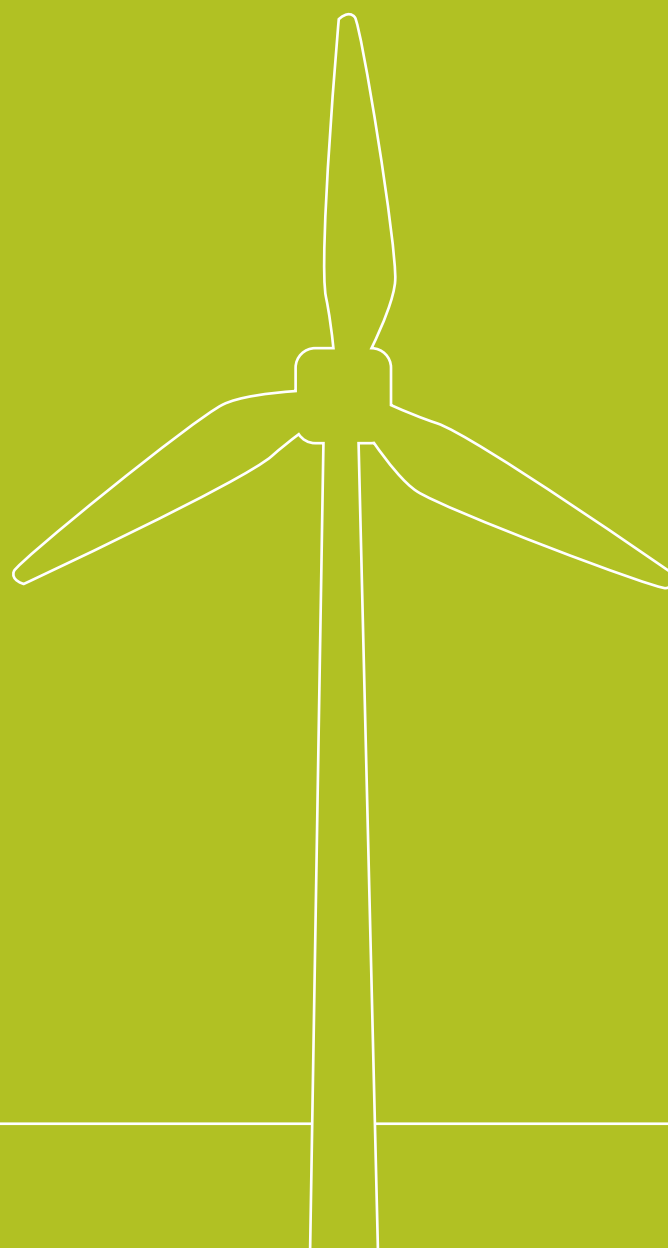
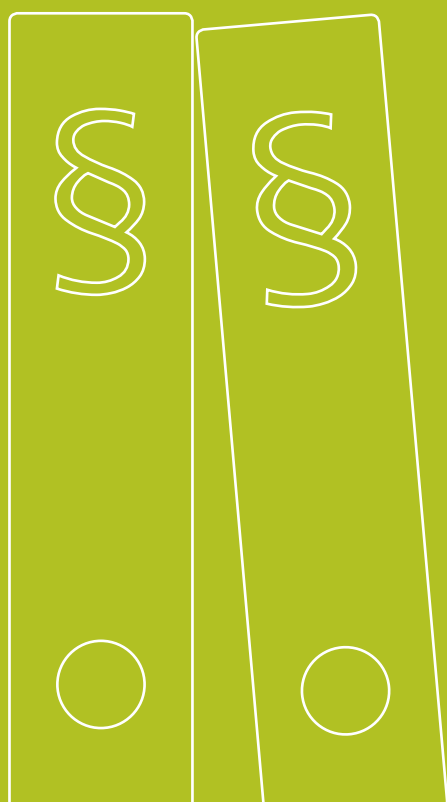




# Rundbrief Windenergie und Recht 2/2017



## 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

### **Pia Dağaçan**

EnergieAgentur.NRW

### **Dr. Marike Endell**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Dr. Phillip Fest**

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

### **Thorsten Fritsch**

BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft

### **Elisabeth Hartleb**

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE)

### **Jenny Kirschey**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Johannes Osing**

Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen

### **Dr. Marcel Raschke**

Rechtsamt Kreis Paderborn

### **Alexander Schröder**

Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung Mecklenburg-Vorpommern

### **Prof. Dr. Wilhelm Söfker**

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

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	3
Genehmigungsverfahren, Wetterradar, Begriff der Störung, Beurteilungsspielraum BVerwG, Urteile vom 9. September 2016 – 4 C 6.15 und 4 C 2.16 .....	4
Vorabentscheidungsverfahren, Richtlinie 2001/42/EG (SUP-Richtlinie), „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP-Richtlinie, Windenergieerlass EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2016 – C-290/15 (Patrice D’Oultremont u. a.).....	6
Genehmigungsverfahren, UVP, Aufhebungsanspruch, Beurteilungsspielraum, Helgoländer Papier OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. November 2016 – 12 ME 132/16.....	8
Normenkontrollverfahren, Veränderungssperre, Höhenbegrenzung OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22. November 2016 – 2 S 66.15 .....	10
Genehmigungsverfahren, Nebenbestimmungen, Rückbaubürgschaft, Ersatzzahlung, Änderungsvorbehalt, Monitoring OVG Lüneburg, Urteil vom 10. Januar 2017 – 4 LC 198/15 .....	11
Normenkontrollverfahren, Veränderungssperre, kartographische Gebietsfestlegung OVG Schleswig, Beschluss vom 17. Januar 2017 – 1 MR 6/16 .....	13
Betriebsuntersagung nach Havarie, Standsicherheit, staatlich anerkannter Gutachter VG Minden, Beschluss vom 7. Februar 2017 – 9 L 1985 .....	14
Genehmigungsverfahren, behördliche Einschätzungsprärogative, PROGRESS-Studie, Mäusebussard VGH Mannheim, Beschluss vom 21. Februar 2017 – 3 S 101/17 .....	15
Genehmigungsverfahren, öffentliche Belange der Bundeswehr, Tiefflüge, Beurteilungsspielraum OVG Lüneburg, Beschluss vom 28. März 2017 – 12 LA 25/16 .....	17

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

im Herbst 2016 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschieden, dass der wallonische Windenergieerlass unter den Begriff „Pläne und Programme“ i.S.d. Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (SUP-Richtlinie) fällt. Da die nach der Richtlinie zwingende Umweltprüfung nicht durchgeführt worden war, hatte dies die Unwirksamkeit des Erlasses zur Folge. Im Anschluss an dieses Urteil hat sich die Frage geradezu aufgedrängt, ob eine Umweltprüfung auch für die Windenergieerlasse der Länder durchzuführen gewesen wäre.

