
Datum: 28.12.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-11 U 15/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:1228:I11U15.11.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 507/09

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 10.01.2011 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Berufungsurteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern die Beklagten vor der Vollstreckung nicht Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

(§ 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO)

I.

Der Kläger nimmt den Beklagten zu 1.) wegen Verzögerungen bei der Bescheidung von ihm beantragter Baugenehmigungen für zwei Windenergieanlagen und deren spätere Versagung trotz zwischenzeitlich eingetretener Unzuständigkeit sowie die Beklagte zu 2.) wegen des Erlasses einer Veränderungssperre auf Schadensersatz in Anspruch.

Auf den Inhalt der tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts Münster vom 10.01.2011 wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Im Berufungsverfahren haben sich hinsichtlich des zugrunde liegenden Sachverhalts noch folgende Ergänzungen ergeben:

Nach Stellung des Bauantrages vom 24.07.2000 reichte der Kläger im Oktober 2000 bei dem Beklagten zu 1.) einen auf den 11.10.2000 datierenden Erläuterungsbericht des Landschaftsplanungsbüros Y GbR zur Umweltverträglichkeitsprüfung der von ihm sowie den Antragstellern F GbR und E2 für den Windpark S geplanten Windenergieanlagen ein.

In der Zeit von Dezember 2000 bis Ende März 2011 erteilte der Beklagte zu 1.) insgesamt fünf Baugenehmigungen für den ebenfalls in seinem Zuständigkeitsbereich fallenden weiteren Windpark S S3. Für diesen Windpark waren von zwei Antragstellern Bauanträge für insgesamt 5 Windenergieanlagen gestellt, nämlich von dem Antragsteller Y2 Bauanträge für die Errichtung von 4 Windenergieanlagen des Typs Enercon E-66, 1800 KW, Nabenhöhe 98 m und von dem Antragsteller M ein Bauantrag für die Errichtung einer solchen Windenergieanlage. Von den vom Antragsteller Y2 beantragten vier Windenergieanlagen galten zwei aufgrund der Regelung des § 4 Abs. 3 Nr. 4 LG (in der seinerzeit gültigen Fassung vom 21.07.2000) nicht als Eingriff in die Natur und Landschaft und erforderten damit keine Ausgleichsmaßnahmen nach § 4 Abs. 4 LG NW. Für diese beiden Windenergieanlagen erteilte der Beklagte zu 1) dem Antragsteller Y2 am 12.12.2000 (Az.: 363.1-0461/00) und 12.02.2001 (Az.: 363.1-0460/00) Baugenehmigungen, die jeweils unter Punkt U2 folgende(n) Auflage/Hinweis enthalten:

Die „Eingriffsbilanzierung zum Windpark S (Bauherr: Klaus Y2)“ des Fachbüros Y aus I vom 15.09.2000 ist Bestandteil der Genehmigung. Die unter Punkt 6 aufgeführten Maßnahmen zur Vermeidung und Minderung der Auswirkungen des Vorhabens sind besonders zu beachten.

Für die beiden weiteren vom Antragsteller Y2 beantragten Windenergieanlagen erteilte der Beklagte zu 1.) die Baugenehmigungen am 13.02.2001 unter den Aktenzeichen 363.1-0462/00 und 363.1-0463/00 sowie für die vom Antragsteller M beantragte Windenergieanlage am 20.02.2001 unter dem Aktenzeichen 363.1-0464/00. Diese drei Baugenehmigungen enthalten unter anderem folgende Regelungen:

BD1

Aufschiebende Bedingung:

Mit der Ausführung des Bauvorhabens darf erst begonnen werden, wenn die Genehmigung nach dem Bundesnaturschutzgesetz und Landschaftsgesetz bestandskräftig geworden ist (s. § 1 des öffentlich-rechtlichen Vertrages).

....

U2

Mit den Bauarbeiten darf erst begonnen werden, nachdem die untere Landschaftsbehörde des Kreises D die erforderlichen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ermittelt und diese Maßnahmen bzw. ein etwaiges Ersatzgeld Ihnen gegenüber verbindlich festgelegt hat. Dafür sind von Ihnen bis spätestens 3 Monate vor Beginn der Bauarbeiten nach Art, Umfang und Lage geeignete Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen auf insgesamt 1.752 ha Grundfläche vorzuschlagen.

Die Zahlung eines Ersatzgeldes zur Kompensation des Eingriffs käme lediglich nachrangig in Betracht. Ein etwaiges Ersatzgeld würde 262.800,- DM (in Worten: Zweihundertzweiundsechzigtausendachthundert Deutsche Mark) betragen und wäre bis zum Beginn der Bauarbeiten zu zahlen. Vorrangig sind jedoch Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen durchzuführen, so dass die Angaben zu einem etwaigen Ersatzgeld hier lediglich informatorischen Charakter haben.

Daneben schloss der Beklagte zu 1.) in den Baugenehmigungsverfahren 363.1-0461/00 und 363.1-0460/00 am 15.12.2001 mit dem Antragsteller Y2 und in dem Baugenehmigungsverfahren 363.1-0464/00 am 01./02.03.2001 mit dem Antragsteller M öffentlich-rechtliche Verträge ab, mit denen sich die beiden Antragsteller verpflichteten, auch im Falle eines Widerspruchs- oder Klageverfahrens gegen die Regelungen zu den Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen mit der Ausführung des Bauvorhabens nicht zu beginnen, bevor abschließend über die Art der Ersatzmaßnahmen bzw. die Zahlung des Ersatzgeldes entschieden wurde, und für den Fall der Zuwiderhandlung hiergegen eine Vertragsstrafe in Höhe von 10.000,- € zu zahlen.

Wegen der Einzelheiten der vorgenannten Baugenehmigungen sowie des Inhalts der öffentlich-rechtlichen Verträge wird auf deren bei den Akten befindliche Ablichtungen (Bl. 884-895, Anlagen EB8 und EB9 des Anlagenkonvoluts zum Schriftsatz vom 02.03.2012) verwiesen.

Anlass für die vorgenannten Regelungen in den Baugenehmigungen und den Abschluss der öffentlich-rechtlichen Verträge war, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Baugenehmigungen dem Beklagten zu 1.) für die fünf Windenergieanlagen zwar die auf den 15.09.2000 datierende Eingriffsbilanz des Landschaftsplanungsbüros Y GbR vorlag, aber noch keine Ausgleichsbilanz betreffend die nach § 4 Abs. 4 LG durchzuführenden Kompensationsmaßnahmen.

Am 28.05.2001 reichte der Kläger für die von ihm und weiteren Antragstellern (F GbR, E2 und W GmbH) auf der Vorrangfläche geplanten Windenergieanlagen beim Beklagten zu 1.) eine auf dem 25.05.2001 datierende Eingriffsbilanzierung des Landschaftsplanungsbüros Y GbR ein.

Mit Schreiben vom 29.06.2001 übersandte der Beklagte zu 1.) dem Kläger vorbereitete Baulasterklärungen zur Übernahme der fehlenden Abstandsflächen auf die Flurstücke X und X mit dem Hinweis, dass diese von den Herren E2 und W2 vor der Bausichtsbehörde oder

einem Notar unterzeichnet werden müssten.

