

Rapräger Rechtsanwälte · Stengelstraße 7 · 66117 Saarbrücken



**Per E-Mail: [Buergemeister@ottweiler.de](mailto:Buergemeister@ottweiler.de);**

**[Christoph.Hassel@ottweiler.de](mailto:Christoph.Hassel@ottweiler.de)**

Herrn Bürgermeister  
der Stadt Ottweiler  
Holger Schäfer  
Illinger Straße 7

66564 Ottweiler

**Partner i. S. d. PartSchG: RA. Prof. Dr. Kröninger**  
**Sekretariat Frau Lesch/Frau Forster: 0681/30641-43 (-41)**  
**Unser Zeichen: 889/17 KR60-D12/824-17 (bitte stets angeben)**  
**26.05.2017 Kr/fo**

**Kr, Stadt Ottweiler Beratungsauftrag**  
**hier: Gutachtliche Stellungnahme zu Fragen der Windkraft**

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Schäfer,  
sehr geehrter Herr Hassel,

in vorbezeichneter Angelegenheit dürfen wir den Fragenkatalog wie folgt beantworten:

I.

**1. Unter welchen Bedingungen kann der FNP „Windenergie“ geändert werden?**

Grundsätzlich ist eine Änderung des Flächennutzungsplans „Windenergie“ jederzeit möglich. Es ist allerdings zu beachten, dass nach § 1 Abs. 8 BauGB die Vorschriften des BauGB über die Aufstellung von Bauleitplänen, wozu auch ein Flächennutzungsplan gehört, auch für ihre Änderung, Ergänzung und Aufhebung gelten.

Justizrat Lothar Klein  
Fachanwalt für Familienrecht

Franz J. Haßel  
Fachanwalt für Erbrecht  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht  
Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)

Ottmar Krämer  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

Justizrat Thomas Berscheid  
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Prof. Dr. Holger Kröninger  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Martin Wendt  
Fachanwalt für Versicherungsrecht  
Fachanwalt für Medizinrecht

Uwe Kielholz  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Matthias Lippert  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Allgem. vereidigter Dolmetscher  
und Übersetzer (frz.)

Christian Maurer  
Fachanwalt für Familienrecht

Almut Menn  
Fachwältin für Bau- und Architektenrecht  
Fachwältin für Transport- und  
Speditionsrecht

Irene Blickle-Scheid  
Fachwältin für Verkehrsrecht

Christian Funk  
Fachanwalt für Versicherungsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht  
Fachanwalt für Strafrecht

Elvira Bier  
Fachwältin für Medizinrecht  
Fachwältin für Sozialrecht

Silvia Katzenmaier  
Fachwältin für Familienrecht

Dr. Laura Klein  
Elisabeth Koch

Prof. Dr. Hans-Peter Michler  
Fachlicher Mitarbeiter

Rapräger, Hoffmann & Partner  
Rechtsanwälte · PR 68 AG SB  
Stengelstraße 7 · Garely-Haus  
66117 Saarbrücken  
Postfach 102442 · 66024 Saarbrücken  
Gerichtsfach 75  
Telefon: 0681/30641-0  
Telefax: 0681/399249  
E-Mail: [kanzlei@rapraeger.de](mailto:kanzlei@rapraeger.de)  
Internet: [www.rapraeger.de](http://www.rapraeger.de)

Commerzbank Saarbrücken  
IBAN: DE70 5908 0090 0312 0624 00  
Sparkasse Saarbrücken  
IBAN: DE95 5905 0101 0000 7050 53  
Bank 1 Saar eG  
IBAN: DE47 5919 0000 0001 1280 00

Dies bedeutet, dass für die Änderung des Flächennutzungsplans dieselben methodischen Anforderungen gelten wie für die Aufstellung eines Flächennutzungsplans mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Das Bundesverwaltungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass der Planvorbehalt nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, insbesondere seine Ausschlusswirkung für die Außenbereichsflächen außerhalb der Konzentrationszone nur da entfalten kann, wenn ein **schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept** dem Plan zugrunde liegt, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt.

