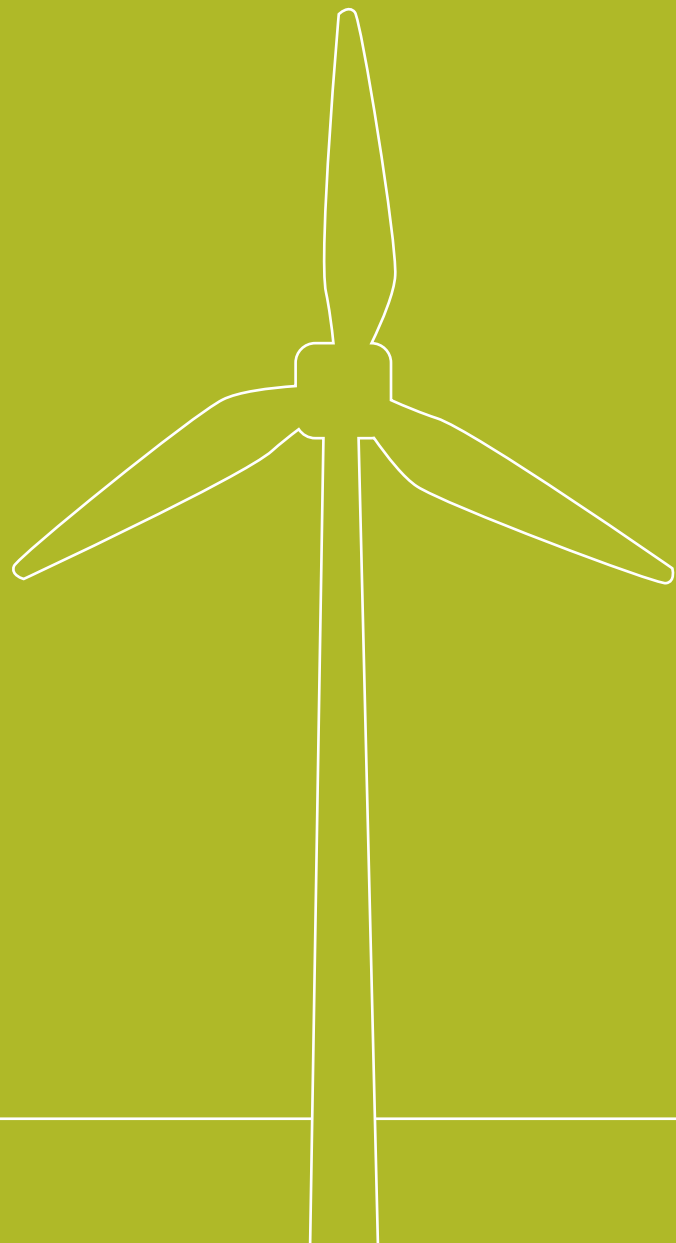
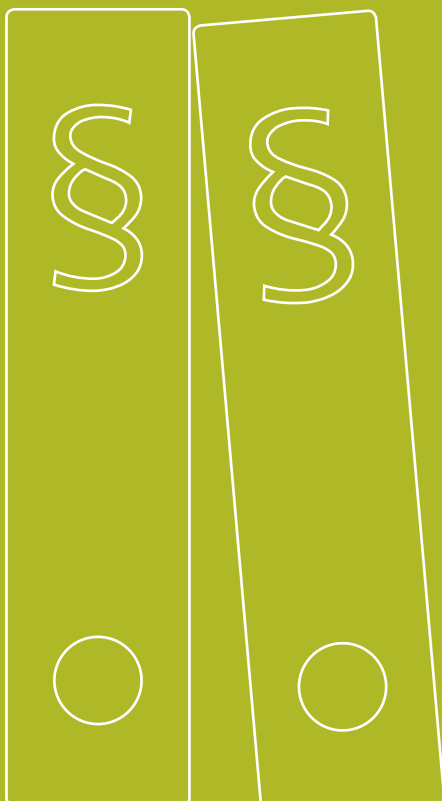




Rundbrief Windenergie und Recht 2/2020



Mitwirkende

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

Ina Abraham, Verband kommunaler Unternehmen e.V.

Monika Agatz, Kreis Borken

Thomas Aufleger, NWP Planungsgesellschaft mbH

Kathrina Baur, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Deliana Bungard, Deutscher Städte- und Gemeindebund

Dr. Silke Christiansen, Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende

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

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

Caroline Gebauer, BUND

Johanna Hansen, Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen

Elisabeth Hartleb, Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende

Lisa Körner, HessenAgentur

Christian Nieße, innogy SE

Dr. Johannes Osing, Märkischer Kreis

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

Annette Reisch, ENERTRAG AG

Marianna Roscher, Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Alexander Schröder, Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung des Landes Mecklenburg-Vorpommern

Gregor Sickel, juwi AG

Nina-Isabel Skrobanek, bdew

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

Dr. Nils Wegner, Stiftung Umweltenergierecht

Magnus Wessel, BUND

Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	3
Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Landschaftsschutzgebiete, Abstandsvorgabe im Landesentwicklungsplan, substantiell Raum schaffen OVG Münster, Urteil vom 20. Januar 2020 – 2 D 100/17.NE	4
Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Naturschutzgebiete, substantiell Raum schaffen OVG Lüneburg, Urteil vom 7. Februar 2020 – 12 KN 75/18.....	7
Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Anwendungsbereich des § 249 Abs. 1 BauGB OVG Lüneburg, Urteil vom 26. Februar 2020 – 12 KN 182/17	9
Genehmigungsverfahren, Berücksichtigung artenschutzfachlicher Belange bei der standortbezogenen Vorprüfung BVerwG, Urteil vom 26. September 2019 – 7 C 5.18	11
Genehmigungsverfahren, Freistellungserklärung, Konzentrationswirkung, Änderungen im Widerspruchsverfahren OVG Lüneburg, Beschluss vom 19. Dezember 2019 – 12 ME 168/19	13
Genehmigungsverfahren, Tötungsverbot, Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.Gl.....	15
Genehmigungsverfahren, bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung, Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, mitgezogene Nebenanlage OVG Schleswig, Beschluss vom 21. Februar 2020 – 1 MB 24/19	17
Ausschreibungsverfahren, immissionsschutzrechtliche Genehmigung, Änderungsgenehmigung, Zuschlag, § 36f Abs. 2 EEG 2017, Vertrauensschutz OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. März 2020 – 3 Kart 772/19	19

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

auch in diesem Rundbrief nehmen Entscheidungen zu kritischen Windenergiethemen – der Steuerung der Windenergie im Außenbereich und dem Artenschutzrecht – den größten Platz ein: In der ersten in diesem Rundbrief besprochenen Entscheidung nimmt das OVG Münster in einem sehr umfangreichen Urteil zu vielen Aspekten der Konzentrationszonenplanung Stellung. Zwar schärft das Gericht in wichtigen Punkten seine Position; divergierende Ansichten zu anderen Gerichten bleiben aber bestehen und erschweren die Planung weiter. Einen für die Planungspraxis gangbaren Weg scheint hingegen das OVG Lüneburg für die Berücksichtigung von Altflächen im Rahmen einer neuen Planung aufzuzeigen: Solche Altflächen sollen nach dem Verständnis des Gerichts auch dann als Vorranggebiete ausgewiesen werden können, wenn dies eine uneinheitliche Anwendung der weichen Tabukriterien erfordere. Die Gewöhnungseffekte von Mensch und Natur rechtfertigten eine solche ungleiche Anwendung.

In einer weiteren Entscheidung hat das OVG Lüneburg seine restriktive Haltung zum Verständnis des § 249 Abs. 1 BauGB bekräftigt und will eine isolierte Positivplanung – wenn überhaupt – nur im Rahmen des geltenden Planungskonzepts zulassen. Damit begrenzt das Gericht die Möglichkeit einer schnellen und auch kostengünstigen zusätzlichen Flächenausweisung. Das OVG Münster hatte sich im Jahr 2017 noch für ein weiteres Verständnis der Norm ausgesprochen und erfährt nun – trotz der neueren Rechtsprechung des OVG Lüneburg – deutliche Unterstützung aus der jüngeren Literatur.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Prüfprogramm einer UVP bei Windenergieanlagen ist mit Spannung erwartet worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat nun klargestellt, dass artenschutzrechtliche Belange i.S.d. § 44 BNatSchG prinzipiell nicht in die standortbezogene Vorprüfung einbezogen werden können und betont damit nachvollziehbar den grundlegenden Unterschied zwischen besonderem Artenschutz und Gebietsschutz. Zur artenschutzrechtlichen Ausnahme hat das VG Gießen im Februar dieses Jahres geurteilt und das Vorliegen der Ausnahmegründe für drei Windenergieanlagen verneint. Zur Klärung des umstrittenen Anwendungsbereichs der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Nr. 4 und 5 BNatSchG trägt das Gericht nicht abschließend bei, da verschiedene Aussagen des Verwaltungsgerichts keineswegs zwingend sind. Das Urteil kann jedoch den Weg für eine dringend erforderliche Entscheidung auf höchstrichterlicher Ebene bereiten.

