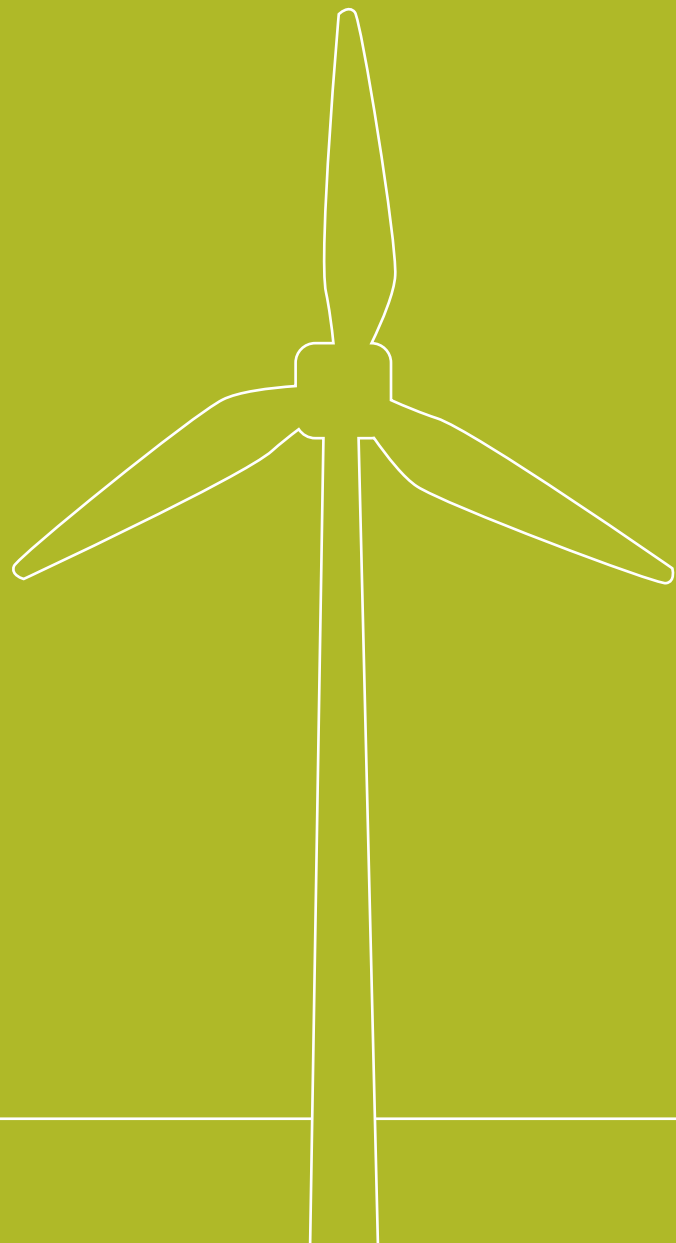
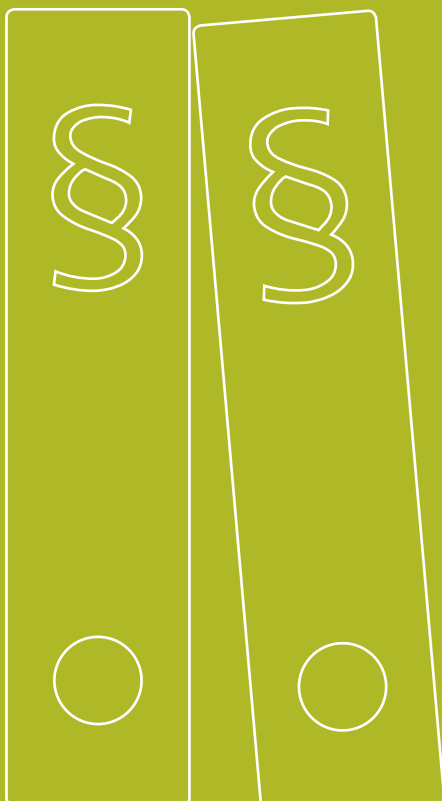




# Rundbrief Windenergie und Recht 1/2020



## Mitwirkende

Der Rundbrief Windenergie und Recht ist das Ergebnis der jüngsten Sitzung des Runden Tisches Windenergie und Recht. Im Rahmen des Runden Tisches diskutieren die Teilnehmer 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 Behörden, 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.

### **Thomas Aufleger**

NWP Planungsgesellschaft mbH

### **Katrin Crölle**

Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung Mecklenburg-Vorpommern

### **Christiane Donnerstag**

Ministerium für Umwelt, Energie, Ernährung und Forsten Rheinland-Pfalz

### **Dr. Marike Endell**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Dr. Deborah Fries**

Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie

### **Elisabeth Hartleb**

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE)

### **Dr. Jan Carl Lüers**

Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz

### **Christian Nieße**

innogy SE

### **Dr. Johannes Osing**

Märkischer Kreis

### **Prof. Dr. Marcel Raschke**

Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW

### **Annette Reisch**

ENERTRAG AG

### **Marianna Roscher**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Nina-Isabel Skrobanek**

bdew

### **Uwe Schlömer**

Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Energie des Landes Brandenburg

### **Prof. Dr. Wilhelm Söfker**

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

### **Martin Stiller**

Städte- und Gemeindebund NRW

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	3
Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonen, Anforderungen an eine Referenzanlage BVerwG, Beschluss vom 19. August 2019 – 4 BN 41.19.....	4
Normenkontrollverfahren, Teilflächennutzungsplan, Anforderungen an Bekanntmachung, Konzentrationszonenplanung, Ziele der Raumordnung, Mindestanzahl von Windenergieanlagen, Bürgerwindpark OVG Münster, Urteil vom 9. September 2019 – 10 D 36/17.NE .....	6
Genehmigung eines Flächennutzungsplans, Ziele der Raumordnung, Bindungswirkung für nachgeordnete Planungsebenen, harte und weiche Tabuzonen, FFH-Verträglichkeitsprüfung VGH Kassel, Urteil vom 26. August 2019 – 4 A 2426/17 .....	8
Normenkontrollverfahren, Veränderungssperre für „Repowering“-Bebauungsplan gem. § 249 Abs. 2 BauGB, Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Erledigung OVG Lüneburg, Urteil vom 13. November 2019 – 12 KN 26/18 .....	10
Genehmigungsverfahren, Radaranlage, bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung, Begriff des „Dienens“ i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, § 9 Abs. 8 EEG, gemeindliches Einvernehmen VG Schleswig, Beschluss vom 23. August 2019 – 8 B 42/19.....	12
Genehmigungsverfahren, Tiefflugstrecke, Bundeswehr; Zustimmungsvorbehalt, Luftfahrt, verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum OVG Lüneburg, Urteil vom 13. November 2019 – 12 LB 123/19 .....	14
Genehmigungsverfahren, Klagebefugnis, Vorbelastung, nachträgliche Anordnung, Grundrechte OVG Koblenz, Urteil vom 17. Oktober 2019 – 1 A 11941/17 .....	16
Genehmigungsverfahren, Abschaltauflage, signifikante Tötungsgefahr, Zugkorridor, Kranich OVG Koblenz, Urteil vom 31. Oktober 2019 – 1 A 11643/17 .....	18
Genehmigungsverfahren, Konzentrationswirkung, Waldumwandlung, UVP-Pflicht VGH Mannheim, Beschluss vom 17. Dezember 2019 – 10 S 823/19 .....	20

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

die Konzentrationszonenplanung stellt die Planungsträger aufgrund der hohen Anforderungen, die die Gerichte stellen, weiterhin vor große Herausforderungen. Im Rahmen eines Revisionsverfahrens hätte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) wichtige Hinweise zur fehleranfälligen Einordnung der Abstände zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung in harte und weiche Tabuzonen geben können. Allerdings hat das BVerwG die Beschwerde nicht zugelassen. Das BVerwG hat dies damit begründet, dass die aufgeworfenen Fragen allenfalls „im Stil eines Lehrbuchs“ beantwortet werden könnten. Dies sei aber nicht Aufgabe eines Revisionsverfahrens. Der Beschluss, der damit wichtige Fragen zur Bestimmung der harten Tabuzonen ungeklärt lässt, ist die erste in diesem Rundbrief besprochene Entscheidung.

In mehreren Fällen haben auch die Obergerichte zu Planungsfragen Stellung genommen. Drei dieser Entscheidungen haben wir in den Rundbrief aufgenommen: Das OVG Münster hat in einem aktuellen Urteil gefordert, im Rahmen der Planauslegung auch die Möglichkeit, Stellungnahmen auf elektronischem Wege abzugeben, zu nennen. Da dieser Hinweis im streitgegenständlichen Plan fehlte, hat es diesen für unwirksam erklärt. In materiell-rechtlicher Hinsicht hat es in Weiterführung der Rechtsprechung des BVerwG klargestellt, dass das planerische Ziel, mindestens drei Windenergieanlagen in einer Konzentrationszone zu errichten, für die Bemessung der harten Tabuzonen nicht ausschlaggebend sein dürfe.

Der VGH Kassel hat sich mit der Frage der Bindungswirkung von pauschalen Abstandsregelungen als Ziel der Raumordnung befasst. Die im hessischen Landesentwicklungsplan 2013 als Vorgabe an die Regionalplanung formulierte pauschale Abstandregelung von 1000 m zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung binde nur diese und schlage ohne eine entsprechende Umsetzung weder auf die Ebene der Bauleitplanung noch auf die Zulassungsebene durch. Entsprechend seien die Abstandsflächen ohne eine Umsetzung auf Regionalplanungsebene nicht als harte Tabuzonen einzustufen. Das OVG Lüneburg wiederum hat sich in einem weiteren hier vorgestellten Urteil mit den Anforderungen an eine Veränderungssperre für einen „Repowering“-Bebauungsplan befasst.

