



Ortsamt Osterholz, Osterholzer Heerstraße 100, 28325 Bremen

Der Senator für Justiz und Verfassung

über die Senatskanzlei

Per E-Mail

Auskunft erteilt: [REDACTED]

Datum und Zeichen  
Ihres Schreibens

Mein Zeichen  
(bitte bei Antwort angeben)  
-11-/Di

Bremen, d. 21.11.2016

### **Rechtliche Beratung gem. § 7 Abs. 4 Beiratsgesetz**

Sehr geehrter [REDACTED]

der zuständige Fachausschuss für Bau, Verkehr, Umwelt und Stadtteilentwicklung hat in seiner Sitzung am 17. November 2016 nachfolgenden Beschluss einstimmig gefasst:

Zur Vorbereitung einer möglichen Klage des Beirates Osterholz gegen die Aufstellung eines Windkraftrades am Bultensee sollen an den zuständigen Senator für Justiz zur Rechtsprüfung folgende Fragen zur Prüfung übermittelt werden:

1. Ist der neue Flächennutzungsplan für Bremen formell und materiell rechtmäßig zustande gekommen, auch unter dem Aspekt, dass die sog. Vorrangfläche für das Windkraftrad am Bultensee zunächst dem Ortsteil Oberneuland zugeordnet wurde?
2. Besteht die Möglichkeit des Beirates Osterholz gegen die Festsetzungen im Flächennutzungsplan als Vorrangfläche für Windkrafträder erfolgreich rechtliche Schritte einzuleiten? Wäre eine Klage zulässig und begründet?
3. Besteht die Möglichkeit, durch eine sog. Veränderungssperre im Flächennutzungsplan die Genehmigung des Windkraftrades am Bultensee zu verhindern?
4. Sofern die zuständige Fachbehörde die Baugenehmigung für das Windkraftrad erteilt, muss auch der Beirat hiergegen einen Rechtsbehelf (Widerspruch) einlegen, um zu verhindern, dass der Bescheid rechtskräftig wird?
5. Besteht überdies die Möglichkeit für den Beirat, gegen den Bescheid des Antragstellers Widerspruch bzw. eine Klage beim zuständigen Gericht zu erheben? Hätte diese Klage Aussicht auf Erfolg?

Zur Frage der Beteiligung des Beirates bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans in Bezug auf den Standort der Windkraftanlage werde ich Sie in einem weiteren Schreiben genauestens informieren.

Dienstgebäude:

Osterholzer Heerstraße 100



Klingel

Sprechzeiten:

Allgemeine Verwaltung und Kommunale  
Angelegenheiten (Stadtteilmanagement):  
Mo. - Fr. von 8-14 Uhr,  
oder nach Vereinbarung.  
E-mail: [office@oaosterholz.bremen.de](mailto:office@oaosterholz.bremen.de)  
Internet: [www.ortsamt-osterholz.bremen.de](http://www.ortsamt-osterholz.bremen.de)

Darüber hinaus schlage ich folgendes vor:

Die Unterlage zur Prüfung der Windkraftanlage ist derzeit im Ortsamt Osterholz und wird über die Bevölkerung und dem Beirat eingesehen.

Ich könnte, da es sich hierbei um 3 Aktenordner handelt, diese vorübergehend zur Prüfung zur Verfügung stellen. Aufgrund des Umfangs ist es uns nicht möglich, diese Akten insgesamt zu fotokopieren. Hinsichtlich der Aktenübergabe wäre ich bereit, diese persönlich dem Senator für Justiz vorbeizubringen und in einer Frist von 2 bis 3 Tagen wiederum abzuholen.

Für Rückfragen stehe ich zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

  
Ortsamtsleiter

Der Senator für Justiz und Verfassung  
Richtweg 16 - 22 · 28195 Bremen

Ortsamt Osterholz  
[REDACTED]

über die Senatskanzlei  
Herrn Krancke

Nur per E-Mail

Auskunft erteilt  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Ihr Zeichen  
-11-/Di

Mein Zeichen  
(bitte bei Antwort angeben)  
100/1033/008/002-5

Bremen, 06.12.2016

**Rechtliche Beratung gem. § 7 Abs. 4 Beiräteortsgesetz  
Ihre Anfrage vom 21. November 2016**

Sehr geehrter [REDACTED],

auf die in Ihrem Schreiben vom 21. November 2016 aufgeworfenen Fragen antworte ich wie folgt:

***1. Ist der neue Flächennutzungsplan für Bremen formell und materiell rechtmäßig zustande gekommen, auch unter dem Aspekt, dass die sog. Vorrangfläche für das Windkrafttrad am Bultensee zunächst dem Ortsteil Oberneuland zugeordnet wurde?***

Nach § 7 Abs. 4 BeirOG kann der Beirat durch Beschluss rechtliche Beratung über seine Aufgaben und Rechte durch den Senator für Justiz und Verfassung in Anspruch nehmen. Die Frage, ob ein Flächennutzungsplan formell und materiell rechtmäßig zustande gekommen ist, geht darüber hinaus. Die Beratung durch das Justizressort muss sich auf die Mitwirkungsrechte des Beirats beschränken.