Das ist wohl nicht der Fall, da die Windenergieerlasse der Bundesländer – anders als der wallonische Erlass – nicht in den Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie fallen dürften. Grund dafür ist zum einen die unterschiedliche Qualität der Erlasse: Während die Windenergieerlasse der Länder in erster Linie den bestehenden Rechtsrahmen im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung erläutern, hat der wallonische Erlass den anwendbaren Rechtsrahmen – etwa im Hinblick auf maximal zulässige Geräuschmissionen – erst gesetzt. Darüber hinaus war der wallonische Windenergieerlass in einem Dekret gesetzlich vorgeschrieben. Damit war eine Planungspflicht, die für das Vorliegen eines Plans oder Programms i.S.d. SUP-Richtlinie konstitutiv ist, gegeben. An einer solchen Planungspflicht fehlt es jedoch hinsichtlich der Windenergieerlasse der Bundesländer. Auch die Instanzgerichte haben die Windenergieerlasse der Länder – wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen – bislang nicht als „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP-Richtlinie qualifiziert.

Neben der Besprechung des oben genannten EuGH-Urteils finden Sie in diesem Rundbrief die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zur Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Einzugsbereich von Wetterradaranlagen. Mit den zwei Entscheidungen hat das BVerwG klargestellt, dass auch im Fall von Wetterradaranlagen ein zweistufiger Störungsbegriff gilt, der nicht nur eine Beeinträchtigung der Anlage, sondern auch eine negative Auswirkung auf den mit der Anlage verfolgten Zweck voraussetzt. Weiter stellten die Richter fest, dass dem Deutschen Wetterdienst (DWD) kein Beurteilungsspielraum zur Feststellung der Störung zusteht.

Zum Umweltrecht haben in den vergangenen Monaten das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg und der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim wichtige Entscheidungen erlassen. Das OVG Lüneburg hat zunächst zu Fragen der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) Stellung bezogen und dabei auf den formellen Charakter des UVP-Rechts hingewiesen. In einer weiteren Entscheidung hat das Gericht über die niedersächsische Regelung zur Ersatzzahlung geurteilt und diese für mit höherrangigem Recht vereinbar erklärt. Der VGH Mannheim hat entschieden, dass auch nach Veröffentlichung der PROGRESS-Studie die Auffassung, dass für den Mäusebussard durch den Betrieb einer Windenergieanlage kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko zu erwarten ist, naturschutzfachlich vertretbar ist.

Darüber hinaus enthält dieser Rundbrief einen knappen Beschluss des VG Minden zur Rechtmäßigkeit einer Betriebsuntersagung nach der Havarie einer Windenergieanlage. Rechtsgrundlage für die Betriebsuntersagung war im besprochenen Fall die bauordnungsrechtliche Generalklausel. Außerdem könne die ausreichende Standsicherheit einer Windenergieanlage nur durch einen staatlich anerkannten Sachverständigen nachgewiesen werden.

Zuletzt möchten wir Ihnen zwei Entscheidungen zur Veränderungssperre vorstellen, in denen das OVG Berlin-Brandenburg und das OVG Schleswig noch einmal zu „Windenergie-relevanten“ Fragen Stellung nehmen.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre!

Ihr Axel Tscherniak

Geschäftsführer

## Genehmigungsverfahren, Wetterradar, Begriff der Störung, Beurteilungsspielraum BVerwG, Urteile vom 9. September 2016 – 4 C 6.15 und 4 C 2.16

**§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB entfaltet Drittschutz zugunsten der Betreiber von Radaranlagen.**

**Eine rechtserhebliche Störung der Funktionsfähigkeit einer Radaranlage im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB setzt voraus, dass ihre technische Funktion in einem Maß beeinträchtigt wird, das sich auf die Aufgabenerfüllung des Betreibers auswirkt.**

**Ob eine Windenergieanlage die Funktionsfähigkeit einer Wetterradaranlage des Deutschen Wetterdienstes (DWD) im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB stört und ob diese Störung so gewichtig ist, dass sie der nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässigen Windenergieanlage entgegensteht, unterliegt der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung. Ein Beurteilungsspielraum kommt dem DWD insoweit nicht zu. (amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

In beiden Verfahren ging es um die Frage, ob der Betrieb von Windenergieanlagen zu einer Störung der sich jeweils rund 11 Kilometer von den geplanten Anlagenstandorten entfernten Wetterradarstationen des DWD führen würde. Während im ersten Verfahren der Projektierer auf Erlass der aufgrund der Belange des DWD versagten Genehmigung klagte<sup>1</sup>, wandte sich der DWD im zweiten Verfahren gegen die erteilte Genehmigung<sup>2</sup>. In beiden Verfahren machte der DWD geltend, dass die Funktionsfähigkeit der Wetterradarstationen durch die Windenergieanlagen gestört würde, sodass es zu fehlerhaften Unwetterwarnungen kommen könnte. Bereits in der Vorinstanz hatten der Verwaltungsgerichtshof (VGH) München und das Oberverwaltungsgericht (OVG) Koblenz die Argumentation des DWD zurückgewiesen und geurteilt, dass der Betrieb der geplanten Windenergieanlagen im Allgemeinen allenfalls zu einer geringfügigen Störung der Funktionsfähigkeit führe, die der Genehmigung nicht entgegenstehe.

### Inhalt der Entscheidung

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) bestätigte die Entscheidungen der Vorinstanzen im Wesentlichen. Zunächst hielt das Gericht fest, dass § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 Baugesetzbuch (BauGB) auf Wetterradaranlagen anwendbar ist. Die Vorschrift diene nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit, sondern schütze auch das Interesse der Funkstellen- und Radaranlagenbetreiber. Damit entfalte die Norm Drittschutz, sodass sich der DWD auf eine Verletzung seiner Belange berufen könne.

Weiter definiert das BVerwG den Tatbestand der Störung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB. Eine Störung liege nur vor, wenn die Beeinträchtigung der Anlage eine bestimmte Schwelle überschreite und dadurch die Funktion der Anlage beeinträchtige. Dies sei der Fall, wenn die beabsichtigten Ergebnisse verhindert, verschlechtert, verzögert oder deren Gewinnung spürbar erschwert würde. Dieses Verständnis begründet das BVerwG nicht nur mit Wortlaut und Systematik der Vorschrift, sondern greift dafür auch auf seine Rechtsprechung zu § 18a Luftverkehrsgesetz (LuftVG) zurück.

