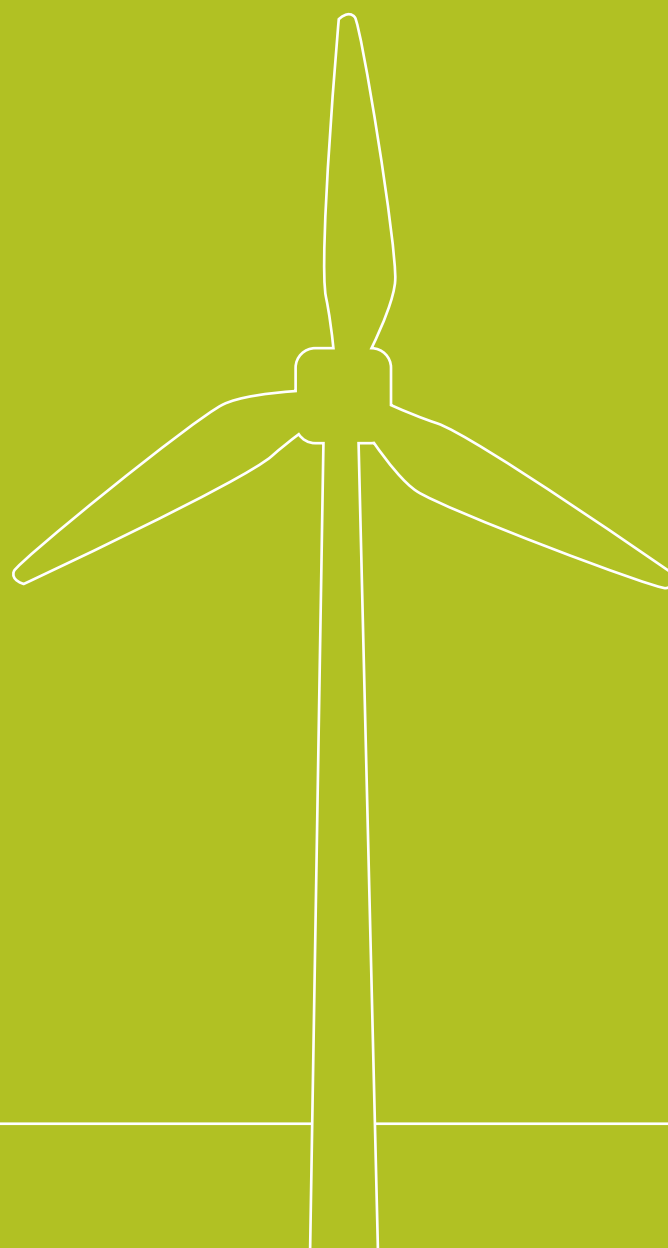
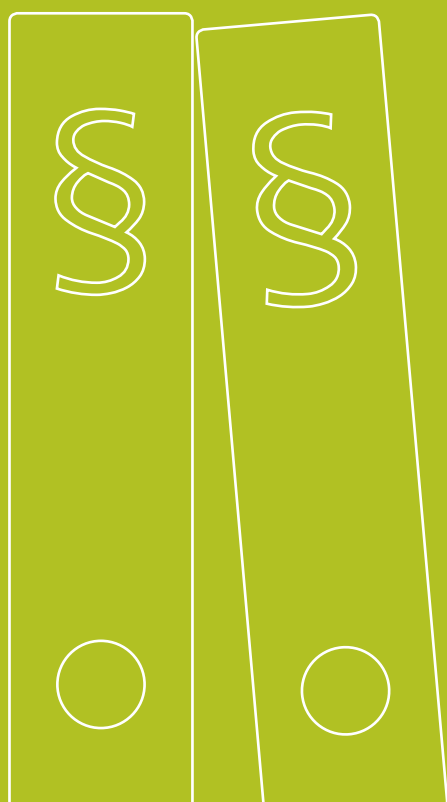




# Rundbrief Windenergie und Recht 2/2018



## Mitwirkende

Der Rundbrief Windenergie und Recht ist das Ergebnis der jüngsten Sitzung des Runden Tisches Windenergie und Recht. Im Rahmen des Runden Tisches diskutieren die Teilnehmer aktuelle und relevante Gerichtsentscheidungen zum Thema Windenergie und stellen sie in den Kontext der bereits ergangenen Rechtsprechung. Um eine objektive und ausgewogene Bewertung der aktuellen Rechtsprechung zu gewährleisten, wirken am Runden Tisch Windenergie und Recht Juristen und Planer mit unterschiedlichen Hintergründen und verschiedenen Tätigkeitsschwerpunkten mit. Die Ergebnisse fassen wir für die kommunale Planungspraxis, für Naturschutzverbände, für Unternehmen aus der Windenergiebranche und für interessierte Bürgerinnen und Bürger im vorliegenden Rundbrief Windenergie und Recht zusammen. Sie können die Entscheidungsbesprechungen zudem auf der Internetseite der FA Wind unter dem Thema [Rechtsprechung](#) abrufen.

### **Thomas Aufleger**

NWP Planungsgesellschaft mbH

### **Pia Dağaçan**

EnergieAgentur.NRW

### **Philine Derouiche**

Bundesverband WindEnergie e.V.

### **Christiane Donnerstag**

Ministerium für Umwelt, Energie, Ernährung und Forsten Rheinland-Pfalz

### **Thorsten Fritsch**

Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

### **Elisabeth Hartleb**

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE)

### **Jenny Kirschey**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Prof. Dr. Marcel Raschke**

Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW

### **Prof. Dr. Wilhelm Söfker**

Ministerialdirigent a. D. (ehemals Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung)  
Honorarprofessor an der Universität Bonn

### **Felix Steengrafe**

PNE Wind AG

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	4
Normenkontrolle; Flächennutzungsplan, Teilnichtigkeit, Bekanntmachung, Wald als hartes Tabukriterium fehlerhaft; OVG Münster, Urteil v. 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE.....	5
Normenkontrolle; FNP; Bestimmtheit; substanzieller Raum für die Windenergie; Wald als hartes Tabukriterium fehlerhaft; OVG Münster, Urteil v. 06.03.2018 – 2 D 95/15.NE .....	7
Normenkontrolle; FNP; Antragsbefugnis; harte und weiche Tabuzonen; OVG Lüneburg, Urteil v. 05.03.2018 – 12 KN 144/17 .....	9
Normenkontrolle; Eilverfahren; Teilregionalplan Energie Nordhessen; Öffentlichkeitsbeteiligung im Planaufstellungsverfahren; Anwendungsvorrang; VGH Kassel, Urteil v. 25.01.2018 – 4 B 1535/17.N.....	11
Artenschutz; Nachträgliche auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützte Abschaltanordnung; VG Oldenburg, Urteil v. 06.12.2017 – 5 A 2869/17 .....	13
Genehmigung; Artenschutz; Tötungsverbot; Grenze der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative; Abschaltzeiten; Rotmilan; VG Arnsberg, Urteil v. 20.02.2018 – 4 K 1411/16 .....	15
Genehmigung, Konkurrentenklage, UVP-Vorprüfung, Prioritätsgrundsatz VG Mainz, Beschluss vom 23.02.2018 - 3 L 1470/17.MZ.....	17
UmwRG; anerkannte Umweltvereinigung; Zeitpunkt der Anerkennung; OVG Saarlouis, Beschluss v. 28.02.2018 - 2 B 811/17 .....	19
Nebenbestimmung einer Genehmigung, Bestimmtheit, Ersatzvornahme, Ersatzwasserversorgung; VGH Kassel, Beschluss v. 26.02.2018 – 9 B 2012/17 .....	20

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

in diesem Rundbrief möchten wir Ihnen erneut einige aktuelle Entscheidungen der Verwaltungsgerichte rund um die Windenergie an Land vorstellen. Die besprochenen Beschlüsse und Urteile befassen sich mit verschiedenen Themen, u.a. den Anforderungen an die Darstellung von Konzentrationsflächen in der Flächennutzungsplanung, dem Anwendungsvorrang von Festlegungen der Regionalplanung gegenüber denen der Flächennutzungsplanung, dem Konkurrenzverhältnis zwischen einem Antrag auf Erteilung eines Vorbescheids und einem Genehmigungsantrag, der auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützten Abschaltanordnung sowie dem Zeitpunkt der Anerkennung einer Naturschutzvereinigung nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG).

