

## Genehmigungsverfahren, Eigentumsschutz, Denkmalschutz, besonders bedeutsames Kulturdenkmal, Höhe der Rückbausicherheitsleistung

### OVG Lüneburg, Beschluss vom 12. Oktober 2022 – 12 MS 188/21

1. **Werden Windenergieanlagen, die nicht als Nebenanlagen geplant sind, sondern allgemein der Stromerzeugung dienen, und die an dem für sie vorgesehenen Standort das Erscheinungsbild eines nicht besonders bedeutsamen Kulturdenkmals erheblich beeinträchtigen würden, zur Genehmigung gestellt, ist im Rahmen des § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NDSchG n. F. eine genehmigungsbehördliche Prüfung sich aufrängender Standortalternativen geboten, aber grundsätzlich auf das Gebiet der Standortgemeinde beschränkt.**
2. **Der Landesgesetzgeber ist durch den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz nicht gehindert, auch solche Vorhaben in der Umgebung eines Kulturdenkmals zuzulassen, die dessen Denkmalwürdigkeit erheblich beeinträchtigen, und gleichwohl deswegen den Denkmaleigentümer weder denkmalrechtlich zu entpflichten noch zu entschädigen.**
3. **Ist ein nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes Vorhaben der Windenergienutzung gemäß § 8 NDSchG i. V. m. § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 NDSchG n. F. genehmigungsfähig, steht seiner Genehmigung der öffentliche Belang des Denkmalschutzes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) nicht entgegen.**
4. **Die auf der Grundlage des § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB grundsätzlich zu fordernde Sicherheitsleistung für den Rückbau einer Windenergieanlage muss auch die Kosten eines solchen Rückbaus abdecken, der im Wege einer Ersatzvornahme erfolgt, die erst nach einem erwartbaren, fernen Ende der Laufzeit der Anlage erforderlich wird. Die Bemessung der Rückbausicherheit hat deshalb die bis dahin voraussichtlich eintretenden Preis- und Kostensteigerungen einzubeziehen.**  
(amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsgegner erteilte der Beigeladenen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zum Bau und Betrieb einer Windenergieanlage (WEA). Auch die sofortige Vollziehung der Genehmigung wurde angeordnet. Der Antragsteller, eine rechtsfähige und nach § 3 UmwRG bundesweit anerkannte Umweltvereinigung, wandte sich mit Widerspruch vom 17. August 2020 gegen diese Genehmigung und rügte insbesondere die erhebliche Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes einer Mühle (Denkmal) durch die geplante WEA. Das Obergerverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg hatte durch einen Beschluss vom 21. April 2022<sup>1</sup> die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs angeordnet. Dieser Widerspruch ist weiterhin unbeschieden. Aufgrund der zwischenzeitlichen Änderung des Niedersächsischen Denkmalschutzgesetzes, beantragten die Beigeladene und der Antragsgegner beim OVG Lüneburg, die Entscheidung vom 21. April 2022 durch Gerichtsbeschluss in eine Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes abzuändern, und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers abzulehnen. Der Antragsteller beantragte, den Abänderungsantrag der Beigeladenen abzulehnen.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg lehnte den Antrag auf Abänderung der Entscheidung ab. Er sei zwar zulässig, aber unbegründet. Im Hinblick auf die Begründetheit führte das Gericht aus, dass an der gerichtlichen Einschätzung des Beschlusses vom 21. April 2022 nicht mehr festgehalten werden könne. Es käme nun § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 NDSchG n. F. zur Anwendung, womit der Landesgesetzgeber den Umgebungsschutz von Denkmälern reduziere.

Für die Auslegung des § 7 Abs. 2 NDSchG n. F. sei insbesondere die Gesetzgebungsgeschichte wichtig. (Rn. 30 f.) In der Vorgängernorm sei für die Eingriffsprüfung eine dreistufige Abwägungssystematik anzuwenden gewesen. Zudem habe zur Beurteilung eine Zweck-Mittel-Relation vorgenommen werden müssen; der Zweck war dabei die Stromproduktion

<sup>1</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.4.2022 – 12 MS 188/21.

