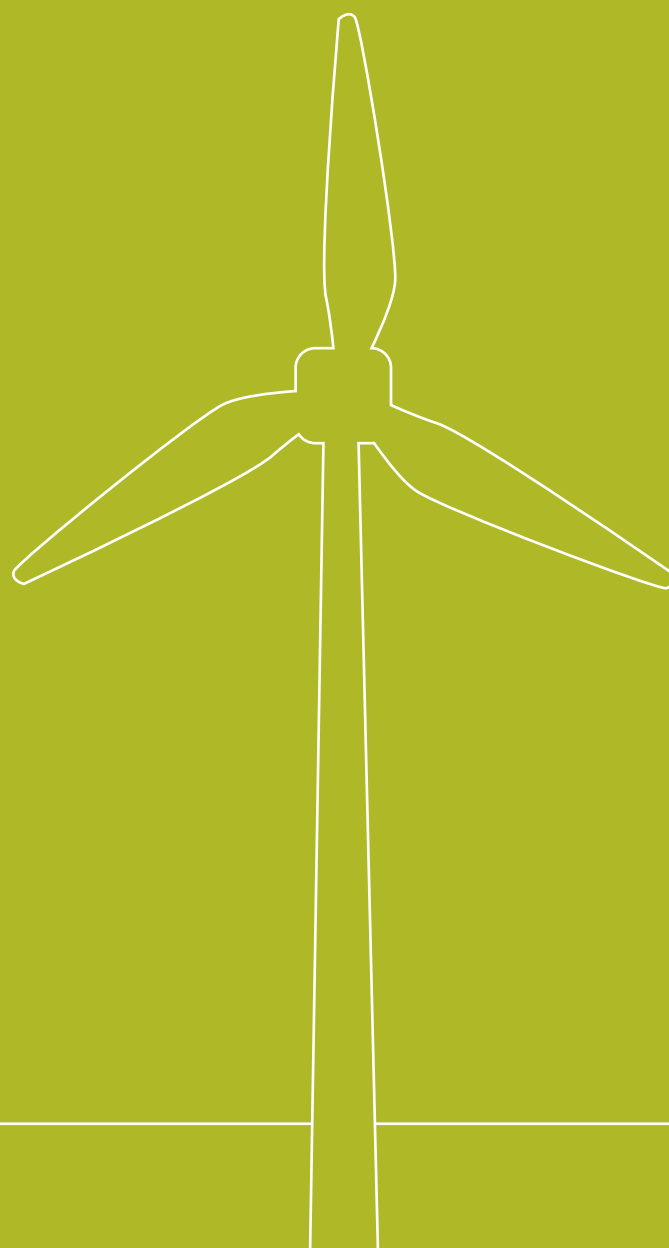
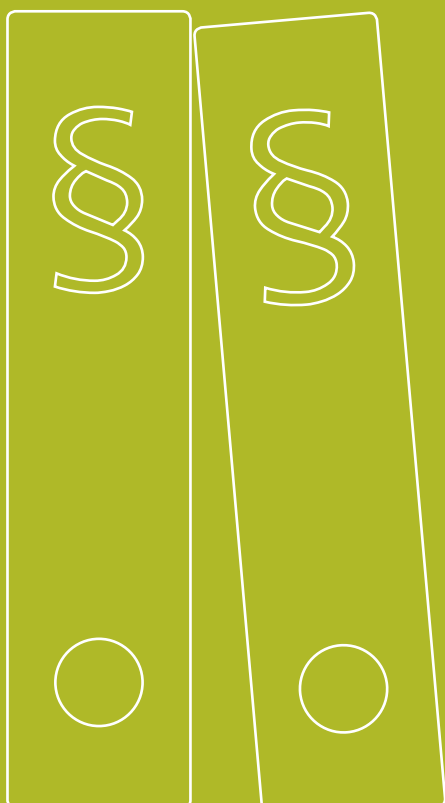




# Rundbrief Windenergie und Recht 1/2023



# Rundbrief Windenergie und Recht

1/2023

Herausgegeben von der Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Gefördert durch:



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Klimaschutz



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

## Mitwirkende

Thomas Aufleger, NWP Planungsgesellschaft mbH

Kathrina Baur, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Lilien Böhl, Bundesverband WindEnergie e.V.

Thomas Brünjes, Alterric Deutschland GmbH

Dr. Silke Marie Christiansen, Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende KNE gGmbH

Christiane Donnerstag, Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie und Mobilität des Landes Rheinland-Pfalz

Olaf Fiesel, Ministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Tourismus und Arbeit des Landes Mecklenburg-Vorpommern

Dr. jur. Johannes Osing, Märkischer Kreis

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

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

Marianna Roscher, Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.

Sarah Schaible, Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe Berlin

Dr. Christine Schuon, SL Naturenergie GmbH

---

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial .....	5
OVG Lüneburg, Urteil vom 8. Februar 2022 – 12 KN 51/20.....	6
OVG Lüneburg, Beschluss vom 12. Oktober 2022 – 12 MS 188/21.....	9
OVG Schleswig, Beschluss vom 25. April 2022 – 5 MB 9/22.....	12
OVG Münster, Urteil vom 20. April 2022 – 8 A 1575/19.....	14
VGH Mannheim, Urteil vom 30. Juni 2022 – 10 S 848/21 .....	17
VGH Kassel, Beschluss vom 11. Mai 2022 – 9 B 234/22.T .....	20
BGH, Urteil vom 28. Juni 2022 – XIII ZR 4/21.....	22
BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022 – 1 BvR 1187-17.....	24
BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 –1 BvR 2661/21.....	27
Impressum.....	30

---

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

momentan befindet sich sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsprechung zur Windenergie an Land im Fluss. Es gab zahlreiche Gesetzesinitiativen zur Beschleunigung des notwendigen Ausbaus der Windenergie. Diese waren einerseits verfahrensrechtlicher Natur, gingen aber auch so weit, dass materielles Recht geändert wurde. Nur langsam finden die Änderungen nun Eingang in die Rechtsprechung, was sich auch in den Entscheidungen dieses Rundbriefs an manchen Stellen zeigt. Der Rundbrief enthält jedoch lediglich eine Entscheidung aus dem Planungsrecht, da in diesem Bereich grundlegende Gesetzesänderungen erfolgt sind, so dass sich die Frage stellt inwiefern die Rechtsprechung, basierend auf der alten Rechtslage, überhaupt Auswirkungen auf das neue Planungsregime haben wird. In einem Normenkontrollverfahren vor dem OVG Lüneburg ging es um die Anforderungen an die Bestimmtheit von Festlegungen eines Regionalen Raumordnungsprogrammes, die voraussichtlich aufgrund der neuen Rechtslage nicht mehr anzuwenden sind. Wichtig bleibt jedoch nach wie vor der Umgang mit Hubschraubertiefflugstrecken, wozu das OVG sich in der Entscheidung ebenfalls geäußert hat.

Darüber hinaus enthält der Rundbrief fünf Entscheidungen im Bereich des Genehmigungsrechts. Das OVG Lüneburg traf im Beschluss vom 12. Oktober 2022 erstmals eine Entscheidung zum neuen Landesdenkmalschutzgesetz in Niedersachsen und machte Ausführungen zum geänderten § 2 S. 1 EEG 2023 und dessen Auswirkungen für das landesrechtliche Fachrecht. In einem Bescheidungsurteil beschäftigt sich der VGH Mannheim insbesondere mit einem langjährig „steckengebliebenen“ Verfahren und den dabei existierenden Grenzen gerichtlichen Durchentscheidens. Auch werden einmal mehr artenschutzfachliche und artenschutzrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Genehmigungserteilung erörtert. Ebenso in dem Hängebeschluss des VGH Kassel, welcher Fragen zu Vergrämnungsmaßnahmen gegenüber der Haselmaus behandelte. In zwei Entscheidungen des Rundbriefs spielt das Immissionsschutzrecht, speziell in Bezug auf die Schallausbreitung von Windenergieanlagen, eine große Rolle. So musste sich das OVG Schleswig mit der Vorbelastung älterer Windenergieanlagen beschäftigen und bestätigte, dass bei der Schallausbreitungsberechnung das Interimsverfahren Anwendung findet. Zudem stellte es klar, dass es keinen wissenschaftlichen Beweis für Gesundheitsschäden durch Infraschall von Windenergieanlagen gebe. Auch das OVG Münster beschäftigte sich in einem Urteil insbesondere mit der Frage der Zwischenwertbildung im Sinne der TA Lärm. Ferner hielt es fest, dass den LAI-Hinweisen keine Rechtswirkung zukomme, für die Schallprognoseberechnung von Windenergieanlagen jedoch auf das Interimsverfahren zurückgegriffen werden könne.

Weiter finden Sie in diesem Rundbrief eine Revisionsentscheidung des BGH, in welcher grundlegende energiewirtschaftliche Wertungen in Bezug auf Entschädigungsansprüche bei Redispatchmaßnahmen getroffen werden.

Zum Abschluss enthält der Rundbrief zwei wichtige Beschlüsse des BVerfG, die Auswirkungen auf die nationale Windenergienutzung haben. Das Gericht beschäftigte sich zum einen mit dem Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern und befand, dass dieses nicht gegen Verfassungsrecht verstoße. Es erkennt damit das öffentliche Interesse am Ausbau der Windenergie an. Zum anderen beschloss das BVerfG, dass für ein pauschales Errichtungsverbot von Windenergieanlagen im Wald, dem Freistaat Thüringen die Gesetzgebungskompetenz fehle. In beiden Beschlüssen betonte das Gericht die besondere Bedeutung des Klimaschutzes und die Rolle, die die erneuerbaren Energien in diesem Zusammenhang spielen.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Dr. Antje Wagenknecht  
Geschäftsführerin der FA Wind

## Normenkontrollverfahren, Bestimmtheit von Festlegungen, Rotor-Out, Höhenbeschränkung, Hubschraubertiefflugkorridor

### OVG Lüneburg, Urteil vom 8. Februar 2022 – 12 KN 51/20

1. **Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit von Festlegungen, wenn in einem Vorranggebiet für die Nutzung der Windenergie die Rotoren die Gebietsgrenze überschreiten dürfen und innergebietlich teilweise Höhenbeschränkungen für Windenergieanlagen (WEA) gelten sollen.**
2. **Zur Unzulässigkeit der Festlegung von solchen Vorranggebieten, wenn sie überwiegend in Korridoren für Hubschraubertiefflüge liegen und deren genauer Verlauf sowie eine Zustimmung der Bundeswehr zur Verwirklichung von WEA offen sind.**  
(amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin (potenzielle Betreiberin eines aus fünf Windenergieanlagen (WEA) bestehenden Windparks) beantragte die Überprüfung der Wirksamkeit des Regionalen Raumordnungsprogramms für den Landkreis Uelzen (RROP 2019). Der Antragsgegner (Landkreis Uelzen) wies mit seinem RROP 2019 insgesamt 22 Potenzialflächen als Vorrang- und zugleich Eignungsgebiete für die Windenergienutzung aus. Für Altstandorte, die erneut als Vorranggebiete festgelegt wurden, führte der Antragsgegner eine Höhenbeschränkung ein. Demnach dürfen Neuanlagen im Abstandsbe- reich von 400 - 1.000 m zu einer Siedlungsfläche nur mit einer Nabenhöhe von maximal 100 m errichtet werden. Durch ergänzende Höhenbeschränkung legte der Antragsgegner zudem fest, dass Anlagen, die größer als 100 m sind, den Mindestabstand von 1.000 m zur Wohnbebauung einzuhalten haben. Im restlichen Planungsgebiet, also außerhalb der Vorrang- und Eignungsgebiete, wurde die Windenergienutzung ausgeschlossen.