Zunächst möchte ich Sie jedoch auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwG) vom 21. März 2018 (Az. 4 BN 2.18) hinweisen. Darin hat das BVerwG ein Urteil des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Lüneburg bestätigt, welches in der letzten Ausgabe dieses Rundbriefes auf Seite 16 f. besprochen wurde. In dem Urteil des OVG Lüneburg ging es um die (fehlerhafte) Feststellung von harten und weichen Tabukriterien im Rahmen der Konzentrationsflächenplanung. Das BVerwG wies die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurück, aber beantwortete nicht die in dem Zusammenhang gestellte Frage, nach welchen Kriterien sich harte Tabuflächen unzweifelhaft erkennen ließen.

In drei besprochenen Urteilen der OVG Münster und Lüneburg wurde die ungenaue zeichnerische Darstellung des räumlichen Geltungsbereichs der betroffenen Flächennutzungspläne (FNP) im Rahmen der Bekanntmachung der Genehmigung der FNP bemängelt. Beide Gerichte sind der Ansicht, dass die korrekte Darstellung des räumlichen Geltungsbereichs regelmäßig den gesamten Außenbereich der Gemeinde umfasst, wenn eine Steuerung mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 Baugesetzbuch (BauGB) intendiert ist. Das OVG Münster stellt in einem der besprochenen Urteile zudem sehr hohe Anforderungen an die Begründung eines schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzeptes auch für den Fall, dass der Windenergie durch die ausgewiesenen Flächen offenkundig substanziiell Raum verschafft wurde. Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Kassel erklärt im Rahmen eines Eilverfahrens zu einem anhängigen Normenkontrollverfahren, dass er von der Rechtswidrigkeit des Teilregionalplans Energie Nordhessen ausgeht. Die einstweilige Anordnung wurde vorliegend allerdings nicht erlassen, so dass der Teilregionalplan weiterhin anwendbar ist. Die aufgeführten Beispiele zeigen auf, wie schwierig bis unmöglich eine rechtsichere Planung unter der derzeitigen Rechtsprechung darstellt.

Die übrigen Entscheidungen befassen sich mit sehr unterschiedlichen Fragestellungen, rund um die Bewältigung von natur- und artenschutzrechtlichen Konflikten. Das Verwaltungsgericht (VG) Oldenburg setzt sich in der hier besprochenen Entscheidung mit einer nachträglichen, auf § 3 Abs. 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) gestützten Abschaltanordnung zugunsten des Fledermausschutzes auseinander. Das VG Arnsberg diskutiert in dem besprochenen Urteil den gerichtlichen Prüfumfang für die artenschutzrechtliche Prüfung in Hinblick auf die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Behörden. Ein Urteil des VG Mainz thematisiert, ob trotz einer umfangreichen UVP-Vorprüfung, in der zahlreiche Artenschutzbelange abgehandelt werden, die UVP-Pflicht im Ergebnis verneint werden kann. Zudem befasst sich das Urteil mit der Konkurrenzlage zwischen einem Antrag auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids und einem vollständigen Genehmigungsantrag. Das OVG Saarlouis äußert sich zu der Frage, ob eine Naturschutzvereinigung ihre für die Antragsbefugnis im betreffenden Verfahren verspätete Anerkennung nach dem UmwRG zu verantworten hat.

Zuletzt geht es in einer weiteren Entscheidung des VGH Kassel um die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Nebenbestimmung einer Genehmigung. In dem Fall war für den Fall einer eintretenden Verunreinigung das Bereitstellen einer Ersatzwasserversorgung für die betroffene Gemeinde angeordnet worden, ohne die Anforderungen an diese Trinkwasserversorgung zu konkretisieren.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre!

Ihr



Dr. Dirk Sudhaus  
Geschäftsführer

Normenkontrolle; Flächennutzungsplan, Teilnichtigkeit, Bekanntmachung, Wald als hartes Tabukriterium fehlerhaft

## **OVG Münster, Urteil vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE**

- 1. Der Senat hält an der Praxis des OVG Münster fest, bei einem an sich statthaften Normenkontrollantrag gegen die Ausschlusswirkung einer Konzentrationsflächenplanung in einem Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, über den Antrag hinaus die Konzentrationsflächenplanung insgesamt für unwirksam zu erklären.**
- 2. Im Rahmen der Konzentrationsflächenplanung eines Flächennutzungsplans stehen die Ausweisung von Positivflächen für die Windenergie und die im Übrigen bezweckte Ausschlusswirkungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB regelmäßig in einem untrennbaren Zusammenhang.**
- 3. Bei der Darstellung eines Flächennutzungsplans mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist grundsätzlich der gesamte Außenbereich der Gemeinde einschließlich der ausgeschlossenen Flächen als räumlicher Geltungsbereich bekanntzumachen.**
- 4. Es ist fehlerhaft, auf der Prüfungsebene des „substanziell Raum Verschaffens“ zur Ermittlung der Vergleichsfläche sowohl harte als auch weiche Tabuzonen von der Außenbereichsfläche abzuziehen und die dann verbleibende Fläche der Größe der Konzentrationszone gegenüberzustellen.**

**(Redaktionelle Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Antragsgegnerin, eine Stadt im Regierungsbezirk Köln, hatte im Rahmen der Flächennutzungsplanung Flächen für die Windenergienutzung mit Ausschlusswirkung ausgewiesen. Durch eine Änderung des bestehenden Flächennutzungsplans sollten weitere Flächen für die Windenergienutzung bereitgestellt werden. Im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung wurden die Planunterlagen zusammen mit einer Darstellung der geplanten Flächen für die Windenergie und deren näherer Umgebung ausgelegt. In der Skizze wurden die Flächen als „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“ bezeichnet. Der übrige (nicht ausgewiesene) Außenbereich wurde nicht abgebildet. Die Darstellung war auch Teil der Abschlussbekanntmachung der Planänderung. Im Rahmen der Planung wurden u.a. Waldflächen als harte Tabuzonen mit der Begründung ausgeschlossen, dass das Gemeindegebiet nur über wenige Waldflächen verfüge.

Die Antragsteller sind Eigentümer von Grundstücken auf dem Gebiet der Antragsgegnerin. Die Grundstücke liegen außerhalb der von der Gemeinde ausgewiesenen Konzentrationsflächen und wurden auch im Rahmen des verfahrensgegenständlichen Änderungsverfahrens nicht für die Windenergienutzung ausgewiesen. Die Antragsteller stellten einen Normenkontrollantrag mit dem Ziel, die Änderung des Flächennutzungsplans durch die Genehmigung der zuständigen Bezirksregierung insoweit für unwirksam zu erklären, soweit dadurch eine Ausschlusswirkung erzielt wird. Hilfsweise beantragten sie, die Änderung des Flächennutzungsplans insgesamt für unwirksam zu erklären. Die Antragsteller führen Fehler bei der Offenlegung der Planunterlagen an und tragen zudem vor, dass die Planung nicht den in der Rechtsprechung etablierten Anforderungen an den Abwägungsvorgang genüge.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG Münster folgte dem Hilfsantrag der Antragsteller und erklärte die betroffene Änderung des Flächennutzungsplans insgesamt für unwirksam. Der Senat hielt fest, dass ein Normenkontrollantrag, welcher allein auf die Aufhebung der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ziele, zwar statthaft sei. Es entspräche jedoch der Praxis der Bausenate des OVG Münster auf einen solchen Antrag die Konzentrationsflächenplanung insgesamt für unwirksam zu erklären. An dieser Praxis hält das Gericht auch in dieser Entscheidung fest. Eine isolierte Aufhebung der Ausschlusswirkung sei vorliegend nicht möglich, da es den dann verbleibenden Positivflächen an einem gesamträumlichen Planungskonzeptes fehle. Die Ausweisung von Positivflächen für die Windenergienutzung und der Ausschluss der Windenergie in den übrigen Flächen würden regelmäßig in einem untrennbaren Zusammenhang stehen.

Der Senat bejahte auch im Hinblick auf den Hilfsantrag das Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller. Hierfür genüge es, dass durch die Entscheidung jedenfalls die Chance auf eine für die Antragsteller günstigere Festsetzung bestehe, wenngleich zunächst die frühere für die Antragsteller nicht günstigere Ausweisung wirksam bleibt.

Nach Auffassung des OVG Münster enthielt die Änderung des Flächennutzungsplans mehrere erhebliche Fehler. So sei bereits die öffentliche Bekanntmachung im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung fehlerbehaftet gewesen, da nicht der gesamte Außenbereich in die Darstellung aufgenommen wurde und nicht hinreichend erkennbar gewesen sei, dass die dargestellten ausgewiesenen Flächen eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfalten sollen. Der verwendete Begriff „Konzentrationszone“ sei zwar zur Vereinfachung in der Verwaltungspraxis gebräuchlich, steht jedoch nicht im Gesetzestext und sei daher ggf. nicht für den Rechtsanwender eindeutig der Ausschlusswirkung zuzuordnen. Der Fehler wurde nach der Offenlegungsbekanntmachung auch in der Schlussbekanntmachung wiederholt.

