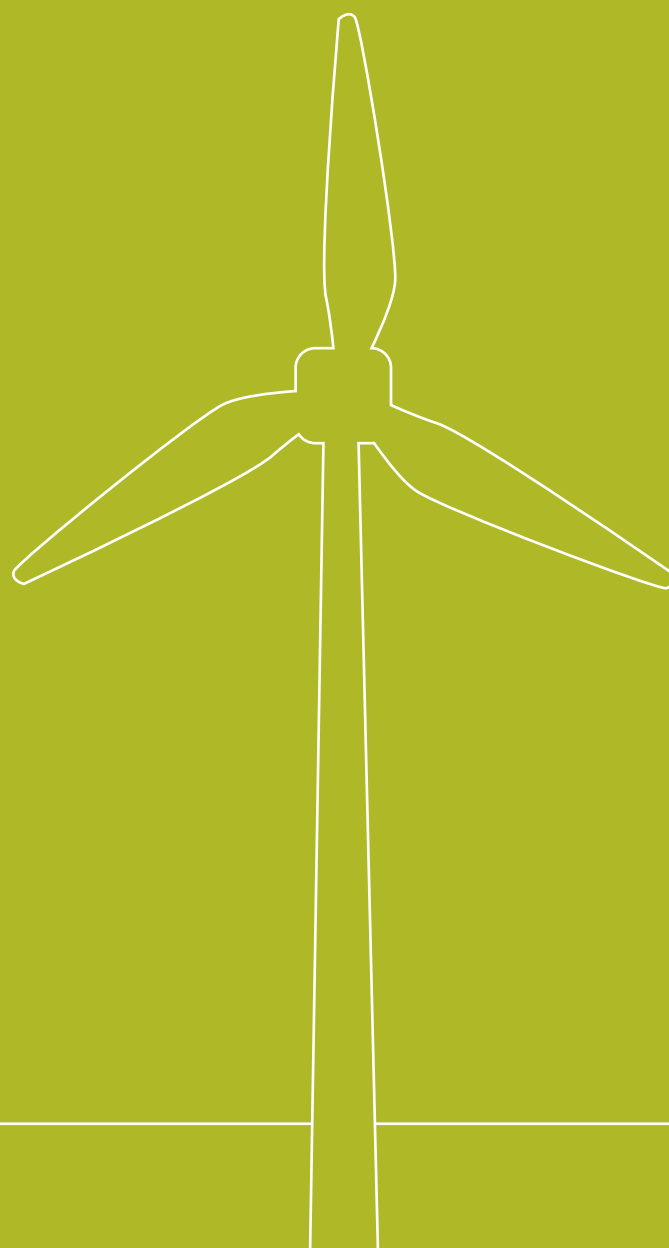
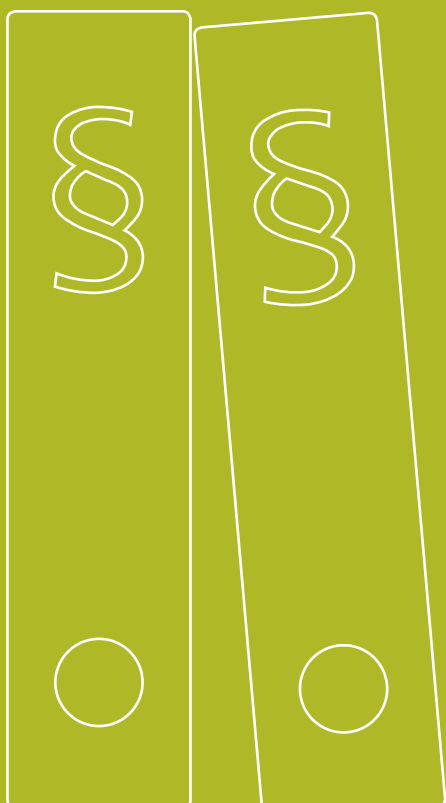




# Rundbrief Windenergie und Recht 3/2023



# Rundbrief Windenergie und Recht

3/2023

Herausgegeben von der Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Gefördert durch:



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Klimaschutz



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

## Mitwirkende

Marian Bärenz, Qualitas Energy Deutschland GmbH

Kathrina Baur, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Juliane Karst, Bundesverband WindEnergie e.V.

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

Lukas Mauer, Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen

Dr. Bernd Ochtendung, RWE Renewables GmbH

Gianna Queijo Garcia, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

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

Dr. Jan Christoph Weise, Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial .....	5
BVerwG, Urteil vom 24. Januar 2023 – 4 CN 6.21 .....	6
BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2023 – 4 CN 3.22.....	9
OVG Münster, Urteil vom 12. Mai 2023 – 7 D 328/21.AK .....	11
OVG Münster, Urteil vom 16. Mai 2023 – 7 D 423/21.AK .....	13
BVerwG, Beschlüsse vom 8. Dezember 2022 - 7 B 8.22 und 7 B 9.22.....	16
VGH Mannheim, Urteil vom 4. April 2023 - 10 S 1560/22.....	18
OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 24. Januar 2023 – OVG 3a S 1/23.....	21
OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 7. Juni 2023 – OVG 3a A 57/23.....	23
VGH Kassel, Beschluss vom 30. Juni 2023 – 9 B 2279/21.T.....	25
Impressum.....	27

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

im vorliegenden Rundbrief finden Sie eingangs die langersehnte Revisionsentscheidung des BVerwG zur isolierten Positivplanung. Diese rechtshistorische Entscheidung erscheint zwar in Anbetracht der Tatsache, dass sich die Regelungen hinsichtlich der räumlichen Planung für die Windenergie im letzten Jahr gänzlich geändert haben, überholt. Jedoch stellt sich für Bestandspläne sowie für Planänderungen, die bis zum 1. Februar 2024 abgeschlossen werden, weiterhin die Frage, ob der planerische Wille im Zusammenhang mit der Steuerung der Windenergie im Außenbereich auf eine erneute gesamtträumliche Planung mit Konzentrationswirkung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gerichtet ist oder nicht. Ferner befasste sich das BVerwG in einem Urteil im Juli dieses Jahres mit dem beschleunigten Verfahren i. S. d. § 13b BauGB zur Aufstellung von Bebauungsplänen bei der Ausweisung von Wohngebieten im Außenbereich. Es entschied, dass die Norm unionsrechtswidrig ist. Im Rundbrief wird behandelt, inwiefern diese Entscheidung die Windenergie tangiert.

Darüber hinaus gab es zwei bemerkenswerte Urteile in Nordrhein-Westfalen, die sich im Rahmen eines Genehmigungsbescheides mit spannenden bauplanungsrechtlichen Fragen befassten und damit diesen Rundbrief bereichern. Das OVG Münster verlieh in einem dieser Urteile dem abstrakten Regel-Ausnahme-Verhältnis in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Leben und kommt in der zweiten Entscheidung zu einer Neubewertung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von sonstigen, nicht privilegierten Windenergievorhaben i. S. d. § 35 Abs. 2 BauGB im Außenbereich.

Schon im Dezember 2022 befasste sich das BVerwG im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde mit der Frage, wie es sich auf den Fristenlauf auswirkt, wenn ein Genehmigungsbescheid, der im vereinfachten Verfahren erteilt wurde, freiwillig öffentlich bekannt gemacht wird. Auch diese Entscheidung findet Eingang in den vorliegenden Rundbrief.

Des Weiteren beinhaltet der Rundbrief ein Urteil des VGH Mannheim, in welchem sich das Gericht im Zusammenhang mit Hubschraubertiefflugstrecken mit dem verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum der Bundeswehr auseinandersetzt und ausführt, welchen Einfluss § 2 EEG 2023 hier hat. Auch das OVG Berlin-Brandenburg findet sich mit zwei Entscheidungen zum Genehmigungsverfahren in diesem Rundbrief wieder. Einerseits geht es in einem Beschluss aus dem Januar 2023 um eine Änderungsgenehmigung und genehmigungsrechtliche Fragen rund um § 16 BImSchG in Verbindung mit dem UVPG. Andererseits hatte das Gericht über umfangreiche Abschaltzeiten zugunsten von Fledermäusen zu urteilen und die Abweichung von bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen zu bewerten.

Die rechtlichen Wirkungen einer Verlängerung nach § 18 Abs. 3 BImSchG waren Gegenstand eines Beschlusses des VGH Kassel. Das oberste Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hessen bewertete die von der BImSchG-Genehmigung „einkonzentrierten“ Genehmigungen – wie z. B. Waldumwandlung und Baugenehmigung - als selbstständig und kam zu dem Entschluss, dass diese im Rahmen der Verlängerung separat geprüft werden müssen.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Dr. Antje Wagenknecht  
Geschäftsführerin der FA Wind

## Normenkontrollverfahren, bestehende Konzentrationszonenplanung, gesamträumliches Planungskonzept, „isolierte Positivplanung“

### BVerwG, Urteil vom 24. Januar 2023 – 4 CN 6.21

**Die Gemeinde muss Flächen, für die ein Bebauungsplan als Art der baulichen Nutzung Windenergie festsetzt, nicht in das gesamträumliche Konzept für eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einbeziehen. (amtlicher Leitsatz)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragsteller (ein Unternehmen der Windenergiebranche und mehrere Grundstückseigentümer) wendeten sich im Ausgangsverfahren vor dem OVG Lüneburg<sup>1</sup> gegen die vierte Änderung des Flächennutzungsplans (FNP) der Antragsgegnerin (Gemeinde). Im FNP aus dem Jahr 1995 hatte die Antragsgegnerin fünf Sonderbauflächen für WEA dargestellt. Außerhalb dieser ausgewiesenen Flächen sollten WEA ausgeschlossen sein. Mit der vierten Änderung des FNPs stellte die Antragsgegnerin zeichnerisch zwei weitere Sonderbauflächen für Windenergie sowie textlich eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB dar. Von der Ausschlusswirkung wurden auch die fünf bereits vorhandenen Sonderbauflächen im FNP ausgenommen. Teile der fünf vorhandenen Sonderbauflächen liegen in harten und weichen Tabuzonen des Standortkonzepts Windenergie für die Fortschreibung des FNPs. Für diese Sonderbauflächen existieren zudem Bebauungspläne, in denen Baufenster für WEA außerhalb der harten Tabuzonen des neuen Konzepts festgesetzt sind. Die Antragsgegnerin hielt an diesen Flächenausweisungen, unter Bezugnahme auf § 249 Abs. 1 BauGB a. F., fest. Das OVG Lüneburg hat die vierte Änderung des FNPs für unwirksam erklärt, soweit damit die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden sollen. Gegen diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin Revision beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt.

#### Inhalt der Entscheidung

Auf die Revision der Antragsgegnerin hat das Bundesverwaltungsgericht das Urteil des OVG Lüneburg aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OVG zurückverwiesen. (Rn. 8)

Die Ausschlusswirkung des FNP bestehe trotz der zum 1. Februar 2023 durch das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land<sup>2</sup> eingetretenen Änderungen im Baugesetzbuch fort. Nach der Neufassung des § 249 Abs. 1 BauGB sei zwar § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf privilegierte Windenergievorhaben i. S. d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht mehr anzuwenden. Nach § 245e Abs. 1 BauGB würden die Rechtswirkungen eines FNP gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aber fortwirken, wenn der Plan bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden ist. Die angefochtene Änderung des FNP könne daher über den 31. Januar 2023 hinaus – längstens bis zum 31. Dezember 2027 (vgl. § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB) – Wirkungen entfalten, sodass vorliegend weiterhin ein Interesse an der Klärung der Wirksamkeit der Ausschlusswirkung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bestehe. (Rn. 10)

Das OVG Lüneburg sei zwar zutreffend davon ausgegangen, dass auch die Änderung einer bestehenden Konzentrationsflächenplanung mit Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ein schlüssiges Gesamtkonzept erfordere, das sich auf den gesamten Außenbereich erstrecke. Bundesrechtswidrig sei jedoch die Auffassung, die gesamträumliche Planung müsse stets auch solche Flächen in den Blick nehmen und dem Planungskonzept unterwerfen, die bereits durch Bebauungsplan als Flächen für die Windenergie ausgewiesen sind. (Rn. 11) Die Annahme, dass auf die bereits vorhandenen Sonderbauflächen, unabhängig von bestehenden Bebauungsplänen, die harten Tabuzonen anzuwenden seien, stehe mit dem § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht im Einklang. Denn es obliege der planerischen Entscheidung der Gemeinde, vom gesamträumlichen Planungskonzept solche Flächen auszunehmen, die durch Festsetzungen in Bebauungsplänen für die Nutzung durch die Windenergie bereits vorgesehen sind, und die dazu beitragen, der Windenergie substanziiell Raum zu verschaffen. (Rn. 20)

<sup>1</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 26.2.2020 – 12 KN 182/17 (in Rundbrief 2/2020 besprochen).

