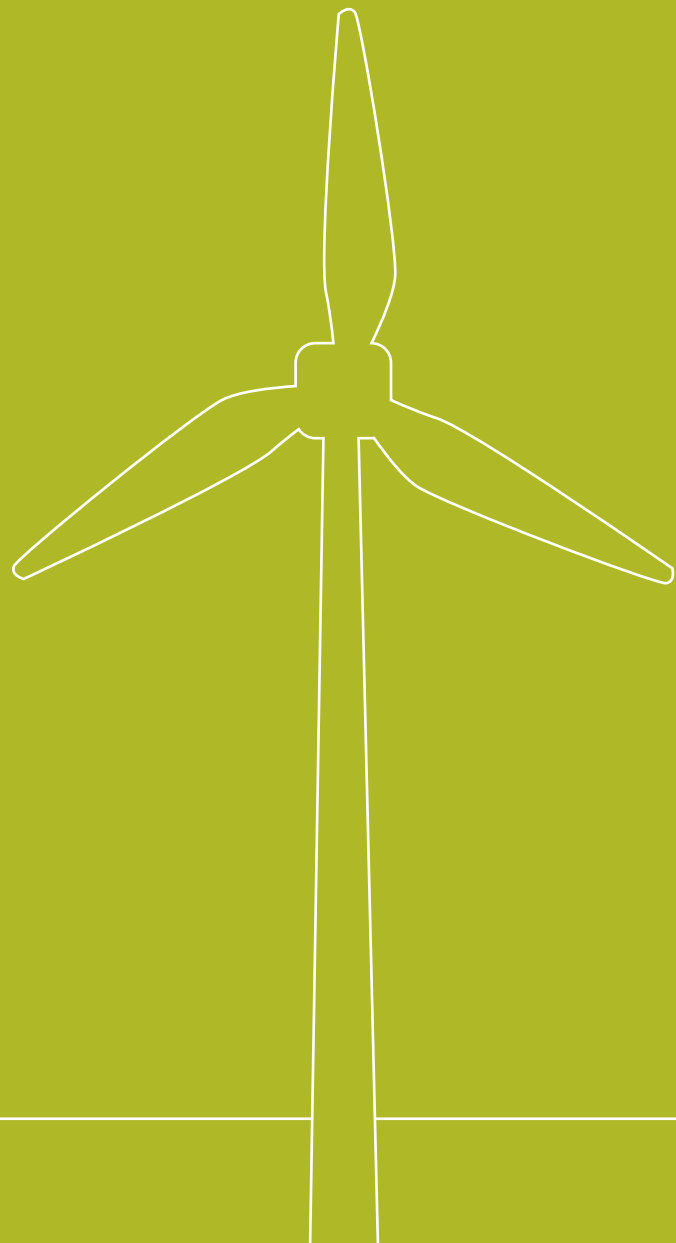
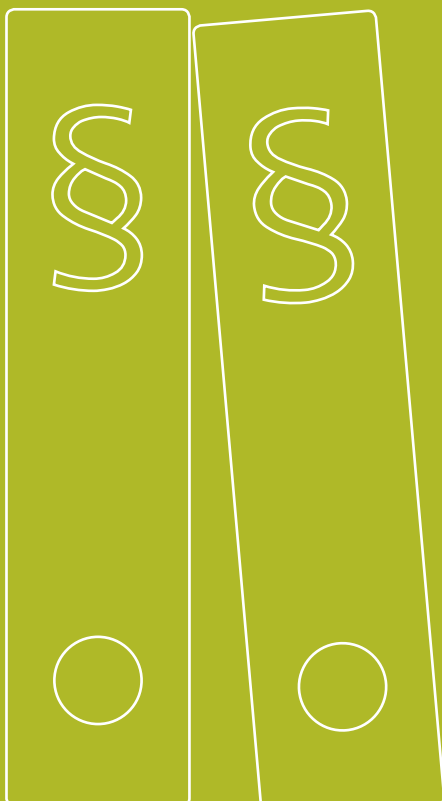




# Rundbrief Windenergie und Recht 2/2021



## 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 Teilnehmenden 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, Vorhabenträger, Behörden und Planer unterschiedlicher Hintergründe und verschiedener Tätigkeitsschwerpunkte mit. Die Ergebnisse werden 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 zusammengefasst. Die Entscheidungsbesprechungen können zudem auf der Internetseite der FA Wind unter dem Thema [Rechtsprechung](#) abgerufen werden.

**Ina Abraham**, Verband kommunaler Unternehmen e.V.

**Thomas Aufleger**, NWP Planungsgesellschaft mbH

**Kathrina Baur**, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

**Thomas Brünjes**, Alterric GmbH

**Dr. Silke Christiansen**, Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende

**Dr. Deborah Fries**, Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie

**Katharina Graf**, Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

**Angela Kriebisch**, Thüringer Ministerium für Umwelt, Energie und Naturschutz

**Dr. Jan Carl Lüers**, Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz

**Christopher Lüning**, Hessen Agentur GmbH

**Christian Nieße**, RWE Renewables GmbH

**Caroline Moog**, Stiftung Umweltenergierecht

**Dr. Lutz Mehlhorn**, Niedersächsischer Landkreistag

**Vera Müller**, Ministerium des Innern und für Sport des Landes Rheinland-Pfalz

**Dr. Johannes Osing**, Märkischer Kreis

**Dr. Petra Overwien**, Gemeinsame Landesplanungsabteilung Berlin-Brandenburg

**Prof. Dr. Marcel Raschke**, Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW

**Annette Reisch**, ENERTRAG AG

**Marianna Roscher**, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

**Patrick Simundic**, Volkswind GmbH

**Prof. Dr. Wilhelm Söfker**, Ministerialdirigent a. D., Honorarprofessor an der Universität Bonn

**Felix Steengrafe**, PNE AG

**Urta Steinhäuser**, ABO Wind AG

**Florian Voigt**, LEA LandesEnergieAgentur Hessen GmbH

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	3
Normenkontrollantrag, Sachlicher Teilflächennutzungsplan, Schallimmissionen, Grundstückseigentümer VGH Mannheim, Urteil vom 4. Februar 2021 – 5 S 305/19.....	4
Normenkontrollantrag, Sachliche Teilfortschreibung Regionalplan Mittlerer Oberrhein, Referenzanlage, Vorranggebiete, Strategische Umweltprüfung, Abwägung VGH Mannheim, Urteil vom 19. November 2020 – 5 S 1107/18 .....	6
Normenkontrollantrag, Konzentrationszonenplanung, weiße Flächen, Bekanntmachung, Negativziele, Abwägung OVG Lüneburg, Urteil vom 12. April 2021 – 12 KN 159/18 .....	9
Normenkontrollantrag, Konzentrationszonenplanung, weiße Flächen, Bekanntmachung, Negativziele, Abwägungsausfall OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. November 2020 – 2 A 28.18.....	11
Normenkontrollantrag, Bekanntmachung, Flächennutzungsplan, räumlicher Geltungsbereich BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2020 – 4 CN 2.19 .....	13
Genehmigungsverfahren, Mindestabstand zu Rotmilanhorst, Hessische Verwaltungsvorschrift, Helgoländer Papier, Gebietsschutz VGH Kassel, Beschluss vom 14. Januar 2021 – 9 B 2223/20 .....	15
Genehmigungsverfahren, Sondernutzungserlaubnis, Konzentrationswirkung, Kettenkonzentration, Widmungsfiktion, Erschließung OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Dezember 2020 – OVG 1 S 29/20.....	17
Genehmigungsverfahren, gemeindliches Einvernehmen, Bauplanungsrecht, Einvernehmensfiktion, Zugang BVerwG, Urteil vom 27. August 2020 – 4 C 1.19 .....	19
Vorabentscheidungsersuchen, Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie, Vogelschutzrichtlinie EuGH, Urteil vom 4. März 2021 – C-473/19, C-474/19 .....	21

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

dass sowohl die Planung, als auch die Genehmigung von Windenergieanlagen häufig Anlass für offene Fragen geben, zeigt sich nicht zuletzt in der Vielzahl an Gerichtsentscheidungen, die in den letzten Jahren ergangen sind. Anhand dieser Entscheidungen konnten viele für die Windenergie an Land relevante Fragestellungen einer Klärung zugeführt werden.

An anderer Stelle kann sich die Rechtsprechung zumindest als Anzeiger dafür erweisen, wo Behörden und weitere Beteiligte dauerhaft vor besonderen Herausforderungen stehen; so insbesondere hinsichtlich der Steuerung der Windenergienutzung im Rahmen von Regional- und Bauleitplänen. Erkennbar wird dies u.a. an einigen in diesem Rundbrief besprochenen Entscheidungen. Die hierbei adressierten Konzepte der planerischen Steuerung der Windenergienutzung setzten an unterschiedlichsten Punkten an und scheiterten dennoch gleichermaßen aufgrund formeller wie materieller Fehler. So befasste sich der VGH Mannheim zu Anfang des Jahres mit Fragestellungen der „klassischen“ Konzentrationszonenplanung und erkannte in dem harten Ausschluss von Flächen aus immissionsschutzrechtlichen Gründen sowie der Festlegung von Mindestgrößen für Konzentrationszonen materielle Fehler. Doch auch eine reine Positivplanung hatte gerichtlich keinen Bestand. Dementsprechend hob der VGH Mannheim in einem weiteren Urteil die Teilfortschreibung eines Regionalplans auf, da er die Ansicht vertritt, dass auch mit der Ausweisung reiner Vorranggebiete zumindest teilweise die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung verbunden sei. Ebenfalls als unwirksam erklärte das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg eine Regionalplanung, welche sich vorwiegend auf negative Ziele oder Grundsätze stützt. Dabei stellte es fest, dass auch hier eine Abwägung zumindest nicht vollständig entfallen könne. Deutlich werden insofern weitere Fehlerquellen für die Planung; an einer Perspektive für rechtssichere Flächenausweisungen der Windenergienutzung fehlt es dennoch weiterhin. Begrüßenswert ist demgegenüber eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus diesem Rundbrief, welches sich umfassend mit den Anforderungen an den Hinweiszweck einer Bekanntgabe befasst und diese deutlich formuliert.

Im Bereich des Genehmigungsrechts beinhaltet dieser Rundbrief eine Mischung windenergiespezifischer Fragestellungen. So setzte sich das Obergerverwaltungsgericht Berlin Brandenburg mit der Sondernutzung einer öffentlichen Straße zur Errichtung einer Windenergieanlage auseinander. Das Bundesverwaltungsgericht stellte demgegenüber maßgebliche Weichenstellungen für die Fiktion des gemeindlichen Einvernehmens und dessen Bindungswirkung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens auf.

Artenschutzrechtliche Fragestellungen wurden vom VGH Kassel adressiert. Dieser befasst sich mit der Frage, wie groß der Abstand von Windenergieanlage zu einem Rotmilanhorst nach aktuellem Stand der Wissenschaft sein sollte. Hierbei unterzog er nicht zuletzt die neue Hessische Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie“ einer kritischen Betrachtung. Doch auch über die nationalen Grenzen hinweg, spielt der Natur- und Artenschutz eine große Rolle. Mit großer Spannung erwartet worden, war die Entscheidung des EuGH zur Auslegung der Flora-Fauna-Habitat- und der Vogelschutz-Richtlinie. Die Aussagekraft des Urteils selbst bleibt hingegen ernüchternd, da es eindeutige Entscheidungen nur hinsichtlich der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie trifft. Der Konflikt zwischen den unionsrechtlichen Zielvorgaben des Klimaschutzes und dem Artenschutz bleibt damit weiterhin offen. Auch hier ist auf eine gesetzliche oder obergerichtliche Entscheidung zu hoffen, um mehr Rechtssicherheit für die Realisierung der Energiewende zu gewinnen.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!



