

ZNER

27/4
2023

Zeitschrift für Neues Energierecht

Aus dem Inhalt:

Prof. Dr. Walter Frenz, Maître en Droit Public, RWTH Aachen University
EU-Energiemix nach dem Kernkraftausstieg!

RA Benedikt Operhalsky, LL.M./Dr. iur. Lena Strothe
Umsetzung der Flächenausweisung für die Windenergie nach dem WindBG im Entwurf des Landesentwicklungsplans NRW

Dr. Michael Rolshoven
OVG Münster „öffnet zwei Türen“ für WEA-Zubau: angrenzend zu Bestandswindparks und im entprivilegierten Außenbereich

Carl Bennet Nienaber/Dr. Hartwig von Bredow
Anmerkung zu Finanzgericht Berlin-Brandenburg 1. Senat, Urt. v. 15.3.2023 – 1 K 1168/20

OLG Düsseldorf
Zulässigkeit eines besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG wegen (rückwirkender) Ablehnung der Zuordnung von Strommengen aus einer PV-Freiflächenanlage zum EEG-Bilanzkreis

FG Berlin-Brandenburg
Anrechnung einer übertragenen Biokraftstoffquote aufgrund eines Quotenhandelsvertrages bilanzielle Zuordnung von Biomethan aus dem Ausland

BVerwG
Sanierungsmaßnahmen nach dem Umweltschadensgesetz wegen Biodiversitätsschäden durch Offshore-Windpark

VGH Mannheim
Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs wegen Unvereinbarkeit einer Windenergieanlage mit Kursführungsmindesthöhen

OVG Münster
Zulässigkeit einer WEA als nicht privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Gabriele Britz
Heinz-Peter Dicks
Prof. Dr. Martin Eifert
Peter Franke
Anne-Christin Frister
Dr. Stephan Gatz
Prof. em. Dr. Reinhard Hendler
Prof. Dr. Georg Hermes
Dr. Volker Hoppenbrock
Prof. Dr. Lorenz Jarass
Prof. Dr. Claudia Kemfert
Prof. Dr. Wolfgang Kirchhoff
Prof. Dr. H.-J. Koch
Prof. Dr. Silke R. Laskowski
Prof. Dr. Uwe Leprich
Prof. Dr. Kurt Markert
Prof. Dr. Bernhard Nagel
Dr. Volker Oschmann
Prof. Dr. Alexander Roßnagel
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker
Prof. Dr. Sabine Schlacke
Prof. em. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Prof. Dr. Joachim Wieland

Redaktion

RA Dr. Peter Becker (Schriftleiter)
RA Dr. Martin Altrock
RA Dr. Hartwig von Bredow
Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.
RA Dr. Wieland Lehnert
RAin Dr. Heidrun Schalle
Dr. Nina Scheer, MdB
RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 27 · Nr. 4
September 2023 · S. 275 – 368
ISSN: 1434-3339

flächenziele vorzunehmen. Gleichwohl werfen die gewählten zusätzlichen Parameter im LEP-Entwurf, die zu einer signifikanten Verschiebung der Teilflächenzielen zu Lasten siedlungsstarker Planungsräume führen, Fragen auf. Besonders mit Blick auf die mittelbare eigentumsrechtliche Wirkung der Teilflächenziele über die konkreten Ausweisungen der Regionalplanungen mit der Wirkung des § 249 Abs. 2 BauGB dürften die Anforderungen an die Begründung erheblich sein. Das Bedürfnis einer Steuerung im Übergangszeitraum ist durchaus nachvollziehbar. Die gewählte Umsetzung im LEP-

Entwurf lässt jedoch Zweifel an der raumordnerischen Zielqualität aufkommen. Mit Blick auf die vom LEP-Entwurf selbst anvisierte regionalplanerische Ausweisung der Windenergiegebiete bis 2025 stellt sich die Frage, ob es eines solchen Steuerungsinstruments überhaupt bedarf. So soll der LEP-Entwurf entsprechend der Vorgabe aus dem WindBG im Mai 2024 in Krafttreten. Auch für jene Gemeinden, die derzeit über keine fortgeltende Windkonzentrationszonenplanung verfügen, ist dies ein überschaubarer Zeitraum, der nicht zwingend eine solche landesplanerische Vorgabe erfordert.

