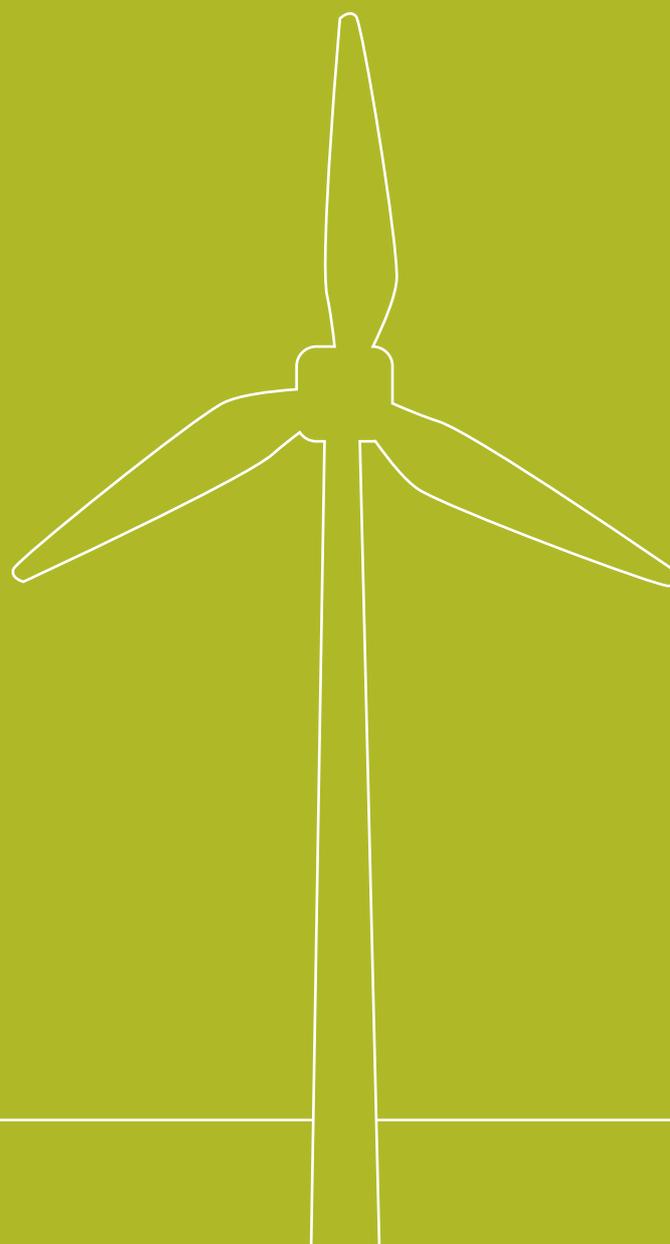
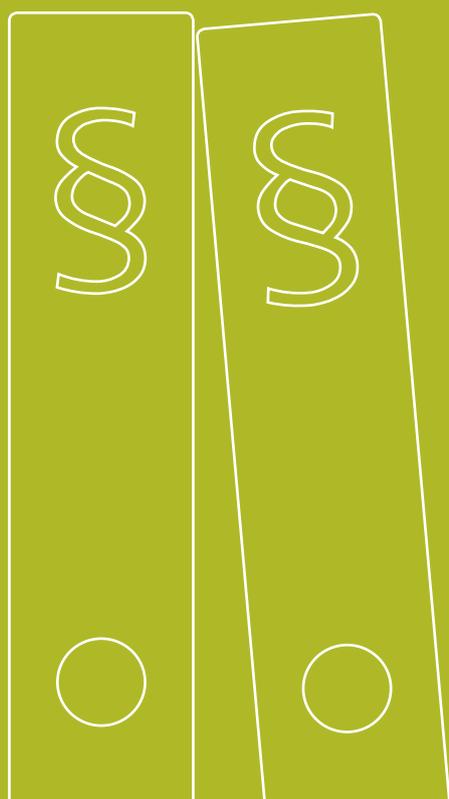




Rundbrief Windenergie und Recht 3/2016



Mitwirkende

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

Thomas Aufleger

Geschäftsführender Gesellschafter der NWP Planungsgesellschaft mbH

Heinz G. Bienek

Referatsleiter für Grundsatz- und Rechtsangelegenheiten im Sächsischen Staatsministerium des Innern
Vorsitzender des Ausschusses für Recht und Verfahren der Ministerkonferenz für Raumordnung

Dr. Marike Endell

Referentin der Fachagentur Windenergie an Land

Jenny Kirschey

Referentin der Fachagentur Windenergie an Land

Norbert Portz

Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebunds

Dr. Marcel Raschke

Rechtsamt Kreis Paderborn

Sylvia Ruß

Wissenschaftliche Mitarbeiterin der Stiftung Umweltenergierecht

Prof. Dr. Wilhelm Söfker

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

Hannah Steinke

Justiziarin der Denker & Wulf AG

Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	4
Normenkontrollverfahren, § 35 Abs. 3 Satz 2 1. Hs. BauGB als Raumordnungsklausel BVerwG, Urteil vom 16. April 2015 – 4 CN 6/14	5
Normenkontrollverfahren, Antragsbefugnis, Wohnen im Außenbereich BVerwG, Beschluss vom 24. März 2016 – 4 BN 42/15	7
Normenkontrollverfahren, landesweiter Raumordnungsplan, Ergänzungsverfahren OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6. Mai 2016 – 10 S 16/15	8
10-H-Regelung, Mindestabstand zu Wohngebäuden, Gebot der Rücksichtnahme Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 9. Mai 2016 – Vf. 14-VII-14, 3-VIII-15, 4-VIII-15	9
Normenkontrollverfahren, Konzentrationsflächenplanung, substanziell Raum schaffen BVerwG, Beschluss vom 12. Mai 2016 – 4 BN 49/15	11
Normenkontrollverfahren, Flächennutzungsplan, formelle Fehler, harte und weiche Tabuzonen, Vorranggebiete für Natur und Landschaft OVG Lüneburg, Urteil vom 23. Juni 2016 – 12 KN 64/14	13
Genehmigungsverfahren, Eingriff in das Landschaftsbild, Berechnung des Ersatzgeldes OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17. März 2016 – OVG 11 B 14/15	15
Genehmigungsverfahren, Tötungsverbot, Abstandsempfehlungen, Helgoländer Papier, naturschutzrechtliche Ausnahme VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14/1875, 22 B 14/1876	16
Genehmigungsverfahren, Bauverbot, Flugsicherheit, Beurteilungsspielraum BVerwG, Urteil vom 7. April 2016 – 4 C 1/15	18
Genehmigungsverfahren, Eilrechtsschutz, fehlende Beteiligung am Genehmigungsverfahren, Ausschluss der Verbandsklagebefugnis OVG Koblenz, Beschluss vom 28. April 2016 – 8 B 10285/16	20
Genehmigungsverfahren, Eilverfahren, Schallprognose, TA-Lärm, Uppenkamp-Studie OVG Münster, Beschluss vom 17. Juni 2016 – 8 B 1018/15	21

Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

mit der dritten Ausgabe des Rundbriefs Windenergie und Recht erhalten Sie eine besonders umfangreiche Ausgabe – von den im Rahmen des Rundes Tisches Windenergie und Recht diskutierten Entscheidungen wollten wir Ihnen keine vorenthalten. Zu vielen rechtlich umstrittenen Fragestellungen haben sich die Gerichte in den vergangenen Monaten geäußert. Besonders wichtige und praxisrelevante Entscheidungen waren die Urteile des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (BayVerfGH) zur 10-H-Regelung, des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Lüneburg zur Konzentrationszonenplanung, des Verwaltungsgerichtshofs (VGH) München zum Helgoländer Papier und des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zur Flugsicherheit.

Die 10-H-Regelung hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof für im Wesentlichen verfassungsmäßig erklärt. Insbesondere sah er die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich weder rechtlich noch faktisch ausgehebelt, obwohl die Anzahl der beantragten und erteilten Genehmigungen seit In-Kraft-Treten der Regelung merklich zurückgegangen ist. Vor diesem Hintergrund sind nun die Gemeinden gefragt: Gesetzlich steht es ihnen frei, in Bauleitplänen geringere Abstände zwischen Wohnbebauung und Windenergieanlagen festzusetzen und so den Ausbau der Windenergie dennoch möglich zu machen.

