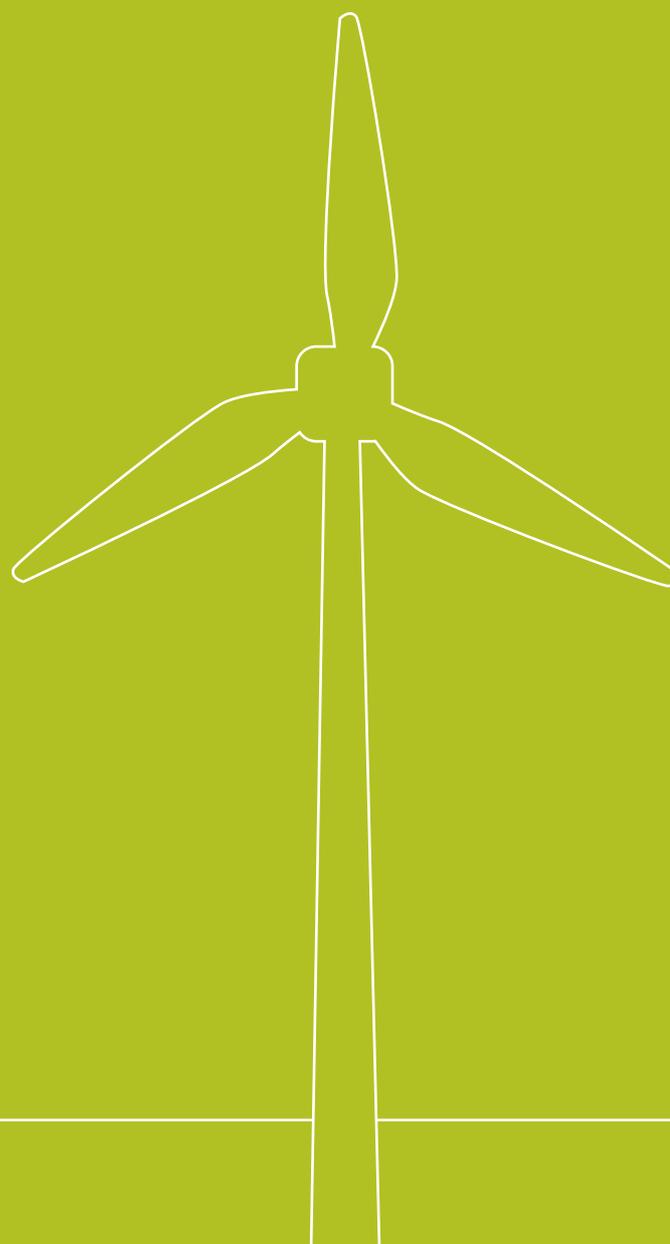
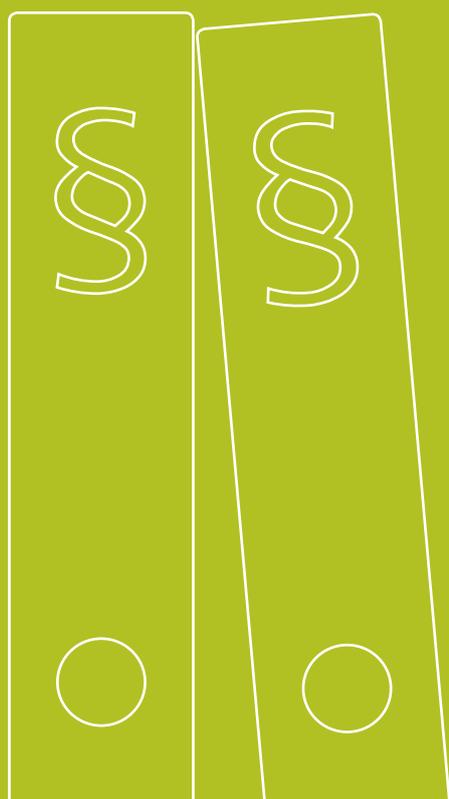




Rundbrief Windenergie und Recht 1/2017



Mitwirkende

Der Rundbrief Windenergie und Recht ist das Ergebnis der jüngsten Sitzung des Runden Tisches Windenergie und Recht. Im Rahmen des Runden Tisches diskutieren wir aktuelle und relevante Gerichtsentscheidungen zum Thema Windenergie und stellen sie in den Kontext der bereits ergangenen Rechtsprechung. Um eine objektive und ausgewogene Bewertung der aktuellen Rechtsprechung zu gewährleisten, wirken am Runden Tisch Windenergie und Recht Juristen und Planer mit unterschiedlichen Hintergründen und verschiedenen Tätigkeitsschwerpunkten mit. Die Ergebnisse fassen wir für die kommunale Planungspraxis, für Naturschutzverbände, für Unternehmen aus der Windenergiebranche und für interessierte Bürgerinnen und Bürger im vorliegenden Rundbrief Windenergie und Recht zusammen. Sie können die Entscheidungsbesprechungen zudem auf der Internetseite der FA Wind unter dem Thema [Rechtsprechung](#) abrufen.

Monika Agatz

Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz
des Landes Nordrhein-Westfalen

Thomas Aufleger

NWP Planungsgesellschaft mbH

Heinz G. Bienek

Sächsisches Staatsministerium des Innern
Ausschuss für Recht und Verfahren der Ministerkonferenz für Raumordnung

Bernhard Bögelein

juwi Energieprojekte GmbH

Thorben Fehler

Senvion Deutschland GmbH

Thorsten Fritsch

BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft

Dr. Marike Endell

Fachagentur Windenergie an Land

Jenny Kirschey

Fachagentur Windenergie an Land

Norbert Portz

Deutscher Städte- und Gemeindebund

Dr. Marcel Raschke

Rechtsamt Kreis Paderborn

Sylvia Ruß

Stiftung Umweltenergierecht

Prof. Dr. Wilhelm Söfker

Ministerialdirigent a. D. (ehemals Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung)
Honorarprofessor an der Universität Bonn

Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	3
Normenkontrollverfahren, Raumordnungsplan, Auslegung, fehlerhafte Ausweisung von Vorranggebieten, „Infektion“ des Flächennutzungsplans OVG Magdeburg, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 2 K 60/14.....	4
Genehmigungsverfahren, interkommunales Abstimmungsgebot, Nachbargemeinde VGH Mannheim, Beschluss vom 13. April 2016 – 3 S 337/16.....	6
Genehmigungsverfahren, artenschutzrechtliches Tötungsverbot, Rotmilan, Prüfbereich, Mindestabstand, Windenergie-Erlass Bayern, Helgoländer Papier VGH München, Urteil vom 27. Mai 2016 – 22 BV 15.2003.....	7
Genehmigungsverfahren, nachträgliche Anordnung zur Gewährleistung der Standsicherheit, Prioritätsprinzip, Genehmigungsänderung OVG Koblenz, Urteil vom 3. August 2016 – 8 A 10377/16.....	9
Genehmigungsverfahren, nachträgliche Betriebsbeschränkung aufgrund eines Schwarzstorchs VG Minden, Beschluss vom 8. August 2016 – 1 L 1155/16.....	11
Genehmigungsverfahren, Typenänderung, Änderungsanzeige, Änderungsgenehmigung, Schallimmissionen VGH München, Beschluss vom 11. August 2016 – 22 CS 16.1052 u.a.....	13
Genehmigungsverfahren, standortbezogene UVP-Vorprüfung, Anlage 2 UVPG, Gebietsschutz, faktisches Vogelschutzgebiet VGH Kassel, Beschluss vom 24. August 2016 – 9 B 974/16.....	15
Genehmigungsverfahren, Landschaftsschutzgebietsverordnung, Befreiung OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. September 2016 – 12 LA 145/15.....	17

