Windenergietage vom 06. bis 08. November 2018

Projektplanung 2019
Mit Privilegierung und UVP gegen den Genehmigungsstau

RA Philipp von Tettau

RA Dr. Michael Rolshoven

RAin Marion Westphal-Hansen

Kanzlei Müller-Wrede & Partner - Rechtsanwälte
Leibnizstraße 53, 10629 Berlin
rolshoven@mwp-berlin.de
030 399 250 0

Was bietet MWP?

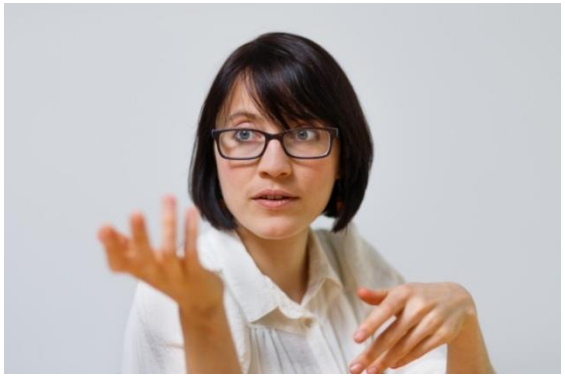
Recht der Erneuerbaren Energien

Baurecht

Vergaberecht

Europäisches Beihilferecht

Das Team Erneuerbare Energien von MWP auf einen Blick



Unsere Beratungsumfang in den EE:

- Planungs-, Genehmigungs- und Umweltrecht
- Energierecht
- Nutzungsvertrags- und Immobilienrecht
- Strukturierungen & Transaktionen
- Spezialvertrags-recht EE

Gliederung

Kanzleivorstellung / Einführung

I. Block

1. Privilegierung unter Beschuss
2. Regionalplanung - Überblick und aktuelle Rechtsprechung
3. FNP und Ewigkeitsfehler
4. „Isolierte Positivplanung“
5. Denkmalschutz

Kaffeepause (ca. 15.25 bis 15.40 Uhr).

II. Block

6. UVP und UVP-Vorprüfung, Rechtsprechungs-Analyse
7. ArtenschutzR (Erlasse, Regelungsmöglichkeiten)
8. Nachträgliche Anordnung
9. Ergänzte TAK-Brandenburg
10. Erschließung

1. Privilegierung unter Beschuss

Die Privilegierung im Fadenkreuz der Kohleländer

Ganz abschaffen (Bbg)
⇨ Dann Genehmigungen nur mit B-Plan möglich

Erneut Länder-öffnungsklausel für Landesgesetze bis 12/2024 (NRW)
⇨ Definition bestimmter Abstände zu bestimmten baulichen Nutzungen

Moratorien und allgemeine befristete Untersagungen (Bbg)
⇨ Zeitlich befristete Unzulässigkeit neuer WEA-Genehmigungen bei Entfall bzw. zum Schutz von in Aufstellung befindlichen Regionalplänen

NRW-Gesetzesantrag an den Bundesrat / BR-Drs. 484-18

„Der Hemmschuh erster Klasse“

Die Länder können durch **bis zum 31. Dezember 2024 zu verkündende Landesgesetze** bestimmen, dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen **bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen** einhalten. Die Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in **geltenden** Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, sind in den Landesgesetzen nach Satz 1 zu regeln. Die Länder können in den Landesgesetzen nach Satz 1 auch **Abweichungen** von den festgelegten Abständen zulassen.

NRW-Gesetzesantrag an den Bundesrat / BR-Drs. 484-18

Die Folgen

- **Massive Rechtsunsicherheit** bis Entscheidung des jeweiligen Bundeslands über „Ob“ und „Wie“ der Nutzung
- Damit erneute **Ausbaudelle** wegen **Abwartens Gesetzgebungsverfahren** BauGB und des jeweiligen Landes
- U. U. **Entwertung bestehender Regional- und Flächennutzungspläne** wegen (Teil-)Funktionslosigkeit
- Missachtung **lokaler** (FNP) und **regionaler Willensbildung**
- **Verletzung Vertrauensschutz** für langlaufende Planungen bei unzureichenden Übergangsregelungen

⇨ **Keine neuen Hemmnisse** schaffen, sondern **schnell und rechtssicher Konzentrationsplanung** erlassen

NRW-Gesetzesantrag an den Bundesrat / BR-Drs. 484-18

§ 15 (3) BauGB

Auf Antrag der Gemeinde hat die Baugenehmigungsbehörde die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 für einen Zeitraum bis zu längstens einem Jahr nach Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs **auszusetzen**, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, mit dem die Rechtswirkungen des § 35 Absatz 3 Satz 3 erreicht werden sollen, und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde.(…) Wenn besondere Umstände es erfordern, kann die Baugenehmigungsbehörde auf Antrag der Gemeinde die Entscheidung nach Satz 1 um höchstens ~~**ein** weiteres~~ **zwei weitere Jahre aussetzen**.

- Kommunen sollen **unter geringerem Zeitdruck** Planung abschließen können und Pläne **gerichtsfester** werden
- Soll der **Akzeptanz** dienen

NRW-Gesetzesantrag an den Bundesrat / BR-Drs. 484-18

⇨ **Keine neuen Verzögerungen** schaffen, sondern

- sachgerechte Regelungen zur **Planfortwirkung und -heilung** erlassen
- und Bauleitplanung dort einschränken, wo Regionalplanung schon Eignungs- oder Vorranggebiete ausgewiesen hat

Gesetzesentwurf LReg Bbg Drs. 6/9504

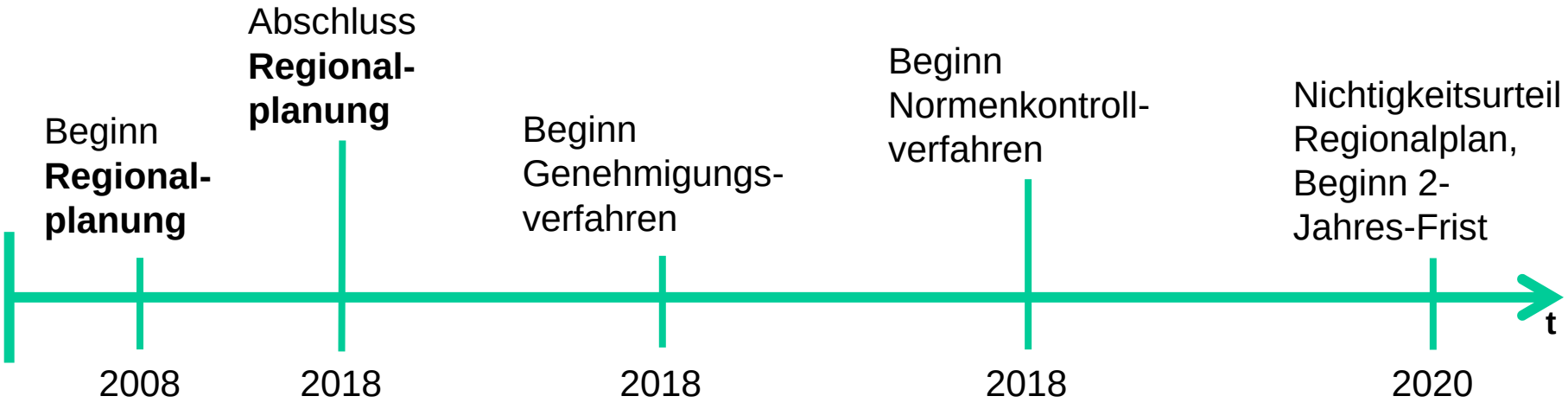
„Der Brandbeschleuniger“

Änderung des G. zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungs-planung, neuer § 2c Abs. 1:

Sind **Regionalpläne** mit Festlegungen von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung **unwirksam geworden**, haben die zuständigen Regionalen Planungsgemeinschaften unverzüglich **Verfahren zur Neuaufstellung**, Änderung oder Fortschreibung von Regionalplänen **einzuleiten** (…). Die Einleitung des Planungsverfahrens ist zusammen mit den Planungsabsichten und den voraussichtlichen Kriterien für ein schlüssiges Planungskonzept im Amtsblatt für Brandenburg **öffentlich bekannt zu machen**. Zur Sicherung der in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung ist **die Genehmigung** raumbedeutsamer Windenergieanlagen in der gesamten Region ab dem Tag der öffentlichen Bekanntmachung **für zwei Jahre vorläufig unzulässig** (…)

Welcher Gegner sollte da **nicht** gegen einen Regionalplan klagen? Es **lockt** die **reflexartige Ausbausperre!**

Gesetzesentwurf LReg Bbg Drs. 6/9504



⇨ **Keine neuen Verzögerungen** schaffen, sondern

- sachgerechte Regelungen zur **Planfortwirkung und -heilung** erlassen

Gesetzesentwurf LReg Bbg Drs. 6/9504

Bsp. **Planfortwirkung**:

- Positiv- **und** Negativwirkung der Planung könnten nach Plan-Aufhebung f. beschränkten Zeitraum **fortwirken** (2 a.?)

  (also Eignungs- oder Vorranggebiete einerseits mit Ausschlusswirkung andererseits)

⇨ **Keine** reflexartige Ausbausperre für **abgewogene Gebiete**

⇨ **Kein** Wildwuchs außerhalb

⇨ **Kein** Anreiz für Klagen

Gesetzesentwurf LReg Bbg Drs. 6/9504

Die Landesplanungsbehörde kann **allgemein** für räumlich abgegrenzte Gebiete der Region oder im **Einzelfall** gegenüber den in § 4 des Raumordnungsgesetzes genannten öffentlichen Stellen **Ausnahmen** von der Unzulässigkeit nach Absatz 1 Satz 3 zulassen, wenn und soweit die Zulassung raumbedeutsamer Windenergieanlagen nach dem jeweiligen Stand der Regionalplanung **nicht** befürchten lässt, dass die **Verwirklichung der in Aufstellung befindlichen Ziele unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird**.

Wenn schon so, dann **präzisere** Regelung erforderlich, die

- nach Beschlussfassung über **Kriteriengerüst** (für die **Frist** gelten muss)
- Ausnahmen **im Regelfall** bei Übereinstimmung mit Kriterien vorsieht.

Gesetzesentwurf LReg Bbg Drs. 6/9504

Abweichend von § 12 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes kann die Landesplanungsbehörde (…) raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen zur **Windenergienutzung** sowie Entscheidungen über deren Zulässigkeit **in räumlich abgegrenzten Gebieten oder in der gesamten Region allgemein befristet untersagen**. Die Untersagung ist zulässig, wenn sich ein **Regionalplan in Aufstellung** befindet, in dem die Festlegung von Gebieten für die Windenergienutzung vorgesehen ist und wenn zu befürchten ist, dass Planungen und Maßnahmen zur Windenergienutzung außerhalb der dafür vorgesehenen Gebiete die Verwirklichung der in Aufstellung befindlichen Ziele **unmöglich machen oder wesentlich erschweren** würde. Die Dauer der Untersagung **beträgt bis zu zwei Jahre**. Die Landesplanungsbehörde kann die Untersagung **um ein weiteres Jahr verlängern**.

Gesetzesentwurf LReg Bbg Drs. 6/9504

Die Landesplanungsbehörde kann **allgemein** für räumlich abgegrenzte Gebiete der Region oder **im Einzelfall** gegenüber den in § 4 des Raumordnungsgesetzes genannten öffentlichen Stellen **Befreiungen** von der Untersagung nach Absatz 3 zulassen, wenn und soweit raumbedeutsame Planungen oder Maßnahmen **nicht** befürchten lassen, dass die Verwirklichung der in Aufstellung befindlichen Ziele der Regionalplanung unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden.

Kritik und Lösung siehe Vorfolien

Abbau ausgewählter Hemmnisse für Neugenehmigungen

Ausreichende und sichere Flächen in der **Regionalplanung**

(1) Mindestziel der Flächenausweisung für alle Planungsregionen (2 %);
(2) Sicherstellung schneller Umsetzung dch. **Befristung Altpläne**
(3) Verbesserte **Planerhaltung**
(4) Befr. Fortgeltung Pläne bei „Kippen“ zur Vermeidung Moratorien
(5) Keine Länderöffnungsklausel insbesondere wg. Unsicherheit bis Umsetzung
(6) Verzögerung/Änderung durch Bauleitplanung nur in **engen Grenzen**

2. Regionalplanung - Überblick und aktuelle Rechtsprechung

Rechtsgrundlage

- Privilegierung

„Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es

[…]

5. der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient,

[…]“

- Andererseits und zugleich: Einschränkung der Privilegierung durch sog. Plan(ungs)vorbehalt

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB:

„Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 **in der Regel** auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan **oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“**

Was heißt „Privilegierung im Außenbereich“?

- WEA sind gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich kraft des Gesetzes

  „sozusagen generell geplant“

  (BVerwGE 28, 148, 150 f.)

