RUNDBRIEF

FACHAGENTUR
WIND UND SOLAR

WIND

Rundbrief Windenergie und Recht

1 | 2025

Rundbrief Windenergie und Recht

1 | 2025

Katharina Kleiser
Antonia Siemer

Impressum

Herausgegeben von:
Fachagentur Wind und Solar e. V.
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin
www.fachagentur-wind-solar.de
post@fa-wind-solar.de

V. i. S. d. P.: Dr. Antje Wagenknecht

Die Fachagentur Wind und Solar e. V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B

Redaktion: Katharina Kleiser, Antonia Siemer

Stand: Oktober 2025

Zitiervorschlag: FA Wind und Solar (2025), Rundbrief Windenergie und Recht 1 | 2025

Haftungsausschluss: Die in diesem Rundbrief enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt.

Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Bei Fragen und Anregungen wenden Sie sich bitte an die Redaktion unter post@fa-wind-solar.de.

Mitwirkende

Thomas Brünjes, enercity Erneuerbare GmbH

Robin Denz, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V.

Christiane Donnerstag, Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie und Mobilität des Landes Rheinland-Pfalz

Thorben Fechler, Ministerium für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen

Elisabeth Ferus, NWP Planungsgesellschaft mbH

Elisabeth Görke, Bundesverband WindEnergie e. V.

Katharina Graf, Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

Katharina Kleiser, Fachagentur Wind und Solar e. V.

Laura Kühn, Die Senatorin für Umwelt, Klima und Wissenschaft der Freien Hansestadt Bremen

Jenny Lassmann, Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende KNE gGmbH

Dr. Jan Carl Lüers, Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz

Dr. Bernd Ochtendung, RWE Renewables GmbH

Dr. Petra Overwien, Gemeinsame Landesplanungsabteilung Berlin-Brandenburg

Anne-Kathrin Pauly, Fachagentur Wind und Solar e. V.

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

Annette Reisch, ENERTRAG SE

Dr. Marielle Schuster, ENERTRAG SE

Antonia Siemer, Fachagentur Wind und Solare e. V.

Barbara Simmler, Energiequelle GmbH

Dr. Dirk Sudhaus, Fachagentur Wind und Solar e. V.

Dr. Jan Christoph Weise, Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz

Entscheidungsverzeichnis

Editorial 5

OVG Münster, Beschluss vom 20. Dezember 2024 - 8 B 906/24.AK 6

OVG Lüneburg, Urteil vom 10. September 2024 – 12 KS 34/22 10

OVG Weimar, Urteil vom 4. Oktober 2024 – 5 KO 776/21 13

BVerwG, Urteil vom 12. September 2024 – 7 C 3/23 16

BVerwG, Urteil vom 23. Januar 2025 – 7 C 4.24 19

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. Juli 2024 – 7 A 7/24 22

OVG Münster, Urteil vom 25. September 2024 – 7 D 117/23.AK 25

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

im Rahmen des 28. Runden Tischs Windenergie und Recht wurden sieben für die Windenergiepraxis relevante Gerichtsentscheidungen aus dem Planungs-, Genehmigungs-, Natur- und Artenschutzrecht sowie dem Verwaltungsprozessrecht besprochen. Diese Entscheidungsbesprechungen sind im vorliegenden Rundbrief veröffentlicht.

In der ersten Entscheidung beschäftigte sich das OVG Münster mit einer Aussetzungsentscheidung nach § 36 Abs. 3 LPlG NRW. Besonders lesenswert sind die Ausführungen zum neuen Rechtsregime für Windenergieanlagen (WEA) und der Vergleich zum alten Rechtsregime.

Das OVG Lüneburg befasste sich u. a. mit der Frage, wann eine „endgültige Entscheidung“ i. S. d. § 6 Abs. 2 Satz 3 WindBG vorliegt. Prozessrechtlich stellte es klar, dass erstmals beschwerte Betroffene grundsätzlich nach § 71 VwGO vorher angehört werden müssen, wenn eine im Ausgangsverfahren versagte immissionsschutzrechtliche Genehmigung im Abhilfeverfahren teilweise erteilt werden soll. Das BVerwG hat die Revision gegen das Urteil erst vor kurzem zurückgewiesen. Da diese Entscheidung nach dem 28. Runden Tisch Windenergie und Recht erging und bei der Finalisierung dieses Rundbriefs die Entscheidungsgründe noch nicht vorlagen, wird im Fazit nur kurz auf sie eingegangen.

Das OVG Weimar erklärte den Sachlichen Teilplan Windenergie des Regionalplans Ostthüringen für unwirksam. Hinsichtlich des § 45b BNatschG vertrat das OVG zudem die Ansicht, der Gesetzgeber habe mit Anlage 1 die Vogelarten, die überhaupt im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren in Hinblick auf das Tötungsverbot zu prüfen sind, abschließend geregelt. Andere Arten seien von vorneherein und von Gesetzes wegen als nicht WEA-sensibel eingestuft. Nur innerhalb der zu prüfenden Vogelarten unterscheide der Gesetzgeber zwischen dem Brutgeschehen und der Ansammlung. Ansammlungen weiterer Vogelarten hätten keine rechtliche Relevanz. Für die Neubescheidung des Antrags weist das OVG darauf hin, dass auch für mögliche baubedingte Verstöße gegen das Tötungsverbot eine individuelle Gefahrenprognose nur für die Vogelarten der Anlage 1 zu erstellen sei.

Besonders praxisrelevant ist das Urteil des BVerwG zu Ersatzmaßnahmen bei Beeinträchtigungen des Landschaftsbilds durch WEA. Es stellte u. a. klar, dass für den Ersatz nicht nur die Wirkung des Eingriffs „spiegelbildlich“ kompensierende Maßnahmen in Frage kommen. Es seien vielfältige andere Maßnahmen möglich, die in anderer Art und Weise und mit Bezug auf andere die Landschaftswahrnehmung bestimmende Faktoren positiv auf das Landschaftsbild einwirkten.

Auch bezüglich der TA Lärm schaffte das BVerwG im nächsten besprochenen Urteil Klarheit, als es entschied, dass der Einwirkungsbereich einer Anlage i. S. v. Nr. 2.2 TA Lärm auch bei mehr als zwölf auf den Immissionsort einwirkenden Anlagen nicht zu erweitern sei.

Das OVG Berlin-Brandenburg befasste sich in seinem Urteil mit dem neuen § 9 Abs. 2b FStrG. Es stellte u. a. fest, der Gesetzgeber habe das für WEA geltende Vorrangprinzip auch im fernstraßenrechtlichen Kontext weiter gestärkt. Das OVG prüfte die straßenrechtlichen Voraussetzungen und setzte sich auch mit möglichen Nebenbestimmungen auseinander.

Und das OVG Münster entschied u. a., dass bei der Bemessung einer Rückbaubürgschaft für eine WEA im Genehmigungsverfahren an die Kostenbezifferung des Herstellers angeknüpft werden könne. Ein Abzug von Recyclingerlösen könne nicht verlangt werden.

Ich wünsche Ihnen eine angeregte Lektüre!

Dr. Antje Wagenknecht
Geschäftsführerin der Fachagentur Wind und Solar

§ 36 Abs. 3 Landesplanungsgesetz NRW, Plansicherungsinstrumente, Aussetzung Genehmigungsverfahren

OVG Münster, Beschluss vom 20. Dezember 2024 - 8 B 906/24.AK

1 Nach § 36 Abs. 3 Satz 1 LPlG NRW können die Bezirksregierungen die Genehmigungsbehörde im Einzelfall anweisen, die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben der Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auszusetzen, wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet oder geändert wird, um den Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Abs. 1 WindBG oder eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels zu erreichen, und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde.

2 Eine Beeinträchtigung der Raumplanung und der mit ihr verfolgten Ziele durch einen ungesteuerten Zubau von Windenergieanlagen außerhalb der im Regionalplan für das Erreichen der Flächenziele vorgesehenen Windenergieflächen kann darin liegen, dass sich durch den Zubau die Beurteilungsgrundlagen für die Identifikation und Abwägung der Windenergiegebiete während des Planungsverfahrens ändern und eine den weiteren Planungsprozess verzögernde Umplanung erforderlich machen.

3 Dass der Planungsprozess von Windenergiegebieten gemäß § 2 Nr. 1 WindBG als eine reine Positivplanung angelegt und von der Rechtfertigung einer Ausschlusswirkung im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entlastet ist, macht eine gesamträumliche Betrachtungsweise nicht vollständig entbehrlich. Vielmehr bleiben Fallkonstellationen denkbar, in denen ein nach dem Planungskonzept in Aussicht genommener Vorrangbereich im Sinne von § 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ROG bei Verwirklichung eines Vorhabens außerhalb des Vorrangbereichs nicht mehr im Einklang mit den Planungsleitlinien stünde und deshalb beispielsweise verkleinert oder verschoben werden müsste.

4 Über diese Fälle hinaus schließt der Senat derzeit auch nicht aus, dass von einer Beeinträchtigung der mit der Raumplanung verfolgten Ziele im Sinne des § 36 Abs. 3 LPlG NRW durch einen Zubau von Windenergieanlagen außerhalb der für das Erreichen der Flächenziele vorgesehenen Windenergieflächen im Ausgangspunkt auch dann noch ausgegangen werden kann, wenn ein Vorhaben dort nach Feststellung des Erreichens der Flächenziele und des hieran anknüpfenden Wegfalls der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im planungsrechtlichen Außenbereich nach § 35 Abs. 2 BauGB nicht mehr in zulässiger Weise errichtet werden könnte.

5 Nicht jedes Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, das außerhalb der sich aus den Entwürfen der Regionalplanung ergebenden Windenergieflächen realisiert werden soll, kann per se die Befürchtung begründen, die Durchführung der Planung unmöglich zu machen oder wesentlich zu erschweren. Denn das Recht der Bezirksregierungen, die Genehmigungsbehörde zur Aussetzung der Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben der Windenergie anzuweisen, ist auf den „Einzelfall“ begrenzt und setzt überdies eine „wesentliche“ Erschwerung der Durchführung der Planung voraus.

6 Ob die in der Rechtsprechung des beschließenden Gerichts geäußerten gesetzgebungskompetenzrechtlichen Bedenken gegen § 36 Abs. 3 LPlG NRW (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2024 - 22 B 727/24.AK -) begründet sind, bedarf keiner Entscheidung. [...]

(amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Antragstellerin beantragte am 20. Dezember 2023 beim Antragsgegner (einem Kreis in NRW, als zuständiger immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsbehörde) einen Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG für die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen (WEA). Der Standort befindet sich außerhalb eines im Regionalplanentwurf vorgesehenen Windenergiegebiets. Nach Inkrafttreten des neugeregelten § 9 Abs. 1a BImSchG beantragte die Antragstellerin, den Vorbescheid in Anwendung dieser Vorschrift – d. h. ohne Prüfung eines vorläufigen positiven Gesamturteils – zu erteilen.

Die Beigeladene (Bezirksregierung) wies den Antragsgegner auf Grundlage des seit Juli 2024 geltenden § 36 Abs. 3 des Landesplanungsgesetzes (LPlG NRW) an, das Vorbescheidverfahren auszusetzen. Die drei beantragten WEA widersprächen u.a. dem Ausschlussflächenkonzept zur Identifizierung neuer Flächen und dem angestrebten Bündelungsansatz. Das öffentliche Interesse überwiege auch im Hinblick auf die Bedeutung des § 2 EEG, da der Ausbau in der Region und auch im speziell betroffenen Raum erkennbar voranschreite. Dieser Anweisung kam der Antragsgegner nach. Durch Bescheid vom 5. September 2024 unter Wiedergabe der Begründung der Weisung der Bezirksregierung setzte der Antragsgegner das Genehmigungsverfahren bis zum 15. August 2025 aus und ordnete die sofortige Vollziehung dieses Bescheids an. Die Antragstellerin erhob dagegen Klage und begehrte einstweiligen Rechtsschutz beim OVG Münster.

Wir bedanken uns bei Professor Marcel Raschke (Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW) für die Erstellung des Entwurfs dieser Besprechung, der beim 28. Runden Tisch Windenergie und Recht diskutiert wurde.

Inhalt der Entscheidung

Der Eilantrag hatte Erfolg. Die vorzunehmende Interessenabwägung fiel zu Gunsten der Antragstellerin aus.

Der Senat geht in seiner Entscheidung nur kurz auf die umstrittene Frage der Verfassungsgemäßheit des § 36 Abs. 3 LPlG NRW ein.[1] Es bedürfe keiner Entscheidung, ob die gesetzgebungskompetenzrechtlichen Bedenken gegen § 36 Abs. 3 LPlG NRW begründet seien. Zweifel äußert das Gericht, ob die dazu zu klärenden Fragen im Rahmen vorläufigen Rechtsschutzes unter Wahrung der dafür einschlägigen verfassungsrechtlichen Maßstäbe klärungsfähig seien. (Rn. 75 ff.)

Entsprechend prüft der Senat die konkrete Anwendung des § 36 Abs. 3 LPlG NRW. Er kommt zu der Annahme, die für die angegriffene Aussetzungsentscheidung nach § 36 Abs. 3 LPlG NRW erforderlichen Voraussetzungen lägen im maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des Aussetzungsbescheids nicht vor. (Rn. 27) Materiell-rechtlich setze § 36 Abs. 3 Satz 1 LPlG NRW voraus, dass sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befinde oder geändert werde, um den Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Abs. 1 WindBG oder eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels zu erreichen. Voraussetzung sei zudem das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale „zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde“, bei denen es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe handele. (Rn. 39) Ein Vorhaben lasse dies in erster Linie dann befürchten, wenn seine Realisierung die durch die Raumordnungsplanung verfolgten Planungsziele beeinträchtige. Schon nach dem Wortlaut der Vorschrift selbst sei das Sicherungsinstrument auf den Schutz der „Durchführung der Planung“ ausgerichtet. Der Senat verweist hier vergleichend auf das den Gemeinden mit § 245e Abs. 2 i. V. m. § 15 Abs. 3 BauGB zur Verfügung gestellte Sicherungsinstrument. (Rn. 40) Eine Beeinträchtigung der Raumplanung und der mit ihr verfolgten Ziele durch einen ungesteuerten Zubau von WEA außerhalb der im Regionalplan für das Erreichen der Flächenziele vorgesehenen Windenergieflächen könne nach den Vorstellungen des Landesgesetzgebers konkret darin liegen, dass sich durch den Zubau die Beurteilungsgrundlagen für die Identifikation und Abwägung der Windenergiegebiete während des Planungsverfahrens änderten und eine den weiteren Planungsprozess verzögernde Umplanung erforderlich machten. (Rn. 42)

