



Genehmigungsverfahren, Nebenbestimmungen, Rückbaubürgschaft, Ersatzzahlung, Änderungsvorbehalt, Monitoring

### **OVG Lüneburg, Urteil vom 10. Januar 2017 – 4 LC 198/15**

**1. Es ist zulässig, die Höhe der [...] Rückbaubürgschaft anhand der Angaben des Anlagenbetreibers zu den zu erwartenden Rückbaukosten zu bestimmen.**

**2. § 6 Abs. 1 Satz 1 NAGBNatSchG [...] ist so auszulegen, dass die 7 Prozent-Grenze als Obergrenze eines Rahmens zu verstehen ist, innerhalb dessen die Ersatzzahlung anhand von Dauer und Schwere des konkreten Eingriffs zu bestimmen ist (Fortsetzung der Rechtsprechung des Senats zu § 12 Abs. 1 Satz 3 NNatG).**

**4. Die Schwere eines Eingriffs in das Landschaftsbild ist einerseits von dessen Qualität und andererseits von der Eingriffswirkung abhängig, die von der Anlage ausgeht. Bei der Beurteilung dieser Faktoren kommt der Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu.**

**5. Die Heranziehung eines Windenergieanlagenbetreibers zu einer naturschutzrechtlichen Ersatzzahlung nach § 15 Abs. 6 Satz 3 BNatSchG i.V.m. § 6 Abs. 1 Satz 1 NAGBNatSchG ist im Zulassungsbescheid abschließend zu regeln.**

**7. § 17 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG ermächtigt nicht zur Anordnung der Vorlage eines jährlichen Berichts darüber, ob der mit einer Ausgleichs und Ersatzmaßnahme bezweckte Erfolg auch eingetreten ist. [...] (amtliche Leitsätze)**

#### **Hintergrund der Entscheidung**

Im vorliegenden Fall wendete sich der klagende Projektierer gegen verschiedene Nebenbestimmungen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von 13 Windenergieanlagen. Er machte geltend, dass sowohl die Höhe der Rückbaubürgschaft als auch die Höhe der festgesetzten Ersatzzahlung zur Kompensation des Eingriffs in das Landschaftsbild rechtswidrig seien. Außerdem wendete er sich gegen die Auflage eines Monitorings.

#### **Inhalt der Entscheidung**

In seinem Urteil nahm das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg zu allen gerügten Punkten ausführlich Stellung. Zunächst befasste sich das Gericht mit der Berechnung der Rückbaubürgschaft und entschied, dass von der im Windenergieerlass Niedersachsen vorgegebenen Formel in begründeten Einzelfällen abgewichen werden könne.

Weiter ging das Gericht auf die Berechnung der Ersatzzahlung ein. Zunächst kämen aufgrund der Bauhöhen der Anlagen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen für den Eingriff in das Landschaftsbild nicht in Betracht. Lediglich für den Fall, dass Altanlagen, von welchen eine vergleichbare Eingriffswirkung wie von den geplanten Anlagen ausgehe, rückgebaut würden, sei eine Vollkompensation durch Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen denkbar.

Zur Bemessung der Höhe der Ersatzzahlung gebe § 6 Abs. 1 Satz 1 Niedersächsisches Ausführungsgesetz zum Bundesnaturschutzgesetz (NAGBNatSchG) – wie auch die Vorgängerregelung des § 12b Abs. 1 Satz 3 Niedersächsisches Naturschutzgesetz (NNatG) – einen Rahmen vor, innerhalb dessen die Ersatzzahlung anhand von Dauer und Schwere des konkreten Eingriffs zu bestimmen sei. Die Obergrenze dieses Rahmens bildeten sieben Prozent der Kosten für die Planung und Ausführung des Vorhabens einschließlich der Beschaffungskosten für die Grundstücke. Die Schwere des Eingriffs in das Landschaftsbild sei wiederum von dessen Qualität, aber auch von der Eingriffswirkung, die von der Anlage ausgehe, abhängig. Bei der Beurteilung dieser Faktoren spricht das Gericht den Behörden im Anschluss

an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)<sup>1</sup> eine Einschätzungsprärogative zu. § 6 Abs. 1 Satz 1 NAGBNatSchG sei mit höherrangigem Recht vereinbar.