- Systemverständnis:

  - § 35 Abs. 1, Abs. 3 BauGB umfasst **ähnlich einem Bebauungsplan** eine „Abwägungsentscheidung“
  - Privilegierung einerseits, ggf. entgegenstehende Belange des § 35 Abs. 3 **S. 1** BauGB andererseits
  - Ohne Privilegierung: WEA grds. nur nach Bebauungsplan zulässig!

Zentrale Aussagen des BVerwG-Rspr. (Urteil v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 „Wustermark“) zum Planungsvorbehalt:

Jede Ausschlussplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in FNP oder Regionalplan …

- *muss* zwischen **harten und weichen Tabukriterien** unterscheiden,
- *muss* Tabukriterien **einheitlich** anwenden und nachvollziehbar **dokumentieren;**
- von verbleibenden Potentialflächen muss für WEA **„substanziell Raum“** verbleiben

⇨ BVerwG hält seit „Wustermark“ an **zwingender** Unterscheidung von harten und weichen Tabukriterien uneingeschränkt fest, z. B. BVerwG, Beschluss vom 09.02.2015 - 4 BN 20.15 (Reg-Plan Ostthüringen), BVerwG, Beschluss v. 10.03.2016 - 4 B 7/16 (REP Magdeburg)

Überblick zu WEA-Ausschlussplanung auf Reg-Plan-Ebene:

- Regionalplan mit Ausschluss-wirkung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB betrifft die Mehrzahl der Bundesländer (in rot)

- Reg-Planung ohne Ausschluss-Wirkung etwas in Baden-Württemberg, Saarland, Rheinland-Pfalz (in grün) teils Nordrhein-Westfalen, Berlin

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 05.07.2018 - 2 A 2.16 (Reg-Plan Havelland-Fläming)

- **Worum geht es?**
  - Integrierter Regionalplan „Havelland-Fläming 2020“ vom 16.12.2014
  - Eignungs- und Vorbehaltsgebiete für die Windenergienutzung sowie Potenzialflächen zur Verlagerung von Windenergieanlagen
    - Insgesamt 24 Eignungsgebiete festgelegt
    - Kommunen dürfen durch FNP bei weiteren acht Gebieten festlegen, dass nur bei Rückbau von Alt-WEA neue WEA zulässig sind
    - Zusätzlich: Fünf Vorbehaltsgebiete - dort können Kommunen weitere WEA zulassen, wenn Abstände zur Wohnbebauung später entfallen
  - Mehrere Normenkontrollen von WEA-Projektierer und betroffenen Gemeinden
  - Erste Normenkontrolle gegen Regionalplan in Brandenburg nach Etablierung der „Wustermark-Rechtsprechung“

… seit wenigen Tagen liegen endlich die Entscheidungsgründe vor

➢ **Die Entscheidung:** Regionalplan ist unwirksam

I. (Drei) Formelle Fehler

- Genehmigung des Reg-Plan sah **Streichung eines Vorranggebietes** vor

⇨ Jede **inhaltliche Änderung der Eignungsgebietskulisse** erfordere a) neue Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung, b) neue Beschlussfassung, c) neue Ausfertigung und Bekanntmachung: hier deshalb **Ausfertigungs**- und **Bekanntmachungsfehler** (-)

- **Bekanntmachung der Auslegung**: Anstoßwirkung wie bei B-Plan / § 3 Abs. 2 BauGB erforderlich …

„ Die Bekanntmachungen erfüllen nicht die erforderliche Anstoßfunktion, weil sie **keinerlei Angaben dazu enthalten, auf welches Plangebiet sich die Planung bezieht**. ….

… Darüber hinaus fehlen Angaben zum **sachlichen Umgriff** des Regionalplanentwurfs. Zwar ist zur Kennzeichnung des Planungsvorhabens im Falle eines Bauleitplans in der Regel ausreichend, das Plangebiet zu bezeichnen (vgl. BVerwG, Urteil vom 6. Juli 1984 - 4 C 22.80 -, juris Rn. 16). …. Eine über die Kennzeichnung des betroffenen Raums hinausgehende grobe Charakterisierung dessen, was Inhalt des Planentwurfs ist, ist nach Sinn und Zweck der Anstoßwirkung dann erforderlich, …“

Einsichtszeiten: 12 h pro Woche in einem Landkreis ist zu wenig …

II. Materielle Fehler

- **Offen** gelassen: Ist **LEP-BB unwirksam**, bleibt „rechtshängigem Normenkontrollverfahren vorbehalten“

a) Kein „schlüssiges gesamträumliches Konzept“:

- Zwar: nur Eignungsgebiete (statt Vorranggebiete und Eignungsgebiete) zulässig
- Zwar: Regionalplan darf vorschreiben, dass FNP und B-Plan WEA-Bebauung nicht von Rückbau abhängig machen darf
- Ebenso umgekehrt: Reg-Plan darf für Eignungsgebiete ausweisen, die nur bei Abbau von Alt-WEA ausgenutzt werden dürfen

„Auch die Festlegung 3.2.1. (Z) Satz 4, der zufolge die für die Eignungsgebiete „Nauener Platte West“ und „Nauener Platte Ost“ zuständigen Kommunen ermächtigt werden, für diese beiden Windeignungsgebiete durch **kommunale Flächennutzungsplanung festzulegen, dass neue Anlagen nur zulässig sind, wenn gesichert ist, dass andere im Windeignungsgebiet oder außerhalb gelegene Anlagen zurückgebaut werden, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.** In Zusammenschau mit Satz 5 der Festlegung (s.o. cc) handelt es sich der Sache nach um einen räumlich eingeschränkten Ausschluss von Festsetzungen bzw. Darstellungen nach § 249 Abs. 2 BauGB, denn für die Windeignungsgebiete auf der Nauener Platte verbleibt es bei dem Regelfall, dass derartige Bestimmungen zulässig sind.“

Aber …

„Die Bestimmung von Ausnahmen von der Ausschlusswirkung der Eignungsgebiete ist, **soweit acht Potenzialflächen zur Verlagerung von außerhalb der Eignungsgebiete stehenden Windenergieanlagen festgelegt** werden (Festlegung 3.2.1 [Z] Satz 7 bis 9), abwägungsfehlerhaft. … Eine **Ermächtigung** der Regionalen Planungsgemeinschaft zur **Erfindung neuer Gebietskategorien ergibt sich … nicht.“**

Immerhin zu sog. Weißflächen …

„Die Festlegung von **Vorbehaltsgebieten neben Eignungsgebieten** ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin **zulässig**. … In seinem **Beschluss vom 28. November 2005 (- 4 B 66.05 -, juris Rn. 8)** hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass, wenn der Windkraft durch die Ausweisung von Vorranggebieten substanziell Raum gegeben werde, **auch unbeplante „weiße" Flächen der Ausschlusswirkung nicht entgegenstünden,** wobei diese Wirkung nicht auf den unbeplanten Flächen eintrete, da es insoweit an einer abschließenden raumordnerischen Entscheidung fehle (ebenso Blessing, in: Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen, 1. Aufl. 2016, Rn. 259; Gatz, in: Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Auf. 2014, Rn. 163, 728). Nichts anderes gilt, wenn in einem Raumordnungsplan neben Eignungsgebieten **auch Vorbehaltsgebiete** ausgewiesen worden sind, in denen die Ausschlusswirkung nicht gelten soll.“

b) Insbesondere den harten und weichen Tabukriterien:

„**Die Bestimmung der harten (bb) und der weichen Tabukriterien** (cc) ist ebenso zu beanstanden wie die Abwägung der **Einzelinteressen** in Bezug auf die Betreiber von **Altanlagen** (dd). Schließlich ist die von der Antragsgegnerin durchgeführte Prüfung, ob der Windenergie durch den Regionalplan **substanziell** Raum gegeben wird, zu beanstanden (ee).“

- Hartes Tabukriterium „**Siedlungsabstände**“ hätte zwingend festgelegt werden müssen
- **TAK** als hartes Tabukriterium? - offen gelassen, Tendenz erkennbar: hartes Kriterium (kein Restriktionskriterium)
- LEP-BB-**Freiraumverbund**: soweit LEP wirksam, liege hartes Kriterium vor

⇨ Immerhin: weiche Kriterien ansonsten nicht beanstandet (z. B. 5 km-Kriterium), Restriktionskriterien seien teils weiche Kriterien im Sinne der Rechtsprechung (fehlerhafte Bezeichnung sei irrelevant)

- **Substanzieller Raum:** Fehler wegen fehlerhafter harter Kriterien (Siedlungsabstände)

➢ Erste Bewertung

- Teils eher Einzelfallentscheidung / fehlende Übertragbarkeit (Änderung im Genehmigungsverfahren, Vorbehaltsgebiete, Weißflächen, Repoweringflächen)
- Unklar speziell für Brandenburg weiterhin:
  - LEP-BB wirksam?
  - TAK = hartes Kriterium?
- Wie umgehen mit Abständen zu Siedlungsflächen? (vgl. OVG Lüneburg, Urteil v. 13.07.2017, 12 KN 206/15 zu RROP Stade)
- Bei inhaltlicher Änderung: Immer Neubeteiligung geboten (so auch VGH Kassel, siehe unten)
- Heilung von Form- und Abwägungsfehlern? Wille zur Heilung (vgl. Regionalplan Nordhessen)

- **VGH Kassel, Beschluss vom 25.01.2018 - 4 B 2222/17.N (Reg-Plan Nordhessen):** Interessante Ausführungen zum sog. Anpassungsgebot (§ 1 Abs. 4 BauGB):

„Die Rechtswirkungen der im **Flächennutzungsplan** der Antragsgegnerin dargestellten Konzentrationszonen werden durch die im übergeordneten Regionalplan festgelegten Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung dahingehend beseitigt, dass öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Errichtung und dem Betrieb einer Windkraftanlage regelmäßig nur entgegenstehen, wenn Vorhaben außerhalb der im Regionalplan festgelegten Vorranggebiete errichtet werden sollen. Das folgt aus dem Geltungsanspruch der Raumordnung. Die Zielfestlegung im Regionalplan setzt sich als Bestandteil der übergeordneten Planung gegenüber einem zielwidrig gewordenen Flächennutzungsplan durch; denn das **Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB** richtet sich auch an die Flächennutzungsplanung. …

Daraus **kann aber nicht geschlossen werden,** dass die negativen Wirkungen der Konzentrationszonenplanung im Flächennutzungsplan wie die Festsetzungen eines Bebauungsplans **solange wirksam bleiben, bis eine Anpassung des Flächennutzungsplans an den Regionalplan erfolgt ist.** Ein derartiges Ergebnis widerspräche der unmittelbaren Außenrechtswirkung, die der Festlegung von Vorrangflächen mit Ausschlusswirkung im Regionalplan über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zukommt.“

3. Alt-FNP und Ewigkeitsfehler

1. OVG Münster, Urteil v. 06.12.2017 - 7 D 100/15 (FNP-Bekanntmachungs-Fehler = Ewigkeitsfehler)

➢ **Worum geht es?**

- FNP Linnich: 29. Änderung sieht gegenüber der vormaligen 5. Änderung weitere Wind-Konzentrationszonen vor
- Bekanntmachung:

„Der Geltungsbereich der 29. Änderung des Flächennutzungsplans der Stadt M. ist in der nachstehenden Skizze dargestellt.“

- Der dargestellte Kartenausschnitt stellt lediglich die zusätzlichen Konzentrationszonen dar

➢ Die Entscheidung

- Bestätigung bisheriger Praxis der Bausenate des OVG NRW: FNP wird nicht nur bezogen auf die Ausschlusswirkung, sondern regelmäßig hinsichtlich der Konzentrationszonenplanung <u>insgesamt</u> für unwirksam erklärt
- Dies soll auch bei Fortschreibung einer bestehenden Ausschlussplanung gelten
- Untrennbarer Zusammenhang zwischen der Ausschlusswirkung zum einen und der Darstellung der Positivflächen für Windenergie zum anderen

„Denn der Konzentrationszonen planenden Gemeinde kommt es regelmäßig in wesentlicher Weise auf die Steuerung von Windenergie-nutzung im Außenbereich [...] durch die Ausschlusswirkung an. Beließe man es in solchen Fällen bei der Beseitigung der Ausschlusswirkung, würde der Gemeinde ein ungewollter **‚Restakt' aufgedrängt.“**

- Bei Erstplanung: bloße Darstellung von Positivflächen ohne Darstellung der Ausschlusswirkung im Übrigen entspricht nicht dem hypothetischen Willen des Plangebers
- Bei Erweiterung einer bestehenden Konzentrationsflächenplanung gilt das Gleiche, denn:
  - Bleibt die Planänderung als bloße Positivplanung bestehen, wäre die Ausschlusswirkung durch die erste Konzentrationsflächenplanung nicht nur für die im Ursprungsplan, sondern auch für die im Änderungsplan ausgewiesenen Positivflächen sichergestellt
  - Aus dem Geltungsbereich der Ausschlusswirkung des Ursprungsplans wären die im Änderungsplan ausgewiesenen Erweiterungsflächen „herausgeschnitten“
  - Einer solchen Planung fehlt die notwendige schlüssige gesamträumliche Rechtfertigung

