

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 4 C 8.04  
OVG 1 LC 278/02

Verkündet  
am 21. Oktober 2004  
Jakob  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 2004  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. P a e t o w ,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. R o j a h n , G a t z ,  
Dr. J a n n a s c h und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. P h i l i p p

für Recht erkannt:

Das Urteil des Niedersächsischen Obergerichtes vom 25. September 2003 wird aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Oldenburg vom 5. September 2002 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens unter Einschluss der im Revisionsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

#### G r ü n d e :

##### I.

Die Klägerin begehrt die Erteilung eines Bauvorbescheids für die Errichtung einer Windenergieanlage.

Am 28. August 1998 beantragte die Klägerin für das Flurstück ... der Flur ... der Gemarkung Sch. bei dem Beklagten die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung einer Windenergieanlage mit einer Nennleistung von 500 kW, 55 m Nabenhöhe und 40,3 m Rotordurchmesser. Der Standort liegt in einem Gebiet, das der Flächennutzungsplan der Beigeladenen als Sonderbaufläche für Windkraftanlagen ausweist. Im Bereich der Sonderbaufläche sind bereits 16 Windenergieanlagen vorhanden.

Neben der hier in Rede stehenden Anlage möchte der Ehemann der Klägerin in dem Gebiet zwei weitere Anlagen errichten. Diese Anlagen sind Gegenstand der Verfahren BVerwG 4 C 3.04 und BVerwG 4 C 11.04.

Am 8. Oktober 1998 beschloss der Rat der Beigeladenen, den Bebauungsplan Nr. 100 "Windpark O." aufzustellen.

Der Beklagte stellte die Entscheidung über die Zulässigkeit der Windenergieanlage auf Antrag der Beigeladenen zunächst bis zum 15. Oktober 1999 zurück. Nach dagegen gerichtetem erfolglosem Widerspruch erhob die Klägerin Klage. Während des Klageverfahrens lehnte der Beklagte nach Ablauf der Zurückstellungsfrist den Bauantrag der Klägerin unter Berufung auf eine am 15. Oktober 1999 bekannt gemachte Veränderungssperre ab. Der Widerspruch der Klägerin wurde zurückgewiesen. Ihren Antrag, nunmehr festzustellen, dass der Zurückstellungsbescheid rechtswidrig gewesen sei, wies das Verwaltungsgericht nach Abtrennung von der Klage auf Erteilung der Baugenehmigung rechtskräftig ab.

Am 22. Februar 2001 beschloss der Rat der Beigeladenen den Bebauungsplan Nr. 100 "Windpark O.". Der Plan wurde am 9. März 2001 bekannt gemacht. Er setzt auf einer Fläche, die im Wesentlichen der im Flächennutzungsplan dargestellten Sonderbaufläche entspricht, ein Sondergebiet für Windkraftanlagen sowie für landwirtschaftliche Nutzung mit 16 Baufenstern fest. Für jedes Baufenster ist die Grundfläche auf maximal 100 m<sup>2</sup>, die Nabenhöhe der Anlagen auf maximal 55 m und der maximale Schallleistungspegel - je nach Anlage - auf 98 bis 100 dB(A) festgesetzt. Der von der Klägerin vorgesehene Standort liegt außerhalb der Baufenster.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab. Es war der Auffassung, dass die Erteilung einer Baugenehmigung ausgeschlossen sei, weil das Vorhaben als Änderung einer bestehenden Windfarm immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig sei.

Unabhängig davon stehe dem Vorhaben der Bebauungsplan entgegen. Der hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag habe keinen Erfolg, da dem Vorhaben zum Zeitpunkt der Bescheide eine wirksame Veränderungssperre entgegengestanden habe.

Das Oberverwaltungsgericht hat den Beklagten unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide verpflichtet, der Klägerin einen Bauvorbescheid zur Errichtung einer Windenergieanlage wie beantragt zu erteilen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Bei dem Vorhaben der Klägerin handele es sich um ein so genanntes "Alt-Vorhaben", auf das die Vorschriften sowohl des BImSchG als auch des UVPG n.F. nicht anwendbar seien. Werde ein Genehmigungsantrag - wie hier - vor dem 14. März 1999 gestellt, finde nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 97/11/EG des Rates vom 3. März 1997 zur Änderung der Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. EG Nr. L 73/5 - UVP-ÄndRL) die UVP-Richtlinie in ihrer bisherigen Fassung Anwendung. Nach dem hier maßgeblichen UVPG 1990 würden Windfarmen von der UVP-Pflichtigkeit nicht erfasst.