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

zum 1. Januar diesen Jahres ist das EEG 2017 in Kraft getreten. Die Akteure der Windenergiebranche wird insbesondere die Einführung des Ausschreibungssystems vor Herausforderungen stellen. Zudem werden aber auch teilweise bekannte Rechtsfragen durch die Gesetzesänderung eine neue Relevanz bekommen. Dies gilt etwa für die Frage, ob im Fall einer Typenänderung einer genehmigten Windenergieanlage eine Änderungsanzeige, eine Änderungsgenehmigung oder sogar eine Neugenehmigung notwendig ist. Nach den Regelungen des EEG 2017 erlischt ein Zuschlag zugunsten einer Anlage jedenfalls dann, wenn die Änderung der Anlage eine Neugenehmigung erfordert. Bei sogenannten „Übergangsanlagen“, die vor dem 1. Januar 2017 genehmigt worden sind und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen werden und als Ausnahme noch auf Grundlage der gesetzlich festgelegten Vergütungssätze gefördert werden sollen, kann gegebenenfalls schon eine Änderungsgenehmigung zum Verlust der Förderberechtigung führen.

Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) München hat im vergangenen Jahr entschieden, dass eine Typenänderung durch eine Änderungsanzeige gedeckt ist, sofern sichergestellt ist, dass durch die Änderung keine nachteiligen Auswirkungen i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) ersichtlich sind. Jedenfalls unter dieser Voraussetzung sei eine Änderungsgenehmigung nicht notwendig. Auch das Oberverwaltungsgericht (OVG) Koblenz bezieht in einem weiteren Urteil zu der Frage der Typenänderung Position, spricht sich aber für die Notwendigkeit einer Änderungsgenehmigung aus.

Zu wichtigen Fragen des Natur- und Artenschutzes haben sich in den vergangenen Monaten der VGH München, das Verwaltungsgericht (VG) Minden, der VGH Kassel und das OVG Lüneburg geäußert. Der VGH München hat seine Einordnung des Helgoländer Papiers als „allgemeinen Stand der Wissenschaft“ bestätigt. Es spricht viel dafür, dass die Münchener Richter mit der Bewertung in erster Linie die Prüfbereiche des mittlerweile außer Kraft getretenen Windkraft-Erlasses 2011 durch die des Helgoländer Papiers ersetzen wollten. Die Rechtsauffassung des VGH München findet bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Bestätigung. Das VG Minden hat die bislang ungeklärte Frage, ob nachträgliche Betriebseinschränkungen aus Gründen des Naturschutzes auf § 3 Abs. 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) gestützt werden können, bejaht. Inwieweit diese Entscheidung, die sich auf eine zeitlich begrenzte Abschaltung bezieht, auch auf andere Fallkonstellationen übertragen werden kann, bleibt abzuwarten. In einem Beschluss vom August 2016 hat der VGH Kassel zur Abgrenzung zwischen den Voraussetzungen der standortbezogenen und der allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls entschieden. Das OVG Lüneburg wiederum votierte in einer weiteren Entscheidung gegen eine weite Auslegung von Befreiungstatbeständen in Landschaftsschutzgebietsverordnungen.

Außerdem finden Sie in diesem Rundbrief eine Entscheidung des VGH Mannheim, der darin starke Zweifel an der Anwendbarkeit des interkommunalen Abstimmungsgebots im Rahmen des Genehmigungsverfahrens äußerte.

Die einzige Entscheidung zum Planungsrecht enthält diese Ausgabe mit einem Beschluss des OVG Magdeburg. Dies geht davon aus, dass ein Abwägungsfehler eines Regionalplans auf den Flächennutzungsplan durchschlägt, wenn die Gemeinde im Wege der Zielanpassung die Festlegungen des Regionalplans zur Windenergie lediglich übernommen hat.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre!

Ihr Axel Tscherniak

Geschäftsführer FA Wind

Normenkontrollverfahren, Raumordnungsplan, Auslegung, fehlerhafte Ausweisung von Vorranggebieten, „Infektion“ des Flächennutzungsplans
OVG Magdeburg, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 2 K 60/14

Soweit ein Raumordnungsplan, der als Ziele der Raumordnung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Vorranggebiete für Windkraftanlagen mit Ausschlusswirkung enthält und an den ein Bauleitplan angepasst wurde, gerichtlich für unwirksam erklärt wird, weil die Vorranggebiete abwägungsfehlerhaft ausgewiesen wurden, „infiziert“ dieser Fehler den Flächennutzungsplan, soweit dieser die Flächen aus dem Raumordnungsplan nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB übernommen hat.

Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin plant, im Außenbereich der Antragsgegnerin mehrere Windenergieanlagen zu errichten. Die Standorte der Anlagen liegen im Geltungsbereich des Flächennutzungsplans, jedoch außerhalb der darin festgelegten Sondergebiete für die Nutzung der Windenergie. Die im Flächennutzungsplan dargestellten Sondergebiete entsprechen den im – mittlerweile für unwirksam erklärten¹ – sachlichen Teilplan „Windenergienutzung in der Planungsregion Anhalt-Bitterfeld-Wittenberg“ (Regionalplan) festgelegten Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung.

Die Antragstellerin ging im Wege des Normenkontrollverfahrens gegen den Flächennutzungsplan vor. Neben formellen Fehlern machte sie insbesondere geltend, dass die unbesehene Übernahme der im Regionalplan festgelegten Vorranggebiete abwägungsfehlerhaft sei.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Magdeburg bestätigte die Auffassung der Antragstellerin, der zufolge der Flächennutzungsplan aufgrund von Auslegungsfehlern bereits formell fehlerhaft sei. Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Baugesetzbuch (BauGB) sei die Gemeinde verpflichtet, die in den vorhandenen Stellungnahmen und Unterlagen behandelten Umweltthemen nach Themenblöcken zusammenzufassen und diese in der Auslegungsbeurkundung schlagwortartig zu nennen. Diesem Erfordernis sei die Antragsgegnerin nicht nachgekommen.

Darüber hinaus sei der Flächennutzungsplan materiell fehlerhaft. Die bloße Übernahme der Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung aus dem Regionalplan werde dem Abwägungsgebot nach § 1 Abs. 7 BauGB nicht gerecht. Werde ein Raumordnungsplan, der Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung vorgibt, gerichtlich für unwirksam erklärt, weil das Vorranggebiet abwägungsfehlerhaft ausgewiesen wurde, „infiziere“ dieser Fehler den Flächennutzungsplan, soweit dieser die Flächen aus dem Raumordnungsplan übernommen habe. Dies gelte auch für den Fall, dass die Unwirksamkeit des Regionalplans zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan noch nicht festgestellt worden war, da die Unwirksamkeit ex tunc, also rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Norm, gelte. Entfalle die Rechtswirksamkeit des Regionalplans rückwirkend, seien auch die betreffenden Ziele nicht rechtswirksam festgelegt und deshalb in der Abwägung unbeachtlich.

