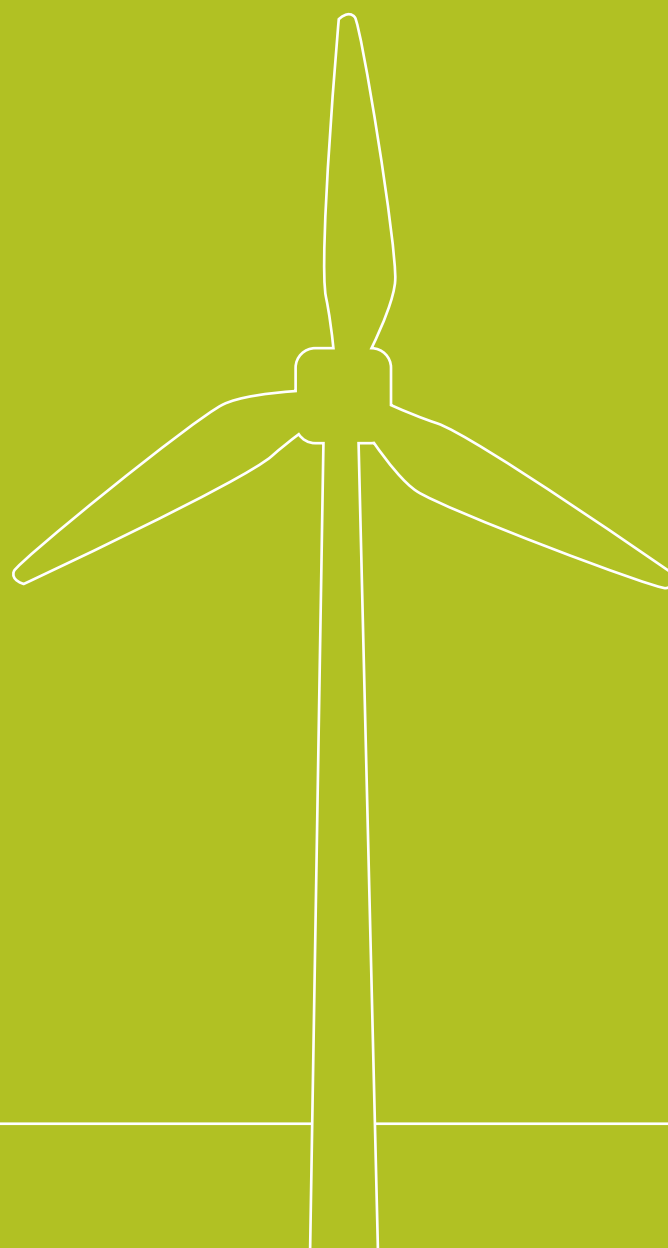
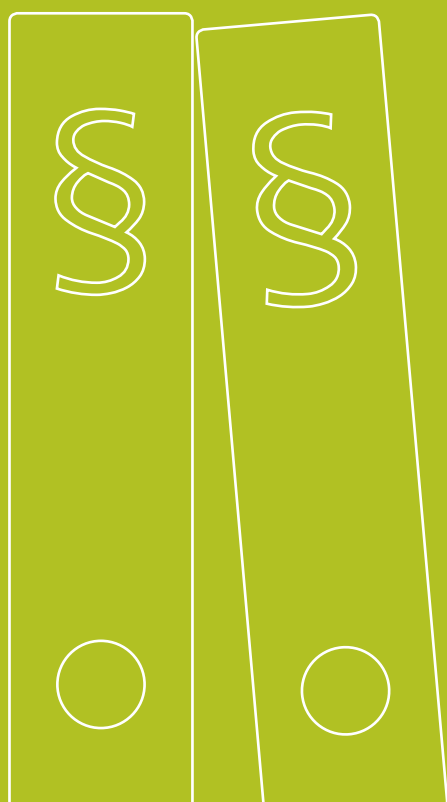




# Rundbrief Windenergie und Recht 3/2018



## Mitwirkende

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

### **Monika Agatz**

Landkreis Borken

### **Thomas Aufleger**

NWP Planungsgesellschaft mbH

### **Kathrina Baur**

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

### **Dr. Silke Christansen**

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende

### **Christiane Donnerstag**

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

### **Elisabeth Hartleb**

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE)

### **Mathis Kieslich**

OSTWIND Erneuerbare Energie GmbH

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

Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW

### **Marianna Roscher**

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

### **Prof. Dr. Wilhelm Söfker**

Ministerialdirigent a. D. (ehemals Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung)

Honorarprofessor an der Universität Bonn

### **Felix Steengrafe**

PNE Wind AG

### **Dr. Antje Wagenknecht**

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

### **Dr. Nils Wegner**

Stiftung Umweltenergierecht

## Entscheidungsverzeichnis

Planfeststellung, Tötungsrisiko, Signifikanz, Artenschutz, planungsrelevante Arten, Einschätzungsprärogative, artenschutzrechtliches Tötungsverbot, BVerwG, Beschluss vom 08.03.2018 – 9 B 25.17 .....	5
Betriebsicherheit, Entwurfslebensdauer, Erheblichkeit, Ertragseinbuße, heranrückende Windenergieanlage, Nutzungsdauer, Rücksichtnahmegebot, Standsicherheit, Turbulenzwirkungen, Windabschattung, Windenergieanlagen, Umwelteinwirkungen, OVG Koblenz, Urteil vom 26.06.2018 - 8 A 11691/17.OVG .....	7
Interessenabwägung, Genehmigung, Heilung von Verfahrensfehlern, vorläufiger Rechtsschutz, Umweltverträglichkeitsprüfung, Unionsrecht, OVG Münster, Beschluss vom 08.02.2018 – 8 B 1632/17 .....	9
Immissionsschutzrecht, 10-H-Regelung, vollständiger Antrag auf Genehmigung, Anlagentypwechsel, Windenergieanlage, nachteilige Auswirkungen, Mindestabstand zur Wohnbebauung, Änderung des Anlagentyps, vollständiger Genehmigungsantrag, VGH München, Beschluss vom 24.07.2018 - 22 BV 17.2176 .....	11
Immission, Baurecht, Betriebsicherheit, Erschütterungen, Ertragseinbußen, heranrückende Windenergieanlage, Konkurrenz, Standsicherheit, Turbulenzwirkung, Windabschattung, Windenergieanlagen, Windklau, Umwelteinwirkungen, OVG Münster, Urteile vom 18.09.2018 – 8 A 1884/16 - 8 A 1886/16 .....	13
Verwaltungsgerichte, Standortbezogene Vorprüfung, Umweltverträglichkeitsprüfung, Immissionsschutzrechtliche Genehmigung, Vorläufiger Rechtsschutz, OVG Lüneburg, Beschluss vom 31.05.2018 -12 ME 64/18 .....	16

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

mit dem elften Rundbrief Windenergie und Recht erhalten Sie eine weitere Ausgabe mit besonders interessanten Entscheidungen. Diese wurden im Oktober 2018 im Rahmen des 11. Rundes Tisches Windenergie und Recht – diesmal auf Einladung von Prof. Dr. Raschke an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW in Bielefeld – besprochen.

Zu vielen rechtlich umstrittenen Fragestellungen haben sich die Gerichte in den vergangenen Monaten geäußert. Erneut wurde die Frage aufgeworfen, ob im Fall einer Typenänderung einer genehmigten Windenergieanlage eine Änderungsanzeige, eine Änderungsgenehmigung oder sogar eine Neugenehmigung notwendig ist. Diesbezüglich hat der Verwaltungsgerichtshof (VGH) München Ausführungen in seinem Beschluss gemacht.

Im Rahmen einer Entscheidung zu einem Straßenverkehrsprojekt äußerte sich das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) zu den vorhandenen Grundsätzen in der Rechtsprechung bezüglich des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot und der dafür notwendigen Signifikanzschwelle. Diesbezüglich setzte das Gericht auch neue Akzente. Interessant bleibt jedoch, inwieweit diese in der Zukunft auf die Windenergie umgesetzt werden.

Der Beschluss des OVG Koblenz und das Urteil des OVG Münster befassen sich umfassend mit verschiedenen Aspekte des Umgebungsschutzes von schon bestehenden Windenergieanlagen und den sich daraus ergebenden Konkurrenzverhältnissen. In diesem Zusammenhang geht es um mögliche Grenzwerte bei Ertragseinbußen bzw. des Windertrags.

