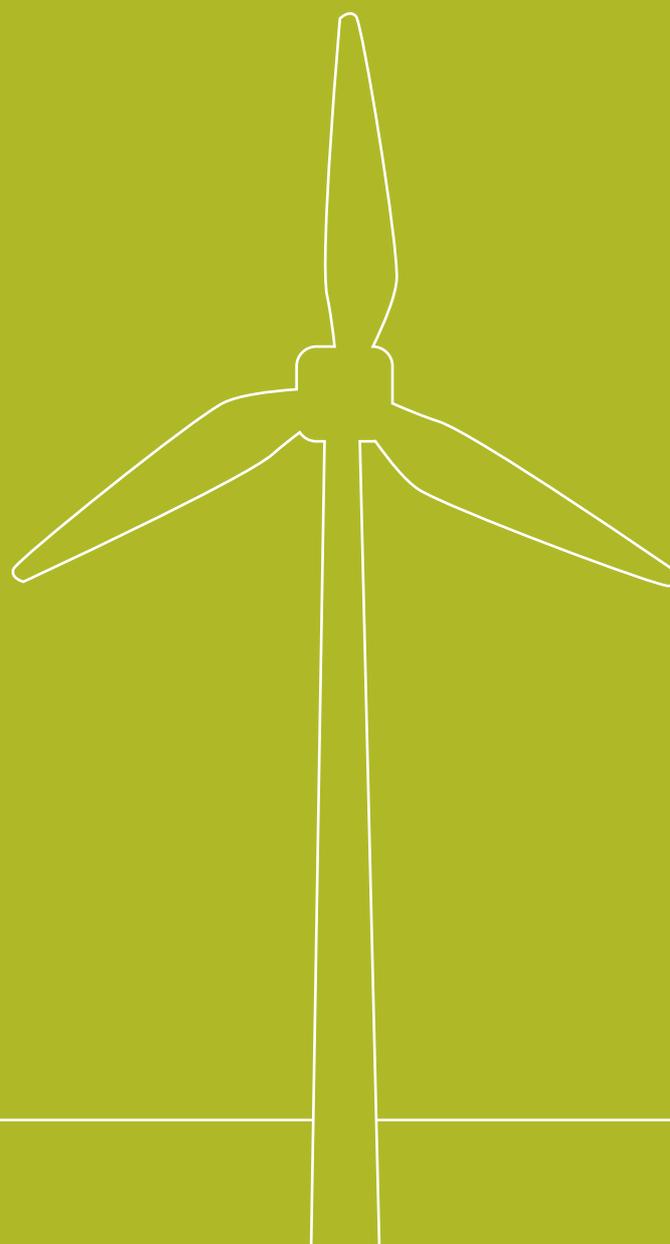
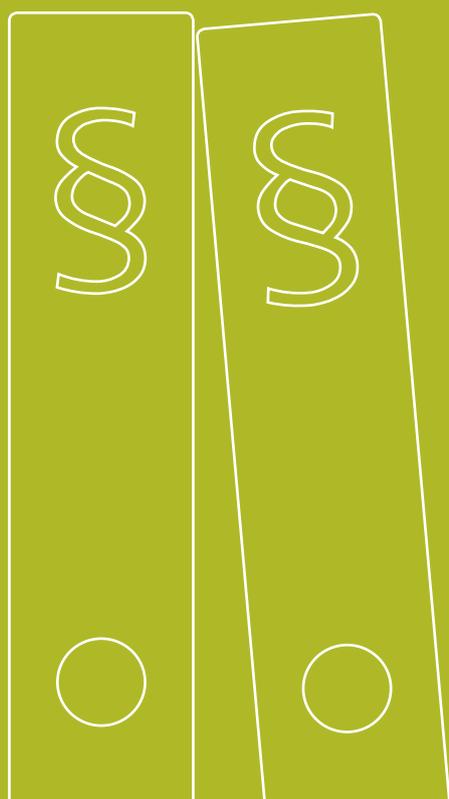




# Rundbrief Windenergie und Recht 3/2019



## Mitwirkende

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

### **Thomas Aufleger**

NWP Planungsgesellschaft mbH

### **Thomas Brünjes**

ENERCON Consulting Services GmbH

### **Pia Dağaçan**

EnergieAgentur.NRW

### **Christiane Donnerstag**

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

### **Dr. Marike Endell**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Elisabeth Hartleb**

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE)

### **Dr. Johannes Osing**

Märkischer Kreis

### **Dr. Petra Overwien**

Gemeinsame Landesplanungsabteilung Berlin-Brandenburg

### **Iris Putz**

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

### **Annette Reisch**

ENERTRAG AG

### **Marianna Roscher**

Fachagentur Windenergie an Land

### **Alexander Schröder**

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

### **Prof. Dr. Wilhelm Söfker**

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

### **Felix Steengrafe**

PNE AG

## Entscheidungsverzeichnis

Editorial.....	3
Normenkontrollverfahren, Bekanntmachung Flächennutzungsplan, Rügeobliegenheit nach § 215 Abs. 1 BauGB, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Siedlungsgebiete, Bauerwartungsland, Schutzabstand, Referenzanlage OVG Lüneburg, Urteil vom 25. April 2019 – 12 KN 226/17 .....	4
Normenkontrollverfahren (Regionalplan Lausitz-Spreewald), Tenorierung, Bekanntmachung, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Abstand zu Siedlungsflächen, Landschaftsschutzgebiet, Natura 2000-Gebiete, Wald, Tierökologische Abstandskriterien (TAK) OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23. Mai 2019 – 2 A 4.19.....	6
Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, Bestimmtheit der Ausschlusswirkung, Grenzen des § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB OVG Lüneburg, Urteil vom 19. Juni 2019 – 12 KN 64.17 .....	9
Genehmigungsverfahren, Anordnung einer nachträglichen naturschutzrechtlichen Betriebseinschränkung OVG Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 – 12 LB 125/18.....	11
Genehmigungsverfahren, Selbstbindung der Verwaltung, Leitfaden, Windenergieerlass, Artenschutzrecht OVG Lüneburg, Beschluss vom 28. Juni 2019, 12 ME 57/19 .....	13
Genehmigungsverfahren, UNESCO-Weltkulturerbe, Verunstaltung des Landschaftsbildes, Blickpunkte, Denkmalschutz, Spruchreife OVG Koblenz, Urteil vom 6. Juni 2019 – 1 A 11532/18.....	15
Genehmigungsverfahren, Bauaufsichtsbehörde, Prüfungskompetenz, Änderungsanzeige, Freistellungsentscheidung, Standsicherheit OVG Saarlouis, Beschluss vom 5. Juni 2019 – 2 B 326/18.....	17
Genehmigungsverfahren, Trudelbetrieb, Schmierfahrten, Windenergieanlagen OVG Lüneburg, Urteil vom 29. April 2019 – 12 ME 188/18.....	19
Zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch, Beweislast, Lärmmessungen, Infraschall, Bindung an öffentlich-rechtliche Grenz- und Richtwerte im Zivilprozess OLG Schleswig, Urteil vom 13. Juni 2019 – 7 U 140/18.....	21

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

obwohl sich die Planungsträger bei der Ausweisung von Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie offensichtlich um eine den Anforderungen der Rechtsprechung entsprechende Planung bemühen, scheitern noch immer zahlreiche Pläne vor Gericht. Neben den sehr spezifischen und teilweise schwer umsetzbaren Anforderungen dürfte die sich noch immer im Fluss befindliche Rechtsprechung ein Grund dafür sein.

Auch das OVG Lüneburg und das OVG Berlin-Brandenburg erklärten in zwei in diesem Rundbrief besprochenen Urteilen die angegriffenen Pläne für rechtswidrig. Während das OVG Lüneburg sein Urteil insbesondere auf die fehlerhafte Bestimmung der harten Tabuzonen stütze, scheiterte der Teilregionalplan Lausitz-Spreewald letztendlich an formalen Fehlern bei der Planauslegung. Beiden Urteilen lassen sich wichtige Ausführungen zur Bestimmung des harten Abstands um Siedlungsflächen entnehmen: In mittlerweile ständiger Rechtsprechung akzeptierte das OVG Lüneburg, den harten Abstandsradius unter Rückgriff auf das Rücksichtnahmegebot anhand der zweifachen Höhe einer Referenzanlage zu bestimmen. Allerdings bleibt die fehlerfreie Wahl der Referenzanlage eine Herausforderung – die im vorliegenden Fall zur Rechtswidrigkeit des Plans führte. Zu dieser vom OVG Lüneburg akzeptierten Möglichkeit der Festlegung eines Abstandsradius um Siedlungsflächen positionierte sich das OVG Berlin-Brandenburg nicht. Stattdessen bestätigte es seine Rechtsprechung, der zufolge der Abstand um Siedlungsgebiete auf Grundlage der TA Lärm zwingend in harte und weiche Tabuzonen zu unterteilen ist.

In der dritten hier besprochenen Entscheidung befasste sich das OVG Lüneburg mit den Anforderungen an eine isolierte Positivplanung nach § 249 Abs. 1 BauGB. Indem das OVG Lüneburg für die isolierte Positivplanung ein „Aufsetzen“ auf das ursprüngliche Konzept fordert, erscheint diese Planungsmöglichkeit jedenfalls für „alte Pläne“, die dem von der Rechtsprechung geforderten Planungskonzept bereits im Ansatz nicht entsprechen, als nicht unproblematisch.

In diesem Rundbrief stellen wir Ihnen außerdem zwei weitere Entscheidungen des OVG Lüneburg zu den Voraussetzungen einer nachträglichen naturschutzrechtlichen Betriebseinschränkung und zur Selbstbindung der Verwaltung an einen Artenschutzleitfaden und die gegebenen Abweichungsmöglichkeiten vor. Daran schließt sich die Besprechung eines Urteils des OVG Koblenz zu der (für die zu beurteilende Konstellation verneinten) Frage, ob das Landschaftsbild nahe eines UNESCO-Weltkulturerbes durch Windenergieanlagen verunstaltet wird, an.

Mit den Folgen einer Freistellungserklärung nach einer Typenänderung beschäftigte sich das OVG Saarlouis und stellte dabei klar, dass sich auch eine möglicherweise zu Unrecht ausgestellte Freistellungserklärung nicht auf den Prüfungsumfang der dann zuständigen Behörde auswirkt. Das OVG Lüneburg entschied in einer weiteren in diesem Rundbrief besprochenen Entscheidung, dass im Fall einer fehlenden Betriebserlaubnis – im diesen Fall aufgrund der wiederhergestellten aufschiebenden Wirkung einer Klage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Windenergieanlage – ein sog. Trudelbetrieb zwar zulässig ist; dies aber nicht für sog. Schmierfahrten gilt.