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Windenergieanlage richte sich nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB und nicht nach § 30 BauGB; denn der Bebauungsplan verstoße gegen das Abwägungsgebot, soweit er die Größe der Grundfläche der baulichen Anlagen in den Baufenstern auf 100 m<sup>2</sup> begrenze. Bei Windenergieanlagen seien nicht nur das Fundament und der Turm, sondern auch die Rotoren als wesentliche Teile der Anlage in die Berechnung der Grundfläche einzubeziehen. Auf einer Grundfläche von 100 m<sup>2</sup> könne eine Windenergieanlage mit der zugelassenen Höhe nicht untergebracht werden. Das gelte auch hinsichtlich der Baugrenzen. Bei elf der vorgesehenen 16 Standorte reiche die Größe der überbaubaren Fläche nicht aus, um Anlagen mit einem Rotordurchmesser von 40 m aufzunehmen. Diese Mängel führten zur Gesamtunwirksamkeit des Bebauungsplans.

Zur Begründung ihrer Revision tragen der Beklagte und die Beigeladene vor:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts verstoße gegen § 30 BauGB. Der Bebauungsplan sei nicht insgesamt unwirksam. Eine Festsetzung, deren erklärtes Ziel es sei, sich auf die "erdberührten Teile" zu beschränken, lasse sich mit § 23 BauNVO vereinbaren. § 23 Abs. 2 Satz 3 und § 23 Abs. 3 Satz 3 BauNVO enthielten eine "Öffnungsklausel", die es ermögliche, den Typenzwang aufzuweichen und durch eine

differenzierte Festsetzung eine Feinsteuerung vorzunehmen. § 19 Abs. 2 BauNVO enthalte zwar keine "Öffnungsklausel". Bestehe das Planungsziel der Gemeinde - wie hier - jedoch darin, mit der Grundflächenfestsetzung lediglich die erdberührten Teile zu regeln, sei dies unter Berücksichtigung der Planungshoheit der Gemeinden zulässig.

Der Beklagte und die Beigeladene beantragen,

das Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 25. September 2003 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Oldenburg vom 5. September 2002 zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision gegen das Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 25. September 2003 zurückzuweisen,

hilfsweise,

festzustellen, dass der Beklagte bis zum 6. November 2003, hilfsweise bis zum 2. August 2001 verpflichtet war, ihr einen Bauvorbescheid zur Errichtung einer Windenergieanlage auf dem Flurstück ... der Flur ... der Gemarkung Sch. zu erteilen.

Sie hält den Bebauungsplan nicht nur aus den vom Berufungsgericht dargelegten Gründen, sondern darüber hinaus aus weiteren Gründen für nichtig. Die Erschließung des Bebauungsplangebiets sei nicht gesichert. Darüber hinaus seien die Festsetzungen zu den maximalen Schalleistungspegeln unwirksam. Dies führe im Zusammenwirken mit den weiteren Mängeln des Bebauungsplans zu dessen Gesamtnichtigkeit. Schließlich verhindere der Bebauungsplan ohne städtebauliche Rechtfertigung die weitere Errichtung von Windenergieanlagen in der Sonderbaufläche. Es sei nicht ersichtlich, dass das Landschaftsbild durch eine bloße Füllung letzter Lücken innerhalb eines bestehenden Windparks weiter beeinträchtigt werden könne.

Während des Revisionsverfahrens hat die Beigeladene die 1. vereinfachte Änderung des Bebauungsplans Nr. 100 "Windpark O." beschlossen. Sie hat die textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans in der Weise ergänzt, dass die zulässige Grundfläche für den Turm der Windkraftanlage je Baufeld 100 m<sup>2</sup>, die zulässige zusätzliche Grundfläche für den Rotor je Baufeld 2 000 m<sup>2</sup> beträgt. Die in der Plan-

zeichnung festgesetzten Baugrenzen für die Errichtung des Turms der Windkraftanlagen dürfen durch die Rotoren um bis zu 20,0 m überschritten werden. Die Änderung des Bebauungsplans ist am 7. November 2003 in Kraft getreten.

## II.

Die Revision des Beklagten und der Beigeladenen ist zulässig und begründet. Das Oberverwaltungsgericht hat den Beklagten zu Unrecht verpflichtet, der Klägerin einen Bauvorbescheid zur Errichtung einer Windenergieanlage zu erteilen. Für das Vorhaben gelten die Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes. Selbst wenn die zuständige Immissionsschutzbehörde die Erforderlichkeit einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gemäß § 16 Abs. 1 BImSchG verneinen sollte, könnte der Klägerin der begehrte Bauvorbescheid nicht erteilt werden, weil ihr Vorhaben den Festsetzungen des wirksamen Bebauungsplans Nr. 100 "Windpark O." in der Fassung der 1. vereinfachten Änderung widerspricht (§ 30 Abs. 1 BauGB). Die Hilfsanträge sind unzulässig. Der Klägerin fehlt das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

1.1 Das Oberverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Errichtung der Windkraftanlage einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung schon deshalb nicht bedarf, weil die Klägerin den Genehmigungsantrag vor dem 14. März 1999, d.h. vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die UVP-Änderungsrichtlinie, gestellt hat. Insoweit verletzt das Urteil Bundesrecht.

