

DVB1

DEUTSCHES VERWALTUNGSBLATT

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz,
Luxemburg

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Bonn
(Hauptschriftleiter)

Marion Eckertz-Höfer, Leipzig

Prof. Dr. Stephan Harbarth, LL.M., Karlsruhe

Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin

Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück
(Schriftleiter)

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A., Heidelberg

Prof. Dr. Andreas Korbmacher, Leipzig

Prof. Dr. Christoph Moench, Berlin

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Leipzig

AUS DEM INHALT

ABHANDLUNGEN

Stephan Mitschang

Das 2%-Flächenziel des WindBG und seine Auswirkungen
auf die Regional- und Bauleitplanung S. 521

Eva-Maria Thierjung

Erleichterungen des Ausbaus der Erneuerbaren Energien durch
die EU-Notfall-Verordnung und weitere Änderungen
im Umweltrecht S. 529

Markus Appel/Julius Pfeuffer

Die planungsrechtliche Bedeutung des überragenden
Interesses an der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen
der Erneuerbaren Energien S. 537

Jens Vollprecht /Victor Lemke

Die räumlichen Auswirkungen des EEG-Ausschreibungssystems S. 544

Klaus Joachim Grigoleit

Paradigmenwechsel in der Planung: Der Ausbau der Windenergie
als Referenzmodell politischer Bedarfsanmeldung? S. 552

RECHTSPRECHUNG

BGH, Beschl. v. 24.11.2023 - BLw 1/23

Erwerbsinteressent bei der Betriebsnachfolge S. 560

BVerwG, Urt. v. 14.03.2023 - 8 A 2.22

Anordnung der Treuhandverwaltung über inländische
Tochterunternehmen des Rosneft-Konzerns S. 564

BVerwG, Urt. v. 28.03.2023 - 2 C 6.21

Schmerzensgeld wegen „Mobbings“ mit Anmerkung
Karl-Heinz Millgramm S. 580

Hess VGH, Beschl. v. 10.01.2024 - 4 A 17/21.Z

Eintragung eines alten Wasserrechts aus einem Erbleihbrief S. 588

OVG NRW, Urt. v. 12.01.2024 - 8 D 92/22.AK

Genehmigung von Windenergieanlagen S. 592



Heft 9
1. Mai 2024
Seiten 521–600
139. Jahrgang
Art.-Nr. 56412409
PVSt 2423

9

Carl Heymanns Verlag

„Ich bin eine
Herrschaftswissen-
verhinderin, ...



... weil ich meinem Team mit
eGovPraxis Personal alle relevanten
Rechts- und Fachinformationen zur
Verfügung stelle. Jederzeit. Zentral. Digital."

eGovPraxis Personal ist digitale Plattform und Redaktionsservice zugleich. Die eGovPraxis-Redaktion bereitet alle relevanten Rechts- und Fachinhalte praxisorientiert für Ihre Sachbearbeitung im Personalamt auf und verknüpft diese mit den lokalen Regelungen und Arbeitsmaterialien Ihrer Behörde. Das schafft mehr Rechtssicherheit und führt zu schnelleren und einheitlichen Entscheidungen.

Entlasten Sie Ihre Mitarbeitenden im Arbeitsalltag mit der Rechts-
informations- & Wissensmanagementlösung eGovPraxis Personal.



Jetzt mit Dienst- und Arbeitszeugnis-
generator - powered by FLOWMIUM

e p der ansf r ati n erausf rderung f r den Rechtsstaat



Seit Jahrzehnten wird in Deutschland über Möglichkeiten zur Beschleunigung von Zulassungsverfahren diskutiert, seit Jahrzehnten versucht dies der Gesetzgeber durch unterschiedlichste Mittel – mit durchaus bescheidenem Erfolg. Zeugnisse einer solchen Entwicklung sind etwa die kürzlich (BGBl. I 2023 Nr. 409, dort Art. 13) sang- und klanglos beredigte Legalplanung nach Maßgabe des Maßnahmenengesetzvorbereitungsgesetzes sowie die weitgehende und fast ebenso versteckte Abschaffung der Bundesfachplanung, die durch das neue Instrument des Präferenzraums ersetzt wird (§ 5a Abs. 4a NABEG i.V.m. § 12c Abs. 2a EnWG).

Aktuelle Krisen wie insbesondere der Klimawandel sowie der Ukrainekrieg erhöhen den gesellschaftlichen, politischen und (verfassungs)rechtlichen Druck, Transformationsprozesse endlich effektiv zu beschleunigen. Dies darf freilich nicht zulasten rechtsstaatlicher Garantien gehen und muss auch sonst höherrangiges Recht beachten – ein kaum lösbares Dilemma. Risiken gehen nicht nur von möglichen Verstößen bspw. gegen verfahrensrechtliche Anforderungen oder Artenschutzrecht aus, sondern auch von immer kürzer getakteten, teils grundlegenden Novellierungen sowie neuen Planungs-, Verfahrens- und Zulassungsinstrumenten wie der erwähnten Präferenzraumplanung. (Zu) schnell entwickelte und parlamentarisch kaum diskutierte Gesetze sind potenziell fehleranfälliger als sorgfältig konzipierte. (ber)komplexe und häufig geänderte Regelungsstrukturen erschweren die Rezeption und den Vollzug – nicht zuletzt auch mit Blick auf den Fachkräftemangel. Zur Beschleunigung trägt all dies letztlich auch nicht bei.

Zudem erscheinen solche Regelungsstrukturen mit Blick auf rechtsstaatliche Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit von Normen problematisch. Mit seinem Urteil vom 29.11.2023 zum Bundeswahlgesetz 2020 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass eine Wahlrechtsnorm zur Ergebnisermittlung lediglich so gefasst werden müsse, dass die damit betrauten Wahlorgane sie bei methodengerechter Auslegung ordnungsgemäß anwenden können, wahlberechtigte Bürgerinnen und Bürger sie aber in der Regel nicht allein aufgrund des Normtextes, sondern erst unter Zuhilfenahme weiterer Informationen uellen im Einzelnen erfassen können (Rn. 151). War schon diese großzügige Auslegung des Bestimmtheitsgrundsatzes im Senat umstritten, so dürfte selbst diese Grenze überschritten sein, wenn Komplexität und regelungsinterne Widersprüche die Vollziehbarkeit von Gesetzen ernstlich in Frage stellen.

Konkrete Chancen und Risiken der Beschleunigungsgesetzgebung zeigen sich exemplarisch am Rechtsrahmen zur Planung der Energieerzeugung an Land. Diesem Themen-

komplex widmete sich das Forum Planungsrecht der Akademie für Raumentwicklung in der Leibniz-Gemeinschaft (ARL) auf seiner Jahrestagung am 24.11.2023 in Berlin. Die Schriftfassungen der Beiträge finden sich in diesem Themenheft. Erhebliches Vereinfachungspotenzial haben zunächst die EU-Notfall-Verordnung sowie die novellierte Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED III), denen sich *Eva-Maria Thierjung* widmet. Ein enger zeitlicher Rahmen für die Aktivierung könnte dem jedoch wieder entgegenstehen. Vereinfachend wirken, trotz anfänglich vernehmbarer Skepsis, auch die gesetzliche Feststellung des überragenden öffentlichen Interesses an Erneuerbaren Energien und die damit verbundene Gewichtungsvorgabe für Schutzgüterabwägungen nach § 2 EEG, die *Markus Appel* und *Julius Pfeuffer* diskutieren. Dass zahlreiche Reformen nicht unbedingt zur Vereinfachung der Rechtslage führen, zeigt das mittlerweile recht unübersichtliche EEG-Ausschreibungssystem, dessen Konzept und räumliche Auswirkungen *Jens Vollprecht* und *Victor Lemke* systematisieren. Ob der planungsrechtliche Paradigmenwechsel im Ausbau der Onshore-Windenergie durch das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20.07.2022 mit seinem Zwei-Prozent-Flächenziel nunmehr den nötigen Erfolg bringen wird, bleibt abzuwarten. Diesem Gesetz als thematischem Anlass der Tagung widmeten sich zwei Vorträge. *Stephan Mitschang* ist mit Blick u.a. auf das notwendige Tempo, permanente Novellierungen und zweifelhafte Folgen für Raumordnungs- und Bauleitpläne skeptisch, ob eine zügige Flächenausweisung gelingen kann. *Klaus Joachim Grigoleit* hegt zwar erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, sieht das Beschleunigungspotenzial als solches aber optimistischer. Klar ist jedenfalls, dass der Gesetzgeber handeln musste, weil die Konzentrationszonenplanung nicht zuletzt wegen schwer handhabbarer Anforderungen der Rechtsprechung nicht zum nötigen Ausbau führte.

Zügige Transformation braucht letztlich kreative Lösungen. Solche Ansätze können aber nur gelingen, wenn sie nicht unnötig komplex geregelt werden – weder im Wortlaut noch im Inhalt. Eine übergreifende Transformationsplanung ist sicherlich hilfreich. Bei deren gesetzlichem Design sollten allerdings möglichst weitreichende Synergiemöglichkeiten genutzt werden, denn Planungskapazitäten sind begrenzt. Sorgfältig konzipierte und folglich *entschleunigte* Gesetzgebung könnte so als ein Baustein zur effektiven *Beschleunigung* beitragen.

Prof. Dr. Armin von Weschpfennig, Helmut-Schmidt-Universität, Hamburg, und Geschäftsführer des Forums Planungsrecht der ARL

»Unerschöpfliche Fundgrube an juristischen Erkenntnissen«

Prof. Dr. Gerhard Köbler, wiki.koeblergerhard.de Februar 2020, zur Voraufgabe



Europarecht in Fällen

Die Rechtsprechung des EuGH, des EuG und deutscher und österreichischer Gerichte

Von Prof. Dr. Dr. Dr. Waldemar Hummer, Prof. Dr. Christoph Vedder und Dr. Stefan Lorenzmeier, LL.M.

8. Auflage 2024, ca. 900 S., brosch., ca. 39,90€

ISBN 978-3-8487-7324-4

E-Book 978-3-7489-1332-0

Erscheint ca. April 2024

Die Fallsammlung enthält alle wichtigen Entscheidungen zum Unionsrecht. 60 Jahre nach Van Gend & Loos und 70 Jahre nach der ersten Rechtssache 1/53, Verband deutscher Reeder, geht die nunmehr 8. Auflage ausführlich auf Fragen des Klimawandels und der Rechtsstaatlichkeit ein.

 Nomos
nomos-elibrary.de

Bestellen Sie im Buchhandel oder
versandkostenfrei online unter nomos-shop.de

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos

Buchen Sie jetzt Ihre Anzeige!

Sie möchten potenzielle Kunden zielgerichtet mit einer **Anzeigenschaltung** oder **Beilagenbuchung** erreichen? Dann sind Sie bei uns richtig. Mit unseren juristischen Fachzeitschriften erreichen wir fast 50.000 Spezialist:innen in Deutschland.

Wenden Sie sich gerne an:

Gabriele Wieneber
Anzeigenverkauf

T: +49 2233 3760 – 7608

oder per E-Mail:

anzeigen@wolterskluwer.com



 Wolters Kluwer

shop.wolterskluwer-online.de →



 Wolters Kluwer

INHALT

Impuls der Transformation – Herausforderung für den Rechtsstaat
DVBI aktuell
Vorschau Impressum

Aufsätze

Das 2030-Flächenziel des WindBG und seine Auswirkungen auf die Regional- und Bauleitplanung
Prof. a.D. Dr.-Ing. habil. Stephan Mitschang, Berlin

Erleichterungen des Ausbaus der Erneuerbaren Energien durch die EU-Notfall-Verordnung und weitere Änderungen im Umweltrecht
Wiss. Mit. Eva-Maria Thierjung, Greifswald

Die planungsrechtliche Bedeutung des überragenden Interesses an der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen der Erneuerbaren Energien
Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus Appel, LL.M. und Wiss. Mit. Julius Pfeuffer, Berlin

Die räumlichen Auswirkungen des EEG-Ausschreibungssystems
Rechtsanwalt und Dipl.-Forstwirt (Univ.) Jens Vollprecht und Rechtsanwalt Victor Lemke, Berlin

Paradigmenwechsel in der Planung: Der Ausbau der Windenergie als Referenzmodell politischer Bedarfsanmeldung?
Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit, Dortmund

I
IV
VII

Buchbesprechungen

Die politische und rechtliche Neuausrichtung der urbanen Mobilität
Akad. Rat a. Z. Dr. Stefan Drechsler, Regensburg

Rechtsprechung

Bundesgerichtshof

BGH, Beschl. v. 24.11.2023 - BLw 1/23
Erwerbsinteressent bei der Betriebsnachfolge

Bundesverwaltungsgericht

BVerwG, Ur. v. 14.03.2023 - A 2/22
Anordnung der Treuhandverwaltung über inländische Tochterunternehmen des Rosneft-Konzerns

BVerwG, Ur. v. 20.03.2023 - 2/23/6.21

Schmerzensgeld wegen Mobbing mit Anmerkung
Dr. Karl-Heinz Millgramm, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht a.D., Leipzig

Verwaltungsgerichte Verwaltungsgerichtshof

Hess VGH, Beschl. v. 10.01.2024 - 4 A 1/21.Z
Eintragung eines alten Wasserrechts aus einem Erbleihbrief

OVG NRW, Ur. v. 12.01.2024 - D 92/22.AK
Genehmigung von Windenergieanlagen

Beilagenhinweis

Mit dieser Ausgabe verteilen wir Beilagen folgender Unternehmen:
Verlag C.H. Beck oHG
Wir bitten freundlich um Beachtung.

Rechtsprechung

☒ **Erfolgreicher Eilantrag einer Zeitungsverlegerin gegen die gerichtliche Untersagung der Bebilderung zweier Presseartikel**

Mit veröffentlichtem Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht dem Antrag der Verlegerin einer deutschlandweit erscheinenden Zeitung auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stattgegeben. Sie wendet sich gegen eine ohne mündliche Verhandlung ergangene einstweilige Verfügung, mit der ihr die Bebilderung zweier Presseartikel teilweise untersagt wurde. Eine Entscheidung über die in der Hauptsache erhobene Verfassungsbeschwerde steht noch aus.

Im Dezember 2023 berichtete die Beschwerdeführerin auf ihrer Internetseite in zwei Artikeln über einen Unfall. Beide Artikel waren mit Fotoaufnahmen bebildert, auf denen der bei dem Unfall Verstorbene – bis auf die Augenpartie unverbildet – zu sehen war. Auf Antrag der Witwe des Verstorbenen untersagte das Landgericht der Beschwerdeführerin im Wege der – ohne mündliche Verhandlung ergangenen – einstweiligen Verfügung, diese Bilder zu veröffentlichen. Gegen diese Entscheidung hat die Beschwerdeführerin Verfassungsbeschwerde erhoben und hiermit verbunden beantragt, die Wirksamkeit des angegriffenen Beschlusses einstweilen außer Vollzug zu setzen. Der angegriffene Beschluss verletze sie insbesondere in ihrem Recht auf prozessuale Waffengleichheit.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig und begründet. Die vorzunehmende Folgenabwägung führt zu dem Ergebnis, dass die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen. Denn die Verfassungsbeschwerde ist hinsichtlich der gerügten Verletzung der prozessualen Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren offensichtlich zulässig und begründet.

Weshalb das Landgericht von einer mündlichen Verhandlung abgesehen hat, obschon eine solche auch vor der Entscheidung über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die Regel ist, lässt sich seiner Entscheidung nicht entnehmen. Ihre Begründung lässt mangels jeglicher Ausführungen zu § 937 Abs. 2 ZPO nicht einmal erkennen, dass sich das Landgericht von den einfachrechtlichen Anforderungen an seine Verfahrensweise überhaupt leiten ließ. Soweit es damit sogar hinter einer nur formelhaft begründeten Verfahrenshandhabung zurückbleibt, die das Bundesverfassungsgericht in einem ähnlich gelagerten Fall desselben Spruchkörpers erst unlängst beanstandet hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.06.2023 – 1 BvR 1011/23, Rn. 31 f.), ist deshalb ein bewusstes und systematisches Vergehen der prozessualen Rechte der Beschwerdeführerin nachvollziehbar dargetan.

(BVerfG, Beschl. v. 12.03.2024 – 1 BvR 605/24) (Quelle: PM BVerfG, v. 15.03.2024 Nr. 31/2024)

☒ **Verarbeitung der Postanschrift eines Antragstellers nach dem Informationsfreiheitsgesetz**

Bei einer auf das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) gestützten Anfrage ist die Verarbeitung der Postanschrift eines Antragstellers nach den Regelungen dieses Gesetzes i.V.m. § 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zulässig.

Die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI), wandte sich gegen eine auf Art. 58 Abs. 2 Buchst. b) Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) gestützte Verwarnung des beklagten Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit. Der Beanstandung lag ein Auskunftersuchen eines Antragstellers zugrunde, welches dieser über eine Internetplattform per E-Mail an das BMI gerichtet hatte. Jene Plattform generiert E-Mail-Adressen, unter denen ein Antrag nach dem Informationsfreiheitsgesetz gestellt und die Kommunikation mit der Behörde abgewickelt werden kann. Das BMI hatte auf der Ermittlung der Anschrift des Antragstellers bestanden und ihm in einem per Post übermittelten Schreiben geantwortet. Daraufhin erließ der Beklagte eine Verwarnung mit der Begründung, die Postanschrift sei ohne rechtliche Grundlage abgefragt und unberechtigt verarbeitet worden.

Das Verwaltungsgericht Köln hat der Klage stattgegeben und die Verwarnung aufgehoben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht Münster das erstinstanzliche Urteil geändert und die Klage abgewiesen. Die Verwarnung sei rechtmäßig. Bei der Erhebung der Postanschrift habe es sich um einen Verarbeitungsvorgang gehandelt, für den § 3 BDSG eine Rechtsgrundlage biete. Allerdings seien die Voraussetzungen der Norm nicht erfüllt gewesen, weil es an der Erforderlichkeit der Datenerhebung gefehlt habe.

Auf die Revision der Klägerin hat das Bundesverwaltungsgericht das Urteil des Oberverwaltungsgerichts geändert und die Berufung zurückgewiesen. Die von der angegriffenen Verwarnung erfassten Datenverarbeitungen – die Erhebung der Anschrift, ihre Speicherung sowie die Verwendung – lassen sich auf § 3 BDSG i.V.m. den Regelungen des Informationsfreiheitsgesetzes stützen. § 3 BDSG stellt für Datenverarbeitungen von geringer Eingriffsintensität im Zusammenhang mit einem Auskunftsbegehren nach dem Informationsfreiheitsgesetz eine unionsrechtskonforme Rechtsgrundlage nach der Datenschutz-Grundverordnung dar. Nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e) DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine öffentliche Stelle unter anderem dann zulässig, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe erforderlich ist. Diese Vorschrift wird durch die Brückennorm des § 3 BDSG i.V.m. den Regelungen des Informationsfreiheitsgesetzes ausgefüllt. Die Erforderlichkeit verlangt die Prüfung, ob das von der öffentlichen Stelle verfolgte Ziel in zumutbarer Weise ebenso wirksam mit anderen Mitteln erreicht werden kann, die weniger stark in

die Grundrechte des Betroffenen eingreifen. Zudem sind die Grundsätze der Zweckbindung und der Datenminimierung einzuhalten (Art. 5 Abs. 1 DSGVO).

Gemessen hieran war die Abfrage der Anschrift zur ordnungsgemäßen Bearbeitung des Auskunftersuchens erforderlich. Nach dem Informationsfreiheitsgesetz sind anonyme Anträge unzulässig. Deshalb muss die Behörde den Namen und regelmäßig auch die Anschrift des Antragstellers kennen. Die Speicherung der Adresse war erforderlich, um sie für die Dauer der Bearbeitung des Antrags zu sichern. Auch die Verwendung der Anschrift für die übersendung des ablehnenden Bescheides per Post war erforderlich. Das BMI durfte sich ermessensfehlerfrei für die Schriftform und die Bekanntgabe per Post entscheiden, obwohl der Antragsteller einen elektronischen Zugang gem. § 3a Abs. 1 VwVfG eröffnet hatte. Bislang muss es ein Antragsteller in der Regel hinnehmen, dass die Behörde trotz eines eröffneten elektronischen Zugangs mit ihm auf dem Postweg kommuniziert. (BVerwG, Urt. v. 20.03.2024 – 6 C 8.22) (Quelle: PM BVerwG, v. 21.03.2024 Nr. 10/2024)

☒ **ffentliche Bekannt machungen der e einden i Internet**

Streitgegenstand des Normenkontrollverfahrens vor dem VGH war die Satzung über die 3. Änderung der Vergütungssteuersatzung der Stadt Breisach am Rhein. Der VGH hat diese Satzung für unwirksam erklärt, da sie nicht ordnungsgemäß durch Bereitstellung im Internet bekannt gemacht worden sei.

Die Voraussetzungen für öffentliche Bekanntmachungen der Gemeinden im Internet regelt § 1 Abs. 2 der Verordnung des Innenministeriums zur Durchführung der Gemeindeordnung (DVO GemO). Diese Vorschrift bestimmt u.a., dass öffentliche Bekanntmachungen im Internet auf der Internetseite der Gemeinde so erreichbar sein müssen, dass der Internetnutzer auf der Startseite den Bereich des Ortsrechts erkennt und dass sie durch eine qualifizierte elektronische Signatur zu sichern sind.

Der 2. Senat des VGH hat entschieden, dass als Startseite in diesem Sinne die Internetseite der Gemeinde anzusehen sei, deren Internetadresse sie in ihrer Satzung über die öffentliche Bekanntmachung angegeben habe. Auf dieser Startseite müsse der Bereich der öffentlichen Bekanntmachungen für den Bürger erkennbar sein. Bei der Stadt Breisach am Rhein sei dies nicht der Fall gewesen, weil der Internetnutzer unter der angegebenen Internetadresse nur eine Wahlmöglichkeit gehabt habe zwischen der Schaltfläche Urlaubsregion Breisach am Rhein, die zu dem touristischen Informationsangebot der Antragsgegnerin geführt habe, und der Schaltfläche Leben Arbeiten Breisach am Rhein, die zur Seite der Stadtverwaltung weitergeleitet habe, auf der die öffentlichen Bekanntmachungen verlinkt gewesen seien.

Einen weiteren Verstoß gegen die Regelungen über die öffentliche Bekanntmachung im Internet hat der VGH darin gesehen, dass die auf der Internetseite der Stadt Breisach am Rhein eingestellte Datei der öffentlich bekanntzumachenden Satzung nicht qualifiziert elektronisch signiert war. Die qualifizierte elektronische Signatur sei bei öffentli-

chen Bekanntmachungen ein Mindestanfordernis zur Sicherung öffentlicher Bekanntmachungen gegen Verfälschung. Die qualifizierte elektronische Signatur gewährleiste als Ersatz für ein gedrucktes Amtsblatt die verlässliche Kenntnisnahme vom geltenden Recht. Fehle es an einer qualifizierten elektronischen Signatur, sei die Satzung unwirksam.

Der VGH hat die Revision nicht zugelassen.

(VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 27.02.2024 – 2 S 518/23) (Quelle: PM VGH Baden-Württemberg, v. 18.03.2024)

☒ **ch asserr ckhaltebecken berb britzsch kann gebaut erden**

Dies hat das Sächsische Oberverwaltungsgericht aufgrund einer mündlichen Verhandlung vom 01.03.2024 entschieden.

Das Hochwasserrückhaltebecken Oberbobritzsch soll nach dem Planfeststellungsbeschluss der Landesdirektion Sachsen mit seiner Sperrstelle oberhalb der Ortslage Oberbobritzsch als Trockenbecken ohne Dauerstau errichtet werden und dem örtlichen und überörtlichen Hochwasserschutz dienen. Bei Vollstau soll es bis zu 4,86 Mio. Kubikmeter Wasser aufnehmen können. Das Absperrbauwerk wird durch einen 550 m langen und bis zu 17 m hohen begrünten Damm gebildet. Gegen den Planfeststellungsbeschluss hatte sich eine anerkannte Naturschutzvereinigung gewendet, die auch Eigentümer von Grundstücken ist, die durch den Bau des Beckens in Anspruch genommen werden sollen. Sie sieht im Wesentlichen naturschutzrechtliche Regelungen zum Schutz des FFH-Gebiets Bobritzschtal und Vorschriften zum Artenschutz verletzt.

Nachdem die Klage vor dem Verwaltungsgericht Chemnitz zunächst teilweise Erfolg hatte, hat die Landesdirektion Sachsen im Oktober 2021 einen ergänzenden Planänderungsbeschluss erlassen. Jedenfalls in Gestalt dieses Planänderungsbeschlusses hat das Oberverwaltungsgericht keine rechtserheblichen Fehler der Planungen mehr feststellen können.

Die Revision hat der Senat nicht zugelassen.

(Sächs. OVG, Urt. v. 01.03.2024 – 4 A 1119/18) (Quelle: PM Sächs. OVG, v. 13.03.2024 Nr. 7/2024)

☒ **V entscheidet zu St auritius**

Das Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis hat aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 07.03.2024 ergangenem Urteil über die Klage der Katholischen Kirchengemeinde St. Jakob in der Landeshauptstadt Saarbrücken entschieden, mit der diese die Verpflichtung des beklagten Landesdenkmalamtes begehrt, ihr die Genehmigung zum Abbruch ihrer ehemaligen Pfarrkirche St. Mauritius zu erteilen. Die von ihr beantragte Genehmigung zum Abbruch der 1956 fertiggestellten und im Jahr 2003 profanierten Pfarrkirche mit überdachtem Umgang und Turm in Alt-Saarbrücken, die von dem Künstler Boris Kleint entworfene Beton-Glasfenster aufweist und als Einzeldenkmal in die Denkmalliste des Saarlandes eingetragen ist, war ihr vom Landesdenkmalamt versagt worden. Die hiergegen gerichtete Klage der Kirchengemeinde blieb erstinstanzlich (03.11.2021 – 5 K 1486/19) ohne Erfolg.

Das Oberverwaltungsgericht hat nun auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Verwaltungsgerichts abgeändert und das Landesdenkmalamt verpflichtet, der Klägerin die Genehmigung zum Abbruch der ehemaligen Pfarrkirche St. Mauritius zu erteilen.

Die Revision wurde nicht zugelassen.

(OVG Saarland, Urt. v. 07.03.2024 – 2 A 239/22) (Uelle: PM OVG Saarland v. 21.03.2024 Nr. 1/24)

☒ **Erfolgloser Antrag gegen die Abschaffung der Zusatzbezeichnung Homöopathie**

Der Antrag einer Ärztin gegen die Streichung der Zusatzbezeichnung Homöopathie aus der Weiterbildungsordnung der schleswig-holsteinischen Ärztekammer war bereits unzulässig, weil eine Verletzung eigener Rechte der Ärztin nicht in Betracht kam.

Die Antragstellerin ist Fachärztin für Allgemeinmedizin und berechtigt, die Zusatzbezeichnung Homöopathie zu führen. Die Ärztekammer hat ihr 2017 außerdem eine bis 2025 geltende Befugnis zur Weiterbildung in Homöopathie erteilt und ihre Praxis als Weiterbildungsstätte zugelassen.

Seit 2020 enthält die Weiterbildungsordnung der Ärztekammer keine Zusatzbezeichnung Homöopathie mehr. Diese Zusatzbezeichnung kann deshalb nicht mehr neu erworben werden. Ärzte, die sie bereits erworben haben, dürfen sie jedoch weiterhin führen und begonnene Zusatzausbildungen durften innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten der Änderung beendet werden.

Gegen die Abschaffung der Zusatzbezeichnung richtete sich der Normenkontrollantrag der Antragstellerin. Sie habe ein Recht darauf, dass die Zusatzbezeichnung weiterhin in der Weiterbildungsordnung aufgeführt werde.

Dieser Auffassung folgte das Gericht nicht. Der Vorsitzende Richter des 5. Senats, Christian Dicke, stellte in seiner mündlichen Urteilsbegründung klar, dass zwar sowohl aus der der Antragstellerin erteilten Weiterbildungsbefugnis als auch aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) Rechte der Antragstellerin folgen. In diese Rechte greife die Änderung der Weiterbildungsordnung aber weder zielgerichtet, noch mittelbar ein. Die Antragstellerin sei weiter befugt, im Bereich Homöopathie weiterzubilden und könne dies auch tatsächlich tun. Durch die Abschaffung der Möglichkeit, die Zusatzbezeichnung Homöopathie zu erwerben, würden derartige Qualifizierungen für Ärzte zwar weniger attraktiv. Sie zielen aber nicht darauf, die Tätigkeit der Antragstellerin in diesem Bereich unmöglich zu machen. Der Senat hat die Revision nicht zugelassen.

(OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 25.03.2024 – 5 KN 9/21) (Uelle: PM OVG Schleswig-Holstein v. 26.03.2024)

☒ **Eine euer ehrgebührenfristspontane Hilfe bei einer Reifenpanne**

Das Verwaltungsgericht Gießen gab einer Klage statt, die sich gegen die Erhebung von Feuerwehrgebühren durch die Stadt Kirtorf für den Wechsel eines platten Reifens richtete. In dem Gebiet der Beklagten kam es am 14.12.2022 zu einer Alarmierung der Freiwilligen Feuerwehr. Grund war

ein umgestürzter Baum auf der Fahrbahn. Daraufhin rückten insgesamt sechs Einsatzfahrzeuge und 17 Feuerwehrkräfte aus. Ein umgestürzter Baum konnte beim Abfahren der Strecke nicht gefunden werden. Stattdessen trafen die Feuerwehrleute aber auf die Klägerin, die auf der Strecke zuvor eine Reifenpanne hatte. Ihr Auto war am Straßenrand abgestellt und sie wartete dort mit einer Bekannten auf den bereits verständigten ADAC. Die Feuerwehrkräfte boten der Klägerin ihre Hilfe beim Reifenwechsel an und wechselten den platten Reifen, bevor der ADAC eintraf.

Mit Bescheid vom 03.01.2023 machte die Beklagte hierfür Kosten i.H.v. 784,20 € geltend. Insgesamt seien Kosten i.H.v. über 1.000 € entstanden. Aus Billigkeitsgesichtspunkten werde diese Summe um 25 % reduziert. In einem sich anschließenden Widerspruchsverfahren wurde die festgesetzte Gebühr auf 591,00 € reduziert.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vernahm das Gericht die Beifahrerin der Klägerin sowie den Einsatzleiter der Freiwilligen Feuerwehr als Zeugen. Der heutigen mündlichen Verhandlung war eine Begehung des Straßenabschnitts, auf dem die Klägerin die Reifenpanne hatte, durch den erkennenden Einzelrichter vorausgegangen.

Der Einzelrichter der 2. Kammer gab der Klage mit verkündetem Urteil statt. Zur Begründung wies er darauf hin, dass durch das Fahrzeug der Klägerin an der konkreten Einsatzstelle kein Zustand eingetreten sei, der die Maßnahmen der Freiwilligen Feuerwehr im vorliegenden Fall erforderlich gemacht hätte. In Anbetracht der durch die Ortsbegehung gewonnenen Erkenntnisse sowie aufgrund des Ergebnisses der Zeugenvernehmung sei vielmehr davon auszugehen, dass jedenfalls im konkreten Fall keine gesteigerte Gefahrenlage vorgelegen habe. Der Pkw sei für die konkreten örtlichen Gegebenheiten durch die Klägerin, insbesondere mittels Warndreieck und -blinker, bereits hinreichend gesichert gewesen. Ergänzend führte das Gericht zur Begründung aus, die Klägerin habe aufgrund der Gesamtumstände angesichts einer fehlenden anderweitigen Aufklärung durch die Beklagte ausnahmsweise davon ausgehen dürfen, dass es sich bei dem Reifenwechsel um einen Freundschaftsdienst handeln würde, auch wenn eine generelle Aufklärungspflicht nicht bestehe.

Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

(VG Gießen, Urt. v. 25.03.2024 – 2 K 2103/23.GI) (Uelle: PM VG Gießen, v. 25.03.2024)

Veranstaltungen

☒ **Spezieller Europarechtstag**

Diese Veranstaltung findet online vom 13. bis zum 24.09.2024 statt.

Die Veranstaltung setzt sich zum Ziel, derzeitige Entwicklungen des EU-Beihilferechts in einem Forum, bestehend aus Experten der Kommission der europäischen Gerichte, nationaler Behörden, Unternehmen, der Anwaltschaft und der Wissenschaft zur Diskussion zu stellen.

Anmeldung: www.uni-speyer.de

Aufsätze

Das Flächenziel des IndB und seine Auswirkungen auf die Regional- und Bauleitplanung

von Prof. a.D. Dr.-Ing. habil. Stephan Mitschang, Berlin

Zur Erreichung der Zielsetzungen des EEG 2023 soll die Bereitstellung erneuerbarer Energien insbesondere auch durch die Windenergienutzung unterstützt werden. In den letzten Jahren wurden dazu die gesetzlichen Grundlagen in Form des WaLG sowie durch umfangreiche Änderungen vor allem im BauGB sowie in anderen Gesetzen gelegt. Gegenwärtig kommt den Ländern die Aufgabe zu, einen verbindlich festgelegten Flächenbeitragswert in zwei befristeten Modellstufen bis Ende 2022 und 2023 durch Windenergiegebietsausweisungen in Raumordnungs- und Bauleitplänen zu erreichen. Aus primär raumordnungspraktischer Sicht werden im nachfolgenden Beitrag einzelne ausgewählte Anforderungen, die an die planerische Ausweisung von Windenergiegebieten in Raumordnungs- und Bauleitplänen gestellt werden, verdeutlicht.

I Einführung

Mit dem in Art. 1 des WaLG¹ enthaltenen WindBG² wird das Ziel verfolgt, dem bestehenden Mangel an verfügbarer Fläche für den Ausbau der Windenergie unmittelbar entgegenzutreten.³ Ziel des WindBG ist es, »im Interesse des Klima- und Umweltschutzes die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung, die vollständig auf erneuerbaren Energien beruht, durch den beschleunigten Ausbau der Windenergie an Land zu fördern«. Erreicht werden sollen die Ziele durch die Ausweisung von Windenergiegebieten mittels Raumordnungs- und Bauleitplänen im Rahmen eines als ausreichend angesehenen »2 %-Flächenziels« (vgl. Tabelle zu § 3 WindBG). Neben grundsätzlichen Darlegungen zu den Vorschriften des WindBG (II. und III.), sind auch ausgewählte, mit dem Erreichen des 2 %-Flächenziels verbundene Anforderungen⁴ an die Planungspraxis (IV. bis VII.) Gegenstände der folgenden Darlegungen.

II Zur Ausgangslage vor dem Inkrafttreten des IndB und des Gesetzes

Seit dem 01.01.1997 sind Windenergieanlagen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich privilegiert zulässig. Zur gleichen Zeit wird der sog. »Planvorbehalt« eingeführt, wonach öffentliche Belange einem Vorhaben in der Regel auch dann entgegenstehen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flä-

chennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung und Landesplanung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Damit wird es sowohl den Trägern der Raumordnungsplanung als auch den Gemeinden als Trägern der Flächennutzungsplanung ermöglicht, durch eine positive Standortzuweisung (sog. »Konzentrationszonen«) an einer oder auch an mehreren Stellen im Plangebiet, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten (sog. »Ausschlussgebiete«) und damit der gesetzlichen Privilegierung der Windenergieanlagen durch Standortbestimmungen in Raumordnungs- oder Bauleitplänen eine planerische Steuerung ihrer Zulassung gegenüberzustellen.⁵

Eine bundesgesetzliche Verpflichtung zur Anwendung des Planvorbehalts existiert in diesem Zusammenhang allerdings nicht. Um den Anforderungen des planerischen Abwägungsgebots gerecht zu werden, ist ein schlüssiges gesamtträumliches Konzept erforderlich, um außer den für die Errichtung von Windenergieanlagen vorgesehenen Konzentrationszonen auch diejenigen Flächen bestimmen zu können, die jenseits dieser, im übrigen Plangebiet gelegen sind, und für die eine Ausschlussfunktion festgelegt wird. Dabei wird dem Privilegierungsstatbestand nur dann Rechnung getragen, wenn für die Windkraftnutzung auch in substantieller Weise Raum

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Städtebau Berlin unter der Trägerschaft der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung (DASL).

1 »Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land« (WaLG) v. 20.07.2022, BGBl. I S. 1353.
2 »Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land« (WindBG) v. 20.07.2022, BGBl. I S. 1353, das zuletzt durch Art. 6 des Gesetzes v. 26.07.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist. Ausführlich dazu M. Kment, NVwZ 2022, 1153 (1154 f.); A. Scheidler, BauR 2022, 1419 (1422 f.); B. Operhalsky, UPR 2022, 337 (337 f.); V. Harsch/J. Schäfer, KlimR 2022, 334 (338).
3 Vgl. auch M. Kment, NVwZ 2023, 959 (959 f.); M. Jaenicke, ZUR 2023, 291 (296). Zur Ausgangslage in Deutschland und speziell in Baden-Württemberg, vgl. aktuell U. Derpa, VBIBW 2023, 485 (485 f.).
4 Zu einzelnen praktischen Aspekten unter Einbeziehung auch solarergetischer Fragestellungen, vgl. H. von Seht, RuR 2023, 1 (5 ff.).
5 Kritisch zu diesem Ordnungskonzept W. Spannowsky, ZfBR 2023, 18, 19; H. Schmitz/C. Haselmann, NVwZ 2015, 846 (846 f.); K. Grigoleit/J. Engelbert/L. Strothe/M. Klanten, ZfBR 2022, 512 (513).

geschaffen wird.⁶ Die Rechtsprechung des BVerwG⁷ hat für das schlüssige gesamträumliche Konzept⁸ ein methodisch sehr anspruchsvolles Vorgehen⁹ entwickelt, das in der Folge von planenden Gemeinden oder Trägern der Raumordnungsplanung angenommen und angewendet wurde.¹⁰ Die mit der Rechtsprechung verbundenen Rechtsunsicherheiten einerseits sowie in der Folge zunehmend weniger Windenergieanlagen andererseits, fordern eine gänzlich neue Strategie für den Ausbau der Windenergie ein,¹¹ der mit dem WaLG und dem WindBG sowie weiteren Änderungen zahlreicher Gesetze¹² Rechnung getragen werden soll.

III gesetzlich geregelte Flächenziele für die Nutzung der Windenergie an Land

Um die Ausbauziele des EEG 2023¹³ für die Stromerzeugung erreichen zu können, werden den Bundesländern mit § 3 Abs. 1 Satz 1 WindBG verbindliche, mengenadressierte Flächenziele (sog. »Flächenbeitragswerte«) vorgegeben, die für die Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung einzuhalten sind.¹⁴ Deshalb bestimmt § 3 Abs. 1 Satz 1 WindBG, dass ein prozentualer Anteil der Landesfläche nach Maßgabe der Spalte 3 der Anlage für die Windenergie an Land, bezogen auf das einzelne Bundesland, auszuweisen ist. Bei den angegebenen Flächenbeitragswerten handelt es sich um Mindestvorgaben. Eine Überschreitung dieser Werte ist daher ohne Erfüllung weiterer Voraussetzungen möglich und auch gewünscht.

§ 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG orientiert die zu erreichenden Flächenbeitragswerte an einem Zwischen- und einem Gesamtziel (zweistufiges Modell). Mittelfristig sind danach bis zum 31.12.2027 für das Erreichen des Zwischenziels in einer ersten Modellstufe mindestens diejenigen Flächenbeitragswerte nach Spalte 1 der Anlage zu § 3 WindBG auszuweisen.¹⁵ Fraglich ist dabei jedoch, ob die Planungspraxis dem entsprechen kann, denn bereits auf dieser ersten Modellstufe kommt es maßgeblich darauf an, welche bereits ausgewiesenen Flächen, die auf ganz unterschiedlichen Flächenfestlegungen beruhen können, etwa als Vorrang-, Vorbehalts- oder als Eignungsflächen oder durch Darstellungen als Sonderbauflächen oder als Versorgungsflächen, für die Nutzung der Windenergie auf den einzulösenden Flächenbeitragswert angerechnet werden können. Aufgrund der in § 4 WindBG vorgegebenen Berechnungsregeln,¹⁶ müssen daher die Planungsträger zunächst bestimmen, welche Flächen für die Erreichung der Flächenbeitragswerte überhaupt herangezogen werden können.

IV Ausgewählte Anforderungen an die Regional- und Bauleitplanung

§ 3 Abs. 1 Satz 1 WindBG verpflichtet die Bundesländer, die Flächenbeitragswerte zu erfüllen. Sie haben dabei selbst zu entscheiden, wie sie diese Aufgabe erfüllen wollen. Nach § 3 Abs. 2 WindBG können die Länder die erforderlichen Flächenausweisungen durch das Land als Planungsträger oder durch regionale oder kommunale Planungsträger vornehmen. Sie entscheiden auch über die Planungsebene, auf der die planerische Steuerung der Windenergie stattfinden soll. Umfangreiche Nachweis- und Berichtspflichten begleiten die Länder auf dem Weg zum Erreichen der Flächenbeitragswerte (vgl. § 3 Abs. 3 WindBG i.V.m. § 7 WindBG).¹⁷ Für diejenigen

Länder, die auf die Möglichkeit zur Bestimmung landesgesetzlicher Mindestabstände auf der Grundlage von § 249 Abs. 3 BauGB a.F. zurückgegriffen haben,¹⁸ und den erforderlichen Nachweis bis zum 30.11.2024 nicht erbringen können, hat ein Verstoß gegen die Nachweispflicht gem. § 249 Abs. 7 Satz 2 Nr. 1 BauGB¹⁹ zur Folge, dass die landesgesetzlichen Regelungen zu den Mindestabständen unanwendbar werden.