<sup>2</sup> Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land v. 20.7.2022 (BGBl. I S. 1353).

Die Gemeinde könne eine Konzentrationsflächenplanung nach den allgemeinen Planungsgrundsätzen gem. § 1 Abs. 8 BauGB später aufgreifen und ändern. Wenn die Gemeinde dabei den Planvorbehalt neu ausübt, müsse die Konzentrationsflächenplanung den sich aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ergebenden Anforderungen wiederum genügen. (Rn. 14) Die Gemeinde sei allerdings auch befugt, eine bestehende Konzentrationsflächenplanung und die von ihr bewirkte Ausschlusswirkung unberührt zu lassen und weitere Flächen als bloße Positivflächen darzustellen, ohne erneut eine gesamträumliche Planung vorzunehmen. Dies ergebe sich über den Wortlaut hinaus aus der Vorschrift des § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB a. F. Die Annahme des OVG Lüneburg, jede zusätzliche Darstellung von Positivflächen im FNP ändere die Ausschlussfläche, so dass bei einer bestehenden Konzentrationsflächenplanung die Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB notwendige beziehungsweise zufällige Folge einer Positivausweisung sei, treffe nicht zu. Vielmehr komme es maßgeblich auf den Planungswillen der Gemeinde an. (Rn. 17 ff.) Vorliegend habe sich die Antragsgegnerin im Rahmen der vierten Änderung des FNP nicht auf eine reine Positivplanung beschränkt, sondern eine neue Ausschlusswirkung begründet. Für eine solche Planung gelte § 249 Abs. 1 BauGB a. F. nicht. (Rn. 18)

Der Gesetzgeber habe der Gemeinde mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Möglichkeit eröffnet, die Windenergie für den gesamten Außenbereich planerisch zu steuern. Dem FNP komme insoweit eine den Festsetzungen des Bebauungsplans vergleichbare Funktion zu, wobei sich die Ausschlusswirkung auf bestimmte privilegierte Vorhaben im Außenbereich beschränke. Die Gemeinde sei dadurch allerdings nicht gehindert, Flächen für Windenergieanlagen in Bebauungsplänen und damit im Innenbereich festzusetzen, etwa indem sie Konzentrationsflächen eines FNP mit einem Bebauungsplan überplant oder Flächen für die Windenergie durch Bebauungsplan ausweist und den FNP im Parallelverfahren nach § 8 Abs. 3 Satz 1 BauGB ändert. (Rn. 21 f.) Eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erstrecke sich schon von Rechts wegen nicht auf Flächen, für die ein Bebauungsplan abschließend die Art der zulässigen baulichen Nutzung wirksam festsetzt. (Rn. 23) Unterwirft die Gemeinde die durch Bebauungsplan gesicherten Flächen nicht dem gesamträumlichen Planungskonzept, müsse das Konzept nur auf den verbleibenden Flächen für sich genommen die Anforderungen an eine wirksame Konzentrationsflächenplanung erfüllen, um die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeizuführen. Die durch Bebauungsplan gesicherten Flächen seien in diesem Fall aber zur Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob der Windenergie substantiell Raum verschafft wird. (Rn. 24)

## Fazit

Das Bundesverwaltungsgericht trifft mit dem vorliegenden Urteil eine lang erwartete Entscheidung<sup>3</sup> für die Planungspraxis zur isolierten Positivplanung im Falle einer bestehenden Konzentrationszonenplanung. Zwar betrifft die Entscheidung die alte Rechtslage nach § 249 Abs. 1 BauGB a. F.<sup>4</sup> und ist somit grds. als rechtshistorisch anzusehen. Die Frage, ob der planerische Wille im Zusammenhang mit der Steuerung der Windenergie im Außenbereich auf eine erneute gesamträumliche Planung mit Konzentrationswirkung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gerichtet ist oder nicht, stellt sich für Planänderungen, die bis zum 1. Februar 2024 abgeschlossen werden, aber trotzdem weiterhin. Denn für entsprechende Planungen, gelten die Rechtswirkungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zunächst fort. Einem Planungsträger obliegt also bis 1. Februar 2024 weiterhin die Möglichkeit, den Planvorbehalt für das gesamte Plangebiet neu auszuüben. Zugleich ist die Möglichkeit der Ausweisung zusätzlicher Positivflächen nach dem Überleitungsrecht nunmehr in § 245e Abs. 1 Satz 5 BauGB geregelt. Darauf nimmt auch das BVerwG in seiner Entscheidung Bezug und verweist darauf, dass der Gesetzgeber die Darstellung weiterer Flächen für die Windenergie als Positivflächen demnach ausdrücklich anerkenne. Daneben besteht nach der Gemeindeöffnungsklausel i. S. d. § 245e Abs. 5 Satz 1 BauGB, die am 14. Januar 2024 in Kraft treten wird,<sup>5</sup> zudem die Möglichkeit einer erleichterten gemeindlichen Planung während des Übergangszeitraumes, auch wenn eine Kommune nicht selbst zuständiger Planungsträger ist und die Planung nicht mit einem Ziel der Raumordnung vereinbar ist. I. S. d. Regelung soll einem Antrag im Zielabweichungsverfahren stattgegeben werden, wenn der Raumordnungsplan an der von der Gemeinde für die Windenergie geplanten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festlegt.

<sup>3</sup> Vgl. zum Diskussionsstand vor der höchstgerichtlichen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts: Osing, Die Positivplanung von Windenergieflächen nach § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB – eine unterschätzte Chance für die Energiewende, NVwZ 2020, 749; Menne/Wegner, Bauleitplanerische Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie, ZfBR 2020, 336.

<sup>4</sup> In § 245e Abs. 1 Satz 5 BauGB ist inzwischen ausdrücklich die Befugnis geregelt, weitere Positivflächen darzustellen, ohne erneut eine gesamträumliche Planung vorzunehmen.

<sup>5</sup> Gesetz zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Baugesetzbuchs (BGBl. 2023 Teil I Nr. 184, ausgegeben zu Bonn am 14. Juli 2023).

Für Neuplanungen wird sich die Frage zur Zulässigkeit einer isolierten Positivplanung nicht mehr stellen, da die bisherige Planungssystematik auf eine Positivplanung umgestellt wurde. Weist ein Planungsträger also weitere Flächen für die Windenergie aus, nachdem er seine Planung bereits abgeschlossen hat, wird dessen planerische Wille im Zusammenhang mit der Windenergieplanung im Außenbereich immer auf eine reine Positivplanung beschränkt sein. Eine Steuerung im Rahmen eines Bebauungsplans – und damit im Innenbereich – bleibt auch nach dem neuen Planungsregime möglich.

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

<https://www.bverwg.de/de/240123U4CN6.21.0>

---



## Normenkontrollverfahren, Vereinbarkeit des § 13b BauGB mit Unionsrecht, SUP-Richtlinie, Verfahrensfehler, Gesamtnunwirksamkeit

### BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2023 – 4 CN 3.22

1. **§ 13b BauGB ist mit Art. 3 Abs. 1 und 5 der Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (SUP-Richtlinie) unvereinbar. (amtlicher Leitsatz)**
2. **§ 13b BauGB ist unionsrechtswidrig und deswegen nicht anwendbar, weil er die Überplanung von Außenbereichsflächen auf der Grundlage einer unzulässigen Typisierung ohne Umweltprüfung zulässt. (redaktionelle Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit des Bebauungsplans Oberer Kittel/ Wüstes Stück der Antragsgegnerin (Gemeinde). Im Ausgangsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim<sup>6</sup> wendete sich der Antragsteller (eine anerkannte Umweltvereinigung) im Wege einer Normenkontrolle gegen den Bebauungsplan der Antragsgegnerin. Der Bebauungsplan überplant ein ca. drei Hektar großes Gebiet am südwestlichen Ortsrand der Antragsgegnerin. Er setzt ein allgemeines Wohngebiet fest. Im Nordosten grenzt das Plangebiet auf einer Länge von ca. 260 m unmittelbar an ein Wohngebiet an. Der Bebauungsplan wurde im beschleunigten Verfahren nach § 13b BauGB ohne Umweltprüfung erlassen. Der VGH Mannheim wies den Normenkontrollantrag als unbegründet ab. Daraufhin erhob der Antragsteller Revision vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) und rügte die Unionsrechtswidrigkeit des § 13b BauGB. Er führte aus, die Vorschrift hätte nicht angewendet werden dürfen. Der Verzicht auf eine Umweltprüfung und die Erstellung eines Umweltberichts seien folglich verfahrensfehlerhaft. Der Fehler führe zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans.

#### Inhalt der Entscheidung

Das BVerwG entschied, das Urteil des VGH Mannheim abzuändern und erklärte den Bebauungsplan Oberer Kittel/Wüstes Stück für unwirksam, da er an beachtlichen Verfahrensfehlern leide. (Rn. 7) Die Vorschrift des § 13b BauGB sei unionsrechtswidrig und deshalb nicht anwendbar, weil sie die Überplanung von Außenbereichsflächen auf der Grundlage einer unzulässigen Typisierung ohne Umweltprüfung zulasse. (Rn. 8) Die Wahl eines beschleunigten Verfahrens gem. § 13b Satz 1 i. V. m. § 13a Abs. 2 Nr. 1, § 13 Abs. 3 Satz 1 BauGB habe aufgrund dessen dazu geführt, dass die Antragsgegnerin es rechtswidrig unterlassen habe, eine Umweltprüfung i. S. d. § 2 Abs. 4 BauGB durchzuführen und nach § 2a Satz 2 Nr. 2 BauGB einen Umweltbericht zu erstellen. Hierin liege gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB ein beachtlicher Verfahrensfehler, der vom Antragsteller fristgerecht gerügt wurde. Der Verfahrensfehler führe zur Gesamtnunwirksamkeit des Bebauungsplans. (Rn. 19 ff.)

Die Regelung des § 13b BauGB werde den Anforderungen der Richtlinie 2001/42/EG (sog. SUP-Richtlinie) nicht gerecht. Die SUP-Richtlinie verfolge das Ziel, im Hinblick auf die Förderung einer nachhaltigen Entwicklung ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen. Sie solle dazu beitragen, dass Umwelterwägungen bei der Ausarbeitung und Annahme von Plänen und Programmen einbezogen werden. (Rn. 10 f.) Die Mitgliedstaaten müssten sicherstellen, dass sämtliche Pläne und Programme, die voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben, einer Umweltprüfung unterzogen werden. Um dieses Ziel zu erreichen, stehe es den Mitgliedstaaten frei, eine Einzelfallprüfung, eine Artfestlegung oder eine Kombination aus beiden Vorgaben zu wählen. (Rn. 12) Der Gesetzgeber habe sich neben der auf das Habitatrecht bezogenen Einzelfallprüfung i. S. d. § 13b Satz 1 i. V. m. § 13a Abs. 1 Satz 5 Alt. 1 BauGB dafür entschieden, bestimmte Arten von Plänen festzulegen, für die ein beschleunigtes Verfahren zulässig ist. Für diese Pläne seien als quantitative Voraussetzung die Grundflächenbegrenzung und als qualitative Voraussetzungen die Beschränkung auf eine Wohnnutzung sowie der Anschluss der überplanten Außenbereichsfläche an im Zusammenhang bebaute Ortsteile festgelegt worden. In einem entsprechend umschriebenen Plan könnten erhebliche Umweltauswirkungen nicht in jedem Fall ausgeschlossen werden. Die flächenmäßige Begrenzung des Zugriffs auf eine Außenbereichsfläche und der

<sup>6</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 11.5.2022 - 3 S 3180/19.