Unter dem 26.07.2001 erstellte das Landschaftsplanungsbüro Y GbR im Auftrag des Klägers einen ersten Entwurf für ein Ausgleichskonzept, an dem in der Folgezeit aber noch Änderungen vorgenommen werden mussten. 23

Mit Schreiben vom 17.08.2001 übersandte das Landschaftsplanungsbüro Y GbR dem Beklagten zu 1.) dann für die vom Kläger, der X GbR und dem Antragsteller E2 geplanten sechs Windenergieanlage das mit der unteren Landschaftsbehörde abgestimmte endgültige Ausgleichskonzept als Teil II des Landschaftspflegerischen Begleitplanes (LPB). Dieses Schreiben ging am 21.08.2008 bei dem Beklagten zu 1.) ein. 24

Mit Schreiben vom 31.08.2001 teilte der Beklagte zu 1.) den Prozessbevollmächtigten des Klägers mit, dass bis zum Erlass der Veränderungssperre durch die Beklagte zu 2.) eine Erteilung der vom Kläger beantragten Baugenehmigungen aus von diesem zu vertretenden Gründen nicht möglich gewesen sei, weil die Ausgleichsbilanz erst mit Schreiben vom 17.08.2001 vorgelegt worden sei und betreffend das Baugenehmigungsverfahren 363.1-0923/00 bislang nicht die erforderliche Baulasterklärung der Eigentümer erfolgt sei. 25

Am 12.09.2001 wurde von dem Eigentümer E2 die Baulasterklärung betreffend die Übernahme der fehlenden Abstandfläche für die vom Kläger auf dem Grundstück G1, Flur X, Flurstück X und X geplanten Windenergieanlage unterzeichnet, welche im Folgendem am 18.09.2001 im Baulastenverzeichnis eingetragen wurde. 26

Mit der Berufung wendet sich der Kläger gegen das klageabweisende Urteil erster Instanz, wobei er sein erstinstanzliches Klagebegehren in vollem Umfang weiterverfolgt. 27

Er vertritt weiterhin die Ansicht, dass der Beklagte zu 1.) die von ihm beantragten Baugenehmigungen bereits vor Inkrafttreten der von der Beklagten zu 2.) beschlossenen Veränderungssperre hätte erteilen müssen. Mit Rücksicht auf die von ihm bereits im Oktober 2000 eingereichte Umwelterheblichkeitsprüfung des Landschaftsplanungsbüros Y GbR vom 11.10.2000 hätte der Beklagte zu 1.) über die mögliche UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens bereits zu einem deutlich früheren Zeitpunkt entscheiden können und müssen. 28

Ferner habe das Landgericht verkannt, dass seine Bauanträge bereits Ende Juni/Anfang Juli 2001 bescheidungsreif gewesen seien. Dies habe ausweislich des Schreibens des Beklagten zu 1.) vom 12.07.2001 sowie des Umstandes, dass dessen Sachbearbeiterin E die Baugenehmigungsbescheide bereits unterschriftsreif vorbereitet gehabt habe, auch der eigenen Einschätzung des Beklagten zu 1.) entsprochen. 29

Zudem sei der Beklagte zu 1.) entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht nach dem 28.07.2001 an die Veränderungssperre der Beklagten zu 2.) gebunden gewesen. Vielmehr hätte der Beklagte zu 1.) die Veränderungssperre, die nicht allein an einem formellen, sondern einem materiellen Mangel gelitten habe, als rechtswidrig erkennen und dementsprechend bei seiner Entscheidung unbeachtet lassen müssen, zumal die Beklagte zu 2.) bereits am 17.10.2000 das gemeindliche Einverständnis zu seinen Bauvorhaben erteilt gehabt habe. 30

Auf die im Genehmigungsverfahren 363.1-0923/00 fehlende Baulasterklärung des Grundstücksnachbarn E2 könne sich der Beklagte zu 1.) nicht berufen, weil insoweit eine ständig abweichende Verwaltungspraxis des Beklagten zu 1.) und daraus folgend gemäß Art. 3 GG das Gebot zur Gleichbehandlung bestanden habe. Er, der Kläger, habe nicht davon 31

ausgehen müssen, dass die Beibringung der Baulast für die Genehmigungserteilung zwingend notwendig sei. Jedenfalls hätte der Beklagte zu 1.) ihn auf seine bestehende Absicht, eine Genehmigung erst nach erfolgter Eintragung der Baulast zu erteilen, hinweisen müssen, zumal aus Sicht des Beklagten zu 1.) kein Zweifel an deren Erteilung haben bestehen können. Dass ihm die Beibringung der Baulast ohne weiteres möglich gewesen wäre, werde auch dadurch deutlich, dass die Verpflichtungserklärung vom 12.09.2001 unmittelbar nach dem Schreiben des Beklagten zu 1.) vom 31.08.2001 abgegeben worden sei.

Die Vorlage des Ausgleichskonzepts sei für die Erteilung der Baugenehmigungen nicht erforderlich gewesen. Da sich der Kompensationsbedarf für jede einzelne Anlage bereits aus der Eingriffsbilanzierung vom 25.05.2001 ergeben habe, hätten die Ausgleichsmaßnahmen ohne weiteres als Nebenbestimmung in die Baugenehmigungen aufgenommen werden können. Es sei im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren mittlerweile Gang und Gäbe, die konkret durchzuführenden Kompensationsmaßnahmen erst nach Erteilung der Baugenehmigung festzulegen und in die Baugenehmigung allein aufzunehmen, dass die Ausgestaltung der erforderlichen Kompensationsmaßnahmen vor Beginn der Bauarbeiten mit der zuständigen Landschaftsbehörde abzustimmen ist, wie es etwa die Stadt D in der von ihr im Baugenehmigungsverfahren BA-0040/00 erteilten Baugenehmigung vom 08.01.2001 (Anlage K 32, Bl. 515 ff. d.A.) und der Kreis T in seinem im Verfahren 63.03.1041-200090460 erteilten Genehmigungsbescheid vom 25.03.2010 gemacht hätten. 32

Im Übrigen zeigten die vom Beklagten zu 1.) in den Baugenehmigungsverfahren 363.1-0462/00, 363.1-463/00 und 363.1-0464/00 zugunsten der Antragsteller Y2 und M erteilten Baugenehmigungen, dass es auch der eigenen ständigen Verwaltungspraxis entsprochen habe, Baugenehmigungen für ausgleichspflichtige Windenergieanlagen bereits vor Einreichung des Ausgleichskonzepts unter der aufschiebenden Bedingung zu erteilen, dass erst nach verbindlicher Festlegung der erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen bzw. eines etwaigen Ersatzgeldes durch die untere Landschaftsbehörde mit den Bauarbeiten begonnen werden darf. An die damit geschaffene ständige Verwaltungspraxis sei der Beklagte zu 1.) gebunden gewesen, so dass er auch bei den von ihm, dem Kläger, gestellten Bauanträgen so hätte vorgehen müssen. Seine Bauantragsverfahren und die der Antragsteller Y und M seien ohne weiteres vergleichbar. In beiden Verfahren habe es mehrere Antragsteller gegeben. Auch hätten die Antragsteller Y2 und M ebenso wie er über kein Grundeigentum an Flächen in der Umgebung der genehmigten Standorte verfügt. Der mit den Antragstellern Y2 und M geschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträge hätte es wegen der in Baugenehmigungen aufgenommenen aufschiebenden Bedingung überhaupt nicht bedurft. Vielmehr habe die darin vereinbarte Vertragsstrafe lediglich die dortigen Antragsteller zur Einhaltung der Vorgaben motivieren sollen. Unabhängig davon wäre er, der Kläger, im Falle eines entsprechenden Hinweises des Beklagten zu 1.) selbstverständlich auch zu dem Abschluss eines entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vertrages bereit gewesen. 33

Darüber hinaus meint der Kläger, dass zumindest die von ihm im Genehmigungsverfahren 924/00 beantragte Windenergieanlage auch ohne Vorliegen eines Ausgleichskonzepts genehmigungsfähig gewesen sei, weil sie nach § 4 Abs. 3 Nr. 4 LG NRW a.F. nicht ausgleichspflichtig gewesen sei. Bei Aufeinandertreffen von mehreren konkurrierenden Genehmigungsanträgen für Windenergieanlagen genösse grundsätzlich derjenige Antrag den Vorrang, der als erster das Stadium der Genehmigungsreife erreiche. Nach der dem Schreiben des Beklagten zu 1.) vom 12.07.2001 beigefügten „Übersicht Windfeld 01“ habe bereits ein Bauvorbescheid für die unter dem Aktenzeichen 924/00 beantragte C3 existiert. Bei allen anderen laufenden Genehmigungsverfahren mit Ausnahme seines Baugenehmigungsverfahrens 363.1-0924/00 hätten noch Antragsunterlagen gefehlt. Die von 34

der Fa. X2 GbR beantragte Windenergieanlage habe darüber hinaus letztlich erst nach einer Standortverschiebung genehmigt werden können.

