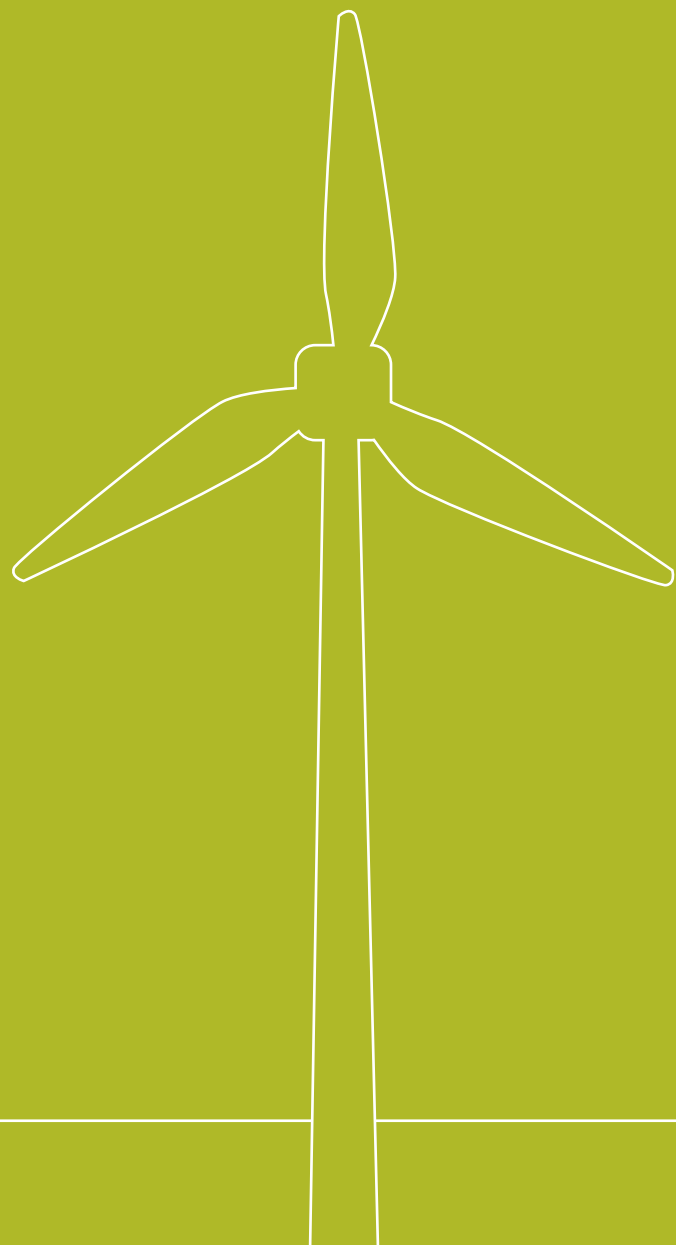
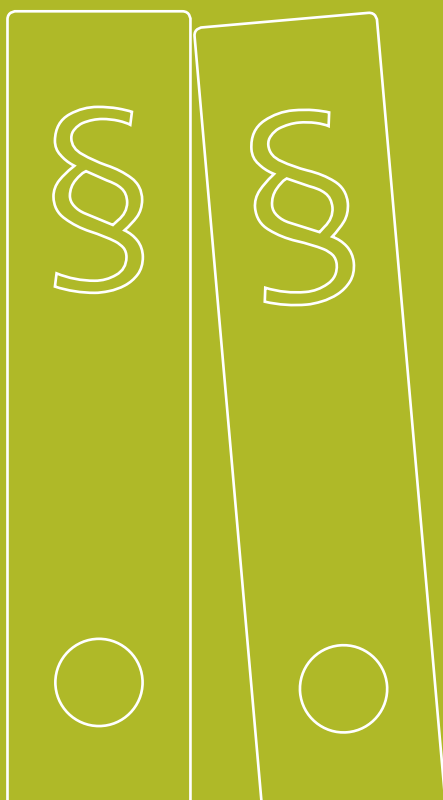




# Rundbrief Windenergie und Recht 1/2021



## Mitwirkende

Der Rundbrief Windenergie und Recht ist das Ergebnis der jüngsten Sitzung des Runden Tisches Windenergie und Recht. Im Rahmen des Runden Tisches diskutieren die Teilnehmenden aktuelle und relevante Gerichtsentscheidungen zum Thema Windenergie und stellen sie in den Kontext der bereits ergangenen Rechtsprechung. Um eine objektive und ausgewogene Bewertung der aktuellen Rechtsprechung zu gewährleisten, wirken am Runden Tisch Windenergie und Recht Juristen, Vorhabenträger, Behörden und Planer unterschiedlicher Hintergründe und verschiedener Tätigkeitsschwerpunkte mit. Die Ergebnisse werden für die kommunale Planungspraxis, für Behörden, für Naturschutzverbände, für Unternehmen aus der Windenergiebranche und für interessierte Bürgerinnen und Bürger im vorliegenden Rundbrief Windenergie und Recht zusammengefasst. Die Entscheidungsbesprechungen können zudem auf der Internetseite der FA Wind unter dem Thema [Rechtsprechung](#) abgerufen werden.

**Monika Agatz**, Kreis Borken

**Thomas Aufleger**, NWP Planungsgesellschaft mbH

**Kathrina Baur**, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

**Ina Bohnau**, Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

**Dr. Jana Bovet**, Sächsisches Staatsministerium für Energie, Klimaschutz, Umwelt und Landwirtschaft

**Thomas Brünjes**, Enercon GmbH

**Dr. Silke Christiansen**, Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende

**Erik Dietrich**, Stiftung Umweltenergierecht

**Bernd Düsterdiek**, Deutscher Städte- und Gemeindebund

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

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

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

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

**Christian Nieße**, RWE Renewables GmbH

**Annette Reisch**, ENERTRAG AG

**Marianna Roscher**, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

**Petra Schröder**, Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz

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

**Felix Steengrafe**, PNE AG

**Urta Steinhäuser**, ABO Wind AG

**Florian Voigt**, LEA LandesEnergieAgentur Hessen GmbH

**Uwe Zischkale**, Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft und Energie des Landes Sachsen-Anhalt

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial .....	3
Verfassungsbeschwerde, kommunale Planungshoheit, wehrfähige Planung, Konzentrationszonenplanung VerfGH Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 1. Dezember 2020 – VerfGH 10/19 .....	4
Zielabweichungsverfahren, einschränkende Regelungen in Zielabweichungsbescheid, Konkurrenz zwischen Gipsbergwerk und Windenergieanlage OVG Koblenz, Beschluss vom 16. Juli 2020 – 8 A 11233/19 .....	6
Normenkontrollverfahren, Bekanntmachung der Auslegung, Erfordernis der Ausfertigung, Festlegung von Eignungsgebieten, Abgrenzung harte und weiche Tabuzonen, Abstandsflächen als weiche Tabuzone, Wald als harte Tabuzone OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14. September 2020 – 10 A 17.17 .....	8
Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, Anforderungen an die Ausfertigung, Konzentrationszone in seismologisch aktivem Gebiet OVG Münster, Urteil vom 24. September 2020 – 7 D 64/18.NE .....	11
Genehmigungsverfahren, Tötungsverbot, artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG, Wasserschutzgebietsverordnung, Natura 2000-Gebiet VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI .....	13
Genehmigungsverfahren, Änderungen der Sach- und Rechtslage, Tötungsverbot, Bindungswirkung des Vorbescheids OVG Koblenz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19.OVG .....	16
Genehmigungsverfahren, Höhe einer Sicherungsleistung für den Rückbau, Restwert der Anlage OVG Schleswig, Urteil vom 24. Juni 2020 – 5 LB 4/19 .....	18
Vorabentscheidungsverfahren, Richtlinie 2001/42/EG (SUP-Richtlinie), „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP- Richtlinie, Windenergieerlass EuGH, Urteil vom 25. Juni 2020 – Rs. C-24/19 .....	20
EEG, negative Strompreise, unmittelbarer räumlicher Zusammenhang BGH, Urteil vom 14. Juli 2020 – XIII ZR 12/19 .....	22

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

geht es um die Ausweisung von Flächen für die Nutzung der Windenergie, so sind Bauleit- und Regionalplanung wichtige Steuerungs- und Gestaltungsinstrumentarien. Konfliktpotential entsteht jedoch dort, wo die überörtliche Regionalplanung und die örtliche Bauleitplanung gegenläufige Festlegungen treffen. Wie sich diese Kompetenzbereiche unterscheiden und wie sie abzugrenzen sind, zeigt die neuste Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs von Nordrhein-Westfalen.

Mit grundlegenden Fragestellungen zur Regional- und Bauleitplanung befassen sich ebenso einige weitere oberverwaltungsgerichtliche Entscheidungen dieses Rundbriefs. So bestätigte das OVG Koblenz die Zulässigkeit einer raumordnungsrechtlichen Zielabweichung zugunsten der Errichtung raumbedeutsamer Windenergieanlagen. Zugleich geht das Gericht jedoch davon aus, dass das Entwicklungsgebot des § 13 Abs. 2 ROG auch bei nachträglich entstandenen Widersprüchen von Regionalplänen mit einem Raumordnungsprogramm nicht zur Ungültigkeit eines „alten“ Regionalplans führt.

Ebenfalls von Interesse ist der Hinweisbeschluss des OVG Berlin-Brandenburg. Der Sachliche Teilregionalplan Uckermark-Barnim gab vorliegend Anlass für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Einordnung harter und weicher Tabuzonen. Die Einordnung geschützter Waldgebiete als harte Tabuzone zeigt eine weitere Facette der Tabuzonenthematik und unterstreicht dessen Vielgestaltigkeit, die einer einheitlichen Rechtsprechung weiterhin hinderlich sind. Am Ende sind es jedoch erneut formelle Fehler bei der Planerstellung, welche der Wirksamkeit des Plans entgegensteht. Dies zeigt sich ebenso im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens von dem OVG Münster, welches den streitgegenständlichen Flächennutzungsplan aufgrund einer fehlerhaften Ausfertigung für unwirksam erklärte.

Auch im Bereich des Genehmigungsrechts finden sich interessante Entscheidungen. Insbesondere artenschutzrechtliche Fragestellungen sind hier von Relevanz. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden setzte sich mit der rechtssicheren Verwendung von Ausnahmen auseinander und nimmt dabei eine deutlich kontrastierende Rechtsansicht zum viel besprochenen Urteil des Verwaltungsgericht Gießen ein. Das OVG Koblenz befasste sich hingegen mit der Bindungswirkung des rheinland-pfälzischen Leitfadens und des naturschutzfachlichen Leitfadens im Hinblick auf die Verwaltungspraxis. Dabei stellt es deren Verbindlichkeit für die nachgeordneten Behörden nicht grundsätzlich in Frage, lässt aber auch klare Spielräume zu.

Einem deutlich anderen Themenschwerpunkt wendet sich das Oberverwaltungsgericht Schleswig zu, indem es sich mit der Höhe der Sicherheitsleistung für den Rückbau einer Windenergieanlage befasst. Auch in diesem Bereich zeigt sich, dass es an einheitlichen bundesweiten Maßstäben bislang fehlt. Deutlich weitreichendere wirtschaftliche Auswirkungen kann die neuste Entscheidung des Bundesgerichtshofs für Windparks haben, welche ab 2016 in Betrieb gingen. Hierbei ging es um die „unmittelbar räumliche Nähe“ von Windenergieanlagen. Da die Kürzung der Vergütung bei negativen Strompreisen am Spotmarkt in vielen Fällen vom Vorliegen einer solchen abhängig ist, entstehen daraus schwer abschätzbare Folgefragen.

Doch auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beinhaltet weitere für Windenergie relevante Fragen. So befasste sich der Gerichtshof erneut mit der SUP-Pflicht eines flämischen Erlasses zur Festlegung von Bestimmungen im Bereich der Umwelthygiene. Auch wenn die Erlasse und Leitfäden der Länder aller Voraussicht nach nicht dem Anwendungsbereich der einschlägigen Richtlinien entsprechen, ist dies bei der Erstellung künftiger und der Fortschreibung bestehender Leitfäden und Erlasse im Blick zu behalten.