Die Errichtung und der Betrieb einer Windfarm mit mindestens drei Windkraftanlagen bedürfen gemäß § 4 Abs. 1 BImSchG, § 1 Abs. 1 Satz 1 4. BImSchV i.V.m. Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz vom 27. Juli 2001 (BGBl I S. 1950) seit dem 3. August 2001, dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes (vgl. Art. 25), einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Eine Windfarm, die zu diesem Zeitpunkt bereits errichtet oder wesentlich geändert war oder mit deren Errichtung oder wesentlicher Änderung begonnen worden war, ist gemäß § 67 Abs. 2 BImSchG anzuzeigen. Diese Vorschrift gilt

nicht nur für den erstmaligen Erlass einer Verordnung gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG, sondern immer, wenn - wie hier - durch eine Änderung der Verordnung Anlagen neu dem Genehmigungserfordernis unterworfen werden (vgl. Czajka, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, 2. Aufl., Band 1 - Teil II, § 67 BImSchG Rn. 14; Führ, in: Koch/Scheuing, GK-BImSchG, § 67 Rn. 42; Jarass, BImSchG, 5. Aufl. 2002, § 67 Rn. 13). Verfahren, die vor dem 3. August 2001 begonnen wurden, sind gemäß § 67 Abs. 4 BImSchG nach den Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsvorschriften unter Einschluss der 4. BImSchV zu Ende zu führen (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2004 - BVerwG 4 C 9.03 - NVwZ 2004, 1235 <1236>).

Wird eine genehmigungsbedürftige oder eine gemäß § 67 Abs. 2 BImSchG anzuzeigende (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 5 BImSchG) Windfarm - wie hier - durch Hinzutreten einer weiteren Windkraftanlage geändert, richtet sich die Genehmigungsbedürftigkeit der Änderung nach §§ 15, 16 BImSchG. Das gilt unabhängig davon, wer Betreiber der Windfarm ist. Der Betreiberfrage kommt weder für das Vorliegen einer genehmigungsbedürftigen Windfarm (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2004, a.a.O. S. 1236) noch für die Genehmigungsbedürftigkeit der Änderung einer Windfarm eine entscheidende Bedeutung zu. Wenn sich die Änderung auf in § 1 BImSchG genannte Schutzgüter auswirken kann, ist die Änderung, sofern eine Genehmigung nicht beantragt wird, der zuständigen Behörde mindestens einen Monat, bevor mit der Änderung begonnen werden soll, anzuzeigen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BImSchG). Die zuständige Behörde hat unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige und der nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BImSchG erforderlichen Unterlagen zu prüfen, ob die Änderung einer Genehmigung bedarf (§ 15 Abs. 2 Satz 1 BImSchG). Die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage bedarf gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 BImSchG der Genehmigung, wenn durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein können (wesentliche Änderung). Eine Vorschrift, die Vorhaben, deren Zulassung vor dem 14. März 1999 beantragt wurde, von diesem Anzeige- und gegebenenfalls Genehmigungserfordernis ausnimmt, enthält das BImSchG nicht.