- BVerwG, U. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01 -, juris; BVerwG; B. v. 15.09.2009 – 4 BN 25/09 -, juris; BVerwG; U. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11 -, juris

Das Bundesverwaltungsgericht hat darüber hinaus zwingende Maßstäbe für die planerische Steuerung durch den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gesetzt. Die Planung hat schrittweise zu erfolgen. Zunächst sind die so genannten „**harten Tabuzonen**“ auszu-sondern, in einem zweiten Schritt die so genannten „**weichen Tabuzonen**“. Nach Abzug der Tabuzonen verbleiben die so genannten **Potenzialflächen**, die in einem dritten Verfahrensschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehungen zu setzen sind. In einem vierten Schritt ist zu überprüfen, ob die so ermittelten Konzentrationsflächen der **Windenergienutzung in substantieller Weise Raum** verschaffen.

Auch diesen Anforderungen muss die Planung der Änderung eines Flächennutzungsplanes Windenergie genügen.

## **2. Ist es rechtlich möglich, eine Flächennutzungsplanänderung einzuleiten mit dem Ziel, eine einzige, bestimmte Konzentrationszone herauszunehmen?**

Die Herausnahme einer einzelnen Konzentrationszone ohne Berücksichtigung des gesamträumlichen Konzeptes und ohne die Einhaltung der vorangegangenen methodischen Ansätze dürfte rechtlich nicht zulässig sein.

Sollte das Ergebnis einer Änderung des Flächennutzungsplanes unter Anwendung der dargelegten Anforderungen eine Flächenkulisse sein, die eine Konzentrationszone weniger ausweist, ist nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass diese **Planung rechtmäßig** sein kann. Es müssten insbesondere öffentliche Belange vorliegen, die die geänderte Flä-

chenkulisse rechtfertigen. Allein der geäußerte Wille, weniger Konzentrationszonen haben zu wollen, dürfte hierfür jedoch nicht ausreichend sein.

In dem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach § 42 Abs. 1 BauGB der Eigentümer eine angemessene **Entschädigung in Geld** verlangen kann, wenn die zulässige Nutzung eines Grundstücks aufgehoben oder geändert wird und dadurch eine nicht nur unwesentliche Wertminderung des Grundstücks eintritt. Es wird in der Literatur vertreten, dass ein Entschädigungsanspruch nach § 42 Abs. 1 BauGB für den Fall der Änderung des Flächennutzungsplanes nicht ausgeschlossen seien.

- Gatz, *Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis*, 2. Aufl. 2013, Rn. 130 ff.; anderer Auffassung: Runkel, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB-Kommentar*, § 39 Rn. 19; Stühr, *ZfBR* 2004, S. 338 (341); BGH auch: *Blessing, Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen*, 2016, Rn. 376

Folgt man dieser Auffassung, kämen Entschädigungsansprüche für die Eigentümer in Betracht, deren Flächen derzeit in einer Konzentrationszone liegen und nach der Änderung von der Ausschlusswirkung erfasst wären

Rechtsprechung zu dieser Frage liegt bislang noch nicht vor, so dass eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht.

### **3. Welche Rechtsfolgen hätte es, wenn eine solche FNP-Änderung von einem Gericht „gekippt“ werden würde?**

Die Beantwortung dieser Frage hängt im Wesentlichen davon ab, ob durch die Änderung des neuen Flächennutzungsplanes der **bisherige Flächennutzungsplan ersetzt** werden soll. Für diesen Fall verliert der bisherige Flächennutzungsplan seine Gültigkeit. Ist der spätere Flächennutzungsplan in diesem Fall unwirksam, dann gilt der alte Flächennutzungsplan unverändert fort.

Die Gemeinde kann jedoch im Neuaufstellungsverfahren zum Ausdruck bringen, dass sie den bisherigen Flächennutzungsplan unabhängig von dem neu aufzustellenden Plan aufheben möchte. Ein derartiger selbständiger Aufhebungsbeschluss muss erkennen lassen, ob er auch dann Bestand haben soll, wenn der neue Flächennutzungsplan unwirksam sein sollte.