Weiter vertritt der Kläger die Ansicht, dass der Beklagte zu 1.) wegen der unterbliebenen Erteilung der beantragten Baugenehmigungen auch nach § 39 OBG NW hafte, weil vorliegend nicht nur schlichtes Unterlassen des Beklagten zu 1.), sondern aktives Verzögern und eine Verschleppung des Genehmigungsverfahrens in Rede stünden. 35

Außerdem hafte der Beklagte zu 1.) auch wegen des Erlasses der beiden Versagungsbescheide vom 05.11.2011, da diese entgegen der Ansicht des Landgerichts für den von ihm geltend gemachten Schaden kausal geworden seien. Denn wenn der Beklagte zu 1.) ihn, wie es geboten gewesen wäre, auf seine nach dem 02.08.2001 bestehende Unzuständigkeit hingewiesen hätte, hätte er selbstverständlich der Abgabe der Verfahren an die nun zuständige Bezirksregierung Münster zugestimmt. Diese hätte die beantragten Genehmigungen erteilen müssen, weil sie an die rechtswidrige Veränderungssperre nicht gebunden gewesen sei. 36

Entgegen dem Landgericht seien seine Ansprüche gegen den Beklagten zu 1.) auch nicht verjährt, weil der Beklagte zu 1.) aus dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht vollständig ausgeschieden, sondern weiterhin Beteiligter des auf Genehmigungserteilung gerichteten Primärrechtsschutzverfahrens gewesen sei. 37

Hinsichtlich der gegen die Beklagte zu 2.) gerichteten Ansprüche habe das Landgericht zu Unrecht das Verschulden verneint. Die Kollegialgerichtsrichtlinie sei im vorliegenden Fall nicht einschlägig, weil das OVG Münster im Rahmen seines Beschlusses vom 15.03.2003 – OVG 7 a D 1/02.NE unberücksichtigt gelassen habe, dass ausweislich der Begründung zum Aufstellungsbeschluss des Bebauungsplanes die Ausweisung des betreffenden Gebietes für Windenergieanlagen an den berechtigten Nutzungsinteressen der Nachbarschaft insgesamt scheitern konnte. 38

Der Kläger beantragt, 39

die Beklagten unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Münster vom 10.01.2011 – 015 O 507/09 – zu verurteilen, als Gesamtschuldner an ihn 805.531,39 € nebst Jahreszinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 40

Die Beklagten beantragen, 41

die Berufung zurückzuweisen. 42

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrages als richtig. 43

Sie vertreten die Ansicht, dass dem Beklagten zu 1.) eine Vorprüfung der Umweltverträglichkeit der Vorhaben des Klägers erst nach Vorlage der Eingriffsbilanzierung möglich gewesen sei, weil die Darstellung und Bewertung der Eingriffe in die Natur und Landschaft von ganz zentraler Bedeutung für die Beurteilung der Umweltverträglichkeit seien. 44

Eine Verwaltungspraxis des Beklagten zu 1.), fehlende Baulasterklärungen zum Gegenstand einer aufschiebenden Bedingung zu machen, habe es nicht gegeben. Der Beklagte zu 1.) habe in der Person des Klägers auch kein schutzwürdiges Vertrauen dahin erzeugt, dass die Baulasterklärung erst zu einem späteren Zeitpunkt notwendig sein würde. Eines besonderen 45

Hinweises auf die Abhängigkeit der Genehmigungserteilung von der Baulasterklärung habe es insoweit nicht bedurft.

Es habe auch keine ständige Verwaltungspraxis des Beklagten zu 1.) des Inhalts gegeben, Baugenehmigungen für Windenergieanlagen bereits vor Vorlage des Ausgleichskonzepts zu erteilen. Es habe keine weiteren Genehmigungsverfahren gegeben, bei denen wie bei den Antragstellern Y2 und M verfahren worden sei. Bis Juli 2001 sei - wie unstreitig ist - der Windpark Y und M der einzige ausgleichspflichtige Windpark gewesen, weil bis dahin nur Einzelanlagen genehmigt worden seien, die von der Privilegierung der Ausgleichspflicht profitiert hätten. Bei den fünf Bauantragsverfahren der Antragsteller Y2 und M habe man die Prüfung der Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen auf eigenen Flächen auf einen späteren Zeitpunkt verlagert, weil es gleichzeitig die vertragliche Zusicherung einer etwaigen Ersatzgeldzahlung gegeben habe. Außerdem sei der dem Genehmigungsverfahren des Klägers zugrunde liegende Sachverhalt nicht mit demjenigen vergleichbar, der der Erteilung der Baugenehmigungen an die Antragsteller Y2 und M zugrunde gelegen habe. Bei dem Windpark S3 habe es keine einzige bereits vorhandene Windkraftanlage gegeben, so dass dort zwei der beantragten fünf Windenergieanlage nicht ausgleichspflichtig gewesen seien. Demgegenüber sei in der Eingriffsbilanz für den Windpark bei sieben der beantragten zehn Anlagen von einer vollständigen Ausgleichspflicht ausgegangen worden. Zudem seien die Antragsteller Y2 und M seinerzeit von selbst an den Beklagten zu 1.) herangetreten, weil sie es wegen der Einspeisungsvergütung eilig gehabt hätten. Sie hätten schon eine Vorstellung über die Ausgleichsflächen gehabt, jedoch geklärt haben wollen, dass jedenfalls die Auflage einer Ausgleichszahlung erfolgt, wenn das mit den Ausgleichsflächen nicht klappen sollte. Nur mit Rücksicht auf den Abschluss der öffentlich-rechtlichen Verträge habe die untere Landschaftsbehörde damals die Auffassung vertreten, dass auf den Nachweis der Ausgleichsfähigkeit auf eigenen Flächen verzichtet werden könne. Dieses Verfahren, welches nicht dem Wortlaut des § 4 Abs. 4 S. LG entsprochen habe, sei vom Beklagten zu 1.) später nicht mehr angewandt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat am 30.11.2011 den Kläger, den Vertreter des Beklagten zu 1.), Kreisbaudirektor C, sowie die Vertreterin der Beklagten zu 2.), Verwaltungsfachwirtin N3, persönlich angehört. Am 12.09.2012 hat der Senat den Kläger und den Vertreter des Beklagten zu 1.), Kreisbaudirektor C, nochmals ergänzend angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugin E. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörungen und der Beweisaufnahme wird auf die Berichterstattevermerke vom 30.11.2011 und 12.10.2012, letzterer in seiner berichtigten Fassung vom 07.12.2012, Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg.

Sowohl die Klage gegen den Beklagten zu 1.) wie auch die Beklagte zu 2.) ist unbegründet. Dem Kläger steht gegen den Beklagten zu 1.) ein Anspruch auf Schadensersatz weder aus dem Gesichtspunkt einer verzögerten positiven Entscheidung über seine Bauanträge vom 24.07.2000 (dazu im Folgenden unter A. und B.), noch wegen der vom Beklagten zu 1.) trotz zwischenzeitlichen Zuständigkeitswechsel mit den Bescheiden vom 05.11.2001 noch vorgenommenen Versagung der Baugenehmigungen zu (dazu im folgenden unter C. und D.). Ebenso wenig steht dem Kläger ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 2.) wegen der am 25.07.2001 beschlossenen Veränderungssperre zu (E. und F.).