Die Antragstellerin wandte sich im Wege des Normenkontrollverfahrens gegen das RROP 2019 und beantragte, es insoweit für unwirksam zu erklären, als es „Vorranggebiete Windenergienutzung“ festsetzt, die zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten haben. Die Antragstellerin stützte ihre Begründung im Wesentlichen darauf, dass der Antragsgegner harte und weiche Tabukriterien nicht hinreichend unterschieden habe.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg erklärte das RROP 2019 einschließlich der hierauf bezogenen zeichnerischen Darstellung für unwirksam. Die Regelungen zur Steuerung der Windenergienutzung seien aus Sicht des OVG Lüneburg materiell rechtswidrig. (Rn. 79)

Das Gericht sah die Festlegungen zu den Höhenbegrenzungen als unwirksam an und erkannte darin einen relevanten Rechtsverstoß, da von einer zukünftigen Nutzung der „höhenbegrenzten Gebiete“, jedenfalls im Rahmen des Repowerings, auszugehen sei. Höhenbegrenzungen im Regionalplan seien zwar grundsätzlich zulässig, die uneingeschränkte Einbeziehung dieser Gebiete in die Flächenbilanz sei vorliegend allerdings fehlerhaft. Höhenbegrenzungen gingen zu Lasten des Ertrages, weshalb es eines Ausgleichsfaktors bedürfe, wenn die Konzentrationsflächen mit einer Höhenbegrenzung belegt seien. Dies sei bei der Frage zu berücksichtigen, ob der Windenergie substanziell Raum gegeben wurde. Einen Abschlag der höhenbegrenzten Gebiete habe der Antragsgegner zu Unrecht abgelehnt, obwohl das Ziel, möglichst viel Strom aus erneuerbarer Windenergie zu gewinnen, auf den begrenzten Flächen nur eingeschränkt erreicht werden könne. Das Gericht hielt zudem fest, dass allein aus der Tatsache, dass Anlagen mit einer Nabenhöhe von maximal 100 m weiterhin von vielen Herstellern angeboten werden, nicht zwingend auf deren zukünftige Verwendung und damit die Wirtschaftlichkeit dieser Anlagen geschlossen werden könne. Aufgrund der erforderlichen Förderung nach dem EEG 2017 biete auch die Errichtung entsprechender Anlagen noch im Jahr 2016 keine sichere Gewähr dafür, dass zukünftig WEA mit einer Nabenhöhe von 100 m wirtschaftlich errichtet werden und sich im Ausschreibungsverfahren durchsetzen können. Darüber hinaus müsse hinsichtlich der festgelegten Höhenbegrenzungen nicht an die Naben-, sondern an die Gesamthöhe der Anlage angeknüpft werden, wenn der Schutz des Stadt- und

Landschaftsbildes sowie der benachbarten Wohngebiete vor Verschattung oder optischer Erdrückung seitens des Antragsgegners beabsichtigt war, wovon im Sinne der Begründung des RROP 2019 auszugehen sei. (Rn. 120 f., 122 ff.)

Zudem habe der Antragsgegner die Abgrenzung der Vorranggebiete für Windenergie nicht hinreichend in den zeichnerischen Festlegungen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG konkretisiert. Für den Zuschnitt der Vorranggebiete sei es von Bedeutung, ob der Plangeber ausdrücklich oder stillschweigend von dem Normalfall einer „Rotor-in“-Planung ausgehe oder daneben teilweise eine „Rotor-out“-Planung zulasse. Das OVG betonte, dass nach dem RROP 2019 die Errichtung von WEA auch in schmal oder spitz zulaufenden Potenzialflächen möglich sein solle. Entsprechende Flächen seien aber nur dann für die Windenergie nutzbar, wenn die Rotorblattspitzen teilweise über die Grenzen hinausragen dürften. Die erforderlichen, räumlich bestimmten oder bestimmbaren und abschließend abgewogenen zeichnerischen Festlegungen des Plans benötigten diesbezüglich nähere Ausführungen. Es müsse zudem dargestellt werden, dass die Rotoren zumindest nicht in Bereiche hineinragen dürfen, in denen das Übertreten aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist. Als Beispiel benannte das Gericht etwa Tieffluggebiete oder Flugsicherungsanlagen. Der Antragsgegner müsse unter dem Blickwinkel entgegengesetzter Rechtsgründe seine Planung nochmal überprüfen und präzisieren. (Rn. 94 f.)

Des Weiteren ging das Gericht von beachtlichen Fehlern im Abwägungsergebnis aus. Zu Unrecht seien militärische Hubschraubertiefflugstrecken als Vorranggebiete für die Windenergienutzung dargestellt worden. Bei den Tiefflugstrecken handele es sich potenziell um ein hartes Tabu, weshalb die Gebiete grundsätzlich von der Windenergie freizuhalten seien. Im Planungsverfahren müsse der Antragsgegner daher zumindest den genauen Verlauf der jeweiligen Flugkorridore und insoweit bestehende Vorbelastungen ermitteln. Hierauf beruhend dürften dann allenfalls Teilflächen als Vorranggebiete ausgewiesen werden, die nicht in den Korridor fallen oder bei denen aus Sicht der Bundeswehr ausnahmsweise keine Beschränkungen für WEA bestehen. Die Vereinbarkeit von WEA mit der Nutzung eines Tiefflugkorridors könne exemplarisch anhand einer Musterwindanlage bereits im Planungsverfahren überprüft werden und sei erforderlich, um größere Teilflächen zu identifizieren, die der Windenergienutzung nicht zur Verfügung stehen. Eine Verschiebung der Konfliktbewältigung auf die Genehmigungsebene sei daher unzulässig. (Rn. 98 ff., 101)

## Fazit

In dieser Entscheidung befasste sich das OVG Lüneburg einmal mehr mit den Anforderungen an die Bestimmtheit von Festlegungen eines Regionalen Raumordnungsprogrammes. Die Entscheidung beruht auf der alten Rechtslage, nach der im Wege der Ausschlussplanung von der Rechtsprechung ein schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept verlangt wurde. Sie ist hinsichtlich der gestellten Anforderungen an die Planung daher nur noch teilweise von Relevanz, denn nach aktueller Rechtslage sollen lediglich Positivflächen ausgewiesen werden (siehe § 249 Abs. 1 BauGB; § 2 Nr. 1 a) WindBG), womit die fehleranfällige Einordnung harter und weicher Tabukriterien nicht länger erforderlich ist. Der Untersuchungs- und Abwägungsaufwand wird also zukünftig insoweit reduziert, als nur noch die auszuweisenden Flächen näher betrachtet werden (§ 249 Abs. 6 Satz 1 BauGB). Die Außenbereichsprivilegierung besteht weiterhin als Ausgangspunkt und Rückfalloption, um die Flächenbeitragswerte des WindBG zu erreichen.<sup>1</sup>

Im Sinne vorangegangener Entscheidungen anderer Obergerichte<sup>2</sup> äußert auch das OVG Lüneburg Zweifel an der Wirtschaftlichkeit von WEA mit Höhenbeschränkungen. In Anbetracht der Neuregelung im WindBG, nach der eine Anrechnung von Windenergiegebieten mit Höhenbeschränkungen auf den Flächenbeitragswert zukünftig nicht erfolgen kann (§ 4 Abs. 1 S. 5 WindBG), werden die vom OVG Lüneburg gestellten Anforderungen an die planerische Festlegung von Höhenbeschränkungen und auch die Ausführungen zur Wirtschaftlichkeit keine zentrale Rolle mehr spielen. Denn für Neuplanungen, die zur Erreichung eines Flächenbeitragswertes im Sinne des § 3 Abs. 1 WindBG i. V. m. Anlage 1 beitragen sollen, sind aufgrund der gesetzlichen Beschränkung für die Anrechenbarkeit von Flächen keine Höhenbegrenzungen für WEA mehr zu erwarten.

Zukünftig sind für Planungsträger allerdings sowohl die Anforderungen an eine Rotor-out-Planung als auch der Umgang mit militärischen Hubschraubertieffluggebieten auch weiterhin interessant. Einerseits findet eine vollständige

<sup>1</sup> Zur neuen Rechtslage siehe umfassend z.B. Raschke/Roscher, Laues Lüftchen oder starke Brise? Zur Reform des Planungsrechts für Windenergieanlagen an Land, ZfBR 2022, S. 531 ff.; Kment, Eine neue Ära beim Ausbau von Windenergieanlagen, NVwZ 2022, S. 1153 ff.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu OVG Münster, Urteil vom 10. Mai 2021 – 2 D 100/19. NE (in Rundbrief 03/2021 besprochen).

Anrechnung von Flächen auf den Flächenbeitragswert nur noch statt, wenn es sich um Rotor-out-Flächen handelt, so dass vermehrt entsprechende Planungen zu erwarten sind (§ 4 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 WindBG). Andererseits werden Planungsträger auch im neuen Planungsregime der Positivausweisung Kriterien zur Ausweisung benötigen. Hierbei werden die nach bisheriger Rechtsprechung entwickelten harten Tabus weiterhin übertragbar sein. Schließlich müssen auch nach dem neuen Planungsregime Flächen, die schlechthin für die Windenergienutzung ungeeignet sind, weil dort auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen, weiterhin bei der Ausweisung von Windenergiegebieten unberücksichtigt bleiben. Militärische Hubschraubertiefflugstrecken werden daher wohl grundsätzlich auch in Zukunft von WEA freizuhalten sein, sofern nicht ausnahmsweise aus Sicht der Bundeswehr keine Beschränkungen für WEA bestehen. Gleiches gilt für das Beteiligungserfordernis der Bundeswehr, das für die Errichtung von Windenergie in entsprechenden Gebieten weiterhin erforderlich sein wird.

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

---



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

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

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

#### Hintergrund der Entscheidung

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

#### Inhalt der Entscheidung

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

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

<sup>3</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.4.2022 – 12 MS 188/21.

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

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

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

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

## Fazit

Insgesamt ist diese Entscheidung erfreulich für den Windenergieausbau in Niedersachsen und gibt wichtige Hinweise für die Praxis. Denn äußerte sich das OVG Lüneburg im Vorgängerbeschluss<sup>4</sup> noch kritisch gegenüber dem Gesetzesentwurf von § 2 EEG 2023<sup>5</sup>, so ist dieser inzwischen in Kraft getreten und stellt klar, dass der Bau und der Betrieb von Erneuerbare-Energien-Anlagen im überragenden öffentlichen Interesse stehen und der öffentlichen Sicherheit dienen. Hieraus werden rechtliche Implikationen abgeleitet. So haben Behörden dieses überragende öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern zu berücksichtigen. Fraglich ist jedoch, wie genau die EEG-Regelung in Fachgesetze hineinwirkt: kann es eine explizite Abwägungsregel treffen oder hat es eine Ausstrahlungswirkung in das gesamte (Fach-)Recht. Im Bereich des Denkmalschutzgesetzgebung erscheint es aufgrund der Gesetzgebungskompetenz, die nach Art. 70 Abs. 1 GG im Wesentlichen bei den Ländern liegt, sowie um weiteren Streit und gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden, empfehlenswert, dass auch die Länder selbst in ihren Landesdenkmalschutzgesetzen Klarstellungen in Bezug auf das überragende öffentliche Interesse der erneuerbaren Energien treffen.<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der Landesgesetzgeber in Niedersachsen sich durch § 2 EEG 2023 seiner Pflicht sowie seiner Fähigkeiten bewusst wurde, direkt reagierte und den Kern des § 2 EEG 2023 in das niedersächsische Denkmalschutzgesetz übernommen hat. Damit hat sich für Niedersachsen eine weitere Diskussion über die Auswirkung der Bundesregelung bei Anwendung der Fachgesetze erübrigt. In den anderen Bundesländern ist bisher eine Umsetzung des § 2 EEG 2023 in den Landesdenkmalschutzgesetzen vor allem für Solarenergie erfolgt. Lediglich in Bayern ist eine erleichterte Umsetzung von WEA geplant.<sup>7</sup>

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

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

<sup>4</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.4.2022 – 12 MS 188/21.

<sup>5</sup> Das Gericht stellte in Frage, ob der Bundesgesetzgeber im Bereich des Denkmalrechts eine Gesetzgebungskompetenz habe und betonte, dass er nur in eng begrenzten Sonderbereichen über Rechtssetzungsbefugnisse verfüge.

<sup>6</sup> Interessante Ausführungen hierzu siehe in Bader, Deißler, Weinke, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien, ZNER 2022, S. 337 ff; sowie in Schlacke, Wentzien, Römling, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 ff.

<sup>7</sup> Siehe hierzu Art. 6 Abs. 5 des Gesetzesentwurfs der Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes, [Bayerischer LT Drs. 18/25751](#).