Dr. Antje Wagenknecht

**1. Flächen, auf denen der Betrieb einer Windenergieanlage schädliche Umwelteinwirkungen in Form von Schallimmissionen hervorrufen würde, dürfen im Rahmen der Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen als harte Tabuzonen von der Windenergienutzung ausgeschlossen werden. Die Berechnung der Schallimmissionen hat nach dem im Zeitpunkt der Beschlussfassung (§ 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB) neuesten Stand von Wissenschaft und Technik zu erfolgen.**

**2. Verfolgt eine Gemeinde mit der Konzentrationsflächenplanung das Ziel, in der ausgewiesenen Konzentrationsfläche eine Mindestanzahl von Windenergieanlagen zu bündeln, muss sich aus dem Planungsverfahren nachvollziehbar ergeben, anhand welcher Kriterien sie die hierfür erforderliche Flächengröße berechnet und für zu klein befundene Flächen als weiche Tabuzonen unberücksichtigt gelassen hat.**

**3. Erscheint die Weigerung von Grundstückseigentümern im Plangebiet, ihr Eigentum für eine Windenergienutzung zur Verfügung zu stellen, nicht schlechthin unüberwindbar, so fehlt der Konzentrationsflächenplanung zwar nicht die Erforderlichkeit i. S. v. § 1 Abs. 3 BauGB, der Plangeber hat die Frage der (Nicht-) Verfügbarkeit benötigter Grundstücke dann aber im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsteller, ein Unternehmen der Windenergiebranche, wendet sich gegen den Sachlichen Teilflächennutzungsplan der Antragsgegnerin. Mit dem Plan wies diese auf ihrem Gemeindegebiet ca. 35 ha an Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung aus.

Dem Plan vorausgegangen war ein Antrag auf Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin aus März 2016. Diesen hatte der Antragsteller beim zuständigen Landratsamt gestellt. Unmittelbar darauf fasste der Gemeinderat der Antragsgegnerin den Aufstellungsbeschluss für einen Sachlichen Teilnutzungsplan Windenergie. Infolge des Planaufstellungsverfahrens wurde Ende 2016 und Ende 2017 die Entscheidung über den Genehmigungsantrag des Antragstellers unter Anordnung der sofortigen Vollziehung für jeweils ein Jahr zurückgestellt. Rechtsmittel des Antragstellers hiergegen blieben erfolglos.

Ende 2018 erfolgte die Genehmigung und Bekanntgabe des Sachlichen Teilplans. Die im Genehmigungsantrag adressierte Fläche ist nicht Bestandteil der Konzentrationszonenausweisungen. Der Antragsteller stellte daraufhin einen Normenkontrollantrag, der darauf gerichtet ist, den Plan für unwirksam zu erklären, soweit mit ihm die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden soll.

### Inhalt der Entscheidung

Der VGH Mannheim gab dem Normenkontrollantrag statt. Dieser sei sowohl zulässig, als auch begründet. Der Plan leidet nach Ansicht des Gerichtshofs unter beachtlichen Fehlern bei der Ermittlung und Bewertung des Abwägungsmaterials, § 2 Abs. 3 BauGB i. V. m. § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB. Dies ergebe sich zunächst aus dem harten Ausschluss von Flächen, die aus immissionsschutzrechtlichen Gründen von der Windenergienutzung freizuhalten sind. Ein dahingehendes Vorgehen sei prinzipiell zulässig. Die Antragsgegnerin hätte ihre Lärmprognose zur Verifizierung der Abstände auf das von der Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI) erarbeitete Interimsverfahren stützen müssen. Trotz der grundsätzlichen Bindungswirkung der TA Lärm, sei das darin vorgesehene alternative Verfahren der DIN ISO 9613-2 aufgrund von Erkenntnisfortschritten in Wissenschaft und Technik überholt. Dies werde auch durch den Erlass des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg gestützt. Dass die Antragsgegnerin dies nicht ihrer Planung zugrunde legte, wirke sich auf die Ermittlung und Bewertung weicher und harter Ausschlussflächen und deren Abwägung aus. (Rn. 40 ff.)

Ebenfalls als fehlerhaft bewertet der Gerichtshof den weichen Ausschluss von Flächen, welche kleiner als 15 ha sind. Der Gemeinde stehe es grundsätzlich frei Mindestgrößen für die auszuweisenden Konzentrationszonen als weiches Tabukriterium festzulegen, um eine Bündelungswirkung zu erreichen. Die Planbegründung lasse im vorliegenden Fall jedoch nicht nachvollziehbar erkennen, wie die Mindestflächengröße von 15 ha zustande gekommen sei. Insbesondere fehle es an konkreten Berechnungen sowie eine eindeutig erkennbare Referenzanlage, welche die Annahme der Antragsgegnerin stütze. Dem entsprechend bleibe auch offen, ob die letztendlich ausgewiesene Konzentrationsfläche mit einer Größe von 35 ha dem weichen Ausschluss unterfallen wäre oder ausreichend Platz für drei Anlagen dieses Typs bieten würde. (Rn. 51 ff.)

Schlussendlich habe die Antragsgegnerin abwägungsfehlerhaft die fehlende Kooperationsbereitschaft der Eigentümer von, in der ausgewiesenen Konzentrationsfläche liegenden, Grundstücken nicht in ihre Abwägung eingestellt. Grundsätzlich dürften Unsicherheiten in der Prognose über die Verfügbarkeit von Grundstücken nicht zu einer Planungssperre im Sinne fehlender Erforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) führen. Die Nichtverfügbarkeit von Grundstücken müsse insofern feststehen. Die Antragsgegnerin hätte die Erklärungen der Grundstückseigentümer im Rahmen ihrer Abwägung und der Planbegründung jedoch nicht gänzlich unberücksichtigt lassen dürfen. (Rn. 58 ff.)

## Fazit

Die vorliegende Entscheidung des VGH Mannheim setzt sich mit interessanten Aspekten der Konzentrationszonenplanung auseinander. Insbesondere zeigt sie wie anspruchsvoll die Festlegung harter und weicher Tabuzonen gestaltet ist und selbst die Anwendung von prinzipiell anerkannten Kriterien der Tabuzonensystematik die Anwendungspraxis vor Herausforderungen stellt und Anlass für die gerichtliche Aufhebung geben kann.

Aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofs ist zwar die Festlegung harter Tabuzonen auf Basis immissionschutzrechtlich erforderlicher Abstände ein in der Rechtsprechung anerkanntes Vorgehen<sup>1</sup>. Dennoch kann die konkrete Anwendung des Kriteriums durchaus Fehlerquellen bergen, was dessen Praktikabilität entgegenstehen kann. So sei vorliegend das Schallberechnungsverfahren fehlerhaft, da dieses nach dem sog. Interimsverfahren hätte erfolgen müssen.<sup>2</sup> Damit zeigt sich erneut, dass auch die Berücksichtigung des Interimsverfahrens in den Erlassen der Bundesländer<sup>3</sup> nur bedingt Abhilfe hinsichtlich der uneinheitlichen Rechtsprechung und Praxis schafft.<sup>4</sup> Auch die Festlegung von Mindestgrößen für Konzentrationszonen als weiches Tabukriterium ist Plangebern nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich möglich.<sup>5</sup> Im konkreten Fall beurteilt der Verwaltungsgerichtshof die Umsetzung dieses Aspekts dennoch als rechtsfehlerhaft, da es insbesondere an einer nachvollziehbaren Berechnung fehle.

Von Interesse sind zudem die gerichtlichen Erwägungen hinsichtlich der tatsächlichen Verfügbarkeit von Grundstücken in Vorranggebieten. Die erklärte Weigerung von Eigentümern ihre Grundstücke für Windenergievorhaben zur Verfügung zu stellen, bildet als prognostisches Element kein grundsätzliches Hindernis der Planung. Dennoch fordert das Gericht eine Auseinandersetzung der Plangeber mit diesem Aspekt;<sup>6</sup> wobei offenbleibt, wie diese künftig konkret auszugestalten wäre.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender\\_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=34066](http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=34066)

---

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – [4 CN 3.18](#), Rn. 21 ff. (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

<sup>2</sup> So ebenfalls: VGH Mannheim, Beschl. v. 29.1.2019 – [10 S 1919/17](#), Rn. 22; OVG Hamburg, Beschl. v. 7.6.2018 – [1 Bs 248/17](#), Rn. 96; VG Düsseldorf, Beschl. v. 25.9.2017 – [28 L 3809/17](#), Rn. 44 ff.

<sup>3</sup> Siehe: Stiftung Umweltenergierecht, [Die Anwendung der neuen LAI-Hinweise in der Rechtsprechung und in den Bundesländern](#), 2018; FA Wind, [Rechtliche Einordnung der LAI-Hinweise](#), 2020; ebenfalls umfassend besprochen in Rundbrief [1/2018](#).

<sup>4</sup> Ablehnend u.a.: OVG Kassel, Beschl. v. 6.11.2018 – [9 B 765/18](#), Rn. 56; OVG Koblenz, Urt. v. 20.9.2018 – [8 A 11958/17](#), Rn. 126 ff.; OVG Saarlouis, Beschl. v. 3.11.2017 – [2 B 584/17](#), Rn. 20; OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.3.2019 – [12 ME 105/18](#), Rn. 65 ff.; hingegen offengelassen von: VGH München, Beschl. v. 7.5.2018 – [22 ZB 17.2032](#), Rn. 33 f.; OVG Greifswald, Urt. v. 10.04.2018 – [3 LB 133/08](#), Rn. 98 f.; OVG Münster, Beschl. v. 30.1.2020 – [8 B 857/19](#), Rn. 34 ff.

<sup>5</sup> BVerwG, Beschl. v. 16.1.2019 – 4 BN 20.18, [Rn. 6 ff.](#); BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – [4 CN 3.18](#), Rn. 24 ff. (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

<sup>6</sup> BVerwG, Urt. v. 24.1.2008 – [4 CN 2/07](#), Rn. 18.

**1. Die Teilfortschreibung eines Regionalplans ist nicht allein deshalb unwirksam, weil eine - rechtlich gebotene - Fortschreibung des Landschaftsrahmenplans zuvor oder zumindest zeitgleich nicht stattgefunden hat. Vielmehr hat der Regionalverband als Träger beider Planungen auch die Möglichkeit, die Belange Natur und Landschaft allein im Rahmen der bei der Aufstellung des Regionalplans durchzuführenden Umweltprüfung zu ermitteln und fachlich zu bewerten.**

**2. Der Abwägung nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG 2008 in Bezug auf Windkraftanlagen muss eine Referenz-Windkraftanlage zugrunde gelegt werden, die im Zeitpunkt der Abwägung zumindest der durchschnittlichen Konfiguration neu gebauter Anlagen entspricht, wenn die Anlage als Grundlage für Prognosen zur Lärmentwicklung und damit zu gebotenen Siedlungsabständen als weiche Tabukriterien dienen soll.**

**3. Die Anzahl festzulegender Vorrangflächen für die Windenergienutzung und deren Umfang kann nicht Ausgangspunkt, sondern nur Ergebnis einer umfassenden Abwägung sein. Für jedes festgelegte Vorranggebiet ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Interesse an der Windenergienutzung tatsächlich die konfligierenden Interessen überwiegt. (amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Vorliegend wendet sich die Antragstellerin, eine Kommune der Region Mittlerer Oberrhein, im Wege einer Normenkontrolle gegen die Teilfortschreibung des Regionalplans Mittlerer Oberrhein 2003, Kapitel 4.2.5 Erneuerbare Energien - Plansätze 4.2.5.1 „Allgemeine Grundsätze“ und 4.2.5.2 „Vorranggebiete für regionalbedeutsame Windkraftanlagen“ vom 9. Dezember 2015. Die Festlegung der Vorranggebiete in diesem Plan zielt dabei nicht auf eine Steuerung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Ausschlusswirkung soll sich vielmehr zukünftig aus den Planungskonzeptionen der Träger der Flächennutzungsplanung ergeben soweit diese vorhanden seien. Ansonsten gilt die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Die Anlagen sollten nach Möglichkeit in den Vorranggebieten konzentriert werden.