Weiter finden Sie in diesem Rundbrief eine Entscheidung des OVG Lüneburg zur Anwendbarkeit des § 15 BlmSchG im Fall einer noch nicht bestandskräftigen Genehmigung. In der Entscheidung hat das Gericht die „Ausgliederung“ des Verfahrens vor Abschluss des Widerspruchsverfahrens als mit der Konzentrationswirkung unvereinbar gewertet. Für die Praxis schließen sich an diese Auffassung nicht unproblematische Folgeprobleme. Zudem wird eine Entscheidung des OVG Schleswig besprochen, in welcher sich das Gericht für die baurechtliche Privilegierung eines Radarmasten für eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung ausspricht.

Zu guter Letzt stellen wir Ihnen einen Beschluss des OLG Düsseldorf zu § 36f EEG 2017 vor. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf hat die Bundesnetzagentur im Ausschreibungsverfahren keine Prüfpflicht, ob die Genehmigungsbehörde im Fall einer Typenänderung zurecht eine Änderungsgenehmigung oder eine Neugenehmigung erlassen hat. Dies erscheint zunächst nachvollziehbar, perpetuiert aber eine im Gesetz angelegte Ungleichbehandlung, da Typenänderungen in der Genehmigungspraxis und auch in der Rechtsprechung uneinheitlich über Änderungsgenehmigungen oder Neugenehmigungen zugelassen werden.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Dr. Antje Wagenknecht
Geschäftsführerin

Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Landschaftsschutzgebiete, Abstandsvorgabe im Landesentwicklungsplan, substantiell Raum schaffen

OVG Münster, Urteil vom 20. Januar 2020 – 2 D 100/17.NE

1. Werden harte Tabukriterien in Zweifelsfällen als weiche Tabukriterien behandelt, muss die Planung tatsächlich parallel bzw. doppelt unter der Prämisse harter oder weicher Kriterien vollständig durchgeführt werden.

2. Der landesplanerische Grundsatz, dem zufolge zwischen Windenergieanlagen und allgemeinen sowie reinen Wohngebieten ein Abstand von 1.500 m eingehalten werden soll, beruht allein auf dem Aspekt der Sicherung einer „Akzeptanz in der Bevölkerung“. Dieser Aspekt ist schon wegen seiner Unschärfe und fehlenden Greifbarkeit weder ein raumordnerisch noch ein bauleitplanerisch tauglicher oder handhabbarer Belang.

3. Jedenfalls dann, wenn der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationszonen 10 % des nach Abzug der harten Tabukriterien verbleibenden Gemeindegebiets ausmacht, ist regelmäßig davon auszugehen, dass der Windenergienutzung substantiell Raum verschafft wurde. (redaktionelle Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerinnen, zwei Unternehmen der Windenergiebranche, wendeten sich im vorliegenden Fall gegen die 97. Änderung des Flächennutzungsplans der Stadt C als Antragsgegnerin. Mit der 97. Änderung wies die Antragsgegnerin vier Konzentrationszonen für die Windenergienutzung aus und schloss die Windenergie im restlichen Plangebiet nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aus. Nach Abzug der harten Tabuzonen betragen die Konzentrationszonen 7,3 % der Gemeindefläche.

Im Allgemeinen Teil des Flächennutzungsplans setzte sich die Antragsgegnerin auch mit der Frage auseinander, was im Fall einer fehlerhaften Bestimmung der harten und weichen Tabuzonen gelten soll. Dazu hielt sie fest: „In diesem Fall sind die als „hart“ angenommenen Tabukriterien vom Rat in gleicher Weise als „weiche“ Tabukriterien gewollt. Umgekehrt gilt: Sollten sich einzelne als „weich“ erachtete Tabukriterien als „harte“ erweisen, so berührt auch dieses nach dem Willen des Rates die Abwägung im Übrigen und deren Ergebnis nicht.“

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Münster erklärt die 97. Änderung des Flächennutzungsplans für unwirksam, soweit damit eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden soll.

Die Frage nach der formellen Rechtswidrigkeit der Konzentrationszonenplanung lässt das OVG Münster ausdrücklich offen. Dies gilt auch für die Frage, ob der Feststellungsbeschluss wirksam ist, obwohl nur 9 der 39 Ratsmitglieder daran beteiligt waren. Die restlichen Ratsmitglieder hatten sich – wohl unzutreffend – aufgrund von eigenem oder Angehörigen gehörendem Grundbesitz im Plangebiet selbst für befangen erklärt. (Rn. 74 ff.)

Allerdings leide der Flächennutzungsplan an beachtlichen materiellen Fehlern, so das Gericht.

Zunächst habe die Antragsgegnerin die noch nicht ausgenutzten Sondergebiete, Sonderbauflächen und öffentlichen Grünflächen im Außenbereich zu Unrecht den harten Tabukriterien zugeordnet. Der Gemeinde stehe es offen, ihre diesbezügliche Planung jederzeit zu ändern, sodass auf diesen Flächen die Windenergie weder tatsächlich noch rechtlich ausgeschlossen sei. (Rn. 137)

Zudem habe die Antragsgegnerin fehlerhaft alle Landschaftsschutzgebiete, FFH-Gebiete und Naturschutzgebiete als harte Tabuzonen gewertet. Windenergieanlagen könnten in Landschaftsschutzgebieten nach Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung errichtet werden, sodass eine objektive Befreiungslage bestehe. Auf eine möglicherweise abweichende – und ggf. auch unzutreffende – Einschätzung der Fachbehörde komme es in diesem Zusammenhang nicht an. (Rn. 141 ff.) Bei der Einordnung eines FFH-Gebiets als hartes Tabukriterium wiederum sei maßgeblich, ob die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann. (Rn. 159) Dies gelte entsprechend auch für Naturschutzgebiete. (Rn. 164 ff.)

Diese Fehler seien nicht deshalb unbeachtlich, weil harte Tabuzonen nach Vorstellung der Antragsgegnerin im Zweifel auch als weiche Tabuzonen gewollt seien. Zwar lasse das Bundesverwaltungsgericht unter bestimmten Voraussetzungen die Behandlung von harten Tabuzonen als weiche zu. Umgekehrt sei eine Wertung von weichen Tabuzonen als harte Tabuzonen aber gerade nicht möglich, weil dann eigentlich der Abwägung zuzuordnende Kriterien der Abwägung entzogen würden. (Rn. 173 ff) Würden eigentlich harte Tabukriterien als weiche behandelt, müsse die Planung außerdem tatsächlich doppelt, also sowohl unter der Prämisse einer weichen als auch unter der Prämisse einer harten Tabuzone durchgeführt werden. (Rn. 178)

Darüber hinaus seien der Antragsgegnerin auch bei der Auswahl der weichen Tabukriterien Fehler unterlaufen. Die Kriterien müssten nach einem stimmigen und nachvollziehbaren Maßstab und unter Berücksichtigung grundlegender Strukturen des Städtebaurechts erfolgen. Deshalb könnten Vorsorgeabstände nicht pauschal, sondern müssten unter Berücksichtigung der verschiedenen Gebietstypen der BauNVO und der entsprechend unterschiedlichen Lärmvorgaben gebildet werden. (Rn. 202 ff.)

Nicht zu beanstanden sei, dass die Antragsgegnerin die Abstandsvorgabe des Landesentwicklungsplans nicht umgesetzt habe. Dem landesplanerischen Grundsatz eines Abstandes von 1.500 m zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung lasse sich insofern keine eindeutige Aussagekraft entnehmen. Er sei sowohl raumordnerisch als auch stadtplanerisch zu unbestimmt und stehe entsprechend unter einer Vielzahl von Vorbehalten wie etwa den konkreten örtlichen Verhältnissen oder dem Substanzgebot. (Rn. 205)

Letztendlich habe die Antragsgegnerin der Windenergie durch die ausgewiesenen Tabuzonen auch nicht substantiell Raum verschafft. Zwar sei der Bewertungsmaßstab noch nicht höchstrichterlich geklärt. Das OVG Münster gehe in dieser Entscheidung davon aus, dass jedenfalls dann, wenn der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationszonen 10 % der Vergleichsfläche (= nach Abzug der harten Tabuzonen verbleibendes Gemeindegebiet) ausmache, regelmäßig davon auszugehen sei, dass der Windenergienutzung substantiell Raum geschaffen wurde. Umgekehrt gelte, dass die Planung umso problematischer erscheint, je weiter sie sich von dieser Marke entferne.

Fazit

In diesem umfangreichen Urteil differenziert der 2. Senat des OVG Münster nicht nur seine Rechtsprechung zu den harten und weichen Tabuzonen weiter aus, sondern positioniert sich auch zu verschiedenen grundsätzlichen Fragen der Konzentrationszonenplanung.

Im Hinblick auf Landschaftsschutz-, FFH- und Naturschutzgebieten spricht sich der 2. Senat gegen die pauschale Einordnung als harte Tabuzonen aus. Im Hinblick auf die Einordnung von Naturschutzgebieten widerspricht das OVG Münster damit – jedenfalls vordergründig – dem OVG Lüneburg. Dieses will Naturschutzgebiete bei lediglich „theoretisch denkbaren Ausnahmen“ nicht als weiche Tabuzone und damit tendenziell als harte Tabuzonen eingeordnet wissen.¹ Gemein ist beiden Gerichten jedoch die deutliche Forderung nach einer überschlägigen Einzelfallbewertung eines jeden Gebiets im Hinblick auf dessen Schutzziele, die für die richtige Einordnung unverzichtbar sei.

