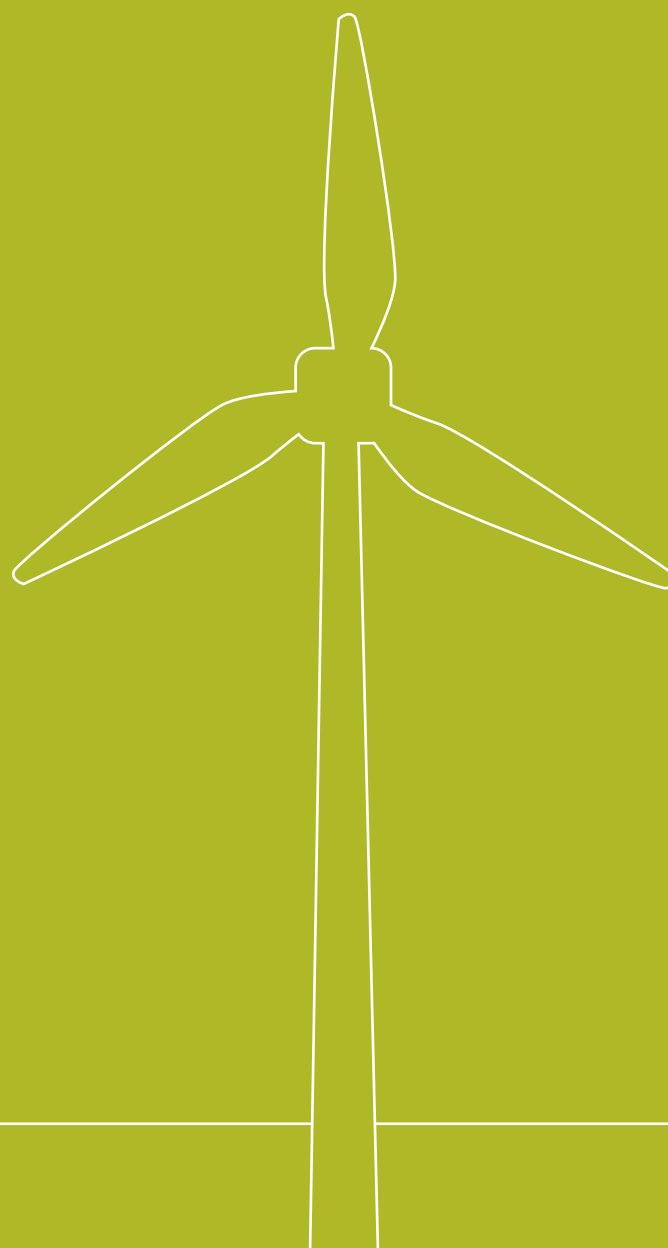
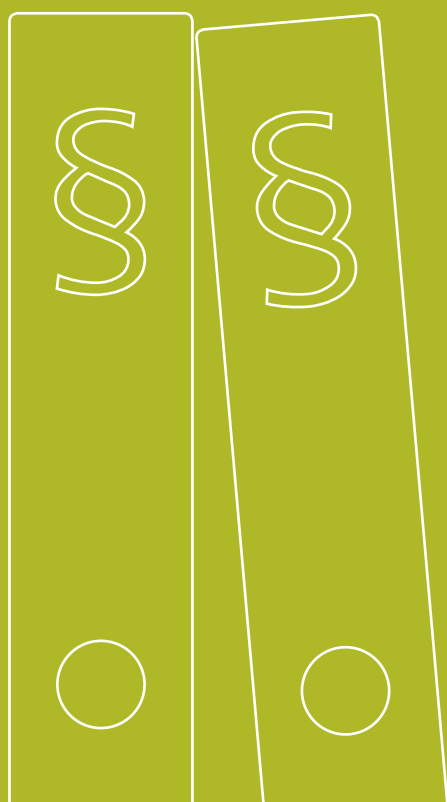




# Rundbrief Windenergie und Recht 2/2019



## 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

### **Kathrina Baur**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Dr. Silke Christiansen**

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE)

### **Christiane Donnerstag**

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

### **Dr. Marike Endell**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Elisabeth Hartleb**

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE)

### **Lisa Körner**

Hessische LandesEnergieAgentur

### **Dr. Alice Martens**

Niedersächsischer Städte- und Gemeindebund

### **Sophia Menne**

Stiftung Umweltenergierecht

### **Dr. Johannes Osing**

Märkischer Kreis

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

Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW

### **Marianna Roscher**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Nina-Isabel Skrobanek**

Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

### **Prof. Dr. Wilhelm Söfker**

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

### **Felix Steengrafe**

PNE AG

### **Urta Steinhäuser**

ABO Wind

### **Dr. Nils Wegner**

Stiftung Umweltenergierecht

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	3
Normenkontrollverfahren, Flächennutzungsplan, Konzentrationszonenplanung, Ausschlusswirkung, Mindestgröße von harten Tabuzonen, Tenor BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 – 4 CN 3.18 .....	4
Genehmigungsverfahren, UmwRG, harte und weiche Tabuzonen, Siedlungsflächen, Aarhus-Konvention, Tötungsverbot, Ausnahme, Alternativenprüfung OVG Lüneburg, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 12 LB 118/16.....	6
Normenkontrollverfahren, Regionales Raumordnungsprogramm, harte und weiche Tabuzonen, Siedlungsbereich, TA Lärm, Außenbereich OVG Lüneburg, Urteil vom 5. März 2019 – 12 KN 202/17.....	9
Normenkontrollverfahren, Antragsfrist, Konzentrationszonen, Bekanntmachung von Flächennutzungsplänen OVG Münster, Urteil vom 7. März 2019 – 2 D 36/18.NE .....	11
Genehmigungsverfahren, Antragsbefugnis, Begriff der Nachbarschaft, Wohngebiet, UVP, Windfarm, Einwirkbereich, standortbezogene Vorprüfung, Interimsverfahren OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. März 2019 – 12 ME 105/18.....	13
Genehmigungsverfahren, UVP, Verwaltungshelfer, externe Sachverständige OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. Februar 2019 – 12 ME 219/18 .....	15
Vorabentscheidungsverfahren, Natura 2000-Gebiete, FFH-Verträglichkeitsprüfung, UVP EuGH, Urteil vom 7. November 2018 – C-461/17 (Holohan u.a.).....	17
Genehmigungsverfahren, Landschaftsschutzgebietsverordnung, unzulässige Vorfestlegung, Etikettenschwindel, Ausnahmeregelung, UVP-Vorprüfung OVG Münster, Beschluss vom 27. November 2018 – 8 B 1170/17.....	19
Normenkontrollverfahren, Landschaftsschutzgebietsverordnung, Bekanntmachung, Bauverbot OVG Lüneburg, Urteil vom 4. Dezember 2018 – 4 KN 77/16.....	21
Ausschreibungsverfahren, EEG, Verpflichtungsbeschwerde nach § 83a Abs. 1 EEG, Bürgerenergiegesellschaft, Prüfungsumfang bei Eigenerklärung, Ausschlussgrund, Stimmrechte der Mitglieder, Absprache über Gebotswert OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. September 2018 – 3 Kart 80/17 (V) .....	23

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

die zweite Ausgabe des diesjährigen Rundbriefs Windenergie und Recht ist recht umfangreich und zeigt eine große Bandbreite der obergerichtlichen Rechtsprechung zur Windenergie auf.

Von Relevanz für die Planung ist insbesondere das Urteil des BVerwG vom 13. Dezember 2018, welches sich mit dem Umfang der Tenorierung bei unwirksamen Flächennutzungsplänen befasst. Danach soll lediglich die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfallen; erhalten bleiben sollen hingegen die qualifizierten und flächenbezogenen Darstellungen als sog. „Positivflächen“. Weiter hat das Gericht geurteilt, dass ein Plangeber ein Gebiet, in welchem weniger als drei Windenergieanlagen errichtet werden können, nicht stets als harte Tabuzone ausscheiden darf. Auch das OVG Lüneburg hat sich in zwei Entscheidungen mit der Konzentrationszonenplanung befasst und dabei die Befugnis des Plangebers zur Typisierung bei der Bestimmung von harten und weichen Tabuzonen, aber auch die diesbezüglichen Grenzen aufgezeigt. Darüber hinaus findet sich in diesem Rundbrief ein Urteil des OVG Münster zur Einhaltung der Antragsfrist im Rahmen des Normenkontrollverfahrens. Für das Ingangsetzen dieser Frist sei die Einhaltung der Bekanntmachungsanforderungen an Flächennutzungspläne, welche die Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzielen sollen, nicht maßgeblich, sodass alte, offensichtlich fehlerhafte Flächennutzungspläne nicht im Wege des Normenkontrollverfahrens überprüfbar sind.

Das OVG Lüneburg hat in den vergangenen Monaten auch im Bereich des Natur- und Artenschutzes wichtige Entscheidungen gefällt: So hat es sich mit Fragen der UVP befasst und sich insbesondere zum Begriff der Windfarm nach § 2 Abs. 5 UVPG n.F. geäußert. Weitere Fragestellungen betrafen die Zulässigkeit von Klagen nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und die Anforderungen an eine Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot. Darüber hinaus hat sich das OVG Münster mit den Voraussetzungen für die Einbeziehung eines Sachverständigen als Verwaltungshelfer im Rahmen einer UVP auseinandergesetzt und an eine solche „Auslagerung“ vergleichsweise hohe Anforderungen formuliert. Nicht direkt auf die Windenergie bezogen, aber für diese dennoch relevant ist darüber hinaus eine Entscheidung des EuGH, welche sowohl den Umfang der FFH-Verträglichkeitsprüfung als auch den der UVP weiter konturiert.

Ebenfalls in diesem Rundbrief findet sich eine weitere Entscheidung des OVG Lüneburg, die sich mit Bauverböten in einer Landschaftsschutzgebietsverordnung befasst. Dabei zeigen sich thematische Überschneidungen mit einem auch hier besprochenen Beschluss des OVG Münster. Beiden Entscheidungen gemein ist die Auffassung, dass die Errichtung landwirtschaftlicher Betriebe und auch Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebietsverordnungen nicht schlechterdings ausgeschlossen werden dürfen.

Eine weitere wichtige Entscheidung zum Recht der Windenergie ist ein Beschluss des OLG Düsseldorf, welcher sich einigen offenen Fragestellungen zur Teilnahme von Bürgerenergiegesellschaften am Ausschreibungsverfahren widmet. So konkretisiert das Gericht u.a. wesentliche Anforderungen im Hinblick auf die Ausgestaltung der Stimmrechte im Rahmen der Gesellschaftsstrukturen einer Bürgerenergiegemeinschaft.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre.