Zu Fragen im Zusammenhang mit der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung hat das VG Schleswig erstmals im August 2019 entschieden. Gegenstand der Entscheidung war die Zulässigkeit eines Radarmasts, mit dem das Befeuerungssystem für zahlreiche Anlagen gesteuert werden sollte. Nach Auffassung des VG Schleswig diene der Radarmast der Windenergienutzung und sei deshalb im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert zulässig.

Darüber hinaus finden Sie in diesem Rundbrief eine Entscheidung des OVG Koblenz zum Thema Windenergie und Tiefflugstrecken sowie eine weitere Entscheidung desselben Gerichts zur Frage der Klagebefugnis von gewerblichen Nachbarn eines Windparks.

Zu wichtigen Fragen des Naturschutzes haben in den vergangenen Monaten das OVG Koblenz und der VGH Mannheim geurteilt. Das OVG Koblenz hat sich in dem hier besprochenen Urteil umfassend mit der Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos im Rahmen einer Abschaltauflage auseinandergesetzt. Aufbauend auf dem Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) von Oktober 2018 (Az. 1 BvR 2523/13) verneint es in diesem Zusammenhang eine Einschätzungsprärogative der Behörde. Die Frage nach dem signifikant erhöhten Tötungsrisiko für ziehende Kraniche sei aufgrund der eindeutigen wissenschaftlichen Bewertung jedenfalls im vorliegenden Fall eine gerichtlich zu beantwortende Rechtsfrage. Der VGH Mannheim wiederum entschied, dass eine Waldumwandlung aufgrund der Konzentrationswirkung stets im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu erteilen sei.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre!

Ihre



Dr. Antje Wagenknecht

Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonen, Anforderungen an eine Referenzanlage

## **BVerwG, Beschluss vom 19. August 2019 – 4 BN 41.19**

**Die Frage, welche inhaltlichen Anforderungen an die typisierende Betrachtung der zu erwartenden Anlagenhöhe bei der Festlegung von harten Abstandsradien um Wohnbauflächen und Gewerbegebiete im Rahmen der Konzentrationszonenplanung für Windenergieanlagen zu stellen sind, rechtfertigt nicht die Zulassung der Revision.  
(redaktioneller Leitsatz)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Hintergrund dieses Revisionsverfahren ist ein Normenkontrollantrag vor dem OVG Lüneburg, mit welchem sich die Antragstellerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, gegen die 7. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin, einer Samtgemeinde, gewandt hatte. Mit dem Flächennutzungsplan hatte die Antragsgegnerin mehrere neue Konzentrationszonen für die Windenergienutzung ausgewiesen und diese an anderen Stellen im Plangebiet ausgeschlossen.

Das OVG Lüneburg gab dem Normenkontrollantrag statt und erklärte die Ausschlusswirkung der Windenergienutzung im Plangebiet für unwirksam.<sup>1</sup> Insbesondere liege ein erheblicher Abwägungsfehler im Hinblick auf den Abstandsradius vor, den die Antragsgegnerin als harte Tabuzone um die Siedlungsflächen und Gewerbegebiete gelegt hatte. Eine um Siedlungsflächen gelegte harte Tabuzone anhand des Gebots der Rücksichtnahme wegen „optisch bedrängender Wirkung“ auf das Zweifache der Höhe einer Referenzanlage festzulegen, sei grundsätzlich zulässig. Allerdings bewertete das OVG Lüneburg den Abstandsradius vorliegend als fehlerhaft, da die Höhe der Referenzanlage nicht vollständig von der Planbegründung getragen werde.

Das OVG Lüneburg ließ die Revision gegen die Entscheidung nicht zu. Dagegen legte die Antragsgegnerin Beschwerde ein.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das BVerwG wies die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurück. Eine grundsätzliche Bedeutung komme der Rechtssache nicht zu.

Die das Anliegen der Beschwerde zusammenfassende Frage, welche inhaltlichen Anforderungen bei einer typisierenden Betrachtung an die Anlagenhöhe im Rahmen der Festlegung von harten Abstandsradien zu stellen sind, rechtfertige die Zulassung der Revision nicht. Diese Frage könne allenfalls im Stil eines Lehrbuchs beantwortet werden. Das sei aber nicht die Aufgabe eines Revisionsverfahrens. (Rn. 3)

Offen ließ das BVerwG auch die Frage, ob der Planungsträger sich bei der Wahl der Referenzanlage an einer Anlagenhöhe orientieren dürfe, die für einen wirtschaftlichen Betrieb notwendig sei. Diese Frage würde sich im angestrebten Revisionsverfahren nicht stellen und könne daher nicht beantwortet werden. (Rn. 4)

### **Fazit**

Die Festlegung der harten Tabuzonen aufgrund zwingend einzuhaltender Schutzabstände zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung ist eine Hauptfehlerquelle in Plänen zur Steuerung der Windenergie. Die Lärmimmissionen, die von Windenergieanlagen ausgehen, werden maßgeblich durch den Anlagentyp, den genauen Standort, die Topografie der Landschaft und letztendlich auch der Betriebsweise der Anlage bestimmt. Diese Parameter werden jedoch regelmäßig erst im Genehmigungsverfahren festgelegt; im Planungsverfahren sind sie noch weitgehend unbekannt. Obwohl die Rechtsprechung hier eine Typisierung zulässt, lassen sich die auf Grundlage der TA Lärm zwingend einzuhaltende Abstände ohne die Kenntnis der genannten Parameter aus planerischer Sicht kaum verlässlich ermitteln.

Vor diesem Hintergrund lässt es das OVG Lüneburg zu, bei der Bestimmung der harten Tabuzonen Abstände zugrunde zu legen, die sich aus der Vermeidung der optisch bedrängenden Wirkung ergeben.<sup>2</sup> Aus planerischer Sicht scheint dieser Weg gangbar zu sein. Aus juristischer Sicht stellen sich zumindest

<sup>1</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 25.4.2019 – [12 KN 226/17](#) (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen).

<sup>2</sup> So bereits OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, [Rn. 42](#) (in Rundbrief [3/2017](#) besprochen).

Fragen, da die TA Lärm als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift im Hinblick auf die Einhaltung der Vorgaben des BImSchG grundsätzlich durch die Gerichte zu beachten ist.

Eine Aussage des BVerwG zu der vom OVG Lüneburg aufgezeigten Alternative hätte bei der fehlerbehafteten Frage der Einordnung von Abstandsflächen in das Raster der Tabuzonen zu mehr Rechtssicherheit führen können und wäre insofern für die Planungspraxis von großer Bedeutung gewesen. Gleiches gilt im Hinblick auf eine rechtssichere Bestimmung der Referenzanlagen. Aufgrund der Zurückweisung der Beschwerde durch das BVerwG bleiben diese wichtigen Fragen jedoch weiter ungeklärt mit der Folge, dass umsetzbare Vorgaben für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung in diesem Bereich nach wie vor fehlen.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<https://www.bverwg.de/190819B4BN41.19.0>

Normenkontrollverfahren, Teilflächennutzungsplan, Anforderungen an Bekanntmachung, Konzentrationszonenplanung, Ziele der Raumordnung, Mindestanzahl von Windenergieanlagen, Bürgerwindpark  
**OVG Münster, Urteil vom 9. September 2019 – 10 D 36/17.NE**

**1. Die ältere Rechtsprechung des BVerwG, wonach die Formulierung, Bedenken und Anregungen könnten „schriftlich oder zur Niederschrift“ vorgetragen werden, § 3 Abs. 2 BauGB nicht widerspreche, erscheint angesichts der inzwischen weit verbreiteten elektronischen Übertragungswege und des Umstandes, dass die ausgelegten Unterlagen auch im Internet eingesehen werden können, überholt.**

**2. Allein das Ziel, mindestens drei Windenergieanlagen in einer Konzentrationszone zu ermöglichen, darf nicht ausschlaggebend für die Bestimmung harter Tabuzonen sein.**

**3. Die Bereitschaft, Windenergieanlagen in Form eines Bürgerwindparks zu betreiben, stellt keinen städtebaulichen Belang dar, dem bei der im Rahmen der Auswahl von Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie zu treffenden Abwägungsentscheidung Bedeutung zukommen kann.**  
(redaktionelle Leitsätze)

### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, wandte sich gegen den Sachlichen Teilflächennutzungsplan – Konzentrationszonen für Windenergie – (Teilflächennutzungsplan) der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin plant, mehrere Windenergieanlagen außerhalb der im Teilflächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationsflächen zu errichten.

Neben formellen Fehlern rügte die Antragstellerin, dass im Teilflächennutzungsplan die Potenzialfläche B nicht ausgewiesen worden sei und der Plan damit gegen den Regionalplan und das Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB verstoße. Zwar würde die Potenzialfläche B auch im Regionalplan nicht als Vorranggebiet berücksichtigt, dies sei aber sachlich nicht gerechtfertigt und deshalb unbeachtlich. Darüber hinaus seien die harten Tabuzonen fehlerhaft bemessen. Zuletzt machte die Antragstellerin eine Verletzung des Kopplungsverbots geltend, da die Bereitschaft der Grundeigentümer, ihre Flächen Bürgerwindparks zur Verfügung zu stellen, mit in den Abwägungsvorgang eingeflossen sei.

### Inhalt der Entscheidung

Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin hatte Erfolg.