Mit diesem Urteil bekräftigt der 2. Senat zudem seine Auffassung, dass für die Einordnung von Landschaftsschutzgebieten Stellungnahmen der zuständigen Fachbehörden über die mögliche Erteilung von Befreiungen nicht ausschlaggebend sind.² Der 8. Senat des OVG Münster spricht den Stellungnahmen hingegen ein größeres Gewicht zu: Bei der Prognose des Plangebers bilde die Stellungnahme der zuständigen Naturschutzbehörde ein „gewichtiges Indiz“, mit dem sich der Plangeber ausführlich auseinandersetzen müsse.³ Dieser Wertungswiderspruch erschwert die ohnehin anspruchsvolle Planung für die Kommunen zusätzlich.

¹ OVG Lüneburg, Urte. v. 7.2.2020 – 12 KN 75/18, [Rn. 95](#) (auch in diesem Rundbrief besprochen).

² OVG Münster, Urte. v. 9.9.2019 – 10 D 36/17.NE, [Rn. 89](#) (in Rundbrief [1/2020](#) besprochen).

³ OVG Münster, Urte. v. 21.4.2020 – 8 A 311/19, [Rn. 59](#).

Deutlich positioniert sich das OVG Münster in dieser Entscheidung zu der uneinheitlich bewerteten Frage, inwieweit harte Tabukriterien „im Zweifel“ auch als weiche Tabuzonen gewertet werden können.⁴ Diesen Ansatz hält der Senat grundsätzlich für gangbar.⁵ In diesem Fall fordert das OVG Münster allerdings eine doppelte Prüfung, die sowohl unter der Prämisse einer harten als auch unter der Prämisse einer weichen Tabuzone vollständig durchzuführen ist und konkretisiert das Prüfungsprogramm damit merklich.

Mit vergleichsweise knappen Worten hat das OVG Münster weiter geurteilt, dass der politisch durchaus umstrittenen landesplanerischen Abstandsvorgabe „kaum je“ eine Relevanz für die Flächennutzungsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zukommen dürfte. Abstandsvorgaben finden sich mittlerweile in mehreren Landesentwicklungsplänen – das OVG Münster macht mit dieser Entscheidung allerdings einmal mehr deutlich, dass deren Bedeutung für die Konzentrationszonenplanung ganz maßgeblich von der Formulierung im Einzelfall abhängt und sich pauschale Vorgaben verbieten.⁶

Farbe bekennt das Gericht auch zur Frage des Maßstabs „substanziell Raum schaffen“. Während sich das Bundesverwaltungsgericht und andere Obergerichte im Hinblick auf den geltenden Maßstab zurückhaltend zeigen, hat sich das OVG Münster nun klar für eine Herangehensweise ausgesprochen: Jedenfalls dann, wenn der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationszonen 10 % des nach Abzug der harten Tabukriterien verbleibenden Gemeindegebiets ausmacht, ist regelmäßig davon auszugehen, dass der Windenergienutzung substanziell Raum verschafft wurde. Damit gibt es den Planern klare Vorgaben an die Hand, grenzt aber gleichzeitig auch den Handlungsspielraum ein.

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

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2020/2_D_100_17_NE_Urteil_20200120.html

⁴ Wohl ablehnend OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.5.2019 – 2 A 4.19, [Rn. 80 ff.](#) (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen)

⁵ Vgl. dazu auch OVG Lüneburg, Urt. v. 7.2.2020 – 12 KN 75/18, [Rn. 83](#) (auch in diesem Rundbrief besprochen).

⁶ Vgl. etwa zur Geltung der Abstandsvorgabe in Hessen VGH Kassel, Urt. v. 26.8.2019 – [4 A 2426/17](#) (in Rundbrief [1/2020](#) besprochen).

Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Naturschutzgebiete, substanziell Raum schaffen
OVG Lüneburg, Urteil vom 7. Februar 2020 – 12 KN 75/18

1. Naturschutzgebiete sind als harte Tabuzonen zu werten.

2. Zur Berücksichtigung von „bauleitplanerisch“ für die Windenergie „gesicherten Bereichen“ bei der Aufstellung eines RROP.

3. Zur Frage, ob der Windkraft durch die Planung substanziell Raum gegeben wurde. (amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerinnen, drei Unternehmen der Windenergiebranche, wendeten sich im vorliegenden Fall gegen die Fortschreibung des sachlichen Teilabschnitts Windenergie des Regionalen Raumordnungsprogramms (RROP 2017) der Antragsgegnerin.

Mit dem RROP 2017 legte die Antragsgegnerin abschließend Vorranggebiete für die Windenergienutzung fest. Auch durch Bauleitpläne ausgewiesene Flächen für die Windenergienutzung müssen sich künftig innerhalb dieser Vorranggebiete befinden. Abweichend davon sollte die Errichtung von Windenergieanlagen ausnahmsweise in bereits bauleitplanerisch wirksam gewordenen Sonderbauflächen zulässig sein.

Insgesamt machen die durch das RROP 2017 ausgewiesenen Vorranggebiete 0,48 % der Landesfläche aus. Nach Abzug der harten Tabuzonen beträgt der Anteil 0,55 % am Plangebiet. Berücksichtigt man darüber hinaus die außerhalb der Vorranggebiete liegenden Sondergebiete, ergibt sich ein Anteil von 1,35 %.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg erklärte das RROP 2017 für unwirksam, da es unter erheblichen materiellen Fehlern leide.

Bereits an der Vorgehensweise, neue Windenergieanlagen in bereits bebauten Sonderbauflächen außerhalb der neu ausgewiesenen Vorranggebiete zuzulassen, äußert das Gericht erhebliche Bedenken. Hierbei handle es sich nämlich nicht um sogenannte „weiße Flächen“, für die es an einer raumordnerischen Aussage fehlt. Vielmehr knüpfe die Planung hier an die jederzeit durch die Kommunen abänderbare Planung an, was das System des Raumordnungsrechts aber so nicht vorsehe. (Rn. 65)

Stattdessen hätten die bereits bebauten Sonderbauflächen erneut als Vorranggebiete ausgewiesen werden sollen. Dem stehe nicht grundsätzlich entgegen, dass dieses Vorgehen nur bei einer uneinheitlichen Anwendung der Kriterien für die weichen Tabuzonen möglich sei. Das Interesse der Anlagenbetreiber sowie der Gewöhnungseffekt der angrenzenden Wohnbevölkerung und der Natur könnten einen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Handhabung der weichen Tabukriterien darstellen. Eine uneinheitliche Anwendung der harten Tabukriterien sei hingegen ausgeschlossen. (Rn. 66)

Das Vorgehen der Antragsgegnerin, den gesamten Abstand zur Wohnbebauung allein als weiche Tabuzone einzuordnen, bewertet das OVG Lüneburg als fehlerhaft. Insbesondere liege keine Fallkonstellation vor, die aufgrund von „Unwägbarkeiten“ den Rückgriff auf weiche Tabukriterien zulasse. Stattdessen verweist das OVG Lüneburg erneut auf den von ihm aufgezeigten Weg, den harten Abstand zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung über das Rücksichtnahmegebot zu ermitteln.¹

Auch die Einstufung von Naturschutz- und Landschaftsschutzgebieten als weiche Tabuzonen wertet das OVG Lüneburg als fehlerhaft. Die nur theoretische Möglichkeit, dass in Einzelfälle eine Befreiung oder Ausnahme erteilt werde, rechtfertige es nicht, diese Gebiete als weiche Tabuzonen einzuordnen. (Rn. 85 ff.)

¹ Vgl. dazu OVG Lüneburg, Urt. v. 25.4.2019 – 12 KN 22.17, [Rn. 80](#) m.w.N. (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen).

Zuletzt äußert das Gericht deutliche Zweifel daran, ob der Windenergie durch die vorliegende Planung substanziell Raum verschafft wurde. Insbesondere könne dabei nicht ausschließlich auf das Verhältnis zwischen der Größe der im jeweiligen Plan dargestellten Konzentrationsflächen und der Größe der Potenzialflächen, die sich nach Abzug der harten Tabukriterien ergeben, abgestellt werden. (Rn. 100) Vor diesem Hintergrund sei es auch unzulässig, einen bestimmten prozentualen Anteil festzulegen, den die Konzentrationsflächen im Vergleich zu den Potenzialflächen erreichen müssen, um dem Substanzgebot zu genügen. Ohne die Frage abschließend zu beurteilen, erscheint dem Senat allerdings ein Anteil von 0,48 % der Landkreisfläche bzw. von 0,55 % der Landkreisfläche nach Abzug der harten Tabuzonen als zu gering. Auch der Wert von 1,35 % bei Berücksichtigung der Sonderbauflächen – die überdies jederzeit durch die Gemeinden abänderbar seien – ändere an der Bewertung nichts. (Rn. 109 ff.)

Fazit

Ein zentraler Aspekt dieser Entscheidung ist der Umgang mit Altflächen im Fall eines neuen Konzepts für die Windenergieplanung. Stellt ein Planungsträger ein neues Konzept für die Steuerung der Windenergie im Außenbereich auf, ergibt sich häufig das Problem, dass gut akzeptierte Altflächen bei einer konsequenten Anwendung der weichen Tabukriterien – insbesondere im Hinblick auf Vorsorgeabstände zur Wohnbebauung oder zugunsten des Artenschutzes – nicht mehr ausgewiesen werden können. Im vorliegenden Fall wollte die Antragsgegnerin solche Flächen neben den Vorranggebieten weiterhin zur Verfügung stellen, ohne diese aber als Vorranggebiete auszuweisen.