Ihre

Dr. Antje Wagenknecht  
Geschäftsführerin

Normenkontrollverfahren, Flächennutzungsplan, Konzentrationszonenplanung, Ausschlusswirkung, Mindestgröße von harten Tabuzonen, Tenor

## **BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 – 4 CN 3.18**

**1. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verlangt für die Ausschlusswirkung nicht, dass ausschließlich Flächen für jedenfalls drei Windenergieanlagen dargestellt werden. Flächen, die weniger Anlagen aufnehmen können, sind daher nicht stets als harte Tabuzonen bei der gesamträumlichen Planung auszuschneiden. Die Festlegung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung stellt innergebietlich ein Ziel der Raumordnung dar und löst damit die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aus.**

**2. Möglicher Gegenstand einer statthaften Normenkontrolle gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog ist allein die in den Darstellungen des Flächennutzungsplans zum Ausdruck kommende Entscheidung der Gemeinde, mit der Ausweisung von Flächen für privilegierte Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen (BVerwG, Urteil vom 31. Januar 2013 – 4 CN 1.12 – BVerwGE 146, 40 Ls. 2). Über diesen Gegenstand darf der Tenor einer stattgebenden Normenkontrollentscheidung nicht hinausgehen. (amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Der Antragsteller ist Eigentümer eines Grundstücks im Außenbereich im Stadtbezirk S. am Rand des Stadtgebiets der Antragsgegnerin. Im Oktober 2013 gab die Antragsgegnerin die Änderung des Flächennutzungsplans aus dem Jahr 1980 bekannt. Darin wurden unter anderem neue Konzentrationszonen für die Windenergienutzung festgelegt. Das Grundstück des Antragstellers liegt nicht in den planerisch für die Windenergie vorgesehenen Zonen.

Im März 2014 wandte sich der Antragsteller im Rahmen des Normenkontrollverfahrens gegen die Änderung des Flächennutzungsplans in den Teilabschnitten A und B. Das OVG Münster erklärte die Änderung im Juli 2017 antragsgemäß für unwirksam. Daraufhin führte die Antragsgegnerin ein ergänzendes Verfahren durch und präziserte ihre planerischen Aussagen. So ergänzte sie im September 2017 den Umweltbericht und betonte ihren Willen, die Windenergieanlagen zu konzentrieren und in jedem Teilabschnitt den Bau von mindestens drei Anlagen zu ermöglichen. Die Änderung wurde im März 2018 bekannt gemacht. Gegen die Entscheidung des OVG Münster legte die Antragsgegnerin Revision beim BVerwG ein und strebte die Ablehnung des Normenkontrollantrags an.

### **Inhalt der Entscheidung**

Die Revision blieb im Wesentlichen ohne Erfolg.

Der Antragsgegnerin sei ein Fehler im Abwägungsvorgang unterlaufen, weil sie die harten Tabuzonen falsch bestimmt habe. Sie sei nicht befugt gewesen, nur solche Flächen in Betracht zu ziehen, auf welchen mindestens drei Windenergieanlagen errichtet werden könnten. Dementsprechend hätte sie auch den, nach der TA Lärm zwingend erforderlichen und deshalb als harte Tabuzone zu qualifizierenden Schutzabstand nicht an drei Windenergieanlagen ausrichten dürfen. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB fordere weder nach seinem Zweck noch nach seinem Wortlaut eine Mindestzahl an Anlagen innerhalb einer Konzentrationszone. Gleiches gelte für tatsächliche, insbesondere wirtschaftliche Umstände. Das gemeindliche Ziel, die Windenergieanlagenplanung zu konzentrieren, erfordere eine Abwägung und dürfe dieser nicht durch Bemessung als harte Tabuzone entzogen werden. Offen bleiben könne, ob die Gemeinde in einer Planung Flächen darstellen könne, in denen nur eine Mehrzahl von Windenergieanlagen, etwa eine Windfarm i.S.d. § 2 Abs. 5 Satz 1 UVPG, errichtet werden dürfe (Rn. 19 ff.).

Nach Ansicht des BVerwG hätte das OVG Münster den Urteilsausspruch jedoch auf die Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beschränken müssen und die Änderung des Flächennutzungsplans nicht vollständig für unwirksam erklären dürfen. Gegenstand einer Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog sei die gemeindliche Entscheidung, mit der Flächenausweisung privilegierte Nutzungen (i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 2 – 6 BauGB) nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen auszuschließen. Dabei entfalte nur die Ausschlusswirkung, nicht aber die Ausweisung von Positivflächen, die einer Rechtsvorschrift vergleichbare Wirkung. Das Normenkontrollgericht dürfe nur den statthaften Gegenstand einer Normenkontrolle für unwirksam erklären. Etwas anderes

folge auch nicht aus der Rechtsprechung zur Teilbarkeit von Bebauungsplänen. Die positiven Darstellungen im Flächennutzungsplan würden als qualifizierte, flächenbezogene Darstellungen auch weiterhin von einer ausreichenden planerischen Entscheidung der Gemeinde getragen (Rn. 28 ff.).

Sofern ein Normenkontrollurteil die Unwirksamkeit der Ausschlusswirkung einer Änderungsplanung feststelle, könne zumindest eine frühere Konzentrationszonenplanung eine Ausschlusswirkung entfalten, wenn die Planung „den Anforderungen an ein gesamträumliches Planungskonzept genügt“.

## Fazit

Das BVerwG hat sich in diesem Urteil erneut mit den Anforderungen an harte und weiche Tabuzonen auseinandergesetzt. Vorliegend ging es um die Frage, ob ein Plangeber ein Gebiet, in welchem nicht mindestens drei Windenergieanlagen errichtet werden können, als harte Tabuzone qualifizieren darf. Dies hat das BVerwG ausdrücklich verneint.

Darüber hinaus hat das BVerwG auf seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>1</sup> zum Rechtsschutz nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO aufgebaut und sein grundsätzlich restriktives Verständnis von § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog beibehalten. Im Falle eines erfolgreichen Normenkontrollantrags soll nur die mit der Planänderung bewirkte Ausschlusswirkung entfallen; die qualifizierten und flächenbezogenen Darstellungen für die Windenergie, die anderen Vorhaben ggf. entgegengehalten werden können (sog. „Positivflächen“) sollen demgegenüber bestehen bleiben.<sup>2</sup>

Gleichwohl lässt das Urteil zum Teil offen, welche Rechtswirkung den verbleibenden Positivflächen zukommt. Auch hinsichtlich eines Zurückfallens auf frühere Konzentrationsflächenplanungen bleibt das Gericht vage, sodass sich für die Planungs- und die Plananwendungspraxis komplexe Fragen zum Nebeneinander verschiedener Pläne ergeben können.<sup>3</sup> Dementsprechend werden Fragen rund um die Konzentrationsflächenplanung von Windenergieanlagen wohl auch weiterhin Rechtsprechung und behördliche Praxis beschäftigen.

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

<https://www.bverwg.de/131218U4CN3.18.0>

---

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, [Rn. 10 ff.](#); BVerwG, Urt. v. 31.1.2013 – 4 CN 1/12, [Rn. 11 ff.](#)

<sup>2</sup> So bereits: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.11.2015 – 10 A 7.13, [Rn. 47](#); OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, [Rn. 60](#); OVG Magdeburg, Urt. v. 9.12.2015 – 2 K 60/14, [Rn. 31](#); a.A. OVG Koblenz, Urt. v. 16.5.2013 – 1 C 11003/12; OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, [Rn. 21 ff.](#); VGH München, Urt. v. 23.2.2017 – 2 N 15.27 9; OVG Schleswig, Urt. v. 19.2.2015 – 1 KN 1/14.

<sup>3</sup> Raschke, Die Reichweite der Statthaftigkeit der Normenkontrolle gegen Planungen mit Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, ZfBR 2019, S. 329, 331 ff.

**1. Verwaltungsakt im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG kann auch ein immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid sein. (...)**

**4. Umweltbezogene Rechtsvorschriften im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 UmwRG sind nicht allein die materiell-rechtlichen Bestimmungen im Sinne des § 1 Abs. 4 UmwRG, sondern darüber hinaus auch diejenigen Normen des Verfahrensrechts, denen die Funktion zukommt, die Anwendung dieser umweltbezogenen Bestimmungen des materiellen Rechts zu effektuieren. (...)**

**6. Sogenannte „harte Tabuzonen“ für die Windenergienutzung können nicht rechtmäßig damit begründet werden, dass nach der TA Lärm unterschiedlich schutzwürdige Gebietstypen als „Siedlungsflächen“ zusammengefasst und um sie ein einheitlicher aus der prognostizierten Lärmbelastung hergeleiteter „Schutzabstand“ gelegt wird.**

**7. Werden in einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung Ausnahmen von dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zugelassen, rechtfertigt dies allein nicht den Schluss, im Genehmigungsverfahren hätte die Öffentlichkeit beteiligt werden müssen, weil ein Fall vorliege, in dem Art. 6 der Aarhus-Konvention zwingend auch bei Entscheidungen anzuwenden sei, die nicht in Anhang I der Aarhus-Konvention aufgeführt sind.**

**8. Eine zugunsten des Betriebs einer Windenergieanlage „hilfsweise“ erteilte artenschutzrechtliche Ausnahme von dem Verbot, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten, ist nicht hinreichend bestimmt, wenn ihr nicht zu entnehmen ist, für welchen Fall sie „hilfsweise“ erteilt wird und in welcher Größenordnung sie Tötungen zulässt.**

**9. Soll in Niedersachsen zugunsten des Betriebs einer nicht als Nebenanlage geplanten, sondern allgemein der Stromerzeugung dienenden Windenergieanlage eine artenschutzrechtliche Ausnahme von dem Verbot erteilt werden, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten, setzt dies eine Prüfung von Standortalternativen voraus, die sich auf das Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung erstreckt.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Der Kläger ist eine Umweltvereinigung. Er wendet sich gegen einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid aus Oktober 2012 sowie eine Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage vom 21. Januar 2014 an nahezu dem gleichen Standort, welche der Beklagte der Beigeladenen erteilte. Mit der Genehmigung ordnete der Beklagte zudem eine vorsorgliche Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot an.

Die Beigeladene plant die Anlage in einem Gebiet, welches nach dem Regionalen Raumordnungsprogramm für den Landkreis Osnabrück (RROP 2004) noch als Vorranggebiet, nach seiner Teilfortschreibung Energie (RROP 2013), welche am 31. Januar 2014 bekanntgegeben wurde, jedoch nicht mehr als solches ausgewiesen ist. Gemäß einem Ziel des RROP 2013 sollen die Vorranggebiete für Windenergienutzung zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten und damit eine Ausschlusswirkung für eine Windenergienutzung an anderen Stellen des Planungsraums haben. Der geplante Standort liegt zudem in der Nähe von zwei FFH-Gebietsteilbereichen.