Den vom DWD im Hinblick auf das Vorliegen einer Störung geforderten Beurteilungsspielraum verneinte das BVerwG. Dies gelte sowohl für die Frage, ob überhaupt eine Störung vorliegt, als auch für die Frage, ob die Störung so gravierend ist, dass sie der Errichtung einer nach § 35 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässigen Windenergieanlage entgegensteht. Ob die Störung so gravierend ist, dass sie der Windenergienutzung als öffentlicher Belang entgegensteht, sei im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung zu ermitteln. Dabei sei dem gesteigerten Durchsetzungsvermögen privilegierter Außenbereichsvorhaben gebührend Rechnung zu tragen.

Das Urteil zum Aktenzeichen 4 C 6.15 ergänzt die Urteilsgründe um die Aussage, dass der Nachweis einer Störung nicht nur für ein Errichtungsverbot, sondern für den Erlass von Nebenbestimmungen Voraussetzung sei.

<sup>1</sup> VGH München, Urteil vom 18. September 2015 – 22 B 14.1263.

<sup>2</sup> OVG Koblenz, Urteil vom 13. Januar 2016 – 8 A 10535/15 (im Rundbrief 2/2016 besprochen).

## Fazit

Mit dieser Entscheidung hat das BVerwG zu zwei wichtigen Punkten Stellung bezogen: Zunächst stellte es klar, dass – in Anlehnung an seine Rechtsprechung zu § 18a LuftVG – auch im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB ein zweistufiger Störungsbegriff gilt, der nicht nur eine Beeinträchtigung der Anlage, sondern auch eine negative Auswirkung auf den mit der Anlage verfolgten Zweck voraussetzt. Weiter verneinten die Richter den vom DWD zur Feststellung der Störung geltend gemachten Beurteilungsspielraum.

Obwohl das BVerwG im vorliegenden Fall die Auffassung der Oberverwaltungsgerichte, die keine hinreichende Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung des DWD feststellen konnten, bestätigte, darf das Urteil nicht als ein „Freibrief“ zu Gunsten der Windenergie verstanden werden. Nach dieser Rechtsprechung bleibt seitens der Genehmigungsbehörde – wiederum gerichtlich voll überprüfbar – zu prüfen, ob eine Störung einer Wetterradaranlage vorliegt. Sollte der DWD die Störung der Produkte nachweisen können, bleibt ein Errichtungsverbot denkbar. Eine Auswirkung der anstehenden Änderung des DWD-Gesetzes<sup>3</sup> auf die Rechtsprechung ist nicht abzusehen.

Aufgrund der vergleichbaren Tatbestände spricht vieles dafür, dass diese Rechtsprechung auch auf die Frage, ob eine Störung einer seismologischen Station der Errichtung und dem Betrieb einer Windenergieanlage entgegen steht, übertragbar ist.<sup>4</sup>

Der Volltext der Entscheidungen kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=220916U4C2.16.0>

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=220916U4C6.15.0>

---

<sup>3</sup> Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über den Deutschen Wetterdienst, BR-Drs. 72/17.

<sup>4</sup> Vgl. dazu auch Hendler/Rüter, Rechtlich-seismologisches Gutachten zur Bedeutung von seismologischen Stationen in Verfahren der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen im Auftrag des Landesverbandes Erneuerbare Energien NRW e. V. (LEE NRW) vom 16. März 2016, S. 14 ff.

Vorabentscheidungsverfahren, Richtlinie 2001/42/EG (SUP-Richtlinie), „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP-Richtlinie, Windenergieerlass  
**EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2016 – C-290/15 (Patrice D’Oultremont u. a.)**

**Der Begriff „Pläne und Programme“ i.S.d. Richtlinie 2001/42/EG bezieht sich auf jeden Rechtsakt, der dadurch, dass er die in dem betreffenden Bereich anwendbaren Regeln und Verfahren zur Kontrolle festlegt, eine signifikante Gesamtheit von Kriterien und Modalitäten für die Genehmigung und Durchführung eines oder mehrerer Projekt aufstellt, die voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben.**

### Hintergrund der Entscheidung

Im Jahr 2014 erließ die wallonische Regierung auf Grund eines Dekrets den Erlass zur Festlegung sektorbezogener Voraussetzungen für Windparke mit einer Gesamtleistung von mindestens 0,5 Megawatt (Erlass), der den weiteren Windenergieausbau in der Region regelt. Der Erlass gilt für das gesamte Gebiet Walloniens und gibt unter anderem technische Normen, Betriebsmodalitäten (maximal zulässiger Schattenwurf), Maßnahmen zur Unfall- und Brandverhütung (u.a. Abschaltung der Anlage), maximal zulässige Geräuschmissionen für bestimmte Gebiete und Regeln für die Wiederinstandsetzung vor.

Gegen diesen Erlass erhoben mehrere Bürger Klage beim zuständigen Conseil d’Etat. Sie machten geltend, dass der Erlass als Plan oder Programm i.S.d. Richtlinie 2001/42/EG (SUP-Richtlinie)<sup>1</sup> zu qualifizieren sei. Deshalb hätte eine Umweltprüfung durchgeführt werden müssen, was aber unterblieben sei.

Der Conseil d’Etat setzte das Verfahren aus und legte dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage vor, ob der Erlass unter den Begriff „Pläne und Programme“ i.S.d. Art. 2 Buchst. a und Art. 3 Abs. 2 Buchst. a der SUP-Richtlinie falle.

### Inhalt der Entscheidung

Auf die Vorlagefrage hin entschied der EuGH, dass der wallonische Erlass unter den Begriff „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP-Richtlinie fällt.

Der Begriff „Pläne und Programme“ sei grundsätzlich weit auszulegen. Zunächst knüpfe der Begriff an zwei Voraussetzungen an, die kumulativ erfüllt sein müssten: Zum einen müsse der Plan oder das Programm von einer Behörde auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ausgearbeitet und/oder angenommen oder von einer Behörde für die Annahme durch das Parlament oder die Regierung im Wege eines Gesetzgebungsverfahrens ausgearbeitet worden sein. Als zweite Voraussetzung müsse der Plan oder das Programm aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erstellt worden sein. Da der Erlass von einer Behörde ausgearbeitet und auf Grundlage eines Dekrets erlassen wurde, sah der EuGH diese Voraussetzungen unproblematisch als erfüllt an.

Weiter müsse der Plan oder das Programm ein gewisses Gebiet erfassen. Die Raumordnung eines bestimmten Gebiets durch den Plan oder das Programm sei aber nicht erforderlich. Auch sei es nicht notwendig, dass ein Plan oder Programm einen vollständigen Rahmen für den jeweiligen Sektor vorgebe. Vielmehr reiche es aus, wenn nur Teile des Rahmens für die Genehmigung der jeweiligen Projekte in dem Plan oder Programm vorgegeben seien. Daher beziehe sich der Begriff auf jeden Rechtsakt,

*„der dadurch, dass er die in dem betreffenden Bereich anwendbaren Regeln und Verfahren zur Kontrolle festlegt, eine signifikante Gesamtheit von Kriterien und Modalitäten für die Genehmigung und Durchführung eines oder mehrerer Projekte aufstellt, die voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben.“*

Zuletzt lehnte es der EuGH ausdrücklich ab, „allgemeine Regelungen“ aus dem Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie und damit auch aus dem Begriff „Pläne und Programme“ herauszunehmen. Dagegen spräche insbesondere, dass Pläne und Programme auch Rechtssetzungsakte umfassen könnten.