Das Land als Planungsträger

Nach der ersten Alternative können die Länder die notwendigen Flächen zur Erreichung der Flächenbeitragswerte in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen ausweisen (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WindBG). Dem gleichgestellt ist außerdem der Fall, dass das Land auch der Träger der Regionalplanung ist und die Flächenausweisungen durch Regionalpläne vorgenommen werden. Machen die Länder davon Gebrauch, erlaubt § 3 Abs. 2 Satz 2 WindBG weiter, dass das Land durch ein Landesgesetz oder als Ziele der Raumordnung regionale Teilflächenziele für eigene regionale Raumordnungspläne festlegen kann, die in Summe dann die Flächenbeitragswerte erreichen. Es handelt sich insoweit zwar »nur« um eine (»Kann-Regelung«), doch können die Länder für den Fall eigener Flächenausweisungen dadurch sicherstellen, dass die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB und in der Folge auch die Sanktionsregelung in § 249 Abs. 7 Satz 1 BauGB nur in der betroffenen Region eintritt.²⁰

Regionale oder kommunale Planungsträger

Nach der in § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 1 WindBG enthaltenen zweiten Alternative stellen die Länder zur Erreichung der Flächenbeitragswerte eine Ausweisung der notwendigen Flächen durch von ihnen abweichende regionale oder kommunale Planungsträger sicher. Planungsträger sind damit die Träger der Regional- und Bauleitplanung. Allerdings muss

6 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 – 4 CN 2.07, NVwZ 2008, 559, 560; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 03.02.2022 – OVG 2 A 24.18, BeckRS 2022, 1711 Rn. 52 ff.

7 Vgl. insb. BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, NVwZ 2003, 733 (736) sowie dass., Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 3.02, NVwZ 2003, 1261 (1261). Dazu auch C. Külpmann, DVBl 2019, 608 (609 ff.); M. Wornit, ZfU 2021, 324 (328).

8 Vor allem für die Festlegung von sog. »harten« und »weichen« Tabuzonen.

9 Siehe hierzu etwa BVerwG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09, ZfBR 2010, 65 (66); Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 Rn. 10 ff.; Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12, NVwZ 2013, 1017 (1017); aus dem Schrifttum: C. Külpmann (Fn. 7), 609 f.; A. Scheidler (Fn. 2), 1422; M. Raschke/M. Roscher, ZfBR 2022, 531 (532 f.); S. Gatz, DVBl 2017, 461 (461 f.); A. Schink, UPR 2016, 366 (367 f.); E. Albrecht/A. Zschiegner, NVwZ 2019, 444 (446 f.) sowie G. Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2019, 434 (435 f.).

10 Siehe dazu B. Stüer/E.-M. Stüer, BauR 2021, 1735 (1739 f.).

11 S.a. K. Grigoleit/J. Engelbert/L. Strothe/M. Klanten (Fn. 5), 512, (513).

12 Z.B. dem BauGB, BauNVO, ROG BNatSchG oder EEG 2023. Zu den Beschleunigungsbemühungen, siehe Wolf, EurUP 2023, 320 (322 f.); S. Wagner, UPR 2023, (361 ff.).

13 Siehe § 1 Abs. 2 und 3 dieses Gesetzes.

14 S.a. U. Derpa (Fn. 3), 488; M. Jaenicke (Fn. 3), 292.

15 Angesichts der unterschiedlichen Ausgangslagen in den einzelnen Bundesländern sind zwischen 1,1 und 1,8 % der Landesflächen bereitzustellen.

16 Dazu unten IV. 3.

17 Vgl. § 3 Abs. 3 WindBG.

18 Hiervon haben Bayern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen Gebrauch gemacht.

19 Überblick bei G. Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2023, 10 (11 f.).

20 BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

dazu das jeweilige Land zur »Sicherstellung«, den ihm zugewiesenen Flächenbeitragswert auf diejenige Planungsebene herunterbrechen, der es die Aufgabe der Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung an Land zuweist (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 WindBG). Dadurch wird ein Gleichlauf zwischen den beiden Alternativen gewährleistet.²¹ Es kann insoweit in einigen Landesteilen eine Aufgabenbewältigung durch die Regionalplanung²² erfolgen, in anderen Landesteilen durch die kommunale Bauleitplanung.²³

Anrechenbare Flächen

§ 4 WindBG regelt die Anrechenbarkeit von bereits ausgewiesenen Flächen zur Nutzung der Windenergie auf die in der Anlage zu § 3 WindBG festgelegten Flächenbeitragswerte. Mit der Regelung wird das Ziel verfolgt, in den letzten Jahrzehnten ausgewiesene Flächen für die Windenergienutzung für das Erreichen der Flächenbeitragswerte berücksichtigen zu können. Davon erfasst werden:

- Flächen in Windenergiegebieten²⁴ (§ 4 Abs. 1 WindBG),
- anteilige sog. »Rotor-innerhalb-Flächen« (§ 4 Abs. 3 WindBG) sowie
- Flächen innerhalb eines Abbaubereiches eines Braunkohlen- oder Sanierungsplans (§ 4 Abs. 4 WindBG).

Auf Raumordnungsebene können hiernach zunächst Vorranggebiete (§ 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ROG) sowie Eignungs- und Vorbehaltsgebiete (§ 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und 3 ROG), letztere allerdings nur bis zum 31.12.2027, angerechnet werden, weil diesen anders als Vorranggebieten eine geringere rechtliche Wirkung zukommt (vgl. § 2 Nr. 1b WindBG). Bedeutungslos ist dabei, ob einem Vorranggebiet die Wirkung eines Eignungsgebiets beigemessen wurde.²⁵ Auf Flächen-nutzungsplanebene handelt es sich um dargestellte Sonderbauflächen nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 BauNVO und mit diesen vergleichbaren Ausweisungen²⁶ sowie um Darstellungen auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 Nr. 2b BauGB. Auf der Bebauungsplanebene werden erfasst Sondergebiete gem. § 11 BauNVO und mit diesen vergleichbaren Festsetzungen sowie Versorgungsflächen nach § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB.²⁷ Im Folgenden nicht näher betrachtet werden die Anrechnungspotenziale in Bezug auf Rotor-innerhalb-Flächen und von Flächen innerhalb eines Abbaubereiches eines Braunkohlen- oder Sanierungsplans, weil diese für sich betrachtet, zu weit führende eigene Anforderungen der Flächenanrechnung in sich bergen.

a) Anrechnung als Voraussetzung

§ 4 Abs. 2 WindBG regelt das Verhältnis von Anrechenbarkeit und Wirksamkeit der jeweiligen planerischen Ausweisung. Ausgewiesene Flächen sind danach nur anrechenbar, sobald²⁸ und solange²⁹ der jeweilige Plan wirksam ist. Ausnahmen hiervon sehen § 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 BauGB vor. Zum Beginn der Anrechenbarkeit regelt zunächst Satz 3, dass ein Plan, der vor Ablauf der in § 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG genannten Stichtage des 31.12.2027 bzw. des 31.12.2032 zwar beschlossen, aber noch nicht wirksam geworden ist, für sieben Monate ab Beschluss des Plans gewissermaßen »vorwirkend« angerechnet wird. Die erforderliche Genehmigung und Bekanntmachung bzw. Verkündung kann in dieser Zeit vorgenommen werden. Tritt der Plan nach Ablauf der Übergangsfrist nicht in Kraft, greift § 249 Abs. 7 BauGB. § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG regelt die sog. »nachträgliche Zielver-

fehlung«. Diese liegt vor, wenn etwa ein Gericht einen Plan für unwirksam erklärt. Dann waren an den Stichtagen zwar die Flächenbeitragswerte erreicht, sind aufgrund der gerichtlichen Entscheidung aber dennoch rückwirkend verfehlt. Diese Rechtsfolge wird durch Satz 2 zeitlich aufgeschoben, indem eine Übergangsfrist von einem Jahr bestimmt wird, in der die in gerichtlich verworfenen Plänen ausgewiesenen Flächen weiterhin Anrechnung finden. Eine Korrektur der Pläne mittels eines ergänzenden Verfahrens wird dadurch möglich, ohne dass in dem dafür erforderlichen Zeitraum die Rechtsfolge nach § 249 Abs. 7 BauGB eintritt.³⁰

Beide Fallgestaltungen werfen für die Planungspraxis Fragen auf. Im Falle von Satz 3 muss eine Risikoabschätzung dahingehend erfolgen, ob innerhalb von sieben Monaten die erforderliche Genehmigung und Bekanntmachung bzw. Verkündung erfolgen kann, im Falle von Satz 2, ob innerhalb eines Jahres ein ergänzendes Verfahren zu einem Abschluss gebracht werden kann. Inwieweit die Planungspraxis diese Anforderungen erfüllen kann, muss abgewartet werden. Jedenfalls führen diese Unwägbarkeiten dazu, mehr Flächen, als für ein punktgenaues Erreichen der Flächenbeitragswerte erforderlich ist, auszuweisen, um nicht Gefahr zu laufen, den sicheren Hafen des »erfüllten Flächenbeitragswerts« nicht zu erreichen und das Eintreten der Sanktionsbestimmung in § 249 Abs. 7 BauGB zu verhindern zu können.

b) Eine Bindung an entgegenstehende Planinhalte

§ 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB regelt das Verhältnis der Neuausweisung von Flächen für die Nutzung der Windenergie zu entgegenstehenden Planinhalten in Raumordnungs- und Bauleitplänen.³¹ Mit § 249 Abs. 5 BauGB wird insoweit das Ziel verfolgt, die Bindung an bestehende Pläne zu lockern.³² Jede Planungsebene für sich soll unabhängig in die Lage versetzt werden, Windenergiegebiete auszuweisen. Im Hinblick darauf bestimmt § 249 Abs. 5 BauGB, dass der nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 WindBG jeweils zuständige Planungsträger³³ nicht an in Raumordnungsplänen festgelegte Ziele der Raumordnung gebunden ist, die der Ausweisung von Windenergiegebieten entgegenstehen, allerdings nur soweit dies erforderlich³⁴ ist, um den Flächenbeitragswert

21 So BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

22 Davon machen alle Flächenländer Gebrauch. Aktuelle Übersicht bei W. Köck/C. Rheinschmitt, DVBl 2023, 1389 (1391); speziell zu Sachsen, vgl. Rheinschmitt, EnK-Aktuell 2023, 7 ff.

23 Nur das Saarland macht von dieser Alternative Gebrauch.

24 Zum Begriff, vgl. § 2 Nr. 1 WindBG.

25 Vgl. BT-Drucks. 20/2355, S. 24.

26 Das sind bspw. unbenannte Konzentrationsflächendarstellungen.

27 Werden diese Flächen nach § 5 Abs. 1 oder 2 WindBG festgestellt, erstreckt sich auch § 249 Abs. 2 BauGB auf sie.

28 »Sobald« stellt dabei auf das Inkrafttreten des Plans ab.

29 »Solange« stellt auf eine dynamische Betrachtung ab, nach der auch nach dem einmaligen Erreichen der Zielwerte des § 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG und damit nachträglich eine Verfehlung der Ziele eintreten kann (Vgl. BT-Drucks. 20/2355, S. 26).

30 A. Scheidler, GewArch 2023, 408 (409); D. Meurers, UPR 2023, 41 (44); M. Kment (Fn. 2), 1155.

31 Satz 2 richtet sich mit der gleichen Intention an die Zulassungsebene.

32 Vgl. BT-Drucks. 10/2355, S. 34.

33 Zur Festlegung des zuständigen Planungsträgers sind die Bundesländer verpflichtet. Erst wenn diese bestimmt sind, kann von § 249 Abs. 5 BauGB Gebrauch gemacht werden.

34 Dadurch wird Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten Rechnung getragen.

oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen. Für die Ebene der Bauleitplanung ist eine solche Kollisionsregelung im Verhältnis zur Raumordnungsplanung geradewegs notwendig, um sich mit ihren Darstellungen über die Ziele der Raumordnung hinwegsetzen zu können. Die Vorschrift gilt damit kraft Gesetzes,³⁵ sowohl in vertikaler als auch in horizontaler Hinsicht.³⁶ § 249 Abs. 5 BauGB ist gleichermaßen unter Beschleunigungsgesichtspunkten von Bedeutung, wenn nämlich für Ausweisung von Windenergiegebieten entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder Darstellungen im Flächennutzungsplan³⁷ erst durch ein aufzugreifendes Verfahren angepasst werden müssen. Unter Anwendung des Planvorbehalts führt dies bei unterschiedlichen Konzentrationsflächenausweisungen auf den Stufen von Regional- und Bauleitplanung für Windenergieanlagen, die außerhalb der Konzentrationszonen realisiert werden sollen, zu einem Lähmungszustand und die angestrebte Beschleunigung des Windenergieausbaus wird verfehlt. In zeitlicher Hinsicht gilt die Bestimmung in § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB solange Pläne aufgestellt werden, um die Flächenbeitragswerte oder Teilflächenziele zu erreichen.

Für die Planungspraxis ist die Anwendung von § 249 Abs. 5 BauGB mit mehreren Anforderungen verknüpft. Zunächst muss eine Überwindung entgegenstehender Ziele oder Darstellungen »erforderlich« sein, um den Flächenbeitragswert oder ein daraus abgeleitetes Teilziel zu erreichen. Unklar ist insoweit, was unter »erforderlich« zu verstehen ist. Hier dürfte wohl weniger der Fall angesprochen sein, dass die Flächenbeitragswerte oder Teilflächenziele anders nicht mehr zu erreichen wären, sondern vielmehr eine Anwendung des planerischen Ermessens durch den zuständigen Planungsträger angesprochen sein. Notwendig dürfte es auf jeden Fall sein, nachvollziehbar zu begründen, warum von der Überwindung entgegenstehender Ziele oder Darstellungen Gebrauch gemacht wird.³⁸ Dazu bedarf es einer prognostischen Aussage,³⁹ in die auch Zielerreichungsalternativen einzubeziehen sind. Kann nämlich das Flächenbereitstellungsziel auf anderem Wege erfüllt werden, darf die durch § 249 Abs. 5 BauGB ermöglichte Erleichterung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegebenenfalls nicht in Anspruch genommen werden. Dies gilt wohl auch dann, wenn nicht nur mehrere Alternativen zur Verfügung stehen, sondern auch, wenn die Nicht-Bindung an entgegenstehende raumordnerische Ziele oder Darstellungen des Flächennutzungsplans selbst eine dieser Alternativen darstellt. Da nach § 249 Abs. 6 Satz 1 BauGB, die Ausweisung von Windenergiegebieten nach den für die jeweilige Planungsebene maßgeblichen Vorschriften für Gebietsausweisungen erfolgt, muss in eine Abwägung eingetreten werden.⁴⁰ Zwar bestimmt § 249 Abs. 6 Satz 2 BauGB, dass es für die Rechtswirksamkeit des Planes unbeachtlich ist, ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind, doch sind insoweit zumindest bestehende Zweifel angesichts der bisherigen Rechtsprechung anzubringen. Für den jeweiligen Planungsträger wird es daher nicht einfacher, wenn auf § 249 Abs. 5 BauGB Rückgriff genommen wird, denn unter rechtlichen Gesichtspunkten wird einerseits in das bestehende Ableitungsverhältnis von Regional- und Bauleitplanung und andererseits in die planerische Konzeption der Windkraftflächenbereitstellung auf derjenigen Planungsebene eingegriffen, für die eine Bindung an die Ziele der Raum-

ordnung oder die Darstellungen in Flächennutzungsplänen entfallen soll.⁴¹ So wird dadurch zunächst § 1 Abs. 4 BauGB, wonach Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung anzupassen sind, zum Zwecke der Bereitstellung von Flächen für die Windenergie als nicht anwendbar bestimmt und ebenfalls, der das Gegenstromprinzip regelnde, § 1 Abs. 3 ROG »parallel« dazu ausgehebelt.⁴² Soweit Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden sollen, können sich die Gemeinden⁴³ ohne Durchführung einer Regionalplanänderung oder eines Zielabweichungsverfahrens über entgegenstehende Ziele der Raumordnung und umgekehrt die Regionalplanung sich über entgegenstehende Darstellungen ohne Durchführung eines entsprechenden Änderungsverfahrens hinwegsetzen.⁴⁴ Noch nicht geklärt ist dabei, welche Bedeutung diese Vorgehensweise für die zugrundeliegenden Pläne hat, deren aufwändig erarbeitete Ziele oder Darstellungen überwunden werden. Bedarf es einer formellen Änderung oder zumindest einer Berichtigung dieser Pläne⁴⁵ und welche Folgen hat dies für die zu treffenden Abwägungsentscheidungen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die entgegenstehenden Ziele der Raumordnung oder Darstellungen des Flächennutzungsplans selbst bereits Ergebnis einer abgeschlossenen auf einer konzeptionellen Grundlage beruhenden Abwägungsentscheidung sind? Im Übrigen kann sich durch den Wegfall der Bindungen auch ein Bedarf und damit ein Planungserfordernis an anderer Stelle im Planungsraum ergeben sowie auch ein Regelungsbedarf im näheren Umfeld der nunmehr für die Windenergienutzung freigestellten Flächen. Aus § 2 Nr. 1b WindBG, der Vorbehaltsgebiete als Windenergiegebiete bestimmt und sie mit Vorranggebieten als gleichwertig betrachtet, ergibt sich, dass auch diese von der Freistellung erfasst werden, obwohl sie – anders als Ziele der Raumordnung –, gerade keine abschließende Abwägung verlangen. Allerdings steht dies unter dem Vorbehalt, dass die betreffenden Flächen spätestens am 01.02.2024 wirksam geworden sind und nur bis zum 31.12.2027 als Windenergiegebiete angerechnet werden können.

In diesem Zusammenhang ist noch auf zwei weitere Aspekte hinzuweisen. Zunächst betrifft dies die Gefahr, dass insoweit ein Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 Abs. 2 GG vorliegen könnte.⁴⁶ Mit dem Verzicht auf ein Planänderungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung und gegebenenfalls auch der Durchführung einer Umwelt-

35 W. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), Baugesetzbuch, Kommentar, § 249 (Stand: August 2023) Rn. 118.

36 Etwa für sachliche und räumliche Teilpläne nach § 7 Abs. 1 Satz 3 ROG oder für Teilflächennutzungspläne nach § 5 Abs. 2b BauGB.

37 Dies dürfte in der Planungspraxis die häufiger vorkommende Fallgestaltung sein.

38 Auch W. Söfker (Fn. 35), § 249 Rn. 118.

39 W. Söfker, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, 60. Ed.01.10.2023, § 249 Rn. 12.

40 Vgl. § 249 Abs. 6 BauGB; W. Söfker (Fn. 35), § 249 Rn. 119; U. Derpa (Fn. 3), 491; M. Kment (Fn. 3), 964.

41 Auch M. Kment (Fn. 3), 964; ders. (Fn. 2), 1158.

42 So deutlich B. Operhalsky (Fn. 2), 339.

43 Die Vorschrift gilt sowohl in Bezug auf die Flächennutzungsplanung als auch die Bebauungsplanung.

44 Ebenfalls kritisch: W. Söfker (Fn. 35), § 249 Rn. 121, der auf weitere Möglichkeiten zur Erreichung der Flächenbeitragswerte abstellt.

45 Bejahend: W. Söfker (Fn. 35), § 249 Rn. 120.

46 W. Spannowsky (Fn. 5), 23; A. Scheidler (Fn. 2), 1428.

prüfung stellen sich weiterhin Fragen der Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben, die im Falle von § 13b BauGB zu dessen Unanwendbarkeit geführt haben.⁴⁷

V rliche eststellung des Erreichens der lächenbeitrags erte der der regi nalen der der k unalen eifflächenziele indB

Die Bestimmungen in § 5 Abs. 1 und 2 WindBG regeln das Erfordernis der förmlichen Feststellung⁴⁸ des Erreichens der Flächenbeitragswerte oder der regionalen oder kommunalen Teilflächenziele und unterscheiden hierzu zwei Fallgestaltungen:

- Erreichen der Flächenbeitragswerte oder der regionalen oder kommunalen Teilflächenziele mit Ausweisung neuer Windenergiegebiete,
- Erreichen der Flächenbeitragswerte oder der regionalen oder kommunalen Teilflächenziele ohne Ausweisung neuer Windenergiegebiete.

In beiden Fällen hat der Planungsträger entsprechend den in § 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG festgelegten Zeitpunkten das Erreichen der Flächenbeitragswerte festzustellen und dies öffentlich bekannt zu geben oder zu verkünden. Diese in § 5 Abs. 2 Satz 1 WindBG enthaltene Anforderung ist im Hinblick auf die Publizität der Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB erforderlich.⁴⁹ Allerdings bleibt trotz des Erreichens des Flächenbeitragswerts oder des regionalen oder kommunalen Teilflächenziels auch die Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Nutzung der Windenergie unbenommen.⁵⁰

Eine erneute Genehmigung der Planung wird durch die Vorschriften des WindBG nicht verlangt.⁵¹ Allerdings sind noch weitere in § 5 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 WindBG enthaltene Informationserfordernisse im Zusammenhang mit der Feststellung des Erreichens des Flächenbeitragswertes verbunden, insbesondere weil die Genehmigungsbehörden im Zulassungsverfahren an die Rechtsfolgen der Feststellung gebunden sind und außerdem Windenergieanlagen außerhalb der berücksichtigten Windenergiegebiete ihren Privilegierungsstatbestand verlieren.

VI Rechtsf lgen

Zu unterscheiden sind dabei zunächst die Rechtsfolgen bei Erfüllung oder Nicht-Erfüllung der Länderpflichten.

Bei erf lten Aus eisungsverpflichtungen der änder

Grundlegende Bedeutung kommt der Feststellung des Erreichens der Flächenbeitragswerte durch den Planungsträger zu, da an die Feststellung mehrere, einen Regimewechsel einleitende, Rechtsfolgen geknüpft sind (vgl. § 249 Abs. 2 Satz 1 bis 3 BauGB). So richtet sich die Zulässigkeit von Windenergieanlagen außerhalb der Windenergiegebiete im gesamten Bundesland dann nach § 35 Abs. 2 BauGB. Diese Rechtsfolge gilt nach § 249 Abs. 2 Satz 2 BauGB auch dann, wenn ein Bundesland von der Möglichkeit nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder Satz 2 WindBG Gebrauch gemacht, regionale oder kommunale Teilflächenziele bestimmt und deren Erreichen festgestellt hat.

Nach § 35 Abs. 2 BauGB dürfen sonstige Vorhaben im Außenbereich nur zugelassen werden, wenn sie öffentliche

Belange nicht beeinträchtigen und die Erschließung gesichert ist. Das bedeutet, dass durch die Regelungen in § 249 Abs. 2 Satz 1 und 2 BauGB für alle außerhalb von Windenergiegebieten gelegenen Flächen die bislang bestehende privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich zurückgenommen wird. Dies kommt einer Entprivilegierung von Windenergieanlagen außerhalb von ausgewiesenen Windenergiegebieten gleich.⁵² Sie sind damit im Außenbereich schwerer realisierbar.⁵³ Begründet wird dies nachvollziehbar damit, dass ein Bedürfnis für den Fortbestand der Privilegierung außerhalb der nach dem WindBG anrechenbaren Windenergiegebiete nicht mehr besteht, weil die Flächenbeitragswerte erreicht oder die Teilflächenziele erreicht oder überschritten werden.⁵⁴ Konsequenterweise wird im Hinblick darauf in § 249 Abs. 2 Satz 3 BauGB bestimmt, dass der Eintritt der Rechtsfolgen nach den Sätzen 1 und 2 eine gesetzliche Folge der Feststellung ist.⁵⁵ Daher wird in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auch bestimmt, dass Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur noch nach Maßgabe des § 249 BauGB einer privilegierten Zulassung im Außenbereich zugänglich sind und damit eine Verknüpfung mit dem Erreichen und Feststellen der Flächenbeitragswerte oder der Teilflächenziele nach den Vorschriften des WindBG hergestellt.⁵⁶

Mit der Geltung dieser neuen Regelungen ist es für die Gemeinden unter Heranziehung der Instrumente der Raumordnungs- oder Flächennutzungsplanung weder erforderlich noch möglich, die Zulässigkeit von Windenergieanlagen räumlich zu steuern und eine planerische Ausschlusswirkung zu bestimmen. Planungssystematisch wird insoweit von der »Ausschlussmethode« auf eine Positivplanung⁵⁷ übergewechselt, bei sich die räumliche Steuerung von Windenergieanlagen hin zu einer nur noch positiven Ausweisung von Flächen für die Nutzung der Windenergie verlagert.⁵⁸ Damit soll nach der Zielsetzung des Gesetzgebers der Aufstellung eines fehleranfälligen gesamtäumlichen Konzepts, wie es bis

47 Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.07.2023 – 4 CN 3.22, NVwZ 2023, 1652 Rn. 16 ff.

48 Hierbei sind die sich aus § 4 WindBG ergebenden Anforderungen, insb. in Bezug auf die Wirksamkeit der Planung zu beachten. Zur Angabe weiterer Informationen, vgl. § 5 Abs. 1 Halbs. 2 WindBG.

49 M. Raschke/M. Roscher (Fn. 9), 534; A. Scheidler (Fn. 2), 1425.

50 Hierauf weist § 249 Abs. 4 BauGB, wonach die Feststellung des Erreichens eines Flächenbeitragswerts oder Teilflächenziels der Ausweisung zusätzlicher Flächen für Windenergievorhaben ausdrücklich hin.

51 Dies einfordernd: M. Raschke/M. Roscher (Fn. 9), 534, die aber zu Recht für die Bundesländer auch die Möglichkeit erwähnen, diesbezügliche Verfahrensregelungen zu treffen und insoweit auch eine Möglichkeit zur Beteiligung der höheren Verwaltungsbehörde sehen.

52 In diesem Sinne auch M. Kment (Fn. 3), 962; H. von Seht, RuR 2021, 606 (616); S. Schlacke/H. Wentzien/D. Römling, NVwZ 2022, 1577 (1582).

53 Andererseits werden sie aber durch die Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG 2023 im Einzelfall dennoch gegenüber vorher auch gestärkt.

54 Vgl. BT-Drucks. 20/2355, S. 32.

55 A. Scheidler (Fn. 2), 1427.

56 Vgl. BT-Drucks. 20/2355, S. 30. Auch B. Burkert, EnK-Aktuell 2022, 01141, 1, 1.

57 Zu diesem methodischen Ansatz J. Osing, NVwZ 2020, 749 (750); S. Menne, ZfBR 2020, 336 (337) sowie Tigges ZNER 2012, 127 (129); F. Thiel, UPR 2022, 132 (133).

58 Ausdrücklich BT-Drucks. 20/2355, S. 33. Offengeblieben ist dabei die Frage des Rechtsschutzes. Die Frage, inwieweit eine Normenkontrolle weiterhin statthaft ist, dürfte zu verneinen sein. Auch M. Raschke/M. Roscher (Fn. 9), 539.

zum 01.02.2023 zur räumlichen Steuerung von Windenergieanlagen noch erforderlich war, entgegengewirkt werden. Den Wünschen der Planungspraxis, eine Vereinfachung der planerischen Steuerung von Windenergieanlagen durch den Gesetzgeber zur Verfügung gestellt zu bekommen, aber auch dem Ziel des Gesetzgebers, mehr Flächen für die Nutzung der Windenergie zu erhalten, wird dadurch zwar Rechnung getragen, inwieweit die Rechtsprechung diesbezüglich aber bei ihrer bisherigen Linie bleibt und ein nachvollziehbares Konzept verlangt, das alle Flächen des Planungsraumes berücksichtigt, bleibt gegenwärtig noch offen.

Zur Zulassung von Windenergieanlagen innerhalb der Windenergiegebiete enthält das WindBG explizit keine Regelung. Im Umkehrschluss aus § 249 Abs. 2 BauGB ergibt sich allerdings, dass die Privilegierung dort dann uneingeschränkt gilt. Folge hiervon ist, dass Windenergieanlagen, die innerhalb entsprechender Windenergiegebieten realisiert werden sollen, aufgrund ihrer Privilegierung ein gesteigertes Durchsetzungsvermögen gegenüber öffentlichen Belangen haben können.

Bei Nicht Erfüllung der Änderungsverpflichtungen

Welche Rechtsfolgen sich im Falle der Nicht-Erfüllung der Flächenausweisungspflichten ergeben, bestimmt § 249 Abs. 7 BauGB. Nach dieser Bestimmung kommt es zu einer vollumfänglichen Privilegierung von Windenergieanlagen im gesamten Planungsraum flankiert von einer verstärkten Durchsetzungsfähigkeit von Einzelanlagen und zum Wegfall der landesrechtlichen Abstandsregelungen.

a V llu fängliche rivilegierung Abs Satz Nr Bau B

Die Bestimmung in § 249 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BauGB ist das »negative« Gegenstück zu § 249 Abs. 2 BauGB. Sobald und solange nach zum Ablauf des jeweiligen Stichtages die Ausweisungspflichten nach § 3 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 WindBG nicht erreicht werden, entfällt die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB. § 35 Abs. 2 BauGB findet keine Anwendung mehr, Windenergieanlagen sind wie vor der Neuregelung privilegierte Vorhaben⁵⁹ im Außenbereich (sog. »erweiterte Privilegierung«). Stehen der Genehmigungsfähigkeit der Windenergieanlage öffentliche (auch ungeschriebene) Belange entgegen, dürften sie mit »Rückenwind« von § 2 EEG 2023 regelmäßig zugelassen werden. Dies ist im Weiteren auch dann der Fall, wenn an den maßgeblichen Stichtagen der Feststellung gem. § 5 WindBG eine fehlerhafte Ermittlung vorausging,⁶⁰ oder ein Plan auf der Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung gem. § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG für unwirksam erklärt wurde und damit aus der Anrechnung fällt.⁶¹ Das gilt aber nicht, wenn die Länder von der Möglichkeit der Festlegung von regionalen oder kommunalen Teilflächenzielen Gebrauch gemacht haben, da dann bei einer Verfehlung des Teilflächenziels, Windenergieanlagen nur in denjenigen Gebieten, in denen die Teilflächenziele nicht erreicht worden sind, privilegiert zulässig sind. Wird zu einem späteren Zeitpunkt aber festgestellt, dass die Flächenbeitragswerte oder die regionalen oder kommunalen Teilflächenziele im Zuge weiteren Zubaus erreicht wurden, gilt angesichts der Verwendung des Wörtchens »solange« in § 249 Abs. 7 Satz 1 BauGB, die aus § 249 Abs. 2 BauGB resultierende Rechtslage erneut.

b Verstärkte Durchsetzungsfähigkeit v n indenergieanlagen bei Nichterreichen des lächenbeitrags erts Abs Satz Nr Bau B

Eine zweite Rechtsfolge bei Nicht-Erfüllung der Ausweisungspflichten ergibt sich für die Länder aus § 249 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 BauGB. Hiernach können Darstellungen in Flächennutzungsplänen, Ziele der Raumordnung sowie sonstige Maßnahmen der Landesplanung⁶² einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, das der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient, nicht mehr entgegengehalten werden, wenn bis zum Ablauf des jeweiligen Stichtages die Flächenausweisungspflichten nicht erfüllt werden. In der Folge wird es dann auch in diesen Fällen zur Genehmigung der beantragten Windenergieanlage kommen.⁶³ Die Vorschrift differenziert nicht danach, ob insoweit jegliche oder nur bestimmte Darstellungen in Flächennutzungsplänen oder Ziele der Raumordnung angesprochen sind, also solche, die nur windenergiespezifisch sind.⁶⁴ Es dürfte wohl eher davon auszugehen sein, dass alle Darstellungen und Ziele der Raumordnung von der Vorschrift angesprochen sind, insbesondere auch solche, die positive Darstellungen⁶⁵ oder Ziele der Raumordnung⁶⁶ betreffen.⁶⁷ Das Ergebnis der insoweit schon getroffenen Abwägung für die Darstellungen oder Ziele der Raumordnung verlangt keine Bindung mehr im Rahmen der Vorhabenzulassung. Der Durchsetzungsfähigkeit windenergetischer Belange ist dadurch noch stärker als durch die Privilegierung Rechnung getragen. Auch diese Rechtsfolge gilt nach § 249 Abs. 7 Satz 1 BauGB so lange, bis die Flächenziele wieder erreicht sind. In der weiteren Folge gilt dann erneut wieder § 249 Abs. 2 BauGB.

Unklar ist auch dabei, welche Konsequenzen sich für die Raumordnungs- und Flächennutzungspläne ergeben, deren Ziele oder Darstellungen einem Windenergievorhaben nicht mehr entgegenstehen. Anders als § 249 Abs. 5 BauGB, greift § 249 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 BauGB in dem Falle, dass die Flächenbeitragswerte oder daraus abgeleitete Teilflächenziele nicht zu den verbindlich festgelegten Stichtagen erreicht werden. Gleichwohl dürfte es wie bei § 249 Abs. 5 BauGB auch hier notwendig sein, die Pläne anzupassen oder auch notwendig werdende Nutzungs- oder Standortausweisungen an anderer Stelle im Planungsraum vorzunehmen.⁶⁸ Die Planungspraxis wird mit der Bewältigung dieser Aufgabe und mit der Neuausweisung von Windenergiegebieten zur Errei-

59 Die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen gelten weiterhin.

60 Sog. »anfängliche Zielverfehlung«, vgl. W. Söfker/D. Meurers, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 35), § 249 (Stand: August 2023) Rn. 136.

61 Sog. »nachträgliche Zielverfehlung«, vgl. W. Söfker/D. Meurers (Fn. 60), § 249 Rn. 137.

62 Etwa eine Untersagung nach § 12 ROG oder Moratorien. Vgl. BT-Drucks. 20/2355, S. 35.

63 G. Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2023, 10 (10).

64 Dieser Auffassung sind M. Raschke/M. Roscher (Fn. 9), 536 f. unter Hinweis auf eine unzureichende Begründung des Bundesgesetzgebers.

65 Z.B. auch Darstellungen nach § 5 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 5, Nr. 9 oder Nr. 10 BauGB.

66 Z.B. ein Vorranggebiet für Abgrabungen, eine Standortentscheidung für ein Güterverteilzentrum oder auch Festlegungen für den Ausgleich kommunaler Eingriffe in Natur und Landschaft.

67 Ebenso A. Scheidler (Fn. 2), 1430; W. Söfker/D. Meurers (Fn. 60), § 249 Rn. 139.

68 Wie oben IV. 3 b.

chung der Flächenbeitragswerte jahrelang auf »zwei Schultern Wasser zu tragen« haben. Inwieweit dies, unter Beibehaltung der gegenwärtigen Kapazitäten gelingt, ist fraglich.

c e gfall landesrechtlicher Abstandsv rschriften Abs Satz

§ 249 Abs. 7 Satz 2 BauGB regelt eine dritte Rechtsfolge bei Nicht-Erfüllung der Ausweisungspflichten durch die Bundesländer. Unterschieden werden insoweit zwei Tatbestandsalternativen:

- Ein Bundesland genügt den Nachweispflichten i.S.v. § 3 Abs. 3 WindBG bis zum 30.11.2024 nicht.
- Ein Bundesland hat die Flächenbeitragswerte⁶⁹ oder die daraus abgeleiteten Teilflächenziele bis zu den Stichtagen am 31.12.2027 und am 31.12.2032 nicht erreicht.⁷⁰

Für die erste Tatbestandsalternative besteht zudem die Voraussetzung, dass gem. § 5 Abs. 3 Satz 2 WindBG das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz bis zum 30.06.2024 festgestellt hat, ob die Nachweispflichten der Bundesländer erbracht worden sind. Allerdings wird den Ländern, im Falle des Versäumnisses, eine ergänzende »Notfrist« eingeräumt. In diesem Sinne hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz bis zum 31.12.2024 festzustellen, ob und welche Länder diesen Nachweis bis zum 30.11.2024 nachträglich erbracht haben und dies öffentlich bekannt zu geben.

In beiden Fällen dürfen die landesgesetzlichen Bestimmungen über Mindestabstände auf Dauer nicht mehr angewendet werden, und zwar landesweit, allerdings nur insoweit, als der für das Bundesland einschlägige Flächenbeitragswert⁷¹ zum jeweiligen Stichtag nicht erfüllt ist. Dann haben die Länder die Möglichkeit, im Zuge einer Nacherfüllung ihrer Ausweisungspflichten, neue Abstandsregelungen für Windenergieanlagen zu erlassen.⁷² Mit dem Wegfall der Abstandsvorschriften verbunden, ist aber eine Vergrößerung des Suchraumes für Windenergieflächen, die wiederum konzeptionell zu Buche schlagen können und auf die ergänzende Ausweisung von Windenergieflächen Einfluss ausüben können. Gleichzeitig wirken die in § 249 Satz 1 Nr. 1 und 2 BauGB enthaltenen Vorschriften und unterstützen die Durchsetzungsfähigkeit von Windenergieanlagen im gesamten Planungsraum.

VII gang it bestehenden lanungen

§ 245e BauGB⁷³ geht wie das WindBG auf das WaLG zurück und enthält eine Übergangsregelung zu § 249 Abs. 1 BauGB.⁷⁴ Damit soll gewährleistet werden, dass die vielerorts bereits vorhandenen Bestandsplanungen oder auch in Aufstellung befindliche Planungen während des vorgesehenen Übergangszeitraums ihre Steuerungswirkung nicht einbüßen, sondern weiterhin entfalten können.⁷⁵ Zu welchem Zeitpunkt der Übergangszeitraum endet, hängt allerdings von der konkreten Situation ab. Definitiv endet der Übergangszeitraum spätestens mit dem Ablauf des Stichtags für den Flächenbeitragswert nach Spalte 1 der Anlage des WindBG. Gegenwärtig ist dies spätestens der Ablauf des 31.12.2027.⁷⁶ Voraussetzung ist allerdings, dass der Plan bis zum 01.02.2024 wirksam geworden ist. Dies ergibt sich aus § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB. Wenn im konkreten Einzelfall die Erreichung der Zielwerte früher erstmalig festgestellt wird, entfällt die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

bereits zu diesem Zeitpunkt.⁷⁷ Da auch in diesen übergeleiteten Planungen weitere Flächen für die Windenergienutzung ergänzend⁷⁸ ausgewiesen werden können sollen, sind weit reichende Erleichterungen hierfür normiert worden.

V raussetzungen

Der Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan, der mit seinen ausgewiesenen Konzentrationsflächen übergeleitet werden soll, muss wirksam sein und auch eine Ausschlussfunktion für Flächen außerhalb der Konzentrationsflächen bestimmen,⁷⁹ denn gerade die Ausschlusswirkung soll fortgelten. Des Weiteren steht die Fortgeltung des übergeleiteten Plans unter dem Vorbehalt des § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB, um sicherzustellen, dass nach § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB aufgestellte und vor dem Stichtag für die Flächenbeitragswerte nach Anlage 1 zum WindBG wirksam gewordene Pläne mit ihren neu ausgewiesenen Windenergiegebieten einer weitergeltenden Ausschlusswirkung vorgehen und deshalb der Zulassung der Windenergieanlagen die Ausschlusswirkung nicht entgegeng gehalten werden können.⁸⁰

Erleichterungen

Insbesondere mit dem »Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften«⁸¹ ist eine Ergänzung der Übergangsregelung in § 245e Abs. 1 BauGB vorgenommen worden, und zwar noch vor dem Inkrafttreten der Vorschrift zum 01.02.2023.⁸² Ziel dieser Neuregelungen⁸³ in § 245e Abs. 1 Satz 5 bis 8 und

69 Teilflächenzielen kommt hier eine doppelte Bedeutung zu. Werden einzelne Teilflächenziele nicht erreicht, kann dies durch eine Übererfüllung in Bezug auf anderer Teilflächenziele kompensiert werden, doch reicht das Nichterreichen eines einzelnen Teilflächenziels auch aus, die Flächenbeitragswerte nicht zu erreichen.

70 Skeptisch und kritisch im Hinblick auf die Zielerreichbarkeit unter Berücksichtigung auch der Novellierung der 10-H-Regelung in § 82b BayBO: A. Decker, ZfBR 2022, 735 (741).

71 Ein nachträgliches (nach dem Stichtag) Unterschreiten der Flächenbeitragswerte erfüllt den Tatbestand allerdings nicht, weil nach dem Wortlaut des Abs. 7 Satz 2 auf den »jeweiligen Stichtag« abgestellt wird.

72 Siehe BT-Drucks. 20/2355, S. 35.

73 Zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes v. 12.07.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 184) geändert.

74 Für die Raumordnungsplanung, vgl. § 27 Abs. 4 ROG, der die Sonderregelungen in § 249 sowie auch die Bestimmung zum Überleitungsrecht in § 245e BauGB auch für die Raumordnungsplanung vorrangig für anwendbar erklärt. Nach dem 01.02.2024 wirksam werdende Raumordnungspläne entfalten in Bezug auf die in ihnen festgelegte Ausschlusswirkung keine Bindungswirkung mehr für die Zulassungsebene. Vgl. D. Meurers/W. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 35), § 245e (Stand: Oktober 2022) Rn. 7.

75 Vgl. BT-Drucks. 20/2355, S. 31. Kritisch W. Spannowsky (Fn. 5), 22, weil der Eintritt der Rechtsfolge nicht zuverlässig absehbar sein soll.

76 W. Spannowsky (Fn. 5), 24 sieht darin einen Verstoß gegen das unionsrechtliche Erfordernis zur Durchführung einer Umweltsprüfung im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des WindBG.

77 Auch B. Burkert (Fn. 56), 2.

78 Auch § 249 Abs. 5 BauGB hat die zusätzliche Ausweisung von Flächen für die Windenergie zum Regelungsgegenstand, allerdings setzt eine Anwendung der Bestimmung voraus, dass das Land den Planungsträger bereits festgelegt hat. Demgegenüber ist eine Anwendung des § 245e Abs. 1 Sätze 5 bis 8 BauGB für denjenigen Planungsträger bestimmt, der den Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan aufgestellt hat.