Der Kläger erhob Widerspruch und anschließend erfolgreich Klage vor dem VG Osnabrück. Hiergegen legten Beklagte und Beigeladene Berufung ein.

### Inhalt der Entscheidung

Die Berufung vor dem OVG Lüneburg war teilweise erfolgreich.

Das OVG sah zunächst den Vorbescheid als zulässigen Klagegegenstand an. Es handele sich hierbei um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG. Zwar entfalte der Vorbescheid selbst keine

unmittelbare Gestattungswirkung, er binde aber grundsätzlich die Behörde bei der späteren Genehmigungsentscheidung und nehme damit die Entscheidung teilweise vorweg (Rn. 148). Nach dem OVG Lüneburg sind gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 UmwRG auch nicht bestandskräftige Entscheidungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG umfasst, zu denen im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits ein Rechtsbehelfsverfahren anhängig war (Rn. 150 ff.).

Die Klage sei nach § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 UmwRG begründet, soweit sie sich gegen den Vorbescheid richte. Denn dieser verstoße gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften. Neben materiellen Vorschriften fielen darunter auch verfahrensrechtliche Vorschriften, die dazu dienen, die Anwendung der umweltbezogenen Bestimmungen des materiellen Rechts zu effektuieren (Rn. 155 ff.).

Des Weiteren sei auch die Klage gegen den Genehmigungsbescheid gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 UmwRG teilweise begründet. Ohne Erfolg sei jedoch der Einwand, dass die Genehmigung zu dem für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt (Juli 2014) nicht hätte erteilt werden dürfen, da sie sich nicht in einem der durch das RROP 2013 dargestellten Vorranggebiete befinde. Nach dem OVG Lüneburg ist der RROP 2013 vorliegend nicht anwendbar. So seien dem Beklagten bei der Festlegung der Tabuzonen um „Siedlungsflächen“ beachtliche Fehler im Abwägungsvorgang unterlaufen und die Zielfestlegung damit unwirksam. Ein harter Schutzabstand zur Vermeidung der optisch bedrängenden Wirkung könne bei Siedlungsbereichen mit Wohnnutzung festgesetzt werden. Jedoch dürfe bei dessen Berechnung allenfalls das Zweifache und nicht Dreifache der Referenzanlagehöhe zugrunde werden (Rn. 170 ff.). Ebenfalls fehlerhaft sei ein pauschaler Abstand zu „Siedlungsflächen“, soweit diese sowohl Wohn- als auch Mischgebiete umfassten. Die Richtwerte der TA Lärm seien je nach Gebietsart abgestufter Natur, sodass eine gemeinsame Behandlung von Wohn- und Mischgebieten den zulässigen Rahmen der Typisierung sprengte, da sie vorliegend zu einer überdimensionierten Bemessung harter Tabuzonen führe (Rn. 174 ff.).

Erfolglos sei die Klage jedoch im Hinblick auf die gerügte fehlende Öffentlichkeitsbeteiligung. So sehe Art. 6 der Aarhus-Konvention eine Öffentlichkeitsbeteiligung sowohl für die in Anlage I aufgeführten Vorhaben als auch für solche mit „erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt“ vor. Dies umfasse jedoch keine eventuelle Ausnahmen von dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Eine Ausnahmegenehmigung für die Tötung einzelner Exemplare verursache nicht zwingend erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt. Das Erfordernis einer Öffentlichkeitsbeteiligung ergebe sich genauso wenig aus der Notwendigkeit einer FFH-Verträglichkeitsprüfung (Rn. 188 ff.).

Weiter wandte sich das OVG artenschutzrechtlichen Fragestellungen zu. Umfassende Betriebszeitbeschränkungen, die bis zu ihrer etwaigen späteren Einschränkung zum Fledermausschutz angeordnet wurden und als Maßnahmen des Schadensausschlusses evident wirksam sind, müssten im Rahmen einer FFH-Vorprüfung, die der Erstzulassung des Projektes vorausgeht, zugunsten des Vorhabens Berücksichtigung finden (Rn. 199 f.).

Die auf die Feldlerche bezogene vorsorglich erteilte Ausnahme (§ 47 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG) vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot beurteilte das Gericht als zu unbestimmt. Sie sei auch deshalb rechtswidrig, weil der Ermessensausübung des Beklagten keine ordnungsgemäße Alternativenprüfung i.S.d. § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG vorausgegangen sei. Zwar dürfe eine Alternative nicht auf ein anderes Projekt hinauslaufen; gleichzeitig solle eine möglichst enge Zielsetzung des Vorhabenträgers dieses aber auch nicht alternativlos stellen. Insofern seien bei der Frage, wann ein anderes Projekt vorliege, innerhalb der Alternativenprüfung allein die zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses maßgeblich, die für das Vorhaben sprechen. Die Alternativenprüfung müsse sich daher auf das gesamte Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung und nicht nur auf das des Flächennutzungsplans einer Gemeinde erstrecken (Rn. 233 ff.).

## Fazit

Das OVG Lüneburg hat sich in der vorliegenden Entscheidung sehr umfassend mit verschiedensten Aspekten von Rechtsschutzmöglichkeiten sowie mit dem Planungs- und Artenschutzrecht auseinandergesetzt. Die Entscheidung stützt die Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem UmwRG. Der Klagegegenstand nach dem UmwRG ist weit zu verstehen; Klagegegenstand kann auch ein nicht bestandskräftiger Vorbescheid sein.



Weiter bestätigt das OVG Lüneburg seine Rechtsprechung, einen Schutzabstand um ein Siedlungsgebiet am Zweifachen, nicht aber am Dreifachen der Anlagenhöhe auszurichten.<sup>1</sup> Werden Wohn- und Mischgebiete als Siedlungsbereich zusammengefasst, darf um diese aber aufgrund ihrer unterschiedlichen Schutzwürdigkeit kein einheitlicher Schutzabstand gelegt werden.

Darüber hinaus greift das Urteil verschiedene Aspekte der artenschutzrechtlichen Ausnahme und Fragen der FFH-Vorprüfung auf, wobei das Urteil eine vertiefte Auseinandersetzung mit europäischen Vorgaben nicht vermissen lässt. In diesem Zusammenhang geht das Gericht auf die in der Rechtsprechung kontrovers beantwortete Frage ein, ob das Vorliegen einer artenschutzrechtlichen Ausnahme so erheblich ist, dass sie eine Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich macht und verneint dies.<sup>2</sup> Praktische Herausforderungen ergeben sich aus den gerichtlichen Ausführungen hinsichtlich des Prüfradius für die Alternativenprüfung i.R.d. artenschutzrechtlichen Ausnahme. Den Prüfungsradius – wie vom OVG Lüneburg gefordert – am gesamten Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung auszurichten, könnte bei großflächigeren Regionalplangebiet unter Umständen als unverhältnismäßig angesehen werden.

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE180004083&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>1</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, [Rn. 42](#).

<sup>2</sup> Ebenso VGH München, Urt. v. 14.3.2017 – 22 B 17.12, [Rn. 25 ff.](#); a.A. OVG Magdeburg, Beschl. v. 23.3.2017 – 2 K 127/15, [Rn. 25 ff.](#)

Normenkontrollverfahren, Regionales Raumordnungsprogramm, harte und weiche Tabuzonen, Siedlungsbereich, TA Lärm, Außenbereich  
**OVG Lüneburg, Urteil vom 5. März 2019 – 12 KN 202/17**

**1. Ein Plangeber ist bei einer Konzentrationsflächenplanung gehalten, auch bei der Einstufung eines sog. „Siedlungsbereiches“ und der sich daran anschließenden pauschalen Schutzabstände zwischen „harten“ und „weichen“ Tabuzonen zu differenzieren.**

**2. Von dem Planungsermessen bei der Bestimmung der „weichen“ Tabuzonen ist es nicht mehr umfasst, unter Berufung auf eine in Gewerbegebieten ausnahmsweise mögliche Wohnnutzung diesen – das Schutzsystem der TA Lärm gleichsam umkehrend – einen (deutlich) höheren Schutz zuzubilligen als den Wohnnutzungen im Außenbereich.**

**3. Bei der Ermittlung des für die Frage der Teilbarkeit einer Norm relevanten mutmaßlichen Willens des Plangebers ist nicht isoliert das Ergebnis eines einzelnen zur Entscheidung anstehenden Normkontrollverfahrens, sondern sind (mindestens) alle unmittelbar zur Entscheidung anstehenden Verfahren zu berücksichtigen.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragsteller sind ein Windenergieunternehmen, eine Gemeinde und die Trägerin der Wasserversorgung einer Stadt im Bereich des Regionalen Raumordnungsprogramms der Region Hannover. Die Antragsgegnerin ist Planungsträgerin der Region Hannover. Sie beschloss 2013 die Neuaufstellung des Regionalen Raumordnungsprogramms 2016 (RROP 2016). Es beinhaltet u.a. ausgewiesene kombinierte Vorrang- und Eignungsgebiete zur Windenergienutzung. Das Programm wurde nach abgeschlossener Planung im August 2017 bekannt gemacht. Gegen das RROP 2016 stellten die Antragsteller mit unterschiedlichen Zielrichtungen einen Normenkontrollantrag.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg hielt die Normenkontrollanträge für zulässig und begründet.

Bei der Unterteilung zwischen harten und weichen Tabuzonen habe die Antragsgegnerin zwar im Ansatz zutreffend zwischen harten und weichen Tabuzonen unterschieden. Diese Unterteilung habe sie aber zu Unrecht für den sog. „Siedlungsbereich“ sowie für Einzelhäuser und Splittersiedlungen unterlassen und statt dessen ausgeführt, dass dieser Bereich „sich dabei faktisch aus harten und weichen Tabukriterien zusammen(setze)“. Bei der erforderlichen Unterteilung seien Gebiete, die lediglich im Bebauungsplan ein Siedlungsbereich vorgesehen sind, als harte Tabuzonen einzustufen, da sie zumindest zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über das RROP der Windenergienutzung entzogen seien. Darüber hinaus müsse für die Planung auch der Innenbereich in den Blick genommen werden. Der Plangeber sei bei § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zwar auf den Außenbereich beschränkt; nicht aber bei der Festlegung von Vorrangflächen. Vielmehr seien auch in „§ 30 BauGB-Gebieten“, wie etwa in Gebieten zur Konkretisierung der Konzentrationszonenplanung oder in Industriegebieten, Windenergieanlagen zulässig (Rn. 108 ff.).