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2001/42/EG vom 27. Juni 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, Abl. EU L 197/30.

## Fazit

Mit diesem Urteil hält der EuGH an seiner Definition des Begriffs „Pläne und Programme“ aus dem Urteil *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias*<sup>2</sup> fest. Nicht endgültig geklärt war jedoch bislang, ob nur solche Rechtsakte, die auch eine Gebietsausweisung vornehmen, Pläne und Programme i.S.d. SUP-Richtlinie darstellen.<sup>3</sup> Dies hat der EuGH nun ausdrücklich verneint und lässt einen einfachen Gebietsbezug ausreichen. Auch die Forderung nach einem vollständigen Regelungsrahmen wies er zurück<sup>4</sup> und weiterte damit den Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie deutlich aus.

Es spricht viel dafür, dass die Windenergieerlasse der Bundesländer nicht unter die den Begriff „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP-Richtlinie fallen. Anders als die Windenergieerlasse der Länder, die in erster Linie den bestehenden Rechtsrahmen im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung erläutern, hat der wallonische Erlass die anwendbaren Rechtsrahmen – etwa im Hinblick auf maximal zulässige Geräuschimmissionen – erst gesetzt. Die maßgeblichen Regeln und das Verfahren für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen ergeben sich im deutschen Recht bereits aus dem Bundes-Immissionschutzgesetz einschließlich der TA Lärm und anderen Fachgesetzen

Der wallonische Windenergieerlass erging darüber hinaus auf der Grundlage eines Dekrets, welches die Regierung verpflichtet, allgemeine, sektorale oder integrale Voraussetzungen festzulegen, um Mensch und Umwelt gegen Gefahren, Belastungen oder Nachteile durch entsprechende Betriebe zu schützen. Damit war eine Planungspflicht, die nach Art. 2 Buchst. a 2. Spiegelstrich der SUP-Richtlinie konstitutive Voraussetzung eines Plans oder Programms i.S.d. SUP-Richtlinie ist, im wallonischen Fall gegeben. An einer solchen Planungspflicht bzw. einer zumindest grundlegenden Regelung von Zuständigkeit und Verfahren<sup>5</sup> für die Windenergieerlasse der Bundesländer fehlt es bislang jedoch.<sup>6</sup>

Auch die Instanzgerichte haben die Windenergieerlasse der Länder bislang nicht als „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP-Richtlinie qualifiziert. So entschied das Verwaltungsgericht (VG) Minden, dass der Windenergieerlass NRW lediglich die Ebene der behördlichen Genehmigung von Einzelvorhaben betreffe. Er stelle deshalb nicht im weiteren Sinne auf die Raumordnung von Gebieten ab und falle folglich nicht unter die SUP-Richtlinie.<sup>7</sup> Das VG Münster hingegen ließ die Frage mit der Begründung offen, dass die Verbindlichkeit des Windenergieerlasses für die Rechtmäßigkeit der Genehmigung keine Bedeutung habe, sodass es unerheblich sei, ob er unter die SUP-Richtlinie falle.<sup>8</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184892&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

---

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 11. September 2012 – C-43/10 (*Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias u. a.*), Rn. 95.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Schlussanträge der Generalanwältin vom 14. Juli 2016 – C-290/15, Rn. 37 ff.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Schlussanträge der Generalanwältin vom 14. Juli 2016 – C-290/15, Rn. 46 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zur Auslegung der Planungspflicht EuGH, Urteil vom 22. März 2012 – C-567/10 (*Inter-Environnement Bruxelles*), Rn. 28 ff.

<sup>6</sup> So auch Wegner, SUP-Pflicht für Windenergieerlasse? – Überlegungen anlässlich EuGH – C-290/15 (*D'Oultrement/Wallonie*), *Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht* Nr. 27 vom 10. Mai 2017.

<sup>7</sup> VG Minden, Urteil vom 1. März 2017 – 11 K 2917/15.

<sup>8</sup> VG Münster, Beschluss vom 26. April 2017 – 10 L 144/17.



## OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. November 2016 – 12 ME 132/16

**Auch solche Mängel einer Umweltverträglichkeitsprüfung, die sich auf die vollständige und zutreffende Erfassung des Sachverhalts i.S.v. § 4a Abs. 2 Nr. 1 UmwRG beziehen, können im Einzelfall nach Maßgabe des § 4 Abs. 1a UmwRG i.V.m. § 46 VwVfG folgenlos bleiben.**

**Ist für das Artenschutzrecht ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum der Genehmigungsbehörde anzuerkennen, der sich auf die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten und/oder die Bewertung der Risiken bezieht, denen diese bei Realisierung des zur Genehmigung stehenden Vorhabens ausgesetzt sind, so ist dieser Beurteilungsspielraum auch für die entsprechenden Ermittlungen maßgeblich, welche die Auswirkungen des Vorhabens auf Tiere (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UVPG) aufklären sollen.**

### Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall hatte die beklagte Behörde eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von mehreren Windenergieanlagen erteilt und diese für sofort vollziehbar erklärt. Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ging der Antragsteller vor und machte insbesondere geltend, dass die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) fehlerhaft sei, da die Lärmimmissionen und naturschutzfachlichen Belange nicht richtig ermittelt worden seien.

### Inhalt der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg wies das Vorbringen des Antragstellers zurück. Aufgrund der geltend gemachten UVP-Fehler sei keine Aufhebung der Genehmigung zu erwarten.

Zweifelhaft sei bereits, ob dem Antragsteller überhaupt ein Aufhebungsanspruch wegen unzureichender Ermittlung der Lärmimmissionen zustehe, da er durch die geltend gemachten Immissionen nicht selbst betroffen sei. Zwar ließ das OVG die Frage im Ergebnis offen, sprach sich aber dafür aus, dass bei geringeren Fehlern – wie der hier geltend gemachten fehlerhaften Ermittlung der Lärmimmissionen – ein Betroffensein im eigenen Rechtskreis Voraussetzung für den Aufhebungsanspruch sei. Allein bei absoluten, in § 4 Abs. 1 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) genannten Fehlern solle der Aufhebungsanspruch ohne weitere Voraussetzungen bestehen.

Darüber hinaus müsse im Fall einer behaupteten unvollständigen und unzutreffenden Ermittlung des Sachverhalts i.S.v. § 4a Abs. 2 Nr. 1 UmwRG dargelegt werden, dass sich dies auch auf die Entscheidung in der Sache ausgewirkt habe. Andernfalls könnte ein solches Vorbringen folgenlos bleiben.

