Anlagenbetreiber, sondern (nur) nach dem Unterschiedsbetrag des Grundstückswertes, der sich im Vergleich der alten und neuen planerischen Lage ergibt³⁶. Allerdings kann über die Berechnung des Ertragswertes auch die jeweilige Nutzungsmöglichkeit über den Pachtzins in die Berechnung des Grundstückswertes eingehen. Der Unterschiedsbetrag ist ggf. durch Sachverständigengutachten zu ermitteln.

Der Wertverlust des Grundstücks muss sowohl hinsichtlich seines absoluten Betrages als auch im Hinblick auf den prozentualen Anteil am bisherigen Grundstückswert beachtlich sein³⁷. Dabei ist der Grundstückswert anzusetzen, der sich bei einer entsprechenden Nutzungsmöglichkeit als Standort für eine Windkraftanlage gegenüber der sonst zulässigen, in der Regel landwirtschaftlichen Nutzung ergibt. Fraglich ist allerdings, an welche Tatbestandsmerkmale die allgemeine Verkehrsauffassung eine wahrnehmbare Erhöhung des Grundstückswertes im Hinblick auf die Nutzungsmöglichkeiten eines Grundstücks für Windenergieanlagen knüpft. Die durch die Gesetzesänderung zum 1.1.1997 bewirkte Privilegierung der Windkraftanlagen hat jedenfalls nicht zu einer messbaren Werterhöhung aller landwirtschaftlichen Grundstücke geführt, auf denen Windenergieanlagen danach zulässig waren. Auch die Ausweisung von Windfeldern in der Regionalplanung (Gebietsentwicklungsplan) oder Darstellungen im Flächennutzungsplan führen wohl noch nicht zu einer entsprechenden Wertsteigerung. Etwas anderes könnte gelten, wenn für eine konkrete Anlage eine Bebauungsgenehmigung erteilt worden ist. Allerdings vermittelt die Bebauungsgenehmigung nicht eine Sicherheit, wie sie der Baugenehmigung zukommt³⁸. Dies gilt vor allem auch dann, wenn die Gemeinde an entgegenstehenden Darstellungen im Flächennutzungsplan festhält und ein Reparaturverfahren zur Heilung von Mängeln des Flächennutzungsplans betreibt. Eine Bebauungsgenehmigung dürfte zu einer Werterhöhung des Grundstücks nur dann führen, wenn eine der Verwirklichung der Planung entgegenstehende Planungsabsicht der Gemeinde nicht erkennbar ist.

II. Aufwendungen nach § 39 BauGB nicht zu erstatten

Ansprüche hinsichtlich der Aufwendungen für die Vorbereitung von Zulassungsverfahren nach § 39 BauGB bestehen demgegenüber nicht. § 39 BauGB schützt das Vertrauen in den Bestand eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans. Haben Eigentümer oder Nutzungsberechtigte im berechtigten Vertrauen auf den Bestand eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans Vorbereitungen für die Verwirklichung von Nutzungsmöglichkeiten getroffen, können sie eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, so weit die Aufwendungen durch die Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Bebauungsplans an Wert verlieren. Die Vorschrift

setzt einen rechtsverbindlichen Bebauungsplan voraus. Gegen die Änderung eines Flächennutzungsplans oder die Aufstellung eines Bebauungsplans schützt der Entschädigungsanspruch des § 39 BauGB nicht. Auch analog ist diese Vorschrift angesichts des klaren, auf das Vertrauen in einen rechtsverbindlichen Bebauungsplan begrenzten Wortlauts und der zu Außenbereichsvorhaben nicht vergleichbaren Interessenlage nicht anzuwenden³⁹.

Darstellungen eines Flächennutzungsplans sind daher ebenso wenig eine Vertrauensgrundlage, wie sich aus einem rechtsunwirksamen Bebauungsplan Entschädigungsansprüche nach § 39 BauGB ergeben können⁴⁰. Auch Festsetzungen, die wegen Funktionslosigkeit außer Kraft getreten sind, geben keine Grundlage für Entschädigungsansprüche nach § 39 BauGB⁴¹. Es muss vielmehr ein Bebauungsplan zu Grunde liegen, der zum Zeitpunkt der Aufwendungen wirksam ist. Einen allgemeinen Plangewährleistungsanspruch in dem Sinne, dass auch das Vertrauen in eine rechtsunwirksame Planung geschützt wird, hat die Rechtsprechung aus § 39 BauGB nicht abgeleitet⁴².

III. Amtshaftungsansprüche

Bei Versagung einer Baugenehmigung oder einer Bebauungsgenehmigung könnten sich gegen die Baugenehmigungsbehörde Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB, Art. 34 GG ergeben. Die Gemeinde könnte bei Nichterteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB nach diesen Vorschriften haften.

