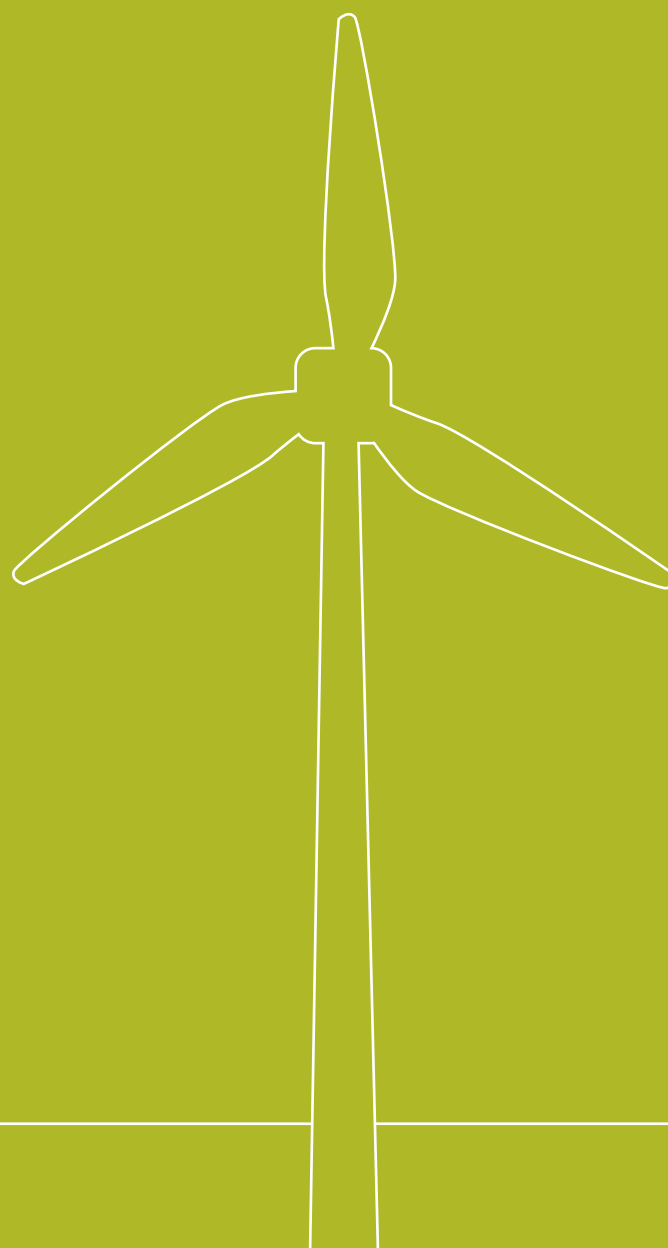
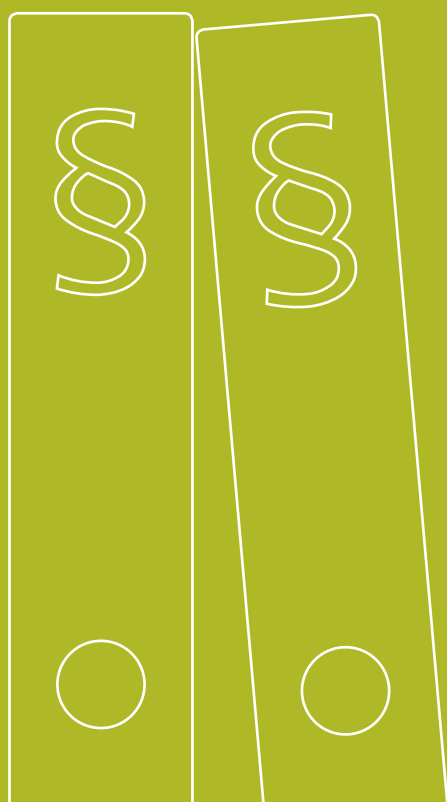




Rundbrief Windenergie und Recht 3/2020



Mitwirkende

Der Rundbrief Windenergie und Recht ist das Ergebnis der jüngsten Sitzung des Runden Tisches Windenergie und Recht. Im Rahmen des Runden Tisches diskutieren die 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 und Planer mit unterschiedlichen Hintergründen und verschiedenen Tätigkeitsschwerpunkten mit. Die Ergebnisse fassen wir für die kommunale Planungspraxis, für Behörden, für Naturschutzverbände, für Unternehmen aus der Windenergiebranche und für interessierte Bürgerinnen und Bürger im vorliegenden Rundbrief Windenergie und Recht zusammen. Sie können die Entscheidungsbesprechungen zudem auf der Internetseite der FA Wind unter dem Thema [Rechtsprechung](#) abrufen.

Monika Agatz, Kreis Borken

Thomas Aufleger, NWP Planungsgesellschaft mbH

Kathrina Baur, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Thomas Brünjes, Enercon GmbH

Erik Dietrich, Stiftung Umweltenergierecht

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

Dr. Marike Endell, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

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

Katharina Graf, bdew

Philipp Kroll, Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen

Jesse Maaß, Volkswind GmbH

Christian Nieße, RWE Renewables GmbH

Dr. Johannes Osing, Märkischer Kreis

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

Annette Reisch, ENERTRAG AG

Marianna Roscher, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Gregor Sickel, juwi AG

Jan Schubert, Sächsisches Staatsministerium für Energie, Klimaschutz, Umwelt und Landwirtschaft

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

Felix Steengrafe, PNE AG

Urta Steinhäuser, ABO Wind AG

Jessica Weber, BUND

Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	3
Vorabentscheidungsverfahren, Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und Wohngebäuden in Polen EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – Rs. C-727/17	4
Genehmigung der Änderung eines Flächennutzungsplans, Anforderungen an die Offenlagebekanntmachung, Teilgenehmigung OVG Koblenz, Urteil vom 10. März 2020 – 8 A 11546/19	7
Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Natura 2000-Gebiete, Wasserschutzgebiete OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. Mai 2020 – 12 KN 243/17	9
Genehmigungsverfahren, Abstandsregelung im Landesentwicklungsprogramm, drittschützende Wirkung eines Ziels der Raumordnung VG Koblenz, Urteil vom 3. Juli 2020 – 4 K 907/17.KO	11
Normenkontrollantrag, vorhabenbezogener Bebauungsplan, Artenschutzrecht, Prüftiefe im Verfahren der Bauleitplanung VGH München, Urteil vom 10. August 2020 – 15 N 19/1377	14
Genehmigungsverfahren, Vorranggebiete für Rohstoffnutzung, Alternativenprüfung im Ausnahmeverfahren, nachträgliche Artansiedlung OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. Mai 2020 – 12 LA 150/19	16
Genehmigungsverfahren, Prioritätsprinzip, Vorbescheid, Turbulenzintensität BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2020 – 4 C 3.19	18
Genehmigungsverfahren, Konzentrationswirkung, Waldumwandlung VGH Mannheim, Beschluss vom 6. August 2020 – 10 S 2941/19	20
Genehmigungsverfahren, militärische Radaranlage, Störung der Funktionsfähigkeit OVG Koblenz, Urteil vom 16. Juni 2020 – 8 A 11327/19	22
EEG, Netzengpass, Einspeisemanagement, Entschädigung BGH, Urteil vom 11. Februar 2020 – XIII ZR 27/19	24

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

schreibt ein Mitgliedstaat der EU einen Mindestabstand zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung verbindlich vor, muss sich eine solche nationale Regelung an der Erneuerbare-Energien-Richtlinie messen lassen. Dies hat der EuGH im Mai dieses Jahres mit Blick auf die polnische Abstandsregelung entschieden. Den genauen Inhalt des Urteils, verbleibende Fragestellungen und die Bedeutung für die 10-H-Regelung in Bayern, aber auch für mögliche weitere Abstandsregelungen der Länder auf Grundlage des § 249 Abs. 3 BauGB, möchten wir Ihnen in diesem Rundbrief vorstellen.

Mit landesplanerischen Abstandsvorgaben wiederum hat sich das VG Koblenz auseinandergesetzt. Im Mittelpunkt dieser Entscheidung stehen die Auslegung der Abstandsvorgabe des Landesentwicklungsprogramms IV Rheinland-Pfalz, dessen Bindungswirkung für nachgeordnete Ebenen sowie die Frage nach der Drittwirkung von Zielen der Raumordnung. Mit weiteren planungsrechtlichen Fragen haben sich das OVG Lüneburg und das OVG Koblenz befasst: Während das OVG Lüneburg in dem hier besprochenen Beschluss im wesentlichen seine Rechtsprechung zur Konzentrationszonenplanung und zur Neuausweisung von Altflächen bestätigt, hat sich das OVG Koblenz sehr pragmatisch zu Fragen im Zusammenhang mit einem Zielabweichungsverfahren geäußert.

In diesem Rundbrief finden Sie außerdem die Besprechung eines Urteils des VGH München zum Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung im Verfahren der Bauleitplanung. Erfolgt bereits in der Bauleitplanung eine umfassende artenschutzrechtliche Prüfung, unterliegt diese den gleichen Anforderungen wie die artenschutzrechtliche Prüfung im Genehmigungsverfahren, so der Verwaltungsgerichtshof. Das OVG Lüneburg hat sich in einer weiteren hier besprochenen Entscheidung noch einmal knapp zum räumlichen Umfang der Alternativenprüfung im Rahmen des Ausnahmeverfahrens nach § 45 Abs. 7 BNatSchG geäußert.

Mit wichtigen Fragen des Genehmigungsverfahrens haben sich in den vergangenen Monaten unter anderem das Bundesverwaltungsgericht, der VGH Mannheim und das OVG Koblenz befasst. Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Rechtsprechung zur Konkurrenz von Windenergieanlagen weiterentwickelt: Danach gilt das Prioritätsprinzip nicht nur im Verhältnis von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen, sondern auch im Verhältnis von Vorbescheid und Genehmigung. Der VGH Mannheim hat seine Rechtsprechung zur Konzentrationswirkung einer Genehmigung, die auch eine mögliche Genehmigung zur Waldumwandlung umfassen muss, bestätigt. Das OVG Koblenz wiederum hat zu den Voraussetzungen für die Annahme einer „Störung der Funktionsfähigkeit“ einer radargestützten elektronischen Luftkampfübungsanlage i.S.v. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB geurteilt und dabei den verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum der Bundeswehr bestätigt.

Als letzte Entscheidung haben wir ein wichtiges Urteil des BGH zur Definition eines Netzengpasses sowie zu den Voraussetzungen eines entschädigungspflichtigen Einspeisemanagements in diesen Rundbrief mit aufgenommen. Mit diesem Urteil differenziert der BGH seine Rechtsprechung weiter aus und zeigt auf, dass ein Netzengpass auch durch Wartungs- und Reparaturmaßnahmen verursacht werden kann. Folge dessen ist, dass auch in solchen Fällen Entschädigungsansprüche entstehen können.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!



Dr. Antje Wagenknecht

Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 und Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 1 (...) (der Erneuerbare-Energien-Richtlinie a.F., Anm. d. Verf.) sind dahin auszulegen, dass sie nicht einer Regelung entgegenstehen, wonach bei der Errichtung einer Windkraftanlage zwischen der Anlage und Gebäuden mit Wohnnutzung ein Mindestabstand einzuhalten ist, sofern diese Regelung im Hinblick auf das verbindliche nationale Gesamtziel des betroffenen Mitgliedstaats erforderlich und verhältnismäßig ist; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Das Urteil des EuGH betrifft die Auslegung der Richtlinie über Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften¹, der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt² und der Erneuerbare-Energien-Richtlinie in ihrer alten Fassung (EE-RL a.F.)³. Die EE-RL ist 2018 in novellierter Fassung in Kraft getreten.⁴

Inhaltlich ging dem Vorabentscheidungsverfahren ein Rechtsstreit zwischen der ECO-WIND Construction S.A. und einer kommunalen Widerspruchsbehörde in Polen voraus. Die Widerspruchsbehörde hatte die Zustimmung zur Verwirklichung eines Windpark-Projekts auf dem Gebiet einer Gemeinde verweigert, da die im polnischen Windkraftgesetz⁵ festgelegten Abstände in zehnfacher Höhe der geplanten Anlagen zu bestehenden Wohngebäuden nicht eingehalten würden. Das zuständige nationale Gericht hatte Zweifel an der Vereinbarkeit des polnischen Gesetzes mit europarechtlichen Vorgaben und leitete das Vorabentscheidungsverfahren ein.