79 Im Ergebnis auch Herzer, BauR 2023, 550 (551).

80 D. Meurers/W. Söfker (Fn. 74), § 245e Rn. 6.

81 Vom 08.10.2022, BGBl. I S. 1726.

82 Siehe Art. 12 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes v. 08.10.2022, BGBl. I S. 1726.

83 Hierzu Schütte/Winkler, ZUR 2022, 691 (895).

Abs. 4 BauGB ist es, die Ausweisung zusätzlicher Flächen bei bereits vorhandenen Windenergieplanungen einerseits sowie die Zulassung von Windenergieanlagen auf der Grundlage von in Aufstellung befindlichen Regional- und Flächennutzungsplänen während des Übergangszeitraums andererseits, zu erleichtern.⁸⁴ Mittlerweile ist die Bestimmung noch zweimal erweitert worden, einerseits durch das Digitalisierungsgesetz,⁸⁵ andererseits das geänderte LNG-Beschleunigungsgesetz.⁸⁶

a Beschränkung der Abwägung auf zusätzliche Flächen

§ 245e Abs. 1 Satz 5 BauGB⁸⁷ hat das Ziel, die Abwägung auf die zusätzlich ausgewiesenen Flächen für die Windenergie zu beschränken und damit nicht erneut eine Bezugnahme auf das schlüssige gesamträumliche Konzept nehmen zu müssen.⁸⁸ Daher ist auch ein Abweichen von dem gesamträumlichen Konzept möglich und es müssen die durch die Ausschlussmethode gestellten Anforderungen des Substanzgebots nicht⁸⁹ erfüllt werden. Ob dies so haltbar ist, darf hinterfragt werden, denn der Bundesgesetzgeber greift mit Satz 5 eine in der Literatur und Rechtsprechung⁹⁰ unterschiedlich bewertete Frage auf, bei der es darum geht, ob eine Ausweisung zusätzlicher Flächen auch in das bestehende gesamträumliche Konzept einbezogen werden muss. Zwar hat das BVerwG⁹¹ in einer Entscheidung zur vormals geltenden Bestimmung in § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB a.F. diese Frage wohl verneint, inwieweit dies allerdings auch auf die Neuregelung in § 245e Abs. 1 Satz 5 BauGB übertragen werden kann, ist noch nicht durch die Rechtsprechung geklärt. Insbesondere betrifft dies die Alternativenprüfung im Zusammenhang mit der Berücksichtigung ernsthaft in Betracht kommender Planungsalternativen.⁹² Schließlich enthält Satz 6 dann auch eine Relativierung dahingehend, dass eine Beschränkung der Abwägung auf die zusätzlich auszuweisenden Flächen nur dann zulässig ist, wenn die Grundzüge der Planung⁹³ nicht berührt werden.

In der Planungspraxis dürfte eine Anwendung von Satz 5 für bestehende Planungen im Übrigen nur selten vorkommen, denn erfasst werden primär nur Planungen unter Anwendung der Ausschlussfunktion, also nach dem vormals geltenden Recht bis spätestens zum 01.02.2024 wirksam zustande gekommene Raumordnungs- und Flächennutzungspläne, die um weitere Flächen für die Nutzung von Windenergie ergänzt werden. Werden die Flächenbeitragswerte oder die daraus abgeleiteten Teilflächenziele erreicht, hat die Regelung ohnehin ihre Bedeutung verloren.⁹⁴ Auch verfahrensrechtlich können Schwierigkeiten auftreten. Insoweit kann für die Ausweisung zusätzlicher Flächen für den Flächennutzungsplan neben dem Regelverfahren auch auf das vereinfachte Verfahren nach § 13 BauGB in Frage kommen, für Raumordnungspläne kann bei geringfügigen⁹⁵ Änderungen auf § 8 Abs. 2 ROG⁹⁶ zurückgegriffen werden, doch müssen in beiden Fällen die einschlägigen Voraussetzungen hierfür erfüllt werden.⁹⁷

b Einhaltung der Grundzüge der Planung

Von dem Planungskonzept, das der Abwägung über bereits dargestellte Flächen zu Grunde gelegt wurde, kann zwar abgewichen werden, allerdings müssen nach § 245e Abs. 1 Satz 6 BauGB die Grundzüge der Planung erhalten werden. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn Flächen im Umfang von nicht mehr als 25 % der schon bislang dargestellten Flächen zusätzlich dargestellt werden (vgl. § 245e Abs. 1 Satz 7 BauGB). Hierbei handelt es sich um eine Regelvermutung,⁹⁸

Bezugspunkt für die Frage, ob die Grundzüge der Planung erhalten werden, ist dabei ausschließlich der Umfang der Flächen, die für die Windenergienutzung zur Verfügung gestellt werden und nicht etwa das der Planung insgesamt zugrunde liegende gesamträumliche Konzept. Zwar ist die Größenordnung von 25 % tatsächlich recht hoch gegriffen und als Schwellenwert daher als kritisch anzusehen. Werden die Grundzüge der Planung berührt, muss die Abwägung auf den gesamten Planungsraum bezogen werden. Zwar ist für diesen Fall anzunehmen, dass auch dann die Planung bis zum 01.02.2024 wirksam geworden sein muss,⁹⁹ ausdrücklich geregelt ist dies allerdings nicht, dürfte als offene Frage in der Planungspraxis aber auch kaum thematisiert werden. Positiv zu sehen, ist dabei aber, dass der Bundesgesetzgeber überhaupt einen solchen Schwellenwert bestimmt hat, der zumindest den praktischen Umgang erleichtern und viele Diskussionen darüber, wann die Grundzüge der Planung nicht mehr erhalten werden, auch im zeitlichen Sinne zugunsten des Ausbaus erneuerbarer Energien, erspart.

c Durchbrechung der bestehenden Ausschlussfunktionen

Mit § 245e Abs. 4 BauGB ist eine weitere Neuregelung geschaffen worden, die ergänzenden, im Entwurf vorliegenden, Windenergieplanungen eine »positive Vorwirkung«¹⁰⁰ verleihen soll, indem eine Durchbrechung der im konkreten Fall übergangsweise nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB fortbestehenden Ausschlusswirkung vorhandener Planungen möglich wird. Die Vorschrift vermittelt eine weitere Begrenzung des bestehenden Konzentrationszonenrechts und dient der

84 Beide Bestimmungen waren im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht enthalten, sondern sind als Regelungen in Art. 11 in die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie v. 28.09.2022 erst aufgenommen worden (vgl. BT-Drucks. 20/3743, S. 13 f.).

85 Art. 1 des Gesetzes v. 03.07.2023 (BGBl I 2023 Nr. 176).

86 Art. 3 des Gesetzes v. 12.07.2023 (BGBl. I 2023 Nr. 184), mit dem ein neuer Abs. 5 eingefügt wurde.

87 Siehe BT-Drucks. 20/3743, S. 23. Hiernach handelt es sich um eine Klarstellung zum durch das WaLG vorgenommenen Wechsel von der Ausschlussmethode zur isolierten Positivplanung. Gemeint ist hier jedoch die Änderung eines Planes. Hierauf weisen D. Meurers/W. Söfker (Fn. 74), § 245e Rn. 8 im Verhältnis zu § 249 Abs. 5 Satz 1 und 2 BauGB zu Recht hin.

88 In diesem Sinne, allerdings noch zu § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB a.F., mittlerweile auch BVerwG, Urt. v. 24.01.2023 – 4 VN 6.21, NVwZ 2023, 998 (1000); ebenso M. Kment (Fn. 3), 964 f. Noch divergierend OVG NRW, Urt. v. 15.05.2017 – 2 D 22.15.NE, BeckRS 2017, 118695 Rn. 60 ff. und offenlassend, aber andeutend Nds. OVG; Urt. v. 19.06.2019 – 12 KN 64.17, BeckRS 2019, 14906 Rn. 57.

89 A.A. wohl Herzer (Fn. 79), 556.

90 Hierzu B. Zietlow/A. Hinsch, NordÖR 2022, 273 (275 f.); J. Osing (Fn. 57), 752 f.

91 BVerwG (Fn. 88), S. 1000.

92 Herzer (Fn. 79), 554.

93 Hierzu unten VII. 2. b.

94 Siehe BT-Drucks. 20/3743, S. 23.

95 Zur Diskussion in Bezug auf den Aspekt der »Geringfügigkeit« einer Änderung, vgl. K. Faßbender, in: Kment (Hrsg.), Raumordnungsgesetz, Kommentar, 2019, § 8 Rn. 43.

96 Erfasst hiervon wird allerdings nur die Änderung des Raumordnungsplans nicht seine Ergänzung, für die auf das Regelverfahren mit Durchführung einer Umweltprüfung zurückzugreifen ist. Zu Recht: Herzer (Fn. 79), 553.

97 Im Einzelnen Herzer (Fn. 79), 553, insb. zur Differenzierung der Anforderungen in Bezug auf die einzuhaltenden Grundzüge der Planung in § 13 BauGB und § 245e Satz 7 BauGB.

98 D. Meurers/W. Söfker (Fn. 74), § 245e Rn. 13; Herzer (Fn. 79), 556.

99 Bejahend: D. Meurers/W. Söfker (Fn. 74), § 245e Rn. 13.

100 Siehe BT-Drucks. 20/3743, S. 23.

Beschleunigung des Windenergieausbaus, denn Windenergieanlagen können auf ihrer Grundlage bereits im Entwurfsstadium einer Planung zugelassen werden. In diesem Sinne bestimmt § 245e Abs. 4 BauGB, dass Windenergievorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB die nach § 245e Abs. 1 Satz 1 BauGB fortbestehenden Ausschlusswirkungen vorhandener Regional- und Flächennutzungspläne nicht entgegengehalten werden können, wenn in einem Planentwurf die Ausweisung für Windenergievorhaben vorgesehen ist, für den Planentwurf bereits eine Beteiligung nach § 3 Abs. 2 BauGB, nach § 4 BauGB oder § 9 Abs. 2 ROG durchgeführt wurde und anzunehmen ist, dass das Windenergievorhaben den künftigen Ausweisungen entspricht.¹⁰¹ Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass die Anwendung der Erleichterungen zu Problemen mit § 249 Abs. 5 BauGB führen können. So ist es möglich, dass das Hinzufügen neuer Flächen zur Nutzung der Windenergie im Widerspruch zu zeitlich nachfolgenden Ausweisungen von Windenergieflächen auf der Grundlage neuen Rechts führen kann, denen § 249 Abs. 5 BauGB einen Vorrang vor entgegenstehenden Zielen der Raumordnung und Darstellungen in Flächennutzungsplänen einräumt.¹⁰²

VIII Ausblick

Die Erfüllung des 2 %-Flächenziels hat vielfältige Auswirkungen auf die Raumordnungs- und Bauleitplanung, insbesondere in Bezug auf die Anwendung des an Komplexität kaum noch zu überbietenden Rechtsrahmens, der zudem permanenter Erneuerung unterzogen wird. Da der Umsetzungsrahmen mit seinen zwei Modellstufen an sanktionsgekoppelte Stichtage gebunden ist, bedarf es schneller Entscheidungen, die angesichts der in diesem Beitrag skizzierten Anforderun-

gen, sich leicht als fehlerhaft darstellen können. Dies führt bei den zuständigen Planungsträgern zu neuen Unsicherheiten, vor allem für die künftig heranzuziehende Planungsmethodik. Aufwändig aufgestellte Pläne auf Raumordnungs- und Bauleitplanungsebene können überdies in einzelnen Planaussagen überwunden werden, ohne dass eine Regelung dazu besteht, wie mit diesen Plänen dann weiter zu verfahren ist. Inwieweit die von den Ländern zu bestimmenden zuständigen Planungsträger hinsichtlich personeller und wirtschaftlicher Ausstattung, aber auch in Bezug auf vorausgesetzte Planungskompetenzen, überhaupt dazu in der Lage sind, die ihnen gestellte Aufgabe zeitgerecht zu erfüllen, bleibt abzuwarten, zumal auch noch jenseits der Windkraftnutzungs Anforderungen an die Planungsebenen gestellt werden.¹⁰³ Schon am 31. Mai¹⁰⁴ dieses Jahres werden wir Genaueres wissen.

¹⁰¹ Die Anforderungen sind der nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB geforderten »Planreife« im Rahmen einer »Vorabgenehmigung« nachgebildet, aber dennoch nicht identisch. Siehe BT-Drucks. 20/3743, S. 24 sowie auch zu den Unterschieden.

¹⁰² Zu Recht B. Burkert (Fn. 56), 3.

¹⁰³ Dies betrifft insb. die Träger der Regionalplanung. Nach wie vor liegen in noch nicht allen Bundesländern Regionalpläne vor und Fortschreibungspflichten stehen an. Auch dürfte über kurz oder lang die Nutzung solarer Strahlungsenergie flächenbezogenen Festlegungen in Raumordnungsplänen überantwortet werden.

¹⁰⁴ Nach § 3 Abs. 3 WindBG sind die Länder verpflichtet, bis zum 31.05.2024 im Rahmen ihrer Berichterstattung im EEG-Bund-Länder-Kooperationsausschuss in Abhängigkeit vom gewählten Planungssystem und der herangezogenen Alternative zum Stand der Flächenbereitstellung Auskunft zu geben.

Erleichterungen des Ausbaus der Erneuerbaren Energien durch die EU-Notfall-Verordnung und weitere Änderungen im geltenden Recht

von Wiss. Mit. Eva-Maria Thierjung, Greifswald

Der Beitrag gibt einen Überblick über die jüngsten Anpassungen des europäischen und nationalen Rechts zwecks Erleichterung des Ausbaus der erneuerbaren Energien (i.F. EE), namentlich durch die sog. EU-Notfall-Verordnung (i.F. Notfall-VO) sowie die jüngst in Kraft getretenen Anpassungen der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie (i.F. EE-RL), häufig zusammenfassend bezeichnet als RED II, sowie die mit diesen Änderungen in Verbindung stehenden Reformen des deutschen Rechts. Vorgegangen wird dabei in einem Dreischritt: Zunächst werden die einschlägigen europäischen Regelungen dargestellt und analysiert (I.), anschließend wird auf das einschlägige nationale, z. B. bereits beschleunigte, Recht eingegangen (II.) und in einem letzten, dritten Schritt die Vereinbarkeit der betrachteten Vorschriften beider Rechtsordnungen geprüft und erste Umsetzungsbedarfe identifiziert (III.). Zum Schluss werden die Ergebnisse in einem Fazit und Ausblick (IV.) zusammengefasst. Den Schwerpunkt der Auseinandersetzung bilden die den Rahmen setzenden, europäischen Vorschriften.

I Einleitend

Die EU-Notfall-Verordnung

a) Allgemeines

Zu beginnen ist – chronologisch – mit den Kerninhalten der Notfall-VO.¹ Sie trat kurz vor dem Jahreswechsel letzten Jahres, am 30.12.2022, als Ratsverordnung (EU) 2022/2577 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien in Kraft.

Sie ist auf die Notfallkompetenz des Art. 122 Abs. 1 AEUV gestützt und stellt eine direkte Reaktion der Union auf den russischen Angriffskrieg auf die Ukraine und die damit verbundene Gefahr einer Versorgungskrise sowie den in Folge

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Energie-, Umwelt- und Seerecht (IfEUS) der Universität Greifswald.

¹ Umfassend hierzu auch Schlacke/Thierjung, DVBl 2023, 635 ff.

dessen erfolgten enormen Preisanstieg auf den Energiemärkten dar.² Die prozessuale Besonderheit dieses Titels, die ihm seine Eignung als Rechtsgrundlage für Notfallmaßnahmen verleiht, stellt der Umstand dar, dass auf seiner Grundlage Rechtsakte ohne Beteiligung des Europäischen Parlaments erlassen werden können; so auch geschehen im Falle der Notfall-VO.³

In ihr werden zwei Beschleunigungsansätze miteinander kombiniert. Zum einen enthält sie verfahrensrechtliche Regelungen: Die Festlegung von kurzen, verbindlichen Entscheidungsfristen,⁴ die Schaffung einer Genehmigungsfiktion für Solaranlagen mit einer Kapazität von höchstens 50 kW⁵ sowie Regelungen zur Beschränkung bzw. Aufhebung der Umweltverträglichkeitsprüfung (i.F.: UVP) sowie der UVP-Vorprüfung.⁶ So werden in der Notfall-VO Solaranlagen sowohl von der UVP-Vorprüfung als auch der UVP-Pflicht selbst grundsätzlich ausgenommen.⁷ Für Repowering-Projekte von EE-Anlagen wird die UVP auf neue, erhebliche Umweltauswirkungen beschränkt;⁸ die UVP-Vorprüfung für solche Projekte, die keine zusätzlichen Flächen beanspruchen und den geltenden Umweltschutzmaßnahmen, die für die ursprüngliche Anlage festgelegt wurden, entsprechen, vollständig ausgeschlossen.⁹ Gleichzeitig setzt die Verordnung auf die Neujustierung materieller Vorgaben in Gestalt der Einführung einer verbindlichen Wertungsentscheidung zugunsten des EE-Ausbaus.¹⁰ Zusätzlich führt sie eine Rechtsgrundlage für die Mitgliedstaaten ein, nationale Dispensregelungen für EE-Projekte in hierfür vorgesehenen Gebieten unter Beachtung weiterer Vorgaben¹¹ nicht nur für die verfahrensrechtliche UVP, sondern auch artenschutzrechtliche Bestimmungen¹² zu erlassen (Art. 6 Notfall-VO).

b Sachlicher und zeitlicher Geltungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung ist breit gefasst: die Verordnung gilt für »alle einschlägigen behördlichen Genehmigungen für den Bau, das Repowering und den Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen, einschließlich Wärmepumpen, [...] Energiespeicheranlagen am selben Standort sowie [die] [...] für deren Netzanschluss erforderlichen Anlagen [...]«. ¹³ Erkennbar ist hier ein funktionaler Ansatz – vom Geltungsbereich erfasst werden sollen alle Erzeugungs- und Infrastrukturanlagen, die für die Produktion von EE und ihre anschließende Integration in das Netz erforderlich sind.¹⁴ Allerdings beziehen sich die nachfolgenden verfahrensrechtlichen Regelungen dann im Wesentlichen auf drei ausgewählte Technologien bzw. Maßnahmen: Solaranlagen, Repowering-Projekte und Wärmepumpen.¹⁵ Gleichzeitig gewährt der Rechtsakt den Mitgliedstaaten, trotz seines Charakters als Verordnung, viel Spielraum und bietet zahlreiche Einschränkungsmöglichkeiten des Geltungsbereichs seiner Bestimmungen. So ist es Mitgliedstaaten möglich bei Wärmepumpen- und Solarprojekten bestimmte Gebiete oder Strukturen von den Regelungen zur zulässigen Verfahrenshöchstfrist auszunehmen;¹⁶ im Falle von Solaranlagen ist eine solche Beschränkung auch in Bezug auf die Bestimmungen zum Dispens von der UVP bzw. UVP-Vorprüfung möglich.¹⁷

Konzeptioneller Hintergrund der Schaffung von verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen für die ausgewählten drei EE-Projekte ist das Ziel des europäischen Gesetzgebers, mit dem Kriseninstrument der Notfall-VO nur diejenigen Technologien und Maßnahmen zu adressieren, die 1. mit hoher

Wahrscheinlichkeit keine negativen Auswirkungen auf die Umwelt haben (und deshalb eine geringere umweltrechtliche Prüfdichte rechtfertigen) und 2. schnell verhältnismäßig große Wirkung zeigen.¹⁸ Deutlich erkennbar ist hier bereits der Ansatz, der in der Änderung der EE-RL weiter ausdifferenziert wurde:¹⁹ eine technologie- bzw. vorhabenbezogene Typisierung im Rahmen derer die anzuwendenden verfahrensrechtlichen Genehmigungsregelungen je nach »Projekttyp« – definiert durch die jeweils angewandte Technologie bzw. Maßnahme – unterschiedlich ausfallen.

Erfasst werden alle Verfahren zur Genehmigungserteilung, die während der Geltungsdauer der Ratsverordnung begonnen werden; allerdings können die Mitgliedstaaten die Anwendung der Verordnung auch auf laufende Verfahren, deren Beginn vor dem 30.12.2022 liegt, ausdehnen.²⁰

Der zeitliche Geltungsbereich der Verordnung war zunächst auf 18 Monate ab Inkrafttreten (30.12.2022), d.h. bis zum 29.06.2024 beschränkt.²¹ Allerdings hat die Kommission am 28.11.2023 auf Grundlage der Überprüfungsklausel des Art. 9 Notfall-VO vorgeschlagen,²² ausgewählte Teile der Ratsverordnung zu verlängern.²³ Diesem Vorschlag hat der

2 Erwägungsgrund (EWG) 22 Notfall-VO. Vgl. auch Kment/Maier, ZUR 2023, 323 (323).

3 Umfassend zur Rechtmäßigkeit des Rückgriffs des Verordnungsgebers auf Art. 122 Abs. 1 AEUV Kment/Maier, (Fn. 2), S. 326 f.

4 Art. 4 Abs. 1 Satz 1, Art. 5 Abs. 1 und 2, Art. 7 Abs. 1 Notfall-VO.

5 Art. 4 Abs. 3 Notfall-VO.

6 Art. 4 Abs. 1 Satz 2, Art. 5 Abs. 3 und 4 Notfall-VO.

7 Art. 4 Abs. 1 Satz 2 Notfall-VO. Allerdings können Mitgliedstaaten diese Dispensregelung nach Art. 4 Abs. 2 Notfall-VO beschränken.

8 Art. 5 Abs. 3 Notfall-VO.

9 Art. 5 Abs. 4 Notfall-VO.

10 Vgl. Art. 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Notfall-VO.

11 So der Durchführung einer sog. strategischen Umweltprüfung (SUP) nach der sog. SUP-Richtlinie (Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.06.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme sowie der Festlegung von geeigneten und wirksamen Minderungsmaßnahmen, ABl. L 197 v. 21.07.2001) sowie der Ergreifung »geeignete[r] und verhältnismäßige[r] Minderungsmaßnahmen« (Art. 6 Satz 2 Notfall-VO).

12 Namentlich von Art. 12 Abs. 1 RL 92/43/EWG und Art. 5 RL 2009/147/EG.

13 Art. 2 Abs. 1 Buchst. a) Notfall-VO.

14 Ruge geht allerdings davon aus, dass die Notfall-VO ursprünglich ausschließlich auf EE-Erzeugungsanlagen zugeschnitten war und Netzvorhaben erst nachträglich Berücksichtigung gefunden haben. Folge sei insoweit eine sprachliche Inkonsequenz (Ruge, NVwZ 2023, 870 [871–872]).

15 Vgl. Art. 4, 5 und 7 Notfall-VO.

16 Art. 4 Abs. 2, Art. 7 Abs. 3 Notfall-VO.

17 Art. 4 Abs. 2 Notfall-VO.

18 Vgl. Art. 1 UAbs. 1 Notfall-VO. So auch Kment/Maier (Fn. 2), S. 323.

19 Näheres hierzu unter II.

20 Art. 1 UAbs. 2, 3 Notfall-VO.

21 Art. 10 UAbs. 2 Notfall-VO.

22 Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2022/2577 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbaren Energien v. 28.11.2023, COM(2023) 763 final (i.F.: ÄnderungsVO-E). S. hierzu auch Thierjung, EnK-Aktuell 2023, 010273.

23 Vorgeschlagen wurde die Vorschriften Art. 1, 2 Nr. 1, 3 Abs. 2, 5 Abs. 1, 6 sowie Art. 8 der Notfall-VO um weitere 12 Monate, bis Juni 2025, zu verlängern (Art. 1 Abs. 5, 2 ÄnderungsVO-E). Zudem wurde vorgeschlagen die Verordnung um einen neuen Art. 3a zu ergänzen. Auf diese Weise soll zum einen das, nach Ansicht der Kommission, durch die Verordnung aufgebaute Momentum nicht durch ein Auslaufen der Sonderregelungen ausgebremst werden und zum anderen eine möglichst reibungslose Verzahnung des Rechtsaktes mit den jüngsten Änderungen der EE-RL, eingeführt durch Art. 1 der RL (EU) 2023/2413, erfolgen (EWG [12] ÄnderungsVO-E).

Rat, wenn auch mit Änderungen, zugestimmt.²⁴ So wurden Art. 1, 2 Nr. 1, 3 Abs. 2, 5 Abs. 1, 6 sowie Art. 8 der Notfall-VO bis Juni 2025 verlängert²⁵ und ein zusätzlicher Art. 3a eingefügt.²⁶ Dieser legt zum einen fest, unter welchen Voraussetzungen durchzuführende Alternativprüfungen als gescheitert angesehen werden können,²⁷ zum anderen bietet er Rechtsgrundlage für nationale Regelungen, unter bestimmten Umständen Ausgleichsmaßnahmen für geplante EE- oder integrierende Netzinfrastrukturprojekte im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 RL 92/43/EWG (FFH-RL) parallel zur Umsetzung des geplanten Projekts zu realisieren.^{28, 29}

c materiell verfahrensrechtliche Vorgaben

Die beiden materiell- bzw. materiell-verfahrensrechtlichen Regelungen finden sich in Art. 3 und 6 der Notfall-VO. Beide beziehen sich, anders als die rein verfahrensrechtlichen Vorgaben, nicht nur auf bestimmte Projekte, sondern sind technologie- bzw. maßnahmenneutral.

Mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Notfall-VO greift der europäische Gesetzgeber auf ein in diesem Kontext neues Regelungsinstrument zurück: er statuiert dort eine positive Abwägungsdirektive zugunsten von EE und trifft damit eine verbindliche Wertungsvorgabe. Damit die Regelung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Notfall-VO greift, muss zunächst ein Vorhaben vorliegen, welches der Verbesserung der Versorgung mit EE dient, namentlich Planung, Bau oder Betrieb einer EE-Anlage oder -Einrichtung; erfasst werden selbige Vorhaben aber auch in Bezug auf ihren Netzanschluss, das betreffende Netz selbst und die Speichereinrichtungen. Liegt ein solches Vorhaben vor, kommt die Wertung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Notfall-VO in vier enumerativ genannten Abwägungsentscheidungen des europäischen Umweltrechts zum Tragen: im Falle, dass die Verträglichkeitsprüfung negativ ausfällt und nun geprüft wird, ob das Vorhaben nicht dennoch »aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses« unter Ergreifung von Ausgleichsmaßnahmen durchgeführt werden kann,³⁰ bei der Prüfung, ob Abweichungen von Artenschutzmaßnahmen nach Art. 12–14, 15 Buchst. a) und b) FFH-RL »aus anderen zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses« zulässig sind³¹ sowie bei der Prüfung, ob Abweichungen von wasser-³² sowie vogelschutzrechtlichen Schutzbestimmungen³³ möglich sind. Inhaltlich handelt es sich bei Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Notfall-VO um eine widerlegbare Vermutungsregelung dahingehend, dass nur, wenn konkret begründete Anhaltspunkte für die Entfaltung erheblicher nachteiliger Umweltauswirkungen vorliegen, die nicht abgemildert oder ausgeglichen werden können, eine Ausnahme nicht erteilt werden kann.³⁴ Allerdings können auch hier die Mitgliedstaaten auf den Anwendungsbereich der Regelung Einfluss nehmen, indem sie den Geltungsbereich von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Notfall-VO »im Einklang mit den Prioritäten ihrer integrierten nationalen Energie- und Klimapläne auf bestimmte Teile ihres Hoheitsgebiets sowie auf bestimmte Arten von Technologien oder Projekten mit bestimmten technischen Eigenschaften beschränken« (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Notfall-VO). Zusätzlich statuiert Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Notfall-VO eine allgemeine, nicht auf umweltrechtliche Belange beschränkte Vorrangregelung für diejenigen EE-Projekte, die als solche von überwiegendem öffentlichem Interesse anerkannt wurden.³⁵

Eine weitere technologieunabhängige Beschleunigungsmaßnahme statuiert Art. 6 Notfall-VO, welcher Rechtsgrundlage für den Erlass nationaler Regelungen, die EE- und Speichereinrichtungen sowie Stromnetze von der Pflicht zur Durchführung einer UVP und/oder den artenschutzrechtlichen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie sowie Art. 5 Vogelschutz-Richtlinie ausnehmen, sein kann. Allerdings setzt Art. 6 Notfall-VO voraus, dass sich eine solche Befreiung nur auf Vorhaben bezieht, die in einem für EE oder Stromnetze, die für die Integration von EE in das Elektrizitätssystem erforderlich sind, ausgewiesenen Gebiet realisiert werden sollen. Voraussetzung für das Eingreifen solcher Dispensregelungen ist mithin – sofern sie unionsrechtskonform ausgestaltet wurden –, dass die Mitgliedstaaten solche Gebiete nach Durchführung einer SUP ausgewiesen haben. Wird von einer solchen Dispensregelung Gebrauch gemacht, sind, so Art. 6 Notfall-VO, geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen oder die Zahlung eines finanziellen Ausgleichs für Artenschutzprogramme zu leisten. Damit weicht die Regelungssystematik von Art. 6 Notfall-VO von derjenigen der übrigen Regelungen des Rechtsaktes ab: Art. 6 Notfall-VO stellt »lediglich« eine Rechtsgrundlage für nationale Maßnahmen dar und erfordert entsprechend eines Tätigwerdens der Mitgliedstaaten.³⁶ Bei Art. 3, 4, 5 und 7 hingegen entspricht die »default«-Einstellung der Beschleunigungsmaßnahme, sodass die Mitgliedstaaten in diesen Fällen durch ein Aktivwerden diese nur einschränken können. Einer mitgliedstaatlichen »Aktivierungshandlung« bedarf es nicht.

24 CM 5851 2023 INIT v. 22.12.2023. Der Rat hat zum einen der von der Kommission vorgeschlagene Abschaffung der Einschränkung der Vorrangregelung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Notfall-VO bis zum 30.06.2024 nicht zugestimmt (vgl. Dokument 16270/23 COR 1 v. 21.12.2023, S. 2), zum anderen den seitens der Kommission eingebrachten Art. 3a um einen dritten Absatz ergänzt (vgl. das Dokument zur politischen Einigung ST_16986_2023_INIT v. 19.12.2023, S. 23).

25 Art. 1 Nr. 6 VO (EU) 2024/223.

26 Art. 1 Nr. 3, 6 i.V.m. Art. 2 VO (EU) 2024/223.

27 Art. 3a Abs. 1, 2 Notfall-VO.

28 Art. 3a Abs. 3 Notfall-VO.

29 Korrespondierend zur Einführung von Art. 3a Abs. 3 wurde ein, diese Ergänzung erklärender, EWG eingefügt (ursprünglich eingefügt als EWG [15a], vgl. das Dokument zur politischen Einigung ST_16986_2023_INIT v. 19.12.2023, S. 13).

30 Art. 6 Abs. 4 FFH-RL.

31 Art. 16 Abs. 1 Buchst. c) RL 92/43/EWG. Wird dies bejaht, sind Abweichungen von artenschutzrechtlichen Schutzbestimmungen, so auch dem Tötungsverbot nach Art. 12 Abs. 1 FFH-RL, möglich.

32 Prüfung nach Art. 4 Abs. 7 RL 2000/60/EG (Wasserrahmen-RL): Prüfung, ob trotz Nichteinhaltung der Anforderungen von Art. 4 Abs. 7 Spiegelstrich 1 und 2 RL 2000/60/EG kein Verstoß gegen die Richtlinie vorliegt, da dieser Umstand u.a. in Gründen »[...] von übergeordnetem öffentlichem Interesse« wurzelt.

33 Prüfung nach Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) RL 2009/147/EG (Vogelschutz-RL): Prüfung, ob Abweichungsmöglichkeit von Art. 5–8 Vogelschutz-RL »im Interesse der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit« möglich sind, in Folge dessen Abweichungen von den Verbotstatbeständen der Art. 5–8 Vogelschutz-RL zulässig sind.

34 EWG (8) Notfall-VO.

35 Der Anwendungsbereich dieser Vorrangregelung wird in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Notfall-VO für den Artenschutz allerdings beschränkt: sie ist in diesem Bereich nur insoweit anwendbar, wie geeignete Artenschutzmaßnahmen, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen der Art beitragen, ergriffen werden und für diesen Zweck ausreichende Finanzmittel und Flächen bereitgestellt werden.

36 So auch Ruge (Fn. 14), S. 873.

II Beschleunigungsregeln der Richtlinie E

Ausweisung von Beschleunigungsgebieten

Seit dem 20.11.2023 sind nunmehr die Bestimmungen von Art. 1 RL (EU) 2023/2413, mit welchem die EE-RL umfassend geändert wurde, geltendes Recht.³⁷ Der Änderungsartikel berücksichtigt sowohl die Änderungsvorschläge der EE-RL aus dem sog. »Fit for 55«-Paket³⁸ als auch dem Kommissionsvorschlag veröffentlicht im Rahmen des sog. »REPowerEU-Plans«.^{39, 40}

Mithilfe dieser Regelung werden zahlreiche Neuerungen, die aktuell befristet über die Notfall-VO gelten, in einen zeitlich nicht beschränkten Rechtsakt überführt. So integriert Art. 1 Nr. 7 RL (EU) 2023/2413 die Sonderregeln für Repowering-,⁴¹ Solaranlagen-,⁴² und Wärmepumpen-Projekte⁴³ in die EE-RL. Aufrechterhalten wird auch die positive Abwägungsdirektive zu Gunsten des EE-Ausbaus von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Notfall-VO.⁴⁴

Wesentlich ausdifferenzierter findet sich der bereits in Art. 6 Notfall-VO angelegte Ansatz, unterschiedliche Genehmigungsvoraussetzungen je nach Standort des Vorhabens bzw. »Gebietstyp«,⁴⁵ in welchem das Projekt realisiert werden soll, vorzusehen.

War die Ausweisung von Gebieten, die dem Ausbau und der Integration von EE-Infrastruktur dienen, in der Notfall-VO noch fakultativ,⁴⁶ ist die Ausweisung von sog. Beschleunigungsgebieten für EE (i.F.: BE-Gebiete)⁴⁷ in der angepassten EE-RL obligatorisch.⁴⁸ Fakultativ geblieben ist allein die Ausweisung von Infrastrukturgebieten, d.h. Gebieten, die die Integration von EE ins System mithilfe einer Netz- und Speicherinfrastruktur fördern sollen (Art. 15e Abs. 1 Satz 1 EE-RL). Diese haben ausweislich des Richtlinienartikels gegenüber den Beschleunigungsgebieten allerdings auch nur eine dienende Funktion.⁴⁹

Die Ausweisung dieser Gebiete erfolgt in zwei Schritten: Erstens haben die Mitgliedstaaten bis Mai 2025 eine Art Flächenpotentialanalyse durchzuführen, d.h. die Gebiete zu identifizieren, die eingesetzt werden können, um den nationalen Beitrag entsprechend Art. 3 Abs. 1 EE-RL zum unionalen 2030-Ziel zu leisten.⁵⁰ Erfasst werden sollen dabei allerdings nicht nur Landflächen, sondern auch unterirdische Flächen und Meere und Binnengewässer.⁵¹ Auf Grundlage dieser identifizierten Potentiale sollen dann in einem zweiten Schritt bis Februar 2026 BE-Gebiete in Plänen ausgewiesen werden.⁵² Voraussetzung für die Ausweisung einer bestimmten Fläche als solches Beschleunigungsgebiet ist, dass aufgrund ihrer geologischen Eigenart davon auszugehen ist, dass eine dortige Nutzung einer bestimmten Art oder bestimmter Arten von EE voraussichtlich keine erheblichen Umweltauswirkungen haben wird.⁵³ Weitere Kriterien zur Ausweisung werden den Mitgliedstaaten in Art. 15c Abs. 1 Satz 3 Buchst. a) EE-RL an die Hand gegeben. Zudem sieht Art. 15c Abs. 1 Satz 3 Buchst. b) EE-RL vor, dass die Mitgliedstaaten in den Plänen, in welchen die Sondergebiete festgesetzt werden, auch bereits »geeignete Regeln für wirksame Minderungsmaßnahmen festlegen, die [...] zu ergreifen sind, um mögliche negative Umweltauswirkungen zu vermeiden oder, falls dies nicht möglich ist, gegebenenfalls erheblich zu

verringern«. Dabei sollen die Mitgliedstaaten »[...] sicherstellen, dass geeignete Minderungsmaßnahmen verhältnismäßig und zeitnah durchgeführt werden [...]«.⁵⁴ Zudem haben die Mitgliedstaaten die fraglichen Flächen vor der Ausweisung einer SUP und ggf. einer FFH-Verträglichkeitsprüfungsprüfung zu unterziehen.⁵⁵

Folgen der Ausweisung

Die Folgen der Ausweisung sind sowohl verfahrensrechtlicher als auch materiell-rechtlicher Natur.

Verfahrensrechtliche Folgen der Ausweisung eines solchen Gebiets ist das Eingreifen der bereits aus der Notfall-VO bekannten drei Instrumente: Geltung kurzer Fristen für zulässige Höchstlängen für Genehmigungsverfahren, umweltrechtliche Dispensungen sowie Fiktionen.

So sollen Genehmigungsverfahren in BE-Gebieten grundsätzlich maximal 12 Monate dauern,⁵⁶ für Offshore-Projekte ist

37 Art. 7 UAbs. 1 RL (EU) 2023/2413.

38 Bei diesem handelt es sich um ein Bündel aus 16 legislativen und strategischen Vorschlägen zur Umsetzung des »Green Deal« (COM/2019/640 final) der Europäischen Union, welches nach der gleichnamigen, die Vorschläge begleitenden, Kommissionsmitteilung (COM[2021] 550 final) als »Fit for 55«-Paket bezeichnet wird.

39 Hierbei handelt es sich um einen Plan beruhend auf einem Maßnahmenbündel zur strukturellen Veränderung des Energiesystems der EU zwecks schnellen Reduktion der Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen aus Russland, vorgestellt i.R.d. gleichnamigen Kommissionsmitteilung (COM[2022] 230 final) am 18.05.2022 (COM[2022] 230 final, S. 1–2). Teil dieses Plans war auch der Kommissionsvorschlag COM[2022] 222 final, welcher u.a. auch Änderungsvorschläge bezogen auf die EE-RL enthielt.

40 In diesem Rechtsakt werden sowohl die Inhalte, die dem Vorschlag COM(2021) 557 final entstammen und als »RED III« bezeichnet wurden berücksichtigt als auch diejenigen, die als »RED IV« zusammengefasst wurden und auf das Dokument COM(2022) 222 final zurückgehen, so allen voran die Umsetzung der in COM(2022) 222 final vorgeschlagenen Anhebung des 2030er-Ziels auf 42,5 % (COM[2022] 222 final, S. 20) sowie bspw. die Einführung neuer Teilsektorziele, so u.a. im Gebäudesektor (COM[2021] 557 final, S. 39–42; umgesetzt in Art. 15a EE-RL). Da die EE-RL nicht neu gefasst wurde, sondern mit Änderungen fortgilt, wird im Nachfolgenden auf ihre Bezeichnung als »RED III« verzichtet.

41 In der EE-RL niedergelegt in Art. 16c.

42 In der EE-RL niedergelegt in Art. 16d.

43 In der EE-RL niedergelegt in Art. 16e.

44 Art. 16 f. EE-RL.

45 Umfassend hierzu Sobotta, NVwZ 2023, 1609 (1610 ff.).

46 So »können« Mitgliedstaaten entsprechende Regelungen nach Art. 6 Satz 1 Notfall-VO erlassen.

47 Art. 2 Nr. 9a EE-RL.

48 Art. 15c Abs. 1 Satz 1 EE-RL.

49 Art. 15e Abs. 1 Satz 2 EE-RL.

50 In EWG (25) RL (EU) 2023/2413 wird darüber hinaus auch noch auf das Ziel der Klimaneutralität Bezug genommen.

51 Art. 15b Abs. 1 Satz 1 EE-RL.

52 Art. 15c Abs. 1 Satz 1 EE-RL.

53 EWG (26) EE-RL. Von solchen Flächen sollen die Mitgliedstaaten »ausreichend homogene Land-, Binnengewässer- und Meeresgebiete ausweisen« (Art. 15b Abs. 1 Satz 2 Buchst. a) EE-RL).

54 Art. 15b Abs. 1 Buchst. b) EE-RL. Dabei haben die Mitgliedstaaten die Festsetzung dieser Maßnahmen an den Standortbesonderheiten, Vorhabenbesonderheiten, d.h. Besonderheiten der jeweils zum Einsatz kommenden Technologie oder Maßnahme, sowie der Art der Umweltauswirkung auszurichten (Art. 15b Abs. 1 UAbs. 2 EE-RL).

55 Art. 15c Abs. 2 EE-RL. Zudem ist eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen (Art. 15d Abs. 1 EE-RL).

56 Art. 16a Abs. 1 Satz 1 EE-RL. Für Repowering-Projekte, EE-Anlagen unter 150 kW, Energiespeicher am selben Standort sowie für deren Netzanschluss gilt eine noch kürzere Sonderfrist von sechs Monaten mit einer Verlängerungsoption um drei Monate (Art. 16a Abs. 2 EE-RL).

eine längere Frist von 24 Monaten vorgesehen;⁵⁷ beide können jeweils um 6 Monate verlängert werden.⁵⁸ Zudem sieht die angepasste EE-RL zwei Genehmigungsfiktionen vor: erstens für den Fall, dass die zuständige Behörde bis zum Ablauf der jeweils geltenden Höchstfrist keine Antwort gibt. Dann sollen alle »spezifischen zwischengeschalteten Verwaltungsschritte als genehmigt gelten«.⁵⁹ Die zweite Fiktion ist umfassender. Nach Durchführung des Screenings-Prozesses – einer vorhabenbezogenen, beschränkten Umweltprüfung – gelten Anträge für Vorhaben in BE-Gebieten »unter Umweltgesichtspunkten [als] genehmigt, ohne dass eine Verwaltungsentscheidung der zuständigen Behörde erforderlich ist«.⁶⁰ Widerlegt werden kann diese nur durch »eine Verwaltungsentscheidung, in der auf der Grundlage eindeutiger Beweise die Gründe dafür angegeben sind, dass ein bestimmtes Projekt angesichts der ökologischen Sensibilität des geografischen Gebiets, in dem es sich befindet, höchstwahrscheinlich erhebliche unvorhergesehene nachteilige Auswirkungen haben wird, die nicht durch die Maßnahmen gemindert werden können, die in den Plänen zur Ausweisung von Beschleunigungsgebieten aufgeführt sind oder vom Projektträger vorgeschlagen wurden«.⁶¹

Die wohl umfassendste Folge der Ausweisung von BE-Gebieten ist die grundsätzliche Verkürzung umweltrechtlicher Prüfpflichten auf Vorhabenebene. Gerechtfertigt wird dies mit der Begründung, die Prüfung erheblicher Umweltauswirkungen sei auf die Ebene der Gebietsausweisung und damit gewissermaßen »vor die Klammer« gezogen worden und werde zusätzlich über die SUP abgesichert. Nun sei widerleglich davon auszugehen, dass Projekte in BE-Gebieten, da sie auf hierfür besonders gut geeigneten Flächen realisiert werden, keine erheblichen negativen Umweltauswirkungen haben.