Kurze Beiträge

Dr. Michael Rolshoven*

OVG Münster „öffnet zwei Türen“ für WEA-Zubau: angrenzend zu Bestandwindparks und im entprivilegierten Außenbereich

Anmerkung zu OVG Münster, Urt. v. 12.5.2023 – 7 D 328/21.AK und Urt. v. 16.5.2023 – 7 D 423/21.AK (beide in diesem Heft)

Zwei Urteile des OVG Münster¹ lassen aufhorchen, für Windenergieplanungen in Nordrhein-Westfalen (NRW), aber auch in anderen Bundesländern. Mit Verweis auf § 2 EEG können danach Windenergieanlagen (WEA) im Einzelfall selbst im entprivilegierten Außenbereich, in NRW also aktuell im Bereich von unter 1.000 m zur Wohnbebauung, planungsrechtlich zulässig sein (als „sonstige Vorhaben“ i. S. von § 35 Abs. 2 BauGB). Entsprechendes gilt für den Zubau von WEA angrenzend zu einem Bestandwindpark (als „Ausnahme“ vom Regelausschluss nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB). Beide Entscheidungen geben Anlass, vor allem bei Bestandwindparks, die Möglichkeit des arrondierenden Zubaus von einzelnen WEA zu prüfen. Anders ausgedrückt: Die Urteile sollte jeder WEA-Projektierer, nicht nur in NRW, kennen.

1. Planungsrechtliche Ausgangslage: Entprivilegierung

Aus heutiger Sicht wirkt es wie aus der Zeit gefallen: Im Herbst 2019 plante die damalige CDU/SPD-Bundesregierung noch die bundesweite Entprivilegierung der Windkraft im Bereich bis 1.000 m zur Wohnbebauung. Der seinerzeit vorgesehene § 35a BauGB (Entwurf 2019)² hätte dem nach 2017 eingebrochenen

Ausbau der Windkraft in Deutschland³ einen weiteren schweren Schlag zugeführt. Auf massive Kritik hin kam es, im Sommer 2020, dann jedoch „nur“ zur Neuauflage⁴ einer („restriktiven“⁵) Länderöffnungsklausel⁶. Hiervon machten sodann

von weniger als 1000 m zur zulässigen Wohnbebauung in einem im Bebauungsplan festgesetzten reinen oder allgemeinen Wohngebiet oder zur zulässigen zusammenhängenden Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäuden in einem festgesetzten Dorfgebiet oder in einem Gebiet, welches gemäß § 34 Absatz 2 nach der Eigenart der näheren Umgebung einem Dorfgebiet entspricht, errichtet werden soll. Satz 1 gilt auch für Vorhaben, die im Mindestabstand von weniger als 1000 Metern zur zulässigen zusammenhängenden Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäuden in einem Gebiet nach § 34 Absatz 2, welches nach der Eigenart der näheren Umgebung einem reinen oder allgemeinen Wohngebiet entspricht, errichtet werden sollen.“ (<https://www.klimareporter.de/images/dokumente/2019/11/referentenentwurf-kohleausstiegsgesetz-11-11-2019.pdf>).

- 3 Im Jahr 2019 hatte mit 1.078 MW und 325 Anlagen der Bruttozubau von WEA an Land den niedrigsten Stand seit Einführung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) im Jahr 2000 erreicht (<https://www.windguard.de/jahr-2019.html>).
- 4 Im Jahr 2014 gab es eine erste (damals bis Ende 2015 befristete) Länderöffnungsklausel (Gesetz zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen WEA und zulässigen Nutzungen, BGBl. I Nr. 30 vom 18. Juli 2014), mit der Bayern die sog. 10-H-Regelung einfuhrte und den Windenergieausbau in Bayern weithin stoppte.
- 5 Zwischenzeitlich ist der Begriff Länderöffnungsklausel „extensiv“ konnotiert: Gemäß § 3 Abs. 4 WindBG können die Länder nun die Flächenbeitragswerte nach dem WindBG ausdrücklich erhöhen und auf einen früheren Zeitpunkt vorziehen. Dann ersetzen die erhöhten Werte bzw. vorgezogenen Stichtage die Vorgaben des WindBG.
- 6 § 249 Abs. 3 BauGB a.F. (Gesetz vom 08. August 2020, BGBl. I S. 1728 (Nr. 37)) lautete: „Die Länder können durch Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie bestimmte Mindestabstände zu den im Landesgesetz

* Dr. Michael Rolshoven ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei von Tettau | Rechtsanwälte | PartG mbB, Berlin; die Kanzlei war Klägervertreter in den besprochenen Fällen. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 368.