Außerdem dürfen wir nur beraten. Wir sind nicht befugt, in einem konkreten Streitfall zwischen Beirat und Behörde quasi als Schiedsrichter zu entscheiden, ob die Behörde Beiratsrechte verletzt hat.

Die Mitwirkungsrechte des Beirats im Flächennutzungsplanaufstellungsverfahren stellen sich wie folgt dar:

Die Beteiligungsrechte des Beirats bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans richten sich nach dem Beiräteortsgesetz, da es um das Zusammenwirken verschiedener Stellen und Organe der Stadtgemeinde Bremen (v.a. kommunale Planungsbehörden, Beirat, Deputation und Stadtbürgerschaft) geht (vgl. auch Battis, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 2 Rn. 3). Für solche Beteiligungsprozesse innerhalb der Gemeindeverwaltung sind die §§ 3 ff. BauGB (Öffentlich-

keits- und Behördenbeteiligung) nicht einschlägig (Krautzberger, in: Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg/ Krautzberger, BauGB, § 4 Rn. 30).

Nach dem Beiräteortsgesetz müssen die zuständigen Stellen bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans dem Beirat ihre Planungsabsichten zum frühestmöglichen Zeitpunkt mitteilen (§ 31 Abs. 1 Satz 4 BeirOG), rechtzeitig über das Ortsamt eine Stellungnahme des Beirats einholen (§ 31 Abs. 1 Satz 1 BeirOG) und die vom Beirat nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BeirOG beschlossene Stellungnahme berücksichtigen (§ 5 Abs. 2 Satz 1 BeirOG). Ein Recht auf Stellungnahme und auf deren „Berücksichtigung“ vermittelt jedoch keinen Anspruch darauf, dass der Stellungnahme im Ergebnis gefolgt wird. Es beinhaltet nur, dass man die eigene Sichtweise der zuständigen Stelle vortragen kann und dass diese Stelle sie zur Kenntnis nimmt und in ihre Überlegungen – mit welchem Ergebnis auch immer – einbezieht. Bei Differenzen zwischen dem Beirat und der zuständigen Stelle sieht § 11 BeirOG für den Beirat die Möglichkeit vor, ein Verfahren zur Herstellung des Einvernehmens einzuleiten, das zur Befassung der zuständigen Deputation und im Fall des Flächennutzungsplans auch zur Befassung der Stadtbürgerschaft führen kann.

Ob nach diesen rechtlichen Maßstäben die Rechte des Beirats Osterholz im vorliegenden konkreten Einzelfall verletzt worden sind, ist weniger eine Rechts- als eine Tatsachenfrage. Im Kern geht es um folgende Tatsache: Hat die Planungsbehörde den Beirat Osterholz im Flächennutzungsplanaufstellungsverfahren informiert und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben? Oder ist eine solche Information und Stellungnahmemöglichkeit versehentlich unterblieben, weil die Planungsbehörde übersehen hatte, dass die Vorrangfläche vom Ortsteil Oberneuland in den Ortsteil Osterholz „gewandert“ ist? Für beide Möglichkeiten gibt es in den Unterlagen, die Sie mir übersandt haben, Indizien. Einerseits ist in drei Beschlüssen des Beirats vom 29. August 2016, 17. Oktober 2016 und 7. November 2016 die Rede davon, der Beirat Osterholz sei bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans irrtümlicherweise nicht zur Windkraftvorrangfläche beteiligt worden, weil die Vorrangfläche ursprünglich im Beiratsbereich Oberneuland vorgesehen war und der Wechsel des Beiratsbereichs von der Planungsbehörde versehentlich nicht nachvollzogen worden sei. Diesen Fehler soll die Verwaltung laut den genannten Beiratsbeschlüssen auch in einem – mir nicht vorliegenden – Schreiben vom 28. September 2016 bestätigt haben. Andererseits gibt es eine an das Ortsamt und den Beirat Osterholz adressierte Einladung des Senators für Umwelt, Bau und Verkehr vom 13. November 2012 zu einem „Konsultationstreffen Windkraft“. Dort sollten laut der Einladung für die vier damals zur Weiterverfolgung vorgeschlagenen Standorte im Außenbereich Auswahlkriterien und Sachverhalte zu den möglicherweise betroffenen Landschaftsräumen sowie in der Abwägung relevante Kriterien und deren Gewichtung beraten werden. Auf Ihre Anfrage vom 27. März 2013, ob eine für die Aufstellung von Windkraftanlagen vorgesehene Fläche auf Osterholzer Gebiet liegt, hat der Senator für Umwelt, Bau und Verkehr noch am selben Tag geantwortet, die Vorrangfläche liege direkt auf der Grenze zwischen Oberneuland und Osterholz. Sie sei im Entwurf zur Flächennutzungsplan-Neuaufstellung enthalten; ein entsprechender Ausschnitt aus dem Entwurf des Flächennutzungs-