## Genehmigungsverfahren, Änderungsgenehmigung, Vorbelastung gemäß der TA Lärm, Berechnung, Messung, Infraschall

### OVG Schleswig, Beschluss vom 25. April 2022 – 5 MB 9/22

7. **Wird der genehmigte Schalleistungspegel tatsächlich überschritten, geht dies nicht zulasten eines nachfolgenden Anlagenbetreibers. Dies schließt es aus, die berücksichtigungsfähige Vorbelastung im immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren allein anhand von Messungen an den Immissionsorten zu ermitteln, wenn damit die Überschreitung von Immissionsrichtwerten belegt werden soll.**
8. **Bei Windenergieanlagen liegt eine Schallprognose regelmäßig dann auf der sicheren Seite, wenn eine den Beurteilungspegel senkende Bodendämpfung in der Berechnung unberücksichtigt bleibt. Das ist beim Interimsverfahren der Fall.**
9. **Eine im Genehmigungsverfahren gem. § 6 I Nr. 1 BImSchG beachtliche Gefahr für die Nachbarschaft iSv § 5 I Nr. 1 BImSchG erfordert eine konkrete Gefahr im Sinne einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit. (amtliche Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene (Genehmigungsbehörde) erteilte dem Antragsgegner am 7. Mai 2020 eine Genehmigung zum Bau und Betrieb einer Windenergieanlage (WEA), welche derzeit in Gestalt der Änderungsgenehmigung vom 10. März 2021 vorliegt. Dagegen wehrte sich der Antragsteller, der Eigentümer eines nahe gelegenen Wohngrundstückes ist, da nach seiner Ansicht Lärmimmissionen nicht richtig ermittelt worden seien und der Immissionsrichtwert der TA Lärm nicht eingehalten worden sei. Er legte Widerspruch ein und beantragte beim Verwaltungsgericht (VG) Schleswig, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Mit Beschluss vom 23. Februar 2022 lehnte das VG diesen Antrag ab.<sup>1</sup> Gegen diesen Beschluss legte der Antragsteller Beschwerde beim Obergerverwaltungsgericht (OVG) Schleswig ein.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG wies die Beschwerde gegen den Beschluss des VG Schleswig zurück.

Das Gericht wies darauf hin, dass die TA Lärm zwei Möglichkeiten vorsehe, um im Genehmigungsverfahren für WEA Vorbelastungen anderer WEA zu berücksichtigen: die Messung und die Berechnung, insbesondere durch Verknüpfung der Schalleistungspegel mit Schallausbreitungsrechnungen. Zudem seien für die WEA, die für die Vorbelastung herangezogen werden müssen, nur die Auswirkungen ihres rechtmäßigen Betriebs zugrunde zu legen. D. h. lediglich der in den Genehmigungen festgelegte Schalleistungspegel ist für die Berechnung der Gesamtbelastung entscheidend. (Rn. 4) Ferner bestätigte das Gericht die Anwendung des Interimsverfahrens, das in der Berechnung der Schallprognose eine den Beurteilungspegel senkende Bodendämpfung nicht einkalkuliere. (Rn. 5)

Dem Vorwurf des Infraschalls durch Windenergieanlagen trat das OVG damit entgegen, dass es dafür keinen wissenschaftlich gesicherten Hinweis gebe. (Rn. 11)

In Bezug auf die mögliche Kampfmittelbelastungen am Anlagenstandort, hielt das Gericht fest, dass die Genehmigungsbehörde nicht verpflichtet sei, im Rahmen des Zulassungsverfahrens eine Auskunft über eine mögliche Kampfmittelbelastung einzuholen, wenn dafür keine konkrete Gefahr im Sinne einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit vorliege. (Rn. 14 f.)

#### Fazit

Wie schon in vielen vorherigen obergerichtlichen Entscheidungen, geht es auch in der vorliegenden Entscheidung um wichtige und immer wiederkehrende Problemstellungen im Zulassungsverfahren von WEA und der dabei zu prüfenden

<sup>1</sup> VG Schleswig, Beschl. v. 23.2.2022 - 6 B 49/21.

Schallausbreitung sowie der zugrunde zu legenden Vorbelastung durch schon existierende WEA. Das OVG Schleswig äußerte sich hierzu sehr bestimmt und eindeutig: Wichtig für die Vorbelastung ist insbesondere, dass der in der Genehmigung ausgewiesene und damit genehmigte Schalleistungspegel in die Berechnung einbezogen wird, denn nur dieser stellt technisch als auch rechtlich gesehen eine eindeutige Basis für die Berechnung dar und gilt als genehmigungsrechtlich fixierte Anforderung.<sup>2</sup> Darüber hinaus verneinte auch das OVG Schleswig klar, dass die „Night Noise Guidelines for Europe“ (NNGL) der WHO<sup>3</sup> in Deutschland anwendbar seien.<sup>4</sup> Leider werden diese Guidelines immer wieder von Anwohnern in Rechtsbehelfen gegen Genehmigungen von WEA herangezogen. Sie haben aber grds. ein geringeres Schutzniveau und sind nicht mit der TA Lärm vergleichbar.<sup>5</sup>

Zudem zeigt die Entscheidung erneut, dass es obergerichtlich immer noch keine Einigkeit hinsichtlich der Anwendung bzw. Nichtanwendung des Interimsverfahrens gibt.<sup>6</sup> So bejaht der VGH Mannheim die Anwendung, wohingegen das OVG Koblenz und der VGH Kassel sie verneinen. Das OVG Lüneburg, der VGH München und das OVG Saarlouis haben die Anwendung bisher noch offengelassen. In der Vergangenheit hatte das OVG Schleswig sowohl das Interimsverfahren als auch das alternative Verfahren nach der TA Lärm für möglich gehalten. Mit dieser Entscheidung hat das OVG Schleswig jedoch ein Bekenntnis zum Interimsverfahren abgelegt und dessen Anwendung bestätigt.

Zu den Befürchtungen des Infraschalls durch WEA äußert sich das OVG erfreulich eindeutig und lehnte einen solchen aufgrund fehlender wissenschaftlicher Nachweisbarkeit ab.<sup>7</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/bssh/document/MWRE220005958>

<sup>2</sup> Dies bestätigt nun auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Schleswig-Holstein. Denn das VG Schleswig hat in seinem Beschl. v. 3.4.2020 – 6 B 52/19 die Anwendung des Interimsverfahrens für die Prüfung im Zulassungsverfahren für WEA schon bestätigt. Außerdem das Interimsverfahren bestätigend siehe z. B. OVG Münster, Urt. v. 5.10.2020 - 8 A 894/17 oder OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.7.2012- 12 LA 105/11.

<sup>3</sup> Veröffentlicht als *Environmental Noise Guidelines for the European Region* vom WHO Regional Büro für Europa, Oktober 2018; es gibt hierzu auch eine deutsche Zusammenfassung: WHO Regional Büro für Europa, Leitlinien für Umgebungslärm für die europäische Region, *Zusammenfassung*, Oktober 2018.

<sup>4</sup> Es sei an dieser Stelle insbesondere auf die Besprechung des VGH Mannheim, Beschl. v. 26.10.2021 - 10 S 471/21 verwiesen, besprochen im *Rundbrief 1/2022*.

<sup>5</sup> Siehe hierzu umfassen FA Wind (2019): *WHO-Leitlinien für Umgebungslärm*.

<sup>6</sup> Siehe hierzu Stiftung Umweltenergie recht (2019): *Neue Erlasse der Bundesländer zu den LAI-Hinweisen und aktuelle Einordnung in der Rechtsprechung*.

<sup>7</sup> Siehe hierzu auch FA Wind (2022): *Kompaktwissen Infraschall und Windenergie*.

## Genehmigungsverfahren, Erhöhung eines Immissionsrichtwerts gem. Nr. 6.7 der TA Lärm, Festsetzung eines (nächtlichen) Schallleistungspegels im Bebauungsplan, Bindungswirkung der TA Lärm

### OVG Münster, Urteil vom 20. April 2022 – 8 A 1575/19

1. **Setzt die Gemeinde in einem Bebauungsplan (Sondergebiet für Windkraftanlagen) mit Blick auf die Belange gesunder Wohnverhältnisse einen (nächtlichen) Schallleistungspegel fest, ohne zu berücksichtigen, dass der für ein reines Wohngebiet grundsätzlich geltende Immissionsrichtwert von 35 dB(A) nachts entsprechend Nr. 6.7 der TA Lärm wegen des Angrenzens des reinen Wohngebiets an den Außenbereich hätte erhöht werden müssen, stellt dies einen Verfahrensmangel i. S. v. § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB a. F. (Fassung vom 23.9.2004) dar.**
2. **Die Bindungswirkung der TA Lärm ist durch gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse teilweise überholt, soweit es um das Prognoseverfahren zur Ermittlung der Belastung durch Lärm von Windenergieanlagen an einzelnen Immissionsorten geht. Die Prognoseberechnung auf der Grundlage des alternativen Verfahrens der DIN ISO 9613-2, auf das die TA Lärm Bezug nimmt, ist durch das Interimsverfahren zu modifizieren.**
3. **Bei der Bildung eines Zwischenwerts nach Nr. 6.7 Abs. 1 Satz 1 TA Lärm zwischen Gebieten unterschiedlicher Nutzung und damit unterschiedlicher Schutzwürdigkeit ist methodisch so vorzugehen, dass die Immissionsrichtwerte zu ermitteln sind, die für die benachbarten Gebiete bei jeweils isolierter Betrachtung maßgeblich sind, und daraus unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ein Mittelwert zu bilden ist.**
4. **Aus dem Erfordernis einer Einzelfallprüfung folgt, dass sich die Zwischenwerte für Wohngrundstücke mit größerer Entfernung zum Außenbereich nicht ausgehend von dem an der unmittelbaren Grenze zum Außenbereich gebildeten Zwischenwert nach der physikalisch vorgegebenen Lärmausbreitung bei Windenergieanlagen rechnerisch ermitteln lassen. Auf diese Weise können die Grundstücke, die unmittelbar an den Außenbereich grenzen, der Sache nach von den Lärmrichtwerten profitieren, die im weiter innen liegenden Bereich einzuhalten sind. Das allein führt aber nicht dazu, dass innerhalb einer Gemengelage einzuhaltende Lärmrichtwerte einseitig zu Lasten der Wohnnutzung verschoben werden dürfen. (amtliche Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin (Betreiberin von vier Windenergieanlagen (WEA)) beehrte die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Änderungsgenehmigung zur Erhöhung der zur Nachtzeit zugelassenen Betriebsleistung von zwei WEA, die sich neben zwei weiteren Anlagen in einem Abstand von ca. 790 Metern zum nächstgelegenen Wohngebiet befinden. Der Bebauungsplan (B-Plan) der Beigeladenen (kreisangehörige Gemeinde) legte in dem ausgewiesenen Windenergiegebiet für den Betrieb von vier Anlagen einen maximalen nächtlichen Schallleistungspegel von 99 dB(A) fest. Die Beigeladene erteilte der früheren Betreiberin des Windparks für zwei der WEA am 17. August 2004 jeweils eine Baugenehmigung. Für die anderen beiden Anlagen erteilte das ehemalige Staatliche Amt für Umwelt und Arbeitsschutz am 15. Oktober 2004 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung. In der Folgezeit erteilte die Bezirksregierung E. für diese Anlagen immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigungen, wonach zwei der Anlagen uneingeschränkt betrieben werden dürfen. Für die anderen zwei WEA wurde die ganzjährige Betriebserlaubnis auf 6 bis 22 Uhr bei einer Leistung von 2.000 kW und zur Nachtzeit mit einer schallreduzierten Betriebsweise von 1.000 kW beschränkt. Die Klägerin erwarb in der Folge die vier WEA von der früheren Betreiberin und beantragte mittels eines Formularantrags, die WEA mit beschränkter Betriebserlaubnis auch zur Nachtzeit mit der vollen Nennleistung von 2.000 kW betreiben zu dürfen. Nachdem die Beigeladene die Erteilung ihres gemeindlichen Einvernehmens verweigert hatte, lehnte der Beklagte (Kreis M.) den Antrag der Klägerin auf Erlass einer Änderungsgenehmigung ab. Die im November 2017 erhobene Klage der früheren Betreiberin zum VG Minden blieb erfolglos. Die von der früheren Betreiberin daraufhin eingelegte Berufung ließ der