Das darin festgelegte Vorranggebiet „K1.“ befindet sich auf der Gemarkung der Antragstellerin. Zudem stehen die betroffenen Flächen teilweise in ihrem Eigentum. Sie macht geltend, dass die Teilfortschreibung unter erheblichen Abwägungsmängeln leide.

### Inhalt der Entscheidung

Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin hatte Erfolg.

Zunächst stellte das Gericht fest, dass keine Verletzungen von Verfahrensvorschriften ersichtlich seien, die zur Unwirksamkeit der Teilfortschreibung führen könnten. (Rn. 51) Jedoch stünden der Teilfortschreibung des Plans materiell-rechtliche Regelungen entgegen, was zu deren Unwirksamkeit führe. Dies seien insbesondere erhebliche Abwägungsmängel, die zu einer Gesamtunwirksamkeit des Plans führen. (Rn. 52) Die in der ständigen Rechtsprechung des BVerwG entwickelten Anforderungen zum Abwägungsgebot ließen sich nicht uneingeschränkt auf die baden-württembergische Ausweisung von Vorrangflächen für regional bedeutsame Windenergieanlagen übertragen. Denn diese seien nicht mit der Schaffung von Ausschlussflächen verbunden und Windenergieanlagen blieben grundsätzlich auch an anderen Stellen als innerhalb der festgelegten Vorranggebiete möglich. Zugleich führt das Gericht jedoch aus, dass der Plangeber dennoch nach Maßgabe der grundsätzlichen Systematik geeignete Vorrangflächen unter Anwendung von harten und weichen Tabukriterien und unter Abwägung der öffentlichen und privaten Belange bei verbleibenden Potentialflächen zu ermitteln habe. Das Maß der Abwägung bemesse sich nach der einzelnen raumordnerischen Festlegung. Mit der Festlegung von Vorranggebieten sei die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung verbunden, da es sich um Ziele der Raumordnung und damit um landesplanerische Letztentscheidungen handele. (Rn. 60 ff)

Das Fehlen der Fortschreibung des Landschaftsrahmenplans im Zeitpunkt der Beschlussfassung führe zwar nicht ohne Weiteres zu einem Abwägungsfehler der Regionalplanung im Sinne eines Abwägungsdefizits (Rn. 64). Als abwägungsfehlerhaft bewertet das Gericht jedoch die Ermittlungen in Bezug auf die Lärmvorsorge und die damit einhergehenden Siedlungsabstände. Denn hierzu bedürfe es innerhalb der Abwägung einer Prognose mit auf der Vorrangfläche typischen Windenergieanlagen – sog. Referenzanlagen. Vorliegend wurde eine „Enercon E-82“ als Referenzanlage zugrunde gelegt. Diese sei eindeutig zu klein für eine fehlerfreie Prognose der zukünftigen Lärmauswirkungen im Plangebiet. Der Antragsgegner hätte seiner Prognose und damit seiner Abwägung vielmehr eine Referenzanlage zugrunde legen müssen, deren Errichtung nach Inkrafttreten des Regionalplans bei verständiger Würdigung der technischen Entwicklung und des Energiemarktes zu erwarten gewesen sei. (Rn. 68 ff.)

Ferner stellte das Gericht fest, dass der Antragsgegner auch die notwendige abschließende Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht richtig durchgeführt habe. So sei der Antragsgegner im Rahmen der Abwägung davon ausgegangen, dass als Beitrag der Region zu den Ausbauzielen Baden-Württembergs für die Windenergie eine Zielgröße von Standorten für mindestens 20 bis 40 Windenergieanlagen erreicht werden müsse. Diese Zielsetzung sei nicht der gebotenen Abwägung unterzogen worden. Hierbei sei ungeprüft davon ausgegangen worden, dass der Belang der Windenergienutzung insoweit alle konkurrierenden raumordnerischen Belange, z. B. Aspekte des Landschaftsschutzes, überwiege. Dementsprechend habe der Antragsgegner letztlich offengelassen, ob die Eignung einer konkreten Fläche für die Nutzung durch Windenergie die Beeinträchtigung der entgegenstehenden Belange tatsächlich rechtfertige. Die festzulegende Anzahl von Vorrangflächen und deren Umfang könne aber nicht Ausgangspunkt der Abwägung, sondern müsse deren Ergebnis sein. (Rn. 85 ff.)

## Fazit

Dieses Urteil reiht sich ein in eine Folge von Entscheidungen, die Pläne aufgrund von Abwägungsmängeln scheitern lassen.<sup>1</sup> In diesem Fall handelt es sich um Flächen für Windenergie in einem Raumordnungsplan. Für Vorranggebiete der Raumordnung gelten dabei die gleichen Anforderungen wie bei der Festlegung von bauleitplanerischen Konzentrationszonen, wenn die Vorranggebiete die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösen sollen.<sup>2</sup> Für Fälle wie den vorliegenden, bei denen die Vorranggebiete im Raumordnungsplan keinen außergebietlichen Ausschluss mit sich bringen (§ 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ROG), stellt sich die Frage, inwieweit bei der Abwägung trotzdem die komplexen Vorgaben für die Konzentrationszonenplanung zu beachten sind. Der VGH Mannheim hält offensichtlich auch in diesen Fällen eine sehr ähnliche Herangehensweise für geboten, was sich nicht zuletzt daran erkennen lässt, dass nach Auffassung des Senats sogar das Substanzgebot zu übertragen sei (Rn. 62). Diese weitgehende Gleichbehandlung mit Konzentrationszonen in Flächennutzungsplänen überrascht. Festzuhalten ist zwar, dass auch bei nicht abschließender Planung von WEA-Flächen eine ordnungsgemäße, insbesondere willkürfreie Abwägung zu erfolgen hat. Das Substanzgebot und die restriktive Anwendung von Tabukriterien entstammen jedoch der Intention, zu umfassenden Negativplanungen vorzubeugen.<sup>3</sup> Dass sich auch eine bloße Positivplanung – welche die Außenbereichsprivilegierung auf kommunaler Ebene völlig unberührt lässt – mehr oder weniger vollständig an derartigen Anforderungen orientieren soll, erscheint durchaus fraglich. Dies bringt eine zusätzliche Komplexität in die planerische Abwägung bei der Ausweisung reiner Vorranggebiete.

Das Gericht arbeitet ferner deutlich heraus, wie wichtig die richtige Wahl einer Referenzanlage ist. Schließlich bilden Referenzanlagen den Ausgangspunkt für die Vorsorgeabstände zu den reinen und allgemeinen Wohngebieten sowie Kern-, Dorf- und Mischgebieten. Dabei muss die sehr dynamische Anlagenentwicklung von Seiten der Planung Berücksichtigung finden.<sup>4</sup> Jedoch ist in diesem Zusammen-

---

<sup>1</sup> So z.B.: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – [2 A 2.16](#) (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen); OVG Koblenz, Urt. v. 20.6.2018 – [8 A 11914/17](#) (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – [4 C 3.02](#).

<sup>3</sup> Vgl. z.B. Osing, Die Positivplanung von Windenergieflächen nach § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB – eine unterschätzte Chance für die Energiewende?, NVwZ 2020, S. 749 (752).

<sup>4</sup> Interessant zur Anlagenentwicklung der letzten Jahre: WindGuard, [Volllaststunden von Windenergieanlagen an Land – Entwicklung, Einflüsse, Auswirkungen](#), 2020.



hang fraglich, ob Schallprognosen die richtigen Methoden sind, um bei einer sehr großflächigen Regionalplanung Abstände zu Siedlungen festzulegen. Alternativ bestünde die Möglichkeit die Anlagenhöhe und die damit einhergehende „optisch bedrängende Wirkung“ für Siedlungsabstände heranzuziehen.<sup>5</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender\\_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=VGH+Baden-W%FCrttemberg&Art=en&sid=50dac2a52a51ac84701a357593221807&nr=33483&pos=0&anz=1](http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=VGH+Baden-W%FCrttemberg&Art=en&sid=50dac2a52a51ac84701a357593221807&nr=33483&pos=0&anz=1)

---

<sup>5</sup> Siehe hierzu umfassend: Agatz, Windenergiehandbuch, 17. Aufl. 2020, S. 174 ff.; siehe bspw. OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – [12 KN 119/16](#) (in Rundbrief [1/2018](#) besprochen)

Normenkontrollantrag, Konzentrationszonenplanung, weiße Flächen, Bekanntmachung, Negativziele, Abwägung

## OVG Lüneburg, Urteil vom 12. April 2021 – 12 KN 159/18

- 1. Dem Normenkontrollantrag eines Vorhabenträgers der Windenergiewirtschaft kann das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, soweit der Antrag über den sachlichen Teilabschnitt "Windenergie" eines regionalen Raumordnungsprogramms hinausgreift.**
- 2. Im Verhältnis zu § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB ist § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die speziellere Norm.**
- 3. Es ist nicht zulässig, eine regionalplanerische Standortsteuerung der Windenergienutzung vorzunehmen, in der neben Vorranggebieten für die Windenergienutzung und gezielt unbeplant bleibenden ("weißen") Flächen diverse Ausschlusszonen vorgesehen sind, die den verbleibenden Planungsraum abdecken, als eigene negative Ziele oder Grundsätze der Raumordnung festgelegt werden und inhaltlich an die harten bzw. weichen Tabuzonen einer "klassischen" Konzentrationsflächenplanung erinnern.**
- 4. Im Rahmen der Regionalplanung dürfen für die Windenergienutzung geeignete Standorte nicht allein deshalb vorab als mögliche Vorranggebiete für die Windenergienutzung ausgeschieden werden, weil sie nicht in einem bereits vorhandenen gemeindlichen Sondergebiet für die Windenergienutzung liegen.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragssteller, zwei Unternehmen der Windenergiebranche, begehren die Aufhebung des Kapitels 4.2.1 „Windenergie“ des Regionalen Raumordnungsprogramms 2016 (RROP 2016). Dieses hatte der Antragsgegner, ein Landkreis, Anfang 2019 erlassen. Das RROP 2016 steuert die Windenergienutzung, indem neben Vorranggebieten für die Windenergie von 0,9 % des Gemeindegebiets zugleich für 96,7 % des Gebiets negative Ziele und Grundsätze der Raumordnung festgelegt werden. Diese dienen dazu bestimmte Gebiete für die Windenergienutzung zu sperren bzw. Schutzabstände einzuhalten; so etwa hinsichtlich Abständen zur Wohnbebauung oder auch zu Landschaftsschutzgebieten. Ebenso sind 2,4 % „weiße Flächen“ verblieben, welche keine die Windenergie betreffenden Festlegungen beinhalten.

Das Planaufstellungsverfahren begann 2013. Der Antragsgegner nahm zwei Urteile des VG Hannovers zum Anlass sowohl das Beteiligungsverfahren zum 2. Entwurf des RROP 2016 als auch des dazugehörigen Umweltberichts zu wiederholen. Im weiteren Verfahren beschloss der Antragsgegner den 3. Entwurf des RROP 2016; u.a. unter Anpassung an das aktuelle Landesraumordnungsprogramm (LROP). Die Antragsteller stellten 2018 einen Normenkontrollantrag. Sie beantragen die Festlegungen des Kapitels 4.2.1 Windenergie für unwirksam zu erklären.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg gab dem Normenkontrollantrag der Antragsteller statt. Der Antrag sei zunächst zulässig. Zur Antragsbefugnis führt das Gericht aus, dass die Antragsteller als obligatorische Nutzungsberechtigte durch das RROP 2016 potentiell in ihren Rechten verletzt sein können. Als Nachweis dafür, dass die Antragsteller in einer Ausschlusszone Windenergieanlagen errichten wollen, bedürfe es nicht zwingend eines Nutzungsvertrags, da an der Ernsthaftigkeit des Vorhabens keine Zweifel bestünden. (Rn. 94) Zudem fehle den Antragstellern vorliegend auch nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Zwar sei der Normenkontrollantrag gegen das gesamte RROP wohl zu weitgreifend. Nach Einschätzung des Gerichts konnte jedoch das Gesamtkapitel Windenergie angegriffen werden. (Rn. 95 ff.)