Fazit

Die Anforderungen des OVG Magdeburg an den Auslegungsbeschluss entsprechen der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Dies hatte im Jahr 2013 geurteilt, dass § 3 Abs. 2 Satz 2 BauGB zwar keine Auflistung aller umweltbezogener Stellungnahmen oder deren inhaltliche Wiedergabe fordere. Aufgrund von europa- und völkerrechtlichen Vorgaben müssten die vorhandenen (umweltbezogenen) Unterlagen jedoch nach Themenblöcken zusammengefasst und in einer schlagwortartigen Kurzcharakterisierung bezeichnet werden.²

¹ OVG Magdeburg, Urteil vom 21. Oktober 2015 – 2 K 19/14.

² BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2013 – 4 CN 3.12; BVerwG, Urteil vom 11. September 2014 – 4 CN 1.14.

Weiter geht das OVG Magdeburg in seiner Entscheidung davon aus, dass ein Abwägungsfehler eines Regionalplans auf einen Flächennutzungsplan durchschlägt, wenn die Gemeinde im Wege der Zielpassung die Festlegungen des Regionalplans zur Windenergie (Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung) lediglich übernommen hat. Inwieweit eine Gemeinde durch eine eigene Abwägung ein „Durchschlagen“ von Fehlern des Regionalplans vermeiden kann, ist kaum pauschal zu beantworten. Zunächst sind Ziele der Raumordnung einer weiteren Abwägung auf einer nachgeordneten Planungsstufe nicht zugänglich. Gleichzeitig sei aber auch auf die Möglichkeit der Gemeinde, in entsprechenden Fallgestaltungen die Festlegungen des Regionalplans in ihren Bauleitplänen (Flächennutzungsplan, Bebauungsplan) zu konkretisieren, hingewiesen.³

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de/jportal/portal/t/buq/page/bssah-prod.psml?doc.hl=1&doc.id=MWRE160000606&showdoccase=1&doc.part=L¶mfromHL=true>

³ Vgl. dazu etwa OVG Münster, Urteil vom 22. September 2015 – 10 D 82/13.NE.

Genehmigungsverfahren, interkommunales Abstimmungsgebot, Nachbargemeinde VGH Mannheim, Beschluss vom 13. April 2016 – 3 S 337/16

Eine eigenständige, unabhängig von den Zulassungsregelungen der §§ 29 ff. BauGB zu prüfende Zulassungsschranke für die Genehmigung von Einzelvorhaben wird von § 2 Abs. 2 Satz 1 BauGB nicht aufgestellt. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Als zuständige Genehmigungsbehörde erteilte die Antragsgegnerin der beigeladenen Projektiererin eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von insgesamt sieben Windenergieanlagen. Das Gebiet, auf welchem die Anlagen betrieben werden sollen, grenzt im Norden an das Gemeindegebiet der Antragstellerin an. Die Antragstellerin wandte sich insbesondere mit dem Argument gegen die Genehmigung, dass diese das interkommunale Abstimmungsgebot verletze.

Inhalt der Entscheidung

Der VGH Mannheim verneinte in seiner Entscheidung einen Verstoß gegen das interkommunale Abstimmungs- bzw. Rücksichtnahmegebot nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Baugesetzbuch (BauGB). § 2 Abs. 2 Satz 1 BauGB sieht vor, dass die Bauleitpläne benachbarter Gemeinden aufeinander abzustimmen sind. Hintergrund dieser Regelung ist, dass die gemeindliche Planung in der Regel gewichtige Auswirkungen auf die Nachbargemeinden hat und deren Planungshoheit beeinträchtigen kann. Da sich die Antragstellerin im vorliegenden Fall nicht gegen einen Bauleitplan, sondern gegen die Genehmigung eines Einzelvorhabens wende, fände die Vorschrift keine Anwendung, so der VGH Mannheim.

Zwar könne das Abstimmungsgebot auch im Falle der Zulassung von Einzelvorhaben zu beachten sein. Dies sei nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) insbesondere dann der Fall, wenn ein Vorhaben ohne förmliche Planung nach § 35 BauGB zugelassen werden soll.¹ Durch ein Unterbleiben der förmlichen Planung dürfe das Abstimmungsgebot nicht umgangen werden. Diese Rechtsprechung beziehe sich jedoch auf sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB. Windenergieanlagen stellten hingegen ein nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiertes Vorhaben dar, das dem Außenbereich „planartig“ zugewiesen sei. Bereits deshalb habe der Senat „erhebliche Zweifel“, ob im Falle eines nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert zulässigen Vorhabens das interkommunale Abstimmungsgebot überhaupt einschlägig sei. Darüber hinaus sei ein qualifizierter Abstimmungsbedarf auch deshalb zu verneinen, weil das genehmigte Vorhaben keine unmittelbaren und gewichtigen Auswirkungen auf das Gemeindegebiet der Antragstellerin habe.

Fazit

Während andere Oberverwaltungsgerichte davon ausgehen, dass bei nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben ein interkommunales Abwehrrecht zumindest unter erschwerten Voraussetzungen – also im Falle einer besonders gewichtigen Beeinträchtigung der städtebaulichen Belange – einschlägig ist,² stellt der VGH in dieser Entscheidung die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des BVerwG zum interkommunalen Abstimmungsgebot auf die im Außenbereich bevorzugt zulässigen Windenergieanlagen grundsätzlich in Frage. Von einer abschließenden Beurteilung der Frage, ob sich aus § 2 Abs. 2 Satz 1 BauGB eine eigenständige Zulassungsschranke für die Genehmigung von im Außenbereich privilegierten Einzelvorhaben ergeben kann, sieht der VGH mangels Entscheidungserheblichkeit jedoch ab.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=20686

¹ BVerwG, Urteil vom 1. August 2002 – 4 C 5.01.

² OVG Koblenz, Beschluss vom 16. Januar 2014 – 1 B 11184/13; VGH München, Beschluss vom 3. Februar 2009 – 22 CS 08.3194.

Genehmigungsverfahren, artenschutzrechtliches Tötungsverbot, Rotmilan, Prüfbereich, Mindestabstand, Windenergie-Erlass Bayern, Helgoländer Papier
VGH München, Urteil vom 27. Mai 2016 – 22 BV 15.2003

1. Bei Lage eines Brutplatzes innerhalb des engeren Prüfbereichs um eine Windkraftanlage [...] gilt eine widerlegliche Vermutung für das Bestehen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG). Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass der engere Prüfabstand in den Abstandsempfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten als „Mindestabstand“ bezeichnet wird. (amtlicher Leitsatz)

2. Legt der Vorhabenträger in einem solchen Fall stichhaltige Anhaltspunkte für eine Meinung oder einen seltenen Überflug des betreffenden Windenergieanlagen-Standorts substantiell dar, so ist der Sachverhalt insoweit weiter aufzuklären. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall hatte die beklagte Genehmigungsbehörde die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen abgelehnt. Dies begründete sie in erster Linie damit, dass im Fall der Verwirklichung des Vorhabens gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verstoßen würde. Die Standorte der geplanten Anlagen befänden sich im Bereich von Bruträumen und Nahrungshabitaten des Rotmilans. Gegen diese Einschätzung ging die Klägerin gerichtlich vor und wollte die Genehmigungsbehörde zur Erteilung der Genehmigung verurteilt wissen.