Der Senat nimmt bei seiner Wertung einen Vergleich zur vormaligen Rechtslage der Konzentrationszonenplanung vor. Die Entlastung des Planungsprozesses um die Rechtfertigung einer Ausschlusswirkung im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, wie sie nach früherer Rechtslage erforderlich war, mache für den Planungsprozess eine gesamträumliche Betrachtungsweise nicht vollständig entbehrlich. Vielmehr blieben Fallkonstellationen denkbar, in denen ein nach dem Planungskonzept in Aussicht genommener Vorrangbereich im Sinne von § 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ROG bei Verwirklichung eines Vorhabens außerhalb des Vorrangbereichs nicht mehr im Einklang mit den Planungsleitlinien stünde und deshalb beispielsweise verkleinert oder verschoben werden müsste. (Rn. 44). Als Beispiel werden hier z. B. Veränderungen bei geplanten Blickkorridoren genannt. Der Senat schließt zudem nicht aus, dass von einer Beeinträchtigung der mit der Raumplanung verfolgten Ziele auch dann noch ausgegangen werden könne, wenn ein Vorhaben dort nach Feststellung des Erreichens der Flächenziele und des hieran anknüpfenden Wegfalls der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im planungsrechtlichen Außenbereich nicht mehr in zulässiger Weise errichtet werden könne. (Rn. 45) Der Landesgesetzgeber strebe mit § 36 Abs. 3 LPlG NRW auch eine Steuerung des Ausbaus bis zum Inkrafttreten der Regionalplanung und zur Feststellung des Erreichens der Flächenziele an und sehe die Ziele der Regionalplanung regelmäßig schon dann durch die Genehmigung von WEA an dafür nicht vorgesehenen Orten vereitelt oder erschwert, wenn sie sich außerhalb der in den Entwürfen vorgesehenen Windenergiegebieten befänden. (Rn. 46). Regelungssystematisch sei zwar entgegen zu halten, dass der Ausweisung von Windenergieflächen in Form von Vorranggebieten nach § 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ROG gerade keine § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vergleichbare Ausschlusswirkung mehr zukomme, denn der Ausschluss von WEA außerhalb eines Vorranggebiets sei gerade nicht mehr im engeren Sinne Inhalt der Planung selbst.[2] Das Erreichen der Flächenbeitragswerte gehe kraft Gesetzes (§ 249 Abs. 2 BauGB) mit der Rechtsfolge einher, dass für WEA im planungsrechtlichen Außenbereich außerhalb der ausgewiesenen Vorranggebiete die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB entfalle und WEA dort nur noch unter den strengeren Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 BauGB zulässig seien. (Rn. 48)

Kritisch merkt der Senat deshalb an, die „Sicherungswirkung des § 36 Abs. 3 LPlG NRW *(könne)* jedenfalls nicht weiter reichen als die künftig aus § 35 Abs. 2 BauGB folgenden Versagungsgründe selbst“. Nach dem künftig anzuwenden Maßstab des § 35 Abs. 2 BauGB seien Windenergievorhaben im planungsrechtlichen Außenbereich gerade nicht per se und auch nicht regelhaft unzulässig. Als sonstige Vorhaben könnten sie dort im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtige und die Erschließung gesichert sei. (Rn. 52) Im Rahmen des § 36 Abs. 3 LPlG NRW müssten gerade die spezifischen Umstände des konkreten Vorhabens die Befürchtung des Erfordernisses einer Umplanung der Windenergiefläche bzw. einer späteren Unvereinbarkeit mit § 35 Abs. 2 BauGB begründen. (Rn. 53) Um eine Sicherung der Planung schon in einem möglichst frühen Planungsstadium zu ermöglichen, seien an den Nachweis des Sicherungserfordernisses keine besonders hohen Anforderungen zu stellen. Zu verlangen seien aber konkrete objektive Anhaltspunkte, welche die Befürchtung belegen, dass die Verwirklichung des Vorhabens die Wirkungen haben könne, die durch eine Aussetzung der Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens verhindert werden solle. (Rn. 54 f.) Das Ausmaß der erforderlichen Darlegungen lasse sich nicht verallgemeinernd bestimmen, sondern sei vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Grundsätzlich gelte, dass umso konkretere Darlegungen zu erwarten seien und umso weniger pauschalisierende und allgemeine

1 OVG Münster, Beschl. v. 26.9.2024 – 22 B 727/24.AK (in Rundbrief 3/2024 besprochen); hierzu: Raschke, Sicherstellung der Planung von Windenergiegebieten nach der Neuregulierung des Rechts des Ausbaus der Windenergie, ZfBR 2024, S. 711 ff.

2 Vgl. OVG Münster, Urt. v. 16.2.2024 – 22 D 150/22.AK, Rn. 290, (in Rundbrief 2/2024 besprochen).

Erwägungen zu tragen vermögen, je weiter die zu schützende Planung bereits vorangeschritten sei und je detaillierter sich die Gestalt des zur Genehmigung oder Vorbescheidung gestellten Vorhabens aus den bereits vorliegenden Antragsunterlagen abzeichne. Nach diesen Maßgaben sei unter den gegebenen Umständen nicht dargelegt, dass das Vorhaben der Antragstellerin die Durchführung der Planung unmöglich mache oder wesentlich erschwere. (Rn. 56 f.)

Die Steuerungswirkung der Regionalplanung „erschöpfe sich" in einer Anwendung der gegenüber privilegierten Vorhaben strengeren Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 35 Abs. 2 BauGB für Vorhaben im planungsrechtlichen Außenbereich. (Rn. 61) Dafür, dass das Vorhaben der Antragstellerin nach Inkrafttreten der Regionalplanung und Feststellung des Erreichens der Flächenziele nach § 35 Abs. 2 BauGB unzulässig wäre, sei seitens des insoweit darlegungspflichtigen Beigeladenen nichts vorgetragen. (Rn. 62)

Der Senat bewertet die Entscheidung folgerichtig als ermessensfehlerhaft. (Rn. 66) Zudem prüft er eine Umdeutung in einen Bescheid nach § 12 Abs. 2 ROG i. V. m. § 36 Abs. 2 LPlG NRW, gem. § 47 Abs. 1 VwVfG NRW. Ohne nähere Prüfung der Umdeutungsvoraussetzungen scheitere eine Anwendung jedoch unter den gleichen Gesichtspunkten, die bereits im Rahmen der Prüfung des § 36 Abs. 3 LPlG NRW erörtert worden seien. Weder habe der Antragsgegner das Eingreifen des angegebenen Sicherungszwecks – den drohenden Ausschluss von WEA im Windenergiegebiet nördlich des Vorhabens der Antragstellerin aufgrund der von diesem Vorhaben ausgehenden Vorbelastung – in tatsächlicher Hinsicht substantiiert dargelegt noch sei dieser Gesichtspunkt in den Ermessenserwägungen der Weisung auf Aussetzung des Vorbescheidverfahrens des Beigeladenen zu finden. (Rn. 68 ff.)

Fazit

Die Entscheidung verdeutlicht, dass hinsichtlich raumordnerischer Untersagungen ein hoher Maßstab für die Einzelfallbegründung zu stellen ist, im konkreten Fall vergleichbar zu Zurückstellungen auf Grundlage von § 15 Abs. 3 BauGB. Anders als der 22. Senat des OVG NRW lässt dessen 8. Senat die verfassungsrechtliche Frage, welcher Gesetzgebungsspielraum für den nordrhein-westfälischen Landesgesetzgeber besteht, offen. (vgl. Rn. 75 ff.) Lesenswert sind die Ausführungen zum neuen Rechtsregime für WEA und dem Vergleich zwischen der ehemaligen Ausschlusswirkung auf Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und der nunmehrigen (mittelbaren) Folge der Planung, dass nach § 249 Abs. 2 BauGB die Zulässigkeit von Windenergievorhaben außerhalb von Windenergiegebieten nach § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilen ist.

Die Entscheidung steht im Zusammenhang mit weiteren Entscheidungen, insbesondere mit dem darin erwähnten Beschluss des 22. Senats des OVG Münster vom 26. September 2024.[3] Nachfolgend erging zudem eine dem hier besprochenen Beschluss vergleichbare Entscheidung des 8. Senats des OVG Münster.[4] Auch das OVG Berlin-Brandenburg hat Inhalte der vorliegenden Entscheidung teilweise aufgegriffen.[5]

Die Entscheidung steht auch im Kontext zeitlich danach erfolgter gesetzlicher Änderungen. Das LPlG NRW wurde um eine generelle Regelung im neuen § 36a LPlG NRW ergänzt, welche eine allgemeine plansichernde Untersagung mit Befreiungsvorbehalt für sechs Monate ab dem 15. Februar 2025 vorsah.[6] Die Vorschrift wurde mit Wirkung vom 15. August 2025 um weitere 6 Monate verlängert.[7] Gem. § 36a Abs. 1 Satz 1 LPlG NRW ist Genehmigungsbehörden die Entscheidung über Windenergievorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sowie über deren Zulässigkeit für zwölf Monate ab dem 15. Februar 2025 untersagt, wenn sich ein Raumordnungsplan zur Erreichung der Flächenziele des WindBG in Aufstellungen befindet und der Vorhabenstandort außerhalb der im Entwurf vorgesehenen Windenergiegebiete liegt. Gem. § 36a Abs. 1 Satz 2 LPlG NRW gilt dies auch für Vorbescheidverfahren. Die Untersagung gilt nicht für Repoweringvorhaben und Vorhaben für die bis zum 15. April 2024 vollständige Genehmigungsunterlagen bei der Genehmigungsbehörde vorlagen (§ 36a Abs. 2, 3 LPlG NRW). In der Praxis wird nach Einführung des § 36a LPlG NRW dieser angewandt. Einige Regionalplanungsverfahren sind indes zwischenzeitlich auch schon abgeschlossen.

Auf Bundesebene wurde mit Wirkung vom 28. Februar 2025 eine Änderung des § 9 Abs. 1a BImSchG vorgenommen.[8] Das „berechtigte Interesse" für einen Antrag auf Vorbescheid über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 BauGB wurde auf Vorhabenstandorte innerhalb von ausgewiesenen Windenergiegebieten oder in Aufstellung befindlichen Windenergiegebieten beschränkt, mit Ausnahme von Vorhaben im Sinne des § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG. Im Rahmen der RED–III–Umsetzung wurde eine Änderung des § 249 Abs. 2 Satz 1 BauGB beschlossen, wonach nach Feststellung des Erreichens des Flächenbeitragswertes außerhalb der Windenergiegebiete ein in § 249 Abs. 1 BauGB genanntes Vorhaben nur ausnahmsweise nach § 35 Abs. 2 BauGB zugelassen werden kann, wenn ausgeschlossen ist, dass die in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB genannten Belange oder das Orts- und Landschaftsbild berührt sind.[9] Gem. § 249 Abs. 2 Satz 2 BauGB gilt die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 Satz 1 BauGB auch bei Feststellung des Erreichens regionaler oder kommunaler Teilflächenziele für das Gebiet der jeweiligen Region oder Gemeinde. Beschlossen wurde außerdem, dass bei erreichten Flächenbeitragswerten, dem überragenden öffentlichen Interesse am Ausbau der Windenergie nach § 2 EEG für Vorhaben, die

3 OVG Münster, Beschl. v. 26.9.2024 – 22 B 727/24.AK, (in Rundbrief 3/2024 besprochen).
4 OVG Münster, Beschl. v. 5.2.2025 – 8 B 1091/24.AK.
5 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 2.4.2025 — 7 S 3/24, Rn. 17, 20, 22, 23, 25.
6 Fünftes Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes Nordrhein-Westfalen v. 11.2.2025, GV. NRW. S. 168, m. W. v. 15.2.2025.
7 Sechstes Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes Nordrhein-Westfalen v. 23.9.2025, GV. NRW. 2025 S. 784, m. W. v. 15.8.2025.
8 Art. 1 Gesetz für mehr Steuerung und Akzeptanz beim Windenergieausbau v. 24.2. 2025, BGBl. 2025 I Nr. 58) m. W. v. 28.2.2025.
9 BR-Drs. 329/25, S. 12, die Änderung ist am 15. August 2025 in Kraft getreten.

außerhalb von Windenergiegebieten liegen, bei der Anwendung des § 35 Abs. 2 BauGB Rechnung getragen ist (§ 1 Abs. 2 Satz 2 WindBG, laut dem neuen Satz 3 gilt dies nicht für Vorhaben nach § 249 Abs. 3 BauGB).[10]

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:
https://nrwe.justiz.nrw.de/ovgs/ovg_nrw/j2024/8_B_906_24_AK_Beschluss_20241220.html

10 BR-Drs. 329/25, S.7, die Änderung ist am 15. August 2025 in Kraft getreten.

Abhilfeentscheidung im Widerspruchsverfahren, § 6 WindBG, signifikant erhöhtes Tötungsrisiko

OVG Lüneburg, Urteil vom 10. September 2024 – 12 KS 34/22

1 **Soll eine im Ausgangsverfahren versagte immissionsschutzrechtliche Genehmigung im Abhilfeverfahren nach § 72 VwGO teilweise erteilt werden, bedarf es grundsätzlich der vorherigen Anhörung der dadurch erstmals beschwerten Betroffenen nach § 71 VwGO.**

2 **Eine "endgültige" Entscheidung i. S. d. § 6 Abs. 2 Satz 3 WindBG liegt bereits mit der Erteilung und nicht erst mit dem Eintritt der Bestandskraft einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 4 BImSchG vor.**

3 **Bei der Beurteilung, ob es durch den Betrieb einer WEA zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos i. S. d. § 44 Abs. 1 i. V. m. Abs. 5 Satz 1 BNatSchG – hier für den Rotmilan – kommen wird, sind auch im grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung zukünftige Sachverhaltsänderungen – hier die Neu- oder Wiederbesiedlung von Brutplätzen im Nahbereich der WEA – zu berücksichtigen, wenn sehr wahrscheinlich ist, dass sie eintreten werden.**

(amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene (Unternehmen der Windenergiebranche) hat im Juli 2018 bei dem beklagten Landkreis (Genehmigungsbehörde) einen Antrag auf die Errichtung und den Betrieb von sechs Windenergieanlagen (WEA) gestellt. Im Bereich des Vorhabenstandorts kommen zahlreiche Rotmilane vor und der Vorhabenstandort befindet sich nordöstlich eines Vogelschutzgebiets, zu dessen wertbestimmenden Arten u. a. der Rotmilan zählt.

Der Beklagte lehnte den Antrag zunächst ab. Im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens hat er sodann im Januar 2022 einen „Teilabhilfebescheid“ erlassen und die Genehmigung für fünf WEA erteilt. Vor dem Erlass des Bescheids gab der Beklagte einen öffentlichen Hinweis, dass ihm weitere entscheidungserhebliche umweltbezogene Unterlagen vorlägen, die eingesehen werden könnten, ohne jedoch die Öffentlichkeit oder Umweltverbände zu beteiligen oder anzuhören.

Im März bzw. Juni 2022 erhob der Kläger (anerkannter Umweltverband) seine Klage und beantragte die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Aufgrund einer Entscheidung des OVG Lüneburg im einstweiligen Rechtsschutz passte der Beklagte im Juni 2023 seine ursprüngliche Entscheidung an und weitete u. a. Abschaltzeiten aus. Im Dezember 2023 stellte die Beigeladene bei dem Beklagten den Antrag auf Anwendung des § 6 WindBG. Im März 2024 folgte eine erneute Änderungsentscheidung (ohne Bezug zu § 6 WindBG). Der Bescheid des Beklagten vom Januar 2022 in der Fassung der Bescheide vom Juni 2023 und März 2024 war schließlich Gegenstand der hier besprochenen Entscheidung des OVG Lüneburg in der Hauptsache.

Inhalt der Entscheidung

Die Klage hatte Erfolg. Das OVG hielt die Genehmigung sowohl für formell als auch materiell rechtswidrig. Verfahrensfehlerhaft sei im (Teil-)Abhilfeverfahren keine Anhörung derjenigen erfolgt, die durch die in diesem Verfahrensabschnitt erlassene Genehmigung des Beklagten erstmals „beschwert“ worden seien. (Rn. 59) Eine solche Anhörung von Betroffenen sei jedoch in § 71 VwGO grundsätzlich vorgeschrieben, wenn die Aufhebung oder Änderung eines Verwaltungsaktes im Widerspruchsverfahren für den oder die Betroffenen erstmalig mit einer Beschwer verbunden sei. (Rn. 60) Die Vorschrift des § 71 VwGO gehe den von dem Beklagten für einschlägig erachteten § 10 Abs. 3 Satz 3 BImSchG bzw. § 8 Abs. 2 der 9. BimSchV vor. Die genannten Normen des Immissionsschutzrechts berücksichtigten nicht, dass Dritte angesichts des vorliegend öffentlich bekannt gemachten Ablehnungsbescheides besonders schutzwürdig seien. (Rn. 61) Beschwert seien jedenfalls die im direkten Einwirkungsbereich lebenden Nachbarn. (Rn. 62) Eine spezielle Regelung über die Anhörung von Umweltverbänden bei einer Genehmigungserteilung im Abhilfeverfahren existiere zwar nicht, doch leitet das OVG eine solche Anhörungspflicht mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerwG zum Planfeststellungsrecht[1] her, wobei die Beteiligungspflicht dann bestehen soll, wenn sich zusätzliche naturschutzrechtliche Fragen stellen, zu deren Beantwortung „die sachverständige Stellungnahme der anerkannten Naturschutzverbände“ geboten erscheint. (Rn. 64)

Ein weiterer Verfahrensfehler liege darin, dass der auszulegende UVP-Bericht entgegen § 4e Abs. 1 Satz 2 der 9. BImSchV keine Angaben zu den Auswirkungen des UVP-pflichtigen Vorhabens der Beigeladenen auf die Erhaltungsziele des Vogelschutzgebiets enthalte.