Weiter geht es mit dem VGH München, der sich detailliert mit den Vorschriften Art. 83 Abs. 1 BayBO und Art. 82 Abs. 1 BayBO auseinandergesetzt hat. Hierbei ist zu beachten, dass seine Ausführungen zur Vollständigkeit und Prüffähigkeit sowie zur Typänderung im Rahmen des Genehmigungsantrages im Lichte des Baurechts ausgelegt werden und daher diese Aussagen möglicherweise nicht unmittelbar als allgemeine Auslegung der eigentlich immissionsschutzrechtlichen Fragestellung angesehen werden können.

Außerdem finden Sie in diesem Rundbrief zwei Entscheidungen zur UVP im Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen. Das OVG Münster befasste sich in seiner Entscheidung umfänglich mit den gerichtlichen Prüf- und Heilungskompetenzen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Dabei stellt sich die Frage, ob eine UVP-Prüfung grundsätzlich vor Genehmigungserteilung durchzuführen ist, was das Gericht im Rahmen des Europarechts auslegen musste. Dem gegenüber beschäftigt sich die Entscheidung des OVG Lüneburg umfassend mit den Details der verschiedenen UVP-Vorprüfungen, aber auch mit der Einschätzung, wann ein umweltsensibles Gebiet vorliegt.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre!

Ihre Dr. Antje Wagenknecht, MBA

Geschäftsführerin FA Windenergie an Land

Planfeststellung, Tötungsrisiko, Signifikanz, Artenschutz, planungsrelevante Arten, Einschätzungsprärogative, artenschutzrechtliches Tötungsverbot

## **BVerwG, Beschluss vom 08.03.2018 – 9 B 25.17**

- 1. Der Tatbestand des Tötungsverbots (§ 44 Abs.1 Nr. 1 BNatSchG) ist im Hinblick auf bau- und betriebsbedingte Gefahren eines Straßenbauvorhabens erst dann erfüllt, wenn das vorhabenunabhängige Grundrisiko dadurch signifikant erhöht wird (im Anschluss an die ständige Rechtsprechung).**
- 2. Die der Planfeststellungsbehörde bei Anwendung des § 44 Abs. 1 BNatSchG zustehende naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative schließt die Beurteilung ein, ob und inwieweit auf eine raumbezogene Bestandsaufnahme und Prüfung bei "Allerweltsvogelarten" verzichtet werden kann.**
- 3. Ist über eine bestimmte artenschutzrechtliche Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) trotz objektiver Ausnahmelage versehentlich nicht entschieden worden, so ist dieser Mangel dann unerheblich, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände ausgeschlossen werden kann, dass dem Vorhabenträger die fehlende Ausnahme versagt worden wäre (wie BVerwG, Urteil vom 14. April 2010 - 9 A 5.08 - BVerwGE 136, 291 Rn. 147).**

**(Amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Der Kläger, ein Naturschutzverein, wendet sich gegen einen Planfeststellungsbeschluss hinsichtlich des Neubaus einer Ortsumgehung im Raum Datteln. Diese soll u.a. das Waldgebiet „Deipe“ und die Lippe queren. Der Verein hatte gegen den Plan zahlreiche Einwendungen erhoben, insbesondere seien die artenschutzrechtlichen Untersuchungen ungenügend. Die ursprüngliche Klage vor dem OVG Münster hatte dieses abgewiesen. Das BVerwG hat das Urteil aufgehoben und zur Entscheidung zurückverwiesen, da das OVG sich nicht hinreichend mit dem artenschutzrechtlichen Tötungs- und Zerstörungsverbot hinsichtlich verbreiteten Vogelarten beschäftigt habe.

Nachdem das OVG die Klage erneut abwies und die Revision nicht zuließ, erhob die Klägerin nunmehr Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BVerwG.

### **Inhalt der Entscheidung**

Die Beschwerde wurde vom BVerwG als erfolglos abgewiesen.

Das BVerwG führte aus, dass es in Bezug auf Verkehrsprojekte für die Prüfung der artenschutzrechtlichen Ausnahmetatbestände des Tötungsverbot einer methodengerechten und nachvollziehbaren Verkehrsprognose bedürfe. Der Planungsträger müsse eventuelle unmittelbar zurechenbare Konflikte vermeiden. In diesem Zusammenhang verfüge die Planfeststellungsbehörde über einen Beurteilungsspielraum, inwiefern das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verletzt sei. Dies bestimme sich unter anderem unter Zusammenschau mit der Frage nach deren Signifikanz (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG). Nach der Gesetzesbegründung solle diese Norm die bisherige Rechtsprechung bestätigen ([BT-Drs. 18/11939 S. 17](#)). Dem liege der Gedanke zugrunde, dass Tiere nahezu immer innerhalb einer von Menschen gestalteten Umwelt leben und damit Tötungen vorhabenunabhängig teilweise sozialadäquat seien. In diesem Fall läge keine Verletzung des § 44 Abs. 1 BNatSchG vor.

Das BVerwG führte aus, dass die Planfeststellungsbehörde ebenfalls bei der Festsetzung von Vermeidungsmaßnahmen über einen fachwissenschaftlichen Beurteilungsspielraum verfüge. Die gerichtliche Kontrolle sei hierbei ebenfalls auf die fachliche Vertretbarkeit nach aktueller Wissenschaft beschränkt.

Hinsichtlich der Prüfungstiefe nach § 44 Abs. 1 BNatSchG differenzierte das BVerwG nach planungsrelevanten und sonstigen Arten. Dies sei eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage, welche anhand nachvollziehbaren Kriterien erfolgen müsse. Relevant sei eine Einstufung insofern, als dass man bei sonstigen Arten generell davon ausgehen könne, dass nicht gegen das Verbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG verstoßen würde. Nur bei relevanten Arten bedürfe es in jedem Fall einer konkreten Prüfung des § 44 Abs. 1 BNatSchG. Auch hier gestand das BVerwG den Behörden einen fachlichen Beurteilungsspielraum zu. Die behördliche Einschätzung verlange aber in diesem Fall, dass das Nichtvorliegen

des Ausnahmetatbestandes hinreichend dokumentiert werde und insofern nachvollziehbar sei. Insbesondere das methodische Vorgehen und die Ermittlungstiefe des Landesamtes für Natur- und Artenschutz lege dies nahe.

Das BVerwG trennte hiervon die Frage nach der Kausalität von Fehlern im Planungsverfahren bei der Erteilung von naturschutzrechtlichen Ausnahmen. Das bedeute in der Konsequenz, dass eine fehlende Ausnahmeerteilung für die Richtigkeit der Prüfung irrelevant sei, wenn nach Aktenlage ausgeschlossen werden könne, dass die Planfeststellungsbehörden die Ausnahme versagt hätte.

## **Fazit**

Der vorliegende Beschluss ist in mehrerlei Hinsicht von Interesse. Das BVerwG greift die vorhandenen Grundsätze der Rechtsprechung zum artenschutzrechtlichen Tötungsverbot in der straßenrechtlichen Planung auf und bestätigt diese. Darüber hinaus setzt es neue Akzente.

Das BVerwG bestätigt die bisherige Rechtsprechung hinsichtlich der Signifikanz des Tötungsverbotes nach § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG. Normalschwelle der Signifikanz ist aber nach dem BVerwG nicht die unberührte Natur. Vielmehr ist hiernach eine gewisse Zahl an Tötungen als sozialadäquat hinzunehmen, soweit der Mensch mit Natur- und Tierwelt in Berührung kommt.

In diesem Zusammenhang unterstreicht das BVerwG die Einschätzungsprärogative der Planungsbehörden hinsichtlich nahezu aller Planungsaspekte. Davon umfasst sind unter anderem Fragen der sachgerechten Vermeidungsmaßnahmen. Beachtenswert ist jedoch, dass schon die Frage, ob eine Vogelart überhaupt vorhabenrelevant ist, der fachlichen Einschätzung der jeweiligen Behörde unterliegt. Damit können Behörden ggf. auch bezüglich der nach Anhang I der FFH-Richtlinie formal europäisch geschützter Arten eine unterschiedliche Planungsrelevanz begründen. Hinsichtlich der verschiedenen Arten sind demnach Differenzierungen gestattet. Bei einem „Allerweltsvogel“ kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass nicht gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG verstoßen wird.