Weiter entschied das Gericht, dass die Bestandsermittlung im Rahmen einer UVP nicht bereits deshalb rechtswidrig sei, weil einzelne Individuen einer Tierart nicht ermittelt worden seien. Zunächst komme der Behörde im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung sowohl im Hinblick auf die Erfassung des Bestands als auch im Hinblick auf die Bewertung der Risiken ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Dieser Beurteilungsspielraum gelte auch für die Sachverhaltsermittlung im Rahmen der UVP. In diesem Zusammenhang wies das Gericht auch darauf hin, dass sich das Helgoländer Papier<sup>1</sup> nicht als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt und die artenschutzrechtliche Einschätzungsprärogative weiterhin Bestand habe. Darüber hinaus dürfe die Rechtmäßigkeit einer UVP nicht mit der Einhaltung der Anforderungen des materiellen Umweltrechts gleichgesetzt werden.

---

<sup>1</sup> Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015).

## Fazit

Die sehr detaillierte und teilweise auch unübersichtliche Rechtsprechung zum UmwRG und zur UVP ergänzt das OVG Lüneburg um weitere Aspekte: Dies betrifft zunächst den nach dem UmwRG bestehenden Aufhebungsanspruch im Falle einer fehlerhaften UVP. Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) bereits entschieden, dass eine Genehmigungsentscheidung, die ohne die hierfür erforderliche UVP oder UVP-Vorprüfung getroffen worden ist, auf die Klage eines gemäß § 42 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) klagebefugten Dritten nach § 4 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 UmwRG allein wegen dieses Fehlers aufzuheben ist.<sup>2</sup> Weitere Voraussetzungen müssten dafür nicht erfüllt werden. Dieses Verständnis will das OVG Lüneburg nur für absolute Fehler gelten lassen. Bei allen anderen Fehler sei im Fall von Individualklägern ein Betroffensein im eigenen Rechtskreis notwendig. Darüber hinaus fordern die Lüneburger Richter, dass bei der Geltendmachung von Mängeln im Rahmen einer UVP, die sich auf die vollständige und zutreffende Erfassung des Sachverhalts beziehen, auch deren Auswirkung auf das Ergebnis der Prüfung dargelegt wird.

Weiter geht das OVG auch bei der Bestandsermittlung im Rahmen der UVP von einer Einschätzungsprärogative der Behörde aus. Da das UVP-Recht allein Verfahrensrecht darstellt, ist diese Schlussfolgerung konsequent. Die in diesem Urteil deutliche Unterscheidung zwischen formellem UVP-Recht und materiellem Recht schafft mehr Klarheit und kann als Richtschnur für den Handlungsrahmen der Behörden gelten.

In diesem Zusammenhang verneinten die Richter außerdem den Status des Helgoländer Papiers als „allgemeinen Stand der Wissenschaft“. Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) München hatte im vergangenen Jahr die im Helgoländer Papier genannten Prüfradien zu Rotmilan-Horsten als „allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft“ gewertet und damit für Verunsicherung gesorgt.<sup>3</sup> Allerdings spricht vieles dafür, dass es dem VGH München in erster Linie um ein Ersetzen der Prüfradien im mittlerweile außer Kraft getretenen Windkraft-Erlass Bayern ging. Darüber hinaus hat sich dieser Rechtsprechung bislang kein anderes Gericht – das OVG Lüneburg eingeschlossen – angeschlossen.<sup>4</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE160003813&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>2</sup> BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15.13.

<sup>3</sup> VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14.1875 (im Rundbrief 3/2016 besprochen); VGH München, Urteil vom 27. Mai 2016 – 22 BV 15.2003 (im Rundbrief 1/2017 besprochen).

<sup>4</sup> 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.

## Normenkontrollverfahren, Veränderungssperre, Höhenbegrenzung OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22. November 2016 – 2 S 66.15

**Eine Veränderungssperre darf nur erlassen werden, wenn eine ausreichend konkretisierte Planungsabsicht besteht. Diese setzt nicht voraus, dass sich aus dem Aufstellungsbeschluss bereits Anzahl und Lage der geplanten Windenergieanlagen ergeben.**

### Hintergrund der Entscheidung

Im diesem Fall wandte sich die Antragstellerin, eine Projektierungsgesellschaft, gegen die Veränderungssperre, die die beklagte Gemeinde zur Sicherung ihres sich in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans erlassen hatte. Die Gemeinde plant, unter anderem ein sonstiges Sondergebiet mit der Zweckbestimmung „Windenergie“ festzusetzen. In dem Gebiet soll die Gesamthöhe der Anlagen auf 149,5 Meter begrenzt werden. Das geplante Sondergebiet ist im zugrundliegenden Regionalplan als Eignungsgebiet für die Windenergie ausgewiesen.

### Inhalt der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg wies den Antrag zurück und bewertete die Veränderungssperre nach summarischer Prüfung als rechtmäßig. Grundsätzlich könne eine Veränderungssperre immer dann erlassen werden, wenn die Gemeinde beschlossen habe, einen Bebauungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen. Weitere Voraussetzung sei, dass bei Erlass der Veränderungssperre ein Mindestmaß des Inhalts der beabsichtigten Planung erkennbar sei. Aussagen zu Anzahl und Lage der geplanten Anlagen seien zu diesem Zeitpunkt hingegen nicht erforderlich.

Weiter urteilte das Gericht, dass der sich in Aufstellung befindliche Bebauungsplan nicht an unbeheb- baren Mängeln leide. Insbesondere stelle die geplante Höhenbegrenzung keinen Verstoß gegen das Anpassungsgebot der Bauleitplanung an die Regionalplanung gemäß § 1 Abs. 4 Baugesetzbuch (BauGB) dar. Weder lasse sich dem Regionalplan eine entsprechenden Zielfestlegung entnehmen noch sei ersichtlich, dass der Betrieb von Anlagen mit einer Gesamthöhe von bis zu 149,5 Metern unwirt- schaftlich sei und deshalb den Regionalplan aushöhle. Auch habe die Gemeinde mit der Höhenbegren- zung ihre Kompetenz zur Feinsteuerung nicht überschritten. § 7 Abs. 2 Satz 1 Raumordnungsgesetz (ROG) sehe vor, dass bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung die öffentlichen und privaten Be- lange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, abschließend abzuwägen sind. Verbleibende Konflikte, die der Ausweisung nicht entgegenstehen, könnten auf Ebene der Bauleitplanung feingesteuert werden.