³⁶ Zur Aufhebung oder Änderung der Nutzung durch einen Bebauungsplan *Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42 BauGB Rdn. 8.*

³⁷ *Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42 BauGB Rn. 6; Schenke, WiV 1990, 226; Enders/Bendermacher, ZfBR 2002, 29 (10%), OLG Stuttgart, Urt. v. 27.11.1975 - 10 U (Bau) 5/75 - NJW 1976, 1696 (20 %); Schrödter/Breuer, § 42 BauGB Rn. 96 (10-12 % nicht ausreichend); BGH, Urt. v. 30.5.1963 - III ZR 230/61 - NJW 1963, 1916 (4 % nicht ausreichend).*

³⁸ *Zum Auskunftsanspruch nach § 42 X BauGB BGH, Urt. v. 10.4.1997 - III ZR 104/96 - BGHZ 135, 192 = ZfBR 1997, 421; Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr § 43 Rdn. 15.*

³⁹ *Offen gelassen in BVerwG, Urt. v. 19.9.2002 - 4 C 10.01 - BVerwGE 117, 44 = ZfBR 2003, 148 - Wangerland.*

⁴⁰ *BGH, Urt. v. 24.6.1982 - III ZR 169/80 - BGHZ 84, 292 = DVBl. 1982, 1092 - nichtiger Bebauungsplan.*

⁴¹ *BGH, Urt. v. 19.9.1985 - III ZR 162/84 - BGHZ 97, 1 = ZfBR 1086, 185; Urt. v. 10.4.1986 - III ZR 209/84 - ZfBR 1986, 297 = DVBl. 1986, 1264; Urt. v. 21.12.1989 - III ZR 49/88 - BGHZ 110, 1 = ZfBR 1990, 92 - Buchholzer Berg; zur Funktionslosigkeit von Festsetzungen eines Bebauungsplans Urt. v. 29.4.1977 - 4 C 39.75 - BVerwGE 54, 5 = DVBl. 1977, 768 = NJW 1977, 2325; Urt. v. 29.9.1978 - 4 C 30.76 - BVerwGE 56, 283 = DVBl. 1979, 151 = NJW 1979, 1516 - Kurgelbiet; Urt. v. 5.8.1983 - 4 C 96.79 - BVerwGE 67, 334 = ZfBR 1983, 243; B. v. 16.2.1988 - 4 B 26.88 - ZfBR 1988, 144 = NVwZ 1989, 49 - Abgrabung; B. v. 31.8.1989 - 4 B 161.88 - NVwZ-RR 1990, 121 = ZfBR 1990, 40 - Stellplätze; Urt. v. 22.3.1990 - 4 C 24.86 - BVerwGE 85, 96 = ZfBR 1990, 201 - Rückenteignung; Urt. v. 3.8.1990 - 7 C 41.89 - BVerwGE 85, 273 = ZfBR 1991, 38.*

⁴² *BGH, Urt. v. 24.6.1982 - III ZR 169/80 - BGHZ 84, 292; Urt. v. 21.12.1989 - III ZR 49/88 - BGHZ 110, 1 - Buchholzer Berg; B. v. 9.10.1996 - 4 B 180.96 - DöV 1997, 251 = UPR 1997, 102 - Plangewährleistung; Hoppe DVBl. 1969, 246.*

Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu setzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Art. 34 GG leitet den Anspruch auf die jeweilige Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht, über. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bleibt ein Rückgriff gegen den Beamten vorbehalten.

Die Baugenehmigungsbehörden sind verpflichtet, innerhalb einer angemessenen Bearbeitungszeit über vorliegende Bauanträge zu befinden und eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn das Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht. Eine Bebauungsgenehmigung ist zu erteilen, wenn das Vorhaben planungsrechtlich zulässig ist. Diese Amtspflichten bestehen gegenüber dem Bauherren als dem Antragsteller aber auch gegenüber Dritten, die in den Schutzbereich der Vorschrift einbezogen sind⁴³.

Ein Amtshaftungsanspruch setzt neben dem Bestehen einer Amtspflicht eine rechtswidrige und schuldhaftige Amtspflichtverletzung voraus. Das Handeln der Bauaufsichtsbehörden ist rechtswidrig, wenn nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften ein Genehmigungsanspruch bestand, dem nach Vorliegen der vollständigen Antragsunterlagen in einer angemessenen Bearbeitungszeit nicht entsprochen worden ist. Für Windenergieanlagen im Außenbereich ergibt sich die grundsätzliche planungsrechtliche Zulässigkeit aus § 35 I Nr. 6 BauGB. Darstellungen eines Flächennutzungsplans können dieser Privilegierung nur dann entgegenstehen, wenn der Plan wirksam ist und konkrete standortbezogene Aussagen enthält. Erweist sich der Plan (im Nachhinein) als unwirksam, konnten in ihm keine entgegenstehenden Belange formuliert werden mit der Folge, dass auf die Darstellungen des Flächennutzungsplans keine Ablehnung des Baugesuchs gestützt werden konnte. Daran ändert auch eine nachträgliche, auf § 215a I BauGB gestützte, in die Zukunft gerichtete Reparatur des Flächennutzungsplans nichts. Denn nur Form- und Verfahrensfehler nach § 214 I BauGB oder solche des Landesrechts können mit Rückwirkung geheilt werden (§ 215a II BauGB)⁴⁴.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Bauaufsichtsbehörden den Flächennutzungsplan einfach für unwirksam behandeln und seine Darstellungen außer Acht lassen dürfen. Vergleichbare Fragestellungen ergeben sich bei einem Bebauungsplan oder anderen städtebaulichen Satzungen. In der Literatur werden "alle denkbaren"⁴⁵ Auffassungen vertreten. Teilweise wird eine behördliche Inzident-Verwerfungskompetenz angenommen.⁴⁶ Wegen der Beteiligungs⁴⁷ und Anfechtungsmöglichkeiten der Gemeinde sei auch die Planungshoheit nicht unverhältnismäßig betroffen.⁴⁸ Dagegen von anderen Autoren eine Verwerfungskompetenz für nicht vereinbar mit der Planungshoheit der Gemeinde gehalten.⁴⁹ Auch das Gebot einer ausreichenden Rechtssicherheit stehe einer Verwerfungskompetenz entgegen.⁵⁰ Die Widerspruchsbehörde sei nicht befugt, sich über einen von ihr für unwirksam gehaltenen Bebauungsplan hinwegzusetzen.⁵¹ Auch aus § 215a BauGB sei eine Verwerfungsbefugnis nicht ableitbar,⁵² weil die Vorschrift gerade der Planerhaltung diene.⁵³