Das OVG Münster erklärte den Teilflächennutzungsplan bereits aus formellen Gründen für unwirksam. Zunächst genüge die Bekanntmachung des Flächennutzungsplans den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht. Aufgrund der Rechtsnormqualität der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sei es erforderlich, dass sich der räumliche Geltungsbereich des Plans sowie das Konzept der Konzentrationszonenplanung eindeutig aus der Bekanntmachung ergäben. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Fehlerhaft sei außerdem die Auslegung des Plans gewesen. Die Antragsgegnerin hatte im Rahmen der Auslegung Einwendungen „schriftlich oder zur Niederschrift“ zugelassen. Diese Formulierung impliziere, dass Einwendungen per E-Mail nicht zulässig seien. Dies sei aber nicht zutreffend; vielmehr lasse § 3 Abs. 2 BauGB auch Stellungnahmen auf elektronischem Wege zu. (Rn. 37 ff.)

Aufgrund der Beachtlichkeit der formellen Fehler komme es auf das Vorliegen der materiellen Fehler nicht an. Im Hinblick auf eine mögliche Heilung wies das OVG Münster aber auf folgende Punkte hin:

Den von der Antragstellerin gerügten Verstoß gegen § 1 Abs. 4 BauGB verneinte das Oberverwaltungsgericht. Selbst wenn die Zielvorgaben des Regionalplans wegen der Nichtberücksichtigung der Potenzialfläche B unwirksam wären, stünde die Nichtberücksichtigung dieser Potenzialfläche als Konzentrationsfläche jedenfalls nicht im Widerspruch zu den Zielen der Raumordnung. (Rn. 53 f.)

Darüber hinaus seien die harten Tabuzonen fehlerhaft ausgewählt. Bei der Bemessung des zur Einhaltung der Grenzwerte der TA Lärm erforderlichen Mindestabstands hätte die Antragsgegnerin nicht von mindestens drei Anlagen pro Konzentrationszone ausgehen dürfen. Das planerische Ziel, mindestens drei Anlagen in einer Konzentrationszone zu errichten, dürfe nicht ausschlaggebend für die Bestimmung der harten Tabuzonen sein. Es könne allenfalls in die Abwägung mit einfließen. (Rn. 50 ff.)

Weiter ging das OVG Münster auf die Einordnung von Flächen in Landschaftsschutzgebieten ein. Es verdeutlichte, dass es für die Qualifizierung der Fläche als weiche Tabuzone oder Potentialfläche unerheblich sei, ob die zuständige Naturschutzbehörden eine Befreiung für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen für die entsprechenden Flächen in Aussicht gestellt habe. Maßgeblich sei hierfür die tatsächliche Möglichkeit der Erteilung einer Befreiung, die vom Planungsträger zu bewerten sei (Rn. 57).

Zuletzt wies der Senat darauf hin, dass die Bereitschaft, Windenergieanlagen in Form von Bürgerwindparks zu betreiben, keinen städtebaulichen Belang darstelle. Die Bereitschaft der Grundeigentümer, ihre Flächen Bürgerwindparks zur Verfügung zu stellen, könne in der Abwägung also nicht berücksichtigt werden (Rn. 58).

## Fazit

Neben typischen Fehlerquellen waren in dieser Entscheidung auch neue Anforderungen an die Bekanntmachung der Planentwürfe im Rahmen der Auslegung Grund für die Unwirksamkeit der Konzentrationszonenplanung: Sowohl an die Bekanntmachung als auch an die Auslegung von Flächennutzungsplänen mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stellen jedenfalls das OVG Münster und das OVG Lüneburg in mittlerweile ständiger Rechtsprechung hohe Anforderungen.<sup>1</sup> Der Bürger muss sowohl aus der Bekanntmachung der Auslegung als auch aus der Bekanntmachung des Plans das Konzept der Konzentrationszonenplanung und den Umfang des gesamten Plangebiets erkennen können.

Darüber hinaus fordert das OVG Münster im Rahmen der Planauslegung den ausdrücklichen Hinweis, dass Stellungnahmen nicht nur schriftlich und zur Niederschrift, sondern auch per E-Mail abgegeben werden können. Dabei grenzt sich das OVG Münster ausdrücklich von der Rechtsprechung des BVerwG ab, der zufolge die Formulierung, Bedenken und Anregungen könnten „schriftlich oder zur Niederschrift“ vorgetragen werden, den Anforderungen des § 3 Abs. 2 BauGB entspricht.<sup>2</sup> Angesichts der verbreiteten Kommunikation auf elektronischem Wege erscheine diese überholt. Einen entsprechenden Verfahrensfehler wertet das OVG Münster als beachtlich nach § 214 Abs. 1 Nr. 2 1. Halbs. BauGB.<sup>3</sup>

In Weiterführung der Rechtsprechung des BVerwG<sup>4</sup> hat das OVG Münster überdies klargestellt, dass ein Plangeber bei der Berechnung der aufgrund der TA Lärm zwingend einzuhaltenden Abstände nicht zugrunde legen darf, dass in jeder Konzentrationszone mindestens drei Windenergieanlagen errichtet werden sollen. Dieses Planungsziel könne nur im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden. Dies wiederum dürfte zur Folge haben, dass ein solches Planungsziel allenfalls zu einem größeren Schutzabstand führen könnte.

Nachvollziehbar weist das OVG Münster zuletzt darauf hin, dass die Bereitschaft von Flächeneigentümern, ihre Flächen lediglich Bürgerenergiewindparks zur Verfügung zu stellen, kein bodenrechtlicher Belang ist. Zwar spricht der Gesetzgeber Bürgerenergiegesellschaften nach § 36g EEG bestimmte Vorteile im Ausschreibungsverfahren zu; im Rahmen der Flächenausweisung darf sich eine Gemeinde aber nicht von den Interessen an (gemeindeeigenen) Bürgerwindparks leiten lassen. Diesen Interessen kommt kein stärkeres Gewicht zu als anderen privaten Interessen.<sup>5</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2019/10\\_D\\_36\\_17\\_NE\\_Urteil\\_20190909.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2019/10_D_36_17_NE_Urteil_20190909.html)

---

<sup>1</sup> OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, [Rn. 39 ff.](#) (in Rundbrief [2/2018](#) besprochen); OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, [Rn. 40 ff.](#)

<sup>2</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.1.1997 – 4 NB 39.96, Rn. 9.

<sup>3</sup> Vgl. bereits OVG Münster, Urt. v. 21.01.2019 – 10 D 23/17.NE, [Rn. 66 ff.](#)

<sup>4</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18, [Rn. 21 ff.](#) (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

<sup>5</sup> Vgl. dazu OVG Schleswig, Urt. v. 19.2.2015 – 1 KN 1/14, [Rn. 37](#) (in Rundbrief [1/2016](#) besprochen).



Genehmigung eines Flächennutzungsplans, Ziele der Raumordnung, Bindungswirkung für nachgeordnete Planungsebenen, harte und weiche Tabuzonen, FFH-Verträglichkeitsprüfung

## **VGH Kassel, Urteil vom 26. August 2019 – 4 A 2426/17**

**1. Das Ziel Z 3 lit. b der 2. LEP-Änderung 2013 (Hessen), wonach zwischen „Vorranggebieten zur Nutzung der Windenergie“ und bestehenden und geplanten Siedlungsgebieten ein Mindestabstand von 1.000 m zu wahren ist, ist im Rahmen der Flächennutzungsplanung kein „hartes Tabukriterium“.**

**2. Das Ziel 3 lit. b der 2. LEP-Änderung 2013 (Hessen) entfaltet auf der Zulassungsebene keine Wirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BauGB. (amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Klägerinnen, 12 Kommunen des Odenwaldkreises, begehrten die Genehmigung des gemeinsamen Flächennutzungsplans – Sachlicher Teilbereich Windkraft (Teilflächennutzungsplan).

Das Land hatte die Genehmigung des Teilflächennutzungsplans versagt, da dieser teilweise abwägungsfehlerhaft sei. Die Klägerinnen hätten das Ziel Z 3 lit. b der 2. Änderung des Landesentwicklungsplans Hessen 2000 – Vorgaben zur Nutzung der Windenergie – vom 27. Juni 2013 (LEP 2013), nach welchem bei der Ausweisung von Vorranggebieten zu bestehenden und geplanten Siedlungsgebieten ein Mindestabstand von 1.000 m zu wahren sei, zu Unrecht als hartes Tabukriterium gewertet. Zudem lägen einige Flächen teilweise innerhalb eines Vogelschutzgebietes. Der Nachweis, dass Windenergieanlagen auf diesen Flächen verträglich i.S.d. § 34 Abs. 2 BNatSchG seien, sei von den Klägerinnen nicht erbracht worden.

In erster Instanz gab das VG Darmstadt der Klage statt.<sup>1</sup>

### **Inhalt der Entscheidung**

Der VGH Kassel gab der Berufung des Landes statt. Die Klägerinnen hätten den in Ziel Z 3 lit. b LEP 2013 vorgegebenen Mindestabstand nicht als harte Tabuzone einordnen dürfen, so der Verwaltungsgerichtshof. Dieses Ergebnis stützte er auf folgende Argumente:

Zum einen richte sich das Ziel Z 3 lit. b LEP 2013 über den einzuhaltenden Mindestabstand lediglich an die Regionalplanung, nicht aber an die nachgeordneten Planungsebenen. Zwar dürften grundsätzlich auch solche Flächen als harte Tabuzonen behandelt werden, die der planerischen Abwägung entzogen sind. Dies gelte etwa, wenn Darstellungen auf Ebene der Bauleitplanung bestehenden regionalplanerischen Vorgaben aufgrund des Anpassungsgebots in § 1 Abs. 4 BauGB bzw. der in § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG geregelten Beachtungspflicht entsprechen müssen. Indem die Zielfestlegung ausdrücklich als Vorgabe der Landes- an die Regionalplanung formuliert wurde, setze die Geltung der Abstandsregelung auf Ebene der Flächennutzungsplanung aber eine entsprechende Regelung der Regionalplanung voraus. An dieser fehle es hier.