Dieses Vorgehen erklärt das OVG Lüneburg mit knappen Worten für unzulässig. Gleichzeitig weist es aber einen anderen Weg auf: Im Hinblick auf diese Gebiete sei uneinheitliche Anwendung der weichen Kriterien aufgrund von Gewöhnungseffekten bei Anwohnern und Natur gerechtfertigt zu sein, sodass sie als Vorranggebiete ausgewiesen werden könnten. Dies scheint aus planerischer Sicht ein gangbarer Weg zu sein. Ob diese Herangehensweise auch von anderen Obergerichten geteilt wird, bleibt abzuwarten.

Das OVG Lüneburg ordnet Naturschutzgebiete aufgrund des Veränderungsverbots in § 23 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG grundsätzlich als harte Tabuzonen ein – die bloß theoretische Möglichkeit einer Befreiung oder Ausnahme im Einzelfall reiche gerade nicht aus, um diese Gebiete als weiche Tabuzonen zu werten. Für eine letztendlich rechtssichere Einordnung hält es aber eine weitergehende Prüfung der einzelnen Gebiete im Hinblick auf ihre Schutz- und Erhaltungsziele für unabdingbar. Auch das OVG Münster fordert im Hinblick auf die Einordnung solcher Gebiete eine Prüfung der objektiven Rechtslage. Die Einordnung dieser Gebiete als harte Tabuzone hat es ohne eine entsprechende Prüfung für abwägungsfehlerhaft bewertet.²

Im Hinblick auf das Substanzgebot spricht sich das OVG Lüneburg nach wie vor für keinen bestimmten Maßstab aus. Damit urteilt es zurückhaltender als beispielsweise das OVG Münster. Das OVG Münster geht in seiner jüngeren Rechtsprechung davon aus, dass jedenfalls dann, wenn der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationszonen 10 % des Plangebiets abzüglich der harten Tabuzonen ausmacht, der Windenergienutzung regelmäßig substanziell Raum geschaffen wurde.³ Gleichwohl zeigt die Bewertung des OVG Lüneburg, dass ein Flächenanteil von 0,48 % der Planungsregion wohl deutlich zu gering ist, um dem Substanzgebot zu genügen.

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

http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc_id=MWRE200000586&st=null&showdoccase=1

² OVG Münster, Urt. v. 20.1.2020 – 2 D 100.17.NE, [Rn. 141 ff., 164](#) (auch in diesem Rundbrief besprochen).

³ OVG Münster, Urt. v. 20.1.2020 – 2 D 100.17.NE, [Rn. 233](#) (auch in diesem Rundbrief besprochen).

1. Es wird durch § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB nicht ermöglicht, in die Ausschlusszonen konzeptionell überholter Konzentrationsflächenplanungen aufgrund eines lediglich reduzierten Prüfungsprogramms weitere Sonderbauflächen einzufügen.

2. Die generelle Einordnung von Landschaftsschutzgebieten als (nur) weiche Tabuzonen in Anknüpfung an eine theoretische Befreiungsmöglichkeit ist nicht gerechtfertigt. (amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall streiten die Beteiligten um die Wirksamkeit der Ausschlusswirkung für die Windenergienutzung im Plangebiet.

Die Antragsgegnerin hatte in ihrer auf das Jahr 1995 zurückgehenden Flächennutzungsplanung zunächst an vier Standorten Sonderbauflächen für die Windenergienutzung dargestellt. Außerhalb dieser Sonderbauflächen war die Windenergie nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausgeschlossen. Mit der 4. Änderung des Flächennutzungsplans wies die Antragsgegnerin zwei weitere Sonderbauflächen aus. Dafür ließ sie die ursprüngliche Konzentrationszonenplanung unberührt und wählte die zusätzlichen Sonderbauflächen anhand eines neuen Planungskonzepts aus. Sie ging davon aus, dass eine solche isolierte Positivplanung auf Grundlage des § 249 Abs. 1 BauGB möglich sei und die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für das verbleibende Plangebiet bestehen bleibe.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg gab dem Normenkontrollantrag statt und erklärte die 4. Änderung des Flächennutzungsplans für unwirksam, soweit damit ein Ausschluss der Windenergienutzung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erreicht werden soll.

Grund dafür sei bereits das fehlende gesamtäumliche Planungskonzept. § 249 Abs. 1 BauGB rechtfertige es jedenfalls nicht, neben bestehenden Konzentrationszonen neue Flächen auf Grundlage eines neuen Planungskonzepts auszuweisen und dabei die bestehenden Konzentrationszonen nicht mit in den Blick zu nehmen.

Ob § 249 Abs. 1 BauGB überhaupt eine Rechtsgrundlage dafür bietet, neben bereits bestehenden Konzentrationszonen neue Konzentrationszonen auszuweisen, lässt das OVG Lüneburg offen. (Rn. 111) Aber selbst für den Fall, dass man dies bejahe, lehnt das Gericht eine „freischwebende“ isolierte Positivplanung auf Grundlage eines neuen Planungskonzepts ab. Nach Auffassung des OVG Lüneburg könne eine isolierte Positivplanung allenfalls auf Grundlage des ursprünglichen Planungskonzepts erfolgen. Dies wiederum setze aber auch eine Prüfung des alten Planungskonzepts bzw. dessen ausreichende Aktualität voraus. Eine isolierte Positivplanung sei daher allein auf den sogenannten Potentialflächen denkbar. (Rn. 111 ff.)

Weiter äußert sich das OVG Lüneburg zur Einordnung verschiedener Gebiete in harte und weiche Tabuzonen. Die Qualifizierung von Landschaftsschutzgebieten als (nur) weiche Tabuzonen in Anknüpfung an eine theoretische Befreiungsmöglichkeit sei nicht gerechtfertigt. Vielmehr sei eine generalisierende Betrachtung des jeweiligen Gebiets anhand des Maßstabs des § 34 Abs. 2 BNatSchG erforderlich. (Rn. 121, 125) Vergleichbares gelte für FFH-Gebiete: Auch hier sei eine nähere Auseinandersetzung mit den individuellen Erhaltungszielen und Schutzzwecken erforderlich. (Rn. 124)

Fazit

In dieser Entscheidung setzt sich das OVG Lüneburg ausführlich mit dem für die Planung durchaus bedeutsamen § 249 Abs. 1 BauGB auseinander. Im Ergebnis hat sich das Gericht erneut für ein restriktives Verständnis der Norm ausgesprochen.

Der Regelungsgehalt des § 249 Abs. 1 BauGB ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob auf Grundlage der Norm überhaupt weitere Flächen für die Windenergienutzung ausgewiesen werden können und, wenn ja, ob dies eine neue Gesamtabwägung erfordert.

Anhaltspunkte für das Verständnis der Norm gab zunächst das OVG Münster mit einem Urteil aus dem Jahr 2017. § 249 Abs. 1 BauGB ermögliche eine weitere Flächenausweisung bei bereits vorhandenen Konzentrationszonen. Dabei könnten zusätzliche Flächen für die Windenergie auch ohne ein neues gesamträumliches Planungskonzept geschaffen werden. Dies gelte jedenfalls, wenn die Ausschlusswirkung des ursprünglichen Konzepts weiterhin wirksam bzw. bestandskräftig sei.¹ Anders als das OVG Lüneburg fordert das OVG Münster kein „Aufsetzen“ der isolierten Positivplanung auf das ursprüngliche Planungskonzept mit dem Ergebnis, dass zusätzliche Flächen lediglich aus den Potentialflächen ausgewählt werden können. Dies begründet das OVG Münster vor allem mit dem Gedanken, dass die Vorschrift des § 249 Abs. 1 BauGB „letztlich überflüssig“ wäre, wenn die Gemeinde bei der Ausweisung zusätzlicher Flächen an das gesamträumliche Planungskonzept gebunden wäre.²

Diesem Verständnis trat das OVG Lüneburg bereits im vergangenen Jahr entgegen. Eine isolierte Positivplanung könne – sofern überhaupt zulässig – allenfalls auf Grundlage des ursprünglichen Planungskonzepts erfolgen.³ Während dies für aktuelle Planungen durchaus denkbar ist, scheint es insbesondere für ältere Planungen – wie im vorliegenden Fall – so gut wie ausgeschlossen. Diese Folge nimmt das OVG Lüneburg im vorliegend besprochenen Urteil mit der Begründung in Kauf, dass es „Aufgabe der Flächennutzungsplanung (sei), Überholtes abzulösen und die Flächennutzung vorbereitend und zukunftsgerichtet zu steuern“ und bestätigt damit seine bisherige Linie. (Rn. 115)

Die zutreffende Auslegung des § 249 Abs. 1 BauGB lässt sich weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus der Entstehungsgeschichte zweifelsfrei ableiten.⁴ Während das OVG Münster bei seinem Verständnis die Praktikabilität der Regelung in den Vordergrund stellt, hält das OVG Lüneburg auch aufgrund des nicht ganz eindeutigen Wortlauts und der insoweit nicht aussagekräftigen Entstehungsgeschichte der Norm eine weite Auslegung nicht für geboten. Trotz der Gegenargumente des OVG Lüneburg findet der Ansatz des OVG Münster in der jüngeren Literatur Zuspruch.⁵ Überzeugend wird hier argumentiert, dass die Zulässigkeit des Verzichts auf eine erneute Gesamtabwägung bereits daraus folge, dass die Änderung des Flächennutzungsplans zur Gewinnung zusätzlicher Flächen für die Windenergie gerade nicht auf die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB abziele.⁶ Eine höchstrichterliche Klärung dieser für die Planung wichtigen Vorschrift wäre wünschenswert.