- BVerwG, U. v. 17.08.1990 – 4 C 3/90 –, NVwZ 1991, S. 673 (zu *Bebauungsplan*)

Es ist davon auszugehen, dass ein solcher gesonderter Aufhebungsbeschluss nach dem Willen der Gemeinde nicht gefasst werden wird.

#### 4. Unter welchen Umständen kann das gemeindliche Einvernehmen für eine Windkraftanlage verweigert werden?

Die Gemeinde hat nicht die Befugnis, bloße Vorstellungen von einer städtebaulichen Ordnung mit verbindlicher Wirkung Windkraftanlagen entgegenzusetzen. Die Gemeinde darf ihr **Einvernehmen** hinsichtlich der Zulässigkeit von Vorhaben, hierzu zählen auch Windkraftanlagen, **nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagen**. Weitere darüber hinausgehende Versagungsgründe sind nicht statthaft.

- Kröniger, *Das gemeindliche Einvernehmen gem. § 36 BauGB und die Veränderung von Windkraftanlagen*, NVwZ 2017, S. 817 (im Erscheinen)

Das Einvernehmen kann daher nur versagt werden, wenn das Vorhaben der Vorschrift des § 35 BauGB widerspricht. Zu den Versagungsgründen gehören dabei **alle entgegenstehenden öffentlichen Belange des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB**. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere vor, wenn die Windenergieanlagen schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen können oder Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege sowie die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigen werden oder das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet wird.

Allerdings kann in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen eine Beeinträchtigung der öffentlichen Belange regelmäßig nicht dargelegt werden, da durch die im Genehmigungsverfahren vorgelegten Gutachten eine solche regelmäßig nicht feststellbar ist. So kommt z. B. eine **Verunstaltung des Landschaftsbildes** im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB erst bei einer **groben Unangemessenheit** einer Anlage in ästhetischer Hinsicht in Betracht, die nur im Ausnahmefall anzunehmen ist, wenn entweder die Umgebung wegen ihrer Funktion besonders schutzwürdig oder der Eingriff in das Landschaftsbild besonders grob ist.

- VGH München, B. v. 13.01.2016 – 22 ZB 15.1506 - ZUR 2016, S. 310 = BeckRS 2016, 41740; VG des Saarlandes, B. v. 02.03.2017 – 5 L 94/17 -, nicht veröffentlicht

Für die Gemeinde bleibt regelmäßig nur die Möglichkeit, dem Vorhaben als öffentlichen Belang **§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB** (sog. Planvorbehalt) entgegenzuhalten, wonach öffentliche Belange einem Windpark dann entgegenstehen, soweit hierfür durch Darstellung im Flächennutzungsplan eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Eine rechtmäßige Versagung des Einvernehmens setzt in diesem Zusammenhang einen wirksamen Flächennutzungsplan voraus. Außerhalb von im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszonen können Windkraftanlagen in Abweichung vom Grundsatz des **§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB** nur zugelassen werden, wenn sie die planerische Konzeption der Gemeinde nicht in Frage stellen, was aber regelmäßig der Fall ist.

- OVG des Saarlandes, B. v. 18.04.2017 – 2 A 225/16 -, juris

#### **5. Muss sich die komplette Windkraftanlage inklusive Rotorkreis in der Konzentrationszone befinden oder reicht es, wenn sich lediglich der Mast in der Zone befindet?**

Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass in einem **Bebauungsplan** sowohl Baugrenzen festgesetzt werden dürfen, die allein für Fundament und Turm gelten als auch Baugrenzen, die sich darüber hinaus auf den Rotor der Windkraftanlage beziehen.

- BVerwG, U. v. 21.10.2004 – 4 C 3/04 -, NVwZ 2005, S. 208

Es muss in jedem Falle hinreichend bestimmt sein, worauf sich die Baugrenze bezieht. Hieraus wird allgemein der Rückschluss gezogen, dass es **im Flächennutzungsplan selbst festgelegt** werden kann, ob auch die von dem Rotor überstrichene Fläche innerhalb der Konzentrationszonen liegen muss oder ob lediglich das Fundament und der Turm innerhalb der Konzentrationszone errichtet werden kann.

Nach Ihren Angaben soll in der FNP-Teiländerung zu den Standorten keine konkrete Aussage getroffen worden sein. Hier wird man davon ausgehen müssen, dass der Rotorüberschlag sich innerhalb der Konzentrationszone befinden muss.