Neben der formellen Fehler stellte das OVG Münster zudem zwei Abwägungsfehler fest. So wurden Waldflächen als harte Tabubereiche mit der Begründung ausgeschlossen, dass die Stadt über wenige Waldflächen verfüge. Bereits die Begründung des Ausschlusses durch die Waldarmut der Gemeinde verdeutliche nach Ansicht des Senats, dass es sich keinesfalls um harte Tabubereiche sondern vielmehr um Gebiete handele, die als weiche Tabubereiche im Wege der Abwägung ausgeschlossen werden könnten.

Weiterhin rügte das OVG die Prüfung des Plangebers, ob der Windenergie substanziell Raum verschafft worden sei. Hierbei sei es fehlerhaft, wenn auf dieser Prüfungsebene das Gemeindegebiet abzüglich harte und weicher Tabubereiche in Verhältnis mit den tatsächlich ausgewiesenen Flächen gesetzt würde. Dieser Maßstab sei untauglich, da der Plangeber in der Hand hat, die Vergleichsfläche durch Ausschluss weicher Tabubereiche beliebig zu verkleinern.

### **Fazit**

Mit der Entscheidung hält das OVG Münster an seiner Rechtsprechung fest, die Konzentrationsflächenplanung mit intendierter Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Einheit zu betrachten und insgesamt aufzuheben. Dies ist im vorliegenden Fall besonders relevant, da eine frühere als rechtswirksam erachtete Planung mit Ausschlusswirkung besteht. Interessant ist in dem Zusammenhang, dass der Senat dennoch die Antragsbefugnis der Antragsteller bejaht. Im Ergebnis haben die Antragsteller durch die Entscheidung zu ihren Gunsten keinen unmittelbaren Vorteil erlangt, da die Konzentrationsflächenplanung auf einen früheren Stand zurückfällt, welcher weniger Flächen für die Windenergienutzung ausweist. Das Gericht ließ hier für die Antragsbefugnis die bloße Möglichkeit genügen, dass die Gemeinde aufgrund der Entscheidung erneut planen und die Flächen der Antragsteller einbeziehen könnte.

Im Falle einer Planung mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sei regelmäßig das gesamte Gemeindegebiet als Geltungsbereich anzunehmen und entsprechend auch in der Bekanntmachung der Genehmigung des Flächennutzungsplans darzustellen. Zudem ist die Ausschlusswirkung hinreichend als solche deutlich zu machen; die Verwendung des Begriffs Konzentrationszone genügt dafür nach Auffassung des OVG nicht. Das Gericht sah hier in der nicht hinreichend deutlichen Darstellung der Ausschlusswirkung sowohl im Rahmen der Offenlegung als auch in der Schlussbekanntmachung einen nach § 214 Abs. 1 Nr. 2 BauGB beachtlichen und nicht unbeachtlich gewordenen Fehler, so dass die Frist des § 215 Abs. 1 Satz 1 BauGB nicht in Gang gesetzt wurde. Die Entscheidung kann daher auch für alte Pläne von Bedeutung sein.

Die Annahme, dass Wald nicht ohne weiteres ein hartes Tabukriterium darstellt, hat sich in der Rechtsprechung bereits etabliert. Die Bewertung des Senats der Prüfung des substanziellen Raumes erscheint unter Anwendung der bisherigen Rechtsprechung folgerichtig. Eine Richtgröße dafür, wann der Windenergie substanziell Raum verschafft wurde, lässt sich diesem Fall nicht entnehmen.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2017/7\\_D\\_100\\_15\\_NE\\_Urteil\\_20171206.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2017/7_D_100_15_NE_Urteil_20171206.html)

Normenkontrolle; FNP; Bestimmtheit; substanzieller Raum für die Windenergie; Wald als hartes Tabukriterium fehlerhaft

## **OVG Münster, Urteil vom 06.03.2018 – 2 D 95/15.NE**

**Fehlt einem Flächennutzungsplan ein schlüssiges Gesamtkonzept, welches hinreichend zwischen harten und weichen Tabubereichen unterscheidet, stellt dies auch dann einen erheblichen Abwägungsfehler dar, wenn der Windenergienutzung im Ergebnis substanziell Raum verschafft wurde.**

**(Redaktioneller Leitsatz)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Antragsgegnerin hatte im Rahmen der Flächennutzungsplanung Flächen für die Windenergienutzung zur Verfügung gestellt. Mit der im vorliegenden Fall angegriffenen Änderung sollte die Flächennutzungsplanung an die Erfordernisse der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung angepasst werden. Als harte Tabubereiche wurden unter anderem noch nicht ausgenutzte Sonderbaugebiete, Sonderbauflächen und öffentliche Grünflächen, sowie ein immissionsschutzgetragener Abstand zu eben diesen Flächen ausgeschlossen. Ebenso wurden Waldflächen als harte Tabuflächen ausgenommen. In dem sachlichen Teilplan Energie des Gebietsentwicklungsplans (GEP) wurde als Ziel 5 festgelegt, dass Waldflächen grundsätzlich von der Windenergie freizuhalten seien. Die für die Genehmigung des Flächennutzungsplans zuständige Behörde hatte der Gemeinde mitgeteilt, dass Waldgebiete als harte Tabuflächen auszuschließen seien. Die planende Stadt hatte Zweifel an dieser Einordnung und stellte in der Planbegründung zusätzlich fest, dass der Ausschluss von Wald jedenfalls als weiche Tabuflächen planerisch gewollt sei.

Die Antragstellerinnen wenden sich gegen die Änderung des Flächennutzungsplans. Sie planen außerhalb der ausgewiesenen Flächen Windenergieanlagen zu errichten. Die betroffenen Flächen wurden im Aufstellungsverfahren als Potenzialflächen untersucht und letztlich nicht ausgewiesen.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG Münster gab den Antragstellerinnen statt und erklärte die Darstellung von Gebieten mit Ausschlusswirkung in der Änderung des Flächennutzungsplans für unwirksam.

Der Senat stellte mehrere erhebliche Mängel fest. So stellte das Gericht u.a. fest, dass die zeichnerische Darstellung der Vorrangflächen zu ungenau sei. Vorliegend war ein wenige 100 m<sup>2</sup> Bereich der ausgeschlossenen Flächen nicht auf der Abbildung des Planungsgebiets enthalten. Das OVG war der Ansicht, dass sich der räumliche Geltungsbereich demnach nicht zweifelsfrei erschließen ließe.

Daneben stellt der Senat mehrere Abwägungsfehler fest. Nach Ansicht des Gerichts waren mehrere Flächen unzulässiger Weise als harte Tabubereiche ausgeschlossen worden, darunter noch nicht ausgenutzte Sonderbaugebiete, Sonderbauflächen, öffentliche Grünflächen sowie Schutzabstände zu diesen Bereichen. Die begründungslose Gleichstellung von Sonderbaugebieten mit reinen Wohngebieten ließe hier Zweifel an der Schlüssigkeit des Planungskonzepts entstehen. Ob der gewählte Schutzabstand grundsätzlich gerechtfertigt sei, ließ das Gericht offen.

Ebenfalls offen ließ das OVG Münster, ob geschützte Flächen, bei denen die Windenergienutzung bestenfalls durch eine Ausnahme oder Befreiung möglich sei, als harte Tabuflächen ausgeschlossen werden können. Vorliegend hatte die Gemeinde landschaftlich geschützte Flächen, für welche der Kreis oder die Bezirksregierung nicht bereits im Vorfeld eine Entlassung aus dem Landschaftsschutz in Aussicht gestellt hatte, als harte Tabuflächen ausgenommen. Das OVG Münster zweifelte an diesem Vorgehen, entschied die Frage jedoch nicht abschließend.

Einen Abwägungsfehler sah das Gericht zudem in dem Ausschluss von Waldflächen als harte Tabubereiche. Das so lautende Ziel der Raumordnung gemäß Ziel 5 des GEP sei rechtswidrig. Daher könne ein solches Ziel für die Flächennutzungsplanung kein hartes Tabukriterium begründen. Den ergänzenden Hinweis, dass ein Ausschluss der Waldflächen jedenfalls auch planerisch gewollt sei, ließ das OVG Münster vorliegend nicht als hilfsweise Abwägungsentscheidung genügen.