Der VGH München verneint mit sorgfältiger Begründung ausdrücklich ein eigenes Verwerfungsrecht der Verwaltungsbehörde hinsichtlich eines Bebauungsplanes aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.⁵⁴ Dasselbe muss für eine Veränderungssperre gelten. Das OVG Lüneburg hat allerdings eine behördliche Verwerfungskompetenz hinsichtlich einer Veränderungssperre

angenommen.⁵⁵ Das BVerwG hat die Frage der Verwerfungskompetenz demgegenüber bisher noch nicht abschließend entschieden.⁵⁶ Es spricht allerdings einiges dafür, der Behörde eine Verwerfungskompetenz hinsichtlich eines Flächennutzungsplans oder einer städtebaulichen Satzung nur dann zu gewähren, wenn die Unwirksamkeit der Pläne und Satzungen offensichtlich ist, etwa weil sie bereits in einem anderen Verfahren gerichtlich festgestellt wurde.⁵⁷ Bei städtebaulichen Satzungen kann die Behörde den Betroffenen zudem auf einen Normenkontrollantrag verweisen, sodass sich in diesen Fällen die Frage der Verwerfungskompetenz erst stellt, wenn die Zweijahresfrist für den Normenkontrollantrag abgelaufen ist.

43 Zur Drittgerichtetheit des Abwägungsgebots BGH, *Urt. v. 28.6.1984 - III ZR 35/83 - BGHZ 92, 34 = ZfBR 1984, 249*; B. v. 27.9.1990 - III ZR 67/89 - BayVBl. 1991, 187 - Pflicht, Entwürfe von Bauleitplänen öffentlich auszurichten, ist nicht drittgerichtet; ebenso *Urt. v. 11.5.1989 - III ZR 88/87 - ZfBR 1990, 211 = DVBl. 1989. Zur Altlastenrechtsprechung Urt. v. 26.1.1989 - III ZR 194/87 - BGHZ 106, 323 = ZfBR 1989, 119 - Bielefeld-Brake*; *Urt. v. 6.7.1989 - III ZR 251/87 - BGHZ 108, 224 = ZfBR 1989, 261 - Osnabrück*; B. v. 25.1.1990 - III ZR 102/88 - BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Gemeinderat 3 - Bodenbeschaffenheit; *Urt. v. 21.2.1991 - III ZR 245/89 - BGHZ 113, 367 = ZfBR 1991, 167 - Dinslaken*; *Urt. v. 19.3.1992 - III ZR 16/90 - BGHZ 117, 363 = ZfBR 1992, 188 - Bielefeld II*; *Urt. v. 17.12.1992 - III ZR 114/91 - BGHZ 121, 65 = ZfBR 1992, 130 - Rosengarten*; B. v. 18.2.1999 - III ZR 272/96 - BGHZ 140, 380 = ZfBR 1999, 298 - hochwassergefährdetes Grundstück; *Urt. v. 25.2.1993 - III ZR 47/92 - ZfBR 1993, 194 = NVwZ 1994, 91 - Greifath*; B. v. 9.7.1992 - III ZR 87/91 - NJW 1993, 384 - Siegburg; *Urt. v. 9.7.1992 - III ZR 78/91 - und 105/91 - UPR 1992, 438 - Gladbeck*; *Urt. v. 13.7.1993 - III ZR 22/92 - BGHZ 122, 191 - Recklinghausen*; *Urt. v. 14.10.1993 - III ZR 156/92 - BGHZ 123, 363 = ZfBR 1993, 292 - Mülheim am Rhein*; *Urt. v. 23.6.1994 - III ZR 54/93 - BGHZ 126, 279 = ZfBR 1994, 299 - Dinslaken*; B. v. 25.9.1997 - ZR 273/96 - ZfBR 1998, 108 = NVwZ 1998, 318 - Osnabrück II; *Urt. v. 29.7.1999 - III ZR 234/97 - BGHZ 143, 259 - Bergschaden*; *Urt. v. 4.4.2002 - III ZR 70/01 - ZfBR 2002, 593 = NVwZ 2002, 1143 - Überschwemmungsgebiet*; Wurm in: Staudinger § 839 BGB, Rdn. 545 (2002).

44 Stüer/Rude, *ZfBR 2000, 85*.

45 Maurer, *Allg. VwR*, § 4 § Rn. 46 m. zahlr. w. N.; vgl. auch die Literaturübersicht bei Wehr *Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive*, Berlin 1998, S. 96.

46 Bielenberg, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, *BauGB*, § 10 Rn. 55; Gaentzsch, in: § 10 BauGB Rn. 19; Gierke, in: Brügelmann, § 10 BauGB Rn. 496.

47 Etwas über § 36 BauGB, wenn die Behörde das Vorhaben nach § 34 oder § 35 genehmigen will.

48 Diedrich, *BauR 2000*, 819 [823]; Kopp, *DVBl. 1983, 823 [828]*; Pietzcker, *DVBl. 1986, 806 [808]*; anders noch in *AöR (101) 1976, 374 [384]*; Renck, *BayVBl. 1983, 66 [67]*; Schlichter/Stich, § 215 BauGB Rn. 2; Gierke, in: Brügelmann, § 10 BauGB Rn. 500 ff.