Senat durch Beschluss zu und führte das Verfahren hinsichtlich ihres Verpflichtungsbegehrens zur Erteilung der beantragten Änderungsgenehmigung weiter. Mit Zustimmung der Verfahrensbeteiligten ist die Klägerin anstelle der früheren Betreiberin in das Verfahren eingetreten.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Münster hat die Berufung zurückgewiesen. Der Klägerin stehe gemäß §§ 16 Abs. 1 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG kein Anspruch auf Erteilung der beantragten Änderungsgenehmigung zum Betrieb der zwei WEA mit voller Nennleistung von 2.000 kW zur Nachtzeit zu. (Rn. 59)

Die Festsetzungen des Bebauungsplans der Beigeladenen stünden zwar nicht bereits der Erteilung einer Änderungsgenehmigung entgegen, denn der Plan leide an offensichtlichen und verfahrensrelevanten Mängeln in der Abwägung. Die Beigeladene habe den Belangen gesunder Wohnverhältnisse ein zu starkes Gewicht beigemessen. Sie habe außer Betracht gelassen, dass der nachts für das reine Wohngebiet im Sinne der TA Lärm geltende Immissionsrichtwert von 35 dB(A) in nicht nur unerheblichen Teilen des Wohngebietes auf einen geeigneten Zwischenwert hätte erhöht werden müssen. Denn das Wohngebiet grenze unmittelbar an den Außenbereich, weshalb im Einzelfall höhere Lärmimmissionen zumutbar seien, um der privilegierten Zulässigkeit von WEA Rechnung zu tragen. Das Vorliegen einer entsprechenden Gemengelage könne auch nicht deshalb verneint werden, weil das reine Wohngebiet deutlich vor der Ausweisung der Vorrangfläche für die Windenergienutzung existierte. Dieser Umstand wirke sich vielmehr nur auf die Höhe des zu bildenden Zwischenwertes aus. Zudem gehe die Festsetzung des nächtlichen Pegels von 99 dB(A) bei vier Anlagen über das selbst gesetzte Planziel der Beigeladenen hinaus und werde nicht durch das zugrundeliegende Abwägungsmaterial getragen. Denn aus den Festsetzungen ergebe sich eine deutliche Unterschreitung des angestrebten Richtwertes von 35 dB(A) für das reine Wohngebiet von nur 33,7 dB(A). (Rn. 59, 62, 67, 72, 76, 81 f., 87 ff.)

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Änderungsgenehmigung lägen aber nicht vor, weil der nächtliche Volllastbetrieb aller vier WEA, jedenfalls auf einzelnen Grundstücken, zu unzumutbaren Lärmeinwirkungen führten. Der Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen sei nach 3.2.1 Abs. 1 TA Lärm sichergestellt, wenn die Gesamtbelastung am maßgeblichen Immissionsort die vorgeschriebenen Immissionsrichtwerte nicht überschreite. Wann Geräuschimmissionen von WEA schädlich seien, bestimme sich grundsätzlich nach der TA Lärm, der jedenfalls insoweit eine im gerichtlichen Verfahren zu beachtenden Bindungswirkung zukomme, als sie im Sinne des § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 BImSchG bestimmten Gebietsarten und Tageszeiten Immissionsrichtwerte zuordne und das Verfahren zur Ermittlung und Beurteilung der Geräuschimmissionen vorschreibe. Hinsichtlich des Berechnungsverfahrens für Schallimmissionsprognosen, betreffend Lärm durch Windenergieanlagen, sei die Bindungswirkung der TA Lärm jedoch teilweise entfallen. Das Gericht entschied insoweit, dass das Berechnungsverfahren durch ein Interimsverfahren modifiziert werden müsse. Denn die Aussagen der TA Lärm seien in diesem Zusammenhang durch neue, gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse überholt. Die sich aufgrund einer entsprechenden Schallimmissionsprognose ergebenden Werte von 39,6 dB(A) und 39,5 dB(A) nachts würden den nächtlichen Lärmrichtwert der betroffenen Wohngrundstücke deutlich übersteigen und seien daher unzumutbar. Dies sei auch dann der Fall, wenn für diese Grundstücke, aufgrund der Gemengelage zum Außenbereich, ein Zwischenwert gebildet werde. (Rn. 59, 107, 109 ff., 112, 122)

Die Zwischenwertbildung diene dazu, dass gebietsbedingte Nutzungskonflikte auf der Grundlage des Gebots gegenseitiger Rücksichtnahme gelöst werden. Zur Ermittlung des Zwischenwertes seien, in entsprechender Anwendung von Nr. 6.7 der TA Lärm, zunächst die Immissionsrichtwerte der benachbarten Gebiete mit unterschiedlicher Schutzwürdigkeit isoliert zu ermitteln. Unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit und Ortsüblichkeit sei sodann anhand der Umstände des Einzelfalls ein Mittelwert zu bilden. Insoweit könne auch die Priorität der in Konflikt tretenden Nutzungen von Bedeutung sein. (Rn. 158 f., 192)

### Fazit

Auch der 8. Senat des OVG Münster schließt sich nunmehr den zahlreichen obergerichtlichen Entscheidungen<sup>8</sup> an, welche die TA Lärm im Zusammenhang mit Schallausbreitungsprognosen für Windenergie als überholt ansehen und eine Modifikation durch das Interimsverfahren anerkennen. Die Bindungswirkung der TA-Lärm, der aus Sicht ständiger

<sup>8</sup> Es sei an dieser Stelle lediglich auf VGH Mannheim, Urteil vom 4. Februar 2021 – 5 S 305/19 verwiesen.

Rechtsprechung grundsätzlich die Außenwirkung einer normkonkretisierender Verwaltungsvorschrift zukommt,<sup>9</sup> wird somit ein weiteres Mal abgelehnt, und für die Prognoseberechnung stattdessen auf das Interimsverfahren für Schallberechnung an WEA entsprechend der „Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen“ der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI) vom September 2017 zurückgegriffen.<sup>10</sup> Den LAI-Hinweisen kommt jedoch keine der TA-Lärm entsprechende Rechtswirkung zu. Das Gericht beschreibt das Interimsverfahren in seiner Entscheidung ausdrücklich als Übergangslösung, die so lange Anwendung finden soll, bis ein Verfahren zur Schallausbreitung entwickelt ist, das den Anwendungsbereich der DIN ISO 9613-2 auf Windkraftanlagen erweitert. Das OVG Münster hielt zudem fest, dass die Bindungswirkung der TA Lärm auch nicht deswegen bestehen bleibe, weil der wissenschaftliche Diskurs um eine geeignete Schallausbreitungsberechnung noch nicht abgeschlossen sei. In seiner Revisionsentscheidung zu vorliegender Entscheidung führt das BVerwG aus, dass die Ausführungen des OVG Münster im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung stünden, nach der normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften (wie die TA Lärm) nur obsolet werden können, wenn gesicherte Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik bestehen.<sup>11</sup>

Es bleibt abzuwarten, ob sich der Gesetzgeber dazu entschließen wird, die Prognoseberechnung der Schallausbreitung von WEA auf Basis des Interimsverfahrens in die TA Lärm aufzunehmen.

Aus planerischer Sicht löst die Entscheidung des OVG Münster insoweit gewisse Unsicherheiten aus, als das Gericht auch für Wohngebäude, die nicht am unmittelbaren Rand zum Außenbereich, sondern durch Bebauung abgeschirmt weiter zurückgesetzt liegen, die Erhöhung der Lärmrichtwerte für geboten hält. Im Sinne der vorliegenden Entscheidung bedarf es somit genauer Betrachtung, ob Grundstücke dem Einfluss des Außenbereichs ausgesetzt sind und eine Zwischenwertbildung gegebenenfalls erforderlich wird. Dies lässt sich in der Praxis äußerst schwierig umsetzen.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [https://www.jus-tiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2022/8\\_A\\_1575\\_19\\_Urteil\\_20220420.html](https://www.jus-tiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2022/8_A_1575_19_Urteil_20220420.html)

<sup>9</sup> Jarass, BimSchG, 14. Aufl. 2022, § 48, Rn. 55; Vgl. etwa: BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 – 8 C 16-96, NVwZ 1999, S. 1114 (1115); BVerwG, Urt. v. 29.11.2012 – 4 C 8/11, NVwZ 2013, S. 372 (373).

<sup>10</sup> Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI), 2016, [Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen](#).

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.12.2022 – 7 B 15.22, Rn. 7, 8; BVerwG, Beschl. v. 21.3.1996 – 7 B 164.95, NVwZ-RR 1996, 498 (499); BVerwG, Beschl. v. 15.2.1988 – 7 B 219/87, NVwZ 1988, 824 (825).



## Genehmigungsverfahren, Untätigkeitsklage, Bescheidungsurteil, objektive Grenzen gerichtlicher Kontrolle, signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen, CEF-Maßnahmen

### VGH Mannheim, Urteil vom 30. Juni 2022 – 10 S 848/21

- 10. Zu den Grenzen gerichtlichen Durchentscheidens bei behördlicher Nichtentscheidung über einen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrag (hier in Bezug auf für die Genehmigungsfähigkeit von Windkraftanlagen erhebliche natur- und artenschutzfachliche Fragestellungen).**
- 11. Haben sich abschließende Standards in Bezug auf für die Genehmigungsentscheidung erhebliche natur- und artenschutzfachliche Bewertungen in den einschlägigen Fachkreisen noch nicht herausgebildet, bedarf es einer behördlichen Entscheidung, die von den Gerichten nur auf ihre „Plausibilität“ hin zu überprüfen ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13 - BVerfGE 149, 407 = juris Rn. 21 ff.). Verweigert die zuständige Behörde in einer solchen Konstellation die ihr obliegende Entscheidung, bleibt dem Gericht nichts anders übrig, als die Behörde dazu zu verpflichten, ihrer Pflicht zur Entscheidung nachzukommen.**  
(amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Beklagte (Landratsamt Reutlingen) lehnte 2016 den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrag der Klägerin aus dem Jahr 2014 für fünf Windenergieanlagen (WEA) ab. Grund dafür war die Unvereinbarkeit der Anlagen mit dem Denkmalschutzrecht. Daraufhin legte die Klägerin Widerspruch ein, der am 10. Mai 2017 durch das Regierungspräsidium Tübingen zurückgewiesen wurde. Anschließend erhob die Klägerin beim Verwaltungsgericht (VG) Sigmaringen Verpflichtungsklage. Das VG hob am 14. Februar 2019 die Bescheide auf und verpflichtete den Beklagten über den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrag der Klägerin erneut zu entscheiden (Bescheidungsurteil).<sup>12</sup> Das VG wies den zusätzlichen Klageantrag, auf Erteilung der Genehmigung, ab. Es begründete dies damit, dass eine Brutvogelkartierung das Vorkommen von mindestens zehn Rotmilanpaaren nahelege. Zudem sei das Genehmigungsverfahren „steckengeblieben“ und das VG müsse hier die Sache nicht spruchreif machen. Der gegen dieses Urteil gerichtete Antrag des Beklagten auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg.<sup>13</sup> Am 1. Oktober 2019 änderte die Klägerin ihren Genehmigungsantrag dahingehend, dass unter Einbeziehung der Nebenbestimmungen, die Installation eines kamera-basierten Abschaltsystems zum Schutz des Rotmilans an jeder der fünf Anlagen installiert werden soll. Außerdem wurde der Standort der Anlage 5 so verändert, dass er mehr als 1000 m vom nächsten Rotmilanhorst entfernt liegt. Die Anlagen 1 und 2 lagen jedoch weiterhin im Abstand von weniger als 1000 m zum Rotmilanhorst. Die Klägerin beantragte auch die Abtrennung der Genehmigungsanträge in zwei Verfahren – einerseits Anlage 1 und 2 und andererseits Anlage 3 bis 5. Im weiteren Fortgang hielt der Beklagte das im Genehmigungsverfahren vorgelegte artenschutzrechtliche Gutachten für nicht ausreichend und plausibel und verwies auf ein anderes ihm vorliegendes Gutachten. Am 12. November 2020 beantragte die Klägerin hilfsweise die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen nach § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG und beantragte, in der Sache unverzüglich zu entscheiden. Der Beklagte forderte aber zusätzliche Ausführungen zur Bilanzierung der Eingriffe, ein Konzept über entsprechende Ausgleichsmaßnahmen, eine Darstellung der artenschutzrechtlichen Relevanz der Erschließungsmaßnahmen, eine Aktualisierung der Raumnutzungsanalyse und die Berechnung der Ersatzzahlungen für das Landschaftsbild. Von der Klägerin wurde daraufhin eine Berechnung der Ersatzzahlungen zum Landschaftsbild nachgereicht. Die Klägerin erhob sodann am 10. März 2021 Untätigkeitsklage beim Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim und beantragte die Erteilung der Genehmigungen zum Bau und Betrieb der fünf WEA. Hilfsweise beantragte sie, die Genehmigungen unter Nebenbestimmungen zur ökologischen Baubegleitung, zu CEF-Maßnahmen (vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen), zu Monitoring, Abschaltungen und nachträglichen Anpassungen zum Schutz der Fledermaus zu erteilen.

