

## 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 EEG<sup>1</sup> 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 Vorhabenbereich eine Fläche für die Landwirtschaft dar. Die Vorhabenfläche wird intensiv ackerbaulich genutzt. Sie liegt außerhalb der Flächen, die als Sonderbaufläche für die Windenergie im FNP dargestellt ist. Der Vorhabenbereich 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.