- A. Dem Kläger steht zunächst kein Anspruch gegen den Beklagten zu 1.) auf Schadensersatz wegen verzögerter positiver Entscheidung über die von ihm in den Baugenehmigungsverfahren 363.1-0923/00 und 363.1-0924/00 gestellten Bauanträge aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu. 52
1. Ein dahingehender Anspruch des Klägers käme nur dann in Betracht, wenn der Beklagte zu 1.) die in diesen Verfahren vom Kläger beantragten Baugenehmigungen für die Errichtung von Windenergieanlage des Typ N4 auf den Grundstücken G2, Flur X, Flurstück X und Flur X, Flurstück X bis zum 02.08.2011 hätte erteilen müssen. Denn der Beklagte zu 1.) war nur bis zu diesem Zeitpunkt in seiner Eigenschaft als untere Bauaufsichtsbehörde nach § 60 Abs. 1 Nr. 3 b) BauO NRW für die Bescheidung der vom Kläger gestellten Bauanträge zuständig. Ab dem 03.08.2001 wechselte die Zuständigkeit auf die Bezirksregierung Münster, weil die vom Kläger geplanten Windenergieanlagen unter Zugrundelegung der nachfolgend vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Grundsätze (BVerwG, Urteil vom 30.06.2004 – 4 C 9/03 = NVwZ 2004, 1235 ff.) Teil einer sogenannten Windfarm im Sinne der Nr. 1.6 der Anlage zur 4. BImSchV waren, für deren Errichtung mit Inkrafttreten des UVPG-Änderungsgesetzes vom 27.07.2001 mit Wirkung ab dem 03.08.2001 die Erteilung einer in die Zuständigkeit der Bezirksregierung Münster fallenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung notwendig wurde, die zugleich die Prüfung der bauordnungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit der Anlage mitumfasste. 53
2. Während der Dauer seiner Zuständigkeit bis zum 02.08.2001 oblag dem Beklagten zu 1.) bzw. seinen zuständigen Amtsträgern unabhängig davon, ob sie Beamtenstatus hatten oder in einem sonstigen Anstellungsverhältnis standen und daher lediglich als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen sind, die Verpflichtung zu gesetzeskonformem Verhalten und damit die Amtspflicht, gestellte Bauanträge mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten und sobald ihre Prüfung abgeschlossen ist, bei Vorliegen der bauordnungs- und bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen unversäumt zu bescheiden (BGH, NJW 2007, 830 ff – Rz. 17 bei Juris). Diese Amtspflicht oblag dem Beklagten zu 1.) bzw. seinen mit der Bearbeitung gestellter Bauanträge befassten Mitarbeitern auch gegenüber dem Kläger ungeachtet des Umstandes, dass dieser nicht Eigentümer der zu bebauenden Grundstücke war, sondern aufgrund der am 12.07.2000 mit beiden Grundstückseigentümern Q und Q2 geschlossenen Pacht-/Nutzungsverträge lediglich zu einer entsprechenden Nutzung der Grundstücke berechtigt war. 54
- Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass der Beklagte zu 1.) vorliegend in einer für den vom Kläger geltend gemachten Schaden ursächlich gewordenen Weise gegen seine vorstehend aufgezeigten Amtspflichten verstoßen hätte. 55
- In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob der Beklagte zu 1.) im Hinblick darauf, dass der Kläger den Erläuterungsbericht des Planungsbüros Y GbR zur Umweltverträglichkeit vom 11.10.2001 bereits im Oktober 2010 eingereicht hatte, die Prüfung der Umweltverträglichkeit der beiden Bauvorhaben (sog. UVP-Screening) schon deutlich früher als am 18./19.07.2001 hätte abschließen können und müssen. Denn selbst wenn man hiervon ausgehen wollte, wäre die darin liegende Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 1.) jedenfalls deshalb nicht für den vom Kläger geltend gemachten Schaden kausal geworden, weil die vom Kläger beantragten Baugenehmigungen aus anderen Gründen nicht noch bis zum 02.08.2001 erteilt werden konnten. 56
- a) Hinsichtlich der unter dem Aktenzeichen 363.1-0923/00 beantragten Windenergieanlage, bei der die nach Ziffer 4.3.1. des Windenergie-Erlasses vom 03.05.2000 einzuhaltende Abstandfläche nicht gewahrt war, fehlte es bis zum 57

Zuständigkeitswechsel auf die Bezirksregierung Münster an der Vorlage der für die Genehmigungsteilung erforderlichen Verpflichtungserklärung des betroffenen Grundstückseigentümers E2 zur Bewilligung der Abstandsflächenbaulast. Diese wurde unstreitig erst am 12.09.2001 abgegeben und am 18.09.2001 in das Baulastenverzeichnis eingetragen.

Dass es – wie der Kläger behauptet – seinerzeit der ständigen Verwaltungspraxis des Beklagten zu 1.) entsprochen hätte, beantragte Baugenehmigungen bereits vor der Einreichung der zur Sicherstellung der erforderlichen Abstandsflächen notwendigen Baulasterklärungen zu erteilen und deren Beibringung zum Gegenstand einer Auflage oder aufschiebenden Bedingung der Baugenehmigung zu machen, kann nicht festgestellt werden. Denn der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat nichts dafür dargetan, dass der Beklagte zu 1.) in anderen vergleichbaren Baugenehmigungsverfahren in dieser Weise vorgegangen wäre. Dass das Landesverwaltungsamt I2 in einem Genehmigungsbescheid vom 07.07.2009 eine entsprechende aufschiebende Bedingung aufgenommen hat, ist insoweit ohne Relevanz.

58

Entgegen der Ansicht des Klägers lässt sich auch aus dem Inhalt der Schreiben des Beklagten zu 1.) vom 26.06.2001 und 12.07.2001 nichts entnehmen, was aus Sicht des Klägers die Annahme hätte rechtfertigen können, dass die Abgabe der Baulasterklärung nicht zwingende Voraussetzung für die Erteilung der beantragten Baugenehmigung ist. Die in dem allein an die Beklagte zu 2.) gerichteten Schreiben vom 12.07.2001 enthaltene Ankündigung einer kurzfristigen positiven Entscheidung über die beiden Bauanträge des Klägers kann nämlich nur im Kontext mit der dem Schreiben beigelegten „Übersicht Windfeld 01“ gewürdigt werden, in der betreffend das Baugenehmigungsverfahren 923/00 aber ausdrücklich festgehalten ist, dass die Baulast vorbereitet ist, aber noch unterschrieben werden „muß“. Danach kann aber nicht ernsthaft zweifelhaft sein, dass der Beklagte zu 1.) selbst den Bauantrag des Klägers zum Aktenzeichen 363.1-0923/00 auch nach Durchführung des UVP-Screenings nur vorbehaltlich der Einreichung der noch fehlenden Baulastübernahme als antragsgemäß entscheidungsfähig angesehen hat. Dass die Vorlage der fehlenden Baulasterklärung zwingende Voraussetzung für die Erteilung der Baugenehmigung ist, hat der Beklagte zu 1.) zudem auch zuvor bereits gegenüber dem Kläger eindeutig mit seinem Schreiben vom 26.06.2001 zum Ausdruck gebracht. Zwar enthält das Schreiben vom 26.06.2001 selbst keinen dahingehenden ausdrücklichen Hinweis, auch wenn die darin verwendete Formulierung: „Die Baulasterklärungen müssen unterzeichnet werden“, bereits auf die Bedeutung der Baulasterklärungen für die Genehmigungserteilung hindeutete. Jedenfalls aber mit der in der beigelegten vorbereiteten Verpflichtungserklärung enthaltenen Formulierung: „Zur Erteilung der Baugenehmigung für die vorstehend bezeichnete bauliche Anlage ist als öffentlich-rechtliche Verpflichtung die Übernahme der Baulast gemäß §§ 7, 83 der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NW) erforderlich“, ist von dem Beklagten zu 1.) in unmissverständlicher und eindeutiger Weise auf die Unerlässlichkeit der Baulasterklärung für die Genehmigungserteilung hingewiesen worden. Vor diesem Hintergrund hat es nach Auffassung des Senats auch in der Folgezeit bis zum 02.08.2001 nicht eines nochmaligen Hinweises an den Kläger auf die fehlende Beibringung der Baulasterklärung bedurft.