und das Mittel der Standort der WEA. (Rn. 32) Die Einführung des neuen § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NDSchG ziele auf eine vereinfachte Errichtung von Erneuerbare-Energien-Anlagen ab, weswegen die dritte Stufe der Abwägungssystematik der Vorgängerregelung aufgehoben wurde. Das Tatbestandsmerkmal des „zwingend Verlangt-Seins“ eines Eingriffs wurde gestrichen. Wie in der Vorgängerregelung werde jedoch auch jetzt am Erfordernis der Abwägung als solcher festgehalten, um die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsgrundlage zu wahren. Erforderlich sei insoweit im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 4 NDSchG eine nachvollziehende Abwägung als Grundlage der behördlichen Entscheidung, bei der es sich weiterhin um eine gebundene Entscheidung handle. (Rn. 33 ff.) § 7 Abs. 2 Satz 2 NDSchG n. F. sei ferner dahingehend auszulegen, dass der Bau einer WEA im Umfeld eines Denkmals einen lediglich reversiblen Eingriff in das Erscheinungsbild darstelle. Die Auslegung ergebe daher im Wege eines Erst-Recht-Schlusses, dass die in § 7 Abs. 2 Satz 2 NDSchG n. F. genannten Fälle, der Geringfügigkeit eines Eingriffs in die Substanz gleichgestellt werden müsse. (Rn. 37) Bei der weiteren Interpretation sah das Gericht zwei Möglichkeiten: Einerseits könne die Norm als eine gesetzliche Vorgabe des Abwägungsergebnisses gedeutet werden, die den Abwägungsvorgang ganz erübrige, wenn neben ihren beiden bestimmten Tatbestandsmerkmalen der durch Auslegung zu konkretisierende Regelfall vorliege. Andererseits ließe sich § 7 Abs. 2 Satz 2 NDSchG n. F. als der Ausdruck einer Gewichtungsvorgabe für die nachvollziehende Abwägung des § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NDSchG n. F. begreifen, wobei der Nutzung erneuerbarer Energien ein hohes Gewicht beigemessen werde und sie sich folglich regelmäßig durchsetze. Letzteres sei naheliegender, jedoch sei vorliegend eine Entscheidung hinfällig, denn nach beiden Deutungsalternativen des § 7 Abs. 2 Satz 2 NDSchG n. F. dürfe hier eine Genehmigung gemäß § 8 Satz 3 NDSchG erteilt werden. Weder sei die Mühle ein besonders bedeutsames Kulturdenkmal, noch lasse sich für die ihr Erscheinungsbild beeinträchtigende WEA eine sich aufdrängende, vorzugswürdige Standortalternative erkennen.

Darüber hinaus verneinte das OVG, dass mit der Streichung des Tatbestandsmerkmals des „zwingend Verlangt-Seins“ in § 7 Abs. 2 NDSchG n. F. jedes Erfordernis der Berücksichtigung etwa vorhandener (Planungs- oder) Standortalternativen vollständig entfallen sei. Die Prüfung würde sich vielmehr unter dem Blickwinkel der Vermeidung bzw. Minimierung von Beeinträchtigungen aufdrängen. (Rn. 38 ff.) Standortalternativen seien jedoch nicht außerhalb des Gemeindegebiets zu prüfen.

Im Ergebnis sei von einer denkmalrechtlichen Zulässigkeit der streitgegenständlichen WEA auszugehen. (Rn. 47 ff.) Darüber hinaus hielt das Gericht fest, dass auch der Landesgesetzgeber einen Eingriff in das Recht aus Art. 14 GG des Eigentümers des denkmalgeschützten Gebäudes zulassen könne. Hierfür sei aber wichtig, dass das Vorhaben durch überwiegende Gründe des Gemeinwohls oder durch überwiegende private Interessen gerechtfertigt sei und dem Denkmaleigentümer Drittschutz prozessual einräume. (Rn. 54) Aus Sicht des Gerichts steht der Errichtung der geplanten Windenergievorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 Nr. 5 BauGB auch nicht der öffentliche Belang der Beeinträchtigung des Denkmalschutzes entgegen. In diesem Zusammenhang ging das Gericht auch auf § 2 Satz 2 EEG 2023 ein und ließ dahinstehen, ob diese neugeschaffene Bundesregelung ein Optimierungsgebot enthalte oder eine das Mindestmaß an bundesrechtlich eigenständigem, von landesrechtlicher Regelung unabhängigem Denkmalschutz konkretisierende und seinerseits relativierende Wirkung entfalte. (Rn. 58 f.)

Das OVG sah jedoch einen Verstoß gegen die aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG i. V. m. den §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB zu fordernde Rückbausicherheitsleistung. Die Verpflichtung aus § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB sei eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung und der Landesgesetzgeber müsse ihre Einhaltung sicherstellen. Hieraus ergebe sich, dass schon zum Genehmigungszeitpunkt alles dafür getan werden müsse, dass nach Nutzungsaufgabe der Rückbau verlässlich erfolgen könne. Sollte es zu einer Ersatzvornahme kommen, müsse diese durch ausreichende Mittel in Form einer Sicherheitsleistung gem. §§ 232 ff. BGB abgesichert sein. (Rn. 61) Das Gericht betonte, dass für die Einschätzung der Kosten einer künftig denkbaren Ersatzvornahme sehr wichtig sei, dass die Genehmigungsbehörde die voraussichtlichen Preis- und Kostensteigerungen für das Ende der WEA-Laufzeit prognostiziere und abschätze. Es sei insoweit aber eine sachlich nachvollziehbare Pauschalierung erlaubt, wenn diese eine Mehrwertsteuer von 19 % beinhalte und keine Erlöse aus Recycling und Wiederverkauf einberechne. Das OVG sprach sich ferner dafür aus, dass in Einzelfällen von der im Windenergieerlass niedergelegten Formel zur Berechnung der Sicherheitsleistung abgewichen werden könne. Ein solcher läge explizit vor, wenn die vom Antragsteller bezifferten Rückbaukosten deutlich höher lägen als die sich aus der Formel ergebenden Kosten. (Rn. 63 ff.)