Zuletzt besprechen wir in dieser Auflage des Rundbriefs ein Urteil des OLG Schleswig zur Beweislastverteilung im Rahmen des zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs nach §§ 1004 Abs. 1 Satz 1, 906 Abs. 1 BGB, mit dem sich zwei Kläger auf dem Zivilrechtsweg gegen den Betrieb von Windenergieanlagen und die von ihnen ausgehenden Beeinträchtigungen (Infraschall, Diskoeffekt, Schatten- und Eiswurf) auf dem Nachbargrundstück zu wehren suchten. Das OLG Schleswig beanstandet darin die erstinstanzlich vorgenommene Beweisaufnahme und -würdigung; die entscheidende Frage nach der Wesentlichkeit der durch die Windenergieanlagen verursachten Beeinträchtigung beantwortet es jedoch nicht.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre!

Ihre



Dr. Antje Wagenknecht

Normenkontrollverfahren, Bekanntmachung Flächennutzungsplan, Rügeobliegenheit nach § 215 Abs. 1 BauGB, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Siedlungsgebiete, Bauerwartungsland, Schutzabstand, Referenzanlage  
**OVG Lüneburg, Urteil vom 25. April 2019 – 12 KN 226/17**

**1. Hat eine Kommune wegen Bedenken an der Wirksamkeit der Bekanntmachung ihres (geänderten) Flächennutzungsplans nach § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB diesen Verfahrensschritt wiederholt und in der erneuten Bekanntmachung uneingeschränkt auf die Rügeobliegenheit nach § 215 Abs. 1 BauGB verwiesen, so beginnt diese Rügefrist mit der erneuten Bekanntmachung.**

**2. Zu einer fehlerhaften Bestimmung eines harten Schutzabstandes (Tabuzone) von 300 Metern von Windenergieanlagen gegenüber Wohn- und Gewerbeflächen im Rahmen der Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Im vorliegenden Fall wandte sich die Antragstellerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, gegen die 7. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin, einer Samtgemeinde. Mit dem Flächennutzungsplan hatte die Antragsgegnerin mehrere neue Konzentrationszonen für die Windenergienutzung ausgewiesen und diese an anderen Stellen des Plangebiets ausgeschlossen.

Nachdem der zuständige Landkreis die Änderung des Flächennutzungsplans genehmigt hatte, veröffentlichte die Antragsgegnerin die Genehmigung im September 2016 in ihrem Amtsblatt. Da ihr im Anschluss Zweifel an der wirksamen Bekanntgabe kamen, wiederholte sie diese im Juni 2018 im Wege des ergänzenden Verfahrens. Die erneute Bekanntgabe enthielt den Hinweis auf das Unbeachtlichwerden nicht fristgerecht gerügter Mängel nach § 215 Abs. 2 BauGB.

Ihren Normenkontrollantrag hatte die Antragstellerin bereits im November 2017 gestellt. Sie machte geltend, dass die Rügefrist jedenfalls aufgrund der erneuten Bekanntmachung im Juni 2018 noch nicht abgelaufen sei. Inhaltlich rügte sie verschiedene Abwägungsfehler.

### Inhalt der Entscheidung

Das Gericht bewertete den Antrag als zulässig und begründet. Die Rügefrist sei aufgrund der erneuten Bekanntgabe der Genehmigung noch nicht abgelaufen. Dies ergebe sich bereits aus dem uneingeschränkten Verweis auf § 215 BauGB in der erneuten Bekanntmachung. Darüber hinaus sei die erneute Bekanntmachung im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB durchgeführt worden; damit sei das Verfahren an der Stelle fortgesetzt worden, an der der zu korrigierende Fehler mutmaßlich erfolgt sei. Auch diese spreche für das erneute Ingangsetzen der Rügefrist (Rn. 59 - 63).

Darüber hinaus stellte das OVG Lüneburg verschiedene Abwägungsfehler fest.

Fehlerhaft sei zunächst die Einstufung aller Siedlungsflächen einschließlich des Bauerwartungslands als harte Tabuzone. Zu Recht habe die Antragsgegnerin die im Flächennutzungsplan dargestellten Wohnbauflächen, gemischten und gewerblichen Bauflächen sowie vorhandene Bebauung als Siedlungsflächen erfasst und diese als harte Tabuzone gewertet. Bauerwartungsland, für das noch keine genehmigte Bebauung vorhanden sei und für das kein Bebauungsplan existiere, stelle jedoch keine harte Tabuzone dar. Allein die Darstellung im Flächennutzungsplan als vorbereitendem Bauleitplan bedeute noch kein rechtliches Hindernis (Rn. 75, 76). Aus den gleichen Gründen bestünden auch Bedenken gegen die Einordnung von im Flächennutzungsplan dargestellten Grünflächen als harte Tabuzonen (Rn. 77).

Darüber hinaus liege ein erheblicher Abwägungsfehler im Hinblick auf den harten Abstandsradius von 300 Metern vor, den die Antragsgegnerin als harte Tabuzone um die Siedlungsflächen gelegt habe. Ausgangspunkt für diesen Radius war das Zweifache der Höhe einer Referenzanlage mit einer Höhe von 150 Metern. Das Vorgehen der Antragsgegnerin, eine um Wohnnutzungen gelegte harte Tabuzone anhand des Gebots der Rücksichtnahme wegen „optisch bedrängender Wirkung“ auf das Zweifache der Höhe einer Referenzanlage festzulegen, sei grundsätzlich zulässig. Dagegen bestünden Schwierigkeiten, die sich aus dem Immissionsschutzrecht (TA Lärm) ergebenden und für die harten Tabuzonen erforderlichen Abstände festzulegen. Im vorliegenden Fall sei der Abstandsradius jedoch

aus zwei Gründen fehlerhaft bemessen: Zum einen sei der Schutzabstand bereits aufgrund des fehlerhaft bemessenen Bezugspunktes – des wegen der Berücksichtigung des Bauerwartungslandes zu groß bemessenen Siedlungsbereichs – nicht rechtmäßig. Zum anderen sei die Wahl der Referenzanlage fehlerhaft, da die Antragsgegnerin an anderer Stelle der Planbegründung davon ausgegangen sei, dass im Plangebiet bis zu 200 Meter hohe Anlagen errichtet werden könnten. Damit werde die für die Bemessung des Abstandsradius gewählte Referenzanlage nicht von der Planbegründung getragen (Rn. 81 ff).

Weiter hätte die Antragsgegnerin ein im Regionalen Raumordnungsprogramm festgelegtes Vorranggebiet für Natur und Landschaft nicht pauschal als harte Tabuzone qualifizieren dürfen. Im Hinblick auf die Vorranggebiete Natur und Landschaft könne nicht ohne nähere Betrachtung der jeweiligen Ausprägung von Natur und Landschaft beurteilt werden, ob eine Unvereinbarkeit mit der Windenergienutzung vorliege (Rn. 103 - 108).

## Fazit

Trotz des offensichtlichen Bemühens der Planungsträger, die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs- und der jeweiligen Oberverwaltungsgerichte zur Konzentrationszonenplanung zu beachten, scheitern noch immer zahlreiche Pläne vor Gericht. Grund dafür sind nicht zuletzt die Umsetzungsschwierigkeiten, vor welche die Rechtsprechung die Planungsträger stellt.

Die Auffassung des Gerichts, der zufolge ein harter Schutzabstand um Siedlungsflächen nicht auf Grundlage der nach der TA Lärm zu ermittelnden Schutzabstände, sondern allein unter Rückgriff auf das Rücksichtnahmegebot erfolgen kann, ist aus juristischer Sicht nicht unproblematisch. Als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift ist die TA Lärm im Hinblick auf die Einhaltung der Vorgaben des BImSchG grundsätzlich durch die Gerichte zu beachten.<sup>1</sup> Aus planerischer Sicht scheint der Ansatz gangbar zu sein, da die auf Grundlage der TA Lärm einzuhaltenden Schutzabstände ohne die genaue Kenntnis von Anlage und Standort und letztendlich auch der Fahrweise der Anlage auch im Fall einer Typisierung nicht nachvollziehbar bestimmt werden können.

Allerdings bleibt auch die Bestimmung der harten Schutzabstände auf Grundlage des Gebots der Rücksichtnahme eine Herausforderung. Hier gilt es, die Referenzanlage fehlerfrei zu wählen, indem sie sowohl der Höhe nach konkret bestimmt (kein „Korridor“)<sup>2</sup> als auch von der gesamten Planbegründung getragen werden muss. Daran schließen sich weitere Problemfelder an, wie beispielsweise die Bestimmung der Grenzen des Schutzabstands – hier könnte sowohl auf den Mast als auch auf die Rotorblattspitze abgestellt werden. Hierzu hat das OVG Lüneburg keine Stellung bezogen.

Im Hinblick auf Bauerwartungsland hält das OVG Lüneburg an seiner bisherigen Rechtsprechung fest und verneint dessen Qualifizierung als harte Tabuzone.<sup>3</sup> Gleiches gilt für Ziele der Raumordnung – im vorliegenden Fall ein Vorranggebiet für Natur und Landschaft –; auch diese dürfen nicht ohne Weiteres als harte Tabuzone eingeordnet werden.<sup>4</sup>

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

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE190001803&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 29.8.2007 – 4 C 2/07, [Rn. 12](#).

<sup>2</sup> So OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2019 – 12 KN 202/17, [Rn. 116](#) (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

<sup>3</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 18.2.2019 – 12 KN 152/17, [Rn. 61](#); für die Ebene der Regionalplanung OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, [Rn. 31](#) (in Rundbrief [3/2017](#) besprochen).

<sup>4</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, [Rn. 68 ff.](#) (in Rundbrief [3/2016](#) besprochen).

Normenkontrollverfahren (Regionalplan Lausitz-Spreewald), Tenorierung, Bekanntmachung, Konzentrationszonenplanung, harte und weiche Tabuzonen, Abstand zu Siedlungsflächen, Landschaftsschutzgebiet, Natura 2000-Gebiete, Wald, Tierökologische Abstandskriterien (TAK)

## **OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23. Mai 2019 – 2 A 4.19**

**1. Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 u. 2 VwVfG zu Masseneinwendungen ist auf das Verfahren zum Erlass eines Regionalplans nicht anwendbar.**

**2. Landschaftsschutzgebiete sind nur als harte Tabukriterien zu betrachten, wenn weder eine Erlaubnis zur Errichtung von Windenergieanlagen noch eine Befreiung von den Verboten der Schutzgebietsverordnung in Betracht kommt (im Anschluss an BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01). Dasselbe gilt für Natura-2000-Gebiete und ähnlich gelagerte Sachverhalte (besonders geschützte Waldflächen, stehende Gewässer, Wasserschutzzone II).**

**3. Die Schutzabstände nach den Tierökologischen Abstandskriterien (Anlage 1 des Erlasses des MUGV vom 1. Januar 2011) stellen keine harten Tabukriterien dar. (amtliche Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Der sachliche Teilregionalplan der Planungsregion Lausitz-Spreewald wurde im Juli 2016 im Amtsblatt für Brandenburg veröffentlicht. Im Rahmen der Erarbeitung wurden im Beteiligungsverfahren für die Öffentlichkeit und die Träger öffentlicher Belange drei Auslegungen durchgeführt. Der Plan legt 41 Eignungsgebiete für die Windenergienutzung als Ziele der Raumordnung fest und schließt die Windenergienutzung außerhalb dieser Gebiete aus. Die Eignungsgebietsausweisung umfasst 1,85 Prozent der Regionsfläche. Innerhalb der Eignungsgebiete kann die konkrete Standortplanung für die Windenergieanlagen durch die Träger der kommunalen Bauleitplanung erfolgen. Die Antragstellerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, wandte sich im Wege der Normenkontrolle gegen den sachlichen Teilregionalplan.

### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG Berlin-Brandenburg gab dem Hilfsantrag, mit dem die Antragstellerin die Ungültigkeit des gesamten sachlichen Teilnutzungsplans geltend machte, statt. Der Hauptantrag, den sachlichen Teilregionalplan nur insoweit für unwirksam zu erklären, als mit ihm die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden soll, sei hingegen unbegründet. Der streitgegenständliche Plan sei nicht in Ausschlusswirkung und Positivplanung teilbar, weil er Eignungsgebiete festsetze, denen die Ausschlusswirkung bereits immanent sei. Zudem könnten – anders als etwa im Fall der Flächennutzungsplanung – die positiven Festlegungen eines Regionalplans Gegenstand einer Normenkontrolle sein und entsprechend auch Eingang in den Tenor finden (Rn. 36).

Bei der Prüfung des Plans stellte das OVG Berlin-Brandenburg sowohl formelle als auch materielle Fehler fest, wobei sich lediglich die formellen Fehler als beachtlich erweisen.

In formeller Hinsicht seien die Bekanntmachungen zur Auslegung des Planentwurfs im Rahmen des Aufstellungsverfahrens fehlerhaft gewesen. Zunächst hätte neben der Möglichkeit, schriftlich Einwendungen zu erheben, auch die Möglichkeit, Einwendungen zur Niederschrift vortragen zu können, ausdrücklich genannt werden müssen (Rn. 42). Darüber hinaus seien die Bekanntmachungen fehlerhaft, soweit sie Hinweise auf formelle Anforderungen an gleichförmige Einwendungen von mehr als 50 Personen nach § 17 Abs. 1 und 2 VwVfG enthielten. § 17 Abs. 1 und 2 VwVfG sei im Verfahren zur Aufstellung eines Raumordnungsplans nicht anwendbar, da die Norm für den Erlass eines Verwaltungsakts oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, nicht aber für den Erlass von Satzungen und Rechtsverordnungen gelte. Tendenziell sprach sich das Gericht auch gegen eine Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 5 BauGB (Masseneingaben im Verfahren der Bauleitplanung) aus, ließ dies aber letztendlich offen (Rn. 43).

Auch sei die Anstoßwirkung der Bekanntmachung nicht ausgelöst worden, da aus den Bekanntmachungstexten der räumliche Umgriff des Regionalplanentwurfs nicht deutlich hervorgegangen sei. Die

im Rahmen der Bauleitplanung entwickelten Anforderungen hinsichtlich der Kennzeichnung des überplanten Gebiets hätten beachtet werden müssen. Dies wäre trotz des größeren Maßstabs der Regionalplanung durch eine Nennung der betroffenen Landkreise und kreisfreien Städte möglich gewesen (Rn. 45 - 50). Offen ließ das Gericht, ob die Anstoßfunktion auch mangels verfügbarer Angaben zu den Umweltinformationen verfehlt worden sei (Rn. 51 - 60).

In materieller Hinsicht beanstandete das Gericht die teilweise unterbliebene Festlegung von harten Tabuzonen. Die Antragsgegnerin habe fehlerhaft darauf verzichtet, den „Mindestabstand zu Siedlungen und sonstigen geschützten Nutzungen“ als hartes Tabukriterium zu bestimmen und stattdessen einen 1.000 Meter-Abstand zu vorhandenen Gebäuden mit Wohn-, Kur- und Kliniknutzung als weiches Kriterium in Ansatz gebracht. Eine Unterscheidung zwischen Abständen, die zur Einhaltung der Grenzwerte der TA Lärm notwendig seien, und darüber hinausgehenden Schutzabständen sei aber zwingend geboten, da diese rechtlich unterschiedlichen Regimen unterlägen. Durch eine Befugnis zur Typisierung werde dem Plangeber auch nichts Unmögliches abverlangt, so das Gericht. Danach sei es ausreichend, wenn die Prognose, welche Mindestabstände zur Einhaltung der Grenzwerte der TA Lärm erforderlich sind, unter dem Rückgriff auf Erfahrungswerte vertretbar erscheinen (Rn. 80 - 83). Dieser Fehler sei jedoch unbeachtlich, da er nicht auf das Abwägungsergebnis durchschlage.

Weiter urteilte der Senat, dass die Antragsgegnerin militärische Sperrgebiete (Rn. 88), Flughäfen, Verkehrs- und Sonderlandeflächen (Rn. 89) und Photovoltaikfreiflächenanlagen (Rn. 90) zu Recht als harte Tabuzonen gewertet habe.

Auch die Einordnung von Naturschutzgebieten als harte Tabuzonen sei nicht zu beanstanden. Hier enthielten die Schutzgebietsverordnungen regelmäßig ein absolutes Verbot der Errichtung baulicher Anlagen (Rn. 91 - 94). Im Hinblick auf Landschaftsschutzgebiete gibt der Senat seine Rechtsprechung ausdrücklich auf, der zufolge diese grundsätzlich als harte Tabuzone zu werten seien. In Landschaftsschutzgebietsverordnungen seien die Verbotstatbestände in der Regel auf den jeweiligen Schutzzweck bezogen und damit relativ, sodass die Errichtung von Windenergieanlagen nicht schlechterdings ausgeschlossen sei (Rn. 99). Diese Erwägungen gelten auch für durch Schutzverordnung geschützten Wald (Rn. 103), stehende Gewässer (Rn. 106), Wasserschutzzonen II (Rn.108) und Natura 2000-Gebiete (Rn. 124, 125).

Weiter seien die TAK als Restriktionskriterien einzuordnen. Auch in diesem Zusammenhang gab der Senat seine in früheren Entscheidungen geäußerte Tendenz, die TAK als hartes Tabukriterium zu fassen, ausdrücklich auf. In den Schutzbereichen der TAK sei die Windenergie nicht schlechterdings ausgeschlossen (Rn. 120, 121).

## Fazit

Im vorliegenden Urteil setzt sich das OVG Berlin-Brandenburg mit zahlreichen Aspekten der Regionalplanung auseinander. Im Hinblick auf die Tenorierung spricht sich das Gericht gegen eine Übertragung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Regionalplanung aus. Mit Urteil vom 13. Dezember 2018 hatte das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass sich der Tenor im Fall von Flächennutzungsplänen, denen eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zukommen soll, allein auf die Ausschlusswirkung beziehen kann.<sup>1</sup> Ob die Auffassung des Senats bestätigt wird, bleibt abzuwarten.

Ursächlich für die Aufhebung des Plans waren letztendlich Fehler bei den Bekanntmachungen der Auslegungen im Planaufstellungsverfahren. Bereits mit Urteil vom 5. Juli 2018 hatte der Senat eine Übertragung des von der Rechtsprechung in der Bauleitplanung entwickelten Grundsatzes der Anstoßwirkung gefordert.<sup>2</sup> Unabhängig von der Frage, inwiefern die Übertragung dieses Grundsatzes auf die Regionalplanung tatsächlich geboten ist, konnte der Planungsträger diese Rechtsprechung weder vorhersehen noch beachten, da die Bekanntmachung der Auslegungen des streitgegenständlichen Plans vor 2015 erfolgten. § 17 VwVfG, welcher den Umgang mit gleichförmigen Eingaben bzw. Masseneingaben normiert, sieht das Gericht im Aufstellungsverfahren für einen Regionalplan hingegen weder als direkt noch mangels einer Regelungslücke als analog anwendbar an.

---

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18 (in Rundbrief [2/2019](#) besprochen).

<sup>2</sup> OVG Berlin Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, [Rn. 44 ff.](#) (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

Mit Blick auf die Schutzabstände zu Siedlungen vertritt das Gericht die Auffassung, dass eine strikte Trennung in harte und weiche Tabuzonen erforderlich ist. Die Planer hatten den Schutzabstand als einheitlich weiche Tabuzone gefasst, da die unter Rückgriff auf die TA Lärm zwingend notwendigen Abstände (harte Tabuzonen) durch Typ, Standort und Umgebung der Anlage so maßgeblich beeinflusst werden, dass sie auch bei einer Typisierung nicht nachvollziehbar festgelegt werden könnten. Wohl auch für solche Fälle war in der Vergangenheit sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur darauf verwiesen worden, einheitlich weiche Kriterien zu fassen.<sup>3</sup> Diesen Ansatz hat das OVG Berlin-Brandenburg nun abermals verworfen.<sup>4</sup> Zu dem ebenfalls in diesem Zusammenhang vom OVG Lüneburg aufgezeigten Weg, die Schutzabstände um Siedlungen allein auf Grundlage des Rücksichtnahmegebots („optisch bedrängende Wirkung“) zu bestimmen, positioniert sich das Gericht nicht.<sup>5</sup> Gleichzeitig zeigt die Einstufung dieses Abwägungsfehlers als unbeachtlichen Fehler aber auch, dass allein der (fehlerhafte) Verzicht auf die Abgrenzung zwischen harten und weichen Tabuzonen das Planungsergebnis nicht notwendiger Weise betreffen muss und damit auch keine zwingende Unwirksamkeit des Plans nach sich zieht.

Weiter nimmt das Gericht ausdrücklich Abstand von seiner bisherigen Rechtsprechung, der zufolge Landschaftsschutzgebiete, Wald und Natura 2000-Gebiete als harte Tabuzonen zu qualifizieren seien. Damit schließt es sich der in der Rechtsprechung mehrheitlich vertretenen Auffassung an.<sup>6</sup> Auch im Hinblick auf die TAK weicht das OVG Berlin-Brandenburg von seiner bisherigen Auffassung ab und bestätigt stattdessen das Vorgehen der Antragsgegnerin, diese als Restriktionskriterien einzuordnen.

Allerdings könnte sich der Erfolg der Antragsteller in einen Pyrrhussieg verwandeln: Am 1. Mai 2019 ist durch die 1. Änderung des Gesetzes zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung ein neues Sicherungsinstrument für die Regionalplanung in Brandenburg geschaffen worden. In Planungsregionen, deren Regionalpläne zur Steuerung der Windenergienutzung nach einer rechtskräftigen Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg unwirksam sind, muss die zuständige Regionale Planungsgemeinschaft unverzüglich ein Verfahren zur Neuauflistung, Änderung oder Fortschreibung des Plans einleiten. Ab Bekanntmachung dieses Beschlusses ist die Genehmigung von Windenergieanlagen für zwei Jahre grundsätzlich unzulässig; Ausnahmen davon sind im Einzelfall möglich.