Eine Begrenzung einer Zielvorgabe auf die nachgeordnete Planungsebene sei auch mit § 4 Abs. 1 ROG bzw. § 1 Abs. 4 BauGB zu vereinbaren. Die Bindungswirkung eines Ziels der Raumordnung schlage nach § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG nicht zwingend auf alle Planungsebenen durch und könne vom Träger der Landesentwicklungsplanung eingeschränkt werden.

Auch entfalte das Ziel auf der Zulassungsebene keine Bindungswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 2 1. Halbs. BauGB. Als Begründung verweist das Gericht auch in diesem Zusammenhang auf die Formulierung des Ziels als Vorgabe an die Regionalplanung.

In einem zweiten Argumentationsstrang verwies der Senat darauf, dass ein „Durchschlagen“ der Zielvorgabe auf die Zulassungsebene zudem nicht mit dem Regelungszweck der Privilegierung der Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB einerseits und dem Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an-

---

<sup>1</sup> VG Darmstadt, Urt. v. 27.9.2017 – 2 K 12/16.

dererseits vereinbar sei. Die Standortsteuerung erfordere neben einer Ausschlusswirkung stets eine positive Standortzuweisung. Käme dem Ziel eine Bindungswirkung auch für die nachgeordneten Ebenen zu, folgte daraus lediglich ein Ausschluss von Anlagen ohne eine gleichzeitige positive Ausweisung. Aus diesem Grund könne dem Ziel 3 lit. b des LEP 2013 auf der Zulassungsebene keine Wirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BauGB zukommen.

Nach Ansicht des Gerichts spreche hingegen viel dafür, dass zumindest die Verträglichkeitsprüfung i.S.d. § 34 Abs. 2 BNatSchG ordnungsgemäß durchgeführt worden sei. Im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung sei es zulässig, diese auf solche Gebietsteile zu beschränken, die für den Erhaltungszustand der im Vogelschutzgebiet geschützten Art relevant seien.

## Fazit

In diesem Urteil bezieht der VGH Kassel zur wichtigen Frage der Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung auf nachgeordnete Planungsebenen Stellung. Der im LEP 2013 als Ziel aufgenommene Mindestabstand von 1000 m binde aufgrund seiner eindeutigen Formulierung als Vorgabe an die Regionalplanung allein diese Planungsebene. Ein „Durchgreifen“ auf die nachgeordneten Planungsebenen auf Grundlage des § 1 Abs. 4 BauGB (für die Bauleitplanung) bzw. auf Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 2 1. Halbs. BauGB (für die Zulassungsebene) verneinte der Verwaltungsgerichtshof entsprechend. Aufgrund der klaren Begrenzung der Zielvorgabe im LEP 2013 auf die Ebene der Regionalplanung ist dies nachvollziehbar. Die Begrenzung einer solchen Zielvorgabe auf die nachgeordnete Planungsebene ist zudem sinnvoll, da so die Planungskaskade gewahrt wird und das System der Steuerung der Windenergie nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB greifen kann.

Inwieweit dieses Ergebnis auch auf den Umfang der Bindung anderer Abstandsvorgaben auf Ebene der Landesplanung übertragen werden kann,<sup>2</sup> muss zumindest mit einem Fragezeichen versehen werden. Ist eine Zielvorgabe nicht ausdrücklich an die nachgeordnete Planungsebene adressiert, greift jedenfalls das stärkste Argument des VGH Kassel nicht. Das zweite Argument des Verwaltungsgerichtshofs – nämlich der Verweis auf das Regelungsregime des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB – verfinde hingegen auch in dieser Fallkonstellation.<sup>3</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE190036273>

---

<sup>2</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Vorgaben FA Wind, [Überblick zu den Abstandsempfehlungen zur Ausweisung von Windenergiegebieten in den Bundesländern](#), Stand September 2019.

<sup>3</sup> So auch Wegner, Anmerkung zu VG Kassel, Urt. v. 25.10.2017 – 7 K 117/15.KS, ZNER 2018, 179 (181).

Normenkontrollverfahren, Veränderungssperre für „Repowering“-Bebauungsplan gem. § 249 Abs. 2 BauGB, Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Erledigung  
**OVG Lüneburg, Urteil vom 13. November 2019 – 12 KN 26/18**

**1. Eine während der Anhängigkeit eines zulässigen Normenkontrollantrags außer Kraft getretene Rechtsnorm – wie hier die Veränderungssperre – kann durch das Normenkontrollgericht überprüft werden, wenn dem Erfordernis der Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO genügt ist und ein berechtigtes Interesse des Normenkontrollantragstellers an der Feststellung besteht, dass die Norm ungültig war (vgl. BVerwG, Beschluss vom 2. September 1983 – 4 N 1/83).**

**2. Eine Veränderungssperre ist nur dann als Sicherungsmittel ungeeignet, wenn sich die beabsichtigte Planung als offensichtlich rechtswidrig erweist und der Mangel schlechterdings nicht zu beheben ist. In diesem Rahmen ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in § 249 Abs. 2 BauGB die Verknüpfung der Errichtung von Neuanlagen mit dem Abbau von Altanlagen ausdrücklich für zulässig erachtet hat. (amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall ging die Antragstellerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, gegen eine von der Antragsgegnerin erlassene Veränderungssperre vor. Diese hatte die Antragsgegnerin im Februar 2016 im Rahmen der Aufstellung des Bebauungsplans Nr. 8 für den Windpark Brest beschlossen. Mit dem Bebauungsplan Nr. 8 wollte die Antragsgegnerin den Bebauungsplan Nr. 4 für den Windpark Brest aufheben und ersetzen.

Die Antragstellerin beantragte im Mai 2016 eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage in dem Gebiet, welches durch den sich in Aufstellung befindlichen Bebauungsplan Nr. 8 überplant werden sollte. Die Erteilung der Genehmigung lehnte die Antragsgegnerin unter anderem aufgrund der Veränderungssperre ab.

Nachdem der Bebauungsplan Nr. 8 im September 2018 in Kraft getreten war, beantragte die Antragstellerin im Hinblick auf die Geltendmachung möglicher Amtshaftungsansprüche die Feststellung der Unwirksamkeit der Veränderungssperre.

### Inhalt der Entscheidung

Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin war zulässig, aber unbegründet.

Auch eine Rechtsnorm, die während der Anhängigkeit eines Normenkontrollantrags außer Kraft getreten sei, könne durch das Normenkontrollgericht überprüft werden, so das OVG Lüneburg. Dies gelte auch für eine Veränderungssperre. Voraussetzung dafür sei, dass neben der Antragsbefugnis auch ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an der Feststellung bestehe, dass die Norm ungültig war. Dies sei jedenfalls im vorliegenden Fall aufgrund der erwogenen Geltendmachung von Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüchen der Fall. (Rn. 26 ff.)

Der Antrag sei jedoch unbegründet, da die Veränderungssperre rechtmäßig sei. Zunächst weise der Aufstellungsbeschluss des Bebauungsplans Nr. 8 keinen Mangel auf. Insbesondere sei die Bekanntmachung einschließlich der Anstoßwirkung fehlerfrei erfolgt. (Rn. 36 ff.)

Die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Planung erweise sich auch nicht als offensichtlich rechtswidrig, sodass die Veränderungssperre als Sicherungsinstrument geeignet sei. Insbesondere hatte das Gericht keine Zweifel am Vorliegen hinreichender städtebaulicher Gründe für die Neuaufstellung des Bebauungsplans Nr. 8. Das OVG Lüneburg wies darauf hin, dass § 11 Abs. 2 BauNVO vorsehe, die Standortsteuerung von Windenergieanlagen auch innerhalb von sogenannten Konzentrationszonen durch Bebauungspläne feinzusteuern. Eine solche aktive Steuerung durch die Kommune zielle auf eine – planerisch sinnvolle – geordnete Flächennutzung innerhalb der Flächen ab. Darüber hinaus habe der Gesetzgeber in § 249 Abs. 2 BauGB die Verknüpfung der Errichtung von Neuanlagen mit dem Abbau von Altanlagen ausdrücklich für zulässig erachtet hat. Der Rückgriff der Antragsgegnerin auf diese Option rechtfertigten die Neuplanung. (Rn. 52 ff.)

## Fazit

Das OVG Lüneburg hat in seinem Urteil zunächst festgehalten, dass im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens auch bereits außer Kraft getretene Normen überprüft werden können. Damit bestätigt es die bestehende Rechtsprechung, nach der dafür eine Antragsbefugnis besteht, sofern ein entsprechendes Interesse des Antragstellers vorliegt.<sup>1</sup>

Weiter lassen sich der Entscheidung hilfreiche Hinweise für das fehleranfällige Verfahren für den Aufstellungsbeschluss entnehmen. Die Antragstellerin hatte unter anderem eine nicht hinreichende Erkennbarkeit des Geltungsbereichs im Aufstellungsbeschluss, eine fehlerhafte Zuständigkeit des Verwaltungsausschusses sowie die Mitwirkung von Mitgliedern des Verwaltungsausschusses, die selbst oder deren Familienmitglieder über Eigentum im Plangebiet verfügten, gerügt. Hier – aber auch bei der ortsüblichen Bekanntmachung einschließlich der Anstoßwirkung – konnte das Gericht jedoch keine Fehler erkennen.

Zuletzt weist das Gericht in dieser Entscheidung darauf hin, dass im Fall eines geplanten Repowerings – also der Verknüpfung der Errichtung von Neuanlagen mit dem Abbau von Altanlagen – in der Regel ein hinreichendes bauplanerisches Konzept gegeben sei. Begründet wird dies mit der Vorschrift des § 249 Abs. 2 BauGB, in der der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Repowerings ausdrücklich genannt hat. Wird die Erforderlichkeit eines solchen Planes bewertet, müsse diese Möglichkeit berücksichtigt werden.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWRE190004093&psml=bsndprod.psml&max=true>

---

<sup>1</sup> Vgl. auch im Zusammenhang mit einer Veränderungssperre VGH München, Beschl. v. 1.10.2008 – 1 N 08.2271.