## Fazit

Insgesamt ist diese Entscheidung erfreulich für den Windenergieausbau in Niedersachsen und gibt wichtige Hinweise für die Praxis. Denn äußerte sich das OVG Lüneburg im Vorgängerbeschluss<sup>2</sup> noch kritisch gegenüber dem Gesetzesentwurf von § 2 EEG 2023<sup>3</sup>, so ist dieser inzwischen in Kraft getreten und stellt klar, dass der Bau und der Betrieb von Erneuerbare-Energien-Anlagen im überragenden öffentlichen Interesse stehen und der öffentlichen Sicherheit dienen. Hieraus werden rechtliche Implikationen abgeleitet. So haben Behörden dieses überragende öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern zu berücksichtigen. Fraglich ist jedoch, wie genau die EEG-Regelung in Fachgesetze hineinwirkt: kann es eine explizite Abwägungsregel treffen oder hat es eine Ausstrahlungswirkung in das gesamte (Fach-)Recht. Im Bereich des Denkmalschutzgesetzgebung erscheint es aufgrund der Gesetzgebungskompetenz, die nach Art. 70 Abs. 1 GG im Wesentlichen bei den Ländern liegt, sowie um weiteren Streit und gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden, empfehlenswert, dass auch die Länder selbst in ihren Landesdenkmalschutzgesetzen Klarstellungen in Bezug auf das überragende öffentliche Interesse der erneuerbaren Energien treffen.<sup>4</sup> In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der Landesgesetzgeber in Niedersachsen sich durch § 2 EEG 2023 seiner Pflicht sowie seiner Fähigkeiten bewusst wurde, direkt reagierte und den Kern des § 2 EEG 2023 in das niedersächsische Denkmalschutzgesetz übernommen hat. Damit hat sich für Niedersachsen eine weitere Diskussion über die Auswirkung der Bundesregelung bei Anwendung der Fachgesetze erübrigt. In den anderen Bundesländern ist bisher eine Umsetzung des § 2 EEG 2023 in den Landesdenkmalschutzgesetzen vor allem für Solarenergie erfolgt. Lediglich in Bayern ist eine erleichterte Umsetzung von WEA geplant.<sup>5</sup>

Bei der Anwendung des neuen Gesetzes lieferte das Gericht in der vorliegenden Entscheidung wertvolle Auslegungssarbeit für die neue Regelung in Niedersachsen und geht ausführlich auf die Gesetzgebungsgeschichte ein. Es stellte zudem klar, dass weder ein behördlicher Beurteilungsspielraum, noch ein behördliches Ermessen bestehe. Die Errichtung einer WEA in der Umgebung eines Denkmals stelle regelmäßig lediglich einen reversiblen Eingriff in das Erscheinungsbild dar. Auch vor dem Hintergrund, dass sich das Windenergievorhaben wegen des überragenden öffentlichen Interesses durchsetzen soll, sah das Gericht es als besonders wichtig an, dass Alternativstandorte weiterhin geprüft werden. Diese sind aber nach neuer Rechtslage eben nicht mehr im gesamten Regionalplangebiet zu untersuchen, sondern beschränken sich auf das Gemeindegebiet. Dies ist eine gute Botschaft für die Projektierung von WEA.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [Wird ergänzt, sobald die niedersächsische Rechtsprechungsdatenbank aktualisiert ist.](#)

<sup>2</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.4.2022 – 12 MS 188/21.

<sup>3</sup> Das Gericht stellte in Frage, ob der Bundesgesetzgeber im Bereich des Denkmalrechts eine Gesetzgebungskompetenz habe und betonte, dass er nur in eng begrenzten Sonderbereichen über Rechtssetzungsbefugnisse verfüge.

<sup>4</sup> Interessante Ausführungen hierzu siehe in Bader, Deißler, Weinke, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien, ZNER 2022, S. 337 ff; sowie in Schlacke, Wentzien, Römling, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 ff.

<sup>5</sup> Siehe hierzu Art. 6 Abs. 5 des Gesetzesentwurfs der Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes, [Bayerischer LT Drs. 18/25751](#).