Inhalt der Entscheidung

In seiner Entscheidung hält der EuGH zunächst fest, dass die Anforderung, bei der Errichtung einer Windenergieanlage einen Abstand zur Wohnbebauung in zehnfacher Höhe der Anlage einzuhalten, keine technische Vorschrift darstelle, die nach Art. 5 der Richtlinie über Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften der Kommission mitgeteilt werden müsse, um zu prüfen, ob dadurch der Warenverkehr eingeschränkt werde. Etwas anderes gelte nur für den Fall, dass eine entsprechende Regelung nicht zu einer „bloß marginalen Verwendung von Windkraftanlagen führe“. (Rn. 31 - 50)

Auch sei die polnische Regelung keine Vorschrift, welche die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit einer territorialen Beschränkung unterwerfe. Nach Art. 15 Abs. 7 der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt müsse die Regelung der Kommission deshalb nicht mitgeteilt werden. (Rn. 51 - 60)

Ob ein Verstoß gegen die EE-RL a.F. vorliegt, ließ der Gerichtshof offen und verwies die Frage zurück an das zuständige nationale Gericht. Art. 3 EE-RL a.F. verpflichte jeden Mitgliedstaat dafür zu sorgen, dass sein Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen am Bruttoendenergieverbrauch im Jahr 2020 mindestens einen bestimmten Wert erreiche. Hinsichtlich der Wahl der Mittel verfügten die Mitgliedsstaaten allerdings über einen Spielraum, so der EuGH. Insbesondere stehe es den Mitgliedsstaaten frei,

¹ Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.9.2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. 2015, L 241, S. 1.

² Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006, L 376, S. 36.

³ Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG (ABl. 2009, L 140, S. 16) in der durch die Richtlinie (EU) 2015/1513 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.9.2015 (ABl. 2015, L 239, S. 1) geänderten Fassung.

⁴ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung), ABl. 2018, L 328, S. 82.

⁵ Gesetz über Investitionen in Windkraftanlagen v. 20.5.2016 – Dz. U. 2016, Pos. 961.

„für die für ihre Situation am besten geeigneten erneuerbaren Energiequellen einen Rahmen abzustecken und diese zu entwickeln sowie eine erneuerbare Energiequelle gegenüber einer anderen zu bevorzugen“. Daher stehe Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 EE-RL a.F. einer Abstandsregelung nicht grundsätzlich entgegen. (Rn. 67)

Allerdings sei eine Abstandsregelung auch an Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 1 der EE-RL a.F. zu messen. Danach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass einzelstaatliche Vorschriften für die Genehmigungs-, Zertifizierungs- und Zulassungsverfahren, die auf Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität (...) aus erneuerbaren Energiequellen (...) angewandt werden, verhältnismäßig und notwendig sind“. Solche Zulassungsvorschriften müssten zur Erreichung des mit der Regelung verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sein, so der EuGH. Insbesondere müssten die durch die Zulassungsvorschrift verursachten Nachteile in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen. Auch im Rahmen dieser Prüfung sei zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten die verschiedenen Energieträger unterschiedlich fördern dürften. (Rn. 81 f.) Abschließend hält der EuGH fest, dass eine nationale Abstandsregelung nicht gegen Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 und Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 1 EE-RL a.F. verstößt, sofern diese Regelung im Hinblick auf das verbindliche nationale Gesamtziel des betroffenen Mitgliedstaats erforderlich und verhältnismäßig ist. Dies zu prüfen sei allerdings Sache des vorlegenden Gerichts. (Rn. 83)

Fazit

Mit diesem Urteil hat der EuGH klargestellt, dass nationale Abstandsregelungen für erneuerbare Energien an der EE-RL und den darin festgeschriebenen Ausbauzielen zu messen sind: Sämtliche nationalen Zulassungsvorschriften müssen im Hinblick auf die Erreichung des nationalen Gesamtziels erforderlich und verhältnismäßig sein. Dabei betont der EuGH ausdrücklich den Spielraum der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung des Ausbaupfades.

Erreicht der jeweilige Mitgliedstaat sein Gesamtziel, so dürfte die Unverhältnismäßigkeit einer nationalen Zulassungsregelung argumentativ kaum begründbar sein. Ob eine nationale Regelung stets unverhältnismäßig ist, wenn das nationale Gesamtziel nicht erreicht wird, erscheint hingegen weniger eindeutig. Hier werden die mit der nationalen Regelung verfolgten Ziele sowie die Bedeutung der europäischen Zielvorgabe gegeneinander abgewogen werden müssen.

Darüber hinaus scheint der EuGH nationale Zulassungsregelungen einer vorgelagerten, eigenständigen und am Ziel der nationalen Regelung ausgerichteten Tauglichkeits-, Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehen zu wollen. Dafür spricht die Formulierung in den Urteilsgründen, der zufolge zu prüfen ist, ob die „ergriffenen Maßnahmen nicht die Grenze dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist“ (Rn. 81). Das Verhältnis beider Prüfungsmaßstäbe beantwortet der EuGH nicht abschließend.

Obwohl das Urteil des EuGH noch auf Grundlage der EE-RL in ihrer alten Fassung ergangen ist, hat es seine Aktualität nicht eingebüßt. Die im Urteil maßgeblichen Vorschriften finden sich praktisch wortgleich in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 sowie in Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 1 der novellierten Fassung der EE-RL.

Für die Bundesrepublik ist das Urteil insbesondere im Hinblick auf die bayerische 10-H-Regelung in § 82 BayBauO, die auf Grundlage des § 249 Abs. 3 a.F. ergangen ist, von Bedeutung. Gleiches gilt für möglicherweise zukünftig auf Grundlage des § 249 Abs. 3 BauGB n.F. ergehende Landesgesetze, welche die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich ebenfalls von der Einhaltung bestimmter Abstände zu Wohnnutzungen abhängig machen könnten. Aufgrund der „Landesblindheit“ des Europarechts müssen sich auch die landesrechtlichen Vorschriften unmittelbar an den europäischen Vorgaben messen lassen.

Sowohl die Länderöffnungsklausel als auch die bayerische 10-H-Regelung werden damit begründet, dass feste Abstände zu einer Steigerung der Akzeptanz führten.⁶ Vor dem Hintergrund des durch den EuGH aufgezeigten Prüfungsmaßstabs für Zulässigkeitsregelungen wird deshalb die Frage zu stellen sein, ob dieses Ziel mit der Abstandsregelung überhaupt erreicht werden kann⁷ und ob das Ziel nicht

⁶ Vgl. zur sog. Länderöffnungsklausel [Ausschussdrucksache 19\(9\)651](#) v. 28.5.2020; zur bayerischen 10-H-Regelung [LT-Drs. 17/2137](#), S. 6.

⁷ Hübner u.a., Akzeptanzfördernde Faktoren erneuerbarer Energien, BfN-Skripten 551, 2020, [S. 23](#).

auch durch weniger belastende Regelungen hätte erreicht werden können. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit wird insbesondere zu beurteilen sein, ob die durch die Regelung verursachten Nachteile – hier der Flächenverlust⁸ und seine daraus resultierenden Auswirkungen auf den Ausbau der Windenergie⁹ – im Verhältnis zu dem verfolgten Ziel der Akzeptanzsteigerung stehen. In diese Bewertung muss die vom EuGH klar herausgestellte Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die eigene Ausgestaltung des Ausbaupfades einfließen. Zuletzt wird insofern maßgeblich sein, ob die Bundesrepublik das jeweils geltende Ausbauziel erreicht. Sollte dies der Fall sein, scheinen die Regelungen nur schwer angreifbar. Dabei ist aus europarechtlicher Sicht im Hinblick auf die landesrechtlichen Abstandsvorgaben nicht deren Auswirkung auf den Windenergie-Ausbau im jeweiligen Bundesland, sondern auf den bundesweiten Ausbau maßgeblich. Für Deutschland sieht die EE-RL a.F. einen Anteil von 18 % an Energie aus erneuerbaren Quelle am Bruttoendenergieverbrauch für das Jahr 2020 vor. Im Jahr 2019 lag der Anteil bei 17,1 %.¹⁰

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

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226861&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

⁸ UBA, [Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen](#), 2019.

⁹ Von Januar 2010 bis November 2014 (also vor Inkrafttreten der sog. 10 H-Regelung) wurden in Bayern im Schnitt 11,6 Windenergieanlagen pro Monat immissionsschutzrechtlich genehmigt. Seither ist dieser Wert auf durchschnittlich 2,5 Windenergieanlagen pro Monat gefallen, was einem Rückgang von knapp 80 Prozent entspricht. Im Jahr 2019 wurden acht, in den ersten acht Monaten des Jahres 2020 drei neue Anlagen im Freistaat genehmigt (Quelle: interne Erhebung der FA Wind).

¹⁰ BMWi, [Entwicklung der erneuerbaren Energien in Deutschland im Jahr 2019](#).

Genehmigung der Änderung eines Flächennutzungsplans, Anforderungen an die Offenlagebekanntmachung, Teilgenehmigung OVG Koblenz, Urteil vom 10. März 2020 – 8 A 11546/19

1. Der Begriff der „Arten umweltbezogener Informationen“ i.S.v. § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BauGB verlangt nur, die Informationen nach ihrem Inhalt zu strukturieren („thematische Art der Information“). Er fordert nicht zugleich, die Beschaffenheit der jeweiligen Information (Gutachten, Stellungnahme, Einwendung u.a.) und deren Urheber anzugeben (im Anschluss an BVerwG, Urteil vom 6. Juni 2019 – 4 CN 7.18). (Rn. 37)

Die unterbliebene Benennung des Landschaftsplans ist deshalb dann unschädlich, wenn die darin behandelten Umweltthemen in der Bekanntmachung ausreichend schlagwortartig charakterisiert sind. (Rn. 40)

2. Zu den Anforderungen an die (teilweise) Genehmigung eines Flächennutzungsplans nach § 6 Abs. 3 BauGB (hier: sachlicher Teilflächennutzungsplan, § 5 Abs. 2b BauGB). (Rn. 45) (amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Verfahren verlangte die klagende Gemeinde die Genehmigung ihres Flächennutzungsplans durch die beklagte höhere Verwaltungsbehörde. Die Klägerin hatte ihren Flächennutzungsplan zum Themenbereich Windenergie fortgeschrieben und insgesamt vier Sonderbauflächen für die Windenergienutzung ausgewiesen. Drei der vier neuen Sonderbauflächen (Sonderbauflächen Nr. 2, 3 und 4) liegen außerhalb der durch den gültigen Regionalplan bestimmten Vorranggebiete.

Für die Sonderbauflächen Nr. 2, 3 und 4 beantragte die Klägerin nach § 6 Abs. 1 ROG i.V.m. § 10 Abs. 6 LPlG eine Zielabweichung. Die Beklagte ließ die Zielabweichung für die Sonderbaufläche Nr. 4 in Gänze und für die Flächen Nr. 2 und 3 in Teilen zu.

Vor Abschluss des Zielabweichungsverfahrens lehnte die Beklagte die Genehmigung des Flächennutzungsplans ab. Hiergegen legte die Klägerin nach Abschluss des Zielabweichungsverfahrens Widerspruch ein. In der Widerspruchsbegründung nahm sie die nicht vom Zielabweichungsbescheid erfassten Flächen ausdrücklich aus ihrem Genehmigungsantrag aus.

Die Beklagte wies den Widerspruch zurück. Bereits die Auslegung des Plans sei rechtsfehlerhaft erfolgt, da der Landschaftsplan in der Offenlagebekanntmachung nicht explizit genannt worden sei. Darüber hinaus sei der Plan auch nach Herausnahme der nicht vom Zielabweichungsbescheid umfassten Flächen nicht genehmigungsfähig.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Koblenz widmet sich in diesem Urteil zunächst den Anforderungen an die Bekanntmachung der Planoffenlegung. Im vorliegenden Fall entspreche die öffentliche Bekanntmachung den gesetzlichen Anforderungen. Insbesondere sei es unschädlich, dass die Bekanntmachung keinen ausdrücklichen Hinweis auf den Landschaftsplan enthalten habe. Das Gericht ließ offen, ob es sich bei einem Landschaftsplan überhaupt um eine verfügbare Information i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BauGB handle. Die Frage sei nicht entscheidungserheblich, da § 3 Abs. 2 BauGB lediglich verlange, die in den Stellungnahmen und Unterlagen bezeichneten Umweltthemen nach Themenblöcken zusammenzustellen und diese in der Auslegungsbekanntmachung stichwortartig zu charakterisieren. „Der Begriff der „Arten umweltbezogener Informationen“ verlange nur, die Informationen nach ihrem Inhalt zu strukturieren („thematische Art der Information“). Er fordere nicht zugleich, die Beschaffenheit der jeweiligen Information (Gutachten, Stellungnahme, Einwendung u.a.) und deren Urheber anzugeben.“ (Rn. 39) Die Art der Dokumente müsse nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gerade nicht angegeben werden. (Rn. 37 ff).