Wir bedanken uns bei Dr. Jan Carl Lüers (Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz) für die Erstellung des Entwurfs dieser Besprechung, der beim 28. Runden Tisch Windenergie und Recht diskutiert wurde.

1 BVerwG, Urt. v. 6.11.2012 – 9 A 17/11, Rn. 16 unter Bezug auf BVerwG, Urt. v. 12.12.1996 — 4 C 19/95.

(Rn. 66) Die ursprünglich bestehende UVP-Pflichtigkeit sei auch nicht nachträglich entfallen durch den von der Beigeladenen gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 WindBG gestellten Antrag. Zwar sei § 6 Abs. 1 WindBG gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 WindBG auch auf laufende Genehmigungsverfahren anwendbar, bei denen noch keine endgültige Entscheidung ergangen sei. Die „endgültige" Entscheidung liege aber bei einem gebotenen unionsrechtlichen Verständnis in der Genehmigungserteilung (hier in dem sog. Teilabhilfebescheid vom 3. Januar 2022), so dass in einem sich an diese Genehmigungserteilung anschließenden etwaigen Widerspruchs- oder Klageverfahren kein entsprechendes Optionsrecht mehr bestehe. (Rn. 72 f.) Dies erschließe sich aus Art. 2 Abs. 1 b) i. V. m. Art. 4 und 5 der VO (EU) 2022/2577 (sog. EU-Notfall-Verordnung). Nach Art. 2 Abs. 1b) EU-Notfall-Verordnung umfasse das Verfahren zur Genehmigungserteilung „alle behördlichen Stufen …", beginne mit der Bestätigung des Eingangs des vollständigen Antrags bei der zuständigen Behörde und ende mit der Mitteilung der endgültigen Entscheidung über das Ergebnis des Verfahrens. Angesichts der vorgesehenen kurzen Fristen in der Verordnung könne „endgültig" auch nicht im Sinne von „bestandskräftig" verstanden werden. Zudem sehe die Verordnung vor, dass alle Entscheidungen in Verfahren zur Genehmigungserteilung veröffentlicht werden müssten, was ebenfalls dagegenspreche, dass die Endgültigkeit sich auf die Bestandskraft beziehe. (Rn. 74)

Materiell-rechtlich verstoße die Genehmigung des Beklagten mangels Durchführung der erforderlichen Verträglichkeitsprüfung (siehe Ausführungen in Rn. 75-89) und deshalb fehlender Beurteilungsmöglichkeit, ob das genehmigte Vorhaben das Vogelschutzgebiet erheblich beeinträchtige, gegen § 34 BNatSchG. (Rn. 93) Sie verstoße zudem hinsichtlich des Rotmilans gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, weil im maßgeblichen Zeitpunkt (Änderung des Abhilfebescheids im Jahr 2023) mit der Ansiedlung im Nahbereich aller fünf WEA sehr wahrscheinlich zu rechnen gewesen sei. (Rn. 97, 98-102, 113) Einen Antrag auf die Anwendung des zwischenzeitlich in Kraft getreten § 45b BNatSchG hatte die Beigeladene nicht gestellt (Rn. 106). Normative Vorgaben dazu, wie ein Brutplatz, auf dessen Nahbereich abzustellen ist, zu bestimmen sei, fehlten. Grundsätzlich seien lediglich potenzielle Brutplätze nicht geschützt und in der Vergangenheit genutzte Plätze könnten durch Zeitablauf diesen Status verlieren. (Rn. 110) Zugleich könnten ältere Daten aber wichtige Hinweise zur Beurteilung artenschutzrechtlicher Fragestellungen geben. In Anknüpfung an die eigene Rechtsprechung war das OVG der Ansicht, dass bei einer insoweit erforderlichen Prognose einer konkreten Gefahr auch zumindest sehr wahrscheinliche, ggf. sogar anderweitig geförderte bzw. erstrebte tatsächliche, etwa naturräumliche, Veränderungen mit zu berücksichtigen seien, wie sie hier in Rede stünden. (Rn. 111) Mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerwG[2] führt das OVG aus, dass der Schutz von Vögeln vor einer tödlichen Kollision eine „Daueraufgabe" sei, die auch in der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung keine Zäsur finde. Daher habe es wenig Sinn, bereits bei der Genehmigungserteilung sehr wahrscheinliche zukünftige Ansiedlungen allein unter dem zeitlichen Aspekt „sehenden Auges" auszublenden. Es sei zwar einzuräumen, dass die vom Gesetzgeber mit § 45b BNatSchG beabsichtigte „Berechenbarkeit" „ein Stück weit verloren" gehe, wenn zukünftige Ereignisse zu berücksichtigen seien. Diesem Aspekt werde aber hinreichend dadurch Rechnung getragen, dass die Wahrscheinlichkeit berücksichtigungsfähiger zukünftiger Entwicklungen sehr hoch sein müsse und es sich insoweit daher um seltene Ausnahmefälle, etwa gerade in sog. Dichtezentren handle; bloß potenziell geeignete Brutplätze seien nicht geschützt. (Rn. 112) Dies zugrunde gelegt, sei mit einer Ansiedlung von Rotmilanen im Nahbereich aller fünf genehmigten Anlagen „sehr wahrscheinlich" zu rechnen gewesen, da Rotmilane Wechselhorste nutzen und reviertreu seien. Weiter begründet das OVG seine Entscheidung u. a. damit, dass sich zudem seit dem Beginn des Genehmigungsverfahrens im Jahr 2018 zweimal (2019 und 2024) Brutpaare angesiedelt hätten und die örtlichen Gegebenheiten (Waldränder) attraktive Standorte für Brutplätze seien, weswegen auch der Beklagte davon ausgegangen sei, dass eine Wiederansiedlung von Rotmilanen sehr wahrscheinlich sei. (Rn. 113)

Fazit

Überrascht hat die Entscheidung des OVG Lüneburg zur Anwendung des § 71 VwGO, da diese Rechtsfrage bislang nicht Gegenstand vertiefter Diskussionen in der juristischen Fachliteratur war. Rechtssystematisch nachvollziehbar sieht das OVG aufgrund von § 79 VwVfG die Vorschriften der VwGO über das Widerspruchsverfahren als vorrangig gegenüber Vorschriften des allgemeinen sowie des immissionsschutzrechtlichen Verfahrensrechts.

Außerdem nimmt das OVG in entsprechender Anwendung der Rechtsprechung des BVerwG zum Planfeststellungsrecht bei einer Genehmigungserteilung erst im Widerspruchsverfahren eine Anhörungspflicht auch für anerkannte Umweltvereinigungen unter bestimmten Voraussetzungen an. Es sieht dafür selbst keine ausdrückliche Rechtsgrundlage. (Rn. 64 f.)

Bestätigt hat das OVG Lüneburg seine eigene Rechtsprechung[3] wonach als „endgültige Entscheidung" im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 3 WindBG lediglich die Entscheidung im Ausgangsverfahren zu verstehen sei und nicht etwa die Bestandskraft der Genehmigungsentscheidung oder eine Entscheidung im Widerspruchsverfahren. (Rn. 72 ff.) Die Argumentation erscheint allerdings insoweit widersprüchlich, als dass das OVG in der vorliegenden Entscheidung annimmt, dass die Abhilfeentscheidung in dem vom Antragsteller initiierten Widerspruchsverfahren die „endgültige Entscheidung" darstelle und nicht der ablehnende Bescheid. (vgl. Rn. 73)

Unklar war nach der Entscheidung, in welchem Umfang zukünftige Ansiedlungen von Brutvögeln im Umfeld von WEA bereits im Genehmigungsverfahren bei der Prüfung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots zu berücksichtigen sind. Denn nach der auch von dem

2 BVerwG, Urt. v. 19.12.2023 – 7 C 4/22, Rn. 16.
3 u. a. OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.8.2024 — 12 MS 43/24.

OVG Lüneburg zitierten Entscheidung des BVerwG[4] bietet § 3 Abs. 2 BNatSchG die Rechtsgrundlage für arten- und naturschutzrechtliche Anordnungen aufgrund nachträglich geänderter Umstände. Das OVG stellte jedenfalls klar, dass eine Berücksichtigung nur in atypischen Fällen in Betracht kommen soll. (Rn. 112)

Das BVerwG wies die Revision der Beigeladenen mit Urteil vom 11. September 2025 zurück.[5] Zum Zeitpunkt des Verfassens dieser Entscheidungsbesprechung liegen die schriftlichen Urteilsgründe noch nicht vor. Aus der Pressemitteilung ist unter anderem Folgendes entnehmbar: Das BVerwG schließt Genehmigungserleichterungen nach § 6 WindBG vorliegend aus, da das Genehmigungsverfahren bei Stellung des Antrags auf Anwendung des § 6 WindBG bereits abgeschlossen und eine endgültige behördliche Entscheidung über die Genehmigungserteilung bereits ergangen gewesen sei. Es bestätigt zudem die Notwendigkeit eines ergänzenden Verfahrens, in dem die Natura 2000- Verträglichkeitsprüfung nachzuholen sei. Hinsichtlich der behördlichen Prüfung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots sah das BVerwG jedoch keine Mängel. Für die Genehmigungserteilung sei die Sachlage im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung ausschlaggebend. Zukünftige Entwicklungen seien grundsätzlich nicht maßgeblich. Es verweist hinsichtlich der Bewältigung solcher Entwicklungen auf eine gegebenenfalls erforderliche Prüfung nachträglicher Anordnungen oder eines (teilweisen) Widerrufs der Genehmigung.[6]

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:
https://voris.wolterskluwer-online.de/browse/document/25cbc385-6e78-4f2d-81e5-1c1f661334b4 (ohne Randnummern, die hier zitierten Randnummern stammen aus der Veröffentlichung des Urteils bei BeckRS 2024, 30635).

4 BVerwG, Urt. v. 19.12.2023 – 7 C 4/22.
5 BVerwG, Urt. v. 11.9.2025 — 7 C 10.24.
6 BVerwG, Pressemitteilung vom 12.9.2025.

Inzidente Prüfung des Regionalplans Ostthüringen; aus dem Recht der DDR übergeleitete LSG als harte Tabuzonen; Beurteilung der Signifikanz anhand § 45b BNatSchG und bei Ansammlungen

OVG Weimar, Urteil vom 4. Oktober 2024 – 5 KO 776/21

1 **Der Regionalplan Ostthüringen - Sachlicher Teilplan Windenergie - ist unwirksam. Er ist abwägungsfehlerhaft, soweit er die übergeleiteten Landschaftsschutzgebiete als harte Tabuzonen ausgewiesen hat. (Rn. 57) (Rn. 61)**
2 **Eine Windenergieanlage ist unzulässig, wenn dadurch das Tötungsrisiko von WEA-sensiblen Vogelarten signifikant erhöht wird. (Rn. 86)**
3 **Mit Inkrafttreten des mit Wirkung zum 29. Juli 2022 neu eingeführten § 45b BNatSchG hat der Gesetzgeber für die Beurteilung der Signifikanz abschließende Regelungen für die in der Anlage 1 zu dieser Vorschrift aufgeführten Vogelarten getroffen. (Rn. 90)**
4 **Für Vogelarten, die in der Anlage 1 nicht aufgeführt sind, besteht bereits von Gesetzes wegen kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko. (Rn. 98)**
5 **Für Genehmigungsverfahren, die noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sind, steht dem Antragsteller nach § 74 Abs. 4 BNatSchG n.F. ein Wahlrecht zu, ob er die Anwendung der neuen Vorschrift verlangt. (Rn. 92)**

(amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin (Unternehmen der Windenergiebranche) beantragte im Mai 2015 bei dem Beklagten (Genehmigungsbehörde) die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage (WEA). Der Beklagte lehnte den Antrag im März 2016 wegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos der Art Rotmilan ab, welches nach seiner Auffassung nicht hinreichend gesenkt werden konnte. Die Klägerin erhob im April 2016 Widerspruch. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass sie beabsichtige, Vermeidungsmaßnahmen durchzuführen. Der Beklagte half dem Widerspruch nicht ab und die beigeladene Widerspruchsbehörde setzte das Widerspruchsverfahren aufgrund der seinerzeit laufenden Aufstellung des Sachlichen Teilplans Windenergie 2020 (Plan 2020) für die Planungsregion Ostthüringen für insgesamt drei Jahre aus. Im Juni 2020 wurde der Plan 2020 beschlossen und im November desselben Jahres genehmigt. Im Juli 2020 verfolgte die Klägerin ihr Klagebegehren mit einer Untätigkeitsklage vor dem VG Gera überwiegend erfolgreich weiter.[1] Gegen die Entscheidung des VG Gera wandten sich der Beklagte und die Beigeladene mit einer Berufung. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat die Beigeladene den anhängigen Widerspruch der Klägerin mit der Begründung zurückgewiesen, der 2. Planentwurf des Plans 2020 stehe als öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB dem Vorhaben entgegen. Die Klägerin hat den Widerspruchsbescheid in das vor dem OVG Weimar verhandelte Berufungsverfahren einbezogen und im Wesentlichen die gleichen Anträge zur Verpflichtung des Beklagten bzw. hilfsweise zur Aufhebung der Ablehnungs- und Widerspruchsbescheide gestellt, wie im Verfahren vor dem VG Gera. Die Berufung des Beklagten und der Beigeladenen gegen das Urteil des VG Gera wies das OVG ab. Das OVG Weimar lies zudem die Revision nicht zu, es ist jedoch eine Revisionsnichtzulassungsbeschwerde anhängig.

Inhalt der Entscheidung

Die Berufung hatte keinen Erfolg. Sie sei unbegründet. Der Ablehnungsbescheid sei rechtswidrig und verletze die Klägerin in ihren Rechten. Da die Sache nicht spruchreif gewesen sei („steckengebliebenes Genehmigungsverfahren“), habe die Klägerin nur mit ihrem Hilfsantrag Erfolg. Sie könne eine Neubescheidung ihres Antrages vom Mai 2015 auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts beanspruchen. (Rn. 36-38)
Der Errichtung und dem Betrieb der beantragten WEA stünden erstens keine verbindlichen Ziele der Raumordnung nach § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB entgegen. (Rn. 39) Der Plan 2020 sei materiell rechtswidrig. Er leide unter einem Abwägungsmangel. (Rn. 57) Mehrere Landschaftsschutzgebiete (LSG) sowie Wald in diesen LSG als harte Tabuzonen zu behandeln – mit der Folge, dass die Errichtung und der Betrieb von WEA auf diesen Flächen grundsätzlich und ausnahmslos unzulässig seien – erweise sich als abwägungsfehlerhaft. (Rn. 61)

Eine Einordung als harte Tabuzone sei nur dann zulässig, wenn der Windenergie aufgrund der LSG auf unabsehbare Zeit unüberwindbare rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstünden. (Rn. 63) Da sich LSG von Gesetzes wegen nur auf den Schutz der in

Wir bedanken uns bei Jenny Lassmann (Kompetenzzentrum Naturschutz- und Energiewende KNE gGmbH) für die Erstellung des Entwurfs dieser Besprechung, der beim 28. Runden Tisch Windenergie und Recht diskutiert wurde.