Umstand, dass sich die überplanbare Außenbereichsfläche an einen bebaubaren Ortsteil anschließen muss, lasse nicht den Rückschluss zu, dass auf den betroffenen Flächen erhebliche Umweltauswirkungen in jedem Fall auszuschließen seien. Die bisherige Nutzung der potenziell betroffenen Flächen und die Bandbreite ihrer ökologischen Wertigkeit könne nämlich ganz unterschiedlich ausfallen. Zudem sage die bereits vorhandene Bebauung nichts über die umweltrelevanten Eigenschaften der sich anschließenden Außenbereichsfläche aus. Gerade besonders schützenswerte Flächen im Außenbereich könnten die Grenze für eine Siedlungstätigkeit markieren. (Rn. 14)

## Fazit

§ 13b BauGB ermöglichte Gemeinden, Bebauungspläne zur Ausweisung von Wohngebieten bis zu 10.000 qm im Außenbereich in einem beschleunigten Verfahren aufzustellen, wenn sich das neue Plangebiet an einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil anschließt. Die Vorschrift wurde 2017 befristet eingeführt<sup>7</sup> und durch das Baulandmobilisierungsgesetz<sup>8</sup> verlängert. Die Vorschrift diente dazu, der Wohnungsnot in Ballungsgebieten entgegenzuwirken.<sup>9</sup> Mit dem vorliegenden Urteil entschied das BVerwG, dass § 13b BauGB gegen Art. 3 Abs. 1 und 5 der SUP-Richtlinie verstoße. Eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vor dem Europäischen Gerichtshof wurde dabei nicht für erforderlich gehalten. Folglich darf die Vorschrift aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht mehr angewendet werden. Im Rahmen der Aufstellung von Bebauungsplänen, die nicht die Innenentwicklung betreffen, sondern auf den Außenbereich zugreifen, ist somit wieder ein reguläres Verfahren mit Umweltprüfung durchzuführen. Die Entscheidung des BVerwG wirkt sich auf derzeit laufende Bebauungsplanverfahren aus, die im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens durchgeführt werden. Das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) hat zum vorliegenden Urteil vorläufige Handlungsempfehlungen erstellt.<sup>10</sup> Bereits begonnene und noch nicht durch Bekanntmachung des Bebauungsplans abgeschlossene Planverfahren sind demnach entweder abzubrechen oder auf ein anderes Verfahren umzustellen. Interessant sind auch die in der Handlungsempfehlung des BMWSB beschriebenen Auswirkungen für abgeschlossene Planverfahren. Das BVerwG stellte i. R. d. Urteils klar, dass § 215 BauGB auch für § 13b-Bebauungspläne anwendbar sei. Das bedeutet, Bestandspläne nach § 13b BauGB, die nicht innerhalb der Jahresfrist angegriffen worden sind, leiden nicht an einem beachtlichen Fehler und können daher Grundlage für Genehmigungsentscheidungen sein. Für nach § 13b BauGB begonnene Bebauungsplanverfahren und für innerhalb der Jahresfrist des § 215 BauGB gerügte § 13b-Bestandspläne plant das BMWSB kurzfristig eine gesetzliche Regelung vorzuschlagen, mittels derer diese Verfahren europarechtskonform zu Ende geführt bzw. die Pläne im ergänzenden Verfahren geheilt werden können.

Die Rechtsprechung des BVerwG könnte, obwohl sie nur Bebauungspläne für Wohnnutzungen betrifft, auch für die Planung von Windenergiegebieten Bedeutung haben. Da die Ausweisung von Wohngebieten im beschleunigten Verfahren nach § 13b BauGB nun nicht mehr möglich ist, könnte dies einen Zeitgewinn für die Ausweisung von Windenergiegebieten auf den betroffenen Außenbereichsflächen bedeuten. Der Umstand, dass nun im beschleunigten Verfahren aufgestellte Bebauungspläne gegebenenfalls noch nachträglich für unwirksam erklärt werden, könnte zudem einen Einfluss auf die Flächenkulisse für die Windenergie haben. Davon ist wohl nur dann auszugehen, wenn zuvor viele Gemeinden von der Möglichkeit des § 13b BauGB Gebrauch gemacht haben und entsprechende Verfahren eingeleitet haben. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Gemeinden im Falle eines bereits begonnenen Verfahrens nach § 13b BauGB auf eine Planung zu Wohnzwecken im Anschluss an einen bereits existierenden Siedlungsraum eingestellt waren. Dafür dürften überwiegend auch spezifische Gründe, in Gestalt von Flächenknappheitsproblemen, vorgelegen haben. Eine Nutzung dieser Flächen für die Windenergie scheint daher in einer Vielzahl von Fällen eher fernliegend.

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

<https://www.bverwg.de/180723U4CN3.22.0>

<sup>7</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt v. 4.5.2017 (BGBl. 2017 Teil I Nr. 25, S. 1057, 1059).

<sup>8</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz) v. 14.7.2021 (BGBl. 2021 Teil I Nr. 33, S. 1802 f.).

<sup>9</sup> Vgl. hierzu Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Auflage 2022, § 13b Rn. 1; Umweltbundesamt (2020): Qualitative Stichprobenuntersuchung zur kommunalen Anwendung des § 13b BauGB - Ergänzungsbericht zur Evaluierung der praktischen Anwendung der neuen Regelungen der BauGB-Novellen 2011/2013 zur Förderung einer klimagerechten und flächensparenden Siedlungsentwicklung durch die kommunale Bauleitplanung anhand von Fallstudien, S. 12; .

<sup>10</sup> Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, [Aktualisiert! Vorläufige Handlungsempfehlungen zum Urteil BVerwG \(4 CN 3.22\) zu § 13 b BauGB](#), Stand: 10.10.2023; Vgl. zu den Konsequenzen des vorliegenden Urteils auch: Kukk, Was gilt nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für gemäß § 13b BauGB erlassene Bebauungs- und „berichtigte“ Flächennutzungspläne sowie auf dieser Grundlage ergangene Verwaltungsakte?, ZfBR 2023, S. 735 ff.

## Bauplanungsrecht, Außenbereich, Konzentrationsflächenplanung, Ausschlusswirkung, Planvorbehalt, atypische Konstellation

### OVG Münster, Urteil vom 12. Mai 2023 – 7 D 328/21.AK

**§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stellt kein absolutes Zulassungshindernis auf. Die Ausschlusswirkung tritt „in der Regel“ ein. In Ausnahmefällen kommt eine Zulassung auch im sonstigen Außenbereich in Betracht. Der Gesetzgeber hat dabei berücksichtigt, dass die negative Seite der Ausweisung wegen ihres typischerweise globaleren Charakters im Allgemeinen geringere Durchsetzungskraft besitzt als die positive Standortdarstellung, weshalb die besonderen Umstände des Einzelfalls in diesen Gemeindegebietsteilen eher eine Chance haben, sich zu behaupten. Die „Regel“-Formulierung ermöglicht die Feindifferenzierung, für die das Abwägungsmodell auf der Stufe der Flächennutzungsplanung naturgemäß keinen Raum lässt. Sie verlangt, dass unter Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten das private Interesse an der Errichtung einer Windkraftanlage den öffentlichen Belangen der Nutzungskonzentration an anderer Stelle gegenübergestellt wird. (Rn. 80)**

**(redaktioneller Leitsatz)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin (Unternehmen der Windenergiebranche) beantragte am 11. September 2020 bei der Beklagten (Genehmigungsbehörde) eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zwei WEA. Die Standorte liegen nördlich der Autobahn A 52 und nahe zweier Ortsteile. Zugleich befinden sie sich im Flächennutzungsplan (FNP) der Beigeladenen in einem Bereich, der als „Flächen für die Landwirtschaft“ ausgewiesen ist und der außerhalb der Konzentrationszone für WEA liegt. In der Bekanntmachung der Genehmigung des FNP im Amtsblatt des Beklagten wird darauf verwiesen, dass der FNP eine örtliche Festlegung einer Konzentrationszone für WEA beinhaltet und im Regelfall gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Ausschlusswirkung für derartige Anlagen im übrigen Gemeindegebiet eintritt. Der Erläuterungsbericht des FNP geht darauf ein, dass es i. R. d. Planaufstellungsverfahrens noch zwei weitere „Suchräume“ für die Konzentrationszone gab. In der Konzentrationszone gibt es schon zwei WEA mit Gesamthöhe 140 m. Darüber hinaus gibt es außerhalb der Konzentrationszone und südlich von den von der Klägerin geplanten WEA einen Windpark mit vier WEA und jeweiliger Gesamthöhe von 206,8 m.

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens versagte die Beigeladene (Nachbargemeinde) das gemeindliche Einvernehmen. Am 22. Januar forderte die untere Wasserbehörde i. R. d. Beteiligung der Träger öffentlicher Belange einen wasserrechtlichen Fachbeitrag, um beurteilen zu können, ob das raumbedeutsame Vorhaben mit den Zielen des Regionalplans übereinstimmt. Im weiteren Verlauf wies die Beigeladene darauf hin, dass das Vorhaben der Klägerin nicht unter die Übergangsregelung des § 2 Abs. 3 Satz 1 BauGB-AG NRW falle, denn der Genehmigungsantrag der Klägerin sei am 23. Dezember 2020 nicht vollständig gewesen. Die untere Wasserbehörde hielt in einem Vermerk fest, dass die Antragsunterlagen am 22. Januar 2021 aus wasserrechtlicher Sicht als vollständig angesehen werden konnten und der geforderte wasserrechtliche Fachbeitrag lediglich als eine Ergänzung der vorgelegten Unterlagen anzusehen sei.

Die Klägerin erhob daraufhin Klage beim Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster. Mit Bescheid vom 8. November 2022 lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin ab, da dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstünden und der Antrag auf Genehmigung der zwei WEA nicht vollständig sei. Die Klägerin beantragte, den Beklagten unter Aufhebung des Bescheids vom 8. November 2022 zu verpflichten, ihr die beantragte Genehmigung für zwei WEA zu erteilen. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG verpflichtete die Beklagte, den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Genehmigung unter Beachtung der Rechtsauffassung des OVG neu zu bescheiden. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Das Gericht hielt fest, dass die Vollständigkeit des Antrags sich nach der 9. BImSchV begründe. Demnach liegen vollständige Unterlagen dann vor, wenn sie in einer Weise prüffähig sind, dass sie sich zu allen rechtlich relevanten

Aspekten des Vorhabens verhalten und die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen. Sie müssen jedoch gerade nicht genehmigungsfähig sein und ein fachliches Nachhaken sowie fachliche Einwände seien in Ordnung. In dem wasserrechtlichen Fachbeitrag in Bezug auf mögliche Gefahren für das Grundwasser könnte ein solches Nachhaken gesehen werden. Folglich sei der vorliegende Antrag auf Erteilung der Genehmigung am 11. September 2020 vollständig eingereicht worden und die Anwendung des § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB gem. § 2 Abs. 3 Satz 1 BauGB-AG NRW ausgeschlossen. (Rn. 47 ff.)

Das OVG stellte die FNP-Ausschlusswirkung nicht infrage, sondern unterstellte diese als wirksam. Das Gericht hielt fest, dass die Regelvermutung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorliegend für die geplanten WEA nicht eingreife. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stelle gerade kein absolutes Zulassungshindernis auf und in Ausnahmefällen könne auch im sonstigen Außenbereich eine Genehmigung erteilt werden, da im Zulassungsverfahren eine Feindifferenzierung möglich sei, die i. R. d. Abwägung bei der FNP-Aufstellung nicht leistbar sei. Jedoch dürfe das Zulassungsverfahren den durch das Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Ausdruck gebrachten Vorrang des Freihalteinteresses nicht konterkarieren. Vielmehr seien hierfür besondere atypische Umstände notwendig.<sup>11</sup> (Rn. 77 ff.) Vorliegend sei eine solche Atypik gegeben, da die geplanten WEA die Planungskonzeption des FNP nicht berühren würden. Dies ergebe sich daraus, dass das Vorhaben sich in unmittelbarer räumlicher Nähe zu dem bestehenden Windpark befinde und eine Zerstreung der WEA nicht zu befürchten sei. Vielmehr handele es sich um einen Zubau zum bestehenden Windpark. Auch trenne die A 52 gerade nicht diesen Zusammenhang. Ebenso wenig sei dem Erläuterungsbericht zum FNP zu entnehmen, dass das Gebiet auf der anderen Seite der Autobahn (am Standort des Vorhabens) gerade einen isolierten Suchraum darstelle und eine bewusste Trennung durch die Autobahn A 52 festgelegt werden sollte. (Rn. 84 ff.)