Darüber hinaus weist der Senat darauf hin, dass Fehler im Abwägungsvorgang nicht schon deshalb unbeachtlich seien, wenn im Ergebnis der Windenergie substanziell Raum verschafft wurde.

## Fazit

Die Entscheidung verdeutlicht, dass die fehlerfreie Einordnung bestimmter Flächen als harte Tabuflächen auch unabhängig von der grundsätzlichen Unterscheidung mit großen Schwierigkeiten behaftet ist. Vorliegend hatte sich die Gemeinde erkennbar bemüht, den Anforderungen an die planerische Steuerung gerecht zu werden und zudem zweifelsfrei substanzvoll Raum für die Windenergie geschaffen. Dennoch wurde die Planung aufgrund methodischer Mängel vom OVG aufgehoben. Das OVG Münster setzt dabei sehr hohe Hürden für eine rechtmäßige Konzentrationsflächenplanung an und geht über die bisherigen grundsätzlichen Erwägungen der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung hinaus.

So genügt es vorliegend nicht, dass dem Plangeber die Unterscheidung von harten und weichen Tabukriterien erkennbar bewusst war. Etwaige hilfsweise vorgenommene Abwägungsentscheidungen müssen ausführlich begründet und dokumentiert werden. Eine Gemeinde muss im Sinne dieser Rechtsprechung zudem Vorgaben der Regionalplanung, welche eine Ausschlusswirkung bezwecken, stets auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen. Daraus erwächst für ein Konflikt zu der Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB, der für die Gemeinden eine rechtmäßige Steuerung der Windenergie in der Flächen-nutzungsplanung sehr schwierig macht.<sup>1</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2018/2\\_D\\_95\\_15\\_NE\\_Urteil\\_20180306.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2018/2_D_95_15_NE_Urteil_20180306.html)

---

<sup>1</sup> Das OVG scheint dieses Dilemma durchaus zu erkennen. So steht etwa in Rn. 137 der Entscheidung, dass das Gericht der Gemeinde nicht vorwerfe, das rechtswidrige Ziel der Raumordnung übernommen zu haben.



Normenkontrolle; FNP; Antragsbefugnis; harte und weiche Tabuzonen  
**OVG Lüneburg, Urteil vom 05.03.2018 – 12 KN 144/17**

**1. Antragsbefugt i. S. d. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO für einen Normenkontrollantrag gegen die Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen kann auch ein "Standortentwickler" für WEA sein.**

**2. Aus der Bekanntmachung nach § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB muss der räumliche Geltungsbereich der Änderung des Flächennutzungsplans hinreichend deutlich werden - hier im Einzelfall für eine Konzentrationsflächenplanung verneint.**

**3. Zur Rechtswidrigkeit einer Konzentrationsflächenplanung wegen unzureichender Differenzierung zwischen "harten" und "weichen" Tabukriterien - hier bezogen auf einen Abstand von 500 m zu "Siedlungsflächen".**

**(Amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Antragsgegnerin hat durch Änderung ihres Flächennutzungsplans eine Konzentrationszone für die Windenergienutzung ausgewiesen, welche gemäß Hinweis 1 zu der Änderung eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfalten soll. Mit der Planänderung sollte die frühere Festlegung für die Windenergie überarbeitet werden, da diese vom VG Hannover in einem Verfahren inzident als rechtswidrig bezeichnet worden war.

Der Antragsteller, ein sog. Standortentwickler, wendet sich in einem Normenkontrollverfahren gegen die Änderung des Flächennutzungsplans soweit darin Flächen für die Windenergienutzung mit Ausschlusswirkung festgelegt werden. Er plant die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen außerhalb der Konzentrationszone. In dem Verfahren wurde die Antragsbefugnis des Antragstellers thematisiert. Dieser hatte ab dem Jahr 2008 bereits Nutzungsverträge für die Grundstücke beschlossen, auf denen er die Errichtung der Anlagen plante. Zudem hatte er 2009 einen Antrag auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids gestellt, diesen aber nicht weiter verfolgt, nachdem von der Genehmigungsbehörde weitere Unterlagen eingefordert wurden.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG hat dem Antrag stattgegeben. Dabei wurde zunächst die Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags lediglich im Hinblick auf die durch Hinweis 1 zur Änderung des Flächennutzungsplans zum Ausdruck gebrachten Ausschlusswirkung festgestellt.<sup>2</sup> Der Senat geht weiterhin auf die Antragsbefugnis des Antragstellers ein. Dieser sei antragsbefugt, da die Aussichten seines Vorhabens auf den Flächen außerhalb der Konzentrationszone künftig WEA zu errichten sich durch den Erfolg im Verfahren maßgeblich verbessert. Die bereits bestehenden Nutzungsverträge machen deutlich, dass die Planung bereits hinreichend konkret ist, um hier eine Betroffenheit anzunehmen.

Das OVG stellte bei der Ausweisung der Konzentrationszone im Flächennutzungsplan einen formellen und mindestens einen materiellen Fehler fest, welcher jeweils eigenständig die Unwirksamkeit der Festlegung begründet. Wie auch das OVG Münster<sup>3</sup> bemängelt das OVG Lüneburg, dass aus den Unterlagen, welche mit der Bekanntmachung der Genehmigung des Flächennutzungsplans nach § 6 BauGB veröffentlicht wurden, der Geltungsbereich der Festlegungen nicht hinreichend erkennbar war. So wurde zunächst das gesamte Gemeindegebiet einbezogen, später sei bei dem Geltungsbereich nur auf die Konzentrationszone Bezug genommen worden. Damit liegt auch nach Ansicht des OVG Lüneburg ein sogenannter Ewigkeitsfehler vor.

In materieller Hinsicht rügt das OVG die fehlende Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabukriterien in Hinblick auf den im Plan festgelegten Mindestabstand von 500 m zu Siedlungsflächen. Der Senat führt aus, dass die Verwendung der Begrifflichkeiten nicht erwartet werden konnte, da der Plan vor der Begriffsbildung durch die Rechtsprechung entstanden sei. Dennoch hätte die Unterscheidung zwischen harten und weichen Kriterien in der Sache erkennbar sein müssen. Der Mindestabstand von

---

<sup>2</sup> Anders als das OVG Münster (Urteil vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE, in dieser Besprechungssammlung auf Seite 5) entscheidet das Gericht lediglich über den statthaften Teil des Antrags und hebt die Ausschlusswirkung auf.

<sup>3</sup> Vgl. OVG Münster, Urteil vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE.

500 m sei in Hinblick auf die verwendete Referenzanlagengröße von 150 m nicht als hartes Tabukriterium zulässig. Der Abstand könne auch nicht hilfsweise als insgesamt weiches Kriterium angesehen werden, da ein Teil der Flächen der Abwägung nicht zugänglich waren. Weiterhin bemängelte das OVG die unzureichende Abgrenzung zwischen bestehenden Siedlungsflächen und geplanter Bebauung.

Zuletzt äußerte das OVG Lüneburg Zweifel daran, dass der Windenergie durch die ausgewiesenen Flächen substanziell Raum verschafft wurde. Es sei vorliegend zweifelhaft, ob in der ausgewiesenen Konzentrationszone jedenfalls drei Windenergieanlagen genehmigt werden könnte, da hier bereits einige Genehmigungshindernisse erkennbar seien.

### **Fazit**

Mit der Entscheidung greift das OVG Lüneburg erneut die fehlende Unterscheidung zwischen „harten“ und „weichen“ Tabuzonen in der Flächennutzungsplanung auf. Eine solche Unterscheidung müsse auch dort erkennbar sein, wo eine trennscharfe Abgrenzung zwischen dem notwendigen harten Schutzabstand und einem vorsorglichen weichen Abstand zu Siedlungsflächen nicht möglich ist. Weiterhin ist für die Praxis wichtig, dass nach Auffassung des OVG Lüneburg auch ein sog. Standortentwickler die Antragsbefugnis für einen Normenkontrollantrag haben kann. Dies wurde vorliegend angenommen, obwohl der Antragsteller sein Vorhaben mit wenig Nachdruck betrieben hatte. Ebenso wie das OVG Münster im Urteil vom 06.12.2017 kritisiert das OVG Lüneburg die hinreichende Genauigkeit der Darstellung des räumlichen Geltungsbereichs im Rahmen der Bekanntmachung der Genehmigung des Flächennutzungsplans. Dieser sog. Ewigkeitsfehler kann für eine Vielzahl alter Flächennutzungspläne von Bedeutung sein. Anders als das OVG Münster hebt das OVG Lüneburg die Änderung des Flächennutzungsplans jedoch lediglich im Hinblick auf seine Ausschlusswirkung auf. Im vorliegenden Fall bestand in der Gemeinde noch keine frühere wirksame Planung mit Ausschlusswirkung.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWRE180001060&psml=bsndprod.psml&max=true>