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

[http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/stn/bs/10/page/sammlung.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctype=yes&doc.id=MWRE190002848&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/stn/bs/10/page/sammlung.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctype=yes&doc.id=MWRE190002848&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint)

---

<sup>3</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 14.5.2014 – 12 KN 29/13, [Rn. 104](#) m.w.N., Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 82, ders., DVBI 2017, 461, S. 462; bereits einschränkend OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, [Rn. 57](#) (in Rundbrief [2/2018](#) besprochen).

<sup>4</sup> So bereits OVG Berlin Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, [Rn. 96](#) (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

<sup>5</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 25.4.2019 – 12 KN 22.17, [Rn. 80](#) m.w.N. (auch in diesem Rundbrief besprochen).

<sup>6</sup> Zum Wald als weiche Tabuzone: OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, [Rn. 91 ff.](#) m.w.N.; zu Landschaftsschutzgebieten als weiche Tabuzone: OVG Lüneburg, Urt. v. 13.07.2017 – 12 KN 206/15, [Rn. 59](#) (in Rundbrief [3/2017](#) besprochen); zu Natura 2000-Gebieten als weiche Tabuzonen: OVG Lüneburg, Urt. v. 7.11.2017 – 12 KN 107/16, [Rn. 34 ff.](#), bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 30.1.2019 – 4 BN 4.18.

Normenkontrollverfahren, Konzentrationszonenplanung, Bestimmtheit der  
Ausschlusswirkung, Grenzen des § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB  
**OVG Lüneburg, Urteil vom 19. Juni 2019 – 12 KN 64.17**

**1. Die Darstellungen eines Flächennutzungsplans, insbesondere eines solchen mit Ausschlusswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, müssen hinreichend bestimmt sein, und zu den Folgen mangelnder Bestimmtheit.**

**2. Zu den Grenzen des § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragsgegnerin, eine Gemeinde, hatte bereits mit der 53. Änderung des Flächennutzungsplans im Jahr 1998 eine Konzentrationszone J geschaffen und die Nutzung der Windenergie im restlichen Plangebiet ausgeschlossen. Das Sondergebiet J wurde mit der 74. Änderung des Flächennutzungsplans im Jahr 2006 deutlich erweitert. Mit der aktuellen und streitgegenständlichen 104. Änderung des Flächennutzungsplans wies die Antragsgegnerin drei weitere Sondergebiete aus. Dabei ging sie davon aus, diese Gebiete isoliert als sogenannte „Positivflächen“ nach § 249 Abs. 1 BauGB ausgewiesen und die Ausschlusswirkung für das restliche Plangebiet nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht neu geregelt zu haben.

Im Rahmen der Begründung des Plans verwies die Antragsgegnerin auf § 249 Abs. 1 BauGB. Gleichzeitig erklärte sie in den textlichen Darstellungen den Ausschluss der Windenergienutzung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB außerhalb der durch die 53., 74. und 104. Änderung des Flächennutzungsplans ausgewiesenen Sondergebiete. Bei der Bekanntmachung des Plans druckte die Antragsgegnerin ausschließlich die drei neu ausgewiesenen Positivflächen ab.

Die Antragstellerinnen, zwei Unternehmen der Windenergiebranche, wandten sich gegen die – von ihnen angenommene – Ausschlusswirkung der 104. Änderung. Die Ausschlusswirkung sei aufzuheben, da der Plan mit verschiedenen Abwägungsfehlern behaftet sei.

### Inhalt der Entscheidung

Das Gericht gab dem Antrag statt. Zunächst seien die Darstellungen des Flächennutzungsplans nicht hinreichend bestimmt. Die 104. Änderung des Flächennutzungsplans sei hinsichtlich der streitgegenständlichen Ausschlusswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB widersprüchlich. Während die textlichen Darstellungen mit der Überschrift „Ausschlusswirkung“ eine solche indizierten, spräche die Begründung des Plans mit dem Hinweis auf § 249 Abs. 1 BauGB dagegen (Rn. 50 - 52).

Die Unklarheit, ob der 104. Änderung Ausschlusswirkung zukomme oder nicht, lasse sich nicht auflösen, so das OVG Lüneburg. Allerdings hätten die Anträge sowohl für den Fall, dass man eine Ausschlusswirkung annähme, als auch für den Fall, dass man von einer isolierten Positivplanung ausgehe, Erfolg (Rn. 53).

Nehme man im vorliegenden Fall an, dass der 104. Änderung eine Ausschlusswirkung zukomme, so sei diese formell und materiell rechtswidrig. Die formelle Rechtswidrigkeit ergebe sich aus der unzureichenden Bekanntmachung der Genehmigung des Plans nach § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB. Die Antragsgegnerin hätte neben den neu ausgewiesenen Sondergebieten zumindest auch das Sondergebiet J und den gesamten Außenbereich, auf welchen sich die Ausschlusswirkung hätte beziehen sollen, kartographisch darstellen müssen (Rn. 56). Darüber hinaus sei der Plan bei Annahme einer Ausschlusswirkung auch materiell rechtswidrig, da es an einem tragfähigen gesamträumlichen Planungskonzept fehle. Die bloße Übernahme bestehender Konzentrationszonen – hier des Sondergebiets J – sei bei einer gewollten Ausschlusswirkung nicht ausreichend. Stattdessen hätte die Antragsgegnerin das Sondergebiet überprüfen müssen und hätte es, soweit es von harten Tabuzonen (z.B. einem zwingenden Abstand zur Wohnbebauung) überlagert wird, nicht mehr ausweisen dürfen (Rn. 58 - 64).

Aber auch dann, wenn man den Inhalt der 104. Änderung des Flächennutzungsplans – wie von der Antragsgegnerin geltend gemacht – als bloße Darstellung zusätzlicher Flächen i.S.v. § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB ohne die Regelung einer Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB werten

würde, sei diese rechtswidrig. Vorliegend läge nämlich kein Anwendungsfall des § 249 Abs. 1 BauGB vor (Rn. 65).

Das Gericht ließ zunächst offen, ob auf Grundlage des § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB eine isolierte Positivplanung überhaupt möglich sei (Rn. 66). Unter der Prämisse, dass dies grundsätzlich möglich ist, sei eine neue Gesamtabwägung aber nur dann entbehrlich, wenn die Neuausweisung nicht dem ursprünglichen Planungskonzept und insbesondere den zu Grunde gelegten harten Tabuzonen widerspreche bzw. die neu ausgewiesene Fläche noch innerhalb der nach Abzug der Tabuzonen verbleibenden Potenzialflächen liegen. Bei einer isolierten Positivplanung sei also stets von der „alten“ Planung auszugehen und zu prüfen, ob seinerzeit nicht ausgewiesene Flächen nunmehr zusätzlich ausgewiesen werden sollen und die „Neuausweisung“ dieser Flächen aufgrund des bestehenden Konzept erfolgen könne. § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB rechtfertige also nicht, an einer in Vorgängerfassungen des Flächennutzungsplans geregelten Ausschlusswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB festzuhalten und weitere Positivflächen auszuweisen, ohne dafür auf das ursprüngliche Konzept zurückzugreifen (Rn. 67).

### Fazit

Obwohl sich das OVG Lüneburg in diesem Urteil nicht abschließend zum Anwendungsbereich des § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB positioniert, konkretisiert es Voraussetzungen einer isolierten Positivplanung. Es fordert, dass im Falle einer isolierten Positivplanung auf das ursprüngliche Planungskonzept aufgesetzt werden muss und geht damit über die vom OVG Münster gestellten Anforderungen hinaus.<sup>1</sup> Indem nach dem OVG Lüneburg der Rückgriff auf das bestehende Konzept obligatorisch ist, kann eine isolierte Positivplanung unproblematisch nur für sogenannte Potentialflächen erfolgen. Inwieweit eine solche Planung auf der Grundlage von Plänen, die vor 2012 erarbeitet wurden und dem von der Rechtsprechung entwickelten Planungskonzept schon im Ansatz nicht entsprechen, rechtssicher möglich ist, erscheint nach dem OVG Lüneburg zumindest fraglich.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:  
<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.juris.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE190002465&st=ent&doctyp=juris-r&showdoccase=1&param-fromHL=true#focuspoint>

---

<sup>1</sup> OVG Münster, Urt. v. 17.5.2017 – 2 D 22.15.NE, [Rn. 102 ff.](#) (in Rundbrief [3/2017](#) besprochen); vgl. auch Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 131. EL Oktober 2018, § 249 Rn. 9.

**1. Nach Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung fällt die Zuständigkeit zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften außerhalb des Immissionsschutzrechts wieder an die zum Vollzug dieser Vorschriften zuständigen Behörden, die daher für spätere Anordnungen nach den entsprechenden Vorschriften zuständig sind.**

**2. Der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 BNatSchG ist nach Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung durch systematische Auslegung insoweit einzuschränken, als auf naturschutzrechtlicher Grundlage keine Maßnahmen erlassen werden können, die eine (Teil-)Aufhebung oder Änderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung darstellen.**

**3. Für die Frage, ob eine Maßnahme, mit der nachträglich Betriebszeiten eingeschränkt werden, als (Teil-)Widerruf zu qualifizieren ist, ist zum einen darauf abzustellen, ob sich die Maßnahme bei Genehmigungserteilung als inhaltliche Einschränkung bzw. Teilversagung der Genehmigung und nicht lediglich als Nebenbestimmung dargestellt hätte, zum anderen, ob mit der behördlichen Maßnahme eine unverhältnismäßige (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BImSchG) Einschränkung der Betriebszeiten, also ein Eingriff in den „Genehmigungskern“, verbunden ist.**

**4. Die Anwendung des § 3 Abs. 2 BNatSchG ist nach erfolgter immissionsschutzrechtlicher Genehmigungserteilung außerdem auf ein behördliches Einschreiten wegen nachträglicher Sachverhaltsveränderungen, nachträglicher Erkenntnisse über bestimmte Gefahren oder Rechtsänderungen zu beschränken.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin erhielt im Jahr 2012 eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb mehrerer Windenergieanlagen ohne Betriebseinschränkung. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens wurde ein Fledermaus-Gutachten erstellt, dem zufolge weder für das Frühjahr/den Sommer 2010 noch für den Herbst 2010 ein besonderes Schlagrisiko bestand. Ein weiteres Gutachten, von welchem die beklagte untere Naturschutzbehörde im Jahr 2015 in anderem Zusammenhang Kenntnis erlangte, stellte jedoch für die Zeiträume Juni bis Juli sowie August bis Oktober 2012 ein hohes Kollisionsrisiko fest. Darüber hinaus meldete eine Bürgerinitiative der Beklagten im Jahr 2015 ein Schlagopfer.

Daraufhin verfügte die Beklagte mit Bescheid vom Juni 2016 die Abschaltung der Anlage im Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Oktober eines jeden Jahres von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang bei Windgeschwindigkeiten unter 6 Meter/Sekunde und Temperaturen von über 10 Grad Celsius in Nabenhöhe sowie Niederschlagsfreiheit. Außerdem ordnete sie ein zunächst zweijähriges Gondelmonitoring ab dem Frühjahr 2017 an. Gegen den Bescheid legte die Klägerin zunächst Widerspruch und reichte nach dessen Ablehnung Klage ein. Das VG Oldenburg wies die Klage in erster Instanz zurück.

### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Lüneburg gab der Klage statt.

Das Gericht sah zunächst in § 3 Abs. 2 BNatSchG eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für eine nachträgliche Abschaltanordnung, da nach Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung die Zuständigkeiten zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften wieder an die entsprechenden Fachbehörden – hier die untere Naturschutzbehörde – zurückfalle (Rn. 39).

Im Anschluss klärte das Gericht den Anwendungsbereich der naturschutzrechtlichen Generalklausel, wobei die Abgrenzung zu den immissionsschutzrechtlichen Vorschriften im Vordergrund stand. Um nicht in Konflikt mit der Legalisierungswirkung der zuvor erteilten Genehmigung zu kommen, sei § 3 Abs. 2 BNatSchG einschränkend auszulegen: Zunächst seien Anordnungen ausgeschlossen, die eine (Teil-)Aufhebung der erteilten Genehmigung darstellten. Hier seien die Vorschriften des § 48 VwVfG (Rücknahme) und des § 21 BImSchG (Widerruf) abschließend. Für die Frage, ob ein (Teil-)Widerruf vorliege, sei maßgeblich, ob die Maßnahme bei Erteilung noch als Nebenbestimmung hätte qualifiziert

werden können und ob mit der Einschränkung ein unverhältnismäßiger Eingriff in den Genehmigungskern vorliege. Zudem sei § 3 Abs. 2 BNatSchG auf ein Einschreiten wegen nachträglich eingetretener Umstände beschränkt, weil die immissionsschutzrechtliche Genehmigung die Feststellung enthalte, dass die Genehmigung zum Zeitpunkt ihrer Erteilung den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspreche (Rn. 40).

Vorliegend verneinte das OVG Lüneburg einen Teilwiderruf. Da sich die Abschaltzeiten lediglich auf bestimmte Nächte in vier vergleichsweise ertragsschwache Monate bezögen, hätte die Abschaltanordnung bei Genehmigungserteilung auch als Nebenbestimmung erlassen werden können. Auch stelle die Anordnung keinen unverhältnismäßigen Eingriff in den Genehmigungskern dar (Rn. 41 - 48).

Als rechtswidrig beurteilte das Gericht die Abschaltanordnung jedoch deshalb, weil es an der Tatbestandsvoraussetzung – einem Verstoß gegen das Tötungsverbot – fehle. Die Annahme des Beklagten, von der klägerischen Windenergieanlage gehe ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko aus, sei nicht mehr vertretbar. Der Beklagte habe nicht plausibel dargelegt, dass die Daten aus dem Jahr 2012 auch für das Jahr 2017 noch aussagekräftig seien (Rn. 55 - 72).

Auch das angeordnete Gondelmonitoring sei rechtswidrig und könne nicht auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützt werden. Zwar seien Gefahrerforschungsmaßnahmen grundsätzlich zulässig. Für den Erlass einer auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützten Verfügung gelte aber der Amtsermittlungsgrundsatz. Die Pflicht zur Beibringung von Unterlagen nach § 4 Abs. 2 der 9. BImSchV beziehe sich hingegen allein auf das Genehmigungsverfahren. Da das Gondelmonitoring eine Maßnahme zur Eigenüberwachung auf Kosten des Betreibers darstelle, sei für eine solche Anordnung nach Abschluss des Genehmigungsverfahrens kein Raum mehr (Rn. 75 - 80).

## Fazit

Nachdem in der Literatur zunächst Zweifel daran geäußert wurden, ob § 3 Abs. 2 BNatSchG als taugliche Ermächtigungsgrundlage für eine nachträgliche Betriebseinschränkung herangezogen werden kann,<sup>1</sup> nimmt die Rechtsprechung dies mittlerweile ohne weitere Prüfung an.<sup>2</sup> Stattdessen konzentriert sich das OVG Lüneburg in diesem Urteil auf eine nachvollziehbare Abgrenzung des § 3 Abs. 2 BNatSchG insbesondere zum Teilwiderruf einer Genehmigung. Mit dem aufgestellten Prüfungsmaßstab gibt das OVG Lüneburg Anhaltspunkte, in welchem Rahmen eine nachträgliche Abschaltanordnung zulässig sein kann – vor dem Hintergrund der unterschiedlich gelagerten Einzelfälle kann das Urteil wohl aber noch nicht als wirkliche Richtschnur für Behörden und Projektierer dienen. Auch die (rechtliche) Grenze, ab wann tatsächlich in den Genehmigungskern eingegriffen wird, bleibt weiter offen. Klarheit schafft das Gericht hingegen im Hinblick auf die von ihm verneinte Frage, ob ein Gondelmonitoring auf Grundlage des § 3 Abs. 2 BNatSchG angeordnet werden kann.

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

[http://www.rechtsprechung.niedersachsen.juris.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc\\_id=MWRE190001239&st=null&doctyp=juris-r&showdoccase=1&param-fromHL=true#focuspoint](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.juris.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc_id=MWRE190001239&st=null&doctyp=juris-r&showdoccase=1&param-fromHL=true#focuspoint)

---

<sup>1</sup> FA Wind, Nachträgliche Anpassung immissions-schutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange, Berlin 2016, S. 15 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu bereits OVG Bautzen, Beschl. v. 5.2.2018 – 4 B 127/17, Rn. 9 ff.; VG Minden, Beschl. v. 8.8.2016 – 1 L 1155/16, Rn. 15 ff. (in Rundbrief [1/2017](#) besprochen).

**Sofern es zur Beantwortung einer sich nach außerrechtlichen naturschutzfachlichen Kriterien richtenden Rechtsfrage des Artenschutzes an normativen Konkretisierungen fehlt und in Fachkreisen und der Wissenschaft bislang keine allgemeine Meinung über die fachlichen Zusammenhänge und die im Einzelfall anzuwendenden Ermittlungsmethoden besteht, aber den niedersächsischen Genehmigungsbehörden durch den sogenannten „Windenergieerlass“ die Anwendung des „Leitfadens Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“ innenrechtlich verbindlich vorgegeben ist, dürfte eine Selbstbindung dieser Genehmigungsbehörden an die durch den Leitfaden gelenkte (ggf. vorweggenommene) Verwaltungspraxis im Lande Niedersachsen eintreten. Von dieser Selbstbindung dürfte sich eine einzelne Genehmigungsbehörde rechtmäßig nur lösen können, wenn das sachlich gerechtfertigt ist.  
(amtlicher Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten um die Vollziehbarkeit der Genehmigung von zehn Windenergieanlagen. Die Genehmigung hatte der Antragsgegner der Beigeladenen, einem Unternehmen der Windenergiebranche, Ende 2016 und Anfang 2017 erteilt und im Anschluss ihre sofortige Vollziehung angeordnet. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens führte der Antragsgegner, basierend auf dem „Leitfaden Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“ (Anlage 2 des niedersächsischen Windenergieerlasses), u.a. eine Bewertung der Umweltauswirkungen des Vorhabens durch. Im Rahmen der UVP-Vorprüfung verzichtete er jedoch auf die Durchführung einer Raumnutzungsanalyse hinsichtlich der Schlaggefährdung von Rohrweihen.

Der Antragsteller erhob gegen die Genehmigungen Widerspruch und beantragte zugleich vor dem VG Oldenburg erfolgreich die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Widersprüche. Gegen die Entscheidung des VG Oldenburg legte die Beigeladene Beschwerde vor dem OVG Lüneburg ein.

### Inhalt der Entscheidung

Die Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss des VG Oldenburg hatte keinen Erfolg.

Der Antragsgegner habe i.R.d. UVP-Vorprüfung die Rechtswirkung des Leitfadens fehlerhaft beurteilt. Der Leitfaden sei nicht lediglich eine von vielen Auslegungshilfen, sondern ihm komme eine mittelbare Außenwirksamkeit im Verhältnis zur Beigeladenen und dem Antragsteller zu. Damit gehe die Bedeutung des Leitfadens über diejenige eines Erkenntnismittels hinaus (Rn. 23 - 27).

Der Antragsgegner sei als Behörde unter dem Blickwinkel des Gebotes der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) durch die Selbstbindung der Verwaltung an ihre Verwaltungspraxis gebunden, welche hier insbesondere durch den Leitfaden gelenkt werde. Die Bindungswirkung sei nicht nur bei der Ermessensausübung, sondern auch im Rahmen von Beurteilungsermächtigungen denkbar. Speziell bei der Anwendung des Natur- und Artenschutzes bestehe eine Selbstbindung, soweit es an untergesetzlichen außenwirksamen Normen oder normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften (noch) fehle und aufgrund unzureichender wissenschaftlicher Erkenntnis eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle nur eingeschränkt möglich sei. Der „Windenergieerlass“ gebe den niedersächsischen Genehmigungsbehörden die Anwendung des Leitfadens innenrechtlich verbindlich vor. Von dieser Selbstbindung dürfe sich eine einzelne Genehmigungsbehörde rechtmäßig nur lösen, wenn das sachlich gerechtfertigt sei (Rn. 28 - 29).

Die Darlegungen der Beigeladenen rechtfertigten insbesondere nicht die Annahme, dass sich in Fachkreisen und der Wissenschaft bislang bereits eine allgemeine Meinung über die fachlichen Zusammenhänge und die im Einzelfall anzuwendenden Ermittlungsmethoden gebildet hätte. Mangels eines fachlichen Konsenses seien die Vorgaben des Leitfadens weiterhin fachwissenschaftlich vertretbar (Rn. 30).

Auch sofern der Leitfaden gestatte, dass in „begründeten Fällen“ von den landesweit vorgegebenen einheitlichen Standards abgewichen werden könne, sei dies hier nicht möglich. Die Abweichungsbefugnis sei so zu verstehen, dass der mit dem Leitfaden landesweit vorgegebene einheitliche Standard für Untersuchungen der Avifauna nicht unterschritten werden solle (Rn. 31).

## Fazit

Die Rechtsnatur sog. „Leitfäden“, „Erlasse“, „Rundschreiben“ und „Hinweise“ zur Umsetzung des Artenschutzes im Rahmen von Windenergieprojekten beschäftigen immer wieder Behörden und Gerichte.<sup>1</sup> Auch wenn sie mit Blick auf inhaltliche Fragen teilweise durchaus streitbar sind, geben sie sowohl für Projektierer und Behörden eine Orientierungshilfe im Rahmen komplexer Windenergievorhaben.