Darüber hinaus gesteht das BVerwG Planungsbehörden eine gewisse Fehlertoleranz zu. Sofern die Behörde trotz Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) von der erforderlichen Prüfung absieht, ist dies nur teilweise erheblich. Nicht kausal und damit irrelevant soll der Fehler nämlich dann sein, wenn nach der Aktenlage ausgeschlossen ist, dass die Planfeststellungsbehörde die fehlende Ausnahme versagt hätte.

Bei Straßenverkehrsprojekten und deren artenschutzrechtlicher Verträglichkeitsprüfung verfügen Behörden nach dieser Rechtsprechung über nicht unerhebliche Spielräume. Abzuwarten bleibt, ob diese Rechtsprechung in diesem Umfang auch auf Windenergieprojekte übertragbar ist. Um diese Frage zu beantworten, bedarf es einer weiteren Ausdifferenzierung durch die Rechtsprechung<sup>1</sup>.

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

<https://www.bverwg.de/080318B9B25.17.0>

---

<sup>1</sup> Bislang hierzu: VGH Kassel, Beschluss vom 25.7.2017 - 9 B 2522/16.; OVG Koblenz, Beschluss vom 27.4.2017 - 8 B 10738/17.

Betriebssicherheit, Entwurfslebensdauer, Erheblichkeit, Ertragseinbuße, heranrückende Windenergieanlage, Nutzungsdauer, Rücksichtnahmegebot, Standsicherheit, Turbulenzwirkungen, Windabschattung, Windenergieanlagen, Umwelteinwirkungen

### **OVG Koblenz, Urteil vom 26.06.2018 - 8 A 11691/17.OVG**

- 1. Der Betreiber einer Windenergieanlage (WEA) hat einen Anspruch darauf, vor den durch eine heranrückende WEA ausgelösten Turbulenzwirkungen (Erschütterungen) bewahrt zu werden, die sich erheblich auf die Stand- und Betriebssicherheit der eigenen Anlage auswirken.**
- 2. Neben der Standorteignung für die sog. Entwurfslebensdauer von 20 Jahren ist auch die darüberhinausgehende Nutzungsdauer der WEA schutzwürdig. Der infolge einer reduzierten Nutzungsdauer der Blattschrauben von 34 auf 32 3/4 Jahre verursachte höhere Wartungsaufwand ist ebenso zumutbar wie eine um 1 1/4 Jahr verminderte Nutzungsdauer der Gesamtanlage.**
- 3. Der Betreiber einer WEA hat kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, von jedweden Windabschattungseffekten freigestellt zu werden, die durch eine heranrückende, die Standsicherheitsanforderungen erfüllende WEA für die eigene Anlage ausgelöst werden.**

**(Amtliche Leitsätze)**

#### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Klägerin ist Eigentümerin einer Windenergieanlage (WEA 3), welche sie seit Ende 2010 betreibt. Die Beklagte hatte der Beigeladenen 2016 eine immissionsrechtliche Genehmigung zur Errichtung einer Windenergieanlage (WEA 1) auf einem Flurstück, welches 240 Metern zur WEA 3 liegt, erteilt. Beigeladene und auch Klägerin legten Gutachten vor, welche sich mit Fragen der erhöhten Turbulenzintensität, Beeinträchtigung der Standsicherheit und der veränderten Lebensdauer der WEA 3 befassten.

Die Klägerin klagte vor dem VG Neustadt darauf, die Beklagte zu verpflichten der Genehmigung für die WEA 1 eine Nebenbestimmung beizufügen nach der die Beigeladene verpflichtet wird an die Klägerin Kompensationszahlungen für Nutzungsausfälle zu zahlen. Hilfsweise klagte sie auf Beifügung einer Nebenbestimmung, welche der Beigeladenen einen Betrieb der WEA 1 bei Windgeschwindigkeiten von 7,5 m/s bis 12 m/s untersagt.

Das VG Neustadt wies die Klage in erster Instanz zurück. Die Klägerin legte vor dem OVG Koblenz Berufung ein und beantragte auf die erstinstanzlich gestellten Anträge zu erkennen oder hilfsweise Beweis über die Einnahmeverluste bei der WEA 3 durch Gutachten zu erheben.

#### **Inhalt der Entscheidung**

Die Berufung wurde durch das OVG Koblenz zurückgewiesen.

Zunächst lehnte das Gericht das Vorliegen schädlicher Umweltauswirkungen i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ab. Verstärkte Turbulenzwirkungen, die durch die hinzutretende WEA voraussichtlich entstünden, seien prinzipiell als Umwelteinwirkung im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zu verstehen, da von ihnen Immissionen ausgingen. Schädlich seien nach dem OVG aber nur diejenigen Umweltauswirkungen, die nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile und Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Da es an einem gesetzlichen Maßstab fehle, sei die „Richtlinie für Windenergieanlagen – Einwirkungen und Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung“ des Deutschen Instituts für Bautechnik, heranzuziehen und als technische Baubestimmung zu beachten (§ 3 Abs. 3 LBauO).

Das Gericht stellte fest, dass für die WEA 3 keine akute Einsturzgefahr bestehe und auch die Stand- und Betriebssicherheit gegeben seien. Die unbefristete Genehmigung der WEA 3 gewähre der Klägerin aber eine, über die Entwurfslebensdauer hinausgehende, Rechtsposition. Sofern die Betriebsdauer vermindert werde, sei dies eine Verkürzung dieser Rechtsposition. Die Reduktion der Betriebsdauer sei im konkreten Fall jedoch kein erheblicher Nachteil oder eine unzumutbare Steigerung des Sicherheits- und Wartungsaufwands. Ein Anlagenbetreiber habe keinen Anspruch auf eine unverändert bestehende

Umgebung. Das gelte insbesondere für WEA in extra für den Windenergieausbau ausgewiesenen Gebieten. Allenfalls im Falle unzumutbar verschlechterter Betriebsbedingungen sei eine Erheblichkeit zu bejahen. Dies sei bei einer geringen prozentualen Verringerung von sieben Prozent nicht der Fall.

Weiterhin setzte sich das Gericht mit Ertragseinbußen durch Windabschattung auseinander. Maßgeblich sei hier nicht § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, sondern die Frage nach dem Rücksichtnahmegebot, da die Abschattungswirkung keine Immission sei. Das Rücksichtnahmegebot stelle einen weiteren öffentlichen Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB dar, welcher nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG auch im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung Niederschlag finde. Das Gebot verlange, dass der Betreiber einer Anlage auch im Außenbereich schutzwürdige Interessen Dritter beachten und mit seinen Interessen in Ausgleich stellen müsse. Gerade in einem Windenergievorrang-Gebiet bzw. einer Konzentrationszone sei die Errichtung von weiteren WEA zu erwarten. Zudem sei das Vorhaben der Beigeladenen rechtlich zulässig, womit dieser über ein legitimes Interesse verfüge.

Auch verfüge die Klägerin über keine Rechtsgrundlage nach der sie einen Anspruch auf das Einhalten eines Mindestabstands zu ihrer eigenen WEA habe. Die DIBt-Richtlinien begründen die Notwendigkeit der Durchführung einer standortspezifischen Untersuchung aufgrund der Unterschreitung eines gewissen Abstandes. Sie gäben aber keine konkreten Abstände vor. Die Klägerin könne dementsprechend allenfalls erwarten, dass hinzukommende Anlagen einer Standsicherheitsprüfung unterzogen werden. Die Grenze für hinzukommende WEA sei allenfalls eine Beschränkung des Ertrages bis hin zur Wertlosigkeit der bestehenden WEA. Die Klägerin hätte sich vor einem Heranrücken auch durch zivilrechtliche Verträge mit dem Grundstückseigentümer wehren können. Ebenfalls nicht tragfähig sei, dass Argument, dass es für die WEA 1 ggf. einen besseren Standort gegeben hätte.

## Fazit

Das OVG Koblenz setzt sich umfassend mit verschiedenen Aspekten heranrückender Windenergieanlagen hinsichtlich bestehender Anlagen auseinander. Mit voranschreitendem Ausbau der Windenergie kommt es nicht nur zu Konflikten im Hinblick auf Flächenverfügbarkeit, sondern auch den Windertrag.