Genehmigungsverfahren, Radaranlage, bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung, Begriff des „Dienens“ i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, § 9 Abs. 8 EEG, gemeindliches Einvernehmen

## **VG Schleswig, Beschluss vom 23. August 2019 – 8 B 42/19**

**1. Bei einem Radarmast, welcher in einem Umkreis von 25 km Durchmesser eine Vielzahl von Windenergieanlagen mit einem Signal zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung versorgen kann, handelt es sich um eine Anlage, die der Nutzung der Windenergie i.S.v. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB dient.**

**2. Aus dem Tatbestandsmerkmal des „Dienens“ lässt sich nicht zwingend ableiten, dass ein räumlich-funktionaler Zusammenhang zu einer konkreten Windenergieanlage oder einem konkreten Windpark gegeben sein muss. Dies folgt bereits daraus, dass – anders als bei den Tatbeständen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB – das Vorhaben nicht einem konkreten, ortsbezogenen „Betrieb“ dienen muss, sondern vielmehr nur allgemein der „Nutzung der Windenergie“.**

**(redaktionelle Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Antragsgegner ist der Kreis D. Dieser erteilte der Beigeladenen eine Baugenehmigung zur Errichtung eines ca. 35 m hohen Radarmasten. Mit dem Radarmast soll die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung einer Vielzahl von Windenergieanlagen in einem Umkreis von ca. 25 km gesteuert werden. Der Mast selbst befindet sich mehrere 100 m von den Windenergieanlagen entfernt (sog. cone of silence).<sup>1</sup> Alternative Standorte im Innenbereich oder Nachbargemeinden wurden abgewogen. Mit Bescheid aus Mai 2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheids aus August 2019 ersetzte der Antragsgegner das fehlende gemeindliche Einvernehmen durch die Antragsgegnerin hinsichtlich der Genehmigung und ordnete zugleich deren sofortige Vollziehung an.

Die Antragstellerin legte erfolglos Widerspruch gegen die Baugenehmigung ein und erhob im August 2019 hiergegen Klage. Nunmehr begehrt die Antragstellerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das VG Schleswig wies den Antrag als unbegründet zurück. Insbesondere die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB sei offensichtlich rechtmäßig erfolgt. (Rn. 5)

Das Verwaltungsgericht ist der Ansicht, dass das Einvernehmen rechtswidrig versagt wurde, da der Radarmast genehmigungsfähig sei. Der Mast sei ein nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes Vorhaben, da er der Nutzung der Windenergie diene. Windenergieanlagen, so führt das Verwaltungsgericht aus, sind ab 100 bzw. 150 m kennzeichnungspflichtige Bauwerke i.S.d. allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (AVV Kennzeichnung). § 9 Abs. 8 EEG 2017 sehe in Zukunft eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung für kennzeichnungspflichtige Anlagen vor.

Dem Erfordernis des Dienens aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB lasse sich insbesondere nicht zwingend entnehmen, dass zwischen Windenergieanlage bzw. dem Windpark und dem Radarmast ein räumlich-funktionaler Zusammenhang bestehen müsse. Während die Anlagen i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB einem konkreten, ortsbezogenen Betrieb gelten müssten, werde im Rahmen des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nur auf die „Nutzung der Windenergie“ Bezug genommen. (Rn. 6)

Auch stünden dem Vorhaben keine öffentlichen Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Nr. 3, 5 BauGB entgegen. Vor allem bestünden keine schädlichen Umwelteinwirkungen, was sich aus der Standortbescheinigung der Bundesnetzagentur ergebe. (Rn. 7)

---

<sup>1</sup> FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, Berlin 2018, [S. 13 f., 20 f.](#)

## Fazit

Der vorliegende Beschluss befasst sich, als eine der ersten gerichtlichen Entscheidungen, mit dem Themenbereich der bedarfsgerechten bzw. bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen. Vor dem Hintergrund der Neueinführung des § 9 Abs. 8 EEG wird diesem Themenfeld in Zukunft eine erhebliche Relevanz für Neuanlagen, aber auch für bis zu 17.500 Bestandswindenergieanlagen zukommen.<sup>2</sup> Gegenstand dieser Entscheidung ist der Radarmast eines sog. Aktivradars. Dieses stellt eine von mehreren technischen Systemen dar, mit dem sich eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung realisieren lässt.

Zentrale Fragestellung ist vorliegend, inwiefern ein Radarmast zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung vieler Windenergieanlagen der Nutzung der Windenergie i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB dient. Inwiefern sich das „Dienen“ i.S.d. Norm generell von dem der Tatbestände nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB unterscheidet, ist bislang nicht abschließend geklärt. Das Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang mit seiner Bezugnahme auf die Ausstattungspflicht nach § 9 Abs. 8 EEG 2017 eine interessante Erwägung eingebracht, die keineswegs unberücksichtigt bleiben sollte. Es ist nicht ganz eindeutig, inwiefern der – nur für kennzeichnungspflichtige Anlagen geltenden – technischen Ausstattungspflicht baurechtliches Gewicht zukommt. Es zeigt sich jedoch, dass vor dem Hintergrund schneller technischer Innovationen ein weites Verständnis des Privilegierungstatbestandes geboten erscheint.

Das OVG Schleswig hat die Beschwerde gegen den hier besprochenen Beschluss zurückgewiesen, die Frage nach der Privilegierung eines Radarmasten jedoch nicht endgültig geklärt. Zwar könne „eine Privilegierung der Radaranlage nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht offensichtlich bejaht werden (...), (...) dies führt aber nicht dazu, dass der Bescheid wegen offensichtlich fehlender Privilegierung offensichtlich rechtswidrig ist.“<sup>3</sup>

Unabhängig von der Tragweite der baurechtlichen Themen werden die Vorgaben des § 9 Abs. 8 EEG mit aller Voraussicht dazu führen, dass sich in Zukunft weitere Gerichte den Fragestellungen rund um die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung zuwenden werden.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

[http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bsshopprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js\\_pid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=JURE190014760%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1](http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bsshopprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js_pid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=JURE190014760%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1)

---

<sup>2</sup> FA Wind, BNK-Genemigt, S. 8 f.

<sup>3</sup> OVG Schleswig, Beschl. v. 21.2.2020 – 1 MB 24/19.

Genehmigungsverfahren, Tiefflugstrecke, Bundeswehr; Zustimmungsvorbehalt, Luftfahrt, verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum  
**OVG Lüneburg, Urteil vom 13. November 2019 – 12 LB 123/19**

**Eine ohne die notwendige Zustimmung nach § 14 Abs. 1 LuftVG im Tiefflugkorridor erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist auf die Anfechtungsklage des Bundes (als Träger der Bundeswehr) schon wegen dieser fehlenden Zustimmung aufzuheben. (amtlicher Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin ist Nutzerin einer militärischen Tiefflugstrecke. Sie wendet sich gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen (WEA), welche die Beklagte der Beigeladenen zu 1) ohne Zustimmung der zuständigen Landesluftfahrtbehörde (Beigeladene zu 2) erteilte.

Ursprünglich hatte die Beigeladene zu 1) acht WEA geplant. Die Klägerin erteilte ihre Zustimmung für die WEA 6, 7 und 8, lehnte jedoch diejenige für die WEA 1 - 5 aus militärischen, flugbetrieblichen Gründen ab. Nach Abstimmung der Beteiligten und einer Standortanpassung erteilte die Beklagte im Dezember 2016 schlussendlich die Genehmigung für die WEA 2, 4, 5. Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass die Planung nunmehr die Interessen aller Beteiligter berücksichtige. Die noch fehlende Zustimmung der Luftfahrtbehörde für die WEA 2, 4, 5 könne nachträglich erteilt werden. Hiergegen erhob die Klägerin Widerspruch und Klage. Darüber hinaus beantragte sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Das Verwaltungsgericht gab der Klage statt.<sup>1</sup>

Hiergegen legten sowohl die Beklagte als auch die Beigeladene zu 1) Berufung ein.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg wies die Berufung als unbegründet zurück. Die streitgegenständliche Genehmigung sei rechtswidrig und verletze den Kläger in seinen Rechten.

Den genehmigten Vorhaben stünden zunächst die Baubeschränkungen nach dem LuftVG als öffentlich-rechtliche Vorschriften i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG entgegen. Nach § 14 Abs. 1 LuftVG bedürfte es der Zustimmung durch die zuständige Luftfahrtbehörde. Der Zustimmungsvorbehalt schütze u.a. auch den militärischen Luftverkehr im Bundesgebiet und zwar insbesondere, soweit dadurch der Luftraum, etwa durch Tiefflüge, beansprucht werden. Der Bundeswehr stehe zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Verteidigungsaufgaben zwingend ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum zu. Dieser umfasse auch militärische Überlegungen, wann und in welchem Umfang ein Tiefflugbetrieb im Einzelfall nach Maßgabe der konkreten Verhältnisse durchgeführt werde. Eine gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidung sei entsprechend nur eingeschränkt möglich. (Rn. 56 ff.)