In seiner Entscheidung vom 23. Juni 2016 hat sich das OVG Lüneburg einmal mehr mit den Anforderungen an die Ausweisung von harten Tabuzonen auseinandergesetzt. Danach können Vorranggebiete für Natur und Landschaft als Ziele der Raumordnung nicht ohne Weiteres als harte Tabuzonen eingeordnet werden. Vielmehr müssen die Planer sowohl den Inhalt des Ziels als auch die Frage, auf welchen Flächen die Windenergie unter Berücksichtigung des Ziels ausgeschlossen ist, im Einzelnen prüfen. Mit dieser Entscheidung knüpft das OVG an die ebenfalls in diesem Rundbrief behandelte Rechtsprechung des BVerwG zu Raumordnungsklauseln an.

Der VGH München hat in seinem Urteil vom 29. März 2016 konstatiert, dass sich das Helgoländer Papier zum allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft im Hinblick auf die dort genannten Prüfradien durchgesetzt hat. Unklar bleibt, ob das Gericht dadurch auch die Einschätzungsprärogative innerhalb des engen Prüfradius als überholt ansieht. Damit grenzt sich das Gericht von der bisherigen Rechtsprechung ab. Es bleibt abzuwarten, wie die anderen Oberverwaltungsgerichte und gegebenenfalls auch das BVerwG diesen Ansatz bewerten.

Im Hinblick auf die zahlreichen Fragen zum Konflikt zwischen Windenergieanlagen und der Flugsicherheit hat das BVerwG im April entschieden, dass für das Bauverbot nach § 18a Luftverkehrsgesetz (LuftVG) bereits die Möglichkeit einer Störung einer Flugsicherungseinrichtung ausreicht. Für die Beurteilung, ob eine solche Störung vorliegt, kommt dem Bundesamt für Flugsicherheit (BAF) nach Auffassung des Gerichts eine Beurteilungsbefugnis zu.

Darüber hinaus hat das BVerwG in zwei Beschlüssen oberverwaltungsrechtliche Entscheidungen zu der Frage des „substanziell Raum Schaffens“ und zum Konflikttransfer auf der Regionalplanungsebene entschieden. Außerdem finden Sie weitere Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte zum Ergänzungsverfahren in der Raumordnung, zur Berechnung des Ersatzgeldes, zur Verbandsklagebefugnis nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) und zu der Berechnung des Schalls von Windenergieanlagen in diesem Rundbrief Windenergie und Recht.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre!

Ihr Axel Tscherniak

Geschäftsführer FA Wind

Normenkontrollverfahren, § 35 Abs. 3 Satz 2 1. Hs. BauGB als Raumordnungsklausel BVerwG, Urteil vom 16. April 2015 – 4 CN 6/14

Zur Begründung der Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung genügt es, dass die Grundstücke des Antragstellers im räumlichen Geltungsbereich einer Ziel festlegung mit der Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 Baugesetzbuch (BauGB) liegen.

§ 35 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BauGB hat sich zu einer echten Raumordnungsklausel entwickelt.

Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsteller ist Eigentümer von Grundstücken im Außenbereich. Seine Grundstücke wurden durch den per Satzung erlassenen Regionalplan des Antraggegners in die Vorbehaltsgebiete für Landwirtschaft und für Landschaftsentwicklung (Grundsätze der Raumordnung) sowie in das Vorranggebiet für den Regionalen Grünzug (Ziel der Raumordnung) mit einbezogen. Sein Normenkontrollantrag wurde in erster Instanz mangels einer Antragsbefugnis als unzulässig abgewiesen.

Inhalt der Entscheidung

Anders als die Vorinstanz¹ bejahte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) die Antragsbefugnis, soweit sich der Antragsteller gegen die Festsetzung des Ziels der Raumordnung „Regionaler Grünzug“ für seine Grundstücke wendet. Mit der Zielfestlegung gestalte der Regionalplan unmittelbar Inhalt und Schranken des Eigentums des Antragstellers.

Weiter urteilte das BVerwG, dass sich § 35 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BauGB zu einer echten Raumordnungsklausel entwickelt habe. Mit der Festsetzung eines Ziels der Raumordnung werde bewirkt, dass der Bau eines raumbedeutsamen Vorhabens, das im Widerspruch mit diesem Ziel stehe, unzulässig ist. Eine nachvollziehende Abwägung zwischen dem Ziel der Raumordnung und dem raumbedeutsamen Vorhaben – wie bislang vom BVerwG vertreten – finde nicht mehr statt. Dafür spreche bereits der Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BauGB. Darüber hinaus seien seit der Neufassung des Raumordnungsgesetzes 1998 bei der Zielfestlegung sowohl private Belange abzuwägen als auch die Öffentlichkeit zu beteiligen, sodass diese Belange bereits berücksichtigt worden sind.

Fazit

Nach § 35 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Die Bedeutung dieser Raumordnungsklausel hat das BVerwG in diesem Urteil im Vergleich zu seiner bisherigen, restriktiven Auffassung deutlich erhöht: Mit der Festlegung eines Ziels der Raumordnung wird bewirkt, dass der Bau eines raumbedeutsamen Vorhabens im Außenbereich, das im Widerspruch zu diesem Ziel steht, unzulässig ist. Zuvor hatte das BVerwG diese Wirkung von einer „nachvollziehbaren Abwägung“ abhängig gemacht, vor allem in Fällen von im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben.

Die Auswirkungen dieser neuen Rechtsprechung kann auch für die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich bedeutsam sein: Ist beispielsweise eine raumbedeutsame Windenergieanlage mit der in einem Vorranggebiet wirksam festgelegten vorrangigen Funktion oder Nutzung nicht vereinbar (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG), widerspricht sie im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BauGB dem Ziel der Raumordnung und ist nach der neuen Rechtsprechung unzulässig. Zwischen der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und dem Ziel der Raumordnung wird nicht mehr „nachvollziehbar abgewogen“. Bei der Prüfung, ob eine raumbedeutsame Windenergieanlage mit dem jeweiligen Ziel der Raumordnung vereinbar ist, kommt es allerdings maßgeblich auf den Inhalt und den Regelungsgehalt des Ziels an. Ob ein Ziel die Windenergienutzung zulässt, muss daher nach wie vor geprüft werden.²

¹ VGH Mannheim, Urteil vom 12. Dezember 2013 – 8 S 3024/11.

² Vgl. dazu auch OVG Lüneburg, Urteil vom 23. Juni 2016 – 12 KN 64/14 (in diesem Rundbrief Windenergie und Recht besprochen).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung hat der Träger der Raumordnungsplanung im Planungsverfahren insbesondere bei Festlegungen, die sich über die gesetzlichen Bindungswirkungen von Zielen der Raumordnung auf das Zulassungsverfahren und damit auf Nutzungsinteressen auswirken, mehr denn je darauf zu achten, dass die privaten Nutzungsinteressen in ausreichendem Maße in die Abwägung einfließen und dies in der Planbegründung bzw. Dokumentation der Abwägung hinreichend erkennbar ist. So könnten bei Standortfestlegungen mit potenziellem Grundstücksbezug die Eigentümerbelange zumindest in der Form beachtet werden, dass sie in genereller und typisierter Betrachtungsweise – beispielsweise für landwirtschaftliche oder im Außenbereich sonst privilegierte Nutzungen – in den Blick genommen werden.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?lang=de&ent=160415U4CN6.14.0>

Das grobe Raster der raumordnerischen Abwägung auf Regionalplanungsebene erlaubt es dem Planungsträger, private Belange in einer pauschalen, typisierenden Art und Weise als Gruppenbelange zu berücksichtigen. Dem genügt die Festlegung eines Mindestabstandes von 500 Metern zu Wohnnutzungen im Außenbereich.

Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsteller ist Eigentümer eines Hauses im Außenbereich, das sich in einer Entfernung von 584 Metern zum nächstgelegenen Vorranggebiet für Windenergie befindet. Er befürchtet unzumutbare Lärmimmissionen und eine optische Beeinträchtigung für den Fall, dass Windenergieanlagen innerhalb des Vorranggebietes errichtet werden, und wandte sich deshalb im Wege des Normenkontrollverfahrens gegen die Ausweisung im Regionalen Raumordnungsprogramm. In der Vorinstanz hatte das Obergericht (OVG) Lüneburg den Antrag mangels einer Antragsbefugnis als unzulässig abgewiesen.¹ Aufgrund des groben Rasters, das der raumordnerischen Abwägung zugrunde liege, sei es ausreichend, zur Berücksichtigung privater Belange einen Mindestabstand von 500 Metern zu Wohnnutzungen im Außenbereich vorzusehen. Darüber hinausgehende individuelle Betroffenheiten blieben der Feinsteuerung der Bebauungsplanung oder dem Genehmigungsverfahren vorbehalten.