## Fazit

Die vorliegende Entscheidung erging zur alten Rechtslage und behandelte einen speziellen Einzelfall. Das Urteil ist jedoch im Hinblick auf das Übergangsrecht gem. § 245e Abs. 1 BauGB und die Fortgeltung der Konzentrationswirkung, die noch einige Windenergievorhaben betreffen kann, weiterhin interessant. Kernpunkt des Urteils ist die dargestellte Regel-Ausnahme-Systematik in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, deren Grundlagen im Jahr 2002 durch das BVerwG in seiner Rechtsprechung zu Konzentrationszonenausweisung gelegt wurden.<sup>12</sup> In der Entscheidung des BVerwG zu einer Kleinwindanlage wurde das Freihalteinteresse sehr deutlich charakterisiert und herausgearbeitet, dass die Vorhabenzulassung dieses nicht unterwandern dürfe. Dies zugrunde gelegt, geht das OVG Münster vorliegend nicht genügend darauf ein, ob die vorgesehenen Standorte die Kriterien erfüllen, die nach dem Plankonzept des FNP eine Nutzung der Windenergie außerhalb der Konzentrationszone ausschließen. Insgesamt scheint das Gericht vor allem das bauliche Vorhaben zu betrachten. Demgegenüber bewertet es zu wenig die Motive sowie die Begründung der zugrunde liegenden Planung. Die geforderte Atypik, die eine Ausnahme erlaubt, wurde vom OVG Münster in der vorliegenden Entscheidung zwar beschrieben (anlagebezogene Kriterien und subjektive Komponente des Planungswillens), jedoch erfolgten die anschließenden Bewertungen nicht trennscharf. Indessen eröffnet das OVG Münster durch diese Entscheidung Möglichkeiten für zukünftige Verfahren. Denn bislang dürfte es nicht viele WEA geben, die gänzlich außerhalb einer Konzentrationszone als planungsrechtlich zulässig und privilegiert gelten.

Insgesamt ist die Entscheidung im Lichte des Klimabeschlusses des BVerfG<sup>13</sup> sowie der umfassenden Gesetzesänderung zur Erleichterung und Beschleunigung von Planung und Genehmigung von Windenergienutzung zu sehen. Denn diese Neuerungen deuten darauf hin, dass im Rahmen des Planungsrechts neue Handlungsspielräume für die Windenergienutzung aufgemacht und auch genutzt werden. Dies bedeutet für WEA-Projektentwickler, dass auch zukünftig immer wieder außerhalb von Konzentrationszonen WEA-Projekte möglich werden, wenn wie in der vorliegenden Entscheidung ein besonderer Fall von Atypik vorliegt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [https://www.jus-tiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2023/7\\_D\\_328\\_21\\_AK\\_Urteil\\_20230512.html](https://www.jus-tiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2023/7_D_328_21_AK_Urteil_20230512.html)

<sup>11</sup> Das OVG nimmt hier insbesondere Bezug auf BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01.

<sup>12</sup> BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a.

## Genehmigungsverfahren, Bescheidungsurteil Außenbereich, sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB

### OVG Münster, Urteil vom 16. Mai 2023 – 7 D 423/21.AK

1. Es können Sonderkonstellationen vorliegen, in denen keine Beeinträchtigung öffentlicher Belange vorliegt und ein Vorhaben deshalb als sonstiges Vorhaben i. S. d. § 35 Abs. 2 BauGB planungsrechtlich zulässig ist.
2. Im Rahmen der Beurteilung, ob sich öffentliche Belange gegenüber einem Außenbereichsvorhaben i. S. d. § 35 Abs. 2 BauGB durchsetzen, ist auch die gesetzliche Wertung des § 2 EEG1 zu berücksichtigen. (redaktionelle Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten um die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage (WEA). Die Klägerin (ein Unternehmen der Windbranche) reichte beim Beklagten (Genehmigungsbehörde) den Antrag auf Errichtung und Betrieb einer WEA ein, den der Beklagte ablehnte.

Der Vorhabenstandort liegt im Gebiet der Beigeladenen zu 1 (Stadt I). Er ist etwa 150 m von einer Bundesautobahn entfernt. Westlich des Vorhabenstandortes wird ein Windpark mit drei WEA betrieben. Südöstlich liegt ca. 800 m entfernt eine Ortslage. Des Weiteren verläuft nordöstlich in 100 m Entfernung zum Mastfuß der geplanten Anlage eine 110 kV Höchstspannungsfreileitung. Der Flächennutzungsplan (FNP) des Planungsverbandes der Beigeladenen zu 1 stellt für den Vorhabensbereich eine Fläche für die Landwirtschaft dar. Die Vorhabensfläche wird intensiv ackerbaulich genutzt. Sie liegt außerhalb der Flächen, die als Sonderbaufläche für die Windenergie im FNP dargestellt ist. Der Vorhabensbereich grenzt an eine Waldfläche, für die der Landschaftsplan (LSP) des Beklagten ein Landschaftsschutzgebiet festlegt. Für den Vorhabenstandort stellt der LSP das Entwicklungsziel „Anreicherung einer Landschaft mit naturnahen Lebensräumen und mit gliedernden und belebenden Elementen“ dar.

Die Klägerin erhob Verpflichtungsklage beim Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster. Sie beantragte, die Beklagte unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids zu verpflichten, eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlage zu erteilen.

#### Inhalt der Entscheidung

Die Klage hatte teilweise Erfolg. Das OVG Münster verpflichtete den Beklagten, über den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die geplante Windenergieanlage erneut zu beschneiden. (Rn. 44)

Das geplante Vorhaben sei nach § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilen. Aus dem § 2 des Ausführungsgesetzes zum Baugesetzbuch im Land Nordrhein-Westfalen<sup>2</sup> (AG BauGB NRW) ergebe sich, dass das Vorhaben nicht dem Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB unterfalle. Denn das Vorhaben unterschreite den vorgegebenen Abstand zu Wohngebäuden von 1.000 m zu zwei Ortslagen, welche nach dem Inhalt der Akten die in § 2 AG BauGB NRW geregelten Voraussetzungen erfüllen. (Rn. 45, 47)

Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange sei nicht allein wegen der Lage eines Vorhabenstandortes auf einem Grundstück im Außenbereich zu erwarten. Nicht jeder für eine WEA in Aussicht genommene Standort erhalte seine Prägung durch die vorgegebene Bodennutzung oder die Erholungsrelevanz. Ist der Vorhabenstandort wegen seiner natürlichen Beschaffenheit ohnehin weder für das eine noch für das andere geeignet oder seine Schutzwürdigkeit durch bereits erfolgte anderweitige Eingriffe eingebüßt, könne von einer Beeinträchtigung i. S. d. § 35 Abs. 2 BauGB keine Rede sein. (Rn. 45, 53, 55) Es bedürfe stets einer die gesetzlichen Vorgaben und Wertungen konkretisierenden

<sup>1</sup> In der zum 29.7.2022 in Kraft getretenen Fassung vom 20.7.2022 (BGBl. I S. 1237).

<sup>2</sup> Hinweis: § 2 AG BauGB NRW ist zwischenzeitlich außer Kraft getreten (siehe hierzu: Fünftes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen (GVBl. NRW Ausgabe 2023 Nr. 26 v. 11.9.2023, S. 1069-1114)).

nachvollziehenden Abwägung im Einzelfall, ob die in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB beispielhaft genannten öffentliche Belange beeinträchtigt werden. (Rn. 57) Im Rahmen der Beurteilung, ob sich öffentliche Belange gegenüber einem Vorhaben durchsetzen, sei auch die gesetzliche Wertung i. S. d. § 2 EEG 2023 zu berücksichtigen. Bei der Anwendung der Vorschrift sei nicht die Intention des Gesetzgebers zu berücksichtigen, nach der i. S. d. § 249 Abs. 2 BauGB eine Steuerung der Windenergie über Festlegung von Windenergiegebiete nach dem WindBG erfolgen soll und außerhalb dieser Bereiche die Windenergie nicht privilegiert ist. Auch dieses Konzept schließe es nicht aus, dass in Sonderkonstellationen keine Beeinträchtigung öffentlicher Belange vorliege und ein Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB zulässig sei. (Rn. 60 ff., 66)

Das Vorhaben beeinträchtigt nicht den in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB benannten öffentlichen Belang. Die Darstellung einer Fläche für die Landwirtschaft im Flächennutzungsplan stehe nicht im Widerspruch zum Vorhaben. Die Darstellung enthalte keine qualifizierte Standortzuweisung, sondern weise dem Außenbereich nur eine ihm ohnehin zukommende Funktion zu, nämlich, der Land- und Forstwirtschaft und damit zugleich der Erholung zu dienen. Anhaltspunkte dafür, dass mit der Darstellung eine darüberhinausgehende planerische Intention verbunden gewesen sein könnte, lägen nicht vor. (Rn. 68, 70) Der Darstellung einer Fläche für die Landwirtschaft im Flächennutzungsplan komme keine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu. Die maßgeblichen Anforderungen an die Bekanntmachung einer Planung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB seien nicht erfüllt. (Rn. 71 ff.)

Das Vorhaben beeinträchtigt auch nicht den öffentlichen Belang des Schutzes der natürlichen Eigenart der Landschaft bzw. ihres Erholungswertes i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB. Jedenfalls unter Berücksichtigung der Bedeutung von § 2 EEG 2023 sei eine durchgreifende Beeinträchtigung dieses Belangs schon aufgrund der Vorprägung dieses Bereichs durch die bestehenden Anlagen eines Windparks, die unmittelbare Nähe zur Autobahn sowie die 110 kV-Freileitung, nicht zu erkennen. (Rn. 76, 79) Die vom Senat vertretene Würdigung führe nicht dazu, dass das Steuerungssystem des Gesetzgebers des Wind-an-Land-Gesetzes nicht mehr funktioniere und über § 2 EEG 2023 in einer Vielzahl von Fällen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB als zulässig anzusehen wären. (Rn. 83)

Das Gericht hielt fest, dass es in § 2 Abs. 1 BauGB AG NRW keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass ein für die Anwendung des § 35 Abs. 2 BauGB maßgeblicher öffentlicher Belang pauschalen Anwohnerschutzes geschaffen werden sollte. Die Vorschrift diene nach den aus der Gesetzesbegründung ersichtlichen Intention maßgeblich dazu, die Privilegierung von WEA innerhalb des Mindestabstandsbereichs von 1.000 m zu beseitigen. (Rn. 87 ff.)

Es stünde auch kein „unbenannter“ öffentlicher Belang in Gestalt eines Planungserfordernisses entgegen. Das Erfordernis einer förmlichen Planung liege regelmäßig dann vor, wenn ein Koordinierungsbedürfnis bestehe und die durch das Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einen in erster Linie planerischen Ausgleich fordern. Dies sei vorliegend nicht ersichtlich. (Rn. 112)

## Fazit

Die außergewöhnliche Entscheidung des OVG Münster kommt zu einer Neubewertung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von „entprivilegierten“ Windenergievorhaben im Außenbereich. Das Gericht hält selbst in diesem Bereich WEA in bestimmten Sonderkonstellationen für zulässig und verweist darauf, dass die gesetzliche Wertung des § 2 EEG 2023 auch im Zusammenhang mit § 35 Abs. 2 BauGB zu berücksichtigen sei. In NRW wurde damit obergerichtlich ein Windenergievorhaben trotz landesrechtlicher Abstandsvorgaben im Bereich von unter 1.000 m bauplanungsrechtlich für zulässig erklärt.

Die Berücksichtigung des § 2 EEG 2023 im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung<sup>3</sup> nach § 35 Abs. 2 BauGB ist nachvollziehbar. Das OVG Münster betonte im konkreten Fall das Vorliegen einer Sonderkonstellation und begründet dies im Zusammenhang mit dem öffentlichen Belang des Schutzes der natürlichen Eigenart der Landschaft bzw. ihres Erholungswertes i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB mit den Bestandsanlagen im Windpark E., der nahegelegenen Autobahn und der vorhandenen Höchstspannungsfreileitung. Damit bezieht sich das Gericht auf die Vorprägung des Bereichs und lehnt eine Beeinträchtigung des öffentlichen Belangs nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB jedenfalls unter

<sup>3</sup> Vgl. hierzu BVerwG, Beschluss v. 26.6.2014 – 4 B 47.13, Rn. 7.



Berücksichtigung der Bedeutung von § 2 EEG 2023 ab. Wo die Grenzen für die Annahme einer entsprechenden Sonderkonstellation im Falle der Vorprägung des Außenbereichs liegen, wird im Urteil jedoch nicht deutlich.

Das Gericht führte im Zusammenhang mit § 2 AG BauGB NRW aus, dass die Regelung dazu diene, die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich innerhalb des festgelegten Mindestabstandes zu beseitigen. In diesem Bereich sei folglich § 35 Abs. 2 BauGB die Grundlage für die planungsrechtlichen Beurteilung. Die Ableitung eines pauschalen Anwohnerschutzes aus § 2 Abs. 1 BauGB AG NRW lehnte das Gericht hingegen ab. Die landesrechtliche Regelung über den Siedlungsabstand in NRW ist zwischenzeitlich außer Kraft getreten, sodass sich dort die Frage nach der Zulassung von sonstigen (nicht privilegierten) Vorhaben im Außenbereich jedenfalls nicht mehr aufgrund der Siedlungsnähe einer geplanten WEA stellen wird.