Normenkontrolle; Eilverfahren; Teilregionalplan Energie Nordhessen; Öffentlichkeitsbeteiligung im Planaufstellungsverfahren; Anwendungsvorrang

## **VGH Kassel, Urteil vom 25.01.2018 – 4 B 1535/17.N**

**1. Auf das "dringend Gebotensein" einer einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile kann auch bei ganz überwiegender Erfolgsaussicht im Hauptsacheverfahren nicht verzichtet werden. Wenn Maßnahmen zum Vollzug der angefochtenen Norm bis zur Normenkontrollentscheidung in der Hauptsache mit hinreichender Sicherheit nicht zu erwarten sind, ist eine einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO nicht geboten.**

**2. Es besteht ein Anwendungsvorrang der Zielfestlegungen in einem Regionalplan im Verhältnis zu den Darstellungen im Flächennutzungsplan, sodass mit Inkrafttreten des Regionalplans bei der Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB - jedenfalls was die Ausschlusswirkung im Hinblick auf raumbedeutsame Windkraftanlagen betrifft - die Festlegungen des Regionalplans maßgeblich sind.**

**(Amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Antragstellerin, eine Stadt, wendet sich mit einem Eilantrag gegen den Vollzug des Plansatzes 5.2.2.1 Windenergie Ziel 1 des Teilregionalplans Energie Nordhessen vom 7. Oktober 2016. In dem Teilregionalplan werden Vorranggebiete für die Windenergienutzung mit Ausschlusswirkung für die übrigen Flächen festgesetzt. Im Rahmen des Planaufstellungsverfahrens wurden die Planunterlagen zweimal ausgelegt. Nach der zweiten Auslegung wurde die Zahl der Vorranggebiete noch einmal herabgesetzt.

Gegen die Festsetzungen hat die Antragstellerin bereits einen Normenkontrollantrag eingereicht. Die Stadt hat im Rahmen ihrer eigenen Flächennutzungsplanung Flächen für die Windenergienutzung ausgewiesen, welche teilweise außerhalb der im Teilregionalplan ausgewiesenen Flächen liegen.

### **Inhalt der Entscheidung**

Der VGH stellt zunächst die Zulässigkeit des Eilantrags fest, lehnt ihn aber wegen Unbegründetheit ab, da die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO nicht vorliegen. Der Senat stellt fest, dass die angegriffene Zielfestlegung im Rahmen einer überschlägigen Prüfung aufgrund formeller Mängel des Teilregionalplans unwirksam erscheint. Die Antragstellerin habe jedoch nicht dargelegt, dass eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen Gründen erforderlich sei.

Der VGH ist der Auffassung, dass nach der 2. Offenlage des Teilregionalplans gemäß § 6 Abs. 4 Satz 3 HLPG i.V.m. § 10 ROG ein erneutes Beteiligungsverfahren oder jedenfalls ein vereinfachtes Beteiligungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Dies sei nach Auffassung des Senats immer erforderlich, wenn – wie in dem Fall – nach dem letzten Beteiligungsverfahren die ausgewiesene Fläche verkleinert und dadurch die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausgeweitet wird.

Der VGH führt ferner aus, dass die Zielfestlegungen im Teilregionalplan im Verhältnis zu den Darstellungen im Flächennutzungsplan Anwendungsvorrang genießen. Demnach seien mit dem Inkrafttreten des Teilregionalplans jedenfalls bezüglich der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Festlegungen des Regionalplans maßgeblich. Im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens würde demnach die Ausschlusswirkung der Festlegungen des Regionalplans nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als öffentlicher Belang entgegenstehen, auch wenn die betroffene Fläche im Flächennutzungsplan innerhalb einer Konzentrationszone liege.

Den Erlass einer einstweiligen Anordnung lehnte der VGH dennoch ab, da dieser nicht dringend geboten sei. Die Antragstellerin habe nicht hinreichend dargelegt, dass ihr durch die Vollziehung schwere Nachteile drohen oder andere Gründe vorliegen. Die Antragstellerin hatte nicht vorgetragen, dass vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens Genehmigungen für Windenergieanlagen innerhalb der Gebiete des Flächennutzungsplans erteilt werden sollen. Demnach sei nicht ersichtlich, dass hier nicht der Ausgang des Hauptsacheverfahrens abgewartet werden könne.

## **Fazit**

Die Entscheidung greift das Verhältnis von Zielfestsetzungen eines Regionalplans gegenüber widersprechenden Festlegungen im Flächennutzungsplan auf. Unterscheiden sich die Festlegungen von Gebieten mit Ausschlusswirkung in Regional- und Flächennutzungsplan, ist die Ausschlusswirkung des Regionalplans maßgeblich. Der VGH begründet dies mit dem Geltungsanspruch der Raumordnung.

Eine einstweilige Anordnung gegen den Vollzug einer vorrangigen Festlegung eines Regionalplans sei auch bei ganz überwiegenden Erfolgsaussichten im Hauptsache verfahren nur dann geboten, wenn tatsächlich schwere Nachteile durch die Vollziehung drohen. Dies wäre der Fall, wenn in Gebieten, die von dem Flächennutzungsplan umfasst aber von der Ausschlusswirkung des Regionalplans betroffen sind, vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens Genehmigungen erteilt werden sollen.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

[http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht\\_lareda.html#docid:8039237](http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_lareda.html#docid:8039237)

Artenschutz; Nachträgliche auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützte Abschaltanordnung  
**VG Oldenburg, Urteil vom 06.12.2017 – 5 A 2869/17**

**1. Eine nach Abschluss des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens verfügte Abschaltanordnung für eine Windenergieanlage kann jedenfalls dann auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützt werden, wenn sich erst nach der Genehmigungserteilung die besondere Bedeutung des Anlagenstandortes für Fledermauspopulationen herausstellt.**

**2. Der Tatbestand des artenschutzrechtlichen Tötungsverbotes ist nur dann erfüllt, wenn sich das Risiko des Erfolgeintritts durch den Betrieb der Windenergieanlage in signifikanter Weise erhöht.**

**3. Ist ein signifikant erhöhtes Schlagrisiko durch seitens der Behörde durchgeführte Untersuchungen belegt, kann dem Betreiber einer Windenergieanlage auch ein sogenanntes Gondelmonitoring nachträglich auf Grundlage der naturschutzrechtlichen Generalklausel aufgegeben werden.**

**(Amtliche Leitsätze)**

**Hintergrund der Entscheidung**

Die Klägerin betreibt eine Windenergieanlage aufgrund einer von der Beklagten erteilten, bestandskräftigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Der Genehmigungsbescheid vom 12. April 2012 enthält weder eine Nebenbestimmung für ein Gondelmonitoring zur Messung von Fledermausaktivitäten noch entsprechende Abschaltzeiten zugunsten von Fledermäusen. Ein im Genehmigungsverfahren eingeholtes Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass der Standort für geschützte Fledermausarten nicht von Bedeutung sei. Im Rahmen von Bebauungsplanverfahren wurden in unmittelbarer Nähe des Anlagenstandorts erneut Fledermausaktivitäten erfasst. In dem Artenschutzgutachten wurde das Kollisionsrisiko für die angrenzende WEA der Klägerin als hoch eingestuft.

Nachdem der Beklagte von dem Gutachten Kenntnis erlangt hatte, kündigte er der Klägerin an, Abschaltzeiten im Wege einer Anordnung zu erlassen. Der Beklagte, das Bauordnungsamt, hat die Funktion der Genehmigungsbehörde und der Unteren Naturschutzbehörde inne. Mit Bescheid vom 30. Juni 2016 ordnete der Beklagte der Klägerin an, die Anlage im Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Oktober von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang abzuschalten, wenn die Windgeschwindigkeiten in Nabenhöhe unter 6 m/s und die Temperaturen in Nabenhöhe über 10 Grad Celsius betragen sowie kein Niederschlag fällt. Zudem wurde ein zunächst auf zwei Jahre angelegtes Gondelmonitoring ab dem Frühjahr 2017 angeordnet. Sollte durch das Gondelmonitoring eine erhöhte Fledermausaktivität zu Zeiten nachgewiesen werden, die nicht von Ziffer 1 des Bescheides erfasst sind, behielt sich der Beklagte in Ziffer 3 des Bescheides ferner vor, die Abschaltzeiten und den Betriebsalgorithmus durch Erlass einer weiteren Verfügung anzupassen.