Inhalt der Entscheidung

Wie das OVG Lüneburg verneinte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) bereits die Antragsbefugnis, da eine mögliche Verletzung des Abwägungsgebots aus § 7 Abs. 2 Satz 1 Raumordnungsgesetz (ROG) nicht ersichtlich sei. Auf Regionalplanungsebene könne der Planungsträger private Belange in einer pauschalen, typisierenden Art und Weise als Gruppenbelange berücksichtigen. Dafür reiche im vorliegenden Fall die Festlegung eines Mindestabstandes von 500 Metern zu Wohnnutzungen im Außenbereich aus. Darüber hinausgehende individuelle Belange seien nicht Gegenstand dieser Abwägung, sondern könnten bei Aufstellung eines Bebauungsplans oder im Rahmen des Genehmigungsverfahrens berücksichtigt werden.

Weiter urteilte das BVerwG, dass der Denkmalschutz des Gebäudes ein im Rahmen der Abwägung nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG zu beachtender privater Belang sei. Allerdings verwies das Gericht auch hier auf einen möglichen Konflikttransfer. So könne durch die Anordnung der Windenergieanlagen sowie durch etwaige Regelungen zu deren Höhe und Gestaltung den Belangen des Denkmalschutzes im Genehmigungsverfahren ausreichend Rechnung getragen werden.

Fazit

In dieser Entscheidung unterscheidet das BVerwG zwischen den Anforderungen an eine Abwägung auf Regionalplanungsebene und auf Bauleitplanungsebene. Danach reicht es aus, wenn bei der Ausweisung von Vorranggebieten auf Regionalplanungsebene private Belange des Lärmschutzes oder des Denkmalschutzes typisierend und pauschalisierend berücksichtigt werden; einen entsprechenden Konflikttransfer auf Bauleitplanungsebene hat das Gericht gebilligt. Allerdings muss ein Plan in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht grundsätzlich durchführbar sein, damit er erforderlich und wirksam ist. Insofern hängt es von der konkreten Fallsituation ab, ob und in welchem Umfang ein Konflikttransfer möglich ist.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=240316B4BN42.15.0>

¹ OVG Lüneburg, Urteil vom 30. Juli 2015 – 12 KN 221/14.

Normenkontrollverfahren, landesweiter Raumordnungsplan, Ergänzungsverfahren OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6. Mai 2016 – 10 S 16/15

Sachlich können im ergänzenden Verfahren nach § 12 Abs. 6 Raumordnungsgesetz (ROG) alle Arten von Fehlern eines Raumordnungsplanes behoben werden, insbesondere auch Verletzungen von materiellen Vorschriften außerhalb des ROG, wie das landesverfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 80 Satz 2 der Verfassung des Landes Brandenburg.

Hintergrund der Entscheidung

Der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP) konkretisiert für den Gesamttraum der beiden Länder die raumordnerischen Grundsätze des Landesentwicklungsprogramms 2007. Die Regelung eines Freiraumverbundes wirkt sich über die Regionalplanung auch auf die Steuerung der Windenergienutzung aus. Der LEP wurde erstmals durch Verordnung vom 14. Mai 2009 in Kraft gesetzt; wegen eines Zitierfehlers hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg die Verordnung allerdings wieder außer Kraft gesetzt.¹ Daraufhin setzte die Landesregierung den LEP im ergänzenden Verfahren zur Behebung dieses Fehlers mit Verordnung vom 27. Mai 2015 rückwirkend erneut in Kraft.

Gegen dieses Vorgehen wendeten sich verschiedene Gemeinden. Sie machten insbesondere geltend, dass der Verstoß gegen das Zitiergebot – also die Verpflichtung, bei Erlass einer Verordnung die Ermächtigungsgrundlage anzugeben – nicht im Rahmen des ergänzenden Verfahrens hätte geheilt werden können.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Berlin-Brandenburg wies den Antrag der Gemeinden zurück. § 12 Abs. 6 ROG sieht vor, dass Raumordnungspläne durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden können. Bereits aus dem Wortlaut ergebe sich, dass die Behebung von Fehlern nicht auf die Verfahrens- und Formvorschriften begrenzt sei. Diese Auslegung werde auch durch einen Vergleich mit der ähnlich aufgebauten Regelung des § 214 Abs. 4 Baugesetzbuch (BauGB) bestätigt.

Weiter urteilte das OVG, dass die Durchführung des ergänzenden Verfahrens den Plangeber von der Durchführung eines rechtlich eigenständigen Verfahrens entbinde. Der Plangeber könne das Verfahren an der Stelle fortsetzen, an der ihm der Fehler unterlaufen sei. Die dem Fehler vorausgegangenen (korrekten) Verfahrensschritte müssten nicht wiederholt werden. Etwas anderes gelte nur dann, wenn sich die Verhältnisse so grundlegend geändert hätten, dass der Plan inzwischen einen funktionslosen Inhalt habe oder das ursprüngliche Abwägungsergebnis unhaltbar geworden sei.

Fazit

Auch wenn die Entscheidung nicht zu Festlegungen für die Windenergie ergangen ist, gelten die Aussagen des OVG Berlin-Brandenburg zur Durchführung des ergänzenden Verfahrens auch für entsprechende Raumordnungspläne. Als einer Maßnahme der Planerhaltung kommt dem ergänzenden Verfahren auch deshalb Bedeutung zu, weil die Unwirksamkeit des landesweiten Raumordnungsplans über das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG die Unwirksamkeit der nachgeordneten Pläne nach sich zieht.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:
<https://openjur.de/u/888933.html>

¹ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. Juni 2014 – 10 A 8/10.
Seite 8 von 23

10-H-Regelung, Mindestabstand zu Wohngebäuden, Gebot der Rücksichtnahme Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 9. Mai 2016 – Vf. 14-VII-14, 3-VIII-15, 4-VIII-15

Die durch den bayerischen Landesgesetzgeber normierte Festlegung des Mindestabstands zu allgemein zulässigen Wohngebäuden auf die 10-fache Anlagenhöhe überschreitet den bundesrechtlich eröffneten Gestaltungsrahmen nicht; zwar wird der räumliche Anwendungsbereich für den Privilegierungstatbestand erheblich eingeschränkt, nicht aber beseitigt. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Als einziges Bundesland hat Bayern von der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 Baugesetzbuch (BauGB) Gebrauch gemacht und einen Mindestabstand vom 10-fachen der Höhe einer Windenergieanlagen zu Wohngebäuden – die sogenannte 10-H-Regelung – in § 82 Abs. 1 und 2 der Bayerischen Bauordnung (BayBO) aufgenommen. In § 82 Abs. 3 BayBO findet sich eine Regelung für gemeindefreie Gebiete. Die Übergangsvorschriften sind in Abs. 4 geregelt. Danach findet die 10-H-Regelung keine Anwendung, wenn die Windenergienutzung bereits vor dem 21. November 2014 mittels eines Flächennutzungsplans derart gesteuert wurde, dass sie auf bestimmten Flächen konzentriert und auf anderen ausgeschlossen ist und die Gemeinde dem nicht bis zum 21. Mai 2015 widersprochen hat. Abs. 4 Nr. 3 spricht auch der Nachbargemeinde ein Einspruchsrecht mit der Folge zu, dass die Konzentrationszonenplanung dann nicht mehr gilt. Letztendlich hat der Gesetzgeber in § 82 Abs. 5 BayBO geregelt, dass bei der Aufstellung von Bauleitplänen, mit denen ein geringerer Mindestabstand zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung festgesetzt werden soll, das Einvernehmen der betroffenen Nachbargemeinden einzuholen ist.

Gegen diese Regelungen wendeten sich die Kläger vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof (BayVerfGH). Sie machten insbesondere geltend, dass der Landesgesetzgeber die mit der Länderöffnungsklausel eingeräumte Kompetenz zur Festlegung von Mindestabständen überschritten habe. Da gängige Anlagen heute Gesamthöhen von etwa 200 Metern erreichten, reduziere sich bei einem Mindestabstand der 10-fachen Anlagenhöhe die für Windenergieanlagen zur Verfügung stehende Fläche auf 0,05 Prozent der Gesamtfläche in Bayern. Berücksichtige man, dass diese Fläche nicht immer ausreichend windhöffig sei oder öffentliche Belange einer Windenergieanlage entgegenstünden, verbleibe nur noch ca. 0,01 Prozent der Landesfläche für die Windenergienutzung.