Insoweit unterscheidet sich das BImSchG vom Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG). Das UVPG findet gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UVPG in der vor dem 3. August 2001 geltenden Fassung weiterhin Anwendung, wenn der Träger eines Vorhabens einen Antrag auf Zulassung des Vorhabens, der mindestens Angaben zu Standort, Art und Umfang des Vorhabens enthalten muss, vor dem 14. März 1999 bei der zuständigen Behörde gestellt hat. Vor dem 3. August 2001 fielen die Errichtung und der Betrieb von Windfarmen nicht in den Anwendungsbereich des UVPG. § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UVPG dürfte allerdings nur zur Anwendung kommen, wenn es sich bei dem nur baurechtlich genehmigungsbedürftigen Einzelvorhaben, dessen Zulassung ursprünglich beantragt wurde, und der Erweiterung der Windfarm, über die nunmehr zu entscheiden ist, noch um dasselbe Vorhaben handelt. Selbst wenn das hier der Fall sein sollte, die Erweiterung der vorhandenen Windfarm mithin nicht UVP-pflichtig wäre, stünde dies der Erforderlichkeit einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht entgegen. Nach dem BImSchG ist die Änderung einer Windfarm immissionsschutzrechtlich nicht nur dann genehmigungsbedürftig, wenn im Genehmigungsverfahren eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Die Änderung der 4. BImSchV durch das Gesetz vom 27. Juli 2001 sollte zwar sicherstellen, dass für die nach dem UVPG n.F. UVP-pflichtig gewordenen Anlagen ein immissionsschutzrechtliches Verfahren als Trägerverfahren zur Verfügung steht (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BRDrucks 674/00, S. 63). Dieser Zweck wird jedoch nicht gefährdet, wenn über UVP-pflichtige Vorhaben hinaus auch für nicht UVP-pflichtige "Alt-Vorhaben" ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren durchzuführen ist. Auch § 1 Abs. 3 der 9. BImSchV zeigt, dass nicht in jedem Verfahren zur Erteilung einer Änderungsgenehmigung einer Anlage nach Anlage 1 des UVPG eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung ist nach dieser Vorschrift nur erforderlich, wenn entweder die für eine UVP-pflichtige Anlage in der Anlage 1 des UVPG angegebenen Größen- oder Leistungswerte durch eine Änderung oder Erweiterung selbst erreicht oder überschritten werden oder wenn die Änderung oder Erweiterung erhebliche nachteilige Auswirkungen auf in § 1 a 9. BImSchV genannte Schutzgüter haben kann.

1.2 Ob das gemäß § 15 Abs. 1 BImSchG anzeigepflichtige Vorhaben der Klägerin einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfte mit der Folge, dass ein



Bauvorbescheid nicht erteilt werden könnte (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2004, a.a.O. S. 1236 f.), müsste, wenn nicht die Klägerin von sich aus die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung beantragt, gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 BImSchG zunächst die zuständige Immissionsschutzbehörde prüfen. Würde diese die Erforderlichkeit einer Änderungsgenehmigung verneinen oder die Frist des § 15 Abs. 2 Satz 1 BImSchG verstreichen lassen, so bliebe es bei der vom Oberverwaltungsgericht bejahten, landesrechtlich begründeten Erforderlichkeit einer Baugenehmigung und damit bei der Zuständigkeit der Bauordnungsbehörde für die Erteilung eines Bauvorbescheids. Die Gerichte können die gemäß § 15 Abs. 2 BImSchG der Immissionsschutzbehörde zugewiesene Prüfung durch eigene Tatsachenfeststellungen nicht ersetzen. Wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von der Erforderlichkeit einer Genehmigung gemäß § 16 Abs. 1 BImSchG abhängt, wird es deshalb in der Regel einer sachgerechten Ausübung des gerichtlichen Ermessens entsprechen, das Verfahren gemäß § 94 VwGO auszusetzen, um dem Kläger Gelegenheit zu geben, sein Vorhaben der zuständigen Immissionsschutzbehörde anzuzeigen und dieser die Prüfung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit zu ermöglichen. Das vorliegende Verfahren kann jedoch nicht ausgesetzt werden. Die Erforderlichkeit einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist nicht entscheidungserheblich. Auch im Baugenehmigungsverfahren könnte der Klägerin der begehrte Bauvorbescheid nicht erteilt werden.

2. Das Vorhaben der Klägerin ist bauplanungsrechtlich nicht genehmigungsfähig. Es widerspricht den Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 100 in der Fassung der 1. vereinfachten Änderung (§ 30 Abs. 1 BauGB). Die Windkraftanlage soll außerhalb der im Bebauungsplan festgesetzten überbaubaren Grundstücksflächen errichtet werden.

Die Änderung des Bebauungsplans ist im Revisionsverfahren zu beachten. Das Revisionsgericht hat Rechtsänderungen, die während des Revisionsverfahrens eintreten, in gleichem Umfang zu berücksichtigen, wie sie die Vorinstanz zu berücksichtigen hätte, wenn sie jetzt entschiede (stRspr, vgl. z.B. BVerwG, Urteile vom 1. Dezember 1972 - BVerwG 4 C 6.71 - BVerwGE 41, 227 <230 f.> und vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 3.02 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 356). Da eine Klage auf Erteilung eines Bauvorbescheids nur begründet ist, wenn im Zeitpunkt der Entschei-

dung ein Anspruch auf Erteilung des Vorbescheids besteht, müsste auch das Berufungsgericht die Änderung des Bebauungsplans berücksichtigen.

Der Bebauungsplan Nr. 100 in der Fassung der 1. vereinfachten Änderung ist - mit Ausnahme der Festsetzung einer zulässigen Grundfläche für den Rotor - wirksam.