Es bleibt abzuwarten, ob zukünftig vielerorts Genehmigungen für Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB im Außenbereich beantragt werden und wie die Obergerichte anderer Bundesländer die planungsrechtliche Zulässigkeit entsprechender Vorhaben beurteilen werden. Aufgrund der Rechtsfolgenregelungen des § 249 Abs 2 BauGB wird die Rechtsprechung künftig nicht nur in Bundesländern mit 1.000 m - Regelungen relevant sein. Vielmehr wird mit Erreichen des Flächenbeitragswertes oder eines regionalen oder kommunalen Teilflächenziels auch außerhalb von Windenergiegebieten der Anwendungsbereich des § 35 Abs. 2 BauGB eröffnet sein, sodass auch dort die vorliegenden Erwägungen eine Rolle spielen werden. Im Blick zu behalten bleibt auch, ob und ggf. in welchem Umfang die Rechtsprechung dem Umstand Bedeutung zumessen wird, dass § 2 EEG 2023 EU-rechtlich aufgeladen ist. Art. 3 der Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022<sup>4</sup> zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien entspricht weitgehend der bundesgesetzlichen Norm. Zudem fordert Art. 16 f der Richtlinie (EU) 2018/2001 (sog. Erneuerbare-Energien-Richtlinie) in der Fassung, die sie durch die Richtlinie (EU) 2023/2413 vom 18. Oktober 2023 gefunden hat, von den Mitgliedstaaten, bis spätestens zum 21. Februar 2024 Rechtsnormen wie § 2 EEG 2023 in ihren Rechtsordnungen zu etablieren.

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

[https://www.justiz.nrw/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2023/7\\_D\\_423\\_21\\_AK\\_Urteil\\_20230516.html](https://www.justiz.nrw/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2023/7_D_423_21_AK_Urteil_20230516.html)

---

<sup>4</sup> Art. 3 der Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates v. 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, S. 6.

## Vereinfachtes Verfahren, Genehmigungsbescheid, öffentliche Bekanntmachung, grundsätzliche Bedeutung, Fristenlauf

### BVerwG, Beschlüsse vom 8. Dezember 2022 - 7 B 8.22 und 7 B 9.22

1. **Es ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt und ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz, dass der reguläre Lauf der einmonatigen Widerspruchs- oder Klagefrist durch öffentliche Bekanntmachung eines im vereinfachten Verfahren erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheides in Gang gesetzt wird. (Rn. 3 – 4)**
2. **Die Frage, welche Rechtswirkungen eine im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 21a Abs. 1 BImSchV erfolgte öffentliche Bekanntmachung entfaltet, ist in der Literatur umstritten. Dies rechtfertigt jedoch die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nicht. (Rn. 5). (redaktionelle Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Dem Ausgangsverfahren vor dem Verwaltungsgericht Dresden lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Beklagte erteilte der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen im Jahr 2016 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zum Bau und Betrieb von sieben Windenergieanlagen (WEA) im vereinfachten Verfahren. Auf Antrag des Genehmigungsinhabers wurde der Genehmigungsbescheid im Amtsblatt bekanntgemacht und im Umweltamt ausgelegt. Der Kläger (Miteigentümer eines mit einem Wohnhaus bebauten nahen Flurstücks) wandte sich mit Widerspruch und Klage gegen diese Genehmigung.<sup>5</sup> Nachdem dies nicht erfolgreich war, beantragte er die Zulassung der Berufung, die das OVG Bautzen wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuließ. Das OVG Bautzen wies diesen Antrag jedoch als unbegründet zurück und ließ die Revision nicht zu.<sup>6</sup> Anschließend legte der Kläger gegen die Nichtzulassung der Revision Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) ein. Er begründete dies damit, dass eine rechtsgrundsätzlich bedeutsame Frage darin bestünde, ob eine öffentliche Bekanntmachung einer im vereinfachten Verfahren nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BImSchG erteilte Genehmigung Rechtsmittelfristen gegenüber jedermann auslöst.

#### Inhalt der Entscheidung

Das BVerwG wies die Nichtzulassungsbeschwerde zurück, da es die zu klärende Frage nicht als rechtsgrundsätzlich bedeutsam ansah. Eine grundsätzliche Bedeutung habe eine Rechtssache nicht schon dann, wenn lediglich keine Rechtsprechung des BVerwG dazu vorliege. Dies sei nur dann gegeben, wenn zur Rechtsfortbildung aufgrund sich widersprechender obergerichtlicher Rechtsprechung eine höchstrichterliche Entscheidung notwendig sei. (Rn. 2) Ob eine öffentliche Bekanntmachung einer im vereinfachten Verfahren nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BImSchG erteilten Genehmigung den regulären Lauf der einmonatigen Widerspruchs- und Klagefrist gem. § 70 Abs. 1 Satz 1, § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO auslöse, sei allerdings in der obergerichtlichen Rechtsprechung einheitlich beantwortet. (Rn. 3) Allein die Tatsache, dass es hierzu in der Literatur divergierende Meinungen gebe, sei kein Grund die Revision hier zu rechtfertigen. (Rn. 5)

Zudem ergebe sich die Beantwortung der Frage, ob die öffentliche Bekanntmachung im vereinfachten Verfahren den Lauf der Widerspruchs- und Klagefrist auslöse auch direkt aus dem Gesetz. Denn § 41 Abs. 3 Satz 1 VwVfG erlaube gerade die öffentliche Bekanntmachung eines Verwaltungsaktes, wenn dies durch eine Rechtsvorschrift erlaubt sei. Vorliegend sei die öffentliche Bekanntmachung durch § 21a Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV möglich, denn die Vorschrift sei gem. § 24 der 9. BImSchV im vereinfachten Verfahren anwendbar. (Rn. 4)

Das Gericht stellte ferner klar, dass Rechtsvorschriften im Sinne des § 41 Abs. 3 Satz 1 VwVfG alle förmlichen und materiellen Gesetze seien und folglich darunter auch Rechtsverordnungen fallen. Zudem bezwecke der Wortlaut des § 21a Abs. 1 der 9. BImSchV sowohl in der amtlichen Überschrift als auch im Text gerade die Bekanntgabe des Genehmigungsbescheides. (Rn. 4)

<sup>5</sup> Zum genauen Sachverhalt siehe OVG Bautzen, Urt. v. 11.11.2021 - 1 A 450/20 (in Rundbrief [1/2022](#) besprochen) und VG Dresden, Gerichtsbescheid v. 4.5.2020 - 3 K 833/18.

<sup>6</sup> OVG Bautzen, Urt. v. 11.11.2021 - 1 A 450/20 (in Rundbrief [1/2022](#) besprochen).



## Fazit

Mit der vorliegenden Entscheidung des BVerwG wird die Entscheidung des OVG Bautzen vom 11. November 2021<sup>7</sup> rechtskräftig. Das Gericht fand in der Begründung eindeutige Worte und machte deutlich, dass es keiner Klärung der Frage durch seinen Spruchkörper brauche, ob die Rechtsmittelfrist bei freiwilliger öffentlicher Bekanntmachung im vereinfachten Verfahren ausgelöst werde. Vielmehr bestätigte das BVerwG die obergerichtliche Rechtsprechung (OVG Münster<sup>8</sup>, VGH Mannheim<sup>9</sup>, OVG Bautzen) und stellte darüber hinaus fest, dass schon das Gesetz selbst in § 41 Abs. 3 Satz 1 VwVfG und § 21a Abs. 1 S. 1 9. BImSchV die Antwort beinhalte, dass mit der öffentlichen Bekanntmachung die einmonatige Widerspruchs- bzw. Klagefrist ausgelöst werde.

Diese Entscheidung bringt größere Rechtssicherheit und auch Vereinfachungen für die Windenergiebranche. Sie bestätigt, dass der im vereinfachten Verfahren erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbescheid im Falle der freiwilligen Bekanntmachung zwei Wochen nach der ortsüblichen Bekanntgabe als bekannt gegeben gilt. Ab diesem Zeitpunkt der Genehmigungsfiktion beginnt dann der reguläre Lauf der einmonatigen Widerspruchs- bzw. Klagefrist nach § 70 Abs. 1 Satz 1, § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO.

Zudem bedeutet diese Entscheidung im Umkehrschluss auch, dass Genehmigungsbehörden einen solchen Antrag auf freiwillige Bekanntmachung nicht ablehnen dürfen.

Die Volltexte der Entscheidungen können kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<https://www.bverwg.de/de/081222B7B8.22.0> und <https://www.bverwg.de/de/081222B7B9.22.0>

---

<sup>7</sup> OVG Bautzen, Urt. v. 11.11.2021 - 1 A 450/20 (in Rundbrief 1/2022 besprochen).

<sup>8</sup> OVG Münster, Beschl. 24.9.2009 - 8 B 1343/09.AK.

<sup>9</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 7.3.2019 - 10 S 2025/18.

## Genehmigungsverfahren, Luftverkehrsrechtliche Zustimmung, Bundeswehr, Alternativenprüfung, verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum

### VGH Mannheim, Urteil vom 4. April 2023 - 10 S 1560/22

1. **Militärische Tiefflüge stellen keine Abweichungen von den Vorschriften über das Verhalten im Luftraum (mehr) dar, die nur unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 Satz 1 und 3 LuftVG zulässig wären. Die Einhaltung bestimmter Förmlichkeiten setzt das Gesetz für deren Durchführung auf hierfür von der Bundeswehr genutzten Tiefflugstrecken nicht voraus.**
2. **Die Zustimmungsentscheidung nach § 14 Abs. 1 LuftVG beinhaltet keine Planungs- oder Ermessensentscheidung der Luftfahrtbehörde oder der am Zustimmungsverfahren beteiligten Stellen der Bundeswehr, so dass es auch keiner Alternativenprüfung im Sinne einer aktiven Suche nach etwa in Betracht kommenden Ausweichstrecken bedarf.**
3. **Die am Zustimmungsverfahren beteiligten Stellen der Bundeswehr müssen sich mit dem zur Genehmigung gestellten Vorhaben auseinandersetzen und prüfen, ob an einer diesem entgegenstehenden militärischen Nutzung am konkreten Standort auch unter Berücksichtigung der besonderen Bedeutung des Ausbaus von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien festgehalten werden soll.**
4. **Bei der gebotenen standortbezogenen Betrachtung kommt der Bundeswehr ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum zu.  
(amtliche Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten um die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage (WEA) mit einer Gesamthöhe von 246,6 m. In einer Entfernung von ca. 50 km Luftlinie befindet sich der Heeresflugplatz Niederstetten, der von einem Heeresfliegerregiment der Bundeswehr militärisch genutzt wird und daneben als ziviler Verkehrslandeplatz genehmigt ist. Am Heeresflugplatz beginnen und enden insgesamt sieben Hubschraubertiefflugstrecken, von denen eine das Vorhabengrundstück kreuzt. Die Klägerin (ein Unternehmen der Windenergiebranche) stellte einen Genehmigungsantrag bei der Beklagten (Genehmigungsbehörde). Das Bundesamt für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen der Bundeswehr bezog hiergegen im Rahmen der Behördenbeteiligung ablehnend Stellung, weil sich der Standort der WEA innerhalb der dort verlaufenden Hubschraubertiefflugstrecke und dem dazugehörigen Sicherheitskorridor befinde. Daraufhin verweigerte das Regierungspräsidium Stuttgart als zuständige Luftfahrtbehörde seine Zustimmung nach § 14 LuftVG zu der beantragten Genehmigung. Die Beklagte lehnte den Genehmigungsantrag daraufhin ab. Die Klägerin erhob gegen die Ablehnungsentscheidung Klage beim Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim und beruft sich darauf, dass die Zustimmungsversagung i. S. d. § 14 LuftVG die Ablehnungsentscheidung nicht trage.

#### Inhalt der Entscheidung

Der VGH Mannheim wies die Klage ab. Das Vorhaben sei nicht genehmigungsfähig, weil die zuständige Luftfahrtbehörde die nach § 14 Abs. 1 LuftVG erforderliche Zustimmung zu Recht verweigert habe. (Rn. 29, 30) Die Zustimmungsentscheidung, die aufgrund einer gutachterlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation getroffen wurde und die ihrerseits ein Verwaltungsinternum darstelle<sup>10</sup>, sei in der Sache nicht zu beanstanden. (Rn. 33 f.)