Im Hinblick auf die Einordnung von Landschaftsschutz- und FFH-Gebieten als harte oder weiche Tabuzonen stellt das Gericht noch einmal die Notwendigkeit der näheren Auseinandersetzung mit den individuellen Erhaltungszielen und Schutzzwecken bzw. dem Gebietscharakter der Gebiete heraus.

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE200001083&st=null&showdoccase=1>

¹ OVG Münster, Urt. v. 17.5.2017 – 2 D 22/15.NE, [Rn. 102 ff.](#) (in Rundbrief [3/2017](#) besprochen).

² OVG Münster, Urt. v. 17.5.2017 – 2 D 22/15.NE, [Rn. 111](#) (in Rundbrief [3/2017](#) besprochen).

³ OVG Lüneburg, Urt. v. 19.6.2019 – 12 KN 64/17, [Rn. 67](#) (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen).

⁴ Scheidler, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 249 Rn. 12; Söfker, in: EZBK, BauGB, 136. EL Oktober 2019, § 249 Rn. 9

⁵ Menne/Wegner, Bauleitplanerische Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie, ZfBR 2020, 336 (340 f.); Osing, Die Positivplanung von Windenergieflächen nach § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB – eine unterschätzte Chance für die Energiewende?, NVwZ 2020, 749 (751).

⁶ Menne/Wegner, Bauleitplanerische Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie, ZfBR 2020, 336 (340 f.).

Genehmigungsverfahren, Berücksichtigung artenschutzfachlicher Belange bei der standortbezogenen Vorprüfung

BVerwG, Urteil vom 26. September 2019 – 7 C 5.18

1. Die Möglichkeit einer Beteiligungsberechtigung genügt zur Begründung der Verbandsklagebefugnis nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a UmwRG, wenn diese von dem Ergebnis einer Vorprüfung abhängt.

2. Der Auffangtatbestand des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG erfasst auch solche Vorhaben, bei denen nach Durchführung einer UVP-Vorprüfung keine erheblichen Umweltauswirkungen zu erwarten sind.

3. Artenschutzrechtliche Belange i.S.d. § 44 Abs. 1 BNatSchG sind in der Regel bei der standortbezogenen Vorprüfung nur dann zu berücksichtigen, wenn sie förmlich als Schutzzweck eines Gebietes nach Nr. 2.3 der Anlage 3 zum UVPG bestimmt wurden. (amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Der Kläger ist ein Naturschutzverband. Er wendete sich gegen die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen, welche die Beklagte dem Beigeladenen Mitte 2013 erteilt hatte. Die Genehmigungen enthielten unter anderem Betriebs- und Überwachungsregelungen zum Schutz des Weißstorks und ein Fledermaus-Monitoring. Die Anlagen liegen in einem Landschaftsschutzgebiet und einer Konzentrationszone für Windenergieanlagen. Eine allgemeine Vorprüfung aus Dezember 2014 verneinte die Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP).

Im September 2013 erhob der Kläger erfolglos Klage gegen die Genehmigungen. In zweiter Instanz hob das Oberverwaltungsgericht Münster¹ die Genehmigungen auf. Die durchgeführte Vorprüfung sei fehlerhaft, da es ihr in Bezug auf die Avifauna an einem nachvollziehbaren Ergebnis fehle. Die Beigeladene und die Beklagte legten gegen diese Entscheidung Revision ein.

Inhalt der Entscheidung

Das Bundesverwaltungsgericht gab der Revision statt.

Zunächst handele sich bei den fünf streitgegenständlichen Windenergieanlagen um eine Windfarm. Ein Überschneiden der Umweltauswirkungen mehrerer Windenergieanlagen in ihren Einwirkungsbereichen könne im Einzelfall auch dann gegeben sein, wenn der Abstand zwischen zwei Windenergieanlagen mehr als das Zehnfache des Rotordurchmessers ausmache. Zur Feststellung der Überlagerung von Umweltauswirkungen mehrerer Windenergieanlagen seien zudem alle Schutzgüter des § 2 Abs. 1 UVPG zu berücksichtigen (vgl. § 2 Abs. 2 und 5 UVPG). Hierzu würde gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UVPG u.a. auch die Avifauna gehören, auch wenn sie nicht in die standortbezogene Vorprüfung einzubeziehen sei. (Rn. 21 ff.)

Die Klagebefugnis der Umweltvereinigung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3a des UmwRG bestehe im Rahmen eines vorprüfungspflichtigen Vorhabens im Übrigen bereits dann, wenn geltend gemacht werde, dass eine Beteiligung zu Unrecht unterlassen wurde. (Rn. 24)

Zudem seien vorprüfungspflichtige Vorhaben, bei denen keine erheblichen Umweltauswirkungen festgestellt werden, vom Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG umfasst. Das prinzipielle bestehende Exklusivitätsverhältnis zu § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG finde hier dementsprechend keine Anwendung.² (Rn. 25)

Die Revision sei auch begründet. So könnten artenschutzrechtlicher Belange i.S.d. § 44 BNatSchG prinzipiell nicht in die standortbezogene Vorprüfung einbezogen werden. Im Rahmen einer Vorprüfung dürften nur die in Anlage 2 Nr. 2.3. UVPG a.F. (Anlage 3 Nr. 2.3. UVPG n.F.) genannten Schutzkriterien untersucht werden. Die am Vorhabenstandort befindlichen Habitate würden durch § 44 Abs. 1 BNatSchG geschützt. Sie seien aber grundsätzlich keine den Schutzgebieten vergleichbaren sensiblen

¹ OVG Münster, Urt. v. 18.5.2017 – OVG 8 A 870/15.

² Umfassend dazu bereits: VGH Mannheim, Urt. v. 20.11.2018 – 5 S 2138/16, [Rn. 162 ff.](#)

Lebensräume. Anderenfalls würde der grundlegende Unterschied zwischen besonderem Artenschutz und Gebietsschutz aufgehoben. (Rn. 29 – 37)

Anderes könne allenfalls dann gelten, wenn – ohne formell unter Schutz gestellt zu sein – ein vergleichbar sensibler Lebensraum von besonders oder streng geschützten Arten betroffen ist, der einem Schutzgebiet in seiner ökologischen Sensibilität gleichzusetzen ist. Das müsse jedoch auf enge Ausnahmefälle beschränkt sein; etwa bei einer bewusst sachwidrig unterlassenen oder sich förmlich aufdrängenden Unterschützstellung. (Rn. 34)

Ob ein Verstoß gegen das Verbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG gegeben ist, bedürfe dennoch einer umfassenden und nicht nur überschlägigen Überprüfung. Dabei könne ggf. eine weitere Sachaufklärung durch das Gericht geboten sein. (Rn. 43)

Fazit

Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich in der vorliegenden Entscheidung am Beispiel eines Windparks mit einigen wichtigen Aspekten des Artenschutzes im Zusammenhang mit der UVP und dem UmwRG.

Zunächst befasst sich das Gericht mit der Frage der sich überschneidenden Einwirkungsbereiche im Hinblick auf einen Windpark. Dabei bestätigt es seine bisherige Rechtsprechung³, wonach typisierende Anhaltspunkte zur Bestimmung eines Einwirkungsbereichs, wie bspw. der 10-fache Rotorabstand, die Einzelfallbeurteilung mit Blick auf die Schutzgüter des UVP- und des Immissionsschutzrechts nicht ersetzen können. Auch wenn es damit für die Bestimmung eines Windparks an einem fixen Kriterium fehlt, sind die Einwirkungsbereiche nicht unbegrenzt weit. Die Entfernung der Windenergieanlagen zueinander bleibt vielmehr ein maßgeblicher Faktor. Darüber hinaus greift das Urteil wichtige Punkte zur Klagebefugnis und zum Anwendungsbereich nach dem UmwRG auf.

Zentraler Aspekt des Urteils ist jedoch der grundlegende Unterschied zwischen Gebiets- und Artenschutz. Das Artenschutzrecht dient dem Schutz des Individuums. Der Gebietsschutz ist demgegenüber deutlich formalisierter angelegt, sodass er sich grundsätzlich am Kriterienkatalog des Anhang 3 der FFH-Richtlinie orientiert. Wie bereits bei den sog. faktischen Vogelschutzgebieten⁴ geht das Bundesverwaltungsgericht jedoch davon aus, dass tatsächlicher Gebietsschutz in besonderen Ausnahmefällen nicht gänzlich ausgeschlossen sein soll. Insofern erscheint es überzeugend, dass das Gericht vorliegend die artenschutzrechtliche Prüfung im Rahmen der UVP nur bei Schutzgebieten anerkennt. Hilfreich ist, dass das Gericht diese grundlegenden Annahmen auch für die neue Rechtslage als anwendbar ansieht.⁵

Das Bundesverwaltungsgericht schließt seine Ausführungen an dieser Stelle jedoch nicht. Es stellt klar, dass das Artenschutzrecht dennoch eine wichtige Rolle in der weiteren Prüfung einnimmt. Auch wenn der Artenschutz nicht Bestandteil der UVP-Vorprüfung ist, müsse er dennoch umfassend und nicht nur überschlägig geprüft werden. Damit beschränkt das Bundesverwaltungsgericht zwar auf der eine Seite den Anwendungsrahmen der standortspezifischen Vorprüfung, hält jedoch insgesamt das hohe Schutzniveau im Artenschutz aufrecht.