2.1 In der geänderten Fassung des Bebauungsplans ist textlich neben der zulässigen Grundfläche für den Turm eine zusätzliche zulässige Grundfläche für den Rotor je Baufeld auf 2 000 m<sup>2</sup> festgesetzt. Grundfläche für den Rotor soll die Fläche sein, die von dem Rotor überstrichen werden kann (vgl. Seite 4 der Begründung zur 1. vereinfachten Änderung des Bebauungsplans Nr. 100 "Windpark O.").

Eine solche Festsetzung ist mit § 16 Abs. 2 Nr. 1, § 19 Abs. 2 BauNVO nicht vereinbar. Die Fläche, die vom Rotor einer Windkraftanlage überstrichen werden kann, ist bei der Ermittlung der Grundfläche der Anlage nicht mitzurechnen.

Gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO kann im Bebauungsplan das Maß der baulichen Nutzung durch Festsetzung der Grundflächenzahl oder der Größe der Grundflächen der baulichen Anlagen bestimmt werden. Für den Fall, dass nicht die Größe der Grundfläche, sondern die Grundflächenzahl festgesetzt ist, bestimmt § 19 Abs. 2 BauNVO, dass zulässige Grundfläche der nach Absatz 1 errechnete Anteil des Baugrundstücks ist, der von baulichen Anlagen überdeckt werden darf. Daraus ergibt sich, dass Grundfläche - von den Sonderfällen des § 19 Abs. 4 BauNVO abgesehen - die von einer baulichen Anlage überdeckte Fläche ist.

Der Begriff der Überdeckung setzt nicht voraus, dass alle in Betracht kommenden Teile der baulichen Anlage eine unmittelbare Verbindung mit Grund und Boden haben müssen. Auch in den Luftraum hineinragende Teile können die Grundstücksfläche im Sinne von § 19 Abs. 2 BauNVO überdecken. Dabei muss es sich aber um "wesentliche" Teile handeln. Wesentlich muss der in den Luftraum hineinragende Anlagenteil für die Berechnung der Grundfläche sein. Die Mitrechnung der Fläche muss nach Sinn und Zweck der nach der BauNVO zulässigen Festsetzungen über die Grundfläche gerechtfertigt sein (vgl. König, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 2. Aufl. 2003, § 19 Rn. 8). Nach diesen Grundsätzen sollen z.B. Erker und auskra-

gende Obergeschosse mitzurechnen sein, untergeordnete Bauteile wie Dachüberstände, Gesimse oder Fensterbänke hingegen nicht (vgl. Bielenberg, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 19 BauNVO Rn. 16; Ziegler, in: Brügelmann, BauGB, § 19 BauNVO Rn. 5; Fickert/Fieseler, BauNVO, 10. Aufl. 2002, § 19 Rn. 4.2; König, a.a.O., § 19 Rn. 8).

Die Festsetzung einer Grundflächenzahl oder der Größe einer Grundfläche regelt nicht, an welcher Stelle des Baugrundstücks die bauliche Nutzung zugelassen werden soll. Maßgebend ist vielmehr der Gesichtspunkt, eine übermäßige Nutzung zugunsten des Bodenschutzes insgesamt zu vermeiden (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 18. Dezember 1995 - BVerwG 4 NB 36.95 - ZfBR 1996, 172 und vom 29. Juli 1999 - BVerwG 4 BN 24.99 - BRS 62 Nr. 96). Durch eine Begrenzung der zulässigen Grundflächen soll der Boden insbesondere vor Versiegelung geschützt werden (vgl. Fickert/Fieseler, a.a.O., § 19 Rn. 4.2; König, a.a.O., § 19 Rn. 8).

Der Bodenschutz rechtfertigt es nicht, die Fläche, die vom Rotor überstrichen werden kann, bei der Ermittlung der Grundfläche einer Windkraftanlage mitzurechnen. Belange des Bodenschutzes werden durch den im Luftraum kreisenden Rotor nicht nennenswert beeinträchtigt. Insbesondere wird der Boden durch den Rotor nicht versiegelt. Niederschläge werden durch den Rotor wegen der geringen Stärke der Rotorblätter allenfalls in geringfügigem Umfang und zudem je nach Windrichtung an verschiedenen Stellen abgeschirmt. Da bestimmte Windrichtungen vorherrschen, ist ein großer Teil der Fläche, die vom Rotor überstrichen werden kann, tatsächlich ohnehin nur an relativ wenigen Tagen im Jahr betroffen. Eine Nutzung des Bodens für andere Zwecke, insbesondere der Landwirtschaft, wird durch den im Luftraum kreisenden Rotor nicht ausgeschlossen. Mit auskragenden Obergeschossen oder anderen in den Luftraum hineinragenden ortsfesten Gebäudeteilen ist der Rotor einer Windkraftanlage nicht vergleichbar.