1 OVG Münster, Urteil vom 12.05.2023 – 7 D 328/21 und Urteil vom 16.05.2023 – 7 D 423/21 (in diesem Heft).

2 Der nie in Kraft getretene Entwurf des § 35a Abs. 1 BauGB lautete: „Der Zulässigkeit einer WEA nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 steht ein öffentlicher Belang entgegen, wenn das Vorhaben in einem Mindestabstand

bis Mitte 2022 neben NRW mit seinem § 2 BauGB-AG⁷ – hierauf nimmt das OVG Münster in den besprochenen Urteilen Bezug – auch Brandenburg⁸, Sachsen⁹ und Thüringen¹⁰ Gebrauch. In all diesen Bundesländern sind WEA im Bereich unter 1.000 m zur Wohnbebauung seither „entprivilegiert“. Auch das Wind-an-Land-Gesetz (2022)¹¹ lässt diese Regelungen einstweilen unangetastet (§ 249 Abs.9 S.4 1. Hs. BauGB¹²).

Allgemeine Einschätzung war bislang, dass – etwa in NRW – im Bereich von unter 1.000 m zur Siedlung eine WEA moderner Bauart kaum je zulässig sein kann. Denn jede Beeinträchtigung öffentlicher Belange i. S. § 35 Abs. 2 BauGB führt dort zur planungsrechtlichen Unzulässigkeit; und moderne WEA mit einer Gesamthöhe zwischen 200 bis 250 m würden stets öffentliche Belange beeinträchtigen. In der Tat dürfte seit Einführung der Privilegierung der Windkraftnutzung im Jahr 1997¹³ – soweit ersichtlich – keine einzige der insgesamt über 30.000 erteilten WEA-Genehmigungen¹⁴ als sog. sonstiges Vorhaben (= nicht privilegiert) im Außenbereich genehmigt worden sein. Ebenso wenig lässt die Genehmigungspraxis im Randbereich oder gar weit außerhalb von Konzentrationszonen WEA als Ausnahme vom Regelausschluss des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in relevantem Umfang zu. Die beiden hier besprochenen Urteile sind insoweit durchaus spektakuläre Kontrapunkte, die – wohl auch intendiert durch das OVG Münster – Vorbildfunktion für etliche weitere WEA-Zubaufälle zur Arrondierung von Bestandswindparks haben können.

2. Sachverhaltsdetails zur Anschauung; Analyse

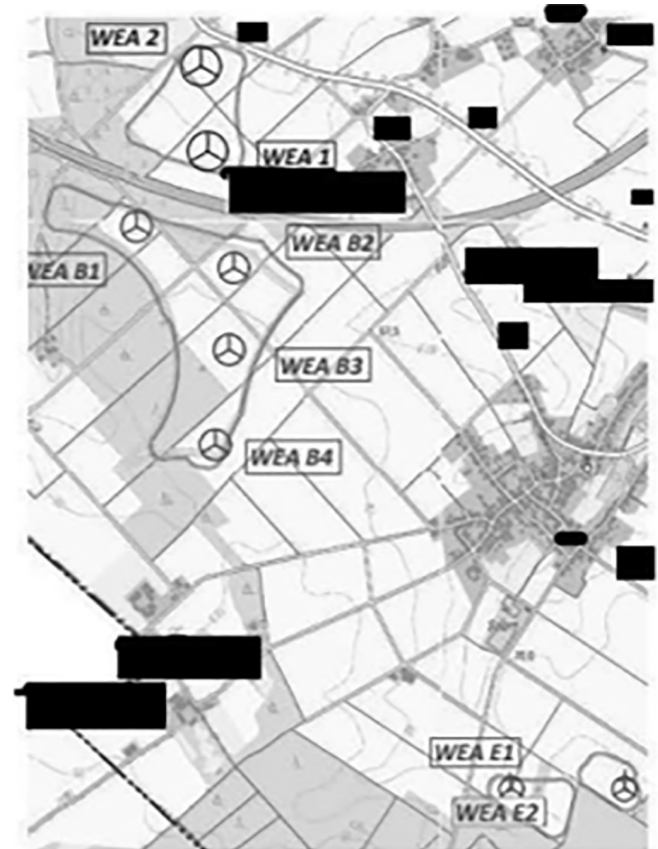
In den mündlichen Verhandlungen äußerte der für Windkraft zuständige 7. Senat jedenfalls, dass er sich bewusst sei, sowohl

bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken einhalten.“.

- 7 Gesetz zur Ausführung des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen (BauGB-AG NRW) vom 8. Juli 2021 (GV. NRW. S. 891), in Kraft getreten am 15. Juli 2021; wegen des WindBG derweil erneut novelliert durch Gesetz vom 14. März 2023 (GV. NRW. S. 176), in Kraft getreten am 31. März 2023.
- 8 § 1 Abs. 1 BbgWEAAbG (Gesetz zur Regelung von Mindestabständen von WEA zu Wohngebäuden im Land Brandenburg, Brandenburgisches WEA-Abstandsgesetz) vom 20. Mai 2022, GVBl. I/22, [Nr. 9]) geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 2. März 2023 (GVBl. I/23, [Nr. 3]): Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zur nächstgelegenen Gebäudekante der Hauptanlage des Wohngebäudes, § 1 Abs. 2 BbgWEAAbG.
- 9 § 84 Abs. 2 S. 1 SächsBO (4. Gesetz zur Änderung der Sächsischen Bauordnung vom 1. Juni 2022, SächsGVBl. S. 366): Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes zu den nächstgelegenen Wohngebäuden, die zulässig errichtet wurden oder errichtet werden dürfen (§ 84 Abs. 2 S. 2 SächsBO).
- 10 § 91 Abs. 1 S. 1 ThürBO (neu gefasst durch Gesetz vom 29. Juli 2022, GVBl. S. 321): Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das zulässig errichtet wurde oder errichtet werden darf.
- 11 Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von WEA an Land (sog. Wind-an-Land-Gesetz) vom 28. Juli 2023 (BGBl. I S. 1353).
- 12 Die Vorschrift lautet aktuell: „Auf der Grundlage dieses Absatzes in der bis zum 14. August 2020 oder bis zum 1. Februar 2023 geltenden Fassung erlassene Landesgesetze gelten fort; ...“, (BGBl. I S. 1353 vom 28. Juli 2022). – Zum möglichen Wegfall siehe § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB: „Landesgesetze nach Absatz 9 Satz 1 und 4 sind nicht mehr anzuwenden, wenn gemäß § 5 Absatz 3 Satz 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes festgestellt wurde, dass ein Land den Nachweis gemäß § 3 Absatz 3 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes bis zum Ablauf des 30. November 2024 nicht erbracht hat oder wenn der Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 1 oder Spalte 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes zum jeweiligen Stichtag nicht erreicht wird.“.
- 13 Gesetz zur Änderung des BauGB v. 30. Juli 1996, BGBl. I S. 1189.
- 14 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/20116/umfrage/anzahlder-windkraftanlagen-in-deutschland-seit-1993/>.

mit der Entscheidung vom 12. Mai 2023 wie auch der Entscheidung vom 16. Mai 2023 je „eine Tür aufzumachen“, was WEA-Planungen jenseits von FNP-Konzentrationszonen bzw. im nichtprivilegierten Außenbereich betreffe. Welche Fallkonstellationen das Gericht dabei konkret im Blick hat, verdeutlichen insbesondere auch die beiden nachstehend abgedruckten Standort-Skizzen¹⁵:

a) Zu OVG Münster, Urteil vom 12. Mai 2023 – 7 D 423/21: WEA als Ausnahme von der Regel



(Abbildung 1)

Streitgegenständlich waren im Urteil vom 12. Mai 2023 die beiden in Abbildung 1 nördlich gelegenen Standorte „WEA 1“ und „WEA 2“. Die nächstgelegene Wohnbebauung lag ca. 860 bzw. 790 m entfernt. Diese Planung schloss sich südlich an einen Bestandswindpark („WEA B1“ bis „WEA B4“) an, der ebenfalls *nicht* in einer FNP-Konzentrationszone lag, aber in einer Wind-Vorrangfläche nach dem Regionalplan. Dazwischen lag eine Autobahn. Die im FNP allein dargestellte Konzentrationszone, bebaut mit zwei weiteren Bestands-WEA, lag entfernt dazu, ganz im Süden („WEA E1“ und „WEA E2“).