Die Zustimmung sei zu versagen, wenn dies zur Wahrung der Sicherheit der Luftfahrt und der Allgemeinheit erforderlich ist und nachteilige Wirkungen nicht durch Auflagen ausgeschlossen werden könnten. Eine die Versagung der Zustimmung rechtfertigende Gefahrenlage sei dann gegeben, wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall in überschaubarer Zukunft hinreichend wahrscheinlich mit einem Schadenseintritt gerechnet werden müsse oder eine vorhandene Gefahr konkret verstärkt werde. Dies sei durch eine Gefahrenprognose auf Grundlage des an dem Anlagenstandort vorgesehenen üblichen Luftverkehrs zu ermitteln.<sup>11</sup> (Rn. 34, 36) Die durch den Zustimmungsvorbehalt nach § 14

<sup>10</sup> Der VGH Mannheim verweist in diesem Zusammenhang auf die höchststrichterliche Rechtsprechung des BVerwG, Urteil v. 16.07.1965 – IV C 30/65.

<sup>11</sup> Der VGH Mannheim verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des OVG Schleswig, Urteil v. 19.01.2017 – 1 LB 18/15, Rn. 66.

LuftVG geschützte Sicherheit der Luftfahrt beinhalte auch den militärischen Luftverkehr. In diesem Zusammenhang komme dem Umstand Bedeutung zu, dass der Bundeswehr bei der Entscheidung, was zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Verteidigungsaufgaben gem. Art. 87a GG zwingend notwendig ist, ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum zustehe. Es bleibe deshalb grundsätzlich den militärischen Überlegungen überlassen, wann und in welchem Umfang ein Tiefflugbetrieb im Einzelfall nach Maßgabe der konkreten Verhältnisse durchgeführt bzw. aufrechterhalten werde. Auch die der Gefahrenanalyse zugrundeliegenden prognostischen Einschätzungen seien von dem verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum umfasst. (Rn. 37) Für die Durchführung von Hubschraubertiefflügen bedürfe es keiner Abweichungsentscheidung i. S. d. § 30 Abs. 1 LuftVG mehr. (Rn. 45) Bei der gerichtlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit einer verweigerten Zustimmung sei zu berücksichtigen, dass die Zustimmungsentscheidung i. S. v. § 14 Abs. 1 LuftVG keine Planungs- oder sonstige Ermessensentscheidung darstelle. Es finde keine Abwägung mit entgegenstehenden Belangen statt und es komme grundsätzlich nicht darauf an, inwieweit Teilnehmern am Luftverkehr im Einzelfall zuzumuten sei, ihrerseits ihr Verhalten an dem zur Genehmigung gestellten Vorhaben auszurichten. Die Zustimmungsverweigerung sei auch nicht am Maßstab des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots zu messen. Die Versagung sei daher erst dann fehlerhaft und im Rahmen einer Verpflichtungsklage auf Zulassung eines Vorhabens unbeachtlich, wenn sich die mangelnde Notwendigkeit der Baubeschränkung für die Sicherung des Luftverkehrs herausstelle. (Rn. 38) Die Errichtung einer WEA am vorgesehenen Standort sei aufgrund ihres Hindernischarakters mit der weiteren Nutzung der Hubschraubertiefflugstrecke in diesem Bereich nicht vereinbar. Die geplante WEA würde erhebliche Gefahren für die Hubschrauberbesatzungen und auch für die Bevölkerung vor Ort mit sich bringen. Sie stelle ein Luftfahrthindernis dar, das mit Kollisionsgefahren einherginge und abhängig von den jeweiligen Sichtverhältnissen gefährliche Ausweichmanöver erfordern könne. (Rn. 46 f.)

Auch wenn keine Alternativenprüfung, in Gestalt einer aktiven Suche nach möglichen Ausweichstrecken, vorzunehmen sei, hätten die zuständigen Stellen der Bundeswehr sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob an der dem Vorhaben entgegenstehenden militärischen Nutzung am konkreten Anlagenstandort auch unter Berücksichtigung der besonderen Bedeutung des Ausbaus von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien i. S. d. § 2 Satz 1 EEG 2023 (vgl. aber auch § 2 Satz 3 EEG) festgehalten werden solle oder dem Vorhaben (bei Teilbarkeit ggf. auch nur teilweise) Raum gegeben werden könne. Den zuständigen Stellen der Bundeswehr komme im Rahmen ihrer Beteiligung am Zustimmungsverfahren auch insoweit ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum zu, den sie im vorliegenden Fall nicht überschritten habe. (Rn. 51, 55)

## Fazit

Der VGH Mannheim erkannte im vorliegenden Urteil zwar grundsätzlich die herausragende Bedeutung des § 2 EEG 2023 im Zusammenhang mit der Erteilung einer Zustimmung nach § 14 Abs. 1 LuftVG an, betonte aber auch insoweit den verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum der Bundeswehr. Der VGH stellte insbesondere klar, dass die zuständigen Stellen keine Alternativenprüfung im Sinne einer aktiven Suche nach in Betracht kommenden Ausweichstrecken vorzunehmen hätten. Interessant ist, dass § 2 EEG 2023 im Zusammenhang mit der luftverkehrsrechtlichen Zustimmung Berücksichtigung findet, obwohl diese aus Sicht des Gerichts keine Planungs- oder Ermessenentscheidung darstellt. Es soll demnach geprüft werden, ob an der dem Vorhaben entgegenstehenden militärischen Nutzung am konkreten Anlagenstandort, auch unter Berücksichtigung der besonderen Bedeutung des Ausbaus von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien, festgehalten werden soll. Die Vorschrift des § 2 EEG 2023 wird damit im Rahmen des Beurteilungsspielraumes auf Tatbestandsebene angewendet.

Auch in dieser Entscheidung zeigt sich, dass Projektierer es regelmäßig schwer haben werden, Windenergievorhaben innerhalb eines Sicherheitskorridors einer Hubschraubertiefflugstrecke zu realisieren. Ein anderes Ergebnis wurde im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs vor dem OVG Münster im Mai 2023 erzielt.<sup>12</sup> Danach hielt die Bundeswehr für einen geplanten Standort einer WEA, innerhalb des Sicherheitskorridors einer militärischen Hubschraubertiefflugstrecke, nicht an ihren Bedenken hinsichtlich der Sicherheit des Luftverkehrs fest.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> OVG Münster, Beschluss v. 11.05.2023 – 22 D 70/22. AK:

<sup>13</sup> Vgl. Justiz NRW online, Pressemitteilung, [Vergleich im Streit über eine Windenergieanlage in einer Hubschraubertiefflugstrecke](#), 11.05.2023.

Es bleibt abzuwarten, wie zukünftig die Entscheidungen der Bundeswehr im Zusammenhang mit WEA innerhalb von Sicherheitskorridoren einer Hubschraubertiefflugstrecke ausfallen werden. Die vorliegende Entscheidung des VGH Mannheim macht jedenfalls deutlich, dass es bei der Zustimmungsentscheidung nach § 14 Abs. 1 LuftVG selbst unter Berücksichtigung der herausragenden Bedeutung der erneuerbaren Energien, maßgeblich darauf ankommt, wie die zuständigen Stellen der Bundeswehr ihren verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum ausüben.

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

[Urteil des 10. Senats vom 4.4.2023 - 10 S 1560/22 - \(juris.de\)](#)

---

## Änderungsgenehmigung, Turbulenzen, Standsicherheit, UVP-Vorprüfung, Notwendigkeit Neugenehmigung

### OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 24. Januar 2023 – OVG 3a S 1/23

1. Für die Typänderung einer ursprünglich genehmigten, aber nicht schon errichteten Windenergieanlage kann bei Betrachtung des Einzelfalls eine Änderungsgenehmigung statt einer Neugenehmigung ausreichend sein. (Rn.6)
2. Nur wegen der tatsächlichen Probleme, Änderungen nach Errichtung der genehmigten Windkraftanlagen ohne einen Rückbau zu realisieren, sind Änderungen vor Ausnutzung der erteilten Genehmigung nicht per se ausgeschlossen. (Rn.8)
3. Es spricht vieles dafür, dass Kompensationsmaßnahmen bis hin zu Ersatzgeldzahlungen ausnahmsweise dann im Rahmen einer Vorprüfung Berücksichtigung finden können, wenn die zugrundeliegenden Umweltauswirkungen bereits in vorgelagerten Umweltprüfungen oder anderen rechtlich vorgeschriebenen Untersuchungen hinreichend geprüft wurden. (Rn.13)
4. Ob der Vorhabenträger Vermeidungsmaßnahmen selbst vorgeschlagen hat oder nicht, ist nicht erheblich. Bedeutsam ist allein, ob diese Maßnahmen rechtverbindlich für den Vorhabenträger festgesetzt sind. Ob er die im Genehmigungsbescheid festgesetzten Maßnahmen tatsächlich umsetzt, ist eine Frage der Vollzugskontrolle. (Rn.15)  
(amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Beigeladenen (Unternehmen der Windenergiebranche) wurde am 21. September 2021 eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung für drei Windenergieanlage (WEA) erteilt. Mit der Änderungsgenehmigung gingen eine Typänderung von Vestas V150 zu Nordex N149, eine Erhöhung der Nennleistung von 4,5 MW auf 5,6 MW, eine Erhöhung der Nabenhöhe von 164 m auf 166 m und eine Vergrößerung des Rotordurchmessers von 149,1 m auf 150 m einher. Das im Genehmigungsverfahren vorgelegte Gutachten zu den Schallimmissionen stellte fest, dass eine Verbesserung gegenüber der ursprünglichen Genehmigung vorliege. Zudem lag der Genehmigung ein Turbulenzgutachten vom 13. August 2019 samt Plausibilitätsprüfung vom 30. März 2020 zugrunde. Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin von WEA, die sich in räumlicher Nähe zu den von der Änderungsgenehmigung umfassten WEA befinden. Sie wendete sich gegen die Änderungsgenehmigung vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg mit einem Eilantrag gem. § 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Berlin-Brandenburg lehnte den Antrag ab; dieser sei zwar zulässig, aber unbegründet. (Rn. 1)

Das OVG ging darauf ein, dass i. R. d. Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse sowie dem Interesse der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehung und dem Aufschubinteresse des Antragstellers vorliegend schon § 63 BImSchG mit zu bedenken sei. Dieser sei im Zuge des Investitionsbeschleunigungsgesetzes<sup>14</sup> erlassen worden und impliziere eben gerade, dass Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Zulassung einer WEA keine aufschiebende Wirkung haben. Absicht der Regelung sei laut Gesetzesbegründung, dass Zulassungsverfahren beschleunigt werden, um so durch ein schnelleres Erreichen der Ausbauziele hinsichtlich der Windenergienutzung die Energiewende voranzutreiben.<sup>15</sup> Auch § 67 BImSchG widerspreche dem nicht. Folglich überwiege hier das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung. (Rn. 3 ff.)

Für die Frage, ob eine Änderungsgenehmigung ausreiche oder eine Neugenehmigung gebraucht werde, sei der Anlagenbegriff in § 1 der 4. BImSchV i. V. m. Nr. 1.6.2 des Anhang 1 zur 4. BImSchV entscheidend, denn eine wesentliche Änderung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BImSchG liege vor, wenn die Lage, die Beschaffenheit oder der Betrieb der Anlage

<sup>14</sup> Gesetz zur Beschleunigung von Investitionen v. 3.12.2020, BGBl I v. 9.12.2020, S. 2694.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 19/22139, S. 25.

geändert oder erweitert werden und dadurch für die Prüfung der Erfüllung der Betreiberpflichten erhebliche nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können. Vorliegend ließen alle Änderungen, die mit Änderung der WEA einhergingen, selbst in einer Kumulation den Charakter der ursprünglichen Genehmigung unter Einbeziehung von Nr. 1.6.2 des Anhang 1 zur 4. BImSchV nicht entfallen. Insbesondere sei die Änderungsgenehmigung einer WEA dann möglich, wenn die Ausgangsgenehmigung - wie vorliegend - noch nicht ausgenutzt worden sei. (Rn. 8 f.)