Die Zustimmung der Beigeladenen zu 2) könne darüber hinaus nicht durch das Gericht ersetzt werden. Dafür fehle es schon an einer Rechtsgrundlage. Gleichwohl sei der Kläger nicht rechtsschutzlos gestellt. Er habe vielmehr die Möglichkeit Verpflichtungsklage auf Erhalt einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit (ersetzter) luftverkehrsrechtlicher Zustimmung zu erheben. (Rn. 62 - 66)

Indem die Beklagte die verweigerte Zustimmung übergiebt, verletzt sie die Klägerin in ihren subjektiven Rechten. Dieses Recht ergebe sich zum einen aus dem Zustimmungsvorbehalt des § 14 Abs. 1 LuftVG. Der Schutzzweck der Norm sehe vor, dass sich im Konfliktfall der Luftverkehr gegenüber einer „abweichenden“ Ansicht der Bau- oder Immissionsschutzbehörde durchsetze. Drittschutz ergebe sich darüber hinaus unmittelbar aus Art. 87a GG. (Rn. 67 - 72)

### Fazit

Das OVG Lüneburg hat sich vorliegend mit Fragestellungen rund um die luftverkehrsrechtliche Zustimmung i.R. einer militärischen Tiefflugstrecke befasst. Obwohl die Zustimmung nach § 14 Abs. 1 LuftVG eine verwaltungsinterne Entscheidung ist,<sup>2</sup> kommt ihr im Zusammenhang mit der Windenergieplanung

<sup>1</sup> VG Hannover, Urt. v. 6.12.2018 – 12 A 828/17.

<sup>2</sup> OVG Münster, Urt. v. 9.4.2014 – 8 A 430/12, Rn. 77 ff.; OVG Weimar, Urt. v. 30.9.2009 – 1 KO 89/07, S. 15.

mitunter große Bedeutung zu. Vorliegend zeigt sich dies im Zusammenhang mit Fragen rund um den behördlichen Beurteilungsspielraum und das Ersetzen einer luftfahrtrechtlichen Zustimmung.

Das Oberverwaltungsgericht bestätigt die bisherige Rechtsprechung zum verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum. Während hinsichtlich des zivilen Luftverkehrs eine materiell-rechtliche Überprüfung des Verwaltungshandelns der Zustimmungsbehörde prinzipiell bejaht wird,<sup>3</sup> sind verteidigungspolitische Fragestellungen einem Sachverständigengutachten nicht zugänglich. Damit ist die Überprüfung militärischer Überlegungen, ob und in welchem Umfang ein Tiefflugbetrieb im Einzelfall durchgeführt werden sollen, durch Verwaltungsgerichte nur beschränkt möglich.<sup>4</sup>

Aufgrund der verwaltungsinternen Wirkung ist darüber hinaus sowohl im zivilen, als auch im militärischen Luftverkehr eine unmittelbare Überprüfung der behördlichen Entscheidung nicht zulässig. Zu diesem Schluss gelangt auch das OVG Lüneburg. Statthafte Rechtsschutzform ist dementsprechend eine Verpflichtungsklage auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung einschließlich der luftfahrtrechtlichen Zustimmung.<sup>5</sup> Diese ist in prozessualer Hinsicht mit dem gemeindlichen Einverständnis i.S.d. § 36 Abs. BauGB vergleichbar.<sup>6</sup> Anders als im Rahmen des gemeindlichen Einvernehmens, gibt es bei der Zustimmung die Möglichkeit einer Fiktion (§ 12 Abs. 2 Satz 2, § 14 Abs. 1 HS. 2 LuftVG) oder eines Ersetzens, wenn überhaupt, nur selten.<sup>7</sup>

Es zeigt sich insofern, dass der Vorhabenträger nicht völlig rechtsschutzlos ist, seine Rechtsschutzmöglichkeiten jedoch in materiell-rechtlicher Hinsicht deutlich beschränkt sind. Erkennbar ist dies i.R.d. Luftverkehrsrechts in vielfachem Gewand; so u.a. hinsichtlich der Funktionsweise von militärischen Radaranlagen.<sup>8</sup> Aber auch hinsichtlich der Störung der Drehfunkfeuerdienste VOR/DVOR verneint die Rechtsprechung eine vollständige gerichtlichen Überprüfung.<sup>9</sup> Eine so gestaltet Rechtsprechung ist einer Konfliktbewältigung durch Einigung der Beteiligten wenig förderlich. Das hat u.a. zur Konsequenz, dass auch weiterhin<sup>10</sup> mit nicht unbeträchtlichen Flächenverlusten zu Lasten der Windenergie zu rechnen ist.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE190004043&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>3</sup> OVG Schleswig, Urt. v. 19.1.2017 – 1 LB 18/15, [Rn. 55](#); OVG Koblenz, Urt. v. 7.3.2005 – 8 A 112244/04, [Rn. 7](#); vgl. auch [VG Kassel](#), Urt. v. 22.3.2018 – 7 K 1274/16.KS.

<sup>4</sup> So bereits BVerwG, Beschl. v. 5.9.2006 – 4 B 58.06, [Rn. 3 ff.](#); OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.3.2017 – 12 LA 25/16, [Rn. 18](#). VGH München, Beschl. v. 6.10.2014 – 22 ZB 14.1079, [Rn. 18](#).

<sup>5</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 7.3.2005 – 8 A 112244/04, [Rn. 7](#).

<sup>6</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.8.2008 – 4 B 25/08, [Rn. 5](#).

<sup>7</sup> So bereits OVG Schleswig, Urt. v. 19.1.2017 – 1 LB 18/15, [Rn. 54](#).

<sup>8</sup> OVG Koblenz, Beschl. v. 27.2.2018 – 8 B 11970/17.OVG, [Rn. 9 ff.](#)

<sup>9</sup> Im Hinblick auf § 18a LufVG BVerwG, Urt. v. 7.4.2016 – 4 C 1/15, [Rn. 21 ff.](#) (in Rundbrief [3/2016](#) besprochen).

<sup>10</sup> FA Wind, Hemmnisse beim Ausbau der Windenergie in Deutschland, [S. 21](#).



## OVG Koblenz, Urteil vom 17. Oktober 2019 – 1 A 11941/17

**1. Fehlt es an einfachgesetzlichen Vorschriften, die den verfassungsrechtlich geforderten Mindestschutz von Grundrechten gewährleisten, so kann sich die Klagebefugnis unmittelbar aus den Grundrechten ergeben.**

**2. Im Falle nur mittelbarer, reflexhafter Auswirkungen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung auf grundrechtlich geschützter Rechtsgüter Dritter – hier: Eigentum an einem industriell genutzten Grundstück – setzt die Annahme eines Grundrechtseingriffs eine qualifizierte Grundrechtsbeeinträchtigung voraus.**

**3. Eine bloße abstrakte Gefährdung eines Dritten, nach Zulassung der streitgegenständlichen Anlage infolge einer Summierung der von ihm selbst mit verursachten Vorbelastung und der hinzukommenden Immissionen sowie einer sodann möglicherweise eintretenden Überschreitung der zulässigen Lärmwerte seinerseits mit einer nachträglichen Anordnung nach den §§ 17 bzw. 24 BImSchG belegt zu werden, stellt im vorliegenden Einzelfall unter Berücksichtigung von Eintrittswahrscheinlichkeit und Gewicht der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung noch keine derartige qualifizierte Grundrechtsbeeinträchtigung dar.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene betreibt neun Windenergieanlagen. Diese hatte die Beklagte 2013 genehmigt. Fünf dieser Windenergieanlagen durften jedoch zunächst nicht im Nachtbetrieb (22 - 6 Uhr) laufen. 2014 erteilte die Beklagte der Beigeladenen eine Änderungsgenehmigung. Basierend auf einer Schallimmissionsprognose ließ sie nunmehr einen schallreduzierten Nachtbetrieb der fünf Windenergieanlagen zu.

Die Klägerin ist eine Maschinenbaugesellschaft, deren Betriebsgelände sich 400 - 1.400 m von den Windenergieanlagen entfernt befindet. Sie befürchtete, dass die Änderungsgenehmigung insgesamt zu steigenden Immissionen führen könnte, aufgrund derer sie ggf. zur Senkung ihrer eigenen Geräuschkulisse aufgefordert werden könnte. Ihr hiergegen eingelegter Widerspruch blieb erfolglos. Der daraufhin erhobenen Klage gab das VG Koblenz 2017 statt und hob die Änderungsgenehmigung auf.

Hiergegen legten die Beigeladene und Beklagte Berufung beim OVG Koblenz ein.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Koblenz hat der Berufung stattgegeben.

Das Verwaltungsgericht habe die Änderungsgenehmigung zu Unrecht aufgehoben. Die hiergegen erhobene Klage sei bereits unzulässig. Nach § 42 Abs. 2 VwGO bedürfe es für eine Anfechtungsklage u.a. einer Klagebefugnis, nach welcher eine Verletzung der subjektiven Rechte oder rechtlich geschützten Interessen des Klägers zumindest möglich erscheinen müsse. Die Klagebefugnis ergebe sich vorliegend jedoch weder aus einfachem Recht, noch aus verfassungsrechtlichen Vorschriften. Zwar sei ein Rückgriff auf das, durch Art. 14 GG geschützte, Sacheigentum oder den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb prinzipiell möglich. Vorliegend könne man jedoch allenfalls von einer abstrakten Gefährdung der klägerischen Rechtsposition ausgehen. Bloß mittelbare, reflexhafte Auswirkungen eines Bescheids auf Rechtsgüter Dritter seien nur in Ausnahmefällen als Grundrechtsbeeinträchtigungen zu werten. (Rn. 34. ff)

Unmittelbar in die Rechte der Klägerin eingreifen würde vielmehr erst eine nachträgliche Anordnung nach § 17 bzw. § 24 BImSchG. Diese sei jedoch keineswegs zwangsläufige Folge der streitgegenständlichen Änderungsgenehmigung, sondern sei vorliegend sogar als unwahrscheinlich zu bewerten. So wurde sie bislang weder erteilt, noch seitens der Verwaltung konkret beabsichtigt; auch Anwohnerbeschwerden hinsichtlich Lärmbelastigungen gäbe es nicht. Ebenfalls offen sei, ob es zu tatsächlichen Überschreitungen der Immissionsschutzwerte komme. (Rn. 41 ff.) Darüber hinaus erscheine es äußerst fragwürdig, ob sich eine nachträgliche Anordnung gegen die Klägerin richten würde. Bei einer Aus-

wahl zwischen mehreren potentiellen Störern wäre vorliegend zu berücksichtigen, dass erst das Hinzutreten der streitgegenständlichen Windenergieanlagen zu einer Überschreitung der zulässigen Immissionsrichtwerte führen würde. (Rn. 52)

Neben der geringen Wahrscheinlichkeit einer nachträglichen Anordnung, sei diese auch von ihrem Gewicht her nicht als schwere und unzumutbare Rechtsgutbeeinträchtigung anzusehen. Es kämen allenfalls kleinere und begrenzte Maßnahmen in Betracht. Diese würden nicht gravierend in den Betriebsablauf der Klägerin eingreifen und hätten erst recht kein existenzbedrohendes Potential. (Rn. 55)

Die Klagebefugnis könne auch nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) i.V.m. den §§ 5 Abs. 1, 6, 17 und 24 BImSchG abgeleitet werden. Insbesondere ein Abwarten der Klägerin auf eine nachträgliche Anordnung sei für sie keineswegs unzumutbar. (Rn. 56 ff.)