**6. Wie verhält es sich bei Anlagen im besonderen Prüfbereich (zwischen 400 und 500 m Abstand zu Einzelgebäuden im Außenbereich)?**

Wir gehen zunächst davon aus, dass sich Frage 5 insoweit auf den so genannten Rotorüberschlag bezieht.

Aus den dargelegten Gründen sind wir der Auffassung, dass es bauplanungsrechtlich keinen Unterschied macht, wie weit die Anlagen von Einzelgebäuden im Außenbereich entfernt sind, sondern es allein auf die Darstellung im Flächennutzungsplan ankommt.

**7. Welche finanziellen (Schadensersatz-) Forderungen können auf die Stadt Ottweiler und ihre Ratsmitglieder bei einem rechtswidrig verweigerten gemeindlichen Einvernehmen bzw. einer „unrechtmäßigen“ FNP-Änderung und dementsprechenden Verhinderung der Verzögerung bei Genehmigung und Bau der Anlagen kommen?**

Nach der Entscheidung des BGH vom 16.09.2010

– BGH, U. v. 16.09.2010 – III ZR 29/10 – NVwZ 2011, S. 249

geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein **Amtshaftungsanspruch** auch bei rechtswidrigem Versagen des gemeindlichen Einvernehmens **nicht** in Betracht komme, sofern die Genehmigungsbehörde – wie hier – die Möglichkeit hat, ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen zu ersetzen. Diese Entscheidung hat der BGH im Jahre 2012 nochmals bestätigt.

– BGH, U. v. 25.10.2012 – III ZR 29/12 -, NVwZ 2013, S. 167

Folgt man dieser Rechtsprechung, würde durch das rechtswidrig verweigte gemeindliche Einvernehmen eine Schadensersatzpflicht nicht entstehen können, da dem Landesamt für Umwelt- und Arbeitsschutz als immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsbehörde die Befugnis zusteht, ein solches rechtswidrig versagtes Einvernehmen zu ersetzen.

Es ist allerdings darauf aufmerksam zu machen, dass diese Rechtsprechung vermehrt Kritik ausgesetzt ist.

- vgl. Singbartel/Wehowsky, *Amtshaftung bei der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens der jüngeren Rechtsprechung des BGH*, NVwZ 2013, S. 1525 m.w.N

Inwieweit eine Haftung für einen „unrechtmäßigen“ Flächennutzungsplan gegenüber der Gemeinde in Betracht kommt, ist in der Literatur und Rechtsprechung abschließend nicht geklärt. Es ist davon auszugehen, dass eine Gemeinde amtspflichtwidrig handelt, wenn sie auf Grundlage eines unwirksamen Flächennutzungsplans eine rechtswidrige Zurückstellung eines Baugesuchs nach § 15 Abs. 3 BauGB beantragt.

- vgl. BGH, U. v. 12.07.2001 – III ZR 282/00 -, NVwZ 2002, S. 124 (125); Dörr, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2017, § 839 Rn. 20

Schadensersatzansprüche drohen insbesondere für den Fall, dass durch das **amtspflichtschädigende** Verhalten es zu einer **Verzögerung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung** kommt und dadurch ein Schaden auf Seiten des Bauherrn entsteht. Bedenkt man, dass gerade in Windparkprojekten eine Verzögerung des Vorhabens regelmäßig zu geringeren Einspeiseerlösen führen kann, ist ein Haftungsrisiko insoweit nicht ausgeschlossen, sofern die Kommunen nicht rechtmäßig von ihren Befugnissen Gebrauch machen.

- vgl. Kröniger; *Das gemeindliche Einvernehmen gem. § 36 BauGB und die Verhinderung von Windkraftanlagen*, NVwZ 2017, S. 817 (820), im Erscheinen

#### **8. Welchen Zeitraum würde das Verfahren beanspruchen bis zum rechtssicheren Beschluss?**

Zeiträume für eine Änderungsplanung eines Flächennutzungsplanes zur Steuerung von Windkraftanlagen sind schwer prognostizierbar. Es hängt u. a. auch davon ab, inwieweit neue arten- und naturschutzrechtliche Erkenntnisse vorliegen, die eine erneute oder erstmalige sachverständige Beurteilung erforderlich machen könnten.