Die Klägerin legte gegen den Bescheid Widerspruch ein und unterbreitete zudem ein Vergleichsangebot, die Anlagen jedenfalls bei Windgeschwindigkeiten unter 5 m/s abzuschalten, jedoch auf ein Gondelmonitoring zu verzichten. Nachdem der Widerspruch zurückgewiesen wurde, reichte die Klägerin die Klage gegen den Bescheid beim VG Oldenburg ein.

**Inhalt der Entscheidung**

Das VG Oldenburg entschied zugunsten des Beklagten und wies die Klage ab. Die auf § 2 Abs. 1, 31 Abs. 1 Satz 1, § 32 Abs. 1 Satz 1 des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zum BNatSchG gestützte Anordnung der Abschaltzeiten sowie des Gondelmonitorings seien rechtlich nicht zu beanstanden.

Das VG Oldenburg wies zunächst darauf hin, dass § 20 BImSchG nicht einschlägig sei, da es sich vorliegend nicht um eine immissionsschutzrechtliche Auflage handelt. Die Anordnung stelle auch keinen Widerruf oder Teilwiderruf nach § 21 BImSchG dar. Die Anlage sei bei hypothetischer Betrachtung auch mit der angegriffenen Anordnung genehmigungsfähig gewesen. Die angeordnete Abschaltung für 4 Monate im Jahr von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang bei Windgeschwindigkeiten unterhalb von 6 m/s und Temperaturen von über 10 Grad Celsius in Nabenhöhe sowie Trockenheit seien nicht so erheblich, dass ein Teilwiderruf vorläge.

Das Gericht war ferner der Auffassung, dass die bestandskräftige immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Anwendbarkeit von § 3 Abs. 2 BNatSchG nicht entgegenstehe. Aus den gutachterlichen Unterlagen, die im Bauplanungsverfahren in nächster Nähe der WEA erstellt wurden, gehe nach Ansicht des VG eindeutig hervor, dass ein uneingeschränkter Betrieb gegen das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoße. Die spätere Anordnung eines Gondelmonitorings sei ebenfalls rechtmäßig. Es handele sich nach Auffassung des VG um ein Mittel der Prüfung des Erfolges der Abschaltanordnung und diene nicht der Sachverhaltsermittlung, welche durch die Behörde selbst zu veranlassen wäre.

Das VG Oldenburg sieht die angegriffene Anordnung auch als verhältnismäßig an. Der Beklagte habe die wirtschaftlichen Belange der Klägerin hinreichend berücksichtigt.

## Fazit

Die Entscheidung ist eine der ersten, die sich ausführlich mit einer auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützten nachträglichen Anordnung durch die Naturschutzbehörde auseinandersetzt. Hierbei geht das Gericht auf die Einschlägigkeit der Rechtsgrundlage und die Erforderlichkeit der Anordnung ein. Die Verhältnismäßigkeit der Anordnung wird nicht tiefer diskutiert, so dass sich die Grenzen der Verhältnismäßigkeit aus dieser Entscheidung nicht ableiten lassen.

Das VG Oldenburg lässt vorliegend eine für die gesamte Betriebsdauer geltende Abschaltanordnung zu. Dies erscheint im Hinblick darauf, dass § 3 Abs. 2 BNatSchG den Charakter einer ordnungsrechtlichen Generalklausel hat, erscheint diese Auslegung sehr weitreichend. Die Abgrenzung zum Teilwiderruf nach § 21 BImSchG wird durch das VG nur mit Verweis auf die fehlende Erheblichkeit der angeordneten Abschaltungen begründet, ohne dass der Begriff der Erheblichkeit hier näher beschrieben wird.

Bemerkenswert ist die Einschätzung des VG, dass die nachträgliche Anordnung eines Gondelmonitorings zur Überprüfung der Fledermausaktivitäten an den Anlagen ebenfalls auf Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG erfolgen könne. Die Anordnung eines Monitorings ist bereits im Rahmen der Genehmigungserteilung nur in einem engen rechtlichen Rahmen zulässig. Während es dem Antragsteller im Genehmigungsverfahren obliegt, die Genehmigungsfähigkeit des beantragten Vorhabens in den Antragsunterlagen darzulegen, erscheint es im Rahmen einer Verfügung auf Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG angezeigt, dass etwaige Überprüfungsmaßnahmen zulasten der Behörde zu tätigen sind.

Die FA Wind hatte die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage nachträgliche Anordnungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange gestützt werden muss, in einem Hintergrundpapier aufgearbeitet.<sup>4</sup> Ein weiteres Rechtsgutachten, welches im Auftrag des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen erstellt wurde, setzt sich ebenfalls mit der Problematik auseinander.<sup>5</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE170008469&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>4</sup> FA Wind (2016): Nachträgliche Anpassung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange, abrufbar unter: [https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA\\_Wind\\_Hintergrundpapier\\_Nachtraegliche\\_Anpassung\\_Artenschutz\\_06-2016.pdf](https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA_Wind_Hintergrundpapier_Nachtraegliche_Anpassung_Artenschutz_06-2016.pdf).

<sup>5</sup> Füber & Kollegen (2017): Rechtsgutachten zum Umgang mit der nachträglichen Ansiedlung von europarechtlich geschützten Arten im Umfeld genehmigter Vorhaben, abrufbar unter: [http://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/web/babel/media/20170725\\_rechtsgutachten%20lau%20final\\_nachtraegliche%20ansiedlung%20geschuetzte%20arten.pdf](http://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/web/babel/media/20170725_rechtsgutachten%20lau%20final_nachtraegliche%20ansiedlung%20geschuetzte%20arten.pdf).

Genehmigung; Artenschutz; Tötungsverbot; Grenze der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative; Abschaltzeiten; Rotmilan

## **VG Arnsberg, Urteil vom 20.02.2018 – 4 K 1411/16**

**Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Behörden entbindet die Gerichte nicht von einer gerichtlichen Kontrolle der Vertretbarkeit der artenschutzrechtlichen Prüfung in Hinblick auf das methodische Vorgehen und die Sachverhaltsermittlung.**

**(Redaktioneller Leitsatz)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Der Kläger, ein eingetragener und anerkannter Naturschutzverein, wendet sich gegen eine im März 2016 erteilte Genehmigung einer Windenergieanlage. Der Kläger führt an, die Anlage sei außerhalb einer im damals geltenden Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszone gelegen. Außerdem bestünden Zweifel an der artenschutzrechtlichen Zulässigkeit insbesondere in Hinblick auf artenschutzrechtliche Verbotstatbestände.

Im Genehmigungsverfahren griff die Genehmigungsbehörde auf gutachterliche Stellungnahmen der Artenschutzprognose von Juli 2013 sowie der Allgemeinen Vorprüfung von September 2015 zurück. Auf Grundlage der gutachterlichen Bewertungen wurden eine Reihe von artenschutzbezogenen Nebenbestimmungen erlassen, welche u.a. die jährliche Begutachtung nahegelegener Brut- und Schlafplätze geschützter Arten und für den Fall der Nutzung der Plätze Abschaltungen anordnen.

Es wurde eine Umweltverträglichkeitsprüfung mit Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt, im Rahmen derer nicht alle der zu Grunde liegenden Gutachten ausgelegt wurden. In der Nähe des Anlagenstandortes befinden sich mehrere potenzielle Brut- und Schlafplätze. Im Klageverfahren hatte der Kläger auf drei besetzte Schlafplätze des Rotmilans innerhalb von 1000 m um den Anlagenstandort hingewiesen.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das VG Arnsberg gab dem Kläger in diesem Hauptsacheverfahren Recht und hob die streitige Genehmigung auf. Nach Auffassung des Gerichts bestünden erhebliche artenschutzrechtliche Bedenken insbesondere mit Blick auf den Rotmilan. Das VG führte die Grundsätze des artenschutzrechtlichen Tötungsverbotes und der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Behörde aus. So sei das Gericht in seiner rechtlichen Prüfung der Behördenentscheidung eingeschränkt, jedoch weiterhin verpflichtet, zu prüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht überprüfen zu können. Zudem besteht für die behördliche Einschätzungsprärogative kein Raum, soweit sich für die Bestandserfassung von relevanten Arten, die durch ein immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtiges Vorhaben betroffen sind, eine bestimmte Methode oder für die Risikobewertung ein bestimmter Maßstab durchgesetzt haben und gegenteilige Meinungen nicht mehr als vertretbar angesehen werden können.