Diesen Rundbrief möchten wir darüber hinaus zum Anlass nehmen, uns von einer langjährigen, sehr geschätzten Kollegin zu verabschieden. Frau Dr. Marike Endell hat den Rundbrief Windenergie und Recht 2016 ins Leben gerufen und über die letzten Jahre maßgeblich mitgestaltet. Wir werden ihre wertvollen Beiträge vermissen und wünschen ihr für alle weiteren Stationen ihres Lebens viel Erfolg.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Dr. Antje Wagenknecht  
Geschäftsführerin

**2. Ein Eingriff in die kommunale Planungshoheit durch ein Ziel der Raumordnung liegt vor, wenn die Festlegung eine hinreichend konkrete und rechtmäßige örtliche Planung nachhaltig stört oder wenn sie wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer gemeindlichen Planung entzieht.**

**3. Eine kommunale Konzentrationszonenplanung ist unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Planungshoheit nur dann wehrfähig, wenn sie jedenfalls nicht offensichtlich die an eine solche Planung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu stellenden Anforderungen verfehlt.**

**4. Die isolierte Positivausweisung durch ein Vorranggebiet im Regionalplan in einem Umfang von 0,29% der Gemeindefläche stört eine kommunale Konzentrationszonenplanung regelmäßig auch dann nicht nachhaltig, wenn sich das Vorranggebiet räumlich deutlich von den Konzentrationszonen des Flächennutzungsplans absetzt. Eine solche Regionalplanung lässt das gesamtäumliche Konzept der kommunalen Ausschlussplanung für den übrigen Außenbereich unberührt.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beschwerdeführerin wendet sich im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen die Ausweisung eines Vorranggebiets für die Nutzung der Windenergie in ihrem Gemeindegebiet. 2006 stellte sie einen Flächennutzungsplan auf, welcher drei Konzentrationszonen für Windenergieanlagen darstellt. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die überörtlichen Festlegungen des Regionalplans einen Eingriff in ihre Planungshoheit darstellen, da sie ihre eigenen Steuerungs- und Gestaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt.

Der streitgegenständliche Regionalplan für den Regierungsbezirk Düsseldorf legt im Rahmen einer reinen Positivplanung als Ziel der Raumordnung u.a. auf dem Gebiet der Beschwerdeführerin ein Vorranggebiet für die Nutzung der Windenergie fest. Die Beschwerdeführerin begehrt die Aufhebung des Regionalplans, soweit dieser über die Ausweisungen ihres Flächennutzungsplans hinausgeht.

### Inhalt der Entscheidung

Der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen wies die Verfassungsbeschwerde zurück.

Als Trägerin der Bauleitplanung sei die Beschwerdeführerin durch die Vorgaben des Regionalplans hinsichtlich ihres Gemeindegebiet in ihrem Selbstverwaltungsrecht aus Art. 78 Abs. 1 und 2 LV und Art. 28 Abs. 2 GG grundsätzlich betroffen, als dass sie dessen Vorhaben bei ihrer aktuellen und zukünftigen Planung zu beachten habe. (S. 24 f.). Mithin sei die Beschwerde zulässig.

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Ansicht des Gerichtshofs jedoch unbegründet. So sei durch die Vorgaben des angefochtenen Regionalplans keinen Eingriff in die Planungshoheit der Beschwerdeführerin gegeben. Dieser setze die nachhaltige Störung einer konkreten örtlichen Planung oder den Zugriff auf wesentliche Teile des Gemeindegebietes voraus. Vorliegend sei jedoch insbesondere bereits keine hinreichend konkrete – und damit schützenswerte – gemeindliche Planung erkennbar. Eine solche ergebe sich u.a. nicht aus der Flächenausweisung der Beschwerdeführerin für die landwirtschaftliche Nutzung. Dabei handele es sich nicht um eine qualifizierte, sondern vielmehr um eine außenbereichstypische Nutzungsbestimmung. Doch selbst eine hinreichend konkrete Planvorstellung würde hier nicht unterlaufen, da die errichteten Windenergieanlagen nur geringe Flächen in Anspruch nähmen. (S. 30 ff.) Die Festlegung des Vorranggebietes in einem Landschaftsschutzgebiet stellt nach Ansicht des Gerichts ebenfalls keinen Eingriff in die Planungshoheit der Gemeinde dar, da es sich nach nordrhein-westfälischem Recht um eine überörtliche Planung handele. (S. 33) Weiterhin lasse sich weder für das Waldgebiet Rottheide, noch für angrenzende Flächen eine gewollte Naherholungsnutzung erkennen. Diese werde ohnehin nicht durch eine mögliche Windenergienutzung gefährdet. (S. 34 f.)

Darüber hinaus könne sich die Beschwerdeführerin bereits nicht auf das von ihr verfolgte Plankonzept berufen. Dieses sei nicht wehrfähig, da es seine intendierte Ausschlusswirkung nicht entfalte. So entspreche die gemeindliche Konzentrationszonenplanung nicht den zu § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entwickelten Kriterien. (S. 35 ff.) Selbst wenn die Konzentrationszonenplanung der Beschwerdeführerin beachtlich wäre, fehle eine, über eine bloße Betroffenheit hinausgehende, nachhaltige Störung in Form eines Eingriffs. Betroffen sei nämlich nur ein unwesentlicher Teilbereich von 13 ha, also 0,29 Prozent des Plangebiets. (S. 42 ff.)

Hilfsweise führt das Verfassungsgericht aus, dass ein Eingriff auf Basis des Art. 78 Abs. 1 und 2 LV ohnehin möglich und insofern gerechtfertigt sei. Die auf Windenergienutzung ausgerichteten Zielfestlegung des Regionalplans entsprächen den materiell-rechtlichen Vorgaben; so auch denen des §§ 12, 18 Landesplanungsgesetz. (S. 46 ff.) Der Verfassungsgerichtshof sieht insbesondere durch die Festlegungen keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Planungshoheit der Beschwerdeführerin als gegeben an. Den überörtlichen Interessen des Klimaschutzes, des Ausbaus erneuerbarer Energien und einer raumgerechten Lastenverteilung kommt nach Ansicht des Gerichts vorliegend ein höheres Gewicht als der Planungshoheit der Beschwerdeführerin zu. So beruhe die Regionalplanung auf einem schlüssigen Gesamtkonzept und belaste die Beschwerdeführerin nicht übermäßig. Das Stadtgebiet werde nur etwa halb so stark in Anspruch genommen, wie es im Planungsraum durchschnittlich der Fall sei. Im Rahmen der Regionalplanung seien die Interessen der Beschwerdeführerin gesehen und hinreichend gewürdigt worden. (S. 53 ff.)

## Fazit

Der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen setzt sich in dieser abschließenden<sup>1</sup> Entscheidung mit dem Verhältnis von gemeindlicher Bauleitplanung und Regionalplanung auseinander. Für die Planung von Windenergieanlagen ist sowohl die örtliche als auch die überörtliche Planung von Bedeutung; beide Instrumente erfüllen jedoch prinzipiell unterschiedliche Aufgaben. Wie sich diese Kompetenzen unterscheiden, zeigt das vorliegende Urteil. Dabei traf der Regionalplan Festlegungen, welche über die gemeindliche bzw. kommunale Flächennutzungsplanung der Beschwerdeführerin hinausgingen.

Auch wenn der Verfassungsgerichtshof eine grundsätzliche Betroffenheit der Beschwerdeführerin in ihrem Selbstverwaltungsrecht bestätigt, sieht er es vorliegend nicht als verletzt an. Zwar verfüge die Gemeinde über das Recht, die Entwicklung des Plangebiets zu steuern und zu gestalten. Dafür müsse jedoch überhaupt eine hinreichend konkrete örtliche Planung nachhaltig gestört werden oder wesentliche Teile des Gemeindegebiets der gemeindlichen Planung entzogen sein. Das Gericht nimmt dabei Bezug auf die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung<sup>2</sup> und sieht damit nicht zuletzt nur eine substantiierte Planung als schützenswert an. In diesem Rahmen setzt sich das Gericht auch mit der Wirksamkeit des gemeindlichen Flächennutzungsplans auseinander. Überzeugend argumentiert es, dass ein Plan nur dann eine wehrfähige Position für sich beanspruchen könne, wenn er auch eine beachtliche Ausschlussplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aufweise.

Zugleich befasst sich der Verfassungsgerichtshof hilfsweise mit der Störung und auch Rechtfertigung im Falle eines tatsächlichen Eingriffs in die Planungshoheit. Die gerichtlichen Ausführungen sind teilweise hilfreich; an manchen Stellen verbleibt es jedoch bei generellen Aussagen, welche nur bedingt dazu geeignet sind Anwendungshinweise zu geben. Deutlich erkennbar wird hingegen, dass die Planungshoheit der Gemeinden nicht unbeschränkt gilt. Die hierfür vom Gericht aufgeführten Anforderungen machen jedoch zugleich deutlich, dass der gemeindlichen Planung dennoch ein maßgebliches Gewicht für die Planung zukommt. Diese zeigt sich nicht zuletzt umfassend in der Aufstellung und Abwägung des vorliegenden Regionalplans.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:  
[https://www.vgh.nrw.de/rechtsprechung/entscheidungen/2020/201201\\_10\\_19.pdf](https://www.vgh.nrw.de/rechtsprechung/entscheidungen/2020/201201_10_19.pdf)

---

<sup>1</sup> Das Landesverfassungsgericht entscheidet an dieser Stelle abschließend. Der Rechtsweg vor dem Bundesverfassungsgericht ist nach § 91 S. 2 BVerfGG ausgeschlossen.

<sup>2</sup> Siehe u.a.: OVG Münster, Urt. v. 19.4.2012 – 20 D 117/08, [Rn. 29](#); [VGH Mannheim](#), Beschl. v. 9.10.1989 – 10 S 1073/89; BVerwG, Urt. v. 16.12.1988 – 4 C 40/8, [Rn. 20 ff.](#)

## Zielabweichungsverfahren, einschränkende Regelungen in Zielabweichungsbescheid, Konkurrenz zwischen Gipsbergwerk und Windenergieanlage OVG Koblenz, Beschluss vom 16. Juli 2020 – 8 A 11233/19

### 1. Zu einschränkenden Regelungen bei der Zulassung einer raumordnungsrechtlichen Zielabweichung.

### 2. Zur Konkurrenz zwischen Gipswerk und Windkraftanlage. (amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Verbandsgemeinderat der Klägerin beschloss im Jahr 2016 die gesamträumige Fortschreibung des Flächennutzungsplans „Windenergie“. In der Planänderung wurden verschiedene Sonderbauflächen für die Windenergie dargestellt. Teilweise gingen die geplanten Sonderbauflächen räumlich über die regionalplanerischen Vorranggebiete für die Windenergienutzung entsprechend der Zielvorgaben des noch gültigen Regionalen Raumordnungsplans aus dem Jahr 2004 (RROP 2004) hinaus.

Mit Zielabweichungsbescheid ließ die Beklagte die Errichtung von raumbedeutsamen Windenergieanlagen außerhalb der regionalplanerischen Vorranggebiete größtenteils zu. Den zulassenden Teil des Zielabweichungsbescheids versah die Beklagte mit mehreren als Bedingungen und Auflagen bezeichneten Zusätzen.

Gegen die Bedingungen und Auflagen ging die Klägerin zunächst im Widerspruchs- und dann im Klageverfahren vor dem VG Trier vor. Das Verwaltungsgericht wies die Klage im Hinblick auf die angegriffenen Bedingungen und Auflagen zurück.<sup>1</sup> Vor dem OVG Koblenz legte die Klägerin bezüglich des zurückweisenden Teils Nichtzulassungsbeschwerde ein.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Koblenz wies die Nichtzulassungsbeschwerde zurück.

Zunächst stellte es klar, dass dem RROP 2004 nach wie vor Wirkung zukomme. Dem stünde auch die 1. Teilfortschreibung des Landesentwicklungsprogramms IV aus dem Jahr 2013 (LEP IV 2013) nicht entgegen. Das LEP IV 2013 sieht vor, dass die Errichtung von Windenergieanlagen grundsätzlich der Steuerung durch die Bauleitplanung in Form von Konzentrationsflächen vorbehalten ist (Ziel 163e) und der Regionalplanung lediglich die Aufgabe zukommt, Vorranggebiete für die Windenergienutzung und näher bezeichnete Flächen als Ausschlussgebiete auszuweisen (Ziel 163b sowie Begründung zu Ziel 163e).