<sup>12</sup> VG Sigmaringen, Urt. v. 14.2.2019 - 9 K 4136/17.

<sup>13</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 20.4.2020 - 1 S 1943/19.

## Inhalt der Entscheidung

Der VGH verpflichtete den Beklagten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats, über den Antrag der Klägerin zu entscheiden. Im Übrigen wies er die Klage ab. (Rn. 96)

Der VGH hielt fest, dass der Beklagte ohne zureichenden Grund bisher in der Sache nicht entschieden habe, obwohl eine besondere Dringlichkeit vorliege und somit eine Untätigkeitsklage im Sinne des § 75 Satz 1 VwGO statthaft sei. Ein solch zureichender Grund ergebe sich auch nicht aus den mehrfachen Änderungen des Genehmigungsantrags der Klägerin, die immer wieder versuchte den Beklagten zu einer Entscheidung zu veranlassen und eine Genehmigung zu erlangen. (Rn. 98 ff.) Auch Bitten des gerichtlichen Berichtstatters haben den Beklagten nicht zu einer Entscheidung bewogen oder ihn dazu gebracht gegenüber dem Gericht die der Genehmigungserteilung entgegenstehenden Gründe mitzuteilen. Zudem sei durch den Beklagten eine Brutvogelkartierung geheimgehalten worden. Darüber hinaus habe das Regierungspräsidium, das intensiv in das Genehmigungsverfahren mit einbezogen wurde, einen Vergleich der Parteien verhindert und nur kurz vor der mündlichen Verhandlung überraschend und ohne nähere Begründung CEF-Maßnahmen für Fledermäuse gefordert. (Rn. 102 f.)

Des Weiteren betonte das Gericht, dass die Klägerin einen Anspruch auf Bescheidung ihres Antrags durch den Beklagten habe. Dieser Entscheidung müsse die durch den VGH vertretene Rechtsauffassung zugrunde gelegt werden. Eine Verpflichtung des Beklagten zur Genehmigungserteilung lehnte das Gericht aufgrund fehlender Spruchreife ab. Dabei erkannte es an, dass durch die bloße Neubescheidung das Risiko bestehe, dass sich in dem weiter fortzuführenden Zulassungsverfahren neue Streitpunkte herausbilden, die dann auch wieder gerichtlich zu klären seien und damit die Rechtsschutzgewährleistung der Klägerin eingeschränkt sei (Rn. 106 ff.)

Nach Ansicht des Gerichts ist es anerkannt, dass es unterschiedliche Sachverhalte gebe, die erlauben, dass Gerichte ihrer Pflicht zur Streitbeilegung nicht Rechnung tragen können. Dies sei z. B. bei besonders komplexen Sachverhalten anerkannt sowie bei „steckengebliebenen“ Zulassungsverfahren. Letzteres nahm der VGH vorliegend an, da eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Klägerin hier nicht ohne zusätzliche Nebenbestimmungen zum Artenschutz usw. erteilt werden könne. (Rn. 110) Zudem sei mangels abschließender naturschutzfachlicher Standards in Bezug auf Rotmilan und Fledermäuse ein gerichtliches „Durchentscheiden“ eingeschränkt. Gerichten seien lediglich zur Kontrolle der behördlichen Entscheidung verpflichtet und könnten keine naturschutzfachlichen Einschätzungen und Entscheidungen treffen. (Rn. 111 ff.)

Außerdem betonte das Gericht, dass die Behörden verpflichtet seien zu verhindern, dass naturschutzfachliche Unterlagen an Aktualität verlieren und somit eine Entscheidung, aufgrund veralteter Gutachten, unmöglich werde. Lasse sich ein Veralten nicht verhindern, so müsse die Behörde ermitteln, welche zusätzlichen Untersuchungen notwendig seien, um die Gutachten wieder zu aktualisieren. Dabei dürfe die Behörde auf keinen Fall untätig sein und eine Zulassung lediglich wegen veralteter Gutachten versagen. Vielmehr sei ein gestuftes Verfahren für Nacherhebungen geboten. (Rn. 147)

## Fazit

In Anbetracht der Tatsache, dass der Windenergieausbau in Deutschland – und insbesondere in Baden-Württemberg – seit Jahren sehr schleppend voran geht, ist die Deutlichkeit der Worte des VGH Mannheims hinsichtlich einer behördlichen Pflicht zu entscheiden, sehr begrüßenswert. In dem acht Jahre andauernde Verfahren gab es jegliche Einwände von Behörden- und Anwohnerseite: Denkmalschutz, Artenschutz und Immissionsschutz. Den Verzögerungen der Behörden gebot das Gericht nun Einhalt. Eine wichtige Erwägung in der vorliegenden Entscheidung ist insbesondere, dass das Gericht die Obliegenheit der Behörde sieht, die Aktualität inzwischen veralteter Gutachten wiederherzustellen und aktiv darauf hinzuwirken, dass Gutachten nicht verjähren. Auch habe die Behörde aktiv darauf hinzuwirken, dass die Gutachten nicht verjähren.

Die Entscheidung zeigt, dass insbesondere langjährige „steckengebliebene Verfahren“ mit Blick auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes problematisch erscheinen, da für den Anlagenbetreiber wesentliche Fragen auch nach langer Verfahrensdauer nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens offenbleiben. Zeigen wird sich, welche Verbesserungen die 2020 eingeführte erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte mit sich bringen wird.

Zur Beschleunigung künftiger Genehmigungsverfahren könnten im Übrigen § 2 Abs. 1 EEG 2023 und der neu eingeführte § 45b BNatSchG beitragen. Gerade letzterer bedeutet insofern eine Verbesserung, als erstmalig für bestimmte, kollisionsgefährdete Brutvogelarten (wie etwa den Rotmilan) die fachliche Beurteilung des Tötungs- und Verletzungsrisikos bundesweit einheitlich geregelt wird. Die Prüfung vereinfacht dabei insbesondere § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG, wonach für bestimmte, fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen in der Regel davon auszugehen ist, dass die Risikoerhöhung hinreichend gemindert wird. Dass Verwaltungsgerichte dadurch – im Unterschied zum hier besprochenen Fall – wegen dieser Vorgaben im Urteil künftig die Spruchreife annehmen könnten, ist jedoch eher nicht zu erwarten, zumal viele andere Artenschutzkonflikte (insb. Fledermäuse) von der BNatSchG-Novelle unberührt geblieben sind.

Ferner wurde im Jahr 2021 durch die nationale Umsetzung der RED II-Richtlinie<sup>14</sup> der § 10 Abs. 5 BImSchG so angepasst, dass es in Zukunft der Genehmigungsbehörde möglich sein sollte „durchzuentscheiden“. Insbesondere auch dann, wenn die zu beteiligende Behörde – wie vorliegend z. B. die Naturschutzbehörde – nicht innerhalb eines Monats Stellung nimmt. Es bleibt daher zu hoffen, dass die jahrelangen Verzögerungen des vorliegenden Falles künftig nicht mehr möglich sind.

Darüber hinaus gingen die Behörden sowie der VGH selbst im vorliegenden Fall davon aus, dass Antikollisionssysteme zur Vermeidung eines artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand noch erprobt werden müssen. Durch die letzte Novelle des BNatSchG<sup>15</sup> wurde dies jedoch vom Bundesgesetzgeber als fachwissenschaftliche Grundlage angenommen und der Einsatz der sog. bedarfsgerechten Abschaltssysteme in § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG als fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen zur Minderung der signifikanten Risikoerhöhung normiert.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [https://www.landesrecht-bw.de/jportal/portal/t/y3d/page/bsbawueprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Treffersliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdocto-doc=yes&doc.id=JURE220029750&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](https://www.landesrecht-bw.de/jportal/portal/t/y3d/page/bsbawueprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Treffersliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdocto-doc=yes&doc.id=JURE220029750&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint)

<sup>14</sup> Gesetz zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung) für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz v. 18.8.2021, siehe [BGBl. I S. 3901](#).

<sup>15</sup> Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 20.7.2022, siehe [BGBl. I Nr. 28 S. 1362](#); Gesetzgebungsprozess siehe [hier](#).

## Genehmigungsverfahren, Haselmaus, Habitataufwertung, Kohärenz, Schutzmaßnahmen, Vergrämung, Tötungsverbot, Ausnahme

### VGH Kassel, Beschluss vom 11. Mai 2022 – 9 B 234/22.T

1. **Es entspricht dem aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand, dass ein Schutzkonzept zur Vergrämung der Haselmaus von den Eingriffsflächen für die Errichtung von Windenergieanlagen in der Regel eine vorherige Habitataufwertung des jeweiligen Anlagenumfeldes zu umfassen hat.**
2. **Schutz- und Vermeidungsmaßnahmen zugunsten verschiedener besonders geschützter Arten müssen zeitlich und inhaltlich kohärent sein.  
(amtliche Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Am 1. Februar 2022 erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von 18 Windenergieanlagen (WEA) innerhalb von Vorranggebieten im Forstgutsbezirk Reinhardswald. Der Antragsgegner nahm zum Schutz der Haselmaus verschiedene Nebenbestimmungen auf, die auf eine Vergrämung der Tiere nach dem Erwachen aus dem Winterschlaf abzielen. Den Nebenbestimmungen lag die Annahme zugrunde, die Haselmaus werde nach dem Erwachen allein aufgrund der fehlenden Nahrungshabitate von den Eingriffsflächen abwandern und sich in den angrenzenden (Wald)flächen ansiedeln. Der Antragsteller, ein anerkannter Umweltverband, erhob vor dem Verwaltungsgerichtshof (VGH) Kassel am 4. Februar 2022 Klage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung.<sup>16</sup> Zeitgleich beantragte er die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage und den Erlass einer Zwischenentscheidung, mit der der Beigeladenen einstweilen untersagt werden soll, von den ihr durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gewährten Befugnissen Gebrauch zu machen.

#### Inhalt der Entscheidung

Der Antrag auf Erlass einer Zwischenentscheidung (sog. Hängebeschluss) hatte insoweit Erfolg, als die summarische Prüfung das Gericht nicht überzeugte, dass durch die Rodung der Wurzelstubben kein artenschutzrechtliches Zugriffsverbot im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verwirklicht werde. (Rn. 6)

Ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot liege gem. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG nur dann nicht vor, wenn kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bestehe und die Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden könne. Aus Sicht des Gerichts konnte zum Entscheidungszeitpunkt nicht sicher prognostiziert werden, dass die von der Beigeladenen landschaftsplanerisch vorgesehenen Schutzmaßnahmen geeignet seien, das baubedingte Tötungsrisiko für die Haselmaus unter die Signifikanzschwelle zu senken. (Rn. 7 f.)

Der VGH hielt fest, dass im gesamten Reinhardswald von einem Vorkommen der Haselmaus auszugehen sei, da sie in den Jahren 2008 bis 2013 ca. drei Kilometer südlich der geplanten Anlagenstandorte und 2015 innerhalb des Vorranggebietes Langenberg nachgewiesen werden konnte. Es bestünden ernstliche Zweifel an der fachlichen Anerkennung des vom Antragsteller gebilligten Schutzkonzeptes für die gem. § 7 Abs. 2 Nr. 14 b) BNatSchG i. V. m. der FFH-Richtlinie<sup>17</sup> streng geschützte Haselmaus. Die Annahme des Antragstellers, die Haselmaus werde nach dem Erwachen aus dem Winterschlaf allein aufgrund der fehlenden geeigneten Nahrungshabitate von den Eingriffsbereichen in die angrenzenden (Wald)flächen abwandern, sei nicht plausibel. Es bedürfe insoweit der gutachterlichen Feststellung der Habitataignung dieser Flächen. Ein Zugriff scheidet nur dann mit Sicherheit aus, wenn die Tiere in ein qualitativ und quantitativ ebenso gutes Gebiet ausweichen können und das betreffende Gebiet noch nicht ausreichend besiedelt ist. In der Regel sei eine entsprechende Vergrämung durch eine vorherige Habitataufwertung (sog. CEF-Maßnahme), etwa durch Strauchanpflanzungen und Auffichtungen in den angrenzenden Flächen, zu unterstützen. Andernfalls sei der

<sup>16</sup> Diese Klage ist derzeit unter dem Aktenzeichen 9 C 232/22.T beim VGH Kassel anhängig.