Der Normenkontrollantrag ist nach Ansicht des Gerichts zudem begründet. Zunächst sei der Plan formell als rechtmäßig anzusehen. Fehlern der ersten Öffentlichkeitsbeteiligung zum 2. Entwurf des RROP 2016 komme keine Bedeutung mehr zu, da der Antragsgegner das gesamte Planaufstellungsverfahren seit Beginn des Beteiligungsverfahrens zum 2. Entwurf des RROP 2016 wiederholt und damit geheilt habe. (Rn. 103) Auch gebe die vorhandene Auflagenstärke des Amtsblatts bei seiner Bekanntmachung keinen Anlass hier einen formellen Fehler anzunehmen. (Rn. 104). Ebenfalls werde das Anpassungsge-

bot des § 5 Abs. 3 Satz 3 NROG vorliegend nicht verletzt, da die Erteilung der Genehmigung eines regionalen Raumordnungsprogramms auch bekanntgemacht werden könne, nachdem ein die Anpassungspflicht begründendes Ziel des Landes-Raumordnungsprogramms wirksam wurde. (Rn. 106)

Der RROP 2016 weist nach Ansicht des Gerichts jedoch materielle Fehler auf. Die streitgegenständliche Planung stelle einen systematischen Versuch dar, sich den Anforderungen an eine Konzentrationsflächenplanung und der damit verbundenen systematische Analyse des Planungsraums zu entziehen. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfordere ein schlüssiges Gesamtkonzepts; die Ausweisung von Ausschluss- und Positivflächen stünden hierbei in einem untrennbaren inneren Zusammenhang zueinander. Vorliegend fehle es bereits an der erforderlichen Analyse des Planungsraumes, da bloß eine ungeprüfte Übernahme der gemeindlich ausgewiesenen Sondergebiete Windenergie erfolgte. Damit habe der Plangeber zugleich das ihm obliegende Planungsermessen unterschritten. (Rn. 108 ff.)

Ebenfalls als rechtsfehlerhaft zu bewerten sei das negative Ziel der Raumordnung, welches bestimmte Landschaftsschutzgebiete für raumbedeutsame Windenergieanlagen sperrt. Dies stelle eine Kompetenzüberschreitung dar, da es der Regionalplanung verwehrt sei, verbindliche Regelungen, wie sie Natur- und Landschaftsschutzverordnungen enthalten, durch eigene Zielfestlegungen zu überlagern oder zu ersetzen. (Rn. 115 ff.) Auch mit Blick auf das negative Ziel eines Mindestabstands zur Wohnbebauung geht das Gericht davon aus, dass der Plangeber vorliegend seine Kompetenzen überschritten habe. Gänzlich abschließende Festlegungen fielen vielmehr in den Kompetenzbereich des Landesgesetzgebers. (Rn. 118)

Die materiellen Fehler seien als beachtlich zu werten. Von der unwirksamen Festlegung der Negativziele sei das gesamte Kapitel Windenergie erfasst und insofern für unwirksam zu erklären. (Rn. 121 ff.)

## Fazit

Die Rechtsprechung zur Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung hat sich in den letzten Jahren stetig fortentwickelt. Nunmehr hat sich das OVG Lüneburg mit einer scheinbar anders konzipierten Planung befasst – der Ausweisung von Vorranggebieten zusammen mit Negativzielen, welche die Windenergienutzung beschränken. Das Plankonzept beurteilte das Gericht nicht zuletzt als fehlerhaft, da es darin dennoch eine versteckte Konzentrationsflächenplanung erkannte, welche dem Anforderungsprofil des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entsprach. Doch auch darüberhinausgehend stellt das Gericht die Praktikabilität einer Planung mit Negativzielen deutlich in Frage. So sei es nicht ausgeschlossen, dass hierbei detaillierter abgewogen werden müsste, als dies nach Maßgabe des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bereits der Fall ist.

Im Kontext der konzentrierten Flächenausweisung von Windenergieanlagen zeigt sich damit weiterhin keine Perspektive für eine rechtssichere Planung. Denn auch die Rechtsprechung zur „klassischen“ Konzentrationszonenplanung stellt die Planungspraxis regelmäßig vor große Herausforderungen.<sup>6</sup> Erkennbar wird dies nicht zuletzt anhand einer weiteren lesenswerten Entscheidung des Gerichts. Hierbei wurde die mit der Änderung eines Flächennutzungsplans intendierte Ausschlusswirkung für unwirksam erklärt. Grund dafür war u.a. die fehlerhafte Einordnung von harten und weichen Tabuzonen; hinsichtlich Gasleitungen bzw. -Stationen, Abständen zu Siedlungsgebieten und zu Hubschraubernachtfluggeländen sowie Richtfunkstrecken.<sup>7</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://www.recht-sprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE210001673&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>6</sup> Siehe u.a.: Kment, [Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen](#), 2021, S. 25 ff.; FA Wind, [Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung](#), 2020, S. 5 ff.; Stiftung Umweltenergierecht, [Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen](#) – ein Update, 2018.

<sup>7</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 12.4.2021 – [12 KN 11/19](#), Rn. 59 ff.; anders noch die Eilentscheidung: OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.6.2019 – [12 MN 26/19](#).

Normenkontrollantrag, Konzentrationszonenplanung, weiße Flächen, Bekanntmachung, Negativziele, Abwägungsausfall

## **OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. November 2020 – 2 A 28.18**

**Ist ein Regionalplan durch gerichtliche Entscheidung für unwirksam erklärt worden, so besteht keine Zielbindung für den Flächennutzungsplan. Dies ergibt sich auch dann, wenn die gerichtliche Entscheidung erst nachträglich ergeht. Eine Gemeinde, die deshalb den ihr zustehenden Bewertungsspielraum nicht erkannt und die gebotene Abwägung unterlassen hat (Abwägungsausfall), hat die Vorgaben des Abwägungsgebots verletzt. (redaktioneller Leitsatz)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Antragstellerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, wendet sich gegen den im September 2017 bekanntgegebenen Flächennutzungsplan der Antragsgegnerin.

Der Flächennutzungsplan weist als Sonderbaufläche S 4 eine Konzentrationszone i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für die Windenergienutzung aus. In seinen ersten Entwurfsfassungen sah der Plan zudem eine „Bestands Sonderbaufläche“ als weitere Konzentrationszone vor. Diese Fläche wurde jedoch im 3. Planentwurf verworfen und die Sonderbaufläche S 4 verringert. Laut Planbegründung sollte damit dem Ziel 3.2.1 des Regionalplans Havelland-Fläming 2020 entsprochen werden. Dieser wurde 2015 bekanntgemacht und durch Urteil Mitte 2018 für unwirksam erklärt.<sup>1</sup>

Die Antragstellerin beabsichtigt die Errichtung von zwei Windenergieanlagen, welche sich außerhalb der ausgewiesenen Sonderbaufläche befinden. Im September 2018 erhoben sie Normenkontrollanträge mit dem Ziel den Flächennutzungsplan für unwirksam zu erklären, da mit ihm außerhalb der dargestellten Sonderbaufläche die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bewirkt werden soll.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das Oberverwaltungsgericht gab dem Normenkontrollantrag statt.

Zunächst sei der Antrag zulässig; insbesondere sei die Antragsbefugnis vorliegend zu bejahen. So hätten die Antragstellerinnen substantiiert dargelegt, auf den von der Ausschlusswirkung betroffenen Gebieten bauen zu wollen. Dass sie bislang keinen Genehmigungsantrag gestellt habe, stehe dem nicht entgegen, sondern sei vor dem Hintergrund der planungsrechtlich unsicheren Situation verständlich. (Rn. 15 ff.)

Der Normenkontrollantrag ist nach Ansicht der OVG Berlin-Brandenburg auch begründet. Der Flächennutzungsplan leide hinsichtlich der Bestimmung der Konzentrationszone bzw. Sonderbaufläche S 4 an einem durchgreifenden Verstoß gegen das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB. Die Antragsgegnerin habe ihren Bewertungsspielraum nicht erkannt und die Abwägung dementsprechend unterlassen. So sei der Umfang der Sonderbaufläche in Einklang mit den im Regionalplan Havelland-Fläming 2020 festgesetzten Eignungsgebieten erlassen worden. Da der Regionalplan durch Urteil für unwirksam erklärt wurde, habe eine Zielbindung des Plans im maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan nicht mehr bestanden. Dass das den Regionalplan betreffende Urteil erst nach Bekanntgabe des Flächennutzungsplans erging, bewertet das Gericht als unschädlich. Grund dafür sei, dass das Urteil den Plan rückwirkend außer Kraft gesetzt habe. Dies ergebe sich aus den von Anfang an bestehenden Unwirksamkeitsgründen. (Rn. 20 ff.)

Der Mangel sei beachtlich i.S.d. § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB und führe dazu, dass die im Flächennutzungsplan ausgewiesene Sonderbaufläche die ihr zugeordnete Ausschlusswirkung nicht entfalten könne. (Rn. 30 ff.)

---

<sup>1</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – [OVG 2 A 2.16](#) (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

## Fazit

Grundlegende Voraussetzung für den Ausbau der Windenergie ist vielfach eine ausreichende Flächenbereitstellung in Form der Flächenausweisung. In diesem Kontext ist nicht zuletzt das Verhältnis zwischen Regional- und Bauleitplanung von besonderem Interesse; so beispielsweise hinsichtlich der Frage divergierender Konzentrationsflächen in Regional- und Flächennutzungsplanung.<sup>2</sup>

Vorliegend hat sich das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg mit der Frage auseinandergesetzt, welche Folgewirkungen die Unwirksamkeit eines Regionalplans auf die nachgeordnete Flächennutzungsplanung haben kann. Hintergrund der Entscheidung ist der Regionalplan Havelland-Fläming 2020, welcher 2018 für unwirksam erklärt wurde.<sup>3</sup> Nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts setzt sich die Unwirksamkeit des Regionalplans im Hinblick auf den Flächennutzungsplan fort, da dieser seine Erwägungen zur Konzentrationszonenplanung an den Zielvorgaben des Regionalplans orientierte. Insofern erklärt das Gericht die Unwirksamkeit des Regionalplans rückwirkend, sodass der im September 2017 bekanntgegebene Flächennutzungsplan von der nachträglich ergangenen Normenkontrollentscheidung zum Regionalplan erfasst wird.<sup>4</sup> Daraus ergeben sich für die Planung eine Vielzahl an Folgefragen. Insbesondere erscheint es fraglich wie auf Grundlage umstrittener Vorgaben der Raumordnung zukünftig rechtssichere Bauleitpläne erlassen und zugleich dem Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB entsprochen werden kann. Neben der kritischen Auseinandersetzung der Gemeinde mit der ihr übergeordneten Raumordnung<sup>5</sup> scheint nur die Aussetzung nachgeordneter Planungsprozesse als Alternative in Betracht zu kommen.