49 Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 10 BauGB Rn. 10; Schrödter, § 2 BauGB Rn. 64.

50 Dolde, *BauR 1978, 153 [155 ff.]*; Jung, *NVwZ 1985, 790 [795]*; Schmiemann, *FS Weyreuther, S. 235 [243]*.

51 Pietzner, in: Pietzner/Ronellenfisch, § 39 Rn. 14 f.; Gril, *JuS 2000, 1080 [1086]*.

52 Engel, *NVwZ 2000, 1258 [1260]*; ebenso Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, *BauGB*, § 215a Rn. 4.

53 Vgl. auch *BT-Drs. 13/6392, S. 38 [74]*.

54 VGH München, *Urteil v. 1.4.1982 - 15 N 81 A/1679 - BayVBl. 1982, 654 = NVwZ 1983, 481*.

55 So OVG Lüneburg, B. y. 15.10.1999 - 1 M 3614/991062 - *NVwZ 2000, 1061*.

56 BVerwG, *Urt. v. 31.1.2001 - 6 CN 2.00 - BVerwGE 112, 373 = ZfBR 2001, 342*.

57 BVerwG, *Urt. v. 31.1.2001 - 6 CN 2.00 - BVerwGE 112, 373 = ZfBR 2001, 342*.

Zudem scheidet ein Verschulden der Behörden allerdings aus, wenn ein Kollegialgericht die Handlung des Amtswalters als rechtmäßig beurteilt hat.⁵⁸ Ausnahmsweise wird in derartigen Fällen ein Verschulden dann angenommen, wenn das Gericht von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist oder die gerichtliche Beurteilung offenkundig fehlerhaft und unvertretbar war.

Aber auch bei einer den behördlichen Standpunkt nicht bestätigenden Gerichtsentscheidung ist das Verschulden nicht sozusagen automatisch gegeben. Vielmehr sind die beteiligten Behörden berechtigt, gegen anderslautende Gerichtsentscheidungen Rechtsmittel einzulegen und zunächst den Ausgang dieser Verfahren abzuwarten. Dies gilt umso mehr in einem Bereich, der – wie bei den Windenergieanlagen – erst seit einiger Zeit Gegenstand der obergerichtlichen Rechtsprechung gewesen ist und in dem eine vollständige gerichtliche Klärung noch nicht vorliegt.⁵⁹

IV. Entschädigungsansprüche aus Gefahrenabwehrrecht

Verschuldensunabhängige Ansprüche können sich aus dem Gefahrenabwehrrecht der Länder ergeben. Die Länderregelungen sind allerdings unterschiedlich. Während in NRW für das Handeln der Bauaufsichtsbehörden auf das Ordnungsbehördenrecht und damit auch auf das Entschädigungsrecht verwiesen wird, ist die Rechtslage in anderen Bundesländern nicht so eindeutig. § 80 NSOG⁶⁰ etwa ordnet einen angemessenen Ausgleich an, wenn jemand durch eine rechtswidrige Maßnahme der Verwaltungsbehörde oder der Polizei einen Schaden erleidet. Die Haftung geht damit über Ansprüche hinaus, die ein Nichtstörer im Falle einer rechtmäßigen Inanspruchnahme durch die Polizei schon nach dem Allgemeinen Polizeirecht hatte⁶¹ und bezieht sich auch auf Schäden durch rechtswidrige behördliche Maßnahmen. Unklar ist dabei allerdings, ob darunter auch das Handeln der Bauaufsichtsbehörden oder nur das Handeln der Polizei bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr fällt. Denn in unterschiedlicher Weise und teilweise auch mit unterschiedlichem Inhalt sprechen die Polizeigesetze von Maßnahmen der Polizei (§ 56 I 2 BremPolG; § 68 I 2 SPolG; § 68 I 2 ThürPAG), Maßnahmen der Gefahrenabwehr- oder der Polizeibehörden (§ 64 I 2 HSOG), Maßnahmen der Verwaltungsbehörde(n) oder der Polizei (§ 80 NSOG; § 69 I 2 SOG LSA 1991), Maßnahmen der (allgemeinen) Ordnungsbehörde(n) oder der Polizei (§ 59 II i.V.m. I Nr. 2 ASOG Bln; § 68 I 2 PolG RP) oder Maßnahmen der Sicherheitsbehörden oder der Polizei (§ 69 I 2 SOG LSA 2003).

Der BGH hat sich mit den Entschädigungsregelungen in § 39 OBG NRW und § 67 Rh.-Pf. klärend befasst und eine Entscheidung zu § 59 II ASOG Bln. offen gelassen.⁶² Während der BGH eine verschuldensunabhängige Haftung der Bauaufsichtsbehörden nach § 39 OBG NRW bejaht hat, hat er einen Entschädigungsanspruch gegen die Bauaufsichtsbehörden in Rheinland-Pfalz verneint.

1. Verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch nach § 39 OBG NRW

Nach § 39 Abs. 1 b OBG NRW⁶³ haben die Ordnungsbehörden für rechtswidrige Maßnahmen zu haften. Das gilt auch für Bau-

aufsichtsbehörden, die als Sonderordnungsbehörden auf dem Gebiete der Gefahrenabwehr tätig werden (§ 1 OBG NRW; gleichlautend § 1 Bbg OBG). Denn der Begriff der "Maßnahme" ist bewusst weit gefasst. Es rechnet hierzu die rechtswidrige Versagung von Baugenehmigungen oder positive Bauvorbescheide gegenüber dem Bauherrn⁶⁴ und rechtswidriger Erteilung gegenüber dem Nachbarn,⁶⁵ die Erteilung einer Baugenehmigung und die Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplans durch die Baugenehmigungsbehörde,⁶⁶ die Inanspruchnahme eines Grundstücks zur Abwehr einer vom Nachbargrundstück drohenden Gefahr,⁶⁷ sowie die Zurückstellung nach § 15 BauGB und die Ablehnung eines Baugesuchs durch die Baugenehmigungsbehörde.⁶⁸ In NRW ist daher die Bauaufsichtsbehörden eine Ordnungsbehörde im Sinne des § 39 Abs. 1 b OBG NRW.⁶⁹ Dabei ist nicht entscheidend, aus welchen rechtlichen Gründen die Bauaufsichtsbehörde tätig wurde. Daher kann eine Haftung nach § 39 Abs. 1 b OBG sowohl für die Erteilung als auch für die Versagung einer Baugenehmigung gegeben sein.⁷⁰ Auch im Bereich des Ausländerrechts, des Straßenverkehrsrecht,⁷¹ des Gaststätten-

58 BGH, *Urt. v. 2.4.1998 - III ZR 111/97 - NVwZ 1998, 879 - Zwangsvollstreckung; BVerwG, Urt. v. 11.1.2001 - 4 C 6.00 - BVerwGE 112, 321 = ZfBR 2001, 271 - Polizeipräsidium Magdeburg.*

59 *Zur Verjährung BGH, Urt. v. 11.2.1988 - III ZR 221/86 - BGHZ 103, 242; Urt. v. 6.5.1993 - III ZR 2/92 - BGHZ 122, 317; Urt. v. 12.10.2000 - III ZR 121/99 - NVwZ 2001, 468.*

60 *Erleidet jemand infolge einer rechtmäßigen Inanspruchnahme nach § 8 einen Schaden, so ist ihm ein angemessener Ausgleich zu gewähren. Das Gleiche gilt, wenn jemand durch eine rechtswidrige Maßnahme der Verwaltungsbehörde oder der Polizei einen Schaden erleidet.*

61 *§ 70 Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz v. 1.6.1931: "In den Fällen des § 21 (Inanspruchnahme eines Nichtstörers) kann, sofern die Entschädigungspflicht nicht in anderen gesetzlichen Vorschriften geregelt ist, derjenige, gegen den die polizeiliche Maßnahme getroffen ist, Ersatz des ihm durch die Maßnahme entstandenen Schadens verlangen. Dies gilt nicht, soweit die Maßnahme zum Schutz seiner Person oder seines Vermögens getroffen ist". § 72 Pr. Polizeiverwaltungsgesetz ordnete einen Erstattungsanspruch des In Anspruch Genommenen gegen den Handlungs- oder Zustandsstörer an.*

62 *BGH, Urt. v. 11.7.1996 - III ZR 133/95 - NJW 1996, 3151 = DVBl. 1996, 1312 - diclo 75 - Haftung offen geblieben.*

63 *§ 41 OBG NW a. F.*

64 *BGH, Urt. v. 2.10.1978 - III ZR 9/77 - BGHZ 72, 273 - Gärtnerei; Urt. v. 17.12.1981 - III ZR 88/80 - BGHZ 82, 361 = ZfBR 1982, 131 - Veränderungssperre; Urt. v. 24.6.1982 - III ZR 169/80 - BGHZ 84, 292 = BauR 1982, 457 - nichtiger Bebauungsplan; Urt. v. 13.7.1993 - III ZR 22/92 - BGHZ 123, 191 = ZfBR 1993, 292 - Haldengelände; Urt. v. 21.12.1989 - III ZR 118/88 - BGHZ 109, 380 ZfBR 1990, 88 - Dortmund-Dorstfeld; Urt. v. 23.6.1994 - III ZR 54/93 - BGHZ 126, 279 = NJW 1994, 2355 - Inanspruchnahme eines Nichtstörers - Erdaushub.*

65 *BGH, Urt. v. 12.10.1978 - III ZR 162/76 - NJW 1979, 34 = BauR 1979, 44 - zu Unrecht erteilte Baugenehmigung.*

66 *BGH, Urt. v. 2.10.1978 - III ZR 9/77 = BGHZ 72, 273 = DVBl. 1979, 114 - Gewächshaus; Urt. v. 12.10.1978 - III ZR 162/76 = BauR 1979, 44 - Nachbarbebauung.*

67 *BGH, B. v. 31.1.1980 - IX ZR 90/78 - RzW 1981, 155 - Zwangsarbeit.*

68 *BGH, Urt. v. 17.12.1981 - III ZR 88/80 - BGHZ 82, 316 = ZfBR 1982, 131 - Gemeinbedarf; BGH, Urt. v. 24.06.1982 - III ZR 169/80 - BGHZ 84, 292 = DVBl. 1982, 1092 - Wohnhaus; ebenso Urt. v. 21.12.1989 - III ZR 118/88 - BGHZ 109, 380 = ZfBR 1990, 88 - Dortmund-Dorstfeld.*

69 *§ 57 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a BauO NRW.*

70 *Ebenso BGH, Urt. v. 13.7.1993 - III ZR 22/92 - BGHZ 123, 191 = ZfBR 1993, 292 - Haldengelände; BGH, Urt. v. 10.3.1994 - III ZR 9/93 - BGHZ 125, 258 = ZfBR 1994, 184 - Reihenhäuser.*

71 *BGH, Urt. v. BGHZ 99, 249 - feindliches Grün als Maßnahme gem. § 37 StVO.*

und Gewerberechts⁷² oder des Naturschutzrechts können sich daher in NRW Schadensersatzansprüche ergeben, wenn die Behörden auf dem Gebiet der umfassend zu verstehenden Gefahrenabwehr tätig werden. Umfasst sind danach in NRW auch auf anderer gesetzlicher Grundlage als der des OBG alle behördlichen Maßnahmen mit dem Ziel der Gefahrenabwehr.