Insofern können wir Ihnen keinen konkreten Zeitrahmen nennen.

## 9. Kann für das Gebiet jetzt direkt eine „Veränderungssperre“ beschlossen werden?

Eine Veränderungssperre kann für das Gebiet nicht beschlossen werden. Die Veränderungssperre ist lediglich ein Sicherungsinstrument gem. § 14 BauGB für einen **in Aufstellung befindlichen Bebauungsplan**.

Allerdings besteht die Möglichkeit aus Anlass der Änderung des Flächennutzungsplanes, eine **Zurückstellung** nach § 15 Abs. 3 BauGB zu beantragen. Danach hat die Genehmigungsbehörde auf Antrag der Gemeinde die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Windkraftanlage für einen Zeitraum bis zu längstens einem Jahr nach Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs auszusetzen, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan zu ändern, mit dem die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erreicht werden sollen.

Hinzukommen muss allerdings die Befürchtung, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde. Für einen entsprechenden Antrag muss jedoch ein **Stand der Planung** erreicht sein, der ein **Mindestmaß** dessen erkennen lässt, was Inhalt des zukünftigen Flächennutzungsplans sein soll.

- BVerwG, U. v. 10.09.1976 – IV C 39/74 -, BVerwGE 51, S. 121 = NJW 1977, S. 400; OVG Saarlouis, B. v. 25.07.2014 – 2 B 288/14 -, juris

Dies bedeutet, dass in der Flächennutzungsplanung bzw. in der Änderungsplanung zumindest der Entwurf einer **Flächenkulisse der zukünftigen Vorranggebiete** vorhanden sein muss.

## 10. Welche Konsequenzen hätte dies für den laufenden Genehmigungsantrag von ABO-Wind?

Wie bereits in der Ziff. 9 dargelegt, besteht – allein – die Möglichkeit, einen Antrag auf Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB unter den genannten Voraussetzungen zu stellen. Wir gehen allerdings davon aus, dass derzeit auf Grundlage der uns überlassenen Unterlagen und Informationen ein hinreichender Planungsstand noch nicht erreicht sein dürfte.

## 11. Welche Regressansprüche entstünden aus einer solchen Vorgehensweise?

Bezüglich der Regressansprüche kann vollumfänglich auf die Ausführungen unter Ziff. 7 verwiesen werden.

Für den Fall einer rechtswidrigen Zurückstellung dürften Ansprüche aus Schadensersatz nicht ausgeschlossen sein.

## 12. Kann ABO-Wind eine Veränderungssperre rechtlich angreifen?

Eine Veränderungssperre wäre ebenfalls angreifbar. Eine solche wäre ohne Bebauungsplan jedoch aus den dargelegten Gründen offensichtlich nichtig.

In Betracht käme allenfalls, über die Konzentrationszone einen Bebauungsplan aufzustellen, mit dem **Feinststeuerung** betrieben werden soll. Auch hier gilt allerdings, dass zumindest ein Planungsstand erreicht sein muss, der einen hinreichend konkreten Inhalt des zukünftigen Bebauungsplans darstellen muss.

– OVG des Saarlandes, B. v. 17.11.2016 – 2 B 283/16 -, „Windkraft Fröhner Wald“

Gegen eine entsprechende Veränderungssperre könnte ABO-Wind mit einer Normenkontrolle vorgehen, verbunden auch mit einem Antrag Außervollzugsetzung gem. § 47 Abs. 6 VwGO.