Zwar sei der flächendeckende Ausschluss von Windenergieanlagen außerhalb der Vorranggebiete, wie ihn der RROP 2004 vorsieht, nach dem LEP IV 2013 nicht mehr zulässig. Dies gelte aber nur für eine neue Planung. Das Entwicklungsgebot in § 13 Abs. 2 ROG, dem zufolge Regionalpläne aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet zu entwickeln sind, führe bei nachträglich entstandenen Widersprüchen hingegen nicht zur Ungültigkeit eines Regionalplans. (Rn. 7 f.) Auch seien der RROP 2004 durch das LEP IV 2013 nicht funktionslos geworden. Eine solche Funktionslosigkeit könne erst angenommen werden, wenn der Umsetzung einer planerischen Festsetzung dauerhafte Hindernisse entgegenstehen und das Instrument für die räumliche Steuerung nicht mehr tauglich ist. (Rn. 9) Zuletzt biete auch § 10 Abs. 4 LPlG lediglich die Möglichkeit, die Planungsgemeinschaft zur Änderung des RROP 2004 anzuweisen oder diese ggf. selbst vorzunehmen, führe aber ebenfalls nicht zur Unwirksamkeit eines bestehenden Regionalplans. (Rn. 10)

Auch die Entscheidung der Beklagten, die Zielabweichung mit Einschränkungen zu versehen, sei rechtmäßig. Zunächst sei nicht zu beanstanden, dass die Beklagte die Zielabweichung für die von der Klägerin geplante Sonderbaufläche 5a in dem Umfang nicht zuließ, in welchem diese sich mit dem Rahmenbetriebsplan eines Gipsbergwerks überschneide. Der Bereich des Gipswerks sei bereits im RROP 2004 als Vorbehaltsgebiet Rohstoffabbau gesichert. Zudem könne ein Gefahrenpotenzial für den Gipsabbau durch die Errichtung von Windenergieanlagen nicht ausgeschlossen werden, sodass der Beklagte insoweit die Erteilung des Zielabweichungsbescheids ablehnen durfte. (Rn. 17)

Rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden sei die in „Auflage 2“ des Bescheides getroffene Regelung. Diese sieht vor, dass im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für eine Windenergieanlage, deren Standort sich in Vorranggebieten „Grundwasserschutz“ und „Landwirtschaft“ eines (zukünftigen) Entwurfs eines RROP befindet, die Zustimmungserklärung der jeweils hierfür zuständigen Fachstelle vorzulegen ist.

<sup>1</sup> VG Trier, Urt. v.29.5.2019 – 7 K 5887/18.TR, BeckRS 2019, 46356, Rn. 24 ff.

Rechtliche Grundlage für eine solche Vorgabe sei das Berücksichtigungsgebot nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG für sich in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung. (Rn. 21 ff.)

Abschließend sei auch die als „Bedingung 1“ formulierte Regelung nicht zu beanstanden. Der zufolge sind bei der Darstellung der geplanten Sonderbauflächen die Ziele der Raumordnung der 3. Teilfortschreibung des LEP IV aus dem Jahr 2017, insbesondere die Ziele 163h (Abstandsregelung) und 163g (Errichtung von mindestens drei Windenergieanlagen im räumlichen Verbund) zu beachten. (Rn. 26) Mit dieser Vorgabe knüpfe die Beklagte in Ausübung ihres Ermessens an die Voraussetzung für einen Zielabweichungsbescheid nach § 6 Abs. 2 ROG / § 10 Abs. 6 LPlG an, wonach sich die Abweichung als raumordnerisch vertretbar darstellen müsse. Eine Zielabweichung, die sich auf die mit den Teilfortschreibungen des LEP IV aus den Jahren 2013 und 2017 eröffnete Möglichkeit der kommunalen Planung stütze, könne nicht weiter gehen als diese selbst. (Rn. 26)

## Fazit

Fragen im Zusammenhang mit Zielabweichungen rücken zunehmend in den Fokus der Planung. In verschiedensten Konstellationen – so beispielsweise auch im Zusammenhang mit der Erhaltung von Altstandorten bei einer veränderten Planungskulisse auf Regionalplanungsebene<sup>2</sup> – gewinnt das Thema deshalb an Relevanz.

Im vorliegenden Fall hat das OVG Koblenz zu einschränkenden Regelungen einer raumordnungsrechtlichen Zielabweichung geurteilt. Dabei hat sich das Gericht zunächst mit der Frage nach der Gültigkeit bestehender Regionalpläne bei einer zwischenzeitlichen Änderung der Landesplanung befasst und deutlich gemacht, dass diese die Regionalplanung grundsätzlich nicht in ihrer Wirksamkeit beschränkt. Das Gericht bestätigt damit den Fortbestand des RRÖP 2004. Offen bleibt jedoch die interessante Frage nach der Übereinstimmung des mittlerweile 16 Jahre alten Plans mit den Anforderungen an eine wirksame Konzentrationszonenplanung, wie sie heute gefordert wird.

Darüber hinaus bewertet das Oberverwaltungsgericht verschiedene Konstellationen von „Einschränkungen“ eines Zielabweichungsbescheids und ordnet diese rechtlich ein. Diese können unter Umständen als Anhaltspunkte für den Umgang mit vergleichbaren Konstellationen dienen; zumal hierzu bislang kaum Rechtsprechung ersichtlich ist.

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

[http://landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/1nx/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js\\_pid=Trefferliste&documentnumber=15&numberofresults=2107&fromdoctype=yes&doc.id=MWRE200002999&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](http://landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/1nx/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js_pid=Trefferliste&documentnumber=15&numberofresults=2107&fromdoctype=yes&doc.id=MWRE200002999&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint)

---

<sup>2</sup> BWE, [Regionalplanung und Repowering: Planerische Gestaltungsmöglichkeiten](#), 2017.



Normenkontrollverfahren, Bekanntmachung der Auslegung, Erfordernis der Ausfertigung, Festlegung von Eignungsgebieten, Abgrenzung harte und weiche Tabuzonen, Abstandsflächen als weiche Tabuzone

## OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14. September 2020 – 10 A 17.17

1. § 7 Abs 6 S 1 ROG in der Fassung vom 24. Juni 2004, § 2a Abs 7 S 4 RegBkPIG vom 12. Dezember 2002 in der Fassung vom 28. Juni 2006 (...), § 10 Abs 1 S 3 ROG in der Fassung vom 22. Dezember 2008 und § 2 Abs. 3 S. 6 RegBkPIG in der Fassung vom 8. Februar 2012 enthalten keine Beschränkung auf schriftlich zu formulierende und elektronische zu versendende Stellungnahmen. Diese können vielmehr auch zur Niederschrift abgegeben werden. (Rn. 88)

2. Regionalpläne sind ordnungsgemäß auszufertigen. (Rn. 96) (...)

7. Zweifelhaft ist, ob die unterbliebene Abgrenzung und die daraus resultierende Einordnung der gesamten Abstandsfläche bei Windenergieanlagen als „weiche“ Tabuzone auf einen Verstoß gegen das Abwägungsgebot deutet. (Rn. 145) (...).  
(amtliche Leitsätze)

### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen zur Projektierung von Windenergieanlagen. Sie wandte sich vorliegend gegen den Sachlichen Teilregionalplan „Windnutzung, Rohstoffsicherung und -gewinnung“ zum Regionalplan Uckermark-Barnim. Die Antragsgegnerin hatte das Verfahren zur Neufassung bzw. Fortschreibung des Teilregionalplans im Jahr 2005 eingeleitet und im Ergebnis verschiedene Gebiete als Eignungsgebiete ausgewiesen.

Nachdem die Regionalversammlung den Sachlichen Teilplan beschlossen und der Vorsitzende der Regionalversammlung die Satzung ausgefertigt hatte, wurde diese durch die Gemeinsame Landesplanungsabteilung genehmigt. Von ihrer Genehmigung nahm die Gemeinsame Landesplanung Satz 4 der Zielfestlegung Z 1 aus. Anschließend wurde der Plan in der geänderten Fassung im Amtsblatt für Brandenburg vom 18. Oktober 2016 bekannt gemacht.

### Inhalt der Entscheidung

Nach der durchgeführten Erörterung der Rechtssache teilte das OVG Berlin-Brandenburg den Beteiligten seine vorläufige Einschätzung im Wege eines Hinweisbeschlusses mit. Es wies darauf hin, dass verschiedene Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Sachlichen Teilregionalplans bestünden.

Zunächst wies das Oberverwaltungsgericht darauf hin, dass lediglich der Hilfsantrag, nicht aber der Hauptantrag Erfolg haben dürften. Der Hauptantrag mit dem Ziel, den Sachlichen Teilregionalplan lediglich im Hinblick auf die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB außerhalb der Eignungsgebiete für unwirksam zu erklären, sei voraussichtlich unbegründet, weil der angefochtene Regionalplan nicht in dem mit dem Hauptantrag angestrebten Sinne teilbar sei. Andersfalls würde der Antragsgegnerin eine Positivplanung aufgedrängt werden, die diese so nicht gewollt habe. Dem stehe auch nicht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entgegen<sup>1</sup>, da diese ausdrücklich zu Flächennutzungsplänen ergangen sei und nicht auf Regionalpläne übertragen werden könne.

Der Sachliche Teilregionalplan leide voraussichtlich an verschiedenen formellen Fehlern. Dies betreffen zunächst die Bekanntmachungen der Auslegung der verschiedenen Entwürfe. Hier habe der Verweis auf die Möglichkeit, Stellungnahmen auch zur Niederschrift abgeben zu können, gefehlt. (Rn. 87ff.) Zudem hätte eine Bekanntmachung rechtsfehlerhaft einen Hinweis zu gleichförmigen Einwendungen von mehr als 50 Personen enthalten. Die dem zugrunde liegende Vorschrift des § 17 VwVfG sei jedoch nicht in Verfahren zur Aufstellung von Raumordnungsplänen anwendbar. (Rn. 92 ff.) Zuletzt sei der Plan auch nicht ordnungsgemäß ausgefertigt worden. Zwar enthielten weder das ROG noch das Gesetz zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung<sup>2</sup> eine ausdrückliche Regelung zur Ausfertigung des Regionalplans. Bei dem Erfordernis der Ausfertigung handele es sich jedoch um ein grundlegendes Element des Rechtsset-

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.1.8 Rn. 29 (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

<sup>2</sup> Gesetz zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung (RegBkPIG) v. 8.2.2012, GVBl.I/12, Nr. 13.

zungsverfahren; dabei müsse die Identität der anzuwendenden Norm und ihres Inhalts mit dem vom Normgeber Beschlossenen nachgewiesen sein. Deshalb hätte die durch die Gemeinsame Landesplanung genehmigte Version erneut durch die Regionalversammlung beschlossen werden müssen. (Rn. 97, 102)

Im Rahmen seiner materiell-rechtlichen Prüfung hält das Gericht zunächst fest, dass dem gesamträumlichen Planungskonzept voraussichtlich nicht entgegenstehe, dass die Antragsgegnerin lediglich Eignungsgebiete ausgewiesen habe. Bereits damit sei kraft Gesetzes die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eingetreten; eine zusätzliche Festsetzung von Vorranggebieten habe es nicht bedurft. Die Festlegung von Eignungsgebieten sei darüber hinaus nicht nur bezüglich ihrer außergebietlichen Ausschlusswirkung als Ziel der Raumordnung zu bewerten, sondern es handle sich auch innergebietlich um Ziele der Raumordnung i.S.v. § 3 Abs 1 Nr. 2 ROG. (Rn. 133)

Im Anschluss daran nimmt das OVG Berlin-Brandenburg zur Einordnung verschiedener Flächen als harte oder weiche Tabuzonen Stellung.

Die Antragsgegnerin hatte einen Mindestabstand zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen von 800 m einheitlich als weiche Tabuzone festgesetzt. Diese Einordnung widerspreche der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Danach hätte zwischen einem auf Grundlage der TA Lärm zwingend einzuhaltenden Abstand als harte und einem daran anschließenden Vorsorgeabstand als weiche Tabuzone differenziert werden müssen. Ob die unterlassene Abgrenzung tatsächlich auf einen Verstoß gegen das Abwägungsgebot deutet, lässt das Gericht jedoch offen. (Rn. 145) Jedenfalls sei der Fehler nicht erheblich. Die Antragsgegnerin habe nämlich in der Planbegründung verdeutlicht, dass sie einen entsprechenden Mindestabstand in jedem Fall habe festsetzen wollen. Anhaltspunkte dafür, dass sich dieser bei einer Differenzierung zwischen zwingend einzuhaltenden Abständen und darüberhinausgehenden Vorsorgeabständen verändert hätte, seien nicht ersichtlich. Auch sei nicht erkennbar, dass eine entsprechende Differenzierung zu einer Vergrößerung der Eignungsgebiete geführt hätte. (Rn. 260) Aufgrund der geringen Bedeutung für die Größe der Eignungsgebiete verneint das Gericht ebenfalls die Erheblichkeit von möglicherweise fehlerhaft als harte Tabuzone eingeordneten Wasserschutzgebieten (Schutzzone II). (Rn. 261)

Gegen die Einordnung geschützter Waldgebiete als harte Tabuzone äußert das Gericht keine Bedenken. Dieses Ergebnis stützt das Gericht in erster Linie darauf, dass sich die Antragsgegnerin „in noch hinreichendem Maße“ damit befasst habe, ob das Waldgebiet tatsächlich für die Windenergienutzung in Betracht komme. Auf Grundlage der Angaben der zuständigen Forstbehörde habe sie dies für alle in Betracht kommenden Flächen verneint. Diese Angaben habe sie nicht im Detail nachvollziehen müssen. (Rn. 155)

Auch gegen die Einordnung von Denkmälern und Gartendenkmälern als harte Tabuzone äußert das OVG Berlin-Brandenburg keine durchgreifenden Bedenken. Nach Auffassung des Gerichts seien Windenergieanlagen im Denkmalbereich nicht genehmigungsfähig, zumal dem öffentlichen Interesse an der Nutzung außerhalb der Denkmalbereiche ausreichend Rechnung getragen werde (Rn. 160).