59

Etwas anderes könnte insoweit allenfalls dann gelten, wenn der Beklagte zu 1.) nach seinem Schreiben vom 26.06.2001 gegenüber dem Kläger eine abweichende Handhabung eines Bauantrages in Aussicht gestellt hätte, was jedoch nicht festgestellt werden kann. Zwar soll nach Behaupten des Klägers die Zeugin E, die beim Beklagten zu 1.) für die Bearbeitung der Bauanträge des Klägers mit zuständig gewesen ist, diesem gegenüber anlässlich eines

60

Anfang Juli 2001 geführten Telefonats erklärt haben, dass die Baugenehmigungen fast fertig seien und nur noch unterschrieben werden müssten. Ungeachtet des Umstandes, dass der Zeugin E unstreitig insoweit keine abschließende Entscheidungsbefugnis zustand und der Kläger selbst nicht behauptet, im Vertrauen auf die Richtigkeit der von ihm behaupteten Erklärung der Zeugin im Folgenden von der Einreichung der Baulasterklärung abgesehen zu haben, hat der Kläger seinen Sachvortrag auch nicht beweisen können. Denn die Zeugin E hat bei ihrer Vernehmung durch den Senat am 12.09.2012 bekundet, keine Erinnerung an ein Telefonat zu haben, in dem sie dem Kläger gesagt haben soll, dass die von ihm beantragten Genehmigungen unterschriftsreif fertig seien. Die Zeugin hat im Gegenteil bekundet, sich nicht vorstellen zu können, dass es damals schon einen Genehmigungsentwurf gegeben habe, zumal noch eine Baulasterklärung gefehlt habe, bei der es sich ja um eine „heilige Kuh“ der Bauaufsicht handele, ohne deren Vorliegen keine Baugenehmigung erteilt werde.

Der Beklagte zu 1) war entgegen der Ansicht des Klägers aus keineswegs im konkreten Fall dazu verpflichtet, die fehlende Baulasterklärung des Grundstücksnachbarn E2 allein zum Gegenstand einer aufschiebenden Bedingung der Baugenehmigung zu machen. Denn nach § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW ist die Baugenehmigung von dem Beklagten zu 1.) erst zu erteilen gewesen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften mehr entgegenstanden, zu denen aber auch die nach Ziffer 4.3.1. des Windenergie-Erlasses vom 03.05.2000 einzuhaltende Abstandflächenregelung zählte. 61

Der Kläger hat auch keine Umstände dargetan, aus denen sich ergeben würde, dass das dem Beklagten zu 1.) zustehende Ermessen, die Beibringung der erforderlichen Baulasterklärung durch Aufnahme einer aufschiebenden Bedingung nach § 36 Abs. 1 VwVfG sicherzustellen, vorliegend in eben diesem Sinn gegen Null reduziert war. Dies gilt hier umso mehr, als der Beklagte zu 1.) hier keineswegs als sicher davon ausgehen konnte und musste, dass die erforderliche Baulasterklärung später von dem Grundstücksnachbarn E2 auch tatsächlich erteilt werden wird. Denn anders als in der vom Kläger angeführten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 26.08.2009 (Az.: I-18 U 73/08) hatte sich der Grundstücksnachbar E2 nicht bereits in schriftlicher – und damit für den Beklagten zu 1.) nachprüfbarer – Weise gegenüber dem Kläger zur Erteilung der Baulasterklärung verpflichtet. Zwar soll sich der Grundstücksnachbar E2 nach Behaupten des Klägers bereits mündlich zur Übernahme der Baulasterklärung verpflichtet gehabt haben. Dass der Beklagte zu 1.) hiervon (sichere) Kenntnis gehabt hat, behauptet aber der Kläger selbst nicht. 62

b) Darüber hinaus waren sowohl der vom Kläger im Genehmigungsverfahren 363.1-0923/00 wie auch der im Genehmigungsverfahren 363.1-0924/00 gestellte Bauantrag nicht bis zum 02.08.2001 bescheidungsreif, weil für beide Bauvorhaben das Ausgleichskonzept (Teil II des Landschaftsplanerischen Begleitplanes) des Landschaftsplanungsbüros Y GbR vom 17.08.2001 erst am 21.08.2001 beim Beklagten zu 1.) eingereicht wurde. 63

aa) Das vorgenannte Ausgleichskonzept gehörte ebenfalls zu den vom Kläger nach § 69 Abs. 1 S. 1 BauO NW einzureichenden Bauvorlagen, weil nach Ziffer 5.1.1. des Windenergie-Erlasses vom 03.05.2000 vom Beklagten zu 1.) bei der Erteilung der Baugenehmigung auch die nach §§ 4 bis 6 des LG NW vorgeschriebenen Kompensationspflichten zu beachten waren. Ob und in welcher Weise diesen im konkreten Fall des Klägers Rechnung getragen konnte, nämlich durch Ausgleichsmaßnahmen auf eigenen Flächen des Antragstellers oder Flächen anderer Eigentümer oder nur durch Anordnung einer Ausgleichszahlung, ist für den Beklagten zu 1.) erst durch die Vorlage des Ausgleichskonzepts überprüfbar geworden. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers ist das Ausgleichskonzept jedoch in seiner letztlich gültigen Fassung erst am 21.08.2001 und damit 64

erst lange nach dem am 03.08.2001 eingetretenen Zuständigkeitswechsel bei dem Beklagten zu 1.) eingereicht worden. Bei dem zuvor eingereichten Ausgleichskonzept des Landschaftsplanungsbüros Y GbR vom 26.07.2001 hat es sich nach der eigenen Darstellung des Klägers lediglich um einen ersten Entwurf gehandelt, der nicht, zumindest aber nicht abschließend, mit der unteren Landschaftsbehörde und allen Grundeigentümern der vorgesehenen Ausgleichsflächen abgestimmt war, weil unstreitig in der Folgezeit noch Änderungen erforderlich wurden.

bb) Die verspätete Einreichung des Ausgleichskonzepts ist entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht etwa wegen einer hiervon abweichenden ständigen Verwaltungspraxis des Beklagten zu 1.) des Inhalts, Baugenehmigungen bereits nach Vorlage der Eingriffsbilanz zu erteilen und in die Baugenehmigungen lediglich die aufschiebende Bedingung aufzunehmen, dass mit den Bauarbeiten erst begonnen werden darf, nachdem die untere Landschaftsbehörde des Beklagten zu 1.) die erforderlichen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ermittelt und gegenüber dem Antragsteller verbindlich festgesetzt hat, entbehrlich gewesen. 65

(1) Eine dahingehende, aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzprinzip herzuleitende Selbstbindung der Behörde bei der Ausübung des ihr zustehenden Ermessens setzt grundsätzlich das Vorliegen einer ständigen gleichmäßigen Übung der Verwaltungspraxis voraus (Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage 2008, § 40 Rn. 105; Kopp/Ramsauer, VwVfG; 13. Auflage 2012, § 40 Rn. 25), von der aber schon rein begrifflich erst bei einem mehrfachen entsprechenden Verwaltungshandeln der Behörde gesprochen werden kann. Der vom VGH Mannheim (Urteil vom 08.02.1988 – 3 S 2194/87 = NJW 1989, 603) vertretenen Auffassung, wonach offenbar bereits nach einer (einzigen) Entscheidung in einem Parallellfall eine Ermessenbindung der Behörde eintreten können soll, vermag der Senat nicht zu folgen. 66

Vorliegend fehlt es aber an einer dem Klägervortrag entsprechend ständigen gleichmäßigen Verwaltungspraxis des Beklagten zu 1.). Den vom Kläger als Anlagen K 31 und K 32 zu den Akten gereichten Baugenehmigungen der Stadt D vom 08.01.2001 (Bl. 515 ff. d.A.) und des Kreises T vom 25.03.2010 (Bl. 512 ff. d.A.) kommt insoweit keine Bedeutung zu, weil nur durch das eigene Handeln der Behörde, nicht aber auch durch das Handeln anderer Behörden eine Selbstbindung begründet werden kann (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 40 Rn. 2012). Zudem datiert die Baugenehmigung des Kreises T auch erst aus dem Jahr 2010. 67