„Denn ließe man die Planänderung als bloße Positivplanung bestehen, wäre die Ausschlusswirkung durch die erste Konzentrationsflächenplanung für den Außenbereich der Gemeinde nicht nur für die im Ursprungsplan, sondern auch für die im Änderungsplan für die Windenergiegewinnung ausgewiesenen Flächen sichergestellt. Aus dem Geltungsbereich der Ausschlusswirkung des Ursprungsplans wäre die in dem Änderungsplan ausgewiesene Erweiterungs-fläche nun gleichsam „herausgeschnitten“. Einem in dieser Weise durch den Ursprungsplan und einen lediglich hinsichtlich seiner Ausschlusswirkung als teilunwirksam beurteilten Änderungsplan geschaffenen Bestand von Konzentrationszonen fehlte es indes an der notwendigen schlüssigen gesamträumlichen Rechtfertigung: Das dem Ursprungsplan zugrunde liegende gesamträumliche Plankonzept führt nur zu den in dem Ursprungsplan ausgewiesenen Konzentrationsflächen. Der Änderungsplan erweist sich in dem hier betrachteten Fall hingegen unter dem Gesichtspunkt der eine schlüssige gesamträumliche Planung fordernden Ausschlusswirkung als unwirksam; er bietet deshalb ebenso wenig die erforderliche Rechtfertigungsgrundlage.“

- Bekanntmachungsmangel, da der mit der Bekanntmachung verfolgte Hinweiszweck nicht erreicht worden ist:
  - Der räumlicher Geltungsbereich der Darstellungen des FNP, die Rechtsnormqualität haben („Konzentrationszone“), wurde nicht hinreichend verdeutlicht
  - Allein der Begriff „Konzentrationszone“, ohne Erläuterung der mit ihm verbundenen Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, reicht nicht:
    - ✓ Begriff „Konzentrationszone“ ist nicht gesetzlich definiert;
    - ✓ Zweifelhaft, ob dem Normadressaten allein aus dem Begriff „Konzentrationszone“ der Rechtscharakter und der Geltungsbereich der Darstellungen deutlich erkennbar sind
- Bekanntmachungsmangel ist **Ewigkeitsmangel**, §§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 215 BauGB

„Um den Fristablauf [Jahresfrist gem. §§ 214 f. BauGB] auszulösen, muss die Bekanntmachung rechtlich einwandfrei sein und den rechtsstaatlich gebotenen Verkündungszweck erfüllen (vgl. Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 215 Rn. 39).“

- Damit ist auch das Offenlageverfahren in beachtlicher Weise fehlerhaft (Ein-Jahres-Frist läuft nicht):
  - Ausschlusswirkung ergibt sich nicht hinreichend deutlich aus der ausgelegten Planurkunde,
  - Nachträglich dort angebrachte „verdeutlichende Zusätze“ veränderten den Norminhalt und sind keine bloße Klarstellung,
  - ⇨ Neue Auslegung wäre erforderlich gewesen

- Zudem beachtliche Abwägungsmängel:
  - Auch bei „waldarmer Kommune“ ist Wald kein hartes Tabukriterium
  - „Substantieller Raum“ verkannt:
    - ✓ Gemeinde hat zur Ermittlung der Vergleichsfläche sowohl harte <u>als auch weiche</u> Tabuzonen von der Außenbereichsfläche abgezogen und die verbleibende Fläche mit der Konzentrationszone verglichen
    - ✓ Fehler, denn die Gemeinde kann auf diese Weise die zu vergleichende Fläche beliebig verkleinern (Gatz, DVBl. 2017, S. 461 ff. (468) m. w. N.)

➢ Unsere Bewertung

- Bei Normenkontrolle gegen Konzentrationszone verbleiben typischerweise keine „Weißflächen“ (anders OVG Lüneburg zur Regionalplanung)
- Für die Praxis u.U. sehr weitreichend: viele Alt-Flächennutzungspläne könnten wegen Bekanntmachungsfehler unwirksam sein

➡ Zahlreiche Kommunen (nicht nur in NRW) stehen hierdurch unter Druck, ältere FNP-Konzentrationszonen (zügig!) fortzuschreiben

- Wald ist kein hartes Tabukriterium
- Bei Prüfung des Merkmals „substanziell Raum verschaffen“ darf Kommune nicht (mehr) auf weiche Tabuzonen zurückgreifen

2. OVG Lüneburg, Urteil v. 05.03.2018 - 12 KN 144/17 (FNP, Bekanntmachungsfehler und „Ewigkeitsfehler“)

➢ **Worum geht es?**

- FNP von 1978 enthält seit 1998 in Gestalt der 48. Änderung eine Windkonzentrationszone mit Ausschlusswirkung (LK Hameln-Pyrmont)
- März 2008: Gemeinderatsbeschluss, „das Verfahren zur Änderung Nr. 67 / 16. des FNP auf dem gesamten Gemeindegebiet (Sonderbaufläche Windenergie) durchzuführen“
- 2009: Frühzeitige Bürgerbeteiligung und sodann Öffentlichkeitsbeteiligung / Behördenbeteiligung mit dem Ziel, eine neue Konzentrationsfläche für WEA auszuweisen; Geltungsbereich jetzt „Scheulers Kopp“
- Gemeinderat billigt neuen Entwurf, nach Genehmigung erfolgt im April 2010 die Bekanntmachung (vgl. § 6 Abs. 5 BauGB)

- In der Begründung heißt es, einerseits dass

„der Geltungsbereich der Änderung des Flächennutzungsplans durch die Grenzen der dargestellten ... Konzentrationszone bestimmt werde.“

Andererseits sollen

„... außerhalb der Sonderbauflächen der Errichtung von WEA im gesamten Gebiet ... in der Regel öffentliche Belange entgegenstehen ...“

- Außerdem: Keine ausdrückliche Unterscheidung von harten und weichen Tabukriterien
- Normenkontrollantrag eingereicht, jahrelange Vergleichsbemühungen, daher Ruhen des Verfahrens
- Jetzt ergeht doch Sachentscheidung ...

➢ Die Entscheidung

- Die 67 / 16. Änderung des Flächennutzungsplans wird für unwirksam erklärt (bezogen auf Ausschlusswirkung)
- Zulässigkeit: Antragsbefugnis
  - Zwar Nutzungsverträge vorhanden
  - Aber:
    - ✓ WEA nicht mehr wirtschaftlich betreibbar,
    - ✓ Zögerliche Umsetzung,
    - ✓ Antragsteller = Privatperson, WEA sollte eine SPV betreiben

OVG: Nutzungsvertrag reicht aus, weitergehendes Realisierungs-/ Betreiberinteresse nicht nötig: es genügt, dass der klagende Standortentwickler das Verfahren „nur“ bis zur Vorhabengenehmigung vorantreibt, vgl. § 2 Satz 2 der 9. BImSchV:

„Träger des Vorhabens kann auch sein, wer nicht beabsichtigt, die Anlage zu errichten oder zu betreiben.“

- Normenkontrollantrag ist begründet:
  - Fehlerhafte Bekanntmachung: Hinweiszweck = Mindestvoraussetzung einer wirksamen Bekanntmachung wurde nicht erreicht:

„Der Hinweis muss […] geeignet sein, dass Inkrafttreten des neuen Bebauungsrechtes in einem näheren Bereich des Gemeindegebietes dem Normadressaten gegenüber bewusst zu machen und denjenigen, der sich über den genauen räumlichen und gegenständlichen Regelungsinhalt des Bebauungsplans unterrichten will, ohne weitere Schwierigkeiten zu dem richtigen Plan führen‘ (vgl. BVerwG, Urteil vom 06. Juli 1984 - 4 C 22/80 ... Rn 19). Der Hinweiszweck des betroffenen Bauleitplanes wird danach nicht erreicht, wenn sein Geltungsbereich nicht zumindest schlagwortartig aus der Bekanntmachung deutlich wird (vgl. Krautzberger, in: Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, zu § 6 Rn. 88).“

  - Vermutung, dass der FNP für das gesamte Gemeindegebiet gilt, nur bei Neuerlass, nicht bei einer Änderung des FNP
  - Unterschiedliche Bezeichnung des Geltungsbereichs

Nummernmäßige Bezeichnung der FNP-Änderung („67/16.“) ohne Hinweis auf den räumlichen Geltungsbereich = **Ewigkeitsfehler** (§§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 215 BauGB)

- Außerdem Abwägungsfehler:
  - ✓ Sachverhaltsrüge muss nicht vom Normenkontroll-Antragsteller erhoben sein (BVerwG, Beschluss vom 02.01.2001 - 4 BN 13/00)
  - ✓ Innerhalb der Jahresfrist (§ 215 Abs. 1 Satz 1 BauGB) war gerügt worden, dass fehlerhaft ein 500-Meter-Mindestabstand zu Siedlungen erforderlich sei, rechtlichen Einordnung dieses Mangels ist gemäß § 215 BauGB nicht erforderlich
  - ✓ Hier: Referenzanlage 150 m, damit sei hartes Tabukriterium allenfalls bezogen auf 3 H der Anlage (450 m) zulässig
  - ✓ Hilfsargument Gemeinde: Abstand = „weiches Tabukriterium“ verfängt nicht, denn dem Gemeinderat war unklar, ob ein Abwägungsspielraum bestand = erheblicher Abwägungsfehler
  - ✓ Rechtsprechung zu harten und weichen Tabukriterien musste berücksichtigt werden, obwohl das Bundesverwaltungsgericht die entsprechenden Rechtsgrundsätze erst nach Bekanntmachung des Flächennutzungsplans fasste

➢ Unsere Bewertung

- Obligatorischer Nutzungsvertrag genügt in der Regel (Übertragung auf eine Kapitalgesellschaft hindert Antragsbefugnis nicht)
- Ausführungen zur Bekanntmachung haben u. U. Folgen für ältere Flächennutzungsplan-Änderungen. Bei Ewigkeitsfehler kann auch heute noch eine Normenkontrolle geführt werden. Zudem sind „Ewigkeitsfehler“ nicht unbeachtlich geworden!
- Bestätigt: Auch Alt-Flächennutzungspläne müssen Rechtsprechung zu harten und weichen Tabukriterien beachten
- Wichtige Hinweise zur Substantiierung von Mängelrügen (einzureichen spätestens ein Jahr nach Bekanntmachung des FNPs): Ausführungen zum bemängelten Sachverhalt genügen, keine rechtliche Einordnung erforderlich

4. „Isolierte Positivplanung“

OVG Münster, Urt. v. 17.05.2017 - 2 D 22/15 (weitere FNP-Konzentrationszone ohne Gesamtüberplanung der Gemeinde möglich!)

➢ **Worum geht es?**

- Normenkontrolle gegen Bebauungsplan, der drei zusätzliche WEA in Erweiterung eines Bestandswindparks zulässt
- Bisherige „52. Änderung“ des FNPs sieht Windkonzentrationszone an anderer Stelle vor (für Bestandswindpark)
- Parallel zum Bebauungsplanaufstellungsverfahren erfolgt die „80. Änderung“ des FNP, in der zusätzliche Konzentrationszone ausgewiesen wird

⇨ Bei der 80. Änderung des Flächennutzungsplans **wurde keine Gesamtbetrachtung des Gemeindegebiets durchgeführt**

⇨ In der Begründung heißt es, das Ausschlusskonzept der 52. Änderung bleibe unberührt, es würden lediglich ergänzend neue Flächen der Windenergieanlagennutzung zugängig gemacht. Insbesondere will die Gemeinde damit im Streitfall die Infragestellung des gesamten Ausschlusskonzeptes der (bisherigen) Flächennutzungsplanung vermeiden.

➢ Die Entscheidung

- Normenkontrollantrag gegen Bebauungsplan ist unzulässig und unbegründet
- Unzulässigkeit: Rechtsschutzbedürfnis fehlt, da Planung für betroffenen Anwohner nur vorteilhaft, zudem kann sich Anwohner nicht auf Positivwirkung einer FNP Konzentrationszone berufen
- Unbegründetheit: Kein Bekanntmachungsmangel, **auch keine abschließende Betrachtung von Artenschutzbelangen** (Rohrweihe, Rotmilan, Wiesenweihe, Fledermäuse) **erforderlich**
- Insbesondere kein Verstoß gegen das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB: Die Ausweisung einer zusätzlichen Windvorrangfläche war möglich, ohne das bisherige Planungskonzept der 52. Änderung des FNP infrage zu stellen (ausführlich begründet mit § 249 Abs. 1 BauGB)

➢ Unsere Bewertung

- Gemeinde kann, ohne bisherige Ausschlussplanung infrage zu stellen, zusätzliche Windvorranggebiete ausweisen
- Diese - jetzt erstmals obergerichtlich bestätigte (!) - **Möglichkeit** dürfte es Projektierern im Verbund mit Gemeinden **erleichtern**, eine bestehende und etablierte **Flächennutzungsplanung zu erweitern**. In der Praxis haben Kommunen vielfach Sorge, durch die Ausweisung einer neuen Vorrangfläche die bestehende Ausschlusswirkung infrage zu stellen. Diese Sorge ist mit OVG Münster, a. a. O., unberechtigt!
- Nach OVG Münster muss nicht zwingend eine frühere Potenzialfläche ausgewiesen werden, auch muss nicht zwingend auf dem früheren Plankonzept aufgebaut werden. Folge: Offenbar kann die Kommune „relativ frei“ eine zusätzliche Windvorrangfläche ausweisen!

5. Denkmalschutz

Denkmalschutz, Landschaftsbild, Welterbe: Ein Fanal für die Einzelprüfung?

OVG Koblenz, Urteil v. 07.04.2017 - 1 A 10683/16

- Anlass: Errichtung von WEA oberhalb der Mosel, wären gemeinsam mit Reichsburg Cochem zu sehen
- Regionalplan: Dominierende landschaftsprägende Gesamtanlagen mit erheblicher Fernwirkung sind **vor optischen Beeinträchtigungen** zu bewahren; Flusstäler und Hänge **von großen Einzelbauwerken frei zu halten**, wie WEA

→ VG: Sichtbarkeit WEA gemeinsam mit Burg gegeben, deshalb Verstoß

→ OVG: Sinn ist „Bewahrung des Eindrucks, der durch eine **dominierende landschaftsprägende Gesamtanlage** mit **regionaler Bedeutung** und **erheblicher Fernwirkung** vermittelt wird.“ Entscheidend: „Schutz der als **identitätsstiftend erachteten Fernwirkung“**

OVG Koblenz , Urteil v. 07.04.2017 - 1 A 10683/16

- Beobachtungspunkte müssen für die Wahrnehmung dieser Fernwirkung „in schutzzweck-relevanter Weise bedeutsam sein“; das setze eine gewisse **Häufigkeit der Frequentierung** durch Betrachter voraus; zudem sei **„inhaltliche Voraussetzung“,** dass der Besuch „in einem inneren Zusammenhang mit der zu schützenden Fernwirkung“ steht

- Kann man WEA und Burg „auf einen Blick“ wahrnehmen? Ist die WEA „gleichsam als „Kulisse“ der zu schützenden Anlage“ sichtbar?

- Je weiter man hingegen **Blick schweifen lassen muss,** um beide Anlagen in den Blick zu nehmen, umso weniger wahrscheinlich sei optische Beeinträchtigung der Burg durch die WEA

OVG Koblenz, Urteil v. 07.04.2017 - 1 A 10683/16

- Selbst wenn Denkmal landschaftsprägend ist:
  - Wird **der Blick** durch andere Landschaftsbestandteile (z. B. ein im Vordergrund stehendes Ortsbild) massiv **abgelenkt?**
  - Würden die WEA **im Randbereich des Blickfelds liegen,** so dass sie als „bloßer Randpunkt“ nicht ins Gewicht fielen? (Es sei zu berücksichtigen, dass es sich um „eher schmale bauliche Anlagen“ handelt.)
  - Zu berücksichtigen sei auch, **wodurch** Denkmal landschaftsprägende Wirkung erhält. Hier: Durch Dominanz der Anlage **gegenüber der Ortslage, dem Fluss und den Verkehrswegen,** über denen sie „thront“. Deshalb werde landschaftsprägende Wirkung gerade dann sichtbar, wenn man den Blick auf die Burg und die darunter gelegene Umgebung richtet, also **von einem Aussichtspunkt aus nach unten.**
  - Macht WEA der Burg in solchem Blickfeld **die Dominanz streitig?**

OVG Koblenz, Urteil v. 07.04.2017 - 1 A 10683/16

- **Umgebungsschutz im Denkmalrecht:** Bei der räumlichen Abgrenzung des geschützten Bereichs sei darauf abzustellen, ob die Umgebung eines Kulturdenkmals **„maßgeblich für dessen Erscheinungsbild“** ist. Das sei der Fall, wenn „die **Ausstrahlungskraft** des Kulturdenkmals wesentlich von der Gestaltung seiner Umgebung abhängt“

- Gehe es um den **landschaftsprägenden Charakter** der Anlage, könne Umgebungsschutz nicht weiterreichen, als der **durch die Anlage geprägte Bereich der Landschaft**

- Mit **LSG** vereinbar? Eher unberührte Natur oder **zeigen auch zahlreiche sonstige Baulichkeiten die Anwesenheit des Menschen** „mit seinen infrastrukturellen Bedürfnissen“ - Eisenbahnlinie, Brücken etc.? Zustand der Landschaft dann nicht weitgehend naturnah, WEA eher zulässig

Weitere Entscheidungen zum Denkmalschutz

- Generell: Gerichte betonen immer Notwendigkeit der **Einzelfallprüfung**, so auch KNE-Fachdialog Welterbe

- OVG Lüneburg, Urteil v. 16.02.2017, 12 LC 54/15: 3 von 11 WEA in ca. 500 m Entfernung unzulässig, da besondere Wirkung einer Gutsanlage „**übertönt**“ werde; daran ändere auch **beschränkte Lebensdauer der WEA** nichts: Erstens Genehm. unbefristet, zweitens „auch längere zeitweilige Beeinträchtigung“ problematisch

- OVG Lüneburg, Urteil v. 14.05.2014, 12 KN 244/12: Erfolgreicher Angriff gg. Regionalplan, da Gebietsausweisung wg. Welterbe-Schwebefähre in **unter 5km Entfernung** abgelehnt worden war; so „weitreichender Vorsorgeabstand“ sei nur „**schwer begründbar**“

- OVG Lüneburg, Urteil v. 23.08.2012, 12 LB 170/11: „Erhebliche Beeinträchtigung“ **voll gerichtl. überprüfbar**, also keine Einschätzungs-prärogative im Denkmalschutz

Weitere Entscheidungen zum Denkmalschutz

- OVG Hamburg, Urteil v. 07.06.2018, 1 Bs 248/17: 5 WEA in 800 m von Denkmälern entfernt zulässig; denkmalschutzrechtl. Umgebungsschutz kann über Verunstaltungsverbot hinausgehen; wird u. a. **Bezug** zwischen Denkmälern unterbrochen? Werden **absichtsvoll** geschaffene Blickachsen beeinträchtigt? Wird Ensemble **erdrückt**, **verdrängt** oder **übertönt** oder fehlt es an **Achtung** ggü. **Werten** des Denkmals?

- VG Koblenz (zum abwenden): Urteil v. 24.07.2018, 4 K 748/17, Boppard-Weiler: 3 WEA außerhalb Pufferzone Welterbe Mittelrhein unzulässig, unkritische Anwendung der sog. Sichtachsenstudie

- VG Aachen, Urteil v. 23.06.2017, 6 L 552/17: 2 WEA in ca. 4 km Entfernung zu Bauwerken zul.; erhebliche Beeinträchtigung, wenn hässliche, unästhetischer Zustand im Sinne Unlust erregenden Kontrasts geschaffen wird; hier insbesondere i. w. im Nahbereich und **innen** wertvoll, **dort** entfalte sich der Denkmalwert (Denkmalliste ansehen!)

Weitere Entscheidungen zum Denkmalschutz

- VG Darmstadt, Urteil v. 02.02.2018, 6 L 205/17.DA: 5 WEA in UNESCO-Geopark zulässig; seine Ziele seien Schutz des geologischen Erbes, aber auch Impulse für wirtschaftliche Entwicklung auf lokaler Ebene; UNESCO Global Geopark sei **keine Schutzkategorie nach dt. R**., zudem sei Bau von WEA **Beitrag zu nachhaltiger Wirtschaftsentwicklung**; Topographie und Wald führe zudem zu tlw. **Sichtverschattung**

- VG Düsseldorf, Urteil v. 07.06.2018, 28 K 3438/17: 2 E 70 in ca. 360 m zu Hofanlage etc. zulässig; WEA seien **Alltäglichkeit** geworden und seien mittlerweile mit typischer Kulturlandschaft gleichzusetzen; Landschaft werde in Aussehen, **nicht** aber Funktion beeinträchtigt

Hemmnis Nr. 1: Unklare Maßstäbe für Beeinträchtigungen im Denkmalschutz; idR jede Sichtbarkeit = Erhebliche Beeinträchtigung

Beispiel möglicher Lösung aus KNE-Fachdialog „Energiewende in der Nähe von UNESCO Welterbe“

Der Fachdialog empfiehlt für deutsche Welterbestätten (…), die bereits existierenden sogenannten ***Statements of OUV*** **durch Beschreibungen zu ergänzen**. Sie sollen konkrete Angaben zum Objekt bzw. zu den Attributen des OUV machen und gegebenenfalls seine **wertbestimmenden Sichtachsen benennen** und kurz **fachlich begründen**. Ziel ist es, den Umgang mit dem OUV im Raum **handhabbar** und **planbar** zu machen. Die Beschreibungen sollen sicherstellen, dass eine **qualifizierte Grundlage für Einzelfallprüfungen** konkreter Planungen vorliegt, ohne dass diese Wertungen hinsichtlich möglicher Beeinträchtigungen vorwegnimmt. (…)
Zentrale Inhalte der Beschreibungen: Die Beschreibungen sollen (…)sich auf die **konkreten Geländebedingungen und Attribute der Stätte** beziehen und k**eine pauschalen Angaben über Radien** machen.

Zudem: Mangelnde Berücksichtigung **inhärenter Befristung** von WEA-Vorhaben
⇨ Kann **beantragte** Befristung Abhilfe schaffen?

6. UVP und UVP-Vorprüfung, Rechtsprechungs-Analyse

Zur Einführung: Die UVPG-Novelle 2017

„Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung“ (UVPModG) ist am **29.07.2017 in Kraft getreten** (BGBl. I S. 3370, 3376)

- **Definitionen** („Windfarmen“, „Einwirkungsbereich“), § 2 Abs. 5 UVPG neu

  „Windfarm im Sinne dieses Gesetzes sind drei oder mehr Windkraftanlagen, deren **Einwirkungsbereich** sich überschneidet und die in einem **funktionalen Zusammenhang** stehen, unabhängig davon, ob sie von einem oder mehreren Vorhabenträgern errichtet und betrieben werden. Ein **funktionaler Zusammenhang** wird insbesondere angenommen, wenn sich die Windkraftanlagen in derselben **Konzentrationszone** oder in einem Gebiet nach § 7 Absatz 3 des Raumordnungs-gesetzes befinden.“

- „**Freiwillige UVP**“ möglich (§ 7 Abs. 3 UVPG neu)

- Zwei neue Gesetzes-Anlagen zum UVPG:

  a) **Anlage 2:** zur sog. **Screening-Entscheidung** und

  b) **Anlage 4:** zum jetzt sog. **UVP-Bericht,** ehemals UVS/UVU)

- Jetzt ausführliche Regelungen zu **„kumulierenden Vorhaben“** und „nachträglich hinzutretenden, kumulierenden Vorhaben“, hier interessant:

§ 10 UVP-Pflicht bei kumulierenden Vorhaben

(1) Für kumulierende Vorhaben besteht die UVP-Pflicht, wenn die kumulierenden Vorhaben zusammen die maßgeblichen Größen- oder Leistungswerte nach § 6 erreichen oder überschreiten.
(2) …
(3) …
(4) **Kumulierende Vorhaben** liegen vor, wenn mehrere Vorhaben derselben Art von einem oder mehreren Vorhabenträgern durchgeführt werden und in einem **engen Zusammenhang stehen**. Ein enger Zusammenhang liegt vor, wenn

1. sich der Einwirkungsbereich der Vorhaben überschneidet und
2. die Vorhaben **funktional und wirtschaftlich aufeinander bezogen** sind.

Technische und sonstige Anlagen müssen zusätzlich mit **gemeinsamen betrieblichen oder baulichen Einrichtungen** verbunden sein.

Dazu: **VGH München, Beschluss v. 23.04.2018 - 22 ZB 18.627 (nachträgliche Kumulation)**

- Bestands-WEA kommen 2 weitere WEA hinzu, **Windfarm** ? - Zitat:

„Der VGH belässt es … bei dem Bemerken, dass das BVerwG es bereits unter der Geltung des UVPG a.F. für die Bejahung eines **kumulierenden Vorhabens nicht hat genügen lassen, dass sich die Einwirkungsbereiche der einzelnen Anlagen überlappen**, … Die Bejahung eines kumulierenden Vorhabens setzte bereits nach altem Recht zusätzlich vielmehr das **Bestehen eines funktionalen und wirtschaftlichen Bezugs der einzelnen Vorhaben untereinander sowie ihre Verbindung durch gemeinsame betriebliche oder bauliche Einrichtungen voraus** (BVerwG, U. v. 18.6.2015 - 4 C 4.14 - BVerwGE 152, 219 Rn. 25), wobei ein funktionaler und wirtschaftlicher Bezug ein **planvolles Vorgehen** des oder der Vorhabensträger(s) voraussetzte, aufgrund dessen von einem zufälligen Zusammentreffen von Vorhaben derselben Art nicht mehr gesprochen werden kann (BVerwG, U. v. 17.12.2015 - 4 C 7.14 u. a. - BVerwGE 153, 361 Rn. 18). **§ 10 Abs. 4 UVPG heutiger Fassung übernimmt diese Rechtsprechung**, der sich der VGH angeschlossen hat …“

Hingegen erneut offen gelassen: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 22.08.2018 - 11 S 10/18

Unverändert: Wann ist für WEA-Vorhaben eine UVP-Pflicht gegeben?

Nach Feststellung der UVP-Pflicht aufgrund (nur) **standortbezogener Vorprüfung („S“)** des Einzelfalls bei 3 bis < 6 WEA

Nach Feststellung der UVP-Pflicht aufgrund **allgemeiner Vorprüfung („A“)** des Einzelfalls bei 6 bis < 20 WEA

bei 20 oder mehr WEA

= stets UVP-pflichtig!

Gemäß Anlage 1 zum UVPG, Ziffer 1.6 (inhaltlich wie nach bisherigem UVP)

Wann ergibt sich bei UVP-Vorprüfung eine UVP-Pflicht?

§ 7 UVPG (ehemals § 3c UVPG)

(1) Bei einem Neuvorhaben, das in Anlage 1 Spalte 2 mit dem Buchstaben „A“ gekennzeichnet ist, führt die zuständige Behörde eine **allgemeine Vorprüfung** zur Feststellung der UVP-Pflicht durch. Die allgemeine Vorprüfung wird als

- **überschlägige Prüfung** unter Berücksichtigung der in Anlage 3 aufgeführten Kriterien durchgeführt. Die UVP-Pflicht besteht, wenn das Neuvorhaben
- **nach Einschätzung der zuständigen Behörde**
- **erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann**, die nach § 25 Abs. 2 bei der Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen wären.

➢ Rechtliche Vorgabe ist **unscharf**, deshalb unterschiedliche Praxis der Gerichte (zu OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.08.2017 - 12 ME 81/17 (Wesermarsch, Grundwasser)

➢ Zu den aktuellen Problemfällen in der Praxis …

Rechtsprechungsübersicht /1 - UVP-Vorprüfung

➢ Fehlerhafte UVP-Vorprüfung festgestellt:

Umweltvereinigung	Nachbar
OVG Münster, Beschl. v. 4.10.2017 – 8 B 976/17 - Fehlerhafte Bewertung eines Schwarzstorchschwerpunktvorkommens	**OVG Hamburg, Beschl. v. 23.06.2017 - 1 Bs 14/17** - Fehlende Ermittlung und Bewertung zu Wasserschutzgebiet - Fehlende Betrachtung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen
VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2017 – 8 S 902/17 - Fehlende Bewertung eines Rotmilanvorkommens (Verweis auf bekannten Rotmilanhorst, aber keine Bewertung dazu)	**OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.08.2017 - 12 ME 81/17** - Fehlende Ermittlung und Bewertung zu des Schutzgutes Wasser - Fehlende Betrachtung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen
OVG Lüneburg, Beschl. v. 31.5.2018 – 12 ME 64/18 - Fehlerhafte Vorgehensweise bei der avifaunistischen Erfassung - Fehlende Betrachtung eines Rotmilan-Dichtezentrums - Fehlende Ermittlungen und Bewertungen zu Wasserschutzgebiet	**VG Sigmaringen Beschl. v. 7.9.2017 – 5 K 587/17** - Fehlende Betrachtung eines Rotmilan-Dichtezentrums in der standortbezogenen UVP-Vorprüfung (Achtung: vom VGH Mannheim aufgehoben)
VG Hannover Beschl. v. 27.6.2018 – 12 B 10379/1 - Verfahrenslenkende Funktion der Vorprüfung verkannt (Genehmigungsbehörde ließ Unterlagen immer wieder nachbessern)	**OVG Greifswald Beschl. v. 27.6.2018 – 3 M 286/15** - Fehlerhafte Bewertung in der zusammenfassenden Darstellung - Fehlerhafte Bewertung des Rotmilans (knapp über 1.000 m entfernt); insoweit auch verfahrenslenkende Funktion der UVP verkannt, weil immer wieder nachgebessert wurde

Beispiel: OVG Lüneburg, Beschluss v. 31.05.2018 - 12 ME 64/18 (Rotmilan-Dichtezentrum und standortbezogene Vorprüfung)

➢ **Worum geht es?**

- Umweltvereinigung geht Genehmigung für vier WEA vor
- Vortrag: WEA liege im „Rotmilan-Dichtezentrum“

Kernfragen:

⇨ **Ist das Artenschutzrecht bei standortbezogener Vorprüfung zu betrachten?**

⇨ **Insbesondere: Ist das sog. „Rotmilan-Dichtezentrum“ eine zu bewertende Gebietskategorie?**

➢ Die Entscheidung

„Mit dieser „Schwerpunktsetzung in Ergänzung zum europäischen (internationalen) Vorgehen auf der Ebene des Bundeslandes“ dürfte bezogen auf Niedersachsen und jedenfalls den Rotmilan zutreffend ein Auswahlkriterium für ein **sonstiges, besonders umweltsensibles Gebiet** bezeichnet worden sein. Wie dargelegt, dienen zwar **in erster Linie die EU-Vogelschutzgebiete** als Teil der Natura 2000-Gebiete i. S. d. Nr. 2.3.1 der Anlage 2 zum UVPG a. F. dem Schutz u. a. auch des Rotmilans. Eine Begrenzung des Schutzes auf diese Gebiete würde aber der **besonderen Bedeutung der Bundesrepublik für diese Vogelart nicht gerecht** und kann vom Bundesgesetzgeber beim Erlass der Anlage 2 zum UVPG a. F. nicht gewollt gewesen sein.“

- **Standortbezogene Vorprüfung scheitere hier an fehlender Artenschutzbetrachtung (sehr streitig**, anders**: VGH Mannheim**, B. v. 05.04.2016 - 3 S 373/16; **VGH Kassel**, B. v. 25.07.2017 - 9 B 2522/16; **OVG Saarland**, B. v. 05.04.2017 - 2 B 726/16; **VGH München**, B. v. 06.03.2017 - 22 ZB 16.2037, anders/ wie Lüneburg: OVG Münster, Urt. v. 18.05.2017 - 8 A 870/15, je **Revision zugelassen**, BVerwG, B. v. 23.01.2018 - 7 B 11.17 und B. v. 04.10.2017 - 8 B 976/17)

➢ **Siehe aktuell:** VGH Mannheim, B. v. 20.07.2018 - 10 S 237/17: „**Rotmilan-Dichtezentrum“** bei standortbezogener UVP keine Kategorie!

Rechtsprechungsübersicht /2 - UVP-Vorprüfung

➢ Fehlerfreie UVP-Vorprüfung festgestellt:

Umweltvereinigung	Nachbar
OVG Münster Beschl. v. 15.3.2018 – 8 B 736/17 - **nachvollziehbare UVP-Vorprüfung**	**OVG Münster, Beschl. v. 29.6.2017 – 8 B 187/17** - Unterlagen waren z.Zt. der Vorprüfung vollständig. - **Ausreichende Dokumentation** der UVP-Vorprüfung ausreichend, da Genehmigungsbehörde sich nachvollziehbar mit den Auswirkungen auseinander gesetzt hat.
OVG Bautzen, Beschl. v. 27.3.2018 – 4 B 185/17 - ausreichende **Dokumentation**: - **UVP-Vorprüfung plausibel**; artenschutzrechtliche Nebenbestimmungen kein Indiz für Notwendigkeit einer UVP.	**VGH Kassel, Beschl. v. 25.7.2017 – 9 B 2522/16** - **Ausreichende Dokumentation** entspricht dem gesetzlich geforderten Umfang; es ist nicht notwendig darzulegen wie die der durchgeführten Vorprüfung zugrunde gelegten Stellungnahmen auf ihre Plausibilität überprüft wurden.
OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.8.2018 – 11 S 10/18 - **nachvollziehbare UVP-Vorprüfung**; keine fehlerhafte Bewertung, da keine Verletzung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände zu befürchten	**OVG Münster, Beschl. v. 19.10.2017 - 8 B 1113/17** - Verzicht von Anlagen führt zum Entfall des Erfordernis zur Durchführung einer UVP-Vorprüfung bei **nachträglichen Unterschreiten der Mindestgrenze** (3 WEA): **VGH Mannheim Beschl. v. 25.1.2018 – 10 S 1691/17** - Ausreichende Bekanntmachung des Ergebnisses der standortbezogenen UVP-Vorprüfung. **VGH Mannheim Beschl. v. 20.7.2018 – 10 S 2378/17** - Es liegt keine fehlerhafte UVP-Vorprüfung vor, wenn im Rahmen der standortspezifischen UVP-Vorprüfung die Kriterien der Nr. 2.3 der Anlage 3 zum UVPG geprüft wurden. Die Anlage ist abschließend, so dass es einer Prüfung von Dichtezentren im Rahmen der standortbezogenen UVP-Vorprüfung nicht bedarf.

Beispiel: OVG Bautzen, Beschluss v. 27.03.2018 - 4 B 185/17

- **Worum geht es?**
  - WEA-Genehmigung für vier E-53 (Ersatz für vier E-40)
  - Standort im LSG, Rotmilanbrut in ca. 1.200 m Entfernung
  - Eilantrag eines **Umweltverbandes**:
    - UVP sei erforderlich und
    - Tötungsverbot sei verletzt

➢ Die Entscheidung

- Eilantrag zurückgewiesen
- Rechtlicher Maßstab: UmwRG i. d. F. von August 2017 (s. § 8 Abs. 1 Satz 1 UmwRG); § 3c Satz 1 UVPG a. F. (s. § 74 Abs. 1 UVPG)
- Kein Verfahrensfehler
  - Erhebliche nachteilige Umweltauswirkung (umso eher zu erwarten, wenn „Schädlichkeitsgrenze“ überschritten ist, also Verstoß gegen Tötungsverbot vorliegt)
  - Zeitpunkt: **verspätete Durchführung der UVP-Vorprüfung** erst mit Genehmigungserteilung im Ergebnis unschädlich (§ 45 VwVfG)
  - Zur Dokumentation:

„... legt ... § 3c Satz 6 UVPG a. F., wonach die Durchführung und das Ergebnis der Vorprüfung zu dokumentieren sind, zwar nahe, dass auch die einzelnen Schritte der Vorprüfung aktenkundig gemacht werden sollen (Sangerstedt in Landmann/Rohmer, zu § 3c Rn 3 ff.). Allerdings ist der Vorschrift nicht zu entnehmen, wie dies im Einzelnen zu geschehen hat. Da sie dem Zweck dient, die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der Entscheidung zu ermöglichen ... reicht es aus, wenn die der Vorprüfung zugrunde gelegten Unterlagen, die wesentlichen Prüfschritte und die dabei gewonnenen Erkenntnisse über nachteilige Umweltauswirkungen zumindest grob skizziert im Genehmigungsbescheid oder in einem zu den Verwaltungsakten genommenen Dokument niedergelegt ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Februar 2013 - 7 VR 13.12).“

- Inhaltlich sei UVP-Vorprüfung nachvollziehbar: Dass Vorhabensträger nicht selbst Fledermausabschaltung und Mahdabschaltung vorschlug, diese aber festgelegt wurden, führt nicht zwangsläufig zur UVP-Pflicht, da entsprechende Auflagen „zur Konfliktvermeidung regelmäßig behördlich verfügt“ würden.

➢ Unsere Bewertung

- Erfreuliche Entscheidung im Hinblick auf Anforderungen der allgemeinen UVP-Vorprüfung
- Selbst bei Unterschreitung von Abstandsempfehlungen zu Greifvögeln und selbst bei fehlendem Vorschlag des Vorhabensträgers für beschränkende Nebenbestimmungen kann UVP-Pflicht entfallen (selbst im LSG)
- Bestätigung der Rechtsprechung: UVP-Vorprüfung **kann nachgeholt** werden, unschädlich wenn UVP-Vorprüfung erst mit Genehmigungs-erteilung ergeht
- Zur Dokumentation wird konkretisiert und zugleich „nicht überzogen“
- Kritik: Bedarf es wirklich mit OVG Bautzen einer allgemeinen Vorprüfung? Stichworte: **nachträgliche Kumulation** von vier WEA (Repowering) wäre für sich lediglich standortbezogen vorprüfungspflichtig; keine Ausführung zum wirtschaftlichen Bezug; keine Auseinandersetzung mit §§ 10, 11 UVPG!?