Inhalt der Entscheidung

Mit seiner Entscheidung hob der VGH München den ablehnenden Bescheid der Behörde auf und verpflichtete diese zur Neuentscheidung unter Beachtung seiner Rechtsauffassung.

Zunächst hielt das Gericht fest, dass der Genehmigungsbehörde bei der Prüfung, ob durch die Errichtung und den Betrieb der Anlagen gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) verstoßen wird, ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum zustehe. Dabei mache der zum Entscheidungszeitpunkt noch gültige Windkraft-Erlass 2011¹ als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ Vorgaben für die artenschutzrechtliche Prüfung. Für den Rotmilan sehe der Windkraft-Erlass 2011 einen engen Prüfbereich rund um die Brutplätze und einen weiten Prüfbereich um das Nahrungshabitat vor. Innerhalb des engen Prüfbereichs gelte die widerlegbare Vermutung, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bestehe. Lügen – wie im vorliegenden Fall – Anhaltspunkte dafür vor, dass das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht ist, sei der Sachverhalt anhand einer Raumnutzungsanalyse weiter aufzuklären. Eine Verkürzung der Prüfung durch die Annahme eines „Vorsorgetatbestands“ ließen die Richter nicht zu.

Im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung urteilten die Münchener Richter weiter, dass sich die Größe der Prüfbereiche allerdings nicht nach den Vorgaben des Windkraft-Erlasses 2011, sondern nach denen des Helgoländer Papiers² richte. Diese Abstandsvorgaben hätten sich als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt.

Letztendlich befasste sich der VGH mit der Frage, ob der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG einschlägig ist. Selbst wenn ein Vorhaben grundsätzlich gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verstößt, ist eine Ausnahme nach § 45 Abs. 1 Nr. 7 BNatSchG denkbar, wenn andere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses für die Verwirklichung sprechen, zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der geschützten Populationen einer Art

¹ Der Windkraft-Erlass Bayern vom 20. Dezember 2011 wurde mittlerweile durch den Windenergie-Erlass Bayern vom 19. Juli 2016 ersetzt.

² Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, Stand April 2015.

dadurch nicht verschlechtert. Die umstrittene Frage, ob der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 1 Nr. 7 BNatSchG bei Windenergieanlagen überhaupt einschlägig sein kann, adressierte das Gericht nicht. Stattdessen stellte es vorrangig auf die Frage der Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Rotmilan-Population ab. Die Behörde hatte eine Verschlechterung insbesondere mit dem Argument angenommen, dass das in Frage stehende Gebiet von mehreren Rotmilan-Paaren genutzt würde und mögliche Verluste in solchen Kerngebieten eine besondere Relevanz zukäme. Dieses Ergebnis sei im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative vertretbar, so das Gericht.

Fazit

Bei der Bewertung, ob ein Verstoß gegen das Tötungsverbot vorliegt, kommt der Behörde nach Auffassung des VGH eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Insoweit reiht sich die Entscheidung in die ständige Rechtsprechung zum Tötungsverbot ein.³ Unter Rückgriff auf seine bisherige Rechtsprechung geht das Gericht weiter davon aus, dass sich die Vorgaben für die artenschutzfachliche Prüfung aus dem Windkraft-Erlass 2011 ergeben.⁴ Dabei macht das Gericht deutlich, dass die im engen Prüfbereich geltende Vermutung für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko widerlegt werden kann und zeigt insoweit auch das Prüfprogramm auf.

Weiter wertet der Gerichtshof die im Helgoländer Papier genannten Prüfradien zu Rotmilan-Horsten erneut und ohne Begründung als „allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft“. Diese Einordnung des Helgoländer Papiers wird weder von anderen Gerichten noch in der juristischen Literatur geteilt.⁵ Da der VGH trotz dieser Einordnung des Papiers an der Einschätzungsprärogative der Genehmigungsbehörde festhält, spricht vieles dafür, dass es den Richtern in erster Linie um ein Ersetzen der Prüfradien des Windkraft-Erlasses 2011 durch die des Helgoländer Papiers ging. Bereits im vorhergegangenen Verfahren hatten das Landesumweltministerium und das Landesumweltamt vorgebracht, dass der Stand des Windkraft-Erlasses 2011 in Bezug auf den Rotmilan durch das Helgoländer Papier überholt sei.⁶

Unklar ist, ob der VGH seine Rechtsprechung zum Helgoländer Papier auch nach Inkrafttreten des neuen Windenergie-Erlasses vom 19. Juli 2016 aufrechterhalten wird.⁷ Der neue Windenergie-Erlass 2016 hat die Prüfradien des Helgoländer Papiers ausdrücklich übernommen, sodass sich künftig ein Rückgriff auf das Papier zur Begründung weiterer Prüfradien erübrigt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-50119?hl=true>

³ BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1.12; BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40.11.

⁴ VGH München, Urteil vom 18. Juni 2014 – 22 B 13.1258; VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14.1875.

⁵ Vgl. z.B. VG Minden, Beschluss vom 8. November 2016 – 11 L 1110/16; VG Aachen, Beschluss vom 2. September 2016 – 6 L 38/16; OVG Lüneburg, Urteil vom 9. Juli 2016 – 12 KN 187/15; Schlacke/Schnittker, in: FA Wind (Hrsg.), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten – Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015), 2015, S. 23 ff.

⁶ VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14.1875.

⁷ Vgl. zu den Aussagen des VGH München auch Ruß, Windenergie und Artenschutz – Größere Abstände für den Rotmilan nach dem Neuen Helgoländer Papier und dem bayerischen Windenergie-Erlass 2016, NuR 2016, 686.

Genehmigungsverfahren, nachträgliche Anordnung zur Gewährleistung der Standsicherheit, Prioritätsprinzip, Genehmigungsänderung
OVG Koblenz, Urteil vom 3. August 2016 – 8 A 10377/16

§ 85 LBauO [bauordnungsrechtliche Befugnis zum Erlass nachträglicher Anordnungen zur Abwehr von erheblichen Gefahren, Anm. d. Red.] ist für die nachträgliche Anordnung gegenüber immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlagen anwendbar, sofern damit die Erfüllung baurechtlicher – und nicht bloß immissionsschutzrechtlicher – Pflichten verfolgt wird. (amtlicher Leitsatz)

Der Vorrang zugunsten eines Vorhabens entfällt, sobald es wesentlich geändert wird. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