Folglich nimmt Art. 16a Abs. 3 EE-RL EE-Projekte in BE-Gebieten grundsätzlich von der Pflicht zur Durchführung einer UVP aus, sofern die Anforderungen an die Minderungsmaßnahmenregelung in den Plänen zur Gebietsausweisung eingehalten wurden.⁶² Wurde diesen sowie den Regeln für die Gebietsausweisung entsprochen, wird vermutet, dass kein Verstoß gegen umweltrechtliche Schutzpflichten, namentlich Art. 6 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 RL 92/43/EWG, Art. 5 RL 2009/147/EWG und Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) Zif. i RL 2000/60/EG, vorliegt.⁶³ Zudem sind diese Projekte grundsätzlich von der FFH-Verträglichkeitsprüfung befreit.⁶⁴

Allerdings sieht die EE-RL für diese Projekte doch noch eine umweltrechtliche Einzelfallprüfung vor, wenn auch mit begrenztem Umfang: es ist ein sog. Screening-Prozesses zur Ermittlung höchstwahrscheinlich zu erwartender, erheblicher unvorhergesehener nachteilige Auswirkungen durchzuführen (Art. 16a Abs. 4 Satz 1 EE-RL). Die Behörde hat hierfür nur einen begrenzten Zeitraum: »45 Tage[...] ab dem Zeitpunkt der Einreichung der für diesen Zweck ausreichenden erforderlichen Informationen«;⁶⁵ bei Anträgen für Anlagen mit einer Stromerzeugungskapazität unter 150 kW und bei neuen Anträgen für Repowering-Projekte lediglich 30 Tage.⁶⁶ Allerdings beschränkt sich der Umfang der Prüfung auf Ermittlung von höchstwahrscheinlich erheblichen unvorhergesehenen nachteiligen Auswirkungen des Projekts, die ihren Ursprung in der »ökologischen Sensibilität der geografischen Gebiete, in denen es sich befindet«,⁶⁷ haben und die im Rahmen der Prüfungen im Ausweisungsverfahren nicht ermittelt

wurden.⁶⁸ Abgestellt wird also auf die geografischen Eigenheiten des Gebiets – eine logische Konsequenz der Tatsache, dass die besondere Eignung der ausgewiesenen Fläche Grundlage für die Sonderregelungen ist.

Nach Durchführung des Screenings greift die bereits erwähnte Genehmigungsfiktion des Antrags »unter Umweltgesichtspunkten« (Art. 16a Abs. 5 Satz 1 EE-RL). Gelingt es der Behörde, die Hürde des Art. 16a Abs. 5 Satz 1 EE-RL zu nehmen und legt sie mithilfe eindeutiger Beweise dar, dass das EE-Projekt relevante, erhebliche Umweltauswirkungen zeitigen wird, ist eine UVP und gegebenenfalls eine FFH-Verträglichkeitsprüfung mit Frist von sechs Monaten – mit Möglichkeit der Fristverlängerung um weitere sechs Monate – durchzuführen.⁶⁹ Allerdings können die Mitgliedstaaten Windenergie- und PV-Projekte »[u]nter begründeten Umständen, etwa, wenn dies erforderlich ist, um die Bereitstellung erneuerbarer Energie zu beschleunigen, um die klimapolitischen Vorgaben und die Zielvorgaben für erneuerbare Energie zu erreichen«⁷⁰ von dieser Prüfungspflicht ausnehmen.⁷¹ Wird von dieser Rückausnahme Gebrauch gemacht, müssen die Anlagenbetreiber Minderungsmaßnahmen oder finanziellen Ausgleich erbringen, mit Hilfe derer den ermittelten erheblichen unvorhergesehenen nachteiligen Auswirkungen entgegengewirkt werden soll.⁷²

Infrastrukturgebiete

Abzugrenzen von den BE-Gebieten gilt es die sog. speziellen Infrastrukturgebiete, d.h. Gebiete, die »für die Umsetzung von Netz- und Speicherprojekten [...], die für die Integra-

57 Art. 16a Abs. 1 Satz 2 EE-RL.

58 Art. 16a Abs. 1 Satz 3 EE-RL.

59 Art. 16a Abs. 6 Satz 1 EE-RL. Ausnahmen für die Fiktionen sieht die Richtlinie für die Fälle vor, dass für das fragliche Projekt eine UVP durchzuführen oder das Rechtsinstitut der stillschweigenden Zustimmung der Verwaltung in der nationalen Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats nicht vorgesehen ist (Art. 16a Abs. 6 Satz 1 EE-RL).

60 Art. 16a Abs. 5 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL.

61 Art. 16a Abs. 5 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL. Unklar erscheint dabei, wie weit die Fiktion greift, d.h. welche Genehmigungstatbestände solche sind, die der Prüfung von »Umweltgesichtspunkten« dienen und mithin von der Fiktion erfasst werden.

62 Art. 16a Abs. 3 Satz 1 EE-RL. Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn das Projekt »voraussichtlich erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt eines anderen Mitgliedstaats haben [wird], oder wenn ein Mitgliedstaat, der voraussichtlich erheblich betroffen ist, gemäß Artikel 7 der Richtlinie 2011/92/EU einen entsprechenden Antrag stellt« (Art. 16a Abs. 3 Satz 2 EE-RL).

63 Art. 15c Abs. 31 UAbs. 3 Satz 1 EE-RL.

64 Art. 16a Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL.

65 Art. 16a Abs. 4 UAbs. 2 Satz 3 EE-RL.

66 Art. 16a Abs. 4 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL.

67 Art. 16a Abs. 4 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL.

68 Art. 16a Abs. 4 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL. Zudem soll mithilfe des Screenings festgestellt werden, ob das Projekt nicht »aufgrund der Wahrscheinlichkeit erheblicher Auswirkungen auf die Umwelt in einem anderen Mitgliedstaat oder aufgrund eines Antrags eines Mitgliedstaats, der voraussichtlich erheblich betroffen sein wird, unter Artikel 7 der Richtlinie 2011/92/EU fällt« (Art. 16a Abs. 4 UAbs. 1 Satz 2 EE-RL).

69 Art. 16a Abs. 5 UAbs. 1 Satz 2, 3 EE-RL.

70 Art. 16a Abs. 5 UAbs. 2 EE-RL.

71 Aufgrund der weiten Formulierung des Ausnahmetatbestandes erscheint eine Klärung der genauen Voraussetzungen für sein Eingreifen notwendig.

72 Art. 16a Abs. 5 UAbs. 3 Satz 1 EE-RL. Zudem muss der Anlagenbetreiber, sofern das Projekt nachteilige Auswirkungen auf den Artenschutz hat, einen finanziellen Ausgleich für Artenschutzprogramme während der Dauer des Betriebs leisten, um den Erhaltungszustand der betroffenen Arten zu sichern oder zu verbessern (Art. 16a Abs. 5 UAbs. 3 Satz 2 EE-RL).

tion von erneuerbarer Energie in das Stromnetz erforderlich sind⁷³ und von den Mitgliedstaaten ebenfalls in Plänen ausgewiesen werden können. Anders als BE-Gebiete können diese, müssen jedoch nicht geschaffen werden.⁷⁴ Sie erfüllen gegenüber erstgenannten auch ausweislich des Gesetzestextes eine lediglich dienende Funktion.⁷⁵

BE-Gebiete sind besondere Gebietstypen, die laut Legaldefinition Erzeugungsanlagen gewidmet sind;⁷⁶ erfassen aber auch, wie sich aus Art. 16a Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL ergibt, Repowering-Projekte, Energiespeicher am selben Standort und den Netzanschluss der Anlagen. Infrastrukturgebiete hingegen können für integrierende Netz- und Speicherprojekte ausgewiesen werden. Art. 15c EE-RL und Art. 15e EE-RL betreffen mithin grundsätzlich unterschiedliche Regelungsobjekte. Erkennbar wird an dieser Stelle, dass die EE-RL (weiterhin) v.a. den Aufbau der Erzeugungsinfrastruktur im Blick hat, während Netze diesen Aufbau nur »unterstützen und [...] ergänzen«.⁷⁷ Entsprechend sind auch die Anforderungen an die potentiellen Ausweisungsf lächen strenger: bei Netzprojekten sind Natura-2000-Gebiete, nationale Naturschutz- sowie Biodiversitätsschutzgebiete grundsätzlich zu meiden, »es sei denn, es gibt unter Berücksichtigung der mit dem Gebiet verbundenen Ziele keine verhältnismäßige Alternative für den Ausbau«;⁷⁸ bei Speicherprojekten sind Natura-2000-Gebiete und nationale Schutzgebiete vollständig ausgeschlossen.⁷⁹ Die Bestimmungen betreffend die Anforderungen für den Erlass unionsrechtskonformer nationaler Dispensregelungen von umweltschutzrechtlichen Prüfpflichten für diese Gebiete korrespondieren mit diesen strengeren Anforderungen an die Flächenpotentiale. So verlangt Art. 15e Abs. 2 Satz 1 EE-RL, dass ihr Erlass nur in begründeten Fällen, u.a. »[...] wenn dies erforderlich ist, um den Ausbau von erneuerbarer Energie zu beschleunigen, um die klimapolitischen Vorgaben und die Zielvorgaben für erneuerbare Energie zu erreichen«,⁸⁰ erfolgt. Diesen strengeren Anforderungen stehen allerdings weitergehende Befreiungstatbestände gegenüber: zulässig in Infrastrukturgebieten sind auf Grundlage nationaler Regelungen gemäß 15e Abs. 2 Satz 1 EE-RL nicht nur Dispensregelungen in Bezug auf die UVP- und FFH-Verträglichkeitsprüfung, sondern auch der artenschutzrechtlichen Bewertung nach Art. 12 FFH-RL und Art. 5 Vogelschutz-RL. Zudem ist Folge eines positiven Screening-Ergebnisses, d.h. wenn feststeht, dass erhebliche zu berücksichtigende, unvorhergesehene nachteilige Auswirkungen von dem Vorhaben ausgehen werden, die Durchführbarkeit des Projekts, sofern angemessene Ausgleichsmaßnahmen, zur Not in Gestalt eines finanziellen Ausgleichs, erfolgen.⁸¹ Die Rechtsfolge in dieser Konstellation entspricht mithin derjenigen, die in BE-Gebieten bei Solar- und Windenergieprojekten dann eintritt, wenn das Vorhaben in einem Mitgliedstaat realisiert wird, welches von der Ausnahme von der Prüfpflicht nach Art. 16a Abs. 5 UAbs. 2 EE-RL Gebrauch gemacht hat. Dies ist insofern kongruent, als sowohl Art. 16a Abs. 5 UAbs. 2 EE-RL als auch Art. 15e Abs. 2 Satz 1 EE-RL verlangen, dass es sich um einen begründeten Fall handelt, also ein Vorhaben oder eine Art von Vorhaben, welches für Erreichung der europäischen Klima- und Energieziele notwendig ist.

Bei *Netzausbau*vorhaben werden die Prüfpflichten von Screening und UVP(-Vor-)Prüfung auf die potenziellen Auswirkungen, die sich aus der Änderung oder Erweiterung im

Vergleich zur ursprünglichen Netzinfrastruktur ergeben, beschränkt; bemerkenswerterweise unabhängig davon, ob das Vorhaben innerhalb oder außerhalb spezieller Infrastrukturgebiete realisiert werden soll.⁸² Diese Beschränkung des Prüfungsumfanges auf eine Deltaprüfung entspricht derjenigen für Repowering-Projekte in BE-Gebieten.⁸³

Die Anforderungen an den Planausweisungsprozess entsprechen im Wesentlichen denen für BE-Gebiete.⁸⁴

Auch dieser »Gebietstyp« war in Art. 6 Notfall-VO im Ansatz angelegt, da dort neben der Festlegung von Gebieten für EE auch solche für »Stromnetze, die für die Integration erneuerbarer Energie in das Elektrizitätssystem erforderlich sind«⁸⁵ vorgesehen sind.

III ischenfazit

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass auf unionsrechtlicher Ebene mithilfe der Notfall-VO und der angepassten EE-RL ein neuer Planungs- und Genehmigungsrahmen für EE-Projekte geschaffen wurde. Dieser ruht auf drei tragenden Säulen.

Die erste Säule ist der neue Ansatz des europäischen Gesetzgebers, Genehmigungsvorschriften anhand zweier a priori festgelegter Typen zu bestimmen.

73 Art. 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL.

74 Voraussetzung hierfür ist, dass durch die Umsetzung dieser Projekte keine erhebliche Umweltauswirkung zu erwarten ist, eine solche Auswirkung angemessen vermindert oder, wenn dies nicht möglich ist, ausgeglichen werden kann (Art. 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL).

75 So formuliert Art. 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EE-RL: »Ziel dieser Gebiete ist es, die Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie zu unterstützen und zu ergänzen.« Zudem haben die Pläne, in denen sie ausgewiesen werden, Synergieeffekte mit denen zur Ausweisung von BE-Gebieten sicherzustellen (Art. 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 3 Buchst. c) EE-RL).

76 Vgl. Art. 2 Nr. 9a EE-RL.

77 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EE-RL.

78 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 3 Buchst. a) EE-RL.

79 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 3 Buchst. b) EE-RL. Dies wird damit begründet, dass für solche Projekte grds. mehr Flächen zur Verfügung stünden (EWG [46]).

80 15e Abs. 2 Satz 1 EE-RL.

81 Art. 15e Abs. 4 EE-RL.

82 15e Abs. 5 EE-RL.

83 Vgl. Art. 16c Abs. 2 EE-RL. Daneben gilt für das Repowering von Solaranlagen eine weitere Sonderregelung: benötigt das Vorhaben keine zusätzlichen Flächen und entspricht es den geltenden Umweltschutzmaßnahmen, die für die ursprüngliche Solaranlage festgelegt wurden, dann wird es – unabhängig von seinem Standort – sowohl von der UVP(-Vor-)Prüfung als auch dem Screening ausgenommen (Art. 16c Abs. 3 EE-RL).

84 Es muss erstens die Annahme bestehen, dass durch die Umsetzung dieser Projekte keine erhebliche Umweltauswirkung zu erwarten ist oder eine solche Auswirkung angemessen vermindert oder, wenn dies nicht möglich ist, ausgeglichen werden kann (Art. 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 EE-RL), zweitens eine SUP und ggfs. eine FFH-Verträglichkeitsprüfung durchgeführt werden (Art. 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 3 Buchst. d) EE-RL) sowie drittens auf Planungsebene eine Festlegung geeigneter und verhältnismäßiger Regeln, auch in Bezug auf verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen, die zu ergreifen sind, um mögliche nachteilige Umweltauswirkungen zu vermeiden oder, falls es nicht möglich ist, diese Auswirkungen zu vermeiden, sie erheblich zu verringern, erfolgen (Art. 15e Abs. 1 UAbs. 1 Satz 3 Buchst. e) EE-RL). Ersatzweise ist dann ebenfalls wie für EE-Projekte in BE-Gebieten ein Screening innerhalb von 30 Tagen durchzuführen (Art. 15e Abs. 3 EE-RL). Mitgliedstaaten haben bei der Ausarbeitung der Pläne zur Ausweisung von Infrastrukturgebieten lediglich zusätzlich noch die betreffenden Betreiber zu konsultieren (Art. 15e Abs. 1 UAbs. 2 EE-RL).

85 Art. 6 Satz 1 Notfall-VO.

Zum einen werden die einschlägigen Vorschriften betreffend Genehmigungsverfahren für EE-Projekte danach ausgerichtet für welchen Gebietstyp sie gelten (BE-Gebiet, Infrastrukturgebiet, kein Sondergebiet). Im Rahmen dieses »gebietspezifischen« Ansatzes sollen Nutzungskonflikte so umfassend wie möglich auf Planungsebene durch die Auswahl der geeigneten Flächen gelöst werden. Für die ordnungsgemäß ausgewiesenen Sondergebiete (BE-Gebiete und Infrastrukturgebiete) wird dann angenommen, dass die Realisierung der Projekte, für die sie vorgesehen sind, ohne Verletzung umweltrechtlicher Schutzvorschriften erfolgt. Entsprechend werden die Prüfpflichten auf die SUP beschränkt und, zusammen mit der Festlegung von Minderungsmaßnahmen auf Planungsebene, »vor die Klammer gezogen«. Über einen längeren Anwendungszeitraum soll sich in den einzelnen Mitgliedstaaten so ein »Standardverfahren« zur Festlegung von speziellen Gebieten unter Einhaltung aller relevanter Vorschriften entwickeln und Vorhersehbarkeit für Investoren geschaffen werden.

Ergänzt wird dieser »gebietspezifische« Ansatz durch einen »vorhabenbezogenen«, innerhalb dessen Genehmigungsregelungen daran ausgerichtet werden, ob sie sich auf Projekte beziehen, von denen aufgrund der angewandten Technologie (PV, Wärmepumpe), durchgeführter Maßnahme (Repowering) oder Größe (kleine Anlagen) geringe Umwelteinwirkungen erwartet werden können, m.a.W. ob es sich um »ein wenig invasives Projekt« handelt oder nicht.

Beide Ansätze nutzten das Instrument der Typisierung und anschließend der Vermutung zu Beschleunigungszwecken: im ersten Ansatz werden anhand des Kriteriums der geologischen Eignung Gebietstypen gebildet, im zweiten anhand des konkreten Vorhabeninhalts Projekttypen. Folge der Zuordnung eines Einzelvorhabens zu einem der beiden Typen (Fall 1: EE-Projekt in einem Sondergebiet, Fall 2: »wenig invasives« EE-Projekt) ist die Annahme, dass es sich nicht erheblich negativ auf die Umwelt auswirken wird und in Konsequenz geringerer umweltrechtlicher Prüfpflichten erfordert.⁸⁶ Dabei ist der »gebietspezifische« Ansatz das Zugpferd des neuen, auf Beschleunigung des EE-Ausbaus ausgerichteten, Rechtsrahmens; der »vorhabenbezogene« ergänzt diesen. Maßgeblich hierfür ist der Umstand, dass die Mitgliedstaaten bei Regelungen, mit denen der erste Ansatz verfolgt wird, so gut wie keine Gestaltungsspielräume haben, während sie bei den Regelungen betreffend den zweiten vergleichsweise viele Abweichungsmöglichkeiten besitzen.⁸⁷

Die zweite Säule des neuen Rechtsrahmens ist die verbindliche und sehr konkrete Wertungsentscheidung des europäischen Richtliniengebers unmittelbar auf Gesetzesebene zugunsten von EE-Projekten. Mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 Notfall-VO sowie Art. 16 f. EE-RL werden Entscheidungen, die bislang Ermessensentscheidungen auf administrativer Ebene waren, auf legislativer Ebene vorgeprägt.

Die dritte und letzte Säule besteht in der Aufwertung von Geldzahlungen als Kompensation von Auswirkungen auf die Umwelt. Das Kaskadenprinzip (Vermeiden, Mindern, Zahlen) gilt zwar noch immer, aber zunehmend besteht die Möglichkeit, Projekte auch trotz Ermittlung konkreter Auswirkungen allein aufgrund von Geldzahlung zu realisieren.⁸⁸

Erkennbar ist auch, dass die einzelnen Säulen aufeinander abgestimmt sind und nach Möglichkeit die Realisierung von

EE-Projekten zur Folge haben sollen: zunächst soll zu ihren Gunsten die Vermutung ihrer Vereinbarkeit mit unionalen umweltrechtlichen Vorgaben aufgrund der besonderen Eignung des Standorts (Realisierung in einem besonderen Gebietstyp) oder ihres nicht-invasiven Charakters (vorhabenbezogenen Vermutung) greifen. Wird diese widerlegt, greift die Vermutung des Art. 16 f. EE-RL, mit dessen Hilfe eine Bejahung von Ausnahmetatbeständen erleichtert und so im Ergebnis doch die Realisierung des Projekts erreicht werden soll. Flankiert wird dies durch die Regelungen von Art. 16a Abs. 5 UAbs. 3, 15e Abs. 4 Satz 2 EE-RL, welche eine Realisierung von Projekten trotz nachteiliger Umweltauswirkungen erlauben.

IV Deutsches Recht

Bereits vor Erlass der Notfall-VO hat der deutsche Gesetzgeber, allen voran im Rahmen des »Klimaschutz-Gesetzgebungspakets«,⁸⁹ auch als Oster- bzw. Sommerpaket bezeichnet, im Jahr 2022 zahlreiche Änderungen zugunsten von EE-Projekten vorgenommen, so Regelungen zur Priorisierung von EE-Vorhaben, allen voran in § 2 EEG n.F.,⁹⁰ sowie zur Schaffung besonderer Gebietstypen.⁹¹

Auch von dem Gestaltungsspielraum des Art. 6 Notfall-VO hat der nationale Gesetzgeber sehr schnell und umfassend Gebrauch gemacht: Bereits im März 2023, also lediglich ca. drei Monate nach Inkrafttreten der Regelung, traten Teile des Gesetzes zur Änderung des Raumordnungsgesetzes (RO-GÄndG)⁹² in Kraft,⁹³ in welches über eine Formulierungshilfe⁹⁴ der Bundesregierung Regelungen eingefügt wurden, welche die Möglichkeit zur Festlegung nationaler Dispensregelungen von umweltrechtlichen Anforderungen nutzten. Daneben wurden im Rahmen dieser Novelle weitere Priorisierungstatbestände geschaffen.⁹⁵ So wurden Betrieb und Errichtung von Stromspeicheranlagen (§ 11c EnWG) und Elektrizitätsverteilernetze mit einer Nennspannung unter 110 KV, sofern sie in einem Außenbereich i.S.v. § 35 BauGB liegen (§ 14d Abs. 10 EnWG)⁹⁶ als im überragenden öffentlichen

86 Diese Verringerung der Prüfpflichten wird z.T. als »Systembruch« bezeichnet, so Ruge (Fn. 14), S. 870.

87 Für diese Annahme spricht auch das Verhältnis der Notfall-VO zur angepassten EE-RL: während die EE-RL, welche sich allen voran auf die Schaffung des »gebietspezifischen« Ansatzes konzentriert, das Hauptregelungswerk darstellt, sind die »vorhabenbezogene« Regelungen der Notfall-VO eine ergänzende »Überholspur« (Report from the Commission to the Council on the review of Council Regulation [EU] 2022/2577 of 22 December 2022 laying down a framework to accelerate the deployment of renewable energy, 28.11.2023, COM[2023] 764 final, S. 2).

88 Art. 16a Abs. 5 UAbs. 3, 15e Abs. 4 Satz 2 EE-RL. Ruge spricht insoweit auch von einem Novum im europäischen Umweltrecht und einer »bemerkenswerte[n] Weiterentwicklung« (Fn. 14), S. 874.

89 So die treffende Bezeichnung der zahlreichen Änderungsgesetze der Bundesregierung im Sommer 2022 in BT-Drucks. 20/2355, S. 1.

90 Zudem in § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG, § 1 Abs. 3 WindSeeG, § 43l Abs. 1 Satz 2 EnWG.

91 § 2 Nr. 1 WindBG n.F., § 3 Nr. 4 WindSeeG.

92 G. v. 22.03.2023, BGBl. 2023 I Nr. 88.

93 Vgl. Art. 15 Abs. 2 ROGÄndG.

94 Online abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/kabinett-beschliesst-beschleuniger-fur-wind-und-netzausbau-formulierungshilfe.pdf?__blob=publicationFile&cv=8.

95 Umfassend hierzu Ruge, NVwZ 2023, 1033 ff.

96 Elektrizitätsverteilernetze mit einer Nennspannung von 110 Kilovolt wurden bereits in § 14d Abs. 10 EnWG a.F. priorisiert.

Interesse liegend und der öffentlichen Sicherheit dienend erklärt.⁹⁷ Befreiungstatbestände von umweltschutzrechtlichen Bestimmungen, gestützt auf Art. 6 Notfall-VO, sehen § 43m Abs. 1 Satz 1 EnwG für Höchst- und Hochspannungsnetze, § 72a Abs. 1 Satz 1 WindSeeG n.F. für Windenergieanlagen (WEA) auf See und Offshore-Anbindungsleitungen,⁹⁸ § 6 Abs. 1 Satz 1 WindBG n.F. für WEA an Land sowie ergänzend § 14b Abs. 1 UVPG für besondere Solaranlagen vor. Diese Bestimmungen sehen die Möglichkeit des Absehens von einer vorhabenbezogenen UVP und einer artenschutzrechtlichen Prüfung nach § 44 BNatschG vor;⁹⁹ die Ermittlung und Bewertung von Umweltauswirkungen wird der gegenüber der UVP größeren SUP überlassen.¹⁰⁰

Erkennbar ist anhand dieser Regelungen, dass der Schwerpunkt seitens des Gesetzgebers auf Projekte aus dem Bereich Windenergie gelegt wurde:¹⁰¹ Sondergebiete sind nur für WEA vorgesehen¹⁰² und lediglich § 6 WindBG n.F. stellt eine gebietsspezifische Sonderregelung dar, d.h. eine Regelung, die dem Konzept von Art. 15b–c, Art. 15e, 16a–b EE-RL folgend, Erleichterungen für die Realisierung von EE-Projekten allein aufgrund ihrer Umsetzung in einem Sondergebiet, hier einem Windgebiet i.S.v. § 2 N. 1 WindBG, vorsieht. Auch die Vorschriften § 14b UVPG, § 43m EnwG, § 72a Abs. 1 Satz 1 WindSeeG, welche wie die Bestimmungen von Art. 16c–e EE-RL bzw. Art. 4, 5, 7 Notfall-VO einen vorhabenbezogenen Ansatz verfolgen, fördern v.a. Windenergie.¹⁰³

Umsetzungsbedarfe sind allen voran in Bezug auf die Kartierungs- und Ausweisungspflichten der Art. 15b–c EE-RL zu identifizieren. Diese sind insoweit besonders dringlich, da sie, anders als die ebenfalls umzusetzenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen wie die Höchstfristregelungen der Art. 16c Abs. 1, Art. 16d Abs. 1 Satz 1 sowie Art. 16e Abs. 1 EE-RL, umfassender fachlicher Vorarbeiten außerhalb des Rechtsetzungsprozesses bedürfen.

Vazit und Ausblick

Zusammenfassend ist festzustellen, dass auf unionaler Ebene, beginnend mit der Notfall-VO und nun fortgeführt mit den jüngsten Änderungen der EE-RL, ein neuer Planungs- und Genehmigungsrahmen für EE-Projekte geschaffen wurde. In diesem werden zwei Ansätze miteinander kombiniert: ein technologieneutraler und gebietsspezifischer mit einem technologie- bzw. vorhabenspezifischen. »Zugpferd« soll dabei Erstgenannter sein.

Wird die Frage nach dem Gleichklang beider Rechtsakte, also der Notfall-VO und der jüngst angepassten EE-RL gestellt, so ist zu antworten: »Ja in Bezug auf die Tonlage, nein in Bezug auf die einzelnen Noten«. Denn die in der Notfall-VO vorgegebene Richtung wird in der EE-RL mithilfe der jüngsten Anpassungen zweifelsohne fortgesetzt, allerdings sind selbst die »überführten« Regelungen (Art. 16c–f EE-RL) nicht mit denen aus der Notfall-VO¹⁰⁴ deckungsgleich. So enthält z.B. Art. 16d Abs. 2 UAbs. 1 EE-RL anstelle einer Genehmigungsfiktion für Anlagen bis 50kW, wie sie Art. 4 Abs. 3 Notfall-VO vorsieht, eine Höchstfrist von einem Monat für Anlagen bis 100kW mit anschließender Genehmigungsfiktion für den Fall des Schweigens der Behörde im Rahmen dieser Entscheidungsfrist. Mitgliedstaaten müssen mithin so

gut wie alle Neuerungen der EE-RL, auch derjenigen, die Bestimmungen der Notfall-VO »implementieren«, als solche anerkennen und (erneut) Umsetzungsbedarfe identifizieren; Unsicherheiten sind zu erwarten.

Gleichzeitig besteht angesichts des umfassenden, mit kurzen Fristen versehenen Pflichtenkatalogs enormer Zeitdruck: die Sonderregelungen der Art. 16c–e sowie Art. 16 f. EE-RL sind bis Juli 2024 (Art. 2 Abs. 1 UAbs 2 RL [EU] 2023/2413) und die Kartierungspflicht des Art. 15b ist bis zum 21.05.2025 (Art. 15b Abs. 1 Satz 1 EE-RL), also in ziemlich genau 1,5 Jahren, umzusetzen. Die Ausweisung von BE-Gebieten hat nach Art. 15c Abs. 1 Satz 1 EE-RL bis zum 21.02.2026, d.h. in ca. zwei Jahren, zu erfolgen.

Als hilfreiches Werkzeug erscheinen in diesem Zusammenhang die Regelungen von Art. 15c Abs. 4 bzw. Art. 15e Abs. 2 Satz 2 EE-RL, da diese es ermöglichen, bereits ausgewiesene Sondergebiete »nachträglich« als BE- oder Infrastrukturgebiete unter erleichterten Bedingungen auszuweisen und sie so in das neue System nachträglich zu »integrieren«. Da die Gebietsausweisung in diesen Fällen bereits erfolgt ist, wird durch Anwendung dieser »Integrationsklauseln« der – zeitaufwendige – Schritt der Kartierung »umgangen«. Zudem bedarf es nach diesen Bestimmungen für ein zulässiges »umlabeln« des Gebiets nicht einer Festlegung der Minderungsmaßnahmen in den Plänen.¹⁰⁵ Allerdings sind auch diese Regelungen nicht mit den Anforderungen von Art. 6 Notfall-VO identisch: Während Art. 6 Notfall-VO keine Aussagen über die Zulässigkeit der Ausweisung von Sondergebieten in Natura-2000-Gebieten trifft, verbietet Art. 15c Abs. 4 Buchst. a) EE-RL das »Umlabeln« von bereits ausgewiesenen Gebieten in BE-Gebiete, sofern es sich um Gebiete handelt, die in Natura-2000-Gebieten, Gebieten, die im Rahmen nationaler Programme zum Schutz der Natur und der biologischen Vielfalt bestimmt sind oder in ausgewiesenen Vogelzugrouten liegen. Es ist zwar nicht davon auszugehen, dass dort genannte Gebiete regelmäßig als Sondergebiete auf Grundlage von Art. 6 Notfall-VO ausgewiesen wurden; dennoch können Mitgliedstaaten bereits bestehende Sondergebiete nicht ohne Weiteres in das System der EE-RL überführen.¹⁰⁶ Erneute Prüfungen sind erforderlich. Wie umfassend folglich die beschleunigende Wirkung des neuen Rechtsrahmens tatsächlich sein wird bzw. wann sich diese bemerkbar machen wird, bleibt abzuwarten.¹⁰⁷

97 Art. 9 Nr. 2, 3 ROGÄndG.

98 Umfassend hierzu Lutz-Bachmann/Zywitz, EnWZ 2023, 445 ff.

99 Für Offshore-Anbindungsleitungen sieht § 72a Abs. 1 Satz 3 WindSeeG nur ein Absehen von der Prüfung nach § 44 BNatschG vor; § 14b Abs. 1 UVPG hingegen nur ein Absehen von der UVP.

100 Schlacke/Thierjung, (Fn. 1), S. 643.

101 In diesem Sinne auch Schlacke/Thierjung, (Fn. 1), S. 643.

102 Vgl. § 2 Nr. 1 WindBG, § 3 Nr. 4 WindSeeG.

103 In diesem Sinne auch Schlacke/Thierjung, (Fn. 1), S. 641.

104 Art. 3, 4, 5, 7 Notfall-VO.

105 Vgl. Art. 15c Abs. 4, Art. 15e Abs. 2 Satz 2 EE-RL.

106 Auch für Deutschland stellt sich dieses Problem in Bezug auf Windgebiete i.S.v. § 2 Nr. 1 WindBG: Zwar sind nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WindBG Windgebiete, die sich in einem Natura 2000-Gebiet, einem Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark befinden, nicht von der UVP befreit; eine solche Ausweisung ist aber möglich.

107 Kritisch hierzu, allerdings in Bezug auf die »Umsetzung« von Art. 6 Notfall-VO ins nationale Recht Ruge (Fn. 95), S. 1042.

Die planungsrechtliche Bedeutung des überragenden Interesses an der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen der Erneuerbaren Energien

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus Appel, LL.M. und Wiss. Mit. Julius Pfeuffer, Berlin

Im Zuge des sog. »Osterpakets« hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 29.10.2022 in § 2 EEG für alle Rechtsbereiche verbindlich ein überragendes öffentliches Interesse an den erneuerbaren Energien eingeführt und damit zugleich eine strikte Gewichtungsvorgabe für Schutzgüterabwägungen festgeschrieben.¹ Der Beitrag fasst die gesetzgeberische Aufwertung der erneuerbaren Energien zusammen, ordnet sie in die bisherige Abwägungsdogmatik ein und diskutiert verschiedene praktische Anwendungsfragen.

I Einleitung

Bei § 2 EEG handelt es sich um die wichtigste und wahrscheinlich tiefgreifendste Neuregelung des gesamten Osterpakets.² Das dürfte auch damit zusammenhängen, dass der Gesetzgeber durch einen juristischen »Kunstgriff« mit minimalem Regelungsaufwand eine maximale Ausstrahlungswirkung herbeigeführt hat. Bezeichnend ist, dass sich nach fast zwei Jahren § 2 EEG bereits zahlreiche Anwendungsfälle in der Rechtsprechung wiederfinden.³ Denn als nachträgliche Änderung der Rechtslage zugunsten der Vorhabenträger musste die Vorschrift auch in bereits anhängigen Verfahren berücksichtigt werden.⁴ Daher zeigt sich bereits jetzt die enorme praktische Bedeutung der gesetzgeberischen Wertentscheidung, die – aus guten Gründen – als Weckruf zur Beschleunigung der Energiewende wahrgenommen wird.

II Die gesetzgeberische Aufwertung des Interesses an dem Ausbau erneuerbarer Energien

1. Die neue Ausgangssituation

Veranlasst wurde dieser Trend gezwungenermaßen durch eine Krise mit vielen Gesichtern, die aufgrund ihrer Vielschichtigkeit von manchen auch als »Poly-Krise« bezeichnet wird.⁵

Da ist zunächst die *Klimakrise*. Soll das Pariser Klimaziel erreicht werden, bleibt nach den Berechnungen des IPCC lediglich ein weltweites CO₂-Restbudget von 500 Gigatonnen, das in die Atmosphäre ausgestoßen werden darf. Beim derzeitigen Trend wird dieses Budget schon in den nächsten 10 Jahren aufgebraucht sein.⁶ Im Zeichen der Verteilungsgerechtigkeit hob der Klima-Beschluss des BVerfG deshalb hervor, dass der Gesetzgeber die grundlegenden Voraussetzungen zum Schutz zukünftiger Generationen schaffen muss. Zwar bestehe kein unbedingter Vorrang des Art. 20a GG gegenüber anderen Belangen. Das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung nehme aber mit fortschreitendem Klimawandel und zunehmender Aufzehrung des CO₂-Restbudgets weiter zu.⁷

An zweiter Stelle ist die *Energiekrise* zu nennen, die durch den Ukrainekrieg ausgelöst wurde und die europäische Abhängigkeit von Energieimporten schonungslos aufzeigte.⁸ Bis 2022 wurden ca. 55 % des deutschen Gasverbrauchs durch russische Lieferungen abgedeckt. Das führte zu angeregten Diskussionen um die Energiesouveränität und -solidarität.⁹

Wieder war es das BVerfG, das in einem Beschluss über Windenergie-Beteiligungsgesellschaften die herausragende Bedeutung des beschleunigten Zubaus an erneuerbaren Energien – im Großen wie im Kleinen – als wichtiges Gemeinwohlziel der Stromversorgungssicherheit hervorhob.¹⁰

Eng verwoben sind beide Krisen schließlich mit dem Fachkräftemangel, fehlenden Rohstoffen und der Inflationskrise, die den Wirtschaftskreislauf aus dem Tritt gebracht haben und den Wettlauf um die besten Standortbedingungen für grüne Technologien verschärfen.¹¹ Alles zusammen brachte eine neue Dynamik in die seit Jahren andauernde Diskussion zur Beschleunigung von Zulassungsverfahren zugunsten von erneuerbaren Energien. Zugleich erhöhten sie den Druck auf die Ampel-Regierung, ihre im Koalitionsvertrag versprochene »Halbierung der Verfahrensdauer«¹² durch eine pragmatische

* Prof. Dr. Markus Appel, LL.M. ist Partner und Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei Linklaters LLP in Berlin, Julius Pfeuffer ist Doktorand im BMBF-geförderten Kompetenznetzwerk Umweltrecht (KomUR) am Lehrstuhl von Prof. Dr. Kurt Faßbender in Leipzig und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Linklaters LLP. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser Appel i.R.d. Tagung der Akademie für Raumentwicklung in der Leibniz-Gesellschaft (ARL) am 24.11.2023 in Berlin gehalten hat. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt am 04.02.2024 abgerufen.

- Eingeführt durch Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor v. 20.07.2022 (BGBl. I 2022, S. 1237).
- Exemplarisch: Andrae, BT-Drucks. 20(25)69, S. 30 f. [BDEW]; BR-Drucks. 161/1/22, S. 22 [Bundestag]; Kuhlmann, BT-Drucks. 20(25)78, S. 1 f. [dena]; Raphael, BT-Drucks. 20(25)64, S. 2 [Deutscher Städtetag]; Wessel, BT-Drucks. 20(25)76, S. 4 f. [BUND]; ferner Attendorn, NVwZ 2022, 1586 (1586) und Wulff, EurUP 2023, 320 (326).
- Überblick: Sailer/Militz, Das überragende öffentliche Interesse und die öffentliche Sicherheit nach § 2 EEG 2023, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 31 v. 02.11.2023, S. 32–46; s.a. Lingemann, NVwZ 2023, 1634 (1634 ff.).
- Allgemein BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 – 7 C 5/18 = BVerwGE 166, 321 (333); für § 2 EEG: VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.11.2022 – 10 S 1312/22, Rn. 56; einschränkend: BVerwG, Beschl. v. 07.08.2023 – 4 BN 2/23, Rn. 6: Für Veränderungssperren sei auf den Zeitpunkt ihres Erlasses abzustellen.
- Siehe Pintzler/Schmitt, Wie kommen wir da wieder raus?, Zeit Online v. 10.11.2022, abrufbar unter: <https://t1p.de/bq9kc>.
- Zuletzt wieder: IPCC, Synthesis Report of the IPCC sixth Assessment Report, Summary for Policy Makers, 2023, B.5.2., B.6.
- BVerfG, Beschl. v. 31.03.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (Ls. 2a sowie 99 f., 131 f., 138 f. und 166) = DVBl 2021, 808 (Ls.) – Klimaschutz; Faßbender, NJW 2021, 2085 (2087).
- Ausführlich: United Nations, Global impact of war in Ukraine: Energy Crisis, 2022, Brief No. 3, abrufbar unter: <https://t1p.de/7sxd1>.
- Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2022, 993 (993).
- BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17, BVerfGE 161, 63 (112 f.) = DVBl 2023, 172 (Ls.) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften; ferner BVerfG, Beschl. v. 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21 = ZNER 2022, 580 Rn. 79 – Windenergie im Wald; siehe auch Mitteilung der Kommission v. 18.05.2022, REPowerEU-Plan, COM/2022/230 final; siehe zuvor auch schon EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C 346/14, ECLI:EU:C:2016:322 = DVBl 2016, 909 Rn. 73 – Wasserkraftwerk Schwarze Sulm.
- Siehe dazu auch Mitteilung der Kommission v. 01.02.2023, Ein Industriepan zum Grünen Deal für das klimaneutrale Zeitalter, COM/2023/62 final.
- Koalitionsvertrag v. 21.11.2021, S. 12, abrufbar unter: <https://t1p.de/70lu>.

Anpassung des bisherigen Rechtsrahmens in die Tat umzusetzen.