Zweites zentrales Thema der Entscheidung ist die Teilgenehmigung des Flächennutzungsplans. Die Möglichkeit einer Teilgenehmigung bejaht das OVG Koblenz für den vorliegenden Plan. Grundsätzlich sei die Frage nach der Teilgenehmigung anhand einer Einzelfallbetrachtung zu entscheiden. (Rn. 46) Zunächst folge aus dem auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geforderten gesamtträumlichen Plankonzept für die Steuerung der Windenergie nicht, dass entsprechende Pläne nicht teilbar

i.S.d. § 6 Abs. 3 BauGB seien. Entsprechend lasse sich daraus auch keine Verpflichtung ableiten, das Ergebnis eines Zielabweichungsverfahrens stets „aktiv planerisch“ durch eine neue Gesamtabwägung umzusetzen. (Rn. 47, 49)

Der streitgegenständliche Plan sei teilbar. Zum einen seien die Flächen klar voneinander abgrenzbar. Zum anderen werde auch nach Herausnahme der nicht vom Zielabweichungsbescheid umfassten Flächen weder die städtebauliche Funktion des Plans noch das planerische Gesamtkonzept in Frage gestellt. Durch die Herausnahme der Teilflächen verringere sich die Gesamtfläche für die Windenergie lediglich um 17 %. Auch werde der Windenergie mit 2,84% (statt ursprünglich 3,18 %) nach wie vor substantiell Raum verschafft. (Rn. 51 f.)

Fazit

Im Hinblick auf die Anforderungen an die Bekanntmachung der Planoffenlegung knüpft das OVG Koblenz an die neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an. Mit seinem Urteil von Juli 2019 bemüht sich das Bundesverwaltungsgericht sichtlich, keine für die Planung unerfüllbaren Anforderungen an die Offenlagebekanntmachung zu stellen und diese gleichzeitig zu schärfen.¹ Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht auch klargestellt, dass § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BauGB für die Angabe der Arten umweltbezogener Informationen weder einen Hinweis auf deren Beschaffenheit als Gutachten, Stellungnahme oder dergleichen noch einen Hinweis auf den Autor oder Urheber verlangt.² Damit hat das Gericht die bislang jedenfalls in Teilen von der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gestellten Anforderungen³ gesenkt. Dem hat sich das OVG Koblenz nun unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung⁴ angeschlossen.

Die Ausweisung neuer Flächen für die Windenergienutzung stellt für die Planung regelmäßig eine große Herausforderung dar. Will eine Gemeinde Flächen für die Windenergienutzung ausweisen, die außerhalb von durch die Regionalplanung ausgewiesenen Vorranggebieten liegen sollen, ist dies nur nach dem Durchlaufen eines Zielabweichungsverfahrens möglich. Ergeht nicht für alle von der Gemeinde vorgesehenen Flächen eine positive Zielabweichungsentscheidung, stellt sich die Frage, ob der ursprüngliche Plan unter Herausnahme der nicht von Zielabweichungsbescheid umfassten Flächen nach § 6 BauGB genehmigungsfähig ist oder ob die Gemeinde den Bescheid zunächst planerisch umsetzen und eine erneute Abwägung durchführen muss.

Das OVG Koblenz hat geurteilt, dass eine Teilgenehmigung eines Flächennutzungsplans zur Ausweisung neuer Sonderbauflächen nach § 6 Abs. 3 BauGB grundsätzlich möglich ist – jedenfalls solange die städtebauliche Funktion des Plans noch gegeben ist. Dies wiederum macht es vor allem an der Frage fest, in welchem Umfang Flächen herausgenommen wurden und ob der Windenergie substantiell Raum verschafft wurde. Aus Sicht der Planungspraxis ist dieses pragmatische Verständnis zu begrüßen. Eine – wie von der Beklagten angenommene – grundsätzliche Notwendigkeit, im Fall von teilweise nicht genehmigungsfähigen Flächennutzungsplänen noch einmal eine Gesamtabwägung vornehmen zu müssen, hätte den Planungsprozess noch einmal verkompliziert.

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

<http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&doc.id=MWRE200001347&doc.part=L>

¹ BVerwG, Ur. v. 6.6.2019 – 4 CN 7.18.

² BVerwG, Ur. v. 6.6.2019 – 4 CN 7.18, Leitsatz sowie Rn. 19 f.

³ OVG Münster, Ur. v. 30.5.2018 – 7 D 49/16.NE, Rn. 37.

⁴ OVG Koblenz, Ur. 21.6.2017 – 8 C 10068/17, Rn. 43.

Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Natura 2000-Gebiete, Wasserschutzgebiete
OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. Mai 2020 – 12 KN 243/17

1. Wird ein Regionales Raumordnungsprogramm mit Maßgaben genehmigt, reicht es nicht aus, dass die das Programm feststellende Satzung nur in ihrer diese Maßgaben nicht berücksichtigenden Ursprungsfassung ausgefertigt wird.

**2. Überwiegendes spricht dafür, es nicht zu beanstanden, wenn Wasserschutzzonen I von Wasserschutzgebieten als harte Tabuzonen eingestuft werden.
(amtliche Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit des Regionalen Raumordnungsprogramms 2016 (RROP 2016) der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin weist mit ihrem RROP 2016 insgesamt zehn Vorranggebiete für die Windenergienutzung aus. Außerdem soll die Windenergienutzung auf bestehenden bauleitplanerisch gesicherten Sonderbauflächen und in Sondergebieten für die Windenergie zulässig sein. Im restlichen Planungsgebiet ist die Windenergie ausgeschlossen.

Der Kreistag der Antragsgegnerin beschloss das RROP 2016 im Oktober 2016. Das zuständige Amt für regionale Landesentwicklung genehmigte es im März 2017 mit Nebenbestimmungen und weiteren Maßgaben. Diese arbeitete der Kreistag im April 2017 in das Programm ein. In dem auf die Satzung bezogenen Beglaubigungsvermerk heißt es: „Der am 15. April 2017 bekanntgemachte Text des Regionalen Raumordnungsprogramms basiert auf dem vom Kreistag am 28. Oktober 2016 als Satzung beschlossenen Dokument, in das die Maßgaben und Nebenbestimmungen aus der Genehmigungsverfügung vom 20. März 2017 eingearbeitet wurden. Mit Ausnahme der Einarbeitung stimmen die Texte überein.“

Die Antragsgegnerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, wandte sich im Wege des Normenkontrollverfahrens gegen das RROP 2016 und machte formelle und materielle Fehler geltend.

Inhalt der Entscheidung

Ob das RROP 2016 bereits aufgrund von formellen Fehlern unwirksam ist, lässt das OVG Lüneburg offen. Aus Sicht des Gerichts spricht viel dafür, dass das Gebot der Ausfertigung nicht beachtet wurde. Das in § 11 Abs. 1 Satz 1 NKomVG geregelte bzw. sich unmittelbar aus dem Verfassungsrecht ergebende Ausfertigungsgebot solle sicherstellen, dass eine Satzung nicht mit einem anderen als vom Satzungsgeber gewollten Inhalt beschlossen werde. Deshalb reiche es nicht aus, wenn eine Satzung in der Ursprungsfassung ausgefertigt werde. Vielmehr sei eine geänderte Fassung nochmals auszufertigen, wenn inhaltliche Änderungen vorgenommen worden sind. (Rn. 110)

Weiter stellt das OVG Lüneburg verschiedene materiell-rechtliche Fehler fest. Dies betrifft zunächst die vom Antragsgegner im RROP 2016, neben Vorranggebieten und Ausschlusszonen, neu geschaffene Gebiets-Kategorie. Im Rahmen dieser neuen Kategorie enthalte sich der Plangeber allerdings nicht jeder Aussage („weiße Fläche“). Vielmehr knüpfe die Zulässigkeit der Windenergienutzung an das Bestehen bauleitplanerisch gesicherter Sondergebiete oder Sonderbauflächen für Windenergieanlagen an, die jedoch jederzeit durch die Kommunen aufgehoben oder abgeändert werden können. Die raumordnerische Zulässigkeit dieser Kategorie sowie deren Vereinbarkeit mit dem System des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stellt das OVG Lüneburg in Frage, lässt dies aber letztendlich offen. Altflächen könnten stattdessen durch eine nicht einheitliche Anwendung der weichen Tabukriterien erneut ausgewiesen werden. (Rn. 114)

Materielle Fehler seien der Antragsgegnerin bei der Zuordnung von Gebieten zu harten bzw. weichen Tabuzonen unterlaufen. Fehlerhaft sei zunächst, dass im RROP 2016 Flächen, die im Flächennutzungsplan – auch unter Einbeziehung noch unbebauter Flächen – als Siedlungsfläche vorgesehen seien, als harte Tabuzonen dargestellt würden. Zwar habe die Regionalplanung die Bauleitplanung zu berücksichtigen; eine bindende Übernahme der Darstellungen sei jedoch nicht geboten. Diese Überlegung gelte auch für lediglich im Flächennutzungsplan dargestellte Industrie-/Gewerbegebiete und Gewerbegebiete. (Rn. 117, 120)

Darüber hinaus sei der um die Siedlungsbereiche gelegte Abstand von 400 m fehlerhaft als hartes Tabu gewertet. Schutzabstände, die als harte Tabuzonen um Siedlungsflächen gelegt würden, die ihrerseits zu Unrecht als harte Tabuzonen betrachtet wurden, könnten keine rechtliche Anerkennung finden. (Rn. 118 f.) Dieser Fehler wirke sich weiter auf die sich daran anschließende vorsorglich geschaffene weiche Schutzzone aus. (Rn. 127) Die Einordnung des „ersten“ Schutzabstands von 400 m als harte Tabuzone an sich beanstandet das Gericht jedoch nicht. (Rn. 119)

Im Hinblick auf die Einordnung von Natura 2000-Gebieten weist das Gericht darauf hin, dass jedenfalls EU-Vogelschutzgebiete nicht ohne eine auf den jeweiligen Einzelfall bezogene dokumentierte Prüfung ihrer Schutz- und Erhaltungsziele als harte Tabuzonen eingeordnet werden dürfen. (Rn. 122) Naturschutzgebiete seien hingegen als harte Tabuzone zu werten. (Rn. 123) Zudem spreche Überwiegendes dafür, dass die Einstufung von Wasserschutzzonen I der Wasserschutzgebiete als harte Tabuzone gerechtfertigt sei. (Rn. 124) Sofern in Landschaftsschutzgebieten der Bau von Windenergieanlagen rechtlich nicht möglich sei, müssten diese als harte Tabuzonen eingeordnet werden. (Rn. 128)

Fazit

In diesem Beschluss befasst sich das OVG Lüneburg einmal mehr mit formell- und materiell-rechtlichen Fragestellungen der Konzentrationszonenplanung. Zu den Anforderungen an die Ausfertigung eines RROP hatte das Gericht bereits im Jahr 2017 Stellung bezogen.¹ Wenn ein als Satzung beschlossenes RROP inhaltlich geändert wird, reicht es nicht aus, dass die Ursprungsfassung ausgefertigt worden ist. Vielmehr bedarf es der erneuten Ausfertigung der Satzung in der geänderten Fassung. Dies muss sich deutlich aus dem entsprechenden Beglaubigungsvermerk ergeben.

Die Frage, wie Altflächen im Fall einer Neuplanung für ein Repowering gesichert werden können, beschäftigt die Planungsregionen zunehmend. Im Vordergrund stehen dabei Standorte, die künftig wegen erweiterter Abstandsvorgaben grundsätzlich nicht mehr als Vorrang- und Eignungsgebiet ausgewiesen werden können, aber oft gut etabliert und akzeptiert sind. Um solche Standorte auch im Rahmen einer Neuplanung zu sichern, bieten sich verschiedene Möglichkeiten an: Denkbar sind regionalplanerische Ausnahmen nach § 6 Abs. 1 ROG² oder aber die Darstellung von sogenannten weißen Flächen, in welchen sich die Regionalplanung einer Planaussage enthält.³ Als dritter Weg ist die nicht einheitliche Anwendung von weichen Tabukriterien auf bestehende Standorte denkbar, den das OVG Lüneburg in dieser Entscheidung erneut hervorhebt.⁴ Insbesondere „das Interesse der Anlagenbetreiber an einem Repowering zusammen mit vorhandenen Gewöhnungseffekten bei Anwohnern und benachbarter Fauna sowie eine weiterverwendbare Infrastruktur (mit ihren vorhandenen Flächenversiegelungen) dürfte etwa als sachlicher Grund für eine Anlegung (gegenüber unbelasteten Flächen) unterschiedlicher weicher Tabukriterien in der Abwägung in Betracht kommen.“ (Rn. 114)

Im Hinblick auf die Einordnung harter und weicher Tabuzonen hält das Gericht an seiner bisherigen Rechtsprechung fest.⁵ Insbesondere hält es der Senat nach wie vor für zulässig, wenn ein Träger der Regional- oder Bauleitplanung die um Wohnnutzungen gelegte harte Tabuzone nur anhand des Gebots der Rücksichtnahme als unbenanntem öffentlichen Belang i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB bestimmt.⁶ Auf die Frage der richtigen Wahl der Referenzanlage geht das Gericht dabei allerdings nicht ein.