### Fazit

In der vorliegenden Entscheidung hat das OVG Berlin-Brandenburg zu einigen „Windenergie-relevanten“ Punkten bei Erlass einer Veränderungssperre Stellung bezogen: Im Hinblick auf den Aufstellungs- beschluss hält es das Gericht nicht für notwendig, dass sich Anzahl und Lage der geplanten Anlagen bereits aus diesem ergeben. Auch ohne diese Angabe sei die Planungsabsicht ausreichend konkret.

Grundsätzlich darf die Wirksamkeit der Veränderungssperre nur in engen Grenzen von der materiellen Rechtmäßigkeit der Planungen abhängig gemacht werden, da die Planung im Verfahren noch maßgeb- lich geändert werden kann. Gleichwohl hat das OVG die gerügten Mängel des sich in Aufstellung be- findlichen Bebauungsplans abgeprüft. Die angezweifelte Zulässigkeit der Höhenbegrenzung machte das Gericht daran fest, dass der Betrieb von niedrigeren Windenergieanlagen noch wirtschaftlich sei und machte sich damit die vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entwickelten Maßstäbe zu eigen.<sup>1</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

[http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/279b/bs/10/page/samm- lung.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&num- berofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=JURE160020323&doc.part=L&doc.price=0.0#focuspoint](http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/279b/bs/10/page/samm- lung.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&num- berofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=JURE160020323&doc.part=L&doc.price=0.0#focuspoint)

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch BVerwG, Beschluss vom 2. April 2013 – 4 BN 37.12.

Genehmigungsverfahren, Nebenbestimmungen, Rückbaubürgschaft, Ersatzzahlung, Änderungsvorbehalt, Monitoring

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

- 1. Es ist zulässig, die Höhe der [...] Rückbaubürgschaft anhand der Angaben des Anlagenbetreibers zu den zu erwartenden Rückbaukosten zu bestimmen.**
- 2. § 6 Abs. 1 Satz 1 NAGBNatSchG [...] ist so auszulegen, dass die 7 Prozent-Grenze als Obergrenze eines Rahmens zu verstehen ist, innerhalb dessen die Ersatzzahlung anhand von Dauer und Schwere des konkreten Eingriffs zu bestimmen ist (Fortsetzung der Rechtsprechung des Senats zu § 12 Abs. 1 Satz 3 NNatG).**
- 4. Die Schwere eines Eingriffs in das Landschaftsbild ist einerseits von dessen Qualität und andererseits von der Eingriffswirkung abhängig, die von der Anlage ausgeht. Bei der Beurteilung dieser Faktoren kommt der Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu.**
- 5. Die Heranziehung eines Windenergieanlagenbetreibers zu einer naturschutzrechtlichen Ersatzzahlung nach § 15 Abs. 6 Satz 3 BNatSchG i.V.m. § 6 Abs. 1 Satz 1 NAGBNatSchG ist im Zulassungsbescheid abschließend zu regeln.**
- 7. § 17 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG ermächtigt nicht zur Anordnung der Vorlage eines jährlichen Berichts darüber, ob der mit einer Ausgleichs und Ersatzmaßnahme bezweckte Erfolg auch eingetreten ist. [...] (amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

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

### Inhalt der Entscheidung

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

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

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

Teilweise oder vollständig sichtverschattete Flächen dürften bei der Berechnung der Ersatzzahlung allerdings nicht berücksichtigt werden, so das OVG Lüneburg weiter. Für Landschaftsteile, von denen die

---

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

Windenergieanlagen wegen Sichtverstellungen und -verschattungen nicht sichtbar seien, liege keine erhebliche Beeinträchtigung vor. Bei dieser Bewertung stehe der Behörde kein Beurteilungsspielraum zu.

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

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

## Fazit

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

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

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

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

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

---

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

## Normenkontrollverfahren, Veränderungssperre, kartographische Gebietsfestlegung OVG Schleswig, Beschluss vom 17. Januar 2017 – 1 MR 6/16

**Für die Festlegung des Geltungsbereichs einer Veränderungssperre darf auf eine Karte, die Bestandteil der Satzung ist, verwiesen werden. Damit das Bestimmtheitsgebot gewahrt wird, muss eindeutig erkennbar sein, welche Grundstücke von der Veränderungssperre erfasst werden.**

### Hintergrund der Entscheidung

Nachdem die Antragstellerin einen Antrag auf Erteilung einer Genehmigung einer Windenergieanlage gestellt hatte, beschloss die Standortgemeinde, sowohl den für den geplanten Anlagenstandort geltenden Flächennutzungs- als auch den Bebauungsplan zu ändern. Nach Bekanntgabe der Aufstellungsbeschlüsse erließ sie eine Veränderungssperre und versagte das gemeindliche Einvernehmen zur Genehmigung. Der Geltungsbereich der Veränderungssperre war in einer der Satzung beigefügten Liegenschaftskarte mit dem angegebenen Maßstab 1:10000 grau eingefärbt. Gegen den Erlass der Veränderungssperre ging die Antragstellerin gerichtlich vor.

### Inhalt der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Schleswig bewertete die Veränderungssperre nach summarischer Prüfung als rechtswidrig. Dabei ließ es offen, ob – wie von der Antragstellerin vorgetragen – die Veränderungssperre der reinen Verhinderungsplanung diene und der zugrundeliegenden Planung ein Mindestmaß an Konkretisierung fehle. Zur Unwirksamkeit führe bereits der nicht richtig festgelegte Geltungsbereich der Veränderungssperre, der einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot darstelle. Zwar sei es zulässig, zur Festlegung des Geltungsbereichs im Satzungstext auf eine als Bestandteil der Satzung erklärte Karte zu verweisen. Damit die Regelung dem Bestimmtheitsgebot entspreche, müssten sich die Grenzen des Geltungsbereichs aber eindeutig aus der Karte ergeben. Für jedes Grundstück müsse erkennbar sein, ob es von der Veränderungssperre erfasst wird. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da sich die grau eingefärbte Fläche weder an Grundstücksgrenzen noch an anderen Begrenzungen orientiere. Der Hinweis in der Satzung, dass das Gebiet durch verschiedene Straßen umfasst werde, sei lediglich eine pauschale Skizzierung der Örtlichkeit. Inwieweit die Unbestimmtheit auch aufgrund eines unklaren Maßstabs der Karte vorliegt, ließ das Gericht ebenfalls offen.