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

<https://www.bverwg.de/260919U7C5.18.0>

³ BVerwG, Beschl. v. 8.5.2007 – 4 B 11.07, [Rn. 7](#); umfassend dazu auch die Vorinstanz [VGH München](#), Ur. v. 12.1.2007 – 1 B 05.3387 oder auch OVG Koblenz, Beschl. v. 25.1.2005 – B 12114/04, [Rn. 11ff.](#)

⁴ BVerwG, Ur. v. 27.3.2014 – 4 CN 3/13, [Rn. 17](#).

⁵ Kment, Berücksichtigung artenschutzfachlicher Belange bei der standortbezogenen Umweltverträglichkeitsprüfung, NJW 2020, 477 ([481](#)).

Genehmigungsverfahren, Freistellungserklärung, Konzentrationswirkung,
Änderungen im Widerspruchsverfahren
OVG Lüneburg, Beschluss vom 19. Dezember 2019 – 12 ME 168/19

**Es begegnet vor dem Hintergrund des § 13 BImSchG erheblichen Bedenken, wenn eine Behörde – wie vorliegend – schon während des noch laufenden (Dritt-)Widerspruchsverfahrens und vor Errichtung des Vorhabens die angegriffene immissionsschutzrechtliche Vorhabengenehmigung „ändert“, indem sie Teile „ausgliedert“, in das Baugenehmigungsverfahren verlagert und auf dieser Grundlage ein immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiges Vorhaben legitimieren will.
(amtlicher Leitsatz)**

Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsteller begehrte einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage, welche ca. 720 m von seinem Grundstück entfernt gebaut werden soll. Im näheren Umfeld der Anlage befinden sich weitere Windenergieanlagen. Die streitige Genehmigung hatte der Antragsgegner der Beigeladenen Ende 2016 erteilt.

Bei Errichtung der Windenergieanlage hatten sich Probleme mit dem Baugrund und der Fundamentierung ergeben, worauf die Arbeiten im November 2017 unterbrochen wurden. Zur Realisierung einer bautechnischen Lösung dieser Probleme plante die Beigeladene Anpassungen des Fundaments in Verbindung mit einer Turmhöhenreduzierung. Hierfür erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen Anfang 2019 eine Freistellungserklärung. Mitte 2019 erhielt die Beigeladene zwei baurechtliche Änderungsgenehmigungen.

Der Antragsteller legte gegen den Genehmigungsbescheid, die Freistellungserklärung sowie die Änderungsgenehmigungen Widerspruch ein und ging gleichzeitig im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes dagegen vor. Das Verwaltungsgericht gab dem Antrag statt und stellte die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers wieder her. Gegen diesen Beschluss wandte sich die Beigeladene im Beschwerdeweg.

Inhalt der Entscheidung

Die Beschwerde vor dem OVG Lüneburg blieb ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht habe dem Antrag zu Recht stattgegeben, da erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Bescheide bestünden.

Das Oberverwaltungsgericht sieht eine Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG) in der vorliegenden Verfahrenssituation als noch nicht anwendbar an. Insbesondere durch die in diesem Zusammenhang erteilte Freistellungserklärung (§ 15 Abs. 2 BImSchG) würden die baurechtlichen Fragestellungen vom immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren losgelöst. Dem stehe aber entgegen, dass der Genehmigungsbescheid aufgrund der Rechtsmittel des Antragstellers noch nicht bestandskräftig sei. Wesentliche Aspekte der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung könnten während eines laufenden Drittwiderspruchs jedoch nicht in das Baugenehmigungsverfahren ausgegliedert werden, um auf diesem Weg ein immissionsschutzrechtliches Vorhaben zu legitimieren. Aufgrund der Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) müsste bei materiellen und formellen Fehlern stattdessen der Genehmigungsantrag geändert und die immissionsschutzrechtliche Genehmigung entsprechend modifiziert werden.¹ Das sei gerade im Widerspruchsverfahren noch möglich. (Rn. 63 ff.)

Weiterhin sei der Antragsteller durch dieses Vorgehen auch in seinen Verfahrensrechten verletzt. So wäre der Antragsteller nunmehr gezwungen, nicht nur gegen die „Vollgenehmigung“, sondern auch den baurechtlichen Bescheid vorzugehen. Dadurch würde sich ein zusätzlicher Zeit- und Kostenaufwand ergeben. (Rn. 71 ff.)

Dennoch sei es keineswegs ausgeschlossen, dass die bestehenden Verfahrensfehler noch geheilt werden. Das sei in Form eines einzelnen immissionsschutzrechtlichen Bescheids sowohl im laufenden Widerspruchsverfahren als auch in einem ergänzenden Verfahren nach § 4 Abs. 1b Satz 1 UmwRG möglich. (Rn. 76)

¹ Siehe dazu ausführlich ebenfalls OVG Lüneburg, Beschl. v. 31.5.2018 – 12 ME 64/18, [Rn. 16 ff.](#)

Fazit

Nachträgliche Anpassungen sind in der Genehmigungspraxis von Windenergieanlagen nicht selten. Ergänzende Korrekturen erfolgen hierbei in der Regel im Wege einer Änderungsanzeige oder -genehmigung (§§ 15, 16 BImSchG). Das OVG Lüneburg weicht in der besprochenen Entscheidung von dieser Systematik ab. Aus Sicht des Gerichts gibt der Verfahrensstand der Genehmigung hierfür Anlass. So war das Genehmigungsverfahren abgeschlossen, die Genehmigung jedoch noch nicht bestandskräftig. In diesem Stadium sieht das Oberverwaltungsgericht insbesondere die Ausgliederung ins baurechtliche Verfahren im Wege der Änderungsanzeige als nicht mit der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG vereinbar und damit als unzulässig an. Eine Korrektur könne vielmehr im Widerspruchsverfahren, welche das Genehmigungsverfahren fortführe, durch die Immissionsschutzbehörde vorgenommen werden.

Was auf den ersten Blick wie eine schnelle und unbürokratische Lösung erscheint, stellt den Rechtsanwender in anderen Situationen vor neue anspruchsvolle Rechtsfragen und kann darüber hinaus weitreichende praktische Konsequenzen bei der Anpassung bestehender Genehmigungen nach sich ziehen. So bleibt offen, wie die vorgeschlagene Korrektur im Genehmigungsverfahren nachträglich umgesetzt werden soll.² Darüber hinaus stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Änderung im Verfahren zu einer „freiwilligen“ Änderungsgenehmigung (§ 16 Abs. 4 BImSchG) oder auch, ob eine Änderungsanzeige wenigstens dann Anwendung finden kann, wenn es im Rahmen der Freistellungserklärung keiner Entscheidung durch eine weitere Behörde bedarf.

Insgesamt wirft das Oberverwaltungsgericht damit für die Praxis mehr neue Fragestellungen auf, als es bestehende Fragen beantwortet.

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE200000021&st=null&showdoccase=1>

² Zu der verfahrensrechtlichen Umsetzung im Einzelnen: Bringewat/Rawe, [Die Konzentrationswirkung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens für Windenergieanlagen – die neue Rechtsunsicherheit des nachträglichen Typenwechsels?](#)

Genehmigungsverfahren, Tötungsverbot, Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI

1. Der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG ist in Bezug auf die europäischen Vogelarten nicht anwendbar, da dies einen Verstoß gegen die vorrangigen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie zur Folge hätte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine stark gefährdete oder eine weit verbreitete Art handelt.

2. Demgegenüber kann der Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG grundsätzlich auch in Bezug auf europäische Vogelarten Anwendung finden.

**3. Der Rechtfertigungsgrund der „öffentlichen Sicherheit“ ist eng zu verstehen. Bei der Errichtung eines Windparks handelt es sich nicht um eine bedeutende Infrastrukturmaßnahme, die unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit subsumiert werden kann.
(redaktionelle Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Der Kläger, eine Naturschutzvereinigung, begehrt die Aufhebung eines Genehmigungsbescheids zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen. Diese hatte die Beklagte der Beigeladenen Ende 2018 erteilt. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens wurde der Beigeladenen eine Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot in Bezug auf den Mäuse- und Wespenbussard erteilt. Die Genehmigung enthält zudem Nebenbestimmungen bezüglich Avifauna und Fledermäusen.

Der Kläger erhob vor dem VG Gießen Klage gegen die erteilte Genehmigung.

Inhalt der Entscheidung

Das VG Gießen gab der Klage statt. Die erteilte Genehmigung verstoße gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften; insbesondere gegen das Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.

Zunächst bejaht das Verwaltungsgericht die Erfüllung des artenschutzrechtlichen Verbotstatbestandes nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Dabei stehe der Behörde hinsichtlich der Bestandserfassung und auch der Gefahrenabschätzung eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. In diesem Zusammenhang schließt sich das Gericht der behördlichen Einschätzung an, nach der nicht nur der Wespen-, sondern insbesondere auch der Mäusebussard eine windkraftsensible Art sei.

Darüber hinaus legalisiere die von der Beklagten erteilte Ausnahme das erhöhte Tötungsrisiko im vorliegenden Fall nicht, da deren gesetzliche Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Eine Ausnahme könne zunächst nicht auf zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG) gestützt werden. Dieser Ausnahmetatbestand finde in Bezug auf europäische Vogelarten keine Anwendung, weil er gegen vorrangige Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie verstoße. Für den Ausnahmegrund gäbe es keine Entsprechung in der Richtlinie. Dabei komme es nicht darauf an, ob es sich um eine stark gefährdete oder um eine weit verbreitete Art handle.