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE200002433&st=null&showdoccase=1>

¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, [Rn. 26](#).

² Siehe zu den dabei zu beachtenden Anforderungen auch OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, [Rn. 81 f.](#)

³ Vgl. dazu BWE, [Regionalplanung und Repowering: Planerische Gestaltungsmöglichkeiten](#), Berlin/Bremen 2017.

⁴ So bereits OVG Lüneburg, Urt. v. 7.2.2020 – 12 KN 75/18, [Rn. 66](#) (in Rundbrief [2/2020](#) besprochen); Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 95.

⁵ Vgl. etwa OVG Lüneburg, Urt. v. 7.2.2020 – 12 KN 75/18 (in Rundbrief [2/2020](#) besprochen).

⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.4.2019 – 12 KN 226/17, [Rn. 79f.](#) (in Rundbrief [3/2020](#) besprochen).

Genehmigungsverfahren, Abstandsregelung im Landesentwicklungsprogramm,
drittsschützende Wirkung eines Ziels der Raumordnung
VG Koblenz, Urteil vom 3. Juli 2020 – 4 K 907/17.KO

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei der Drittanfechtung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung und, falls über den Drittwiderspruch noch nicht entschieden worden ist, der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht.

**2. Die Abstandsregelungen in Ziel Z 163 h des Landesentwicklungsprogramms IV in der Fassung der Dritten Teilfortschreibung vermitteln Drittschutz in der Weise, dass sich die Bewohner der in diesem Ziel genannten Gebiete auf die Einhaltung der Abstände in Bezug auf ihr Wohnhaus berufen können.
(amtliche Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall wandte sich der Kläger gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen. Die beklagte Behörde hatte der Beigeladenen im Dezember 2016 eine entsprechende Genehmigung erteilt. Gegen die Genehmigung erhob der Kläger im Januar 2017 Widerspruch und im August 2017 Klage. Über den Widerspruch hat die Beklagte bislang nicht entschieden.

Der Kläger machte insbesondere geltend, dass die Genehmigung gegen das Ziel Z 163 h des Landesentwicklungsprogramms IV in der Fassung der dritten Teilfortschreibung (LEP IV) verstoße. Z 163 h gibt vor, dass „ein Mindestabstand dieser Anlagen von mindestens 1000 Metern zu reinen, allgemeinen und besonderen Wohngebieten, zu Dorf-, Misch- und Kerngebieten einzuhalten (ist).“

Das LEP IV trat im Juli 2017 und damit erst nach Erteilung der Genehmigung in Kraft. Bereits mit Schreiben vom 29. September 2016 hatte der Staatssekretär im Ministerium für Umwelt, Energie, Ernährung und Forsten den Kreisverwaltungen mitgeteilt, dass aus Gründen des Vertrauensschutzes das Ziel Z 163 h nicht auf Genehmigungen, die bis zum 30. April 2017 erreichbar wären, angewendet werden sollte.

Inhalt der Entscheidung

Das VG Koblenz gab der Klage statt und erklärte die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für rechtswidrig. Im Mittelpunkt der Entscheidung stand dabei die Auslegung des Ziels Z 163 h LEP IV sowie die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Bewertung der Sach- und Rechtslage.

Eine Landesplanung sei erst dann materiell fehlerhaft, wenn sie auch unter Berücksichtigung des ihr vom Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraums nicht mehr begründbar sei, so das VG Koblenz. Die in Ziel Z 163 h festgehaltene Abstandsregelung würde aber den Anforderungen an Ermittlungstiefe und Begründung gerecht. Dem Plangeber sei es gestattet, zur Abwehr von Immissionen bestimmte Abstände vorzugeben. Insbesondere sei es ihm nicht verwehrt, unter Vorsorgegesichtspunkten einen größeren Abstand, als durch das Immissionsschutzrecht zwingend vorgegeben, festzulegen. (Rn. 30) Auch stelle die Abstandsregelung keine unzulässige Verhinderungsplanung dar. Dagegen spreche bereits, dass trotz der Abstandsregelung nach wie vor 2 % der Landesfläche für die Windenergieplanung zur Verfügung gestellt werden sollten. (Rn. 36)

Die Abstandsregelung sei zudem unmittelbar auf Zulassungsebene zu berücksichtigen. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut, dem keine Begrenzung der Geltung des Ziels allein für die Regional- oder Bauleitplanungsebene zu entnehmen sei. Auch spreche die Entstehungsgeschichte des Ziels Z 163 h für dieses Verständnis. (Rn. 43 f., 61)

Weiter urteilt das VG Koblenz, dass sich der Kläger auch auf das Ziel der Raumordnung berufen könne. Zwar komme Zielen der Raumordnung nicht grundsätzlich eine drittschützende Wirkung zu; diese könne aber im Wege der Auslegung ermittelt werden. Da das Ziel Z 163 h ausweislich seiner Begründung „eine bessere Vorsorge für die in der räumlichen Nähe der Windenergieanlagen lebenden Menschen“ gewährleisten wolle, sei vorliegend eine drittschützende Wirkung gegeben. (Rn. 64 - 78)

Das Ziel Z 163 h sei trotz seines Inkrafttretens nach Erlass der Genehmigung zu beachten, da maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der Sach- und Rechtslage der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung sei. Zwar sei bei der Anfechtung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung durch einen Dritten grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids abzustellen. Im Falle eines noch unbeschiedenen Widerspruchs sei jedoch die mündliche Verhandlung maßgeblich. (Rn. 51) Einen Rückgriff auf den Zeitpunkt des Genehmigungserlasses entsprechend der Rechtsprechung zum Baurecht lehnt das Gericht ab. (Rn. 52) An dieser Bewertung ändere auch der Ministerratsbeschluss vom 29. September 2016, der eine Geltung des Ziels lediglich für nach dem 30. April 2017 ergangene Genehmigungen vorsehe, nichts. Die Übergangsregelung binde lediglich die Verwaltungsbehörden, entfalte aber weder gegenüber dem Gericht noch gegenüber Dritten eine Bindungswirkung, da sie nicht in das LEP IV mit aufgenommen worden sei.

Fazit

Mittlerweile finden sich in vielen Landesentwicklungsplänen feste Abstandsvorgaben, die bei der Errichtung von Windenergieanlagen in der Nähe von Wohngebäuden zu berücksichtigen sind. Die Wirkung solcher Ziele lässt sich allerdings nicht pauschal beurteilen, sondern hängt maßgeblich von deren konkreter Formulierung und Entstehungsgeschichte ab.

Der VGH Kassel hat bereits im Jahr 2015 geurteilt, dass die hessische Abstandsvorgabe von 1000 m zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung insbesondere deshalb nicht zu beanstanden sei, da der Windenergie auch unter Beachtung dieses Abstandes noch substantiell Raum verschafft werden könne.¹ Daran knüpft auch die Argumentation des VG Koblenz an.²

In einem zweiten Urteil befasste sich der VGH Kassel ausführlich mit der Bindungswirkung der landesplanerischen Abstandsregelung auf die nachgeordneten Ebenen.³ Der VGH Kassel verwies darauf, dass ein „Durchschlagen“ des Ziels der Raumordnung auf die Zulassungsebene mit dem Regelungszweck der Privilegierung der Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB einerseits und dem Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB andererseits nicht vereinbar sei. Die Steuerung der Windenergienutzung erfordere neben einer Ausschlusswirkung stets eine positive Standortzuweisung. Käme dem Ziel eine Bindungswirkung auch für die nachgeordneten Ebenen zu, folgte daraus lediglich ein Ausschluss von Anlagen ohne eine gleichzeitige positive Ausweisung.⁴ Dieser Argumentationsstrang könnte genauso auf das Ziel Z 163 h angewendet werden – mit ihm hat sich das VG Koblenz allerdings nicht auseinandergesetzt.

Ob die Ausführungen des VG Koblenz zur drittschützenden Wirkung der Abstandsregelungen von der ober- und bundesgerichtlichen Rechtsprechung übernommen werden, bleibt abzuwarten, bleibt abzuwarten. Zwar wird in der juristischen Literatur vertreten, dass Ziele der Raumordnung nicht per se ausschließlich dem öffentlichen Interesse dienen und daher auch drittschützend sein könnten.⁵ In der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung – unter anderem auch vom OVG Koblenz – wird jedoch im Hinblick auf die drittschützende Wirkung von Zielen der Raumordnung ein eher zurückhaltender Ansatz vertreten.⁶

¹ VGH Kassel, Urt. v. 23.9.2015 – 4 C 358/14.N, [Rn. 37](#) (in Rundbrief [2/2016](#) besprochen).

² Das VG Koblenz bezieht sich dabei auf das VG Neustadt a.d.W., Urt. v. 26.11.2018 – 3 K 11/17.NW.

³ VGH Kassel, Urt. v. 26.8.2019 – 4 A 2426/17 (in Rundbrief [1/2020](#) besprochen).

⁴ VGH Kassel, Urt. v. 26.8.2019 – 4 A 2426/17, [A.II.3.](#) (in Rundbrief [1/2020](#) besprochen).

⁵ Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 138. EL Mai 2020, § 1 Rn. 99

⁶ OVG Koblenz, Urt. v. 15.2.2017 – 8 A 10717/16, [Rn. 45](#); OVG Schwerin, Urt. v. 10.4.2018 – 3 LB 133/08, [Rn. 111](#).

Die Rechtsprechung zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines angefochtenen Verwaltungsakts ist mittlerweile stark ausdifferenziert. Bei Anfechtungsklagen ist im Zweifel der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgeblich. Im Fall von Drittwiderspruchsklagen gegen Baugenehmigungen soll hingegen bei Änderungen zulasten des Antragstellers der Zeitpunkt der Genehmigungserteilung entscheidend sein.⁷ Während Stimmen in der Literatur diese Maßstäbe auch auf das Immissionsschutzrecht übertragen wollen,⁸ spricht sich die Rechtsprechung aufgrund der stärkeren Schutzwirkung des Immissionsschutzrechts tendenziell dagegen aus⁹

Nachvollziehbar ist die Entscheidung des VG Koblenz, der Übergangsregelung in Form eines Rundschreibens die Bindungswirkung vor Gericht und gegenüber Dritten abzusprechen. Bei Erlassen oder Hinweisen handelt es sich grundsätzlich um verwaltungsinterne Instrumente, die lediglich die nachgeordnete Verwaltung, nicht aber die Gerichte binden.

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

<http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&show-doccase=1&doc.id=MWRE200002960&doc.part=L>

⁷ Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 113 Rn. 63.

⁸ Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 113 Rn. 70.

⁹ VGH Mannheim, Urt. v. 14.5.2012 – 10 S 2693/09, [Rn. 62](#).

Normenkontrollantrag, vorhabenbezogener Bebauungsplan, Artenschutzrecht, Prüftiefe im Verfahren der Bauleitplanung

VGH München, Urteil vom 10. August 2020 – 15 N 19/1377

1. Soll mit einem (hier vorhabenbezogenen) Bebauungsplan, der – zugeschnitten auf die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung – ganz konkrete Festsetzungen zu den Standorten und der Höhe der einzelnen Anlagen eines Windparks regelt, die artenschutzrechtliche Prüfung bereits umfassend im Verfahren der Bauleitplanung erfolgen, unterliegt die planende Gemeinde über § 2 Abs. 3 BauGB hinsichtlich der Methodik der Ermittlung, Prüfung und Bewertung der Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG denselben Anforderungen wie die Genehmigungsbehörde.

3. Wie weit sich die Gemeinde bei der Ermittlung und Bewertung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände zurückhalten und Detailfragen auf die Umsetzungsphase verlagern kann, hängt im Einzelfall vom Konkretisierungsgrad des Bebauungsplans ab. Insbesondere bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan (§ 12 BauGB), der regelmäßig einen hohen Detaillierungsgrad aufweist, sind die für den herkömmlichen Fall eines sog. Angebotsbaugebungsplans entwickelten Grundsätze nur mit Einschränkungen übertragbar. (amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsteller ist ein anerkannter Umweltverband. Er wendet sich gegen den im Juli 2018 bekanntgemachten vorhabenbezogenen Bebauungsplan (Windpark S), welcher sich im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin befindet. Der Plan sieht im bisherigen Außenbereich drei Windenergieanlagen mit einer Höhe von ca. 200 m vor und überplant dabei auch Waldflächen.

Anlässlich des Plans waren von 2014 bis 2017 ein artenschutzrechtliches Gutachten und ein Fachbeitrag erstellt worden. Eine ergänzende Erhebung zu windenergieanlagensensiblen Arten und eine Raumnutzungskartierung wurden ebenfalls durchgeführt. Der ursprüngliche Planentwurf wurde mehrfach überarbeitet. Auf Basis dessen sah die Beklagte keine unüberwindbaren artenschutzrechtlichen Hindernisse. Einzelfragen könnten nach dem Grundsatz der planerischen Zurückhaltung dem nachfolgenden Genehmigungsverfahren überlassen bleiben. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan wurde Anfang 2018 vom Gemeinderat der Antragsgegnerin als Satzung beschlossen und Mitte 2018 bekanntgegeben.