Der Mangel der fehlenden Differenzierung setze sich bei der Bestimmung der jeweils an diese Bereiche anknüpfenden Schutzabstände fort. Zunächst erkannte das OVG Lüneburg die Schwierigkeit, zwischen harten und weichen Tabuzonen zu unterscheiden, ausdrücklich an. Um dennoch eine trennscharfe Differenzierung der Tabuzonen auf der Ebene der Regionalplanung zu gewährleisten, habe der Plangeber jedoch die Befugnis über eine, der Höhe nach konkrete, Referenzanlage typisierende Abgrenzungen vorzunehmen. Für vertretbar wird gehalten, die zweifache Gesamthöhe einer Referenzanlage nicht nur bezüglich der „optisch bedrängenden“ Wirkung, sondern auch im Hinblick auf den Lärmschutz, zugrunde zu legen. Dadurch könne darauf verzichtet werden, immissionsschutzrechtlich zwingend erforderliche Abstände zur Wohnbebauung zu ermitteln. Gleichzeitig könne damit Unsicherheiten bei der Zuordnung des gesamten Plangebietes zu den einzelnen Gebietstypen der TA Lärm begegnet werden. Für die Ermittlung der Schutzabstände hätte der Plangeber allerdings eine der Höhe nach konkrete Windenergieanlage und keinen Korridor („Gesamthöhe: 145 – 200 Meter“) bestimmen müssen (Rn. 114 ff.).

Auch die Bestimmung der weichen Tabuzonen sei im Hinblick auf den in Relation größeren Abstand zum „Siedlungsbereich (§§ 30, 34 BauGB)“ (vorliegend 800 Meter) als zu „Einzelhaus und Splittersiedlung im Außenbereich (§ 35 BauGB)“ (vorliegend 600 Meter) fehlerhaft. Das gelte auch bei Berücksichtigung von Planungsermessen sowie Typisierungs- und Einschätzungsspielräumen. Zwar könne der Plangeber bei der Festlegung weicher Schutzabstände um die Wohnnutzung auf die Differenzierung zwischen den Baugebietstypen von TA Lärm und BauNVO verzichten und einen einheitlichen Abstand festlegen. Sofern er aber eine Differenzierung vornehme, dürfe diese nicht sachwidrig sein. Zähle der Plangeber wie im vorliegenden Fall zum „Siedlungsbereich“ auch faktische Gewerbegebiete im Innenbereich sowie Sonderbauflächen mit Gewerbecharakter, dürfe der Schutzabstand um diese Gebiete nicht größer sein als zur Wohnbebauung im Außenbereich. Die TA Lärm sehe Gewerbegebiete nämlich als deutlich weniger schützenswert an als Wohnnutzungen im Außenbereich (Rn. 118 ff.).

Die fehlende Differenzierung zwischen „harten“ und „weichen“ Tabuzonen sei ein beachtlicher Fehler, der für das Abwägungsergebnis von Bedeutung und kausal geworden sei. Nur in Ausnahmefällen sei es zulässig, bei Unsicherheiten, „um auf der sicheren Seite zu sein“, einen Bereich als weiches Tabu einzustufen oder ihn bei Unwägbarkeiten in der rechtlichen Einordnung – allerdings wohl nur hilfsweise – (zusätzlich) als weiches Tabu zu betrachten (Rn. 138 ff.).

Insofern sei der die Nutzung der Windenergie betreffende Abschnitt des RROP 2016 insgesamt für unwirksam zu erklären und damit auf alle Anträge zu erstrecken. Ohne Belang sei, dass die Antragsteller unterschiedliche räumliche Bereiche des RROP 2016 für unwirksam angesehen hätten. Der einheitliche Ausspruch ergebe sich hier aus Gründen des materiellen Rechts (Rn. 149 ff.).

## Fazit

Mit diesem Urteil hat sich das OVG Lüneburg erneut mit der Bestimmung von harten und weichen Tabuzonen auseinandergesetzt. Das Gericht stellt zunächst die Notwendigkeit dar, auch den „Siedlungsbereich“ in harte und weiche Tabuzonen zu unterteilen. Dabei betont es die Spielräume des Plangebers, geht auf Typisierungsmöglichkeiten ein und stellt in diesem Zusammenhang die Bedeutung der zweifachen Gesamthöhe von Windenergieanlagen nicht nur für den Gesichtspunkt der „optisch bedrängenden“ Wirkung, sondern auch für den Lärmschutz heraus. Gleichzeitig macht es aber auch deutlich, dass dabei die Schutzwürdigkeit einzelner Baugebietstypen nach der BauNVO sowie der TA Lärm beachtet werden muss und keinesfalls „umgekehrt“ werden dürfe. Das Urteil differenziert damit die Rechtsprechung des OVG Lüneburg zur Thematik der harten und weichen Tabukriterien weiter aus.<sup>1</sup>

Zugleich offenbart das Urteil die Fehleranfälligkeit der Bestimmung von harten und weichen Tabuzonen i.R.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Mit Blick auf die Komplexität der Konzentrationszonenplanung bleibt offen, ob das OVG Lüneburg mit dieser Entscheidung tatsächlich Rechtssicherheit schafft und inwieweit diese Entscheidung auf andere Bundesländer übertragbar ist.

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE190001159&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>1</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 14.5.2014 – 12 KN 29/13, [Rn. 104](#); OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, [Rn. 57](#); OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, [Rn. 93 ff.](#); Vgl. OVG Münster, Urt. v. 6.3.18 – 2 D 95/15.NE, [Rn. 180 ff.](#); allgemein zur Problemstellung: Wegner in „Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen“, 2018, [S. 20 f.](#)

Normenkontrollverfahren, Antragsfrist, Konzentrationszonen, Bekanntmachung von Flächennutzungsplänen

## OVG Münster, Urteil vom 7. März 2019 – 2 D 36/18.NE

**Die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO wird schon dann in Lauf gesetzt, wenn die zur Überprüfung gestellte Vorschrift mit formellem Geltungsanspruch veröffentlicht worden ist. Nicht entscheidend ist, ob der Vorgang der Bekanntmachung den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Bekanntmachung eines Flächennutzungsplans, dem eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zukommt, entspricht. (redaktioneller Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, wandte sich gegen die 6. Änderung des Flächennutzungsplanes der Gemeinde T. Mit der Änderung stellte die Antragsgegnerin eine Vorrangfläche für die Nutzung der Windenergie dar, welche nach der Planbegründung die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzielen sollte. Die durch die Bezirksregierung E. erteilte Genehmigung der 6. Änderung wurde im Juni 1999 im Amtsblatt des Kreises M. bekanntgemacht.

Die Antragstellerin plant die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen außerhalb dieser sogenannten Vorrangzone. Im Mai 2018 stellte sie einen Normenkontrollantrag und beantragte die Feststellung der Unwirksamkeit der 6. Änderung des Flächennutzungsplanes, soweit diese die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeiführen soll. Dabei sei die Antragsfrist nach § 47 Abs. 2 VwGO noch nicht abgelaufen. Dies folge aus der fehlerhaften Bekanntmachung der Änderung, der sowohl ein Hinweis auf den räumlichen Geltungsbereich als auch auf die beabsichtigte Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB fehle.

### Inhalt der Entscheidung

Der Normenkontrollantrag blieb erfolglos. Nach Ansicht des OVG Münster sei bereits die Antragsfrist gem. § 47 Abs. 2 VwGO i.Vm. § 195 VwGO offensichtlich abgelaufen. Die Frist werde in Gang gesetzt, wenn die zur Überprüfung gestellte Vorschrift mit formellem Geltungsanspruch veröffentlicht worden sei. Die ordnungsgemäße Bekanntmachung sei dafür ohne Belang und eine Handlung des Plangebers, die dem potenziell Antragsbefugten die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Geltungsanspruch des Plans verschaffe, ausreichend (Rn. 25 ff.). Auf die rechtliche Kategorisierung des Flächennutzungsplans und seiner Darstellungen komme es nicht an. Auch sei nicht erforderlich, dass sich die Antragsgegnerin (bereits) zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Umstands hätte bewusst sein müssen, dass ihre Flächennutzungsplanung bzw. die beabsichtigte Ausschlusswirkung Gegenstand einer prinzipialen Normenkontrolle werden könne. Dementsprechend sei es auch unerheblich, ob und inwieweit die Antragsgegnerin die an § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB anknüpfende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts BVerwG vorhergesehen habe (Rn. 39 ff.).

Das OVG Münster stellte weiter fest, dass die Antragstellerin vorliegend die Unwirksamkeit der Planänderung im Rahmen einer Inzidentkontrolle im Verfahren auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung geltend machen könne. Zudem verweist das Gericht auf die Möglichkeit der Genehmigungsbehörde, offensichtlich rechtswidrige Pläne ausnahmsweise bereits im Genehmigungsverfahren unberücksichtigt zu lassen (Rn. 54 ff.).

### Fazit

Die Entscheidung des OVG Münster befasst sich umfassend mit der Einhaltung der Antragsfrist im Rahmen des § 47 Abs. 2 VwGO und mit den Anforderungen an die Bekanntmachung von Flächennutzungsplänen, die die Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzielen sollen.

Ein Flächennutzungsplan, dem grundsätzlich kein Charakter als Rechtsnorm zukommt, ist nach § 6 Abs. 5 BauGB ortsüblich bekanntzugeben. Kommt den Darstellungen eines Flächennutzungsplans jedoch eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu, besitzt er insoweit nach Überzeugung des OVG Münster die Qualität einer Rechtsvorschrift. Rechtsnormen wiederum sind in einer Weise der

Öffentlichkeit bekanntzumachen, dass sich die Betroffenen in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt verlässlich Kenntnis verschaffen können.<sup>1</sup> Für den Fall einer Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB fordert die jüngere Rechtsprechung deshalb, dass den Adressaten der Bekanntmachung sowohl das Konzept der Konzentrationszonenplanung als auch der räumliche Geltungsbereich der Darstellungen, die Rechtsnormqualität haben, hinreichend deutlich gemacht wird.<sup>2</sup>

Diese Anforderungen gelten jedoch nach Ansicht des OVG Münster nur für die Bekanntmachung des Plans. Eine entsprechende Auslegung des Begriffs der Bekanntmachung in § 47 Abs. 2 VwGO lehnt das Gericht hingegen ab.<sup>3</sup> Eine Überprüfung alter Pläne im Wege des Normenkontrollverfahrens ist damit nach Auffassung des OVG Münster ausgeschlossen.

Stattdessen verweist das Gericht auf die Inzidentkontrolle. Mit nur einem Satz nennt das OVG zudem die weitere Möglichkeit, dass bereits die Genehmigungsbehörde einen offensichtlich unrichtigen Plan in Ausnahmefällen unberücksichtigt lassen könne. Da das Gericht dafür aber keinen Prüfungsmaßstab vorgibt, verdeutlicht diese Entscheidung auch das Spannungsverhältnis, dem Genehmigungsbehörden ausgeliefert sind, die ihren Genehmigungsentscheidungen ältere, offensichtlich unrichtige Pläne zugrunde legen müssen.

