



## FACHAGENTUR WINDENERGIE AN LAND

Genehmigungsverfahren, UmwRG, harte und weiche Tabuzonen, Siedlungsflächen, Aarhus-Konvention, Tötungsverbot, Ausnahme, Alternativenprüfung

### **OVG Lüneburg, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 12 LB 118/16**

**1. Verwaltungsakt im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG kann auch ein immissionschutzrechtlicher Vorbescheid sein. (...)**

**4. Umweltbezogene Rechtsvorschriften im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 UmwRG sind nicht allein die materiell-rechtlichen Bestimmungen im Sinne des § 1 Abs. 4 UmwRG, sondern darüber hinaus auch diejenigen Normen des Verfahrensrechts, denen die Funktion zukommt, die Anwendung dieser umweltbezogenen Bestimmungen des materiellen Rechts zu effektuieren. (...)**

**6. Sogenannte „harte Tabuzonen“ für die Windenergienutzung können nicht rechtmäßig damit begründet werden, dass nach der TA Lärm unterschiedlich schutzwürdige Gebietstypen als „Siedlungsflächen“ zusammengefasst und um sie ein einheitlicher aus der prognostizierten Lärmbelastung hergeleiteter „Schutzabstand“ gelegt wird.**

**7. Werden in einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung Ausnahmen von dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zugelassen, rechtfertigt dies allein nicht den Schluss, im Genehmigungsverfahren hätte die Öffentlichkeit beteiligt werden müssen, weil ein Fall vorliege, in dem Art. 6 der Aarhus-Konvention zwingend auch bei Entscheidungen anzuwenden sei, die nicht in Anhang I der Aarhus-Konvention aufgeführt sind.**

**8. Eine zugunsten des Betriebs einer Windenergieanlage „hilfsweise“ erteilte artenschutzrechtliche Ausnahme von dem Verbot, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten, ist nicht hinreichend bestimmt, wenn ihr nicht zu entnehmen ist, für welchen Fall sie „hilfsweise“ erteilt wird und in welcher Größenordnung sie Tötungen zulässt.**

**9. Soll in Niedersachsen zugunsten des Betriebs einer nicht als Nebenanlage geplanten, sondern allgemein der Stromerzeugung dienenden Windenergieanlage eine artenschutzrechtliche Ausnahme von dem Verbot erteilt werden, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten, setzt dies eine Prüfung von Standortalternativen voraus, die sich auf das Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung erstreckt.  
(amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Der Kläger ist eine Umweltvereinigung. Er wendet sich gegen einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid aus Oktober 2012 sowie eine Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage vom 21. Januar 2014 an nahezu dem gleichen Standort, welche der Beklagte der Beigeladenen erteilte. Mit der Genehmigung ordnete der Beklagte zudem eine vorsorgliche Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot an.

Die Beigeladene plant die Anlage in einem Gebiet, welches nach dem Regionalen Raumordnungsprogramm für den Landkreis Osnabrück (RROP 2004) noch als Vorranggebiet, nach seiner Teilfortschreibung Energie (RROP 2013), welche am 31. Januar 2014 bekanntgegeben wurde, jedoch nicht mehr als solches ausgewiesen ist. Gemäß einem Ziel des RROP 2013 sollen die Vorranggebiete für Windenergienutzung zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten und damit eine Ausschlusswirkung für eine Windenergienutzung an anderen Stellen des Planungsraums haben. Der geplante Standort liegt zudem in der Nähe von zwei FFH-Gebietsteilbereichen.

Der Kläger erhob Widerspruch und anschließend im August 2014 erfolgreich Klage vor dem VG Osnabrück. Hiergegen legten Beklagte und Beigeladene Berufung ein.

## Inhalt der Entscheidung

Die Berufung vor dem OVG Lüneburg war teilweise erfolgreich.

Das OVG sah zunächst den Vorbescheid als zulässigen Klagegegenstand an. Es handele sich hierbei um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG. Zwar entfalte der Vorbescheid selbst keine unmittelbare Gestattungswirkung, er binde aber grundsätzlich die Behörde bei der späteren Genehmigungsentscheidung und nehme damit die Entscheidung teilweise vorweg (Rn. 148). Nach dem OVG Lüneburg sind gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 UmwRG auch nicht bestandskräftige Entscheidungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG umfasst, zu denen im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits ein Rechtsbehelfsverfahren anhängig war (Rn. 150 ff.).

Die Klage sei nach § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 UmwRG begründet, soweit sie sich gegen den Vorbescheid richte. Denn dieser verstoße gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften. Neben materiellen Vorschriften fielen darunter auch verfahrensrechtliche Vorschriften, die dazu dienen, die Anwendung der umweltbezogenen Bestimmungen des materiellen Rechts zu effektuieren (Rn. 155 ff.).