Die von der Antragstellerin angenommenen Produktionsverluste ihrer WEA aufgrund einer Erhöhung der Turbulenzintensität der streitgegenständlichen Änderungsgenehmigung, müssten ein mehr als nur unerhebliches Maß erreichen, um das Rücksichtnahmegebot zu verletzen. Dies sei vorliegend bei 4,02% Produktionsverlust nicht ersichtlich. (Rn. 11)

Das Gericht hielt fest, dass der Antragstellerin kein Aufhebungsanspruch aus § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b, Satz 2 UmwRG zustehe. Das Gericht prüfe hier lediglich, ob die UVP-Vorprüfung gem. § 7 UVPG durchgeführt wurde und im Ergebnis plausibel sei. Richtig sei in diesem Zusammenhang, dass innerhalb einer Vorprüfung untersuchte Kompensationsmaßnahmen (Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen) die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung grundsätzlich nicht entfallen lassen könnten. Schließlich könnten gem. § 7 Abs. 5 Satz 1 UVPG n.F. lediglich Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen zur Verneinung der Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht führen. Kompensationsmaßnahmen könnten dies nicht. Hierbei komme es im Übrigen nicht darauf an, ob der Vorhabenträger selbst die Vermeidungsmaßnahmen vorschlage. Wichtig sei nur, dass sie i. R. d. Genehmigung rechtsverbindlich umzusetzen seien. (Rn. 12 ff.)

## Fazit

In der vorliegenden Entscheidung wäre es wünschenswert gewesen, dass das OVG sich eindeutiger dahingehend positioniert, dass durch Änderungen, wie sie im vorliegenden Fall vorlagen, regelmäßig keine zusätzlichen erheblichen Umweltauswirkungen zu erwarten sind, die die Erheblichkeitsschwelle des § 9 Abs. 1 Nr. 2 UVPG überschreiten und damit zu einer UVP-Pflicht des Änderungsvorhabens führen. Vor dem Hintergrund, dass sich WEA in einem sehr schnellen Tempo technisch weiterentwickeln, käme der Annahme einer UVP-Pflicht in Konstellationen wie der Vorliegenden eine große Tragweite zu und führten so zu einer Entwertung des Beschleunigungspotenzials von § 16b Abs. 7 BImSchG. Im Ergebnis bleibt daher lediglich festzuhalten, dass in zukünftigen Rechtsprechungen zu beobachten ist, wie mit diesen Anforderungen umgegangen wird und ob sich diese Lesart des OVG Berlin-Brandenburg durchsetzt.

Aufgrund der vorliegenden Rechtsprechung des OVG ist Vorhabenträgern anzuraten, Maßnahmen der Vorprüfung auch in der Genehmigung festhalten zu lassen. Die Bestätigung des Gerichts, dass Kompensationsmaßnahmen sowie Ersatzgeldzahlungen ausnahmsweise im Rahmen einer UVP-Vorprüfung Berücksichtigung finden können, ist nachvollziehbar. Hier findet das OVG klare Worte und erlaubt dies für den Fall, dass die zugrundeliegenden Umweltauswirkungen bereits in vorgelagerten Umweltprüfungen oder anderen rechtlich vorgeschriebenen Untersuchungen hinreichend geprüft wurden.

Als positiv zu bewerten ist die Tatsache, dass das Gericht hier § 63 BImSchG auf Widersprüche anwendet, die zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits erhoben waren. Im Sinne der Vorschrift kommt folglich dem Widerspruch und der Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Zulassung einer WEA mit einer Gesamthöhe von 50 m keine aufschiebende Wirkung zu.<sup>16</sup> Darüber hinaus sieht das OVG Berlin-Brandenburg § 63 BImSchG auf Änderungsgenehmigungen für anwendbar. Zu betonen ist auch, dass das OVG i. R. d. Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse sowie dem Interesse der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehung und dem Aufschubinteresse des Antragstellers, § 63 BImSchG besondere Berücksichtigung einräumt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE235000580>

<sup>16</sup> So z. B. auch VGH Mannheim, Beschl. v. 21.1.2022 – 10 S 1861/21 (in Rundbrief [1/2022](#) besprochen).

## UVP-Vorprüfung, Fledermäuse, Abschaltzeiten, Abstandsfläche, Standortalternative, intendiertes Ermessen, Gebot der Rücksichtnahme

### OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 7. Juni 2023 – OVG 3a A 57/23

**Dass die Genehmigung einer Windenergieanlage, bezogen auf Fledermäuse, keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen hat, ist plausibel, wenn die Windkraftanlage gemäß einer Nebenbestimmung in der Genehmigung im Zeitraum vom 15. Juli bis zum 15. September bei Windgeschwindigkeiten in Gondelhöhe unterhalb von 5,0 m/s und bei einer Lufttemperatur von 10°C im Windpark ohne Niederschlag eine Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang abzuschalten ist. (Rn.22) (amtlicher Leitsatz)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene beantragte beim Beklagten (Genehmigungsbehörde), ihr unter Gewährung einer Abweichung von den Vorgaben des Abstandsflächenrechts eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage (WEA) zu erteilen. Das Vorhabengrundstück grenzt unmittelbar an das Grundstück der Klägerin an. Die geplante WEA soll in unmittelbarer Nähe zur südlichen Grenze des Flurstücks der Klägerin so errichtet werden, dass die ungekürzten Abstandsflächen auf das Grundstück der Klägerin fielen. Der Beklagte gab im Amtsblatt bekannt, dass für das Vorhaben keine UVP-Pflicht bestehe und erteilte der Beklagte die immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Nach Nebenbestimmung Nr. 6.4 ist die WEA zum Schutz von Fledermäusen unter bestimmten Bedingungen im Zeitraum vom 15. Juli bis zum 15. September eine Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang abzuschalten. Zudem wurde dem Antrag der Beigeladenen zur „Reduzierung der Abstandsflächen (von 154,6 m auf 82,6 m) nach einer Ermessensausübung stattgegeben. Gegen die Genehmigung der zwei WEA legte die Klägerin Widerspruch ein. Als Eigentümerin des benachbarten Flurstücks machte sie geltend, dass sie dieses Grundstück für das Repowering einer WEA nutzen möchte. Mit Widerspruchsbescheid wies der Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Hiergegen wendete sich die Klägerin mit einer Anfechtungsklage vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg und beantragte, die Genehmigung aufzuheben. Der Beklagte und die Beigeladene beantragten, die Klage abzuweisen.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG wies die Klage ab. Diese sei zwar zulässig, aber unbegründet. (Rn. 17) Das Gericht hielt fest, dass für eine durchzuführende UVP-Vorprüfung nicht entscheidend sei, ob ein hinzutretendes kumulierendes Vorhaben gem. § 11 UVPG oder ein Änderungsvorhaben gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 UVPG vorliege. Allein aufgrund der Größen- und Leistungswerte der genehmigten WEA sei eine UVP-Pflicht nicht erreicht bzw. überschritten. Zudem habe hier die durchgeführte allgemeine Vorprüfung nicht ergeben, dass das Vorhaben zusätzlich erheblich nachteilige oder andere erheblich nachteilige Umweltauswirkungen hervorrufen könne. (Rn. 19) Das Gericht befand das Ergebnis der Vorprüfung, bezogen auf die Auswirkungen des Vorhabens, für plausibel. (Rn. 20)

Aufgrund der Nebenbestimmungen mit Abschaltungen der WEA ab eine Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang vom 15. Juli bis zum 15. September bei Windgeschwindigkeiten in Gondelhöhe unterhalb von 5,0 m/s und bei einer Lufttemperatur von 10°C ohne Niederschlag sei vorliegend durch den Beklagten nachvollziehbar die Auffassung vertreten worden, dass die WEA keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen in Bezug auf Fledermäuse haben könne. (Rn. 22) Hinsichtlich des Alters der Daten eines vorgelegten artenschutzfachlichen Gutachtens, hielt das OVG fest, dass diese auch sechs bis sieben Jahre alt sein können, wenn kein Nutzungs- und Strukturwandel stattgefunden habe und zudem keine wesentlichen Veränderungen der Standortbedingungen eingetreten seien. (Rn. 23) Ungeachtet dessen, sei vorliegend der Fledermausschutz alleine aufgrund der umfangreichen Abschaltungen genügend berücksichtigt. (Rn. 24)

Die Klägerin sei vorliegend auch nicht in ihren eigenen Rechten verletzt. Zwar haben bauordnungsrechtliche Abstandsflächen drittschützende Wirkung, jedoch seien gem. § 6 Abs. 11 i. V. m. § 67 BbgBO Abweichungen davon möglich,

wenn die Schutzziele der Abstandsflächen trotzdem berücksichtigt werden. Eine atypische Grundstückssituation sei dafür nicht notwendig. (Rn. 28 f.) Sowohl die formellen (Benachrichtigung der Nachbarn) als auch die materiellen Voraussetzungen einer solchen Abweichung seien hier gegeben. Schließlich seien Abstandsflächen dafür notwendig, ausreichende Belichtung und Belüftung sowie einen angemessenen „Sozialabstand“ und auch Brandschutz zu gewährleisten. Insbesondere die Kriterien der Belichtung, Belüftung und des Wohnfriedens würden bei WEA im Außenbereich jedoch keine Wichtigkeit haben, hielt das Gericht fest. (Rn. 32 f.) Zudem liege die Nutzung der Windenergie i. S. d. § 2 Satz 1 EEG 2023 im überragenden öffentlichen Interesse und diene der öffentlichen Sicherheit. In dieser Funktion sei sie in die vorliegende Schutzgüterabwägung einzustellen. Auch die Klägerin mache hier zwar Windenergienutzung auf ihrem Grundstück geltend, jedoch betreffe dies ein in der Zukunft liegendes Repowering-Vorhaben, das nicht die gleiche Wichtigkeit habe wie das Vorhaben des Beklagten, das eine aktuelle Neugenehmigung umfasse. Schließlich sei es auch ein öffentliches Interesse, dass die Klimaziele schnell erreicht werden. (Rn. 36 f.)

## Fazit

Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der geltende § 6 Abs. 1 Satz 2 WindBG, festlegt, dass Daten „[...] zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag nicht älter als fünf Jahre sind. [...]“ ist es interessant, dass das OVG Berlin-Brandenburg in dieser Entscheidung daran festhält, dass Daten auch älter als fünf Jahre sein dürfen. Die Zulässigkeit der älteren Daten hatte sich in den letzten Jahren in der Rechtsprechung entwickelt. Es ist jedoch fraglich, ob sie nach Einführung des § 6 WindBG weiterhin berechtigt ist. Das OVG scheint die nun geltenden gesetzliche Einschränkung auf fünf Jahre –i. R. d. § 6 WindBG vorliegend nicht erkannt zu haben, denn es diskutiert diesen Zusammenhang nicht. Es bleibt folglich mit Interesse zu verfolgen, wie andere OVGs mit dieser Unstimmigkeit umgehen.

Zudem bestätigte das Gericht, dass die Abschaltungen von 15. Juli bis 15. September in der Nachtzeit ausreichend seien, um hinsichtlich des Schutzes von Fledermäusen keine erheblichen nachteilige Umweltauswirkungen der WEA zu bewirken. Dies gelte sogar, obwohl die streitige WEA innerhalb eines Flugkorridors für Fledermäuse errichtet werden sollte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Parameter in einem Erlass vom Mai 2023 für Brandenburg nun geändert haben.<sup>17</sup> Kap 2.3.1 des Erlasses sieht vor, dass der Abschaltzeitraum von WEA in Funktionsräumen besonderer Bedeutung die Zeit vom 1. April bis 31. Oktober eines Jahres umfasst. In Funktionsräumen allgemeiner Bedeutung wird der Abschaltzeitraum auf die Schwärm- und Zugzeiten vom 11. April bis 31. Mai und vom 1. Juli bis 15. Oktober eines Jahres beschränkt. Im Ergebnis sei –jedenfalls nach der notwendigen Plausibilitätsprüfung– sichergestellt, dass das Kollisions- und Tötungsrisiko für Fledermäuse gem. § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG hinreichend reduziert werde. Angesichts der teilweise erfolgten Standardisierung im Artenschutzrecht erscheint dies vertretbar und sorgt wegen des Abstellens auf die Vorgaben eines Landeserlasses für Rechtssicherheit.