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

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2019/2\\_D\\_36\\_18\\_NE\\_Urteil\\_20190307.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2019/2_D_36_18_NE_Urteil_20190307.html)

---

<sup>1</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Rügefrist des § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB mit einer fehlerhaften Bekanntmachung nicht in Gang gesetzt wird, OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, [Rn. 51 ff.](#) (Rundbrief Windenergie und Recht 2/2018)

<sup>2</sup> OVG Münster, Urt. v. 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE, [Rn. 59](#); OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, [Rn. 41 – 44](#); OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, [Rn. 34 ff.](#)

<sup>3</sup> So aber Raschke, Aktuelle Fragen der Rechtsprechung zur Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, ZNER 2018, S. 219, 221 f.

## Genehmigungsverfahren, Antragsbefugnis, Begriff der Nachbarschaft, Wohngebiet, UVP, Windfarm, Einwirkungsbereich, standortbezogene Vorprüfung, Interimsverfahren OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. März 2019 – 12 ME 105/18

**1. Die Antragsbefugnis von Wohneigentümern in der Nähe einer Windenergieanlage hängt – zumindest im Grundsatz – nur davon ab, ob sie zur Nachbarschaft im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zählen, die durch den Einwirkungsbereich der Anlage eingegrenzt wird.**

**2. Der Begriff der Windfarm ergibt sich auch für die Übergangsfälle im Sinne des § 74 Abs. 1 UVPG aus § 2 Abs. 5 UVPG.**

**3. Wird die standortbezogene Vorprüfung zu Unrecht fortgesetzt, obwohl sich bereits in nicht zu beanstandender Weise ergeben hatte, dass kein Gebiet im Sinne der Nr. 2.3 Anlage 2 UVPG a. F. relevant betroffen ist, und führt sie dennoch zur Verneinung einer UVP-Pflicht, dürfte darin – jedenfalls für eine gemäß § 74 Abs. 1 UVPG noch nach altem Recht zu beurteilende Vorprüfung – kein absoluter Verfahrensfehler im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b) UmwRG zu sehen sein, sondern lediglich ein relativer Fehler im Sinne des § 4 Abs. 1a Satz 1 UmwRG.**

**4. Zur Anwendung des „Interimsverfahrens“.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Im Dezember 2016 erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen vier immissionsschutzrechtliche Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windenergieanlagen auf der Fläche H. Gegen die Genehmigungen legte die Antragstellerin Widerspruch ein. Zwischen dem Wohnhaus der Antragstellerin und den Windenergieanlagen besteht ein Abstand von 1.588 bzw. 1.813 Metern. Für die etwa fünf Kilometer entfernten Flächen C und E wurden zeitgleich zehn weitere Windenergieanlagen genehmigt.

Nachdem die vier Genehmigungen für sofort vollziehbar erklärt worden waren, stellte die Antragstellerin erfolglos beim VG Oldenburg einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Widersprüche. Daraufhin wandte sich die Antragstellerin mittels Beschwerde nach § 146 VwGO gegen die Entscheidung des VG und beantragte erneut Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg wies die Beschwerde zurück. Sie sei zwar zulässig, aber unbegründet.

Die Antragsbefugnis bejahte das OVG, da eine Verletzung des drittschützenden § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG nicht offensichtlich ausgeschlossen sei. Die Antragstellerin zähle zur Nachbarschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Der Nachbarschaftsbegriff knüpfe an den Einwirkungsbereich der Anlage an, welcher im Hinblick auf die Schallimmissionen einer Anlage durch die TA Lärm bestimmt werde (Rn. 28).

Das Gericht entschied weiter, dass vorliegend lediglich eine standortbezogene Vorprüfung für die vier hier umstrittenen Anlagen erforderlich gewesen sei, da gemäß § 2 Abs. 5 und 11 UVPG nur diese, nicht aber alle 14 zeitgleich genehmigten Anlagen eine Windfarm bildeten. Hinsichtlich des § 2 UVPG enthalte das Gesetz keine Übergangsvorschrift wie § 74 UVPG, da § 2 Abs. 5 UVPG nach dem Willen des Gesetzgebers die bislang vorherrschende Rechtsprechung<sup>1</sup> ersetzen solle (Rn. 36).

Vorliegend bildeten die 14 Anlagen keine Windfarm, da sich die Einwirkungsbereiche der vier mit den weiteren zehn genehmigten Anlagen nicht überschneiden. Der Einwirkungsbereich einer Anlage sei gemäß § 2 Abs. 11 UVPG das geographische Gebiet, in dem die Umweltauswirkungen auf die Schutzgüter gemäß § 2 Abs. 1 UVPG auftreten, die für die Zulassung des Vorhabens relevant sind. Für die Bestimmung des Einwirkungsbereichs im Bereich der Lärmimmissionen sei auf Nr. 2.2 der TA Lärm abzustellen. Im Bereich des Schattenwurfs fehle es an speziellen fachrechtlichen Regelungen, weswegen auf die

---

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 30.6.2004 – [4 C 9.03](#).

Faustformel zurückzugreifen sei, der zufolge eine Windfarm bei Abständen von weniger als zehn Rotor-durchmessern anzunehmen sei. Hinsichtlich des Landschaftsbildes wiederum könne der Radius der 15-fachen Anlagenhöhe einen Anhaltspunkt bieten (Rn. 38 ff.). Liege der kürzeste Abstand zwischen den Windenergieanlagen erheblich über dem typisierenden Abstandsmerkmal des 10-fachen Rotor-durchmessers, komme auch eine Verklammerung der Anlagen durch artenschutzfachliche Prüf- bzw. Untersuchungsräume nicht in Betracht (Rn. 46).

Ferner beurteile sich die Rechtmäßigkeit der standortbezogenen Vorprüfung aufgrund der Übergangsvorschrift § 74 Abs. 1 UVPG nach § 3c Satz 2 und 3 UVPG a.F. i.V.m. der Anlage 2 a.F. Werde die standortbezogene Vorprüfung zu Unrecht über den „ersten Schritt“ hinaus fortgesetzt und führe sie dann dennoch zur Verneinung einer UVP-Pflicht, dürfe darin – jedenfalls für eine noch nach altem Recht zu beurteilende Vorprüfung – kein absoluter, sondern lediglich ein relativer Verfahrensfehler gemäß § 4 Abs. 1a Satz 1 UmwRG zu sehen sein (Rn. 53 ff.).

Die Anwendung des sogenannten Interimsverfahrens lehnte das OVG im Ergebnis ab. Dies begründete es mit einer doppelten Argumentationslinie: Zum einen sieht das Gericht schon keine durch untergesetzliche Normen außerrechtswirksam begründete Rechtspflicht zur Anwendung des „Interimsverfahrens“. Zum anderen sei den Anforderungen des § 5 Abs. 1 BImSchG jedenfalls dann Genüge getragen, wenn weder auf der Grundlage von Berechnungen nach dem alternativen Verfahren noch nach dem Interimsverfahren mit einer Überschreitung der Immissionsrichtwerte zu rechnen sei. Zu einer Überschreitung würde es jedenfalls dann nicht kommen, wenn die Berechnungen nach dem alternativen Verfahren mindestens 4,8 dB(A) unter dem Immissionsrichtwert lägen (Rn. 63 ff.).

## Fazit

Mit diesem Beschluss bestätigt das OVG Lüneburg die Rechtsprechung des VGH Mannheim aus dem Jahr 2018<sup>2</sup>, auch bei Übergangsfällen den Windfarmbegriff nach § 2 Abs. 5 UVPG anzuwenden. Weiter spricht es sich gegen eine Verklammerung von mehreren Kilometern voneinander entfernten Anlagen unter dem Windfarmbegriff i.S.d. § 2 Abs. 5 UVPG aus.

Die Entscheidung des OVG Lüneburg zeigt zudem, dass die Frage der Anwendbarkeit des Interimsverfahrens weiterhin unterschiedlich gehandhabt wird. Das Gericht lässt dahinstehen, ob die Bindungswirkung der TA Lärm entfallen ist, hat aber eine Rechtspflicht zur Anwendung des Interimsverfahrens verneint.<sup>3</sup> Lediglich der VGH Mannheim hat bislang als einziges Oberverwaltungsgericht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zugunsten des Interimsverfahrens nach Inkrafttreten des entsprechenden Landes-Erlasses entschieden.<sup>4</sup>

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.juris.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE190000982&st=null&doctype=juris-r&showdoccase=1&param-fromHL=true#focuspoint>

---

<sup>2</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 25.1.2018 – 10 S 1681/17, [Rn. 14 ff.](#)

<sup>3</sup> Zur Anwendbarkeit des Interimsverfahrens: OVG Koblenz, Urt. v. 20.9.2018 – 8 A 11958/17, [Rn. 126 ff.](#) sowie OVG Hamburg, Beschl. v. 30.10.2018 – 1 Bs 163/18, [Rn. 21.](#)

<sup>4</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 25.1.2018 – 10 S 1681/17, [Rn. 25 ff.](#)



**1. Im Rahmen eigener Prüfung der von einem Sachverständigen als Verwaltungshelfer erarbeiteten Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen eines Vorhabens muss die Genehmigungsbehörde sich mit den Fragen auseinandersetzen, ob zu den von dem Sachverständigen vorgenommenen Bewertungen sowie seinen wesentlichen im Verwaltungsverfahren umstrittenen Wirkungsprognosen rechtmäßige Alternativen bestehen und warum sie diese nicht den Vorzug gegenüber den entsprechenden Einschätzungen des Sachverständigen gibt.**

**2. Die behördliche Prüfung muss zudem nach Ausmaß, wesentlichem Inhalt und Ergebnis vor dem Ergehen des Genehmigungsbescheides in den Verwaltungsvorgängen schriftlich dokumentiert werden.**

**(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsgegner genehmigte der Beigeladenen 2016 die Errichtung und den Betrieb von vier Windenergieanlagen. Der Antragsteller, eine anerkannte Umweltvereinigung, erhob dagegen zunächst Widerspruch und im Anschluss Klage. Er machte in erster Linie geltend, dass die UVP nicht normkonform durchgeführt worden sei. Insbesondere habe die Antragsgegnerin § 20 Abs. 1a Satz 1 der 9. BImSchV a.F. nicht hinreichend beachtet. Nach dieser Vorschrift obliegt es der Genehmigungsbehörde, bei UVP-pflichtigen Anlagen eine zusammenfassende Darstellung hinsichtlich der möglichen Auswirkungen des Vorhabens auf die Schutzgüter einschließlich der Vermeidungs- und Ersatzmaßnahmen zu erarbeiten. Diese zusammenfassende Darstellung habe die Behörde nicht selbst erstellt, sondern extern an den TÜV Nord Umweltschutz vergeben und dessen Ausführungen nahezu vollständig in den Genehmigungsbescheid übernommen. Im vorliegenden Verfahren stritten die Parteien um die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg stellte die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vollumfänglich wieder her.