Im September 2018 erteilte das Landratsamt der Beigeladenen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung von drei Windenergieanlagen an den im Bebauungsplan vorgesehenen Standorten und ordnete deren sofortige Vollziehung an. Der Antragsteller wandte sich im Klageweg gegen den Bescheid und mit einem Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan.

Inhalt der Entscheidung

Der VGH München erklärte den streitgegenständlichen Bebauungsplan für unwirksam. Insbesondere genüge der Bebauungsplan den Anforderungen des § 2 Abs. 3 BauGB an eine ordnungsgemäße Ermittlung artenschutzrechtlicher Belange nicht. Die Ermittlung und Bewertung i.S.d. § 2 Abs. 3 BauGB hänge von der Einschätzung der planenden Gemeinde ab. Inwieweit sie planerische Zurückhaltung ausübe und Detailfragen auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren verlagere, bestimme sich nach dem Konkretisierungsgrad des jeweiligen Bebauungsplans. Ein vorhabenbezogener Bebauungsplan i.S.d. § 12 BauGB weise regelmäßig eine höhere Detaildichte auf. Vorliegend habe die Antragsgegnerin im Laufe des Planerstellungsverfahrens einen Konfliktransfer auf die Genehmigungsebene aufgegeben und die Prüfung selbst umfassend vorgenommen. Insofern unterliege die planende Gemeinde denselben Anforderungen wie die Genehmigungsbehörde. (Rn. 29 - 33)

Die richterliche Rechtskontrolle sei vorliegend zugunsten der naturschutzbehördlichen Einschätzungsprärogative begrenzt. Da Wissenschaft und Anwendungspraxis bislang keine gesicherten Maßstäbe vorgeben, könne die zuständige Behörde die Erfassungsmethoden prinzipiell selbständig auswählen. Die Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen vom 19. Juli 2016 (Windenergie-Erlass – BayWEE) und die „Arbeitshilfe Vogelschutz und Windenergienutzung“ des Bayerischen

Landesamts für Umwelt aus Februar 2017 (Arbeitshilfe des LfU) seien ministerielle Vorgaben zur Konkretisierung dieses Einschätzungsspielraums. Hiervon dürfe nicht ohne fachlichen Grund und ohne gleichwertigen Ersatz abgewichen werden. Die Antragsgegnerin habe zwar auf diese Vorgaben Bezug genommen, dennoch seien die artenschutzrechtlichen Erhebungen methodisch unzureichend. (Rn. 34 - 48) Das Ermittlungsdefizit stelle einen beachtlichen Mangel dar.

Fazit

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit der Frage, in welcher Tiefe artenschutzrechtliche Aspekte bei der Aufstellung eines Bebauungsplans nach § 12 BauGB zu prüfen sind. Grundsätzlich sind vorhabenbezogene Bebauungspläne ein optional nutzbares Instrument, welches Gemeinden zur Mitgestaltung von Windenergievorhaben offensteht. Aufgrund der bayerischen 10-H-Regelung bedarf es in Bayern regelmäßig der positiven Ausweisung von Flächen durch Bauleitpläne, um Windenergievorhaben möglich zu machen.

Nach Auffassung des Gerichts besteht kein Raum für eine Verlagerung der artenschutzrechtlichen Prüfung auf das Genehmigungsverfahren, wenn sich der Bebauungsplan durch einen zu hohen Detailgrad auszeichnet. Insbesondere Nutzungskonflikte, welche bereits bei der Planung erkennbar sind, sollen nicht auf die Genehmigungsebene verschoben werden.¹ Das erscheint praktikabel, da der Prüfumfang eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans in der Praxis grundsätzlich mit dem des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens identisch ist.² In der Umsetzung bedeutet dies jedoch, dass auch die Gemeinde an die Vorgaben des Windenergie-Erlasses und die Arbeitshilfe des LfU gebunden wird. Deren Adressaten sind jedoch prinzipiell nur die nachgeordneten Behörden. Offen bleibt zugleich, inwiefern nach dem Maßstab des VGH München bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen planerische Zurückhaltung überhaupt möglich ist.

Weiter geht der Gerichtshof auf die Frage eines behördlichen Beurteilungsspielraums ein. Ende 2018 hatte das Bundesverfassungsgericht hierzu grundlegende Erwägungen getroffen, an die wesentliche neue Fragestellungen für die Anwendungspraxis anknüpfen.³ Teil dessen ist der Umgang mit dem Fehlen fachwissenschaftlich allgemein anerkannter Maßstäbe und Methoden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen Behörden und Gerichte prüfen, ob hinsichtlich der konkreten Fachfrage tatsächlich ein „Erkenntnisvakuum“ besteht. Nur sofern dies der Fall ist, beschränkt sich die Prüfkompetenz des Gerichts darauf, zu klären, ob die behördliche Prüfung verfahrensfehler- und willkürfrei erfolgt ist.⁴ Anderenfalls kann es die behördliche Entscheidung vollständig prüfen; ein Beurteilungsspielraum existiert mithin nicht.⁵

Der Verwaltungsgerichtshof bejaht vorliegend eine Erkenntnislücke. Dabei wählt er weiterhin den Begriff der „Einschätzungsprärogative“, was aufgrund der Bundesverfassungsgerichts-Beschlüsse nicht zeitgemäß erscheint.⁶ Der Gerichtshof betont dabei die Selbstbindung der Verwaltung an die landesrechtlichen Leitlinien und Hinweise und betont damit deren Geltung für die Praxis.⁷ Landesweit verbindliche Maßstäbe für die Artenschutzprüfung sind einer Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis auf Landesebene prinzipiell sehr förderlich.⁸ Zu bedenken ist jedoch, dass ihnen eine darüber hinausgehende Rechtsbindung nicht zukommt. So binden untergesetzliche Normen lediglich nachgeordnete Verwaltungsbehörden, nicht hingegen Gerichte.⁹

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

<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2020-N-18750?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1>

¹ Grundlegend hierzu BVerwG, Beschl. v. 23.6.2003 – 4 BN 7.03, [1.2.2.](#); OVG Bautzen, Urte. v. 13.10.2011 – 1 C 9/09, [Rn. 25 f.](#)

² Agatz, Windenergie-Handbuch, 16. Aufl. 2019, [S. 42.](#)

³ BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 (in [Rundbrief 1/2020](#) besprochen); vgl. auch Eichberger, Gerichtliche Kontrollen, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, 1560 (1564).

⁴ Grundlegend dazu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, [Rn. 28](#); BVerwG, Urte. v. 9.7.2008 – 9 A 14.07.

⁵ OVG Koblenz, Urte. v. 31.10.2019 – 1 A 11643/17, [Rn. 39 f.](#) (in [Rundbrief 1/2020](#) besprochen).

⁶ Vgl. auch OVG Koblenz, Urte. v. 31.10.2019 – 1 A 11643/17, [Rn. 35 f.](#) (in [Rundbrief 1/2020](#) besprochen).

⁷ VGH München, Beschl. v. 4.3.2019 – 22 CS 18.2310, [Rn. 17.](#)

⁸ So ebenfalls OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2019 – 12 ME 57/19, [Rn. 28 ff.](#) (in [Rundbrief 3/2019](#) besprochen); grundsätzlich zu Windenergieerlassen Agatz, Windenergie-Handbuch, 16. Aufl. 2019, [S. 194.](#)

⁹ Stiftung Umweltenergierecht, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder, 2016, [S. 4 ff.](#)

Genehmigungsverfahren, Vorranggebiete für Rohstoffnutzung, Alternativenprüfung
im Ausnahmeverfahren, nachträgliche Artansiedlung
OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. Mai 2020 – 12 LA 150/19

1. Zum Prüfungsmaßstab im Zulassungsverfahren, wenn das Verwaltungsgericht die fehlende Vollziehbarkeit (§ 7 Abs. 5 Satz 1 UmwRG) einer (immissionsschutzrechtlichen) Genehmigung aus mehreren verschiedenen und auf unterschiedliche Teilregelungen bezogenen Rechtsgründen festgestellt hat und sich dagegen der Antrag auf Zulassung der Berufung richtet.

3. (Teil-)Errichtung und Betrieb eines Windparks sind in einem Vorranggebiet für Rohstoffgewinnung grundsätzlich unzulässig.

**5. Zu der Frage, ob § 44 BNatSchG im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren auch den Schutz sich ggf. erst zukünftig im Einwirkungsbereich des genehmigten Vorhabens ansiedelnder Arten gebietet.
(amtliche Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Die Kläger (anerkannte Umweltverbände) hatten sich in erster Instanz gegen zwei vom Beklagten zu Gunsten der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Teilgenehmigungen zum Betrieb eines Windparks mit insgesamt neun Windenergieanlagen gewendet. Vier Anlagen befinden sich in dem durch das Landesraumordnungsprogramm 2017 (LROP 2017) (weiterhin) ausgewiesenen Vorranggebiet für Rohstoffnutzung (Torfabbau). Im noch geltenden Regionalen Raumordnungsprogramm 2003 (RROP 2003) ist das gesamte Vorhabengebiet als Vorranggebiet für die Rohstoffgewinnung (Torf) dargestellt. Der in Aufstellung befindliche Entwurf zur Aktualisierung dieses RROP sieht in Bezug auf die Vorranggebiete für Rohstoffgewinnung (Torf) jedoch (nur noch) die Übernahme der engeren Darstellungen des LROP 2017 vor.

Das VG Oldenburg erklärte die beiden immissionsschutzrechtlichen Teilgenehmigungen für nicht vollziehbar. Es berief sich dabei auf von den Klägern nach dem UmwRG erfolgreich rügbaren, aber in einem ergänzenden Verfahren behebbaren, materiellen Fehler. Gegen dieses Urteil beantragten der Beklagte und die Beigeladene die Zulassung der Berufung vor dem OVG Lüneburg.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg lehnte die Anträge auf Zulassung der Berufung ab. Dabei geht das Gericht zunächst auf den Prüfungsmaßstab im Zulassungsverfahren für den Fall ein, dass das erstinstanzliche Gericht die fehlende Vollziehbarkeit einer Genehmigung gemäß § 7 Abs. 5 Satz 1 UmwRG aus mehreren verschiedenen Rechtsgründen festgestellt hat. Dem OVG Lüneburg zufolge spricht vieles dafür, dass die obergerichtliche Überprüfung nicht auf den Streitgegenstand insgesamt, sondern nur auf die den Berufungsführer belastenden und zu gesonderter Rechtskraft fähigen Rechtsgründe, die dieser überdies selbst zum Gegenstand der Berufung gemacht hat, zu erstrecken ist. (Rn. 17) Letztendlich könne die Frage aber unbeantwortet bleiben, da keiner der geltend gemachten Zulassungsgründe durchgreife. (Rn. 18)

Den im Zulassungsverfahren vorgebrachten Zweifeln an dem Widerspruch zwischen der (zukünftigen) Vorranggebietsfestsetzung für die Rohstoffgewinnung und der dortigen Errichtung der vier Anlagen folgt das OVG Lüneburg nicht. Im Hinblick auf die häufig sehr großräumigen Festlegungen von Vorranggebieten könne eine Vereinbarkeit mit anderen raumbedeutsamen Zielen noch gegeben sein, wenn nicht „spürbare“ Teilbereiche des Vorranggebiets, sondern lediglich dessen räumliche Ränder betroffen seien. Vorliegend befänden sich die geplanten Standorte aber nicht an Randflächen; zudem zögen die Trassen zu den Anlagen eine umfangreiche Bodenversiegelung nach sich. Darüber hinaus stünden insbesondere die notwendigen Zuwegungen einer in § 12 NAG-BNatSchG und im LROP 2017 geforderten vollständigen Ausbeutung der Rohstoffvorkommen und einem lückenlosen Bodenabbau entgegen. (Rn. 34)

Auch an den Ausführungen des VG Oldenburgs zum Umfang der Alternativenprüfung nach § 45 Abs. 7 Nr. 5 Satz 2 BNatSchG bestünden keine ernsthaften Zweifel. Im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung urteilt das OVG Lüneburg, dass für eine Alternativenprüfung nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG das gesamte Gebiet des Trägers der Regionalplanung untersucht werden müsse. (Rn. 52)

Dies sei dem Beklagten auch wirtschaftlich und tatsächlich zumutbar, zumal er für die Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung im RROP verantwortlich sei. Auf andere Landkreise sei die Alternativenprüfung nicht auszuweiten. (Rn. 53 f.)