Die Klägerin rechnete nach Ablehnung der WEA 1 und WEA 2 mit einem für sie positiven Ausgang ihrer Verpflichtungsklage. Immerhin hatte der beklagte Kreis schon südlich der Autobahn vier WEA („WEA B1“ bis „WEA B4“) unter „Verwerfung“ des entgegenstehenden FNP genehmigt, dort zusätzlich mit Verweis auf ein Vorranggebiet nach dem Regionalplan. Zudem datierte der klägerische Genehmigungsantrag zeitlich vor dem maßgeblichen Stichtag des § 2 Abs. 3 S. 1 BauGB-AG NRW¹⁶.

¹⁵ Veröffentlicht mit freundlicher Genehmigung der MLK-Gruppe (<https://www.mlk-gruppe.de>).

¹⁶ Siehe Fn. 7.

So kam es denn auch, allerdings mit anderer, interessanter Begründung. Zunächst ist schon überraschend, dass das OVG Münster die Wirksamkeit der FNP-Bekanntmachung¹⁷ nicht näher prüfte. Offenbar ging der Senat von der Wirksamkeit der Ausschlussplanung aus, ohne sich abschließend festzulegen. Das ist in der Rechtsprechung selten.¹⁸

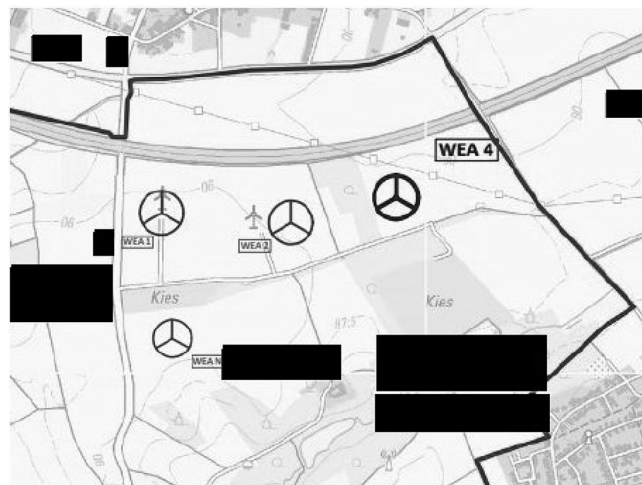
Vor allem aber verdienen die Ausführungen zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und die im Ergebnis bejahte (!) Ausnahme vom Regelausschluss der Windkonzentrationszonen der näheren Betrachtung: Der Gesetzgeber habe berücksichtigt, so der Senat, dass die negative Seite der Ausweisung wegen ihres typischerweise globaleren Charakters im Allgemeinen geringere Durchsetzungskraft besitze als die positive Standortdarstellung, weshalb die besonderen Umstände des Einzelfalls in diesen Gemeindegebietsteilen eher eine Chance habe, sich zu behaupten. Die „Regel“-Formulierung ermögliche eine Feindifferenzierung, für die das Abwägungsmodell auf der Stufe der Flächennutzungsplanung naturgemäß keinen Raum lasse.¹⁹

Diese Obersätze fordern, entgegen der bisherigen bundesweiten Genehmigungspraxis, eine Rechtfertigung für den planungsrechtlichen Ausschluss von WEA im Fall der Entprivilegierung, und zwar vor allem bei WEA-Standorten angrenzend zu Windkonzentrationszonen und Bestandwindparks. Dort kann im Einzelfall die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB fortgelten. Wie weitreichend das OVG Münster – eine besondere Pointe des Falls – die Auslegungsspielräume des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB dabei sieht, verdeutlicht erneut Abbildung 1: Die allein *ausgewiesene* FNP-Konzentrationszone lag *weit entfernt* von den beiden streitgegenständlichen WEA im Süden; der zu den beiden streitgegenständlichen WEA angrenzend südlich der Autobahn gelegene Bestandwindpark lag indes, wie erläutert, gerade nicht in einer ausgewiesenen Konzentrationszone. Dennoch sah das OVG Münster die planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB wegen „Atypik“ (Bestandwindpark; Bundesautobahn; Suchraum im Rahmen der FNP-Ausweisung) als gegeben an.²⁰ Mit anderen Worten: Die Entscheidung zeigt, dass namentlich bei Vorbelastungen – z. B. durch einen Bestandwindpark und Verkehrsstrassen – selbst zwei große Windanlagen moderner Bauart als „mit-privilegierte“ Vorhaben planungsrechtlich zulässig sein können.

Zusätzlich hätte der Senat schon hier auf § 2 EEG²¹ verweisen können, wonach eine erweiterte Auslegung der Ausnahmefälle des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung ebenfalls geboten erscheint. Dem Senat genügte an dieser Stelle jedoch der Hinweis, dass bereits nach dem gesetzgeberischen Konzept des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB der bloße Regel-Ausschluss eine Genehmigung für zwei WEA auch weit entfernt (!) von einer WEA-Konzentrationszone in Sonderkonstellationen planungsrechtlich zulasse. Explizit mit § 2 EEG

argumentierte er allerdings in der anschließenden Entscheidung.

b) Zu OVG Münster, Urteil vom 16. Mai 2023 – 7 D 328/21: „sonstiges Vorhaben“ i. S. von § 35 Abs. 2 BauGB



(Abbildung 2)

Streitgegenständlich in dem wenige Tage später ergangenen zweiten Urteil vom 16. Mai 2023 war ein Genehmigungsantrag für eine Einzel-WEA, die weniger als 600 m zur nächsten Wohnbebauung gelegen war („WEA 4“ in Abbildung 2); westlich davon waren drei Bestands-WEA in Betrieb. Den Genehmigungsantrag hatte die Klägerin anders als im Fall vom 12. Mai 2023 erst nach dem Stichtag des 1.000m-Gesetzes für NRW²² eingereicht. Fragen nach der Vollständigkeit des Genehmigungsantrags i. S. von § 2 BauGB-AG NRW stellten sich damit in diesem Fall nicht²³.

Darüber hinaus aber überraschte der Senat vor allem die beklagte Behörde mit Urteil und Begründung: Die streitgegenständliche WEA liege zwar im „entprivilegierten“ Außenbereich (anders als in der Entscheidung vom 12. Mai 2023). Entgegen der bisherigen Rechtsprechung²⁴ führe aber allein die Versiegelung des Bodens für das WEA-Fundament nicht zu einer Beeinträchtigung von öffentlichen Belangen. Denn der neugefasste § 2 EEG veranlasse, jedenfalls in „Sonderkonstellationen“²⁵, stets eine detaillierte Prüfung, ob ein WEA-Vorhaben auch im nichtprivilegierten Außenbereich zulässig sei. Umfangreich werden dementsprechend die von den Beteiligten angeführten Belange (Flächennutzungsplan, Landschaftsbild, Anwohnerschutz), ebenso wie vom Senat für relevant betrachtete zahlreiche weitere Belange (Denkmalschutz, Landschaftsplan, Planerfordernis, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, Immissionsschutz) umfangreich geprüft. Anders als in der oben erstbesprochenen Entscheidung rekurrierte das Gericht bei der nachvollziehenden Abwägung mehrfach auf § 2 EEG. Die Norm gab maßgeblich den Ausschlag zugunsten der planungsrechtlichen Zulässigkeit im entschiedenen Einzelfall.

Dies alles bedeutet für zukünftige planungsrechtliche Bewertungen von WEA-Vorhabens, nicht nur in NRW: Immer dann, wenn es Vorbelastungen gibt, insbesondere durch Bestands-WEA oder auch verkehrliche Infrastruktur (Straßen, Eisenbahn, Industrie etc.), so gebietet der § 2 EEG – entsprechend

17 Dazu grundlegend BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2020 – 4 CN 2.19; zuvor OVG Münster vom 6. Dezember 2017 – 7 D 100/15 (Linnich). – Seither scheitern FNP mit Ausschlussplanung häufig bei Gericht (vgl. aber Fn. 18).