Demgegenüber gestatte der Tatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG prinzipiell eine Ausnahmeerteilung aufgrund der „öffentlichen Sicherheit“ auch in Bezug auf europäische Vogelarten. Er sei aber vorliegend nicht anwendbar. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit müsse eng ausgelegt werden. Er könne u.a. erst dann bejaht werden, wenn ein Vorhaben wesentlich für die Existenz eines Staates sei. Vorliegend müsse jedoch insbesondere nicht befürchtet werden, dass ohne eine Ausnahmeerteilung die Versorgungssicherheit mit Energie nicht mehr gewährleistet werden könne. So geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass lediglich die Standorte für Windenergievorhaben eingeschränkt seien, eine Energiegewinnung auf diese Art aber dennoch prinzipiell möglich sei. Darüber hinaus könne man nicht annehmen, dass es sich bei einem Windpark um eine bedeutende Infrastrukturmaßnahme handle, wie dies beispielsweise bei der Errichtung eines Flughafens der Fall sei.

Fazit

Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot und die diesbezügliche Ausnahme werden bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen zunehmend relevant. Viele wichtige Fragestellungen zur Anwendbarkeit der Ausnahme sind derzeit jedoch noch ungeklärt.

Das VG Gießen hat sich vorliegend mit Fragestellungen auseinandergesetzt, welche sich im Kern mit der europarechtskonformen Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme befassen. So ging es zunächst um die Ausnahmegvorschrift des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG in seiner Anwendung auf wildlebende Vögel. Das Verwaltungsgericht bejaht vorliegend einen Konflikt des Ausnahmegrundes mit der Vogelschutzrichtlinie; die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu diesem Thema ist bislang nicht einheitlich.¹ Mit unionsrechtlichen Fragenstellungen setzte sich das Verwaltungsgericht auch hinsichtlich des Ausnahmegrundes des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG auseinander. Hier gelangt das Verwaltungsgericht im Ergebnis zu einer Vereinbarkeit mit europäischem Recht, spricht sich zugleich aber für eine sehr enge Auslegung des Ausnahmegrundes aus.

Im Vorfeld der Ausnahme prüfte das VG Gießen zudem die Frage eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für die Vogelarten Wespen- und Mäusebussard. Ins Auge fällt hier die Terminologie des Gerichts, welche vor dem Hintergrund der Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2018² überrascht. Die „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ ist danach zumindest begrifflich überholt. Spätestens mit Blick auf die angenommene Windkraftsensibilität des Mäusebussards stellt sich die Frage, inwiefern das Gericht sich vertiefter mit den diesbezüglich divergierenden Ansichten hätte auseinandersetzen müssen.³

Die vorliegende Entscheidung offenbart, wie umstritten wesentliche Aspekte im Bereich der artenschutzrechtlichen Ausnahme tatsächlich sind. Die streitigen Punkte vermag das vorliegende Urteil nicht abschließend zu klären. Wesentliche Aussagen des VG Gießen erscheinen juristisch durchaus vertretbar, aber keineswegs zwingend. Das Urteil kann jedoch den Weg für eine dringend erforderliche Entscheidung auf höchstrichterlicher Ebene bereiten. Eine unklare Rechtslage wirkt sich nicht zuletzt maßgeblich auf die Anwendungspraxis aus, welche gerade im Bereich der Genehmigung von Windenergieanlagen dringend auf eine rechtssichere Anwendung der §§ 44 ff. BNatSchG angewiesen ist. Daher ist die Berufung vor dem VGH Kassel, noch mehr jedoch ein mögliches Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof mit Spannung zu erwarten. Gleichzeitig gibt es auch darüber hinausgehende offene Punkte, welche sich mit der Anwendungspraxis der Ausnahme befassen. Dabei können die von der Umweltministerkonferenz beschlossenen „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmegrundbedingungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“ erste wichtige Anhaltspunkte geben; für die Gerichte bindend sind diese Hinweise allerdings nicht.⁴

Der Volltext der Entscheidung kann kostenpflichtig im Internet abgerufen.

¹ Siehe umfassend zum Streitstand: Stiftung Umweltenergie recht, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, [S. 8 ff.](#); KNE, Ausnahme im besonderen Artenschutzrecht, [S. 9 ff.](#)

² BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

³ a.A.: OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.10.2016 – 12 ME 58/16, [Rn. 40](#); VGH Mannheim, Beschl. v. 6.7.2016 – 3 S 942/16, [Rn. 70](#).

⁴ 94. Umweltministerkonferenz am 15.5.2020, Ergebnisprotokoll, [S. 12](#).

Genehmigungsverfahren, bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung, Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, mitgezogene Nebenanlage
OVG Schleswig, Beschluss vom 21. Februar 2020 – 1 MB 24/19

Die Radaranlage für eine bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung fällt weder offensichtlich unter § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, noch kann eine Privilegierung offensichtlich verneint werden. Soweit eine Privilegierung als Hauptanlage zu verneinen ist, spräche viel für eine Einordnung der Radaranlage als mitgezogene Nebenanlage der Windenergieanlage. (redaktioneller Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin, eine Gemeinde im Kreis D, wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen das Ersetzen ihres gemeindlichen Einvernehmens.

Im Januar 2019 hatte die Beigeladene eine Baugenehmigung zur Errichtung eines ca. 35 m hohen Radarmasten beim Antragsgegner, dem Kreis D, beantragt. Der Radarmast soll der bedarfsgerechten bzw. bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung (BNK) von Windenergieanlagen im Umkreis von ca. 25 km dienen. Ein weiterer Radarmast war bereits wenige hundert Meter entfernt genehmigt worden. Der Antragsgegner ersetzte das diesbezüglich verweigerte gemeindliche Einvernehmen der Antragstellerin und ordnete dessen sofortige Vollziehung an. Im Juni 2019 erteilte der Antragsgegner die beantragte Baugenehmigung.

Die Antragstellerin legte gegen das Ersetzen ihres Einverständnisses Widerspruch und im Anschluss daran Klage ein. Darüber hinaus beantragte die Antragstellerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. Gegen den ablehnenden Beschluss des Verwaltungsgerichts Schleswig¹ erhob die Antragstellerin Beschwerde vor dem OVG Schleswig.

Inhalt der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück.

Zunächst komme der Radaranlage weder die Eigenschaft als immissionsschutzrechtliche Haupt-, noch als Nebeneinrichtung (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 der 4. BImSchV) zu. Da die Radaranlage eine große Anzahl an Windenergieanlagen versorge, sei sie nach Größe und Umfang sowie ihrer technischen und betrieblichen Organisation nicht mehr auf die einzelne Windenergieanlage ausgerichtet. Damit entfele besonders die Eigenschaft als Nebeneinrichtung. (Rn. 18)

Demgegenüber sei es möglich, dass die Radaranlage dem Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB unterfällt. Die käme insbesondere in Betracht, sofern ein weites Verständnis des „Dienstens“ zur Nutzung der Windenergie zugrunde gelegt würde. Dafür spreche, dass der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB initial dazu geschaffen wurde, um regenerative Energien umfassend zu stärken. Auch vor dem Hintergrund der anstehende Ausstattungspflicht für Windenergieanlagen mit einem BNK-System (§ 9 Abs. 8 EEG 2017) sei zu prüfen, inwiefern eine dazu dienende Radaranlage für das Betreiben einer Windenergieanlage rechtlich erforderlich sei. Würde von einer Erforderlichkeit ausgegangen werden, müsse der Radarmast auch unmittelbar dem Privilegierungstatbestand unterfallen. Diese Frage sei jedoch nicht im einstweiligen Rechtsschutz zu klären. (Rn. 19 – 26)

Selbst wenn eine Privilegierung des Radars als Hauptanlage verneint würde, spräche viel für deren Einordnung als mitgezogene Anlage zur Windenergieanlage. Der Radarmast sei den Windenergieanlagen unmittelbar zu- und untergeordnet und nach seiner Gestaltung und Beschaffenheit auf deren Funktionen ausgerichtet. Unschädlich sei in diesem Zusammenhang, wenn die Betreiber von Radar- und Windenergieanlagen personenverschieden seien. Die Zuordnung bestimme sich vielmehr danach, dass das Radar funktional der Sicherstellung der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung von mindestens 79 Windenergieanlagen diene. Irrelevant sei zudem, dass die Radaranlage für den Betrieb der Windenergieanlagen nicht zwingend notwendig sei. Es genüge, dass ein vernünftiger Anlagenbetreiber, mit Blick auf eine mögliche Reduzierung der Förderungsvergütung (§ 52 Abs. 2 Nr. 1a EEG 2017), seine Windenergieanlage mit einer BNK ausstatten würde. (Rn 27 – 34)

¹ VG Schleswig, Beschl. v. 23.8.2019 – [8 B 42/19](#).