Die Festsetzung der zusätzlichen Grundfläche für den Rotor kann auch nicht auf § 16 Abs. 5 BauNVO gestützt werden. Nach dieser Vorschrift kann im Bebauungsplan das Maß der baulichen Nutzung u.a. für Teile baulicher Anlagen unterschiedlich festgesetzt werden. Die Festsetzung für den jeweiligen Anlagenteil muss nach den

Vorschriften über das Maß der baulichen Nutzung zulässig sein. Der Begriff der Grundfläche wird durch § 16 Abs. 5 BauNVO nicht modifiziert.

Die textliche Festsetzung der zulässigen Grundfläche für den Rotor ist mithin unwirksam. Die Festsetzung der zulässigen Grundfläche für den Turm - gemeint ist damit auch das Fundament - bleibt hiervon unberührt. Sie entspricht der bereits in der ursprünglichen Fassung des Bebauungsplans enthaltenen Grundflächenfestsetzung. Auch diese Festsetzung war wirksam. Dass Fundament und Turm einer Windenergieanlage der zugelassenen Höhe auf einer Fläche von 100 m<sup>2</sup> untergebracht werden können, hat das Oberverwaltungsgericht nicht in Zweifel gezogen.

2.2 In seiner geänderten Fassung enthält der Bebauungsplan die textliche Festsetzung, dass die in der Planzeichnung festgesetzten Baugrenzen für die Errichtung des Turms der Windkraftanlagen durch die Rotoren um bis zu 20,0 m überschritten werden dürfen. Diese Festsetzung ist mit § 23 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1, § 16 Abs. 5 BauNVO vereinbar.

Ist eine Baugrenze festgesetzt, dürfen Gebäude und Gebäudeteile diese gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 BauNVO nicht überschreiten. Diese Vorschrift gilt nicht nur für Gebäude, sondern auch für andere bauliche Anlagen (vgl. BVerwG, Urteil vom 7. Juni 2001 - BVerwG 4 C 1.01 - ZfBR 2001, 558 = BRS 64 Nr. 79). Baugrenzen sind mit allen Geschossen einzuhalten; ein Überschreiten der Baugrenze ist auch im Luftraum grundsätzlich nicht zulässig (vgl. Fickert/Fieseler, a.a.O., § 23 Rn. 12, 16; Bielenberg, a.a.O., § 23 BauNVO Rn. 25, 32). Für bauliche Anlagen, die keine Gebäude sind, kann dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt gelten. Die Vorschrift des § 23 Abs. 3 Satz 1 BauNVO ist auf andere bauliche Anlagen zwar anwendbar, zugeschnitten ist sie jedoch allein auf Gebäude. Bei baulichen Anlagen, die keine Gebäude sind, passen auch die Maßkategorien des § 16 Abs. 2 BauNVO überwiegend nicht; insoweit hat der Senat bereits eine den Besonderheiten der Anlage Rechnung tragende Anwendung zugelassen (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1994 - BVerwG 4 C 19.93 - ZfBR 1995, 214 <215>). Für die Vorschriften über die überbaubaren Grundstücksflächen kann nichts anderes gelten. Auch diese Vorschriften dürfen auf bauliche Anlagen, die keine Gebäude sind, nicht schematisch angewendet werden. Für in den Luftraum hineinragende Teile baulicher Anlagen bedeutet dies:

Baugrenzen müssen für derartige Teile Geltung nur beanspruchen, soweit dies nach dem Zweck des § 23 Abs. 3 Satz 1 BauNVO geboten ist; sie dürfen Geltung beanspruchen, soweit dies durch den Zweck des § 23 Abs. 3 Satz 1 BauNVO gerechtfertigt ist.

Baugrenzen bestimmen, an welcher Stelle des Baugrundstücks die bauliche Nutzung zugelassen werden soll; sie legen die räumliche Anordnung einer beabsichtigten - offenen oder geschlossenen - Bebauung auf dem Baugrundstück fest. Erwägungen des Bodenschutzes sind hierfür - anders als für die Festsetzung der zulässigen Grundfläche - nicht in erster Linie maßgebend (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 18. Dezember 1995 und vom 29. Juli 1999, a.a.O.).