Allerdings ist der Beklagte zu 1.) unstreitig in den den Windpark S3 betreffenden Baugenehmigungsverfahren 363.1-0462/00, 363.1-0463/00 und 363.1-0464/00 dergestalt vorgegangen, dass er den dortigen Antragstellern Y2 und M trotz (noch) fehlendem Ausgleichskonzept bereits am 13.02.2001 und 20.02.2001 Baugenehmigungen für die beantragten Windenergieanlagen erteilt und lediglich in die Baugenehmigungen unter den Punkten BD 1 und U2 aufschiebende Bedingungen aufgenommen hat, nach denen mit der Ausführung des Bauvorhabens erst begonnen werden durfte, nachdem von der unteren Landschaftsbehörde des Kreises D die erforderlichen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ermittelt und diese Maßnahmen bzw. ein etwaiges Ersatzgeld gegenüber den Antragstellern verbindlich festgelegt worden waren. Die Erteilung allein dieser drei Baugenehmigungen reicht nach Auffassung des Senats jedoch deshalb noch nicht zur Begründung einer „ständigen“ Verwaltungspraxis des Beklagten zu 1.) aus, weil alle drei Baugenehmigungen unstreitig den Windpark S3 betrafen und es sich bei diesem unstreitig um den ersten vom Beklagten zu 1.) zu genehmigenden Windpark handelte, so dass sich der Beklagte zu 1.) im Zusammenhang mit den drei vorgenannten Genehmigungsverfahren zum ersten Mal mit der 68

Frage befassen musste, durch welche Vorgehensweise er einerseits den Interessen der Antragsteller an einer möglichst frühzeitigen Genehmigung der Anlage und andererseits den zu beachtenden Belangen des Landschaftsschutzes, insbesondere den nach §§ 4 ff. LG vorzunehmenden Ausgleichsmaßnahmen, am Besten Rechnung trägt. Vor diesem Hintergrund stellen sich die drei vorgenannten Baugenehmigungsverfahren bei wertender Betrachtung lediglich als ein Fall eines entsprechenden Verwaltungshandelns dar.

(2) Doch selbst wenn man mit dem Kläger davon ausgehen wollte, dass der Beklagte zu 1.) mit den drei vorgenannten Baugenehmigungen bereits eine ständige Verwaltungspraxis geschaffen hätte, wäre der Beklagte zu 1.) hieran für die den Kläger betreffenden beiden Genehmigungsverfahren nicht gebunden, weil es an der für eine Selbstbindung ferner erforderlichen Vergleichbarkeit der beiden zugrunde liegenden Sachverhalte fehlt. 69

Zwar ist dem Kläger zuzugestehen, dass beide Sachverhalte insoweit vergleichbar sind, als es in beiden Fällen jeweils mehrere Antragsteller für mehrere Windenergieanlagen gab. Auch verfügte der Antragsteller Y2 ebenso wie der Kläger über keine eigenen Flächen zur Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen. Lediglich der Antragsteller M soll nach dem Vortrag des Beklagten zu 1.) „im Umfeld“ des Windparks S3 über Eigentum an Flächen verfügt haben. Dass die Antragsteller Y2 und M zum Abschluss 70

öffentlich-rechtlicher Verträge bereit gewesen sind, in denen sie sich für den Fall der Nichteinhaltung der in den Baugenehmigungen enthaltenen aufschiebenden Bedingungen zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet haben, dürfte ebenfalls keine abweichende Behandlung des Klägers rechtfertigen, weil dieser nach seinem unwidersprochen gebliebenen Sachvortrag im Senatstermin am 12.09.2012 auch zum Abschluss eines entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vertrages bereit gewesen wäre. Gleiches gilt für den Vortrag des Beklagten zu 1.), dass die Antragsteller Y2 und M seinerzeit wegen der Einspeisungsvergütung Druck gemacht hätten. Denn ausweislich des Schreibens des Beklagten zu 1.) vom 12.07.2001 hatten auch die Bauherren der für den Windpark beantragten Windenergieanlagen seinerzeit ebenfalls „erheblichen Druck hinsichtlich einer schnellen Erteilung der Baugenehmigung“ gemacht. 71

Zu Recht weist der Beklagte zu 1.) aber darauf hin, dass die zugrunde liegenden Sachverhalte insoweit nicht vergleichbar sind, als für den Windpark , für den der Kläger die beiden Baugenehmigungen beantragt hatte, eine weit größere Anzahl von Windenergieanlagen von einer größeren Anzahl von Bauherren beantragt worden war, mit der Folge, dass sich hier für den Beklagten zu 1.) die Frage der Durchführung der nach § 4 Abs. 4 LG NW vorgeschriebenen Ausgleichsmaßnahmen als deutlich schwieriger und unübersichtlich darstellte. Von den für den Windpark S3 beantragten 5 Windenergieanlagen waren nämlich aufgrund der Regelung des § 4 Abs. 3 Nr. 4 LG NW in seiner damals gültigen Fassung vom 21.07.2000 ohnehin nur drei Anlagen ausgleichspflichtig. Darüber hinaus hatten die beiden Antragsteller Y2 und M, wie der Vertreter des Beklagten zu 1.), Herr C, im Senatstermin am 12.09.2012 erklärt hat, ohne dass der Kläger dem entgegengetreten wäre, dem Beklagten zu 1.) seinerzeit mitgeteilt, bereits eine konkrete Vorstellung über die in Betracht kommenden Ausgleichsflächen zu haben. 72

Demgegenüber waren ausweislich der dem Schreiben des Beklagten zu 1.) vom 12.07.2001 beigefügten „Übersicht Windfeld 01“ für den Windpark im Juli 2001 von sieben Antragstellern Baugenehmigungen für die Errichtung von insgesamt 11 Windenergieanlagen beantragt, von denen lediglich nur noch eine nach § 4 Abs. 3 Nr. 4 LG NW a.F. nicht ausgleichspflichtig sein konnte. Denn zu diesem Zeitpunkt war die vom Antragsteller Q2 im 73

Baugenehmigungsverfahren 824/97 beantragte Windenergieanlage, welche sich ausweislich des Lageplanes auf Seite 2 der Anlage EB 1 sowie der Anlage EB 10 ebenfalls im Bereich des Windparks befindet, bereits errichtet und sogar schon in Betrieb genommen gewesen. Schon wegen der weitaus größeren Anzahl von ausgleichspflichtigen Anlagen kam damit beim Windpark S3 der Frage der durchzuführenden Ausgleichsmaßnahmen weit größere Bedeutung zu, als dies beim Windpark S3 der Fall gewesen ist. Insbesondere war für den Beklagten zu 1.) ohne die vorherige Vorlage der Ausgleichskonzepte nicht abschätzbar, in welchem Umfang sich die im Vergleich zum Windpark in deutlich größerem Umfang erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen von welchem der Antragsteller auf eigenem oder fremdem Boden realisieren ließen. Vor diesem Hintergrund kann es aber nicht als willkürlich und gegen den aus Art. 3 GG herzuleitenden Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßend angesehen werden, dass der Beklagte zu 1.) nicht auch dem Kläger die beantragten Baugenehmigungen unter gleichzeitiger Anordnungen aufschiebenden Bedingungen wie beim Windpark S3 erteilt hat. Denn mit einer solchen Genehmigungserteilung wäre der Beklagte zu 1.) auch gegenüber den anderen Antragstellern des Windparks S3 zur gleichen Vorgehensweise verpflichtet und damit für ihn letztlich überhaupt nicht mehr absehbar gewesen, in welchem Umfang sich die im Vergleich zum Windpark deutlich umfangreicheren Ausgleichsmaßnahmen tatsächlich realisieren ließen oder nur später eine Ersatzgeldfestsetzung in Betracht zu ziehen wäre. Dies gilt umso mehr, als vom Kläger für die von ihm sowie den Antragstellern E2 und X GbR geplanten Windenergieanlagen bereits der Entwurf eines Ausgleichskonzept eingereicht worden war und der Beklagte zu 1.) deshalb mit der zeitnahen Einreichung des endgültigen Ausgleichskonzepts rechnen konnte.