Erheblicher Installationsbedarf für eine nachhaltige Stromversorgung

Die Ausgangsvoraussetzungen in Deutschland zur zeitnahen Erreichung einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung, die vollständig auf erneuerbaren Energien beruht, sind nicht gut. Bis 2030 soll ein Anteil erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung von mindestens 80 % erreicht werden (§ 1 Abs. 2 EEG). Aber gerade im wichtigen Windenergiesektor dauert die Projektlaufzeit von der Planung bis zur Stromeinspeisung durchschnittlich fünf bis sieben Jahre.¹³ Lange und komplizierte Genehmigungsverfahren verhindern daher einen schnellen und kosteneffizienten Zubau dieser Klimaschutzvorhaben. Dabei müsste der jährliche Netozubau für Windenergie an Land eigentlich verdreifacht werden, um die ambitionierten Energieausbauziele aus § 4 EEG zu erreichen.¹⁴ Aber auch in anderen Bereichen (z.B. beim Zubau von Offshore-Windenergie oder Photovoltaik) hinkt Deutschland hinter seinen geplanten Ausbaupfaden zurück.¹⁵ Um den Anstieg des Stromverbrauchs infolge der zunehmenden Sektorkopplung, der energieintensiven Produktion von klimaneutralem Wasserstoff und der Kompensation von herkömmlichen Energiequellen schultern zu können, braucht es bis zum Zieljahr 2045 eine geschätzte Verfünffachung der installierten Stromleistung gegenüber heute.¹⁶ Infolgedessen schnürte die Ampel-Koalition hastig mehrere Planungsbeschleunigungspakete und brachte innerhalb kürzester Zeit ein so nie gekanntes Konvolut an gesetzlichen Neuregelungen hervor; teilweise überholten sich die deutschen und europäischen Gesetzgebungsaktivitäten sogar gegenseitig.¹⁷

Reaktion des Gesetzgebers Einführung des EE

Aus der neueren Erkenntnis heraus, dass der Erneuerbaren-Ausbau mit den teils schon seit Jahrzehnten bestehenden »Schutz- und Bewahrungsinteressen« einzelner Fachgesetze kollidiert,¹⁸ hat der Gesetzgeber in § 2 EEG eine neue Gewichtungsvorgabe zur Forcierung der Energiewende und des dahinter stehenden Klimaschutzes eingeführt. Damit ist er im Ergebnis Forderungen nachgekommen, das Verhältnis zwischen den konkurrierenden Belangen zwecks Entlastung der Planungs- und Zulassungsverfahren im Interesse der Verfahrensbeschleunigung gesetzlich zu konkretisieren.¹⁹ Nach § 2 Satz 1 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen erneuerbarer Energien fortan *im überragenden öffentlichen Interesse* und dienen der *öffentlichen Sicherheit*. Diese Begrifflichkeiten waren bereits aus dem Stromleitungsausbau bekannt (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BBPlG, § 1 Abs. 3 Satz 3 EnLAG und § 1 Satz 3 NABEG a.F.).²⁰ Vollständig neuartig ist aber der zeitlich befristete Gewichtungsvorrang in Satz 2, wonach *»die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden«* sollen, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist.²¹ Damit geht der Gesetzgeber sogar über die Vorgaben des Klimaverfassungsrechts und des Berücksichtigungsgebots aus § 13 KSG hinaus, dem sich aktuell kein Optimierungsgebot oder gar unbedingter Vorrang gegenüber anderen Belangen entnehmen lässt.²²

Zudem wurden zu verschiedenen Zeitpunkten auf Bundesebene identische oder zumindest ähnliche Regelungen verankert, bspw. für die Offshore-Windenergie in § 1 Abs. 3 WindSeeG, für LNG-Anlagen in § 3 Satz 3 LNGG, für Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie in § 11c EnWG oder für die Errichtung von Wasserstoffleitungen in § 431 Abs. 1 Satz 2 EnWG. Auch einige Bundesländer haben im Landesrecht ähnliche Regelungen für erneuerbare Energien und teils darüber hinaus aufgenommen.²³ Ebenso findet sich mittlerweile auf europäischer Ebene eine ähnliche Regelung für die erneuerbaren Energien, ihren Netzanschluss, das betreffende Netz und Speicheranlagen in Art. 3 der EU-Notfall-VO.²⁴ Im Zuge der gerade in Kraft getretenen Novelle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie wurde jener Regelungsgehalt zudem in Art. 16f RED III verstetigt.²⁵ Schließlich wurde das überragende öffentliche Interesse inzwischen auch außerhalb des Energiewirtschaftsrechts im Wärme-²⁶ und Verkehrssektor²⁷ festgeschrieben.

13 FA Wind, Ausbausituation an Land im Jahr 2022, abrufbar unter: <https://t1p.de/ie97i>.

14 Agora Energiewende (2024), Die Energiewende in Deutschland: Stand der Dinge 2023. Rückblick auf die wesentlichen Entwicklungen sowie Ausblick auf 2024, S. 54 f.

15 Agora Energiewende (Fn. 14), S. 51–58.

16 Netzentwicklungsplan Strom 2037/2045 (2023), zweiter Entwurf, Stand 12. Juni 2023, S. 43, 251.

17 Überblick bei Schlacke/Thierjung, DVBl 2023, 635.

18 Sailer/Militz (Fn. 3), S. 1.

19 Vgl. zu dieser Notwendigkeit generell Fischerauer/Appel, UPR 2021, 328 (337). Ein vorangegangener Versuch, ein übergeordnetes öffentliches Interesse in § 1 Abs. 5 EEG 2021 zu integrieren, fand im Ausschuss für Wirtschaft und Energie jedoch keine Mehrheit, da dem Gesetzesentwurf insoweit eine lediglich klarstellende Funktion attestiert wurde (BT-Drucks. 19/25326, S. 10 f.).

20 Versteil/Marschhäuser, KlimR 2022, 74 (75); zu der Regelung im NABEG ausführlich Appel, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 1 NABEG Rn. 14–17.

21 Siehe aber nun auch das Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften für die Ausweitung auf Stromleitungen gem. § 43 Abs. 3a EnWG n.F. und § 1 Abs. 2 NABEG n.F. (BT-Drucks. 20/9187, S. 71 und S. 113).

22 So auch Kahl/Gärditz/Lorenzen, Umweltrecht, 13. Aufl. 2023, § 6 Rn. 66; zu § 13 KSG ferner grundlegend BVerwG, Urt. v. 04.05.2022 – 9 A 7/21 = BVerwGE 175, 312 (332) – Nordverlängerung A 14; s.a. Appel/Meyn, DB-Beilage 2/2021, 5 (6).

23 Bspw. § 1 Abs. 5 Hessisches Energiegesetz, § 22 KlimaG BW, § 2a BremKEG, § 2 Abs. 5 Satz 2 BayKlimaG.

24 Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates v. 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbare Energien, ABl. L 335, S. 36–44.

25 Richtlinie (EU) 2023/2413 v. 18.10.2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, ABl. L, S. 1–77.

26 Gesetz zur Änderung des Gebäudeenergiegesetzes, zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, zur Änderung der Verordnung über Heizkostenabrechnung, zur Änderung der Betriebskostenverordnung und zur Änderung der Kehr- und Überprüfungsordnung v. 16.10.2023 (BGBl. I 2023, Nr. 280); Gesetz für die Wärmeplanung und zur Dekarbonisierung der Wärmenetze v. 20.12.2023 (BGBl. I 2023, Nr. 394).

27 Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes v. 22.12.2023 (BGBl. I 2023, Nr. 409).

III zentrale Anordnungsfelder und Detailbetrachtung der Regelung

zentrale Anordnungsfelder

Es wurde einleitend bereits darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von § 2 EEG einen juristischen »Kunstgriff« angewendet hat, indem er die Wertungsentscheidung für den EE-Ausbau so gestaltet hat, dass sie bereichsübergreifend in alle Rechtsbereiche des Bundes- und Landesrechts hineinwirkt.²⁸ Voraussetzung für die Anwendung ist lediglich, dass der Gesetzgeber im jeweiligen Gesetz bzw. der jeweiligen Vorschrift einen wertungsoffenen Spielraum an die Behörden oder Gerichte delegiert hat, der nun über § 2 EEG entsprechend »vorgeprägt« und damit wieder eingeschränkt wird.²⁹

Wann ein solcher wertungsoffener Spielraum besteht, muss durch Auslegung der jeweiligen Regelung im Einzelfall bestimmt werden.³⁰ Anwendbar ist die Vorschrift zunächst auf jegliche Fälle der Ermessensausübung.³¹ Indes ergeht die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage an Land nach §§ 4 ff. BImSchG als gebundene Entscheidung. Dasselbe gilt für Solarparks oder Batteriespeicher, soweit diese in erster Linie eine Baugenehmigung benötigen. Die Genehmigungen *müssen* also erteilt werden, wenn der Betreiber bzw. Bauherr einen entsprechenden Antrag stellt und alle Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Deshalb setzt § 2 EEG aber nicht am falschen Ende an. Denn innerhalb der oder zusätzlich zu diesen Genehmigungen stellen sich oftmals Fragen, bei denen sehr wohl Wertungsspielräume vorgesehen sind. Diese treten bei der Auslegung unbestimmter Tatbestandsmerkmale³² und Generalklauseln gleichermaßen in Erscheinung wie im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsprüfungen oder materiellrechtlichen Abwägungen des Fachrechts.³³ Insbesondere auf die Erteilung von naturschutzrechtlichen Ausnahmen, aber auch auf die Bewertung der baulichen Außenbereichsverträglichkeit und die denkmalschutzrechtlichen Genehmigungen wird dabei noch näher einzugehen sein (siehe unter IV). All diese Themenbereiche enthalten vielfältige »Andockstellen«, welche der gesetzgeberischen Aufwertung der erneuerbaren Energien selbst bei gebundenen Entscheidungen auf unterschiedliche Weise zur Durchsetzung verhelfen können.³⁴

Detailbetrachtung der Regelung

Die zentrale Vorschrift des § 2 EEG besteht aus insgesamt drei Sätzen. Die Sätze 2 und 3 wurden jedoch erst kurz vor dem Kabinettsbeschluss ergänzt, während die Gesetzesbegründung diesbezüglich größtenteils unverändert blieb.³⁵ Insofern stellt sich in der Tat die Frage, welchen Regelungsgehalt die einzelnen Bestandteile aufweisen, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen und wie sie auf die bisherige Abwägungsdogmatik einwirken.

a) Errichtungsvorgabe Satz EE

Mit Satz 1 hat der Gesetzgeber zunächst festgestellt, dass die Errichtung und der Betrieb von EE-Anlagen im »überragenden öffentlichen Interesse« liegen. Das Interesse am Zubau regenerativer Energien ist öffentlich, weil es neben der Gewinnerzielungsabsicht der Anlagenbetreiber zugleich dem Klimaschutz, dem Gesundheitsschutz und der Energieversorgungssicherheit dient.³⁶ Das Linksattribut »überragend« bringt hingegen eine gesetzliche Gewichtungsvorgabe zum

Ausdruck, die den Zubau von erneuerbaren Energien als Belang »höchsten Ranges«³⁷ und damit als besonders hochwertig bzw. bedeutend einstuft.³⁸ Sie bringt somit zum Ausdruck, dass jede einzelne Anlage an jeden einzelnen Standort überragend wichtig ist.³⁹ Der sog. »drop-in-the-ocean«-Einwand greift hier daher nicht. Anders als man in Ansehung einer strengen Wortlautauslegung (»überragend«) meinen könnte, führt Satz 1 aber nicht zur Absenkung der materiellrechtlichen Standards oder zur Entbehrlichkeit der Abwägung, sondern modifiziert stattdessen nur die Gewichtung eines einzelnen Belangs.⁴⁰ Insofern besteht jedenfalls kein augenfälliger Unterschied zum Begriff des »überwiegenden Interesses«, wie er vor allem auch in einigen unionsrechtlichen Ausnahmetatbeständen zum Einsatz kommt. Der europäische Gesetzgeber kennt schlicht nur das »*overriding public interest*«. Interessanterweise weicht die deutsche Übersetzung dieses Begriffs in Art. 16f RED III nun vom Wortlaut anderer Sprachfassungen ab, während die inhaltlich identische Vorgängerregelung des Art. 3 Abs. 1 EU-Notfall-VO in der deutschen Übersetzung noch vom »überwiegenden öffentlichen Interesse« spricht. Dies zeigt, dass man den begrifflichen Nuancierungen zwischen einem »überragenden« und »überwiegenden« öffentlichen Interesse wohl nicht zu viel Bedeutung zumessen kann.⁴¹

Neben dem überragenden öffentlichen Interesse schreibt der Gesetzgeber in § 2 Satz 1 EEG ebenfalls fest, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen der erneuerbaren Energien der »öffentlichen Sicherheit« dienen. Ironischerweise zieht er zur Begründung eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1984 heran, in der die außerordentliche Bedeutung von Erdölenergieerzeugnissen für die Versorgungssicherheit herausgearbeitet wurde.⁴² Wenngleich sich die Bedeutung des Energieträgers geändert hat, so bleibt der verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt doch gleich. Denn das Staatsziel der Energieversorgungssicherheit gehört zum Bereich der Daseinsvorsorge

28 BT-Drucks. 20/1630, S. 159.

29 BT-Drucks. 20/1630, S. 159; Gillich, DÖV 2022, 1027 (1031).

30 Sailer/Militz (Fn. 3), S. 23.

31 Am Beispiel der Verlängerung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 18 BImSchG: OVG S-H, Beschl. v. 03.05.2023 – 5 MR 1/23 = NVwZ 2023, 265 Rn. 24.

32 Am Beispiel der Zurückstellung von Baugesuchen nach § 15 Abs. 3 BauGB: OVG NRW, Beschl. v. 21.02.2023 – 8 B 642/22.AK = NVwZ 2023, 1511 Rn. 14.

33 Lingemann, NVwZ 2023, 1634 (1635).

34 S. näher Sailer/Militz (Fn. 3), S. 58–62.

35 Siehe zur Begründung Referentenentwurf v. 04.03.2022, S. 151 f., abrufbar unter: <https://t1p.de/z4zv0>.

36 BT-Drucks. 20/1630, S. 160; EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C 346/14, ECLI:EU:C:2016:322 = DVBl 2016, 909 Rn. 73 – Wasserkraftwerk Schwarze Sulm; s. aktuell auch VG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2023 – 28 K 8865/22, Rn. 42; ferner Sailer/Deutinger, ZUR 2023, 604 (606–611).

37 Attendorp, NVwZ 2022, 1586 (1589).

38 Versteyl/Marschhäuser, KlimR 2022, 74 (75).

39 BT-Drucks. 20/1620, S. 159; OVG M-V, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG = KlimR 2023, 120 Rn. 167.

40 VG Hessen, Beschl. v. 10.02.2023 – 9 B 247/22.T = ZfBR 2023, 485 Rn. 17; Hendrischke, NVwZ 2023, 965 (967); Kment/Borchert, AöR 147 (2022), 582 (642 f.); zum Netzausbau: BT-Drucks. 17/6073, S. 23 (»mit dem entsprechenden Gewicht«); s.a. bereits Appel, UPR 2011, 406 (415).

41 A.A. Sailer/Militz (Fn. 3), S. 52.

42 BT-Drucks. 20/1630, S. 159 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 10.07.1984 – 72/83, ECLI:EU:C:1984:256 = DVBl 1985, 333 Rn. 34 – Campus Oil u.a.

und unterfällt damit dem Sozialstaatsprinzip.⁴³ Zudem findet die öffentliche Sicherheit ihre Legitimation im Ziel der Energieunabhängigkeit, welches infolge des Ukrainekriegs eine neue Aufwertung erfahren hat, da die Energieunabhängigkeit nunmehr auch zentralen außenpolitischen und völkerrechtlichen Verpflichtungen dient.⁴⁴

b Relativer e ichtungsv rrang Satz EE

Im Unterschied zur allgemeinen Gewichtungsvorgabe schreibt Satz 2 eine Regelvermutung für das Überwiegen der erneuerbaren Energien fest, indem diese als vorrangiger Belang in die jeweiligen »Schutzgüterabwägungen« eingebracht werden sollen. Dieser Regelung kommen in der Praxis nicht zu unterschätzende Auswirkungen zu, zumal der hohe Ermittlungs-, Darlegungs- und Prüfaufwand im Rahmen von Abwägungsentscheidungen als ein Hauptgrund für aktuelle Risiken und absehbare Verzögerungen wahrgenommen wird.⁴⁵ Vom Anwendungsbereich des relativen Gewichtungsvorrangs sind nicht nur planerische, multipolare Abwägungen (z.B. im Rahmen der räumlichen Gesamtplanung wie der Raumordnung und Bauleitplanung) mit einem entsprechendem Gestaltungsspielraum erfasst, die nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegen.⁴⁶ Vielmehr adressiert die Gesetzesbegründung auch bipolare Abwägungen,⁴⁷ wie z.B. im Rahmen von umweltrechtlichen Ausnahme- und Befreiungsentscheidungen⁴⁸ oder anlässlich der Bewertung einer bauplanungsrechtlichen Außenbereichsverträglichkeit,⁴⁹ selbst wenn einzelne Formen dieser »Abwägung« streng genommen als strikter Vorgang der Rechtsanwendung verstanden werden und somit der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁵⁰

Wollte man den relativen Gewichtungsvorrang in die allgemeine Abwägungsdogmatik⁵¹ einordnen, so beträfe dieser Schritt als Teil des Abwägungsvorgangs nicht das Zusammentragen (1. Stufe) oder die Gewichtung relevanter Belange (2. Stufe = § 2 Satz 1 EEG), sondern die nachgelagerte Gesamt abwägung selbst (3. Stufe).⁵² Allerdings steht damit das Abwägungsergebnis selbstverständlich noch nicht fest. Denn gegenläufige Belange können in Ausnahmefällen zu einer abweichenden Entscheidung führen.⁵³ Jedoch kehrt sich die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Ausnahmekonstellation zu Lasten der Behörde bzw. des Drittbetroffenen um, sodass fehlende oder nicht vorgetragene Anhaltspunkte stets dazu führen, dass das Ausbauinteresse für die in Rede stehende EE-Anlage überwiegt.⁵⁴

Aus der vorgenannten Differenzierung ergibt sich zugleich, dass die Regelungen des § 2 Satz 1 und 2 EEG zumindest bei Abwägungsentscheidungen durchaus einen unterschiedlichen Regelungsgehalt aufweisen. Davon scheint auch der Gesetzgeber auszugehen, wenn er für Schienenwege, Bundesfernstraßen oder LNG-Anlagen zwar die Gewichtungsvorgabe normiert, aber von einem relativen Gewichtungsvorrang absieht. Während § 2 Satz 1 EEG eine Gewichtungsvorgabe für die Einzelbelange enthält, operationalisiert Satz 2 die gesetzgeberische Grundentscheidung betreffend den Vorrang der erneuerbaren Energien für den Vorgang der (Gesamt-) Abwägung.⁵⁵ Insofern konkretisiert der Gesetzgeber mit Satz 2 nicht nur seine Wertentscheidung aus Satz 1, sondern stellt zugleich eine rechtliche Beziehung hinsichtlich der Gewichtung gegenläufiger Interessen her.⁵⁶ Außerhalb von derartigen Abwägungsentscheidungen, also namentlich bei der

Prüfung von bipolaren Ausnahme- und Befreiungsvorschriften, dürfte eine Differenzierung der Prüfungsinhalte von § 2 Satz 1 und 2 EEG hingegen deutlich schwerer fallen. Denn wenn aus § 2 Satz 1 EEG schon das überragende Gewicht eines Einzelbelangs folgt, liegt es nahe, dass dieser sich bei tatbestandlichen Schutzgüterabwägungen, die keine ausdifferenzierte Stufenfolge aufweisen, regelhaft durchsetzt, ohne dass es insoweit einer gesonderten Regelung wie § 2 Satz 2 EEG bedarf.⁵⁷ In diesem Fall dürfte Satz 2 daher weitgehend in Satz 1 aufgehen.

Die »Gretchenfrage« bei § 2 Satz 2 EEG ist sodann, welche Anforderungen an die Darlegung eines Ausnahmefalls zu stellen sind. Nach den gerichtlichen Maßstäben gilt jedenfalls, dass solche Ausnahmefälle fachlich anhand der besonderen Umstände der jeweiligen Situation zu begründen sind.⁵⁸ Die Gesetzesbegründung führt hierzu etwas verschleiern aus:

43 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 20.03.1984 – 1 BvL 28/82 = BVerfGE 66, 248 (258) – Enteignung zugunsten Energieversorgung; Wittreck, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 32.

44 Ein verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist insoweit auch die Aufrechterhaltung internationaler Bündnisfähigkeit gem. Art. 24 Abs. 2 GG, s. näher Weckert, Beschleunigung des Fernstraßenausbaus – das »überragende öffentliche Interesse« auf dem Weg in die Belanglosigkeit, JuWiss v. 31.10.2023.

45 S. etwa BMWK, Aktueller Stand des Netzausbaus (Übertragungsnetz), Stand: 9.2023, S. 10, abrufbar unter: <https://t1p.de/tvhs7>.

46 Am Beispiel der Genehmigung eines Sonderlandeplatzes nach § 6 LuftVG; VG Hannover, Urt. v. 21.06.2023 – 5 A 1031/23 = ZNER 2023, 455 (Ls.) und der Neuplanung von Flächennutzungsplänen: OVG NRW, Urt. v. 29.09.2022 – 7 D 71/19.NE = BauR 2023, 33 Rn. 49; ferner Parzefall, NVwZ 2022, 1592 (1594).

47 Vgl. BT-Drucks. 20/1630, S. 159, wo es heißt, dass erneuerbare Energien konkret im Rahmen von Abwägungsentscheidungen »u.a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßensrecht nur in Ausnahmefällen überwunden werden können«.

48 Am Beispiel des § 67 BNatSchG: OVG NRW, Beschl. v. 04.08.2022 – 22 A 488/20 = BeckRS 2022, 23278 Rn. 35 f.

49 Diesbezüglich sehr progressiv und eine Anwendung auf § 35 Abs. 2 BauGB bejahend: OVG NRW, Urt. v. 16.05.2023 – 7 D 423/21.AK = ZNER 2023, 356 Rn. 73–80; so wohl auch: Bay. VGH, Beschl. v. 07.02.2023 – 22 CS 22.1908 = ZNER 2023, 183 Rn. 116; offenlassend dagegen: Nds. OVG, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21 = NVwZ 2023, 443 Rn. 59.

50 Allgemein zur sog. »nachvollziehenden Abwägung« BVerwG, Urt. v. 20.12.2012 – 4 C 11/11, BVerwGE 145, 290 (299) = DVBl 2013, 645 – Gartencenter.

51 Allgemein Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB, § 1 BauGB (Stand: 01.08.2021) Rn. 138.

52 Sailer/Militz (Fn. 3), S. 19.

53 Für einen solchen Ausnahmefall am Beispiel einer wasserrechtlichen Anordnung zur nachträglichen Beschränkung des Betriebs einer Wasserkraftanlage: VG Würzburg, Urt. v. 09.11.2022 – W 4 K 22.1262, Rn. 82–89.

54 Erbguth, DVBl 2023, 510 (515); Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, 1577 (1578); ebenso am Beispiel der Vollzugsfolgenabwägung: OVG NRW, Beschl. v. 29.03.2023 – 22 B 176/23.AK = KlimR 2023, 153 Rn. 66 und Sächs. OVG, Beschl. v. 28.08.2023 – 1 B 47/23 = SächsVBl. 2023, 382 Rn. 64.

55 So wohl auch Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 100, die in § 2 Satz 2 EEG eine »Handlungsdirektive für die Verwaltung« in fachlichen Abwägungen sieht.

56 Sailer/Militz (Fn. 3), S. 17.

57 Vor diesem Hintergrund allerdings generell an dem unterschiedlichen Regelungsgehalt der beiden Bestimmungen zweifelnd Erbguth, DVBl 2023, 510 (515).

58 OVG M-V, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG = KlimR 2023, 120 Rn. 160; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.06.2023 – OVG 3a A 30/23, Rn. 37.

»Öffentliche Interessen können in diesem Fall den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes nur dann entgegenstehen, wenn sie mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind oder einen gleichwertigen Rang besitzen.«⁵⁹

Deshalb können nicht verfassungsrechtlich geschützte Belange, wie z.B. Belange des Landschaftsschutzes, Denkmalbelange oder die optisch bedrängende Wirkung von Windenergieanlagen unterhalb der Gesundheitsgefährdung, grundsätzlich keinen hinreichenden Ausnahmefall begründen.⁶⁰ Bei genauer Betrachtung führen die gesetzgeberischen Erwägungen und der Bezug auf das verfassungsrechtliche Staatsziel zur Erhaltung natürlicher Lebensgrundlagen in Art. 20a GG aber nicht wirklich weiter. Denn im Regelfall sind es gerade umweltinterne Zielkonflikte oder aber Interessen Grundrechtsbetroffener, die als insoweit vom Ausgangspunkt her abstraktgleichrangige Interessen mit dem EE-Vorhaben konkurrieren. Gleichwohl dürfen solche Konstellationen nach der Intention des Gesetzgebers aber nicht dazu führen, dass jene Interessen stets den durchsetzungsfähigen Ausnahmefall bilden, da sonst der Gewichtungsvorrang ausgehebelt würde.⁶¹ Umgekehrt zielt der Gesetzgeber aber auch nicht darauf, dass sich der EE-Ausbau gegenüber nicht verfassungsrechtlich geschützten Belangen bedingungslos durchsetzt. Die in der Gesetzesbegründung angesprochene, verfassungsrechtliche Wertigkeit der betroffenen Belange ist damit nur als gradueller Maßstab hinsichtlich des Ausmaßes zu verstehen, in dem der EE-Belang die gegenläufigen Interessen überwiegt.⁶²

Zu hinterfragen ist in diesem Zusammenhang die weit verbreitete Auffassung, wonach § 2 Satz 2 EEG eine Ausnahme vom Gewichtungsvorrang nur in »atypischen« Fällen gestattet.⁶³ Der Hintergrund ist hierbei die vermeintliche Parallele zwischen der »Soll-Regelung« des § 2 Satz 2 EEG auf der einen Seite und dem allgemeinen »Soll-Ermessen« andererseits.⁶⁴ Letzteres ermöglicht auch in anderen Regelungszusammenhängen bekanntlich nur in atypischen Ausnahmefällen eine Abweichung von der normativ an sich regelhaft vorgesehen Rechtsfolge.⁶⁵ Indes ist zweifelhaft, ob dieser Rekurs auf die allgemeinen Grundsätze hier passend ist. Denn die Soll-Regelung des § 2 Satz 2 EEG ist, wie oben ausgeführt, in erster Linie nur als Handlungsanweisung für die 3. Stufe der Gesamtabwägung zu verstehen.⁶⁶ Hinzu kommt, dass sich derartige Atypik-Prüfungen in der Praxis als oftmals außerordentlich schwierig erweisen, wie etwa die Erfahrungen bei der naturschutzrechtlichen Befreiungsregelung des § 67 BNatSchG und dem insoweit von der Rechtsprechung ebenfalls geforderten Kriterium des atypischen Ausnahmefalls⁶⁷ zeigen. Denn es ist oftmals kaum darzulegen, welche Auswirkungen eines Vorhabens auf betroffene Belange »normal« und welche so »besonders« sind, dass von einem atypischen Fall gesprochen werden kann. Auf die Prüfung dieses Kriteriums sollte daher im vorliegenden Zusammenhang verzichtet werden, zumal es hier, wie ausgeführt, auch rechtlich keinen überzeugenden Anknüpfungspunkt hat.

Zu beachten ist indes, dass der relative Gewichtungsvorrang aus § 2 Satz 2 EEG gemäß der Regelung in § 2 Satz 3 EEG keine Anwendung auf Fälle der Landes- oder Bündnisverteidigung findet. Hier bleibt es beim Grundfall, dass Anlagen der erneuerbaren Energien mit einem entsprechenden Ge-

wicht z.B. in einen verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum eingebracht werden müssen.⁶⁸

c Illisi n verschiedener e ein hlv rhaben

Schwierigkeiten können auftreten, wenn gleich mehrere Vorhaben von überragendem öffentlichen Interesse bzw. mit relativem Gewichtungsvorrang miteinander kollidieren und sich somit gegenseitig gewissermaßen »neutralisieren«. In diesem Fall dürfte eine umfassende Abwägungsentscheidung zu treffen sein. Dabei sind bestehende Konfliktlösungsmechanismen wie etwa der Prioritätsgrundsatz⁶⁹ oder gesetzliche Berücksichtigungsgebote⁷⁰ mit einzubeziehen. Es gilt aber auch zu beachten, dass einem EE-Vorhaben oder einer dem EE-Ausbau dienenden Stromleitung bei der Gewichtung umso größere Bedeutung zukommt, je höher die dadurch erzielbare bzw. hierdurch nutzbare Strommenge ist.⁷¹ Ohne den Bedeutungsbeitrag kleiner Projekte schmälern zu wollen, wird damit – auch aufgrund der nur begrenzt zur Verfügung stehenden Flächen – eine aus Sicht der Energiewendeziele notwendige Abschtigung zur stärkeren Fokussierung auf besonders signifikante Klimaschutzvorhaben vorgenommen.

IV raktische An endungsfragen

Nach Darstellung der Grundzüge der Regelung und ihrer Wirkweise soll nachfolgend auf eine Auswahl praktischer Anwendungsfragen eingegangen werden.⁷²

Aus irkungen auf artenschutzrechtliche Ausnah egeh igungen

Besondere Bedeutung kommt § 2 EEG zunächst bei der Frage der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahmegemehmi-

59 BT-Drucks. 20/1630, S. 159.

60 Näher Agatz (Fn. 55), S. 103. Am Beispiel der optisch bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen: OVG NRW, Urt. v. 03.02.2023 – 7 D 298/21.AK = ZNER 2023, 193 Rn. 82 und OVG NRW, Urt. v. 24.02.2023 – 7 D 316/21.AK = BauR 2023, 1093 Rn. 167.

61 Vgl. Agatz (Fn. 55), S. 102.

62 Agatz (Fn. 55), S. 102 f.; bezugnehmend Sailer/Militz (Fn. 3), S. 21 f.; ähnlich Birkner, NVwZ 2024, 138 (140).

63 OVG M-V, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG = KlimR 2023, 120 Rn. 160; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.06.2023 – OVG 3a A 30/23, Rn. 37; ferner Agatz (Fn. 55), S. 102 f.; Attendorn, NVwZ 2022, 1586 (1589); Birkner, NVwZ 2024, 138 (140 f.); Lingemann, NVwZ 2023, 1634 (1636) und Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, 1577 (1580).

64 Vgl. Attendorn, NVwZ 2022, 1586 (1589).

65 Hierzu allgemein BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 35/87, BVerwGE 80, 220 (233) = DVBl 1990, 371 Rn. 29; Geis, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 40 VwVfG (Stand: August 2022) Rn. 26; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 26.

66 A.A. wohl Attendorn, NVwZ 2022, 1586 (1589).

67 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 12.10.2022 – 10 S 2903/21 = NuR 2023, 271 Rn. 44; Gellermann, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 67 BNatSchG (Stand: Januar 2015) Rn. 10.

68 Am Beispiel der Anpassung von Kursführungsmindesthöhen: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.05.2023 – 14 S 1705/22 = ZNER 2023, 343 Rn. 57; ferner Bünte, ZNER 2023, 369 (373).

69 BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 – 4 C 3/19 = BVerwGE 169, 39 (44 f.) – Konkurrenz benachbarter Windenergieanlagen und Sittig-Behm, in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 186 ff.

70 Vgl. § 17i Abs. 1 Satz 4, § 20 Abs. 1 Satz 4 FStG, § 18 Abs. 1 Satz 4 BWStG, § 10 Abs. 1 Satz 4 LuftVG und § 70a Abs. 1 Satz 4 WHG.

71 BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17, BVerfGE 161, 63 (127) = DVBl 2023, 172 (Ls.) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften; s. für den Stromnetzausbau: BT-Drucks. 20/9187, S. 158.

72 Diese sind angesichts der Vielfältigkeit der Fragen, die § 2 EEG auslöst, nur exemplarisch. Siehe für einen umfassenderen Überblick Bader/Deißler/Weinke, ZNER 2022, 337 sowie Birkhölzer, ZNER 2023, 374.

gung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zu. Eine solche kann bekanntermaßen nur unter engen Voraussetzungen erteilt werden. Erforderlich ist zunächst ein Ausnahmetatbestand nach § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG, wobei in der Praxis die größte Bedeutung die Nr. 5 (Erteilung aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses) hat; möglich ist u.a. aber auch eine Erteilung im Interesse der öffentlichen Sicherheit (Nr. 4). Ferner darf nach Satz 2 eine Ausnahme nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert.

Indem der Gesetzgeber in § 2 Satz 1 EEG bzw. gleichlautend in § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG feststellt, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen der erneuerbaren Energien nicht nur im »überragenden öffentlichen Interesse« liegen, sondern zugleich der »öffentlichen Sicherheit« dienen, ist nunmehr der Anwendungsbereich beider Ausnahmetatbestände klar eröffnet.⁷³ Da auch bislang weitgehend anerkannt war, dass EE-Anlagen selbst ohne eine solche gesetzliche Gewichtungsvorgabe jedenfalls dem überwiegenden öffentlichen Interesse im Sinne der Nr. 5 dienen,⁷⁴ handelt es sich insofern um keine grundlegende Neuerung der Rechtslage. Ähnlich wurde zwar teilweise auch im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit argumentiert; dies war aber vor allem aus unionsrechtlichen Gründen nicht unumstritten.⁷⁵ Denn der Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) Spiegelstrich 1 der Vogelschutz-Richtlinie (V-RL)⁷⁶ lässt bei Betroffenheiten europäischer Vogelarten – anders als Art. 16 Abs. 1 Buchst. c) Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)⁷⁷ – Abweichungen außer im Interesse der Gesundheit schlichtweg nur »im Interesse [...] der öffentlichen Sicherheit« und nicht aus anderen überwiegenden Interessen zu. Zur Lösung dieser Frage wurde teilweise dafür plädiert, die Richtlinienbestimmung des Art. 9 V-RL um einen ungeschriebenen Abweichungsgrund der überwiegenden Interessen zu ergänzen.⁷⁸ Da diese Sichtweise aber aufgrund des restriktiven Begriffsverständnisses des EuGH⁷⁹ nicht unumstritten war,⁸⁰ bestand hier einige Rechtsunsicherheit. Diese Rechtsunsicherheit können die Neuregelungen infolge ihrer Bezugnahme auf die öffentliche Sicherheit deutlich lindern. Denn sie stellen allgemeinverbindlich für EE-Anlagen klar, dass auch bei Betroffenheiten von europäische Vogelarten eine artenschutzrechtliche Ausnahme in Betracht kommt. Auch dürften in der Literatur bislang vertretene Positionen, die etwa dem Beitrag einzelner Windenergieanlagen für die öffentliche Sicherheit eher skeptisch gegenüberstanden,⁸¹ durch die veränderten Rahmenbedingungen (Ukrainekrieg, Kompensation herkömmlicher Energieträger, erhöhter Energiebedarf infolge der Sektorkopplung) neu zu bewerten sein.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG auch auf die weiteren Tatbestandsmerkmale einer Ausnahmeentscheidung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG, insbesondere auf die Alternativenprüfung, abstrahlen kann. Dies bestimmt sich nach den dort vorkommenden »Einfalls-toren« für behördliche Gestaltungsspielräume. Aufgrund der insoweit gebotenen Zumutbarkeitsprüfung, der regelmäßig ein Verhältnismäßigkeitsgedanke innewohnt,⁸² kann sich § 2 EEG auch hier entsprechend positiv auf die Ausnahmeerteilung auswirken. Hingegen dürfte dort, wo der Gesetzgeber auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe für die Windenergie an Land bereits operationalisiert hat (§ 45b Abs. 8 Nr. 2, 3 BNatSchG), für § 2 EEG nur wenig Raum verbleiben.

Hinsichtlich der Wirkweise führt § 2 EEG bei konsequenter Anwendung dazu, dass das vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis des europäischen Naturschutzrechts in das Gegenteil verkehrt wird. Bei Einhaltung der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG überwiegt das naturschutzrechtliche Integritätsinteresse nur noch in Ausnahmekonstellationen.⁸³ Für den beschleunigten Zubau von Windenergie an Land geht der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter: Denn der Vorhabenträger hat nach § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG sogar einen Anspruch auf die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung (»ist zu erteilen«). Die Interessenabwägung wurde also nicht an Behörden oder Gerichte delegiert, sondern allgemeingültig vom Gesetzgeber selbst vorgenommen und an konkretisierte Bedingungen gekoppelt. Konsequenterweise findet § 2 EEG hier keine Anwendung.

Aufgrund der weitreichenden Auswirkungen des § 2 EEG auf das gerade auch unionsrechtlich geprägte Naturschutzrecht stellt sich die Frage nach der Unionsrechtskonformität.⁸⁴ Im diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die seit dem 30.12.2022 geltende und zunächst auf 18 Monate befristete EU-Notfall-VO zu verweisen, nach deren Art. 3 Abs. 1 bei Abweichungen von verschiedenen Verschlechterungsverboten des Habitat-, Artenschutz- und Wasserrechts widerleglich vermutet wird, dass erneuerbare Energien im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit dienen. Dieser Normgehalt, der in seiner Regelungswirkung § 2 EEG ähnelt⁸⁵ und zu einer teilweisen Umkehr der Beweislast führt, konnte inzwischen durch die am 20.11.2023 in Kraft getretene Novelle der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie (dort: Art. 16f RED III) verstetigt werden.⁸⁶ Insofern hat

73 Eine Differenzierung im Einzelfall daher offenlassend VG Köln, Beschl. v. 19.01.2023 – 14 L 387/22, Rn. 157–159.

74 Schütte, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rn. 34 m.w.N.

75 OVG NRW, Beschl. v. 10.03.2021 – 7 B 8/21 = ZNER 2021, 209 Rn. 40; a.A. VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI = ZNER 2020, 430 Rn. 105 ff.; Überblick bei Fellenberg, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 152–158.

76 Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 20, S. 7.

77 Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206, S. 7.

78 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.02.2020 – OVG 11 S 8/20 = DVBl 2020, 1417 Rn. 37; Dolde, NVwZ 2008, 121 (125); Gellermann, in: Landmann/Rohmer (Begr.), UmwR, § 45 BNatSchG (Stand: August 2020) Rn. 28.

79 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 26.01.2012 – C-192/11, ECLI:EU:C:2012:44 = NuR 2013, 718 Rn. 39 – Kommission/Polen.

80 VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI ZNER 2020, 430 Rn. 105 ff.; Gatz, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. Z V (Stand: November 2021) Rn. 129.

81 Gellermann, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), UmwR, § 45 BNatSchG (Stand: August 2020) Rn. 26.

82 Lütke, in: Lütke/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 45 Rn. 48.

83 Zutreffend Lingemann, NVwZ 2023, 1634 (1636); s.a.: Nebelsieck, UPR-Sonderheft 2023, 409 (411 f.).

84 Dazu bereits Faßbender/Brade, NuR 2022, 813 (816).

85 Sailer/Militz (Fn. 3), S. 51: »in seiner Wirkweise praktisch identisch« und Ruge, NVwZ 2023, 870 (872).

86 Sobotta, NVwZ 2023, 1609 (1611) und Thierjung, DVBl 2024, 529 (535f.) (in diesem Heft). Art. 3 Abs. 2 EU-Notfall-VO wurde nicht verstetigt, aber jedenfalls bis zum 30.06.2025 verlängert.

die einfachgesetzliche Aufwertung der EE-Belange in § 2 EEG auch eine unionsrechtliche Grundlage.

In Ansehung der revidierten Richtlinie ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Artenschutzthematik mittelfristig ohnehin an Bedeutung verlieren könnte, sofern die Artenschutzprüfungen jedenfalls innerhalb von ausgewiesenen EE-Beschleunigungs- und Infrastrukturgebieten durch ein zeitlich stark abgekürztes Überprüfungsverfahren zur Ermittlung unvorhergesehener Umweltauswirkungen (sog. Screening) ersetzt werden.

USA-Beispiel: Die Rolle der baulichen Außenbereichsdogmatik

Im Gegensatz dazu gewinnt § 2 EEG bei der Bewertung der baulichen Außenbereichsverträglichkeit von EE-Anlagen tendenziell an Bedeutung. Allerdings entzündet sich ein Konflikt an der Frage, inwieweit im Rahmen der Beurteilung, ob sich öffentliche Belange gegenüber einem Vorhaben durchsetzen, auch der relative Gewichtungsvorrang zugunsten erneuerbarer Energien zu berücksichtigen ist.⁸⁷ Dabei besteht im Ausgangspunkt weitgehende Einigkeit, dass der in § 2 Satz 2 EEG verwendete Begriff der »Schutzgüterabwägungen« weit auszulegen ist, sodass grundsätzlich auch »nachvollziehende Abwägungen«, wie solche des Bauplanungsrechts, hierunter zu fassen sind.⁸⁸ Diese Position entspricht jedenfalls dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers:

»Besonders im planungsrechtlichen Außenbereich, wenn keine Abschlussplanung erfolgt ist, muss dem Vorrang der erneuerbaren Energien bei der Schutzgüterabwägungen Rechnung getragen werden.«⁸⁹

Indes prallt der gesetzlich angeordnete Regelvorrang zugunsten EE-Anlagen auf die eingespielte Außenbereichsdogmatik des § 35 BauGB. Diese unterscheidet bekanntermaßen sowohl nach ihrem Wortlaut (»Entgegenstehen«/»Beeinträchtigen«), als auch in Bezug auf die Systematik (Zusammenspiel zwischen § 35 Abs. 1 und 2 einerseits und Abs. 3 andererseits) und ihrer Zweckrichtung (Außenbereichsschutz) zwischen privilegierten und sonstigen Vorhaben und sieht dabei klar abgeschichtete Konfliktlösungsmechanismen vor.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund wird bei der undifferenzierten Anwendung von § 2 EEG ein »Dammbruch« befürchtet, mit dem nicht nur die bisherige Außenbereichsdogmatik zerstört würde.⁹¹ Vielmehr laufe insbesondere die Anwendung auf sonstige (d.h. nicht privilegierte) Vorhaben Gefahr, das vom Gesetzgeber vorgesehene »Belohnungsprinzip« bei Erreichen der jeweiligen Flächenbeitragswerte, nämlich die in § 249 Abs. 2 BauGB vorgesehene Entprivilegierung von Windenergievorhaben, zu konterkarieren. Deshalb wird teilweise vorgeschlagen, § 35 Abs. 2 BauGB als speziellere Regelung zu § 2 EEG anzusehen.⁹² Dann bliebe es somit dabei, dass jedenfalls solche Windenergieanlagen, die unter § 35 Abs. 2 BauGB fallen, praktisch nie im Außenbereich zugelassen werden können, weil sie in aller Regel öffentliche Belange wie das Landschaftsbild oder den Naturhaushalt beeinträchtigen. Dies erscheint aber nicht überzeugend, weil damit der gesetzgeberischen Wertung des § 2 EEG widersprochen würde. Hinzu kommt, dass zumindest der relative Gewichtungsvorrang befristet ist und man im Fall des Erreichens der betreffenden Flächenbeitragswerte dem Ziel der nahezu treibhausgasneutralen Stromversorgung im Bundesgebiet bereits deutlich näher gekommen sein wird. Die bisherige Rechtsprechung hat sich

dem Dammbruchargument daher auch nicht angeschlossen und wendet § 2 Satz 2 EEG auch auf sonstige Außenbereichsvorhaben an, allerdings zur Wahrung der Außenbereichsdogmatik quasi »mit Augenmaß« (u.a. unter Berücksichtigung, welche Konfliktrichtigkeit mit dem jeweiligen Windenergievorhaben verbunden ist).⁹³ Diese Sichtweise erscheint nur konsequent, sodass im Interesse des EE-Ausbaus durchaus von einer vorsichtigen Lockerung der bisherigen Außenbereichsdogmatik ausgegangen werden kann, ohne dass diese allerdings vollständig »über Bord« geworfen werden muss.