Teilweise oder vollständig sichtsverschattete Flächen dürften bei der Berechnung der Ersatzzahlung allerdings nicht berücksichtigt werden, so das OVG Lüneburg weiter. Für Landschaftsteile, von denen die Windenergieanlagen wegen Sichtverstellungen und -verschattungen nicht sichtbar seien, liege keine erhebliche Beeinträchtigung vor. Bei dieser Bewertung stehe der Behörde kein Beurteilungsspielraum zu.

Die Höhe der Ersatzzahlung müsse im Genehmigungsbescheid abschließend geregelt werden. Ein Änderungsvorbehalt, mit dem sich die Behörde eine Neufestsetzung entsprechend den tatsächlich angefallenen Gesamtinvestitionskosten vorbehalte, widerspreche dem Zweck der Regelung im BNatSchG, der eine Zahlung vor Durchführung des Eingriffs vorsehe. Die Höhe der Ersatzzahlung könne anhand der prognostizierten Gesamtinvestitionskosten bestimmt werden.

Zuletzt entschied das Gericht, dass § 17 Abs. 7 Satz 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) die Behörde lediglich ermächtige, die aufgegebenen Vermeidungs-, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zu prüfen bzw. entsprechende Prüfberichte zu verlangen. Die Anordnung zur Vorlage eines jährlichen Berichts darüber, ob der mit einer Ausgleichs- und Ersatzmaßnahme bezweckte Erfolg auch eingetreten ist, könne nicht auf die Regelung gesetzt werden. Derartige Berichte dürfen allenfalls im Rahmen eines naturschutzfachlichen Monitorings angefordert werden, mit dem die dauerhafte Einhaltung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG sichergestellt werden soll.

## Fazit

In der Entscheidung setzt sich das OVG sehr detailliert mit der niedersächsischen Regelung zur Festsetzung eines Ersatzgeldes auseinander. Die Errichtung von Windenergieanlagen stellt angesichts ihrer Bauhöhen fast zwangsläufig eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes dar. Dieser Eingriff ist in der Regel durch die Zahlung eines Ersatzgeldes im Sinne des Naturschutzrechts zu kompensieren. Die Kompensation ist grundlegend im BNatSchG geregelt. Die Länder können jedoch hiervon abweichende Regelungen treffen. Darüber hinaus obliegt den Ländern mangels einer bundeseinheitlichen Kompensationsverordnung, die Berechnung der Ersatzzahlung im Einzelnen zu festzulegen.<sup>2</sup>

Vor diesem Hintergrund bezieht sich die Entscheidung vor allem auf die niedersächsische Regelung. Teilweise dürfte den Ausführungen aber auch bundesweit Bedeutung zukommen: Dies dürfte zunächst für die Aussage gelten, dass die Bemessung des Ersatzgeldes allein anhand von Dauer und Schwere zulässig und mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Gleiches gilt für die Aussagen, dass teilweise oder vollständig sichtsverschattete Flächen bei der Berechnung der Ersatzzahlung nicht berücksichtigt werden dürfen und dass ein Ersatzgeld im Zulassungsbescheid abschließend zu regeln ist.

Zuletzt stellt das OVG Lüneburg in Übereinstimmung mit der Kommentarliteratur klar, dass § 17 Abs. 7 BNatSchG nur Rechtsgrundlage für eine Durchführungskontrolle der aufgegebenen Kompensationsmaßnahmen ist. Eine Kontrolle des Kompensationserfolges kann auf dieser Grundlage nicht stattfinden.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psm1?doc.id=MWRE170004719&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>1</sup> BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2016 – 4 A 5.14, Rn. 146.

<sup>2</sup> Vgl. dazu auch Unland/Wittmann, in: FA Wind (Hrsg.), Kompensation von Eingriffen in das Landschaftsbild durch Windenergieanlagen im Genehmigungsverfahren und in der Bauleitplanung, Berlin 2016, S. 4 ff.