Inhalt der Entscheidung

Der BayVerfGH hat die Anträge nur zum Teil als begründet und die Hauptregelungen als mit der Bayerischen Verfassung vereinbar erachtet. Die bundesgesetzliche Öffnungsklausel ermächtigt die Länder, den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für Windenergieanlagen im Außenbereich durch Festlegung von Mindestabständen insbesondere zur Wohnbebauung einzuschränken. Da der Bundesgesetzgeber an der grundsätzlichen Privilegierung der Windenergie im Außenbereich festhalte, dürfe der Landesgesetzgeber keine Abstandsregelungen schaffen, wodurch der Windenergienutzung außerhalb bebauter Gebiete rechtlich oder faktisch keine Flächen mehr zur Verfügung stehen. Diesen bundesrechtlich eröffneten Gestaltungsrahmen sah der BayVerfGH als nicht überschritten an. Zwar werde der räumliche Anwendungsbereich für den Privilegierungstatbestand durch die 10-H-Regelung erheblich eingeschränkt, nicht aber beseitigt. Selbst für den Fall, dass moderne Windkraftanlagen mit einer Höhe von 200 Metern errichtet würden und dementsprechend ein Mindestabstand von 2.000 Metern zu geschützten Wohngebäuden eingehalten werden müsste, verbleibe eine Restfläche von 1,7 Prozent der Landesfläche für die Windenergienutzung. Darüber hinaus bestehe die Möglichkeit, Windräder mit geringeren Höhen zu errichten, was wiederum zu geringeren Abständen führe. Dass die Anlagen dadurch weniger rentabel würden, sei verfassungsrechtlich nicht relevant. Auch ein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie verneinten die Richter.

Im Übrigen lehnte der BayVerfGH einen Rückgriff auf die ständige Rechtsprechung ab, der zufolge eine optisch bedrängende Wirkung durch Windenergieanlagen und der damit einhergehende Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme im Regelfall nicht gegeben ist, wenn der Abstand zwischen einer

Windenergieanlage und der Wohnbebauung das 3-fache der Anlagenhöhe beträgt.¹ Auch aufgrund der Diskrepanz zu dieser Einschätzung war die Verhältnismäßigkeit der 10-H-Regelung angezweifelt worden.² Die Richter entschieden, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 249 Abs. 3 BauGB nicht gehindert sei, ein im Vergleich zur Einzelfallsteuerung durch das Rücksichtnahmegebot weitaus strengeres, pauschaliertes Abstandserfordernis einzuführen.

Auch in dem in Abs. 4 geregelten Widerspruchsrecht der planenden Gemeinde und der Nachbargemeinde sahen die Richter keinen Verfassungsverstoß. Selbst wenn diese Regelung nicht von § 249 Abs. 3 BauGB gedeckt sei, sei der Widerspruch jedenfalls weder offenkundig noch schwerwiegend, weshalb ein Verstoß gegen die Bayerische Verfassung nicht gegeben sei.

Für verfassungswidrig hielten die Richter hingegen die in Art. 82 Abs. 5 BayBO den Gemeinden auferlegte Pflicht, bei Festsetzung eines geringeren Mindestabstandes in Bauleitplänen eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken. Diese Regelung stehe in offenkundigem und schwerwiegendem Widerspruch zur Kompetenzordnung des Grundgesetzes und verstoße deshalb gegen das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung, so die Richter.

Fazit

Auch wenn die Richter in diesem Urteil davon ausgehen, dass für die Windenergie weiterhin Flächen zur Verfügung stehen, ist der Ausbau der Windenergie in Bayern seit dem In-Kraft-Treten der 10-H-Regelung stark zurückgegangen: Während in den drei Quartalen vor der Stichtagsregelung für die Anwendung der 10-H-Regelung am 4. Februar 2014 pro Quartal durchschnittlich 140 Genehmigungsanträge für Windenergieanlagen gestellt wurden, ist im ersten Quartal 2016 keine Genehmigung beantragt worden. Auch die Zahl der erteilten Genehmigungen ist rückläufig. Wurden im Jahr 2013 noch 174 und im Jahr 2014 244 Anlagenzulassungen erteilt, sank diese Zahl im Jahr 2015 auf 64. Im ersten Quartal 2016 wurden 15 Bescheide ausgestellt.³ Von der Möglichkeit, eine bestehende Konzentrationszonenplanung zu widerrufen, hatten bis kurz vor Ablauf der dafür festgesetzten Frist 10 Gemeinden und 11 Nachbargemeinden Gebrauch gemacht.⁴

Gleichwohl besteht – worauf auch der BayVerfGH hinweist – auch unter der aktuellem Gesetzeslage die Möglichkeit, die Windenergie weiter auszubauen: Zum einen können durch eine niedrigere Anlagenhöhe die einzuhaltenden Abstände zu Siedlungen verringert werden. Aber auch die Gemeinden können den Ausbau aktiv steuern, indem sie in Bauleitplänen geringere Abstände zwischen der Wohnbebauung und den Windenergieanlagen festsetzen; diesbezüglich ergeben sich aus dem Landesgesetz keine Beschränkungen. Dabei ist eine die Planung erschwerende Abstimmung mit den betroffenen Nachbargemeinden nicht mehr notwendig – dieses ursprünglich in der BayBO vorgesehene Erfordernis hat der BayVerfGH für verfassungswidrig erklärt.

Unabhängig davon könnte eine vergleichbare Landesregelung in anderen Bundesländern mit deutlich höherer Siedlungsdichte bei Übertragung der Rechtsprechung des BayVerfGH als verfassungswidrig angesehen werden, da dort bei Anwendung einer entsprechenden Regelung für die Windenergienutzung keine Restfläche in der vom BayVerfGH angenommenen Größenordnung verbliebe. Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben, weil kein anderes Bundesland von der bis zum 31. Dezember 2015 befristeten Länderöffnungsklausel Gebrauch gemacht hat.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-45749>

¹ OVG Münster, Urteil vom 9. August 2006 – 8 A 3726/05.

² Fülbier/Wegner, ZUR 2015, S. 149, 150.

³ Antwort der Bayerischen Staatsregierung auf Fragen im Plenum vom 27. Juni 2016; Drs. 17/12258, S.51.

⁴ Antworten auf die schriftliche Anfrage des Abgeordneten Martin Stümpfig BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 9. März 2015 an den Bayerischen Landtag vom 26. Juni 2015, Dr. 17/6610, S. 2.

Normenkontrollverfahren, Konzentrationsflächenplanung, substantiell Raum schaffen BVerwG, Beschluss vom 12. Mai 2016 – 4 BN 49/15

Die Bewertung, ob eine Konzentrationsflächenplanung für die Windenergie in substantieller Weise Raum schafft, obliegt grundsätzlich den Tatsachengerichten. Deren Kriterien sind revisionsgerichtlich hinzunehmen, wenn sie nicht von einem Rechtsirrtum infiziert sind, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder ansonsten für die Beurteilung des Sachverhalts schlechthin ungeeignet sind.

Das Verhältnis der im Plangebiet durch die vorgesehenen Windenergieanlagen voraussichtlich erzeugten Energiemenge und dem Stromverbrauch durch die ansässigen Haushalte kann nicht als alleiniges Kriterium zur Rechtfertigung einer Konzentrationszonenplanung dienen.

Hintergrund der Entscheidung

Die Antragsteller planen die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen im Geltungsbereich eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes außerhalb der festgelegten Konzentrationszonen. Nach Ablehnung der Genehmigungen wandten sie sich im Wege des Normenkontrollverfahrens gegen den Teilflächennutzungsplan. Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster folgte dem Vorbringen der Antragsteller und erklärte die Ausweisung der Konzentrationszonen für unwirksam.¹ Unter anderem verstatte der Plan der Windenergie nicht substantiell Raum, da nur 3,4 Prozent der Flächen, die nach Abzug der harten Tabuzonen noch verfügbar waren, als Konzentrationszonen ausgewiesen worden seien. Gegen die Entscheidung legte die Antragsgegnerin Nichtzulassungsbeschwerde ein.