plans lag der Antwort bei. Des Weiteren hat der Beirat zum Flächennutzungsplan später durchaus Stellung genommen – wenn auch unter anderen Aspekten.

**2. Besteht die Möglichkeit des Beirates Osterholz gegen die Festsetzungen im Flächennutzungsplan als Vorrangfläche für Windkraftträder erfolgreich rechtliche Schritte einzuleiten? Wäre eine Klage zulässig und begründet?**

Eine Möglichkeit, gegen die Festsetzung der Vorrangfläche für Windkraftanlagen im Flächennutzungsplan rechtliche Schritte einzuleiten, besteht für den Beirat Osterholz nicht.

a) Ein Normenkontrollantrag des Beirats beim Oberverwaltungsgericht (§ 47 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) gegen die Festsetzung der Windkraftvorrangfläche im Flächennutzungsplan wäre aus drei voneinander unabhängigen Gründen unzulässig:

(1) Der Beirat gehört nicht zu den Personen und Stellen, die einen solchen Normenkontrollantrag stellen können. Dies dürfen nur natürliche und juristische Personen sowie Behörden (vgl. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO).

(2) Außerdem ist die Frist für einen Normenkontrollantrag schon lange abgelaufen. Der Antrag muss innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der umstrittenen Vorschrift gestellt werden (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Der Flächennutzungsplan wurde von der Stadtbürgerschaft am 17. Februar 2015 beschlossen und am 28. Februar 2015 bekannt gemacht. Die Frist für einen Normenkontrollantrag ist daher am Montag, 29. Februar 2016, 24 Uhr abgelaufen.

(3) Davon abgesehen kann mit einem solchen Normenkontrollantrag auch nicht das Ziel verfolgt werden, Windkraftanlagen innerhalb der ausgewiesenen Vorrangfläche zu verhindern. Mit ihm kann man die Vorrangfläche nur insoweit angreifen, als sie zur Unzulässigkeit von Windkraftanlagen außerhalb der Vorrangfläche führt (sog. „Ausschlusswirkung“ oder „Negativwirkung“ der Vorrangfläche für andere Standorte § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) (vgl. BVerwG, NVwZ 2013, 1011 <1012, Rn. 10 > und <1013, Rn. 18 – 22>). Ein solcher Antrag ist also z.B. ein Instrument für jemanden, der eine Windkraftanlage außerhalb der Vorrangfläche errichten will, nicht aber ein Instrument für jemanden, der – wie hier der Beirat - eine Windkraftanlage innerhalb der Vorrangfläche verhindern will.

b) Nicht ausgeschlossen ist, dass eine sogenannte „Feststellungsklage“ des Beirats gegen den Senator für Umwelt, Bau und Verkehr beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, festzustellen dass bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans Mitwirkungsrechte des Beirats verletzt worden sind, zulässig und begründet wäre. Auf die Festsetzung der Vorrangfläche im Flächennutzungsplan und auf

die Zulässigkeit der umstrittenen Windkraftanlage hätte eine solche Klage jedoch keinerlei Auswirkungen.

Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen haben die Beiräte die Möglichkeit, eine Verletzung ihrer kommunalen Mitwirkungsrechte durch Stellen der Stadtgemeinde Bremen im Wege einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage geltend zu machen (OVG Bremen, Urteil vom 29. August 1995 – 1 BA 6/95 -, zit. nach juris Rn. 28 – 34). Diese Möglichkeit steht grundsätzlich auch dem Beirat Osterholz offen, wenn er meint bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans in seinen Mitwirkungsrechten nach dem BeirOG verletzt worden zu sein. Das erforderliche Feststellungsinteresse könnte sich aus dem Wunsch ergeben, gleichartige Rechtsverletzungen für die Zukunft zu verhindern. Ob die Klage begründet oder unbegründet ist hängt davon ab, ob eine Verletzung von Mitwirkungsrechten des Beirats stattgefunden hat oder nicht (s. oben Frage 1). Mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig wäre eine solche Klage allerdings dann, wenn der Senator für Umwelt, Bau und Verkehr eine (versehentliche) Verletzung der Mitwirkungsrechte des Beirats außergerichtlich bereits eingeräumt haben sollte (in diese Richtung könnte man möglicherweise den Text der von Ihnen vorgelegten Beiratsbeschlüsse vom 17. Oktober und 7. November 2016 verstehen, in denen von einem durch die Planungsbehörde „bestätigten Fehler der Verwaltung“ gesprochen wird).

Hätte der Beirat mit einer solchen Klage Erfolg, würde das Gericht aber lediglich die Verletzung der Beiratsrechte feststellen. Weitergehende Wirkungen hätte ein solches Urteil nicht. Insbesondere würde es nicht die Gültigkeit der Festsetzung der Vorrangfläche für Windkraftanlagen im Flächennutzungsplan berühren und hätte auch keinerlei Auswirkungen auf die Zulässigkeit der umstrittenen Windkraftanlage.

### **3. Besteht die Möglichkeit, durch eine sog. Veränderungssperre im Flächennutzungsplan die Genehmigung des Windkrafttrades am Bultensee zu verhindern?**

Nach § 7 Abs. 4 BeirOG kann der Beirat durch Beschluss rechtliche Beratung über seine Aufgaben und Rechte durch den Senator für Justiz und Verfassung in Anspruch nehmen. Ob eine Veränderungssperre hier rechtlich zulässig wäre (§ 14 BauGB) und ob sie die umstrittenen Windkraftanlage bauplanungsrechtlich verhindern könnte, sind rein bauplanungsrechtliche Fragen, die keinen Bezug zu den Aufgaben und Rechten des Beirats haben. Die vorliegende Beratung muss sich darauf beschränken, welche Möglichkeiten der Beirat hat, um auf den Erlass einer solchen Veränderungssperre hinzuwirken. Nur am Rande sei daher angemerkt, dass der Erlass einer Veränderungssperre nach dem Wortlaut von § 14 Abs. 1 BauGB voraussetzt, dass zuvor die Aufstellung eines Bebauungsplans für das betroffene Gebiet beschlossen worden ist.

Veränderungssperren werden von der Gemeinde als Satzung beschlossen (§ 16 Abs. 1 BauGB). In der bremischen Rechtssprache werden Satzungen traditionell als „Ortsgesetze“ bezeichnet. Damit

ist es Aufgabe der Stadtbürgerschaft, im Wege der Ortsgesetzgebung über den Erlass von Veränderungssperren zu beschließen. Ortsgesetzentwürfe werden normalerweise vom Senat oder von Mitgliedern der Stadtbürgerschaft eingebracht (vgl. Art. 148 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 123 Abs. 1 LVerf). Den Beiräten kommt insofern kein unmittelbares Recht auf Einbringung von Ortsgesetzentwürfen zu. Daher kann der Beirat Osterholz nicht unmittelbar einen Entwurf für eine Veränderungssperre in die Stadtbürgerschaft einbringen.

Allerdings hat der Beirat das Recht, eigene Planungsabsichten zu erarbeiten und diese Überlegungen über die zuständigen Stellen den Deputationen vorzulegen (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 BeirOG). Da eine Veränderungssperre ein Instrument der Bauleitplanung ist wäre es möglich, dass der Beirat Überlegungen für eine solche Veränderungssperre erarbeitet und sie über den Senator für Umwelt, Bau und Verkehr der zuständigen Deputation vorlegt. Ob diese Überlegungen aufgegriffen und als Ortsgesetzentwurf in die Stadtbürgerschaft eingebracht werden, müssten dann aber der Senat bzw. die einzelnen Stadtbürgerschaftsmitglieder im Rahmen ihres Rechts zu Ortsgesetzesinitiativen entscheiden.