In einem aus neun Anlagen bestehenden Windpark betreibt die Klägerin seit dem Jahr 2005 die Windenergieanlage 2 (WEA 2). Die Anlage befindet sich in einer Entfernung von nur 150 Metern zur Windenergieanlage 7 (WEA 7). Die Baugenehmigung für die WEA 7 wurde zeitlich vor der Genehmigung für die WEA 2 erteilt; von der Genehmigung für die WEA 7 machte die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen jedoch vorerst keinen Gebrauch. Im Jahr 2013 wurde der Beigeladenen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für einen anderen als in der Baugenehmigung für die WEA 7 genannten Anlagentyp erteilt. Gleichzeitig erließ die Genehmigungsbehörde sowohl gegenüber der Klägerin für die WEA 2 als auch gegenüber der Beigeladenen für die WEA 7 eine ergänzende Abschaltverpflichtung für den Fall bestimmter Windverhältnisse, um die Standsicherheit beider Anlagen sicherzustellen. Gegen die Auflage ging die Klägerin gerichtlich vor.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Koblenz bewertete die Abschaltverpflichtung zulasten der WEA 2 als rechtswidrig. Zwar habe die Beklagte die Auflage auf Grundlage des § 85 Landesbauordnung (LBauO), dem zufolge nachträglich Anforderungen an Bauwerke zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit angeordnet werden können, stützen dürfen. Diene eine Maßnahme nach Beendigung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens und damit nach Wegfall der Konzentrationswirkung nach § 13 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) der Durchsetzung baurechtlicher Anforderungen, sei – jedenfalls auch – die Bauaufsichtsbehörde zuständig.

Die Anordnung sei allerdings deshalb rechtswidrig, weil grundsätzlich derjenige Betreiber die Lasten der Konfliktbewältigung zu tragen habe, der die letzte Ursache für die Entstehung des Konflikts gesetzt habe. Im Hinblick auf eine Konkurrenzsituation am Anlagenstandort habe sich das aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete Kriterium der Priorität als sachgerecht erwiesen. Diese Grundsätze könnten auch bei einer Konfliktbewältigung durch Abschaltverpflichtungen angewendet werden.

Zwar sei der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zeitlich früher der Genehmigungsbescheid erteilt worden. Der Vorrang zugunsten der zuerst beantragten bzw. genehmigten Anlage entfalle aus Gründen der Chancengleichheit allerdings, sobald dieses Vorhaben später wesentlich geändert werde. Dabei stelle die Verschiebung eines Standorts oder die Änderung des Anlagentyps regelmäßig eine wesentliche Änderung i.S.d. § 16 BImSchG dar. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die Auswirkungen der Typenänderungen in einem Gutachten hätten überprüft und dargelegt werden müssen. Aufgrund der Typenänderung sei daher der Vorrang zugunsten der WEA 7 entfallen.

Fazit

In der Rechtsprechung ist überwiegend anerkannt, dass im Fall einer Konkurrenzsituation der zeitlich frühere Bewerber den Vorrang gegenüber dem zeitlich nachrangigen Bewerber erhalten soll. Anknüpfungspunkt dafür ist das Willkürverbot. Maßgeblicher Bewertungszeitpunkt ist der Zeitpunkt, an dem

die eingereichten Unterlagen prüffähig sind.¹ In dieses Verständnis reiht sich auch das vorliegende Urteil des OVG Koblenz ein. Ebenso ist der vom OVG Koblenz gezogene Schluss, dass wesentliche Änderungen eines zuvor bereits vollständigen Genehmigungsantrags zu einem Verlust der Vorrangposition führen, in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.² Jedenfalls soll dies für den Fall gelten, dass die Genehmigungsunterlagen angepasst werden müssen.³

Diese Entscheidung zeigt einmal mehr die möglichen Konsequenzen einer Typenänderung auf. Gleichzeitig wird deutlich, welche Folgen die Bewertung einer Typenänderung als unwesentliche Änderung, für die eine Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG ausreicht, oder als wesentliche Änderung i.S.d. § 16 BImSchG, nach sich zieht. Ließe man mit dem VGH München in solchen Fällen, in denen ein Typenwechsel nicht zu nachteiligen Auswirkungen i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG führt, eine Änderungsanzeige ausreichen,⁴ könnte dies dazu führen, dass dann die Vorrangposition in Konkurrenzfällen nicht entfallen würde.⁵

Im Übrigen sei auch auf die Möglichkeiten hingewiesen, Konflikte, die durch die nachträgliche Errichtung von Windenergieanlagen neben bereits vorhandenen Anlagen entstehen können, im Rahmen der Bauleitplanung (Flächennutzungspläne, Bebauungspläne) zu umgehen: So kann der zur Vermeidung solcher Konflikte notwendige zeitlich zu steuernde Ablauf der Errichtung neuer Windenergieanlagen z.B. durch Festsetzungen nach § 9 Abs. 2 BauGB oder im Rahmen des Repowering (§ 249 Abs. 2 BauGB) oder auch durch Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen (§ 11 BauGB) berücksichtigt werden.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil_neu.asp?rowguid={4A35FE94-75BF-49E9-822A-0E74A33CC5B1}

¹ OVG Weimar, Beschluss vom 17. Juli 2012 – 1 EO 35/12; OVG Lüneburg, Urteil vom 23. August 2012 – 12 LB 170/11; OVG Weimar, Beschluss vom 1. Juni 2011 – 1 EO 69/11.

² OVG Weimar, Beschluss vom 17.07.2012 – 1 EO 35/12; OVG Lüneburg, Urteil vom 23. August 2012 – 12 LB 170/11; OVG Weimar, Beschluss vom 1. Juni 2011 – 1 EO 69/11; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 495.

³ Sittig, in: Maslaton, Windenergieanlagen, 1. Aufl. 2015, Kap.2 Rn. 217.

⁴ VGH München, Beschluss vom 11. August 2016 – 22 CS 16.1052 u.a. (auch in diesem Rundbrief besprochen).

⁵ Kritisch zur Anwendbarkeit des § 15 BImSchG auf diesen Fall OVG Weimar, Beschluss vom 1. Juni 2011 – 1 EO 69/11.

Genehmigungsverfahren, nachträgliche Betriebsbeschränkung aufgrund eines Schwarzstorchs

VG Minden, Beschluss vom 8. August 2016 – 1 L 1155/16

Auf Grundlage des § 3 Abs. 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) kann eine genehmigte Windenergieanlage zeitweilig abgeschaltet werden, wenn dies zur Einhaltung der Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften notwendig ist.

Hintergrund der Entscheidung

In dem Eilverfahren hatte das VG Minden die Rechtmäßigkeit der sofortigen Vollziehbarkeit der durch die Naturschutzbehörde im Nachgang zu einer Genehmigung erlassenen Betriebsbeschränkung zu bewerten. Nach Erteilung der Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von insgesamt 12 Windenergieanlagen hatte sich eine Schwarzstorchpopulation mit zumindest einem Jungvogel in einer Entfernung von etwa 1.200 bis 2.000 Metern zu den drei östlichsten Anlagen angesiedelt. Während der Errichtungsphase wurden die Anlagen mehrfach überflogen. Vor diesem Hintergrund ordnete die zuständige Naturschutzbehörde auf Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG die zeitweise Abschaltung der drei östlichsten Windenergieanlagen an, da andernfalls ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für die Schwarzstörche bestehe. Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit dieser Verfügung ging der Antragsteller gerichtlich vor.