Dabei ist dies keineswegs der einzige Regionalplan, der in den letzten Jahren für unwirksam erklärt wurde. Bereits Ende letzten Jahres hatte das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg unter anderem im Rahmen eines Hinweisbeschlusses starke Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Regionalplans Uckermark-Barnim geäußert.<sup>6</sup> Im Februar diesen Jahres bestätigte das Gericht seine Einschätzung indem es den Plan durch Urteil für unwirksam erklärte.<sup>7</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE200017807>

---

<sup>2</sup> Siehe hierzu: VGH Kassel, Urt. v. 25.1.2018 – [4 B 1535/17.N](#) (in Rundbrief [2/2018](#) besprochen); umfassend hierzu: Kümper, Divergierende Konzentrationsflächen im Regionalplan und im Flächennutzungsplan, ZfBR 2018, S. 646 ff.

<sup>3</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – [OVG 2 A 2.16](#) (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

<sup>4</sup> Mit ähnlichen Konsequenzen: OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – [2 D 95/15.NE](#), Rn. 135 ff. (in Rundbrief [2/2018](#) besprochen).

<sup>5</sup> Siehe hierzu umfassend: Raschke, Aktuelle Fragen der Rechtsprechung zur Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, ZNER 2018, S. 218 (S. 219 ff.).

<sup>6</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.9.2020 – [10 A 17.17](#) (in Rundbrief [1/2020](#) besprochen).

<sup>7</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 2.3.2021 – [10 A 17.17](#).

Normenkontrollantrag, Bekanntmachung, Flächennutzungsplan, räumlicher Geltungsbereich

## BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2020 – 4 CN 2.19

**Die Bekanntmachung der Genehmigung eines Flächennutzungsplans nach § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB muss ihren Adressaten den räumlichen Geltungsbereich der Darstellungen hinreichend deutlich machen. Dieser Geltungsbereich ist bei Darstellungen von Flächen für Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der gesamte Außenbereich der Gemeinde.  
(amtlicher Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Änderung eines Flächennutzungsplans. Mit der 29. Änderung ihres Flächennutzungsplans wies die Antragsgegnerin in ihrem Gemeindegebiet Konzentrationszonen für Windenergie i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aus. Im Rahmen der Bekanntmachung veröffentlichte die Antragsgegnerin 2014 den Entwurf unter dem Titel "Rechtswirksamkeit der 29. Änderung des Flächennutzungsplans der Stadt L., 'Windenergie K.-K.-H./Konzentrationszonen für Windenergieanlagen". Die Planskizze zeigte einen Teil des Gemeindegebiets, die Konzentrationszonen und ihre Umgebung. 2017 beantragte die Antragsgegnerin erneut die Genehmigung der Änderung des Flächennutzungsplans. Die Bekanntmachung dieser Genehmigung entsprach der vorhergehenden Bekanntmachung.

Die Antragssteller sind Eigentümer verschiedener auf dem Gebiet der Antragsgegnerin liegender Flächen, welche sich außerhalb der vorgesehenen Konzentrationszonen befinden. Diese wollen sie für Windenergievorhaben nutzen. Ihr hiergegen erhobener Normenkontrollantrag war erfolgreich. Das Oberverwaltungsgericht Münster erklärte im Rahmen des auf die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beschränkten Normenkontrollantrag die gesamte Änderung für unwirksam.<sup>1</sup>

Hiergegen legt die Antragsgegnerin nunmehr Revision ein. Das Gericht habe fehlerhaft die für die Verkündung eines Bebauungsplans geltenden Anforderungen auf die Flächennutzungsplanung übertragen. Die Antragsgegnerin hat mittlerweile die Genehmigung der 30. Änderung des Flächennutzungsplans bekannt gemacht.

### Inhalt der Entscheidung

Das Gericht wies die Revision der Antragsgegnerin als im Wesentlichen unbegründet zurück.

Zunächst sei die Revision zulässig, da das Rechtsschutzbedürfnis für den Normenkontrollantrag auch nach Bekanntmachung der Genehmigung zur 30. Änderung des Flächennutzungsplans weiter bestehe. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus, dass im Falle der Unwirksamkeit der 30. Änderung auf die 29. Änderung als Vorgängerregelung zurückgegriffen werden könne. (Rn. 10 ff.)

Das Bundesverwaltungsgericht stützt das vorangegangene Urteil des OVG Münster dahingehend, dass die Genehmigung der 29. Änderung des Flächennutzungsplans weder 2014, noch 2017 ordnungsgemäß bekanntgemacht wurde. Dem Adressaten der Bekanntmachung (§ 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB) müsse durch diese der räumliche Geltungsbereich der Darstellungen hinreichend deutlich sein, um den gesetzlich vorgesehenen Hinweiszweck zu erfüllen. Das Anforderungsprofil des Bebauungsplans gelte im Grundsatz auch für die Bekanntmachung der Genehmigung eines Flächennutzungsplans. So würde auch § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB keine Differenzierung zwischen Bebauungs- und Flächennutzungsplänen vornehmen. (Rn. 13 ff.)

Diesen Anforderungen habe die Bekanntgabe nicht genügt. Aufgrund der Darstellung sei nicht erkennbar gewesen, dass die angestrebte Rechtswirkung den gesamten Außenbereich der Gemeinde erfassen sollte. Denn die Darstellungen zeigten nur den (kleinen) Teil des Gemeindegebiets, welcher die Konzentrationszonen für die Windenergie vorsieht. Die Nennung des Begriffs der "Konzentrationszone" hätten nicht genügt, um darauf hinzuweisen, dass hiermit eine rechtliche Bedeutung für den gesamten Außenbereich der Gemeinde verbunden sei. (Rn. 18 ff.)

<sup>1</sup> OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – [7 D 100/15.NE](#) (in Rundbrief [2/2018](#) besprochen).

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts durfte das OVG Münster die Unwirksamkeitserklärung jedoch nicht auf die Darstellungen des Flächennutzungsplans insgesamt erstrecken. Das ergebe sich daraus, dass Gegenstand der Normenkontrolle alleine die planerische Entscheidung der Gemeinde sei, mit der Flächenausweisung die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen. Dementsprechend sei der Tenor darauf zu begrenzen. (Rn. 24)

## Fazit

Die Bauleitplanung spielt bei der Realisierung bzw. Vorbereitung von Windenergievorhaben eine tragende Rolle. Die Rechtsprechung der letzten Jahre hat gezeigt, dass an Plangeber nicht nur materielle, sondern auch formelle Anforderungen gestellt werden. Insbesondere formelle Fehler können für den Fortbestand von Flächennutzungs- oder Bebauungsplänen von entscheidender Bedeutung sein. Dies zeigt sich beispielsweise im Bereich der Ausfertigung<sup>2</sup> sowie bei der Bekanntmachung<sup>3</sup>. Formelle Fehler der Bauleitplanung werden grundsätzlich in § 214 Abs. 1 BauGB adressiert und sind nur bedingt heilbar.<sup>4</sup>

Wie wichtig die Beachtung dieser Aspekte ist, zeigt sich im vorliegenden Fall. Das gerügte Nicht-Erreichen des Hinweiszwecks ist ein absoluter Verfahrensfehler, der immer beachtlich ist und vorliegend zur Unwirksamkeit des Flächennutzungsplans führt (§ 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB). Das Bundesverwaltungsgericht umreißt hier die Anforderungen an das Erreichen des Hinweiszwecks. Danach muss zumindest aus dem Text der Bekanntmachung und nicht zwingend aus der Planskizze deutlich werden, dass die Darstellungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB rechtliche Wirkungen im gesamten Außenbereich entfalten sollen. In diesem Kontext äußert sich das Gericht auch zur Anstoßfunktion (§ 3 Abs. 2 Satz 2 BauGB) im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung. Ebenfalls nicht ausreichend sei es, wenn in der Bekanntmachung auf eine „Vorrangzone für Windenergieanlagen“ aufmerksam gemacht werde.<sup>5</sup>

Zugleich erweitert das Gericht eine bereits für Bebauungspläne etablierte Rechtsprechung<sup>6</sup> nunmehr auch im Hinblick auf Flächennutzungspläne: sofern ein Plan für unwirksam erklärt wird, soll ein Rückgriff auf die vorangegangene Planung erfolgen.

Weiterhin hat das Bundesverwaltungsgericht seine vorangegangene Rechtsprechung bestätigt, nach welcher nur die mit der Planänderung bewirkte Ausschlusswirkung entfallen soll. Die qualifizierten und flächenbezogenen Darstellungen für die Windenergie, die anderen Vorhaben ggf. entgegengehalten werden können (sog. „Positivflächen“) sollen demgegenüber bestehen bleiben.<sup>7</sup> Fraglich ist dennoch, welche Rechtswirkung den verbleibenden Positivflächen zukommt. Insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses zur früheren Konzentrationsflächenplanung bleibt das Gericht vage. Unklar bleibt für die Planungs- und die Plananwendungspraxis nicht zuletzt, ob neben der aktuell verbleibenden Positivplanung auch die vorangegangene Planung Geltung beanspruchen kann.<sup>8</sup> Dies bedeutet, dass Fragen rund um die Konzentrationsflächenplanung von Windenergieanlagen wohl auch weiterhin Gegenstand der Rechtsprechung bleiben werden.

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

<https://www.bverwg.de/de/291020U4CN2.19.0>

---

<sup>2</sup> OVG Münster, Urt. v. 24.9.2020 – [7 D 64/18.NE](#), Rn. 37 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.9.2020 – [10 A 17.17](#), Rn. 97, 102 (beide Entscheidungen in Rundbrief [1/2021](#) besprochen);

<sup>3</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.9.2020 – [10 A 17.17](#), Rn. 92 ff. (in Rundbrief [1/2021](#) besprochen); OVG Koblenz, Urt. v. 10.3.2020 – [8 A 11546/19](#), Rn. 37 ff. (in Rundbrief [3/2020](#) besprochen); BVerwG, Urt. v. 6.6.2019 – [4 CN 7.18](#).

<sup>4</sup> Siehe bspw. OVG Lüneburg, Urt. v. 12.4.2021 – [12 KN 159/18](#).

<sup>5</sup> So die bisherige Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – [4 C 15.01](#).

<sup>6</sup> BVerwG, Beschl. v. 16.5.2017 – [4 B 24.16](#), Rn. 4; BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – [4 CN 3.18](#), Rn. 16 (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

<sup>7</sup> BVerwG, Urteil v. 13.12.2018 – [4 CN 3.18](#) (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

<sup>8</sup> Raschke, Die Reichweite der Statthaftigkeit der Normenkontrolle gegen Planungen mit Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, ZfBR 2019, S.329, 331 ff.

**1. Befinden sich Anlagenstandorte geplanter Windenergieanlagen zwar außerhalb eines FFH- und Naturschutzgebietes, allerdings so nah an dem genannten Gebiet (hier ca. 90 m), können bau- und insbesondere betriebsbedingte erhebliche Beeinträchtigungen für die Schutzzwecke i. S. d. § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG nicht von vornherein ausgeschlossen werden. (Rn. 14)**

**2. Es entspricht dem aktuellen Stand der Wissenschaft, einen Mindestabstand von 1.500 m zwischen Rotmilanhorst und der Windenergieanlage zu fordern. (Rn. 14 – 15)  
(redaktionelle Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Im Jahr 2017 wurden der Beigeladenen die Errichtung und der Betrieb von drei Windenergieanlagen durch den Antragsgegner genehmigt und als sofort vollziehbar angeordnet. Nur 90 m entfernt von den Anlagenstandorten in nördlicher Richtung befindet sich ein FFH-Gebiet. Innerhalb des FFH-Gebietes liegt zudem ein Rotmilanhorst, mit einer Entfernung von ca. 1.300m zu den genehmigten Windenergieanlagen. Auch in südlicher Richtung befindet sich ein Rotmilanhorst, der lediglich 1.000 m entfernt von der nächsten Windenergieanlage ist. Hierzu wurde eine Raumnutzungsanalyse erstellt.