Dem Urteil liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Anlagenbetreiber keinen Anspruch auf eine konstante Umgebung hat. Dieser Problembereich verhält sich analog zu anderen Nutzungen im Raum wie beispielsweise heranrückende Bebauung oder den Anspruch auf einen unverbaubaren Blick. In Konzentrationszonen ist hingegen vorhersehbar, dass zu den bestehenden auch weitere Windenergieanlagen hinzukommen und dies mit negativen Auswirkungen verbunden ist. Auch wenn das Gericht keine konkreten Grenzwerte nennt, gibt es doch zumindest die äußeren Grenzen zulässiger heranrückender Windenergieanlagen mit Blick auf Standsicherheit, Lebensdauer und Ertragseinbußen vor. Grenzen finden Beeinträchtigungen im Rahmen von Erheblichkeits- (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG), oder Verhältnismäßigkeitsabwägungen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG i.V.m. § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO). In diesem Rahmen stehen weite Abwägungs- und Zweckmäßigkeitsräume offen, sodass die unterschiedlichen Interessenlagen berücksichtigt werden können.

Offen bleibt die Frage inwiefern sich diese Rechtsprechung in ihren Grundsätzen anwenden ließe, wenn eine bestehende Konzentrationszone erweitert würde.

Eine optimale Ausnutzung des verfügbaren Windes ist für die Energiewende sehr wichtig. In der Konsequenz ist sie jedoch keine originäre Aufgabe des Plangebers und auch nicht der Genehmigungsbehörde. Praktisch würde ein solcher Anspruch die Aufgabe der Genehmigungsbehörden überstrapazieren. Es ist vielmehr den einzelnen Windenergieanlagenbetreibern überlassen durch zivilrechtliche Einigungen wirtschaftlich akzeptable Lösungen herbeizuführen. Offensichtlich ist, dass bei zunehmendem Windenergieausbau Ertragsverluste durch Windabschattung nicht vermeidbar sind.

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

<http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&doc.id=MWRE180002263&doc.part=L>



Interessenabwägung, Genehmigung, Heilung von Verfahrensfehlern, vorläufiger Rechtsschutz, Umweltverträglichkeitsprüfung, Unionsrecht

## **OVG Münster, Beschluss vom 08.02.2018 – 8 B 1632/17**

- 1. Die nachträgliche Heilung von Verfahrensfehlern eines durchgeführten UVP-Verfahrens kann auch im Rahmen des Eilverfahrens erfolgen.**
- 2. Ein ergänzendes Verfahren kann insbesondere auch nach Errichtung der Anlage durchgeführt werden.**
- 3. Die Möglichkeit der Nachholung einer UVP und die Heilung von Verfahrensfehlern sind grundsätzlich auch mit Unionsrecht vereinbar.**

**(Redaktionelle Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Beigeladene hatte von der Antragsgegnerin am Ende 2016 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windenergieanlagen erhalten. Hiergegen erhob die Antragstellerin Klage und beantragte gleichzeitig im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage.

Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes stellte das VG Münster im Beschlussweg die Verletzung von Verfahrensvorschriften, in Form einer unzureichenden Prüfung des bestehenden Teils der Windfarm in Bezug auf den Artenschutz, fest und ordnete die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage an. Die Antragsgegnerin erließ einen Ergänzungsbescheid, in dem die zusammenfassende Darstellung und Bewertung hinsichtlich der Berücksichtigung der Bestandsanlagen in der artenschutzrechtlichen Prüfung und der darauf aufbauenden UVP ausführlich dargestellt wurde. Im Anschluss änderte das VG Münster im Eilverfahren den ursprünglichen Beschluss (§ 80 Abs. 7 i.V.m. § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO) und wies den Wiederherstellungsantrag der Antragstellerin nunmehr zurück.

Hiergegen legte die Antragstellerin nun Beschwerde (§ 146 VwGO) ein.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG Münster wies die Beschwerde der Antragstellerin zurück, da aus seiner Sicht eine gerichtliche Prüfung des Beschwerdevorbringens den Beschluss nicht durchgreifend in Frage stelle. Der Senat stellte fest, dass die Beigeladene wegen veränderter Umstände die Aufhebung des Beschlusses vom 23.10.2017 verlangen könne (§ 80 Abs. 7 VwGO). Damit überwiege das Vollziehungsinteresse der Beigeladenen das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin. Ausschlaggebend ist nach Auffassung des OVG Münster, dass der ursprüngliche Fehler im UVP-Verfahren nachträglich geheilt werden könne.

Zunächst stellte das Gericht fest, dass die Behebung von Verfahrensfehlern nicht nur im Haupt-, sondern auch Eilverfahren geprüft werden könne. Das OVG ist der Ansicht, dass eine Prüfung der Voraussetzungen des § 4 Abs. 1b S.1 UmwRG im Eilverfahren nicht erforderlich sei. Die Frage, ob ein Fehler zur Aufhebung einer Genehmigung oder nur zur Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit führen würde, stelle sich im Hauptsache-, nicht aber im Eilrechtsverfahren. Im Eilrechtsverfahren führe ein Verfahrensfehler zumindest zur Feststellung der Rechtswidrigkeit und Außervollzugsetzung der Genehmigung zum Zwecke der Durchführung eines ergänzenden Genehmigungsverfahrens. Dann sei die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs nach §§ 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO in jedem Fall wiederherzustellen.

Das OVG stellte fest, dass im konkreten Fall der Verfahrensfehler einer Heilung offen stehe. Die Heilungsmöglichkeit bestehe auch, wenn die Anlage bereits errichtet wurde. Nach § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a, Abs. 1b S. 2 UmwRG i. V. m. § 45 Abs. 2 VwVfG NRW bestehe grundsätzlich bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Hauptsacheverfahrens die nachträgliche Möglichkeit der Prüfung von Heilungen hinsichtlich eines Verfahrensfehlers. Gleiches gelte nach Ansicht des OVG auch für die Heilung von Verfahrensfehlern im Rahmen einer UVP-Prüfung.

Das Gericht führte aus, dass dies auch nicht zwangsläufig gegen den unionsrechtlichen Grundsatz des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2011/92/EU verstoße. Zwar setze die Richtlinie die UVP-Prüfung vor Genehmigungserteilung voraus. Das schließe eine Heilung von weniger schwerwiegenden Verfahrensfehlern nicht zwangsläufig aus, solange sichergestellt sei, dass dies ein Ausnahme- und kein Regelfall sei und

Unionsrecht nicht systematisch umgangen werde. Wichtig sei nur, dass bei schon erbauten Anlagen eine nachgeholt UVP-Prüfung nicht nur die zukünftigen, sondern auch die Umweltauswirkungen seit Errichtung berücksichtige.

## Fazit

Die Entscheidung des OVG Münster befasst sich umfänglich mit den Heilungsmöglichkeiten von Verfahrensfehlern im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Sie zeigt in diesem Beschluss wie effektiv der gerichtliche Eilrechtsschutz im Rahmen des § 80 Abs. 7 VwGO funktionieren kann.

Die Heilungsmöglichkeit eröffnet in der gerichtlichen und planerischen Praxis die Möglichkeit auf Verfahrensfehler flexibel zu reagieren. Sie ist insbesondere kein Privileg des Hauptsacheverfahrens. Vielmehr muss eine Heilung auch im Eilrechtsschutz möglich sein. Das erscheint mit Blick auf den Gesetzeswortlaut von § 80 Abs. 7 S. 2 VwGO konsequent. Gerade die Heilung eines Formfehlers stellt einen veränderten Umstand dar, den die Beteiligten auch aktiv herbeiführen können. Es wäre widersinnig und keineswegs effektiv erst die Prüfung einer durchgeführten Heilung im Hauptsacheverfahren abzuwarten um die Vollziehbarkeit einer Genehmigung zu erwirken.

Insofern erscheint es ebenso konsequent, dass das OVG Münster darin keinen Verstoß gegen Europarecht sieht. Gegenüber seinen früheren Entscheidungen (z.B. [8 A 493/16](#)) differenziert das OVG Münster nunmehr insofern, als nicht jegliche Heilung von UVP-Verfahrensfehlern ausgeschlossen ist. Eine UVP-Prüfung ist grundsätzlich vor Genehmigungserteilung durchzuführen. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2011/92/EU hat damit eine Grundregel und kein striktes Dogma für den Eilrechtsschutz festgelegt.