Des Weiteren sei auch die Klage gegen den Genehmigungsbescheid gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 UmwRG teilweise begründet. Ohne Erfolg sei jedoch der Einwand, dass die Genehmigung zu dem für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt (Juli 2014) nicht hätte erteilt werden dürfen, da sie sich nicht in einem der durch das RROP 2013 dargestellten Vorranggebiete befinde. Nach dem OVG Lüneburg sei der RROP 2013 vorliegend nicht anwendbar. So seien dem Beklagten bei der Festlegung der Tabuzonen um „Siedlungsflächen“ beachtliche Fehler im Abwägungsvorgang unterlaufen und die Zielfestlegung damit unwirksam. Ein harter Schutzabstand zur Vermeidung der optisch bedrängenden Wirkung könne bei Siedlungsbereichen mit Wohnnutzung festgesetzt werden. Jedoch dürfe bei dessen Berechnung allenfalls das Zweifache und nicht Dreifache der Referenzanlagehöhe zugrunde werden (Rn. 170 ff.). Ebenfalls fehlerhaft sei ein pauschaler Abstand zu „Siedlungsflächen“, soweit diese sowohl Wohn- als auch Mischgebiete umfassten. Die Richtwerte der TA Lärm seien je nach Gebietsart abgestufter Natur, sodass eine gemeinsame Behandlung von Wohn- und Mischgebieten den zulässigen Rahmen der Typisierung sprengte, da sie vorliegend zu einer überdimensionierten Bemessung harter Tabuzonen führe (Rn. 174 ff.).

Erfolglos sei die Klage jedoch im Hinblick auf die gerügte fehlende Öffentlichkeitsbeteiligung. So sehe Art. 6 der Aarhus-Konvention eine Öffentlichkeitsbeteiligung sowohl für die in Anlage I aufgeführten Vorhaben als auch für solche mit „erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt“ vor. Dies umfasse jedoch keine eventuelle Ausnahmen von dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Eine Ausnahmegenehmigung für die Tötung einzelner Exemplare verursache nicht zwingend erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt. Das Erfordernis einer Öffentlichkeitsbeteiligung ergebe sich genauso wenig aus der Notwendigkeit einer FFH-Verträglichkeitsprüfung (Rn. 188 ff.).

Weiter wandte sich das OVG artenschutzrechtlichen Fragestellungen zu. Umfassende Betriebszeitbeschränkungen, die bis zu ihrer etwaigen späteren Einschränkung zum Fledermausschutz angeordnet wurden und als Maßnahmen des Schadensausschlusses evident wirksam sind, müssten im Rahmen einer FFH-Vorprüfung, die der Erstzulassung des Projektes vorausgeht, zugunsten des Vorhabens Berücksichtigung finden (Rn. 199 f.).

Die auf die Feldlerche bezogene vorsorglich erteilte Ausnahme (§ 47 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG) vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot beurteilte das Gericht als zu unbestimmt. Sie sei auch deshalb rechtswidrig, weil der Ermessensausübung des Beklagten keine ordnungsgemäße Alternativenprüfung i.S.d. § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG vorausgegangen sei. Zwar dürfe eine Alternative nicht auf ein anderes Projekt hinauslaufen; gleichzeitig solle eine möglichst enge Zielsetzung des Vorhabenträgers dieses aber auch nicht alternativlos stellen. Insofern seien bei der Frage, wann ein anderes Projekt vorliege, innerhalb der Alternativenprüfung allein die zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses maßgeblich, die für das Vorhaben sprechen. Die Alternativenprüfung müsse sich daher auf das gesamte Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung und nicht nur auf das des Flächennutzungsplans einer Gemeinde erstrecken (Rn. 233 ff.).

## Fazit

Das OVG Lüneburg hat sich in der vorliegenden Entscheidung sehr umfassend mit verschiedensten Aspekten von Rechtsschutzmöglichkeiten sowie mit dem Planungs- und Artenschutzrecht auseinandergesetzt. Die Entscheidung stützt die Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem UmwRG. Der Klagegegenstand

nach dem UmwRG ist weit zu verstehen; Klagegegenstand kann auch ein nicht bestandskräftiger Vorbescheid sein.

Weiter bestätigt das OVG Lüneburg seine Rechtsprechung, einen Schutzabstand um ein Siedlungsgebiet am Zweifachen, nicht aber am Dreifachen der Anlagenhöhe auszurichten.<sup>1</sup> Würden Wohn- und Mischgebiete als Siedlungsbereich zusammengefasst, darf um diese aber aufgrund ihrer unterschiedlichen Schutzwürdigkeit kein einheitlicher Schutzabstand gelegt werden.

Darüber hinaus greift das Urteil verschiedenste Aspekte der artenschutzrechtlichen Ausnahme und Fragen der FFH-Vorprüfung auf, wobei das Urteil eine vertiefte Auseinandersetzung mit europäischen Vorgaben nicht vermissen lässt. In diesem Zusammenhang geht das Gericht auf die in der Rechtsprechung kontrovers beantwortete Frage ein, ob das Vorliegen einer artenschutzrechtlichen Ausnahme so erheblich ist, dass sie eine Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich macht und verneint dies.<sup>2</sup> Praktische Herausforderungen ergeben sich aus den gerichtlichen Ausführungen hinsichtlich des Prüfradius für die Alternativenprüfung i.R.d. artenschutzrechtlichen Ausnahme. Den Prüfungsradius – wie vom OVG Lüneburg gefordert – am gesamten Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung auszurichten, könnte bei großflächigeren Regionalplangebiet unter Umständen als unverhältnismäßig angesehen werden.

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

[http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc\\_id=MWRE180004083&st=null&showdoccase=1](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc_id=MWRE180004083&st=null&showdoccase=1)

---

<sup>1</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, [Rn. 42](#).

<sup>2</sup> Ebenso VGH München, Urt. v. 14.3.2017 – 22 B 17.12, [Rn. 25 ff.](#); a.A. OVG Magdeburg, Beschl. v. 23.3.2017 – 2 K 127/15, [Rn. 25 ff.](#)