Auch bedürfe es keineswegs einer Zuordnung des Radars zu einer konkreten Windenergieanlage. Anders als bei § 35 Abs. 1 Nr. 2, 3 BauGB sei dies schon vom Wortlaut her nicht vorgesehen. Auch unter Berücksichtigung der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs habe der Beigelade hinreichend dargelegt, dass die Radaranlage an dem gewählten Standort aus Sicht eines vernünftigen Anlagenbetreibers geboten sei. Bei der Standortwahl für das Radar müsse geprüft werden, ob ggf. geeignete Standorte im Innenbereich zur Verfügung ständen. Das Gesetz sehe jedoch keine darüber hinausgehende Prüfung alternativer Standorte vor. (Rn. 35 – 41)

Fazit

Die bedarfsgerechte bzw. bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen hat mit ihrer verpflichtenden Einführung durch § 9 Abs. 8 EEG 2017 deutlich an praktischer Relevanz gewonnen. So ist es nicht verwunderlich, dass erste Fragen die Gerichte erreichen. Der vorliegende Beschluss des OVG Schleswig baut unmittelbar auf einer Entscheidung des VG Schleswig² auf.

Das Oberverwaltungsgericht geht umfassender als die Vorinstanz auf die Frage der Privilegierung eines Radarmasten für eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung ein. Dabei untersucht es sowohl eine unmittelbare Privilegierung des Radarmasten nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB,³ als auch die Möglichkeit einer mitgezogenen Nutzung. Beide Fragestellungen haben bislang in Rechtsprechung und Literatur, speziell mit Blick auf § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, wenig Beachtung gefunden. Das Gericht sah beide Varianten als möglich an. Eine endgültige Entscheidung traf es jedoch letztendlich nicht, sondern verwies vielmehr auf das Hauptsacheverfahren.

Eine gerichtliche Klärung dieser Fragestellung wäre nicht nur für das Thema der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung wünschenswert. Gerade vor dem Hintergrund eines zunehmenden Ausbaus der Erneuerbaren Energien, kann ein vertieftes Normverständnis des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für eine funktionierende Anwendungspraxis von Bedeutung sein.

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

http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bssshoprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js_pid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdocto-doc=yes&doc.id=JURE200005673%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1

² VG Schleswig, Beschl. v. 23.8.2019 – 8 B 42/19 (in Rundbrief [1/2020](#) besprochen).

³ Für die unmittelbare Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB: Raschke/Roscher, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Radaranlagen zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen, ZfBR 2020, 343 (345 f.).

Ausschreibungsverfahren, immissionsschutzrechtliche Genehmigung, Änderungsgenehmigung, Zuschlag, § 36f Abs. 2 EEG 2017, Vertrauensschutz
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. März 2020 – 3 Kart 772/19

Bei § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 kommt es allein auf die tatsächliche Genehmigungslage an, d.h. darauf, ob durch die zuständige Genehmigungsbehörde eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung erteilt worden ist. Eine eigenständige, materiell-rechtliche Prüfungspflicht der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der immissionsrechtlichen Entscheidung der Genehmigungsbehörde besteht in diesem Rahmen ebenso wenig wie eine Pflicht, anhand eines eigenständigen energiewirtschaftsrechtlichen Prüfungsmaßstabes zu beurteilen, ob eine Änderung der Genehmigung i.S.d. § 36f EEG 2017 vorliegt. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Die Beschwerdeführerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, erhielt im März 2017 die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der hier streitigen Windenergieanlage. Die Genehmigung bezog sich zunächst auf den Anlagentyp 1. Nachdem der Anlagenhersteller der Beschwerdeführerin anstelle des Anlagentyps 1 den neuen Anlagentyp 2 angeboten hatte, beantragte diese Anfang 2018 eine entsprechende Änderung des Genehmigungsbescheids. Vor Erlass der geänderten Genehmigung erhielt die Beschwerdeführerin im Ausschreibungsverfahren von Mai 2018 einen Zuschlag für den Anlagentyp 1.

Im April 2019 teilte die Anlagenherstellerin der Beschwerdeführerin mit, dass Anlagentyp 2 nicht mehr verfügbar sei und bot ihr stattdessen Anlagentyp 3 an. Antragsgemäß erließ die Zulassungsbehörde eine entsprechende Änderungsgenehmigung. Damit nahm die Beschwerdeführerin im Mai 2019 erneut am Ausschreibungsverfahren teil.

Das Gebot zum Anlagentyp 3 schloss die Bundesnetzagentur vom Zuschlagsverfahren aus, da die im Gebot bezeichnete Anlage dem bereits bezuschlagten Anlagentyp 1 entspreche. Im Fall einer geänderten Genehmigung bleibe der Zuschlag nach § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG für diese bestehen.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass der Ausschluss ihres Gebots zu Unrecht erfolgt sei. Es komme im Rahmen des § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 nicht darauf an, ob die Genehmigungsbehörde tatsächlich eine Änderungsgenehmigung erteilt habe, sondern darauf, ob diese zu Recht erteilt worden sei oder ob eine Neugenehmigung hätte erteilt werden müssen. Dies habe die Bundesnetzagentur anhand eines eigenen energiewirtschaftlichen Maßstabs zu ermitteln.

Inhalt der Entscheidung

Das OLG Düsseldorf bestätigte in seinem Beschluss die von der Bundesnetzagentur vertretene Auffassung und wies die Beschwerde zurück.

Die Bundesnetzagentur sei dazu verpflichtet, Gebote vom Zuschlagsverfahren auszuschließen, wenn für eine in dem Gebot angegebene Anlage bereits einen Zuschlag erteilt worden sei, der zum Gebotstermin noch nicht entwertet worden ist. Dies sei vorliegend der Fall.

Ein Zuschlag sei nach § 36f Abs. 1 EEG 2017 an die Windenergieanlage gebunden, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung beziehe. Dies sei beim Zuschlag aus Mai 2018 die sich auf den Anlagentyp 1 bezogene Genehmigung gewesen. Nach § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 bleibe der Zuschlag auch im Fall einer Änderung der ursprünglichen Genehmigung bestehen. Allein für den Fall, dass eine Neugenehmigung erteilt werde, solle der Zuschlag entfallen. Vorliegend sei aber keine Neugenehmigung erteilt worden.

Bei der Auslegung des § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 komme es allein darauf an, ob die Zulassungsbehörde eine Änderungs- oder eine Neugenehmigung erteilt habe. Unerheblich sei, ob die Entscheidung materiell-rechtlich richtig sei. Eine solche Prüfungspflicht sei weder mit der Kompetenzverteilung zwischen Genehmigungsbehörde und Bundesnetzagentur noch mit der Natur des Ausschreibungsverfahrens als regulierungsbehördlichem Massenverfahren vereinbar. (Rn. 34, 40) Zudem lasse § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 keinen Raum für einen eigenständigen energiewirtschaftsrechtlichen Maßstab für den Begriff einer geänderten Genehmigung i.S.d. § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017. (Rn. 36 – 39)

Fazit

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich das OLG Düsseldorf erstmals mit der Auslegung des § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG und gibt damit wichtige Hinweise für das Verständnis der Norm. Die Vorschrift regelt das weitere Bestehen eines Zuschlags im Fall einer geänderten Genehmigung. Da aufgrund der hohen Dynamik in der technischen Entwicklung Änderungen des Anlagentyps häufig vorkommen, kommt der Vorschrift in der Praxis durchaus Bedeutung zu.

Das OLG Düsseldorf hat nun entschieden, dass der BNetzA im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens keine Prüfpflicht obliegt, ob die Genehmigungsbehörde im Fall einer Typenänderung zurecht eine Änderungsgenehmigung oder eine Neugenehmigung erlassen hat. Das Weiterbestehen eines Zuschlags soll streng formal von der Entscheidung der Genehmigungsbehörde im Hinblick auf den Erlass einer Änderungsgenehmigung oder einer Neugenehmigung abhängen.

Dies ist auf den ersten Blick nachvollziehbar. Bei diesem Verständnis bleibt allerdings außer Acht, dass die Oberverwaltungsgerichte die Frage, ob die Änderung eines Anlagentyps eine Änderungsgenehmigung oder eine Neugenehmigung erfordert, unterschiedlich beantworten.¹ Dies wiederum zieht eine Ungleichbehandlung im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nach sich. Bei einem materiell gleichen Änderungstatbestand – einer Typenänderung – hängt das weitere Bestehen oder aber das Entfallen des Zuschlags von der Rechtsauffassung des jeweiligen Oberverwaltungsgerichts ab. Mit dem Grundgedanken des bundeseinheitlich geregelten Ausschreibungsverfahrens ist das nicht vereinbar. Eine Gleichbehandlung könnte hier nur über ein eigenständiges energiewirtschaftliches Verständnis des Begriffs der „geänderten Genehmigung“ i.S.d. § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG erreicht werden.² Diesem Ansatz gegenüber hat sich das OLG Düsseldorf nun aber sehr zurückhaltend geäußert.

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

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2020/3_Kart_772_19_Beschluss_20200311.html

¹ Im Fall einer Typenänderung für eine Änderungsgenehmigung OVG Koblenz, Urt. v. 3.8.2016 – 8 A 10377/16, [Rn. 55](#); OVG Weimar, Urt. v. 1.6.2011 – 1 EO 69/11, Rn. 45; für eine Änderungsanzeige VGH München, Beschl. v. 11.8.2016 – 22 CS 16.1052, [Rn. 38 ff.](#); für eine Neugenehmigung OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015 – 8 A 959/10, [Rn. 113](#); VG Köln 19.5.2016 – 13 K 4121/14, [Rn. 60](#).

² In diese Richtung Operhalsky/Fechler, NVwZ 2017, 13 (17); Endell/Quentin in: Baumann/Gabler/Günther, EEG Handkommentar, § 36f Rn. 16.

Impressum

© FA Wind, Juli 2020

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:

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.

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.

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