Lediglich klarstellend befasst sich das OVG Lüneburg mit der Rechtsgrundlage zukunftsgerichteter Artenschutzkonzepte. Diese könnten ihre Rechtsgrundlage allenfalls in § 44 BNatSchG finden. Das anerkannte Prüfprogramm gemäß § 44 BNatSchG beruhe jedoch auf einer Feststellung der gegenwärtig vorhandenen besonders geschützten Arten. Bereits diese Feststellung erweise sich wegen der fehlenden normativen und wissenschaftlich anerkannten Vorgaben als überdurchschnittlich schwierig. Diese Schwierigkeiten würden noch vergrößert, wenn § 44 BNatSchG dahin verstanden würde, er solle auch erst in ferner Zukunft gerichtete mögliche artenschutzrechtliche Konflikte verhindern. Dafür sei im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren kein Bedürfnis, da es grundsätzlich Raum für nachträgliche Anordnungen lasse. (Rn. 74)

Fazit

Der Beschluss des OVG Lüneburgs enthält zunächst Aussagen zur der Frage, inwieweit Windenergieanlagen in Vorranggebieten für die Rohstoffnutzung zulässig sein können. Die (Teil-)Errichtung und den Betrieb eines Windparks in einem Vorranggebiet für Rohstoffgewinnung wertet das OVG Lüneburg als grundsätzlich unzulässig. Denkbar ist eine Vereinbarkeit lediglich dann, wenn die Rohstoffgewinnung – etwa durch die Anlagenerrichtung an den Rändern des Gebiets – nicht zurückgedrängt wird. Diese Rechtsprechung erscheint jedoch dahingehend fraglich, da sich in der Praxis Rohstoffgewinnung und (temporäre) Windenergienutzung häufig nicht ausschließen und sich sogar ergänzen können.

Im Hinblick auf die Alternativenprüfung im Rahmen der Ausnahmeprüfung nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG bestätigt das Gericht seine ständige Rechtsprechung, der zufolge stets das gesamte Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung in den Blick zu nehmen ist.¹ In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass die Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, welche durch den 94. UMK-Beschluss bestätigt wurden, vorsehen, dass im Fall von regionalplanerisch ausgewiesenen Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung keine Standortalternativen außerhalb dieser Vorranggebiete in Betracht gezogen werden müssen.² Ob die Rechtsprechung des OVG Lüneburg auf andere Bundesländer übertragen werden kann, ist allerdings fraglich. Vielmehr dürfte bei der Bestimmung des räumlichen Umfangs der Alternativenprüfung maßgeblich sein, ob die Steuerung der Windenergienutzung auf Ebene der Regionalplanung abschließend erfolgt. In Flächenstaaten, in denen – anders als im vorliegenden Fall – die Steuerung des Windenergieausbaus auf Regionalplanungsebene nicht abschließend erfolgt, orientiert sich die Alternativenprüfung in der Praxis häufig an dem Gebiet, das dem Planungsträger, in dessen Planungsraum über Konzentration und Ausschlusswirkung entschieden wird, zur Verfügung steht. Hier dürfte also das gesamte Gebiet des jeweiligen Flächennutzungsplans ausschlaggebend sein.³ Eine Ausdehnung der Alternativenprüfung auf das gesamte Gebiet eines Flächenlandes wird in den Hinweisen zu § 45 Abs. 7 BNatSchG abgelehnt.⁴

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWRE200001934&psml=bsndprod.psml&max=true>

¹ OVG Lüneburg, UrT. v. 26.2.2020 – 12 LB 157/18, [Rn. 66](#); OVG Lüneburg, UrT. v. 25.10.2018 – 12 LB 118/16, [Leitsatz 10](#) sowie [Rn. 233](#).

² 94. Umweltministerkonferenz, Ergebnisprotokoll v. 15.5.2020, [TOP 4/6](#); Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, [S. 13 ff.](#)

³ Vgl. Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, [S. 15 ff.](#)

⁴ Vgl. Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, [S. 16](#).

1. Stehen zwei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen in einer echten Konkurrenzsituation, befinden sich beide (potentiell) sowohl in der Rolle des Störers als auch des Gestörten und stimmt die Art der Störung überein, ist es regelmäßig sachgerecht und damit rechtlich geboten, die Frage des Vorrangs nach dem Prioritätsprinzip zu beantworten.

**2. Das Prioritätsprinzip gilt auch im Verhältnis von immissionsschutzrechtlichem Vorbescheid und Genehmigung.
(amtliche Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Die Kläger beantragten 2010 (zunächst) einen Vorbescheid für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage hinsichtlich planungs- und luftverkehrsrechtlicher Aspekte. Diesen Antrag erweiter-ten sie im weiteren Verlauf des Verwaltungsverfahrens ausdrücklich hinsichtlich der immissionsschutz-rechtlichen Zulässigkeit und der Turbulenzintensität. Im Juli 2013 erteilte die Beklagte den Klägern einen Vorbescheid, welcher insbesondere auch die Turbulenzintensität für zulässig erklärte. Nachfolgend stellten die Kläger einen Vollgenehmigungsantrag. Die Beigeladene beantragte ebenfalls die Genehmigung zum Bau und Betrieb einer Windenergieanlage in unmittelbarer Nähe zu derjenigen der Kläger.

Im Januar 2014 erteilte die beklagte Genehmigungsbehörde sowohl der Beigeladenen als auch den Klägern die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb der Windenergieanlagen. Zugleich nahm die beklagte Genehmigungsbehörde den Vorbescheid der Kläger aus Juli 2013 insoweit zurück, wie er die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit im Hinblick auf die Turbulenzintensität feststellt. Sie begründete diese (teilweise) Rücknahme insbesondere damit, dass der Vorrang bezüglich der Turbulenzen der Anlage der Beigeladenen zustehe, die von Anfang an ein Genehmigungsverfahren betrieben habe. Der klägerische Bescheid enthielt u.a. die Aufforderung zur weiteren Gutachtenerstellung bzgl. Turbulenzintensität und den Vorbehalt von Betriebsbeschränkungen bei Gefährdung der Standsicherheit. Auch enthielt er die Nebenbestimmung, dass die Genehmigung erlischt, sofern der Betrieb nicht spätestens drei Jahre nach Bestandskraft aufgenommen werde. Die Kläger klagten sowohl gegen den Rücknahmebescheid als auch die Nebenbestimmungen und legten gegen die Genehmigung der Beigeladenen Widerspruch ein.

Die genehmigte Windenergieanlage der Beigeladenen wurde zeitnah errichtet; nicht so diejenige der Kläger. 2017 stellte die Beklagte deswegen das Erlöschen der klägerischen Genehmigung fest. Die Kläger wandten sich erfolgreich vor dem Verwaltungsgericht gegen die Teilrücknahme des Vorbescheids. Die hiergegen eingelegte Berufung der Beigeladenen wies das OVG Münster zurück.

Inhalt der Entscheidung

Die Revision der Beigeladenen vor dem Bundesverwaltungsgericht blieb ebenfalls erfolglos.

Zunächst sah das Gericht das Rechtsschutzbedürfnis der Beigeladenen als gegeben an. Die Genehmigung sei insbesondere nicht nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erloschen. Aufgrund der Anfechtung durch die Kläger habe sie nicht bestandskräftig werden können. (Rn. 11 f.)

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts war die Teilrücknahme des Vorbescheids i.S.d. § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG NRW rechtswidrig. Der Vorbescheid sei insbesondere bzgl. der Turbulenzintensität rechtmäßig ergangen, sodass der klägerischen Windenergieanlage eine Vorrangstellung zukomme. (Rn. 13 ff.) Im Immissionsschutzrecht gelte hinsichtlich der echten Konkurrenz von Anlagengenehmigungen das Prioritätsprinzip. Dieses finde grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen immissionsschutzrechtlichem Vorbescheid und Genehmigung Anwendung. Einem Vorbescheid, welcher eine endgültige Entscheidung über eine Genehmigungsvoraussetzung oder den Anlagenstandort treffe, komme grundsätzlich die gleiche Bindungswirkung wie einer (Voll-)Genehmigung zu. Der jeweilige Entscheidungsinhalt lasse sich in Zweifelsfällen durch Auslegung bestimmen. Der streitgegenständliche Vorbescheid habe zum Ausdruck gebracht, dass dem Vorhaben bezüglich der Turbulenzintensität keine Genehmigungshindernisse entgegenstünden. Auch das Fehlen der Baufreigabe könne der Bindungswirkung des Vorbescheids nicht entgegengehalten werden. (Rn. 22 ff.)

Maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung der Vorrangstellung eines Vorbescheids sei die Prüffähigkeit des gesamten Genehmigungsantrags. Die Vollständigkeit auf einzelne Genehmigungsaspekte zu beschränken sei nicht sachgerecht und könne darüber hinaus weitere Fragen in der praktischen Umsetzung aufwerfen. (Rn. 25 ff.)

Fazit

In dem vorliegenden Urteil bestätigt das Bundesverwaltungsgericht seine bisherige Rechtsprechung zur Rangfolge konkurrierender Windenergieanlagen und gibt zugleich wichtige Hinweise zum Rangverhältnis von Vorbescheid und Vollgenehmigung.

Eine „echte“ Konkurrenzsituation zwischen Vorhaben tritt auf, wenn sich Anlagen gegenseitig ausschließen oder beschränken; so beispielsweise, wenn zwei Anlagen zusammen die zulässigen Immissionswertwerte überschreiten oder sich gegenseitig in ihrer Standsicherheit gefährden.¹ Zur Auflösung solcher Konkurrenzsituationen findet in der verwaltungsgerichtlichen Praxis das sog. Prioritätsprinzip Anwendung. Entscheidend ist danach, welcher Antrag zuerst prüf- bzw. genehmigungsfähig ist.² Das Bundesverwaltungsgericht stärkt nunmehr die Position des Vorbescheids in der Rangfolge, indem es das Prioritätsprinzip auf dessen Verhältnis zum Genehmigungsbescheid überträgt. Maßgeblich sei auch im Verhältnis zwischen Vorbescheid und Vollgenehmigung, welcher Vorhabenträger zuerst prüffähige Antragsunterlagen vorgelegt habe.

Die Reichweite der feststellenden Bindungswirkung des Vorbescheides ist über die Frage der Konkurrenzsituation hinaus auch in anderem Kontext relevant. Der Vorbescheid dient der rechtsverbindlichen Entscheidung über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen, sodass der Antragsteller vorab klären kann, ob eine solche gegeben ist.³ Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Vereinbarkeit mit dem Flächennutzungsplan oder einem Anlagenschutzbereich nach § 18a LuftVG fraglich ist. Um eine Konkurrenzsituation geht es in diesem Fall nicht. Wird – wie etwa vom OVG Münster⁴ – die Genehmigungsfähigkeit hinsichtlich aller Genehmigungsvoraussetzungen gefordert, kann ein Vorbescheid über einzelne Genehmigungsaspekte nur noch mit ähnlich großem Aufwand wie eine Vollgenehmigung erlangt werden. Ob dies für den Vorhabenträger noch zweckmäßig ist, bleibt fraglich.

Mit dem vorliegenden Urteil bleibt weiterhin offen, über welchen Spielraum Behörden bei der Festlegung der Prüfanforderungen eines Vorbescheids verfügen. Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verfolgt hier bislang unterschiedliche Ansätze. So wird teils ein umfassender Standortvorbescheid verlangt, während teils deutlich geringere Anforderungen gestellt werden.⁵ Es erscheint daher weiterhin unklar, ob einem Vorbescheid mit geringer Prüftiefe eine ähnliche Rangfolge zu einer Vollgenehmigung zukommen kann.⁶ Ebenfalls bleibt offen, inwiefern das Bundesverwaltungsgericht die hohen Anforderungen des OVG Münster an einen Vorbescheid⁷ als stets erforderlich erachtet.⁸ Zumindest kritisiert das Gericht eine umfassende Prüfung revisionsgerichtlich nicht.

Ebenfalls von Interesse sind die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Erlöschen einer Genehmigung nach § 18 Abs. 1 BImSchG. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Auslegung des OVG Münster bestätigt, wonach der Gesetzestext „ab Bestandskraft des Bescheides“ so zu verstehen sei, dass der Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit des Bescheides für den Fristbeginn maßgebend sei. Dies gelte auch dann, wenn der Genehmigungsinhaber selbst Auflagen isoliert anfechte. Zu § 18 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG äußert das Bundesverwaltungsgericht sich hingegen nicht.

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

<https://www.bverwg.de/250620U4C3.19.0>

¹ So u.a. OVG Koblenz, Beschl. v. 18.6.2018 – 8 B 10260/18, [Rn. 18 ff.](#)

² VGH München, Beschl. v. 13.5.2014 – 22 CS 14.851, [Rn. 13](#); OVG Münster, Urt. v. 18.9.2018 – 8 A 1886/16, [55 ff.](#); OVG Lüneburg, Urt. v. 16.2.2017 – 12 LC 54/15, [Rn. 100](#).