Aber auch gegen eine Zurückstellung kann die Firma ABO-Wind Widerspruch und später Klage erheben. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass in jedem Falle, sollte die Stadt Ottweiler einen Antrag auf Zurückstellung gem. § 15 Abs. 3 BauGB stellen, dass das Landesamt für Umwelt- und Arbeitsschutz die Zurückstellung für sofort vollziehbar erklärt, da andernfalls das Landesamt für Umwelt- und Arbeitsschutz Gefahr läuft, sich wiederum schadensersatzpflichtig zu machen. Der Widerspruch gegen einen Zurückstellungsbescheid hat nämlich gem. § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung. Dies bedeutet, dass das Landesamt für Umwelt- und Arbeitsschutz verpflichtet bleibt, in einem zeitlich angemessenen Rahmen über den Antrag auf Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu bescheiden. Eine verzögerte Bescheidung über einen Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung stellt eine Amtspflichtverlet-

zung dar, die ebenfalls zu Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Landesamt für Umwelt- und Arbeitsschutz führen kann.

- VG Neustadt an der Weinstraße, U. v. 07.07.2015 – 3 K 196/15.NW -, BeckRS 2015, 48070

### 13. Kann der Stadtrat nachträglich Auflagen beschließen (Höhe der Anlage, Abstand von der Wohnbebauung)?

Die von Ihnen beschriebenen *Auflagen* (Höhe der Anlage, Abstand der Wohnbebauung) wären allenfalls im Rahmen einer Änderung des Flächennutzungsplanes oder, was die Höhe der Anlagen angeht, auch über einen Bebauungsplan innerhalb einer Konzentrationszone rechtlich möglich. Es wäre rechtlich aus unserer Sicht nicht zu beanstanden, wenn auf einen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrag mit der Aufstellung eines Bebauungsplans in der Konzentrationszone zur **Feinsteuerung der Windkraftnutzung** reagiert wird. Für eine Höhenbegrenzung gem. § 16 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO muss jedoch eine **städtebauliche Rechtfertigung** gegeben sein.

- Gatz, *Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis*, 2. Aufl. 2013, Rn. 190; Blessing, *Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen*, 2016, Rn. 347

Als öffentlicher Belang, der die Festsetzung der Höhen der Anlagen rechtfertigen kann, kommt das Orts- und Landschaftsbild und auch Naturschutz in Betracht. Allerdings bedarf es hier einer konkreten Abwägung mit den Interessen der Eigentümer, die im Einzelnen gerecht untereinander abzuwägen sind, vgl. § 1 Abs. 7 BauGB.

Der Abstand der Wohnbebauung kann lediglich über eine neue Konzentrationszonenplanung bauleitplanerisch verändert werden. Zwar besteht auch im Rahmen der Feinsteuerung durch einen Bebauungsplan die Möglichkeit, **Baufenster** vorzusehen, die für sich genommen innerhalb der Konzentrationszonen, und damit auch von der Entfernung her weiter von der Wohnbebauung wegliegen können. Allerdings bedarf es **konkreter städtebaulicher Gründe**, warum die Baufenster gerade an den vorzusehenden Flächen liegen. Ob vorliegend eine entsprechende städtebauliche Rechtfertigung vorliegt, können wir anhand der uns überlassenen Unterlagen nicht abschließend beurteilen.

**14. Kann die Stadt Ottweiler das gemeindliche Einvernehmen verweigern, wenn keine sachlichen Gründe vorliegen?**

Wenn keine sachlichen Gründe vorliegen im vorbezeichneten Sinne kann die Stadt Ottweiler das gemeindliche Einvernehmen **rechtmäßig** nicht versagen.

**15. Kann die Stadt Ottweiler die Nutzung der Wege und Grundstücke, soweit sie sich im Besitz der Stadt befinden, verweigern?**

Diese Frage ist einer pauschalen Beantwortung nur schwerlich zugänglich.

Wenn es um die Nutzung öffentlicher Wege der Stadt Ottweiler geht, kommen insbesondere **kartellrechtliche Ansprüche** des Anlagenbetreibers **aus §§ 19, 20 GWB** in Betracht.