Beachtenswert ist, dass das OVG mit der im vorliegenden Beschluss nur kurz erwähnten Differenzierung zwischen Verfahrensfehlern der UVP und materiellen Bewertungen eine Brücke zu seiner grundlegenden Entscheidung schlägt. So entschied das OVG Münster ([8 B 838/17](#) und [8 B 1291/17](#)) vormals, dass Nachbarn materielle, nicht drittschützende Aspekte nicht als relative Verfahrensfehler der UVP nach § 4 Abs. 1a UmwRG geltend machen können.

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

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2018/8\\_B\\_1620\\_17\\_Beschluss\\_20180208.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2018/8_B_1620_17_Beschluss_20180208.html)

Immissionsschutzrecht, 10-H-Regelung, vollständiger Antrag auf Genehmigung, Anlagentypwechsel, Windenergieanlage, nachteilige Auswirkungen, Mindestabstand zur Wohnbebauung, Änderung des Anlagentyps, vollständiger Genehmigungsantrag  
**VGH München, Beschluss vom 24.07.2018 - 22 BV 17.2176**

- 1. Die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO zur Anwendbarkeit der sogenannten 10-H-Regelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO ist antragsbezogen und bezieht sich wegen der Anforderungen der 9. BImSchV auf einen bestimmten, zum Stichtag beantragten Anlagentyp. (Rn. 33 – 37)**
- 2. Ein Austausch von Antragsunterlagen, mit denen ein anderer Anlagentyp zur Genehmigung gestellt werden soll, kann die Anwendbarkeit der 10-H-Regelung auslösen. Ob die Genehmigungsbehörde dabei auch formal ein neues Genehmigungsverfahren einleitet, ist für die Prüfung des Art. 83 Abs. 1 BayBO unerheblich. (Rn. 41 – 43)**  
**(Amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Klägerin wendet sich gegen immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für WEA, die die Beklagte der Beigeladenen erteilt hat.

Die Beigeladene (WEA Betreiber) stellte im Dezember 2013 einen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrag bei der Beklagten (LRA Ostallgäu) für die Errichtung von drei WEA. Schon im November 2016 änderte die Beigeladene den Anlagentyp, weil der ursprüngliche Anlagentyp nicht mehr verfügbar war. Für den neuen Anlagentyp wurde eine Untersuchung zum Schallimmissionsschutz/Schattenwurf mit vorgelegt. Im Dezember 2016 und Mai 2017 genehmigte die Beklagte die WEA. Dabei wurde das gemeindliche Einvernehmen der Klägerin (Standortgemeinde) ersetzt. Die Genehmigungsbescheide enthalten Nebenbestimmungen (Lärmschutz, Naturschutz, Schattenwurf/Lichtimmission etc).

Im Februar und Mai 2017 klagte die Klägerin vor dem VG Augsburg gegen die Genehmigungsbescheide und beantragte deren Aufhebung, da ihrer Meinung nach das gemeindliche Einvernehmen zu Unrecht ersetzt worden sei und hier die 10H Regelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO eingreife. Im Oktober 2017 hob das VG Augsburg die Genehmigungsbescheide mit Urteil auf und ließ die Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zu. Daraufhin legte die Beigeladenen beim VGH München Berufung ein und beantragte das Urteil des VG Augsburg aufzuheben und die Klage abzuweisen. Sie ist der Meinung, dass hier die Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 1 BayBO anwendbar sei. Die Klägerin beantragte im Dezember 2017 die Berufung zurückzuweisen.

### **Inhalt der Entscheidung**

Der VGH München wies die Berufung der Beigeladenen gegen das Urteil des VG Augsburg als unbegründet zurück. Das Gericht stellte klar, dass hier die 10 –H-Regelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO gelte und die WEA nicht mehr privilegiert seien, sodass sie somit dem § 35 Abs. 2 BauGB unterfielen. Die Beigeladene könne sich nicht auf die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO berufen. Das Gericht begründet seine Entscheidung damit, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigung Art. 82 Abs. 1 BayBO anwendbar gewesen sei, denn er sei am 21.11.2014 in Kraft getreten.

Die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO fände keine Anwendung, denn allein der Anlagentypwechsel Ende 2016 löse hier die 10-H-Regelung aus. Der Gesetzesbegründung sei zu entnehmen, dass vor allem eine schnelle und möglichst einheitliche Durchsetzung der neuen 10-H-Regelung gewünscht gewesen sei. Die Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 1 BayBO gestehe nur Investoren Vertrauensschutz bzgl. der bisher geltenden Rechtslage zu, wenn diese einen vollständigen Antrag (vgl. dazu 9. BImSchV) vor Ablauf des 4.2.2014 gestellt haben. Das hieße, dass ein Vertrauensschutz nur dann gewollt sei, wenn die Verantwortlichkeit für die Genehmigung vollkommen in die Sphäre der zuständigen Behörde gelegt worden sei.

Ein vollständiger Antrag i.S.d. Art. 83 Abs. 1 BayBO läge vor, wenn er für die zuständige Behörde prüffähig sei. Eine solche Prüffähigkeit sei zu bejahen, wenn die eingereichten Unterlagen Aussagen zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen einer nach Art und Typ genau bezeichneten Anlage (vgl. § 3 Satz 1 Nr. 3, § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 Nr. 1 der 9. BImSchV) enthielten. In Bezug auf eine WEA sei dies auch die genaue Typenbezeichnung, denn sonst seien die konkreten Auswirkungen auf die Umwelt

nicht prüffähig. Die Prüffähigkeit zum Stichtag sei damit nicht nur verfahrensbezogen, sondern auch anlagenbezogen. Das Gericht lehnte daher ab, dass Art. 83 Abs. 1 BayBO rein verfahrensbezogen sei, wie es die Beigeladenen sehe. Art. 83 Abs. 1 BayBO spräche nicht von irgendeinem eingeleiteten Verfahren, sondern von einem vollständigen Antrag. Zudem liefe die Regelung auf eine bloße Standortsicherung hinaus, wenn eine Typenänderung nach dem Stichtag möglich wäre. Das Gericht führte aus, dass es im Ermessen der Behörde stünde, ob es ein eingeleitetes Verfahren nach Typenänderung unter dem gleichen Aktenzeichen weiterführe. In Bezug auf die Übergangsregelung des Art. 83 BayBO kommt es nach Ansicht des Gerichts entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift nicht darauf an, ob und wie viele Verfahrensschritte durch die Änderung erforderlich geworden seien. Vorliegend seien die Unterlagen am Stichtag nicht prüffähig gewesen, denn das Schall- und Schattenwurfgutachten bezöge sich auf einen anderen Anlagentyp.

Ferner machte der VGH deutlich, dass hier kein Wertungswiderspruch zu § 16 BImSchG bestünde. Schließlich könne § 16 BImSchG nur angewendet werden, wenn eine genehmigungsbedürftige Anlage schon eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung habe. Damit könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine Änderung der Anlage nach Genehmigungserteilung im Verfahren nach § 16 BImSchG überhaupt ohne Anwendung der 10-H-Regelung zulässig wäre. Zudem stellte das Gericht klar, dass seiner Entscheidung vom 11.8.2016 ([VGH München - 22 CS 16.1052](#)) nicht entnommen werden könne, dass der Wechsel des Anlagentyps stets keine genehmigungsbedürftige wesentliche Änderung i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG darstelle. Denn diese setze voraus, dass keine von der Typenänderung bei den geplanten Anlagen ausgehenden nachteiligen Auswirkungen i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG zu erwarten seien.

## Fazit

Dieser Beschluss des VGH ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung, denn er trifft klare Worte bezüglich der Auslegung des Art. 83 Abs. 1 BayBO und des Art. 82 Abs. 1 BayBO. Mit dieser Entscheidung schafft der VGH Rechtssicherheit hinsichtlich der 10-H-Regelung und solchen Verfahren, die vor Inkrafttreten der Regelung zwar beantragt, aber nicht genehmigt waren. Damit ist dies aber auch nur ein temporäres Problem, betrifft es doch nur Anträge, die unter die Übergangsregelung des Art. 83 BayBO gefasst werden können.