2. Kein Ersatzanspruch nach § 68 I PVG Rh.-Pf.

Im Gegensatz dazu hat der BGH für § 68 Abs. 1 PVG Rh.-Pf. a. F. eine Haftung der Baugenehmigungsbehörden verneint.⁷³ Die Vorschrift bezog sich nur auf Maßnahmen der Polizei, zu der die Bauordnungsbehörden nicht rechnen.⁷⁴

Auch in der Literatur herrscht die Auffassung vor, dass es für die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs gegenüber der Bauaufsichtsbehörde auf den jeweiligen Wortlaut der einschlägigen landesrechtlichen Regelungen ankommt. Nur bei entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen könnten auch andere Verwaltungsbehörden außerhalb der Polizei den Schadensersatzregelungen unterliegen.⁷⁵

3. Haftung bei spezifischer Gefahrenabwehr

Für die mit § 80 NSOG⁷⁶ gleichlautende Vorschrift des § 69 SOG LSA 1991^{76a} hat das LG Magdeburg⁷⁷ Schadensersatzansprüche abgelehnt und dies damit begründet, dass die Baugenehmigungsbehörden nicht aus Gründen der Gefahrenabwehr tätig werden. Das Handeln der Verwaltungsbehörden sei mit den Eingriffen der Polizei nicht gleich zu setzen. Soweit die Bauaufsicht lediglich als allgemeine Verwaltungsbehörde tätig werde und keine polizeilichen Befugnisse der Gefahrenabwehr wahrnehme, greife die auf das Handeln der Polizeibehörden begrenzte Haftung des § 69 SOG LSA nicht ein.

Das Gefahrenabwehrrecht in Nds. und vormals LSA gewähren eine Entschädigung allerdings nicht nur bei Maßnahmen der Polizei, sondern auch bei denen der Verwaltungsbehörden. Es ist daher sachgerecht, auch bei Maßnahmen der Verwaltungsbehörden dann eine Entschädigung zuzubilligen, wenn die Behörden Aufgaben der Gefahrenabwehr wahrnehmen. Die Baugenehmigungsbehörden sind daher entschädigungspflichtig, wenn sie speziell aus Gründen der Gefahrenabwehr einschreiten und etwa eine Baugenehmigung aus Gründen der Gefahrenabwehr im Bereich des Naturschutzes zurücknehmen.⁷⁸

4. Umfang der Entschädigung

Nach § 80 NSOG/§ 69 SOG LSA 1991 ist nicht ein voller Schadensersatz, sondern ein angemessener Ausgleich zu gewähren. Der in der Vorschrift niedergelegte Anspruch ist daher Ausdruck eines allgemeinen Aufopferungsgedankens, der nicht an einem vollen Schadensersatz, sondern an einer angemessenen Entschädigung ausgerichtet ist. Gewinnerwartungen etwa oder Folgeschäden werden von dem Gedanken eines angemessenen Ausgleichs nur erfasst, wenn sie im Bereich der üblichen Geschehensabläufe liegen (§ 70 SOG LSA). Ein voller Schadensersatz wird daher nach dieser Vorschrift nicht gewährt.

V. Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff

Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff im Hinblick auf den planerischen Ausschluss von Windenergieanlagen dürften schon deshalb auf Bedenken stoßen, weil die gesetzlichen Regelungen in § 42 BauGB vorrangig und abschließend sein dürften. Unmittelbar auf Art. 14 GG kann daher wegen des Vorrangs der gesetzgeberischen Entscheidung ein Entschädigungsanspruch nicht gestützt werden.⁷⁹ So kommen auch Ansprüche aus überwirkendem Bestandsschutz⁸⁰ oder einer eigentumskräftig verfestigten Anspruchsposition neben den gesetzlichen Regelungen grundsätzlich nicht (mehr) in Betracht.⁸¹ Auch die Regelung über die Entschädigung für Maßnahmen der Ordnungsbehörden in § 39 OBG NRW ist als Spezialregelung anzusehen, die einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff oder Aufopferung ausschließt.⁸²

§ 42 BauGB ist Ausdruck der Inhalts- und Schrankebestimmung des Eigentums nach Art. 14 I 2 GG.⁸³ Die Entschädigung wird gewährt für den Wertverlust, der durch Einschränkungen von Grundstücksnutzungen eintritt.⁸⁴ Für nicht verwirklichte Nutzungen wird jedoch grundsätzlich eine Entschädigung nur gewährt, wenn sie innerhalb einer Siebenjahresfrist ab erstmaliger Zulässigkeit der Nutzung entzogen oder eingeschränkt wird (§ 42 II BauGB). Soweit bereits verwirklichte Nutzungen entzogen werden, handelt es sich um eine kompensationspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung, die verfassungsrechtlich geboten ist.⁸⁵

72 BGH NJW 1986, 182 - Entziehung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte gem. § 15 GastG.

73 "Erleidet jemand infolge einer rechtmäßigen Inanspruchnahme nach § 7 einen Schaden, ist ihm ein angemessener Ausgleich zu gewähren. Das gleiche gilt, wenn jemand durch eine rechtswidrige Maßnahme der Polizei einen Schaden erleidet."