³ So etwa OVG Koblenz, Beschl. v. 21.3.2014 – 8 B 10139/14, [Rn. 24](#).

⁴ [OVG Münster](#), Urt. v. 18.9.2018 – 8 A 1886/16 (in Rundbrief [3/2018](#) besprochen).

⁵ Siehe zur unterschiedlichen Handhabung Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, 92. EL 2020, BImSchG § 9, Rn. 39 ff.; Agatz Windenergie-Handbuch, 16. Aufl. 2019, [S. 21 f.](#)

⁶ Siehe bspw. zur Notwendigkeit eines umfassenden Standortvorbescheids OVG Koblenz, Beschl. v. 18.6.2018 – 8 B 10260/18.OVG, [Rn. 18 ff.](#); OVG Weimar, Beschl. v. 17.7.2012 – 1 EO 35/12, ZNER 2012, 443 ([444](#)); VG Lüneburg, Beschl. v. 7.12.2017 – 12 ME 163/17, [Rn. 43 ff.](#)

⁷ [OVG Münster](#), Urt. v. 18.9.2018 – 8 A 1886/16 (in Rundbrief [3/2018](#) besprochen).

⁸ Zum Streitstand Agatz, Windenergie-Handbuch, 16. Aufl. 2019, [S. 21 f.](#); Raschke, Die Sicherung von (konkurrierenden) Rechtspositionen von Windenergieprojekten durch den immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid nach § 9 BImSchG, ZNER 2019, 7 (8).

Genehmigungsverfahren, Konzentrationswirkung, Waldumwandlung VGH Mannheim, Beschluss vom 6. August 2020 – 10 S 2941/19

**Zur Korrektur einer Verletzung von § 13 BImSchG (im Anschluss an die Beschlüsse des Senats vom 19.12.2019 – 10 S 566/19 und 10 S 823/19).
(amtlicher Leitsatz)**

Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten um die sofortige Vollziehbarkeit einer der Beigeladenen erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windenergieanlagen. Der Antragsteller ist ein anerkannter Umweltverband. Mit Widerspruch wandte er sich gegen die im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Über den Widerspruch ist noch nicht entschieden. Im Genehmigungsbescheid wird darauf hingewiesen, dass aufgrund der Inanspruchnahme von Waldflächen ein eigenständiger Antrag auf Waldumwandlung nach §§ 9 ff. LWaldG an die höhere Forstbehörde zu stellen sei, da diese nicht von der Konzentrationswirkung der Genehmigung erfasst sei.

Den Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs wiederherzustellen, lehnte das VG Stuttgart mit Beschluss von Oktober 2019 ab.¹ Dagegen legte der Antragsteller im Oktober 2019 Beschwerde vor dem VGH Mannheim ein. Im Januar 2020 ergänzte er die Beschwerdebegründung unter Bezugnahme auf die Beschlüsse des VGH Mannheim vom Dezember 2019 – 10 S 566/19 und 10 S 823/19² – und rügte, die Konzentrationswirkung gemäß § 13 BImSchG sei missachtet worden.

Im März 2020 erließ das Landratsamt eine Teil-Abhilfeentscheidung und ergänzte die immissionsschutzrechtliche Genehmigung um die Waldumwandlungsgenehmigung mit Nebenbestimmungen.

Inhalt der Entscheidung

Der VGH Mannheim wies die Beschwerde gegen den Beschluss des VG Stuttgart zurück.

Das Vorbringen des Antragstellers, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung sei infolge einer Missachtung des Konzentrationsgrundsatzes (§ 13 BImSchG) in Bezug auf die Waldumwandlungsgenehmigung rechtswidrig, sei unbeachtlich, da es sich dabei nicht um eine zulässige Vertiefung oder Ergänzung fristgerecht geltend gemachter Beschwerdegründe handele. Vielmehr sei dies vorliegend ein vollständig neues Vorbringen nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist. (Rn. 10)

Bei der verspätet geltend gemachten Verletzung des Konzentrationsgrundsatzes handele es sich nicht um eine berücksichtigungsfähige nachträgliche Änderung der Rechts- oder Tatsachengrundlage. Auch habe der Senat nicht seine zuvor gefestigte Rechtsprechung geändert, denn mit seinen Beschlüssen aus Dezember 2019 (Az. 10 S 566/19 und 10 S 823/19) habe sich das Gericht erstmals mit der Frage der Reichweite der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG in Bezug auf Waldumwandlungsgenehmigungen befasst.³ (Rn. 11)

Der VGH Mannheim stellt weiter fest, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung mit Blick auf ihren Entscheidungstenor und gebotene Nebenbestimmungen zunächst zwar unvollständig gewesen sei. Jedoch habe das Landratsamt solche von ihm erkannte Defizite nachträglich durch seine Teil-Abhilfeentscheidung vom 4. März 2020 rechtmäßig behoben und zum Zeitpunkt der VGH-Entscheidung sei die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zweifellos vollständig. (Rn. 12)

Im Weiteren ging der VGH auf das UVP- und artenschutzrechtliche Vorbringen des Antragstellers ein, bestätigte dabei jedoch lediglich die Rechtsprechung der ersten Instanz.

¹ VG Stuttgart, Beschl. v. 23.10.2019 – 13 K 1922/19.

² VGH Mannheim, Beschl. v. 17.12.2019 – 10 S 823/19 (in [Rundbrief 1/2020](#) besprochen).

³ VGH Mannheim, Beschl. v. 17.12.2019 – 10 S 823/19 (in [Rundbrief 1/2020](#) besprochen).

Fazit

Mit diesem Beschluss ergänzt der VGH Mannheim seine Rechtsprechung aus Dezember 2019 zur auch eine Waldumwandlungsgenehmigung umfassenden Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG. Das Gericht hatte diese bejaht mit der Folge, dass auch in Baden-Württemberg, wo die Verwaltungspraxis bis dahin von zwei separat zu erteilenden Genehmigungen ausgegangen war, die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen nunmehr die waldrechtlichen Umwandlungsgenehmigungen einschließen müssen. Demnach ist in den Fällen, in denen eine Windenergieanlage auf einem bewaldeten Standort errichtet werden soll, die insoweit erforderliche Waldumwandlungsgenehmigung (§ 9 Abs. 1 Satz 1 LWaldG) von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG umfasst. Der Verwaltungsgerichtshof stellt mit der vorliegenden Entscheidung nun klar, dass die Waldumwandlungsgenehmigung auch durch nachträgliche Einbeziehung ins immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren als rechtmäßig ein-konzentrierter Teil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu sehen ist.

Der Volltext der Entscheidungen 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=1e0b61930740109617a1198d8c0f04d9&nr=31992&pos=0&anz=1

Genehmigungsverfahren, militärische Radaranlage, Störung der Funktionsfähigkeit OVG Koblenz, Urteil vom 16. Juni 2020 – 8 A 11327/19

1. Die Bundesrepublik Deutschland handelt als zur klageweisen Geltendmachung einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit militärischer Radaranlagen befugte Trägerin der Bundeswehr nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie im Rahmen einer erneuten Beteiligung der Träger öffentlicher Belange im Genehmigungsverfahren von ihrem ursprünglichen Votum „keine Bedenken“ abrückt.

2. Zu den Voraussetzungen für die Annahme einer „Störung der Funktionsfähigkeit“ einer radargestützten elektronischen Luftkampfübungsanlage i.S.v. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB durch Windenergieanlagen.

**3. Zur „nachvollziehenden Abwägung“ bei der Prüfung des „Entgegenstehens“ des öffentlichen Belangs aus § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB bei Vorliegen einer Störung der Funktionsfähigkeit des Radars einer in Europa einzigartigen elektronischen Luftkampfübungsanlage durch den Betrieb von Windenergieanlagen.
(amtliche Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin ist Trägerin der Bundeswehr. Sie wendet sich gegen die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen, welche der Beklagte der Beigeladenen erteilte. Die geplanten Anlagen befinden sich in ca. 7 bis 12 km Entfernung zu den Radaranlagen der elektronischen Luftkampfübungsanlage „Polygone“. Die Übungsanlage wird gemeinsam von den Luftstreitkräften Deutschlands, Frankreichs und den USA betrieben.

2014 hatte die Beigeladene erstmals einen Genehmigungsantrag für vier Windenergieanlagen gestellt. In diesem Rahmen äußerte die Klägerin keine Bedenken gegen die Errichtung und den Betrieb der Anlagen. Im weiteren Verfahren änderte die Beigeladene ihren Antrag, sodass dieser sich u.a. nur noch auf drei Anlagen bezog. Hinsichtlich dieses Antrags lehnte die Klägerin nunmehr die Erteilung ihrer Zustimmung ab, da die geplanten Windenergieanlagenstandorte im Radarerfassungsbereich ihrer Luftkampfübungsanlage lägen. Die weiteren Träger öffentlicher Belange gaben positive Stellungnahmen ab. Insbesondere der Landesbetrieb Mobilität Rheinland-Pfalz – Fachgruppe Luftverkehr – erteilte seine Zustimmung, da dem Projekt keine zivilen Hindernis- und militärischen Flugsicherungsgründe entgegenstünden. Im Dezember 2016 erteilte der Beklagte der Beigeladenen die streitgegenständliche Genehmigung. Die Klägerin habe ihre Bedenken nicht hinreichend dargelegt. Sie müsse sich an ihrer vormals erteilten Zustimmung messen lassen.

Die Klägerin legte gegen diese Genehmigung im März 2017 erfolglos Widerspruch und im Anschluss daran Klage ein. Das VG Neustadt gab der Klage statt und hob die streitgegenständliche Genehmigung auf. Hiergegen wendet sich nunmehr die Beigeladene im Wege der Berufung.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Koblenz lehnte die Berufung als unbegründet ab.

Die ursprüngliche Klage sei zulässig gewesen. Die Klägerin verfüge über das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Insbesondere sei es nicht als rechtsmissbräuchlich zu bewerten, dass die Klägerin im ursprünglichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren keine Bedenken äußerte. Der Beklagte habe auf den geänderten Genehmigungsantrag der Beigeladenen hin das Genehmigungsverfahren fortgeführt und hierbei die Träger öffentlicher Belange, einschließlich der Klägerin, erneut beteiligt. Auf etwaige Beschränkung der Einwendungsmöglichkeiten sei nicht hingewiesen worden. Es sei keine Rechtsgrundlage ersichtlich, nach der die Beigeladene hätte schutzwürdig darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin im Rahmen einer erneuten umfassenden Behördenbeteiligung an ihrem ursprünglichen Votum „keine Bedenken“ festhält. (Rn. 77 - 82)

Das Oberverwaltungsgericht sieht die Klage ebenso als begründet an. Das Verwaltungsgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass mit Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen eine rechtserhebliche Störung der Radar-Funktionsfähigkeit der Luftkampfübungsanlage i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB verbunden sei. Dies werde in zwei Schritten geprüft. Zunächst sei zu prüfen, ob eine Windenergieanlage die Funktion der Radaranlage nachteilig beeinflusst. Diese naturwissenschaftlich-technische

Frage unterliege grundsätzlich der vollen gerichtlichen Kontrolle. In einem zweiten Schritt werde untersucht, inwiefern sich die Beeinflussung auf die Funktionen der Radaranlage auswirkt, indem sie den Zweck der Radaranlage in nicht hinzunehmender Weise einschränke. Diese Fragestellung falle bei militärischen Radaranlagen in den verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum und sei insofern vom Gericht nur beschränkt überprüfbar. (Rn. 83 - 109)

Die Störungsfreiheit der Radaranlage (§ 35 Abs. 3 Nr. 8 BauGB) stehe dem nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB prinzipiell privilegierten Windenergievorhaben entgegen. Auch im Rahmen der hierbei erforderlichen nachvollziehenden Abwägung könne sich das Vorhaben der Beigeladenen nicht durchsetzen. Für die Störungsfreiheit der Polygone-Anlagen spreche besonders der gewichtige öffentliche Belang zur Erfüllung des Verteidigungsauftrags der Bundeswehr (§ 1 Abs. 6 Nr. 10 BauGB). (Rn. 110 - 120)

Fazit

Bereits im Februar 2018 hatte sich das OVG Koblenz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes mit der Vereinbarkeit von Windenergieanlagen und der militärischen Radareinrichtung „Polygone“ befasst.¹ Im damaligen Beschluss ließ das Oberverwaltungsgericht die Sachentscheidung offen. Insbesondere die Frage, ob vorliegend eine relevante Störung der Funktionsfähigkeit der Polygone-Radaranlagen gegeben sei, müsse im Hauptsacheverfahren geklärt werden. Das OVG Koblenz bestätigt mit dem vorliegenden Urteil erneut den verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum der Bundeswehr. Seine Prüfung beschränkt es insofern auf eine Plausibilitätsprüfung, ob die klägerische Entscheidung willkürfrei und auf sachgerechten Erwägungen beruhend getroffen wurde.