In Bezug auf die Aussagen des Beschlusses zur Vollständigkeit und Prüffähigkeit sowie zur Typänderung ist zu beachten, dass der vorliegende Beschluss diese Fragen speziell in Hinsicht und im Lichte der Regelungsabsicht der Übergangsregelung des Art. 83 BayBO als baurechtliche Frage auslegt, so dass die diesbezüglichen Aussagen nicht unmittelbar als allgemeine Auslegung dieser immissionsschutzrechtlichen Fragestellung sowie des Prioritätsprinzips angesehen werden können. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass entgegen der Darstellung im Beschluss des VGH der Wortlaut des zitierten § 3 Satz 1 Nr. 3, § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 Nr. 1 der 9. BImSchV nur die Benennung der „Art“ der Anlage fordert und nicht den Zusatz einer genauen „Typbezeichnung“ enthält.

Ferner ist hervorzuheben, dass das Gericht betont, dass eine weite Auslegung der vom Gesetzgeber streng angelegten Übergangsregelung des Art. 83 BayBO nicht angezeigt sei, womit sich die Abweichungen des vorliegenden Beschlusses gegenüber der allgemeinen immissionsschutzrechtlichen Bewertung der Vollständigkeit und der bisherigen großzügigen Sichtweise des VGH München zu Typänderungen (vgl. z.B. [VGH München - 22 CS 15.686](#)) erklären lässt.

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

<http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2018-N-17217?hl=true>

Immission, Baurecht, Betriebssicherheit, Erschütterungen, Ertragseinbußen, heranrückende Windenergieanlage, Konkurrenz, Standsicherheit, Turbulenzwirkung, Windabschattung, Windenergieanlagen, Windklau, Umwelteinwirkungen

### **OVG Münster, Urteile vom 18.09.2018 – 8 A 1884/16 - 8 A 1886/16**

- 1. Nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erlischt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, wenn innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde gesetzten angemessenen Frist nicht mit der Errichtung oder dem Betrieb der Anlage begonnen worden ist. Dies schließt die Unanfechtbarkeit gegenüber dem Genehmigungsinhaber jedenfalls dann grundsätzlich ein, wenn er sich gegen Nebenbestimmungen der erteilten Genehmigung wendet, die ihn erheblich belasten.**
- 2. Konkurrieren mehrere Vorhaben derart miteinander, dass nicht alle (uneingeschränkt) genehmigungsfähig sind, ist nach dem Prioritätsprinzip dem früheren Vorhaben der Vorzug zu geben.**
- 3. Ein immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid kann in der Regel ebenso rangsichernd wirken wie eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Vollständig eingereichte Antragsunterlagen für einen Vorbescheid begründen grundsätzlich in derselben Weise wie beim Genehmigungsantrag einen verfahrensrechtlich verfestigten Status.**
- 4. Ein prüffähiger Vorbescheidsantrag verliert seinen Vorrang nicht zwangsläufig durch nachträgliche Änderungen des Vorhabens. Das gilt insbesondere, wenn keine wesentliche Änderung gegeben ist, die die Prüffähigkeit des ursprünglichen Antrags neu aufwirft. Nicht erfasst von § 16 BImSchG werden Auswirkungen, die im Hinblick auf die Vorgaben des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG nicht negativ zu bewerten, sondern positiv oder neutral sind.**

**(Redaktionelle Leitsätze)**

#### **Hintergrund der Entscheidung**

Klägerin und Beigeladene der parallelen Berufungsverfahren sind Windenergieanlagenbetreiber, welche die Errichtung von Windenergieanlagen in ca. 200 m Abstand voneinander planen. Turbulenzgutachten bestätigen, dass zur Gewährleistung der Standsicherheit der Windenergieanlagen Betriebsbeschränkungen erforderlich sind; entweder durch Abschalten der turbulenzverursachenden oder der von der Nachlaufstörung betroffenen Anlage.

Die Klägerin beantragte im Mai 2010 die Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides für eine Windenergieanlage (WEA 40), hinsichtlich der planungsrechtlichen Zulässigkeit und der Vereinbarkeit mit den militärischen und luftverkehrsrechtlichen Belangen. Beigefügt waren u.a. ein Turbulenzgutachten und eine Schallimmissionsprognose, welche im Februar und August 2010 beim Beklagten eingingen. Im Mai 2013 erweiterte die Klägerin ihren Antrag um die Fragen der immissionsschutzrechtlichen Zulässigkeit sowie die Zulässigkeit unter Turbulenzintensitätsgesichtspunkten.

Die Beigeladene beantragte im Juni 2010 für eine Windenergieanlage (WEA 26) eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für einen 206 m südwestlich der WEA 40 gelegenen Standort. Dem Antrag fügte sie u. a. eine Schall- und eine Schattenwurfprognose (Juni 2010) und eine gutachterliche Stellungnahme zur Turbulenzbelastung (September 2010) bei, die die klägerische Anlage nicht berücksichtigte. Im Juni 2013 reichte die Beigeladene das dazugehörige Artenschutzgutachten und einen landchaftspflegerischen Begleitplan bei der Beklagten ein.

Im Juli 2013 erteilte der Beklagte der Klägerin für die WEA 40 einen „Vorbescheid nach dem er die planungsrechtlichen Zulässigkeit, Vereinbarkeit mit den militärischen Belangen, Belange des Luftverkehrs, immissionsschutzrechtliche Zulässigkeit und Turbulenzintensität“ für den Anlagenstandort bestätigte. Die Beigeladene erhob hiergegen Widerspruch. Die Klägerin beantragte im August 2013 die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die WEA 40.

Mit Bescheid vom 21.01.2014 nahm der Beklagte den Bescheid der WEA 40 insoweit zurück, als dieser „die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit im Hinblick auf die Turbulenzintensität feststellt“. Eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Anlage ohne Berücksichtigung der WEA 26 könne nicht getroffen werden, sodass der Vorbescheid insoweit rechtswidrig sei. Zeitgleich genehmigte die Beklagte die WEA 26, wogegen die Klägerin Widerspruch erhob. Im Rahmen des anschließenden Klageverfahrens hob die

erkennende Kammer den Teilrücknahmebescheid im Juli 2016 auf. Daraufhin erhielt die Klägerin eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die WEA 40. Diese enthielt eine Bedingung, welche die Vorlage eines die WEA 26 berücksichtigenden Turbulenzgutachtens verlangte. Darauf aufbauend sollten eventuell erforderliche Betriebseinschränkungen, die die Standsicherheit aller Anlagen im Einwirkungsbereich der Turbulenzen gewährleisten, eingehalten werden. Das VG Minden hat der Klage der Klägerin stattgegeben und die Nebenbestimmungen aufgehoben.

Hiergegen wenden sich nunmehr die Beigeladene und der Beklagte im Berufungsverfahren.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG Münster wies die Berufung zurück. Damit bestätigte es das Urteil des VG Minden, dass der Teilrücknahmebescheid rechtswidrig und damit aufzuheben war. Die Klage gegen den Teilrücknahmebescheid sei zulässig und begründet gewesen.

Insbesondere stehe der Klägerin ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung zu. Die Genehmigung sei nämlich nicht nachträglich erloschen (§ 18 Abs. 1 BImSchG). Die im Januar 2014 gesetzte Frist sei nach Wortlaut und Zweck der Fristbestimmung ab Bestandskraft der Anlage zu verstehen. Zuvor verfüge der Genehmigungsinhaber nicht über das ausreichende Vertrauen zur Errichtung der WEA. Das gelte sowohl im Falle der Drittanfechtung, als auch bei einer Klage des Inhabers selbst aufgrund streitiger Nebenbestimmungen. In beiden Konstellationen sei die Klägerin schutzwürdig, da sie sonst das Risiko trage entweder aufgrund umfassender Abschaltungsvorgaben eine unwirtschaftliche WEA zu betreiben oder aufgrund eingeleiteter Rechtsmittel die Genehmigung infolge Fristablaufs zu verlieren.

Der gegenüber der Klägerin ergangene Teilrücknahmebescheid sei zudem rechtswidrig gewesen und habe sie in ihren Rechten verletzt. Es fehle schon an den Rücknahmevoraussetzungen nach § 48 Abs. 1 VwVfG NRW, da der gegenüber der Klägerin ergangene Vorbescheid rechtmäßig gewesen sei. Der Vorbescheid enthalte eine konkludente Feststellung zum Vorrang der klägerischen Anlage hinsichtlich Turbulenzen, was sich aus dem Gegenstand des Vorbescheids ergebe.