## Fazit

In dieser Entscheidung befasst sich das OVG Koblenz ausführlich mit der Klagebefugnis eines „Nachbarn“ von Windenergieanlagen, welcher sich gegen eine nachträgliche Betriebszeitverlängerung richtet. Ziel war es, eine Überschreitung des Lärmkontingents durch hinzutretende Immissionen zu vermeiden.

Prinzipiell wird im Verwaltungsrecht nur den unmittelbar am behördlichen Verfahren Beteiligten ein subjektives Klagerecht zugestanden. Im Sinne des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) wird unter Umständen auch mittelbar Betroffenen Rechtsschutz gewährt. Dies kann sich aus einfachem Recht oder unmittelbar aus den Grundrechten ergeben. Beispiele sind sowohl die Konkurrenten-<sup>1</sup> als auch die Nachbarklage<sup>2</sup>. Ebenfalls denkbar sind besondere Klagerechte, welche in der Regel nicht auf einem subjektiven Recht, sondern auf einer besonderen gesetzlichen Grundlage beruhen; so etwa das Klagerecht anerkannter Umwelt- oder Naturschutzverbände<sup>3</sup>.

Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts macht jedoch deutlich, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht überstrapaziert werden dürfen. Aus diesem Grund wird „Dritten“ im Rahmen von mittelbaren Eingriffen nur im Ausnahmefall bei besonders schweren und unzumutbaren Grundrechtsbeeinträchtigungen Rechtsschutz gewährt. Vorliegend sah das OVG Koblenz nach umfassender Würdigung des Sachverhalts die Wahrscheinlichkeit und Schwere einer Beeinträchtigung als gering an. Die Erwägungen des Gerichts sind aufgrund ihrer umfassenden Würdigung hilfreich. Sie machen aber auch deutlich, dass es stets einer konkreten Einzelfallbetrachtung bedarf, welche mitunter diffizil sein kann.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

[http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&show-doccase=1&doc.id=MWRE190003933&doc.part=L#rd\\_46](http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&show-doccase=1&doc.id=MWRE190003933&doc.part=L#rd_46)

---

<sup>1</sup> OVG Münster, Beschl. v. 1.2.2000 – 10 B 1831/99, [Rn. 25 ff.](#)

<sup>2</sup> VGH München, Urt. v. 10.7.2019 – 22 B 17.124, [Rn. 20 f.](#)

<sup>3</sup> OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, [Rn. 7 ff.](#)

Genehmigungsverfahren, Abschaltauflage, signifikante Tötungsgefahr, Zugkorridor, Kranich

## OVG Koblenz, Urteil vom 31. Oktober 2019 – 1 A 11643/17

### **1. Zur Rechtmäßigkeit einer Abschaltauflage zum Schutz ziehender Kraniche in der Genehmigung für eine Windenergieanlage**

**2. Nach derzeitigem Stand der ökologischen Wissenschaft steht zunächst fest, dass ziehende Kraniche nur einer sehr geringen Gefahr der Kollision und damit der Tötung an Windenergieanlagen unterliegen, so dass schon bei einer Gesamtbetrachtung aller Windenergieanlagen im Zugkorridor für den einzelnen Kranich keine signifikante Erhöhung der Tötungsgefahr i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG feststellbar ist.**  
(redaktionelle Leitsätze)

### Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin wendet sich gegen eine naturschutzrechtliche Abschaltauflage hinsichtlich ihrer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zum Betrieb einer Windenergieanlage auf einem bewaldeten Höhenzug. Die Genehmigung hatte der Beklagte der Rechtsvorgängerin der Klägerin 2012 erteilt. Sie enthielt die Auflage, während der Massenzugtage von Kranichen im Frühjahr und Herbst, wenn während des Überflugs Niederschlag, Gegenwind und/oder Nebel herrschen, die Windenergieanlage abzuschalten.

Die Klägerin legte 2012 gegen die Nebenbestimmung zunächst erfolglos Widerspruch und sodann Klage vor dem VG Koblenz<sup>1</sup> ein. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass die Auflage bestimmt genug sei. Die Klägerin sieht im vorliegenden Fall das Tötungsrisiko als nicht signifikant erhöht an. Sie begehrt nunmehr im Berufungsweg die Erteilung einer Genehmigung ohne Abschaltauflagen.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Koblenz gab der Berufung statt. Die Abschaltauflage sei rechtswidrig und verletze die Klägerin in ihren Rechten, da eine Genehmigung ohne Auflage im Einklang mit dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG stehe. (Rn. 34)

Das Oberverwaltungsgericht befasste sich zunächst mit dem Umfang seiner Prüfungskompetenz. Diese sah es vorvorliegend nicht als beschränkt an. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ergäben sich die Grenzen gerichtlicher Kontrolle i.R.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht aus einer behördlichen Einschätzungsprärogative.<sup>2</sup> Die Entscheidungszuständigkeit der Gerichte ende vielmehr erst dort, wo die Kontrolle der behördlichen Entscheidung nach weitest möglicher Sachaufklärung mangels besserer Erkenntnis der Gerichte an objektive Grenzen stoße. Im konkreten Fall seien aber nicht die Auswirkungen der Windenergie auf ziehende Kraniche in Fachkreisen streitig, sondern alleine, inwiefern dadurch das Tötungsrisiko signifikant gesteigert worden sei. Dies sei eine Rechtsfrage, welche der gerichtlichen Überprüfung zugänglich sei. (Rn. 35 f.)

Das OVG Koblenz sieht hinsichtlich der streitgegenständlichen Windenergieanlage das Tötungsrisiko für ziehende Kraniche in diesem Fall nicht als relevant an. Durch das Vorhaben werde das Risiko für die betroffene Tierart in einer vom Menschen vorgeprägten Umwelt nicht signifikant erhöht und gehe damit nicht über das allgemeine Tötungsrisiko hinaus. Der Zugkorridor sei vorliegend maßgeblich durch die Windenergie geprägt. Ein Großteil der Windenergieanlagen würde ebenfalls im Schmalfrontzugkorridor der Kraniche ohne Abschaltungen betrieben. Zudem sei der Kranichbestand in den letzten Jahren stark gewachsen und die Zahl dokumentierter Schlagopfer sehr gering. Zu erwartende Massenanfälle ziehender „Kranich-Trupps“ seien bislang ebenfalls nicht dokumentiert worden. Setze man dies ins Verhältnis zueinander, sei davon auszugehen, dass für ziehende Kraniche hier nur ein geringes Kollisionsrisiko bestehe. (Rn. 38 ff.)

Doch selbst wenn man in dem Hinzutreten einer Windenergieanlage generell ein gesteigertes Tötungsrisiko für Kraniche sehe, sei dies vorliegend nicht der Fall. Dies ergebe sich aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls. So stünden nahe der streitgegenständlichen Windenergieanlage in Zugrichtung zahlreiche Windenergieanlagen. Diese würden ohne Abschaltungen betrieben, ohne dass auch

<sup>1</sup> VG Koblenz, Urt. v. 7.9.2016 – 4 K 963/15.KO.

<sup>2</sup> BVerwG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 (in Rundbrief 1/2019 besprochen).

nach teilweise jahrelanger Betriebsdauer kein Schlagopfer des Kranichs bekannt geworden sei. (Rn. 55 ff.)

Letztlich könne vorliegend ein Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot ohnehin offen bleiben. Die Abschaltauflage verstoße nämlich zumindest zum Nachteil der Klägerin gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Bislang genehmigte die Beklagte zahlreiche Anlagen ohne Abschaltauflage. Ein sachlicher Grund für die differenzierende Behandlung sei vorliegend nicht ersichtlich. (Rn. 69 ff.)

## Fazit

Das vorliegende Urteil des OVG Koblenz setzt sich umfassend mit der Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos im Rahmen einer Abschaltauflage auseinander. Das Gericht befasst sich dabei nicht allein mit der konkreten Bewertung, sondern ebenfalls mit Umfang und Grenzen gerichtlicher Kontrolle.

Aufbauend auf der Entscheidung des BVerfG<sup>3</sup> verneint das OVG Koblenz eine behördliche Einschätzungsprärogative. Vielmehr nimmt es eine eigenständige Sachverhaltsaufklärung vor. Weiter prüft es die Frage, inwiefern vorliegend das Tötungsrisiko für ziehende Kraniche signifikant erhöht ist. Dies sei – jedenfalls im vorliegenden Fall – eine gerichtlich zu beantwortende Rechtsfrage, da nach dem derzeitigen Stand der ökologischen Wissenschaft ziehende Kraniche unstreitig nur einer sehr geringen Gefahr der Kollision mit Windenergieanlagen ausgesetzt seien.