Um die räumliche Anordnung von Windkraftanlagen auf den Baugrundstücken festzulegen, genügt es, Baugrenzen für Fundament und Turm festzusetzen; Baugrenzen für die Rotoren sind nicht zwingend erforderlich. Mit der Stellung des Turms liegt fest, um welchen Punkt sich die Nabe mit dem Rotor dreht. Daraus ergibt sich auch, welche Fläche der Rotor beim jeweiligen Stand der Technik maximal überstreichen kann. Mit dem Rotor einzuhaltende Schutzabstände können bei der Festsetzung der Baugrenzen für Fundament und Turm berücksichtigt werden. Im Bebauungsplan können deshalb - wie in der ursprünglichen Fassung des Bebauungsplans Nr. 100 geschehen - Baugrenzen festgesetzt werden, die lediglich für Fundament und Turm, nicht aber für den Rotor der Windkraftanlage gelten. Beansprucht die Baugrenze für den Rotor keine Geltung, ist für eine Ausnahme gemäß § 23 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 3 BauNVO, die ein Überschreiten der Baugrenze durch den Rotor in einem bestimmten Umfang zulässt, kein Raum. Allerdings sind die äußeren Grenzen des Bauleitplans oder die Grenzen von Baugebieten oder Bauflächen (vgl. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 BauNVO) stets von der gesamten Windkraftanlage einschließlich des Rotors einzuhalten.

Die Festsetzung von Baugrenzen für Fundament und Turm ist nicht die einzige Möglichkeit, Windkraftanlagen räumlich anzuordnen. Baugrenzen, die auch für die Rotoren gelten, sind hierfür ebenfalls geeignet. Für Baugrenzen dieses Inhalts kann, z.B. wenn es der Gemeinde bei der Anordnung der Anlagen um den Schutz des Landschaftsbildes vor Beeinträchtigungen durch die Rotoren oder um den Erhalt be-

stimmter Sichtbeziehungen geht, ein städtebauliches Bedürfnis bestehen; auch derartige Baugrenzen sind durch den Zweck des § 23 Abs. 3 Satz 1 BauNVO gerechtfertigt. Im Bebauungsplan dürfen deshalb sowohl Baugrenzen festgesetzt werden, die allein für Fundament und Turm gelten, als auch Baugrenzen, die sich darüber hinaus auf den Rotor der Windkraftanlage beziehen. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2, § 16 Abs. 5 BauNVO können außerdem für Fundament und Turm einerseits und die Rotoren andererseits unterschiedliche Baugrenzen festgesetzt werden. In jedem Fall muss hinreichend bestimmt sein, worauf sich die Baugrenze bezieht.

Im vorliegenden Fall beziehen sich die in der Planzeichnung festgesetzten Baugrenzen nach der ergänzenden textlichen Festsetzung ausdrücklich nur auf den Turm einschließlich Fundament, nicht auf die Rotoren. Die Rotoren sollen diese Baugrenzen um bis zu 20,0 m überschreiten dürfen. Für sie gelten damit gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2, § 16 Abs. 5 BauNVO gesonderte Baugrenzen, die 20,0 m jenseits der in der Planzeichnung festgesetzten Baugrenzen verlaufen (vgl. Seite 2 und 4 der Begründung zur 1. vereinfachten Änderung des Bebauungsplans Nr. 100 "Windpark O."). Soweit die Beigeladene meinte, bei der Festsetzung handele es sich um eine Ausnahme im Sinne von § 23 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 3 BauNVO, befand sie sich in einem für den Inhalt der Festsetzung unbeachtlichen Irrtum über die Rechtsgrundlage.

2.3 Der Bebauungsplan ist nicht aus anderen Gründen unwirksam.

2.3.1 Der Bebauungsplan leidet nicht im Hinblick auf die Erschließung an einem Abwägungsmangel. Dass die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung über vorhandene öffentliche oder private Verkehrsflächen bzw. befestigte Schotterwege in tatsächlicher Hinsicht nicht ausreichend sei, hat auch die Klägerin nicht geltend gemacht. Sie meint, dass die erforderliche Inanspruchnahme privater Verkehrsflächen ohne eine Sicherung der Inanspruchnahmemöglichkeit keine ausreichende Erschließung darstelle. Wenn eine unmittelbare Verbindung zu einer öffentlichen Straße fehlt, ist die Erschließung nur gesichert, wenn die Zufahrt zum öffentlichen Straßennetz z.B. durch eine Baulast oder eine Grunddienstbarkeit abgesichert ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. Mai 1988 - BVerwG 4 C 54.85 - BRS 48 Nr. 92). Eine solche rechtliche Sicherung der tatsächlich möglichen Erschließung muss bei Aufstellung des

Bebauungsplans nicht gegeben sein. Sie ist gemäß §§ 30 bis 35 BauGB Voraussetzung nur für die Zulassung von Einzelvorhaben.