cc) Der Kläger hat schließlich auch nicht in hinreichender Weise dargelegt, dass zumindest die von ihm im Baugenehmigungsverfahren 363.1-0924/00 beantragte Windenergieanlage aufgrund der Ausnahmeregelung des § 4 Abs. 3 Nr. 4 LG NW a.F., nach der die Errichtung von bis zu zwei nahe beieinander liegenden Windenergieanlagen nicht als Eingriff in die Natur und Landschaft galt, nicht ausgleichspflichtig war und es deshalb zumindest für deren Genehmigungsfähigkeit nicht der Vorlage des Ausgleichskonzepts bedurfte. Dabei bedarf es im Ergebnis keiner Entscheidung, ob die – wie hier – bei Aufeinandertreffen mehrerer Genehmigungsanträge für Windenergieanlagen vorzunehmende sachgerechte Auswahl der beiden in den Genuss der Ausgleichsfreiheit kommenden Anlagen nach Eingang der Genehmigungsanträge bei der Genehmigungsbehörde oder nach dem Zeitpunkt der Eintritte der Bescheidungsreife zu erfolgen hat (vgl. dazu: OVG Weimar, Beschluss vom 06.11.2011, 1 EO 69/11 – Rz. 32-34 bei Juris). Denn ausgehend von dem Eingang der Baugenehmigungsanträge gingen dem Antrag des Klägers außer dem vom Antragsteller Y2 unter dem Aktenzeichen 0843/00 gestellten Bauantrag auch noch die vom Antragsteller E2 unter den Aktenzeichen 901/00 und 902/00 gestellten Bauanträge vor. Aber auch wenn man dem Kläger folgend für die Auswahl der ausgleichsfreien beiden Anlagen auf den Eintritt der Bescheidungsreife abstellt, kann nicht festgestellt werden, dass die vom Kläger im Baugenehmigungsverfahren 363.1-0924/00 beantragte Windenergieanlage ausgleichsfrei gewesen wäre. Denn – wie bereits ausgeführt – war im Juli 2001 die vom Antragsteller Q2 im Baugenehmigungsverfahren 824/97 beantragte Windenergieanlage, welche sich ebenfalls im Bereich des Windparks befindet, bereits errichtet und in Betrieb genommen gewesen, so dass ohnehin nur noch eine weitere Windenergieanlage aufgrund der Ausnahmeregelung des § 4 Abs. 3 Nr. 4 LG NW a.F. ausgleichsfrei sein konnte. Insoweit geht der Kläger aber ausweislich seines Vorbringens im Schriftsatz 05.10.2012 selbst davon aus, dass ihm zumindest noch die vom Antragsteller Y2 unter dem Aktenzeichen 843/00 beantragte Windenergieanlage, für die bereits ein Bauvorbescheid vorlag, im Rang vorging. Jedenfalls hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger nicht dargetan, aus welchen einzelnen Gründen diese Anlage am 19.07.2001, an dem seiner Ansicht nach

abgesehen von dem Ausgleichskonzept alle weiteren Genehmigungsvoraussetzungen für die von ihm unter dem Aktenzeichen 0363.1-0294/00 beantragte Windenergieanlage vorgelegen haben, noch nicht genehmigungsfähig gewesen sein soll.

B. Dem Kläger steht auch kein Schadensersatz gegen den Beklagten zu 1.) aus § 39 Abs. 1 OBG NW wegen der bis zum 02.08.2001 nicht erfolgten positiven Bescheidung der Bauanträge zu. Insoweit fehlt es bereits an einer Maßnahme im Sinne der genannten Bestimmung. Nach der Rechtsprechung des BGH stellt das schlichte Unterlassen auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Begriff vom Gesetz bewusst weit gefasst worden ist, keine „Maßnahme“ im Sinne des § 39 OBG NW dar, weil dafür erforderlich ist, dass durch eine Handlung der Behörde unmittelbar in schutzwürdige Positionen des Bürgers eingegriffen wird. Das muss zwar nicht unbedingt durch einen förmlichen Verwaltungsakt geschehen; vielmehr kann beispielsweise auch die Erteilung einer unrichtigen Auskunft eine Maßnahme sein. Ein reines Unterlassen erfüllt dagegen die Merkmale des Eingriffs selbst dann nicht, wenn dem betroffenen Bürger ein Anspruch auf behördliches Handeln zusteht. Denn mit dem schlichten Unterlassen wird dem Bürger nichts genommen, sondern nur etwas vorenthalten. Nur ausnahmsweise kann ein Unterlassen als ein in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifendes Handeln zu qualifizieren sein. Ein solches „qualifiziertes“ Unterlassen setzt jedoch voraus, dass unmittelbar auf eine geschützte Rechtsposition eingewirkt wird, wie es etwa bei einer förmlichen, dem geltenden Recht widersprechenden Ablehnung einer Bauerlaubnis der Fall sein kann (BGH, Beschluss vom 21.09.1989 in III ZR 13/88 m.w.N.). Damit ist die vorliegend dem Beklagten zu 1.) vorgeworfene unterlassene Bescheidung der Bauanträge des Klägers jedoch nicht zu vergleichen, weil ihr sowohl das Tatbestandsmerkmal des „Eingriffs“ als auch das der „Unmittelbarkeit“ im vorbezeichneten Sinne fehlt. 75

C. Dem Kläger steht ferner kein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1.) aus § 839 BGB i.Vm. Art. 34 GG wegen des Erlasses der beiden Versagungsbescheide vom 05.11.2011 zu. 76

Zwar hat der Beklagte zu 1.) bei dem Erlass der beiden Versagungsbescheide vom 05.11.2001 amtspflichtwidrig gehandelt, weil er aufgrund des zum 03.08.2001 eingetretenen Zuständigkeitswechsels auf die Bezirksregierung Münster für die Bescheidung der vom Kläger in den Genehmigungsverfahren 363.1-0923/00 und 363.1-0924/00 gestellten Bauanträge nicht mehr zuständig gewesen ist. Auch erscheint es nicht ausgeschlossen, dass dem Beklagten zu 1.) insoweit zumindest ein Verschulden in Form der Fahrlässigkeit zur Last fällt, weil der Kläger bis zur Anzeige des ersten Bauherrenwechsels am 04.02.2002 mit den von ihm gestellten Bauanträgen die Erteilung von Baugenehmigungen für die Errichtung von insgesamt 3 Windenergieanlagen beantragt hatte, so dass für den Beklagten zu 1.) zumindest in Bezug auf den Kläger auch schon vor dem Erlass des so genannten „Windfarm-Urteils“ des BVerwG vom 30.06.2004 (4 C 9/03) allein schon aufgrund der Regelung der Nr. 1.6 der Anlage zur 4. BImSchV seine Unzuständigkeit erkennbar gewesen sein könnte. Diese Frage bedarf letztlich aber deshalb keiner Entscheidung, weil jedenfalls nicht festgestellt werden kann, dass die dem Beklagten zu 1.) zur Last fallende Amtspflichtverletzung für den vom Kläger geltend gemachten Schaden kausal geworden ist. Denn der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat nicht im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit dargetan, dass ihm bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten zu 1.) von der Bezirksregierung Münster die beantragten Baugenehmigungen zu einem früheren Zeitpunkt erteilt worden wären. Zwar kann zugunsten des Klägers noch davon ausgegangen werden, dass dieser bei einem pflichtgemäßen Hinweis des Beklagten zu 1.) auf seine Unzuständigkeit alsbald nach dem 03.08.2001 bei der Bezirksregierung Münster die 77

Einteilung der erforderlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen beantragt hätte. Es kann jedoch nicht im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass der dann bei der Bezirksregierung Münster zuständige Mitarbeiter die Rechtswidrigkeit der zwischenzeitlich von der Beklagten zu 2.) am 25.07.2001 beschlossenen und am 27.07.2001 bekannt gemachten Veränderungssperre erkannt und diese deshalb bei seiner Entscheidung über die Genehmigungsanträge des Klägers unberücksichtigt gelassen hätte. Anhaltspunkte, die eine dahingehende Annahme rechtfertigen könnten, sind weder vom Kläger dargetan worden, noch sonst ersichtlich. Allein der Umstand, dass später das BVerwG mit Urteil vom 19.02.2004 (4 CN 16/03) die Nichtigkeit der Veränderungssperre festgestellt hat, rechtfertigt eine dahingehende Schlussfolgerung nicht, zumal zuvor nicht nur der die Beklagte zu 2.) beratende und auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts spezialisierte Rechtsanwalt Prof. Dr. T2, sondern auch das OVG Münster die Veränderungssperre für wirksam gehalten haben.