Inhalt der Entscheidung

Das VG Minden bewertete die Anordnung der Naturschutzbehörde als rechtmäßig. Zunächst sah das Gericht in § 3 Abs. 2 BNatSchG eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die nachträgliche Betriebseinschränkung. Eine nachträgliche Anordnung zur Gewährleistung der Einhaltung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots auf Grundlage des § 17 Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) lehnte das Gericht hingegen ab. Nach Abschluss des Genehmigungsverfahrens gelte die in § 13 BImSchG angeordnete Konzentrationswirkung nicht mehr, sodass die Zuständigkeit zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften wieder an die jeweilige Fachbehörde zurückfalle.

In der weiteren Prüfung konzentrierte sich das VG Minden auf das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale sowie auf die pflichtgemäße Ausübung des Ermessens. Obwohl der Schwarzstorch nur teilweise als schlaggefährdet eingestuft werde, sei die Bewertung der Naturschutzbehörde, der zu Folge in diesem Fall ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliege, im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative vertretbar.

Die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme begründete das Gericht insbesondere damit, dass kein milderes Mittel, welches den Überlebensschutz des Schwarzstorches in gleicher Weise gewährleisten würde, ersichtlich sei. Weiter sei die Anordnung angemessen, da sie sich auf drei der insgesamt 12 Anlagen umfassenden Windparks beschränke. Auch der Legalisierungswirkung der Genehmigung würde ausreichend Rechnung getragen, da die für üblicherweise 20 bis 30 Jahre geltende Zulassung nur zeitweise eingeschränkt werde. Eine Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz habe die Antragsgegnerin nicht geltend gemacht.

Fazit

In dieser Entscheidung zieht das VG Minden § 3 Abs. 2 BNatSchG ohne umfassende Prüfung als taugliche Ermächtigungsgrundlage für eine nachträgliche Betriebsbeschränkung aus naturschutzrechtlichen Gründen heran. Eine gefestigte Rechtsprechung liegt zu dieser Frage noch nicht vor.¹ In der Literatur wird ein Rückgriff auf die Norm jedoch durchaus kritisch gesehen: Da § 3 Abs. 2 BNatSchG – anders als etwa § 17 BImSchG – keine inhaltlichen Vorgaben zu den aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gebo-

¹ Vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 10. Juni 2011 – 5 B 1246/11.

tenen Einschränkungen beinhalte, seien grundsätzlich nur periphere Einschränkungen einer bestandskräftigen immissionsschutzrechtlichen Zulassung möglich.² Diesem Gedanken hat das VG Minden zumindest im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen, indem es die (wirtschaftlichen) Auswirkungen der Betriebseinschränkung im Vergleich zu den Artenschutzbelangen einzelfallbezogen gewichtet hat.

Aufgrund der wirtschaftlichen Implikationen, die eine nachträgliche Betriebseinschränkung mit sich bringt, spricht viel dafür, dass deren Rechtmäßigkeit die Gerichte in Zukunft weiter beschäftigen wird. Auch im vorliegenden Fall steht noch die Entscheidung des OVG Münster über die Beschwerde gegen den Beschluss aus. Sofern eine nachträgliche Betriebseinschränkung auf der Grundlage des § 3 Abs. 2 BNatSchG angeordnet wird, dürfte die Rechtmäßigkeit der Maßnahme – auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VG Minden – maßgeblich von den artenschutzrechtlichen Belangen einerseits und den (wirtschaftlichen) Auswirkungen auf den Anlagenbetreiber andererseits abhängen.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_minden/j2016/1_L_1155_16_Beschluss_20160808.html

² Fellenberg, in: FA Wind (Hrsg.), Nachträgliche Anpassung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange, 2016, S. 15 f.

Von der Änderung des Anlagentyps einer Windenergieanlage kann nicht ohne weiteres auf das Vorliegen einer wesentlichen Änderung i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 1 BImSchG geschlossen werden. Eine wesentliche Änderung liegt nicht vor, wenn durch die Typänderung keine Schallimmissionen hervorgerufen werden, die sich nicht im bereits genehmigten Rahmen halten.

Hintergrund der Entscheidung

Die zuständige Genehmigungsbehörde hatte der Antragstellerin eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von insgesamt 13 Windenergieanlagen des Typs Nordex N117 mit einer Nennleistung von jeweils 2,4 Megawatt und einer Gesamthöhe von jeweils 199 Metern erteilt und die Genehmigung für sofort vollziehbar erklärt. Mittels einer Änderungsanzeige nach § 15 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) zeigte die Antragstellerin an, statt des ursprünglich genehmigten Anlagentyps nun den Anlagentyp Enercon E115 mit einer Nennleistung von jeweils 3 Megawatt und einer Gesamthöhe von jeweils 195 Metern errichten zu wollen. Daraufhin erließ die Antragsgegnerin einen Baustopp, da die ursprünglich erteilte Genehmigung nicht zur Errichtung von Anlagen des Typs Enercon E115 berechtige; über eine aus ihrer Sicht notwendige Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG sei noch nicht entschieden worden. Gegen den verfügten Baustopp ging die Antragstellerin gerichtlich vor.

Inhalt der Entscheidung

Mit dem vorliegenden Beschluss entschied der VGH München, dass die Änderung des Anlagentyps im vorliegenden Fall durch eine Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG gedeckt sei. Zunächst könne von der Änderung des Anlagentyps nicht ohne weiteres auf das Vorliegen einer wesentlichen Änderung geschlossen werden. Vielmehr müsse dargelegt werden, dass von der Typenänderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen würden und diese für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein könnten. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall. Im Hinblick auf die Lärmbelastung blieben die Anlagen des neuen Typs prognostisch hinter den der ursprünglichen Genehmigung zugrunde gelegten Lärmprognosen zurück. Ebenso sei nicht erkennbar, dass der neue Anlagentyp mit einem erhöhten Tötungsrisiko nach § 44 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) verbunden wäre. Überdies handele es sich bei einem Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot auch nicht um eine im Rahmen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zu prüfende Auswirkung der Anlage.

Fazit

Während die Frage, ob eine Änderungsgenehmigung oder eine Neugenehmigung vorliegt, vor allem im Hinblick auf eine mögliche Änderung des Anlagencharakters zu entscheiden ist, stehen bei der Abgrenzung von Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG und Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG die möglichen immissionsschutzrechtlichen Auswirkungen der Änderung im Fokus.¹ Ob eine Typenänderung durch eine Änderungsanzeige oder eine Änderungsgenehmigung gedeckt wird, beurteilt die Rechtsprechung jedoch uneinheitlich: Der VGH München vertritt bereits in einer zweiten Entscheidung den hier beschriebenen Ansatz, dem zufolge auch im Fall eines Typenwechsels eine Änderungsanzeige ausreicht, sofern sichergestellt ist, dass durch die Änderung des Anlagentyps keine nachteiligen Auswirkungen i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ersichtlich sind.² Andere Gerichte gehen hingegen davon aus, dass eine Typenänderung regelmäßig wesentliche Änderungen nach sich zieht, sodass eine Änderungsgenehmigung erforderlich sei.³ Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Auswirkungen der Typenänderungen in einem Gutachten überprüft und dargelegt werden müssten.⁴ Das OVG Münster hielt für den Fall einer Typenänderung sogar eine Neugenehmigung für erforderlich, da durch die

¹ Vgl. dazu auch Agatz, Windenergie Handbuch, 12. Aufl. 2015, S. 10 ff.