Gleiches gelte für den Bauschutzbereich von Flughäfen, welchen die Antragsgegnerin nach Auffassung des Gerichts ebenfalls ohne Rechtsfehler als harte Tabuzone eingeordnet haben durfte. (Rn. 165-177)

Sowohl die in Brandenburg geltenden Tierökologischen Abstandskriterien als auch die sogenannten „Wetterradarbelange“ habe die Antragsgegnerin zu Recht als Restriktionskriterien eingestuft. Die Plangeberin habe diese Kriterien insofern in ihre Planung einstellen dürfen. (Rn. 207-212, 213- 238)

## Fazit

In seinem umfangreichen Beschluss hat das OVG Berlin-Brandenburg zu zahlreichen Aspekten der Konzentrationszonenplanung auf Regionalplanungsebene Stellung genommen; diese jedoch nicht abschließend entschieden. Dabei bestätigt das Gericht insbesondere im Hinblick auf formale Anforderungen an die Planaufstellung die bestehende Rechtsprechung. Hinsichtlich der materiellen Anforderungen an Pläne zur Steuerung der Windenergie bemüht sich das Gericht, die sich aus der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ergebenden Anforderungen für die Planung handhabbar zu machen. Gleichzeitig werden auch Unterschiede zu anderen Oberverwaltungsgerichten deutlich, was eine rechtssichere Planung wiederum erschwert.

Der Umfang des Tenors von Plänen, mit welchen eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden soll, wird in der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt. Im Hinblick auf Flächennutzungspläne, welchen eine Ausschlusswirkung zukommen soll, hat das Bundesverwaltungsgericht geurteilt, dass

sich der Tenor lediglich auf die Ausschlusswirkung beziehen könne.<sup>3</sup> Diese sich am Umfang des Normenkontrollantrags orientierende Rechtsprechung hält das OVG Berlin-Brandenburg mangels Teilbarkeit weiterhin nicht auf die Regionalplanung übertragbar.<sup>4</sup>

Wie in vielen vergleichbaren Fällen, sind auch im vorliegenden Fall formelle Mängel letztendlich der ausschlaggebende Grund für die Auffassung des Senats, dass der Sachliche Teilregionalplan voraussichtlich unwirksam sei. Dies verdeutlicht einmal mehr die Bedeutung der formellen Vorgaben. Zwar sind diese in Teilen durch die Rechtsprechung fortentwickelt worden; mittlerweile verstetigt sich die Rechtsprechung aber in wichtigen Fragen – etwa im Hinblick auf die Anforderungen an die Bekanntmachung<sup>5</sup> und die Ausfertigung<sup>6</sup>.

Auch im Hinblick auf materielle Fehler lassen sich dem Beschluss wichtige Aussagen entnehmen:

Dies gilt zunächst für die Einordnung von Abständen zwischen Siedlungen und Windenergieanlagen als harte bzw. weiche Tabuzonen. Hier löst sich der Senat von dem dogmatischen Verständnis des Bundesverwaltungsgerichts und lässt bereits offen, ob die unterbliebene Abgrenzung überhaupt einen Verstoß gegen das Abwägungsgebot darstellt. Die bloße Möglichkeit, dass Beschlussorgane bei richtiger Einordnung von Tabukriterien zu einem anderen Ergebnis hätten kommen können, führt vielfach dazu, dass die Rechtsprechung geradezu formelhaft ohne eine weitere Prüfung die Beachtlichkeit eines Fehlers bejaht.<sup>7</sup> Eine stärker am Willen des Plangebers orientierte Erheblichkeitsprüfung könnte dazu führen, die hohen – und oft kaum umsetzbaren – Forderungen an die Planung jedenfalls im Hinblick auf Abgrenzungsfehler etwas einzufangen.

Eine neue Facette der Tabuzonensystematik bildet die Einordnung von geschützten Waldflächen als harte Tabuzone. Grundsätzlich wird Wald als weiche Tabuzone eingeordnet.<sup>8</sup> Die vorliegende Abstufung begründet das OVG Berlin-Brandenburg mit einer vorausgegangenen Prüfung der Genehmigungsfähigkeit durch die Forstbehörde. Während in der Rechtsprechung der Rückgriff der Planungsbehörden auf die Einschätzung von Fachbehörden teilweise mit dem Hinweis auf deren originäre Prüfungspflicht abgelehnt wird,<sup>9</sup> hat das OVG Berlin-Brandenburg diesen Rückgriff – auch aufgrund der Plausibilität der Angaben – als zulässig gewertet.

Auch billigt das Gericht den Umgang des Plangebers mit dem Wetterradarbelang. Die bisherige Rechtsprechung hatte mit Blick auf die Genehmigung konkreter Windenergievorhaben eine rechtserhebliche Störung der Funktionsfähigkeit von Wetterradaranlagen des Deutschen Wetterdienstes bislang verneint und generelle Abstandsempfehlungen abgelehnt.<sup>10</sup> Für die Planungsebene sieht es das Oberverwaltungsgericht jedoch durchaus als möglich an, dem unerwünschten Nutzungskonflikt Rechnung zu tragen.

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

<https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE200013593>

---

<sup>3</sup> BVerwG, Urt. v. 31.1.2013 – 4 CN 1.12, [Rn. 19](#).

<sup>4</sup> So bereits OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.5.2019 – 2 A 4.19, [Rn. 36](#) (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen).

<sup>5</sup> So bereits OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.5.2019 – 2 A 4.19, [Rn. 41, 43](#) (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen).

<sup>6</sup> Zum Flächennutzungsplan OVG Münster, Urt. v. 24.9.2020 – 7 D 64/18.NE, [Rn. 40](#) (in diesem Rundbrief besprochen).

<sup>7</sup> So etwa zuletzt VGH Mannheim, Urt. v. 13.10.2020, 3 S 526/20, [Rn. 121](#).

<sup>8</sup> So etwa OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, [Rn. 91 ff.](#) m.w.N.

<sup>9</sup> So bspw. OVG Münster, Urt. v. 20.1.2020 – 2 D 100/17.NE, [Rn. 144](#) (in Rundbrief [2/2020](#) besprochen).

<sup>10</sup> OVG Münster, Urt. v. 1.3.2018 – 8 A 2478/15, [Rn. 132](#); VGH München, Urt. v. 18.9.2015 – 22 B 14.1263, [Rn. 63](#); BVerwG, Urt. v. 9.9.2016 – 4 C 2.16, [Rn. 16 ff.](#) (in Rundbrief [2/2017](#) besprochen).

Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, Anforderungen an die Ausfertigung, Konzentrationszone in seismologisch aktivem Gebiet  
OVG Münster, Urteil vom 24. September 2020 – 7 D 64/18.NE

**1. Für das nordrhein-westfälische Landesrecht ist in der Rechtsprechung geklärt, dass es mangels ausdrücklicher normativer Vorgaben für die Ausfertigung von Bebauungsplänen ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass eine Originalurkunde geschaffen wird, auf welcher der Bürgermeister als Vorsitzender des Rates zeitlich nach dem Ratsbeschluss und vor der Verkündung der Satzung schriftlich bestätigt, dass der Rat an einem näher bezeichneten Tag diesen Bebauungsplan als Satzung beschlossen habe. Die Einhaltung dieser Mindestanforderungen ist auch dann erforderlich, wenn es um die Ausfertigung eines Flächennutzungsplans geht. (Rn. 39)**

**2. In Bezug auf die Eignung von Konzentrationsflächen darf nicht im Ungewissen bleiben, ob auf diesen Flächen tatsächlich Windenergienutzung stattfinden kann. Es muss eine hinreichende Gewähr dafür bestehen, dass der Nutzung der Windenergie keine Hindernisse entgegengehalten werden können. (Rn. 67-69).**

**(redaktionelle Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall wandte sich ein Unternehmen der Windenergiebranche im Wege des Normenkontrollantrages gegen die Ausschlusswirkung der Flächennutzungsplanänderung Nr. 10 der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin leitete das Verfahren zur Änderung des Flächennutzungsplanes im Jahr 2014 ein. Im Rahmen der Behördenbeteiligung wies der Geologische Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen darauf hin, dass sowohl in der geplanten Konzentrationszone F1 als auch in der Konzentrationszone O1 ein Störungssystem bzw. seismisch aktive Sprünge verliefen. Er empfahl, beidseits der Störung bzw. der seismisch aktiven Sprünge einen Bereich von jeweils 100 m vollständig von Bebauung freizuhalten. In der Planbegründung führte die Antragsgegnerin daraufhin aus, dass für diese Bereiche Neubebauung nicht gestattet sei, jedoch vom Rotor einer Windenergieanlage überstrichen werden könnten.

### Inhalt der Entscheidung

Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin hatte Erfolg. Das OVG Münster entschied, dass der Flächennutzungsplan hinsichtlich seiner Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unwirksam sei.

Zunächst leide der Plan an einem formellen Mangel. Der Plan sei nicht ordnungsgemäß ausgefertigt worden. Ein Flächennutzungsplan, mit dem Konzentrationszonen dargestellt werden, müsse ausgefertigt werden, weil die Darstellung der Konzentrationszonen aufgrund der damit einhergehenden Ausschlusswirkung „einen Grad rechtlicher Verbindlichkeit entfaltet, der über die regelmäßigen Wirkungen des Flächennutzungsplans deutlich hinausgeht.“ (Rn. 37). Für eine ordnungsgemäße Ausfertigung sei erforderlich, dass eine Originalurkunde geschaffen werde. Auf dieser bestätige der Bürgermeister als Vorsitzender des Rates nach dem Ratsbeschluss und vor der Verkündung der Satzung schriftlich, dass der Rat den jeweiligen Plan als Satzung beschlossen habe. (Rn. 39) An einer solchen Ausfertigung in dem maßgeblichen Zeitraum zwischen Ratsbeschluss und Bekanntmachung fehle es hier.

Darüber hinaus sei der Plan materiell fehlerhaft. Bei der Ausweisung von Konzentrationszonen dürfe nicht im Unklaren bleiben, ob auf diesen Flächen tatsächlich Windenergieanlagen errichtet und betrieben werden könnten. Der Flächennutzungsplan müsse gewährleisten, dass der Errichtung der Anlagen regelmäßig keine öffentlichen Belange entgegenstünden. „Das gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bewirkte Zurücktreten der Privilegierung der Windenergie (...) lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn die planende Gemeinde sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen grundsätzlich durchsetzen“, so das OVG Münster. (Rn. 68) Rechtlicher Anknüpfungspunkt sei die Erforderlichkeit des Plans nach § 1 Abs. 3 BauGB.

Sowohl für die Zone F1 als auch für die Zone O1 sei die Möglichkeit der tatsächlichen Errichtung von Windenergieanlagen nicht hinreichend sichergestellt. Für die Zone F1 hätte mittels einer Bodengrunduntersuchung ermittelt werden müssen, ob dort die Nutzung von Windenergie an ausreichend vielen Standorten tatsächlich in Betracht komme oder von vornherein unwahrscheinlich oder sogar ausgeschlossen sei. (Rn. 76) Spreche vieles dafür, dass die Bodengrunduntersuchung generell zu einem negativen Ergebnis für

die Errichtung statisch anspruchsvoller Windenergieanlagen führe, dürfe auch nicht auf eine standortbezogene Vorprüfung im Genehmigungsverfahren verwiesen werden. (Rn. 77) Im Hinblick auf die Zone O1 befänden sich in der Planzeichnung und den sonstigen der Abwägung zugrunde gelegten Unterlagen keine Darstellung über die genaue Lage der seismisch aktiven tektonischen Störungen und deren Ausdehnung. Dies stelle bereits eine mangelhafte Ermittlung eines für die Planung erheblichen Umstands dar. (Rn. 91)

## Fazit

An die formelle Rechtmäßigkeit von Flächennutzungsplänen, welche eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bewirken, stellt das OVG Münster mit dem Hinweis auf den hohen Grad rechtlicher Verbindlichkeit dieser Pläne, besondere Anforderungen. Dies galt zunächst für die Anforderungen an die Bekanntmachung: Der Bürger muss hier – ähnlich wie bei einem Bebauungsplan – sowohl aus der Bekanntmachung der Auslegung als auch aus der Bekanntmachung des Plans das Konzept der Konzentrationszonenplanung und den Umfang des gesamten Plangebiets erkennen können.<sup>1</sup> Auch für das Ausfertigungserfordernis sollen nun mit dem gleichen Argument die identischen Anforderungen wie bei einem Bebauungsplan gelten.<sup>2</sup>

Zweiter zentraler Punkt des Urteils ist die Frage nach der tatsächlichen Geeignetheit von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung. Hier stellt das Gericht im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>3</sup> fest, dass eine hinreichende Gewähr dafür bestehen müsse, dass der Nutzung der Windenergie keine Hindernisse entgegengehalten werden können. Dazu obliegen dem Planungsträger Ermittlungs- und Bewertungspflichten. Weiter stellt das Gericht klar, dass insbesondere dann, wenn mit einem negativen Prüfergebnis zu rechnen ist, nicht allein auf eine standortbezogene Prüfung im Genehmigungsverfahren verwiesen werden darf.