Gegen den Genehmigungsbescheid erhob der Antragsteller, eine Naturschutzvereinigung, Klage, die das VG Kassel mit Urteil abwies<sup>9</sup>. Daher stellte der Antragsteller beim VGH Kassel einen Eilantrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen den vom Antragsgegner zugunsten der Beigeladenen erteilten Genehmigungsbescheid.

### Inhalt der Entscheidung

Der Antrag hatte Erfolg.

Der VGH Kassel stellte fest, dass der hier vorliegende – und auch im Übrigen zulässige Antrag – begründet sei. Denn bei summarischer Prüfung sei die Anfechtungsklage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung voraussichtlich begründet. (Rn. 8)

Der Genehmigungsbescheid erweise sich aller Voraussicht nach als rechtswidrig, denn nach Auffassung des Gerichts liege hinsichtlich des nördlich angrenzenden FFH-Gebiets eine Verletzung des § 34 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BNatSchG vor. (Rn. 12) Dieses sei als Naturschutzgebiet (i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG) unter Schutz gestellt, sodass dessen Schutzzweck nach § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG berücksichtigt werden müsse, wozu auch der Rotmilan zähle. (Rn. 13) Zwar lägen die Anlagenstandorte nicht innerhalb des FFH-Gebietes und auch nicht innerhalb des Naturschutzgebietes, jedoch könnten durch die genehmigten Anlagen betriebsbedingte erhebliche Beeinträchtigungen der Schutzzwecke i. S. d. § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Diese Annahme sieht der VGH vor allem durch den lediglich 1.300 m entfernten Rotmilanhorst im FFH-Gebiet bejaht. Denn schließlich sei nach aktuellem wissenschaftlichem Stand des Helgoländer Papiers<sup>10</sup> ein Mindestabstand von 1.500 m zu fordern. (Rn. 14) Der VGH begründet dies damit, dass das Helgoländer Papier den aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand widerspiegeln. Der vom Antragsgegner zugrunde gelegte Leitfaden „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen in Hessen“ vom 29. November 2012 stelle nicht die aktuell allgemein anerkannte wissenschaftliche Erkenntnis dar. (Rn. 15) Bei Unterschreitung des empfohlenen Mindestabstands sei eine vertiefende Untersuchung zur Bewertung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos durchzuführen. Dies sei vorliegend jedoch nicht passiert. (Rn. 16) Darüber hinaus mangle es dem artenschutzrechtlichen Fachbeitrag an Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit. (Rn. 18)

<sup>9</sup> VG Kassel, Urt. v. 17.2.2020 – [7 K 6271/17.KS](#).

<sup>10</sup> vgl. „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten“ der Länderarbeitsgemeinschaften der Vogelschutzwarten (LAG VSW) vom 15. April 2015.



Das Gericht stellte ferner fest, dass die von der Beigeladenen angewendete Hessische Verwaltungsvorschrift<sup>11</sup>, die für Rotmilanhorste einen Mindestabstand zur Windenergieanlage von nur 1.000 m empfiehlt, keine andere Schlussfolgerung zulasse. Denn bei der Verwaltungsvorschrift handele es sich lediglich um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, die gegenüber Gerichten keine Bindungswirkung habe. (Rn. 19) Zwar könne auch gemäß des Helgoländer Papieres landesspezifisch die Abstandsempfehlungen angepasst werden. Jedoch sei dies nur für nachvollziehbare Einzelfälle möglich und ein solcher läge hier nicht vor. Der VGH ist ferner der Ansicht, dass die von Hessen für die Verwaltungsvorschrift 2020 zugrunde gelegte Telemetriestudie aus der Region Vogelsberg nicht ohne weiteres nachvollziehbar auf andere Regionen Hessens übertragen werden könne. (Rn. 20) Aus Sicht des Gerichts wäre auch für den 1.300 m entfernten Horst eine weitergehende gutachterliche Untersuchung etwa in Form einer Habitatpotenzial- oder Raumnutzungsanalyse erforderlich gewesen.

## Fazit

Der 9. Senat des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs beschäftigt sich in diesem Beschluss insbesondere mit der Frage, ob der Abstand zwischen Rotmilanhorst und dem Standort einer Windenergieanlage 1.000 m oder 1.500 m betragen muss. Diesbezüglich geht er auf die Anwendbarkeit des Helgoländer Papieres einerseits und der neuen hessischen Verwaltungsvorschrift andererseits ein. Letztere sieht er hier als nicht anwendbar an. Seine Begründung hierfür erscheint jedoch auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar. Schließlich stellte er fest, dass das Helgoländer Papier momentan den aktuellen Wissenschaftsstand darstelle und eine Abweichung davon lasse sich nach den aktuellen fachlichen Standards nicht rechtfertigen. Fraglich ist, wie dies zu werten ist und ob sich daraus ggf. ein Nachbesserungsbedarf hinsichtlich der neuen hessischen Verwaltungsvorschrift ergibt. Schließlich weist der Senat darauf hin, dass die Telemetriestudie aus der Region Vogelsberg nicht einfach auf andere Regionen Hessens übertragbar sei. Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass der VGH Kassel den von der Umweltministerkonferenz am 11. Dezember 2020 beschlossenen Signifikanzrahmen<sup>12</sup> in seiner Entscheidung unerwähnt lässt. Dieser gibt für den Rotmilan einen Mindestabstand von 1000 m bis 1500 m an<sup>13</sup> und würde den Abstand von 1000 m damit grundsätzlich stützen.

Neben der Frage danach, was der aktuell anerkannte wissenschaftliche Stand ist, zeigt die vorliegende Entscheidung erneut die Problematik bei der Anwendung artenschutzrechtlicher Erlasse oder Leitfäden. Diese stärken grundsätzlich eine einheitliche Rechtsanwendung, da Verwaltungsbehörden daran gebunden sind; Gerichte hingegen nicht<sup>14</sup>, was zu einer heterogenen Rechtsprechung führen kann. Für den vorliegenden Fall steht das Hauptsachverfahren noch aus und es wird sich zeigen, ob sich das Gericht in der Sache erneut äußert.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass das vorliegende Urteil sich auf einen sehr speziellen Lebenssachverhalt zum Habitatschutz bezieht. Daher rühren die umfassenden Ausführungen zu § 34 BNatSchG.<sup>15</sup>

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

<https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE210000116>

---

<sup>11</sup> Vgl. [Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie“](#) des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz sowie des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen v. 17.12.2020.

<sup>12</sup> Umweltministerkonferenz (2020): [Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen \(WEA\) an Land – Signifikanzrahmen](#).

<sup>13</sup> Umweltministerkonferenz (2020): [Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen \(WEA\) an Land – Signifikanzrahmen](#) S. 5.

<sup>14</sup> Siehe hierzu umfassend: Agatz, [Handbuch Windenergie](#), 17. Aufl. 2020, S. 202 ff.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2019 – [12 ME 57/19](#) (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen).

<sup>15</sup> Ausführlich hierzu Rolshoven, Der neue Windkrafteerlass für Hessen „im Kreuzfeuer“ des VGH Kassel?, ZNER 2021, S. 36 ff.

Genehmigungsverfahren, Sondernutzungserlaubnis, Konzentrationswirkung, Kettenkonzentration, Widmungsfiktion, Erschließung  
**OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Dezember 2020 – OVG 1 S 29/20**

**1. Die nach § 19 Satz 1 BbgStrG bestehende Erlaubnis zur Straßenbenutzung, die einer baugenehmigten Anlage dient, ist auch dann gegeben, wenn eine eigenständige Baugenehmigung wegen der Konzentrationswirkung einer anderen, z.B. immissionsschutz-rechtlichen Genehmigung entbehrlich ist (sog. Kettenkonzentration).**

**2. Die Erlaubnis nach § 19 Satz 1 BbgStrG gilt auch für die zur Errichtung der genehmigten Anlage notwendige (übermäßige) Straßenbenutzung.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten um die Nutzung eines gemeindlichen Wald- und Wirtschaftsweges. Diesen Weg möchte die Antragstellerin ausbauen und für die Errichtung von 12 Windenergieanlagen im Außenbereich nutzen. 2016 erhielt sie die Genehmigung für diese Anlagen. Die dahingehende Genehmigung und der nach dem EEG 2021 erteilte Zuschlag haben eine Geltungsdauer bis zum 31. März 2021. Die naturschutzfachlichen Nebenbestimmungen erfordern einen Beginn der Ausbaumaßnahmen bis zum 28. Februar 2021. Die Anlagenstandorte sind ausschließlich über den streitigen Wald- und Wirtschaftsweg erreichbar. Dieser wurde 2000 in das Straßenverzeichnis aufgenommen.

Das Einvernehmen der Antragsgegnerin, der Gemeinde Beelitz, wurde vom Landesamt für Umwelt ersetzt, nachdem es die Gemeinde zuvor mit Hinweis auf eine nicht gesicherte Erschließung verweigert hatte. Über die gegen die Anlagengenehmigung gerichtete Anfechtungsklage wurde bislang nicht entschieden. Die Genehmigung wurde 2018 für sofort vollziehbar erklärt.

Die von der Antragstellerin erhobene Klage auf Ausbau des Weges sowie eine Klage auf diesbezügliche Sondernutzungserlaubnis sind erstinstanzlich noch nicht entschieden. Das Verwaltungsgericht hat den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin den begehrten Ausbau und die Befahrung des Weges nach Maßgabe eines ihm von der Antragstellerin vorgeschlagenen Gestattungsvertrages vom 2. April 2019 zu erlauben. Hiergegen legte der Antragsgegner Beschwerde ein.

### Inhalt der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht wies die Beschwerde als erfolglos zurück.

Ein Anordnungsgrund sei in Ansehung der ablaufenden Umsetzungsfristen zweifellos gegeben. Die Klägerin müsse sich nicht auf ungewisse Verlängerungsmöglichkeiten verweisen lassen. (Rn. 7)

Ebenso sei das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs im Ergebnis nicht zu beanstanden. So habe das Verwaltungsgericht den Antragsgegner richtigerweise zu einer „Erlaubnis“ und nicht nur zu einer Duldung der Benutzung verpflichten können. Das Rechtsschutzziel der Antragstellerin sei erkennbar auf ein passives Verhalten des Antragsgegners gerichtet, da sie den Weg vorübergehend selbst ausbauen und nutzen wollte. Der Nutzungszeitraum sei erkennbar beschränkt und mithin bestimmt genug. (Rn. 9)

Dahinstehen könne, ob sich aus Art. 14 GG ein notwegeähnlicher Duldungsanspruch ableiten lasse. Die Duldungspflicht des Antragsgegners ergebe sich bereits daraus, dass es sich um einen öffentlichen Weg handele. Dessen Ertüchtigung und Benutzung bedürften gem. § 19 Abs. 1 des Brandenburgischen Straßengesetzes (BbgStrG) keiner eigens zu erteilenden Erlaubnis. Diese ergebe sich vorliegend aus der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Wege einer sog. Kettenkonzentration. Die Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) umfasse die bau- und diese wiederum die straßenrechtliche Genehmigung. (Rn. 10 f.)

Der streitbefangene Weg sei zunächst als eine öffentliche Straße im Sinne des Straßengesetzes zu verstehen. Das ergebe sich aus der Übergangsbestimmung des § 48 Abs. 7 Satz 1 BbgStrG. Die Widmung entstehe durch die bisherige Nutzung nach öffentlichem Recht (sog. Widmungsfiktion). (Rn. 12 ff.)

Hinsichtlich der Konzentrationswirkung führte das Gericht weiterhin aus, dass der Genehmigungsinhalt neben der Benutzung zum Betrieb der Anlage auch deren Errichtung umfasse. Diese sei nicht nur eine bloß vorbereitende Maßnahme, sondern sei untrennbar mit dem Betrieb verbunden. (Rn. 19 ff.)