1 Verpflichtung des Beklagten zur Bescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts, siehe VG Gera, Urt. v. 24.6.2021 – 5 K 978/20 Ge.

§ 26 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG ausdrücklich genannten Eigenschaften und Funktionen beschränkten, unterlägen sie keinem absoluten Veränderungsverbot. Vielmehr seien nur solche Handlungen verboten, die den Charakter des Gebiets veränderten oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderliefen, § 26 Abs. 2 BNatSchG. (Rn. 65) Unabdingbar erforderlich für die Einordnung als harte oder weiche Tabuzone sei deshalb für jedes LSG eine Einzelfallprüfung, die sich am Schutzzweck dieses Gebiets und an den zum Erreichen dieses Zwecks notwendigen Verboten zu orientieren habe. (Rn. 66) Dass es sich um übergeleitete LSG im Sinne des § 36 Abs. 2 Thüringer Gesetz zur Ausführung des BNatSchG und zur weiteren landesrechtlichen Regelung des Naturschutzgesetzes und der Landschaftspflege vom 30. Juli 2019 (ThürNatG 2019) handele, mache die Einzelfallprüfung nicht entbehrlich. Zwar regele § 36 Abs. 4 Nr. 1 ThürNatG 2019, dass in diesen Gebieten nicht gebaut werden dürfe, soweit nicht die Unterschutzstellung oder der Landschaftspflegeplan eine entgegenstehende Regelung enthält, was vorliegend nicht erkennbar sei. Allerdings sei das Ziel dieser Regelung aus dem Jahr 1999 gewesen, den bestehenden LSG der ehemaligen DDR (nur) einen dem heutigen Verständnis von Schutzgebieten angenäherten Schutzstatus zu verschaffen, um Verschlechterungen zu Lasten des Status Quo in diesen Gebieten zu vermeiden, die bis zu einer Anpassung der Unterschutzstellung an das Gesetz eintreten könnten. Dieser Schutz für übergeleitete LSG könne nicht weitergehen, als der beschriebene Maßstab für LSG. (Rn. 72) Die pauschale Annahme der Beigeladenen, dass das absolute Bauverbot des § 36 Abs. 4 Nr. 1 ThürNatG 2019 im gesamten LSG gelte, entspräche zudem nicht den Anforderungen des Thüringer Windenergieerlasses[2] an die notwendige Einzelfallprüfung von übergeleiteten LSG. (Rn. 71) Es fehle im Übrigen schon an einer ausreichenden Dokumentation der für die Einstufung als harte Tabuzone maßgeblichen Überlegungen. (Rn. 70) Gegen den Einwand, dass eine solche Einzelfallprüfung aus Praktikabilitätsgründen nicht möglich sei, spreche die ebendies fordernde Rechtsprechung des BVerwG[3]. Eine solche Prüfung sei erst recht erforderlich, wenn es sich wie vorliegend um übergeleitete LSG handele, deren Unterschutzstellungen offenbar Jahrzehnte nach der Wiedervereinigung keine Anpassungen erfahren hätten. (Rn. 73) Die Abwägungsfehler seien auch gemäß § 11 Abs. 3 Satz 2 ROG beachtlich, da sie sich offensichtlich aus der Planbegründung ergeben und weil ohne die harte Tabuisierung die konkrete Möglichkeit bestünde, dass mehr Flächen für die Windenergie zur Verfügung gestanden hätten. (Rn. 82)

Ebenso seien die von dem Beklagten vorgebrachten entgegenstehenden Belange des Natur- und Artenschutzes nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB nicht sämtlich rechtmäßige Ablehnungsgründe. (Rn. 85) Der Beklagte hatte seine Ablehnung mit entgegenstehenden artenschutzrechtlichen Belangen (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) begründet und sah ein signifikant erhöhtes Tötungs- oder Verletzungsrisiko für den Rotmilan, später auch für den Schwarzmilan, Graureiher und Mäusebussard. (Rn. 86) Aus Sicht des OVG Weimar sei ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot zulasten der Arten Rotmilan, Graureiher und Mäusebussard nicht zu befürchten. Inwieweit allerdings das Tötungs- und Verletzungsrisiko zulasten des Schwarzmilans signifikant erhöht sei, bedürfe noch weiterer behördlicher Prüfung. (Rn. 87)

Das OVG Weimar legte seiner Begründung zunächst zugrunde, dass die Klägerin auf Grundlage des § 74 Abs. 5 BNatSchG die Anwendung des § 45b BNatSchG im gerichtlichen Verfahren verlangen dürfe. (Rn. 92) Weiter begründete es, dass für Graureiher und Mäusebussard ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko schon von Gesetzes wegen zu verneinen sei, weil die Arten nicht in Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG (Anlage 1) gelistet seien. (Rn. 96 ff.) Eine Prüfung des kollisionsbedingten Tötungs- und Verletzungsrisikos beim Graureiher sei aus Sicht des Gerichts auch nicht deshalb geboten, weil dieser in einer Ansammlung vorkomme. (Rn. 101) Der Gesetzgeber habe mit Anlage 1 den Kreis der überhaupt im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren in Hinblick auf das Tötungsverbot zu prüfenden Vogelarten abschließend geregelt; Arten jenseits der Anlage 1 seien von vorneherein und von Gesetzes wegen als nicht WEA-sensibel eingestuft. (Rn. 104, 106) Nur innerhalb dieses abschließenden Kreises der zu prüfenden Vogelarten unterscheide der Gesetzgeber zwischen dem Brutgeschehen und der Ansammlung mit dem Ergebnis, dass Ansammlungen weiterer Vogelarten jenseits der Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG – wie die des Graureihers – keine rechtliche Relevanz hätten. (Rn. 103 f.) Ziel des Gesetzgebers sei es gewesen, den Prüfumfang im Rahmen der Signifikanzprüfung auf 15 Vogelarten zu beschränken und eine einheitliche, beschleunigende Vermutungsregelung zu schaffen. (Rn. 105 f.) Hätte der Gesetzgeber für den Fall der Ansammlung alle denkbaren Vogelarten umfassend schützen wollen, hätte er dies im Gesetzestext eindeutig so formulieren müssen, habe dies aber unterlassen. (Rn. 106) Für die Art Rotmilan erübrigte sich die gerichtliche Prüfung, nachdem zum maßgeblichen Zeitpunkt kein Brutplatz festgestellt worden sei. (Rn. 109) Hinsichtlich des Schwarzmilans müsse das Gericht offenlassen, ob ein signifikant erhöhtes und nicht abwendbares Tötungsrisiko vorliege, weil es einer weiteren Sachverhaltsaufklärung bedürfe. Zwar war ein Brutplatz im zentralen Prüfbereich festgestellt worden. (Rn. 110 f.) Aber die Klägerin habe angeboten, die insoweit anzunehmende signifikanten Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos durch Maßnahmen zu bewältigen. (Rn. 115) Es fehle allerdings die behördliche Beurteilung der Wirksamkeit und Zumutbarkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen durch die Fachbehörde unter Beachtung der gesetzlichen Neuregelung in § 45b Abs. 6 BNatSchG, die für eine Spruchreife der Entscheidung erforderlich sei. (Rn. 116) Abschließend weist das OVG Weimar für die Neubescheidung des Antrags darauf hin, dass auch für mögliche baubedingte Verstöße gegen das Tötungsverbot – die von dem Beklagten nicht substantiiert vorgetragen wurden – eine individuelle Gefahrenprognose nur für die in der Anlage 1 gelisteten Vogelarten zu erstellen sei. (Rn. 117)

2 Thüringer Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft, Erlass zur Planung von Vorranggebieten „Windenergie“, die zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten haben (Windenergieerlass) v. 21.6.2016.

3 Das Gericht zitiert hier BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 — 4 CN 1.11, Rn. 12 ff. und Beschl. v. 16.12.2019 — 4 BN 30/19, Rn. 14 f.

Fazit

Die pauschale Zuordnung von LSG zu harten Tabuzonen führte schon vor der hier diskutierten Entscheidung regelmäßig zur Unwirksamkeit von Plänen.[4] Im vorliegenden Fall spielte es jedoch eine besondere Rolle, dass es sich um aus dem DDR-Recht übergeleitete LSG handelte, deren Unterschutzstellung seit der Wiedervereinigung nicht angepasst wurde. Während mit dem Vorläufigen Thüringer Naturschutzgesetz aus dem Jahr 1993[5] die bloße Weitergeltung des in der DDR begründeten Natur- und Landschaftsschutzes in diesen Gebieten festgeschrieben wurde, sollte 1999 mit dem Thüringer Gesetz zur Änderung umweltrechtlicher Vorschriften[6] den übergeleiteten LSG ein dem heutigen Verständnis von Schutzgebieten angenäherter Schutzstatus verschafft werden, um Verschlechterungen zu Lasten des Status Quo in diesen Gebieten zu vermeiden, die bis zu einer Anpassung der Unterschutzstellung an das Gesetz eintreten könnten. Die insofern auf eine Übergangszeit ausgelegte Regelung § 36 Abs. 4 ThürNatG 2019 (ehemals § 56b Abs. 1 Nr. 1 ThürNatG), die im Wortlaut ein repressives Bauverbot enthält, wurde im vorliegenden Fall jedoch nie durch eine aktualisierte Unterschutzstellung abgelöst und damit relativiert. Das OVG Weimar verhandelte einen ähnlichen Fall bereits im Normenkontrollverfahren zum regionalen Raumordnungsplan Mittelthüringen[7] und kam hinsichtlich der harten Tabuisierung der übergeleiteten LSG zum selben Ergebnis.[8] Die vorliegende Entscheidung des OVG Weimar ist in dieser Hinsicht demnach keine Überraschung, stellt sie die übergeleiteten LSG im Ergebnis doch auf eine Stufe mit allen anderen LSG.

Überraschend sind dagegen die Ausführungen des Gerichts zu § 45b BNatSchG. Das Gericht vertritt, dass nur die 15 Arten der Anlage 1 zum BNatSchG bei der Prüfung der betriebsbedingten Kollisionsgefährdung zu betrachten sind. Gleichzeitig stellt das OVG Weimar fest, dass § 45b BNatSchG nicht den Umgang mit Ansammlungen kollisionsgefährdeter Brutvögel bzw. während der Zeiten des Vogelzugs regelt. (Rn. 97 ff.) In der Konsequenz wären bspw. Rotmilane (die in Anlage 1 aufgeführt sind) als Einzelbrutpaar nach § 45b BNatschG und ihre Ansammlungen weiterhin nach den Regelungen der Länder und fachwissenschaftlichen Standards zu prüfen[9]. Dagegen wären in Ansammlungen kollisionsgefährdete Möwen- und Schwalbenarten[10] ebenso wie der im verhandelten Fall vorkommende koloniebrütende Graureiher (die nicht in Anlage 1 genannt werden) überhaupt nicht mehr prüfungsrelevant. Der Prüfumfang des kollisionsbedingten Tötungsverbots würde damit deutlich verkürzt und die betroffenen Arten dem Schutz des § 44 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG entzogen. Das Gericht vertritt damit eine Auffassung, die sich bisher in keiner Entscheidung und Literaturmeinung ausdrücklich widerspiegelt.[11]

Der Hinweis des Gerichts zu den baubedingten Verstößen könnte zudem eine noch weitergehende Auslegung des § 45b BNatSchG offenbaren; nach Auffassung des OVG Weimar könnten auch mögliche baubedingte Verstöße gegen das Tötungsverbot nur für die in der Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG gelisteten Vogelarten zu prüfen sein. Ein solches Verständnis würde jedoch eindeutig die Wortlautgrenze des § 45b Abs. 1 BNatSchG sowie der Anlage 1 BNatSchG überschreiten, wonach der sachliche Anwendungsbereich der Norm nur das betriebsbedingte Tötungs- und Verletzungsrisiko erfasst. Nachdem auch baubedingt weitere besonders und streng geschützte, stark gefährdete Arten betroffen sein können, die nicht in Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG gelistet sind, gingen Vorhabenträger und Behörden ein großes Risiko ein, wenn sie diesen Hinweis des Gerichts zur Planungsprämisse machten.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:
https://landesrecht.thueringen.de/bsth/document/NJRE001599455

4 Siehe m.w.N. OVG Magdeburg, Urt. v. 14.9.2023 — 2 K 123/21, Rn. 84.
5 Vorläufiges Thüringer Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege v. 28.1.1993, Thüringer GVBl. 1993, Nr. 4, S. 57 ff.
6 Thüringer Gesetz zur Änderung umweltrechtlicher Vorschriften v. 7.1.1999, Thüringer GVBl. 1999, Nr. 1, S. 1 ff.
7 OVG Weimar, Urt. v. 9.11.2022 – 1 N 548/19, Rn. 143 ff.
8 Siehe zum Normenkontrollverfahren des Regionalplans Ostthüringen auch OVG Weimar, Beschl. v. 17.12.2024 – 5 N 802/21, sowie v. 17.12.2024 – 5 N 803/21.
9 BT-Drs. 20/2354, S. 31.
10 Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen, Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfahlen – Modul A: Genehmigung außerhalb planerisch gesicherter Flächen/Gebiete“ v. 12.4.2024, S. 19; Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz, Leitfaden „Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen v. 24.2.2016,S. 215; Landesamt für Umwelt, Naturschutz und Geologie Mecklenburg-Vorpommern, Artenschutzrechtliche Arbeits- und Beurteilungshilfe für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen (AAB-WEA), Teil Vögel v. 1.8.2016, S. 46.
11 Für eine kompakte Übersicht der Entscheidungen und Literaturmeinungen siehe KNE (2024): Anfrage Nr. 360 zum Umgang mit Vogelansammlungen in artenschutzrechtlichen Prüfungen nach § 45b BNatSchG sowie nach § 6 WindBG, Antwort vom 25. Juni 2024; siehe auch: Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 3. Aufl. 2025, § 45b Rn. 8 ff.

Beeinträchtigung des Landschaftsbilds, Realkompensation, Festsetzung der Ersatzzahlung

BVerwG, Urteil vom 12. September 2024 – 7 C 3/23

1 Ersatzmaßnahmen (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG) sind auf eine gleichwertige (nicht gleichartige) Wiederherstellung beeinträchtigter Funktionen des Naturhaushalts und des Landschaftsbildes gerichtet. Als Ersatz genügt die Herstellung ähnlicher, mit den beeinträchtigten nicht identischer Funktionen [...].

2 Beim Ersatz für eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes genügt es für die Eignung als Ersatzmaßnahme in räumlicher Hinsicht, wenn die Maßnahme im betroffenen Naturraum belegen ist [...].

3 Der Ersatz einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ist nicht ausschließlich durch Maßnahmen möglich, die in der Art und Weise ihrer Wirkung auf das Landschaftsbild die Wirkung des Eingriffs "spiegelbildlich" kompensieren. Vielmehr kommen auch Ersatzmaßnahmen in Betracht, die in anderer Art und Weise und mit Bezug auf andere die Landschaftswahrnehmung bestimmende Faktoren positiv auf das Landschaftsbild einwirken.

4 Der Ersatz einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen beschränkt sich nicht auf die Beseitigung von im betroffenen Naturraum vorhandenen vertikalen Strukturen.

(amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Der Beklagte (Genehmigungsbehörde) erteilte der Klägerin (Unternehmen der Windenergiebranche) im Februar 2021 die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung einer Windenergieanlage (WEA).[1] Für den Eingriff in das Landschaftsbild setzte der Beklagte eine Ersatzzahlung von 57.250 EUR fest. Hierzu hielt sich der Beklagte an die Vorgaben des Kompensationserlasses Windenergie[2], wonach Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes durch WEA (nur) durch einen Rückbau von mastartigen Beeinträchtigungen oder Hochbauten (Mindesthöhe 25 m) oder durch den Rückbau vorhandener WEA kompensiert werden könnten. Den im Eingriffs-Ausgleichs-Plan vorgesehenen Rückbau von Stallanlagen und die Anpflanzung von Gehölzgruppen in ca. 11 km Entfernung vom Vorhabenstandort, berücksichtigte der Beklagte bei der Bemessung des Ersatzgeldes nicht. Der Widerspruch der Klägerin gegen die Festsetzung der Ersatzzahlung blieb erfolglos. Die daraufhin erhobene Klage wies das OVG Berlin-Brandenburg ab und ließ die Revision zu.[3] Die Revision der Klägerin ist Gegenstand des Urteils des BVerwG.