### Fazit

Der Geltungsbereich einer Veränderungssperre wird häufig mittels einer der Satzung beigefügten Karte bestimmt. Die daran zu stellenden Anforderungen hat das OVG Schleswig in diesem Beschluss bestätigt: Damit eine solche Festlegung dem Bestimmtheitsgebot entspricht, muss klar erkennbar sein, welche Grundstücke von der Veränderungssperre erfasst werden.<sup>1</sup> Darüber hinaus muss auch der auf der beigefügten Karte angegebene Maßstab eingehalten werden. Dies bedeutet, dass eine Karte entsprechend des angegebenen Maßstabs beigefügt werden muss; eine verkleinerte Kopie ist hingegen unzulässig.<sup>2</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

[http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bsshoprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js\\_pid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdocto-doc=yes&doc.id=MWRE170004618%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1](http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bsshoprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js_pid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdocto-doc=yes&doc.id=MWRE170004618%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1)

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch OVG Schleswig, Urteil vom 5. Oktober 2016 – 1 KN 20/15 sowie VGH München, Urteil vom 11. Juli 2000 – 26 N 99.3185.

<sup>2</sup> VGH München, Urteil vom 11. Juli 2000 – 26 N 99.3185.

## Betriebsuntersagung nach Havarie, Standsicherheit, staatlich anerkannter Gutachter VG Minden, Beschluss vom 7. Februar 2017 – 9 L 1985

**Die Gefahr der Standsicherheit ist keine betriebsbezogene Gefahr, sodass für eine Betriebsuntersagung mangels ausreichender Standsicherheit das Bauordnungsrecht einschlägig ist.**

**Die ausreichende Standsicherheit einer Windenergieanlage kann nur durch einen staatlich anerkannten Sachverständigen nachgewiesen werden.**

### Hintergrund der Entscheidung

Die streitgegenständliche Windenergieanlage wurde durch einen Sturm stark beschädigt; die Rotorblätter brachen ab, der Generator stürzte zu Boden und das obere Turmsegment wurde stark deformiert. Nach Reparatur der Anlage legte der Betreiber zwei gutachterliche Stellungnahmen vor, welche die Standsicherheit von Fundament und Turm bescheinigten. Da die Gutachten nicht durch einen staatlich anerkannten Sachverständigen erstellt worden waren, hielt die zuständige Behörde die Standsicherheit nicht für ausreichend nachgewiesen. Sie erließ eine bauordnungsrechtliche Verfügung mit dem Inhalt, den Betrieb bis zur Vorlage eines entsprechenden Gutachtens zu unterlassen und erklärte diese für sofort vollziehbar. Dagegen ging der Anlagenbetreiber im Eilverfahren vor.

### Inhalt der Entscheidung

Das Verwaltungsgericht (VG) Minden bewertete die als „Stilllegungsverfügung“ bezeichnete Betriebsuntersagung als rechtmäßig. Sie sei zurecht als Bauordnungsverfügung auf Grundlage des § 61 Abs. 1 Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NRW) ergangen. Die Norm werde nicht durch die §§ 17, 20 und 21 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) verdrängt. § 20 Abs. 1 BImSchG, der eine Betriebsuntersagung für den Fall, dass der Anlagenbetreiber eine Auflage oder eine vollziehbare nachträgliche Anordnung nicht erfüllt, vorsieht, diene der Durchsetzung immissionsschutzrechtlicher Pflichten. Die Vorschrift sei deshalb nur bei betriebsbezogenen Gefahren maßgeblich und abschließend. Vorliegend handle es sich aber nicht um eine betriebsbezogene Gefahr, da die fehlende Standsicherheit auch bestehe, wenn die Anlage nicht betrieben werde.

Weiter entschied das Gericht, dass die Gutachten, die nicht von staatlich anerkannten Sachverständigen stammen, die ausreichende Standsicherheit der Windenergieanlage nicht belegten. Allein ein staatlich anerkannter Sachverständiger biete die Gewähr für die Richtigkeit des von ihm gefertigten Standsicherheitsnachweises.

### Fazit

Die Frage der Rechtmäßigkeit einer Betriebsuntersagung nach einer Havarie einer Windenergieanlage ist in der Rechtsprechung bislang kaum behandelt worden. Das VG Minden hat sich dieser Thematik nun in einem knappen Beschluss angenommen. Im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen den immissionsschutzrechtlichen Vorschriften zum Verbot des Anlagenbetriebs sowie der bauordnungsrechtlichen Generalklausel hat das VG Minden entschieden, dass eine Betriebsuntersagung mangels ausreichender Standsicherheit auf das Bauordnungsrecht zu stützen ist. Weiter machte es deutlich, dass ein privates Gutachten zum Nachweis der Standsicherheit nach einer Havarie nicht ausreicht.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg\\_minden/j2017/9\\_L\\_1985\\_16\\_Beschluss\\_20170207.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_minden/j2017/9_L_1985_16_Beschluss_20170207.html)

## **VGH Mannheim, Beschluss vom 21. Februar 2017 – 3 S 101/17**

**Die Auffassung, dass für den Mäusebussard durch den Betrieb einer Windenergieanlage kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko zu erwarten ist, ist nach derzeitigem Kenntnisstand naturschutzfachlich vertretbar.**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die zuständige Behörde hatte der Antragstellerin, einem Projektierer, eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von fünf Windenergieanlagen erteilt und für sofort vollziehbar erklärt. Dagegen ging der Antragsgegner im einstweiligen Rechtsschutz vor.

Zunächst entschied der VGH Mannheim mit Beschluss vom 7. Juni 2016 – 3 S 942/16 –, dass die Umweltverträglichkeits (UVP)-Vorprüfung im Hinblick auf zwei der geplanten Windenergieanlagen fehlerhaft sei. Daraufhin legte die Antragstellerin ein nachgebessertes Konzept für die Vermeidungsmaßnahmen vor. Auf Grundlage dieses neuen Konzepts erteilte die zuständige Behörde eine geänderte Genehmigung. Auch gegen diese Genehmigung wandte sich der Antragsgegner und machte insbesondere geltend, dass das Konzept der Vermeidungsmaßnahmen rechtswidrig sei. Außerdem gehe von den Windenergieanlagen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Mäusebussard aus.

### **Inhalt der Entscheidung**

Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim folgte dem Vorbringen des Antragsgegners nicht. Zunächst setzte er sich ausführlich mit der Frage auseinander, ob ein von den Hinweisen der Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen vom 1. Juli 2015 (LUBW-Hinweise) abweichendes Konzept der Vermeidungsmaßnahmen im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative zulässig sei. Dies bejahte der VGH mit dem Argument, dass die Vermeidungsmaßnahmen trotz der Abweichung von den LUBW-Hinweisen ihre Funktion erfüllten. Die Abweichung von den LUBW-Hinweisen sei daher von der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative gedeckt.

Auch ein durch den Betrieb der geplanten Windenergieanlagen bedingtes erhöhtes Tötungsrisiko für den Mäusebussard verneinte der VGH Mannheim und bestätigte damit seine Entscheidung vom 7. Juni 2016. Zwar gehe die PROGRESS-Studie im Gegensatz zu anderen Erkenntnissen in Bezug auf den Mäusebussard von hohen Kollisionsraten und potenziell bestandswirksamen Auswirkungen aus.<sup>1</sup> Gleichzeitig werde der Mäusebussard aber weder in den LUBW-Hinweisen noch im Helgoländer Papier<sup>2</sup> zu den windenergieempfindlichen Vogelarten gezählt. Die Ansicht, dass es sich bei dem Mäusebussard nicht um eine windenergieempfindliche Art handele, sei deshalb naturschutzfachlich vertretbar und daher gerichtlich nicht zu beanstanden.