Die Auswirkungen des Bundesrechts in das Landesdenkmalschutzrecht

Zuletzt ist auf das Verhältnis zum Landesdenkmalschutzrecht einzugehen. Im Rahmen der Genehmigung für Windenergie- oder Solaranlagen stellt sich oftmals die Frage, ob das Interesse an der Vorhabenrealisierung oder das Integritätsinteresse des Denkmalschutzes überwiegt. Auf den ersten Blick könnte man Zweifel an der Durchschlagkraft des überragenden öffentlichen Interesses auf das Landesdenkmalrecht haben, weil die Bundesgesetzgebungskompetenzen in landesrechtlich besetzten Materien stark begrenzt sind.⁹⁴

Diesen anfänglichen Bedenken ist das OVG M-V aber in einer vielbeachteten Entscheidung überzeugend entgegengetreten.⁹⁵ Das Hineinwirken übergeordneter Gewichtungsvorgaben in fachrechtliche Abwägungs-, Planungs- und Ermessensentscheidungen sei nicht per se zu beanstanden. Eine unzulässige Einmischung in die Landeskompetenzen liege nur bei einer originären Änderung des Fachrechts vor. Da § 2 EEG aber nicht die jeweiligen Abwägungsnormen des Denkmalschutzrechts modifiziere, sondern den erneuerbaren Energien lediglich eine entsprechende Gewichtung zuweise, bestünden keine Bedenken hinsichtlich seiner Gültigkeit bei der Anwendung von Landesgesetzen. Daher müsse das überragende öffentliche Interesse auch in landesrechtlichen Wertungsentscheidungen nach dem Denkmalschutz-, oder auch Bauordnungsrecht beachtet werden.⁹⁶

87 Parzefall, NVwZ 2022, 1592 (1592); Rieger, UPR 2023, 161 (163 f.).

88 OVG NRW, Urt. v. 16.05.2023 – 7 D 423/21.AK = ZNER 2023, 356 Rn. 50 ff.; Bay. VGH, Beschl. v. 07.02.2023 – 22 CS 22.1908 = ZNER 2023, 183 Rn. 116; Scheidler, UPR 2023, 321 (323); Spannowsky, ZfBR 2023, 18 (23); offenlassend dagegen: Nds. OVG, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21 = NVwZ 2023, 443 Rn. 59.

89 BT-Drucks. 20/1630, S. 159.

90 Kümpfer, JuS 2023, 638 (640 f.).

91 Kritisch daher Parzefall, NVwZ 2022, 1592 (1592); Rieger, UPR 2023, 161 (163 f.).

92 So Rieger, UPR 2023, 161 (165).

93 OVG NRW, Urt. v. 16.05.2023 – 7 D 423/21.AK = ZNER 2023, 356 Rn. 77 ff.; ähnlich Parzefall, NVwZ 2022, 1592 (1596), der den Anwendungsbereich auf Fälle »geringer Konfliktrichtigkeit« beschränken möchte, die jedenfalls dann überschritten sind, wenn die in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB genannten Belange »in einer besonderen, qualifizierten und standortbezogenen Weise« berührt seien und damit auch privilegierten Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 BauGB entgegengehalten werden könnten.

94 So auch Nds. OVG, Beschl. v. 21.04.2022 – 12 MS 188/21 = NVwZ 2023, 443 Rn. 74; eine Anwendung sogar ablehnend: LReg Sachsen-Anhalt, LT-Drucks. 8/1926, S. 3 ff.

95 OVG M-V, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG = KlimR 2023, 120 Rn. 156; Besprechung bspw. bei Deutinger/Sailer, ZNER 2023, 120.

96 Bestätigend für das Denkmalschutzrecht: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.07.2023 – OVG 3a A 52/23, Rn. 52 sowie VG Koblenz, Urt. v. 05.06.2023 – 1 K 922/22.KO = BeckRS 2023, 16722 Rn. 23; am Beispiel von bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 07.06.2023 – OVG 3a A 57/23; Agatz (Fn. 55), S. 101.

Daran anknüpfend ist es trotzdem schon aus Klarstellungsgründen zu begrüßen, wenn einige Landesgesetze die besonders hohe Bedeutung von erneuerbaren Energien anerkennen.⁹⁷ Auf der anderen Seite darf dies nicht zu einer landesgesetzlichen Entwertung der Grundentscheidung des § 2 EEG führen. Bspw. stellen das niedersächsische und das brandenburgische Denkmalschutzgesetz inzwischen ein regelhaftes Überwiegen der erneuerbaren Energien unter die vorgeschalteten Bedingungen, dass der Eingriff in das äußere Erscheinungsbild reversibel und nicht erheblich ist bzw. nur geringfügig in die Substanz eingegriffen wird.⁹⁸ Es erscheint fraglich, ob eine solche Ausgestaltung noch in die Regelungskompetenz der Länder fällt. Zwar dürften fachrechtliche Spielräume bestehen, um unter § 2 EEG fallende Ausnahmesituationen im Landesdenkmalschutzrecht zu operationalisieren. Doch finden diese Spielräume gem. Art. 31 GG ihre Grenze in einer unzulässigen Relativierung von § 2 EEG. Insofern hat der Bundesgesetzgeber abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 70, 72 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 (Luftreinhaltung) und Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) Gebrauch gemacht.⁹⁹

Versäufassung und Bewertung

Die gesetzgeberische Wertentscheidung in § 2 EEG führt zu einer substantiellen Aufwertung der erneuerbaren Energien und tiefgreifenden Auswirkungen auf die Planung und Zulassung. Allerdings gibt es nicht »den einen Hebel« zur Beschleunigung der Energiewende. Selbst § 2 EEG kann hierzu nur einen wirksamen Beitrag leisten, wenn er von der Verwaltungspraxis mit der erforderlichen Konsequenz und soweit erforderlich auch unter Aufgabe hergebrachter Entscheidungsmuster angewendet wird. Dabei ist positiv zu bewerten, dass sich der Gesetzgeber inzwischen an die großen (materiellen) Maßstäbe heranwagt, an denen Projekte regelmäßig zu messen sind. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Einführung des relativen Gewichtungsvorrangs, der praktisch voraussichtlich erhebliche Bedeutung erlangen wird. Zudem überzeugt auch generell die normative Anknüpfung im EEG, weil damit die Lücken in der »Querschnittsmaterie Klimaschutz« am effizientesten geschlossen werden. Bei alledem verkennt der Gesetzgeber indes aber auch nicht, dass eine Abwägungsent-

scheidung – insbesondere zum Ausgleich von Klimaschutz- und Biodiversitätskrise, aber auch bei anderweitigen, dem EE-Ausbau im Einzelfall entgegenstehenden, gewichtigen Belangen – weiterhin erforderlich bleibt. Ausnahmesituationen können im Einzelfall daher zu abweichenden Entscheidungen führen. Dem verfassungsrechtlichen Intertemporalitätsgedanken folgend, werden die Anforderungen an derartige Ausnahmesituationen mit fortschreitendem Klimawandel allerdings ansteigen.

Für die Zukunft ist auch zu bedenken, dass vor dem Hintergrund des Großprojekts Energiewende, aber auch des vielfältigen anderweitig notwendigen Infrastrukturausbaus die konkurrierenden Raumannsprüche weiter zunehmen werden. Vor diesem Hintergrund kann indes v.a. das überragende öffentliche Interesse – auch im Lichte der Herstellung praktischer Konkordanz – kein »Allheilmittel« zur Auflösung sämtlicher Spannungsverhältnisse darstellen. Dies gilt umso mehr, als die Tendenz besteht, die Gewichtungsvorgabe nun auch auf andere Gemeinwohlvorhaben (wie etwa den Verkehrssektor) auszuweiten. Eine derartig inflationäre Ausdehnung relativiert die Wertungen der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie und dürfte sich zudem nachteilig auf die Glaubwürdigkeit des überragenden Interesses insgesamt auswirken.¹⁰⁰ Abgesehen davon sinkt auch die prozessuale Steuerungswirkung des Vorrang- und Beschleunigungsgebots (§ 87c VwGO), wenn immer mehr Vorhaben mit dem überragenden Interesse gedehlt werden. Insofern gilt der schon von *Wolfgang Bier* und *Ulrike Bick* vorgetragene Einwand: »Vorrang für alles heißt Vorrang für nichts«.¹⁰¹

97 So auch Schlacke, Stellungnahme i.R.d. öffentlichen Anhörung zum Thema »Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien und Denkmalschutz«, Stand. 28.04.2023, Frage 17, S. 12, abrufbar unter: <https://t1p.de/mahz6>.

98 Vgl. § 9 Abs. 2 Satz 2 BbgDSchG und § 7 Abs. 2 Satz 2 DSchG ND.

99 Sailer/Militz (Fn. 3), S. 31.

100 Teilweise wird auch vertreten, dies wirke sich generell nachteilig auf die (materielle) Durchsetzungsfähigkeit aus. Überdies werden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben: Heß, BT-Drucks. 20(15)192, S. 2; ebenfalls kritisch Weckert (Fn. 44).

101 Bier/Bick, NVwZ 2023, 457 (460).

Die räumlichen Auswirkungen des EEG-Ausschreibungssystems

von Rechtsanwalt und Dipl.-Forstwirt (Univ.) Jens Vollprecht und Rechtsanwalt Victor Lemke, Berlin

Über das Ausschreibungssystem des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) wird die finanzielle Förderung für Strom aus bestimmten Erneuerbare-Energien-Anlagen ermittelt. Ziel ist es, in einem wettbewerblichen Verfahren die »richtige« Höhe der Förderung zu bestimmen. Die räumlichen Auswirkungen hat dies also unmittelbar nichts zu tun. Der folgende Beitrag untersucht, ob und inwieweit eine räumliche Steuerung letztlich doch erfolgt – oder zumindest erfolgen könnte. Gleichzeitig wird auch aufgezeigt, in welchen Bereichen räumliche Auswirkungen aufgrund des Ausschreibungsdesigns von vornherein ausscheiden. In diesen Fällen muss die Steuerung dann anders erfolgen, bspw. über das Planungsrecht.

I Einleitung

Zur Bewältigung der Klimakrise und zur Unabhängigkeit von fossilen Rohstoffen ist ein massiver Ausbau der erneuerbaren Energien notwendig.¹ Dabei stehen zwar die Energie-

* Jens Vollprecht ist Rechtsanwalt, Dipl.-Forstwirt (Univ.) sowie Partner bei Becker Büttner Held PartGmbH in Berlin. Victor Lemke ist Rechtsanwalt bei Becker Büttner Held PartGmbH in Berlin. Die Autoren danken Frau Jamina Rezgui für die wertvolle Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.

1 So soll ab dem Jahr 2040 die gesamte installierte Leistung von Windenergieanlagen auf Land 160 GW, von Solaranlagen 400 GW und von Biomasseanlagen 8,4 GW betragen (§ 4 EEG). Bei Windenergieanlagen auf See soll sie bis 2024 70 GW betragen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 WindSeeG).

träger Wind und Sonne nahezu unbegrenzt zur Verfügung. Insbesondere für die Ressource »Fläche« gilt dies aber nicht. Konflikte mit anderen Nutzungen wie der Landwirtschaft und dem Wohnen sind damit vorprogrammiert und verringern daher möglicherweise die für den zügigen Ausbau der erneuerbaren Energien notwendige Akzeptanz der Bevölkerung bzw. der »vor Ort« Betroffenen. Auch mit einer geschickten räumlichen Steuerung können diese Konflikte reduziert werden.

II Räumliche Steuerung der Standortpolitik des EE

Das EEG fördert den Ausbau von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, indem es gesetzliche Ansprüche der Anlagenbetreiber gegenüber den Betreibern von Netzen für die allgemeine Versorgung (Netze) statuiert. Dabei handelt es sich um den Anspruch auf

- Anschluss der Anlage an das Netz,
- Abnahme des in der Anlage erzeugten Stroms,
- finanzielle Förderung des in das Netz eingespeisten Stroms.

Die Höhe der finanziellen Förderung wird durch zwei alternative Verfahren bestimmt: Entweder wird die Höhe – genauer: die Höhe des sog. anzulegenden Werts² – gesetzlich vorgegeben oder in einem wettbewerblichen Verfahren, den sog. Ausschreibungen, ermittelt. Im Grundsatz gilt eine allgemeine Ausschreibungspflicht.³ Ist eine der sog. »Bereichsausnahmen« einschlägig, wird die Förderhöhe jedoch ausnahmsweise gesetzlich bestimmt.⁴ Ein Wahlrecht zwischen den beiden Verfahren hat der Anlagenbetreiber aber nicht.⁵

Dies war allerdings nicht immer so: Ursprünglich (im EEG 2000⁶ bzw. dem davor geltenden Stromeinspeisungsgesetz von 1990)⁷ wurde die Höhe der finanziellen Förderung nur gesetzlich bestimmt – ohne Ausschreibung. Ausschreibungen wurden erstmalig mit dem EEG 2014 eingeführt, allerdings zunächst nur für Freiflächenanlagen als Pilotprojekt.⁸ Mit der EEG-Novelle 2017 wurde das Ausschreibungsverfahren dann als Regelfall etabliert.⁹

Der anzulegende Wert ist der Ausgangspunkt für die Berechnung der finanziellen Förderung nach dem EEG. Dahinter steckt folgende Idee: Erhält der Anlagenbetreiber für jede im Förderzeitraum erzeugte Kilowattstunde den anzulegenden Wert, kann er die Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Anlage und die Kosten für die Direktvermarktung refinanzieren. Diesen anzulegenden Wert erhält der Anlagenbetreiber aber – mit Ausnahme vom sog. Mieterstrom – nie in voller Höhe vom Netzbetreiber: Wird die Anlage z.B. der sog. geförderten Direktvermarktung zugeordnet, errechnet sich die Marktprämie aus der Differenz zwischen dem anzulegenden Wert und dem energieträgerspezifischen Jahresmarktwert.¹⁰ Vom Direktvermarkter erhält er das Entgelt, das er in dem Stromliefervertrag mit diesem vereinbart hat. In der Regel ist dieses Entgelt so ausgestaltet, dass der Anlagenbetreiber in der Summe den anzulegenden Wert erhält – wobei der Direktvermarkter von dem Jahresmarktwert noch »seine« Direktvermarktungskosten abzieht.

III Einbezogene Anlagen

Eine räumliche Steuerungswirkung von Anlagen kann das Ausschreibungssystem nur dann entwickeln, wenn und so-

weit die Anlagen von dem Ausschreibungssystem erfasst werden. Daher wird zunächst untersucht, welche Anlagen dem Ausschreibungsmechanismus unterfallen.

Anwendungsbereich des EE und einbezogene Anlagen

Da das Ausschreibungssystem in den Abschnitten 2 und 3 des Teils 3 des EEG 2023 normiert ist, können nur solche Anlagen erfasst sein, die dem Anwendungsbereich des EEG 2023 unterfallen. Sinn und Zweck des EEG 2023 ist – wie bereits erläutert – die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien.¹¹ Damit können nur Anlagen, die Strom erzeugen, vom Ausschreibungssystem erfasst werden. Wird eine solche Anlage in Kraft-Wärme-Kopplung (KWK-Anlage)¹² betrieben, ist der Anwendungsbereich nicht »geschlossen«. Denn in solchen Anlagen wird auch Strom erzeugt.¹³ Eine räumliche Steuerung von Anlagen, die z.B. ausschließliche Wärme oder Treibstoffe erzeugen, kann über das Ausschreibungssystem damit nicht gewährleistet werden.

Wenn die Anlage (auch) der Stromerzeugung dient, müssen allerdings – dies zeigt der Anlagenbegriff in § 3 Nr. 1 EEG 2023 – *erneuerbare Energien* eingesetzt werden. Erneuerbare Energien sind nach § 3 Nr. 21 EEG 2023:

- Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie,
- Windenergie,
- solare Strahlungsenergie,
- Geothermie,
- Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Biomethan, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie.

Im Grundsatz gilt im EEG ein weiter Biomassebegriff.¹⁴ Finanziell gefördert wird jedoch nur Strom, der aus Biomasse

2 Vgl. § 3 Nr. 3 EEG 2023.

3 Schellberg/von Oppen, in: BeckOK EEG, EEG 2023, § 22 (Stand: November 2023) Rn. 1; Antoni/Doderer, in: Theobald/Kühling, EEG 2021, § 22 (Stand: August 2023) Rn. 18; von Oppen, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG, 2018, § 22 Rn. 5; vgl. auch § 22 Abs. 1 EEG 2023.

4 Vgl. § 22 Abs. 2 bis 4 EEG 2023.

5 Vgl. § 22 Abs. 5 EEG 2023; so auch Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/8860, S. 199.

6 BGBl. 2000 I S. 305.

7 BGBl. 1990 I S. 2633.

8 Vgl. dazu Vollprecht/Lamy, ZNER 2015, 93 ff.; Vollprecht/Lamy, IR 2015, 98 ff.; von Oppen, in: Greb/Boewe (Fn. 3), § 22 Rn. 3; vgl. auch § 2 Abs. 5 EEG 2014 i.d.F.v. 21.07.2014, BGBl. I 1066.

9 Bader, Die Bedeutung der Interdependenz zwischen Planung und Regulierung für die Steuerung des Ausbaus der Onshore-Windenergieerzeugung, 2021, S. 75.

10 Vgl. § 23a EEG i.V.m. Ziff. 3.1.2 Anlage 1 (zu § 23a EEG).

11 Vgl. § 1 Abs. 1 EEG.

12 KWK-Anlagen sind Anlagen, in denen sowohl Strom als auch Nutzwärme erzeugt wird (§ 3 Nr. 32 EEG 2023 i.V.m. § 2 Nr. 14 KWKG).

13 Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 5, 231; Reshöft, in: Reshöft (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 26, 75 ff.; Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 17, 18, 129; Salje, EEG, 9. Aufl. 2021, § 3 Rn. 148; von Richthofen, in: Baumann/Gabler/Günther (Hrsg.), EEG, 2020, § 3 Rn. 257 f.

14 Bauer, in: Baumann/Gabler/Günther (Fn. 13), § 3 Rn. 85, 184 ff.; Salje (Fn. 13), § 3 Rn. 67, 119; Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Fn. 13), § 3 Rn. 82, 134 f.; Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Fn. 13), § 3 Rn. 80.

im Sinne der Biomasseverordnung erzeugt wird (enger Biomassebegriff).¹⁵

Weiter sind »Anlagen« i.S.d. EEG 2023 auch Einrichtungen zur Erzeugung von Strom aus Grubengas,¹⁶ obwohl Grubengas keine erneuerbare Energie ist.¹⁷ Grubengas entsteht bei geologischen Inkohlungsprozessen.¹⁸ Es besteht zum Großteil aus Methan, welches nach aktuellen Erkenntnissen ca. das 30-fache Erderwärmungspotential von Kohlendioxid innehat.¹⁹ Grubengas entweicht aus Steinkohletagebauten, auch lange nach Beendigung der Fördertätigkeit.²⁰ Hintergrund der Einführung von Grubengas im EEG 2000 war, dass die energetische Verwertung von Grubengas die Kohlendioxid- und Methanbilanz gegenüber der direkten Abgabe in die Atmosphäre verbessert.²¹

Führt man diese Überlegungen zusammen zeigt sich, dass Stromerzeugungsanlagen, die keine erneuerbaren Energien oder Grubengas einsetzen, über das Ausschreibungssystem nicht räumlich gesteuert werden können. Dies sind bspw. fossil betriebene Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen. Ein gemischter Einsatz von fossilen und erneuerbaren Energieträgern steht der Einordnung als Anlage i.S.d. § 3 Nr. 1 EEG 2023 jedoch nicht entgegen. Es ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass in der Anlage ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas eingesetzt werden.²²

Interessant ist insoweit, dass als Anlage i.S.d. EEG 2023 auch Einrichtungen gelten, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln.²³ Insoweit könnten also auch solche »grünen« Speicher über das Ausschreibungssystem räumlich gesteuert werden.

Anwendungsbereich des Ausschreibungssystems

Wie bereits erläutert, spielt das Ausschreibungssystem nur im Zusammenhang mit der finanziellen Förderung des Stroms eine Rolle. Die Ansprüche auf Netzanschluss nach § 8 EEG 2023 und auf Abnahme des Stroms nach § 11 EEG 2023 bestehen damit losgelöst vom Ausschreibungssystem.

Nicht jeder Anlagenbetreiber möchte jedoch eine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch nehmen. Dieses Phänomen zeigt sich vor allem bei Freiflächenanlagen immer häufiger, da die Erlöse über die sonstige (d.h. nicht nach dem EEG geförderte) Direktvermarktung teilweise bereits als ausreichend erachtet werden.²⁴ Diese Anlagen werden regelmäßig über sog. PPA finanziert. »PPA« steht für »Power Purchase Agreement« und ist ein Oberbegriff für Lieferverträge von Strom aus Erneuerbaren-Energien-Anlagen, der nicht nach dem EEG finanziell gefördert wird. Zusatzeinnahmen können u.a. über sog. Herkunftsnachweise nach § 79 EEG 2023 erzielt werden. Denn nur in der sonstigen Direktvermarktung können solche Herkunftsnachweise für »Grünstrom« generiert werden.²⁵ Herkunftsnachweise sind insbesondere für solche Abnehmer interessant, die unternehmensinterne Ziele für einen nachhaltigen Stromeinkauf verwirklichen wollen.²⁶

Dies führt zu folgender weiterer Erkenntnis: Anlagen, für die keine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen werden soll (sog. PPA-Anlagen), können über das Ausschreibungssystem nicht gesteuert werden.

Es kann allerdings sein, dass der Anlagenbetreiber die Voraussetzungen für eine finanzielle Förderung von vornherein *nicht erfüllen kann*. Insoweit ist die Entscheidung, keine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch zu nehmen, eher dieser Tatsache geschuldet als der Erkenntnis, dass er keine finanzielle Förderung nach dem EEG benötigt und insoweit »freiwillig« keine finanzielle Förderung in Anspruch nehmen möchte. Dies kann im Wesentlichen zwei Gründe haben:

Freiflächenanlagen werden – genauer: der Strom aus diesen Anlagen – nur auf bestimmten Flächen wie bspw. versiegelten Flächen, Konversionsflächen oder Flächen 500 m längs von Autobahnen und Schienenwegen finanziell gefördert.²⁷ Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass Freiflächenanlagen auf landwirtschaftlich genutzten und entwässerten Moorböden nicht finanziell gefördert werden, wenn keine Wiedervernässung erfolgt.²⁸ Wenn die Fläche, auf der die Anlage errichtet werden soll, diese Anforderungen nicht erfüllt, bleibt dem Anlagenbetreiber insoweit nur die Umsetzung ohne finanzielle Förderung nach dem EEG.

Zudem werden Anlagen zum Teil nur bis zu einer bestimmten Größe finanziell gefördert:

- Freiflächenanlagen werden bis zu 20 MW installierter Leistung gefördert.²⁹ Stammen die bezuschlagten Gebote – verkürzt gesagt – aus einer Ausschreibung im Jahr 2023, sind es bis zu 100 MW.³⁰
- Aufdachanlagen werden bis 20 MW installierter Leistung gefördert.³¹
- Biomasseanlagen werden nur gefördert, wenn sie eine installierte Leistung von maximal 20 MW aufweisen.³²

Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang die sog. »Verklammerungsvorschriften« im EEG 2023,³³ insbesondere

15 Vgl. § 22 Abs. 4 Satz 1 EEG 2023.

16 Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Fn. 13), § 3 Rn. 88; Salje (Fn. 13), § 3 Rn. 126; Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Fn. 13), § 3 Rn. 138; von Richthofen, in: Baumann/Gabler/Günther (Fn. 13), § 3 Rn. 176.

17 Vgl. § 3 Nr. 1 Halbs. 1, 2. Alt. EEG 2023.

18 Kahle, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, § 26 Rn. 10; Gordalla, in: BeckOK EEG (Fn. 3), § 41 Rn. 56.

19 IPCC, Climate Change 2021, The Physical Science Basis, 2021, S. 1017, Tabelle 7.15.

20 Kahle, in: Reshöft/Schäfermeier (Fn. 18), § 26 Rn. 10; Rostankowski/Vollprecht, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Fn. 13), § 26 Rn. 3; Kemfert/Schill, DIW-Wochenbericht 39/2009, 656 (660).

21 BT-Drucks. 14/2341, S. 8.

22 EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-580/21 (EEW Energy from Waste Großrärschen), ECLI:EU:C:2023:304, Rn. 32. Einer finanziellen Förderung steht das jedoch entgegen (vgl. § 19 Abs. 1 EEG).

23 § 3 Nr. 1 Halbs. 2 EEG 2023.

24 So auch H. v. Seht, RuR 2023, 188 (191).

25 Die Ausstellung von Herkunftsnachweisen ist nur für solche Strommengen möglich, die nicht finanziell gefördert werden (vgl. § 79 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023). Bereits ausgestellte Herkunftsnachweise dürfen nicht weitergegeben werden, wenn der Strom doch gefördert wird (vgl. § 80 Abs. 2 EEG 2023).

26 Ubeleisen/Groneberg, RdE 2018, S. 114 (121).

27 Frenz, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Fn. 13), § 37 Rn. 12 ff.; Salje (Fn. 13), § 37 Rn. 6; vgl. auch § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG.

28 Vgl. z.B. § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 Buchst. a), b) oder c) EEG 2023.

29 § 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a) EEG 2023.

30 § 100 Abs. 13 EEG 2023.

31 § 38c Abs. 3 EEG 2023.

32 § 39 Abs. 4 EEG 2023.

33 § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2023.

bei Freiflächenanlagen. Danach werden mehrere Anlagen – unabhängig von den Eigentumsverhältnissen (!) – mit anderen Anlagen zusammengefasst, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die Rechtsfolge tritt dabei für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator ein. Für Freiflächenanlagen erfolgt eine Verklammerung bereits unter den sehr weiten Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 EEG 2023:³⁴ Die Module³⁵

- sind innerhalb derselben Gemeinde errichtet, die für den Bebauungsplan zuständig ist oder gewesen wäre,
- wurden innerhalb von aufeinanderfolgenden 24 Kalendermonaten in Betrieb genommen und
- haben einen Abstand von bis zu 2 km Luftlinie, gemessen vom äußeren Rand der jeweiligen Anlage.

Da nicht auf die Eigentumsverhältnisse abgestellt wird, kann es also passieren, dass ein parallellaufendes Projekt eines anderen Anlagenbetreibers die Förderung buchstäblich »verbauen« kann, wenn der andere Anlagenbetreiber seine Anlage schneller in Betrieb nimmt. Dann wird die »eigene« Anlage nämlich bildlich gesprochen ganz oder zum Teil über die 20-MW-Grenze bzw. 100-MW-Grenze und damit aus der finanziellen Förderung »geschoben«.

Damit ergibt sich mit Blick auf die Steuerungsmöglichkeiten des Ausschreibungssystems insoweit folgende weitere Erkenntnis: Anlagen, für die keine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen werden *kann*, können über das Ausschreibungssystem nicht gesteuert werden.

pflicht zur einnahme an Ausschreibungen

»Hinter« einem Ausschreibungsverfahren steckt die Idee, dass die Höhe der finanziellen Förderung in einem wettbewerblichen Verfahren bestimmt werden soll. Der Markt soll selbst seinen Förderbedarf ermitteln (frei nach dem Motto: »Möge der Günstigste gewinnen!«). Dies funktioniert jedoch nur, wenn ausreichend Wettbewerb besteht. Daher hat der Gesetzgeber nur für solche Anlagen ein Ausschreibungsverfahren vorgesehen, bei denen seiner Ansicht nach ein solcher Wettbewerb besteht. Dies sind folgende Erneuerbare-Energien-Anlagen bzw. Systeme:

- Windenergie an Land (Windenergie)³⁶
- Solaranlagen des ersten Segments³⁷ (Freiflächenanlagen und Anlagen auf sonstigen baulichen Anlagen)³⁸
- Solaranlagen des zweiten Segments³⁹ (Aufdachanlagen und Anlagen auf Lärmschutzwänden)⁴⁰
- Biomasseanlagen⁴¹
- Biomethananlagen⁴²

Dies führt dazu, dass alle nicht in das Ausschreibungssystem einbezogenen Anlagen über das Ausschreibungssystem nicht gesteuert werden können. Dies sind Wasserkraft-, Geothermie- sowie Klär-, Deponie- und Grubengasanlagen.⁴³ Hier ist das Wettbewerbsniveau so gering, dass sich eine Ausschreibung nicht anbietet.⁴⁴ Anders und positiver gewendet: Die wesentlichen »Säulen« der Energiewende können über das Ausschreibungssystem grundsätzlich gesteuert werden.

Wie bereits erläutert gibt es die Bereichsausnahmen. Dazu gehören – verkürzt gesagt – kleine Anlagen, bei denen aufgrund ihrer Anlagengröße kein Bedürfnis besteht, sie einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren zu unterwerfen.⁴⁵

Auch die Akteursvielfalt war ein wichtiger Grund, diese Anlagen aus den Ausschreibungen auszuschließen. Denn es wurde befürchtet, dass die Betreiber die mit den Ausschreibungen verbundenen Kosten und Risiken scheuen und damit auf die Errichtung und den Betrieb ihrer Anlagen verzichtet hätten.⁴⁶ Zu diesen Bereichsausnahmen gehören:

- Windenergieanlagen bis 1 MW installierte Leistung (Bürgerenergieanlagen⁴⁷ bis 18 MW installierte Leistung)⁴⁸
- Pilotwindenergieanlagen⁴⁹ bis 125 MW installierter Leistung pro Jahr⁵⁰
- Solaranlagen bis 1 MW installierte Leistung (Bürgerenergieanlagen bis 6 MW installierte Leistung)⁵¹
- Biomasseanlagen bis 150 kW installierte Leistung⁵²

Das bedeutet: Zwar können die wesentlichen Säulen der Energiewende – Wind, Solar und Biomasse bzw. Biomethan – über das Ausschreibungssystem gesteuert werden, »kleine« Anlagen allerdings nicht.

ischenergebnis

Führt man die Gedanken zusammen, ergibt sich folgendes Zwischenergebnis: Eine räumliche Steuerung kann das Ausschreibungssystem nach dem EEG 2023 nur dann entfalten, wenn die Anlagen in dieses Ausschreibungssystem einbezogen werden. Dies sind nur »große« Windenergie-, Solar-, Biomasse- und Biomethananlagen, für die eine finanzielle Förderung nach dem EEG 2023 beansprucht werden kann und soll.

34 Heinlein/Mansour/Weitenberg in: Baumann/Gabler/Günther (Fn. 13), § 24 Rn. 6 ff.; Salje (Fn. 13), § 24 Rn. 20 ff.; Hennig/von Bredow in: Frenzl/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Fn. 13), § 24 Rn. 60 ff.

35 Vgl. § 3 Nr. 1 EEG 2023.

36 Vgl. §§ 36 ff. EEG 2023; Auf die Ausschreibungen für Windenergie auf See wird hier nicht eingegangen. Die Regelungen dazu finden sich im Wesentlichen im Windenergie-auf-See-Gesetz.

37 Vgl. § 3 Nr. 41a EEG 2023.

38 Vgl. §§ 37 ff. EEG 2023.

39 Vgl. § 41b EEG 2023.

40 Vgl. §§ 38c ff. EEG 2023.

41 Vgl. §§ 39 ff. EEG 2023.

42 Vgl. §§ 39j ff. EEG 2023.

43 § 22 Abs. 5 Satz 2 EEG 2023.

44 BT-Drucks. 18/8832, S. 201.

45 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.10.2018 – 3 Kart 116/17, BeckRS 2018, 53681, Rn. 32.

46 BT-Drucks. 18/8832, S. 200.

47 § 22b Abs. 1 u. 2 EEG 2023. Bürgerenergiegesellschaften sind Genossenschaften oder sonstige Gesellschaften mit mindestens 50 natürlichen Personen und i. Ü. nur kleinen und mittelständischen Unternehmen als stimmberechtigten Anteilseignern, von denen die natürlichen Personen mindestens zu 75 % im Umkreis von 50 km zur Anlage gemeldet sind und bei der kein Mitglied mehr als 10 % der Stimmrechte innehat (§ 3 Nr. 15 EEG 2023).

48 § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 u. 3 EEG 2023.

49 Dies sind Anlagen mit technischen Weiterentwicklungen oder Neuerungen sowie Anlagen mit über den Stand der Technik hinausgehenden Innovationen (vgl. § 3 Nr. 37 Buchst. a), sublit. aa und Buchst. b), sublit. aa EEG 2023). Dies dient dazu, die Entwicklung neuer Anlagen zu erleichtern und so den Forschungs- und Entwicklungsstandort Deutschland zu stärken (BT-Drucks. 18/8860, S. 198). Die Einschränkung »pro Jahr« soll Missbrauch vorbeugen (BT-Drucks. 18/8860, S. 198). Finanziell gefördert werden nur die ersten 125 MW eines Jahres (sog. »Windhund-Prinzip«, BT-Drucks. 18/8860, S. 199).

50 § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2023.

51 § 22 Abs. 3 Satz 1 EEG 2023.

52 § 22 Abs. 4 Satz 2 EEG 2023. Eine Ausnahme besteht für bereits finanziell geförderte Biomasseanlagen (vgl. § 39g Abs. 1 EEG 2023), die auch an den Ausschreibungen teilnehmen können, wenn die installierte Leistung 150 kW nicht überschreitet.

IV Steuerungswirkungen bzw. Möglichkeiten

Ob und inwieweit das Ausschreibungssystem nach dem EEG 2023 im Hinblick auf die in das Ausschreibungssystem einbezogenen Anlagen eine räumliche Steuerung bewirken kann, soll im Folgenden aufgezeigt werden.

Technologiespezifische Ausschreibungen

Bemerkenswert ist, dass die Ausschreibungen grundsätzlich technologiespezifisch ausgestaltet sind. D.h., es gibt jeweils »eigene« Ausschreibungen für

- Windenergie
- Solaranlagen des ersten Segments
- Solaranlagen des zweiten Segments
- Biomasseanlagen und
- Biomethananlagen.

Das bedeutet, dass zum Beispiel Windenergieanlagen an Land nicht in Wettbewerb zu Aufdachanlagen treten. Auch dies war nicht immer so. Im EEG 2017 gab es noch sog. gemeinsame Ausschreibungen für Windenergie und Solaranlagen.⁵³ Daher kann das Ausschreibungssystem im EEG 2023 grundsätzlich für jede dieser verschiedenen erneuerbaren Energien eine technologiespezifische räumliche Steuerung entfalten.

Speicher unterfallen nicht der Ausschreibungspflicht. Denn wie sich aus § 3 Nr. 1 Halbs. 2 EEG 2023 ergibt, »wandeln« sich diese »nur« in eine Erneuerbare-Energien-Anlage, aber z.B. nicht in eine Windenergie- oder Solaranlage.

Ausnahmen bestehen insoweit nur mit Blick auf folgende Ausschreibungen:

- Innovationsausschreibungen (Anlagenkombinationen aus Windenergieanlagen bzw. Solaranlagen und erneuerbaren Energien und/oder Stromspeichern)⁵⁴
- Anlagenkombinationen aus Windenergieanlagen bzw. Solaranlagen und wasserstoffbasierter Stromspeicherung⁵⁵
- Anlagen zur Erzeugung von Strom aus grünem Wasserstoff (Wasserstoff-Kraftwerke)⁵⁶

Denn insoweit müssen zumindest bei den ersten beiden Ausschreibungsarten verschiedene erneuerbare Energien miteinander kombiniert werden. Auf diese Ausschreibungen soll an dieser Stelle aber nicht eingegangen werden.

Ablauf der Ausschreibungen

Um die Steuerungswirkungen bzw. -möglichkeiten besser abschätzen zu können, muss geklärt werden, wie eine solche Ausschreibung grundsätzlich abläuft.

Fünf bis acht Wochen vor dem Gebotstermin werden der Gebotstermin, das Ausschreibungsvolumen, der Höchstwert und die Formatvorgaben bekannt gemacht.⁵⁷

Im Gebotstermin werden die Gebote (und ggf. erforderliche Nachweise) abgegeben und eine Erstsicherheit geleistet. Das jeweilige Gebot setzt sich aus einem Gebotswert in Cent pro Kilowattstunde und der Gebotsmenge in Kilowatt zusammen. Der Gebotswert bildet im Falle einer erfolgreichen Teilnahme die Grundlage für die Berechnung der finanziellen Förderung.⁵⁸ Denn es wird grundsätzlich der Wert herangezogen, der geboten wurde (sog. »Pay-as-bid-Preisregel«).⁵⁹ Bildlich gesprochen »verwandelt« sich der bezuschlagte Gebotswert später in den anzulegenden Wert, so dass die Zahnräder

»Ausschreibungsergebnis« und »Abwicklung im EEG« präzise ineinandergreifen.

Die Bundesnetzagentur prüft die Zulässigkeit der Gebote und schließt die unzulässigen Gebote aus.⁶⁰ Gebote, die die Präqualifikationsanforderungen für Gebote nicht erfüllen, werden zum Beispiel nicht zugelassen.⁶¹ Dazu gehören insbesondere solche, die – und das wird im Folgenden wichtig sein – den jeweiligen Höchstwert überschreiten. Die Höchstwerte orientieren sich an den am Markt durchschnittlichen Stromerzeugungskosten.⁶²

Die verbleibenden Gebote werden von der Bundesnetzagentur nach dem Gebotswert sortiert – vom niedrigsten Gebotswert an aufsteigend.⁶³ Gebote mit gleichen Gebotswerten werden aufsteigend nach Gebotsmenge sortiert, d.h. das Gebot mit der niedrigeren Gebotsmenge wird »vor« das Gebot mit der höheren Gebotsmenge gezogen. Bei Geboten mit den gleichen Gebotswerten und der gleichen Gebotsmenge entscheidet das Los darüber, welches Gebot »nach vorne« gezogen wird.⁶⁴ Am Ende dieses Prozesses stehen die abgegebenen Gebote also nebeneinander, so dass es keine »Überlappungen« gibt.

Die auf diese Art und Weise aufgereihten Gebote werden so lange bezuschlagt, bis das Ausschreibungsvolumen des jeweiligen Gebotstermins erreicht bzw. erstmals überschritten wird.⁶⁵ Die verbleibenden Gebote werden nicht bezuschlagt.⁶⁶

Das kalenderjährliche Ausschreibungsvolumen für die jeweilige technologiespezifische Ausschreibung wird im EEG 2023 bestimmt und anteilig auf die jeweiligen Gebotstermine eines Kalenderjahres verteilt.⁶⁷ Da es also nur eine begrenzte Ausschreibungsmenge gibt, ist mit den Ausschreibungen auch eine Mengensteuerung verbunden.⁶⁸ Bezogen auf den

53 Vgl. § 39i EEG 2017.

54 Vgl. § 39n EEG 2023 i.V.m. InnAusV.

55 Vgl. § 39o EEG 2023 i.V.m. einer noch zu erlassenden Verordnung.

56 Vgl. § 39p EEG 2023 i.V.m. einer noch zu erlassenden Verordnung.

57 § 29 Abs. 1 EEG 2023; Vollprecht/Lamy, IR 2021, 226; Vollprecht/Altrock, Solarzeitalter 4/2015, 29.

58 Ist eine Ausschreibung nach § 22 Abs. 2 bis 4 EEG 2023 nicht erforderlich, wird der anzulegende Wert gesetzlich bestimmt. Er richtet sich technologiespezifisch nach Teil 3 Abschnitt 4 Unterabschnitt 1 EEG 2023 (§§ 40 ff. EEG 2023).

59 BT-Drucks. 18/8860, S. 188; Vollprecht/Altrock, Solarzeitalter 4/2015, 29. Es gibt aber auch Ausnahmen, bei denen der Gebotswert nicht dem anzulegenden Wert entspricht. So ist dies bspw. bei Windenergieanlagen. Dort wird der anzulegende Wert aus dem Produkt aus dem Gebotswert und einem Korrekturfaktor gebildet (§ 36h EEG).

60 § 32 Abs. 1 Satz 4 EEG 2023.

61 Vollprecht/Lamy, IR 2021, 242; Lamy/Vollprecht, IR 2018, 54; die zentrale Vorschrift für die Präqualifikationsanforderungen ist § 33 EEG 2023, der u.a. auf andere Vorschriften verweist (insb. auf die der jeweiligen technologiespezifischen Ausschreibungen).

62 Bader (Fn. 9), S. 103. Dies zeigt sich v.a. daran, dass die Bundesnetzagentur den Höchstwert anpassen soll, wenn er die durchschnittlichen Erzeugungskosten deutlich unterschreitet (vgl. § 85a Abs. 2 Satz 1 EEG 2023).

63 § 32 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EEG 2023.

64 § 32 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 u. 3 EEG 2023.

65 § 32 Abs. 1 Satz 5 EEG 2023; BT-Drucks. 18/8832, S. 150; Vollprecht/Lamy, IR 2021, 242.

66 § 32 Abs. 1 Satz 6 EEG 2023.