<sup>17</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen.

Tötungstatbestand nur durch Fang und Umsiedlung der auf den Eingriffsflächen vorhandenen Tiere hinreichend sicher ausgeschlossen. Das Gericht bezog sich insoweit auf unterschiedliche wissenschaftliche Veröffentlichungen, in denen die Aufwertung der Habitats, in welche die Haselmaus abwandern soll, anerkannt ist. (Rn. 9 ff., 14, 17)

Aus Sicht des Gerichtes lagen auch keine belastbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass die derzeitigen naturräumlichen Gegebenheiten im unmittelbaren Umfeld der Anlagenstandorte bereits ein optimales Habitat bieten würden und eine Habitataufwertung somit entbehrlich sein könnte. Auch die Maßnahmen des Landespflegerischen Begleitplanes zur Wiederaufforstung seien nicht zielführend. Von ihnen könne die notwendige „Lockwirkung“ vor Baubeginn nicht ausgehen, da sie erst nach Abschluss der Bauarbeiten am Anlagenstandort durchgeführt werden sollen. (Rn. 18, 22)

Hinsichtlich mancher Anlagenstandorte sei zudem nicht nachvollziehbar fachgutachterlich überprüft worden, dass festgelegte Maßnahmen zum Amphibienschutz zeitlich und inhaltlich mit den Schutz- und Vermeidungsmaßnahmen für die Haselmaus kohärent seien. Es sei daher nicht sicher feststellbar, dass der zum Amphibienschutz ab Ende Februar 2022 geplante Zaun aus folienartigem Material von der Haselmaus problemlos überwunden werden könne. (Rn.25)

## Fazit

Die Zwischenentscheidung des VGH Kassel stellt eine wichtige Orientierungshilfe für die zukünftige Entwicklung von Schutzkonzepten zur Vergrämung der Haselmaus und anderer besonders geschützter Arten dar. Die festgelegten Maßstäbe sind daher sowohl für die Genehmigungsbehörden als auch für die Projektiererschaft im Zusammenhang mit der Wahl der Anlagenstandorte interessant. Es wird sich zeigen, ob die Anforderungen an Schutz- und Ausgleichsmaßnahmen zukünftig auch von anderen Obergerichten entsprechend beurteilt werden. Bemerkenswert ist, dass sich der VGH Kassel in der vorliegenden Zwischenentscheidung intensiv mit Fachbeiträgen beschäftigte und sich mutig zeigte, basierend auf eigener Einschätzung deren Aktualität und ihres wissenschaftlichen Stellenwertes, eine vorläufige Entscheidung zu treffen. Dies zeigt, wie wichtig es auch für Vorhabenträgerinnen und Genehmigungsbehörden ist, den aktuellen wissenschaftlichen Stand in Bezug auf den Artenschutz zu verfolgen und sicherzustellen, dass dieser bei der Antragstellung und bei der Genehmigungserteilung hinreichend berücksichtigt wurde.

Mit seiner Entscheidung vom 5. Januar 2023<sup>18</sup> hat der VGH Kassel den Beschluss des Senates vom 11. Mai 2022 abgeändert und den verhängten Baustopp an mehreren der geplanten Windenergiestandorte wieder aufgehoben. Der Senat gelangte aufgrund der im Hauptverfahren bislang gewonnen Erkenntnisse, unter anderem durch ein gerichtliches Sachverständigen Gutachten und die Inaugenscheinnahme vor Ort, zu der Überzeugung, dass die Unterbindung der Rodung der Wurzelstubben an den betreffenden Standorten nicht mehr geboten sei. Der VGH Kassel schloss sich den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen an und führte aus, dass Überwiegendes dafür spreche, dass die Haselmaus von mehreren Eingriffsflächen bereits erfolgreich vergrämt wurde und deshalb durch die geplanten Maßnahmen der Beigeladenen keine Störungen für die Tiere mehr zu befürchten seien. Die Eingriffsflächen seien in einen Zustand versetzt worden, der als Lebensraum für die Haselmaus weitgehend unattraktiv sei. Aufgrund der im Februar 2022 durchgeführten Fällung des Baumbestandes an den Anlagenstandorten und der fortschreitenden Sukzession habe sich im unmittelbaren Umfeld zudem ein für die Haselmaus geeigneter Lebensraum gebildet, sodass nicht mehr entgegenstehe, dass die an sich notwendige vorherige Habitataufwertung unterblieben sei.

Die Arbeiten an den Wurzelstubben dürfen inzwischen also teilweise wieder aufgenommen werden. Es bleibt insoweit darauf hinzuweisen, dass die Abänderung der Entscheidung vom 11. Mai 2022 nicht vor dem Hintergrund erfolgte, dass der VGH Kassel die Anforderungen an Schutzmaßnahmen nunmehr grundlegend anders beurteilt, sondern auf die teilweise erfolgreiche Vergrämung der Haselmaus, auch aufgrund der nachträglichen Habitatveränderungen im unmittelbaren Anlagenumfeld, zurückzuführen ist. Auch hinsichtlich der Maßnahmen zum Amphibienschutz hält das Gericht weiterhin an seinen Zweifeln in Bezug auf ein wirksames Konzept zum Schutz der Haselmaus fest.

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

[Bürgerservice Hessenrecht - 9 B 234/22.T | Hessischer Verwaltungsgerichtshof 9. Senat | Beschluss | Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Vergrämung der Haselmaus von Eingriffsflächen](#)

<sup>18</sup> VGH Kassel, Urt. v. 5.1.2023 – 9 B 234/22.T.

## Revisionsverfahren, Entschädigungsanspruch gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017, negativer Börsenstrompreis gem. § 51 Abs. 1 EEG 2017

### BGH, Urteil vom 28. Juni 2022 – XIII ZR 4/21

12. **Der Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 bemisst sich bei einem direkt vermarkten- den Betreiber einer Erneuerbare-Energien-Anlage nicht allein nach der entgangenen Marktprämie ge- mäß §§ 19 und 20 EEG 2017. Vielmehr ist auch die Vergütung zu ersetzen, die der Anlagenbetreiber ohne die vom Netzbetreiber wegen eines Netzengpasses veranlasste Einspeisereduzierung aufgrund eines Direktvermarktungsvertrags von seinem Vertragspartner erhalten hätte.**
13. **Die in § 51 Abs. 1 EEG 2017 angeordnete Reduktion des anzulegenden Werts auf null in langanhaltenden Phasen negativer Börsenstrompreise gilt nur für die von den Netzbetreibern nach dem Erneuerbare- Energien-Gesetz für eingespeisten Strom zu zahlenden Vergütungen. Die in einem privatrechtlichen Ver- marktungsvertrag vereinbarte Vergütung wird durch § 51 Abs. 1 EEG 2017 nicht berührt.**
14. **§ 51 Abs. 1 EEG 2017 schließt nicht aus, dass dem Betreiber einer Erneuerbare-Energien-Anlage auch für Einspeisemanagementmaßnahmen in Phasen, in denen der anzulegende Wert gemäß § 51 Abs. 1 EEG 2017 auf null reduziert ist, ein Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 zusteht, wenn er nach dem Vertrag mit einem Direktvermarktungsunternehmen bei erfolgter Stromeinspeisung eine Vergütung erhalten hätte. Eine solche vertragliche Vereinbarung ist auch nicht von vornherein unwirk- sam.**  
(amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin ist Betreiberin von drei Windenergieanlagen (WEA) im Windpark Högel, die 2016 in Betrieb gingen. Den damit erzeugten Strom veräußerte die Klägerin im Wege der geförderten Direktvermarktung, wofür sie im November 2017 einen Direktvermarktungsvertrag mit der Q. GmbH schloss. Durch diesen Vertrag sollte die Klägerin für die gelieferten Strommengen eine Vergütung in Höhe des Monatsmarktwerts gem. Nr. 2.2 der Anlage 1 zu § 23a EEG in der ab 25. Juli 2017 geltenden Fassung (EEG 2017), abzüglich eines Dienstleistungsentgelts, erhalten. Zwischen Januar 2018 und Januar 2019 schaltete die Beklagte (örtliche Netzbetreiberin) die Anlagen der Klägerin mehrfach, in Zuge von Maß- nahmen des Einspeisemanagements nach § 14 EEG 2017, ab. Die Klägerin und die Beklagte stritten sich anschließend um eine Entschädigung gemäß § 15 Abs. 1 EEG 2017, die die Klägerin unter Bezugnahme auf den Direktvermark- tungsvertrag anhand des Monatsmarktwerts der nicht eingespeisten Strommengen berechnete. Sie verlangte auch eine Entschädigung für Einspeiseunterbrechungen während der Zeiträume, in denen der anzulegende Wert gemäß § 3 Nr. 3 EEG 2017 nach § 51 Abs. 1 EEG 2017 wegen negativer Preise am Spotmarkt der Strombörse auf null reduziert war. Die von der Klägerin geführte Klage vor dem Landgericht Itzehoe wurde abgewiesen und auch die Berufung beim Oberlan- desgericht (OLG) Schleswig blieb erfolglos. Daraufhin erhob die Klägerin Revision zum Bundegerichtshof (BGH), um ihre Ansprüche weiter zu verfolgen.

#### Inhalt der Entscheidung

Die Revision war erfolgreich. Der BGH hob das Berufungsurteil des OLG Schleswig auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück an das OLG.

Der BGH hielt fest, dass für die Berechnung des Anspruchs der Härtefallentschädigung aus § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 nicht nur die entgangene Marktprämie nach §§ 19 und 20 EEG 2017 einbezogen werde. Vielmehr ergebe sich aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck sowie auch aus der herrschenden Literaturmeinung zu § 15 Abs. 1 EEG 2017, dass zusätzlich die Vergütungen eingestellt werden müssten, die der Anlagenbetreiber aufgrund seines Direktvermarktungsvertrages erhalten hätte, wenn der Netzbetreiber nicht wegen eines Netzengpasses eine Einspeise- reduzierung bzw. -unterbrechung hätte vornehmen müssen. (Rn. 11) Die „Einnahmen“ i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 im Rahmen der geförderten Direktvermarktung beinhalte einerseits die durch die eigene Vermarktung des Stroms erziel- bare Vergütung sowie andererseits die vom Netzbetreiber zu zahlende Marktprämie. Dabei sei die erzielbare Vergütung

bei einem Direktvermarktungsmodell, der mit dem Direktvermarkter vereinbarte Kaufpreis. (Rn. 13) Der BGH betonte auch, dass die Gesetzeshistorie der Norm, die erstmalig mit dem EEG 2009 eingeführt wurde, zeige, dass als Entschädigung die " entgangenen Vergütungen " zu leisten seien. Auch sei mit Einführung des EEG 2012 diesbezüglich kein Paradigmenwechsel erkennbar. Und auch die mit dem Systemwechsel der gesetzlichen Förderung von Strom aus Erneuerbare-Energien-Anlagen verfolgten Absichten im EEG 2014, würden keine einschränkende Auslegung der „entgangenen Einnahmen“ verlangen. (Rn. 14 ff.)