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung ausgeführt, dass vieles dafür spreche, dass für die von Windkraftanlagenbetreibern nachgefragte Leistungen - die Duldung der Verlegung eines Stromkabels – von vorneherein auf ein nur die öffentlichen Wege umfassenden Markt abzustellen ist, auf dem die Stadt und die Nachbarkommune die einzigen Anbieter sein dürften. So heißt es in dem Urteil wörtlich:

*„Selbst wenn bei der Marktabgrenzung auch die Möglichkeit, auf andere Grundstücke auszuweichen, berücksichtigt wird, würde sich doch an der beherrschenden Stellung der Beklagten als Eigentümerin der öffentlichen Wege nichts ändern, weil für die Verlegung von Versorgungsleitungen im Hinblick auf die ansonsten damit verbundenen Nutzungseinschränkungen in erster Linie öffentliche Wegegrundstücke in Betracht kommen.“*

– BGH, U. v. 11.11.2008 – KZR 43/07 -, NVwZ-RR 2009, S. 596 (597)

Dabei ist eine gesetzliche Wertung zu beachten, die in dem Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien – EEG – ihren Niederschlag gefunden hat. Danach sind Netzbetreiber verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien vorrangig anzuschließen, § 8 Abs. 1 EEG 2017.

Ein kartellrechtlicher Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 19, 20 GWB ist daher bei einer Weigerung des Abschlusses eines Gestattungsvertrages nicht ausgeschlossen.

Dies bestätigt im Übrigen auch eine Entscheidung des Landgerichts Kiel vom 26.10.2012 – 14 O 10/12.Kart.

Das Landgericht Kiel stellt fest, dass eine Versagung des Abschlusses eines Gestattungsvertrages einer Gemeinde zur Nutzung von Leitungen einer Photovoltaikanlage eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vgl. zugleich eine unbillige Behinderung der Klägerin in ihre Tätigkeit auf dem Markt der Energieerzeugung darstelle.

Nach dieser Rechtsprechung sind Gemeinden grundsätzlich verpflichtet, ein Angebot eines Anlagenbetreibers auf Abschluss eines Wegenutzungsvertrages zu angemessenen Bedingungen anzunehmen.

Es ist allerdings im Einzelfall zu prüfen, inwieweit tatsächlich kartellrechtliche Ansprüche vorliegend zu der Verpflichtung führen, einen Gestattungsvertrag abzuschließen. Es sind nämlich auch Fallkonstellationen denkbar, die einer Verpflichtung zum Abschluss eines Gestattungsvertrages entgegenstehen können.

#### **16. Inwieweit müssen bei der Neuplanung von Windparks Vorbelastungen von bereits bestehenden Windparks insbesondere hinsichtlich der Schattenwurf- und Lärmproblematik berücksichtigt werden?**

a.

Schattenwurf stellt eine schädliche Umwelteinwirkung im Sinne von § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB dar. Hier unterscheidet man sich in dem **Schattenwurf im engeren Sinne**, dem so genannten bewegten Schatten, und dem so genannten **Disko-Effekt**. Der Schattenwurf im engeren Sinne bezeichnet die Beschattungszeiten durch die Windenergieanlage. Er wird bemessen nach den Beschattungszeiten pro Kalenderjahr und pro Tag. Beschattungszeiten von weniger als 30 Stunden pro Kalenderjahr und weniger als 30 Minuten pro Tag werden hierbei allgemein als unerheblich betrachtet.

– Maslaton, Windenergieanlagen, 2015, Kap. 1 Rn. 100

Der bewegte Schatten ist derjenige, der bei hinter dem Rotor stehender Sonne über Nachbargrundstücke laufend und in Abhängigkeit von der Umlaufgeschwindigkeit der

Rotorblätter verschieden schnelle Wechsel von Licht und Schatten verursachen. Ob der von einer Windenergieanlage verursachte Schattenwurf in Gestalt des bewegten Schattens als schädliche Umwelteinwirkung einen bauplanungsrechtlich entgegenstehenden Belang bildet, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Der bewegte Schatten ist hinzunehmen, wenn er von geringer Dauer ist. Das ist nach der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung der Fall, wenn die an einer „**Worst-Case-Berechnung**“ maximal mögliche Einwirkdauer im Sinne der astronomisch maximal möglichen Beschattungsdauer am jeweiligen Immissionsort für die Nachbarschaft nicht mehr als 30 Stunden im Jahr - entsprechend einer realen, d. h. im langjährigen Mittel für hiesige Standorte zu erwartenden Einwirkdauer von maximal 8 Stunden im Jahr - und darüber hinaus nicht mehr als 30 Minuten am Tag beträgt.