Inhalt der Entscheidung

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) bestätigt mit seiner Entscheidung das Urteil des OVG Münster. Die Bewertung, ob eine Konzentrationsflächenplanung für die betreffende Nutzung in substantieller Weise Raum schafft, obliege grundsätzlich den Tatsachengerichten und sei hinzunehmen, solange sie nicht von einem Rechtsirrtum infiziert ist, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt oder ansonsten für die Beurteilung des Sachverhalts schlechthin ungeeignet ist.² Dabei könne das Verhältnis zwischen der Größe der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationsflächen und der Größe der Potenzialflächen nicht allein als Maßstab für das substantiell Raumgeben dienen; gleichwohl könne dem Verhältnis aber Indizwirkung zukommen. Vor diesem Hintergrund sei die Bewertung des OVG Münster zu billigen.

Weiter entschied das BVerwG, dass im Rahmen der Erarbeitung eines schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzepts auch das Verhältnis der geplanten Windenergiemenge und dem Stromverbrauch durch die ansässigen Haushalte berücksichtigt werden könne. Als alleiniges Kriterium zur Rechtfertigung einer Konzentrationszonenplanung sei dieses Merkmal aber ungeeignet, denn der gesetzgeberischen Intention, der Windenergie im Außenbereich eine Chance zu geben, würde hiermit nicht angemessen Rechnung getragen. Je dichter eine Gemeinde besiedelt sei, desto geringere Möglichkeiten ergäben sich dort für die Windenergienutzung und desto ungünstiger sei das Verhältnis zwischen erzeugter Windenergie und privatem Energieverbrauch. Umgekehrt sei es in dünn besiedelten Gebieten vergleichsweise einfach, den (geringeren) privaten Stromverbrauch durch Windenergieanlagen zu decken.

¹ OVG Münster, Urteil vom 22. September 2015 – 10 D 82/13.NE (im Rundbrief Windenergie und Recht 1/2016 besprochen).

² So bereits BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 1.11.

Fazit

In dieser Entscheidung verdeutlicht das BVerwG nochmals, dass die Entwicklung von Kriterien zur Beantwortung der Frage, ob der Windenergie substanziell Raum gegeben wird, den Tatsachengerichten obliegt. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich grundsätzlich, sich nach der Herangehensweise des jeweils zuständigen Oberverwaltungsgerichts zu richten.¹

Das OVG Münster war in der Vorinstanz davon ausgegangen, das – zumindest als Ausgangspunkt – auf das Verhältnis der Konzentrationszonen zu den Potenzialflächen – also der Gemeindefläche abzüglich der harten Tabuzonen – abgestellt werden kann:

„Die Einschätzung, ob die Gemeinde mit ihrer Planung der Windenergienutzung substanziell Raum verschafft hat, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung, die maßgebend auf der Würdigung der örtlichen Gegebenheiten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht.

Der Senat neigt insoweit der Auffassung zu, dass für die Bewertung, ob der Windenergienutzung substanziell Raum gegeben wurde, im Ausgangspunkt von den Flächen auszugehen ist, die der Gemeinde insoweit planerisch zur Verfügung stehen. Auf diesen kann sie im Rahmen ihres planerischen Gestaltungsfreiraums der Windenergienutzung substanziell Raum geben. Von den Außenbereichsflächen sind deshalb (nur) die harten Tabuzonen abzuziehen, auf die die Gemeinde praktisch keinen planerischen Einfluss hat. Ins Verhältnis zu setzen sind daher insbesondere die der Abwägung zugänglichen Flächen mit den für die Konzentrationszonen festgelegten Flächen.“

Diese Herangehensweise hat das BVerwG nun ausdrücklich gebilligt.

Die vom OVG Münster ebenfalls in dieser Entscheidung getroffene Aussage, dass Wald grundsätzlich keine harte Tabuzone darstellt, hat das BVerwG im Beschluss nicht weiter thematisiert.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=120516B4BN49.15.0>

¹ Gatz, in: FA Wind (Hrsg.), Anforderungen an die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, Berlin 2016, S. 14.

Normenkontrollverfahren, Flächennutzungsplan, formelle Fehler, harte und weiche Tabuzonen, Vorranggebiete für Natur und Landschaft

OVG Lüneburg, Urteil vom 23. Juni 2016 – 12 KN 64/14

Formelle Fehler eines Flächennutzungsplans unterliegen nicht der Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) analog. Sie können nur im Wege der Inzidentprüfung außerhalb eines Normenkontrollverfahrens gerügt werden.

Im Zuge einer Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen sind Vorranggebiete für Natur und Landschaft nicht ohne weiteres als harte Tabuzonen einzuordnen.

Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin, ein Windenergieunternehmen, plant die Errichtung von mehreren Windenergieanlagen und hat sich die dafür notwendigen Flächen bereits durch entsprechende Nutzungsrechte gesichert. Mit ihrem Normenkontrollantrag wendet sie sich gegen die Änderung des Flächennutzungsplans „Windenergieanlagen“, der „Sondergebiete“ für die Windenergie ausweist und die Windenergie für die übrigen Flächen im Plangebiet ausschließt. Die Flächen der Antragstellerin befinden sich außerhalb der Sondergebiete. Die Antragstellerin rügt, dass der Plan verfahrensfehlerhaft zustande gekommen sei und nicht hinreichend zwischen harten und weichen Tabuzonen unterscheidet.

Inhalt der Entscheidung

Die geltend gemachten formellen Fehler überprüfte das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg nicht im Rahmen des Normenkontrollverfahrens, da diese der Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog nicht unterlägen. Dies begründet das Gericht damit, dass Flächennutzungspläne grundsätzlich nicht im Rahmen der Normenkontrolle nach § 47 VwGO überprüft werden können. Allein die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 Baugesetzbuch (BauGB), mit der bestimmte Flächen von der Windenergie freigehalten werden können, kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) aufgrund seiner Außenwirkung in analoger Anwendung des § 47 Abs. 1 Satz 1 im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens überprüft werden. Da die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Grenze des Analogieschlusses seien, seien formelle Fehler – genau wie eventuelle materielle Fehler bei der Positivausweisung von Flächen – von der Normenkontrolle ausgeschlossen und könnten lediglich inzident überprüft werden, so das OVG Lüneburg.

Gleichwohl beurteilte das Gericht die Änderung des Flächennutzungsplans insoweit als unwirksam, als sie für bestimmte Flächen eine Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfaltet. Insbesondere habe die Antragsgegnerin die im Regionalplan ausgewiesenen Vorranggebiete für Natur und Landschaft fehlerhaft pauschal als harte Tabuzonen eingeordnet. Die Pflicht zur Anpassung der Flächennutzungspläne an die Regionalpläne nach § 1 Abs. 4 BauGB stelle nur insoweit ein zwingendes rechtliches Hindernis für die Ausweisung von Sondergebieten für die Windenergienutzung dar, sofern dadurch das Ziel der Raumordnung beeinträchtigt würde. Zwar sei es denkbar, dass Windenergieanlagen mit bestimmten Funktionen und Nutzungen, die Ziele der Raumordnung darstellen, grundsätzlich unvereinbar seien. Im Hinblick auf die Vorranggebiete Natur und Landschaft könne jedoch „nicht ohne nähere Betrachtung der jeweiligen Ausprägung von Natur und Landschaft, namentlich der dort beheimateten Flora und Fauna sowie der Schönheit des vorhandenen Landschaftsbildes, beurteilt werden, ob eine Unvereinbarkeit mit der Windenergienutzung vorliegt.“ Da bereits die Ausweisung der Vorranggebiete für Natur und Landschaft als harte Tabuzone fehlerhaft sei, sei auch der um diese Flächen gelegte Schutzabstand als weiche Tabuzone fehlerhaft.

Fazit

Die Frage, ob formelle Verfahrensfehler im Rahmen einer Normenkontrolle zu prüfen sind, wird von den Oberverwaltungsgerichten unterschiedlich beantwortet: Während sich das OVG Lüneburg in dieser Entscheidung ausdrücklich gegen die Prüfung von Verfahrensfehlern im Rahmen der Normenkontrolle ausspricht, haben sowohl das OVG Schleswig¹ als auch das OVG Magdeburg² – ohne dies näher auszuführen – eine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle durchgeführt. Auf den für die Zulässigkeit des Normenkontrollantrags maßgebliche Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stellten sie nur im Rahmen der Statthaftigkeit des Antrags ab.