Inhalt der Entscheidung

Auf die Revision der Klägerin hob das BVerwG das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an dieses zurück. Das BVerwG stellte fest, dass der vom OVG zugrunde gelegte rechtliche Maßstab über die Anforderungen des Bundesnaturschutzgesetzes und die hierzu ergangene Rechtsprechung des BVerwG hinausgehe. (Rn. 21) Das OVG hatte angenommen, dass es für eine vollständige Kompensation durch eine landschaftsgerechte Neugestaltung des Landschaftsbilds an anderer Stelle des vom Eingriff betroffenen Raumes erforderlich sei, dass diese in Art und Ausmaß den durch den Eingriff zerstörten Funktionen und Werten des Landschaftsbilds entspreche. Allenfalls solche Maßnahmen, die im Sinne einer Äquivalenz an den jeweiligen Eingriff heranreichen, kämen für eine Vollkompensation der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes in Betracht. Im Falle von WEA sei allein der Rückbau vertikaler Strukturen anrechenbar. (Rn. 22) Das BVerwG hielt den Ansatz für zutreffend als Maßstab für die Qualität einer Ersatzmaßnahme auf deren Äquivalenz zum Eingriff abzustellen. Dies werde der Rechtsprechung des BVerwG, wonach eine Ersatzmaßnahme durch eine gleichwertige Herstellung des Landschaftsbildes im betroffenen Naturraum gekennzeichnet sei, gerecht. (Rn. 24) Weitergehend eine Neugestaltung, die in Art und Ausmaß den zerstörten Funktionen und Werten des Landschaftsbilds entsprechen müsse, zu verlangen, gehe über das für die qualitative Eignung einer Ersatzmaßnahme maßgebliche Äquivalenzerfordernis hinaus. (Rn. 25) Die Folgerungen, die Maßnahme sei mangels Rückbaus eines Bauwerks mit der Raumwirkung einer WEA oder weil sie nur in einem begrenzten Umfeld wahrnehmbar sei, keine geeignete Ersatzmaßnahme seien mit Bundesrecht nicht vereinbar. (Rn. 26)

Das BVerwG stellte die Voraussetzungen und Unterschiede der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen im Rahmen der Eingriffsregelung nach § 15 BNatSchG differenziert dar. Hiernach unterscheide sich die Ersatz- von der Ausgleichsmaßnahme durch eine Lockerung des

Wir bedanken uns bei Dr. Marielle Schuster (ENERTRAG SE) für die Erstellung des Entwurfs dieser Besprechung, der beim 28. Runden Tisch Windenergie und Recht diskutiert wurde.

1 Es gab vorliegend noch ein Parallelverfahren: BVerwG, Urt. v. 12.9.2024 – 7 C 4/23, wobei für den Eingriff in das Landschaftsbild als Kompensation Heckenpflanzungen vorgesehen waren.

2 Ministerium für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft Brandenburg, Erlass des Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft Brandenburg zur Kompensation von Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft durch WEA (Kompensationserlass Windenergie) v. 31.1.2018.

3 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 31.3.2023 – 3a A 47/23.

notwendigen räumlich-funktionalen Zusammenhangs des Ersatzes mit dem Eingriff. (Rn. 12) Zudem unterschieden sich Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen in qualitativer Hinsicht, da Ausgleichsmaßnahmen auf eine gleichartige und Ersatzmaßnahmen auf eine gleichwertige Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktionen gerichtet seien. Als Ersatz genüge die Herstellung ähnlicher, mit den beeinträchtigten Funktionen nicht identischer Funktionen. (Rn. 13) Diese Unterscheidung gelte auch für den Ersatz für Eingriffe in das Landschaftsbild. (Rn. 14)

Das BVerwG hielt fest, dass das Spektrum möglicher Ersatzmaßnahmen vielfältig sei. Dabei sei der Ersatz einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes nicht ausschließlich durch Maßnahmen möglich, die in der Art und Weise ihrer Wirkung auf das Landschaftsbild die Wirkung des Eingriffs „spiegelbildlich" kompensieren. (Rn. 15) Folglich seien nicht nur Maßnahmen in qualitativer Hinsicht anzuerkennen, die sich auf die Beseitigung von im betroffenen Naturraum vorhandenen vertikalen Strukturen beschränken. (Rn. 17) Vielmehr seien vielfältige andere Maßnahmen möglich, die in anderer Art und Weise und mit Bezug auf andere die Landschaftswahrnehmung bestimmende Faktoren positiv auf Vielfalt, Eigenart, Schönheit sowie Erholungswert (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 4 BNatSchG) einer Landschaft einwirken. (Rn. 15) Der Maßstab für die Beurteilung der Wirkung der Maßnahmen richte sich – entsprechend der Bewertung von Eingriffen in das Landschaftsbild – an der optischen Wahrnehmung der Zusammenhänge von einzelnen Landschaftselementen durch einen für die Schönheiten der natürlich gewachsenen Landschaft aufgeschlossenen Durchschnittsbetrachter aus, der technische Anlagen nicht von vornherein als verunstaltend empfindet, sondern anerkennt, dass Infrastruktureinrichtungen zur Raumausstattung eines Industrielandes gehören. (Rn. 15)

Zur Wahrung des räumlich-funktionalen Zusammenhangs müsse die Ersatzmaßnahme hinsichtlich des beeinträchtigten Landschaftsbildes qualitativ und quantitativ im betroffenen Naturraum (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG) Ersatz schaffen. (Rn. 18) Dabei komme es nicht auf den optischen Bezug der Ersatzmaßnahme zum Eingriff oder eine vergleichbare Flächenwirkung an. Vielmehr könne der optische Bezug bei einer Realkompensation im Naturraum vollständig entfallen. Bezugspunkt für die Betrachtung der Realkompensation sei nicht der (fortbestehende) Eingriff in das Landschaftsbild, sondern vielmehr die Ersatzmaßnahme als solche und deren positive Wirkungen auf die beeinträchtigten Funktionen des Landschaftsbildes in qualitativer und quantitativer Hinsicht. (Rn. 19)

Das BVerwG weist abschließend darauf hin, dass neben der qualitativen Eignung einer Maßnahme in einem weiteren Schritt die Quantifizierung der Wirkungen der Ersatzmaßnahmen erforderlich sei. Hierbei sei auch die Werthaltigkeit des Landschaftsbildes am Standort der Ersatzmaßnahme insbesondere in Anbetracht anthropogener Vorprägungen bzw. Vorbelastungen zu würdigen. Vor diesem Hintergrund sei die konkrete positive Wirkung der Ersatzmaßnahme auf das Landschaftsbild zu prüfen. (Rn. 20)

Fazit

Wenngleich die Darstellung der bundesrechtlichen Maßstäbe im Rahmen der Eingriffsregelung an die ständige Rechtsprechung anknüpft, kam die Entscheidung des BVerwG gleichwohl überraschend. Aus den Feststellungen zur Beurteilung der qualitativen Eignung von Maßnahmen als Ersatzmaßnahmen für die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes folgt, dass eine Realkompensation auch bei der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch WEA nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Insbesondere beschränken sich Ersatzmaßnahmen nicht auf die Beseitigung von im betroffenen Naturraum vorhandenen vertikalen Strukturen, sondern es sind auch andere Maßnahmen denkbar. Durch diese Rechtsprechung des BVerwG werden Maßnahmen ermöglicht, die sich unmittelbar bei den beeinträchtigten Kommunen auswirken und so die Akzeptanz von WEA vor Ort fördern können.[4]

Gleichzeitig bringt das Urteil neue Herausforderungen für die Praxis mit sich. Insbesondere muss nun geklärt werden, wie es sich auswirkt, dass bundesrechtlich neben der Beseitigung vorhandener vertikaler Strukturen vielfältige andere Maßnahmen in Betracht kommen. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass § 13 Satz 2 BNatschG vorsieht, nicht vermeidbare Eingriffe durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen und nur, wenn diese nicht möglich sind, durch ein Ersatzgeld zu kompensieren. Hier könnten beispielsweise Fragen der Flächenkonkurrenz eine Rolle spielen. Das BVerwG hat zudem zwischen der qualitativen Eignung einer Maßnahme als Ersatzmaßnahme und der in einem weiteren Schritt erforderlichen Quantifizierung der Wirkungen einer oder mehrerer geeigneter Maßnahmen unterschieden. Vorgegeben hat es hier nur, dass in diesem Rahmen neben der quantitativen Betrachtung der Wirkung einer Ersatzmaßnahme als solcher auch zu würdigen sei, wie werthaltig sich das Landschaftsbild am Standort der Ersatzmaßnahme insbesondere in Anbetracht anthropogener Vorprägungen bzw. Vorbelastungen darstelle und wie stark vor diesem Hintergrund die konkrete positive Wirkung der jeweiligen Maßnahme auf das Landschaftsbild sei. (Rn. 20) Solange nicht vorgegeben ist, wie die Quantifizierung genau erfolgen soll, bestehen diesbezüglich rechtliche Unsicherheiten.[5] Derzeit werden bundesweit mit den Ländern Lösungsmöglichkeiten und geeignete

4 Auch Blanke Meier Evers, sehen die Möglichkeit, dass sich ggfs. eine Steigerung der Akzeptanz bewirken lässt: Blanke Meier Evers Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB, Neue Entscheidung zur Reduzierbarkeit des Ersatzgeldes durch das Bundesverwaltungsgericht, 23.1.2025; auch Maslaton geht davon aus, dass womöglich die Akzeptanz gefördert werden kann: Maslaton Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Windenergie - BVerwG stellt Anforderungen an Kompensationsregelungen infrage, 23.09.2024 .

5 Siehe hier auch: CBH Rechtsanwälte, Bundesverwaltungsgericht zu Ersatzmaßnahmen für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen – Klarheit für die Verwaltungspraxis?, die folgendes formulieren: „Das BVerwG bezieht hingegen keine Stellung dazu, wie Ersatzmaßnahmen im Verhältnis zum Eingriff konkret zu ermitteln sind. Das dürfte die Behörden vor erhebliche Herausforderungen stellen und für Unklarheiten sorgen."

Bewertungsmethoden diskutiert. Inwieweit für bundes- und landesrechtliche Vorschriften der Bedarf besteht, sie an das Urteil anzupassen, wird zu prüfen sein.[6]

Unklar ist darüber hinaus die Bemessung eines Ersatzgeldes, sollte eine Realkompensation der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch Ersatzmaßnahmen nur teilweise möglich sein.

Aufgrund der Entscheidung ist in Brandenburg jedenfalls anerkannt, dass Änderungsbedarf für den Kompensationserlass Windenergie besteht. Per ministeriellem Erlass wurde darauf hingewiesen, dass nicht ausgeschlossen sei, dass neben dem Rückbau von mastartigen Hochbauten auch andere Maßnahmen zur (Teil-)Kompensation von Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes durch WEA in Betracht kommen. Dies sei im Genehmigungsverfahren im Einzelfall zu prüfen.[7] Die Entscheidung hat aber auch über Brandenburg hinaus zu zahlreichen Reaktionen in der Praxis geführt.[8] Auch Mecklenburg-Vorpommern hat den Kompensationserlass Windenergie MV infolge des Urteils geändert.[9] Im Rahmen der Genehmigungsverfahren zeigt sich in der Praxis bereits, dass nicht mehr nur der Abbau vertikaler Strukturen als Ersatzmaßnahme anerkannt wird.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:
https://www.bverwg.de/de/120924U7C3.23.0

6 Siehe dazu, dass ggfs. Prüfungen und/oder Anpassungen von landesrechtlichen Vorschriften erforderlich sind, bzw. zu Auswirkungen auf die BKompV: Fechler, Wermutstropfen bei Windenergieausbau: BVerwG hinterfragt Kompensationsregelungen, beck-aktuell, becklink 2031873; Blanke Meier Evers Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB, Neue Entscheidung zur Reduzierbarkeit des Ersatzgeldes durch das Bundesverwaltungsgericht, 23.1.2025; RSM Ebner Stolz, BVerwG: Neubewertung von naturschutzrechtlichen Kompensationsregelungen bei Eingriffen in die Natur, 24.9.2024; Maslaton Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Windenergie - BVerwG stellt Anforderungen an Kompensationsregelungen infrage, 23.09.2024; CBH Rechtsanwälte, Bundesverwaltungsgericht zu Ersatzmaßnahmen für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen – Klarheit für die Verwaltungspraxis?; zur Auswirkung auf die BKompV: Schrader, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 74. Edition 2025, BNatschG § 15 Rn. 28.

7 Ministerium für Land- und Ernährungswirtschaft, Umwelt und Verbraucherschutz des Landes Brandenburg, Hinweise zur Anwendung des Kompensationserlasses Windenergie vom 31.01.2018 v. 28.1.2025, Gesch.Z.: MLUL-4-4500/3+17#39125/2025.

8 Vgl. Landesanwaltschaft Bayern, Hinweise zur Entscheidung.

9 Ministerium für Klimaschutz, Landwirtschaft, ländliche Räume und Umwelt Mecklenburg-Vorpommern, Änderung des Kompensationserlasses Windenergie MV v. 6.10.2021 und weiteres Vorgehen v. 17.3.2025, Az. 530-00000-2025/005-001. Dort wird zur Bemessung der Kompensationshöhe darauf hingewiesen, dass in Kürze ein gesonderter Erlass ergehe. Dieser ist am 27.3.2025 ergangen: Ministerium für Klimaschutz, Landwirtschaft, ländliche Räume und Umwelt Mecklenburg-Vorpommern, Erlass des Ministeriums für Klimaschutz, Landwirtschaft, ländliche Räume und Umwelt Mecklenburg-Vorpommern zur Bemessung der Kompensationshöhe für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen und andere turm- und mastenartige Anlagen (Realkompensationserlass Landschaftsbild MV), Az. 530-00000-2025/005-002.

Einwirkungsbereich einer Anlage, Nr. 2.2 TA Lärm, Nebenbestimmungen, nächtliche Betriebsbeschränkungen von WEA

BVerwG, Urteil vom 23. Januar 2025 – 7 C 4.24

Der Einwirkungsbereich einer Anlage im Sinne der Nr. 2.2 TA Lärm ist auch bei mehr als zwölf auf den Immissionsort einwirkenden Anlagen nicht zu erweitern.

(amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin wendete sich gegen Nebenbestimmungen zu ihr erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen zur Errichtung und für den Betrieb von drei Windenergieanlagen (WEA). Diese schließen an einen Windpark aus 24 errichteten bzw. genehmigten WEA an. Nach den Nebenbestimmungen ist der Betrieb der WEA in der Nachtzeit nur in einem schall- und leistungsreduzierten Modus zulässig. Das OVG Berlin-Brandenburg wies die Klage ab. Die Nebenbestimmungen seien rechtmäßig und zur Sicherung der Grundanforderungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erforderlich. Zwar läge die von der jeweiligen WEA ausgehende Zusatzbelastung isoliert betrachtet um mehr als 10 dB(A) unterhalb der für die maßgeblichen Immissionspunkte festgesetzten Richtwerte von 42 bzw. 45 dB(A). Schon durch die Vorbelastung seien jedoch die Richtwerte der TA Lärm nahezu erreicht bzw. überschritten. Der Bestimmung des Einwirkungsbereiches nach Nr. 2.2 TA Lärm liege die Annahme zugrunde, dass auf einen Immissionsort lediglich eine begrenzte Anzahl von zwölf Anlagen, deren Immissionsbeitrag jeweils um 10 dB(A) unter dem Immissionsrichtwert liege, einwirkten. Im vorliegenden Fall sei diese Annahme nicht mehr tragfähig. Es könne auch außerhalb des Einwirkungsbereiches der Nr. 2.2 TA Lärm zu einer Überschreitung des Immissionsrichtwertes durch eine Gesamtbelastung um mehr als 1 dB(A) und damit zu einer schädlichen Umwelteinwirkung kommen. In diesen Fällen sei der Ausschluss der Prüfung nicht mit dem gesetzlichen Schutzzweck vereinbar. Eine Untersuchung im konkreten Einzelfall sei erforderlich. Hierfür biete sich die von dem Beklagten (Genehmigungsbehörde) durchgeführte Ergänzende Prüfung im Sonderfall (Sonderfallprüfung) nach Nr. 3.2.2 TA Lärm an. Da aufgrund der Vorbelastung an den Immissionspunkten bereits schädliche Umwelteinwirkungen vorlägen, sei jede weitere Steigerung der Geräuschbelastung unzulässig. Die Klägerin legte gegen das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg Revision ein.

Inhalt der Entscheidung

Die Revision der Klägerin hatte Erfolg.

Die TA Lärm entfalte im gerichtlichen Verfahren Bindungswirkung. Ihr Inhalt sei wie eine Rechtsnorm auszulegen. (Rn. 9) Sie sei hinsichtlich der Zuordnung bestimmter Gebietsarten und Tageszeiten zu Immissionsrichtwerten und hinsichtlich des Verfahrens der Ermittlung und Beurteilung der Geräuschimmissionen abschließend. Für eine einzelfallbezogene Beurteilung der Schädlichkeitsgrenze sei nur insoweit Raum, als die TA Lärm Spielräume eröffne (insb. durch Kann-Vorschriften und Bewertungsspannen). (Rn. 10) Das BVerwG beschreibt die zur Einhaltung der Schutzpflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG durchzuführende Regelfallprüfung (Nr. 3.2.1 TA Lärm, Rn. 11 des Urteils) sowie die sich ggfs. anschließende Sonderfallprüfung (Nr. 3.2.2 TA Lärm, Rn. 12 des Urteils). Die Aufnahme der Sonderfallprüfung in die TA Lärm entspreche deren Sinn und Zweck, den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen für immissionsschutzrechtliche Anlagen bindend und abschließend festzulegen. Sie ermögliche es im Einzelfall die Einhaltung der Schutzpflicht auch in atypischen Fallgestaltungen, die nicht von der Regelfallprüfung umfasst würden, anhand der TA Lärm zu beurteilen. (Rn. 12)

Die Auffassung der Begriffsbestimmung der Nr. 2.2 TA Lärm sei eine begrenzte Vorbelastung ausgehend von maximal zwölf WEA mit gleicher Schallenergie immanent, verletze die TA Lärm. (Rn. 13) Nr. 2.2 TA Lärm regele den Einwirkungsbereich einer Anlage abschließend. Spielräume für eine einzelfallbezogene Bestimmung bestünden nicht. Umfasst seien Flächen, in denen die von der Anlage ausgehenden Geräusche einen Beurteilungspegel verursachten, der weniger als 10 dB(A) unter dem maßgebenden Immissionsrichtwert liege oder Geräuschspitzen verursache, die den für deren Beurteilung maßgebenden Immissionsrichtwert erreichten. Die Begriffsbestimmung gelte nach der Systematik für Regel- und Sonderfallprüfung. Weitergehende Ausnahmen sehe die TA Lärm nicht vor. Der Einwirkungsbereich bestimme sich mithin unabhängig vom Vorhandensein von Vorbelastungen. Eine von der TA Lärm losgelöste Annahme eines erweiterten Einwirkungsbereichs komme nicht in Betracht. (Rn. 14) Schon der Wortlaut zeige keinen Bezug zur bestehenden Vorbelastung. Stattdessen sei davon auszugehen, dass der Normgeber außerhalb dieses Bereichs eine Zusatzbelastung unabhängig von der bestehenden Vorbelastung als irrelevant erachte. (Rn. 15) Dieses Verständnis füge sich in die Systematik der Regelfallprüfung ein. Danach sei selbst bei einer Überschreitung der maßgebenden Immissionsrichtwerte aufgrund der Vorbelastung im Einwirkungsbereich der Anlage ein von ihr ausgehender Immissionsbeitrag nach Nr. 3.2.1 Abs. 2 TA Lärm in der Regel als irrelevant anzusehen, wenn die von der zu beurteilenden Anlage ausgehende Zusatzbelastung (Nr. 2.4 Abs. 2 TA Lärm) die Immissionsrichtwerte am maßgeblichen

Immissionsort um mindestens 6 dB(A) unterschreite. Erweise sich die Zusatzbelastung im Einwirkungsbereich als irrelevant, könne für schutzwürdige Gebiete außerhalb nichts anderes gelten. (Rn. 16)

Auch die vom OVG herangezogenen Hinweise der von der Umweltministerkonferenz getragenen Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz zur Auslegung der TA Lärm (LAI-Hinweise)[1] führten nicht zu einem Außerachtlassen von Nr. 2.2 TA Lärm oder einem Zugrundelegen anderer Schwellenwerte zur Begründung des Einwirkungsbereichs (z. B. des 15 dB(A)-Kriteriums, das DIN 45691 zur Geräuschkontingentierung zugrunde liege). Sie könnten die Bindungswirkung der TA Lärm nicht aufheben. Nr. 2.2 TA Lärm sehe keine einzelfallbezogene Betrachtung vor und ihre an genau bestimmte Dezibelwerte anknüpfende Festlegung von Beurteilungspegeln eröffne keine Bewertungsspielräume. Es gebe keinen rechtlichen Spielraum, nicht normative fachliche Stellungnahmen zur Begründung einer abweichenden Auslegung heranzuziehen. Anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die Auslegung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften besonders durch ihre Entstehungsgeschichte beeinflusst werde. Ein Wille des Normgebers, den Anwendungsbereich von Nr. 2.2 TA Lärm auf bestimmte Sachverhalte zu begrenzen sei nicht erkennbar. Er habe sich im Gegenteil gerade nicht für den im Entwurf vorgesehenen Schwellenwert von 15 dB(A) entschieden. (Rn. 17) Die LAI-Hinweise könnten auch nicht als Ausdruck eines gesicherten Erkenntnisfortschritts gewertet werden, der ein Abweichen von den Standards der TA Lärm rechtfertige. Die mathematisch-naturwissenschaftliche Begründung der LAI-Hinweise zu Nr. 2.2 TA Lärm sei nicht als Tatsachengrundlage einzuordnen, die den der TA Lärm zugrunde liegenden Einschätzungen, Bewertungen und Prognosen den Boden entzöge. Die 10 dB(A)-Grenze sei festgelegt worden, obwohl bei Erlass der TA Lärm bekannt gewesen sei, dass sie sich bei einer außergewöhnlich hohen Zahl einwirkender Anlagen als zu niedrig erweisen könne, um jeden Anstieg der Lärmwerte auszuschließen. (Rn. 18) Offen lies das BVerwG, ob Nr. 2.2 TA Lärm an verfassungsrechtliche Grenzen stoße, wenn im Einzelfall durch das Zusammenwirken von Vorbelastung und Zusatzbelastung an einem maßgeblichen Immissionsort eine gesundheitsgefährdende Gesamtbelästigung erreicht oder gesteigert werde. (Rn. 19)

Die Annahme des OVG, eine außerhalb ihres Einwirkungsbereichs durch die WEA hervorgerufene Zusatzbelastung rechtfertige wegen der dortigen Vorbelastung eine Sonderfallprüfung, verstoße gegen die TA Lärm (ebenso wie die ihr zugrundeliegende Auffassung der Begriffsbestimmung sei eine begrenzte Vorbelastung immanent). (Rn. 13) Eine solche sei wegen der Zusatzbelastung nicht durchzuführen, wenn an außerhalb des Einwirkungsbereichs liegenden Immissionspunkten die Immissionsrichtwerte bereits aufgrund der Vorbelastung überschritten würden. Die Annahme jedwede Zusatzbelastung sei hier unzulässig, sei rechtsfehlerhaft. (Rn. 20) Die Sonderfallprüfung setze in der Regelfallprüfung noch nicht berücksichtigte Umstände voraus. Komme die Regelfallprüfung zu dem Ergebnis, dass innerhalb des Einwirkungsbereichs einer zu genehmigenden Anlage die Zusatzbelastung, die den Immissionsrichtwert um mehr als 6 dB(A) unterschreite, irrelevant sei, obwohl die Immissionsrichtwerte aufgrund der Vorbelastung bereits überschritten würden, stehe nach der Entscheidung des Normgebers fest, dass die Anlage keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorrufe. Dieses Ergebnis müsse erst recht für Bereiche außerhalb des Einwirkungsbereichs gelten, die durch die Unterschreitung der Richtwerte von 10 dB(A) und mehr gekennzeichnet seien. Besondere Umstände i. S. v. Nr. 3.2.2 TA Lärm könnten sich bei einer als irrelevant anzusehenden Zusatzbelastung nicht aus einer Überschreitung der Immissionsrichtwerte an außerhalb des Einwirkungsbereichs liegenden Immissionsorten ergeben, auch wenn diese dort zu einer Erhöhung der Immissionen führe. In diesem Fall seien Lärmschutzauflagen zugunsten von außerhalb des Einwirkungsbereichs liegenden Bereichen rechtswidrig. (Rn. 21)

Nach diesen Maßstäben seien die angefochtenen Nebenbestimmungen rechtswidrig. (Rn. 22) Der Senat konnte in der Sache entscheiden und hob sie auf.

Fazit

Das BVerwG bestätigt die bestehende Rechtsprechung zur Bindungswirkung der TA Lärm im gerichtlichen Verfahren und ihrer wie bei einer Rechtsnorm erfolgenden Auslegung. (Rn. 9) Es legt zudem den Ablauf von Regel- und Sonderfallprüfung mitsamt ihren Voraussetzungen sehr klar und verständlich dar.

Für die Praxis besonders bedeutsam und überraschend ist die Entscheidung zum Einwirkungsbereich gem. Nr. 2.2 TA Lärm. Wie das OVG Berlin Brandenburg gingen bisher auch andere Akteure davon aus, dass im Fall einer größeren Anzahl einwirkender Anlagen von der TA Lärm abzuweichen sei. So nahm beispielsweise das OVG Münster an, dass bei einer sehr großen Anzahl einwirkender Anlagen bzw. relevanter Vorbelastung, die auch außerhalb des Einwirkungsbereichs zu einer Pegelerhöhung und Überschreitung des Immissionsrichtwertes durch die Gesamtbelastung um mehr als 1 dB(A) und damit zu schädlichen Umwelteinwirkungen führen könnten, in gesetzeskonformer Anwendung der TA Lärm ein erweiterter Einwirkungsbereich zugrunde zu legen sei.[2]

1 Siehe: Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI), LAI-Hinweise zur Auslegung der TA Lärm (Fragen und Antworten zur TA Lärm), UMK-Umlaufbeschluss 13/2023, v. 24.2.2023, S. 10. Danach betrachtet Nr. 2.2 TA Lärm nur den Regelfall. Ihr liege die Annahme zu Grunde, dass auf einen Immissionsort lediglich eine begrenzte Anzahl von Anlagen einwirke. So führten 12 Anlagen mit gleicher Schallenergie, deren Immissionsbeitrag um jeweils 10 dB(A) unter dem Immissionsrichtwert liege, zu einer Überschreitung desselben um 0,8 dB(A). In welchen Fällen von einer Anwendung der Nummer 2.2 abzusehen sei, hänge neben der Anzahl der Anlagen auch vom Ausmaß der Unterschreitung des Immissionsrichtwerts und der Schallenergie der relevanten Anlagen ab.

2 OVG Münster, Urt. v. 6.9.2024 – 8 D 194/21.AK, Rn. 39, in Beschlüssen formulierte das OVG z.B. , dass dem - in gesetzeskonformer Anwendung der TA Lärm - durch die Zugrundelegung eines erweiterten Einwirkungsbereichs Rechnung zu tragen sein dürfte: Beschl. v. 17.6.2016 – 8 B 1018/15, Rn. 19, Beschl. v. 17.6.2016 – 8 B 1015/15, Rn. 17.

Auch in der juristischen Literatur ging man teilweise von einer Abweichungsmöglichkeit aus.[3] Mit den LAI-Hinweisen setzt sich das Urteil selbst auseinander. Der Senat hat dem nun eine Absage erteilt und Klarheit geschaffen.[4] Wiederholt betont das Gericht den abschließenden Charakter der TA Lärm: Zunächst allgemeiner (hinsichtlich der Zuordnung bestimmter Gebietsarten und Tageszeiten zu Immissionsrichtwerten und hinsichtlich des Verfahrens der Ermittlung und Beurteilung der Geräuschimmissionen[5]) und dann auch für den hier relevanten Fall der Bestimmung des Einwirkungsbereichs. (Rn. 10, 14) Es stellt klar, dass sich dieser unabhängig vom Vorhandensein von Vorbelastungen bestimmt. Eine von der TA Lärm losgelöste Annahme eines erweiterten Einwirkungsbereichs komme nicht in Betracht. (Rn. 14) Systematisch gut nachvollziehbar erklärt der Senat warum keine Sonderfallprüfung durchzuführen sei: Wenn die Regelfallprüfung im Einwirkungsbereich der zu genehmigenden Anlage zu dem Ergebnis komme, dass die Zusatzbelastung, die den maßgeblichen Immissionsrichtwert um mehr als 6 dB(A) unterschreitet, irrelevant sei, obwohl die Immissionsrichtwerte aufgrund der Vorbelastung bereits überschritten würden, stehe nach der Entscheidung des Normgebers fest, dass die Anlage keine schädlichen Umweltauswirkungen hervorrufe. Dieses Ergebnis müsse erst recht für Bereiche außerhalb des Einwirkungsbereichs gelten, die durch die Unterschreitung der Richtwerte von 10 dB(A) und mehr gekennzeichnet seien. (Rn. 20f.) Zu beachten ist allerdings erstens, dass der Senat für Fälle der gesundheitsgefährdenden Gesamtbelästigung offengelassen hat, ob Nr. 2.2 TA Lärm an verfassungsrechtliche Grenzen stößt und dabei zweitens auch noch die Wertung abgab, dass dies nahe liege. (Rn. 19)

Bemerkenswert ist auch die genaue Auseinandersetzung des Senats mit dem Teil der LAI-Hinweise, der sich mit dem Einwirkungsbereich auseinandersetzt. Da der Senat seine klare Gegenposition zu dem dort Ausgeführten deutlich gemacht hat, sollten sie angepasst werden. Sofern andere Vorschriften oder Hinweise entgegenstehen, sollten sie ebenfalls angepasst werden, um im Einklang mit der TA Lärm und der Rechtsprechung des Senats zu stehen. In Brandenburg gibt es bereits einen Erlass zur Umsetzung des Urteils.[6] Die neue Rechtsprechung wird zudem bei neu zu genehmigenden WEA zu berücksichtigen sein. Als Folgefrage stellt sich unter anderem, ob und wenn ja, wie sich die Rechtsprechung auf Bestandsanlagen auswirken kann.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:
https://www.bverwg.de/230125U7C4.24.0.