Bei konkurrierenden, sich gegenseitig ausschließenden bzw. einschränkenden Vorhaben gelte das Prioritätsprinzip. Dies sei ein verlässlicher Maßstab bzw. ein sachgerechtes Kriterium für die Verteilungsentcheidung, der dem Willkürverbot und dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung trage.

Abzustellen sei auf den Zeitpunkt der Einreichung eines prüffähigen Antrags. Prüffähige Unterlagen lägen dann vor, wenn die Unterlagen sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens verhielten und die Behörde in die Lage versetze, den Antrag näher zu prüfen. Die Unterlagen müssten allerdings nicht schon die Genehmigungsfähigkeit belegen. Es sei nicht erforderlich, dass die Unterlagen einer Prüfung in jeder Hinsicht standhielten und keine weiteren Fragen aufwürfen. Nur so sei sicher, dass der Vorhabenträger den Antrag und dessen vollständige Einreichung selbständig in der Hand halte und nicht von behördeninternen Vorgängen abhängig sei. Ebenfalls könne nur so einer missbräuchlichen Antragstellung pro forma, ohne vollständige Antragsunterlagen, entgegen gewirkt werden. Dies werde auch durch den Vergleich mit dem aktuellen § 12 Abs. 2 UVPG bestätigt.

Übertragbar sei das Prioritätsprinzip generell auch auf das Verhältnis zwischen immissionsschutzrechtlichem Vorbescheid (§ 9 BImSchG) und Genehmigung (§ 6 BImSchG). Grundlage dessen sei die Funktion gestufter Genehmigungsverfahren. Sowohl das Vorbescheids- als auch das Teilgenehmigungsverfahren dienten der Verfahrensbeschleunigung und -konzentration und sollten Planungs- und Investitionssicherheit verschaffen. Unvereinbar wäre es insofern bei komplexen Verwaltungsentscheidungen, wenn grundsätzlich erst dem jeweils letzten Verfahrensabschnitt eine rangsichernde Wirkung zukäme. Hiergegen spreche auch nicht das verminderte Prüfverfahren des Vorbescheids, da es Parallelen zum Genehmigungsverfahren ausweise. Insbesondere erfordere der Vorbescheid eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung im Sinne einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit der Gesamtgenehmigung.

Hiervon ausgehend waren die, von der Beigeladenen mit dem Genehmigungsantrag vorgelegten Unterlagen nicht prüffähig. Diese beschränkten sich weitgehend auf allgemeine Ausführungen zum Verhältnis von Vögeln und Windkraftanlagen ohne konkreten Einzelfallbezug.

Der prüffähige Vorbescheidsantrag der Klägerin habe seinen Vorrang auch nicht nachträglich durch Änderungen des Vorhabens verloren. Allenfalls bei einer wesentlichen Änderung im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG könne die ursprüngliche Vorrangstellung vernichtet werden. Diese sei vorliegend

zu verneinen, da es an einer Wesentlichkeit fehle. Die Antragsbeschränkung zum Schutze der Rotmilanpopulation sei nicht wesentlich, da § 16 BImSchG nicht diejenigen Vorgaben erfasse, die nicht negativ, sondern positiv oder neutral im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG seien. Die nach § 15 BImSchG angezeigte Standortverschiebung um 6 m in nördliche Richtung ließe den Vorrang ebenfalls nicht entfallen, da diese jedenfalls nach Erteilung des Vorbescheids im Juli 2013 und auch nach Genehmigungserteilung im Januar 2014 erfolgt sei. Damit entfalte sie keinen Einfluss auf die Prüffähigkeit der Anträge mehr.

## **Fazit**

Das OVG Münster hat sich in diesem Urteil mit mehreren praxisrelevanten Fragestellungen auseinandergesetzt.

Zunächst befasst es sich mit der Frage des nachträglichen Erlöschens (§ 18 Abs. 1 BImSchG) von Genehmigungen. Der behördlich gesetzte Fristbeginn (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG), welcher erst mit der Bestandskraft der Genehmigung einsetzt, ermöglicht dem Antragsteller, diese Genehmigung rechtlich hinsichtlich einzelner Nebenbestimmungen prüfen zu lassen, ohne dass er seine Genehmigung verliert. Diese Rechtsprechung gewährt damit umfassend Planungssicherheit und Rechtsschutz.

Weiterhin hat das OVG sich einer in der Rechtsprechung bislang umstrittenen Rechtsfrage mit großer praktischer Relevanz zugewandt; nämlich mit dem Konkurrenzverhältnis zwischen Genehmigung und Vorbescheid. Die Urteilsbegründung bringt damit Klarheit hinsichtlich mehrerer wichtiger Aspekte in Konkurrenzsituationen von Windenergieanlagen. Sowohl immissionsschutzrechtliche Vorbescheide, als auch Genehmigungen sind häufig verwendete Instrumentarien in der Windenergieplanung.

Die Frage nach Wirk- und Prüfumfang des Vorbescheides ist schon rechtsdogmatisch eine komplexe Fragestellung, die in Rechtsliteratur und verwaltungsgerichtlicher Praxis sehr unterschiedlich beurteilt wird. Das OVG Münster stellt im vorliegenden Fall Genehmigung und Vorbescheid bei der Sicherung von konkurrierenden Rechtspositionen gleich. Dadurch haben sie im Rahmen des Prioritätsprinzips in der Regel den gleichen rangwahrenden Stellenwert. Das OVG gründet seine Argumentation aber nicht alleine auf die dogmatische Abgrenzung, sondern nimmt auf das spezielle Antragsverfahren Bezug. Aspekte der Verfahrensbeschleunigung und -konzentration, sowie Planungs- und Investitionssicherheit sind in der Windenergieplanung wichtige Faktoren. Mit dem Fortschreiten des Ausbaus der Windenergie wird merklich, dass sich Windenergieanlagen, die nahe beieinanderstehen, gegenseitig in Form von Turbulenzen und Fragen des Windenergieertrags beeinflussen. Damit verbunden sind auch zunehmend Konkurrenzverhältnisse zwischen Windenergieplanern.

Offen bleibt, ob sich dieser Rechtsprechung auch weitere Gerichte anschließen werden. Der hier zentralen Problemstellung vorgelagert ist nämlich mindestens teilweise die Frage, welche konkreten Anforderungen an einen Vorbescheid gestellt werden können, sodass „...die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können“.

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

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2018/8\\_A\\_1886\\_16\\_Urteil\\_20180918.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2018/8_A_1886_16_Urteil_20180918.html)

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2018/8\\_A\\_1884\\_16\\_Urteil\\_20180918.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2018/8_A_1884_16_Urteil_20180918.html)

Verwaltungsgerichte, Standortbezogene Vorprüfung, Umweltverträglichkeitsprüfung, Immissionsschutzrechtliche Genehmigung, Vorläufiger Rechtsschutz

## **OVG Lüneburg , Beschluss vom 31.05.2018 -12 ME 64/18**

- 1. Die Freistellungsfiktion nach § 15 Abs. 2 Satz 2 BImSchG führt jedenfalls dann noch nicht zur Modifikation der immissionsschutzrechtlichen Ausgangsgenehmigung, wenn die Änderung des Vorhabens zusätzlich einer Baugenehmigung bedarf.**
- 2. § 80a Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO verpflichtet einen Dritten nicht, vor Anrufung des Verwaltungsgerichts nach § 80 Abs. 5 VwGO bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde einen Antrag auf "Aussetzung" der zuvor behördlich auf Antrag des Vorhabenträgers - zumal in Kenntnis der Widerspruchsbeurteilung des Dritten - angeordneten sofortigen Vollziehung zu stellen.**
- 3. Ob das Ergebnis einer Vorprüfung nach dem UVPG "nachvollziehbar" ist, beurteilt sich nach der von der Behörde gemäß § 3c Satz 6 UVPG a. F. dokumentierten Begründung. Erweist sich eine Vorprüfung danach als nicht "nachvollziehbar", so rechtfertigt dieser Umstand grundsätzlich die uneingeschränkte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Drittwiderspruchs einer anerkannten Umweltvereinigung gegen die (immissionsschutzrechtliche) Vorhabengenehmigung.**
- 4. Auch ein überregional bedeutsames Schwerpunktvorkommen des Rotmilans kann eine "besondere örtliche Gegebenheit" i. S. d. § 3c Satz 2 i. V. m. Nr. 2.3 der Anlage 2 zum UVPG (a. F.) darstellen und, wenn vohabenbedingt für den Rotmilan erhebliche nachteilige Auswirkungen zu erwarten sind, die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung erfordern.**