Weiter hat sich das OVG Lüneburg mit den komplexen Anforderungen, die an die Einordnung von Flächen als harte Tabuzonen zu stellen sind, befasst. Im vorliegenden Fall kommt das OVG zu dem Ergebnis, dass Ziele der Raumordnung – im vorliegenden Fall ein Vorranggebiet für Natur und Landschaft – nicht ohne Weiteres als harte Tabuzonen eingeordnet werden können.³ Vielmehr ist nach dem OVG Lüneburg sowohl der Inhalt des Ziels als auch die nachgeordnete Frage, auf welchen Flächen die Windenergie unter Berücksichtigung des Ziels ausgeschlossen ist, durch den Plangeber zu prüfen. Eine pauschale Betrachtung des Ziels reicht nach Auffassung der Richter für die Annahme einer harten Tabuzone nicht aus.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE160002144&st=null&doctyp=juris-r&showdoccase=1¶m-fromHL=true#focuspoint>

¹ OVG Schleswig, Urteil vom 19. Februar 2015 – 1 KN 1/14 (im Rundbrief Windenergie und Recht 1/2016 besprochen).

² OVG Magdeburg, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 2 K 60/14.

³ Vgl. dazu auch BVerwG, Urteil vom 16. April 2015 – 4 CN 6.14 (in diesem Rundbrief Windenergie und Recht besprochen).

Genehmigungsverfahren, Eingriff in das Landschaftsbild, Berechnung des Ersatzgeldes OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17. März 2016 – OVG 11 B 14/15

Ein Ersatzgeld ist nur dann zutreffend berechnet, wenn das Bemessungsverfahren den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Entsprechen die Vorgaben eines Windenergieerlasses nicht den gesetzlichen Regelungen, haftet der Bemessung der Ersatzzahlung ein struktureller Fehler an, der sich auf die Anwendung im Einzelfall fortwirkt.

Hintergrund der Entscheidung

Als Nebenbestimmung zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage der Klägerin hatte die Beklagte ein Ersatzgeld zur Kompensation der Versiegelung des Bodens und der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes festgesetzt. Das Ersatzgeld berechnete die Beklagte auf der Grundlage des – mittlerweile nicht mehr anwendbaren – Windenergieerlasses Brandenburg vom 24. Mai 1996, der für die Berechnung des Ersatzgeldes einen Betrag von 100 bis 300 Euro pro laufenden Anlagenmeter vorsah. Bei der Berechnung ging die Beklagte von einem Grundbetrag von 150 Euro pro laufendem Anlagenmeter aus und zog davon den Betrag ab, den die Klägerin für den Rückbau einer Stallung aufgewendet hatte. Die Festsetzung des Ersatzgeldes griff die Klägerin insbesondere mit dem Argument an, dass die Höhe des Grundbetrages nicht nachvollziehbar sei.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Berlin-Brandenburg bewertete die Berechnung des Ersatzgeldes als rechtswidrig. Zunächst entsprächen die Vorgaben des Windenergieerlasses nicht der landesgesetzlichen Regelung des § 15 Brandenburgisches Naturschutzgesetz (BbgNatSchG) a.F. Das Gesetz habe eine sich an den Kosten für Planung, Flächenbereitstellung und Pflege der unterbliebenen Ersatzmaßnahme orientierende konkrete Berechnung vorgesehen; lediglich für die Berechnung des Ersatzgeldes für Eingriffe in das Landschaftsbild habe es einen abstrakten Rahmen vorgegeben. Der Windenergieerlass hingegen differenziere nicht zwischen den Schutzgütern und sehe für die Berechnung des Ersatzgeldes grundsätzlich eine abstrakte Berechnungsweise vor. Den Vorgaben des Windenergieerlasses hafte deshalb ein struktureller Mangel an, der auf die Anwendung im Einzelfall fortwirke.

Weiter kritisierte das Gericht, dass die durch den Rückbau einer Stallanlage geleistete Teilkompensation nicht nachvollziehbar berücksichtigt worden sei. Es werde nicht dargestellt, ob und in welchem Umfang hierdurch jeweils Beeinträchtigungen der betroffenen Schutzgüter Boden und Landschaft kompensiert worden seien. Die fiktive Berechnung eines Ersatzgeldes für die gesamte Beeinträchtigung, von dem dann die Kosten für den Rückbau der Stallung abgezogen worden seien, entspreche dem gesetzlich vorgegebenen Bemessungssystem jedenfalls nicht.

Fazit

Obwohl sich das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg auf eine nicht mehr gültige Rechtslage bezieht¹, lassen sich der Entscheidung wichtige Grundsätze für die Berechnung des Ersatzgeldes entnehmen: Geltender Maßstab für die Berechnung ist die landesgesetzliche, oder, sofern eine solche nicht besteht, die bundesgesetzliche Regelung. Die in den Windenergieerlassen oder in anderen Rundschreiben veröffentlichten konkreten Berechnungsvorgaben binden die Behörden lediglich bei der Ausübung ihres Ermessens. Letztendlich ist aber die gesetzliche Regelung maßgeblich. Entspricht die Bemessung des Ersatzgeldes diesen – wie im vorliegenden Fall – nicht, ist sie rechtswidrig.

¹ Das BbgNatSchG wurde zum 1. Juni 2013 durch das Brandenburgische Ausführungsgesetz zum Bundesnaturschutzgesetz und der Windenergieerlass durch den Erlass zur Kompensation von Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen vom 10. März 2016 ersetzt.

Genehmigungsverfahren, Tötungsverbot, Abstandsempfehlungen, Helgoländer Papier, naturschutzrechtliche Ausnahme

VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14/1875, 22 B 14/1876

An die Stelle der in der Anlage 2 [...] „Windkraft-Erlass Bayern“ genannten Distanzen sind jedenfalls seit dem Frühjahr 2016 die in der Tabelle 2 der von der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten herausgegebenen „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten“ angegebenen Entfernungen getreten. (amtlicher Leitsatz)

Es kann rechtlich zulässig sein, bei der Beantwortung der Frage, ob sich der Erhaltungszustand einer die Grenzen von Bundesländern übergreifenden Population im Sinn von § 45 Abs. 7 Satz 2 Bundesnaturschutzgesetz verschlechtern wird, nur auf die im Gebiet desjenigen Bundeslandes vorhandene Teilpopulation abzustellen, dessen Behörden über die Zulassung einer Ausnahme [...] zu befinden haben. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Hintergrund der Entscheidung ist die Klage eines Windenergieunternehmens auf Erlass einer Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen. In einer Entfernung von 1.590 (Windenergieanlage 1) bzw. 1.300 (Windenergieanlage 2) und 940 Metern (Windenergieanlage 3) zu den geplanten Standorten befindet sich ein Rotmilan-Horst. Die zuständige Behörde hatte die Genehmigung insbesondere deshalb versagt, weil das Vorhaben gegen das Tötungsverbot in § 44 Abs. 1 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) verstoße. Eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG scheide aus, da sich durch die Vorhaben der Erhaltungszustand der Rotmilan-Population verschlechtern würde.

Inhalt der Entscheidung

Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) München wies wie die Vorinstanz¹ die Klage gegen die Entscheidung der Behörde zurück und entschied, dass der Genehmigung das Tötungsverbot entgegenstehe. Bei der Ermittlung, ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliege, sei grundsätzlich auf die „Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen“ vom 20. Dezember 2011 (Windenergie-Erlass Bayern) abzustellen, von dessen Vorgaben nicht ohne sachlichen Grund abgewichen werden dürfe. Danach sei bei kollisionsgefährdeten Vogelarten, wozu auch der Rotmilan gehöre, eine nähere Betrachtung der in § 44 Abs. 1 BNatSchG normierten Verbotstatbestände erforderlich, wenn bestimmte Abstände zu Brutplätzen oder regelmäßig aufgesuchten Nahrungshabitaten unterschritten werden. Die maßgeblichen Prüfradien ergäben sich nunmehr allerdings nicht mehr aus dem Windkraft-Erlass Bayern. Maßgeblich seien vielmehr die Vorgaben aus den „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten“ der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten – dem Helgoländer Papier –, das sich als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt habe.

Die Frage, ob der sich aus dem Helgoländer Papier für den Rotmilan ergebende „Mindestabstand“ von 1.500 Metern zwischen Horst und Windenergieanlage ein in jedem Fall tatsächlich einzuhaltender Mindestabstand sei oder ob ein Verstoß gegen das Tötungsverbot in diesem Radius orts- und vorhabenspezifisch geprüft werden müsse bzw. als widerlegbare Vermutung gelte, ließ das Gericht offen. Aufgrund der beobachteten Flugaktivitäten der Vögel sei im Hinblick auf die Windenergieanlagen 2 und 3 ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko in jedem Fall zu bejahen. Aber auch für die nicht mehr innerhalb des „Mindestabstandes“ von 1.500 Metern liegende Windenergieanlage 3 bejahte das Gericht ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko.