Darüber hinaus stellte der BGH eine rechtsfehlerhafte Auslegung des Direktvermarktungsvertrages durch das Berufungsgericht fest. Es habe fälschlicherweise angenommen, dass der Klägerin in den streitgegenständlichen Zeiträumen keine Einnahmen entgangen seien. Der BGH stellte jedoch klar, dass auch der Direktvermarktungsvertrag vorsehe, dass unabhängig vom aktuellen Börsenstrompreis für die gesamten eingespeisten Strommengen eine (gleichbleibende) Vergütung in Höhe des Monatsmarktwerts an die Klägerin bezahlt werden müsse; und zwar auch im Falle von § 51 Abs. 1 EEG 2017. (Rn. 23)

Die in § 51 Abs. 1 EEG 2017 vorgesehene Rechtsfolge gelte auch nicht kraft Gesetzes in Fällen eines Direktvermarktungsvertrages, sondern lediglich für die von den Netzbetreibern nach dem EEG für eingespeisten Strom zu zahlenden Vergütungen, stellte der BGH fest. Zudem hob er hervor, dass sowohl der Wortlaut der Regelung, der keine vertraglichen Vergütungen beinhalte, als auch die systematische Stellung der Norm im Teil "Zahlung von Marktprämie und Einspeisevergütung" dafür spreche, dass eine unterschiedliche Behandlung von gesetzlichen und vertraglichen Vergütungsansprüchen vom Gesetzgeber gewollt sei. (Rn. 30)

Ferner hielt der BGH fest, dass eine analoge Anwendung des § 51 Abs. 1 EEG 2017 auf einen Vergütungsanspruch aus § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017, einen solchen Anspruch nicht ausschließen könne. Vielmehr verbiete sich eine Analogie, weil die erforderliche planwidrige Regelungslücke des Gesetzes fehle. (Rn. 31 ff.)

## Fazit

In Anbetracht der Tatsache, dass spätestens seit der Einführung der verpflichtenden Direktvermarktung für Strom aus erneuerbaren Energien die überwiegende Zahl der Anlagenbetreiber einen Direktvermarktungsvertrag mit einem auf diese Veräußerungsform spezialisierten Unternehmen hält, ist die vorliegende Revisionsentscheidung des BGH von großer energiewirtschaftlicher Bedeutung und erfreulich für Betreiber von WEA. Auch wenn sich die Entscheidung noch auf das frühere System des Einspeisemanagements bezieht, trifft der BGH hier grundsätzliche Wertungen, die auch für die Berechnung von Entschädigungsansprüchen infolge von Redispatchmaßnahmen notwendig sind, wofür das Gericht nun klare Regelungen vorgibt. Denn auch wenn die Anspruchsgrundlage nicht mehr im EEG steht - sie ist heute im Wesentlichen in den §§ 13 und 13a EnWG geregelt – kommt es durch mehr Erneuerbare-Energien-Anlagen bei weiterhin schleppendem Netzausbau immer häufiger zu Eingriffen in die Leistungseinspeisung von Kraftwerken und folglich auch vermehrt zu Entschädigungsansprüchen seitens Anlagenbetreibern gegenüber Netzbetreibern. Es ist sogar zu vermuten, dass der erforderliche Netzausbau nicht mit dem zu erwartenden massiven Ausbau von Erneuerbare-Energien-Anlagen Schritt halten wird, sodass zukünftig mit einer deutlichen Steigerung von Redispatchmaßnahmen zu rechnen sein wird. Gleichzeitig ist zu erwarten, dass durch den steigenden Anteil von Strom aus erneuerbaren Energiequellen die Zeiten negativer Strompreise deutlich zunehmen werden.

Aufgrund der derzeit hohen Marktpreise werden immer häufiger Power Purchase Agreement als Form der sonstigen Vermarktung des erzeugten Stroms geschlossen. Ob und inwieweit die Entscheidungsgründe der vorliegenden Entscheidung auch auf diese Verträge übertragbar sind, bleibt jedoch offen.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0853b0bbb474e8570bcbd04f7cff497f&nr=130623&pos=0&anz=1>

## Verfassungsbeschwerde, Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern, Verletzung von Grundrechten, Gesetzeskompetenz, Rücksichtnahmegebot

### BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022 – 1 BvR 1187-17

15. Gesetzliche Pflichten zu einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Nutzung bereits bestehender Rechtsformen und Gestaltungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts schaffen selbst kein zum „Recht der Wirtschaft“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehörendes Gesellschaftsrecht, sondern sind kompetenzrechtlich entsprechend dem Zweck der Pflichten einzuordnen.
16. Von den Betreibern von Windenergieanlagen an die Standortgemeinden zu zahlende Abgaben, die nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung dem gemeinwohldienlichen Ausbau der Windenergie an Land dienen, indem die Mittel aus der Abgabe zur Verbesserung der Akzeptanz neuer Anlagen bei den Einwohnern der Gemeinde verwendet werden, unterfallen als nichtsteuerliche Abgaben den Sachgesetzgebungskompetenzen.
17. Der Ausbau erneuerbarer Energien dient dem Klimaschutzziel des Art. 20a GG und dem Schutz von Grundrechten vor den Gefahren des Klimawandels, weil mit dem dadurch CO<sub>2</sub>-emissionsfrei erzeugten Strom der Verbrauch fossiler Energieträger zur Stromgewinnung und in anderen Sektoren wie etwa Verkehr, Industrie und Gebäude verringert werden kann. Der Ausbau erneuerbarer Energien dient zugleich dem Gemeinwohlziel der Sicherung der Stromversorgung, weil er zur Deckung des infolge des Klimaschutzziels entstehenden Bedarfs an emissionsfrei erzeugtem Strom beiträgt und überdies die Abhängigkeit von Energieimporten verringert.
18. Der für die Abwägung mit gegenläufigen grundrechtlich geschützten Interessen maßgeblichen Bedeutung einzelner Maßnahmen zum Ausbau erneuerbarer Energien für den Klimaschutz und den Schutz der Grundrechte vor den Gefahren des Klimawandels kann nicht entgegengehalten werden, dass die einzelne Maßnahme für sich genommen im Vergleich zur global emittierten Gesamtmenge von CO<sub>2</sub> geringfügig ist. Deren Bedeutung für den Klimaschutz und den Schutz der Grundrechte vor den Gefahren des Klimawandels sowie für die Sicherung der Stromversorgung hängt bei Maßnahmen der Länder oder Kommunen, insbesondere denen mit Pilotcharakter, auch von der Strommenge ab, die durch gleichartige Maßnahmen anderer Länder oder Gemeinden erzielt wird oder erzielt werden kann. (amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

In Mecklenburg-Vorpommern (MV) können gem. § 3 BüGembeteilG M-V Windenergieanlagen (WEA) nur durch eine „Projektgesellschaft“ errichtet und betrieben werden. Die Vorhabenträgerin hat gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 BüGembeteilG M-V den im Gesetz benannten „Kaufberechtigten“ mindestens 20 % der Anteile an der Projektgesellschaft anzubieten. Anstelle der Offerte, kann die Vorhabenträgerin die wirtschaftliche Teilhabe der Gemeinden und der Einwohnerinnen und Einwohner auch mittels der Kombination einer Ausgleichsabgabe an die Gemeinden (jedoch nur mit deren Zustimmung nach § 10 Abs. 7 BüGembeteilG M-V) und einem Sparprodukt für die Einwohnerinnen und Einwohner sicherstellen (siehe § 10 Abs. 5 BüGembeteilG M-V). Ferner sind in § 11 BüGembeteilG M-V die Verwendung der Ausgleichsabgaben und in § 12 Abs. 3 BüGembeteilG M-V die Anforderungen an die Offerte des Sparprodukts geregelt. Die Beschwerdeführerin rügte im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Verletzung ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), ihrer Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) und der abgabenrechtlichen Belastungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG).

#### Inhalt der Entscheidung

Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und beschloss, dass nur die Informationspflicht gemäß § 10 Absatz 6 Satz 2 BüGembeteilG M-V mit Artikel 12 Abs. 1 GG unvereinbar und damit nichtig sei. Im Übrigen wies das Gericht die Verfassungsbeschwerde zurück.



Aus Sicht des Gerichts unterfielen die angegriffenen Regelungen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für das Recht der Wirtschaft und seien somit nicht dem Teilbereich des Gesellschaftsrechts, sondern dem Teilbereich des Energierechts zuzuordnen. (Rn. 54) Das Bundesrecht im Bereich des Energiewirtschaftsrechts entfalte gegenüber dem BüGembeteilG M-V keine Sperrwirkung, sodass im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG den Ländern die Befugnis zur Gesetzgebung zukomme. (Rn. 53, 82) Das Gesetz ziele auf einen verstärkten Ausbau der Windenergie in Mecklenburg-Vorpommern. (Rn. 71) Zudem sei die Abgabe nach § 11 BüGembeteilG M-V keine Steuer, sondern eine nichtsteuerliche Abgabe, die auch dem Kompetenztitel nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unterfalle. In diesem Zusammenhang verwies das Gericht auch auf die Zweckbindung der Mittel für Maßnahmen der Akzeptanzsteigerung. Daraus folge, dass sich die Kompetenz aus der zugrunde liegenden Sachkompetenz und nicht aus der Finanzverfassung ableite. Es handele sich gerade nicht um eine typische Ausgleichsabgabe, da die Zahlung der Abgabe selbst auch zu einer Erhöhung der Akzeptanz führe und sie alternativ zur Pflicht einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Bürger bestehe. Sie sei damit gleichberechtigte Pflichterfüllung und gerade kein Ausgleich für eine nichterfüllte Pflicht. (Rn. 72 ff.) Ferner stellte das Gericht fest, dass bundesgesetzliche Regelungen wie z. B. § 6 EEG 2021, auch wegen der im EEG 2021 enthaltenen Öffnungsklausel in § 36g Abs. 5, zugunsten zusätzlicher Regelungen in den Bundesländern zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau neuer WEA, keine Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG entfalten würden. (Rn. 81 ff.)

Das Gericht stellte ferner fest, dass das BüGembeteilG M-V lediglich in Bezug auf die Informationspflicht aus § 10 Abs. 6 Satz 2 BüGembeteilG M-V nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sei, da hierfür umfangreiche Aufwendungen des Vorhabenträgers notwendig seien, die nicht mehr gebraucht werden, wenn die kaufberechtigte Gemeinde dem Angebot zur Zahlung einer Abgabe zustimme. (Rn. 40)

Im Übrigen greife das Gesetz zwar in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ein, dieser Eingriff sei jedoch gerechtfertigt. Schließlich bezwecke das BüGembeteilG M-V eine Akzeptanzsteigerung für WEA und diene somit direkt der Förderung und Sicherung des Windenergieausbaus. Letzteres sei wiederum wichtig für die Gemeinwohlziele Klimaschutz und Sicherung der Stromversorgung. (Rn. 98 ff.) In diesem Zusammenhang betonte das BVerfG nochmals die Staatspflicht, Leben, Gesundheit und Eigentum vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen sowie die Notwendigkeit, dass Deutschland seine Abhängigkeit von Energieimporten mindere und die Eigenversorgung stärke. (Rn. 105 ff.) Insbesondere stellte das BVerfG fest, dass es nicht zu beanstanden sei, dass der Landesgesetzgeber annimmt, dass die Akzeptanz für WEA durch Beteiligungsformen von Anwohnern und standortnahen Kommunen an der Windenergienutzung verbessert werden könne. Tragfähige Anhaltspunkte gebe es dafür auch aus Umfrageergebnissen. (112 ff.)

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung betonte das Gericht, dass für das Aufhalten des Klimawandels jede einzelne und auch noch so kleine Maßnahme wichtig sei, denn viele kleine Einsparungen an CO<sub>2</sub>-Emissionen seien am Ende entscheidend für das große Ganze. (Rn. 143)

Darüber hinaus hielt das BVerfG fest, dass das Gesetz nicht in Art. 14 Abs. 1 GG eingreife, denn dieses werde durch das sachnähere Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verdrängt. (Rn. 162 ff.) Einen Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG sah das Gericht als gerechtfertigt an. (Rn. 165 ff.)