Gemessen an diesen Grundsätzen bewertet das VG Arnsberg die behördliche Entscheidung als fehlerhaft. So sei u.a. das in der Artenschutzprognose gewählte Untersuchungsgebiet von 500 m und 1.000 m zu klein gewählt. Der NRW-Leitfaden 2013 hätte einen engen Prüfbereich von 1.000 m sowie ein erweitertes Untersuchungsgebiet von 6.000 m vorgesehen, wenn ernstzunehmende Hinweise auf Nahrungshabitate und Flugkorridore gegeben sind. Das erweiterte Untersuchungsgebiet wurde im NRW-Leitfaden 2017 auf 4.000 m herabgesetzt. Die Abstandsempfehlungen der LAG VSW 2015 sehen einen Mindestabstand von 1.500 m sowie einen Prüfbereich von 4.000 m vor. Da aus der gutachterlichen Stellungnahme nicht hervorginge, dass Nahrungshabitate oder Flugkorridore geprüft worden seien, erscheint nach Ansicht des VG der gewählte Prüfradius als zu klein.

Das VG Arnsberg führte weitere methodische Mängel aus. So seien bestimmte Erkenntnisse, u.a. die Besetzung eines Brutplatzes etwa 550 m vom Anlagenstandort nicht berücksichtigt und auf tiefgehende Untersuchungen verzichtet worden.

Die als Nebenbestimmungen angeordneten Untersuchungen seien nicht geeignet, das Kollisionsrisiko hinreichend zu mindern und dürften nicht dazu genutzt werden, die Sachverhaltsermittlung durch die Behörde zu ersetzen.

## Fazit

Die Entscheidung des VG Arnsberg enthält insgesamt wenig Überraschendes oder Neues. In dem Urteil macht das VG hingegen zutreffend deutlich, dass der in der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative begründete eingeschränkte gerichtliche Prüfungsumfang nur gilt, soweit auf Grundlage der derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnisse für die behördliche Entscheidung mehrere vertretbare Ergebnisse in Betracht kommen. Im Falle der artenschutzrechtlichen Prüfung unterliegen sowohl die Entscheidungsergebnisse als auch das methodische Vorgehen und die Sachverhaltsermittlung einer Vertretbarkeitskontrolle. Für eine behördliche Einschätzungsprärogative besteht kein Raum, wenn sich bestimmte fachliche Erkenntnisse durchgesetzt hätten. Dies ist nach Ansicht des VG Arnsberg u.a. bei der generellen Betroffenheit der Art Rotmilan der Fall. Ferner sei ein Prüfradius, der deutlich unterhalb derer liegt, die von den einschlägigen Leitfäden (hier dem NRW-Leitfaden) und den Abstandsempfehlungen der LAG VSW vorgesehen sind, in Hinblick auf die Sachverhaltsermittlung zu beanstanden.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg\\_arnsberg/j2018/4\\_K\\_1411\\_16\\_Urteil\\_20180220.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_arnsberg/j2018/4_K_1411_16_Urteil_20180220.html)



**1. Die mögliche Verletzung eines Konkurrenten in dem subjektiv-öffentlichen Recht auf willkürfreie Verfahrensbehandlung paralleler Genehmigungsanträge eröffnet ihm über § 4 Abs. 3 Satz 1 i.V. Abs. 1 Satz 1 UmwRG zugleich die Möglichkeit der Überprüfung einer im Parallelverfahren durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung oder UVP-Vorprüfung.**

**2. Die Genehmigungsbehörde handelt mangels Vorliegen einer "echten" Konkurrenzsituation nicht ermessensfehlerhaft, wenn sie einen zeitlich nachrangig gestellten Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vor einem auf wenige engbegrenzte Fragen beschränkten Vorbescheidsantrag positiv verbescheidet.**

**(Amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Antragstellerin geht im Wege eines Eilverfahrens gegen die Vollziehbarkeit einer an eine Konkurrentin erteilte Genehmigung vor. Sie selbst hatte einen Antrag auf immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid gestellt, welcher erst nach Erteilung der Genehmigung beschieden wurde. Die Antragstellerin sieht sich in ihrem Recht auf willkürfreie Verfahrensbehandlung paralleler Genehmigungsanträge verletzt und rügt zudem die Fehlerhaftigkeit der UVP-Vorprüfung.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das Verwaltungsgericht Mainz hat den Antrag zurückgewiesen. Nach Würdigung des Gerichts ist die Klage der Antragstellerin nach summarischer Prüfung nicht aussichtsreich.

Das Gericht befasst sich zunächst mit der Frage, ob die durchgeführte UVP-Vorprüfung fehlerhaft gewesen sei. Vorliegend wurde eine allgemeine Vorprüfung im Einzelfall durchgeführt und festgestellt, dass keine UVP-Pflicht vorliegt. Das VG wies darauf hin, dass eine Vorprüfung nicht die gleiche Prüftiefe wie eine UVP vorweisen und so unzulässiger Weise eine UVP vorwegnehmen darf. Dies sei nach überschlägiger Prüfung hier auch nicht der Fall. Das VG sah es als rechtmäßig an, dass die Genehmigungsbehörde auf eine FFH-Verträglichkeitsprüfung verzichtet und stattdessen auf eine im Planänderungsverfahren eines Flächennutzungsplans erfolgte Prüfung zum Vogelflug zurückgegriffen hatte. Zudem würde auch die Tatsache, dass in der Genehmigung Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen angeordnet wurden, nicht zwangsläufig eine UVP-Pflicht indizieren. Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen, die bereits vom Träger vorgesehen sind und die nachteiligen Umweltauswirkungen offensichtlich ausschließen, können eine UVP entbehrlich machen. Ebenso wenig sei der in der Genehmigung enthaltene Hinweis auf die Möglichkeit nachträglicher Anordnung aufgrund späterer artenschutzfachlicher Erkenntnisse ein Indiz für die Notwendigkeit einer UVP, so das VG Mainz. Diese diene lediglich als Warnhinweis.

Das VG entschied weiter, dass hier das Recht auf willkürfreie Bescheidung paralleler Genehmigungsanträge nicht verletzt sei. Nach Ansicht des Gerichts lag hier keine echte Konkurrenzsituation vor, bei der das Prioritätsprinzip grundsätzlich anzuwenden sei. Der Antrag auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids sei nicht gleichzusetzen mit einem vollständigen Genehmigungsantrag.

### **Fazit**

Das VG Mainz setzt sich in der Entscheidung mit der Prüftiefe der UVP-Vorprüfung auseinander und macht deutlich, dass die Auseinandersetzung mit arten- und naturschutzrechtlichen Belangen in der Vorprüfung nicht zwangsläufig eine UVP-Pflicht indiziert. Dies gilt auch dann, wenn Konflikte zwar bestehen, aber durch Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen ausgeräumt werden können.

Ein weiterer relevanter Aspekt der Entscheidung ist die Frage, ob zwischen dem Antrag auf Erteilung eines Vorbescheids und einem vollständigen Genehmigungsantrag ein echtes Konkurrenzverhältnis besteht, welches die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes begründen würde. Das VG verneint dies. Im vorliegenden Fall war lediglich ein inhaltlich auf wenige Fragen begrenzter Vorbescheid beantragt worden.

Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Regelung ist das Verhältnis zwischen dem Antrag auf Vorbescheid und dem Genehmigungsantrag im Einzelfall zu entscheiden. Hierbei können insbesondere der Inhalt und die Tiefe des beantragten Vorbescheids von Bedeutung sein. Das OVG Lüneburg hatte in einem Beschluss vom 07.12.2017 (Az. 12 ME 163/17) die Entscheidung des VG Lüneburg bestätigt, nach der zwischen einem Antrag auf Erteilung eines Vorbescheids und einem Genehmigungsantrag kein echtes Konkurrenzverhältnis bestünde. In dem Fall enthielten der erteilte Genehmigungsbescheid und der beantragte Vorentscheid keine sich materiell nicht vereinbare Inhalte. Das OVG Weimar hatte hingegen in einem Beschluss vom 17.07.2012 (Az. 1 EO 35/12) eine echte Antragskonkurrenz zwischen einem Vorbescheids- und einem Genehmigungsantrag bejaht.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&show-doccase=1&doc.id=MWRE180000884&doc.part=L>

**Die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs nach § 2 Abs. 1 UmwRG setzt voraus, dass im Zeitpunkt der Einlegung die Umweltvereinigung bereits anerkannt ist oder aber jedenfalls ihre Anerkennung rechtzeitig betrieben hat (vgl. § 2 Abs. 2 UmwRG).**