18 In einem ähnlichen Fall hat kürzlich das OVG Lüneburg, Urteil vom 27. Juni 2023 – 12 KS 104/21 eine Konzentrationsplanung ebenfalls als wirksam anerkannt.

19 Vgl. den Leitsatz der Redaktion zur Entscheidung (in diesem Heft).

20 Hierzu passt halbwegs ins Bild, dass der Senat ausführlich die Frage der Vollständigkeit des Genehmigungsantrags i. S. der Stichtagsregelung des § 2 Abs. 3 AG-BauGB NRW prüfte. Im Randbereich zur WEA-Konzentrationszone selbst wäre es hierauf mutmaßlich nicht angekommen.

21 Dazu Fn. 7.

22 § 2 BauGB-AG NRW trat erst im Juli 2021 in Kraft, allerdings rückwirkend auf den 23. Dezember 2020 (oben Fn. 7).

23 Dazu ausführlich aber die andere Entscheidung vom 12. Mai 2023, siehe auch oben Fn. 20.

24 Anders noch: OVG Münster, Beschluss vom 28.6.2022 – 7 B 304/22.

25 Der Begriff fällt insgesamt fünfmal in den Urteilsgründen.

übrigens auch Art 3 EU-Notfall-Verordnung²⁶ – behördlicherseits zu prüfen und im Ablehnungsfall zu begründen, weshalb WEA trotz ihrer überragenden bzw. überwiegenden Bedeutung in der nachvollziehenden Abwägung nach § 35 Abs. 2 BauGB unzulässig sind. Das geht in Richtung einer Beweislastumkehr: Zu begründen ist auch im nichtprivilegierten Außenbereich, warum trotz § 2 EEG die WEA nicht zulässig sein soll. Entsprechend argumentiert etwa auch ein aktueller Hessischer Behördenerlass, der dort generell die neue Rechtslage wie folgt zutreffend zusammenfasst:

„Die Durchführung einer Abwägung ist durch das Inkrafttreten des § 2 EEG nicht obsolet geworden. Allerdings muss die Behörde den Vorrang der Erneuerbaren Energien im Rahmen der Abwägung nicht gesondert begründen, sondern kann auf die gesetzgeberischen Wertungen in § 2 EEG verweisen. Zudem sind im Falle des Vorrangs der Erneuerbaren Energien die unterlegenen Belange darzustellen. Ein erhöhtes Begründungserfordernis besteht demgegenüber nur in dem umgekehrten absoluten Ausnahmefall (atypischer Sonderfall), in welchem öffentliche Interessen bzw. Belange von Verfassungsrang oder gleichwertigem Rang (ausnahmsweise) in der vorzunehmenden Abwägung überwiegen. In diesem Fall muss aus der Begründung hervorgehen, warum z. B. die ebenfalls verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG geschützten natürlichen Lebensgrundlagen das überragende öffentliche Interesse an den Erneuerbaren Energien und deren Beitrag zur öffentlichen Sicherheit trotz der planerischen Vorsorge bei der Ausweisung der Windenergie-Vorranggebiete und der ergriffenen Schutzmaßnahmen sowie der obligatorischen Minderungsmaßnahmen bzw. der Zahlung in Geld ausnahmsweise überwiegen.“²⁷

3. Fazit und Ausblick

Die beiden Urteile sind zwischenzeitlich rechtskräftig. Mit der letztgenannten Entscheidung dürfte erstmals überhaupt eine WEA moderner Bauart und Größe als „nichtprivilegiertes“ WEA-Vorhaben planungsrechtlich für zulässig erklärt worden sein²⁸. Auch wird sich kein weiteres Urteil finden lassen, in dem zwei WEA wie in der erstgenannten Entscheidung gänzlich außerhalb einer Konzentrationszone als planungsrechtlich „mit-privilegiert“ zugelassen wurde. Offensichtlich will das