Interessant sind ebenso die gerichtlichen Ausführungen zu Konflikten von Windenergienutzung und Seismologie. Seismologische Störungen sind grundsätzlich nur in wenigen Bundesländern bzw. Regionen relevant.<sup>4</sup> Für das Planungsrecht sehen § 5 Abs. 3 Nr. 1 und § 9 Abs. 5 BauGB die grundsätzliche Kennzeichnung dieser Flächen vor. Gleichwohl verlangt das Gericht eine Ermittlung und Bewertung nach § 2 Abs. 3 BauGB im Hinblick auf ggf. in Betracht zu ziehende Folgen auf der Planungsebene. Zu berücksichtigen sind aber die im Genehmigungsverfahren möglichen baulichen Sicherungsmaßnahmen.<sup>5</sup>

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

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2020/7\\_D\\_64\\_18\\_NE\\_Urteil\\_20200924.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2020/7_D_64_18_NE_Urteil_20200924.html)

---

<sup>1</sup> OVG Münster, Urt. v. 9.9.2019 – 10 D 36/17.NE, [Rn. 32 ff.](#) (in Rundbrief [1/2020](#) besprochen); OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, [Rn. 39 ff.](#) (in Rundbrief [2/2018](#) besprochen); OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, [Rn. 40 ff.](#)

<sup>2</sup> So bereits OVG Münster, Urt. v. 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE, [Rn. 51 ff.](#)

<sup>3</sup> BVerwG, Urt. v. 24.1.2008 – 4 CN 2/07, [Rn. 11.](#)

<sup>4</sup> EnergieAgentur.NRW, Windenergieanlagen und seismologische Stationen – Übersicht, Hintergrund und Ausblick, 2016, [S. 4.](#)

<sup>5</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 13.6.1984 – 10 C 4/83, NVwZ, 1986, 56 (56); Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 139. EL August, § 9 Rn. 271.

Genehmigungsverfahren, Tötungsverbot, artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG, Wasserschutzgebietsverordnung, Natura 2000-Gebiet  
**VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI**

**2. Wasserschutzgebietsverordnungseigene Dispensregelungen können wegen Spezialität dem § 52 Abs. 1 S. 2 WHG vorgehen.**

**3. Windenergieanlagen können als kritische Infrastrukturmaßnahmen den Ausnahmetatbestand der „öffentlichen Sicherheit“ des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG (bzw. Art. 9 Abs. 1 Buchst. a 1. Spiegelstrich RL 2009/147/EG (Vogelschutzrichtlinie) und Art. 16 Abs. 1 Buchst. c RL 92/43/EWG (FFH-Richtlinie) erfüllen.**

**6. Ein Regionalplan, der Gebiete für die Konzentrationszonenplanung ausschließt, für die ein ablehnender Genehmigungsbescheid vorliegt, ohne hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung zu differenzieren oder auf die Bestandskraft der Bescheide zu achten, erweist sich als abwägungsfehlerhaft.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin beantragte beim Beklagten, dem Regierungspräsidium Darmstadt, die Erteilung einer Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zehn Windenergieanlagen. Das Gesamtvorhaben ist im geltenden Regionalplan Südhessen/Regionaler Flächennutzungsplan 2010 geplant (RPS/RegFNP 2010). Neun der geplanten Anlagen (WEA 1-7, 9, 10) liegen innerhalb der Schutzzonen III des durch die Verordnung zum Schutz der Trinkwassergewinnungsanlagen der Hessenwasser GmbH und Co. KG und der Europäischen Gesellschaft für Kur- und Erholungshäuser e.V. (WSGV-W) sowie des durch die Verordnung zur Festsetzung eines Wasserschutzgebietes für den Brunnen II „Unkenborn“ des Wasserverbandes „Oberer Rheingau“ (im Folgenden: WSGV-T) ausgewiesenen Wasserschutzgebiete.

Aufgrund von Verletzungen wasser-, bauplanungsrechtlicher, forstrechtlicher sowie denkmalschutzrechtlicher Vorschriften versagte die Beklagte die Genehmigung der streitgegenständlichen Windenergieanlagen. Die Klägerin erhob vor dem VG Wiesbaden Verpflichtungsklage auf Erteilung der Genehmigung.

Während des Klageverfahrens erließ die Regionalversammlung Südhessen im Juni 2019 den Sachlichen Teilplan Erneuerbare Energien (TPEE). Sechs der Windenergieanlagen (WEA 5-10) liegen danach nunmehr in sog. Weißflächen, welche keinerlei Festsetzungen hinsichtlich der Windenergie vorgeben. Vier der geplanten Anlagen (WEA 1-4) befinden sich danach in Ausschlussflächen. Für diese hatte die Klägerin 2014 einen Zielabweichungsbescheid vom Ziel 4.5-3 des RPS/RegFNP 2010 erlangt.

### Inhalt der Entscheidung

Unter Aufhebung des Ablehnungsbescheid verpflichtete das VG Wiesbaden die Beklagte zur Erteilung einer Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der streitgegenständlichen Windenergieanlagen.

Zunächst stünde dem Vorhaben keine wasserrechtlichen Vorschriften entgegen. Auf Basis seiner umfassenden wasserrechtlichen Betrachtung kommt das Gericht zu dem Schluss, dass vorliegend eine Befreiung von den Verboten der einschlägigen Wasserschutzgebietsverordnungen zu erteilen gewesen sei. Dabei sieht das Gericht die verordnungsinternen Dispensregelungen der WSGV-W und WSGV-T als weiter anwendbar an. Auch durch die Schaffung der bundesgesetzlichen Befreiungstatbestände in § 52 Abs. 1 S. 2 und S. 3 WHG würden die Regelungen nicht verdrängt. (Rn. 49 ff.)

Hinsichtlich der naturschutzrechtlichen Fragestellungen bejahte das Verwaltungsgericht zunächst die Erfüllung des Tatbestands des Tötungsverbots i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bezüglich der angesiedelten Wanderfalken. (Rn. 95 ff.) Dies begründete es damit, dass sich aus dem Windkraft-Leitfaden Hessen sowie aus dem Helgoländer Papier eine Abstandempfehlung von 1000 m zwischen Windenergieanlage und Brutplatz ergebe. Beiden Leitfäden sähen Mindestabstände nicht nur im Falle einer erfolgreichen Brut, sondern bereits für jegliche „Brutvorkommen“ bzw. zu „Brutplätzen“ vor. Dies sei bereits aufgrund der vermehrten Aktivitäten zur Brutzeit gerechtfertigt, da eine erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit des Vogels in diesem Bereich vorliege. (Rn. 107)

Zugleich sah das Gericht die Voraussetzungen für eine Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG als gegeben an. Das Vorhaben der Klägerin diene dem Interesse der öffentlichen Sicherheit, denn die vorliegende Fallkonstellation unterfalle selbst deren engem Verständnis. So nahm das Gericht an, dass auch die

Errichtung eines einzelnen Windparks für die existentielle Frage der Versorgungssicherheit mit erneuerbaren Energien in Hessen wesentlich sein könne. Windenergieanlagen könnten als kritische Infrastrukturvorhaben angesehen werden und dabei einen überragend wichtigen Belang der öffentlichen Daseinsvorsorge leisten. Für eine langfristig gesicherte Energieversorgung zähle auch die Hinwendung zu erneuerbaren Energien. Im Rahmen der Alternativenprüfung sei eine Ausweitung des Prüfbereichs auf die ganze Region Südhessen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit abzulehnen. (Rn. 114 ff.) Ob zusätzlich eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG erteilt werden könne, oder ob diese Norm wegen Europarechtswidrigkeit unanwendbar bleiben müsse, könne vorliegend dahinstehen. (Rn. 137)

Das Verwaltungsgericht kommt ebenfalls zu dem Schluss, dass das klägerische Vorhaben nicht gegen baurechtliche Vorschriften verstößt. Insbesondere den WEA 1-4 stünde nicht der öffentliche Belang des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen. Die raumordnungsrechtliche Zulässigkeit der Anlagen ergebe sich dabei nicht aus der Tatbestandswirkung des Zielabweichungsbescheids i.S.d. § 6 Abs. 2 ROG aus 2014 (Rn. 149 ff.), sondern vielmehr aus der Tatsache, dass die Ausschlusswirkung des TPEE vorliegend nicht greife. Dessen Prüfung ergebe nämlich, dass der Plan zwar formell (Rn. 153 ff.), aber nicht materiell fehlerfrei sei. So erfülle der Plan vorliegend nicht die Anforderungen an die Ausweisung von Zielen der Raumordnung i.S.d. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, da er abwägungsfehlerhaft sei und der Windenergie nicht substanziell Raum verschaffe. Abwägungsfehler sieht das Gericht insbesondere bei der Planung in Bezug auf Natura 2000-Gebiete. (Rn. 159 ff.) Der Teilplan erweise sich auch insofern als abwägungsfehlerhaft, als er Räume, die mit dem Ergebnis einer ablehnenden Entscheidung Gegenstand eines Genehmigungsverfahrens nach dem BImSchG waren, pauschal als Potenzialfläche ausgeschlossen hat. (Rn. 173 ff.)

Des Weiteren stünde dem Vorhaben weder der öffentliche Belang des Landschaftsschutzes (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB) (Rn. 181 ff.), noch die fehlende Einhaltung der Abstandsflächen nach der Hessischen Bauordnung (Rn. 194 ff.) entgegen.

Schlussendlich sieht das Verwaltungsgericht auch keinen Verstoß gegen denkmalrechtliche Vorschriften als gegeben an; vielmehr sei eine Genehmigung nach § 18 Abs. 3 Nr. 1 HDSchG zu erteilen gewesen. So habe die Abwägung gezeigt, dass sich die denkmalrechtlichen Belange gegenüber dem Vorhaben der Klägerin nicht durchzusetzen vermochten. (Rn. 209 ff.)

## Fazit

Diese sehr umfassende Entscheidung des VG Wiesbaden befasst sich mit einer Vielzahl an Themenkomplexen, welche für die Genehmigung von Windenergievorhaben von großer Relevanz sind.

Das Urteil zeigt besonders in Bezug auf die rechtssichere Anwendung der §§ 44 ff. BNatSchG, dass weiterhin wichtige Fragestellungen zur Ausnahme ungeklärt bleiben. Im Vergleich zum viel besprochenen Urteil des VG Gießen<sup>1</sup> sind jedoch deutliche Unterschiede festzustellen. So bejaht das VG Wiesbaden im Hinblick auf Windenergieanlagen die Anwendbarkeit der Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG. Selbst nach einem engen Verständnis des Ausnahmegrundes sei dieser vorliegend einschlägig. Auch spart das Gericht Ausführungen zur Europarechtskonformität des Ausnahmegrundes des überwiegend öffentlichen Interesses gänzlich aus; wobei dessen Anwendbarkeit unionsrechtlich umstritten ist. Letztendlich kommt es auch hier auf die Rechtsauffassung des VGH Kassel an, welcher die Berufung zugelassen hat. Seine Antworten werden ein wichtiger Anhaltspunkt für den künftigen Umgang mit dem Ausnahmetatbestand sein. Eine Vorlage der streitgegenständlichen Fragen an den EuGH könnte darüber hinaus unklare unionsrechtliche Punkte für die Ausnahmepaxis klären.<sup>2</sup>

Neben dem Artenschutzrecht sind insbesondere die gerichtlichen Ausführungen in Bezug auf die wasser-, baurechtlichen Fragestellungen von Interesse. Im Kontext des Wasserrechts befasst sich das VG Wiesbaden mit Befreiungsregelungen in Wasserschutzgebieten. § 52 Abs. 1 S. 2 und 3 WHG lehnt sich an die bestehenden landesrechtlichen Vorgaben zum Wasserrecht an.<sup>3</sup> Das VG Wiesbaden adressiert vorliegend die Fragestellung nach einer möglichen Kollision der bundesrechtlichen Regelungen mit den bestehenden landesrechtlichen Dispensregelungen in Schutzgebietsverordnungen.