67 Vgl. §§ 28 Abs. 2, 28a Abs. 2, 28b Abs. 2, 28c Abs. 2, 28d Abs. 2 EEG 2023.

68 Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Ausschreibungen auch eine verbesserte und effektive Mengensteuerung bezweckt, vgl. BT-Drucks. 18/8832, S. 7.

räumlichen Effekt ergibt sich damit in gewisser Weise ein gesamträumlicher »Entlastungseffekt«. Interessant ist, dass bei der Solarenergie zwischen den beiden erwähnten Segmenten unterschieden wird. Damit wird sichergestellt, dass der Zubau auch auf Gebäuden erfolgt. Denn da die Aufdachanlagen in der Regel teurer sind als die Freiflächenanlagen, könnten sich Aufdachanlagen in gemeinsamen Solarausschreibungen – wie dies zum Beispiel noch im EEG 2017 der Fall war⁶⁹ – nur schwer durchsetzen. Damit wird der Zubau bei den Solaranlagen also räumlich gezielt auf die Freifläche und »die Dächer« verteilt.

Bei den Solaranlagen des ersten Segments ist zu beachten, dass noch eine sog. Zahlungsberechtigung von der Bundesnetzagentur ausgestellt werden muss.⁷⁰

ind und S larenergieanlagen

Der Anlagenbetreiber muss also bei Abgabe seines Gebots darauf achten, dass mit dem Gebotswert – »dahinter« steckt ja wie erläutert der anzulegende Wert – und den damit erzielten Einnahmen über den 20-jährigen Förderzeitraum hinweg seine Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Anlage und die Kosten für die Direktvermarktung abgedeckt werden können. Anders gewendet: Aus den von ihm ermittelten Kosten in Cent und den voraussichtlich erzeugten Strommengen in Kilowattstunden kann er berechnen, wie hoch sein Gebotswert mindestens sein muss, um diese Kosten »genau« zu decken (wirtschaftlicher »Mindestgebotswert«). Ist sein Gebotswert geringer, kann er seine Kosten nicht decken und die Anlage könnte nicht wirtschaftlich betrieben werden.

Dies bedeutet: Bei gleichen Kosten erhöht sich der wirtschaftliche Mindestgebotswert, je geringer die Stromerzeugung im Förderzeitraum ist. Damit haben Gebote für Windenergieanlagen und Solaranlagen auf Standorten mit wenig Wind bzw. wenig Sonne in der Ausschreibung tendenziell geringere Chancen, bezuschlagt zu werden.

Was kann daraus mit Blick auf das EEG-Ausschreibungssystem weiter abgeleitet werden?

Wenn der wirtschaftliche »Mindestgebotswert« über dem Höchstwert liegt, wird das Gebot ausgeschlossen bzw. der Anlagenbetreiber nimmt erst gar nicht an der Ausschreibung teil. Für Windenergie- bzw. Solaranlagen auf ganz schlechten Standorten (ganz wenig Wind, ganz wenig Sonne) wäre der Weg in die Ausschreibungen versperrt, so dass *insoweit* in räumlicher Hinsicht tendenziell eine Steuerung weg von den ganz schlechten Standorten erfolgt.

Ist der Weg »in« die Ausschreibungen geebnet, ist die Wahrscheinlichkeit einer Bezuschlagung höher, je besser die naturräumlichen Gegebenheiten sind. Windenergie- bzw. Solaranlagen auf besseren Standorten haben verglichen mit Anlagen auf schlechteren Standorten also grundsätzlich höhere Zuschlagschancen,⁷¹ so dass über das Ausschreibungssystem *insoweit* tendenziell eine Steuerung hin zu den besten Standorten erfolgt.

Festzustellen ist freilich, dass der Einfluss der naturräumlichen Gegebenheiten auf den Gebotswert durch die »Kostenseite« verändert und möglicherweise auch überlagert wird: Zu denken ist dabei zum Beispiel an die Höhe der Netzanschluss-

kosten, die vom Anlagenbetreiber zu tragen sind.⁷² Sind diese Kosten hoch, würde das die Zuschlagschancen reduzieren, sind sie niedrig, würde sich der gegenteilige Effekt einstellen. Würde man diesen Gedanken weiterspinnen, würde über das EEG-Ausschreibungssystem eine Steuerung hin zu Standorten mit »nahen« Netzverknüpfungspunkten erfolgen. Mit Blick auf die Kosten für die Pacht von Grundstücken würde der Zubau von Anlagen über das Ausschreibungssystem auf Standorte mit geringen Pachtkosten gelenkt. Nimmt man die Kosten, die sich aus den Anforderungen des Öffentlichen Rechts ergeben, könnten nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierte Solaranlagen⁷³ Vorteile haben, da in diesem Fall die Kosten für die Aufstellung eines Bebauungsplans entfallen würden – insoweit würde eine Steuerung in den unbeplanten Außenbereich erfolgen. Allerdings ist festzustellen, dass die Höhe der Pacht in den Grundstücksnutzungsverträgen teilweise vom bezuschlagten Gebotswert abhängig gemacht wird und insoweit dieser Effekt reduziert wird. Hinzu kommt, dass die Pachten für Grundstücke z.B. in den nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 Buchst. b) EEG 2023 privilegierten Bereichen höher sind als für Grundstücke »außerhalb« der Privilegierung und der Effekt »Keine Kosten für Bebauungsplan« damit in seiner Wirkung reduziert wird. Zudem ist zu bedenken, dass für die finanzielle Förderung nach dem EEG 2023 bei den Freiflächenanlagen häufig ein Bebauungsplan erforderlich ist,⁷⁴ und damit die Privilegierung auch nur ein Pyrrhussieg sein kann. Freilich spielt aufgrund der sog. Skaleneffekte auch die Anlagengröße eine Rolle: So können die Fixkosten bei größeren Anlagen auf mehr Strommengen verteilt werden, so dass der wirtschaftliche Mindestgebotswert sinkt. Dem soll das Ausschreibungssystem wie erläutert mit der »Reihungsvorgabe« entgegenwirken. In welchem Umfang dies jedoch die Vorteile ausgleicht, ist schwer zu sagen. Ein Aspekt, der bei dieser Betrachtung nur noch angesprochen werden soll: Auch die Größe der Grundstücke hat Auswirkungen auf die Kosten. Denn es macht einen Unterschied, ob der Anlagenbetreiber mit nur einem Grundstückseigentümer oder mit zwanzig Grundstückseigentümern verhandeln muss. Da die Grundstücke in den neuen Bundesländern in der Regel größer als in den alten Bundesländern sind, könnte dies insbesondere bei Solaranlagen dazu führen, dass Gebote für Standorte in den neuen Bundesländern eher bezuschlagt werden als Gebote für Standorte in den alten Bundesländern.

Soweit zu den Faktoren, welche die naturräumlichen Effekte unter Umständen überlagern könnten. Im EEG-Ausschreibungssystem gibt es allerdings Vorgaben, die den naturräumlichen Effekten gezielt entgegenwirken sollen.

Das EEG 2023 will Standorte für Windenergieanlagen mit viel Wind bezogen auf die Kilowattstunde letztlich weniger fördern als Standorte mit wenig Wind. Dies steht im Wi-

69 Vgl. §§ 37 ff. EEG 2017.

70 Vgl. § 38 EEG 2023.

71 So auch bzgl. Solaranlagenbetreibern auf einstrahlungsstarken Standorten H. v. Seht, RuR 2023, 188 (192).

72 Vgl. § 16 Abs. 1 EEG 2023.

73 Vgl. z.B. § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 Buchst. b) und Nr. 9 BauGB. Bei Windenergieanlagen wird dieser Effekt nicht so stark sein, da diese nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BauGB unabhängig von weiteren Anforderungen privilegiert sind.

74 Vgl. § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2023.

derspruch zu dem Prinzip, dass der günstigste Bieter bezuschlagt wird. Um diesen »Spagat« dennoch zu erreichen, werden je nach Standortqualität Ab- oder Zuschläge auf den bezuschlagten Gebotswert vorgenommen. Zur Ermittlung der Standortqualität wird der Standortertrag mit dem Referenzertrag verglichen. Der Standortertrag ist die Strommenge, die der Anlagenbetreiber an einem konkreten Standort über einen definierten Zeitraum tatsächlich hätte erzeugen können.⁷⁵ Der Referenzertrag ist die Strommenge, die der Anlagentyp bei Errichtung an dem Referenzstandort rechnerisch auf Basis einer vermessenen Leistungskennlinie in fünf Betriebsjahren erbringen würde.⁷⁶ Der Referenzstandort ist ein fiktiver Standort, an dem der Wind mit einer mittleren Jahreswindgeschwindigkeit von 6,45 Metern pro Sekunde in einer Höhe von 100 Metern weht.⁷⁷ Aus diesem Vergleich wird ein Gütefaktor in Prozent gebildet. Sind Standortertrag und Referenzertrag gleich, liegt der Gütefaktor bei 100 %. Mit dem Gütefaktor wird anhand der Tabelle in § 36h Abs. 1 EEG 2023 der Korrekturfaktor bestimmt. Der bezuschlagte Gebotswert wird mit einem Korrekturfaktor multipliziert. Ist der Standort besser als der Referenzstandort (Gütefaktor über 100 %), ist der Korrekturfaktor kleiner als eins. Der bezuschlagte Gebotswert – und damit die Höhe der finanziellen Förderung pro Kilowattstunde – wird abgesenkt. Ist der Standort schlechter (Gütefaktor unter 100 %), ist der Korrekturfaktor größer als eins. Die finanzielle Förderung pro Kilowattstunde wird erhöht. Ertragsschwächere Windenergieanlagen bekommen also eine höhere finanzielle Förderung pro Kilowattstunde als ertragsreichere Standorte.⁷⁸ Liegt der Gütefaktor unter 60 %, gibt es einen Korrekturfaktor nur für die sog. Südregion (bis zu 50 %).⁷⁹ Die Südregion ist Teil der Gebietskörperschaften in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland.⁸⁰ Bei Windenergieanlagen wird der Effekt der Steuerung hin zu guten Standorten also durch Korrekturfaktor reduziert. Zudem werden »schlechte« Standorte in Deutschland und »ganz schlechte« Standorte in der Südregion mit einer höheren Zuschlagswahrscheinlichkeit gegenüber EEG 2021 »ausgestattet«.

In § 36c EEG 2017 war vorgesehen, dass im sog. Netzausbaugebiet jährlich nur noch 58 % des durchschnittlichen Zubaus der Jahre 2013 bis 2015 zulässig sind (Obergrenze). Damit sollten die negativen Auswirkungen des Zubaus von Windenergie auf Engpässe im Übertragungsnetz gedämpft werden. Das Netzausbaugebiet wurde von der Bundesnetzagentur in § 10 der Erneuerbaren-Energien-Ausführungsverordnung bestimmt. Diese Regelung wurde mit dem EEG 2021 abgeschafft und sollte mit § 36d EEG 2021 durch eine sog. Südquote ersetzt werden. Zur Südregion wurden gem. § 3 Nr. 43c EEG 2021 i.V.m. Anlage 5 zum EEG 2021 Landkreise gezählt, die überwiegend in Bayern, Baden-Württemberg und dem südlichen Rheinland-Pfalz liegen. Damit sollte ein Beitrag zur deutschlandweiten Streuung der Produktionsmengen und zur wirksamen Steuerung des Zubaus von Windenergieanlagen geleistet werden. Diese Regelung wurde jedoch nie angewendet, da diese von der Europäischen Kommission beihilferechtlich nie genehmigt und später aufgehoben wurde.

Bei Solaranlagen gibt es einen vergleichbaren Korrekturmechanismus nicht. Möglicherweise geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Globalstrahlung in Deutschland nicht so

stark variiert und es eines entsprechenden Korrekturfaktors nicht bedarf. Allerdings besteht in Deutschland ein Nord-Süd-Gefälle: Die Globalstrahlung steigt in Richtung Süden an.⁸¹ Auch bei den Gewinnern der Ausschreibungen ist ein leichtes Südfälle zu beobachten. So stammen von den 128 Gewinnern der Ausschreibung im Juli 2023 für Solaranlagen des ersten Segments 65 Bieter aus Bayern und weitere 11 aus Baden-Württemberg.⁸² Aus dieser Korrelation allein kann jedoch nicht hinreichend sicher auch auf eine Kausalität geschlossen werden. Denn bei der Auswertung der Ausschreibungsergebnisse ist zu beachten, dass die Flächenkulisse bei Solaranlagen des ersten Segments von Bundesland zu Bundesland variieren kann: In § 37c Abs. 2 EEG 2023 werden die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu regeln, dass Gebote für Freiflächenanlagen auf Acker- bzw. Grünlandflächen nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. h) bzw. i) EEG 2023 in ihrem Landesgebiet bezuschlagt werden können. Von dieser Ermächtigung haben neben Baden-Württemberg und Bayern auch Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen Gebrauch gemacht.⁸³ Dies muss auch berücksichtigt werden, wenn die regionale Verteilung der Zuschläge und deren Gründe analysiert werden.

Hinzuweisen sei an dieser Stelle darauf, dass der bezuschlagte Gebotswert bei sog. besonderen Solaranlagen noch erhöht werden kann. Dies gilt für sog. Agri-PV-Anlagen nach § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a), b) bzw. c) EEG 2023,⁸⁴ wenn diese insgesamt in einer lichten Höhe von mehr als 2,10 m aufgeständert sind⁸⁵ oder bei den Moor-PV-Anlagen nach § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchst. e) EEG 2023.⁸⁶ Gegenüber »klassischen« Freiflächenanlagen entstehen bei der Errichtung dieser Anlagen höhere Kosten, die mit diesem Technologie-Bonus bzw. Moor-Bonus ausgeglichen werden sollen.

An dieser Stelle noch kurz ein Blick in die Vergangenheit: Bei den gemeinsamen Ausschreibungen nach § 39i EEG 2017 wurde entsprechend der Vorgabe in § 10 der Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen mit den sog. Verteilernetzausbaugebieten bzw. der sog. Verteilernetzkomponente gearbeitet. Verteilernetzausbaugebiete waren Landkreise, in denen bereits im Verhältnis zur Last viele Erneuerbare-Energien-Anlagen errichtet worden waren. Es wurde davon ausgegangen, dass dort höhere Kosten für die Netz- und Systemintegration weiterer Anlagen anfallen werden. In diesen Verteilernetzausbaugebieten galt daher die Verteilernetzkomponente in Form eines Malus für die Gebote in diesen Gebieten. Aus den oben beschriebenen Gründen führte dies

75 Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2023.

76 Anlage 2 Nr. 2 Satz 1 EEG 2023.

77 Bader (Fn. 9), S. 116; vgl. auch Anlage 2 Nr. 4 EEG 2023.

78 Bader (Fn. 9), S. 117.

79 § 36h Abs. 1 Satz 1 EEG 2023.

80 § 3 Nr. 43c EEG 2023 i.V.m. Anlage 5 EEG 2023.

81 Vgl. Global Solar Atlas, <http://tinyurl.com/24taypmr> (Stand: 12.12.2023, 17:02 Uhr).

82 Bundesnetzagentur, <http://tinyurl.com/mjcsd564> (Stand: 12.12.2023, 17:17 Uhr).

83 Vgl. die Übersicht der Bundesnetzagentur dazu: <http://tinyurl.com/yc54wk34>.

84 Vgl. dazu Vollprecht/Kather, IR 2022, 209 ff., 232 ff.

85 Vgl. § 38b Abs. 1 Satz 2 EEG 2023.

86 Vgl. § 38b Abs. 1 Satz 3 EEG 2023.

zu einer Absenkung der Zuschlagswahrscheinlichkeit. Sowohl die Verteilernetzbaugebiete als auch die Höhe der jeweiligen Verteilernetzkomponenten wurden im Dezember 2017 von der Bundesnetzagentur festgelegt und veröffentlicht.⁸⁷ Diese gemeinsamen Ausschreibungen wurden jedoch mit dem EEG 2021 abgeschafft.

Bi asse und Bi ethananlagen

Für Biomasse- und Biomethananlagen gibt es zwei Ausschreibungen: Eine für Biomasseanlagen, an der Biomethananlagen nicht teilnehmen dürfen⁸⁸ und eine weitere für Biomethananlagen, an der Biomasseanlagen nicht teilnehmen dürfen.⁸⁹

Grundsätzlich gelten hier dieselben Erwägungen wie bei der Wind- bzw. der Solarenergie: Auch hier entscheidet sich über das wirtschaftliche Mindestgebot, ob der Weg in die Ausschreibungen »versperrt« ist und wie sich die Chancen auf einen Zuschlag – wenn der Weg geebnet ist – erhöhen bzw. vermindern. Allerdings dürften naturräumliche Faktoren nicht eine so dominierende Rolle spielen. Zu beachten ist aber u.a., dass die Verfügbarkeit von »geeigneter« Biomasse in nicht zu weiter Entfernung durchaus gewisse Effekte haben könnte. Anzumerken ist, dass auch hier eine »Korrektur« des bezuschlagten Gebotswerts erfolgt. Nach § 39i Abs. 5 EEG 2023 erhöht sich dieser in den Kalenderjahren 2023 bis 2025 für Biomasseanlagen mit einer installierten Leistung bis einschließlich 500 kW um 0,5 Cent pro Kilowattstunde. Diese Erhöhung zielt jedoch nicht auf eine räumliche Steuerung ab.

Bei der Ausschreibung für Biomasseanlagen werden Gebote für Biomasseanlagen in der bereits erwähnten Südregion bevorzugt bezuschlagt: Erreicht die eingereichte Gebotsmenge die ausgeschriebene Menge, werden Biomasseanlagen aus der Südregion bis zu einer Zuschlagsmenge von 50 % der ausgeschriebenen Menge des jeweiligen Gebotstermins bevorzugt bezuschlagt.⁹⁰ Liegt die eingereichte Gebotsmenge unter der ausgeschriebenen Menge, werden Biomasseanlagen, die aus der Südregion stammen, bis zu einer Zuschlagsmenge von insgesamt 40 % der eingereichten Gebotsmenge bezuschlagt. In diesem Fall werden maximal 80 % der eingereichten Gebote bezuschlagt, sodass auch hier die Gebote aus der Südregion die »bevorzugte Hälfte« ausmachen.⁹¹ Bei Biomasseanlagen erfolgt durch das EEG-Ausschreibungssystem also eine »leichte« Steuerung hin zur Südregion.

Bei der Ausschreibung für Biomethananlagen müssen die Anlagen in der Südregion liegen.⁹² Andere Biomethananlagen dürfen nicht teilnehmen, so dass hier eine »starke« Steuerung hin zur Südregion erfolgt.

a i algr e

Der Fördermechanismus, dass Anlagen nur bis zu einer bestimmten Größe finanziell gefördert werden, begründet auch selbst unmittelbar Steuerungswirkungen, wenn der Anlagenbetreiber eine finanzielle Förderung nach dem EEG benötigt. Das Zusammenspiel der Maximalgrößen und der Verklammerungsvorschriften führt zu einer Mengensteuerung:⁹³ Betreiber von Freiflächenanlagen werden dazu angeregt, auf andere Gemeinden auszuweichen, wenn in der Gemeinde bereits Freiflächenanlagen mit einer entsprechenden Größe vorhanden sind bzw. ggf. vor »ihrer« Anlage i.S.d. EEG in Betrieb genommen worden sind. Eine Steuerung besteht hier im

Sinne einer Verhinderung von »Konzentration«. Freiflächenanlagen, für die eine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen werden soll, werden über das Ausschreibungssystem also in gewisser Weise »dezentralisiert«, aufgrund des Zeitmoments in den »Verklammerungsregelungen«⁹⁴ zumindest in zeitlicher Hinsicht »entzerrt«.

lächenkulissen

Freiflächenanlagen werden – wie bereits erläutert – nur auf bestimmten Flächen finanziell gefördert.⁹⁵ Freiflächenanlagen, für die eine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen werden soll, werden über das Ausschreibungssystem auf diese Flächen gesteuert. Wie bereits ausgeführt, werden von diesen Flächen bestimmte Flächen wieder herausgenommen: So dürfen Freiflächenanlagen grundsätzlich nicht auf entwässerten, landwirtschaftlich genutzten Moorböden errichtet werden.⁹⁶ Freiflächenanlagen, für die eine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen werden soll, werden über das Ausschreibungssystem indirekt von entwässerten, landwirtschaftlich genutzten Moorstandorten »weggesteuert«. Ausgenommen von diesem Effekt sind »Moor-PV-Anlagen«. Diese dürfen auch auf diesen Flächen errichtet werden, wenn eine Wiedervernässung erfolgt.⁹⁷ Wie sich aus § 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b) EEG 2023 etwas »versteckt« ergibt, kann für Freiflächenanlagen letztlich keine finanzielle Förderung in Anspruch genommen werden, wenn sie sich auf einer Fläche befinden, die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans rechtsverbindlich als Naturschutzgebiet i.S.d. § 23 BNatSchG oder als Nationalpark i.S.d. § 24 BNatSchG festgesetzt worden ist. Bei den sog. Grünland-Agri-PV-Anlagen geht der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter: So darf das Grünland nicht in einem Natura 2000-Gebiet i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 8 BNatSchG liegen und kein Lebensraumtyp sein, der in Anhang I der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie aufgeführt ist.⁹⁸ Auf diese Weise werden Freiflächenanlagen weg von diesen besonders schützenswerten Flächen gelenkt.

Teilweise werden Solaranlagen nur auf bestimmten bebauten Flächen finanziell gefördert.⁹⁹ Dazu gehören Anlagen auf sonstigen baulichen Anlagen, Aufdächanlagen und Anlagen auf Lärmschutzwänden. Insoweit erfolgt also eine Steuerung auf bebaute Flächen.

Alle anderen Flächen, die weder die Fördervoraussetzungen für Freiflächenanlagen, Anlagen auf sonstigen baulichen Anlagen noch Aufdächanlagen erfüllen, werden also freigehalten.

87 Vgl. <http://tinyurl.com/3eppuw48>.

88 Diese ist in den §§ 39 ff. EEG 2023 geregelt.

89 Diese ist in den §§ 39j ff. EEG 2023 geregelt.

90 § 39d Abs. 2 Satz 3 u. 4 EEG 2023.

91 § 39d Abs. 3 EEG 2023.

92 § 39k Abs. 3 EEG 2023.

93 Schon mit der Einführung der Ausschreibungen in der EEG-Novelle 2017 hat der Gesetzgeber eine Mengensteuerung beabsichtigt (Bader (Fn. 9), S. 93; BT-Drucks. 18/8860, S. 7).

94 Vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bzw. Abs. 2 Nr. 2 EEG 2023; vgl. dazu auch oben.

95 Vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 EEG 2023.

96 § 37 Abs. 1 Nr. 2 u. Nr. 3 Buchst. a) bis c) EEG 2023.

97 § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. d) EEG 2023.

98 Vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c) EEG 2023.

99 Vgl. §§ 37 Abs. 1 Nr. 1, 38c EEG 2023.

Vazit

Das EEG-Ausschreibungssystem dient dazu, die Höhe der finanziellen Förderung für Windenergie-, Solar-, Biomasse- und Biomethananlagen in einem wettbewerblichen Verfahren zu ermitteln. An diesen Ausschreibungen dürfen nur Anlagen mit einer Leistung von mehr als 1 MW bzw. bei Bürgerenergiegesellschaften von mehr als 6 bzw. 18 MW teilnehmen, wobei bei Biomasse- und Biomethananlagen die Grenze bei 150 kW liegt. Eine räumliche Steuerungswirkung kann das EEG-Ausschreibungssystem also nur für diese Anlagen haben – und auch nur in den Fällen, in denen eine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen werden soll bzw. werden kann. Die vorliegend betrachteten Ausschreibungen sind technologiespezifisch ausgestaltet, d.h. es gibt – verkürzt gesagt – jeweils separate Ausschreibungen für Windenergie-, Freiflächen-, Aufdach-, Biomasse- und Biomethananlagen. Die Höhe des Gebotswerts hängt von den Kosten für die Errichtung, den Betrieb und die Direktvermarktung und die in dem 20-jährigen Förderzeitraum erzeugte Strommenge ab. Bei Wind- und Solaranlagen spielt daher die Windhöflichkeit bzw. die Globalstrahlung eine wichtige Rolle. Aufgrund des Höchstwerts werden Wind- bzw. Solarenergieanlagen von ganz schlechten Standorten »weggesteuert« und in den Ausschreibungen tendenziell zu den besseren Standorten gelenkt. Bei den Windenergieanlagen erfolgt allerdings eine Korrektur dahingehend, dass schlechte Standorte besser und gute

Standorte schlechter gestellt werden. Dies führt dazu, dass die Windhöflichkeit keine so starke Auswirkung hat. Festzustellen ist aber, dass die naturräumlichen Faktoren von der Kostenstruktur des jeweiligen Projekts »überlagert« werden können. Dazu gehören bspw. die Kosten für den Netzanschluss oder die Pachtpreise für die Grundstücke. Bei Freiflächenanlagen erfolgt eine indirekte räumliche Steuerung aufgrund der Flächenkulissen und der »Förderhöchstgrenzen« im Hinblick auf die Anlagengröße. Bei Biomasse- bzw. Biomethananlagen besteht eine »leichte« bzw. »starke« Steuerung in die Südregion. Das Ausschreibungssystem ist also keineswegs »blind« bzgl. einer räumlichen Verteilung von Anlagen,¹⁰⁰ sondern strebt diese zumindest zum Teil aktiv an.¹⁰¹

Insbesondere bei Freiflächenanlagen zeigt sich, dass große Projekte ohne finanzielle Förderung nach dem EEG umgesetzt werden. Dies entspricht letztlich auch dem Ziel des EEG, die erneuerbaren Energien an den Markt heranzuführen. Perspektivisch ist daher damit zu rechnen, dass das EEG über den Ausschreibungsmechanismus immer mehr an Steuerungskraft verliert und damit andere Instrumente – wie das Planungsrecht – diese Steuerung übernehmen werden müssen.

100 So noch zum EEG 2014 Hermes, ZUR 2014, 259 (263).

101 Bader (Fn. 9), S. 114.

Paradigmenwechsel in der Planung Der Ausbau der Windenergie als Referenzmodell politischer Bedarfsanforderung

von Professor Dr. Klaus Joachim Grigoleit, Dortmund

Das Wind-an-Land-Gesetz (WaLG) führt einen neuen Rechtsrahmen für die Steuerung des Windenergieausbaus an Land ein. Um die Bedeutung der Neuregelung zu verdeutlichen, werden nachfolgend Anlass und potentielle Regelungsalternativen skizziert. Daraus ergibt sich, dass die im WaLG enthaltene Bedarfsanmeldung trotz einiger vergleichbarer Ansätze im geltenden Planungsrecht einen Paradigmenwechsel darstellt, der verfassungsrechtlich ebenfalls dem Grunde nach zulässig ist. Einschränkungen ergeben sich insoweit im Hinblick auf planerische Ansätze bei der Differenzierung der den Ländern aufgegebenen Flächenziele. Verfassungsrechtlich unzulässig ist jedoch der in § 249 Abs. 1 BauGB vorgesehene Sanktionsmechanismus.

I Einleitung

Die Energiewende wird zunehmend als eine der zentralen Herausforderungen für die deutsche Gesellschaft und Politik im 21. Jahrhundert betrachtet. Dabei führt an erneuerbarer Energie kein Weg vorbei, wenn das in § 3 Abs. 2 Klimaschutzgesetz (KSG) formulierte Ziel der Treibhausgasneutralität bis zum Jahr 2045 erreicht werden soll. Zur Umsetzung der Klimaziele soll ihr Anteil am Bruttostromverbrauch bis zum Jahr 2030 auf mindestens 80 % ansteigen und sich damit gegenüber dem Jahr 2022 nahezu verdoppeln.¹

Einen wesentlichen Baustein für diesen Prozess sollen die Windenergieanlagen an Land darstellen, die im Fokus des Klimaschutz-Gesetzgebungspakets der Bundesregierung aus dem Jahr 2022 standen.² Ihre Ausbauraten sollen auf ein Niveau von zehn Gigawatt (GW) pro Jahr gesteigert werden.³ Damit einhergehend hat der Gesetzgeber in den Ausbaupfaden nach § 4 Nr. 1 EEG nun statuiert, dass die durch Windenergieanlagen an Land generierte Leistung bis zum Jahr 2030 auf 115 GW und bis zum Jahr 2040 sogar auf 160 GW ansteigen soll.

Zum Ende des ersten Halbjahres 2023 wurden hingegen erst etwa 59 GW installierte Leistung erreicht.⁴ Um die ambitionierten Leistungsziele des § 4 Nr. 1 EEG einhalten zu können, bedarf es also eines schnellstmöglichen und weitreichenden Ausbaus der erforderlichen Infrastruktur. Der Gesetzgeber

* Für die Unterstützung bei der Abfassung des Manuskriptes danke ich meinem Mitarbeiter Herrn Ass. jur. Paul Studt. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 13.02.2024 aufgerufen.

1 Die Bundesregierung, Mehr Energie aus erneuerbaren Quellen, <http://tinyurl.com/ydz72m5f>.

2 Vgl. BT-Drucks. 20/2355, S. 17.

3 BT-Drucks. 20/2355, S. 1.

4 Deutsche Windguard im Auftrag des Bundesverbands Windenergie (BWE) und VDM Power Systems, Status des Windenergieausbaus an Land in Deutschland, Erstes Halbjahr 2023, S. 12, <http://tinyurl.com/3z9hdxr5>.

gibt dafür ein Flächenziel vor: Zwei Prozent der Bundesfläche sollen für Windenergie an Land ausgewiesen werden.⁵ Zur Umsetzung dieses Flächenziels ist am 01.02.2023 das Wind-an-Land-Gesetz (WaLG) in Kraft getreten.⁶ Mit ihm wurde u.a. das Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) eingeführt, das den Ländern erstmals verbindliche Zielwerte für die Ausweisung von Windenergiegebieten vorgibt. Darüber hinaus sind gem. Art. 2 WaLG Änderungen des BauGB in Kraft getreten, nach denen der Privilegierungstatbestand für Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB neu formuliert und mit der Maßgabe des § 249 BauGB versehen wurde.

Im Folgenden soll zunächst der Anlass erläutert werden, der zu einer Neuregelung des Rechtsrahmens für Windenergieanlagen an Land geführt hat. Dabei wird auch auf denkbare Alternativen eingegangen, die der Gesetzgeber ebenfalls hätte umsetzen können. Sodann sollen die Grundlinien der Neuregelung in der Form aufgezeigt werden, wie sie sich nun im WaLG finden. Dabei wird auch überprüft, inwieweit sie ein neues Konzept darstellen und ob diese Regelungen in ihrer aktuellen Form zulässig sind. Dabei wird vor allem auf kompetenzrechtliche sowie weitere verfassungsrechtliche Fragen eingegangen. Abschließend wird ein Fazit gezogen und der Vorbildcharakter der Neuregelungen für andere Teilbereiche des Planungsrechts überprüft.

II Der Anlass der Neuregelung

Wie dargelegt, verfolgt die Bundesregierung einen beschleunigten Ausbau der Windenergie an Land. Während § 4 Nr. 1 EEG äußerst ambitionierte Leistungsziele setzt, die zuletzt nochmals weiter nach oben korrigiert wurden, entspricht die tatsächliche Entwicklung diesen Zielsetzungen bislang nicht. Zwar hat die Windenergie nach wie vor einen steigenden Anteil an der Stromerzeugung in Deutschland.⁷ Der Ausbau von Windenergieanlagen an Land ist in den letzten Jahren jedoch deutlich ins Stocken geraten.⁸ Um die Zielsetzung zu erreichen, müssten pro Jahr etwa 2000 neue Anlagen aufgestellt werden – tatsächlich waren es im Jahr 2022 aber nur rund 550 Anlagen.⁹ Im ersten Halbjahr 2023 gab es sogar fünf Bundesländer, in denen überhaupt keine Neuinstallationen verzeichnet werden konnten.¹⁰

Für den stockenden Ausbau wurden insbesondere auch die bisherigen planungsrechtlichen Rahmenbedingungen verantwortlich gemacht. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind zwar Windenergieanlagen im Außenbereich privilegiert zulässig. Zugleich war bisher in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aber ein Planungsvorbehalt vorgesehen, wonach öffentliche Belange Windenergieanlagen in der Regel entgegenstehen, soweit für sie durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung und Landesplanung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Die Regelung zielte auf die Gewährleistung einer planerischen Steuerungsmöglichkeit in Form einer Bündelung von Anlagen in Windenergieparks ab. Insbesondere den Gemeinden sollte hierdurch ermöglicht werden, den übrigen Planungsraum im Interesse anderer Schutzgüter (z.B. Landschafts- oder Anwohnerschutz) von Windenergieanlagen freizuhalten¹¹ und eine »Verspargelung« der Landschaft zu verhindern.¹²

Nach dieser gesetzlichen Konstruktion gab es zum einen keine Verpflichtung zu einer positiven, die Windenergienutzung

fördernden Planung. Zum zweiten ermöglichte der Planungsvorbehalt eine zumindest vorübergehende Blockade zulässiger Vorhaben. Insbesondere aber war die Windenergieplanung wegen der von ihr unmittelbar ausgehenden Ausschlusswirkung an ein gesamtträumliches Planungskonzept gebunden, für das die Rechtsprechung eine überaus komplexe Methodik entwickelte.¹³ Schließlich durfte die Windenergieplanung nicht als Verhinderungs- oder Feigenblattplanung erscheinen, sondern musste der bundesrechtlich privilegierten Windenergienutzung »substanziell Raum schaffen«,¹⁴ ohne dass dieser Maßstab rechtssicher definiert werden konnte. Aus all diesen Gründen erwies sich der planungsrechtliche Rahmen für die Windenergienutzung als schwer praktikabel¹⁵ und ihrem Ausbau eher hinderlich.¹⁶

III Denkbare Alternativen zur bisherigen Rechtslage

Die nächstliegende Möglichkeit zur Auflösung der planungsrechtlichen Blockade wäre es zunächst einmal gewesen, den Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ersatzlos zu streichen. Dies hätte eine uneingeschränkte Privilegierung der Windenergie im Außenbereich bedeutet, langwierige Planungsverfahren¹⁷ wären ganz entfallen, die vom EEG ausgehenden wirtschaftlichen Impulse hätten den Windenergieausbau getrieben. Der Gesetzgeber hat sich jedoch aus gutem Grund gegen eine gänzliche Streichung des Planvorbehalts entschieden. Dabei dürfte eine Rolle gespielt haben, dass der Verzicht auf planerische Steuerung im Hinblick auf die dann freigegebene »Verspargelung« sicher nicht zur Steigerung der Akzeptanz von Windenergievorhaben geführt hätte. Daneben wäre ohne die abschichtende Wirkung der Planung zu befürchten gewesen, dass die Problembewältigung dann auf das BImSchG-Verfahren verlagert worden wäre und dieses überfordert oder zumindest erheblich erschwert hätte.¹⁸

Sollte danach an planerischer Steuerung festgehalten werden, so hätte auch ein einfaches Satzungsverfahren – etwa nach dem Vorbild der Außenbereichssatzung i.S.d. § 35 Abs. 6 BauGB – eingeführt werden und dann die Entprivilegierung der Windenergie an eine entsprechende positive Flächenaus-

5 BT-Drucks. 20/2355, S. 1.

6 Vgl. BT-Drucks. 20/2355, S. 1, 17.

7 Bundesverband Windenergie (BWE), Windenergie in Deutschland – Zahlen und Fakten, <http://tinyurl.com/ynetmyf2>.

8 So u.a. LEE NRW, Flächennutzungspläne: Ausschlusswirkung für Windenergieanlagen, <http://tinyurl.com/5xucznx>; vgl. auch SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 6.

9 Tagesspiegel Background, Ministerium verspricht schnellere Windenergie-transporte, <http://tinyurl.com/4bf5n5ft>.

10 Deutsche Windguard (Fn. 4), S. 5.

11 BT-Drucks. 13/4978, S. 6.

12 S. dazu bereits Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, NVwZ 2022, 512 (513).

13 BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 2/11, BeckRS 2013, 47003; BVerwG, Beschl. v. 30.01.2019 – 4 BN 4.18, BeckRS 2019, 3680.

14 BVerwG, Urt. v. 24.01.2023 – 6 CN 6.21, NVwZ 2023, 998 Rn. 13 m.w.N.; s.a. BT-Drucks. 20/2355, S. 1.

15 S. dazu bereits Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, NVwZ 2022, 512 (513) m.w.N.

16 Vgl. dazu etwa Kment, NVwZ 2023, 959 (959 f.).

17 BT-Drucks. 20/2355, S. 2.

18 S. zu alldem bereits Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, NVwZ 2022, 512 (513) m.w.N.

weisung gebunden werden können.¹⁹ Allerdings schien dem Gesetzgeber offenbar die Planungsbereitschaft der Kommunen und damit der Erfolg eines solchen Vorgehens zu unsicher.

Eine weitere Möglichkeit wäre es gewesen, die hinreichende Flächenausweisung durch ein bundesrechtliches Ziel der Raumordnung etwa im ROG vorzugeben²⁰ und die Entprivilegierung der Windenergie dann an diese Zielerreichung zu binden. Die gewünschte Steuerungswirkung würde dann durch den Zielbindungsgrundsatz sowie die Anpassungspflicht aus § 1 Abs. 4 BauGB gewährleistet. Allerdings wäre das raumordnungsrechtliche Vorgehen aus Sicht des Bundesgesetzgebers mit dem Nachteil verbunden, dass den Ländern insoweit nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG eine Abweichungskompetenz zusteht. Der Zielvorgabe durch den Bund könnten die unwilligen Länder also durch abweichende gesetzliche Regelungen auf Landesebene aus dem Weg gehen.

Schließlich wäre auch die Einführung eines Fachplanungssystems für Windenergievorhaben an Land als Option in Betracht gekommen. Die Projektplanung würde dann aus der Verantwortung kommunaler Planungsträger herausgenommen und auf staatliche Planfeststellungsbehörden übertragen. Die Bindung an kommunale Planungen würde dann nach § 38 BauGB entfallen und auch die Bindung an die Erfordernisse der Raumordnung ließe sich nach dem Vorbild des § 5 Abs. 2 NABEG relativieren. Dieses Vorgehen hätte umso näher gelegen, als auch für den Ausbau der Windenergie Offshore ein Fachplanungssystem nach den Vorschriften des WindSeeG installiert wurde. Andererseits zeigt jedoch ein Blick etwa auf den Stromnetzausbau, dass das Fachplanungssystem den Beschleunigungsbemühungen des Infrastrukturausbaus nicht zwangsläufig zum Erfolg verhelfen muss. Insbesondere würde wie dort auch der Systemwechsel einen erheblichen verwaltungsorganisatorischen Aufwand verursachen, der fast zwangsläufig den Windenergieausbau an Land zunächst ausbremsen würde. Folglich darf bezweifelt werden, dass die Fachplanung den Königsweg für den beschleunigten Ausbau darstellen würde.

IV Die runderk nzepti n des a

Mit dem WaLG hat der Gesetzgeber demgegenüber einen neuen Ansatz für die planerische Steuerung der Windenergie an Land geschaffen. Er verpflichtet die Länder in § 3 Abs. 1 WindBG, innerhalb einer vorgegebenen Frist einen prozentualen Anteil ihrer Fläche für Windenergieanlagen an Land auszuweisen. Ihrer Pflicht können sie gem. Abs. 2 nachkommen, indem sie die Flächen entweder selbst in Raumordnungsplänen ausweisen (Nr. 1) oder eine Ausweisung durch regionale oder kommunale Planungsträger sicherstellen (Nr. 2). Das WindBG lässt also die Planungsebene, auf der die Ausweisung stattfindet, offen, um den stark divergierenden Planungsstrukturen der Länder Rechnung zu tragen.²¹ Im Fall von Nr. 2 muss das Land Teilflächenziele als Ziele der Raumordnung verbindlich machen, die insgesamt den Flächenbeitragswert erreichen. Die einzuhaltenden Werte divergieren zwischen den Ländern und finden sich in Anlage 1 zum WindBG.

Zugleich wird der Planungsvorbehalt aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für privilegierte Windenergieanlagen beseitigt und durch die Regelungen in § 249 BauGB ersetzt. Danach entfällt die Ausschlusswirkung der Windenergieplanung, Statt-

dessen ist die Entprivilegierung von Windenergieanlagen vorgesehen, wenn die Länder die ihnen aufgegebenen Flächenziele erreichen (§ 249 Abs. 2 BauGB). Verfehlen die Länder die Flächenziele, sieht § 249 Abs. 7 BauGB einen Sanktionsmechanismus vor. In diesem »planerischen worst case«²² tritt eine Art »Superprivilegierung« ein. Den dann uneingeschränkt privilegierten Vorhaben können weder Darstellungen in Flächennutzungsplänen noch entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder sonstige Maßnahmen der Landesplanung noch landesrechtliche Abstandsflächenvorgaben entgegengehalten werden. Ausdrücklich bezeichnet die Gesetzesbegründung diese Rechtsfolge als »Sanktionierung« der Länder.²³

V Die Neuk nzepti n nach de a als aradig en echsel in der lanung

Der im WaLG gewählte Ansatz, den Ländern feste Zielwerte für die Flächenausweisung vorzugeben, ist im Bereich der Gesamtplanung ein Novum. Bislang erfolgte die finale Zielsteuerung durch den Gesetzgeber nicht durch ein konditionales Normprogramm, sondern lediglich durch einen Katalog von zueinander in Konkurrenz stehenden Zielsetzungen, wie sie sich in § 1 Abs. 5 und Abs. 6 BauGB finden. Die Abwägung zwischen den vielfältigen von der Planung berührten Belangen, also die Entscheidung über deren Vorrang oder Nachrang, bildet gerade den Kern der Planungsentscheidung.²⁴ Sie ist bisher grundsätzlich den Planungsbehörden der Länder überlassen.