OVG Münster mit diesen Entscheidungen deutlich machen, dass die umfangreichen Neuerungen der letzten Zeit – insbesondere § 2 EEG, WindBG, EU-NotfallVO²⁹, aber auch § 13 KSG³⁰ und der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts³¹ – gerade *planungsrechtlich* neue Spielräume für WEA eröffnen, die in der Vergangenheit durch §§ 35 Abs. 2, Abs. 3 S. 3 BauGB nicht gegeben waren. Es liegt mithin nahe, dass künftig auch andere Oberverwaltungsgerichte entsprechend entscheiden werden bzw. sich andernfalls mit der neuen Rechtsprechung aus Münster werden auseinandersetzen müssen.

Und für die Praxis folgt daraus: Für den WEA-Planer drängt sich auf, in NRW wie in anderen Bundesländern, vor allem angrenzend zu bestehenden Konzentrationsgebieten oder Bestandswindparks zu prüfen, ob nicht auch dort nach dem Muster der hier besprochenen Entscheidungen die ein oder andere WEA hinzugeplant werden kann. In NRW wie in anderen Bundesländern dürfte diese neue Rechtsprechung an mancher Stelle einen WEA-Zubau auch jenseits der FNP-Konzentrationsgebiete bzw. im entprivilegierten Außenbereich ermöglichen.

26 Verordnung (EU) 2022/2577 DES RATES vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energie, ABl. EU 2022, Nr. L 335, S. 36. – Art. 3 lautet in Auszügen: „... wird bei der Abwägung rechtlicher Interessen im Einzelfall angenommen, dass die Planung, der Bau und der Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen [...] im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen.“

27 Zitiert aus: Gemeinsamer Erlass HMUKLV/HMWEVW – Neuregelungen zur Beschleunigung des Windenergieausbaus (u. a. Oster- und Sommerpaket, EU-NotfallVO), März 2023.

28 Da nach Erreichen der Flächenbetragswerte nach dem WindBG die Privilegierung entfällt (§ 249 Abs. 2 BauGB), dürfte die Rechtsprechung künftig nicht nur in den Bundesländern mit 1.000-m-Gesetzen (oben Fn. 4 bzw. Fn. 6 bis 10), sondern auch an ganz anderer Stelle noch relevant werden.

29 Siehe Fn. 26.

30 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG), vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905)..

31 BVerfG, Beschlüsse vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u. a.

Carl Bennet Nienaber/Dr. Hartwig von Bredow*

Anmerkung zu Finanzgericht Berlin-Brandenburg 1. Senat, Urt. v. 15.3.2023 – 1 K 1168/20

A. Kontext der Entscheidung

Der 1. Senat des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg hat in seinem Urteil vom 15. März 2023 (1 K 1168/20 abgedruckt in diesem Heft unter Seite 308 ff.) eine wegweisende Entscheidung zur Möglichkeit des Imports von Biomethan aus EU-Mitgliedsstaaten nach Deutschland und die Anrechenbarkeit auf die Treibhausgasminderungspflichten im Verkehrssektor im Sinne der §§ 37a ff. BImSchG getroffen.

Nach § 37a Absatz 1 und 4 BImSchG sind Unternehmen, die Otto- und Dieselmotoren in Verkehr bringen („Quotenverpflichtete“) verpflichtet, die hierdurch verursachten Treib-

hausgasemissionen um einen jährlich steigenden Prozentsatz zu mindern. Nach § 37a Absatz 5 Satz 1 Nummer 3 BImSchG kann diese Treibhausgasminderungspflicht durch verschiedene sog. „Erfüllungsoptionen“, unter anderem durch das Inverkehrbringen von Biomethan als Kraftstoff, erfüllt werden.

Das System der Treibhausgasminderungspflichten dient dazu, die Vorgaben der Erneuerbaren Energien Richtlinie 2018/2021 (RED II) umzusetzen und die dort für den Verkehrssektor festgelegten Ziele für den Anteil erneuerbarer Energien zu erreichen.

Um als Erfüllungsoption im Sinne des § 37a Absatz 5 Satz 1 Nummer 3 BImSchG genutzt werden zu können, muss das Biomethan dabei zahlreichen Anforderungen im Hinblick

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 368.