Als Disko-Effekt bezeichnet man in diesem Zusammenhang die von einer Windenergieanlage verursachten so genannten periodischen Lichtreflektionen. Sie sind in jüngerer Zeit durch die zunehmend matte Beschichtung der Anlagen weitestgehend abgestellt.

– VGH München, B. v. 24.08.2016 – M 1 SN 16.2024 -, BeckRS 2016, 50541

Sofern das Kontingent für die zumutbare Beschattung ausgeschöpft ist, kommt die Abschaltung von Windenergieanlagen in Betracht. Eine solche kann als Nebenbestimmung in die Genehmigung mit aufgenommen werden.

Bei der Beurteilung des Schattenwurfes sind **alle Windenergieanlagen** im Umkreis einzubeziehen, die auf den jeweiligen Immissionspunkt einwirken.

– vgl. Ziff. 1.3 der Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windenergieanlagen (WEA Schattenwurf-Hinweise), verabschiedet auf der 103. Sitzung des Länderausschusses für Immissionsschutz (LAI), 6. bis 8.05.2002

**b.**

Hinsichtlich des **Lärms** handelt es sich in erster Linie um eine immissionsschutzrechtliche Problematik, weniger um eine bauplanungsrechtliche. Die Beurteilung der Lärmbelastungen richtet sich nach der TA Lärm. Nach Nr. 3.2.1 Abs. 1 TA-Lärm ist der Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche vorbehaltlich der Regelung in Nr. 3.2.1 Abs. 2 bis 5 TA-Lärm dann sichergestellt, wenn die Gesamtbelastung am maßgeblichen Immissionsort die Immissionsrichtwerte nach Nr. 6 TA-Lärm nicht überschreitet. Die

Gesamtbelastung ist in Nr. 2.4 Abs. 3 TA-Lärm dahingehend definiert, dass die die Belastung eines Immissionsortes mit Geräuschen darstellt, die von allen Anlagen hervorgerufen wird, für die die TA-Lärm gilt; sie wird die energetische Addition der Kenngrößen für die Vor- und die Zusatzbelastung bestimmt.

– VGH München, B. v. 16.12.2015 – 22 AS 15.40042 -, BeckRS 2016, 40029

Gemäß Nr. 3.2.1 Abs. 1 TA-Lärm darf die Genehmigung für die zu beurteilende Anlage auch bei einer Überschreitung der Immissionsrichtwerte aufgrund der Vorbelastung aus Gründen des Lärmschutzes nicht versagt werden, wenn der von der Anlage verursachte Immissionsbeitrag im Hinblick auf den Gesetzeszweck als nicht relevant anzusehen ist. Das ist in der Regel der Fall, wenn die von der zu beurteilenden Anlage ausgehende Zusatzbelastung die Immissionsrichtwerte nach Nr. 6 TA-Lärm am maßgeblichen Immissionsort um mindestens 6 dB(A) unterschreitet. Damit führt die Zusatzbelastung einer Anlage, deren Beurteilungspegel den maßgeblichen Immissionsrichtwert um 6 dB(A) unterschreitet, in der Regel nur zu einer subjektiv nicht wahrnehmbaren Erhöhung des Geräuschniveaus um maximal 1 dB(A), die nach Nr. 3.2.1 Abs. 2 TA-Lärm als nicht relevant eingestuft wird.

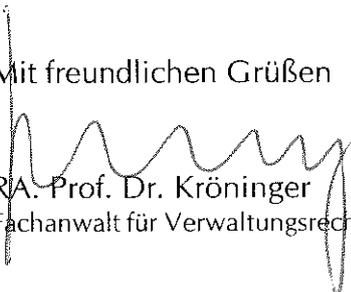
– OVG Lüneburg, B. v. 31.03.2010 – 12 LA 157/08 -, juris

Die Beurteilung des Lärms ist Sachverständigen vorbehalten. Eine rechtliche Beurteilung ist erst mit Vorlage eines entsprechenden Schallgutachtens vorzunehmen.

## II.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Antworten gedient zu haben. Für eventuelle Rückfragen steht Ihnen der Unterzeichner selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

  
RA Prof. Dr. Kröniger  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht