

# Die Windsenate stechen in See!

---

## Ein stürmischer Rechtsprechungsrückblick 2023

## Ihre Referentin

---



### GABI IKERT-THARUN

- Rechtsanwältin / Partnerin
- seit 2008 rechtsberatend in der Erneuerbare-Energien-Branche
- Leitung des Referats öffentliches Bau-, Planungs- und Umweltrecht

## Agenda

---

- Untätigkeit, Vollständigkeit, Denkmalschutz (§ 2 EEG)
  - OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 07.02.2023 - 5 K 171/22
- Nachtbetrieb, Abnahmemessung, LAI-Hinweise
  - OVG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 11.05.2023 - OVG 3a A 31/23 u. a.
- Neues BNatSchG, Schutzmaßnahmen
  - OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.08.2023 - 22 D 201/22.AK
- Exkurs: OVG Mecklenburg-Vorpommern, Verhandlungen vom 05.09.2023
  - O-Töne des Senats zu § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG

# **OVG Mecklenburg - Vorpommern, Urteil vom 07.02.2023 - 5 K 171/22**

## Sachverhalt - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

- BlmSch-Antrag im April 2020 für eine WEA in Mühlen Eichsen
- Lage innerhalb eines bis dato in der Teilfortschreibung RREP Westmecklenburg (LK Nordwestmecklenburg) vorgesehenen Windeignungsgebietes
- TÖB-Beteiligung erfolgte im August 2020
- Juni 2021 positive naturschutzfachliche Stellungnahme

## Sachverhalt - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

- Einbeziehung Landesamt für Kultur und Denkmalpflege Mecklenburg-Vorpommern (LAKD):
  - 10/2020 – Forderung Visualisierung
  - 02/2021 – Einreichung „Beitrag Denkmalschutz“
  - 03/2021 – LAKD bemängelt diesen Beitrag, Vorhaben sei nicht genehmigungsfähig
  - 04/2021 – Stellungnahme Vorhabenträger (VT) → Visualisierung sei nicht erforderlich
  - 08/2021 – Einreichung „Dokumentation zur Visualisierung“
    - LAKD gibt keine Stellungnahme ab
  - 12/2021 – Antrag VT auf Entscheidung nach § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG

## Sachverhalt - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

- weiterer monatelanger ergebnisloser „Austausch“ zwischen Landwirtschaftsministerium, StALU und LAKD („Hin und Her“ – „Ping Pong“)
- 03/2022 – Erhebung Untätigkeitsklage → Grund: kein zureichender Grund für die Verzögerung des Verfahrens
- 07/2022 – Vorlage Gutachten Denkmalgutachter → Weiterleitung an LAKD durch StALU → LAKD äußert sich einen (!) Tag vor der mdl. Verhandlung in gehöriger Form ablehnend

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

### Verfahrensbezogene Aspekte

- in Verfahren, die auf Erlass einer Entscheidung in einem BlmSch-Verfahren gerichtet sind, wird die Sperrfrist des § 75 Satz 2 VwGO (3 Monate) durch die Entscheidungsfrist des § 10 Abs. 6a BlmSchG (3 bzw. 7 Monate) modifiziert
- Frist des § 10 Abs. 6a Satz 1 BlmSchG wird mit dem Zeitpunkt der hier **spätestens mit Beginn der Behördenbeteiligung** (August 2020) schlüssig erfolgten Bestätigung der vollständigen Einreichung der Unterlagen auch dann ausgelöst, wenn sich im Laufe des weiteren Verfahrens herausstellt, dass noch weitere Unterlagen benötigt werden
- im Falle eines förmlichen Verfahrens ist die **öffentliche Bekanntmachung spätester Startzeitpunkt für die Verfahrensfristen**

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

### Verfahrensbezogene Aspekte

- die Genehmigungsbehörde ist „**Herrin des Verfahrens**“ und „**Letzt-“Entscheiderin**“
- ebenso wie die Gerichte ist die Genehmigungsbehörde an die Stellungnahmen sachverständiger Stellen nicht gebunden, sondern im Gegenteil verpflichtet, deren Feststellungen und Schlussfolgerungen auf ihre **Aussage- und Überzeugungskraft** zu prüfen

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

### Verfahrensbezogene Aspekte

- hat eine zu beteiligende Behörde innerhalb einer **Frist von einem Monat** keine Stellungnahme abgegeben, so ist **nach 10 Abs. 5 Satz 2 BImSchG** davon auszugehen, dass die beteiligte Behörde sich nicht äußern will
- die Genehmigungsbehörde hat die Entscheidung auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

### Verfahrensbezogene Aspekte

- das Gebot, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, verwehrt es der **Behörde** nicht, für ihre tatsächlichen Feststellungen auch das **Vorbringen eines Beteiligten zu verwerten**, soweit es ihr **überzeugend erscheint** und nicht durch anderweitiges Beteiligtenvorbringen oder sonst schlüssig in Frage gestellt ist

→ dies gilt auch für von einem Beteiligten vorgelegte Gutachten oder gutachterliche Stellungnahmen (!)