(amtliche Leitsätze)

### **Hintergrund der Entscheidung**

Der Antragsteller, ein Umweltverband, begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs. Diesen legte er gegen eine immissionsschutzrechtliche Teilgenehmigung ein, die der Beigeladenen für die Errichtung und den Betrieb von 4 WEA erteilt wurde. In Nebenbestimmungen zur Teilgenehmigung wurden Kompensations- und Ablenkmaßnahmen bezüglich der Beeinträchtigung der Avifauna konkretisiert, wodurch ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vermieden werden könne. Auch die Beigeladene legte Widerspruch gegen die Teilgenehmigung ein, da ihr diese artenschutzrechtlichen Nebenbestimmungen zu weit gingen. Erst nach Rücknahme dieses Widerspruchs der Beigeladenen ordnete der Antragsgegner (Genehmigungsbehörde) die sofortige Vollziehung seines Bescheides an.

Der Antragsteller stellte gegen die sofort vollziehbar erklärte Genehmigung einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beim VG Göttingen. Das VG Göttingen entsprach diesem Antrag. Hiergegen wiederum legten die Beigeladene und der Antragsgegner Beschwerde (§146 VwGO) beim OVG Lüneburg ein.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG Lüneburg wies die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen zurück.

Das OVG führte aus, dass der Prüfungsmaßstab nach § 80 Abs. 5 VwGO, wonach nicht zuletzt die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren relevant sein, hier jedenfalls durch Unionsrecht modifiziert würden. Der Grundsatz der effektiven Durchsetzung von Unionsrecht sei bei der Kontrolle der durch europäisches Richtlinienrecht vorgegebenen standortbezogenen UVP-Vorprüfung zu beachten. Nach diesem Grundsatz könne der Vollzug einer Genehmigung schon dann nicht gerichtlich gebilligt werden, wenn ihr eine rechtswidrige UVP Vorprüfung vorausgegangen sei. Da ein solcher Mangel vorliege, führe schon dies allein zur Nichtvollziehbarkeit der Genehmigung.

Die UVP Vorprüfung ist nach dem OVG lediglich dahingehend gerichtlich überprüfbar, ob die behördlich dokumentierten Gründe, warum eine UVP nicht erforderlich sei, nachvollziehbar sind. Dies sei dann der Fall, wenn das Ergebnis der Vorprüfung keine Rechtsfehler aufweise und einer Plausibilitätskontrolle standhielte. Hier habe sich die Behörde jedoch gar nicht an dem Ablaufschema für eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls orientiert. Vielmehr habe die Antragsgegnerin der Sache nach gar



eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls nach § 3c S. 1 UVPG a.F. durchgeführt und dabei auch ein vorhandenes Rotmilanvorkommen von sich aus berücksichtigt.

Die Beschwerden könnten daher schon insoweit keinen Erfolg haben, als sie geltend machten, mangels „besonderer örtlicher Gegebenheiten“ i.S.d. § 3c S. 2 UVPG a.F. i.V.m. der Anlage 2 zum UVPG a.F. sei keine UVP erforderlich gewesen, denn dieser gedankliche Ansatz sei nicht nachvollziehbar dokumentiert. Neben dem tatsächlich berücksichtigten Rotmilanvorkommen seien auch aufgrund von kumulierend vorliegenden Schutzgebieten (nahegelegenes FFH-Gebiet, Wasserschutzgebiet) „besondere örtliche Gegebenheiten“ vorhanden.

Bezüglich des Prüfungsmaßstabes der standortbezogenen Vorprüfung befasste sich das OVG noch näher mit dem Begriff der umweltsensiblen Gebiete gem. Ziff. 2.3 der Anlage 2 zum UVPG a.F., die eine „besondere örtliche Gegebenheit“ darstellen können. Es verwies darauf, dass die Aufzählung dieser im Gesetz nicht abschließend sei und Gebiete, die zumindest gleichkommende Bedeutung aufweisen, auch darunter fielen. Die dadurch entstehende Unsicherheit der Genehmigungsbehörde könne zumindest mit einer vorsorglich durchzuführenden vollständigen UVP begegnet werden.

Da das Gericht mit dem Schwerpunkt vorkommen des Rotmilans vom Vorliegen eines unbenannten umweltsensiblen Gebiets und von der Möglichkeit erheblicher nachteiliger Auswirkungen der fünf genehmigten Windenergieanlagen auf dieses Gebiet ausging, nahm es auch die in den Nebenbestimmungen aufgenommenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen in den Blick. Diese seien aber schon deshalb nicht geeignet gewesen, die Umweltauswirkungen der Anlagen offensichtlich (§ 3c S. 3 UVPG a. F.) auszuschließen, weil die Beigeladene diese Maßnahmen selbst abgelehnt und als zu weitgehend mit einem Widerspruch angegriffen hatte. Zudem hätten vorgesehene „Lenkmaßnahmen“ auch dem Offensichtlichkeitsmaßstab nicht genügt, wobei der Antragsgegnerin insoweit auch kein Beurteilungsspielraum zustehe und verbleibende Zweifel für die Durchführung einer UVP sprächen.

## Fazit

Das OVG Lüneburg beschäftigt sich hier recht umfassend mit aktuellen Fragen; u.a. der standortbezogenen UVP-Vorprüfung. Hinsichtlich des notwendigen Prüfungsumfanges der UVP-Vorprüfung geht es über die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung hinaus, die Abweichungen vom Katalog der Ziff. 2.3 Anlage 2 UVPG a.F. nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulassen will.<sup>2</sup> Mit der Einbeziehung von Schwerpunkt vorkommen des Rotmilans lässt es aber offen, ob nicht gar mit dem OVG Münster davon auszugehen ist, dass schon die Anwesenheit von Individuen streng geschützter Arten in einem Gebiet ganz generell für die Annahme umweltsensibler Gebiete nach Ziff. 2.3 Anlage 2 UVPG a.F. ausreichend ist (siehe [OVG Münster - 8 A 870/15](#)). Im Ergebnis gewährt die Entscheidung des OVG Lüneburg keine rechtssichere Abgrenzung der unterschiedlichen UVP-Vorprüfungen. Selbst das OVG selbst rät deshalb vorsorglich eine Vollprüfung durchzuführen. Dies ist nicht Sinn der gestuften gesetzlichen Regelung.<sup>3</sup>

Da sich die Frage des Prüfungsumfanges der standortbezogenen UVP-Vorprüfung auch unter dem novellierten UVPG weiterhin stellt, hat das Bundesverwaltungsgericht zu den hier einschlägigen Fragen eine Revision zugelassen ([BVerwG – 7 B 11/17](#)). Es darf mithin auf Klärung gehofft werden.

Klargestellt wird durch die Entscheidung des OVG Lüneburg, inwieweit Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen in der UVP-Vorprüfung berücksichtigt werden dürfen.

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE180001929&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>2</sup> Siehe hierzu z.B. VGH Mannheim, Beschluss vom 25.2.2018 – 10 S 1681/17; VGH Kassel, Beschluss vom 25.7.2017 – 9 B 2522/16; OVG Saarlouis, Beschluss vom 5.4.2017 – 2 B 726/16.

<sup>3</sup> Ablehnend ggü. der Berücksichtigung von Dichtezentren von Rotmilanen in der standortbezogenen Vorprüfung deshalb VGH Mannheim, Beschluss vom 20.07.18 – 10 S 2378/17, sowie Beschluss vom 4.10.18 – 10 S 1639/17; vgl. hierzu auch Wegner, NuR 2018, 388 (392). Offen gelassen noch in VGH Mannheim, Beschluss vom 25.01.18 – 10 S 1681/17.



## Impressum

© FA Wind, November 2018

### 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:

Marianna Roscher; Kathrina Baur, LL.M.

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

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

Gefördert durch:



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Energie

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



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

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