² So bereits VGH München, Beschluss vom 15. Oktober 2012 – 22 CS 12.2110 u.a.

³ So OVG Koblenz, Urteil vom 3. August 2016 – 8 A 10377/16 (auch in diesem Rundbrief besprochen); VG Trier, Beschluss vom 3. Mai 2013, 5 L 324/12.TR; OVG Weimar, Beschluss vom 1. Juni 2011 – 1 EO 69/11.

⁴ OVG Koblenz, Urteil vom 3. August 2016 – 8 A 10377/16 (auch in diesem Rundbrief besprochen).

Nichtrealisierung des bisherigen Anlagentyps auch dessen Bestandsschutz erloschen sei. Auf die Auswirkungen des geänderten Anlagentyps ging das Gericht dabei nicht ein.⁵

Die Frage, ob eine Änderung des Anlagentyps durch eine Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG gedeckt ist oder ob eine Änderungsgenehmigung i.S.d. § 16 BImSchG oder sogar eine Neugenehmigung notwendig ist, wird insbesondere im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens an Relevanz gewinnen. Nach den Regelungen des EEG 2017 erlischt ein Zuschlag zugunsten einer Anlage jedenfalls dann, wenn die Änderung der Anlage eine Neugenehmigung erfordert. Bei Anlagen, die vor dem 1. Januar 2017 genehmigt und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind und – als Ausnahme – auch unter dem EEG 2017 noch auf Grundlage der gesetzlich festgelegten Fördersätze vergütet werden sollen, kann gegebenenfalls schon eine Änderungsgenehmigung zum Verlust der Förderberechtigung führen.

Die unterschiedliche Einordnung einer Typenänderung durch die Gerichte und die zukünftig große Relevanz dieser Bewertung wirft zumindest die Frage auf, ob die Entwicklung eines eigenen Änderungsbegriffs im Rahmen des EEGs sachgerecht wäre. Ungeachtet dessen sollte aber aufgrund der der Gefahr, im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens den Förderanspruch durch eine Neugenehmigung und gegebenenfalls sogar schon durch eine Änderungsgenehmigung zu verlieren, eine angestrebte Typenänderung im Vorfeld mit der zuständigen Genehmigungsbehörde abgestimmt und die aktuelle Rechtsprechung des zuständigen Oberverwaltungsgerichts im Auge behalten werden.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-50451>

⁵ OVG Münster, Urteil vom 25. Februar 2015 – 8 A 959/10.

1. Da Nr. 2.3 der Anlage 2 zum UVPG nach ihrem eindeutigen Wortlaut keine abschließende Regelung darstellt, ist sie richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass zu den Schutzkriterien nicht nur die in Nr. 2.3.1 ff. genannten formell ausgewiesenen Schutzgebiete zählen, sondern auch nicht explizit genannte, aber gleichermaßen schutzbedürftige Gebiete. (amtlicher Leitsatz)

2. Artenschutzrechtlichen Belangen kommt im Rahmen einer standortbezogenen Vorprüfung des Einzelfalls Relevanz nur dann zu, wenn nachteilige Umweltauswirkungen auf dem Artenschutz unterliegende Tierarten durch das Vorhaben zu besorgen sind, weil diese Tierarten von dem Schutzzweck bzw. dem Erhaltungsziel eines der in Nr. 2.3.1 ff. explizit genannten, formell ausgewiesenen Schutzgebiete oder einem vergleichbar schutzbedürftigen Lebensraum/Habitat erfasst werden. (amtlicher Leitsatz)

3. Die Annahme, dass ein solches gleichermaßen schutzbedürftiges Gebiet vorliegt, ist auf enge Ausnahmefälle beschränkt, etwa auf den Fall einer bewusst sachwidrig unterlassenen oder sich jedenfalls aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten förmlich aufdrängenden Unterschutzstellung. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall handelte es sich um ein Beschwerdeverfahren einer Anwohnerin gegen die im Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht (VG) Kassel erteilte Anordnung der sofortigen Vollziehung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen.¹ Das Wohnhaus der Beschwerdeführerin befindet sich in einer Entfernung von etwa 600 Metern zu den geplanten Anlagen. Ihre Beschwerde stützte sie auf eine fehlerhafte Durchführung der standortbezogenen UVP-Vorprüfung im Einzelfall nach § 3c Satz 2 Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG). Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Kassel bestätigte die Eilentscheidung und wies die Beschwerde zurück.

Inhalt der Entscheidung

Die Beschwerdeführerin machte insbesondere geltend, dass im Rahmen der erfolgten standortbezogenen UVP-Vorprüfung im Einzelfall der besondere Artenschutz nicht hinreichend berücksichtigt worden sei. Sie rügte eine unzulängliche Prüfung des Tötungsverbots nach § 44 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) insbesondere in Bezug auf den Rotmilan. Dies sei nach Anlage 2 Nr. 2.3 zum UVPG auch im Rahmen der standortbezogenen UVP-Vorprüfung im Einzelfall zu prüfen, da die Aufzählung der in der Anlage genannten Schutzgüter nicht abschließend sei.

Zunächst bestätigte der VGH Kassel, dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung auf Antrag eines klageberechtigten Dritten aufzuheben ist, wenn diese ohne oder aufgrund einer fehlerhaften UVP-Vorprüfung erteilt wurde. Es käme hierbei nicht darauf an, dass die Beschwerdeführerin die Verletzung eigener materieller Rechte geltend mache. Die Klageberechtigung der Beschwerdeführerin ergebe sich vorliegend aus der Nähe ihres Wohnhauses zu den genehmigten Anlagen.

Weiter führte das Gericht aus, dass bei den Prüfungsanforderungen zwischen einer standortbezogenen Vorprüfung im Einzelfall und einer allgemeinen Vorprüfung im Einzelfall zu unterscheiden sei. Im Rahmen einer standortbezogenen Vorprüfung im Einzelfall nach § 3c Satz 2 UVPG sei lediglich der Frage nachzugehen, ob das Vorhaben aufgrund besonderer örtlicher Gegebenheiten gemäß den in der Anlage 2 Nr. 2.3 zum UVPG aufgeführten Schutzkriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen erwarten lässt.

¹ VG Kassel; Beschluss vom 4. April 2016 – 1 L 2532/15.KS.

Die Aufzählung der in Nr. 2.3.1 ff aufgeführten Schutzgebiete sei zwar nicht abschließend, dies dürfe aber nicht zu einer Gleichstellung mit den Anforderungen an eine allgemeine Vorprüfung im Einzelfall nach § 3c Satz 1 UVPG führen. Artenschutzrechtliche Belange seien also nur insoweit relevant, wie dadurch Schutzzwecke bzw. Erhaltungsziele ausgewiesener Schutzgebiete oder aber ein vergleichbar sensibler Lebensraum dieser Tierarten betroffen sei. Die vorliegend durch die Anlagenstandorte betroffenen Schutzgebiete dienten jedoch nicht dem Schutz des Rotmilans. Auch handele es sich nicht um ein vergleichbar sensibles Gebiet, welches aufgrund der Umstände wie ein Rotmilan-Schutzgebiet zu behandeln sei.