Das OVG Lüneburg befasst sich vorliegend mit dem Umfang und den Grenzen behördlicher Selbstbindung durch den niedersächsischen Leitfaden zur Umsetzung des Artenschutzes und geht hierbei von dessen Bindungswirkung für nachgeordnete Verwaltungsbehörden aus.<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang nimmt das Gericht insbesondere Bezug auf den zu dieser Thematik jüngsten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts.<sup>3</sup> Dabei greift das Gericht die Problematik fehlender untergesetzlicher, außenwirksamer Normen oder normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften auf, was zur Folge habe, dass infolge unzureichender wissenschaftlicher Erkenntnis eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle nur eingeschränkt möglich sei. Auch wenn das OVG Lüneburg vorliegend die Abweichungskompetenz vom Leitfaden verneint, gibt es zugleich wertvolle Hinweise für die Praxis, wann von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften im Ausnahmefall abgewichen werden kann.

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

<http://www.dbovg.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=MWRE190002246&st=ent&doctyp=juris-r&showdoccase=1&param-fromHL=true#focuspoint>

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu, Agatz, Windenergiehandbuch 2018, S. 186.

<sup>2</sup> So u.a. auch schon: VGH München, Urt. v. 18.06.2014 – 22 B 13.1358, Rn. 45.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 (in Rundbrief 1/2019 besprochen).

**1. Zu den Voraussetzungen einer Verunstaltung des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen.**

**2. Zur Feststellung derartiger optischer Beeinträchtigungen im Einzelfall.**

**3. Beim Rheintal und seinen Seitentälern handelt es sich keineswegs durchweg um ein von der Zivilisation bislang weitgehend unberührt gebliebenes und in diesem Sinne noch in einem weitestgehend naturnahen Zustand verbliebenes Gebiet.**

**4. Die für dessen Erscheinungsbild maßgebliche Umgebung eines Kulturdenkmals kann räumlich und sachlich nicht weiter reichen, als der Begriff der Landschaft, der durch die Anlage im Sinne der Zielfestsetzung Z 49 des Kapitels 1.4.3 „Denkmalpflege“ des Regionalen Raumordnungsplans Mittelrhein-Westerwald 2017 geprägt wird.**

**5. In der Situation eines „stecken gebliebenen“ Genehmigungsverfahrens entfällt die grundsätzlich bestehende Verpflichtung des Gerichts zur Herbeiführung der Spruchreife, wenn ansonsten im Verwaltungsverfahren noch nicht behandelte komplexe technische Fragen erstmals im gerichtlichen Verfahren erschöpfend geprüft werden müssten.  
(amtliche Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin ist ein Windenergieunternehmen, welches 2014 die Genehmigung zum Betrieb und zur Errichtung für drei Windenergieanlagen bei der Beklagten beantragte. Die geplanten Windenergieanlagen haben eine Gesamthöhe von ca. 200 Metern. Sie sollen auf einer Fläche errichtet werden, die an das UNESCO-Weltkulturerbe Oberes Mittelrheintal angrenzt. Durch die Beklagte wurde eine Sichtachsenstudie durchgeführt. Die Beklagte lehnte den Genehmigungsantrag im Januar 2015 mit der Begründung ab, dass dies der Erhaltung der natürlichen Eigenart der Landschaft, dem Landschaftsbild sowie dem Denkmalschutz zuwiderlaufen würde. Die auf Genehmigungserteilung gerichtete Klage wurde durch das VG Koblenz im Juli 2018 abgewiesen. Hiergegen wandte sich die Klägerin im Berufungsverfahren.

### Inhalt der Entscheidung

Die Berufung vor dem OVG Koblenz hatte Erfolg. Nach Ansicht des Gerichts sind die Gründe für die Ablehnung des Genehmigungsantrags nicht gegeben.

So sei eine Verunstaltung des Landschaftsbildes nicht zu erwarten und könne dem Vorhaben nicht nach § 35 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 5 BauGB entgegengehalten werden. Das Landschaftsbild werde durch eine bauliche Anlage beeinträchtigt, sofern es besonders schutzwürdig sei – wie hier das Gebiet des Weltkulturerbes Oberes Mittelrheintal – und zu den geplanten Windenergieanlagen in einer bestimmten optischen Beziehung stehe. Für die Bestimmung der optischen Beziehung bedürfe es zunächst der Festsetzung von Betrachtungspunkten. Dabei müssten insbesondere schutzzweckrelevante Blickpunkte ausgewählt werden. Dementsprechend bedürfe es u.a. einer häufigen Frequentierung durch potentielle Betrachter, deren Besuch in einem inneren Zusammenhang mit dem Landschaftsbild stehe. Von den Betrachtungspunkten aus seien sodann das zu schützende und das potentiell störende Objekt zueinander ins Verhältnis zu setzen. Eine schützenswerte optische Beziehung sei tendenziell eher anzunehmen, wenn man von dem entsprechenden Standort sowohl das Landschaftsbild als auch das auf sein Störpotential zu untersuchende Vorhaben wahrnehmen könne. Je weiter man den Blick dafür horizontal oder vertikal schweifen lassen müsse, umso weniger wahrscheinlich sei eine ins Gewicht fallende optische Beeinträchtigung. Bei einer darauf beruhenden Einzelfallbetrachtung seien zudem die topographische Situation, der Bewuchs, Vorbelastungen und die konkrete Lage im Raum zu würdigen (Rn. 42 - 49).

Im Hinblick auf die ebenfalls gerügte Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft durch das geplante Vorhaben seien das Rheintal und seine Seitentäler keineswegs durchweg als ein von der

Zivilisation bislang weitgehend unberührt gebliebenes und in diesem Sinne noch in einem weitestgehend naturnahen Zustand verbliebenes Gebiet zu bewerten. Zahlreiche Baulichkeiten zeugten von der Anwesenheit des Menschen mit seinen infrastrukturellen Bedürfnissen (Rn. 92 - 101).

Dem Vorhaben könnten auch Belange des Denkmalschutzes nicht entgegengehalten werden. So liege zunächst kein Verstoß gegen § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB vor, da das konkrete Vorhaben nicht den denkmalpflegerischen Zielsetzungen des Regionalen Raumordnungsplans Mittelrhein-Westerwald (RROP MW 2017) widerspreche (Rn. 103 - 114). Ebenso wenig stünden dem Vorhaben denkmalrechtliche Vorschriften als sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG entgegen. Nach § 4 Abs. 1 Satz 4 DSchG seien zwar ggf. auch Bauwerke in der Umgebung eines unbeweglichen Kulturdenkmals Gegenstand des Denkmalschutzes, soweit sie für dessen Bestand, Erscheinungsbild oder städtebauliche Wirkung von Bedeutung sind. Diese Bereiche unterlägen einer Genehmigungspflicht nach § 13 Abs. 1 Satz 3 DSchG. Bei der räumlichen Bestimmung dieser Bereiche sei jedoch darauf abzustellen, ob gerade auch die Umgebung eines Kulturdenkmals maßgeblich für dessen Erscheinungsbild ist. Dies sei nur dann der Fall, wenn die Ausstrahlungskraft des Kulturdenkmals wesentlich von der Gestaltung seiner Umgebung abhängt. Die maßgebliche Umgebung des Kulturdenkmals könne jedoch räumlich und sachlich nicht weiter reichen, als dies durch die Zielfestsetzungen des RROP MW 2017 vorgegeben sei (Rn. 115 - 118).

Gleichwohl sei das Gericht vorliegend nicht zur Herbeiführung der Spruchreife und insofern zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet. Insbesondere komplexe technische Fragen seien im Verwaltungsverfahren noch nicht behandelt worden. Das Gericht sei nicht verpflichtet, ein „stecken gebliebenes“ Genehmigungsverfahren selbst durchzuführen (Rn. 120 - 122).

## Fazit

Das OVG Koblenz setzt sich in diesem Urteil mit wichtigen Aspekten rund um die Errichtung von Windenergievorhaben in räumlicher Nähe zu einem Weltkulturerbe auseinander. Es zeigt, dass die Nähe zu einem Weltkulturerbe eine umfassende Einzelfallentscheidung nicht entbehrlich macht und insbesondere mit steigender Distanz eines Vorhabens die Schwelle einer potentiellen Verletzung grundsätzlich sinkt.<sup>1</sup>

Das Urteil beinhaltet hilfreiche Ausführungen für die Beurteilung, wann eine mögliche Verunstaltung des Landschaftsbilds durch Windenergieanlagen gegeben ist und welche Anforderungen an die optische Beziehung zwischen Windenergieanlage und schützenswerte Landschaft zu stellen sind. Da sich die gerichtlichen Ausführungen auf eine durchgeführte Sichtachsenstudie beziehen, sind Rückschlüsse auf andere gutachterliche Bewertungsmodelle jedoch nicht in allen Fällen möglich.

Ebenfalls von Interesse sind die gerichtlichen Ausführungen zur möglichen Beeinträchtigung des Denkmalschutzes. Zwar können auch Windenergieanlagen in der Umgebung eines unbeweglichen Kulturdenkmals eine relevante Beeinträchtigung darstellen. Dies hängt nach dem OVG Koblenz aber wesentlich von der Ausstrahlungskraft des jeweiligen Denkmals und von den Eigenarten seiner Umgebung ab.<sup>2</sup>

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&show-doccase=1&doc.id=MWRE190002325&doc.part=L>

---

<sup>1</sup> So auch schon mit Bezug auf denkmalschutzrechtliche Belange VG Meinungen, Urt. v. 28.7.2010 – 5 K 670/06, [S. 23](#).

<sup>2</sup> Vertiefend zur Einzelfallentscheidung im Genehmigungsverfahren FA Wind, Windenergie und Denkmalschutz, Berlin 2019, [S. 8 ff.](#)

Genehmigungsverfahren, Bauaufsichtsbehörde, Prüfungskompetenz, Änderungsanzeige, Freistellungsentscheidung, Standsicherheit  
**OVG Saarlouis, Beschluss vom 5. Juni 2019 – 2 B 326/18**

**Es kann nicht die Aufgabe der Bauaufsichtsbehörde sein, die Richtigkeit der für sie zuständigkeitsbegründenden Freistellungsentscheidung der Immissionsschutzbehörde nach den §§ 16 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 2 Satz 1 BImSchG zu überprüfen oder gar die Prüfung der immissionschutzrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben nach Maßgabe des § 6 BImSchG einschließlich der Fragen der Priorisierung eines Vorhabens gegenüber einem anderen zu „übernehmen“. Nach der Aufgabenverteilung hat die Bauaufsichtsbehörde gewissermaßen zum einen von der „Unwesentlichkeit“ im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 BImSchG und zum anderen von der immissionsschutzbehördlich vorgegebenen Prioritätensetzung hinsichtlich der Auswahl der Windparkbetreiber als Adressaten für Auflagen zu sektoriellen Betriebsbeschränkungen auszugehen.**

**(amtlicher Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit einer Baugenehmigung zur Änderung eines Windenergieanlagentyps. Im Dezember 2016 erteilte das Landesamt für Umwelt- und Arbeitsschutz unter Anordnung der sofortigen Vollziehung der Beigeladenen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Erweiterung des bestehenden Windparks B um drei Windenergieanlagen des Typs ENERCON E-101. Am Folgetag zeigte die Beigeladene die beabsichtigte Änderung der drei Windenergieanlagen in den Typ ENERCON E-115 bei gleicher Nabenhöhe, verminderter Nennleistung und einer örtlichen Verschiebung einer Anlage um drei Meter an.