Die vom Kläger angebotene Installation des Systems „DT-Bird“, bei dem die Windenergieanlagen abgeschaltet werden, sobald die an den Anlagen angebrachten Kameras Rotmilane erkannt hätten, akzeptierte der VGH nicht als taugliche Vermeidungsmaßnahme. Das System sei noch nicht praxistauglich, da es bislang weder in ähnlich gelagerten Fällen eingesetzt worden sei noch in der von der Deutschen Wildtier-Stiftung verfassten Ausarbeitung „Rotmilan – Land zum Leben“ erwähnt werde.

¹ VG Würzburg, Urteile vom 12. November 2013 – 4 K 12.904, 4 K 12.905.

Weiter befand das Gericht, dass die Genehmigung auch nicht aufgrund einer naturschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG erteilt werden könne. Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sich dadurch der Erhaltungszustand einer Population nicht verschlechtert; im vorliegenden Fall sei dies aber nicht gewährleistet.

Unter einer Population ist die biologisch oder geographisch abgegrenzte Zahl von Individuen einer Art zu verstehen, die innerhalb ihres Verbreitungsgebiets in generativen oder vegetativen Vermehrungsbeziehungen steht. Daher sei grundsätzlich auf die Rotmilan-Population in der gesamten Rhön, die sich über drei Bundesländer erstreckt, abzustellen. Da zwischen den Bundesländern aber kein Steuerungsmechanismus existiere, der sicherstellt, dass der Erhaltungszustand der Population nicht durch Genehmigungsentscheidungen aus anderen Bundesländern verschlechtert wird, sei im vorliegenden Fall auch ein Abstellen auf die Population in der bayerischen Rhön zulässig, so die Richter. Genauso wenig beanstandeten die Richter die Entscheidung der zuständigen Behörde, dass die Schwelle, bis zu der eine Tötung der Vögel nicht zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population führe, bei maximal 1 Prozent des berücksichtigungsfähigen Bestandes liege.

Fazit

In seiner Entscheidung erklärt der VGH München das Helgoländer Papier ohne Begründungsaufwand zum allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft, der im Hinblick auf die dort genannten Prüfradien zwischen Windenergieanlagen und Vogelvorkommen dem Windkraft-Erlass Bayern vorgeht. Damit grenzt sich das Gericht deutlich von der bisherigen Rechtsprechung und der juristischen Literatur ab. Die Vorgängerfassung des im Jahr 2015 überarbeiteten Papiers wurde sowohl in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung als auch in der juristischen Literatur bislang lediglich als ein – unter mehreren – naturschutzfachlich und wissenschaftlich fundierter Beitrag anerkannt.¹ Vor diesem Hintergrund bleibt es abzuwarten, ob auch andere Oberverwaltungsgerichte und gegebenenfalls sogar das Bundesverwaltungsgericht die Einschätzung des VGH teilen.

Weiter scheint der VGH München der Auffassung zuzuneigen, dass – unter Rückgriff auf den Windkraft-Erlass Bayern – innerhalb des „Mindestabstandes“ von 1.500 Metern zwischen Rotmilan-Horst und Windenergieanlage die widerlegbare Vermutung gilt, dass ein Verstoß gegen das Tötungsverbot vorliegt. Nicht eindeutig ist, ob das Gericht lediglich den Prüfradius von 1.500 Metern als allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft, innerhalb dessen die Einschätzungsprärogative der Behörde noch gilt, versteht oder ob es die Einschätzungsprärogative insoweit für überholt ansieht.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-47819?hl=true>

¹ Vgl. etwa VGH Kassel, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – 9 A 1540/12.Z; mit einem Überblick über Rechtsprechung und Literatur Schlacke/Schnittker, in: FA Wind (Hrsg.), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten – Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015), 2015, S. 23 ff.

Genehmigungsverfahren, Bauverbot, Flugsicherheit, Beurteilungsspielraum BVerwG, Urteil vom 7. April 2016 – 4 C 1/15

Die dem Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) nach § 18a Abs. 1 Satz 2 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) obliegende Entscheidung, ob durch die Errichtung von Bauwerken Flugsicherheitseinrichtungen gestört werden können, ist kein Verwaltungsakt. (amtlicher Leitsatz)

Ein Bauverbot nach § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG setzt keine Gewissheit voraus, dass Flugsicherheitseinrichtungen gestört werden; vielmehr reicht die Möglichkeit einer Störung aus. Sie liegt vor, wenn die entsprechenden Annahmen in der gutachterlichen Stellungnahme der Flugsicherheitsorganisation und der darauf gestützten Entscheidung des BAF wissenschaftlichen Ansprüchen genügen und durch wissenschaftliche Gegenpositionen in ihren Grundannahmen, ihrer Methodik und ihren Schlussfolgerungen jedenfalls nicht substantiell in Frage gestellt werden. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Hintergrund des Verfahrens ist der Antrag der Klägerin auf Erteilung eines Genehmigungsvorbescheides für die Errichtung und den Betrieb von mehreren Windenergieanlagen in der Nähe der Flugsicherungsanlage DVOR „Leine“. Auf Grundlage eines Gutachtens der Deutschen Flugsicherheit GmbH (DFS) hatte das BAF eine Störung der Flugsicherheit i.S.d. § 18a LuftVG angenommen. Dies ergebe sich insbesondere aus den Vorgaben der internationalen Zivilluftfahrtbehörde ICAO. Auf Grundlage der Entscheidung des BAF lehnte die Genehmigungsbehörde die Erteilung des Vorbescheides ab.

In erster Instanz verpflichtete das Verwaltungsgericht Hannover die Genehmigungsbehörde, den Vorbescheid für eine der Anlagen zu erlassen. Es überprüfte die Entscheidung des BAF vollständig und hielt die für die Annahme der Störung aus den ICAO-Dokumenten abgeleiteten Toleranzwerte weder für einschlägig noch für überschritten. Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg bejahte hingegen einen Beurteilungsspielraum des BAF und hob das Urteil unter anderem mit der Begründung auf, dass von einer Störung der Flugsicherheit auszugehen sei, wenn die sich aus den ICAO-Dokumenten ergebenden und – soweit diese Dokumente widersprüchlich seien – in vertretbarer Weise hergeleiteten Toleranzwerte überschritten würden.¹

Inhalt der Entscheidung

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hielt die Entscheidung des OVG Lüneburg aufrecht. Zunächst urteilte es, dass die dem BAF nach § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG obliegende Entscheidung, ob durch die Errichtung von Bauwerken Flugsicherheitseinrichtungen gestört werden können, kein Verwaltungsakt sei.

Weiter ging das BVerwG von einem technisch geprägten Begriff der Störung aus, der auf die sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Flugverkehrs abstellt und nicht durch Eigentumsinteressen Dritter – hier das Investitionsinteresse der Anlagenbetreiber – relativiert wird. Wie das OVG Lüneburg sprach es dem BAF bei der Annahme der Störung eine Beurteilungsbefugnis zu: Für die Beurteilung, ob eine Störung vorliege, sei zunächst auf die ICAO-Dokumente zurückzugreifen. Lasse sich die Möglichkeit einer Störung – wie im vorliegenden Fall – jedoch nicht eindeutig anhand der ICAO-Dokumente feststellen, komme der auf die gutachterliche Stellungnahme der DFS gestützten Entscheidung des BAF ein „hervorgehobener Stellenwert“ zu, sofern sie wissenschaftlichen Ansprüchen genüge und durch wissenschaftliche Gegenpositionen in ihren Grundannahmen, ihrer Methodik und ihren Schlussfolgerungen nicht substantiell in Frage gestellt werde.

Ferner sei der DFS nicht von vornherein die Objektivität abzusprechen, weil sie auch privatwirtschaftliche Interessen verfolgt.

¹ OVG Lüneburg, Urteil vom 3. Dezember 2014 – 12 LC 30/12.
Seite 18 von 23

Fazit

Mit dem Urteil hat das BVerwG zwei wichtige Fragen im Zusammenhang mit der Flugsicherung entschieden. Zum einen hat das BVerwG geurteilt, dass die Entscheidung des BAF kein Verwaltungsakt ist. Dies bedeutet, dass die Entscheidung des BAF nicht selbständig angegriffen werden kann. Stattdessen muss sich der Rechtsbehelf gegen das Trägerverfahren, also gegen die Entscheidung der Genehmigungsbehörde, richten.