Rechtssprechungsübersicht /3 - UVP durchgeführt

➢ Fehlerhafte UVP festgestellt:

Umweltvereinigung	Nachbar
OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.1.2018 - 2 L 110/15 - Fehlerhafte UVS, da artenschutzrechtliche Erfassungen nicht ausreichend, um Tötungsverbot auszuschließen **VG Oldenburg, Beschluss vom 6.2.2018, 12 B 56/18** - fehlerhafte UVS, da artenschutzrechtliche Erfassungen nicht ausreichend, um Tötungsverbot auszuschließen **VG Arnsberg, Urteil vom 20.2.2018 - 4 K 459/16 und - 4 K 1411/16** - fehlerhafte UVS, da unzureichende artenschutzrechtliche Erfassung (Tötungsverbot nicht ausgeschlossen) **OVG Lüneburg Beschl. v. 28.5.2018 – 12 ME 25/18** - fehlerhafte Bestandserfassungen (Untersuchungsgebiet zu klein) - Voraussetzungen für Ausnahme nicht erfüllt. **VG Arnsberg, Urteil vom 29.5.2018 - 4 K 3836/17** - Verstoß gegen das Tötungsverbot	**OVG Münster, Beschl. v. 23.10.2017 – 8 B 709/17** - unzureichenden Sachverhaltsermittlung bei fehlender Betrachtung der kumulierenden Wirkung in der UVP bei Erweiterung einer „Windfarm“. Achtung: durch OVG Münster, Beschluss vom 8.2.2018 abgeändert **VG Oldenburg, Beschluss vom 6.2.2018, 12 B 56/18** - fehlerhafte UVS, da artenschutzrechtliche Erfassungen nicht ausreichend, um Tötungsverbot auszuschließen

OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.05.2018 - 12 ME 25/18 (fehlerhafte UPV, Bestanderfassung von Bestands-WEA)

- **Worum geht es?**
  - Umweltvereinigung geht acht neugenehmigte WEA vor
  - WEA liegen nur 900 m entfernt von Bestandswindpark mit 13 WEA
  - UVP durchgeführt
  - Vorwurf: Fehlerhafte Bestandserfassung, insbesondere fehlende Betrachtung beider Windparks
- **Die Entscheidung**
  - Genehmigung ausgesetzt …

„ Auszugehen ist davon, dass sich der Umfang der Berücksichtigungspflicht der Umweltauswirkungen des bestehenden, bisher nicht UVPpflichtigen Vorhabens (§ 3b Abs. 3 Satz 1 UVPG a. F.) - Windpark I. - bei der Durchführung der Umweltverträglichkeitsprüfung für den Windpark H. nur vor dem Hintergrund des materiellen Zulassungsrechts bestimmen lässt. Die Ermittlungen und Bewertungen der Umweltverträglichkeitsprüfung müssen nach allgemeinen Grundsätzen zwar nicht weiter gehen als das vom Zulassungsrecht Geforderte (Dienes, in: Hoppe/Beckmann [Hrsg.], UVPG, 4. Aufl. 2012, § 3b UVPG Rn. 40). **Umgekehrt soll der Untersuchungsrahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung aber auch alle Umweltgesichtspunkte umfassen, die für die fachrechtliche Genehmigungsentscheidung von Bedeutung sind** (vgl. Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, Stand: 15. Juli 2017, § 3b UVPG Rn. 49 i. V. m. § 3c UVPG Rn. 24).“ (Herv. v. uns)

- Problematische Entscheidung, da nach OVG **umfangreiche Erfassungen bzgl. Bestands-Windpark** erforderlich sein soll (jedenfalls wegen Ausnahme-Entscheidung zu Tötungsverbot), weitere Diskussion beobachten! **(anders OVG Lüneburg, Urteil v. 31.07.2018)**

Rechtssprechungsübersicht /4 - UVP durchgeführt

➢ Fehlerfreie UVP festgestellt

Umweltvereinigung	Nachbar
OVG Koblenz, Beschl. v. 25.7.2017 - 8 B 10987/17.OVG - Fehlerhafter Hinweis in der **Bekanntmachung** auf „Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur“ führt nicht zur Aufhebung der angefochtenen Genehmigung führt - es handelt sich zwar um einen **relativen Verfahrensfehler** nach § 4 Abs. 1 a) UmwRG, es ist aber nicht erkennbar, dass die Entscheidung anders ausgefallen wäre	**OVG Koblenz, Beschl. v. 17.10.2017 – 8 B 11345/17.OVG** - **Öffentlichkeitsbeteiligung** entspricht Vorschriften der 9. BImSchV - Standortverschiebung von 2 m unproblematisch, wenn keine nachteiligen Auswirkungen - **Kein absoluter Verfahrensfehler**, wenn sich Nachbar im Rahmen der Öffentlichkeit hätte beteiligen können
VG Saarlouis Urt. v. 23.5.2018 – 5 K 1418/17 - Unzulässige Klage, da Umweltvereinigung noch nicht anerkannt - Ordnungsgemäße Bekanntmachung des Genehmigungsbescheides	**OVG Münster, Beschl. v. 29.11.2017 - 8 B 663/17** - Avifaunistische Daten ausreichend **aktuell**
	OVG Münster, Beschl. v 20.2.2018 – 8 B 840/17 - **keine grob fehlerhafte UVS**, damit kein absoluter Verfahrensfehler - kein relativer Verfahrensfehler, da Verletzung drittschützender Rechte durch Artenschutz
	OVG Koblenz, Beschl. v. 2.3.2018 - 1 B 11809/ 17.OVG - fehlerhafte UVP-Vorprüfung wird von ordnungsgemäßer UVP überholt - zusammenfassende Darstellung entspricht den Voraussetzungen von § 11 Satz 4 UVPG a.F. (Darstellung kann in der Begründung des Genehmigungsbescheids erfolgen)
	OVG Münster, Beschl. v. 26.3.2018 – 8 B 1291/17 - **keine grob fehlerhafte UVS**, damit kein absoluter Verfahrensfehler - kein relativer Verfahrensfehler, da Verletzung drittschützender Rechte durch Artenschutz
	VGH München Beschl. v. 7.5.2018 – 22 ZB 17.2088 - Fehler bei der Umweltverträglichkeitsprüfung lassen sich - entgegen der Ansicht der Kläger - auch nicht daraus ableiten, dass das Landratsamt etwa zweieinhalb Jahre später nachträglich naturschutzbezogene Auflagen erlassen hat.

OVG Münster, Beschluss v. 23.10.2017 - 8 B 705/17 (fehlerhafte UVP, Kumulation, Vollständigkeit, Konkurrenz)

- **Worum geht es?**
  - Nov. 2016: 4 WEA genehmigt (mit UVP)
  - **Nachbar**klage und Eilverfahren; VG Münster, Beschluss v. 26.05.2017 - 10 L 535/17 bestätigte Sofortvollzug noch
  - Beschwerde zum OVG eingereicht, Vorwurf: **Bestands-WEA** seien **bei UVP nicht berücksichtigt** worden

- **Die Entscheidung**
  - Aufhebung des Sofortvollzuges (!)

Exkurs: Definition der Vollständigkeit:

… **Vollständige Unterlagen** im vorstehenden Sinne liegen grundsätzlich dann vor, wenn die Unterlagen **in einer Weise prüffähig** sind, dass sie sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens verhalten und die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen (vgl. auch § 7 der 9. BImSchV). Nicht vollständig sind Unterlagen etwa dann, **wenn sie rechtlich relevante Fragen vollständig ausblenden** (wie bei einer erforderlichen, aber fehlenden Schallimmissionsschutzprognose für WEA). Die Unterlagen müssen allerdings nicht schon die Genehmigungsfähigkeit belegen. Es ist also **nicht erforderlich**, dass ein v**orzulegendes Gutachten der Prüfung in jeder Hinsicht standhält und keine weiteren fachlichen Fragen aufwirft.** Fachliche Einwände und ein fachliches Nachhaken stehen der Annahme der Vollständigkeit nicht entgegen, **sofern die fragliche Unterlage eine fachliche Prüfung überhaupt ermöglicht.**

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 13. September 2017 - 8 B 1373/16 -, juris Rn. 16; Bay. VGH, Beschlüsse vom 31. Juli 2017 - 22 ZB 17.1033 -, juris Rn. 14 f., und vom 16. September 2016 - 22 ZB 16.304 -, juris Rn. 10 (jeweils zur Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 Bayerische Bauordnung, der einen vollständigen Antrag auf Genehmigung von Anlagen unter anderem zur Nutzung von Windenergie voraussetzt).“

- Relativer Verfahrensmangel: keine Betrachtung namentlich des **Baumfalken** für Bestandsanlagen / im Genehmigungsverfahren befindliche Anlagen, Beeinflussung des Verfahrensfehlers auf die Entscheidung sei nicht ausgeschlossen (§ 4 Abs. 1a UmwRG, § 46 VwVfG)

„Der **Antragsteller** kann sich auf die Verfahrensfehlerhaftigkeit der UVP gemäß § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 [Anwohner] i. V. m. **Abs. 1a UmwRG [sonstige Fehler]** auch berufen, weil die einschränkende Regelung des § 4 Abs. 3 Satz 2 UmwRG für relative Verfahrensmängel wie den vorliegenden - anders als für die absoluten Verfahrensmängel nach § 4 Abs. 1 UmwRG - ausdrücklich keine Anwendung findet.“

➢ **Unsere Bewertung**

- Der Begriff der **Windfarm** ist weiterhin (teils) **unscharf**, im Zweifel Bestandsanlagen im Genehmigungsverfahren berücksichtigen
- Hilfreiche Ausführungen zur **Priorität** und zur **Vollständigkeit** von Antragsunterlagen (dazu auch OVG Münster, Beschluss v. 13.09.2017 - 8 B 1373/16, a.a.O.)
- Wichtig: Der Beschluss ist bezogen auf Antragsbefugnis des Nachbarn **überholt** (anders jetzt: OVG Münster, Beschluss v. 20.02.2018 - 8 B 838/17; siehe Fälle zu UmwRG)

Insbesondere: Heilungsmöglichkeiten nach UmwRG

§ 4 Abs. 1 b) UmwRG:

„ (1b) Eine Verletzung von Verfahrensvorschriften führt nur dann zur Aufhebung der Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 2b oder 5, wenn sie nicht durch **Entscheidungsergänzung** oder **ein ergänzendes Verfahren** behoben werden kann. Unberührt bleiben

1. § 45 Absatz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie

1. § 75 Absatz 1a des Verwaltungsverfahrensgesetzes und andere entsprechende Rechtsvorschriften zur Planerhaltung.

Auf Antrag kann das Gericht anordnen, dass die Verhandlung bis zur Heilung von Verfahrensfehlern im Sinne der Absätze 1 und 1a **ausgesetzt** wird, soweit dies im Sinne der Verfahrenskonzentration **sachdienlich** ist.“

§ 7 Abs. 5 UmwRG

„(5) Eine Verletzung **materieller** Rechtsvorschriften führt nur dann zur Aufhebung der Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 2b oder 5, wenn sie nicht durch **Entscheidungsergänzung** oder ein **ergänzendes Verfahren** behoben werden kann. Satz 1 gilt nicht im Anwendungsbereich des § 75 Absatz 1a des Verwaltungsverfahrensgesetzes.“

- Heilung durch Entscheidungsergänzung oder ergänzendes Verfahren vorausgesetzt, also grds. möglich
- Zu § 7 Abs. 4 UmwRG: Es kommt **nicht** darauf an, ob die Heilung **sachdienlich** ist!
- Auch materielle Fehler umfasst!
- Kritik: Keine Regelung im UVPG 2017 enthalten …

OVG Münster, Beschluss v. 08.02.2018 - 8 B 1633/17 (UVP, „Kumulation II“, Heilung von Verfahrensfehlern)

- **Worum geht es?**
  - Folgeentscheidung zu OVG Münster, Beschluss v. 23.10.2017 (s. o.)
  - Vorhabensträger hatte derweil vom OVG Münster für erforderlich erachtete „Kumulationsbetrachtung“ bezogen auf Bestands-WEA und Baumfalken nachgereicht
  - Auf Antrag des Vorhabensträgers hat sodann das VG Münster den Sofortvollzug angeordnet (§ 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO)
  - Erneute Beschwerde des Anwohners …

➢ Die Entscheidung

- Diesmal: Beschwerde zurückgewiesen!
- Heilung im „ergänzenden Verfahren“ sei möglich
- Verweis auf Rechtsprechung des **EuGH**, insbesondere **Urteile v. 26.07.2017 - C 196/16 und C 197/16 (Biogasanlage - Italien)**

„Die Ergänzung einer bereits durchgeführten UVP wegen eines festgestellten Verfahrensfehlers (hier: fehlende Betrachtung etwaiger kumulativer Wirkungen mit Bestandsanlagen) während des erstinstanzlichen Hauptsacheverfahrens verletzt nicht zwangsläufig oder regelmäßig den Grundsatz aus Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2011/92/EU … vom 13. Dezember 2011. Nach dieser Vorschrift sind Projekte … , **vor** Erteilung der Genehmigung‘ einer UVP zu unterziehen. Das schließt die **Behebung des Mangels in einem ergänzenden Verfahren** nicht aus, wenn dadurch nicht die Möglichkeit eröffnet wird, das Unionsrecht zu umgehen oder nicht anzuwenden, und wenn die nachträgliche Legalisierung die Ausnahme bleibt. Nicht ausgeschlossen ist insbesondere ein Nachbesserung der UVP bei - wie hier - weniger schweren Fehlern.“

- Die im November 2017 erfolgte „dokumentarische Ergänzung der UVP“ setzte sich jetzt eingehend mit den Umweltauswirkungen der streitbefangenen Anlagen wie auch der existierenden WEA auseinander

„Eine **flächendeckende Kartierung von Nahrungshabitaten** auch im Hinblick auf die Bestandsanlagen und deren unmittelbare Umgebung ist für die Feststellung kumulierender Wirkungen **nicht erforderlich**, **soweit** die Bewertung der kumulativen Wirkungen auf der Basis des **vorhandenen Materials** getroffen werden kann.“

➢ **Unsere Bewertung**

- Bestätigt: Heilung auch von Fehlern der UVP möglich!
- Vorliegend war dies auch ohne erneute Öffentlichkeitsbeteiligung möglich! (Bedauerlich: Keine Reglung im UVPG neu)
- Bei Kartierungserfordernissen kann (muss?) die Behörde auf weitere Kartierungen verzichten, soweit vorhandenes Material vorliegt
- EuGH: Auch Nachholung der UVP insgesamt möglich!