Kurz darauf erteilte das Landesamt der Antragstellerin die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windenergieanlagen im unmittelbar angrenzenden Windpark W. Die Antragstellerin legte gegen die Genehmigung der Beigeladenen und gegen Auflagen ihrer eigenen Genehmigung Widerspruch ein. Drei der genehmigten Windenergieanlagen hat die Antragstellerin bereits errichtet.

Das Landesamt stellte Anfang 2017 die Beigeladene hinsichtlich der angezeigten Änderungen des Anlagentyps von der Genehmigungspflicht frei. Auf Antrag der Beigeladenen erteilte der Antragsgegner, die Bauaufsichtsbehörde, Ende 2017 eine Baugenehmigung. In diesem Rahmen reichte die Beigeladene Turbulenzgutachten ein, in dem die neu genehmigten Anlagen der Antragstellerin nicht aufgeführt waren. Die Antragstellerin erhob auch gegen die Baugenehmigung Widerspruch und beantragte erfolglos die behördliche Aussetzung der Vollziehung. Im Anschluss daran legte die Antragstellerin Beschwerde ein. Sie begehrt nunmehr, die ihr genehmigten Windenergieanlagen ohne Betriebsbeschränkungen betreiben zu können. Ihre Anlagen hätten vor denen der Beigeladenen aufgrund der Anlagenänderung Priorität. Aufgrund dessen seien vielmehr die Anlagen der Beigeladenen in ihrem Betrieb zu beschränken, da sie die Standsicherheit der Windenergieanlagen der Antragstellerin gefährden würden.

### Inhalt der Entscheidung

Die Beschwerde der Antragstellerin blieb ohne Erfolg.

Insbesondere sei der Antragsgegner als Bauaufsichtsbehörde nicht befugt gewesen, die Richtigkeit der Freistellungsentscheidung der Immissionsschutzbehörde nach den §§ 16 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 2 Satz 1 BImSchG zu überprüfen. Der Inhalt der Freistellungsentscheidung des Landesamtes (§ 15 Abs. 2 Satz 2 BImSchG) von Anfang 2017 sei für den Antragsgegner vielmehr bindend gewesen. Sie besage, dass die geplante Änderung der Anlage keiner förmlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfe. Ein „Durchgriff“ im Baugenehmigungsverfahren auf die erfolgte immissionsrechtliche Entscheidung würde sich gerade in Fällen von Anlagenkonkurrenz auf den Inhalt der Genehmigungen der Konkurrenten auswirken und unter Umständen zu einer umfassenden Neubewertung führen. Im Baugenehmigungsverfahren selbst sei nur die Einhaltung der anderen, das Vorhaben betreffenden, öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen. Dementsprechend durfte der Antragsgegner weder die Fragen der Priorität der Anträge noch der Wesentlichkeit der Änderung des Anlagentyps der Beigeladenen selbst beantworten.

Auch sei eine Gefährdung der Standsicherheit der Windenergieanlagen der Antragstellerin und damit ein Verstoß gegen die nachbarschützenden Vorschriften der §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 14, 16 Abs. 3 LBO nicht ersichtlich. Dem von der Beigeladenen im Baugenehmigungsverfahren eingereichte Turbulenzgutachten liege keine fehlerhafte Tatsachengrundlage zugrunde. Insbesondere sei nicht entscheidungserheblich, ob in dem Gutachten der Beigeladenen die Anlagen der Antragstellerin aufgeführt seien, da diese bereits im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren Berücksichtigung gefunden hätten.

Die abschließende Beurteilung der genehmigten Anlage der Beigeladenen unter Nachbarrechtsaspekten sei dem Hauptsacheverfahren vorzubehalten. Das verfassungsrechtliche Effektivitätsgebot des Art. 19 Abs. 4 GG gebiete hier keine „Vorwegnahme“ des Hauptsacheverfahrens, insbesondere hinsichtlich der Tatsachenermittlung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Der Gesetzgeber habe die sich aus § 212a Abs. 1 BauGB ergebende Nachteile und Risiken in Kauf genommen.

### Fazit

Der vorliegende Beschluss des OVG Saarlouis befasst mit der Reichweite der bauaufsichtsbehördlichen Prüfungskompetenz, sofern die Baubehörde in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren mit eingebunden ist. Das Oberverwaltungsgericht macht in diesem Zusammenhang deutlich, dass auch eine eventuell unzutreffende Freistellungsentscheidung der Immissionsschutzbehörde (§§ 16 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 2 Satz 1 BImSchG) nichts am Prüfungsumfang der dann zuständigen Behörde ändert. Das OVG Saarlouis verneint damit einen „Durchgriff“ auf die immissionsrechtlichen Entscheidungen ebenso, wie es eine gerichtliche Prüfung im einstweiligen Rechtsschutz ablehnt. Dies überzeugt, da insbesondere in Konstellationen von Anlagenkonkurrenz anderenfalls Auswirkungen auf die wechselseitig wirkenden Genehmigungen zu befürchten wären.

Diese Entscheidung scheint sich in die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einzureihen. Danach steht dem Nachbarn einer genehmigungsbedürftigen Anlage kein subjektives Recht zu, um sich gegen eine rechtswidrig erteilte Freistellungserklärung zu wenden. Schon über die §§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 BImSchG sei ein effektiver Schutz der materiellen Nachbarrechte sichergestellt, ohne dass der Nachbar auf die Anfechtung der Freistellungserklärung angewiesen wäre.<sup>1</sup> Der Beschluss des OVG Saarlouis offenbart jedoch zugleich die Schwäche dieser Rechtsprechung: Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wird eine abschließende Beurteilung wichtiger Fragestellungen im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit einer Windenergieanlage erst im Rahmen des Hauptsacheverfahrens behandelt.<sup>2</sup> Offen lässt das Gericht in diesem Fall dementsprechend die Beantwortung der Frage nach der Priorität von Vorhaben in Konkurrentenkonstellationen<sup>3</sup>, sofern eine nachträgliche Änderung des Anlagentyps gegeben ist.

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

<http://www.rechtsprechung.saarland.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=sl&nr=7549>

---

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 7.8.2012 – 7 C 7.11, [Rn. 12 ff.](#)

<sup>2</sup> So bereits OVG Saarlouis, Beschl. v. 15.1.2009 – 2 B 376/08, [II.](#)

<sup>3</sup> Siehe hierzu insbesondere OVG Münster, Urt. v. 18.9.2018 – 8 A 1884/16 u.a., [Rn. 62 ff.](#) (in Rundbrief [3/2018](#) besprochen).

## Genehmigungsverfahren, Trudelbetrieb, Schmierfahrten, Windenergieanlagen OVG Lüneburg, Urteil vom 29. April 2019 – 12 ME 188/18

**Die erst nach der Errichtung von Windenergieanlagen vorbehaltlos wiederhergestellte aufschiebende Wirkung der Klage eines anerkannten Umweltverbandes gegen die immissionschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb dieser Anlagen wird zwar nicht durch deren „Trudelbetrieb“, aber durch sogenannte „Schmierfahrten“ missachtet. (amtlicher Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsteller ist ein anerkannter Umweltverband. Er richtet sich gegen die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von acht Windenergieanlagen. Diese erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen Ende 2016 und erklärte sie ergänzend für sofort vollziehbar. Der Antragsteller erhob im September 2017 Klage gegen diese Genehmigung und erwirkte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage.

Vier der genehmigten Windenergieanlagen sind bereits errichtet worden. Sie laufen mit aus dem Wind gedrehten Rotorblättern und aktivierter Windnachführung der Rotorgondel (sog. Trudelbetrieb). Bei Windstärke 8 erreichen die Anlagen eine Blattspitzengeschwindigkeit von bis zu 15 km/h. Zwei der errichteten Windenergieanlagen wurden zudem im Oktober 2018 kurzfristig durch beschleunigte Drehung des Triebstranges mit einer Blattspitzengeschwindigkeit von bis zu 194 km/h betrieben (sog. Schmierfahrt).

Im Juli 2018 beantragte der Antragsteller den Erlass von Sicherungsmaßnahmen zur Einstellung der Betriebsfortführung der vier errichteten Windenergieanlagen. Der Antrag wurde im Oktober 2018 durch das VG Oldenburg zurückgewiesen. Dagegen legte der Antragsteller Beschwerde ein.

### Inhalt der Entscheidung

Die Beschwerde des Antragstellers vor dem OVG Lüneburg war teilweise erfolgreich.

Nach dem OVG Lüneburg habe die Beigeladene die aufschiebende Wirkung teilweise missachtet, sodass diesbezüglich Sicherungsmaßnahmen geboten seien. Grundsätzlich könnten alle betrieblichen oder baulichen Aktivitäten, die als private Ausnutzung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung durch die Beigeladene einzuordnen seien, eine Missachtung darstellen. Sowohl die Errichtung als auch der Betrieb i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG sind nach dem OVG Lüneburg weit zu verstehen. Zum Betrieb einer Anlage gehöre nicht allein die Stromproduktion, sondern die gesamte Betriebsweise einschließlich Wartung und Unterhaltung der Anlagen. Ebenfalls dürfte dem auch ein Probe- oder Wartungsbetrieb zuzurechnen sein, sofern dieser geeignet sei, ähnliche Gefahren herbeizuführen, wie der spätere Betrieb der Anlagen zu deren vorgesehenem Produktionszweck. Es komme hierbei nur auf die abstrakte Gefährlichkeit des Betriebs an (Rn. 20 - 23).

Sog. Schmierfahrten seien aufgrund der hohen Rotordrehgeschwindigkeiten potentiell geeignet, Vögel und Fledermäuse zu gefährden. Insofern würde vorliegend die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs missachtet. Der Notwendigkeit vereinzelter Schmierfahrten könne man eventuell gerecht werden, indem sie unter risikomindernden Auflagen zugelassen würden (Rn. 24 - 27).

Im Übrigen sei der Antrag jedoch erfolglos. Der Trudelbetrieb der in Betrieb genommenen Windenergieanlagen sei keine Missachtung der wiederhergestellten aufschiebenden Wirkung der Klage. Insbesondere eine eventuelle geringe Stromerzeugung, welcher der Windenergieanlage selbst diene, sei rechtlich unerheblich. Denn sie sei nicht als externe Stromabgabe zu Produktionszwecken zu verstehen. Auch eine signifikante Gefährdung schlaggegefährdeter Arten i.S.d. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG sah das OVG Lüneburg im Trudelbetrieb als nicht gegeben. Vögel und Fledermäuse seien grundsätzlich in der Lage Fahrzeugen, die ihnen mit der Geschwindigkeit eines Fußgängers oder Fahrradfahrers näherten, auszuweichen (Rn. 31 -41).

Einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der aufschiebenden Wirkung der Klage seien auch nicht aufgrund der Umlagerung von Bauteilen der noch nicht errichteten Windenergieanlagen erforderlich. Selbst wenn man die Umlagerung unter das weite Begriffsverständnis des Errichtens i.S.d. BImSchG

fasst, sei eine Missachtung vorliegend zu verneinen. Lediglich solche baulichen Aktivitäten seien zu untersagen, welche den erreichten Baufortschritt überschritten oder die abstrakt geeignet seien, ähnliche Gefahren wie der Betrieb einer Windenergieanlage erwarten lasse (Rn. 21, 39 - 41).

### **Fazit**

Der Beschluss des OVG Lüneburg setzt sich in der vorliegenden Entscheidung mit wichtigen Aspekten hinsichtlich Windenergieanlagen, welche sich vorübergehend nicht in Betrieb befinden, auseinander. Vor dem Hintergrund der steigenden Zahl von Rechtsmittelverfahren bei Windenergieprojekten ist die Entscheidung des OVG Lüneburg für die Praxis damit durchaus relevant.

Die Ausführungen zum Trudelbetrieb und zur Schmierfahrt geben Auskunft darüber, wann eine Windenergieanlage i.S.d. BImSchG betrieben wird und damit eventuell gegen eine gerichtliche Anordnung verstoßen kann. Das Gericht sieht beim Trudelbetrieb aufgrund seiner geringen Rotorspitzen Geschwindigkeit das Tötungsrisiko für Vögel nicht als signifikant erhöht an, weshalb dieser auch im Fall einer fehlenden Betriebslaubnis zulässig ist. Demgegenüber wird die Schmierfahrt als eine mögliche Form des Betriebs gewertet. Gleichwohl hat das Gericht die mögliche Notwendigkeit einzelner Schmierfahrten anerkannt; fordert aber, dass diese im Wege von Auflagen zu gestatten sind.

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

[http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc\\_id=MWRE190001535&st=ent&doctype=juris-r&showdoccase=1&param-fromHL=true#focuspoint](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc_id=MWRE190001535&st=ent&doctype=juris-r&showdoccase=1&param-fromHL=true#focuspoint)

Zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch, Beweislast, Lärmmessungen, Infraschall,  
Bindung an öffentlich-rechtliche Grenz- und Richtwerte im Zivilprozess  
**OLG Schleswig, Urteil vom 13. Juni 2019 – 7 U 140/18**

**1. Im Rahmen des zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs nach §§ 1004 Abs. 1 Satz 1, 906 Abs. 1 BGB wegen Immissionen von Windenergieanlagen muss zunächst der Störer darlegen und beweisen, dass sich eine Beeinträchtigung nur als unwesentlich darstellt. Nur wenn der Störer im ersten Schritt den Nachweis erbracht hat, dass die Grenz- oder Richtwerte nach § 906 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB eingehalten sind, kommt ihm die entsprechende Beweiserleichterung zu Gute. Erst in einem zweiten Schritt ist es dann Sache des Beeinträchtigten, Umstände darzulegen und zu beweisen, welche diese Indizwirkung erschüttern könnten. Im Rahmen einer abschließenden Gesamtwürdigung aller die jeweiligen Immissionen charakterisierenden Umstände muss der Tatrichter beurteilen, ob die Beeinträchtigungen „wesentlich“ oder „unwesentlich“ sind. An öffentlich-rechtliche Grenz- oder Richtwerte ist er dabei nicht gebunden.**

**2. Infraschall ist messbar und deshalb grundsätzlich in die immissionsrechtliche Bewertung mit einzubeziehen. Die Schwierigkeit des medizinischen Nachweises einer entsprechenden Belastung auf den Menschen entbindet nicht von der Notwendigkeit, zunächst eine entsprechende Belastung festzustellen.  
(redaktionelle Leitsätze)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Kläger beantragten in diesem und sechs weiteren, parallel gelagerten Verfahren die Unterlassung des Betriebs von insgesamt sieben Windenergieanlagen durch die Beklagte. Die Kläger, zwei Privatpersonen, sind Eigentümer eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks, welches sich im Außenbereich befindet. Zum Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks im Jahr 2000 befand sich bereits der Windpark B mit insgesamt zehn Anlagen südlich des Grundstücks. Der Windpark J, bestehend aus drei Windenergieanlagen, entstand 2015 nördlich des klägerischen Hauses.

Die streitgegenständlichen Windenergieanlagen gingen im Jahr 2011 in Betrieb und befinden sich in einer Entfernung von ca. 873 bis 1.800 Metern zum Wohnhaus des Klägers. Der Widerspruch der Kläger sowie deren Klage vor dem VG Schleswig gegen die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen blieben ohne Erfolg. Die Berufung wurde vom OVG Schleswig nicht zugelassen.

Die Kläger verlangen nun die Unterlassung des Betriebs der Anlagen auf zivilrechtlichem Weg und stützen diesen Anspruch auf §§ 1004, 906 Abs. 1 BGB. Sie machen geltend, aufgrund des Betriebs der Windenergieanlagen unter verschiedenen Gesundheitsbeschwerden (Schlafstörungen, Reizbarkeit, Schwindel) zu leiden. Die von den Anlagen ausgehenden Immissionen seien wesentlich und müssten nicht von ihnen geduldet werden. In erster Instanz wies das LG Itzehoe die Klage ab, da die Immissionen aufgrund der Einhaltung der gesetzlichen Richt- und Grenzwerte nicht wesentlich seien.

### Inhalt der Entscheidung

Das OLG Schleswig hob das erstinstanzliche Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG Itzehoe zurück. Dies begründete das OLG Schleswig insbesondere mit einer fehlerhaften bzw. ungenügenden Beweiswürdigung im Rahmen des zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs.

Zunächst hätte das Landgericht die Beweisangebote zu den behaupteten Immissionen durch Infraschall, Diskoeffekt, Schatten- und Eiswurf aufgrund der Entfernung zwischen Wohnhaus und Windenergieanlage nicht als unsubstantiiert zurückweisen dürfen. Vielmehr hätten die Immissionsbelastungen, selbst wenn diese unterhalb der gesetzlichen Grenz- und Richtwerte lägen, festgestellt und beurteilt werden müssen.

Darüber hinaus habe das Landgericht die Beweislast fehlerhaft verteilt. Zwar indiziere eine Einhaltung der gesetzlichen Grenz- und Richtwerte für Immissionen – etwa auf Grundlage der TA Lärm –, dass eine Beeinträchtigung unbeachtlich und deshalb kein Unterlassungsanspruch nach §§ 1004, 906 Abs. 1 BGB gegeben sei. Damit diese Indizwirkung eintrete, müsse allerdings zunächst der Störer – hier

also die Beklagte – darlegen und beweisen, dass die Grenz- und Richtwerte eingehalten und die Störung damit unwesentlich sei. Erst in einem zweiten Schritt sei es dann Sache des Beeinträchtigten, Umstände darzulegen und zu beweisen, welche diese Indizwirkung erschüttern könnten. Im Rahmen einer abschließenden Gesamtwürdigung muss der Tatrichter beurteilen, ob die Beeinträchtigungen „wesentlich“ oder „unwesentlich“ seien. Dabei sei er nicht an öffentlich-rechtliche Grenz- oder Richtwerte gebunden.

Diese Beweislastverteilung habe das LG Itzehoe verkannt, indem es den Klägern den vollen Beweis der Grenzwertüberschreitung auferlegt habe. Zudem sei das – von beiden Parteien übereinstimmend in Auftrag gegebene – Gutachten über die Einhaltung der Grenzwerte aus verschiedenen Gründen fehlerhaft. Unter anderem hätte der Sicherheitsabschlag von 3 dB(A) nicht vorgenommen werden dürfen, da im Rahmen des zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs Unsicherheiten zu Lasten des Störers gingen.

Auch sei die erforderliche Gesamtwürdigung nicht erfolgt. Dabei weist das OLG Schleswig deutlich darauf hin, dass der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Grenzwerte im Zivilprozess nur eine Indizwirkung zukomme. Auf der anderen Seite macht es aber auch deutlich, dass „Überempfindlichkeiten“ ein von jedem einzelnen zu tragendes Los seien und die Lage des Wohnhauses im Außenbereich, der zudem als Vorranggebiet für die Windenergie ausgewiesen sei, zu berücksichtigen sei.

### Fazit

Das Urteil des OLG Schleswig beschäftigt sich in erster Linie mit der Beweislastverteilung im Rahmen des zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs und bestätigt insoweit die bestehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Neue Erkenntnisse hinsichtlich der (Un-)Wesentlichkeit von Beeinträchtigungen durch Windenergieanlagen und damit der Reichweite der zivilrechtlichen Unterlassungsansprüche ergeben sich aus der Entscheidung allerdings nicht.

Indem das Gericht auf die fehlende Bindungswirkung von öffentlich-rechtlichen Grenz- und Richtwerten im Zivilprozess in den Mittelpunkt seiner Argumentation rückt und deren Aktualität teilweise sogar anzweifelt, stellt es ausgesprochen hohe Anforderungen an die Beweisaufnahme und -würdigung. Vor diesem Hintergrund fordert das OLG Schleswig bei entsprechenden Beweisangeboten eine vollständige Darlegung der gesamten Immissionen, auch wenn die gesetzlichen Grenz- und Richtwerte eingehalten werden. Dies gilt auch für die Belastung durch Infraschall – unabhängig davon, dass bislang kein nennenswertes Messergebnis in einer Entfernung von mehr als 700 Metern Entfernung zu einer Windenergieanlage erkennbar war und die Oberverwaltungsgerichte eine entsprechende Beeinträchtigung einhellig verneinen.<sup>1</sup> Der Aufwand im zivilgerichtlichen Verfahren steigt damit merklich. Rückschlüsse auf das Ergebnis einer solchen Beweisaufnahme und -würdigung lassen sich dem Urteil aber nicht entnehmen. Die entscheidende Frage, ob die von den Klägern behaupteten Beeinträchtigungen als wesentlich oder unwesentlich i.S.d. §§ 1004, 906 Abs. 1 BGB einzustufen sind, beantwortete das Gericht in diesem Urteil nicht.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenpflichtig im Internet abgerufen werden.

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa UBA, Mögliche gesundheitliche Effekte von Windenergieanlagen, November 2016, [S. 3](#); Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg: Tieffrequente Geräusche inklusive Infraschall von Windkraftanlagen und anderen Quellen – Februar 2016, [S. 57](#); HA Hessen Agentur GmbH im Auftrag des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung, Faktenpapier Windenergie und Infraschall, Mai 2015, [S. 18 ff.](#); VGH Mannheim, Beschl. v. 19.6.2018 – 10 S 186/18, [Rn. 14 ff.](#) m.w.N.

## Impressum

© FA Wind, Oktober 2019

### Herausgeber:

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

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

### Text und Redaktion:

Dr. Marike Endell,  
Marianna Roscher

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

Dr. Antje Wagenknecht, MBA

### Haftungsausschluss:

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

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

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

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



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

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin  
T +49 30 64 494 60-60 | F +49 30 64 494 60-61  
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de