Darüber hinaus sind die Ausführungen zu den Voraussetzungen einer Abweichung von den Abstandsflächen und Abständen gem. § 6 Abs. 11 i. V. m. § 67 BbgBO wichtig. Hier bestätigte das OVG nochmals, dass die bauordnungsrechtlichen Vorgaben bezüglich der Abstandsflächen für WEA eigentlich nicht notwendig seien. Es wäre wünschenswert, dass auf Bundesebene eine solche Ausnahme von den bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen für WEA im Außenbereich in der Musterbauordnung verankert werden würde.<sup>18</sup>

Des Weiteren zog das OVG in seiner Entscheidung i. R. d. Abwägung des Interesses des Vorhabenträgers an der Realisierung der geplanten WEA mit den Interessen der Grundstücksnachbarn, § 2 EEG 2023 heran und betonte nochmals, dass ein schneller Zubau von WEA notwendig sei um die Klimaziele zu erreichen. Interessant ist ebenso die Gegenüberstellung von aktuellen und zukünftigen Vorhaben im Rahmen von § 2 EEG, innerhalb derer das OVG eine klare Aussage traf. Die Nichtanwendbarkeit von § 2 EEG im Rahmen des Prioritätsprinzips ist eine ebenfalls begrüßenswerte Klarstellung.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE230050035/part/L>

<sup>17</sup> MLUK Brandenburg (2023): *Anlage 3 Anforderungen an den Umgang mit Fledermäusen im Rahmen von Planungs- und Genehmigungsvorhaben zu Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen im Bundesland Brandenburg (Fledermäuse und WEA)*.

<sup>18</sup> In Mecklenburg-Vorpommern ist dies schon geschehen, siehe § 6 Abs. 1 Satz 3 LBauO-MV.



## Rechtliche Wirkungen einer Verlängerung nach § 18 Abs. 3 BlmSchG, eingeschlossene Genehmigung, Konzentrationswirkung

### VGH Kassel, Beschluss vom 30. Juni 2023 – 9 B 2279/21.T

1. ...
2. **Die unternehmerische Entscheidung, einen von der Bundesnetzagentur erhaltenen Zuschlag zur Lieferung von Strom aus einer Windenergieanlage verfallen zu lassen, kann einen wichtigen Grund im Sinne des § 18 Abs. 3 BlmSchG darstellen, wenn aufgrund projektspezifischer Besonderheiten andernfalls kein wirtschaftlicher Betrieb der Anlage möglich ist.**
3. **Für das Erlöschen nach § 13 BlmSchG eingeschlossener Genehmigungen gelten nicht die Fristen des § 18 Abs. 1 BlmSchG, sondern diejenigen des jeweiligen Fachrechts.**
4. **Eine Verlängerungsentscheidung nach § 18 Abs. 3 BlmSchG, die das Erlöschen gemäß § 13 BlmSchG eingeschlossener Genehmigungen nicht durch eine darauf bezogene Nebenbestimmung berücksichtigt, ist ermessensfehlerhaft.**
5. **Der Ermessensfehler der Nichtberücksichtigung des Erlöschens eingeschlossener Genehmigungen bei einer Verlängerungsentscheidung nach § 18 Abs. 3 BlmSchG ist durch Bescheidergänzung heilbar.**
6. **Die Vorschrift des § 80c Abs. 2 Satz 1 VwGO ist restriktiv auszulegen, so dass ein Mangel des angefochtenen Verwaltungsakts nicht außer Acht gelassen werden kann, wenn aufgrund des Verhaltens der zuständigen Behörde im gerichtlichen Verfahren dessen zeitnahe Heilung nicht zu erwarten ist.**  
(amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsgegner (Genehmigungsbehörde) erteilte 2017 der Beigeladenen (Unternehmen der Windenergiebranche) eine Genehmigung zur Errichtung von drei Windenergieanlagen (WEA) und ordnete die sofortige Vollziehung an. Gemäß einer Nebenbestimmung des Bescheids erlischt die Genehmigung, wenn nicht innerhalb von zwei Jahren nach Vollziehbarkeit mit der Errichtung der Anlagen begonnen wird oder diese nicht innerhalb von drei Jahren nach Vollziehbarkeit in Betrieb genommen werden. Diese Fristen wurden durch den Antragsgegner auf Antrag der Beigeladenen gemäß § 18 Abs. 3 BlmSchG verlängert. Im Jahr 2020 beantragte die Beigeladene eine weitere Fristverlängerung, da es ihr aufgrund einer Überprüfung der Kostenstruktur aus projektspezifischen wirtschaftlichen Gründen nicht möglich schien die Genehmigung auszunutzen. Am 2. Februar 2021 gewährte der Antragsgegner gem. § 18 Abs. 3 BlmSchG eine zweite Fristverlängerung. Eine amtliche Bekanntmachung der Entscheidung erfolgte nicht. Am 15. November 2021 erhob der Antragsteller (ein anerkannter Umweltverband) Klage<sup>19</sup> beim Verwaltungsgerichtshof (VGH) Kassel gegen den Bescheid vom 2. Februar 2021 und stellte einen Eilantrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage.

#### Inhalt der Entscheidung

Der VGH Kassel ordnete die aufschiebende Wirkung der Klage<sup>20</sup> gegen den Bescheid vom 2. Februar 2021 an. Das Gericht entschied, dass die Verlängerungsentscheidung i. S. d. § 18 Abs. 3 BlmSchG selbst zwar keine gestattende Wirkung entfalte, aber das Ziel des § 63 BlmSchG, das Genehmigungsverfahren zu beschleunigen rechtfertige es, auch Verlängerungsentscheidungen in den Anwendungsbereich des § 63 BlmSchG einzubeziehen. (Rn. 15) I. R. d. summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage in der Hauptsache betonte der VGH, dass ein wichtiger Grund i. S. d. § 18 Abs. 3 BlmSchG vorliege, wenn besondere Umstände gegeben seien, aufgrund derer die Errichtung oder der Betrieb der Anlage innerhalb der hierfür vorgegebenen Frist nicht oder nur mit erheblichen Nachteilen möglich sei. Lasse der künftige Betreiber der WEA im Ausschreibungsverfahren den Zuschlag für Strom aus seiner WEA verfallen, sei dies für sich betrachtet kein besonderer Umstand i. S. d. § 18 Abs. 3 BlmSchG. Zwar möge es so sein, dass eine erneute Teilnahme am Ausschreibungsverfahren lediglich nach geraumer Zeit möglich sei. Jedoch sei die Inanspruchnahme des Zuschlags rechtlich gerade nicht ausgeschlossen. Daher müsse in jedem Fall konkret, projektspezifisch und

<sup>19</sup> Die anhängige Klage hat das Az. 9 C 2277/21.T; über sie ist derzeit noch nicht entschieden.

<sup>20</sup> Siehe Fn. 1.

nachvollziehbar dargelegt werden, warum der Betrieb der geplanten WEA mit dem erteilten Zuschlag wirtschaftlich unzumutbar sei. (Rn. 21 ff.)

Das Gericht befand, dass nicht auszuschließen sei, dass durch die Verlängerungsentscheidung der Zweck des BlmSchG gefährdet sei. Hierfür sei maßgeblich, dass hinreichende objektive Anhaltspunkte vorlägen, dass aufgrund zwischenzeitlicher Veränderungen der rechtlichen sowie tatsächlichen Verhältnisse die Gefahrenabwehr i. S. d. BlmSchG und der in § 1 BlmSchG genannten Schutzgüter unterschritten werde. (Rn. 28 f.) Vorliegend sah der VGH hierfür jedoch keine entsprechenden objektiven Anhaltspunkte. Nach Ansicht des Gerichts sei es gerade nicht erheblich für die Entscheidung, dass die für die Projektrealisierung erforderliche Waldumwandlungsgenehmigung zwischenzeitlich erloschen sei. Ebenso ließ das Gericht offen, ob über den Ausbau der Zuwegung zu den geplanten WEA rechtmäßig entschieden worden sei. Schließlich umfasse die Konzentrationswirkung des § 13 BlmSchG gerade nicht die Zuwegung, weswegen diese nicht Prüfungsgegenstand der vorliegend streitigen Verlängerungsentscheidung gem. § 18 Abs. 3 BlmSchG sei. (Rn. 31 ff.)

Das Gericht befand, dass die Verlängerungsentscheidung ermessensfehlerhaft und damit auch rechtswidrig sei. Es begründete dies damit, dass der Antragsgegner das zwischenzeitliche Erlöschen der Waldumwandlungsgenehmigung und der Baugenehmigung fehlerhaft unberücksichtigt gelassen habe. Fälschlicherweise sei dem Vorhabenträger suggeriert worden, dass die Errichtung der WEA weiterhin gestattet sei, obwohl die Rechtsordnung genau dies wegen fehlender Fachgenehmigungen nicht erlaube. Dieser Ermessensfehler sei im Wege einer Bescheidergänzung grundsätzlich heilbar. (Rn. 63 ff.)

Darüber hinaus hielt das Gericht fest, dass § 80c VwGO hinsichtlich eines effektiven Rechtsschutzes eng auszulegen sei. Vorliegend sei jedoch eine Heilung des Verlängerungsbescheids zeitlich nicht absehbar. Schließlich habe die Genehmigungsbehörde im Verfahren an ihrer Rechtsauffassung festgehalten und auf Antrag der Vorhabenträgerin eine neue Waldumwandlungsgenehmigung erteilt. (Rn. 73 ff.)

## Fazit

Für Vorhabenträger ist wichtig mitzunehmen, dass die Voraussetzung der wichtigen Gründe für eine Verlängerungsentscheidung, nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn konkrete und projektbezogene betriebswirtschaftliche Kalkulationen und Darstellungen zu den Kostenentwicklungen belegen, dass und warum eine WEA jetzt (noch) nicht errichtet und wirtschaftlich betrieben werden kann. Bemerkenswert sind die Ausführungen des Gerichts zur behördlichen Prüfungspflicht i. R. d. § 18 Abs. 3 BlmSchG. zwar eine kursorische Prüfung der Immissionsschutzbehörde ausreichend, jedoch darf diese nicht zu einer oberflächlichen Abschätzung verkümmern, sondern hat auf der Grundlage geeigneter und ausreichender Informationen zu erfolgen. Hiervon erfasst sei auch die Prüfung, ob die eingeschlossenen Genehmigungen (z. B. Waldumwandlung) noch fortbestehen.<sup>21</sup> Im vorliegenden Fall hatte die Immissionsschutzbehörde dies nicht geprüft, weswegen Antragstellern nach § 18 Abs. 3 BlmSchG anzuraten ist, selbst im Auge zu behalten, welche „einkonzentrierten“ Genehmigungen möglicherweise erloschen sind, um diese bei Bedarf zusätzlich zu verlängern. Ferner ist hervorzuheben, dass der VGH hier den § 80c VwGO zwar in den Blick nimmt, aber auch danach nicht von der aufschiebenden Wirkung absieht. Die Begründung des VGH, der Anwendungsbereich des § 80c VwGO sei eng auszulegen, ergibt sich jedoch weder aus dem Wortlaut noch aus der Gesetzesbegründung<sup>22</sup>. Vielmehr ist der Gesetzesbegründung zu entnehmen, dass der vorläufige Vollzug besonders bedeutsamer und äußerst dringlicher Infrastrukturvorhaben so weitgehend wie möglich zugelassen werden soll.<sup>23</sup> Hierzu ist neben dem Ausbau der Stromnetze und der Erneuerung der verkehrlichen Infrastruktur auch der Ausbau der erneuerbaren Energien zu zählen. Bemerkenswert ist zudem, dass das Gericht hier § 2 Satz 1 EEG 2023 gänzlich verschweigt und auf das darin normierte überragende öffentliche Interesse an der Errichtung und dem Betrieb von Erneuerbaren-Energien-Anlagen gar nicht eingeht.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE230004735/part/L>

<sup>21</sup> Siehe hierzu BVerwG, Urt. v. 21.1.2021 – 7 C 9/19, Rn. 40.

<sup>22</sup> BT-Drs. 20/5165, 15 f.

<sup>23</sup> BT-Drs. 20/5165, 15.

## Impressum

© FA Wind, Dezember 2023

### Herausgegeben von

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

[www.fachagentur-windenergie.de](http://www.fachagentur-windenergie.de)

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

V. i. S. d. P.: Dr. Antje Wagenknecht

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  
Gianna Queijo Garcia

### Zitiervorschlag

FA Wind (2023), Rundbrief Windenergie und Recht 3/2023

### Haftungsausschluss

Die in diesem Rundbrief enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt.

Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen 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 [baur@fa-wind.de](mailto:baur@fa-wind.de).

Wenn Sie Ihre Daten für den Rundbrief Windenergie und Recht ändern oder sich abmelden wollen, senden Sie uns bitte eine E-Mail an [post@fa-wind.de](mailto:post@fa-wind.de).

---

**Fachagentur Windenergie an Land e.V.**

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

T +49 30 64 494 60-60

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