### **Fazit**

Der Mäusebussard ist eine in Deutschland flächendeckend vorkommende Greifvogelart. Bislang galt er als nicht durch den Ausbau der Windenergie gefährdet. In der PROGRESS-Studie wurden nun erstmals

---

<sup>1</sup> Grünkorn/Blew/Coppack/Krüger/Nehls/Potiek/Reichenbach/von Rönn/Timmermann/Weitekamp, Ermittlung der Kollisionsraten von (Greif-)Vögeln und Schaffung planungsbezogener Grundlagen für die Prognose und Bewertung des Kollisionsrisikos durch Windenergieanlagen (Abschlussbericht 2016), S. 9.

<sup>2</sup> Länderarbeitsgemeinschaften der Vogelschutzwarten (LAG VSW), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutenden Vogel Lebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten vom 15. April 2015.



auch für den Mäusebussard hohe Kollisionsraten mit Windenergieanlagen, die sich potenziell auch auf den Bestand der Art auswirken können, ermittelt. Die neuen Erkenntnisse haben insbesondere bei Genehmigungsbehörden für Unsicherheiten im Umgang mit der Vogelart gesorgt.<sup>3</sup>

Der VGH Mannheim hat in dieser Entscheidung Stellung zum Umgang mit der PROGRESS-Studie bezogen: Trotz der neuen Erkenntnisse ist es nach Auffassung der Mannheimer Richter vertretbar, den Mäusebussard nicht als windenergiesensibel zu erachten. Eine solche Auffassung sei von der natur-schutzfachlichen Einschätzungsprärogative gedeckt.

Auch das Bundesamt für Naturschutz (BfN) hält den Mäusebussard im Regelfall nicht für planungsrelevant. Die Behörde hat für die Mortalitätsgefährdung von Arten einen eigenen Mortalitätsgefährdungsindex entwickelt.<sup>4</sup> Spielt man den BfN-Index beim Mäusebussard durch, ergebe sich bei der Windenergie nur eine mittlere Mortalitätsgefährdung.<sup>5</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenpflichtig beim VGH Mannheim angefordert werden.

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu auch FA Wind, Windenergie und Artenschutz: Ergebnisse aus dem Forschungsvorhaben PROGRESS und praxisrelevante Konsequenzen, Berlin 2016.

<sup>4</sup> Bernotat/Dierschke, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 3. Fassung Stand 20.09.2016.

<sup>5</sup> FA Wind, Windenergie und Artenschutz: Ergebnisse aus dem Forschungsvorhaben PROGRESS und praxisrelevante Konsequenzen, Berlin 2016, S. 25.

**Liegt ein Privatgrundstück in dem Flugbeschränkungsgebiet um einen bestandsgeschützten Schießplatz der Bundeswehr, ist diese nicht verpflichtet, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um ihre Aktivitäten und baulichen Anlagen zur Erprobung von Militärtechnik so auf dem Platz zu verlegen, dass Tiefflüge vermieden werden, die einer uneingeschränkten Nutzung des Privatgrundstücks für Vorhaben der Windenergiegewinnung entgegenstehen.**

### Hintergrund der Entscheidung

Die zuständige Genehmigungsbehörde hatte dem Kläger den beantragten Genehmigungs-Vorbescheid zur Errichtung und zum Betrieb von mehreren Windenergieanlagen versagt. Hintergrund dessen war eine Stellungnahme der Bundeswehr, aus der hervorging, dass sich in der Nähe der geplanten Standorte ein Schießplatz befindet, über dem regelmäßig Tiefflüge stattfinden. Die Anlagen würden diese Nutzung in nicht vertretbarer Weise einschränken. Der Kläger wollte daraufhin die Erteilung des Vorbescheids im Klagewege erreichen und machte geltend, dass die Flüge auf dem Gebiet verlegt werden könnten. Das Verwaltungsgericht (VG) Osnabrück wies die Klage in erster Instanz ab; das OVG Lüneburg hatte in dem hier besprochenen Beschluss über die Zulassung der Berufung zu entscheiden.

### Inhalt der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg wies den Antrag auf Zulassung der Berufung zurück. Der Kläger habe keinen Anspruch auf die Erteilung eines positiven Vorbescheids, da dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Belange entgegenstünden. Es sei anerkannt, dass die Durchführung militärischer Tiefflüge der Zulässigkeit des Vorhabens als öffentlicher Belang i.S.d. § 35 Abs. 1 Baugesetzbuch (BauGB) entgegenstehen könnten. Bei der Entscheidung, inwieweit Tiefflüge zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Verteidigungsaufgaben notwendig seien, stehe der Bundeswehr ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidung sei nur daraufhin zu überprüfen, ob zivile Interessen in die Abwägung eingestellt und nicht unverhältnismäßig zurückgesetzt worden seien.

Dies sei vorliegend nicht der Fall. Aufgrund des legal und über Jahre hinweg betriebenen Schießplatzes und der darüber stattfindenden Tiefflüge sei das Grundstück im Hinblick auf die Windenergienutzung mit der Pflicht zur Rücksichtnahme belastet. Die Bundeswehr sei nicht verpflichtet, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um durch eine Verlegung ihrer Aktivitäten die Nutzbarkeit der klägerischen Grundstücke für die Windenergiegewinnung nicht zu beeinträchtigen.

### Fazit

Die Frage, ob die Durchführung militärischer Tiefflüge ein öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB darstellt, hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) bereits höchstrichterlich bejaht. Zudem hat es der Bundeswehr bei der Entscheidung, inwieweit Tiefflüge zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Verteidigungsaufgaben notwendig sind, einen verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum zugesprochen.<sup>1</sup> Das OVG Lüneburg ergänzt diese Rechtsprechung nun um den Aspekt, dass – jedenfalls bei einer legalen und bereits vorhandenen militärischen Nutzung der Grundstücke – keine Verpflichtung seitens der Bundeswehr besteht, ihre Aktivitäten zu verlegen oder einzuschränken, um eine Windenergienutzung zu ermöglichen.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.dbovg.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE170005407&st=null&doctype=juris-r&showdoccase=1&paramfromHL=true>

---

<sup>1</sup> BVerwG, Beschluss vom 5. September 2006 – 4 B 58.06.

## Impressum

© FA Wind, Mai 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

### 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](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 [endell@fa-wind.de](mailto: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](http://www.fachagentur-windenergie.de)