3 Feldhaus/Tegeder, in: TA Lärm, Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm, Sonderdruck aus Feldhaus, BImschR, 2014, Nr.2, Erläuterungen, III.2., Rn. 21, in neuerer Auflage schreiben Feldhaus/Tegeder/Schenk unter Bezug auf dieses Urteil, dass das BVerwG der Rechtsauffassung, „wonach bei gesetzeskonformer Auslegung abweichend vom Wortlaut auch Flächen außerhalb des Einwirkungsbereichs nach Nr. 2.2 in die immissionsschutzrechtliche Prüfung einzubeziehen“ seien, „eine Absage erstellt“ und sich unbefriedigender Weise nicht mit dem Vorrang des gesetzlichen Schutzzwecks nach § 5 Abs.1 Nr.1, § 22 Abs.1 Satz 1 BImschG auseinandergesetzt habe (siehe die Genannten in Feldhaus, BImschR, 235. AL, 2025, II., 2., Rn. 21); laut Hansmann liegt Nr. 2.2 TA Lärm die Annahme zugrunde, dass auf einen Immissionsort „nicht mehr als maximal zwölf Anlagen mit gleicher Schallenergie einwirken“. Er geht von einem weit zu fassenden Anlagenbegriff aus, ein Einwirken von zwölf derartig umfassenden Anlagen mit gleicher Schallenergie auf den maßgeblichen Immissionsort könne nur in atypischen Fällen angenommen werden, die stets gesondert zu betrachten seien: Hansmann in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 107. EL 2025, TA Lärm 2. Begriffsbestimmungen, Rn. 9 f.; Auch Pischke argumentiert gegen eine enge Auslegung von Nr.2.2 TA Lärm: Pischke, Der Einwirkungsbereich von gewerblichen Anlagen nach der TA Lärm, Erwiderung zu Olaf Reidt, UPR 2020, S. 376 f.

4 Hier bezog sich der Senat auf Reidt, Der Einwirkungsbereich von gewerblichen Anlagen nach der TA Lärm, UPR 2020, S. 41 ff. und als ähnliche Argumentation auf: Füßer/Kreut, NVwZ 2013, S. 1043.

5 Dies entsprach auch vorher schon der Rechtsprechung des BVerwG, siehe z.B. BVerwG, Urt. v. 29.8.2007 — 4 C 2.07, Rn. 12; BVerwG, Beschl. v. 25.2.2014 — 4 B 2.14, Rn. 4.

6 Ministerium für Land- und Ernährungswirtschaft, Umwelt und Verbraucherschutz des Landes Brandenburg, Umsetzung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts 7 C 4.24 vom 23. Januar 2025 (Betriebsbeschränkungen für Windenergieanlagen zum Lärmschutz — Bestimmung des Einwirkungsbereichs nach Nr. 2.2 TA Lärm) v. 10.4.2025, Gesch.Z.: MLUL-5-3342/9+294#190443/2025.

§ 9 Abs. 2b Bundesfernstraßengesetz, § 2 EEG, in die Anbaubeschränkungszone einer Bundesautobahn hineinragende WEA

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. Juli 2024 – 7 A 7/24

1 **Nach der mit Wirkung vom 29. Dezember 2023 eingeführten Regelung in § 9 Abs. 2b Sätze 1 bis 3 FStrG ist das Zustimmungserfordernis zwischenzeitlich entfallen, weil § 9 Abs. 2 FStrG nicht mehr gilt für Windenergieanlagen, wenn nur deren Rotor in die Anbaubeschränkungszone hineinragt; die Genehmigungsbehörde hat in einem solchen Fall nunmehr lediglich noch eine Stellungnahme der obersten Landesstraßenbaubehörde und – bei Bundesfernstraßen in der Verwaltung des Bundes – des Fernstraßen-Bundesamtes einzuholen. (Rn. 30)**

2 **Mit dem neuen § 9 Abs. 2b FStrG wollte der Gesetzgeber eine gewisse Gewichtsverschiebung im Sinne einer weiteren Stärkung des für Windenergieanlagen geltenden Vorrangprinzips auch im fernstraßenrechtlichen Kontext vornehmen. (Rn. 33)**

3 **Einzelfall der Verträglichkeit einer in die Anbaubeschränkungszone einer Bundesautobahn hineinragenden Windenergieanlage. (Rn. 33, 40, 55, 67)**

(**Orientierungssätze**)

Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin (Unternehmen der Windenergiebranche) beantragte im April 2020 bei dem Beklagten (Genehmigungsbehörde) die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage (WEA). Der Standort der Anlage (Turm) sollte sich in einem Abstand von ca. 110 m vom Fahrbahnrand der A 12 befinden; die Rotorblattspitzen hätten bis ca. 41 m an den Fahrbahnrand herangereicht. Im Bundesverkehrswegeplan 2030 ist für die A 12 in der Kategorie „Neue Vorhaben - Weiterer Bedarf mit Planungsrecht (WB*)“ ein Ausbau auf sechs Fahrstreifen avisiert. Der Beklagte lehnte den Genehmigungsantrag mit Hinweis auf die Versagungen durch den Landesbetrieb Straßenwesen Brandenburg und das Fernstraßenbundesamt ab. Zur Begründung führte er einheitlich aus, das Vorhaben würde die Sicherheit und Leichtigkeit des überregionalen Verkehrs auf der A 12 beeinträchtigen. Es bestünde u. a. die Gefahr, dass Eisstücke von den Rotorblättern auf die Fahrbahn geraten könnten. Mit Bescheid vom 17. Juni 2021 lehnte der Beklagte den Genehmigungsantrag ab. Am 13. Juli 2021 erhob die Klägerin gegen diesen Widerspruch, über den bislang nicht entschieden wurde. Am 23. August 2021 erhob die Klägerin die (Untätigkeits-)Klage, über die das Gericht im vorliegenden Urteil entschied.

Inhalt der Entscheidung

Die Untätigkeitsklage (§ 14a BImSchG) hatte Erfolg. (Rn. 22, 26) Sie sei als Fall der sog. steckengebliebenen Genehmigungsverfahren als Bescheidungsklage mit der beschränkten Verpflichtung des Beklagten zur bloßen Bescheidung des Genehmigungsantrags zulässig. (Rn. 24)

Durch die Einführung des § 9 Abs. 2b Satz 1-3 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) hatte sich die Rechtslage zum maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung geändert. (Rn. 28) Ursprünglich habe die Genehmigungserteilung gemäß § 9 Abs. 2 FStrG der Zustimmung des Bundesamtes bedurft, weil das Vorhaben der Klägerin längs einer Bundesautobahn in der sog. Anbaubeschränkungs- oder erweiterten Schutzzone (40-100m) lag. Die Zustimmungsbedürftigkeit sei schon dann ausgelöst worden, wenn einzelne Bauteile – wie hier die Rotorblätter der geplanten WEA – in den Luftraum über dem Schutzstreifen ragten. Nach der mit Wirkung vom 29. Dezember 2023 eingeführten Regelung in § 9 Abs. 2b Sätze 1-3 FStrG sei das Zustimmungserfordernis zwischenzeitlich entfallen, weil § 9 Abs. 2 FStrG danach nicht mehr für WEA gelte, wenn nur deren Rotor in die Anbaubeschränkungszone hineinrage; die Genehmigungsbehörde habe in einem solchen Fall nunmehr lediglich noch eine Stellungnahme der obersten Landesstraßenbaubehörde und – bei Bundesfernstraßen in der Verwaltung des Bundes – des Bundesamtes einzuholen. (Rn. 30)

Materiell-rechtlich seien nach der neuen Regelung die in § 9 Abs. 3 FStrG sowie in § 2 EEG genannten Belange zu beachten. (Rn. 30) Aus Sicht des Gerichts standen straßenrechtliche Belange i. S. d. § 9 Abs. 3 FStrG der geplanten WEA nicht entgegen. (Rn. 31) Zunächst gelte auch für die Anwendung der neuen Regelung in § 9 Abs. 2b Satz 5 FStrG, dass behördliche Entscheidungen der vollen gerichtliche Kontrolle unterliegen und den Behörden kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zustünde. (Rn. 32) Inhaltlich habe der Gesetzgeber mit der Regelung eine gewisse Gewichtsverschiebung im Sinne einer weiteren Stärkung des für WEA geltenden Vorrangprinzips auch im fernstraßenrechtlichen Kontext vorgenommen. Eine dahingehende Verlagerung der Akzente ließe sich tendenziell bereits dem in § 9 Abs. 2b Satz 1 FStrG vorgesehenen Wegfall des Zustimmungsbedürfnisses aus § 9 Abs. 2 FStrG für WEA entnehmen, bei denen

Wir bedanken uns bei Laura Kühn (Die Senatorin für Umwelt, Klima und Wissenschaft der Freien Hansestadt Bremen) für die Erstellung des Entwurfs dieser Besprechung, der beim 28. Runden Tisch Windenergie und Recht diskutiert wurde.

nur der Rotor in die Anbaubeschränkungszone hineinrage. Abgesehen davon zeige sich ein entsprechender Wille des Gesetzgebers klar in dem Verweis in § 9 Abs. 2b Satz 5 FStrG auf § 2 EEG nebst der dazu gehörigen Gesetzesbegründung[1]. (Rn. 33)

Weiterhin scheitere die Genehmigungserteilung nicht an Ausbauabsichten für die A12. Denn diese haben keinen Planungsstand erreicht, der im Rahmen des § 9 Abs. 3 FStrG als beachtlich angesehen werden könne. Eine bereits „verfestigte Straßenplanung" liege nicht vor, da für Projekte der Kategorie „Neue Vorhaben - Weiterer Bedarf mit Planungsrecht WB*" Investitionsmittel voraussichtlich erst nach 2030 zur Verfügung stünden. (Rn. 34 ff.)[2] Auch eine Nennung im Bedarfsplan für Bundesfernstraßen ändere für sich genommen daran nichts. (Rn. 38) Nach § 9 Abs. 3 FStrG sei darüber hinaus zu prüfen, ob eine Zustimmungs- bzw. Genehmigungsversagung wegen der Ausbauabsichten „nötig" sei, was eine Abwägungsentscheidung erfordere. Für die Prüfung nach § 9 Abs. 2b Satz 5 i. V. m. Abs. 3 FStrG gelte nichts grundlegend anderes. Im Gegenteil: § 9 Abs. 2b Satz 5 FStrG gebe mit seiner Erwähnung nicht nur der Belange des § 9 Abs. 3 FStrG, sondern auch derjenigen des § 2 EEG sowie dem Erfordernis, dass diese Belange „zu beachten" seien, umso mehr Anlass für eine Abwägung. Dies zugrunde gelegt wäre vorliegend selbst bei einer Bejahung von Ausbauabsichten nicht erkennbar, dass diesen zwingend der Vorrang einzuräumen wäre. (Rn. 39)

Schließlich erkannte das Gericht auch keine Gefährdung bzw. Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf der A 12. (Rn. 40) Derartige Gefahren kämen bei WEA vor allem aufgrund von drei Risiken in Betracht: dem Abwerfen oder Herabfallen von Eis, Havariefällen mit herabstürzenden Anlagenteilen, Turmbruch oder Ein- bzw. Umsturz der Anlage sowie optischen Beeinträchtigungen durch Schattenwurf, Lichtreflexionen etc. (Rn. 42 ff.) Es ließen sich keine beachtlichen Gefahren durch Eiswurf oder Eisfall feststellen, die nicht durch Nebenbestimmungen insbesondere zu geeigneten technischen Vorkehrungen auf ein verträgliches Maß reduziert werden könnten. Insoweit kämen vor allem Regelungen zur Aus- oder Nachrüstung mit Eiserkennungssystemen bzw. einer Abschaltautomatik sowie einer Rotorblattheizung in Betracht. Nach der Gesetzesbegründung zu dem neuen § 9 Abs. 2b FStrG sehe der Gesetzgeber bei den unter die Regelung fallenden WEA in der Anbaubeschränkungszone die Möglichkeit, durch derartige Nebenbestimmungen auch den straßenrechtlichen Belangen des § 9 Abs. 3 FStrG Rechnung zu tragen. (Rn. 46ff.) Wegen der hohen Bedeutung der potenziell gefährdeten Rechtsgüter und möglicher weitreichender Schadensfolgen bei WEA-Standorten in unmittelbarer Nähe zu mehr oder weniger stark frequentierten Straßen sei gleichwohl ein besonderes Augenmerk auf die Prüfung einer beachtlichen Gefährdung der Verkehrsteilnehmer zu legen. § 9 Abs. 2b FStrG führe weder zu einem „Automatismus" der Genehmigungserteilung noch zu einer Erhöhung der Risikoakzeptanz. Umstände und Risikoanalyse im Einzelfall seien maßgeblich. (Rn. 48) Sofern passende Nebenbestimmungen festgelegt würden, könne dem Vorhaben zudem nicht entgegengehalten werden, dass es den Verkehr im Rahmen von Havarien durch einen Turmbruch etc. gefährden könne. (Rn. 55 ff.) Auch optische Beeinträchtigungen hinderten die Genehmigung nicht. (Rn. 63 ff.)

Fazit

Das OVG Berlin-Brandenburg hat mit seinem Urteil dem überragenden öffentlichen Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien nach § 2 EEG in erheblichem Maße Rechnung getragen. Das Gericht stellt hierzu fest, dass der Gesetzgeber mit dem neuen § 9 Abs. 2b FStrG eine gewisse Gewichtsverschiebung im Sinne einer weiteren Stärkung des für WEA geltenden Vorrangprinzips auch im fernstraßenrechtlichen Kontext vorgenommen hat. (Rn. 33)

Insoweit hat das Gericht in verfahrensrechtlicher Hinsicht den Wegfall des Zustimmungserfordernisses gem. Satz 1 angewendet, wonach die Absätze 2 und 2a nicht für WEA gelten, wenn nur deren Rotor in die Anbaubeschränkungszone hineinragt. (Rn. 30) Zudem hat der Senat konsequent § 9 Abs. 2b FStrG umgesetzt, der in Satz 5 ausdrücklich die Beachtung der in § 2 EEG genannten Belange verlangt. Die Anwendung der neuen Regelung in § 9 Abs. 2b FStrG unterliegt - wie das OVG richtigerweise klarstellt – der vollen gerichtlichen Kontrolle. (vgl. Rn. 32) Schließlich stellte das OVG fest, dass im Rahmen der Prüfung des § 9 Abs. 2b Satz 5 i. V. m. Abs. 3 FStrG, die Frage, ob die Genehmigungserteilung an Ausbauabsichten scheitere, eine Abwägungsentscheidung erfordere. (Rn. 39) Damit wurde ein weiterer Anwendungsfall identifiziert, in dessen Rahmen § 2 EEG berücksichtigt werden muss. Zu beachten ist allerdings, dass die Bezugnahmen auf § 2 EEG durch das OVG jeweils nur ergänzend („unbeschadet dessen" Rn. 33) bzw. hilfsweise („selbst bei einer Bejahung von Ausbauabsichten nicht erkennbar" Rn. 39) erfolgten. Dies stellte das BVerwG in seinem Beschluss zur Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten fest, weshalb es die grundsätzliche Bedeutung der Frage, ob § 9 Abs. 2b FStrG, § 2 EEG so zu verstehen sei, dass die in § 2 EEG vorgesehene Gewichtsverschiebung und Verlagerung der Akzente für WEA auch gegenüber Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer in § 9 FStrG gelte, mangels Entscheidungserheblichkeit ablehnte.[3]

Positiv hervorzuheben ist, wie strukturiert das Gericht insbesondere die straßenrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen abprüft. Das Urteil zeigt zudem, wie bestimmten Risiken durch Nebenbestimmungen begegnet werden kann. Das OVG bestätigt unter anderem die Einschätzung der obergerichtlichen Rechtsprechung, dass die von WEA ausgehenden Risiken bei Eisbildung regelmäßig durch Nebenbestimmungen insbesondere zu geeigneten technischen Vorkehrungen auf ein verträgliches Maß reduziert werden können. (Rn. 47) In

1 BT-Drs. 20/6879, S. 55.
2 Vgl. Bundesverkehrswegeplan 2030, S. 12.
3 BVerwG, Beschl. v. 21.2.2025 – 7 B 30.24, Rn. 4,5.