Die Antragsgegnerin sei im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zudem i.S.d. § 19 Satz 2 BbgStrG umfassend angehört und die von ihr vorgebrachten Belange berücksichtigt worden. Auch führe es nicht zum Wegfall der Erlaubnis, dass das Landesamt es versäumt habe der Antragstellerin Bedingungen, Auflagen oder Gebühren (§ 19 Satz 3 BbgStrG) aufzuerlegen. (Rn. 22)

Schließlich sei der Antragsgegner verpflichtet, den Ausbau und die Benutzung des Weges zu dulden, soweit dies in Randbereichen durch Verbreiterungen und Ausweichflächen für Begegnungsverkehr über die Flächen des vorhandenen Weges hinausgingen. Auch wenn es nicht abschließend geklärt sei, in welcher Flächenausdehnung die Widmungsfiktion greife und ggf. die Nutzung angrenzender ungewidmeter Randbereiche umfasst sei, habe der Antragsgegner im vorliegenden Fall die Benutzung jedenfalls hinzunehmen. Dies ergebe sich aus deren Geringfügigkeit im tatsächlichen und auch zeitlichen Sinne. In Relation zum vollkommenen Rechtsverlust der Antragstellerin könne sich dies nicht durchsetzen. (Rn. 24)

## Fazit

Wie das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg in der vorliegenden Entscheidung zeigt, kann der Erschließung von Zuwegung ein entscheidender Stellenwert hinsichtlich der Genehmigung von Windenergieanlagen zukommen. Ihr Umfang orientiert sich am jeweiligen Vorhaben und den örtlichen Gegebenheiten.<sup>1</sup> Beachtenswert ist, dass insbesondere die straßenrechtlichen Fragestellungen durch vielfältige landesrechtliche Besonderheiten auszeichnet; so auch im vorliegenden Fall.

Neben Aspekten, welche zentral aus dem brandenburgischen Straßengesetz resultieren, adressiert die Entscheidung weitere interessante Punkte. Zunächst ging es um die Frage, wann eine öffentliche Straße mit Sondernutzungsmöglichkeiten gegeben ist. Dies bejaht das Gericht vorliegend aufgrund einer sog. Widmungsfiktion. Auch gibt es Anhaltspunkte zum Umfang dieser Fiktion und erkennt zumindest die Nutzung von Randbereichen als möglich an. Die Fiktion ist vorrangig in den neuen Bundesländern<sup>2</sup> von Interesse. Dort muss teilweise ein Bezug zwischen der, vor der Wende stattgefundenen, tatsächlichen öffentlichen Nutzung und der formaljuristischen Widmung hergestellt werden.

Ebenfalls interessant ist der Aspekt der sog. Kettenkonzentration einer erteilten immissionschutzrechtlichen Genehmigung. Der Begriff bezeichnet den Fall, dass die von der Konzentrationswirkung erfasste Genehmigung ihrerseits eine andere Genehmigung umschließt. Die gerichtlichen Ausführungen zum Umfang der Konzentrationswirkung zeigen hierbei, dass der Genehmigungsumfang unmittelbaren Einfluss auf die straßenrechtliche Nutzung haben kann. Beachtenswert ist in diesem Kontext die Abgrenzung zu vorbereitenden Maßnahmen, welche nicht von der Anlagengenehmigung erfasst werden.<sup>3</sup> Beachtenswert ist, dass es sich um landesrechtliche Besonderheiten handelt, welche nicht ohne weiteres übertragbar sind.

Damit gibt die Entscheidung Hinweise zur Beantwortung wichtiger Fragestellungen; jedoch nicht zu allen. So bleibt offen inwiefern aus Art. 14 GG ein notwegeartiger Duldungsanspruch zugunsten der Antragstellerin als Pächterin resultiert. Das dürfte für den Fall fraglich sein, wenn die Vorhabenerschließung nur unter Nutzung einer nicht gewidmeten Straße erfolgen kann.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/MWRE210000087>

---

<sup>1</sup> Grundlegend hierzu: BVerwG, Urt. v. 30.8.1985 – 4 C 48/81; OVG Koblenz, Urt. v. 16.8.2018 – 1 A 10496/18.OVG.

<sup>2</sup> So bspw.: § 52 Abs. 6 ThürStrG; § 53 SächsStrG.

<sup>3</sup> Eine vorbereitende Maßnahme ist u.a. der Abbruch von bestehenden Gebäuden; anders bewertet wird dies hinsichtlich der Waldumwandlung und der Errichtung der Windenergieanlage, die nach h.M. wohl von der Konzentrationswirkung umfasst sind.

Genehmigungsverfahren, gemeindliches Einvernehmen, Bauplanungsrecht, Einvernehmensfiktion, Zugang

## **BVerwG, Urteil vom 27. August 2020 – 4 C 1.19**

**1. Für die Rechtzeitigkeit der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB kommt es auf den Zeitpunkt des Zugangs der gemeindlichen Entscheidung bei der Genehmigungsbehörde an.**

**2. Die Einvernehmensfiktion nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB hindert die Gemeinde nicht, sich im Rahmen der Anfechtungsklage gegen die Genehmigung auf Umstände zu berufen, die erst nach Eintritt der Fiktion und vor Erteilung der Genehmigung entstanden sind und die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens betreffen. Sie erstreckt sich zudem nicht auf die Rüge, das Vorhaben sei ohne die nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung erforderliche standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalles genehmigt worden. (amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Klägerin, eine Gemeinde, wendet sich gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage. Diese hatte die Beigeladene bei der Beklagten Ende 2011 beantragt. Mit Schreiben vom 13. Januar, berichtigt durch Schreiben vom 17. Januar 2012, ersuchte der Beklagte die Klägerin um Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens, welches diese am 5. März 2012 verweigerte. Der Beschluss ging der Beklagten am 22. März 2012 zu.

Im Dezember 2013 erteilte der Beklagte die streitgegenständliche Genehmigung und ersetze in diesem Zuge das Einvernehmen der Klägerin. Sie ging davon aus, dass vorliegend die Einvernehmensfiktion des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB eingetreten ist, da das Einvernehmen nicht fristgerecht versagt worden sei.

Die Rechtsmittel der Klägerin gegen den streitgegenständlichen Bescheid vor dem Verwaltungs- und Oberverwaltungsgericht<sup>1</sup> blieben erfolglos, sodass die Klägerin nunmehr Revision einlegt.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das Bundesverwaltungsgericht wies die Revision als unbegründet zurück.

Das Oberverwaltungsgericht habe zutreffend angenommen, dass das erforderliche Einvernehmen (§ 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB) der Klägerin aufgrund der Fiktionswirkung des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB als erteilt gelte. Die darin vorgegebene Zwei-Monats-Frist sei durch das Schreiben vom 13. Januar 2012 in Gang gesetzt worden. Nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts ist das Ersuchen objektiv nicht geeignet gewesen bei der Klägerin einen Irrtum hervorzurufen. (Rn. 12 ff.)

Der Fristenlauf sei zudem trotz der noch unvollständigen Genehmigungsunterlagen in Gang gesetzt worden. Die Gemeinde habe ihre Mitwirkungspflicht insbesondere nicht aufgrund evident unvollständiger Unterlagen und entsprechenden Nachforderungen verweigern dürfen, sodass die beteiligte Gemeinde ihre Entscheidung im vorliegenden Fall nicht habe zurückstellen können. Im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens sei es erforderlich, dass der zu beteiligenden Gemeinde eine hinreichende und abschließende planungsrechtliche Beurteilung des Bauvorhabens ermöglicht werde. Dafür bedürfe es jedoch nicht zwingend aller Unterlagen, die für eine vollständige immissionsschutzrechtliche Genehmigung notwendig sind. (Rn. 15 ff.)

Der vorliegend eingetretene Fristablauf habe die Einvernehmensfiktion des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB ausgelöst. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Fristberechnung sei hierbei der Zugang der Erklärung bei der Genehmigungsbehörde. Die Tatsache, dass das gemeindliche Einvernehmen als Verwaltungsinternum verstanden werde, stehe seiner Einordnung als empfangsbedürftige Willenserklärung i. S. d. § 130 Abs. 3, Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entgegen. Auf die Gründe der Fristversäumung komme es ebenfalls nicht an. Insbesondere Verzögerungen bei der Übermittlung fielen in den Risikobereich des Erklärenden; hier der Klägerin. Ergänzend führt das Gericht aus, dass auch durch eine nochmalige Anhörung und Ersetzung des Einvernehmens, die Fiktion nicht habe überwunden werden können. (Rn. 18 ff.)

---

<sup>1</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 2.5.2018 – [1 A 11903/17](#).

Nicht im Einklang mit revisiblem Recht stehe hingegen die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts zu den Folgen und der Reichweite der Einvernehmensfiktion. So stellt das Bundesverwaltungsgericht heraus, dass die Fiktionswirkung den Anfechtungsmöglichkeiten der Gemeinde hinsichtlich der Genehmigung grundsätzlich entgegenstehe, da die Gemeinde an die eingetretene Fiktion wie an ein tatsächlich erklärtes Einvernehmen gebunden sei. Dies gelte jedoch nicht, sofern es sich um eine nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage handle, die zwischen Einvernehmen bzw. dessen Fiktion und Genehmigungserteilung auftreten. Ebenfalls könne sich die Gemeinde im Klageweg auf Aspekte stützen, welche nicht vom Prüfgegenstand des gemeindlichen Einvernehmens umfasst waren; so bspw. das Fehlen einer standortbezogenen Vorprüfung. (Rn. 22 ff.)

## Fazit

Dem gemeindlichen Einvernehmen nach § 36 BauGB kommt bei der Errichtung baulicher Anlagen ein wichtiger Stellenwert zu. Dies zeigt sich nicht zuletzt im Rahmen des Genehmigungsverfahrens von Windenergieanlagen. Auf diesem Weg soll die Einbeziehung der sachnahen und fachkundigen Gemeinden, welche für die Aufstellung der Bauleitpläne zuständig sind, bei bauplanungsrechtlichen Fragestellungen gewährleistet werden. Aufgrund dessen ist das gemeindliche Einvernehmen in der Rechtsprechung bereits vielfach adressiert worden.<sup>2</sup>

Das vorliegende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts befasst sich mit einigen interessanten Aspekten des gemeindlichen Einvernehmens und führt in diesem Kontext wichtige Punkte einer Klärung zu. Hierbei liegt der Entscheidungsschwerpunkt auf der Fiktion des Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB und deren Bindungswirkung. So geht es zum einen um Aspekte der Fristberechnung, als auch die Frage unter welchen Voraussetzungen eine Einvernehmensentscheidung zurückgestellt werden kann. Dies ist nicht immer möglich. So betont das Gericht, dass nur die aus bauplanungsrechtlicher Hinsicht erforderlichen Unterlagen vollständig sein müssen; auf die Vollständigkeit des Genehmigungsantrags kommt es hingegen nicht an.

Das gemeindliche Einvernehmen spielt bei der Genehmigung von Windenergieanlagen somit weiterhin eine wichtige Rolle. Die Entscheidung arbeitet dessen Bedeutung deutlich heraus. Sie zeigt jedoch zugleich, dass mit der Einbindung der Gemeinde Obliegenheiten verbunden sind; so insbesondere, sich mit dem Einvernehmensgegenstand fristgerecht auseinanderzusetzen.

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

<https://www.bverwg.de/270820U4C1.19.0>

---

<sup>2</sup> Grundlegend hierzu u.a.: BVerwG, Beschl. v. 11.8.2008 – [4 B 25/08](#); BVerwG, Urte. v. 20.5.2010 – [4 C 7.09](#); OVG Münster, Urte. v. 28.9.2017 – [8 A 2325/06](#); BVerwG, Urte. v. 26.3.2015 – [4 C 1.14](#).