Fazit

Die Rechtsprechung zu Umfang und Inhalt der UVP ist mittlerweile ausgesprochen detailreich geworden und divergiert zwischen den einzelnen Oberverwaltungsgerichten merklich. In dieser Entscheidung bemüht sich der VGH Kassel um eine Abgrenzung zwischen den Voraussetzungen der standortbezogenen und der allgemeinen Vorprüfung im Einzelfall. Dabei folgt er der Rechtsprechung des VGH München und des OVG Magdeburg.² Danach müssen artenschutzrechtliche Belange im Rahmen der standortbezogenen Vorprüfung nur geprüft werden, wenn die betroffene Tierart durch ein in Anlage 2 Nr.2.3 zum UVPG genanntes und formell ausgewiesenes Schutzgebiet geschützt werden soll.

In Ausnahmefällen können nach Auffassung des VGH Kassel auch nicht formell unter Schutz gestellte Gebiet einem Schutzgebiet nach Anlage 2 Nr. 2.3 zum UVPG gleichgestellt werden. Dies gilt aber nur für den Fall, dass sich die Erforderlichkeit der Unterschutzstellung förmlich aufdrängt, weil der Lebensraum oder das Habitat in signifikanter Weise zur Erhaltung einer streng geschützten Art beiträgt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_lareda.html#docid:7639315

² OVG Magdeburg, Urteil vom 24. März 2015 – 2 L 184/10 sowie VGH München, Beschluss vom 10. Dezember 2015 – 22 CS 15.2247.

Genehmigungsverfahren, Landschaftsschutzgebietsverordnung, Befreiung OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. September 2016 – 12 LA 145/15

Da das gesteigerte Interesse am Ausbau regenerativer Energien nicht dazu geführt hat, dass naturschutzrechtlich eine besondere Privilegierung von Vorhaben der Windenergie in Landschaftsschutzgebieten geschaffen wurde, es namentlich an einem hierfür eigens geschaffenen Befreiungstatbestand fehlt, ist nicht davon auszugehen, dass nach den gesetzgeberischen Intentionen zugunsten solcher Vorhaben eine generelle Relativierung des Schutzes des Landschaftsbildes vor Beeinträchtigungen stattfinden soll. [...] (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall plante die Klägerin, drei Windenergieanlagen im Außenbereich der beigeladenen Gemeinde zu errichten. Der Großteil des Außenbereichs – einschließlich der geplanten Anlagenstandorte – sind als Landschaftsschutzgebiet geschützt. Die zuständige Genehmigungsbehörde versagte die Zulassung der Anlagen, da das Vorhaben im Widerspruch zum Schutzzweck der gültigen Landschaftsschutzgebietsverordnung stehe. Eine Befreiung von dem Bauverbot könne nicht erteilt werden. Gegen diese Bewertung ging die Klägerin gerichtlich vor.

Inhalt der Entscheidung

Wie die zuständige Genehmigungsbehörde und die Vorinstanz kam das OVG Lüneburg zu dem Ergebnis, dass die geplanten Windenergieanlagen das Landschaftsbild beeinträchtigten und ihre Errichtung deshalb unzulässig sei.

Eine mögliche Befreiung vom Bauverbot innerhalb des Landschaftsschutzgebiets lehnte das OVG ab. Die Klägerin hatte geltend gemacht, dass der Gesetzgeber durch die Aufnahme des Umweltschutzes in das Grundgesetz, den Erlass des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich sein Interesse am Ausbau der Windenergie an Land deutlich gemacht habe. Deshalb müssten die Befreiungstatbestände in Landschaftsschutzgebietsverordnungen, die – wie die hier in Frage stehende – noch vor Beginn der Energiewende in Kraft getreten sind, weit ausgelegt werden. Dem hielten die Lüneburger Richter entgegen, dass ein auf den Ausbau der Windenergie in Landschaftsschutzgebieten zugeschnittener Befreiungstatbestand im Naturschutzrecht fehle. Deshalb wolle der Gesetzgeber den Schutz des Landschaftsbildes offenbar nicht über die geregelten Befreiungsmöglichkeiten hinaus zugunsten der Windenergievorhaben einschränken.

Weiter führte die Klägerin an, dass auch die Tatsache, dass praktisch der gesamte Außenbereich als Landschaftsschutzgebiet geschützt sei und entsprechend kaum Alternativstandorte denkbar seien, bei der Auslegung des Befreiungstatbestandes berücksichtigt werden müsste. Auch diesem Vorbringen folgte das Gericht nicht. Die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich bedeute nicht, dass dort eine Mindestanzahl an Windenergieanlagen errichtet werden dürfe. Deshalb könne die Größe eines Landschaftsschutzgebietes die Auslegung eines Befreiungstatbestandes nicht beeinflussen.

Fazit

Ist die Errichtung einer Windenergieanlage mit dem Schutzzweck der Landschaftsschutzgebietsverordnung unvereinbar, bleibt die Möglichkeit einer Befreiung von diesem Verbot. Eine Befreiung kommt regelmäßig in Betracht, wenn überwiegende Gründe des Gemeinwohls dies erfordern. Es muss also abgewogen werden, ob das öffentliche Interesse an der Errichtung der Windenergieanlage dem Interesse am Schutz der Landschaft überwiegt.

Sowohl die Unterschutzstellung der Landschaft als auch mögliche Befreiungen haben in den einzelnen Bundesländern unterschiedliche Hintergründe und sind entsprechend uneinheitlich geregelt. Dies spiegelt sich auch in der Rechtsprechung zur Auslegung der Befreiungstatbestände wieder: So hatte das VG Minden im Jahr 2015 dem mit dem Ausbau der Windenergie verfolgten Klimaschutz in der Abwägung ein besonderes Gewicht beigemessen. Darüber hinaus müsse die Ablehnung einer Befreiung, wenn der Außenbereich einer Gemeinde weitgehend unter Natur- und Landschaftsschutz gestellt und

die Errichtung von Windenergieanlagen dadurch ausgeschlossen sei, besonders eingehend begründet werden.¹

Das OVG Lüneburg hat sich in dieser Entscheidung hingegen gegen eine weite Auslegung des Befreiungstatbestandes zugunsten des Windenergieausbaus ausgesprochen. Ebenso kann die Größe eines Landschaftsschutzgebiets nach Auffassung der Richter nicht dazu führen, die Anforderungen an eine Befreiung herabzusetzen.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<https://openjur.de/u/897451.html>

¹ VG Minden, Urteil vom 6. März 2015 – 11 K 1268/13.

Impressum

© FA Wind, Januar 2017

Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land e.V.
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B.

Text und Redaktion:

Dr. Marike Endell, Jenny Kirschey

V.i.S.d.P.:

Axel Tscherniak

Haftungsausschluss:

Die in diesem Rundbrief enthaltenen Angaben sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt worden. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Bei Fragen und Anregungen wenden Sie sich bitte an die Redaktion unter endell@fa-wind.de.

Wenn Sie Ihre Daten für den Rundbrief Windenergie und Recht ändern oder sich abmelden wollen, senden Sie uns einfach eine E-Mail an endell@fa-wind.de.

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

T +49 30 64 494 60 - 60 | F +49 30 64 494 60 - 61

post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de