Als anerkannter Umweltverband sei der Antragsteller antragsbefugt (Rn. 38). Weiter ging der Senat davon aus, dass die zur Hauptsache erhobene Klage jedenfalls insoweit Erfolg haben werde, als dass die angefochtene Genehmigung rechtswidrig und nicht vollziehbar sei. Die erforderliche UVP sei nämlich unter Verstoß gegen § 20 Abs. 1a Satz 1 und Abs. 1b Satz 2 der 9. BImSchV a.F. durchgeführt worden. Anders als beispielsweise § 4b BauGB enthalte weder das BImSchG noch die 9. BImSchV Angaben darüber, ob und inwieweit behördenexterne Sachverständige bei der Erledigung der in § 20 Abs. 1a Satz 1 und Abs. 1b Satz 2 der 9. BImSchV a.F. genannten Aufgaben herangezogen werden könnten. Als Rechtsgrundlage komme daher nur § 13 Abs. 1 Satz 4 der 9. BImSchV a.F. in Betracht. Dabei dürfe die Grenze der Verwaltungshilfe, in deren Rahmen einem Dritten der Vollzug einer Aufgabe übertragen wird, die Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung aber bei dem Träger der öffentlichen Verwaltung verbleibt, nicht überschritten werden. Eine faktische Beleihung dürfe nicht erfolgen. Dies sei durch die unkritische Übernahme der zusammenfassenden Darstellung des TÜVs jedoch geschehen (Rn. 50 ff.).

Insbesondere der Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als gebundene Entscheidung in Verbindung mit der Berücksichtigungspflicht des § 20 Abs. 1b Satz 3 der 9. BImSchV a. F. sprächen dafür, in der Bewertung der Umweltauswirkungen gemäß § 20 Abs. 1b Satz 1 der 9. BImSchV a.F. eine genuine Hoheitsaufgabe zu sehen, welche die Genehmigungsbehörde – zumindest in der Regel – ausschließlich durch eigene Bedienstete wahrzunehmen habe (Rn. 53).

Denkbar sei eine derartige Verwaltungshilfe allenfalls als Notbehelf. Aber auch dann seien an die Übernahme von Bewertungen der Umweltauswirkungen eines Vorhabens hohe Anforderungen zu stellen. Denn der Genehmigungsbehörde obliege auch im Falle der Verwaltungshilfe eine eigene Sichtung, Prüfung und rechtliche Durchdringung des Materials sowie der darauf aufbauenden Ausarbeitungen (Rn. 55).



## Fazit

Vor dem Hintergrund der häufig langen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen und einer teilweise unzureichenden personellen Ausstattung wird immer wieder diskutiert, inwieweit durch die Auslagerung bestimmter Aufgaben an externe Sachverständige Abhilfe geschaffen werden kann. Im Hinblick auf die zusammenfassende Darstellung im Rahmen der UVP entschied das OVG Lüneburg nun, dass dies gerade „kein Königsweg der Verfahrensbeschleunigung (sei), sondern (...) im Grundsatz nicht dem Sinn und Zweck der Umweltverträglichkeitsprüfung (entspreche)“ (Rn. 46). Wollen oder sollen Behörden bestimmte Aufgaben im Rahmen des Zulassungsprozesses auslagern, ist daher sorgfältig zu prüfen, ob, und wenn ja in welchem Rahmen, dies rechtssicher möglich ist. Indem die Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung – und damit umfangreiche Kontroll- und Bewertungsaufgaben – bei der Behörde verbleiben, kann sich zudem die Frage des praktischen Nutzens einer Auslagerung stellen, die aber wohl nur einzelfallbezogen beantwortet werden kann.

Die vorliegende Entscheidung erging noch zur alten Fassung der 9. BImSchV. Sie behält aber auch für die novellierte Fassung Gültigkeit, da die entscheidungserheblichen Normen inhaltlich weitgehend unverändert geblieben sind.<sup>1</sup>

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE190000586&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>1</sup> Entwurf der Ersten Verordnung zur Änderung der Verordnung über das Genehmigungsverfahren – 9. BImSchV, BR-Drs. 268/17, S. 30.

**1. Eine „angemessene Prüfung“ i.S.d. Art. 6 Abs. 3 der Habitat-Richtlinie muss zum einen in vollem Umfang die Lebensraumtypen und Arten, für die ein Gebiet geschützt ist, erfassen und zum anderen sowohl die Auswirkungen des vorgeschlagenen Projekts auf die in dem Gebiet vorkommenden Arten, für die das Gebiet nicht ausgewiesen wurde, als auch die Auswirkungen auf die außerhalb der Grenzen dieses Gebiets vorhandenen Lebensraumtypen und Arten nennen und erörtern, soweit diese Auswirkungen geeignet sind, die Erhaltungsziele des Gebiets zu beeinträchtigen.**

**2. Im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der UVP-Richtlinie muss der Projektträger Angaben zu den Umweltauswirkungen sowohl der ausgewählten Lösung als auch jeder einzelnen der wichtigsten von ihm geprüften anderweitigen Lösungsmöglichkeiten vorlegen und die Gründe für seine Auswahl zumindest im Hinblick auf ihre Umweltauswirkungen erläutern, und dies auch dann, wenn eine solche anderweitige Lösungsmöglichkeit in einem frühen Stadium verworfen wurde.  
(redaktionelle Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Das Ausgangsverfahren betraf ein Straßenbauprojekt in Irland, welches in einem Natura 2000-Gebiet geplant war. Die Kläger des Ausgangsverfahrens gingen im Klagewege vor dem zuständigen nationalen Gericht gegen die Genehmigung vor. Sie machten im Wesentlichen geltend, dass die Behörde einen Rechtsfehler begangen habe, da die vorgenommene FFH-Verträglichkeits-Prüfung nach der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (Habitat-Richtlinie)<sup>1</sup> unzureichend gewesen sei.

Weiter beanstandeten die Kläger, dass auch die durchgeführte UVP nicht der Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die UVP bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (UVP-Richtlinie)<sup>2</sup> entsprochen habe. Insbesondere habe die Genehmigungsbehörde nicht die Umweltauswirkungen der geprüften wichtigsten alternativen Lösungsmöglichkeiten in Betracht gezogen.

Die aufgeworfenen Fragen legte der High Court dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vor.

### Inhalt der Entscheidung

Der EuGH ging in seinem Urteil zunächst auf die Habitat-Richtlinie ein und klärte den Umfang der „angemessenen Prüfung“. Eine angemessene Prüfung erfordere, dass zum einen in vollem Umfang die Lebensraumtypen und Arten, für die ein Gebiet geschützt ist, erfasst würden. Darüber hinaus müssten aber auch die Auswirkungen des vorgeschlagenen Projekts auf die in dem Gebiet vorkommenden Arten, für die das Gebiet nicht ausgewiesen wurde, und die Auswirkungen auf die außerhalb der Grenzen dieses Gebiets vorhandenen Lebensraumtypen und Arten benannt und erörtert werden, soweit diese Auswirkungen geeignet sind, die Erhaltungsziele des Gebiets zu beeinträchtigen. Lebensraumtypen und Arten, für die das Gebiet nicht geschützt ist, seien nur in die Prüfung mit einzubeziehen, wenn sie zur Erhaltung der für das geschützte Gebiet ausgewiesenen Lebensraumtypen und Arten erforderlich sind (Rn. 39).

Im Rahmen der UVP-Prüfung hatte sich insbesondere die Frage gestellt, wie der Begriff der „wichtigsten anderweitigen Lösungsmöglichkeiten“ auszulegen ist. Hier urteilte der EuGH, dass der Projektträger Angaben zu den Umweltauswirkungen sowohl der ausgewählten Lösung als auch jeder einzelnen der wichtigsten von ihm geprüften anderweitigen Lösungsmöglichkeiten vorlegen müsse. Dabei habe der Projektträger zumindest im Hinblick auf die jeweiligen Umweltauswirkungen seine Auswahlgründe anzugeben. Dies gelte selbst dann, wenn eine solche anderweitige Lösungsmöglichkeit in einem frühen Stadium verworfen wurde (Rn. 65 ff.).

---

<sup>1</sup> ABl. 1992, L 206, S. 7.

<sup>2</sup> ABl. 2012, L 26, S. 1.

## Fazit

Mit der Entscheidung hat der EuGH sowohl den Umfang der FFH-Verträglichkeitsprüfung als auch den der UVP weiter konturiert.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG sind grundsätzlich nur die Lebensraumtypen und Arten Gegenstand der jeweiligen Verträglichkeitsprüfung, die in der Schutzgebietserklärung oder im Standard-Datenbogen des betroffenen Natura 2000-Gebiets als Schutzgegenstände genannt sind.<sup>3</sup> Hier fordert der EuGH nun auch eine Einbeziehung der Auswirkungen des vorgeschlagenen Projekts auf die in dem Gebiet vorkommenden Arten, für die das Gebiet nicht ausgewiesen wurde, soweit diese Auswirkungen geeignet sind, die Erhaltungsziele des Gebiets zu beeinträchtigen. Ein Maßstab dafür, wann die Auswirkungen auf nicht unter Schutz gestellte Arten die Erhaltungsziele beeinträchtigen, lässt sich dem Urteil allerdings nicht entnehmen. Insofern bleibt der Prüfungsumfang unklar. Die vom EuGH geforderte räumliche Ausdehnung des Prüfungsumfangs ist hingegen bereits in der Rechtsprechung des BVerwG anerkannt.<sup>4</sup>

Nach dem UVPG wird im Rahmen der Alternativenprüfung nach § 16 Abs. 1 Nr. 6 nur verlangt, dass der Vorhabenträger die Alternativen darstellt, die er tatsächlich geprüft hat. Auch das BVerwG geht davon aus, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der UVP-Richtlinie nur eine Übersicht über die „vom Projektträger geprüften“ Alternativen verlange, ohne eine Pflicht zur Prüfung vorzusehen.<sup>5</sup> Mehr als eine Übersicht über die Lösungsmöglichkeiten verlangt auch der EuGH in dieser Entscheidung nicht, macht aber deutlich, dass alle geprüften Lösungsalternativen einschließlich der jeweiligen Umweltauswirkungen darzulegen sind.

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

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207424&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6375942>

---

<sup>3</sup> BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20.05, [Rn. 77](#).