Zum anderen hat das BVerwG entschieden, dass für ein Bauverbot nach § 18a Abs. 1 LuftVG die Möglichkeit einer Störung ausreicht. Im Hinblick auf die Entscheidung, ob eine Störung der Flugsicherungseinrichtung i.S.d § 18a LuftVG vorliegt, hat es dem BAF unter der Voraussetzung, dass die ICAO-Vorgaben zur Feststellung der möglichen Störung widersprüchlich sind, eine Beurteilungsbefugnis zugesprochen. Insoweit komme der Entscheidung des BAF ein „hervorgehobener Stellenwert“ zu. Einen die gesamte Auslegung und Anwendung der Norm umfassenden Beurteilungsspielraum verneinte das BVerwG jedoch. Auch dies war unter den Instanzgerichten umstritten.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=070416U4C1.15.0>

Genehmigungsverfahren, Eilrechtsschutz, fehlende Beteiligung am Genehmigungsverfahren, Ausschluss der Verbandsklagebefugnis

OVG Koblenz, Beschluss vom 28. April 2016 – 8 B 10285/16

Die Regelung zum Ausschluss der Verbandsklagebefugnis bei gänzlichem Unterbleiben einer Beteiligung des Verbandes im Verwaltungsverfahren (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG) bleibt auch nach dem Urteil des EuGH vom 15. Oktober 2015 [...] zur Europarechtswidrigkeit der materiellen Präklusion in § 2 Abs. 3 UmwRG anwendbar. (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Die beklagte Behörde hatte die Errichtung und den Betrieb von insgesamt neun Windenergieanlagen im förmlichen Verfahren genehmigt und die Genehmigung für sofort vollziehbar erklärt. Im Genehmigungsverfahren hatte sich der Antragsteller, ein anerkannter Umweltschutzverband, nicht geäußert. Gegen den Genehmigungsbescheid legte der Antragsteller Widerspruch ein und beantragte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

Inhalt der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Koblenz hielt den Eilrechtsschutzantrag für unzulässig, weil sich der Antragsteller nicht am Genehmigungsverfahren beteiligt hatte. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) sieht vor, dass ein anerkannter Umweltverband nur dann einen Rechtsbehelf gegen umweltrelevante Verwaltungsentscheidungen einlegen kann, wenn er zur Beteiligung am Verfahren berechtigt war und sich in der Sache geäußert hat oder ihm – entgegen den geltenden Rechtsvorschriften – keine Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist. Von der Gelegenheit zur Stellungnahme habe der Antragsteller in diesem Fall keinen Gebrauch gemacht.

Der Anwendung von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG stehe das Europarecht nicht entgegen, so das Gericht weiter. Insbesondere habe der Europäische Gerichtshof (EuGH) lediglich § 2 Abs. 3 UmwRG für europarechtswidrig erklärt.¹ Diese Vorschrift sieht vor, dass ein Umweltverband im Gerichtsverfahren mit allen Einwendungen ausgeschlossen ist, die er nicht im Verwaltungsverfahren vorgebracht hat. Anders als § 2 Abs. 3 UmwRG, der den Umfang der gerichtlichen Kontrolle in der Begründetheitsprüfung regelt, stelle § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG bestimmte Anforderungen an die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen. Da der EuGH es zulasse, die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs von der Ausschöpfung des Verwaltungswegs abhängig zu machen, sei die Vorschrift mit dem Europarecht vereinbar.

Fazit

Anders als das OVG Koblenz sprach sich das Verwaltungsgericht (VG) Bremen in einem anderen Verfahren für eine europarechtskonforme Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG aus.² Das VG Bremen ließ die Klage eines Umweltverbandes zu, der sich im Planfeststellungsverfahren lediglich mündlich am Erörterungstermin beteiligt, aber keine schriftliche Stellungnahme abgegeben hatte. Dies zeigt, dass auch bei den Gerichten noch Unsicherheit im Hinblick auf die Wirkung des EuGH-Urteils vom 15. Oktober 2015 besteht. Nach dem Referentenentwurf des Bundesumweltministeriums zur Anpassung des UmwRG soll die Teilnahme am Ausgangsverfahren im Regelfall keine Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Rechtsbehelf mehr sein.³

¹ EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015 – Rs. C-137/14.

² VG Bremen, Urteil vom 18. Mai 2016 – 5 V 366/16.

³ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben vom 19. April 2016.

Genehmigungsverfahren, Eilverfahren, Schallprognose, TA-Lärm, Uppenkamp-Studie OVG Münster, Beschluss vom 17. Juni 2016 – 8 B 1018/15

Gegenwärtig ist nicht davon auszugehen, dass das „alternative Verfahren“, welches die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA-Lärm) unter Verweis auf die DIN ISO 9613-2 zur Berechnung von Schallemissionen vorsieht, durch neue gesicherte Erkenntnisse überholt ist.

Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Verfahren wandte sich der Antragsteller gegen die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage, da eine unzulässige Schallbelastung nicht hinreichend sicher auszuschließen sei. Die Gutachter hatten die Schallbelastung durch die geplante Anlage nach den Vorgaben der TA-Lärm, die in Anhang A 2.3.4 auf das Prognosemodell der DIN ISO 9613-2 verweist, ermittelt. Entsprechend der Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) wandten sie das „alternative Verfahren“ an. Der Antragsteller führte dagegen an, dass die 2014 durchgeführte Uppenkamp-Studie aufzeige, dass das „alternative Verfahren“ den von Windenergieanlagen ausgehenden Schall nicht zutreffend bewerte, da eine zu hohe Bodendämpfung angesetzt werde. Dadurch würde insbesondere der Schall in einer Entfernung von mehr als 800 Metern zu einer Anlage unterschätzt. Die mit den Messergebnissen am besten übereinstimmenden Ergebnisse würden durch das „frequenzselektive Verfahren“ bei Außerachtlassen der Bodendämpfung erreicht.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Münster entschied im Eilverfahren, dass von der geplanten Windenergieanlage keine unzulässige Schallbelastung zu erwarten sei. Trotz der Uppenkamp-Studie sei nicht davon auszugehen, dass das „alternative Verfahren“ nach DIN ISO 9613-2 durch gesicherte Erkenntnisse überholt wäre. So treffe die Studie zwar die Aussage, dass die Bodendämpfung bei hohen Schallquellen im Rahmen des „alternativen Verfahrens“ wahrscheinlich überschätzt werde. Der Schluss, dass bei Windenergieanlagen stets eine verminderte Bodendämpfung anzusetzen sei, könne aus der Studie hingegen nicht gezogen werden. Insoweit zeige die Studie Forschungsbedarf auf; einen Erkenntnisfortschritt, der die Bindungswirkung der TA Lärm sowie der DIN ISO 9613-2 entfallen ließe, lasse sich ihr nicht entnehmen.

Fazit

Insbesondere seit der Veröffentlichung der Uppenkamp-Studie wird intensiv diskutiert, ob das Verfahren zur Berechnung des Schalls nach der TA-Lärm bei Windenergieanlagen zu zutreffenden Ergebnissen führt. Auch die LAI hat die Diskussion aufgegriffen und prüft ein sogenanntes Interimsverfahren, welches eine verminderte Berücksichtigung der Bodendämpfung vorsieht. Ein entsprechender Hinweis soll Ende September 2016 veröffentlicht werden. Trotzdem geht die Rechtsprechung bislang davon aus, dass das Verfahren nach DIN ISO 9613-2 dem Stand der Technik entspricht.¹ Ob sich diese Einschätzung nach Veröffentlichung der LAI-Hinweise ändert, bleibt abzuwarten.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2016/8_B_1018_15_Beschluss_20160617.html

¹ So auch VGH Mannheim, Beschluss vom 23. Februar 2016 – 3 S 2225/15; VGH München, Beschlüsse vom 10. August 2015 – 22 ZB 15.1113 und vom 18. Februar 2016 – 22 ZB 15.2412.

Impressum

© FA Wind, August 2016

Herausgeber: Fachagentur zur Förderung
eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus
der Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11
D-12435 Berlin

Redaktion:
Dr. Marike Endell

V.i.S.d.P.: Axel Tscherniak

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.

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 endell@fa-wind.de.

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