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

### Das Denkmal



Quelle: Dr. Lüth

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

---

### Denkmalschutz

- wann eine **erhebliche Beeinträchtigung** des Erscheinungsbildes eines Denkmals anzunehmen ist, lässt sich nicht allgemeingültig bestimmen → stattdessen abhängig von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls → insbesondere relevant:
  - **Denkmalwert und Intensität des Eingriffs**
- das denkmalrechtliche Erscheinungsbild ist nicht zu verwechseln mit dem bloßen ungestörten Anblick des Denkmals als Objekt
- Begriff der erheblichen Beeinträchtigung unterliegt **voller gerichtlicher Kontrolle**
- hier: Verneinung bereits der Erheblichkeit der Beeinträchtigung

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

### Denkmalschutz / § 2 EEG

#### **Besondere Bedeutung der erneuerbaren Energien**

*Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegen im **überragenden öffentlichen Interesse** und **dienen der öffentlichen Sicherheit**. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als **vorrangiger Belang** in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. Satz 2 ist nicht gegenüber Belangen der Landes- und Bündnisverteidigung anzuwenden.*

§ 2 neu gef. mWv 29.7.2022 durch G v. 20.7.2022 (BGBl. I S. 1237)

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

### Denkmalschutz / § 2 EEG

- zentral hier: Abwägung zwischen denkmalschutzfachlichen Belangen und der Realisierung von Anlagen Erneuerbarer Energien
- aktuell ist **allgemeinkundig** (!) das Ziel einer nahezu treibhausgasneutralen Stromerzeugung im Bundesgebiet bei weitem noch nicht erreicht → die EE sollen in Schutzgüterabwägungen **Vorrang** haben → **besonders hohes Gewicht der EE muss** berücksichtigt werden
- **Jede einzelne WEA zählt!**

## Urteilsgründe - OVG M-V, Urteil vom 07.02.2023

### Denkmalschutz / § 2 EEG

- § 2 Satz 2 EEG ist so zu verstehen, dass sich in den einzelnen Schutzgüterabwägungen ein **regelmäßiges Übergewicht der EE** in dem Sinne ergibt, dass das überragende öffentliche Interesse an der Errichtung von Windenergieanlagen sowie das öffentliche Sicherheitsinteresse **nur in atypischen Ausnahmefällen überwunden** werden kann, die fachlich anhand der besonderen Umstände der jeweiligen Situation zu begründen wären
- § 2 Satz 2 EEG trifft eine Vorrangregelung für die Abwägung → **unabhängig** von der Durchführung einer Alternativenprüfung

---

## **OVG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 11.05.2023 - OVG 3a A 31/23 u. a.**

## Sachverhalt - OVG Berlin-Bbg., Urteile vom 11.05.2023

---

- im Bescheid verfügt wurden:
  - Aufnahme Nachtbetrieb erst nach Vorlage einer Typvermessung
  - Abnahmemessung, alternativ: Dreifachmessbericht
- Interimsverfahren führte dazu, dass WEA nachts in einem schlechteren Mode betrieben werden muss (nach alternativem Verfahren: Vollast)

## Sachverhalt - OVG Berlin-Bbg., Urteile vom 11.05.2023

---

- Vortrag im gerichtlichen Verfahren:
  - Bindungswirkung TA Lärm
  - LAI-Hinweise mit Interimsverfahren → kein gesicherter neuer Erkenntnisstand
  - Irrelevanz der Zusatzbelastung (15 dB(A))
  - aus technischer Sicht: zu große Unsicherheiten des Interimsverfahrens („zu sicher“)

## Urteilsgründe - OVG Berlin-Bbg., Urteile vom 11.05.2023

---

- Grundlage der Verfügungen: WKA-Geräuschimmissionserlass Bbg. vom 16.09.2019
- TA Lärm, die auf DIN ISO 9613-2 verweist, betrifft lediglich bodennahe Schallquellen (bis zu einer Höhe von 30 m zwischen Quelle und Empfänger)
- Senat urteilte, dass dieser „so definierte“ Anwendungsbereich bei modernen WEA wohl nicht zu realistischen Prognosen führen könne
- „Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, die derart an die bei ihrem Erlass bestehenden Erkenntnisse in Wissenschaft und Technik anknüpfen, **verlieren ihre rechtliche Außenwirkung**, „soweit die ihnen zugrundeliegenden Annahmen durch weitere gesicherte Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik überholt“ sind. (unter Verweis auf BVerwG, Beschluss vom 30.12.2022 – 7 B 15/22)

## Urteilsgründe - OVG Berlin-Bbg., Urteile vom 11.05.2023

---

- „Fehlt es in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft - wie hier - an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die fachliche Beurteilung, so kann die gerichtliche Kontrolle des behördlichen **Erkenntnis der Gerichte an objektive Grenzen stoßen.**“
- 15 dB(A)-Irrelevanz: es sei nach Ansicht des Senats irrelevant, dass andere Bundesländer andere Irrelevanzen verwenden (S-H z. B. 12 dB(A))
- insgesamt: vollumfängliche Bestätigung des Geräuschimmissionserlasses

→ Nichtzulassungsbeschwerden sind beim BVerwG anhängig

---

**OVG Nordrhein-Westfalen,  
Urteil vom 24.08.2023 - 22 D 201/22.AK**

## Sachverhalt - OVG NRW, Urteil vom 24.08.2023

---

- Bescheiderteilung für eine WEA im Oktober 2022, verfügt wurde dort u. a.
  - Mahdabschaltung zugunsten des Rotmilans
  - besondere Gestaltung Mastfußumgebung
  - Ablenkflächen für Rotmilan, Uhu und Kiebitz
  - Abschaltzeiten Fledermäuse mit Gondelmonitoring
- Drittanfechtung durch Umweltvereinigung, Einwände u. a.
  - unzureichende Vermeidungsmaßnahmen
  - „Switchen“ auf neues BNatSchG nach Bescheidung unzulässig

## Urteilsgründe - OVG NRW, Urteil vom 24.08.2023

---

- Sondervorschrift des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG findet im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung **auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (erstmalig) Anwendung**, wenn der Vorhabenträger dies nach § 74 Abs. 5 BNatSchG verlangt
- dem steht insbesondere der Wortlaut von § 74 Abs. 4 und 5 BNatSchG nicht entgegen; dieser ist vielmehr auslegungsoffen

## Urteilsgründe - OVG NRW, Urteil vom 24.08.2023

---

- zwar beschreibt der Abschnitt 2 „Schutzmaßnahmen“ der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG für die „Abschaltung bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsereignissen“ einen eigenen fachlich anerkannten Mechanismus der vorübergehenden Abschaltung im Falle der Grünlandmahd und Ernte von Feldfrüchten sowie des Pflügens
- **Dies besagt allerdings nicht, dass nicht auch ein anderer Abschaltmechanismus fachlich anerkannt sein kann und den Eintritt eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos verhindert.**
- auch fehlt jeder normative Ansatz für die Annahme, die gesetzgeberische Vorgabe könne nur zum Tragen kommen, wenn die dort beschriebenen fachlich anerkannten Maßnahmen *buchstabengetreu* übernommen würden

## Urteilsgründe - OVG NRW, Urteil vom 24.08.2023

---

- es fehlt – nach wie vor – eine allgemein anerkannte Fachmeinung zu der Frage, bis zu welcher Windgeschwindigkeit WEA *ohne einzelfallbezogene Feststellungen* abzuschalten sind, um das Tötungsrisiko für **Fledermäuse** hinreichend im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu verringern
- Abschaltalgorithmus, nach dem die WEA bei **Windgeschwindigkeiten von < 6 m/s** und **Temperaturen über 10° C** bis zur Durchführung eines Gondelmonitorings abzuschalten ist, liegt weiterhin im Spektrum des naturschutzfachlich nach dem aktuellen Forschungsstand Vertretbaren und ist daher nicht zu beanstanden

---

**Exkurs:  
OVG Mecklenburg - Vorpommern,  
Verhandlungen vom 05.09.2023**

## OVG M-V zu § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG (O-Töne)

---

### § 10 Abs. 5 S. 2 und 3 BImSchG:

*Hat eine zu beteiligende Behörde bei einem Verfahren zur Genehmigung einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien innerhalb einer Frist von einem Monat keine Stellungnahme abgegeben, so ist davon auszugehen, dass die beteiligte Behörde sich nicht äußern will.*

*Die zuständige Behörde hat die Entscheidung in diesem Fall auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen.*

# Danke!

---

# Kontakt

---

Gabi Ikert-Tharun, Rechtsanwältin

Ikert-Tharun | Wähling und Partner Rechtsanwälte PartG mbB

Bahnhofstraße 1, 01662 Meißen  
Tel. 03521 4119-19

[beratung@iw-partner.de](mailto:beratung@iw-partner.de)

[iw-partner.de](http://iw-partner.de)