<sup>4</sup> BVerwG, Urt. v. 14.4.2010 – 9 A 5.08, 1. Ls, [Rn. 21 ff.](#)

<sup>5</sup> BVerwG, Beschl. v. 9.4.2008 – 7 B 2.08, 7 B 2/08, [Rn. 6](#).

**1. Ein „Etikettenschwindel“ ergibt sich bei Einfügung einer Ausnahmegvorschrift nicht bereits daraus, dass der Verordnungsgeber im Bereich der Konzentrationszonen für Windenergieanlagen für diese Anlagen und die erforderlichen Erschließungsanlagen die Zulassung von Ausnahmen zwingend angeordnet hat, sofern vermeidbarer Beeinträchtigungen von Natur- und Landschaft unterlassen werden.**

**2. Auch eine im Vorfeld der eigentlichen Abwägung erfolgte Zielfestlegung kann durch eine spätere Selbstvergewisserung des Verordnungsgebers über sein Normsetzungsermessen und das Abwägungsgebot sowie durch eine (ergänzende) Abwägung geheilt werden.**

**3. Es ist der Behörde zwar nicht schlechthin verwehrt, bei der Einschätzung, ob erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen zu erwarten sind, auf die durch den Verordnungsgeber geschaffenen Ausnahmemöglichkeiten des jeweiligen Landschaftsschutzgebiets abzustellen und sich die darin enthaltene Wertung und Abwägung zu eigen zu machen. Nimmt die Behörde in ihrer Prüfung jedoch im Wesentlichen nur auf diesen Ausnahmetatbestand Bezug, muss mindestens gewährleistet sein, dass die dieser Ausnahme zugrunde liegende Abwägungsentscheidung des Verordnungsgebers Aussagekraft für das gesamte bei der Vorprüfung in den Blick zu nehmende Untersuchungsgebiet hat.**

**(redaktionelle Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin ist eine Naturschutzvereinigung. Sie wandte sich im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung von sechs Windenergieanlagen im Landschaftsschutzgebiet Märkischer Kreis.

Seit 2013 stand der Beigeladene mit dem Antragsgegner und den zuständigen Behörden hinsichtlich der Errichtung der Anlagen in Kontakt. Ende 2016 erfolgte eine Änderung der Verordnung zur Festsetzung des Landschaftsschutzgebiets Märkischer Kreis (Verordnung). Danach sind für Windenergieanlagen Ausnahmen vom generellen Bauverbot innerhalb der in der Landschaftsschutzkarte dargestellten Konzentrationszonen vom zuzulassen, sofern bei dem entsprechenden Vorhaben vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft unterlassen werden. Von einer Vermeidbarkeit ist nach der Verordnung auszugehen, wenn zumutbare Alternativen ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu erreichen sind.

Ende 2016 erteilte der Antragsgegner dem Beigeladenen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Errichtung und Betrieb der Anlagen und anschließend deren sofortige Vollziehung an. Die Antragstellerin erhob hiergegen Klage und stellte erfolgreich beim VG Ansbach einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. Hiergegen wandten sich der Beigeladene und der Antragsgegner auf dem Weg der Beschwerde.

### Inhalt der Entscheidung

Die Beschwerde vor dem OVG Münster blieb erfolglos.

Entgegen der Auffassung des VG sei die dem Ausnahmetatbestand der Verordnung zugrunde liegende Abwägung nicht offensichtlich fehlerhaft, weil sich die Behörde nicht in unzulässiger Weise vorzeitig festgelegt habe. Der Plangeber habe bei der Festsetzung und Änderung von Landschaftsschutzgebieten ein Normermessen. Demnach sei zu prüfen, ob eine Preisgabe der gesetzlichen Schutzgüter mit den Zielen des BNatSchG und den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen vereinbar und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sei. Besprechungen und Abstimmungen im Vorfeld einer Abwägungsentscheidung begründeten erst dann einen Abwägungsfehler, wenn eine erkennbar verfrühte Zielfestlegung nicht durch eine spätere Selbstvergewisserung des Verordnungsgebers sowie durch eine (ergänzende) Abwägung geheilt worden sei (Rn. 28 ff.).

Ebenso wenig liege ein offensichtlicher „Etikettenschwindel“ vor. Dieser sei erst dann gegeben, wenn nur scheinbar an den Schutzbestimmungen der Verordnung festgehalten werde, tatsächlich aber der

Landschaftsschutz aufgegeben worden sei, um die angestrebte Realisierung eines anderen, möglicherweise nicht zulässigen Vorhabens oder Regelungsziels, zu ermöglichen. Bei der angestrebten Errichtung von Windenergieanlagen in einem Landschaftsschutzgebiet sei dies nicht von vornherein der Fall. Dem Schutzgedanken des § 1 BNatSchG könne insbesondere durch eine Zonierung nach § 22 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG entsprochen werden, da hierbei lediglich eine Abstufung des Schutzniveaus für die ausgewiesenen Bereiche entstehe (Rn. 39 ff.).

Die angefochtene Genehmigung leide jedoch an einem absoluten Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 Satz 2, Satz 1 Nr. 1 Buchst. b UmwRG. So sei die Vorprüfung nicht nach den Maßstäben des § 7 Abs. 7 UVPG (§ 3c Satz 6 UVPG a.F.) dokumentiert und ebenso wenig nachvollziehbar i.S.d. § 5 Abs. 3 UVPG (§ 3a Satz 4 UVPG a.F.). Insbesondere sei das Qualitätskriterium „Landschaft“ in der vom Antragsgegner verwendeten Studie nicht hinreichend berücksichtigt worden. Die dort festgelegten Untersuchungsradien und Abstände seien für sich genommen nicht abschließend entscheidend, wenn es um die Frage einer Beeinträchtigung ginge, da sie insbesondere nicht die Auseinandersetzung im konkreten Einzelfall ersetzen könnten (Rn. 79 ff.).

Des Weiteren trügen die Ausführungen des Antragsgegners, weshalb er erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen ablehnt, das Ergebnis der UVP-Vorprüfung nicht. Es sei einer Behörde grundsätzlich möglich, darauf abzustellen, dass der Ordnungsgeber in einem Landschaftsschutzgebiet Ausnahmen von den dort geltenden Verboten zugelassen hat, und sich die darin zum Ausdruck kommende Wertung und Abwägung des Ordnungsgebers zu eigen zu machen. Der Verweis auf den Ausnahmetatbestand in der Verordnung greife vorliegend jedoch zu kurz, weil die Ausnahme örtlich begrenzt gelte und damit die zugrunde liegende Abwägungsentscheidung des Ordnungsgebers keine Aussagekraft für das gesamte Gebiet habe (Rn. 90 ff.).

## Fazit

Die Entscheidung des OVG Münster beinhaltet sowohl zu Ausnahmen von Landschaftsschutzgebietsverordnungen als auch zu Aspekten der UVP-Vorprüfung interessante Ausführungen. Zunächst stärkt der Beschluss das Normermessen des Ordnungsgebers, da im Fall einer Ordnungsänderung auch eine frühe Zielfestlegung oder die Erörterung von Regelungsvarianten für sich genommen noch keinen Abwägungsfehler begründen. Ebenso geht das Gericht restriktiv mit dem Begriff des „Etikettenschwindels“ um, was dem Ordnungsgeber die Berücksichtigung verschiedener Interessenlagen ermöglicht. Insbesondere die Errichtung von Windenergieanlagen ist mit dem Schutzzweck einer Landschaftsschutzgebietsverordnung nicht schlechthin unvereinbar.

Detailliert geht das OVG Münster zudem nochmals auf Einzelaspekte der UVP-Vorprüfung ein und gibt den Anforderungen zum Teil neue Konturen. Der Beschluss zeigt aber auch die Fehleranfälligkeit der UVP-Vorprüfung und die damit verbundenen Herausforderungen für die zuständigen Behörden auf.

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

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2018/8\\_B\\_1170\\_17\\_Beschluss\\_20181127.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2018/8_B_1170_17_Beschluss_20181127.html)

- 1. Karten einer Landschaftsschutzgebietsverordnung sind als Bestandteile der Verordnung in Originalgröße im amtlichen Verkündungsblatt abzudrucken.**
- 2. Eine Landschaftsschutzgebietsverordnung darf repressive Verbote ohne Erlaubnisvorbehalt nur dann vorsehen, wenn von vornherein feststeht, dass die verbotenen Maßnahmen den Charakter des unter Schutz gestellten Gebiets schlechthin verändern oder dem besonderen Schutzzweck schlechthin zuwiderlaufen.**
- 3. Handlungen, auf die dies nicht zutrifft, dürfen nur mit präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt belegt werden (hier: Bauverbote).  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Im April 2015 erließ der Antragsgegner die Verordnung über das Landschaftsschutzgebiet „Sollingvorland-Wesertal“ (Verordnung). Diese wurde vom Kreistag des Antragsgegners beschlossen und im Amtsblatt bekannt gemacht. Die Verordnung erstreckt sich auf ein 25.000 Hektar großes Gebiet, welches verschiedene Gemeinden umfasst. Sie enthält verschiedene Verbote, unter anderem, dass Baumaßnahmen aller Art im gesamten Gebiet verboten sind. Die untere Naturschutzbehörde kann auf Antrag nach Maßgabe des § 67 BNatSchG i.V.m. § 41 NAGBNatSchG eine Befreiung von den Verboten erteilen.

Im März 2016 stellte der Antragsteller, welcher Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs in dem Schutzgebiet der Verordnung ist, einen Normenkontrollantrag beim OVG Lüneburg. Er beanstandete vor allem das absolute Bauverbot, da dieses seine Landwirtschaft ohne ausreichenden sachlichen Grund stark beschränke.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG sah den Normenkontrollantrag als zulässig und begründet an.

Mangels einer ordnungsgemäßen Bekanntmachung sei die Verordnung bereits nicht wirksam geworden. Der Antragsgegner habe die für die Abgrenzung und Darstellung des Landschaftsschutzgebiets maßgebliche Karte 2 nicht ordnungsgemäß nach § 14 Abs. 4 Satz 2 bis 6 NAGBNatSchG in seinem amtlichen Verkündungsblatt abgedruckt. Zum einen seien die Blätter der Karte 2 nicht vollständig und nicht wie gesetzlich gefordert in ihrer Originalgröße, sondern nur verkleinert abgedruckt worden. Zum anderen enthalte die Verordnung keine Textbeschreibung der unter Schutz gestellten Örtlichkeiten, welche den vollständigen und ordnungsgemäßen Abdruck der Karten hätte ersetzen können (Rn. 76 ff.). Darüber hinaus sei die Verordnung auch deshalb unwirksam, weil die Naturschutzgebiete, Naturdenkmale und gesetzlich geschützten Biotop, die von den Vorschriften der Verordnung ausgenommen sind, in Karte 2 nicht dargestellt worden seien (Rn. 84 ff.).