2.3.2 Ob die Festsetzung der maximal zulässigen Schalleistungspegel je nach Anlage zwischen 98 und 100 dB(A) zulässig ist, kann dahinstehen. Ein diesbezüglicher Fehler würde nur zur Teil-, nicht aber zur Gesamtnunwirksamkeit des Bebauungsplans führen. Die Schalleistungspegel stehen nicht in einem untrennbaren Zusammenhang mit den übrigen Festsetzungen des Bebauungsplans. Insbesondere die Ausweisung der Baufenster bliebe auch ohne Festsetzungen zum Schallschutz sinnvoll. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hätte die Beigeladene den Bebauungsplan auch ohne die Schalleistungspegel erlassen, da es ihr nicht nur um den Immissionsschutz, sondern auch um den Schutz des Landschaftsbildes und einen deshalb erforderlichen Ausschluss weiterer Anlagen im Plangebiet ging.

2.3.3 Der Verhinderung weiterer Windkraftanlagen innerhalb der Sonderbaufläche fehlt nicht die städtebauliche Rechtfertigung. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts diene die Begrenzung der Zahl der Windkraftanlagen dem Schutz des Landschaftsbildes. Das Landschaftsbild kann auch durch die Füllung von Lücken innerhalb eines bereits bestehenden Windparks beeinträchtigt sein. Das Ziel, eine solche zusätzliche Beeinträchtigung der Landschaft zu verhindern, ist städtebaulicher Natur und ausreichend, um die getroffene Planungsentscheidung zu rechtfertigen.

3. Die Hilfsanträge sind unzulässig. Der Klägerin fehlt das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

Ein solches Interesse ergibt sich nicht aus einer präjudiziellen Wirkung der begehrten Feststellung für eine Amtshaftungs- oder Entschädigungsklage. Eine derartige Klage wäre offensichtlich aussichtslos. Ein Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB) wäre nicht gegeben, weil die Kammer des Verwaltungsgerichts einen Anspruch auf Erteilung des begehrten Bauvorbescheids auch für die Zeit vor Inkrafttreten der Bebauungsplanänderung verneint hat und deshalb gegenüber dem für den Beklagten handelnden Amtswalter ein Schuldvorwurf nicht erhoben werden könnte (stRspr, z.B. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2004 - BVerwG 4 C 1.03 - UA S. 6). Ein Anspruch auf Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs stünde der Klägerin nicht zu,

weil sie - wie der Beklagte in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen geltend gemacht hat - nicht Eigentümerin des Baugrundstücks ist. Dass nach Landesrecht verschuldensunabhängige Schadensersatzansprüche gegeben sein könnten, hat die Klägerin nicht geltend gemacht.

Die Hilfsanträge wären im Übrigen unbegründet. Der Beklagte war weder bis zum 6. November 2003 noch bis zum 2. August 2001 verpflichtet, der Klägerin den beantragten Bauvorbescheid zu erteilen. Das Vorhaben widersprach bereits dem am 9. März 2001 in Kraft getretenen Bebauungsplan Nr. 100. Der Bebauungsplan war - wie bereits dargelegt - auch in seiner ursprünglichen Fassung wirksam. Zuvor stand dem Vorhaben die am 15. Oktober 1999 in Kraft getretene zweijährige Veränderungssperre entgegen. Die mit einem Bescheid vom 11. Januar 1995 erfolgte Zurückstellung war auf deren Geltungsdauer nicht gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BauGB anzurechnen. Die Zurückstellung betraf ein anderes Vorhaben. Aus den dem Senat vorliegenden Verwaltungsvorgängen ergibt sich, dass die damalige Bauvoranfrage - wie vom Verwaltungsgericht festgestellt (UA S. 18 f.) - in wesentlichen Punkten von dem hier zur Entscheidung stehenden Vorhaben abwich. Die mit Bescheid vom 15. Oktober 1998 erfolgte Zurückstellung für ein Jahr betraf zwar dasselbe Vorhaben; sie war deshalb gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BauGB anzurechnen. Darauf konnte sich die Klägerin jedoch nicht berufen, weil im Hinblick auf ihr Grundstück die Sperre nach § 17 Abs. 1 Satz 3 BauGB um ein Jahr verlängert werden durfte (vgl. BVerwG, Urteil vom 10. September 1976 - BVerwG 4 C 39.74 - Buchholz 406.11 § 14 BBauG Nr. 7 <S. 19 f.>; Beschluss vom 27. Juli 1990 - BVerwG 4 B 156.89 - BRS 50 Nr. 101).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO.

Dr. Paetow

Prof. Dr. Rojahn

Gatz

Dr. Jannasch

Dr. Philipp



B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 50 000 € festgesetzt.

Dr. Paetow

Prof. Dr. Rojahn

Gatz

Dr. Jannasch

Dr. Philipp