Die gerichtliche Prüfung unterscheidet sich damit von derjenigen zu Wetterradares. Auch diese fallen unter den Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Nr. 8 BauGB, sodass es dort ebenfalls um die Frage einer relevanten Störung der Funktionsfähigkeit einer Radaranlage geht.² Bei Wetterradares verneint die Rechtsprechung jedoch einen Beurteilungsspielraum der Fachbehörde.³ Das OVG Koblenz begründet den unterschiedlichen Prüfungsumfang mit der grundlegend unterschiedlichen Funktionsweise und der völlig anders gearteten Aufgabenstellung von Wetterradares im Vergleich zu militärischen Vorhaben. Das erscheint vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung konsequent. Danach wird ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum im Kontext militärischer Vorhaben grundsätzlich bejaht⁴; so insbesondere im Hinblick auf militärische Tiefflugstrecken⁵ oder auch Schutzbereiche um militärische Verteidigungsanlagen⁶.

Über die Störung der Funktionsfähigkeit hinaus befasste sich das Oberverwaltungsgericht mit der Abwägung der Belange des Klägers mit denen des Vorhabenträgers. Hierbei waren nach Ansicht des Gerichts die zeitliche Priorität, Schadensminderungsmöglichkeiten und die Funktion des jeweiligen Vorhabens wichtige Aspekte, welche in die Abwägung⁷ eingestellt wurden.

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

<http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&doc.id=MWRE200002698&doc.part=L>

¹ OVG Koblenz, Beschl. v. 27.2.2018 – 8 B 11970/17.

² Siehe zu den grundlegenden Prüfanforderungen BVerwG, Urt. v. 22.9.2016 – 4 C 2.16, [Rn. 17 ff.](#)

³ BVerwG, Urt. v. 22.9.2016 – 4 C 2.16, [Rn. 20 ff.](#); OVG Mannheim, Beschl. v. 24.4.2017 – 8 S 2085/16, [Rn. 13](#); OVG Münster, Urt. v. 1.3.2018 – 8 A 2478/15, [Rn. 132](#).

⁴ BVerwG, Urt. v. 14.12.1994 – 11 C 18.93, [Rn. 19 ff.](#); OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.3.2009 – 2 B 10/08, [Rn. 78 f.](#)

⁵ VGH München, Beschl. v. 16.12.2009 – 22 ZB 09.380, [Rn. 7](#); BVerwG, Beschl. v. 5.9.2006 – 4 B 58.06, [Rn. 8](#); OVG Lüneburg, Urt. v. 13.11.2019 – 12 LB 123/19, [Rn. 56 ff.](#) (in Rundbrief [2/2020](#) besprochen).

⁶ VG Oldenburg, Urt. v. 4.9.2012 – 1 A 2297/11, [Rn. 32 ff.](#)

⁷ Siehe grundlegend zur nachvollziehenden Abwägung BVerwG, Urt. v. 19.7.2001 – 4 C 4.00, [Rn. 19](#).

1. Ein Netzengpass liegt vor, wenn ein Netzbereich überlastet ist oder die Überlastung eines Netzbereichs droht und das Stromnetz daher nicht mehr sicher betrieben werden kann.

2. Wird die Einspeisung aus einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien wegen eines Netzengpasses reduziert oder unterbrochen, steht dem Betreiber auch dann ein Entschädigungsanspruch zu, wenn der Netzengpass nicht durch eine zu hohe Einspeiseleistung, sondern dadurch verursacht worden ist, dass die Kapazität des betroffenen Netzbereichs vorübergehend eingeschränkt ist, weil ein zugehöriges Betriebsmittel infolge einer Störung oder der Durchführung von Reparatur-, Instandhaltungs- oder Netzausbaumaßnahmen nicht zur Verfügung steht (Fortführung von BGH, Urteil vom 11. Mai 2016 – VIII ZR 123/15, ZNER 2016, 232 ff.).

(amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin betreibt sechs Windenergieanlagen (ausgerüstet mit Mitnahmeschaltung), die Strom in ein Verteilernetz der Beklagten einspeisen. In den Jahren 2014 bis 2016 trennte die Beklagte die Anlagen der Klägerin mehrmals für einige Stunden vom Netz. Dies erfolgte aufgrund notwendiger Reparatur-, Wartungs- oder Netzbauarbeiten, wozu einzelne Leitungen spannungsfrei geschaltet werden mussten. Die Klägerin verlangte für die Trennungszeiten Ersatz der ihr entgangenen Einnahmen gem. § 12 Abs. 1 EEG 2012 bzw. § 15 Abs. 1 EEG 2014. Die Beklagte lehnte eine Härtefallentschädigung ab. Das OLG Naumburg wies die Berufung zurück, lies jedoch die Revision zu. Es begründete seine Entscheidung mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH zu reparatur-, wartungs- und instandhaltungsbedingte Netztrennungen, welche den Anwendungsbereich des § 12 Abs. 2 EEG 2012 nicht eröffneten.

Inhalt der Entscheidung

Die Revision vor dem BGH hatte Erfolg. Der BGH hob das Urteil des OLG Naumburg im Umfang der Anfechtung auf und verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht.

Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Trennung der klägerischen Anlagen nicht wegen eines Netzengpasses, sondern aufgrund von Reparatur-, Wartungs-, Instandhaltungs- oder Netzausbaumaßnahmen erfolgt sei. Gerade solche Maßnahmen könnten einen Netzengpass auslösen, wenn sie zur Aufrechterhaltung der Netzstabilität eine Reduzierung der Einspeisemenge erfordern. Deshalb sei ein Entschädigungsanspruch in solchen Fällen nicht ausgeschlossen. (Rn. 16)

Der BGH bedient sich des Begriffsverständnisses in den Natur- und Ingenieurwissenschaften, um den gesetzlich nicht definierten Begriff des Netzengpasses zu klären. Ein Netzengpass liege vor, wenn das Stromnetz bzw. Teile dessen (beispielsweise einzelne Leitungen oder Transformatoren) überlastet seien, eine Überlastung drohe oder das Stromnetz nicht mehr sicher betrieben werden könne. (Rn. 19) Der Netzengpass beschreibe einen bestimmten (Gefährdungs-) Zustand, bei dem mehr Strom in einen betroffenen Bereich des Stromnetzes eingespeist werde, als das Stromnetz in seinem aktuellen Zustand aufnehmen oder transportieren könne. Für das „Ob“ eines Netzengpasses sei es nicht erheblich, auf welcher Ursache diese Überlastung beruhe. Ein Netzengpass könne daher nicht nur dadurch verursacht werden, dass eine zu große Menge Strom eingespeist werde, sondern auch dadurch, dass bei gleichbleibender Einspeisung eine verringerte Ausspeisung erfolge. Gleiches gelte für den Fall, dass die Kapazität des betroffenen Netzes oder Teilbereichs gegenüber dem Normalzustand reduziert sei, weil beispielsweise ein dazugehöriges Betriebsmittel infolge von Störungen oder der Durchführung von Reparatur-, Wartungs-, Instandhaltungs-, Netzausbau- oder sonstigen Maßnahmen nicht zur Verfügung stehe. (Rn. 20) Dies bedeute jedoch nicht, dass in jedem Fall der Trennung einer Anlage vom Stromnetz und einer damit verbundenen (vollständigen) Einspeiseunterbrechung für diese Anlage eine durch einen Netzengpass bedingte Reduzierung der Stromeinspeisung i.S.d. §§ 11, 12 EEG 2012 und §§ 14, 15 EEG 2014 gegeben sei. Der BGH erläuterte dies genauer an Beispielen: Wenn aufgrund von Wartungs- und Reparaturmaßnahmen gar nicht eingespeist werden könne, liege kein Netzengpass vor, mit der Folge, dass auch die Entschädigung ausgeschlossen sei. (Rn. 22) Etwas anderes gelte, wenn die Einspeisung trotz Reparaturarbeiten grundsätzlich noch möglich sei und durch die Abschaltung ein Netzengpass verhindert werden solle. (Rn. 23) Seine bisherige Rechtsprechung ordnet der BGH dem ersten Beispielfall zu.

Nach Auffassung des BGH sprechen weder der erkennbare Wille des Gesetzgebers noch Sinn und Zweck des Gesetzes dafür, die in § 12 Abs. 1 EEG 2012 und § 15 Abs. 1 EEG 2014 geregelte Entschädigungspflicht bei Einspeisereduzierungen, die auf einem reparatur-, wartungs- oder instandhaltungsbedingten Netzengpass beruhen, auszuschließen. (Rn. 29) Er geht dazu auf Gesetzesmaterialien, die Gesetzeshistorie und teleologische Gründe ein. (Rn. 31 ff.)

In einem obiter dictum machte der BGH ferner Ausführungen zur Beweislast. Er weist darauf hin, dass bei einer vollständigen Trennung der Stromerzeugungsanlage vom Netz, für die dem Anlagenbetreiber die Gründe nicht bekannt sind, den Netzbetreiber eine sekundäre Darlegungslast treffe. Diese Darlegungslast umfasse auch Angaben dazu, ob im fraglichen Zeitraum in den betroffenen Netzabschnitt Strom eingespeist wurde. (Rn. 48)

Fazit

Wann ein Netzengpass und damit die Voraussetzungen für eine Entschädigung vorliegen, ist immer wieder Streitgegenstand zwischen Anlagen- und Netzbetreibern. 2016 urteilte der BGH diesbezüglich, dass eine Einspeisereduzierung nicht entschädigungspflichtig sei, wenn Anlagen aufgrund von netzbedingten Maßnahmen – im konkreten Fall Wartungsarbeiten am Netz – abgeschaltet werden. Er sprach sich damals auch gegen eine analoge Anwendung der Regelungen des EEG auf derartige Situationen aus. Die darauffolgende Rechtsprechung deutete an, dass im Zusammenhang mit Netzausbaumaßnahmen kein entschädigungspflichtiges Einspeisemanagement nach EEG vorliegen könne. Die nun vorliegende Entscheidung des BGH differenziert diese Rechtsprechung für den eher seltenen Fall der Trennung einzelner Anlagen vom Netz weiter aus. Fraglich ist jedoch, ob sie auch auf den häufigeren Fall der Trennung eines kompletten Netzverknüpfungspunktes (Umspannwerk) zutrifft.

Der BGH hat vorliegend das Bestehen des eingeklagten Entschädigungsanspruchs zwar nicht bejaht, sondern vielmehr an die Vorinstanz zurückverwiesen. Jedoch ist das Urteil insgesamt für Anlagenbetreiber als positiv zu werten. Die Ausführungen des BGH zeigen, dass Netzengpässe auch durch Wartungs- und Reparaturmaßnahmen verursacht werden können und damit auch in solchen Fällen Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden können. Das Urteil bezieht sich grundsätzlich zustimmend auf das Votum 2015/48 der Clearingstelle EEG|KWKG aus dem Jahr 2016 (Entschädigung und Abschaltung von EEG-Anlagen bei Kapazitätserweiterung).¹

Fraglich ist jedoch, ob diese Rechtsprechung auch auf die neuen Regelungen zum Redispatch im NABEG 2.0 anzuwenden ist, da § 13 Abs. 4 EnWG (neu) ebenso wie § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 und die entsprechenden Vorgängerregelungen auf das Vorliegen eines Netzengpasses abstellt. In Hinblick auf die Intention der neuen Vorgaben zum Redispatch erscheint die Übertragbarkeit der Rechtsprechung denkbar. Es ist jedoch zu beachten, dass § 13 Abs. 1 EnWG (in der aktuellen wie auch in der ab dem 1. Oktober 2021 geltenden Fassung) – anders als § 14 Abs. 1 EEG 2017 – eine „Gefährdung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems“ voraussetzt. Dadurch hat die Netz- und Systemsicherheit Priorität gegenüber der Möglichkeit, einen möglichst hohen Anteil Strom aus erneuerbaren Energien ins Netz einzuspeisen. In diesem Zusammenhang wäre daher eine Klarstellung durch den Gesetzgeber mit einer gesetzlichen Präzisierung bzw. eine Begriffsdefinition durch die BNetzA zu begrüßen.

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

<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=477d0747b8cc1d4a3680639f437d943f&nr=108286&pos=0&anz=1>

¹ Clearingstelle EEG|KWKG, [Votum 2015/48 vom 15.2.2016, Entschädigung und Abschaltung von EEG-Anlagen bei Kapazitätserweiterung](#).

Impressum

© FA Wind, November 2020

Herausgeber:

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

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

Text:

Kathrina Baur
Dr. Marike Endell
Marianna Roscher

Redaktion:

Dr. Marike Endell

V.i.S.d.P.:

Dr. Antje Wagenknecht, MBA

Haftungsausschluss:

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

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

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.

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin
T +49 30 64 494 60 - 60 | F +49 30 64 494 60 - 61
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de