D. Aus gleichen Erwägungen steht dem Kläger auch kein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1.) wegen des Erlasses der beiden Versagungsbescheide vom 05.11.2001 aus § 39 Abs. 1 OBG NW zu. Zwar hat der Beklagte zu 1.) bei dem Erlass der beiden Versagungsbescheide als Sonderordnungsbehörde gehandelt. Auch war sein Handeln rechtswidrig, weil der Beklagte zu 1.) aufgrund des ab dem 03.08.2001 eingetretenen Zuständigkeitswechsels für die Bescheidung der beiden Bauanträge des Klägers nicht mehr zuständig gewesen ist. Allerdings fehlt es aus den bereits vorstehenden dargestellten Gründen an der Kausalität der Maßnahme des Beklagten zu 1.) für den vom Kläger geltend gemachten Schaden. 78

E. Dem Kläger steht kein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 2.) wegen des Erlasses der am 25.07.2001 beschlossenen und am 27.07.2001 bekannt gemachten Veränderungssperre zu. Ein Anspruch aus § 39 OBG NW scheitert bereits daran, dass die Beklagte zu 2.) bei dem Erlass der Veränderungssperre nicht als Ordnungsbehörde tätig geworden ist. 79

F. Dem Kläger steht insoweit aber auch kein Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gegen die Beklagte zu 2.) zu. 80

Zwar hat die Beklagte zu 2.) mit dem Erlass der rechtswidrigen Veränderungssperre die ihr obliegende Amtspflicht zu gesetzmäßigem Verhalten verletzt. Die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die verletzte Amtspflicht vorliegend auch drittbezogen war und konkret zugunsten des Klägers drittschützende Wirkung entfaltet hat, bedarf indes vorliegend keiner Entscheidung, weil der Beklagten zu 2.) aus den bereits vom Landgericht im angefochtenen Urteil im Einzelnen dargelegten Gründen hinsichtlich der konkreten Amtspflichtverletzung jedenfalls kein Verschulden zur Last fällt. 81

Der Senat teilt insoweit die Auffassung des Landgerichts, dass der Beklagten zu 2.) insoweit die so genannte Kollegialgerichtsrichtlinie, nach der von keinem Beamten, aber auch von keinem Ratsmitglied eine bessere Rechtseinsicht als von einem mit mehreren Rechtskundigen besetzten Gremium erwartet werden darf, zugute kommt, weil das OVG Münster in seinem Beschluss vom 15.05.2003 (7 a D 1/02.NE) die von der Beklagten zu 2.) beschlossene Veränderungssperre für wirksam erachtet hat. Zwar ist die Kollegialgerichtsrichtlinie nach der Rechtsprechung des BGH dann nicht anwendbar, wenn das Gericht wesentliche tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte des Falles unberücksichtigt gelassen hat (vgl. BGH, MDR 2008, 888 ff. – Rz. 16 bei Juris). Das kann vorliegend jedoch entgegen der Ansicht des Klägers nicht festgestellt werden. Insbesondere kann der Entscheidung des OVG Münster nicht entnommen werden, dass sich dieses bei 82

seiner Entscheidung nicht in vollem Umfang über die von der Beklagten zu 2.) für die Aufstellung der Bebauungsplanes „Windfeld“ angeführten Gründe bewusst gewesen ist. Denn diese sind auf Seite 3 des Beschlusses des OVG Münster nahezu wörtlich wiedergegeben. Des Weiteren ergibt sich aus den Ausführungen auf Seite 4 des Beschlusses, dass das OVG Münster auch das Vorbringen der dortigen Antragsteller zur Kenntnis genommen hat, es bestehe kein hinreichendes Planungskonzept, das durch die Veränderungssperre gesichert werden könne, und der Beklagten zu 2.) gehe es allein um eine Verhinderung der Errichtung der Windenergieanlagen. Das OVG Münster hat sich insoweit mit seinen Ausführungen auf den Seiten 9 und 10 des Beschlusses ausführlich mit der Frage auseinander gesetzt, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen auch negative Zielvorstellungen mit der Bebauungsplanung verfolgt werden können und ist insoweit lediglich aufgrund anderer rechtlicher Beurteilung für sich zu dem Ergebnis gelangt, dass auch unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Gesichtspunkte zum Zeitpunkt des Erlasses der Veränderungssperre eine über den bloßen Aufstellungsbeschluss hinausgehende hinreichende Konkretisierung der Planungsabsichten der Beklagten zu 2.) vorgelegen hat. Diese rechtliche Bewertung des zugrunde liegenden Sachverhalts hat das BVerwG dann zwar in seiner späteren Entscheidung vom 19.02.2004 nicht geteilt. Derartige Bewertungsunterschiede und abweichende rechtliche Beurteilungen stellen jedoch, worauf das Landgericht bereits in seinem angefochtenen Urteil völlig zu Recht hingewiesen hat, gerade den Grundfall der Anwendung der Kollegialgerichtsrichtlinie dar.

Unabhängig davon fällt der Beklagten zu 2.) vorliegend aber auch deshalb kein Verschulden an dem Erlass der rechtswidrigen Veränderungssperre zur Last, weil sie sich bereits im Vorfeld deren Erlasses mit der Hinzuziehung des Prof. Dr. T2 anwaltlicher Beratung durch einen auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts spezialisierten Fachmannes bedient hat. In Anbetracht des Umstandes, dass die planungsrechtliche Zulässigkeit einer Veränderungssperre im konkreten Fall entscheidend von der Rechtsfrage abhing, ob der hierdurch zu sichernde Bebauungsplan „Windfeld“ in seinen Planungszielen bereits hinreichend inhaltlich bestimmt war, können hier nach Auffassung des Senats keine strenger Maßstäbe angelegt werden als in Fällen rechtlicher Zweifelfragen, die noch nicht durch eine höchstrichterliche Entscheidung geklärt sind. Ebenso wie es dort in Ermangelung eines absoluten Bewertungsmaßstabes für das „richtige“ oder „falsche“ Recht im Zeitpunkt des Tätigwerdens des Beamten an einer gesicherten Beurteilungsgrundlage fehlt, ist auch bei planerischen Entscheidungen die Frage nach dem „Noch-Zulässigen“ und „Nicht-mehr-Zulässigen“ fließend und abhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls, weshalb dem Planenden jedenfalls dann kein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, wenn er unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nach sorgfältiger Prüfung und – wie hier – Zuhilfenahme externen Sachverständes zu einer bestimmten Einschätzung der Rechtslage gelangt, auch wenn sich diese nachträglich als falsch erweist (vgl. dazu: Wurm in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2007, § 839 Rn. 207 m.w.N.).

Da weitere Anspruchsgrundlagen für das Klagebegehren nicht ersichtlich sind, erweist sich die Klage damit bereits dem Grunde nach als unbegründet, weshalb es auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob und in welcher Höhe dem Kläger ein Schaden entstanden ist, nicht mehr ankommt.

III. 85

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 86

87

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Zulassungsvoraussetzungen gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts.