7. ArtenschutzR (Erlasse, Regelungsmöglichkeiten)

Artenschutz

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, die sog. Zugriffsverbote:

Es ist verboten,

1. wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder **zu töten** …,
2. wild lebende Tiere der streng geschützten Arten … während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich **zu stören**; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der **lokalen Population** einer Art verschlechtert,
3. Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten … zu **zerstören**, …

Artenschutz

§ 44 Abs. 5 BNatSchG:

Sind (…) europäische Vogelarten (…) betroffen, (…) liegt ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das **Tötungs- und Verletzungsrisiko** für Exemplare der betroffenen Arten **nicht signifikant erhöht** und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann (…). Soweit erforderlich, können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgelegt werden. (…)

⇨ Strenger Individuenschutz?

Aktuelle Ausformung des Tötungsverbots (BVerwG, Urteil v. 28.04.2016 - 9 A 10.15 - Elbquerung):

Der Tatbestand (des Tötungsverbotes) ist nur erfüllt, wenn das Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren **einen Risikobereich übersteigt, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist** (…).

Dies folgt aus der Überlegung, dass es sich bei den Lebensräumen der gefährdeten Tierarten **nicht um "unberührte Natur" handelt**, sondern um von Menschenhand gestaltete Naturräume, die aufgrund ihrer Nutzung **durch den Menschen ein spezifisches Grundrisiko** bergen, das nicht nur mit dem Bau neuer Verkehrswege, sondern z. B. auch mit dem **Bau von Windkraftanlagen, Windparks und Hochspannungsleitungen** verbunden ist. Es ist daher (…) nicht außer Acht zu lassen, **dass Verkehrswege zur Ausstattung des natürlichen Lebensraums der Tiere gehören** (…).

OVG Bautzen, Beschluss v. 27.03.2018 - 4 B 185/17 (Feldlerche)

WEA-Genehmigung für vier E-53 / zur Feldlerche:

Es liegt zwar angesichts ihrer Lebensweise (…) nicht fern, dass sie kollisionsempfindlich sind. Dies ist jedoch entgegen dem Vorbringen des Antragsgegners auch durch die von diesem angegebene Schlagopferzahl nicht notwendig belegt, weil diese **in das Verhältnis zu ihrem Vorkommen gesetzt werden muss.** Nach dem artenschutzrechtlichen Fachbeitrag handelt es sich bei der Feldlerche um den mit Abstand häufigsten Brutvogel. Im Übrigen [ist die] Feldlerche nach den Abstandsempfehlungen der LAG VSW nicht als windkraftsensible Vogelart eingeschätzt ... .

⇨ Trotz Artenschutz = Individuenschutz **Bestandskorrelation** immer wieder Gegenstand der Rechtsprechung

Bedeutung der Erlasse

- VG Stade, Beschluss v. 21.11.2017 - 2 B 601/17:
  - „Eine besondere tatsächliche Bedeutung“ komme **Windenergieerlass Nds** zu (hier: Abschaltung von WEA bei weniger als 6 m/s **wirksame Minimierungsmaßnahme** bezüglich Kollisionsrisiko Fledermäuse)
  - Bestandserfassung: Behörde darf sich an Verwaltungsvorschriften orientieren, „weil diese auf landesweiten fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen beruhen und damit **die aus fachlicher Sicht im Regelfall zu beachtenden Erfordernisse** darstellen, von denen **nicht ohne fachlichen Grund abgewichen werden darf** (…).“
  - Sensible Vogelarten: Die **„Verletzung eines artenschutzrechtlichen Verbots** im Hinblick auf den Mäusebussard, den Turmfalken und die Feldlerche (ist) **nicht feststellbar, weil** diese (…) Vogelarten im Windenergieerlass Niedersachsen (…) nicht als windenergieempfindliche Arten angesehen werden (…).“

- VG Arnsberg, Urteil v. 20.02.2018 - 4 K 1411/16: **Untersuchungsgebiet sei anhand NRW-Leitfäden** zu bemessen, weil diese

> sich auf aktuell verfügbare naturfachliche Untersuchungen sowie in einschlägigen Fachkreisen entwickelte Empfehlungen zum windkraft-spezifischen Arten- und Habitatsschutz beziehen und damit eine **zu berücksichtigende Erkenntnisquelle** bei der Bewertung artenschutzrechtlicher Verbote im Rahmen von Genehmigungsverfahren (…) darstellen (…).

- VG Oldenburg, Beschluss v. 06.02.2018 - 12 B 56/18: Der aktuelle Erkenntnisstand ergebe sich

> zum einen aus einer Vielzahl von **Veröffentlichungen in der Literatur** (…) oder aus der **Arbeit von Naturschutzorganisationen.** Hier sind insbesondere die ‚Abstandsempfehlungen …' *(der LAG VSW - **Helgoländer Papier)*** zu nennen. Zum anderen wurden auf Landesebene Vorgaben für die Planung und die Zulassungsverfahren im Bereich Windenergie erarbeitet. (…) Es spricht viel dafür, insbesondere die **Vorgaben der Verwaltung in Gestalt der NLT-Papiere bzw. des Artenschutzleitfadens als Durchsetzung anerkannter naturschutzfachlicher, inhaltlicher und methodischer Standards** anzusehen (…).

- OVG Münster, Beschluss v. 12.04.2017 - 8 B 1245/16: **Untersuchungsgebiet „unzureichend dimensioniert,** da z. B. 3 km-Radius für Schwarzstorch nach **„einschlägigen naturschutzfachlichen Erkenntnissen"** in Gestalt des NRW-Leitfadens sowie des Helgoländer Papiers sachgerecht sei.

  Hieran habe sich auch UVP-Vorprüfung zu orientieren.

VG Arnsberg, Urteil v. 20.02.2018 - 4 K 1411/16 (Bestandserfassung / worst-case-Betrachtung)

- **Worum geht es?**
  - Drittklage gegen BImSchG-Genehmigung erfolgreich
  - Nachtragsbescheid sah brutabhängige Abschaltung bezüglich Rotmilan vor, wenn **während des Betriebs** aufgrund **jährlicher** Untersuchungen Brutvorkommen festgestellt werden; dann Abschaltungen zu bestimmten Zeiten und Zeiträumen

➢ Die Entscheidung

- **Unzulässige** Verschiebung der Bewertung eines eventuellen Kollisionsrisikos „auf nachgelagerte Prüfebene“ (?)
- Vorhabenbedingte Risikobewertung sei **im Vorfeld** der Prüfung eventuell geeigneter Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen vorzunehmen; **abschließende** Risikobewertung erforderlich; signifikant erhöhte Kollisionsgefahr könne **nicht** in „worst-case-Betrachtung unterstellt“ und „hiervon ausgehend vermeintlich hinreichende Schutz- und Vermeidungsmaßnahmen“ festgesetzt werden

OVG Greifswald, Urteil v. 13.09.2017 - 3 L 145/14 (Gondelmonitoring)

- **Worum geht es?**
  - WEA-Genehmigung mit folgender Auflage:

> Für die Artengruppen der Fledermäuse ist eine **akustische Höhen-erfassung** in den WEA vorzunehmen. (…)
>
> Auf Basis der Höhenerfassung ist die Anzahl zu erwartender Schlagopfer hochzurechnen. Gegebenenfalls müssen über **nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG** Abschaltzeiten formuliert und langfristig eingehalten werden, die die zu erwartende Anzahl von Schlagopfern auf das Maß von weniger als **zwei Fledermauskollisionen** an jeder einzelnen WKA im Jahr reduzieren. …

➢ Unsere Bewertung

- Vorteil:
  - Genehmigung auch **ohne abschließende Gewissheit** möglich

- Nachteil:
  - Unsicherheit über Umfang nachträglicher Auflagen (Ertragsprognose)
  - Begegnen durch Festlegung worst case der Abschaltungen schon in Genehmigung, jedenfalls wo Erlass ihn festschreibt (Bsp.: TAK Bbg), siehe auch Anforderungen § 12 Abs. 2a BImSchG

Siehe auch Artenschutzleitfaden in Nordrhein-Westfalen

Fledermauserfassung kann grds. nach Genehmigungserteilung erfolgen:

Es wird hiermit klargestellt, dass im Zuge der Sachverhaltsermittlung eine Erfassung der Fledermäuse hinsichtlich der betriebsbedingten Auswirkungen von WEA nicht erforderlich ist, sofern sichergestellt ist, dass die Bewältigung der Sachverhalte bezüglich der Fledermäuse im Genehmigungsverfahren durch ein Gondelmonitoring mit einem zunächst umfassenden Abschaltszenario (01.04.-31.10.) erfolgt.

Artenschutzleitfaden in Nordrhein-Westfalen, MULNV und LANUV 2017, S. 28

Abbau ausgewählter Hemmnisse für Neugenehmigungen

Artenschutz

(1) Sachgerechte Einordnung Individuenschutz bei guter Artenstabilität
(2) Nutzung vertretbarer Spielräume durch **Erlasse**
(3) Regelmäßige Revision der Erlasse (u. a. Berücksichtigung aktueller Bestandentwicklungen)
(4) Vereinheitlichung der Anforderungen jdf. an Untersuchungen
(5) Ausnahmen rechtssicher ermöglichen

8. Nachträgliche Anordnung

OVG Bautzen, Beschluss v. 05.02.2018 - 4 B 127/17 (Mahdabschaltung, Brutzeitabschaltung, nachträgliche Anordnung)

Worum geht es?

- Baugenehmigung für Vestas V52 (100 m Gesamthöhe) aus 2002
- Im Umkreis von 1.500 m werden mehrere Rotmilanhorst-Standorte bekannt (einmal knapp 1.500 m, einmal ca. 1.000 m von WEA entfernt)
- Im März 2015 ergeht nachträgliche Anordnung mit folgenden Inhalten:
  - Ganzjährige Abschaltung der WEA zum Schutz nahrungssuchender Greif- und Großvogelarten vor Beginn bis Ende der bürgerlichen Dämmerung (1 Stunde vor Sonnenaufgang bis 1 Stunde nach Sonnenuntergang) an Tagen mit landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsmaßnahmen im Umkreis von 240 m um den Mastfuß
  - Zum Schutz der Rotmilanpopulation Ganztagsabschaltung vom 15. Februar bis zum 15. August
  - Standortuntersuchung einschließlich Dokumentation zur Belegung von Horsten mit Rotmilanen und anderen Greif- und Großvögeln im Radius von 1.500 m
  - Sofortvollzugsanordnung und Zwangsgeldandrohung

- Zur Begründung wird auf § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verwiesen (auch auf den Todfund eines Rotmilans im Nahbereich der Bestandsanlage)
- Weitere Rechtsgrundlage sei § 3 Abs. 2 BNatSchG
- VG Chemnitz, Beschluss v. 13.04.2017 - 2 L 502/17 hat Eilgesuch teilweise stattgegeben; hiergegen geht der Antragsteller in Beschwerde

➢ **Die Entscheidung**

- Sofortvollzug gegen sämtliche nachträgliche Auflagen angeordnet
- Nachträgliche Bewirtschaftungs-Beauflagung: rechtlich unwirksam, da WEA-Betreiber keinen Zugriff auf landwirtschaftliche Nutzung hat
- Brutzeitabschaltung: aus Sicht des OVG womöglich eine **Teilaufhebung** / Teilwiderruf der WEA-Genehmigung (dort offen gelassen); Schadenseintritt wird grundsätzlich für möglich erachtet (dort vorgelegte sog. Nussbaumstudie wird als unwissenschaftlich qualifiziert); im konkreten Fall wird aber nicht in der Regelung deutlich, dass eine Rotmilanabschaltung ohne Horstbelegung nicht erforderlich ist
- Monitoringauflage ebenfalls für unwirksam erachtet (ohne detaillierte Begründung):

„Es ist vielmehr Aufgabe des Antragsgegners, in Ausübung der ihm obliegenden gesetzlichen Befugnisse - ggf. nach Durchführung der in Ziffer 3 des angegriffenen Bescheides angesprochenen Ermittlungen - bei Bestehen einer Gefahrenlage die zum Schutz der örtlichen Rotmilanpopulation erforderlichen Maßnahmen zu treffen und ggf. über deren Zwangsgeldbewehrung zu entscheiden."