74 BGH, Urt. v. 10.3.1994 - III ZR 9/93 - BGHZ 125, 258 = ZfBR 1994, 184 - Reihenhäuser.

75 Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998, S. 408; vgl. auch Rachor, in: Lisker/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., München 2001, Kap. L, Rn. 8 f.

76 NSOG v. 11.12.2003 (Nds. GVBl. S. 414).

76a § 69 LSA gewährt nur noch einen Ausgleich für Maßnahmen der Sicherheitsbehörden oder der Polizei.

77 LG Magdeburg, Urt. v. 3.9.2003 - 10 O 595/03 (104) - unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 22.1.1998 - III ZR 168/96 - BGHZ 138, 15 = NJW 1998, 2289.

78 So etwa im Fall BVerwG, Urt. v. 11.1.2001 - 4 C 6.00 - BVerwGE 112, 321 = ZfBR 2001, 271 - Polizeipräsident Magdeburg - § 42 BNatSchG.

79 BVerwG, Urt. v. 15.2.1990 - 4 C 23.86 - BVerwGE 84, 322 = ZfBR 1990, 198 - Unikat; B. v. 22.2.1991 - 4 CB 6.91 - BauR 1991, 319 = NVwZ 1991, 984 - Rodalben.

80 BVerwG, Urt. v. 12.12.1975 - IV C 71.73 - BVerwGE 50, 49 = DVBl. 1976, 214 - Tunnelofen.

81 BVerwG, Urt. v. 15.2.1990 - 4 C 41.87 - BVerwGE 84, 322 = ZfBR 1990, 198 - Unikat; Urt. v. 10.8.1990 - 4 C 3.90 - BVerwGE 85, 289 = ZfBR 1990, 290 - Bebauungsplanersetzung; B. v. 19.7.1988 - 4 B 124.88 - Buchholz, 406.11 § 35 BBauG/BauGB Nr. 250 - soziale Adäquanz; B. v. 3.12.1990 - 4 B 145.90 - BRS 50 Nr. 88.

82 BGH Urt. v. 17.12.1981 - III ZR 88/80 - BGHZ 82, 361 = ZfBR 1982, 131 - Veränderungssperre.

83 Kluth in: Wolff/Bachof/Stober, VerwR/2, § 73, Rn. 4.

84 Wahlhäuser, Diss., 1. Teil, § 2, 1.; Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, Vorb. §§ 39 - 44 BauGB Rn. 1; Gäentzsch, § 42, Rn. 2.

85 BVerfG, B. v. 14.7.1981 - 1 BvL 24/78 - BVerfGE 58, 137 = DVBl. 1982, 295 - Pflichtexemplare; B. v. 15.7.1981 - 1 BvL 77/78 - BVerfGE 58, 300 = DVBl. 1982, 340 - Nassauskiesung; BVerwG, Urt. v. 12.12.1975 - IV C 71.73 - BVerwGE 50, 49 = DVBl. 1976, 214 - Tunnelofen; BGH, Urt. v. 3.3.1983 - III ZR 93/81 - BGHZ 87, 66 = DVBl. 1983, 630 - Rheinauen; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 14, Rn. 84; Sachs/Wendt, Art. 14 GG Rn. 45.

Auch noch nicht realisierte Grundstücksnutzungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, unterfallen zwar der Eigentumsgarantie des Art. 14 I 1 GG.⁸⁶ Begründet wird dies damit, dass die Baufreiheit nicht eine bloße hoheitlich verliehene Nutzungschance darstellt, sondern die Möglichkeit der baulichen Nutzung von Grundstücken eine besondere Ausprägung der Privatnützigkeit des Eigentums⁸⁷ und zumeist wirtschaftlich sinnvoll ist.⁸⁸ Bei nicht verwirklichten Nutzungen hat der Gesetzgeber jedoch im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung⁸⁹ eine größere Gestaltungsfreiheit.⁹⁰ Derartige Nutzungsmöglichkeiten können entschädigungslos entzogen werden.

Anders könnte sich die Rechtslage im Hinblick auf eine rechtsfehlerhafte Behandlung eines Bauantrags darstellen. Der BGH geht in derartigen Fällen davon aus, dass ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff neben den Amtshaftungsanspruch treten kann.⁹¹ Der Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff setzt voraus, dass rechtswidrig in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition von hoher Hand unmittelbar eingegriffen wird, hierdurch also unmittelbar das Eigentum beeinträchtigt wird, und dem Berechtigten dadurch ein besonderes, anderen nicht zugemutetes Opfer für die Allgemeinheit auferlegt wird. Die rechtswidrige Ablehnung eines Bauvorbescheides wird dabei vom BGH als enteignungsgleicher Eingriff gewertet. Wird ein Vorbescheid, auf dessen Erteilung der Eigentümer Anspruch hat, rechtswidrig versagt, so wird dadurch in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Baufreiheit, die aus dem Grundeigentum abzuleiten ist, eingegriffen. Die verzögerte Bearbeitung einer nach geltendem Recht positiv zu bescheidenden, entscheidungsreifen Bauvoranfrage kann danach ebenso einen enteignungsgleichen Eingriff darstellen wie die rechtswidrige förmliche Ablehnung eines Bauvorbescheides.⁹² Dies setzt allerdings ggf. eine Verwerfungskompetenz für die gemeindlichen Bauleitpläne voraus.