**1. Art. 5 RL 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten ist dahin auszulegen, dass er einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach die in dieser Bestimmung vorgesehenen Verbote lediglich Arten erfassen, die in Anhang I dieser Richtlinie aufgeführt sind, die auf irgendeiner Ebene bedroht sind oder deren Population auf lange Sicht rückläufig ist.**

**2. Art. 12 I Buchst. a bis c RL 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen ist dahin auszulegen, dass er zum einen einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach die in dieser Bestimmung vorgesehenen Verbote, wenn mit einer menschlichen Tätigkeit wie einer forstwirtschaftlichen Maßnahme oder einer Erschließung offenkundig ein anderer Zweck verfolgt wird als das Töten oder Stören von Tierarten, nur dann Anwendung finden, wenn ein Risiko besteht, dass sich die Maßnahme negativ auf den Erhaltungszustand der betroffenen Arten auswirkt, und zum anderen der Schutz dieser Bestimmung auch für die Arten noch gilt, die einen günstigen Erhaltungszustand erreicht haben.**

**3. Art. 12 I Buchst. d RL 92/43/EWG ist dahin auszulegen, dass er einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach in dem Fall, dass die kontinuierliche ökologische Funktionalität in dem natürlichen Lebensraum der betroffenen Art in einem einzelnen Gebiet trotz Vorsorge-maßnahmen durch Beschädigung, Zerstörung oder Verschlechterung, unmittelbar oder mittelbar, einzeln oder kumulativ mit anderen Maßnahmen verloren geht, das in dieser Bestimmung vorgesehene Verbot erst dann Anwendung findet, wenn sich der Erhaltungszustand der betroffenen Art zu verschlechtern droht.**

**(Beantwortung der Vorlagefragen)**

### Hintergrund der Entscheidung

Bei der schwedischen nationalen Forstverwaltung wurde eine Abholzungsanmeldung für den (fast) Kahlschlag eines Waldgebiets eingereicht. Das betroffene Waldgebiet ist der natürliche Lebensraum von Arten die nach der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) und der Vogelschutz-Richtlinie (VS-RL) geschützt sind. Hiergegen klagten Naturschutzverbände. Das mit dieser Klage befasste schwedische Gericht sah es als notwendig an, gewisse Fragen im Zusammenhang mit der VS-RL und der FFH-RL zu klären und legte sie daher dem EuGH zur Vorabentscheidung (gem. Art. 267 AEUV) vor. In den Fragen ging es zusammengefasst um die Auslegung des Störungs- und Tötungsverbots des Art. 5 der VS-RL und des Art. 12 der FFH-RL.

Die Schlussanträge der EuGH-Generalanwältin Prof. Dr. Juliane Kokott, die der EuGH Entscheidung vorausgingen, legten nahe, dass der Absichtsbegriff in der VS-RL enger zu verstehen sei als er im Hinblick auf die FFH-RL ausgelegt werde. Frau Kokott sprach sich insoweit für eine abwägende Populationsbetrachtung aus. Wenn die Tötung nicht bezweckt, sondern lediglich in Kauf genommen würde sollten die Tötungs- und Zerstörungsverbote nach Art. 5 Buchst. a und b der VS-RL nur erfüllt sein, soweit dies notwendig sei, um diese Arten im Sinne von Art. 2 auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspreche, und dabei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung trüge.<sup>1</sup>

### Inhalt der Entscheidung

Zu Beginn seines Urteils ging der EuGH nochmals explizit auf das anzuwendende Unionsrecht sowie die Erwägungsgründe der FFH-RL und der VS-RL ein. Das Gericht stellte fest, dass das schwedische Recht Art. 5 der VS-RL und Art. 12 der FFH-RL gemeinsam umsetzt.

Hinsichtlich der von Art. 5 VS-RL erfassten Arten urteilte der EuGH, dass eindeutig aus dem Wortlaut des Art. 5 der VS-RL hervorgehe, dass die Anwendung der in dieser Bestimmung genannten Verbote keineswegs nur den Arten vorbehalten sei, die in Anhang I dieser Richtlinie aufgeführt seien, oder auf irgendeiner Ebene bedroht seien oder deren Population auf lange Sicht rückläufig sei. (Rn. 36) Ferner

<sup>1</sup> [Schlussanträge der Generalanwältin Kokott](#) v. 10.9.2020, – C-473/19, Rn. 93.

legte es dar, dass weder der Zusammenhang, in dem Art. 5 der VS-RL stehe, noch der Sinn und Zweck der Richtlinie es erlauben, ihren Anwendungsbereich auf die drei Kategorien von Vogelarten, die das vorliegende Gericht in seiner ersten Frage nennt, zu beschränken. (Rn. 37)

Hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Erhaltungszustands setzte sich der EuGH zunächst ausschließlich mit der FFH-RL auseinander. Daher sei die Frage des vorlegenden Gerichts dahingehend auszulegen, ob Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c der FFH-RL zum einen einer innerstaatlichen Praxis entgegenstehe. Der EuGH hält dazu fest, dass die Verbote des Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c FFH-RL auch bei Maßnahmen, die kein Töten oder Stören von Arten bezwecken, keine negative Wirkung auf den Erhaltungszustand der betroffenen Art voraussetzen. Ebenfalls würden sie für Arten gelten, die einen günstigen Erhaltungszustand aufwiesen. (Rn. 49) Das Gericht stellte klar, dass aufgrund seiner bisherigen Rechtsprechung zur Auslegung des Absicht-Begriffs i. R. d. Art. 12 Abs. 1 Buchst. b der FFH-RL dieser auch verwirklicht ist, wenn zumindest die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart in Kauf genommen wird. (Rn. 51) Ferner betonte der EuGH den individuenbezogenen Schutzansatz der FFH-RL. (Rn. 54) Auch das Verhältnis von Verbotstatbestand und Ausnahme im Rahmen der FFH-RL hob das Gericht hervor. Hier sei streng zwischen Verbotstatbestand (Betrachtung des Individuums) und Ausnahme (Einbeziehung des Erhaltungszustandes) zu trennen, um nicht die Prüfung der restriktiven Ausnahmevoraussetzungen zu umgehen. (Rn. 60) Folglich würden Wortlaut und Kontext der Bestimmung verbieten, das Verbot vom Risiko von einer negativen Auswirkung auf den Erhaltungszustand einer Art abhängig zu machen. (Rn. 61) Aus den Zielen der FFH-RL ergebe sich auch, dass Arten, die einen günstigen Erhaltungszustand haben, gegen eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes geschützt werden müssen. (Rn. 65) Folglich könne Art. 12 Abs. 1 der FFH-RL nicht so ausgelegt werden, dass der darin beinhaltetete Schutz nicht für Arten mit einem günstigen Erhaltungszustand gelte. (Rn. 66) Es sei also im vorliegenden Fall durch das vorliegende schwedische Gericht lediglich zu prüfen, ob die von der FFH-RL erfassten Tierarten im Abholzungsgebiet vorkämen. (Rn. 67)

Im Hinblick auf die Maßgeblichkeit des Erhaltungszustands beim Begriff der Vernichtung und Beschädigung nach Art. 12 der FFH-RL, stellte der EuGH eingangs klar, dass das hohe Schutzniveau des Art. 12 Abs. 1 Buchst. d der FFH-RL auch ein Verbot „jede[r] Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten“ beinhalte. (Rn. 81 f.) Es sei anzunehmen, dass die Durchführung der Schutzregelung nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. d der FFH-RL nicht vom Risiko einer negativen Auswirkung auf den Erhaltungszustand dieser Art abhängen könne, da sie nicht von der Anzahl der Exemplare der betroffenen Art abhängig sei. (Rn. 84)

## Fazit

Diese Entscheidung des EuGH war insbesondere aufgrund der Schlussanträge<sup>2</sup> der Generalanwältin Kokott mit Spannung erwartet worden. Frau Prof. Dr. Kokott hatte nämlich die Auffassung vertreten, dass i. R. d. VS-RL der Absichtsbegriff enger auszulegen sei. Als Grund dafür nannte sie, dass der europäische Vogelschutz, anders als der Schutz der besonderen Arten in der FFH-RL (Anhang IV), alle Vögel erfasse – auch solche, die als „Allerweltsarten“ gelten.<sup>3</sup> Die Generalanwältin war der Ansicht, dass es auch europarechtlich möglich sei, das Tötungsverbot für Vögel differenziert anzuwenden, abhängig davon, ob eine Art zielgerichtet getötet werde oder ob die Tötung durch ein Projekt erfolge, das eigentlich ganz andere Ziele habe. Würden Vögel nur als Nebenfolge eines Projekts getötet, solle das exemplarbezogene Tötungsverbot nach Auffassung von Frau Prof. Dr. Kokott nicht uneingeschränkt gelten. Der EuGH ging hierauf jedoch nicht ein: Da sich Schweden für eine einheitliche Umsetzung des Tötungsverbots der FFH-RL und der VS-RL<sup>4</sup> entschieden hat, bilde das individuenbezogene Tötungsverbot der FFH-RL den Maßstab für das Tötungsverbot hinsichtlich sämtlicher Tierarten in Schweden – auch mit Blick auf Arten, die nicht der FFH-RL, sondern der VS-RL unterliegen.

Festzuhalten bleibt, dass einerseits dem Urteil eine weiterhin eher strenge Auslegung der FFH-RL entnommen werden kann. Dies lässt vermuten, dass der Gerichtshof auch in Bezug auf die VS-RL weiterhin ein enges Verständnis verfolgen wird.<sup>5</sup> Andererseits war gerade nicht das deutsche Konzept der

<sup>2</sup> [Schlussanträge der Generalanwältin Kokott](#) v. 10.9.2020 – C-473/19 und C-474/19.

<sup>3</sup> [Schlussanträge der Generalanwältin Kokott](#) v. 10.9.2020, – C-473/19, Rn. 75, 80 f.

<sup>4</sup> Auch das BNatschG differenziert im besonderen Artenschutz nicht zwischen VS-RL und FFH-RL.

<sup>5</sup> Umfassend hierzu die Anmerkungen zum Urteil von KNE-Wortmeldung, [Keine Lockerung für die Windenergie nach dem EuGH-Urteil](#), 2021 sowie Schmidt/Sailer, Anmerkung zu Vorabentscheidungsersuchen zur europäischen Vogelschutz- und Habitatrichtlinie (Kahlschlag als Verstoß gegen Tötungs- und Störungsverbot), ZNER 2021, S. 146 (154 ff.).

„signifikanten Risikoerhöhung“ Gegenstand der Klage. Auch handelte es sich vorliegend nicht um ein Projekt der erneuerbaren Energien – insbesondere Windenergie -, sondern um eine Waldabholzung i. R. d. Beforstung. Abschließend bleibt daher festzustellen, dass der EuGH den Ausbau der Windenergie, der als Maßnahme zum Klimaschutz gesehen wird, auch vorliegend nicht im Widerstreit mit dem individuenbezogenen Artenschutz beurteilen musste. Beides, der Klimaschutz und der individuenbezogene Artenschutz stellen nämlich unionsrechtliche Zielvorgaben dar und können somit in Konflikt treten. Die Schwierigkeit dieses Konflikts ist jedoch, dass der Klimaschutz den Artenschutz grundsätzlich ebenfalls begünstigen kann. Es bleibt daher zu hoffen, dass der EuGH sich baldmöglichst mit diesem Zielkonflikt auseinandersetzen hat. Dadurch könnte auf lange Sicht mehr Rechtssicherheit für die Realisierung der Energiewende gewonnen werden.

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

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B9095F898C2735291F4E7E442DF6005D?text=&docid=238465&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4002316>



## Impressum

© FA Wind, Juli 2021

### 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

Kathrina Baur  
Marianna Roscher

### Redaktion

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 [roscher@fa-wind.de](mailto:roscher@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

post@fa-wind.de | [www.fachagentur-windenergie.de](http://www.fachagentur-windenergie.de)