- **Bewertung**
  - OVG hält jedenfalls wirtschaftlich weitreichende Abschaltungen (Brutzeit-abschaltungen) in der Tendenz für **Teilwiderruf** (Folge: Behörde muss mit **Ertragsausfallentschädigungsansprüchen** rechnen)
  - Grundsätzlich wird bei Rotmilan-Bestand im Bereich von 1.500 m (Helgo-länder Papier lege hier „Mindeststandard" fest!) eine nachträgliche Bewirtschaftungsauflage für möglich erachtet
  - Die Nussbaumstudie wird als „unwissenschaftlich" bewertet; zweifelhafte Aufwertung der Helgoländer Empfehlungen (neues Helgoländer Papier)
  - Nachträgliche Monitoringauflage wird (wohl) als unzulässig angesehen: Ermittlungen obliegen ggf. der Fachbehörde
  - Letztlich aber doch offen gelassen: Kann sich bei nachträglicher Anordnung die Behörde auf § 3 Abs. 2 BNatSchG berufen? Oder liegt doch ein (u. U. entschädigungspflichtiger Teilwiderruf vor)

9. Ergänzte TAK-Brandenburg

1. Tierökologische Abstandskriterien (TAK) - Allgemein

- Erlass des MUGV vom 01.01.2011: Einführung der TAK (gemeinsam mit Anlage 2 - Untersuchungsmethodik, Anlage 3 - Handlungsempfehlung Fledermäuse und Anlage 4 - Niststättenerlass)
- Aufgabe:
  - Fachliche Grundlage für die Stellungnahme der oNB und uNB in Genehmigungsverfahren und in der Bauleitplanung,
  - Sicherstellung eines landesweit einheitlichen Bewertungsmaßstabes

→ TAK sollen die Einschätzungsprärogative der Behörden lenken = internes Behördenrecht, „Außenwirkung“ durch gerichtliche Anerkennung (OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 22.08.2018 - OVG 11 S 10.18;

- Anwendungsbereiche:
  - Bewertung, ob Belange des besonderen Artenschutzes dem Vorhaben als öffentliche Belange i.S. des § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehen,
  - Prüfungsmaßstab für die Frage, ob durch die Errichtung von WEA die Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 Nr. 1 - 3 BNatSchG, die Störungstatbestände des Art. 2 Abs. 1 der FFH-RL und des Art. 5 VSRL verletzt werden
- TAK unterscheidet Schutzbereiche und Restriktionsbereiche
- Schutzbereiche = artenschutzrechtlich begründete Abstände zu den Fortpflanzungs- und Ruhestätten bedrohter und störungssensibler Vogelarten etc., innerhalb derer tierökologische Belange der Errichtung von WEA <u>grundsätzlich</u> entgegenstehen
  - Beachtung ⇨ keine Berührung von Verbotstatbeständen
  - Unterschreitung ⇨ Einzelfallprüfung
- Restriktionsbereiche = Bereiche, in denen tierökologische Belange zu Einschränkungen / Modifikationen im Planungsprozess führen können

2. Änderungen TAK

- Bisherige Änderungen: 2010: Anlage 1 (TAK), 2016: Anlage 4 - Niststättenerlass)
- Aktuelle Änderungen betreffen alle Anlage mit Ausnahme der Anlage 3 (Fledermäuse)
- Aktuelle Änderung der **Anlage 1 (TAK)** seit dem 15.09.2018:
  - Aufnahme des Rotmilans als „bedrohte, störungssensible Vogelart“ (vgl. Ziff. 2.7):
    - Schutzbereich: 1.000 m zum Brutplatz
    - Restriktionsbereich: keiner, da unterschiedliche Raumnutzung von einem zum anderen Jahr selbst bei gleichem Brutpaar
  - Interaktive Karten zu einigen Vogelarten, z. B. Brutgebiete Wiesenweihe, Wiesenbrütergebiete, Birkhuhn-Vorkommensgebiet

- Aktuelle Änderungen **Anlage 2 (Untersuchungsmethodik)**:
  - Umfangreiche Klarstellungen, z. B. diejenige, dass die Anlage 2 nur Standardanforderungen definiert, von denen im Einzelfall nach oben oder unten abgewichen werden kann
  - Differenzierung von Untersuchungsgebieten und -methodik nach
    - Vogelarten gemäß Anlage 1 und alle anderen
    - Adler / Weiß- und Schwarzstorch sowie sonstigen Brutvogelarten der Anlage 1
  - Untersuchungsmethode:
    - Festlegung von Anzahl und Verteilung der Begehungen sowie der Begehungszeiträume
    - Verweis auf Qualitätsstandards der Deutschen Ornithologischen Gesellschaft und Südbeck et al. (2015)
  - Arten:
    - Keine Kartierung der Feldlerche (Ziff. 3)
    - Aufnahme der Großtrappe als zu untersuchende Art (Ziff. 4 - Zug-, Rast-, Wander- und Überwinterungsgeschehen)

- Aktuelle Änderungen Anlage 4 (Niststättenerlass):
  - Ergänzung um Niststätten Rotmilan
  - Beseitigung von Unklarheiten aus widersprüchlichen Begriffen in Bezug auf Schreiadler, Seeadler und Schwarstorch in dem Erlass zum einen und der dem Erlass beigefügten (Wechselhorste, Erlöschen des Schutzes nach Aufgabe von Horsten / Wechselhorsten)
  - Anpassung der Dauer des Horstschutzes :
    - Problem: erneute Widersprüche Text - Tabelle
    - Schreiadler, Seeadler und Schwarzstorch: Fortpflanzungsstätte = Revier, Schutz erlischt erst nach Aufgabe des Reviers (nicht mindestens ein Exemplar der Art) + Wartezeit
    - Wartezeit:
      - ⇨ Schreiadler und Schwarzstorch: fünf Jahre
      - ⇨ Seeadler: Wartezeit von drei Jahren bei Planung, fünf Jahre bei Genehmigung
    - Wechselhorste in besetzten Revieren: maßgeblich letzte Nutzung oder natürlicher Zerfall + Wartezeit (fünf Jahre für Schreiadler , Schwarzstorch; drei Jahre für Seeadler, Weißstorch und Uhu bei RegPlanung und 10 Jahre bei allen Zulassungsverfahren)

10. Erschließung - alles klar?

1. Worum geht es?

Verkehr zur WEA

Wartungsfahrzeuge, Rettung, Feuerwehr, Polizei

Ausreichend gesicherte Erschließung erforderlich,
§ 35 Abs. 1 S. 1 BauGB

Anspruch auf BImSchG - Genehmigung

Errichtungsverkehr

Unerheblich für Erschließung,
BayVGH, Beschluss v. 21.01.2013 - 22 CA 12.2297

Tatsächliche Nutzung

2. Wann ist die Erschließung ausreichend gesichert?

Ausreichend gesicherte Erschließung

Mindestmaß an **Zugänglichkeit** für Erschließungsverkehr:

- Außenbereichsgemäßer Standard
- u.U. reicht ein geschotterter Weg oder Feld- / Waldweg, BVerwG, Urteil vom 30. 08.1985 - 4 C 48.81
- Falls nicht: zumutbares Erschließungsangebot an Gemeinde

Auf **Dauer** zur Verfügung stehen

Privatwege: bpD / Baulast, BVerwG, Urteil vom 3. Mai 1988 - 4 C 54/85

Gemeindewege: Widmung oder Duldungspflicht, BVerwG, Urt. v. 31.10.1990 - 4 C 45/88; OVG Bln-Bbg, Urt. v. 16.11.2017 - OVG 11 B 6.15

→ Beide Voraussetzungen liegen vor: Erteilung BImSchG-Genehmigung (+)

3. Wann muss die Gemeinde den Verkehr dulden?

- Duldungspflicht wegen fehlendem Ausschlussinteresse
- Möglich aufgrund von:
  - Art. 3 Abs. 1 GG: verkehrlich vergleichbare Erschließung von z. B. ähnlich bebauten und genutzten Grundstücken (BVerwG, Urteil v. 30.10.2012 - 4 C 45.88; OVG Greifswald, Beschluss v. 26.09.2016 - 1 M 435/16; VG Ansbach, Urteil v. 06.09.2017 - AN 9 K 16.557),
  - Art. 14 Abs. 1 GG (OVG Koblenz, Urteil v. 21. Oktober 2009,1 A 10481/09 in: Beck-RS 2009, 41597; VG Mainz, Beschluss v. 22.07.2016 - 3 L 648/16 MZ.: Ortsgebundenheit von WEA-Vorhaben und Privilegierung führen zu einer besonderen Stellung gem. Art. 14 Abs. 1 GG, die einen unmittelbaren Anspruch auf Nutzung der Wege gewährt; str.)
  - Treu und Glauben, z. B. wegen widersprüchlichen Verhaltens der Gemeinde: einerseits Ausweisung von Konzentrationsflächen im FNP, die nur über gemeindliche Wege erreichbar sind, andererseits Versagung der Wegenutzung

4. Was gilt hinsichtlich des Ausbaus des Weges?

Für Erschließungsverkehr:

- Duldungsanspruch bereits aus Erschließungsangebot?
  VG Oldenburg, Urteil vom 9. März 2016,5 A 5403/12 in: Beck RS 2016, 46521: Keine Allgemeine Leistungsklage auf Annahme des Erschließungsangebots: Genehm.frage
- Umfang: Herstellung des Mindestmaßes an Zugänglichkeit für den Erschließungsverkehr

Für Errichtungsverkehr

Gewidmete Wege:

- Sondernutzungserlaubnis nach LStrG
- Umfang: Zumutbares Erschließungsangebot, VGH München, Beschluss v. 22. Oktober 2015, 8 ZB 13.647, 8 ZB 15.2320 in NVwZ - RR 2016, 206

Ungewidmete Wege:

- Duldungsanspruch aus Art. 3 I GG, 14 I GG? str.
- Umfang?

5. Fazit

- Weiter viele offene Frage, insbesondere bzgl. des tatsächlichen Ausbaus
- Gemeinden nutzen die Wegesituation zunehmend zur Verhinderung von Windparkprojekten
- Ohne Einigung sind gerichtliche Klärungen unausweichlich

Abbau ausgewählter Hemmnisse für Neugenehmigungen

Akzeptanz

(1) Siegellösungen
flächendeckend
(2) Service-/Erkläragenturen
flächendeckend
(3) Proaktive **Projektkommunikation**
(4) Sachgerechte **Beteiligungs- und Wertschöpfungsinstrumente**
bundeseinheitlich

RED II: Erleichterung und Beschleunigung von Genehmigungsverfahren

- Mitgl.St sollen sicherstellen, dass **Umwelt- und Klimanutzen** der EE in Planungs- und Genehmigungsverfahren **berücksichtigt** wird (Erhalt Privilegierung)
- In Genehmigungsverfahren soll es immer **One-Stop-Agency** geben; soll **Leitfäden** f. Antragstellung herausgeben
- Sollen **vereinfacht** und **verkürzt** werden (auch Netzanschlussverfahren)
- Besonders einfache und kurze Verfahren für **Repowering** ermöglichen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Sprechen Sie uns bei Fragen auch gerne an.

RA Dr. Michael Rolshoven (rolshoven@mwp-berlin.de)
RA Philipp v. Tettau (tettau@mwp-berlin.de)
RAin Marion Westphal-Hansen (westphal-hansen@mwp-berlin.de)

Weitere Ansprechpartner bei MWP
RA Philipp v. Alvensleben (alvensleben@mwp-berlin.de)
RA Dominik Hanus (hanus@mwp-berlin.de)
RAin Anja Purwins (purwins@mwp-berlin.de)
RAin Mareike Hebrock (hebrock@mwp-berlin.de)