<sup>1</sup> VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI (in Rundbrief [2/2020](#) besprochen).

<sup>2</sup> Zu den Auswirkungen europarechtlicher Vorgaben auf die artenschutzrechtliche Ausnahme nach nationalem Recht siehe: Hofmann (KNE), [Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie. Der Klimaschutz und die Auslegung der Ausnahmeregelungen der Vogelschutzrichtlinie](#), 2020.

<sup>3</sup> BT-Drs. 16/12275, [S. 67](#).

Im Hinblick auf bauplanungsrechtliche Aspekte befasst sich das Verwaltungsgericht u.a. mit den Festlegungsmöglichkeiten des Plangebers von Natur 2000-Gebieten. Hinsichtlich der Einordnung dieser Gebiete in die Tabuzonensystematik scheint sich die Rechtsprechung mehrheitlich der Einordnung als weiche Tabuzone zuzuneigen.<sup>4</sup> Der VG Wiesbaden sieht diese Einordnung im vorliegenden Teilplan mit Blick auf die Vorgaben des Landesentwicklungsplans Hessens dennoch als unwirksam an und unterstreicht damit nicht zuletzt die Vielschichtigkeit und Komplexität planerischer Festlegungen und die damit verbundene Abwägungsentscheidung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

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

<https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE200001730>

---

<sup>4</sup> Siehe hierzu mit w.N.: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.5.2019 – 2 A 4.19, [Rn. 214 f.](#) (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen).



Genehmigungsverfahren, Änderungen der Sach- und Rechtslage, Tötungsverbot, Bindungswirkung des Vorbescheids

## OVG Koblenz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19.OVG

**2. Für die Bestandserfassung und für die Ermittlung des Tötungsrisikos des Rotmilans durch Windenergieanlagen haben sich keine bestimmten Maßstäbe und Methoden im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14 –) derart durchgesetzt, dass eine hiervon abweichende Vorgehensweise als nicht mehr vertretbar anzusehen wäre. (...)**

**3. Der gerichtlichen Entscheidung über eine Klage gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung zugrunde zu legen. Spätere Änderungen zulasten des Anlagenbetreibers bleiben außer Betracht; nachträgliche Änderungen zugunsten des Betreibers sind jedoch ebenso zu berücksichtigen wie nachträglich gewonnene Erkenntnisse hinsichtlich der ursprünglichen Sachlage.**

**4. Zur Einstufung des Wespenbussards als nicht windkraftsensible Art.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene beantragte Ende 2011 eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb dreier Windenergieanlagen, welchen sie hinsichtlich einer Anlage im späteren Verfahren zurücknahm. Geplant waren diese Anlagen an einem Standort, der sich in einer durch einen Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszone befand. Nach gerichtlicher Aufhebung der Konzentrationszone beantragte und erhielt die Beigeladene 2013 einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid hinsichtlich der baurechtlichen Zulässigkeit der Anlage. Der neue Flächennutzungsplan aus 2015 sieht für den Standort keine Konzentrationszone mehr vor. Ende 2016 erteilte die Beklagte der Beigeladenen die beantragte Genehmigung, welche artenschutzrechtliche Nebenbestimmungen zum Schutz von Wespenbussard und Schwarzstorch beinhaltet; letzterer hat sich mittlerweile an einem entfernten Standort angesiedelt.

Der Kläger, eine Naturschutzvereinigung, erhob sowohl gegen den Vorbescheid als auch die Genehmigung erfolglos Widerspruch. Das VG Koblenz<sup>5</sup> hingegen hob die Genehmigung in der Gestalt der Anfang 2018 ergangene Änderungsgenehmigung auf. Insbesondere sah das Gericht einen Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Störungs- und Tötungsverbot als gegeben an. Beigeladene und Beklagte begehren nunmehr im Wege der Berufung die Aufhebung des ergangenen Urteils.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Koblenz hob das Urteil aufgrund der zulässigen und begründeten Berufung auf.

Die Klage war nach Ansicht des OVG Koblenz unbegründet, da die Genehmigung insbesondere nicht gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoße. Zunächst ging das Gericht vorliegend von einem Erkenntnisdefizit von Wissenschaft und Praxis aus, sodass die Einschätzung der Fachbehörde maßgeblich sei. Diese habe sich vom Grundsatz her am naturschutzfachlichen Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in Rheinland-Pfalz und dem Leitfaden „Raumnutzungsanalyse Rotmilan– Untersuchungs- und Bewertungsrahmen für Windenergieanlagen“ orientiert. Die Behörde sei jedoch nicht strikt an die dort statuierten Leitlinien gebunden. Eine zwingende Verbindlichkeit nähme diese nicht für sich in Anspruch. Insbesondere sofern die reale Raumnutzung andere Schlüsse zulasse, könne diese eine Abweichung rechtfertigen. Zudem träfen die landesrechtlichen Vorgaben nicht zu allen relevanten Parametern Aussagen; so besonders hinsichtlich der Schwellenwerte, für eine hohe Nutzungshäufigkeit oder zu Aufenthaltszeiten und kritischen Flughöhen. In diesen Bereichen verfüge die zuständige Behörde ebenfalls über Handlungsspielräume. Ähnliche Freiräume gewähre auch das Helgoländer Papier, welches lediglich „Abstandsempfehlungen“ gebe. (Rn. 53 ff.)

Das Gericht betont, dass zu den berücksichtigungsfähigen Änderungen der Sach- und Rechtslage nur diejenigen zählen, die sich zu Gunsten des Anlagenbetreibers auswirkten; so u.a. auch nachträglich gewonnene Erkenntnisse zur ursprünglichen Sachlage, wie bspw. die Ergebnisse der Raumnutzungsanalysen aus 2016 und 2020. Diese ergäben, dass von den genehmigten Anlagen kein signifikantes Tötungsrisiko für den Rotmilan ausgehe. (Rn. 80 ff.) Zum gleichen Ergebnis kommt das Gericht ebenfalls hinsichtlich des Schwarzstorches.

<sup>5</sup> VG Koblenz, Urt. v. 11.4.2019 – 4 K 269/18.KO.

Auch hier lägen nachträgliche, berücksichtigungsfähige Erkenntnisse vor. Spätestens zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung sei nämlich eine mehr als fünfjährige Nichtbesetzung des Horsts gegeben; sowohl in Bezug auf dessen letztmalige Nutzung als Brutstätte im Jahre 2012 als auch auf die Besetzung durch ein Nichtbrüterpaar im Jahre 2014. (Rn. 103 ff.) Daneben bestehe auch bezüglich des Wespenbussards kein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Ihn habe der Beklagte beanstandungsfrei als nicht windkraftsensibel Art eingestuft und folgerichtig insoweit von einer Raumnutzungsanalyse abgesehen. (Rn. 119 ff.)

Ebenso wenig verstoße die Genehmigung gegen § 6 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 Satz 3 BauGB. Dem Vorhaben stünden insbesondere nicht die Darstellungen des Flächennutzungsplans aus 2015 entgegen. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit sei bereits durch den Vorbescheid aus 2013 abschließend entschieden worden. Dessen Bindungswirkung sei auch nicht durch die Standortverschiebung einer Windenergieanlage um 14 m entfallen. Diese sei objektiv geringfügig, da sie weniger als 10 % der Gesamthöhe der Anlage betrage. (Rn. 122 ff.)

Auch mit Blick auf die Zielfestsetzung Z 163g des Landesentwicklungsprogramms in der Fassung der 3. Teilfortschreibung aus Juli 2017 begegne die Genehmigung keinen rechtlichen Bedenken. Danach sollen Anlagen nur an solchen Standorten errichtet werden, an denen der Bau von mindestens drei Windenergieanlagen planungsrechtlich möglich sei. Die streitgegenständlichen Anlagen stünden bereits im räumlichen Verbund mit den bereits vorhandenen Windenergieanlagen. (Rn. 134 ff.)

## Fazit

Aufbauend auf der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative<sup>6</sup> waren bereits mehrerer Oberverwaltungsgerichte mit dem signifikant erhöhten Tötungsrisiko windkraftsensibler Arten befasst. Hierbei zeigt sich bislang eine diverse Rechtsprechung. Zentrale Leitfrage ist hierbei zum einen, ob das Gericht eine eigene Prüfung der signifikanten Tötungsgefahr vornehmen kann, weil hinsichtlich einer konkreten Fachfrage ein hinreichend gesicherter Fachstand in Wissenschaft und Praxis besteht. Verneint man diese, folgt daraus eine faktische Grenze gerichtlicher Kontrolle und damit eine Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit zur Fachbehörde. Hierbei ist in einem zweiten Schritt die Bindung der Fachbehörde in ihrer Beurteilung an die landesrechtlichen Vorgaben zu prüfen.<sup>7</sup> Auch in diesem Punkt zeigt sich die Diversität der Rechtsprechung und der Gestaltung von artenschutzrechtlichen Leitfäden bzw. Erlassen. Diese stärken grundsätzlich eine einheitliche Rechtsanwendung. Das hinterfragt auch der OVG Koblenz nicht grundsätzlich. Fraglich bleibt dennoch, wie mit Leitfäden umzugehen ist, wenn sich im Zuge dynamischer Anlagenentwicklung neue Fragen zu Standards und Methoden ergeben. Das Gericht nennt in diesem Zusammenhang u.a. die Frage nach kritischen Flughöhen; denn steigt die Anlagenhöhe vergrößert sich regelmäßig der rotorfreie Bereich, wodurch das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle sinken kann.<sup>8</sup>

Das Oberverwaltungsgericht befasst sich darüber hinaus mit der Bindungswirkung eines auf Bauplanungsrecht bezogenen Vorbescheids. Eine Frage war dort, inwiefern Standortverschiebungen<sup>9</sup> die Verbindlichkeit eines Vorbescheids beeinträchtigen. Diese sieht das OVG Koblenz weiterhin als gegeben an, da die Verschiebung in Relation zur Anlagenhöhe unterhalb von 10 % liegt und damit geringfügig sei. In diesem Kontext beschäftigt sich das Gericht in verknappter Form mit einer Zielfestlegung hinsichtlich derer Windenergieanlagen nur an solchen Standorten errichtet werden dürfen, an denen der Bau von mindestens drei Anlagen im räumlichen Verbund planungsrechtlich möglich sind.<sup>10</sup>

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

<http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&doc.id=MWRE200004810&doc.part=L>

<sup>6</sup> Grundlegend dazu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, Rn. 28 (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

<sup>7</sup> Ein Abweichungsbefugnis verneinend: OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2019 – 12 ME 57/19 (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen); VGH München, Urt. v. 10.8.2020 – 15 N 19/1377 (in Rundbrief [3/2020](#) besprochen).

<sup>8</sup> Zur Korrelation Anlagenentwicklung und Tötungsrisiko: Ecoda, Modellhafte Untersuchungen zu den Auswirkungen des Repowering von Windenergieanlagen auf verschiedene Vogelarten am Beispiel der Hellwegbörde, 2012, [S. IX-22 f.](#)

<sup>9</sup> Besonders relevant im Kontext der Änderungsgenehmigung und -anzeige (siehe: Agatz, Windenergiehandbuch, 16. Aufl. 2016, [S. 19 f.](#); FA Wind, Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land – Wissenswertes für Genehmigungsbehörden, 2018, [S. 17](#)) und hinsichtlich der Bindungswirkung eines Bauvorbescheids (OVG Lüneburg, Urt. v. 8.5.2012 – 12 LB 265/10, [Rn. 41](#)).

<sup>10</sup> Zur Nichtigkeit einer harten Tabuzonenfestlegung, welche dann greift, wenn auf eine Fläche nicht mindestens drei Windenergieanlagen errichtet werden könne: BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18 (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

Genehmigungsverfahren, Höhe einer Sicherheitsleistung für den Rückbau, Restwert der Anlage

## OVG Schleswig, Urteil vom 24. Juni 2020 – 5 LB 4/19

**1. § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB macht die Erteilung einer Baugenehmigung für Windenergieanlagen vom Erlass von Nebenbestimmungen zur Sicherstellung der Pflicht zum Rückbau nach dauerhafter Aufgabe der privilegierten Nutzung abhängig.**

**2. Für die Kostenschätzung sind Pauschalierungen gestattet, sofern diese im Ergebnis plausibel und sachlich nachvollziehbar sind. Es ist nicht ermessensfehlerhaft, der Kostenschätzung zunächst 4 % der Herstellungskosten (einschließlich MwSt.) zugrunde zu legen. Ferner ist nicht zu beanstanden, dass darüber hinaus 40 % Inflation bei einer Laufzeit von 20 Jahren hinzugerechnet werden. Die Restwerte der Anlage müssen nicht angerechnet werden.**

(redaktionelle Leitsätze)

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten über die Höhe einer Sicherheitsleistung für den Rückbau einer Windenergieanlage. Für deren Errichtung und Betrieb hatte der Beklagte der Klägerin 2015 eine Genehmigung erteilt. Deren Bestandteil ist u.a. die Bedingung (Punkt A. III 1.2), nach welcher mit der Errichtung erst begonnen werden darf, sofern der Rückbau nach dauerhafter Betriebsaufgabe durch entsprechende Eintragung in das Baulastenverzeichnis des Kreises nachgewiesen gesichert ist. Diese könnten durch Vorlage einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage durch Hypotheken sowie durch pfändungs- und insolvenz sichere Hinterlegung von Geld für bzw. gegenüber dem Land Schleswig-Holstein erfolgen. Die Abbruchkosten schätzte der Beklagte auf 197.000 Euro.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Höhe der angesetzten Rückbaubürgschaft zu hoch angesetzt sei. Den zu veranschlagenden Kosten stünde insbesondere der Restwert der Anlage für Kupfer, Stahl, Elektronikschrott, Aluminium und ähnlichem gegenüber, auf welchen der Beklagte Zugriff habe. Nachdem der Widerspruch und die Klage vor dem Verwaltungsgericht erfolglos waren, legt die Klägerin nunmehr Berufung ein.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Schleswig wies die Berufung als zulässig, aber unbegründet zurück.

Grundsätzlich handele es sich bei der angefochtenen Nebenbestimmung um eine selbständig anfechtbare Bedingung und keine Inhaltsbestimmung, sodass sie isoliert anfechtbar sei. (Rn. 27)

Die festgesetzte Sicherheit für die Abbruchkosten sei rechtmäßig und ergebe sich aus § 12 Abs. 1 Satz 1, § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG i.V.m. § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 BauGB. Die Verpflichtungserklärung des § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB werde durch § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB flankiert, wonach die Baugenehmigungsbehörde die Einhaltung der Verpflichtung nach Satz 2 „sicherstellen“ solle. Bei der Auswahl des Sicherungsmittels und bei dessen festzusetzender Höhe verfüge die Genehmigungsbehörde über ein Ermessen, welches vorliegend fehlerfrei ausgeübt worden sei. (Rn. 29) Der Beklagte habe sich bei der Auswahl der Sicherungsmittel an § 232 BGB orientieren können. Insbesondere sei es verhältnismäßig, dass die Beklagte der Klägerin die Wahl des Sicherungsmittels überließe. (Rn. 32)

Auch die Höhe der Sicherungskosten sei korrekt bemessen worden. Eine Pauschalierung der verlangten Sicherheit sei zulässig, sofern diese sachlich nachvollziehbar sei und auf einer geeigneten Grundlage beruhe. Als Grundlage der Kostenberechnung habe der Beklagte zulässigerweise vier Prozent der Herstellungskosten zzgl. MwSt. ansetzen können. (Rn. 33) Nach Ansicht des Gerichts rechnete der Beklagte zu dieser Summe auch ermessensfehlerfrei den geschätzten zukünftigen Inflationsbetrag von 40 Prozent für die 20jährige Laufzeit hinzu. Der Beklagte müsse insofern nicht die jährliche, tatsächliche Inflation absichern. Dies sei bereits nicht mit § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB vereinbar, da dieser voraussetzte, dass die Gesamtkosten bereits zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung geschätzt würden. (Rn. 34 f.)

Nach Ansicht des Gerichts musste der Restwert der Anlage bei der Berechnung hingegen keine Berücksichtigung finden. Unabhängig von der Frage, ob ein Pfändungsrecht nach § 286 LVwG bestünde, würde in diesem Fall das Verwertungsrisiko dem Beklagten auferlegt. Ebenso wenig greife vorliegend das Verbot der Überpfändung nach § 285 Satz 2 LVwG, da dies erst im Falle einer realen Pfändung anwendbar sei. (Rn. 36 f.)

Zuletzt adressiert das Gericht die in den Bundesländern verschieden hohen Abbruchkosten. Dies könne sowohl durch das Fehlen einer bundeseinheitlichen Regelung, als auch durch die unterschiedliche Bauweise der Windenergieanlagen bedingt sein. (Rn. 38)

## Fazit

Seit ihrer Einführung ist die Rückbauverpflichtung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB fester Bestandteil der Genehmigung von Windenergieanlagen geworden. Anliegen des Gesetzgebers war es, bei Nutzungsaufgabe privilegierter Vorhaben sicherzustellen, dass Bodenversiegelungen entsprechend dem Verursacherprinzip wirksam beseitigt werden.<sup>1</sup> 2012 setzte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Rückbauverpflichtung erstmals auseinander. Hierbei stellte es das behördliche Ermessen bei der Auswahl heraus, wonach die Behörde den Rückbau durch verschiedenste Instrumentarien wie u.a. die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, das Ansparmodell, die Hinterlegung oder die (Rückbau)Bürgschaft sicherzustellen hat.<sup>2</sup>

Die dahingehend einheitliche Rechtsprechung<sup>3</sup> macht sich auch das OVG Schleswig zu eigen. Häufiger Streitgegenstand ist in diesen Konstellationen die Höhe der Sicherheitsleistung. Die Bemessungsgrundlage steht grundsätzlich im behördlichen Ermessen. Insofern sind Pauschalierungen und Prognose der Kapitalentwicklung<sup>4</sup> für die Laufzeit des Sicherungsmittels von der Rechtsprechung als zulässig akzeptiert. Nicht selten stehen hier die anzusetzenden Herstellungskosten in Streit. Vorliegend ließ die Klägerin diese jedoch unbeanstandet und rückte andere Fragestellungen in den Vordergrund.

Überzeugend erscheint, dass das Gericht eine Anrechnungspflicht hinsichtlich des Restwerts der Anlage verneint. Zwar können Behörden den Rückbau mit Zwangsvollstreckungsmitteln – insbesondere der Ersatzvornahme – durchsetzen und sich aus dem Restwert der Anlage befriedigen. Dennoch sollen dabei mögliche Risiken nicht der öffentlichen Hand auferlegt werden, um einen wirkungsvollen Rückbau und damit den Gesetzeszweck nicht zu gefährden.

Darüber hinaus reißt das OVG Schleswig weitere interessante Punkte zur Kostenbemessung an; so u.a. eine erdrosselnde Wirkung der Sicherungskosten, oder auch Bauweise und Konstruktion der konkreten Windenergieanlage.<sup>5</sup> Zwar zeichnet sich zumindest innerhalb der verschiedenen Bundesländer eine gewisse Einheitlichkeit in Form verschiedenster Leitfäden und Hinweisen ab.<sup>6</sup> Dennoch fehlen bundesweit einheitliche Maßstäbe zur Kostenermittlung, was einen Vergleich und die Nachvollziehbarkeit der Kostenberechnung sehr erschwert.

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

[http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bssshoprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefnerliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE200002829%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1](http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bssshoprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefnerliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE200002829%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1)

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 15/2250, [S. 56, 92](#).

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 17.10.2012 – 4 C 5.11, [Rn. 14 ff.](#); zu den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Sicherungsmittel: FA Wind, Brechen & Sieben, 2018, [S. 13 ff.](#)

<sup>3</sup> BVerwG, Urt. v. 17.10.2012 – 4 C 5.11, [Rn. 14 ff.](#); OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2017 – 4 LC 198/15, [Rn. 57 ff.](#)

<sup>4</sup> Siehe ebenfalls zur Schätzung der Inflation: OVG Magdeburg, Urt. v. 12.5.2011 – 2 L 239/09, [Rn. 48](#).

<sup>5</sup> BT-Drs. 19.13619, [S. 4](#); UBA, Entwicklung eines Konzepts und Maßnahmen für einen ressourcensichernden Rückbau von Windenergieanlagen, 2019, [S. 85 ff.](#)

<sup>6</sup> Siehe hierzu im Überblick: BWE-Hintergrundpapier: Recycling von Windenergieanlagen, 2018, [S. 2](#).

Vorabentscheidungsverfahren, Richtlinie 2001/42/EG (SUP-Richtlinie), „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP-Richtlinie, Windenergieerlass  
EuGH, Urteil vom 25. Juni 2020 – Rs. C-24/19

**1. Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/42/EG (...) ist dahin auszulegen, dass ein von der Regierung einer föderalen Einheit eines Mitgliedstaats angenommener Erlass und ein von ihr erlassenes Rundschreiben, die jeweils unterschiedliche Bestimmungen über die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen enthalten, unter den Begriff „Pläne und Programme“ fallen.**

**2. Art. 3 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/42 ist dahin auszulegen, dass ein Erlass und ein Rundschreiben, die jeweils unterschiedliche Bestimmungen über die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen enthalten, darunter Maßnahmen in Bezug auf Schattenwurf, Sicherheit und Geräuschpegelnormen, Pläne und Programme darstellen, die nach dieser Bestimmung einer Umweltprüfung unterzogen werden müssen.**

**3. Ein nationales Gericht kann, wenn sich herausstellt, dass vor der Annahme des Erlasses und des Rundschreibens (...) eine Umweltprüfung im Sinne der Richtlinie 2001/42 hätte vorgenommen werden müssen, (...) die Wirkungen dieser Rechtsakte und dieser Genehmigung nur dann aufrechterhalten, wenn ihm dies (...) durch das innerstaatliche Recht gestattet ist und wenn sich die Aufhebung der Genehmigung signifikant auf die Stromversorgung des gesamten betreffenden Mitgliedstaats auswirken könnte (...).**  
(Beantwortung der Vorlagefragen)

#### Hintergrund der Entscheidung

Im Jahr 1995 erließ die flämische Regierung den Erlass zur Festlegung der allgemeinen und sektoriellen Bestimmungen im Bereich der Umwelthygiene. Dieser Erlass enthält unter dem Abschnitt „Anlagen zur Stromerzeugung durch Windenergie“ Bestimmungen über deren Schattenwurf, Anlagensicherheit und Lärm. In einem Rundschreiben aus dem Jahr 2006 regelte die Regierung außerdem weitere Fragen, die bei der Wahl des Standorts einer Windenergieanlage zu beachten sind, so unter anderem zu den Themen Zusammenlegung von Anlagen, Bodennutzung, Wohnen, Landschaft, Lärmbelastung, Schattenwurf, Sicherheit, Natur, Umweltverträglichkeitsstudie und Luftfahrt.

Auf der Grundlage des Erlasses und des Rundschreibens erteilte die zuständige Behörde im Jahr 2016 eine Genehmigung für die Errichtung von fünf Windenergieanlagen. Gegen diese wendeten sich die Kläger vor dem zuständigen nationalen Gericht. Sie machten geltend, dass die Genehmigung rechtswidrig sei, da der ihr zugrunde liegende Erlass und das Rundschreiben gegen Unionsrecht verstießen. Vor ihrer Annahme hätten der Erlass und das Rundschreiben einer Umweltprüfung i.S.d. Richtlinie 2001/42<sup>1</sup> unterzogen werden müssen. Das nationale Gericht setze das Verfahren aus und legte dem EuGH diese Frage im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens vor.

#### Inhalt der Entscheidung

Auf die Vorlagefrage urteilte der EuGH, dass sowohl der Erlass als auch das Rundschreiben als „Pläne und Programme“ i.S.d. Richtlinie 2001/42 zu verstehen seien; insofern hätte es einer Umweltprüfung bedurft. Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/42 definiere die von ihm erfassten „Pläne und Programme“ anhand zweier kumulativer Voraussetzungen: Zum einen müssten diese von einer Behörde auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ausgearbeitet und/oder angenommen oder aber für die Annahme durch das Parlament oder die Regierung ausgearbeitet worden sein. Zweite Voraussetzung sei, dass der Plan oder das Programm aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erstellt worden sein muss. (Rn. 32-35)

Die erste Voraussetzung liege unstreitig vor. Auch die zweite Voraussetzung sah der EuGH unter Rückgriff auf seine bisherige Rechtsprechung als gegeben an. Der Begriff „erstellt werden muss“ sei zur Wahrung der praktischen Wirksamkeit dieser Bestimmung so zu verstehen, dass auch Pläne und Programme erfasst würden, deren Ausarbeitung nicht verpflichtend ist. (Rn. 36-51)

Darüber hinaus fielen der Erlass und das Rundschreiben auch unter den Begriff der Pläne und Programme i.S.d. Art. 3 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie. Danach müssten Pläne und Programme, die im Energiesektor aus-

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.6.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, Abl. EU Nr. L 197 v. 21.7.2001, S. 30-37.

gearbeitet werden und durch die der Rahmen für die künftige Genehmigung gesetzt wird, einer Umweltprüfung unterzogen werden. Diese Voraussetzungen seien gegeben. Gewicht und Ausmaß der von diesem Erlass und diesem Rundschreiben festgelegten Vorgaben zeigten, „dass diese Rechtsakte zwar keinen erschöpfenden, wohl aber einen hinreichend signifikanten Rahmen für die Bestimmung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung zur Errichtung von Windfarmen – Projekten, die unbestreitbar Umweltauswirkungen haben – im betreffenden geografischen Gebiet darstellen.“ (Rn. 71)

Zuletzt befasste sich der EuGH mit der Frage, inwieweit im Falle einer Unionsrechtswidrigkeit des Erlasses und des Rundschreibens deren Wirksamkeit sowie die Wirksamkeit darauf fußender Genehmigungen aufrechterhalten werden können. Sowohl der Erlass als auch das Rundschreiben würden nach Auffassung des EuGHs allenfalls dann weiter gelten, wenn dies dem nationalen Recht zufolge überhaupt möglich ist und wenn sich die Aufhebung der Genehmigung signifikant auf die Stromversorgung des gesamten betreffenden Mitgliedstaats auswirken könnte. Dabei sei die Aufrechterhaltung der Rechtsakte auf den Zeitraum zu begrenzen, der absolut notwendig ist, um deren Rechtswidrigkeit abzuwenden. (Rn. 95)

## Fazit

Dieses Urteil schließt inhaltlich an die Entscheidung d’Oultremont an, in welcher der EuGH im Jahr 2016 einen vergleichbaren wallonischen Erlass als „Plan oder Programm“ im Sinne der Richtlinie gewertet hatte und bestätigt diese.<sup>2</sup> Dies gilt auch für die Auslegung des Begrifflichkeit „erstellt werden muss“, deren Auslegung das vorliegende Gericht kritisch gewürdigt hatte.

Das vorliegende Urteil geht jedoch insoweit über die Entscheidung d’Oultremont hinaus, als es sich auch mit der Anschlussfrage – nämlich der weiteren Geltung eines unionsrechtswidrigen Erlasses oder Rundschreibens sowie darauf fußender Genehmigungen – befasst. Hier spricht sich der EuGH für eine zeitlich begrenzte Weitergeltung unter bestimmten Voraussetzungen aus.

Es erscheint weiterhin unwahrscheinlich, dass die Windenergieerlasse der Bundesländer unter den Begriff „Pläne und Programme“ i.S.d. SUP-Richtlinie fallen. Anders als die Windenergieerlasse der Länder, die in erster Linie den bestehenden Rechtsrahmen im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung erläutern, haben der flämische Erlass und das Rundschreiben diese – ähnlich dem wallonischen in der Entscheidung d’Oultremont – erst gesetzt. Die maßgeblichen Regeln und das Verfahren für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen ergeben sich im deutschen Recht jedoch bereits aus dem Bundes-Immissionsschutzgesetz einschließlich der TA Lärm und anderen Fachgesetzen, nicht aber aus den Erlassen. Entsprechend deutlich hat auch das VG Minden im Anschluss an die Entscheidung d’Oultremont geurteilt: „Vor allem aber handelt es sich bei dem Windenergieerlass nicht um einen Plan im vorgenannten Sinne, da er lediglich die Ebene der behördlichen Genehmigung von Einzelvorhaben regelt, nicht jedoch schon im Rahmen einem der Projektzulassung vorgelagerten Planungsverfahren verbindlich festlegt, an welchen Orten Projekte mit erheblichen Umweltauswirkungen verwirklicht werden können.“<sup>3</sup> Die Anwendbarkeit der SUP-Richtlinie ist dennoch nicht gänzlich fernliegend. Dementsprechend ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bei der Erstellung künftiger und der Fortschreibung bestehender Leitfäden und Erlasse im Blick zu behalten.

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

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=227726&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

---

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-290/15 (D’Oultremont u. a.), [Rn. 54](#) (in Rundbrief [2/2017](#) besprochen); siehe ebenso: Stiftung Umweltnergierecht, [SUP-Pflicht für Windenergieerlasse? – Überlegungen anlässlich EuGH – C-290/15](#), 2017.

<sup>3</sup> VG Minden, Urt. v. 1.3.2017 – 11 K 2917/15, [Rn. 47](#); vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 5.10.2020 – 8 A 894/17, [Rn. 153](#) m.w.N.

## EEG, negative Strompreise, unmittelbarer räumlicher Zusammenhang BGH, Urteil vom 14. Juli 2020 – XIII ZR 12/19

**Die im Sinne des EEG unmittelbar räumliche Nähe von Windenergieanlagen liegt vor, wenn eine technische und organisatorische Zusammengehörigkeit von Anlagen gegeben ist. Es ist bei der Bewertung unmittelbar räumlicher Nähe in erster Linie auf eine funktionale Nähebeziehung der Anlagen abzustellen. Die Abstandsgrenzen zwischen den Anlagen eines Windparks sind für diese Bewertung nachrangig.**

**(redaktioneller Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall ging es um einen Windpark mit insgesamt zehn Anlagen, die auf verschiedenen Grundstücken stehen. Der Strom dieser Anlagen wurde gemeinsam über ein Einspeisungsspannwerk eines anderen Windparks in das öffentliche Netz eingespeist. Die Anlagen wurden von einem Projektierer errichtet; werden aber mittlerweile von unterschiedlichen, jedoch gesellschaftsrechtlich miteinander verbundenen Betreibern betrieben. Die Anlage der Klägerin (WEA 10) liegt im erst genannten Windpark, verfügt über 2,2 MW installierte Leistung und ging 2016 in Betrieb. Die Parteien streiten darüber, ob die von der Klägerin betriebene Anlage für die Berechnung der von der Beklagten an die Klägerin zu entrichtenden Marktprämie mit einer anderen, 614 m entfernten und sich auf einem anderen Grundstück befindlichen Windenergieanlage (WEA 9) mit 2,2 MW Nennleistung (Ende 2015 in Betrieb genommen) als eine Anlage zusammenzufassen ist. Die beklagte Netzbetreiberin addierte die installierte Leistung beider Anlagen, mit der Folge, dass die 3-MW-Grenze überschritten war. Die Netzbetreiberin kürzte daraufhin die Vergütung der streitgegenständlichen Anlage während der Zeiten negativer Strompreise auf null.

Die Klägerin legte hiergegen Klage beim LG Braunschweig ein, welcher im Wesentlichen stattgegeben wurde. Die Berufung der Beklagten hatte in der Sache keinen Erfolg. Beide Gerichte hatten dabei eine wertende Betrachtung des Einzelfalls unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien vorgenommen.<sup>1</sup> Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

### Inhalt der Entscheidung

Die Revision vor dem BGH hatte Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Klageabweisung.

Zunächst stellte der BGH fest, dass die rechnerische Zusammenfassung der WEA 10 mit der WEA 9 nicht bereits aus dem Umstand folge, dass sich die beiden Anlagen i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2014 und des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 auf demselben Grundstück befänden. Die Anlagen befänden sich nämlich unstrittig auf unterschiedlichen Grundstücken. Der Grundstücksbegriff im EEG entspräche allerdings dem bürgerlich-rechtlichen Verständnis des Grundstücksbegriffs. (Rn. 15) Die gegenteilige Meinung, dass das EEG hier auf einen auf einen „wirtschaftlichen Grundstücksbegriff“ abstellen wolle, lehnte das Gericht – entgegen der Empfehlung der Clearingstelle EEG|KWKG<sup>2</sup> – ab. (Rn. 16)

Der BGH hält fest, dass dem Merkmal der „unmittelbar räumlichen Nähe“ i.S.v. § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2014 und § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 eine Auffangfunktion zukomme. Diese ermögliche die Anlagen-einheitsfiktion auch in denjenigen Fällen, in denen Anlagen bei objektiver Betrachtung nach dem Gesamteindruck zwar „zusammengehören“, jedoch das Merkmal des gemeinsamen Grundstücks nicht erfüllt sei. Dafür spreche die Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs. (Rn. 19)

Dieses Verständnis ergebe sich überdies aus dem Zweck des Gesetzes, wonach die Anlagenzusammenfassung im Rahmen der Vergütungsreduzierung bei negativen Spotmarktpreisen auch die unsachgemäße Ausnutzung der Privilegierung von Kleinanlagen verhindern solle. (Rn. 21)

Das Gericht hält weiter fest, dass es in der Entwurfsbegründung zu § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der „unmittelbar räumlichen Nähe“ vorrangig um Verbindungen der Anlagen durch für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen oder sonstige Infrastruktureinrichtungen wie

<sup>1</sup> Dieses Vorgehen entspricht den Empfehlungen [2017/11](#) und [2019/18](#) der Clearingstelle EEG|KWKG.

<sup>2</sup> Empfehlung der Clearingstelle EEG|KWKG v. 14.4.2009 – [2008/49](#), S. 1 und 30 ff.

Wechselrichter, Netzanschluss, Anschlussleitungen, Stromabführung in eine gemeinsame Leitung, Transformatoren, Messeinrichtungen, Verbindungswege und Verwaltungseinrichtungen gehe. Liegen solche nicht vor, könne lediglich aus einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Normzwecks ein räumlicher Zusammenhang hergeleitet werden. (Rn. 23)

Folglich sei bei Windenergieanlagen eine Anlagenzusammenfassung wegen „unmittelbarer räumlicher Nähe“ i.S.d. § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 und des § 24 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 zum Zwecke der Marktprämienreduzierung aufgrund von negativen Spotmarktpreisen nach § 24 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 EEG 2014 und nach § 51 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 EEG 2017 daher regelmäßig durchzuführen, wenn die Anlagen auf einem zusammenhängenden Areal stehen, auf dem sich mehrere Anlagen befinden, die eine gemeinsame technische Infrastruktur, insbesondere ein gemeinsames Umspannwerk und einen gemeinsamen Verknüpfungspunkt mit dem Netz des Stromnetzbetreibers, nutzen (Windpark). Nicht erforderlich sei hingegen eine direkte Nachbarschaft der zusammengefassten Anlagen. (Rn. 29)

Zudem entschied der BGH, dass auch Altanlagen (Inbetriebnahme bis zum 31. Dezember 2015) bei der Anlagenzusammenfassung zu berücksichtigen seien. (Rn. 33)

### Fazit

Aufgrund der Tatsache, dass der BGH mit diesem Urteil die funktionale Nähebeziehung von Windenergieanlagen – nämlich technisch erforderliche Einrichtungen des Betriebs sowie sonstige Infrastruktureinrichtungen – für die Bewertung des Tatbestandsmerkmals „unmittelbar räumliche Nähe“ derart in den Vordergrund rückt, wird diese Rechtsprechung voraussichtlich wirtschaftliche Auswirkungen auf viele Windparks, die ab 2016 in Betrieb gingen, haben. Schließlich ist die Kürzung der Vergütung bei negativen Strompreisen am Spotmarkt in vielen Fällen vom Vorliegen einer „unmittelbar räumlichen Nähe“ abhängig. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Rechtsprechung dürfte eventuell sogar unter der Geltung des EEG 2021 weiter zunehmen, da dort in § 51 EEG 2021 eine Förderungskürzung auf null vorgesehen ist, wenn lediglich vier Stunden (vorher waren es sechs Stunden) in Folge der Strompreis am Spotmarkt negativ ist. Jedoch ist § 51 i.V.m. § 51 a EEG 2021 zu sehen, wonach die im Laufe des Förderzeitraums aufsummierten Stunden, in denen keine Vergütung gem. § 51 EEG 2021 ausgezahlt wird, ans Förderende (nach 20 Jahren) gehängt werden müssen. Ob dadurch wiederum die wirtschaftliche Situation des Windparkbetreibers unterm Strich schlechter oder besser wird als bislang, vermag derzeit nicht abgeschätzt werden.

Interessant ist zudem, dass der BGH mit diesem Urteil zwei Empfehlungen der Clearingstelle EEG | KWKG<sup>3</sup> widerspricht.

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

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=XIII%20ZR%2012/19&nr=110339>

---

<sup>3</sup> Empfehlungen der Clearingstelle EEG v. 1.2020 – [2019/18](#) und v. 14.4.2009 – [2008/49](#).



## Impressum

© FA Wind, März 2021

### Herausgeber

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

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

### Text

Kathrina Baur  
Dr. Marike Endell  
Marianna Roscher

### Redaktion

Marianna Roscher

### V.i.S.d.P.

Dr. Antje Wagenknecht, MBA

### Haftungsausschluss

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

Bei Fragen und Anregungen wenden Sie sich bitte an die Redaktion unter [roscher@fa-wind.de](mailto:roscher@fa-wind.de).

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

Gefördert durch:



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Energie

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



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

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

T +49 30 64 494 60 - 60

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