Während der Amtshaftungsanspruch auf vollen Schadensersatz gerichtet ist, gewährt der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff allerdings lediglich eine angemessene Entschädigung. Der Antragsteller kann also lediglich eine Entschädigung für den Substanzverlust verlangen, den er dadurch erlitten hat, dass er zeitweise in der baulichen Ausnutzung seines Grundstücks behindert worden ist. Dabei ist regelmäßig auf eine Bodenrente (Miet-, Pacht- oder Erbbauzins) abzustellen, die sich in der Regel nach dem Betrag bemisst, den ein Bauwilliger für die Erlaubnis zeitlicher baulicher Nutzung gezahlt haben würde. Sie wird sich in der Regel mit einer angemessenen Verzinsung des nicht nutzbaren Teils des Substanzwertes decken.⁹³

Zur Höhe eines solchen Anspruchs würde sich daher wie bei § 42 BauGB auch hier die Frage stellen, unter welchen Voraussetzungen der Grundstücksmarkt einen erhöhten Wert der für Windanlagen vorgesehenen Grundstücke anerkennt. Die allgemeine Eigenschaft der Fläche für derartige Anlagen wird für einen Entschädigungsanspruch daher auch unter dem Blickwinkel des enteignungsgleichen Eingriffs nicht ausreichen.

VI. Von Pontius nach Pilatus

So verlockend die Aussichten der Windkraftinvestoren auf den ersten Blick auch sein mögen, statt einer Genehmigung für Windkraftanlagen die Hand für hohe Entschädigungszahlungen aufzuhalten, so steinig erweist sich dieser Weg bei näherem Hinsehen. Denn von Sonderfällen abgesehen, wird sich nur bei einer verschuldeten Amtspflichtverletzung oder auf der Grundlage landesrechtlicher Sonderregelungen der Entschädigung bei Gefahrenabwehr ein angemessener Ausgleich der entstandenen Schäden erreichen lassen. Von hochgestochenen Phantasievorstellungen ist das allemal weit entfernt.

Es war wohl schon immer besser, sich das zweite Auge erst gar nicht ausschließen zu lassen und nicht einfach auf eine schöne Entschädigung zu vertrauen, selbst wenn man mit dem ersten ja auch noch einigermaßen auskömmlich zu sehen glaubt, sondern alles daranzusetzen, dass solche Schäden erst gar nicht eintreten. Denn mit zweien sieht man einfach besser.

86 BVerfG, B. v. 19.6.1973 - 1 BvL 39/69 - BVerfGE 35, 263 = DVBl. 1973, 622 - Eilrechtsschutz; BGH, Urt. v. 25.1.1973 - III ZR 256/68 - BGHZ 60, 112 = NJW 1973, 386 - Fußbodenhöhe; BVerwG, Urt. v. 6.7.1975 - IV C 15.73 - BVerwGE 48, 271 = NJW 1976, 340 - Blockhütte; Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 14 GG Rn. 25; Wahlhäuser, Diss., 2. Teil, § 3, II., 2.a); Detterbeck/Windthorst-Sproll, Staatshaftungsrecht, 5. Teil, § 14, Rn. 34; a. A. Dreier/Wieland, Art. 14 GG Rn. 32.

87 Sproll in: Detterbeck/Windthorst, Staatshaftungsrecht, 5. Teil, § 14, Rn. 34; Depenheuer in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 GG Rn. 119. Sproll in: Detterbeck/Windthorst, Staatshaftungsrecht, 5. Teil, § 14 GG Rn. 34.

88 Wahlhäuser, Diss., 2. Teil, § 3, II., 2., a).

89 BVerfG, B. v. 2.3.1999 - 1 BvL 7/91 - BVerfGE 100, 226 = ZfBR 1999, 933 - Direktorenvilla; BGH, Urt. v. 28.1.1965 - III ZR 38/64 - BGHZ 43, 120 - Zinsanspruch; BGH, Urt. v. 17.12.1992 - III ZR 112/91 - BGHZ 121, 73 = DVBl. 1993, 430 für die Einordnung von Nutzungsbeschränkungen im Naturschutzrecht und Denkmalschutzrecht als Inhalts- und Schrankenbestimmungen; BVerwG, NuR 2001, 391 für gebietsbezogene Nutzungsbeschränkungen im Naturschutzrecht ausnahmslos als Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 I 2 GG; Stürer/Thorand, NJW 2000, 3737; Hoppe/Bönker/Grottel, Öffentliches Baurecht, § 9, Rn. 2; Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, Vorb. §§ 39 - 44, Rn. 5; zweifelnd Bielenberg/Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Vorb. §§ 39-44, Rn. 49 a. E.

90 Zu Grenzen Schmidt-Abmann, JuS 1986, 833; Koch/Hendler, Baurecht, § 19, Rn. 28, 31

91 BGH, Urt. v. 23.1.1997 - III ZR 234/95 - BGHZ 134, 316 = NJW 1997, 1229; Urt. v. 3.7.1997 - III ZR 205/96 - BGHZ 136, 182 = ZfBR 1997, 329 - Seegrundstück; Urt. v. 18.6.1998 - III ZR 100/97 - ZfBR 1998, 321 - Bausperre; Urt. v. 12.7.2001 - III ZR 282/00 - ZfBR 2001, 555.

92 BGH, Urt. v. 11.6.1992 - III ZR 210/90 - NVwZ 1992, 1119 - Verzögerungsschaden.

93 BGH, Urt. v. 10.3.1994 - III ZR 9/93 - BGHZ 125, 258 = ZfBR 1994, 184 - Ruine.