**4. Sofern die zuständige Fachbehörde die Baugenehmigung für das Windkraftträd erteilt, muss auch der Beirat hiergegen einen Rechtsbehelf (Widerspruch) einlegen, um zu verhindern, dass der Bescheid rechtskräftig wird?**

Wenn gegen die Genehmigung bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist kein Widerspruch eingelegt wird, wird sie bestandskräftig. Der Beirat kann einen Widerspruch gegen die Genehmigung allerdings nicht einlegen (vgl. die Antwort auf Frage 5).

**5. Besteht überdies die Möglichkeit für den Beirat, gegen den Bescheid des Antragstellers Widerspruch bzw. eine Klage beim zuständigen Gericht zu erheben? Hätte diese Klage Aussicht auf Erfolg?**

Ich gehe davon aus, dass die Formulierung „Bescheid des Antragstellers“ ein Versehen ist. Denn einen „Bescheid“ erlässt nicht der „Antragsteller“ (also derjenige, der die Windkraftanlage errichten möchte), sondern die Genehmigungsbehörde. Daher verstehe ich die Frage so, dass gefragt wird ob der Beirat gegen den Bescheid der Gewerbeaufsicht über die Genehmigung der Windkraftanlage Klage erheben oder Widerspruch einlegen könnte. Ihrem Schreiben vom 28. November 2016 entnehme ich ferner, dass es sich bei der Genehmigung um eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung handeln würde.

Der Beirat könnte gegen die Genehmigung nicht klagen. Das OVG Bremen hat den Beiräten eine Klagebefugnis lediglich zuerkannt für gegen die Stadtgemeinde Bremen gerichtete Feststellungsklagen, mit denen festgestellt werden soll, ob die Stadtgemeinde die Mitwirkungsrechte des Beirats ver-

letzt hat. Dabei handelt es sich um einen sogenannten „Insichprozess“, bei dem Rechtsbeziehungen innerhalb der Stadtgemeinde Bremen (sprich: Beirat gegen andere Stellen der Verwaltung der Stadtgemeinde Bremen) Streitgegenstand sind (vgl. OVG Bremen, Urt. v. 29. August 1995 – 1 BA 6/95 -, zitiert nach juris Rn 27 f.). Daraus folgt unter zwei voneinander unabhängigen Gesichtspunkten die Unzulässigkeit einer Klage des Beirats gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung:

(1) Eine Klage gegen die Genehmigung der Windkraftanlage wäre nach der Verwaltungsgerichtsordnung keine Feststellungsklage, sondern eine sogenannte Anfechtungsklage (vgl. § 42 Abs. 1 VwGO). Ihr Ziel wäre es nicht nur, im Verhältnis zwischen dem Beirat und der zuständigen Behörde eine eventuelle Verletzung von Mitwirkungsrechten des Beirats feststellen zu lassen, sondern darüber hinaus auch, die von der zuständigen Behörde einem Dritten erteilte Genehmigung zur Errichtung der Windkraftanlage aufzuheben. Dies wäre kein reiner „Insichprozess“ mehr, bei dem es nur um Rechtsbeziehungen innerhalb der Stadtgemeinde Bremen (Beirat ./.. zuständige Stelle) geht. Vielmehr betrifft der Prozess hier unmittelbar die Rechte des Genehmigungsinhabers.

(2) Eine Klage wegen der Genehmigung der Windkraftanlage wäre auch keine Klage gegen die Stadtgemeinde Bremen bzw. eine kommunale Behörde. Sie wäre vielmehr eine Klage gegen das Land Bremen, denn für die Erteilung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen ist die Gewerbeaufsicht des Landes Bremen zuständig (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 3 der Bekanntmachung der Zuständigkeiten für Aufgaben des Immissionsschutzes vom 20. November 2007, Brem.ABl. S. 1193). Aus diesem Grund wäre in Bezug auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren (anders als in Bezug auf das Flächennutzungsplanaufstellungsverfahren, s. Antwort auf Frage 2) noch nicht einmal eine (die Rechtswirksamkeit der Genehmigung ohnehin nicht berührende) Klage auf bloße Feststellung der Verletzung von Beiratsrechten zulässig.

Einen Widerspruch kann der Beirat gegen die Genehmigung ebenfalls nicht einlegen. Das Widerspruchsverfahren ist ein Vorverfahren für eine Anfechtungsklage (vgl. § 68 VwGO). Widerspruch einlegen kann daher nur derjenige, der nach Zurückweisung des Widerspruchs klagen könnte. Da der Beirat gegen die Genehmigung nicht klagen kann (s.o.), kann er auch keinen Widerspruch gegen sie einlegen.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

██████████