**(Amtlicher Leitsatz)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Der Antragsteller, eine Umweltvereinigung, wendete sich gegen den einer Dritten erteilten Genehmigungsbescheid für den Bau und Betrieb von fünf Windenergieanlagen. Hierfür legte der Antragsteller am 21.2.2017 zunächst Widerspruch gegen die Genehmigung ein und beantragte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Bescheid vom 03.03.2017 abgelehnt. Der Widerspruch wurde nach Erhebung einer Untätigkeitsklage mit Bescheid vom 28.09.2017 zurückgewiesen. Mit seiner am 11.09.2017 eingereichten Klage ersuchte der Antragsteller zudem erneut die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

Das Verwaltungsgericht des Saarlandes wies den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zurück, da der Antragsteller zum Zeitpunkt des Widerspruchsverfahrens nicht widerspruchsberechtigt gewesen sei. Die Vereinigung hatte am 13.04.2017 beim Antragsgegner einen Antrag auf Anerkennung nach § 3 Abs. 1 UmwRG gestellt. Der Antrag wurde vom Antragsgegner an die zuständige Behörde, das Ministerium für Umwelt und Verbraucherschutz, weitergeleitet. Die Anerkennung erfolgte mit Bescheid vom 05.07.2017. Der Antragsteller wendet sich im Beschwerdeverfahren gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG Saarlouis wies die Beschwerde zurück und folgte der Einschätzung des Verwaltungsgerichts. Die Klage des Antragstellers im Hauptsacheverfahren hätte offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, da der Antragsteller zum Zeitpunkt der Erhebung des Widerspruchs gegen die Genehmigung nicht als Umweltvereinigung nach § 3 UmwRG anerkannt war. Die später erfolgte Anerkennung sei daher für das Verfahren nicht mehr von Bedeutung.

Das OVG stellt fest, dass auch die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UmwRG nicht vorliegen. Danach ist eine Vereinigung bereits zur Einlegung des Rechtsbehelfs berechtigt, wenn sie bereits die Voraussetzungen für eine Anerkennung erfüllt, bereits einen Antrag auf Anerkennung gestellt hat und über eine Anerkennung aus Gründen, die von der Vereinigung nicht zu vertreten sind, noch nicht entschieden ist. Die drei Voraussetzungen müssten kumulativ vorliegen. Im vorliegenden Fall hatte die Vereinigung den Antrag auf Anerkennung erst nach Erheben des Widerspruchs gestellt. Das OVG führte weiter aus, dass auch bei einer hypothetischen späteren Erhebung des Widerspruchs am letzten Tag der Widerspruchsfrist die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UmwRG nicht erfüllt gewesen wären. Die Vereinigung hatte den Antrag auf Anerkennung erst vier Tage vor Ablauf der Widerspruchsfrist gestellt und bei der falschen Behörde eingereicht. Mit einer rechtzeitigen Anerkennung konnte die Vereinigung daher nicht rechnen, da der Antrag zunächst erst an die zuständige Behörde weitergeleitet werden musste. Diesen Umstand hat die Vereinigung zu vertreten, so dass die Bearbeitungsdauer zu Ihren Lasten geht.

### **Fazit**

Die Regelungen des § 2 Abs. 1 und Abs. 2 UmwRG galten bereits vor der Novelle des Umweltrechtsbehelfsgesetzes im Sommer 2017. Das OVG Saarlouis wendet die Vorschriften für die Widerspruchsberechtigung dem Wortlaut nach an und äußert sich zu den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UmwRG. So müsse eine Umweltvereinigung, welche den Antrag auf Anerkennung bei der nicht zuständigen Behörde einreicht, mit einer Verzögerung bei der Bearbeitung rechnen. So wäre ein vier Tage vor Einreichung des Rechtsbehelfs bei der falschen Behörde gestellter Antrag auf Anerkennung nicht rechtzeitig betrieben.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.rechtsprechung.saarland.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=sl&nr=5913>

Nebenbestimmung einer Genehmigung, Bestimmtheit, Ersatzvornahme, Ersatzwasserversorgung

## **VGH Kassel, Beschluss vom 26.02.2018 – 9 B 2012/17**

**Eine Nebenbestimmung in einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 12 BImSchG, mit der dem Vorhabenträger aufgegeben wird, im Fall von Verunreinigungen zum Schutz der Trinkwasserversorgung einer Gemeinde eine Ersatzwasserversorgung sicherzustellen, genügt dem Bestimmtheiterfordernis des § 37 Abs. 1 HVwVfG. Das in der Nebenbestimmung vorgegebene Ziel ist hinreichend bestimmt, da der Begriff der Ersatzwasserversorgung durch Auslegung konkretisiert werden kann, das Ziel grundsätzlich realisierbar ist und als vertretbare Handlung i.S.v. § 74 Abs. 1 HVwVG auch durch die Anordnung einer Ersatzvornahme vollstreckt werden könnte.**

**(Amtlicher Leitsatz)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die beschwerdeführende Gemeinde wendet sich gegen die Erteilung von drei Genehmigungen für WEA. Zwei der Anlagen befinden sich am äußeren Rand der Schutzzone III eines Wasserschutzgebietes für die Wassergewinnungsanlage der Gemeinde. Die dritte Anlage liegt außerhalb des Wasserschutzgebiets. Die Gemeinde befürchtet insbesondere, dass durch den Bau und Betrieb der Anlagen sowie die Verlegung einer dafür notwendigen Kabeltrasse ihre Trinkwasserversorgung gefährdet sein könne. Die Genehmigung für die WEA enthält mehrere Nebenbestimmungen, welche den Schutz der Trinkwasserversorgung sicherstellen sollen. In den Genehmigungsbescheiden wurde dem Betreiber zudem aufgegeben, im Fall von Verunreinigungen eine Ersatzwasserversorgung für die Gemeinde sicherzustellen. Nach einer erfolglosen Klage vor dem Verwaltungsgericht Darmstadt, reichte die Gemeinde Beschwerde beim VGH ein.

### **Inhalt der Entscheidung**

Der VGH wies die Beschwerde zurück und schloss sich dem VG Darmstadt an. Nach Auffassung des Gerichtshofs sei die Beschwerdeführerin offensichtlich nicht in eigenen Rechten verletzt. Der VGH führte zunächst aus, dass nicht zu befürchten sei, dass die Trinkwasserversorgung durch die WEA gefährdet werden würde. Der Genehmigungsbescheid enthielte hinreichende Bestimmungen um sicherzustellen, dass die wasserschutzrechtlichen Regelungen eingehalten werden.

In Hinblick auf die Nebenbestimmung, welche im Fall einer Verunreinigung eine Ersatzwasserversorgung vorschreibe, sei zudem hinreichend bestimmt. Die Genehmigungsbehörde könne eine Nebenbestimmung nach § 12 BImSchG sowohl als Zielbestimmung als auch durch Maßnahmenfestlegungen treffen. Die hier gewählte Zielbestimmung sei hinreichend bestimmt genug.

### **Fazit**

Nebenbestimmungen immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen müssen gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG bzw. vorliegend § 37 Abs. 1 HVwVfG hinreichend bestimmt sein. Dadurch soll einerseits der Inhaber der Genehmigung unzweifelhaft erkennen können, welche Pflichten für ihn aus der Bestimmung erwachsen. Andererseits dient die Bestimmtheit auch einem Dritten dazu, zu erkennen, ob er durch die Genehmigung in eigenen Rechten verletzt ist. Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung lässt hierbei eine Wahlmöglichkeit für die Behörden, die Nebenbestimmung als Beschreibung von Maßnahmen oder Zielsetzungen zu gestalten.

Hieran knüpft der VGH Kassel in der vorliegenden Entscheidung an. Die Zielvorgabe, dass im Falle einer festgestellten Verunreinigung der Trinkwasserversorgung eine Ersatzwasserversorgung bereit zu stellen ist, wird als hinreichend präzise Zielbestimmung angesehen. Die näheren Anforderungen können nach Ansicht des Gerichts ohne weiteres erschlossen werden. Für die Wahrung der Rechte der Gemeinde sei dies ausreichend.

Die Begründung des Gerichts macht deutlich, dass es im vorliegenden Fall für eine mögliche Verunreinigung der Trinkwasserversorgung durch die Windenergieanlagen keine Anhaltspunkte gab.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

[http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht\\_lareda.html#docid:8064578](http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_lareda.html#docid:8064578)

## Impressum

© FA Wind, Juni 2018

### Herausgeber:

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

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

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

Dr. Dirk Sudhaus

### Text und Redaktion:

Jenny Kirschey

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

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

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



### Haftungsausschluss:

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

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

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin  
T +49 30 64 494 60 - 60 | F +49 30 64 494 60 - 61  
post@fa-wind.de | [www.fachagentur-windenergie.de](http://www.fachagentur-windenergie.de)