Der Senat führte weiter aus, dass das in der Verordnung enthaltene Bauverbot gegen § 26 Abs. 2 BNatSchG und das Übermaßverbot verstoße. Die Naturschutzbehörde dürfe repressive Verbote ohne Erlaubnisvorbehalt nur dann erlassen, wenn von vornherein feststehe, dass die verbotenen Maßnahmen den Charakter des unter Schutz gestellten Gebiets verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderlaufen. Handlungen, die dem Gebietscharakter oder dem besonderen Schutzzweck nicht generell abträglich seien, dürften nur mit einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt belegt werden, das es der Naturschutzbehörde ermögliche, die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit den Schutzgütern der Verordnung in jedem Einzelfall zu überprüfen, und überdies einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis begründen, wenn die Schutzgüter nicht beeinträchtigt werden (Rn. 92 ff.).

Vorliegend sei das Landschaftsschutzgebiet sehr groß und teilweise von Landes- und Kreisstraßen durchzogen. Es habe zudem bebaute Grundstücke, die nicht nur land- oder forstwirtschaftlichen Betrieben dienen, und grenze an vielen Stellen unmittelbar an Siedlungen. Aufgrund dieser Vorbelastung und der Größe des Gebiets liefen Baumaßnahmen, insbesondere an Landes- und Kreisstraßen, auf

schon bebauten Grundstücken und am Rand von Siedlungen, dem Gebietscharakter in seiner Gesamtheit nicht zwangsläufig negativ zuwider. Damit kollidiert nicht jede dem repressiven Bauverbot unterliegende Baumaßnahme zwangsläufig mit den besonderen Schutzzwecken der Verordnung (Rn. 100 ff.).

### Fazit

In dieser Entscheidung macht das OVG Lüneburg deutlich, dass Baumaßnahmen in Landschaftsschutzgebieten nicht ohne Weiteres unter ein repressives Verbot ohne Erlaubnisvorbehalt gestellt werden dürfen. Denn ein absolutes Bauverbot verstößt nach Ansicht des OVG Lüneburg vor allem bei vorbelasteten und sehr großen Schutzgebieten gegen das Übermaßverbot. Ein solches absolutes Bauverbot sei vielmehr nur dann zulässig, wenn die baulichen Anlagen nach Art, Zweckbestimmung, Gestaltung, Größe und Standort die Landschaft tatsächlich veränderten oder sonst dem besonderen Schutzzweck einer Landschaftsschutzgebietsverordnung entgegenstehen. Auch ein Bauverbot zulasten einer Windenergieanlage sollte somit unter Berücksichtigung der Qualität des Schutzgebietes bewertet werden.<sup>1</sup>

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE190000630&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>1</sup> Siehe zur Auslegung des Befreiungstatbestandes in einem Landschaftsschutzgebiet OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.9.2016 – 12 LA 145/15 (Rundbrief Windenergie und Recht [1/2017](#)) und OVG Münster, Beschl. v. 9.6.2017 – 8 B 1264/16 (Rundbrief Windenergie und Recht [3/2017](#)).

Ausschreibungsverfahren, EEG, Verpflichtungsbeschwerde nach § 83a Abs. 1 EEG, Bürgerenergiegesellschaft, Prüfungsumfang bei Eigenerklärung, Ausschlussgrund, Stimmrechte der Mitglieder, Absprache über Gebotswert

## **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. September 2018 – 3 Kart 80/17 (V)**

**1. Die Verpflichtungsbeschwerde nach § 83a Abs. 1 EEG ist begründet, wenn ein bezuschlagtes Gebot den gesetzlichen Anforderungen an ein zulässiges Gebot objektiv nicht genügt und der Zuschlag stattdessen auf das Gebot des Beschwerdeführers hätte erfolgen müssen. Eine unrichtige Eigenerklärung über das Vorliegen der in § 36 EEG 2017 aufgeführten besonderen Ausschreibungsbedingungen stellt bereits im Zuschlagsverfahren einen Ausschlussgrund dar.**

**2. Die Befugnis der geschäftsführenden Komplementär-GmbH einer Bürgerenergiegesellschaft, über die Höhe der abzugebenden Gebote zu entscheiden, Kommanditeinlagen zu erhöhen oder Kommanditisten aufzunehmen, führt nicht zu einer dem Regelungszweck des § 36g EEG 2017 widersprechenden Aushöhlung des Stimmrechts der Gesellschafter einer Bürgerenergiegesellschaft.  
(amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Im vorliegenden Verfahren hatte die Beschwerdeführerin, eine Bürgerenergiegesellschaft, im Wege der Verpflichtungsbeschwerde nach § 83 Abs. 1 EEG die nachträgliche Bezuschlagung ihres Gebots begehrt.

In der zweiten Ausschreibungsrunde des Jahres 2017 hatte die Bundesnetzagentur, die die Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land durchführt, 67 Gebote mit einem Gebotsumfang von 1.013 Megawatt bezuschlagt. Dabei entfielen 37 Zuschläge mit einem Zuschlagsvolumen von 660 Megawatt auf die A-Bürgerenergiegesellschaften. Die Beschwerdeführerin erhielt keinen Zuschlag. Wären die A-Bürgerenergiegesellschaften nicht bezuschlagt worden, hätte die Beschwerdeführerin unstreitig einen Zuschlag erhalten.

Alle A-Bürgerenergiegesellschaften wurden jeweils von der B als Komplementärin und einer natürlichen Person, die Mitarbeiter der A-Gruppe ist, als Gründungskommanditistin gegründet. Anschließend traten ihnen jeweils neun weitere natürliche Personen als Kommanditisten mit einer Haftsumme von 100 Euro bei.

Im Verfahren machte die Beschwerdeführerin geltend, dass die A-Bürgerenergiegesellschaften keinen Zuschlag hätten erhalten dürfen, da sie die Voraussetzungen des § 36g i.V.m. § 3 Nr. 15 EEG nicht erfüllten. Insbesondere läge die Voraussetzung nach § 3 Nr. 15 Buchst. a EEG, der zufolge eine Bürgerenergiegesellschaft aus mindestens zehn natürlichen Personen als stimmberechtigte Mitglieder bestehen muss, nicht vor, da die Stimmrechte der Kommanditisten der A-Bürgerenergiegesellschaften faktisch leerliefen.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OLG Düsseldorf hielt die Beschwerde für zulässig, aber unbegründet. Die Beschwerdeführerin hätte mit ihrer Verpflichtungsbeschwerde nur erfolgreich sein können, wenn die Gebote der A-Bürgerenergiegesellschaften zu Unrecht bezuschlagt worden wären und stattdessen ein Zuschlag zu ihren Gunsten hätte erfolgen müssen. Nach Auffassung des Senats erfüllten die A-Bürgerenergiegesellschaften jedoch die Voraussetzungen des § 36g i.V.m. § 3 Nr. 15 EEG, sodass die Zuschläge zurecht erteilt worden seien.

Zunächst nahm der Senat Stellung zum Prüfungsumfang vor Zuschlagserteilung. Die Bundesnetzagentur sei grundsätzlich nicht verpflichtet, die inhaltliche Richtigkeit aller Eigenerklärungen über das Bestehen einer Bürgerenergiegesellschaft aktiv zu prüfen. Unabhängig davon, ob die Bundesnetzagentur im Vorfeld der Bezuschlagung einen Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben festgestellt habe, könne die Einhaltung der Anforderungen aber im Rahmen der Verpflichtungsbeschwerde gerichtlich überprüft werden (Rn. 31 ff.).

Weiter stellte der Senat fest, dass die in § 3 Nr. 15 Buchst. a EEG genannte Voraussetzung, wonach die Bürgerenergiegesellschaft aus mindestens zehn natürlichen Personen als stimmberechtigte Mitglieder



oder Anteilseigner bestehen muss, vorliege. Der Gesellschaftsvertrag sehe vor, dass die Kommanditisten je 100 Euro Kapitalanteil eine Stimme haben. Außerdem beschließe die ordentliche Gesellschafterversammlung unter anderem einstimmig die Feststellung des Jahresabschlusses, die Entlastung der Komplementär-GmbH, die Beschlussfassung über die Gewinnverteilung und über Entnahmen, die Feststellung von Wirtschafts-, Finanz- und Investitionsplänen, die Auflösung der Gesellschaft und die Änderung des Gesellschaftsvertrags. Der Umstand, dass die Komplementär-GmbH als Geschäftsführerin ohne gesonderte Zustimmung der Gesellschafterversammlung über die Höhe der abzugebenden Gebote entscheiden dürfe und berechtigt sei, namens und im Auftrag aller Gesellschafter die Kommanditeinlagen von beigetretenen Kommanditisten auf deren eigenen Wunsch zu erhöhen oder Kommanditisten in die Gesellschaft aufzunehmen, höhle das Stimmrecht nicht aus. Unschädlich sei auch, dass die Regelungen nicht den (dispositiven) handelsrechtlichen Vorschriften zum Umfang der Geschäftsführungsbefugnis in §§ 164, 116 Handelsgesetzbuch (HGB) entsprechen (Rn. 55 ff.).

Auch eine Unrichtigkeit der Eigenerklärungen über die Flächenverfügbarkeit konnte der Senat nicht erkennen (Rn. 63 ff). Gleiches gelte für eine Absprache der Gebotswerte; eine bloße positive Kenntnis der geschäftsführenden Organe über die Gebotswerte der anderen Gesellschaften reiche nicht aus (72 ff).

### **Fazit**

Mit dieser Entscheidung klärt das OLG Düsseldorf erstmals einige der trotz der umfangreichen Regelung des § 36g EEG noch offenen Detailfragen im Zusammenhang mit Bürgerenergiegesellschaften. Zunächst konkretisiert das Gericht die Anforderungen, die an die Prüfpflicht der Bundesnetzagentur im Vorfeld des Ausschreibungsverfahrens zu stellen sind. Darüber hinaus zeigt das OLG auf, dass an die Ausgestaltung der Stimmrechte von Mitgliedern oder Anteilseignern von Bürgerenergiegesellschaften keine überspannten Anforderungen zu stellen sind und macht stattdessen deutlich, dass der Gesetzgeber – jedenfalls im Hinblick auf die Stimmrechte – keine konkreten qualitativen Anforderungen formuliert hat.

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

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2018/3\\_Kart\\_80\\_17\\_V\\_Beschluss\\_20180905.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2018/3_Kart_80_17_V_Beschluss_20180905.html)

## Impressum

© FA Wind, Juni 2019

### Herausgeber:

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

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

### Text und Redaktion:

Kathrina Baur, LL.M, Dr. Marike Endell,  
Marianna Roscher

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

Dr. Antje Wagenknecht, MBA

### Haftungsausschluss:

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

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

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

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



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

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