Damit gibt das Oberverwaltungsgericht hilfreiche Hinweise, ob und wie Gerichte in Zukunft eine behördliche Entscheidung anhand vorhandener Bewertungen in Wissenschaft und Fachkreisen sachlich und rechtlich überprüfen können. Während der Beschluss des BVerfG, nicht zuletzt aufgrund der teilweise weiten Formulierungen, Fragen für die Rechtsanwendung offen ließ, gibt das Oberverwaltungsgericht vorliegend Anhaltspunkte für die gerichtliche Prüfung im Einzelfall.

Auch die gerichtlichen Ausführungen zum Verstoß der Abschaltauflage gegen den Gleichbehandlungsaspekt des Art. 3 Abs. 1 GG sind von praktischer Bedeutung. So befasst sich das Oberverwaltungsgericht mit den grundsätzlichen Anforderungen an Nebenbestimmungen und hebt das Erfordernis eines einheitlichen Konzepts der Genehmigungspraxis hervor.

Das OVG Koblenz gibt insofern wichtige Impulse für die gerichtliche Praxis, wird jedoch wohl zugleich nicht das letzte Gericht sein, welches sich im Rahmen des Einzelfalls mit der praktischen Ausgestaltung der Entscheidung des BVerfG auseinandersetzt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

[http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/dd2/page/bsrlpprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE190004143&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/dd2/page/bsrlpprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE190004143&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint)

---

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

**Wenn auf dem Anlagenstandort einer zu errichtenden immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage eine Waldnutzung besteht und deswegen zur Errichtung der Anlage die Nutzungsart Wald in eine andere Nutzungsart (in Gestalt der Nutzung „Errichtung und Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage“) umgewandelt werden muss, handelt es sich bei der insoweit erforderlichen Waldumwandlungsgenehmigung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 LWaldG um eine die Anlage i.S.v. § 3 Abs. 5 BImSchG betreffende behördliche Entscheidung i.S.v. § 13 BImSchG; sie wird deshalb von dessen Konzentrationswirkung umfasst. (amtlicher Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsteller, ein anerkannter Naturschutzverein, wandte sich im April 2018 gegen die sofortige Vollziehbarkeit zweier immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen für die Errichtung und den Betrieb von insgesamt elf Windkraftanlagen in zwei im Wald geplanten Windparks. Die Antragsgegnerin hatte die beiden Genehmigungen im vereinfachten Verfahren ohne die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) im Dezember 2016 erteilt. Beide Genehmigungsbescheide umfassten die Umwandlungsgenehmigung für den Wald nicht mit. Diese hatte das Regierungspräsidium Freiburg als Forstbehörde bereits im Vorfeld und nach Durchführung einer UVP erteilt. Nach Erteilung der Genehmigungen nahmen die Beigeladenen erfolgreich am Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land teil.

Dem Antrag gab das VG Freiburg im einstweiligen Rechtsschutz statt.<sup>1</sup>

### Inhalt der Entscheidung

Die Beschwerde gegen den Beschluss des VG Freiburg wies der VGH Mannheim zurück.

Der Antrag sei noch rechtzeitig gestellt worden. Da die Genehmigungsbehörde die Genehmigungen nicht öffentlich bekannt gemacht habe, gelte die Jahresfrist ab Kenntnis oder „Kennen können“ der Genehmigungen durch den Antragsteller nach § 2 Abs. 3 Satz 1 UmwRG. Ein „Kennen können“ habe die Antragsgegnerin nicht dargelegt; die „nicht weiter verdichtete Möglichkeit einer Kenntniserlangung“ reiche dafür nicht aus. (Rn. 6)

Auch habe der Antragsteller sein Widerspruchsrecht nicht verwirkt. Eine besondere Handlungspflicht hätte den Antragsteller nicht deshalb getroffen, weil die Beigeladene am Ausschreibungsverfahren nach dem EEG 2017 teilnehmen musste und danach eine strafbewährte Realisierungsfrist für sie galt. (Rn. 8)

Weiter entschied der VGH Mannheim, dass die Genehmigungen materiell rechtswidrig seien. Zunächst seien die Genehmigungen entgegen § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG (ausdrücklich) ohne Prüfung der materiellen Genehmigungsvoraussetzungen des LWaldG und damit auch ohne die vorgesehene Abwägung der Rechte, Pflichten und wirtschaftlichen Interessen des Waldbesitzers sowie der Belange der Allgemeinheit erteilt worden. Die Waldumwandlungsgenehmigung hätte jedoch nach Sinn und Zweck des § 13 BImSchG im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens ergehen müssen. Mit der forstrechtlichen Umwandlungsgenehmigung werde nicht bloß das Räumen der Fläche für eine Anschlussnutzung ermöglicht; vielmehr werde die Nutzungsänderung schon unter dem Blickwinkel der Anschlussnutzung genehmigt. Die Einkonzentrierung der Umwandlungsgenehmigung in das immissionsrechtliche Genehmigungsverfahren solle zudem eine künstliche Aufspaltung einheitlicher Vorgänge vermeiden. So seien in diesem Fall die naturschutzrechtlichen Auflagen für die Waldumwandlung und für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlagen zu verschränken. (Rn. 15 ff.)

Darüber hinaus hätten die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen im Wege eines förmlichen Genehmigungsverfahrens und unter Durchführung einer UVP erteilt werden müssen. Offen ließ das Gericht, ob eine einheitliche oder aber eine an die beiden unterschiedlichen Vorhaben – die Rodung des

---

<sup>1</sup> VG Freiburg, Beschl. v. 12.3.2019 – 1 K 3798/18.

Waldes einerseits und die Errichtung und den Betrieb der Anlagen andererseits – anknüpfende UVP notwendig gewesen wäre. (Rn. 22)

Zuletzt seien die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen auch deshalb rechtswidrig, weil sie, mangels der Einbeziehung der Waldumwandlungsgenehmigung, keine entsprechenden Nebenbestimmungen zu Ausgleichsmaßnahmen beinhalten. (Rn. 23)

## Fazit

Der Windenergieerlass Baden-Württemberg beschrieb die Rodung des Waldes als eine vorbereitende, nicht von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG umfasste Maßnahme.<sup>2</sup> Entsprechend erließen Genehmigungs- und Forstbehörde eigenständige Bescheide. Dem – die Behörden, nicht aber die Gerichte bindenden – Verständnis des Windenergieerlasses widersprach nun der VGH Mannheim. Die Erwägungen des Gerichts stützen sich dabei im Wesentlichen auf die Auslegung des § 13 BImSchG – und könnten so auch von anderen Oberverwaltungsgerichten übernommen werden. Jedenfalls im Hinblick auf noch nicht bestandskräftige Genehmigungsbescheide sollte daher das weitere Vorgehen überprüft werden.

Das Ergebnis des VGH Mannheim trifft die beigeladenen Projektierer zusätzlich dadurch, dass der Antragsteller das Verfahren erst nach erfolgreicher Ausschreibungsteilnahme anstieß. Die Förderung einer Windenergieanlage nach dem EEG 2017 setzt die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren zwingend voraus. Nach Zuschlagserteilung muss eine Anlage innerhalb von 24 Monaten errichtet werden; im Falle einer verspäteten oder sogar ausbleibenden Inbetriebnahme fallen Strafzahlungen in Höhe von bis zu 30 EUR bzw. im Fall einer Bürgerenergiegesellschaft von 15 EUR pro bezuschlagter KWh an (§ 55 Abs. 2 EEG 2017).

Aus der Tatsache, dass nach dem EEG im Fall einer unterbliebenen Realisierung nach Ausschreibungsteilnahme hohe Strafzahlungen anfallen, wollte der VGH Mannheim keine besondere Handlungspflicht des Antragstellers im Hinblick auf ein „Kennen können“ der Genehmigungen ableiten.<sup>3</sup> Stattdessen verwies er auf die bei UVP-pflichtigen Vorhaben bestehende Pflicht zur öffentlichen Bekanntmachung der Genehmigungen, welche die Rechtsbehelfsfristen in Gang setzt und so auch Rechtsicherheit schafft.

Angesichts des stockenden Ausbaus der Windenergie und der zahlreichen Rechtsstreitigkeiten um geplante Projekte stellt sich die Frage, ob der Sanktionsmechanismus des EEG, nicht zumindest im Hinblick auf einen Genehmigungsverlust im Rahmen eines Rechtsstreits ausgesetzt werden sollte. Der Sanktionsmechanismus soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine schnelle Realisierung der Anlagen sicherstellen. Vor dem Hintergrund der gestiegenen Zahl der Rechtsstreitigkeiten führt er aber auch zu einer zögerlichen Teilnahme am Ausschreibungsverfahren oder aber – wie im vorliegenden Fall – zu hohen finanziellen Einbußen, die so für den Projektierer nicht immer voraussehbar und vermeidbar sind.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWRE200000039&psml=bsbawue-prod.psml&max=true&doc.part=L&doc.norm=all>

---

<sup>2</sup> Windenergieerlass Baden-Württemberg v. 9.5.2012 – 64-4583/404 (seit 9.5.2019 außer Kraft).

<sup>3</sup> Zur Verwirkung des Anspruchs vgl. OVG Münster, Beschl. v. 25.9.2015 – 8 A 970/15, [Rn. 17 ff.](#); OVG Koblenz, Beschl. v. 3.11.2014 – 1 B 10905/14.OVG, [Rn. 8 ff.](#)

## Impressum

© FA Wind, März 2020

### 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,  
Marianna Roscher

### V.i.S.d.P.:

Dr. Antje Wagenknecht, MBA

### 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](mailto: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 [post@fa-wind.de](mailto:post@fa-wind.de).

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



**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