Bezug auf die Wirkung des Urteils in der Praxis ist jedoch auch anzumerken, dass es für die Betreiber bei der Festlegung und Ausgestaltung von Nebenbestimmungen wichtig ist, dass die betroffenen WEA noch wirtschaftlich betrieben werden können.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:
https://gesetze.berlin.de/perma?d=NJRE001586878

Bemessung der Rückbaubürgschaft bei Windenergieanlagen; § 35 Abs. 5 S. 2, S. 3 BauGB

OVG Münster, Urteil vom 25. September 2024 – 7 D 117/23.AK

Die Bemessung einer Rückbaubürgschaft für Windenergieanlagen kann in zulässiger Weise an die auf die Herstellerangaben gestützte Kostenbezifferung im Genehmigungsverfahren anknüpfen.
Ein Abzug eventueller Recyclingerlöse kann nicht verlangt werden.

(redaktionelle Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin (ein Unternehmen der Windenergiebranche) beantragte bei dem Beklagten (Genehmigungsbehörde) die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für zwei Windenergieanlagen (WEA). Sie legte dem Beklagten die Kostenschätzung des Herstellers für den Rückbau der Anlagen vor. Nach dieser Kostenschätzung fielen für beide Anlagen zusammen insgesamt tatsächliche Rückbaukosten in Höhe von 211.251 EUR an. Dabei waren die Erlöse für das Recycling von Turm, Kabeln und Gondel inklusive Blättern bereits abgezogen. Die Kostenschätzungen bezogen sich ausdrücklich auf einen Rückbau nach Ende der Auslegungslebensdauer.

Die daraufhin erteilte Genehmigung enthielt eine Nebenbestimmung, die eine Rückbausicherung der Anlagen nach Einstellung des Betriebs durch eine Bürgschaftserklärung vorsah. Der Beklagte nahm zur Bemessung der Bürgschaftshöhe die Kostenschätzungen des Herstellers zur Grundlage, sah jedoch von einem Abzug der Erlöse für das Recycling ab. Sie setzte eine Rückbaubürgschaft in Höhe von insgesamt 462.233 EUR fest. Der Betrag der Bürgschaft sei nach Ablauf von fünf, zehn, fünfzehn und zwanzig Jahren jeweils um weitere 10 % zu erhöhen.

Die Klägerin erhob Klage vor dem OVG Münster. Die Rückbaubürgschaft sei zu hoch festgesetzt worden. Der Beklagte hätte die Rückbaubürgschaft anhand des Windenergieerlasses des Landes Nordrhein-Westfalen (Windenergie-Erlass)[1] berechnen müssen. Danach hätte die Sicherheitsleistung 6,5 % der Gesamtinvestitionskosten betragen. Soweit der Beklagte auf eine Kostenschätzung des Herstellers Bezug genommen habe, sei es ermessensfehlerhaft, dass dabei die Restwerterlöse aus einem Recycling der abgebauten Materialien von den ermittelten Rückbaukosten nicht abgezogen worden seien. Soweit in der Rechtsprechung[2] angenommen werde, dass Recyclingerlöse bei der Bemessung der Rückbaukosten nicht berücksichtigt werden müssten bzw. dass eine solche Berücksichtigung überhaupt nicht zulässig sei, sei dem nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung in § 35 Abs. 5 BauGB nicht zu folgen. Zudem müsse bei der Bemessung der Sicherheitsleistung berücksichtigt werden, dass nach den Feststellungen des Umweltbundesamts vom September 2022[3] die Betreiber von Windenergieanlagen in der Vergangenheit stets ihrer Rückbaupflicht nachgekommen seien, ohne dass es der Inanspruchnahme der Bürgschaft durch die Behörde bedurft hätte. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Behörden im Falle einer etwaigen Nichterfüllung der Rückbaupflicht bei einer Ersatzvornahme ein Zurückbehaltungsrecht an den Recyclingerlösen hätten.

Inhalt der Entscheidung

Die zulässige Klage hatte teilweise Erfolg. Aus Sicht des Gerichts wurde der Betrag der Rückbaubürgschaft in Höhe von insgesamt 462.233 EUR nicht fehlerhaft festgesetzt. Für die Festsetzung einer Sicherheitsleistung – wie hier in Form einer Rückbaubürgschaft – biete § 12 Abs. 1 Satz 1, § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG i. V. m. § 35 Abs. 5 Satz 2 und Satz 3 BauGB eine Rechtsgrundlage. Die Festsetzung genüge den danach maßgeblichen Anforderungen. (Rn. 50 f.)

Die Bemessung der Sicherheit knüpfe zulässigerweise an die auf die Herstellerangaben gestützte Kostenbezifferung im Genehmigungsverfahren – allerdings ohne Abzug von Recyclingerlösen – an. Aus den Grundsätzen des BVerwG zur Zulässigkeit einer Pauschalierung[4] ergebe sich nicht, dass eine solche zwingend geboten sei. Einer solchen konkreten Bemessung stehe auch Nr. 5.2.2.4 des Windenergieerlasses nicht entgegen. Darin sei festgelegt, dass von einer Sicherheitsleistung in Höhe von 6,5 % der Gesamtinvestitionskosten ausgegangen werden könne, wenn nichts Gegenteiliges nachgewiesen werde. Im Einzelfall könne sich aus der Konstruktion der WEA eine

Wir bedanken uns bei Barbara Simmler (Energiequelle GmbH) für die Erstellung des Entwurfs dieser Besprechung, der beim 28. Runden Tisch Windenergie und Recht diskutiert wurde.

1 Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie, des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz und des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen, Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass) v. 8.5.2018.
2 OVG Schleswig, Urt. v. 24.6.2020 – 5 LB 4/19, (in Rundbrief 1/2021 besprochen), Rn.36 f.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21, (in Rundbrief 1/2023 besprochen).
3 Umweltbundesamt (2022):„Entwicklung eines Konzepts und Maßnahmen zur Sicherung einer guten Praxis bei Rückbau und Recycling von Windenergieanlagen“, Abschlussbericht, Text 48/2023, S.52 f..
4 BVerwG, Urt. v. 17.10.2012 – 4 C 5.11, Rn.34.

höhere oder niedrigere Sicherheitsleistung ergeben. Entgegen der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung sei die Öffnungsklausel nicht auf eine Unterschreitung des genannten Prozentsatzes zugunsten der Windkraftbetreiber beschränkt. Mit der vorgelegten Kostenbezifferung auf Grundlage der Prognose des Herstellers sei etwas „Gegenteiliges" nachgewiesen. Die Erläuterung im Erlass sei auch nicht dahingehend zu verstehen, dass eine abweichende Bemessung nur dann als Nachweis von etwas „Gegenteiligem" zugrunde gelegt werden könne, wenn sich dies aus der besonderen Konstruktion einer Windenergieanlage ergebe. (Rn. 55 ff.)

Die auf die konkrete Kostenbezifferung des Herstellers gestützte Bemessung des Betrags der Rückbaubürgschaft sei auch nicht deshalb mangelhaft, weil der Beklagte keine Erlöse durch Verwertung des Abbruchmaterials (Recycling) in Abzug gebracht habe. (Rn. 63) Gegen eine solche Reduzierung um etwaige Recyclingerlöse spreche mit Blick auf den Zweck des § 35 Abs. 5 BauGB, dass die Höhe solcher Erlöse zum Zeitpunkt der Betriebsaufgabe völlig ungewiss sei.[5] (Rn. 64 f.) Nach dem Zweck des § 35 Abs. 5 Satz 2 und Satz 3 BauGB, die – zum Schutz des Außenbereichs erforderliche – Beseitigung einer Anlage nach Betriebsaufgabe zu gewährleisten, und dabei auch im Hinblick auf das Liquiditätsrisiko die Kostenerstattung einer gegebenenfalls erforderlichen Ersatzvornahme zu sichern,[6] könne auf solche Umstände, deren Eintritt ungewiss sei, nicht abgestellt werden. (Rn. 66 ff.)

Der Beklagte habe die Angaben des Herstellers auch mit Blick darauf zugrunde legen dürfen, dass darin die Rückbaukosten nach Ende der Auslegungslebensdauer der Anlagen angegeben würden. Gegen eine solche zukunftsbezogene Schätzung, die dem Wesen nach einen Inflationsausgleich einbeziehe, bestünden keine rechtlichen Bedenken. (Rn. 69) Ein solcher Inflationsausgleich sei nach der Rechtsprechung im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenn bei der Festsetzung der Sicherheit zunächst von aktuellen Rückbaukosten ausgegangen werde.[7] (Rn. 70) Die Erforderlichkeit einer solchen Betrachtung ergebe sich aus dem vorgenannten Zweck des § 35 Abs. 5 BauGB. Die der Behörde zur Verfügung stehende Sicherheitsleistung müsse auch bei zwischenzeitlich eingetretenen Steigerungen von Rückbaukosten ausreichen, um die Beseitigungskosten – etwa im Fall des Konkurses der Betreibergesellschaft – vollständig abzudecken. (Rn. 72) Der Windenergieerlass beziehe im Rahmen der pauschalierten Sicherheit von 6,5 % der Sache nach bereits einen pauschalen Inflationsausgleich ein; das zeige die Formulierung, die Sicherheitsleistung müsse den Rückbau der Windenergieanlage am Ende der voraussichtlichen Lebensdauer der Anlage vollständig abdecken. Ebenso habe der Beklagte im Hinblick auf die vorgenannte Zielsetzung des § 35 Abs. 5 BauGB aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität der Sache nach schon jetzt einen pauschalierten Inflationsausgleich einbeziehen können, anstatt die aktuellen Rückbaukosten zu ermitteln und etwa nach Maßgabe von Preissteigerungsindizes eine Anpassung zu bestimmten Zeitpunkten zu verlangen. (Rn. 73)

Es liege auch entgegen der Auffassung der Klägerin kein Ermessensmangel aus dem unter dem Stichwort „risikobasierter Ansatz" vorgetragenen Umstand vor, dass das Risiko einer Inanspruchnahme von Rückbaubürgschaften äußerst gering sei, da in der Praxis nach ihrer Kenntnis ein behördlicher Rückgriff auf Bürgschaften noch nicht stattgefunden habe. Nach den Ausführungen der Klägerin resultiere dies maßgeblich aus den vorgetragenen aktuellen Gegebenheiten zu Recyclingerlösen oder einem Interesse an anderweitiger Aufstellung von im Rahmen von Repoweringvorhaben abzubauenden Anlagen. Vor dem Hintergrund des aufgezeigten Zwecks des § 35 Abs. 5 BauGB rechtfertigten solche variablen Umstände keine (geringere) Bemessung von Rückbaubürgschaften, die die Kosten im Fall des Rückbaus nicht vollständig abdeckten. (Rn. 77)

Es bestünden keine Anhaltspunkte für eine prohibitive Wirkung der Festsetzung, die mit der Intention des § 2 EEG nicht vereinbar wäre. (Rn. 79)

Begründet sei die Klage, soweit sie sich gegen den Inflationsausgleich wende, der jeweils 10 % nach fünf, zehn, fünfzehn bzw. zwanzig Jahren betrage. Mit Blick auf diese Anordnung des Bescheids zu einem Inflationsausgleich ergäben sich hier deshalb durchgreifende Bedenken, weil der festgesetzte Betrag auf die Herstellerangaben gestützt sei, nach denen ein solcher Ausgleich durch die Schätzung der Kosten für das Ende der Auslegungslebensdauer der Sache nach bereits einbezogen sei. Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Einbeziehung tatsächlich nicht erfolgt sei, seien weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. (Rn. 83)

Fazit

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass die Genehmigungsbehörden bei der Bemessung der Höhe der Rückbaubürgschaft einen großen Ermessensspielraum haben[8] und nicht auf eine bestimmte Berechnungsmethode beschränkt sind. Das Gericht stellt unter Bezugnahme auf bestehende Rechtsprechung[9] klar, dass eine Pauschalierung der Höhe der Sicherungskosten anhand der vom BVerwG hierzu entwickelten Grundsätzen zwar zulässig sei, dieser Umstand aber die alternative Zulässigkeit einer konkreten Bemessung anhand der Kostenbezifferung des Herstellers nicht ausschließe. (Rn. 55 ff.) Die Entscheidung greift ebenfalls bestehende Rechtsprechung auf,

5 Vgl. Umweltbundesamt (2022):„Entwicklung eines Konzepts und Maßnahmen zur Sicherung einer guten Praxis bei Rückbau und Recycling von Windenergieanlagen", Abschlussbericht, Text 48/2023, S. 57 ff. sowie ferner OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2017 – 4 LC 198/15, (in Rundbrief 2/2017 besprochen).

6 Vgl. HessVGH, Beschl. v. 30.6.2023 9 B 2279/21.T, Rn.35.

7 Vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 24.6.2020, – 5 LB 4/19, Rn.34, (in Rundbrief 1/2021 besprochen).

8 Auch Stephan, Teure Bürgschaften für Rückbau von Windturbinen rechtens, E&M daily, Die Tageszeitung für den Energiemarkt v.26.9.2025, geht von einem vom OVG zuerkannten großen Ermessensspielraum aus.

9 OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2017 – 4 LC 198/15, (in Rundbrief 2/2017 besprochen); sowie OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21,(in Rundbrief 1/2023 besprochen).

wenn sie konstatiert, dass bei der Bemessung der Rückbaukosten Recyclingerlöse nicht berücksichtigt werden dürften, da dies im Hinblick auf den Zweck des § 35 Abs. 5 BauGB unzulässig sei (Rn. 64 ff.).

Im rechnerischen Ergebnis bestätigt das OVG Münster somit im konkreten Fall die Zulässigkeit einer festgesetzten Sicherheitsleistung in Höhe von etwa 16% der Gesamtinvestitionen. Dies stellt eine Abweichung von nahezu 10 % zu der in Nr. 5.2.2.4 des Windenergieerlasses als Richtschnur genannten Höhe von 6,5 % der Gesamtinvestitionskosten dar. Interessant ist, dass gerade die konkrete Prognose des Herstellers, die die Grundlage für die Kostenbezifferung darstellte, eine Abweichung in dieser Höhe ermöglichte. Denn, so das Gericht, auch die Regelung des Windenergieerlasses ließe im Einzelfall eine abweichende Bemessung zu, wenn durch die Kostenbezifferung auf Grundlage der Prognose des Herstellers etwas „Gegenteiliges" nachgewiesen worden sei. (Rn. 58)

Die große Bandbreite an rechtlich zulässigen Ergebnissen hinsichtlich der Auswahl und der Bezifferung der Sicherheitsleistung der Rückbauverpflichtung im Einzelfall liegt zum einen an den unterschiedlichen landesrechtlichen Vorschriften[10]. Zum anderen ist aber eine zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung realistische prognostizierende Bezifferung, die den Anforderungen des § 35 Abs. 5 BauGB genügt, alles andere als evident. Es können somit naturgemäß nur die allgemeinen Maßstäbe für eine rechtmäßige Ermessensausübung herangezogen werden. § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB lässt neben der Rückbaubürgschaft weitere Sicherungsmittel zu. In der Praxis werden u. a. angesichts des Interesses der Projektierer an möglichst frühzeitig vorhersehbaren Kosten und des Interesses der Genehmigungsbehörden an einer rechts- und umsetzungssicheren Gewährleistung des Rückbaus bei gesetzeskonformer Vermeidung einer Kostentragung durch den Staat verschiedene Lösungen diskutiert. In diesem Zusammenhang ist eine zusätzliche Herausforderung, wie der Einfluss der Inflation angemessen berücksichtigt werden kann.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:
https://nrwe.justiz.nrw.de/ovgs/ovg_nrw/j2024/7_D_117_23_AK_Urteil_20240925.html

10 Vgl. Bundesverband Windenergie (2024): Überblick der landesrechtlichen Regelungen zum Rückbau von Windenergieanlagen, Informationspapier, S.7 ff..

Fachagentur Wind und Solar e. V.

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

FACHAGENTUR
WIND UND SOLAR