## Fazit

Die vorliegende Entscheidung des BVerfG ist die erste ihrer Art zu einem für die Energiewende bedeutenden Thema: Der Akzeptanzsteigerung durch Bürgerbeteiligung an Erneuerbaren-Energien-Anlagen. Sie ist in vielerlei Hinsicht interessant und bedeutsam für den Ausbau der Windenergie – nicht nur in Mecklenburg-Vorpommern. Begrüßenswert erscheint die Entscheidung vor allem dahingehend, dass sie das öffentliche Interesse am Ausbau der Windenergie anerkennt. Denn das Gericht hebt hervor, dass erneuerbare Energien dem Klimaschutzziel des Art. 20a GG, dem Schutz von Grundrechten vor den Gefahren des Klimawandels und zugleich dem Gemeinwohlziel der Sicherung der Stromversorgung dient. Das Gericht griff damit seine Argumentation zur Klimaschutzpflicht des Staates<sup>19</sup> nochmals auf und entwickelte diese sogar weiter, da es in dieser Schutzpflicht zusätzliche Verfassungsgüter sieht: den unerlässlichen Ausbau der erneuerbaren Energien sowie die damit zusammenhängende notwendige Akzeptanz der Bürger vor Ort. Das Gericht sieht hier einen Dreh- und Angelpunkt für die notwendige Energiewende und ebnet mit dem Beschluss den Weg

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

für Bürger- und Gemeindebeteiligungsmodelle bei erneuerbaren Energien. Auf die aus der Projektiererschaft geäußerte Kritik, dass das BüGembeteilG M-V die heterogene Betreiberstruktur überhaupt nicht beachte und es damit kleineren Projektierern schwer mache Projekte umzusetzen, ging das BVerfG in seiner Entscheidung nicht ein.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang zudem, dass auch in anderen Bundesländern über Regelungen zur kommunalen Beteiligung am Ausbau erneuerbarer Energien nach dem Modell der mecklenburg-vorpommerischen BüGembeteilG nachgedacht wird und diese teilweise sogar in Bearbeitung sind. Offen bleibt jedoch, ob durch unterschiedliche Regelungen in den Bundesländern<sup>20</sup> nicht ein Flickenteppich an Normen zur kommunalen Teilhabe entstehen wird.

Auch auf der Ebene des Bundes bleibt es spannend und es ist abzuwarten, ob der Gesetzgeber in Bezug auf § 6 EEG 2023 noch Weiterentwicklungen anstrebt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/03/rs20220323\\_1bvr118717.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/03/rs20220323_1bvr118717.html)

---

<sup>20</sup> In Brandenburg gibt es z. B. noch eine verpflichtende Sonderabgabe, die WEA-Betreiber nach dem Windenergieanlagenabgabengesetz (BbgWindAbgG) bezahlen müssen.

## Verfassungsbeschwerde, Gesetzgebungskompetenz, Windenergie im Wald, Bodenrecht, Thüringer Waldgesetz, Verbot Änderung der Nutzungsart

### BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 –1 BvR 2661/21

19. **Bodenrecht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG ist die flächenbezogene Ordnung der Nutzung von Grund und Boden durch öffentlich-rechtliche Normen, die Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand haben; also Normen, welche die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln, indem sie den Flächen Nutzungsfunktionen zuweisen und diese voneinander abgrenzen. Prägend ist die Flächenzuweisung für eine bestimmte Nutzung, die andere Nutzungen an diesem Standort im Wesentlichen ausschließt.**
20. **Die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG für Naturschutz und Landschaftspflege umfasst sowohl den Schutz durch Abwehr von Gefahren für Natur und Landschaft als auch die Pflege durch gestaltende Tätigkeit des Staates, die darauf abzielt, den Zustand von Natur und Landschaft zu verbessern. Gegenständlich an Bodenflächen ansetzende Regelungen im Bereich von Naturschutz und Landschaftspflege unterscheiden sich von bodenrechtlichen Regelungen durch ihre spezifischere Ausrichtung an den Schutzgütern Natur und Landschaft. Sie weisen nicht bestimmte Nutzungsarten oder -funktionen dem Grunde nach flächenhaft zu, sondern setzen an der Eigenart oder der besonderen Lage konkreter Teile der Natur und Landschaft an, die wegen ihrer ökologischen oder auch ästhetischen Funktionen besonders schutz- oder entwicklungsbedürftig sind.**
21. **Für die Zuweisung von Flächen zur Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich hat der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht im Baugesetzbuch Gebrauch gemacht. Eine Öffnung, aus der der Landesgesetzgeber eine Kompetenz für einen generellen Ausschluss von Windenergieanlagen auf Waldflächen herleiten könnte, enthält das Baugesetzbuch nicht. Gegen eine Durchbrechung der in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB geregelten Privilegierung der Windkraft im Außenbereich durch pauschale landesrechtliche Verbote von Windenergieanlagen im Wald spricht auch, dass der Ausbau der Nutzung der Windkraft einen faktisch unverzichtbaren Beitrag zu der verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und durch grundrechtliche Schutzpflichten gebotenen Begrenzung des Klimawandels leistet und zugleich die Sicherung der Energieversorgung unterstützt.**  
(amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Beschwerdeführenden sind mehrere Eigentümerinnen von in Thüringen gelegenen Waldgrundstücken. Sie beabsichtigten, ihre Grundstücke durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen (WEA) zu nutzen, und haben sie zu diesem Zweck an Projektentwickler für Windenergievorhaben verpachtet. Seit dem 31. Dezember 2020 enthält § 10 Abs. 1 Satz 2 des ThürWaldG ein Verbot zur Nutzungsänderung von Waldgebieten zur Errichtung von WEA in Thüringer Wäldern. Die betroffenen Waldeigentümer und Waldeigentümerinnen sahen sich durch die Verbotsvorschrift in ihren Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verletzt und haben Verfassungsbeschwerde zum BVerfG erhoben.

#### Inhalt der Entscheidung

Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und beschloss, dass § 10 Abs. 1 Satz 2 des ThürWaldG mit Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 i. V. m. Art. 72 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig sei.

Das Gericht stützte seine Entscheidung darauf, dass ein ungerechtfertigter Eingriff in das Eigentumsrecht der Waldeigentümerinnen bestehe. Durch Art. 14 Abs. 1 GG werde sowohl das Waldeigentum als auch dessen Nutzung geschützt, sodass der sachliche Schutzbereich des Grundrechts eröffnet sei. Das Verbot beschränke die Nutzungsmöglichkeit der Waldeigentümerinnen, indem es die Nutzung für Windenergie im Wald vollständig ausschließe. Selbst die

teilweise erheblich geschädigten Waldgrundstücke (sog. Kalamitätsflächen) der Beschwerdeführenden seien somit nicht für die Windenergie nutzbar.

Dieser Eingriff in das Eigentumsrecht der Waldeigentümerinnen sei verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, weil die Vorschrift formell verfassungswidrig sei. Denn dem Freistaat Thüringen fehle die Gesetzgebungskompetenz für die Verbotsregelung. Das Grundgesetz regele die Gesetzgebungszuständigkeit für das Waldrecht nicht als eigene Rechtsmaterie. Eine Zuordnung des Nutzungsänderungsverbot zum Kompetenztitel für die land- und forstwirtschaftliche Erzeugung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG scheidet aus Sicht des Gerichts aus, weil die Regelung nicht auf die Nutzung des Waldes zur Holzgewinnung abziele. (Rn. 29) Die landesrechtliche Vorschrift über die Änderung der Nutzungsart von Waldgebieten sei vielmehr der konkurrierenden Gesetzgebung für das Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zuzuordnen. § 10 Abs. 1 Satz 2 ThürWaldG diene der Freihaltung von Außenbereichsflächen und enthalte somit eine unmittelbare Regelung, die den Grundstückseigentümern ohne jeden Zwischenschritt eine bestimmte Nutzung untersagt. (Rn. 51, 52) Der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 2 ThürWaldG werde auch nicht dadurch der bodenrechtliche Charakter genommen, dass eine flächenbezogene Gestaltung des Nutzungsregimes neben anderen Funktionen auch dem Naturschutz und der Landschaftspflege diene. (Rn. 40) Die Verbotsvorschrift sei nur dann dem Kompetenztitel des Naturschutzes und der Landschaftspflege gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG zuzuordnen, wenn flächenbezogene Nutzungsregelungen zur Bebaubarkeit von Waldflächen über die Waldeigenschaft hinaus besondere Schutzbedarfe aufweisen. (Rn. 51) Das gelte nicht in Bezug auf das umfassende Nutzungsverbot, durch das alle Waldgebiete ausnahmslos für die Errichtung von WEA ausgeschlossen werden. Die Regelung setze somit nicht an die Eigenart oder Lage konkreter Teile der Natur an, die besonders schutz- und entwicklungsbedürftig sind, und sei deshalb nicht spezifisch am Schutzgut Natur und Landschaft ausgerichtet. (Rn. 45, 51)

Der Bund habe von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit gemäß Art. 72 Abs. 1 GG, insbesondere durch die bauplanungsrechtliche Privilegierung von WEA im Außenbereich, abschließend Gebrauch gemacht. Bei äußerlicher Betrachtung des BauGB liege fern, dass von dem Bundesgesetzgeber eine Durchbrechung des in §§ 35 und 249 BauGB detailliert geregelten Flächennutzungsregimes für den Bau von WEA im Außenbereich gewollt war. Weder das Baurecht, noch die bundesrechtliche Regelung des § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG öffne das Bundesrecht für eine Verbotsregelung im Landesrecht gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 ThürWaldG. (Rn. 72 ff., 76) Auch inhaltliche Gründe, wie die verfassungsrechtlich in Art. 20a GG verankerte Verpflichtung zur Begrenzung des Klimawandels, würde gegen eine Durchbrechung der Privilegierung im Außenbereich durch pauschale Verbote für Windenergie im Wald sprechen. (Rn. 79) Die landesrechtliche Gesetzgebungskompetenz sei daher zu verneinen, da die Länder nur dann die Befugnis zur Gesetzgebung haben, solange und soweit der Bund von seiner Zuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht habe. Anders als im Bereich von Naturschutz und Landschaftspflege (Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG), dürften die Länder für die Regelungsmaterie des Bodenrechts keine vom Bundesrecht abweichende Regelung treffen. (Rn. 48, 71)

## Fazit

Die Entscheidung des BVerfG bildet eine wichtige Grundlage für den zukünftigen Windenergieausbau im Wald – nicht nur in Thüringen. Das Gericht hat entschieden, dass dem Freistaat Thüringen für das pauschale Verbot der Errichtung von WEA im Wald die Gesetzgebungskompetenz fehle. Die Entscheidung legt nahe, dass auch den Ländern Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein für ihre bestehenden Nutzungsverbote in den Landeswaldgesetzen (§ 8 Abs. 1 Satz 3 LWaldG in Sachsen-Anhalt und § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG in Schleswig-Holstein) jeweils die Gesetzgebungskompetenz fehlen dürfte.

Nach den Angaben des statistischen Bundesamtes von 2021 macht der Waldbestand etwa 29,8 % der Bundesfläche<sup>21</sup> und in Thüringen 33,4 % der Landesfläche<sup>22</sup> aus. Die grundsätzliche Öffnung von Waldflächen kann somit wesentlich zum Erreichen der Flächenziele des WindBG und der Zielsetzung des beschleunigten Windenergieausbaus beitragen.

Bemerkenswert ist auch, dass das Bundesverfassungsgericht erneut auf die durch Art. 20a GG und die grundrechtlichen Schutzpflichten gebotene Begrenzung des Klimawandels verweist und den Ausbau der Windenergie als faktisch unverzichtbaren Beitrag dazu benennt. Damit knüpft das BVerfG mit der vorliegenden Entscheidung an seinen

<sup>21</sup> Statistisches Bundesamt, [Flächengröße des Waldes nach Bundesländern](#), Stand 21.9.2022 (zuletzt abgerufen am 22.2.2023).

<sup>22</sup> Statistisches Bundesamt, [Flächengröße des Waldes nach Bundesländern](#), Stand 21.9.2022 (zuletzt abgerufen am 22.2.2023).

Klimabeschluss von 2021<sup>23</sup> an und betont erneut den Verfassungsrang des Klimaschutzes. Darüber hinaus wird einer pauschalen Verbotsregelung für Wind im Wald, auch mit Verweis auf die zukünftige Sicherung der Energieversorgung, eine Absage erteilt. Zudem verweist das BVerfG daneben auf den in § 2 EEG 2023 geregelten vorrangigen Belang der erneuerbaren Energien, wodurch die besondere Bedeutung des Klimaschutzes bei zukünftigen Abwägungsentscheidungen hervorgehoben wird.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/09/rs20220927\\_1bvr266121.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/09/rs20220927_1bvr266121.html)

---

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

## Impressum

© FA Wind, März 2023

### Herausgegeben von

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

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

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

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

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

### Text

Kathrina Baur  
Gianna Queijo Garcia

### Zitiervorschlag

FA Wind (2023), Rundbrief Windenergie und Recht  
1/2023

### Haftungsausschluss

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

Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

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

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

---

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

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

T +49 30 64 494 60 - 60

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