Abweichungen davon finden sich allerdings im Fachplanungsrecht. Soweit der Planfeststellung eine Bedarfsplanung vorausgeht, führt der konkrete Projektbezug zu einer Abschichtung: Über das »ob« der Realisierung eines Vorhabens wird bereits in der Bedarfsplanung entschieden. Die Bedarfsplanung schneidet also einen Teil des Planungsprogramms, nämlich die Ermittlung, Bewertung und Feststellung des konkreten Bedarfs sowie das dementsprechende Setzen von Zielen regelmäßig mit Gesetzeskraft aus der nachfolgenden Planungsentscheidung aus.²⁵ Dem Planungsermessens auf der nachgelagerten Stufe bleibt demgegenüber das »wie« der Realisierung überlassen. Es ist konsequenterweise erst dann eröffnet, wenn das Vorhaben gerechtfertigt ist, weil für seine Realisierung ein festgestellter Bedarf besteht.²⁶

Wird bspw. ein Vorhaben in Anlage 1 zum Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG) aufgenommen, so erfolgt die Bedarfsfestlegung durch den Gesetzgeber und entfaltet Bindungswirkungen für alle Planungsträger.²⁷ Das öffentliche Interesse an

19 S. dazu Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, NVwZ 2022, 512 (513) m.w.N.

20 Kümpfer, in: Kment (Hrsg.), Raumordnungsgesetz, Kommentar, 2019, § 3 Rn. 71 m.w.N.

21 BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

22 Raschke/Roscher, ZfBR 2022, 531 (536).

23 S. BT-Drucks. 20/2355, S. 34.

24 Dirnberger, in: BeckOK BauGB, Kommentar, § 1 (60. Edition 2023) Rn. 132; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, Kommentar, § 1 (Stand: Oktober 2021) Rn. 180.

25 Köck, ZUR 2016, 579 (581).

26 Vgl. Kupfer, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, Kommentar, vor § 72 (Stand: August 2022) Rn. 232.

27 Maaß/Vogt, in: Maaß/Vogt, Fernstraßenausbaugesetz, Kommentar, 2013, Einleitung Rn. 7.

der Realisierung des Vorhabens kann dann auf den weiteren abgeschichteten Stufen, den Linienbestimmungs- und Planfeststellungsverfahren, nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg in Frage gestellt werden. Zwar handelt es sich bei der Bedarfsfestlegung lediglich um eine »verkehrspolitische Leitentscheidung auf einer der individuellen Betroffenheit weit vorgelagerten Ebene«. ²⁸ Die Planfeststellungsbehörde ist infolge dessen auch nicht von ihrer Abwägungspflicht entbunden, sondern muss weiterhin prüfen, ob in der Abwägung überwiegende Belange möglicherweise sogar dazu führen, dass von der Planung überhaupt Abstand zu nehmen ist. ²⁹ Nach der gesetzlichen Bedarfsfestlegung bleibt also zwar die »Null-Variante« denklogisch möglich, sie ist jedoch wenig realistisch und – soweit ersichtlich – bisher nie eingetreten. Daher soll im Weiteren davon ausgegangen werden, dass die Bedarfsfeststellung eine planerische Realisierungspflicht bewirkt.

Darüber hinaus finden sich in der planungsrechtlichen Regelungssystematik weitere vielfältige Planungspflichten ohne konkreten Projektbezug. Diese sind jedoch abstrakter und allgemeiner gehalten als die durch das WaLG eingeführten festen Flächenziele. Zu nennen ist etwa die in § 1 Abs. 3 BauGB verankerte Rechtspflicht der Gemeinden, überhaupt Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit dies für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Diese Pflicht kann gar im Wege der Kommunalaufsicht durchgesetzt werden. ³⁰ Im Hinblick auf Landschaftsrahmenpläne gilt nach § 10 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG ebenfalls eine Aufstellungsverpflichtung, soweit nicht schon ein Landschaftsprogramm nach seinen Inhalten und seinem Konkretisierungsgrad einem solchen Rahmenplan entspricht. ³¹ Auch im Raumordnungsgesetz hat der Bundesgesetzgeber die Länder nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG verpflichtet, einen landesweiten Raumordnungsplan aufzustellen. ³² Diese Pflicht gilt nach Nr. 2 der Norm auch für die Teilräume der Länder, für die Regionalpläne aufzustellen sind.

Daneben gibt es spezielle Planungspflichten, die spezifische planerische Ausweisungen allerdings nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen verlangen. So verpflichten etwa die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie) sowie die Vogelschutzrichtlinie die Mitgliedstaaten zur Ausweisung von bestimmten Schutzgebieten. ³³ Maßgeblich für die Frage, welche Gebiete unter Schutz zu stellen sind, sind jedoch ausschließlich die inhaltlichen Vorgaben der Richtlinien. ³⁴ Im Detail richtet sich die Auswahl der Gebiete nach den Kriterien des Anhangs III der Richtlinie und wird von der Kommission bestätigt. ³⁵ Insbesondere sieht das BVerwG in Art. 4 FFH-Richtlinie i.V.m. den Anhängen I-III keine Anhaltspunkte für ein nationales Auswahlmessen bei der Gebietsausweisung. ³⁶ Folglich kann – etwa aus wirtschaftlichen Gründen – auch nicht auf die Schutzgebietsausweisung verzichtet werden.

Zumindest auf Gesetzesebene sind bislang keine allgemeinen Planergebnispflichten ersichtlich, die auch losgelöst von einem bestimmten Projekt und unabhängig von dem Vorliegen bestimmter Kriterien gelten. Insoweit betritt der Gesetzgeber mit den Flächenzielen des WindBG Neuland. Verlässt man jedoch die Gesetzesebene und nimmt man vielmehr die Planungsebene in den Blick, so fällt auf, dass sich gerade in der Raumordnung schon jetzt sog. Mengenziele

finden. Dabei handelt es sich um eine Unterform der Ziele der Raumordnung i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG, die quantitative raumordnerische Vorgaben machen. ³⁷ Nachfolgende Behörden müssen diese Zielwerte erreichen bzw. dürfen sie nicht überschreiten. In der Praxis gibt es bezifferte landes- oder regionalplanerische Ober- und Untergrenzen etwa für die Ausweisung von Siedlungs- und Verkehrsflächen. ³⁸

Wie im Falle der Bedarfsplanung kommt es also zu einer planerischen Abschichtung: Auf der ersten Planungsebene wird eine Entscheidung getroffen, die den Planungsspielraum auf der zweiten Planungsebene auch im Ergebnis der Planung begrenzt. Dies erscheint systemkonform und damit zulässig. ³⁹ Im Prozess der Planungskaskade ist ohnehin eine schrittweise Verengung des Entscheidungskorridors angelegt, zudem bleibt das Endergebnis stets durch eine Kette planerischer Entscheidungen legitimiert. Für die Zulässigkeit derartiger gesetzgeberischer Vorgaben spricht des Weiteren, dass in der ROG-Novelle im Jahr 2017 quantifizierte Vorgaben zur Verringerung der Flächeninanspruchnahme in die Norm über die Grundsätze der Raumordnung aufgenommen wurden. Diese Änderung in § 2 Abs. 2 Nr. 6 Satz 3 ROG soll ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien auch den Ländern, die noch keine quantitativen Flächenziele festgelegt haben, einen Anreiz geben, dies nachzuholen. ⁴⁰ Die Gesetzesänderung darf als Signal des Bundesgesetzgebers verstanden werden, dass er das Instrument der Mengenziele befürwortet. ⁴¹ Die Raumordnungsplanung könnte demnach über die Festlegung von Mengenzielen auch die Ausweisung von Windenergiegebieten planerisch absichern. ⁴²

Der cursorische Überblick zeigt, dass konkrete Planungspflichten und auch quantitative Zielvorgaben schon bisher der planungsrechtlichen Regelungssystematik zumindest nicht fremd sind. Daran können die Vorgaben konkreter Flächenbeitragswerte im WaLG anknüpfen. Im Unterschied

28 BVerfG, Beschl. v. 08.06.1998 – 1 BvR 650/97, NVwZ 1998, 1060 (1061), im konkreten Fall bezogen auf eine Bedarfsfestlegung nach § 1 Abs. 2 Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSchWAG).

29 BVerwG, Urt. v. 10.04.1997 – 4 C 5/96, NVwZ 1998, 508; vgl. Kupfer, in: Schoch/Schneider (Fn. 26), vor § 72 Rn. 232.

30 BVerwG, Urt. v. 17.09.2003 – 4 C 14/01, NVwZ 2004, 220 (225); Battis, in: Battis/Krautzbeger/Löhr (Hrsg.), BauGB, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 1 Rn. 27.

31 S. Gellermann, in: Landmann/Rohmer (Begr.), UmweltR, BNatSchG § 10 (Stand: September 2023) Rn. 7 m.w.N.

32 Grotefels, in: Kment (Fn. 20), § 13 Rn. 14.

33 S. hierzu im Detail Scherer/Heselhaus, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), EU-WirtschaftsR-HdB, Kommentar, O. Umweltrecht (Stand: Oktober 2023) Rn. 564.

34 BVerwG, Urt. v. 19.05.1998 – 4 A 9/97; Hermes, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 8 Rn. 88.

35 Niederstadt, NVwZ 2008, 126 (127).

36 BVerwG, Urt. v. 19.05.1998 – 4 A 9/97, NVwZ 1998, 961 (967).

37 Vgl. Kümper, ZUR 2023, 205 (209).

38 Kümper, in: Kment (Fn. 20), § 3 Rn. 71.

39 Ebenfalls ausgehend von einer Zulässigkeit raumordnungsrechtlicher Mengenziele etwa BT-Drucks. 16/4500, S. 47; Köck/Kohlrausch, ZUR 2021, 610 (614); Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel (Hrsg.), ROG, Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 29.

40 BT-Drucks. 18/10883, S. 39.

41 Kümper, ZUR 2023, 205 (209).

42 So auch Köck/Kohlrausch, ZUR 2021, 610 (614), s. aber zum Problem der Abweichungskompetenz der Länder bereits oben unter III.

zu den Vorgaben der Bedarfsplanung und den Mengenzielen in der Raumordnung sind diese Zielwerte für Windenergieflächen aber nicht das Ergebnis abgeschichteter Planungsentscheidungen. Das der Planung der Länder vorgegebene Flächenziel ist vielmehr eine unmittelbar aus dem Ausbaupfad des EEG abgeleitete politische Vorgabe. Die Besonderheit des WaLG liegt also darin begründet, dass durch eine politische Entscheidung des Gesetzgebers ein Teil des Entscheidungsbereichs aus dem Planungsprozess insgesamt ausgeschnitten, dem Planungssystem entzogen und diesem vorgegeben wird. Im Unterschied zur »Legalplanung« oder zur gesetzlichen Bedarfsplanung übernimmt nicht ein planender Gesetzgeber einen Teil des Planungsprogramms. Seine Vorgaben sind nicht selbst Ergebnis eines Planungsprozesses, sondern ein planerisch unabgeleiteter Akt politisch legitimer Bedarfsanmeldung. Dieses gesetzgeberische Konstrukt stellt ein Novum dar.

VI Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des a

Die Einführung des neuen Typus der gesetzlichen Bedarfsanmeldung, mit dem ein Teil der planerischen Entscheidung der herkömmlichen Regelungssystematik entzogen wird, wirft Fragen nach seiner verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auf. Die Verfassungsmäßigkeit des WaLG bedarf vor allem im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenzen sowie das Bundesstaats- und Rechtsstaatsprinzip einer näheren Überprüfung. Eine besondere Befassung widmet sich schließlich dem vorgesehenen Sanktionsmechanismus.

Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Im Hinblick auf das WindBG geht der Bund davon aus, dass sich seine Gesetzgebungskompetenz ganz überwiegend aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ergibt.⁴³ Unter das »Recht der Wirtschaft« fällt auch die Energiewirtschaft, von der die Gewinnung und Verteilung aller Energien und Energieträger umfasst ist.⁴⁴ Auch die Planung und der Bau etwa von Leitungsinfrastruktur für Energieträger sowie die Sicherung der Energieversorgung fallen darunter.⁴⁵ In der Gesetzesbegründung heißt es weiter, dass die Flächenbeitragswerte des WindBG gerade in dem Flächenbedarf der Energiewirtschaft begründet seien. Die Flächenziele selbst würden dabei aus dem Bedarf der Ausbaupfade für Windenergie an Land abgeleitet, die sich wiederum aus dem EEG ergeben. Die Verpflichtung zur Flächenbereitstellung solle also lediglich die Verfügbarkeit der von der Energiewirtschaft benötigten Flächen gewährleisten.⁴⁶ Diese Begründung ist auch in der Literatur auf Zustimmung gestoßen,⁴⁷ zumal das WindBG weder die Vorschriften zur Planaufstellung noch die rechtlichen Wirkungen der Planung modifiziert.⁴⁸ Eine bundesgesetzliche Regelung soll zudem auch nach Art. 72 Abs. 2 GG zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich sein, da sie der Verwirklichung der EEG-Ausbaupfade diene und daher Teil eines bundeseinheitlichen Rahmens der Energieversorgung in Deutschland sei.⁴⁹

Aber scheint nicht auf der Hand zu liegen, dass die Vorgabe von Flächenzielen in den Kompetenztitel der Raumordnung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG) übergreift? Insoweit ist aber zu konstatieren, dass das raumordnungsrechtliche System durch die Bedarfsanmeldung im WindBG unangetastet bleibt. Die Art und Weise der planerischen Steuerung von Windenergie-

anlagen wird durch das WindBG gerade nicht geregelt,⁵⁰ sie bleibt weiterhin Sache der Länder. Auf den ersten Blick mag es zwar dem Selbstbild der Raumordnung widersprechen, dass ein Mengenziel, das die Ausweisung von Flächen betrifft, nicht vorrangig raumordnungsrechtlicher Natur sein soll. Diese Argumentation erscheint aber vertretbar. Die Koordination der Anforderungen an den Raum ist zwar zentrale Aufgabe der Raumordnung. Dazu gehören aber gerade auch solche Anforderungen, die auf einer Bedarfsentscheidung des Gesetzgebers beruhen. So, wie die gesetzgeberisch bestimmte Zulässigkeit bestimmter Anlagen Anknüpfungspunkt für die nach planerischen Gesichtspunkten vorzunehmende räumliche Verteilung ist, so kann der Gesetzgeber auch die notwendige Zahl dieser Anlagen bestimmen und deren räumliche Verteilung durch die koordinierende Raumordnung beauftragen. Vorliegend führt der Flächenbezug der Bedarfsanforderung als Argument in die Irre: Die Notwendigkeit der Flächenausweisung in der im WindBG bezifferten Höhe ist aus dem Ausbauziel des § 4 Nr. 1 EEG abgeleitet. Es kann insoweit kompetenzrechtlich nicht darauf ankommen, ob der Gesetzgeber seine energiepolitischen Vorgaben als Leistungsziele festlegt, eine bestimmte Zahl zu errichtender Anlagen oder eben die dafür benötigte Fläche. Mit der Übersetzung der Leistungsziele des EEG in Flächenziele des WindBG leistet der Gesetzgeber der räumlichen Planung eine komplexitätsreduzierende und deshalb beschleunigende Hilfestellung, weil die Flächenziele, anders als Leistungsziele, ohne Berücksichtigung technischer oder örtlicher Gegebenheiten unmittelbar und flächendeckend anknüpfungsfähig sind. Solange deshalb nicht geltend gemacht werden kann, dass der angemeldete Flächenbedarf in keinem nachvollziehbaren Zusammenhang mit der energiepolitischen Leistungsanforderung steht, verlässt der Gesetzgeber nicht seine wirtschaftsrechtliche Kompetenzgrundlage. Er stellt vielmehr klar, dass Planung im allgemeinen und Raumordnung im besonderen nicht Selbstzweck ist, sondern ein prozeduraler Modus staatlicher Aufgabenerfüllung. Die Aufgaben werden dabei vom Gesetzgeber bestimmt.

Bundesstaatsprinzip und Planungshoheit der Gemeinden

Mit der Flächenbedarfsanmeldung greift der Bundesgesetzgeber unmittelbar auf das Staatsgebiet der Länder und damit auf ihre Eigenstaatlichkeit als Kernelement des Bundesstaatsprinzips⁵¹ zu. Verstärkend könnte in diesem Kontext zudem die Planungshoheit der Gemeinden als Teil der mittelbaren Landesverwaltung eine Rolle spielen: Aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich für die Gemeinden das Recht, die zentralen Entscheidungen über die zukünftige Gestaltung ihres

43 BT-Drucks. 20/2355, S. 18.

44 So auch Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 74 Rn. 25.

45 Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Kommentar, Art. 74 (Stand: August 2023) Rn. 240.

46 BT-Drucks. 20/2355, S. 18.

47 Köck, ZUR 2023, 470 (472).

48 So etwa Meurers, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 24), § 249 Rn. 13.

49 BT-Drucks. 20/2355, S. 19.

50 BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

51 Vgl. Rux, in: BeckOK GG, Kommentar, Art. 20 (56. Edition 2023) Rn. 7 und 9.

Gemeindegebiets selbst zu treffen.⁵² In seiner Abstraktheit dürfte der Zugriff des Bundes auf das Staatsgebiet der Länder bislang präzedenzlos sein. Bei genauerem Hinsehen wird jedoch deutlich, dass darin nur ein gradueller Unterschied zu raumbedeutsamen Planungen des Bundes liegt. So greift der Bund im Rahmen der Fachplanung nach dem Bundesfernstraßengesetz (FStrG) oder dem NABEG ebenfalls auf die Staatsgebiete der Länder zu, um Bundeszwecke zu erreichen. Daran zeigt sich, dass die Gebietshoheit im Bundesstaat eben nicht ausschließlich bei den Ländern liegt, sondern ein Kondominium zwischen ihnen und dem Bund ist.

Im Kontext des WindBG wird zuweilen auch das Übermaßverbot bemüht.⁵³ Zwar sind die aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleiteten Schranken jedenfalls im kompetenzrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis nicht anwendbar.⁵⁴ Zumindest im Verhältnis zu den Kommunen gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber über Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.⁵⁵ Aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Grundsatz der Bundesstaatlichkeit folgt zudem eine Pflicht von Bund und Ländern zu bundesfreundlichem Verhalten.⁵⁶ Dies bedeutet, dass Bund und Länder verpflichtet sind, sich im Sinne einer »staatsrechtlichen Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben«⁵⁷ zu verständigen und zusammenzuwirken. Vor diesem Hintergrund erscheint vor allem fraglich, ob es den Ländern hätte überlassen bleiben müssen, die jeweiligen Anteile an erneuerbaren Energien auf ihrem Staatsgebiet selbst festzulegen, mit deren Hilfe die Klimaschutzvorgaben des Bundes erreicht werden sollen. Dies würde bedeuten, dass der Bund sich auf Leistungsziele für die Gewinnung von erneuerbaren Energien insgesamt zu beschränken habe, anstatt Flächenziele gerade für Windenergie auszuweisen. Diese Kritik erscheint zwar nachvollziehbar, sie muss sich aber bereits gegen die in § 4 Nr. 1 EEG normierten Ausbaupfade richten. Soweit der Bund dort energiepolitische Festlegungen treffen durfte, muss deren Um- und gegebenenfalls Durchsetzung auch bundesstaatlich zulässig sein. Die – auch detaillierte – Bestimmung des »Energimixes« ist ihrerseits von der wirtschaftspolitischen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt. Es wäre zwar denkbar gewesen, die Präferenzen der Länder für bestimmte Energiequellen bei der Verteilungsentscheidung stärker zu berücksichtigen. Der dafür erforderliche Koordinierungsaufwand hätte aber erhebliche Verzögerungen verursacht. Angesichts der spezifischen Schwierigkeiten des Windenergieausbaus war deshalb die Konzentration des Gesetzgebers auf die Windbedarfsflächen nicht zu beanstanden.

Rechtsstaatsprinzip

Die Grundprinzipien der Planung sind verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsprinzip abgesichert.⁵⁸ Aus diesem Prinzip ergibt sich unmittelbar, dass Entscheidungen mit planerischem Einschlag den Grundsätzen der planerischen Abwägung entsprechen müssen.⁵⁹ Die Entscheidung muss also auf einem Verfahren beruhen, das »durch eine rechtzeitige und sachangemessene Beteiligung der von dem Vorhaben Betroffenen sowie der in ihren Aufgabenbereichen berührten Träger öffentlicher Belange die vollständige und zutreffende Ermittlung der abwägungserheblichen Belange sicherstellt und seinen Abschluss in einer Gesamtabwägung der öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander findet.«⁶⁰ Erst auf dieser Basis darf also die im Kern »politische« Vorrang-Nachrang-Entscheidung getroffen werden. Vor allem die Ermittlung

der Belange ist stark verfahrensgebunden und löst regelmäßig eine Umweltprüfung und ein Beteiligungsverfahren aus. Diese Anforderungen müssen von der Legalplanung ebenso erfüllt werden und sind insbesondere in der Bedarfsplanung durchgängig zu beachten.

Schon mit Blick auf den Gesetzgebungsprozess zum WaLG wird deutlich, dass das Gesetz diese Anforderungen nicht erfüllt. Zwar hat der Bund im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine Potenzialstudie in Auftrag gegeben, die zumindest auch planerische Elemente enthält. Diese Studie stellt etwa die Grundlage für den Verteilungsschlüssel dar, der die Aufteilung der Flächenziele auf die einzelnen Länder vorgibt.⁶¹ Von einer umfassenden Belangermittlung durch den Gesetzgeber kann dabei aber wohl kaum die Rede sein.

Einer solchen bedurfte es nach Auffassung des Gesetzgebers aber wohl auch nicht, weil und soweit mit dem eingeführten 2 %-Ziel eine schlichte Berechnung des Flächenbedarfs für die Erreichung der Ausbauziele zugrunde liegt.⁶² Es wird also lediglich der Flächenbedarf angemeldet, der sich ohnehin schon aus den Ausbaupfaden des § 4 Nr. 1 EEG ergibt. Zweifelhaft erscheint die Einstufung als bloße Bedarfsanmeldung aber bezüglich der differenzierten Verteilung der Flächenbeitragswerte auf die einzelnen Länder, die sich in Anlage 1 zum WindBG findet. Dieser Verteilung liegt die genannte Potenzialstudie zugrunde, die eine Flächenerfassung und -bewertung mit planerischer Methodik vornimmt. Die daraus resultierende Flächenverteilung kann durchaus als planerische Entscheidung angesehen werden. Ob man das WindBG deshalb gleich als »Legalplanung« einstuft, ist zumindest eine offene Frage. Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber die Planung nach der Konzeption des WindBG im Übrigen nicht selbst durchführt.⁶³ Würde man die vorgenannte Frage jedoch bejahen, so müsste das Gesetz den strengen Anforderungen genügen, die das BVerfG in seiner Stendal-Süd-Entscheidung aufgestellt hat.⁶⁴ Demnach hat der Gesetzgeber bei der Legalplanung »den für die Regelung erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln, anhand dieses Sachverhalts alle sachlich beteiligten Belange und Interessen der Entscheidung zugrunde zu legen sowie umfassend und in nachvollziehbarer Weise gegeneinander abzuwägen. Das Gebot, den für die beabsichtigte Planung er-

52 Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 45), Art. 28 Rn. 201, vgl. auch Dirnberger, in: BeckOK BauGB (Fn. 24), § 1 Rn. 6.

53 So etwa Spannowsky, ZfBR 2023, 18 (23), der im WindBG einen Verstoß gegen das Übermaßverbot aufgrund legislativen Eingriffs in bestehende regionale und kommunale Planungen sieht.

54 BVerfG, Urt. v. 22.05.1990 – 2 BvG 1/88, NVwZ 1990, 955 (959), vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 45), Art. 20 Rn. 139.

55 BVerfG, Beschl. v. 07.07.2020 – 2 BvR 696/12, NVwZ 2020, 1342 Rn. 50 m.w.N.

56 BVerfG, Beschl. v. 24.01.2001 – 2 BvE 1/00, NVwZ 2001, 667 (668).

57 Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 68; Bauer, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 46.

58 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.03.2009 – 2 B 8/08, NJOZ 2009, 4809.

59 Berkemann, ZUR 2016, 323 (325).

60 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.03.2009 – 2 B 8/08, NJOZ 2009, 4809 (4822).

61 BT-Drucks. 20/2355, S. 30.

62 S. dazu bereits oben unter VI. 1.

63 S. dazu oben unter V.

64 BVerfG, Beschl. v. 17.07.1996 – 2 BvF 2/93.

heblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln, umfasst insbesondere die Pflicht des Gesetzgebers, die individuell betroffenen Grundstückseigentümer und Gemeinden anzuhören (...). Auf der Grundlage eines in dieser Weise ermittelten Sachverhalts und der Gegenüberstellung der daraus folgenden verschiedenen – oft gegenläufigen – Belange ist der Gesetzgeber befugt, sich letztlich für die Bevorzugung eines Belangs (oder mehrerer Belange) und damit zugleich für die Zurückstellung aller anderen betroffenen Gesichtspunkte zu entscheiden.«⁶⁵ Inwieweit diese für die planfeststellungsersetzende Gesetzgebung geltenden Maßstäbe vorliegend übertragbar sind, braucht im Einzelnen nicht entschieden werden. Jedenfalls die Ermittlungs- und Beteiligungspflichten dürften dem Grunde nach auch bei der nach planerischen Gesichtspunkten differenzierenden Flächenverteilung Beachtung verlangen. Insoweit darf bezweifelt werden, ob das WindBG im Streitfalle dem verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab standhalten würde.

ulässigkeit des Sanktionsmechanismus

Wie dargelegt, sieht der durch das WaLG eingeführte § 249 Abs. 7 BauGB ein vom Gesetzgeber ausdrücklich als solches bezeichnetes Sanktionsmodell vor.⁶⁶ Ganz allgemein erscheint schon fragwürdig, ob der Bund bei einer Nichterfüllung bundesgesetzlicher Pflichten ein verfassungsrechtlich nicht vorgesehenes Recht zur »Sanktionierung« der Länder hat. Der effektive Vollzug des Bundesrechts durch die Länder ist durch die Mechanismen der Bundesaufsicht (Art. 84 Abs. 3 und 4 GG) sicherzustellen. Deren formale bundesstaatsrechtliche Kautelen, insbesondere die Beteiligung des Bundesrats und des BVerfG im Mängelrügeverfahren nach Art. 84 Abs. 4 GG,⁶⁷ würden überspielt, wenn der Bund anstelle dieser Pflichtdurchsetzung die Länder mit einfachgesetzlichen Sanktionsmaßnahmen belegen und durch deren Androhung ein Land zu »Wohlverhalten« zwingen könnte. Eine von »Zuckerbrot und Peitsche« geprägte Gesetzgebung verkennt deshalb grundlegend den staatsrechtlichen Charakter des Verhältnisses zwischen Bund und Ländern.

Ist damit eine Sanktion mit Strafcharakter ausgeschlossen, lässt sich der Mechanismus in § 249 Abs. 7 BauGB möglicherweise als Auffangregelung ohne Strafcharakter interpretieren. Diese Lösung erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil sie entweder eine rechtswidrige (Landes-)Staatspraxis hinnehmen und auf einen wirksamen Gesetzesvollzug verzichten würde, oder die im WaLG statuierte Flächenbeitragspflicht der Länder in eine »Obliegenheit« umdeuten würde, was mit den üblichen Methoden der Gesetzesauslegung sicher nicht zu begründen ist. Als Auffanglösung scheint die Regelung aber auch deshalb untauglich, weil die in § 249 Abs. 7 BauGB angeordnete Rechtsfolge im Widerspruch zum gesetz-

geberischen Regelungskonzept steht. Dies gilt schon deshalb, weil die Vorschrift eine flächenmäßig unbegrenzte Privilegierung der Windkraftanlagen herbeiführt, die der Gesetzgeber ausweislich der Begründung zu § 249 Abs. 2 BauGB zum Schutz des Außenbereichs gerade nicht wollte. Darüber hinaus beruht die Regelungskonzeption des Gesetzgebers wie dargelegt auf der Annahme, dass der Ausbau der Windenergie im gesamtstaatlichen Interesse der planerischen Steuerung bedarf. Dann aber erscheint es widersprüchlich, den Steuerungsanspruch des eigenen Planungsrechts aufzugeben.

Vor diesem Hintergrund mag man den »hemdsärmlichen« Sanktionsmechanismus in § 249 Abs. 7 BauGB als effektive gesetzgeberische Lösung zur Überwindung der als illegitim empfundenen Widerstände einzelner Länder gegen den Ausbau der Windenergie begrüßen. Eine Verallgemeinerung des Ansatzes würde aber das im Grundgesetz austarierte Verhältnis zwischen Bund und Ländern unterminieren und die Qualität von Gesetzgebung und Gesetzesvollzug sicher nicht befördern.

VII azit

Unabhängig von den dargelegten Bedenken lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber im WindBG zulässigerweise einen neuen Typus der gesetzlichen Bedarfsanmeldung geschaffen hat. Mit ihm schneidet er einen Teil des planerischen Entscheidungsprogramms aus und verweist ihn in die politische Verantwortung. Damit steht ihm mit der Flächenbedarfsanmeldung nun eine effektive Möglichkeit zur Verfügung, zielgerichtet auf die Instrumente der Planung zuzugreifen. Es ist zu erwarten, dass er von dieser Möglichkeit künftig auch in anderen Bereichen Gebrauch machen wird. Ein Kandidat, für den der »neue Typus« möglicherweise eine Vorbildwirkung entfalten könnte, wäre etwa ein Gesetz zur bedarfsgerechten Bereitstellung von Wohnbauland – vorausgesetzt, man erachtet die bodenrechtliche Gesetzgebungskompetenz hierfür als ausreichend.

Keinen Vorbildcharakter kann hingegen das in dem neu eingeführten § 249 Abs. 7 BauGB verankerte Sanktionsmodell beanspruchen. Hier droht sich ein Umgang des Bundes mit den Ländern abzuzeichnen, der dem verfassungsrechtlich austarierten Föderalismus unter dem Grundgesetz nicht annähernd gerecht wird.

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.07.1996 – 2 BvF 2/93, Rn. 68.

⁶⁶ BT-Drucks. 20/2355, S. 34; s. dazu bereits oben unter V.

⁶⁷ Dazu im Allgemeinen Kment, in: Jarass/Pieroth (Fn. 44), Art. 84 Rn. 31 und 32 m.w.N.

Stefan Fimpel, Planerische Neuausrichtung der urbanen Mobilität. Die kommunale Mobilitätsplanung als querschnittsorientierte Fachplanung. 2023. III, 186 S. br. 74,00 €. Mohr Siebeck, Tübingen. ISBN 978-3-16-162045-4.

Spätestens mit der Protestbewegung »Fridays for Future« hat sich seit 2018 auch die juristische Diskussion zu den Schwerpunktthemen der Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft neu entfaltet. Als wesentlich für einen gelingenden Klimaschutz, aber auch für eine darüber hinausgehende soziale und städtebauliche Transformation unserer Städte und Gemeinden wird dabei eine Neuausrichtung des Verkehrssektors angesehen. Bereits um die Jahrtausendwende waren hierzu einige beachtenswerte Doktorarbeiten erschienen (etwa *Beaucamp*, Innerstädtische Verkehrsreduzierung mit ordnungsrechtlichen und planungsrechtlichen Mitteln, 1997, sowie *Boos*, Der kommunale Straßenverkehrsplan, 2001). Die damalige Diskussion ebte dann aber rasch wieder ab, ohne greifbare Veränderungen der Gesetzeslage oder gar der Verkehrsrealität bewirkt zu haben. Seit einer guten halben Dekade erlebt nun die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Verkehrswende eine Renaissance – bisher vor allem in zahlreichen Aufsätzen und auf Fachtagungen. Mit einer in der Natur der Sache liegenden Verzögerung erscheinen nun auch erste Doktorarbeiten hierzu.

Zu dieser Pioniergruppe gehört die bis Mitte 2022 inhaltlich abgeschlossene und Anfang 2023 erschienene Dissertation von *Stefan Fimpel*. Er verfasste sie an der Universität Augsburg unter der Betreuung von *Martin Kment* – eine sicherlich wechselseitig gewinnbringende Konstellation, widmete sich doch *Kments* Gutachten für den 73. Deutschen Juristentag schwerpunktmäßig auch der Neuausrichtung der urbanen Mobilität (*Kment*, Die nachhaltige Stadt der Zukunft – Welche Neuerungen empfehlen sich zu Verkehr, Umweltschutz und Wohnen? Gutachten D zum 73. DJT, S. D21–D48). *Fimpels* Monographie fokussiert sich demgegenüber auf planerische Instrumente der Verkehrswende, steht aber in vielen Aspekten *Kments* Gutachten durchaus nahe.

Die große Nähe hierzu zeigt sich in der Gliederung von *Fimpels* Monographie. Nach einer kurzen Einleitung (S. 1–3) – die inhaltlich im Wesentlichen den Aufbau des gesamten Werks in groben Strichen skizziert und auch einige wesentliche Ergebnisse schon vorwegnimmt – folgt in Kapitel 1 eine Bestandsaufnahme der urbanen Mobilität (S. 5–33), an die sich eine Darstellung bisheriger Ansätze zu deren Neuausrichtung anschließt. Kapitel 2 bleibt dabei zunächst auf einer Metaebene und nimmt nicht nur planerische Instrumente in den Blick (S. 35–57), bevor sich dann Kapitel 3 auch rechtlich auf Verkehrsplanungen und mögliche Alternativen dazu fokussiert (S. 59–83). In den Kapiteln 4 und 5 (S. 85–108 und S. 109–138) entfaltet *Fimpel* schließlich das Konzept einer rechtlich verbindlichen kommunalen Verkehrsplanung. Darin liegt die eigentliche und äußerst beachtliche Novität seines Werks: Er ordnet sie dogmatisch als »querschnittsorientierte Fachplanung« ein (S. 93 f.) und schlägt de lege ferenda vor, sie eng an die Landschaftsplanung gemäß den §§ 8 bis 12 BNatSchG anzulehnen, die diese rechtliche Zwitterstellung zwischen Gesamt- und Fachplanung teilt.

Wie und warum *Stefan Fimpel* zu diesem durchaus überzeugenden Vorschlag gelangt ist, teilt sein Werk den Lesenden leider nicht mit. *Fimpels* Sorgfalt und Akribie in der Auswertung nicht nur rechtswissenschaftlichen Schrifttums sind beeindruckend, aber er nimmt seine Rezipienten auf die Reise seiner eigenen Erkenntnis nicht mit. Durch das Werk müssen sie sich oftmals auf eigene Faust hindurchnavigieren. Denn *Fimpel* verzichtet (für meinen Geschmack viel zu) weitgehend auf einleitende Leserführungen, die sein Erkenntnisinteresse, die Verortung und den Umfang der einzelnen Abschnitte erhellen würden, und leider auch auf strukturierende Zwischenfazits. So blieb mir verborgen, welche Bedeutung etwa die faktenreiche Herausarbeitung der sozialen, städtebaulichen und ökologischen Probleme des motorisierten Individualverkehrs in Kapitel 1 für *Fimpels* Vorschlag einer querschnittsorientierten Fachplanung hat. Zwar kommt er später darauf noch einmal sehr kurz im Kontext der legislativen Zielvorgaben für die kommunale Verkehrsplanung zurück (S. 121), aber das wäre auch ohne die eingehende rechtstatsächliche Analyse möglich gewesen.

Insgesamt hätten für mein Dafürhalten – dem beeindruckenden Fußnotenapparat zum Trotz – die Herangehensweise des Werks stärker problemorientiert und seine analytische Tiefe größer sein können. Exemplarisch ist *Fimpels* »Analyse« des Berliner Mobilitätsgesetzes (S. 64–66), die im Wesentlichen den Normtext paraphrasiert. Ähnlich nah an der Oberfläche bleibt auch der rechtsvergleichende Exkurs zur Verkehrsplanung in Frankreich und im Vereinigten Königreich (S. 79–82). Ein Geheimnis des Autors bleibt denn auch seine apodiktische Einschätzung, dass diese Länder »deutlich erfolgreichere Planungen [als Deutschland] betreiben« (S. 83). Ebenso apodiktisch und inhaltlich keineswegs über jeden Zweifel erhaben ist *Fimpels* Grundthese, dass die »Neuausrichtung der urbanen Mobilität nur im Wege der Planung erfolgen« könne (S. 60). Der notwendigen Frage, wie eine solche Planung dann – etwa durch straßenverkehrsrechtliche Anordnungen nach § 45 StVO – in die Wirklichkeit umgesetzt werden könnte, widmet sich das Buch nicht.

Dies führt mich zum Kern meiner Kritik an *Fimpels* Werk. Es ist im Grunde ein Lehr- oder Handbuch, aber keine problemorientierte Analyse. *Fimpel* stellt dar, aber er untersucht und hinterfragt für mein Dafürhalten zu wenig. Tradierte Glaubenssätze zum grundrechtlichen Schutz der Automobilität (siehe S. 41 und S. 53–57) sind dem Autor zwar erkennbar – und völlig zu Recht – nicht geheuer. Den Versuch, sie auf ihre Validität abzuklopfen, unternimmt das Buch aber nicht. Seine Kritik an den herkömmlichen Instrumenten der Verkehrsplanung, namentlich im Bauplanungs-, Immissions- und Straßenrecht (S. 61–64 und S. 67–77), fasst den Forschungsstand präzise und vollständig zusammen – *Fimpel* entwickelt seinen eigenen Ansatz aber gar nicht aus den von ihm erkannten Unzulänglichkeiten, sondern beginnt gewissermaßen wieder am Reißbrett. Sprachlich und inhaltlich geradezu schematisch überträgt er dann die Charakteristika der Landschaftsplanung auf sein Konzept kommunaler Mobilitätsplanung (siehe im Vergleich bspw. S. 98 f. und

S. 112 f., S. 107 f. und S. 136 f.). Das Werk greift viele verschiedene Gedankenfäden auf, aber es gelingt ihm nicht, sie schlüssig zu verweben; und allzu viele reißen vor der Zeit schon wieder ab.

Wer ein kompaktes und zugleich präzises Kompendium des *bisherigen* Forschungsstands zur Neuausrichtung der kommunalen Verkehrsplanung und einen soliden Überblick über die

planungs- und rechtswissenschaftliche Literatur zur vertieften Lektüre sucht, wird in diesem Werk fündig werden: Es ist ein Handbuch im besten Sinne des Wortes. *Neue* Impulse zur Gestaltung des innerstädtischen Verkehrs über die zweifelsohne geistreiche dogmatische Standortbestimmung hinaus setzt das Buch allerdings nicht.

Akad. Rat a. Z. Dr. Stefan Drechsler, Universität Regensburg

Erbsinteressen bei der Betriebsnachfolge

Erbsinteressen bei der Betriebsnachfolge

§ 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG

Ein Erbsinteressent der ein an einen Nichtlandwirt veräuertes landwirtschaftliches Grundstück zu Zwecke der Verpachtung ererbt, ist in dem Genehmigungsverfahren nach dem Grundstücksverkehrs-gesetz ebenfalls dann ein Landwirt zu behandeln, wenn er seinen landwirtschaftlichen Betrieb an eine Person, die ihm familiär verbunden ist, verpachtet hat und die Betriebsnachfolge durch den Käufer in der Ordnung der Flächen zu den verpachteten Betriebserbsthaft beabsichtigt ist.

BGH, Beschl. v. 24.11.2023 – BLw 1/23

Aus den Gründen

I. [1] Die Beteiligte zu 1 ist eine Gemeinde in Niedersachsen. Sie kaufte mit notariellem Vertrag vom 12.03.2021 von dem Beteiligten zu 2 zwei nebeneinander liegende Grundstücke, und zwar eine Waldfläche mit einer Größe von 2.172 m² und eine Landwirtschaftsfläche mit einer Größe von 51.504 m². Sie beabsichtigt, diese Flächen einem Dritten zum Austausch für dessen Flächen anzubieten, auf denen sie Wohnbauland ausweisen will. Die Notarin beantragte am 31.03.2021 bei der Beteiligten zu 3 (Genehmigungsbehörde), für den Vertrag die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz zu erteilen. Die Beteiligte zu 3 verlängerte die Frist zur Entscheidung über den Antrag mit einem der Notarin am 15.04.2021 zugestellten Zwischenbescheid auf zwei Monate. Im Laufe des Verfahrens teilte die Beteiligte zu 4 (Landwirtschaftskammer) der Beteiligten zu 3 mit, dass B. M. (im Folgenden: Erwerbsinteressent) bereit und in der Lage sei, die Grundstücksflächen zu den vereinbarten Bedingungen zu übernehmen. Bei dem Erwerbsinteressenten han-

delt es sich um einen Landwirtschaftsmeister, der zwar keine Flächen selbst bewirtschaftet, aber an verschiedenen Gesellschaften beteiligt ist, die teilweise landwirtschaftlich, teilweise gewerblich tätig sind. Er beabsichtigt, die Flächen an seinen Sohn zu verpachten. Mit Bescheid vom 18.05.2021 versagte die Beteiligte zu 3 die Genehmigung des Kaufvertrags mit der Begründung, dass die Beteiligte zu 1 keine Landwirtin sei und die Beteiligte zu 4 mit dem Erwerbsinteressenten einen konkret dringend aufstockungsbedürftigen und kaufwilligen Landwirt ermittelt habe.

[2] Auf den Antrag der Beteiligten zu 1 auf gerichtliche Entscheidung hat das Amtsgericht – Landwirtschaftsgericht – die Genehmigung des Kaufvertrags versagt. Die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Oberlandesgericht – Senat für Landwirtschaftssachen – zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde will die Beteiligte zu 1 die Genehmigung des Kaufvertrags erreichen.

II. [3] Das Beschwerdegericht meint, das Landwirtschaftsgericht habe die Genehmigung zu Recht versagt. Der Kaufvertrag sei insgesamt nach dem Grundstücksverkehrsgesetz genehmigungspflichtig, weil eine der verkauften Flächen die Genehmigungsfreigrenze überschreite. Die Genehmigungsfiktion des § 6 Abs. 2 GrdstVG sei nicht eingetreten, weil die Notarin zum Empfang des Zwischenbescheids bevollmächtigt gewesen sei. § 9 Abs. 5 GrdstVG stehe einer Versagung der Genehmigung nicht entgegen; an dem nach dieser Vorschrift erforderlichen Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz fehle es. Ein solches scheidet nach § 4 Abs. 2 Satz 1 RSiedlG aus, weil die Beteiligte zu 1 eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sei. Auch ein Ausnahmefall nach § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 1 Abs. 1b RSiedlG sei nicht gegeben; derjenige, dem das Ersatzland gewährt werden solle, sei kein Landwirt. Aus diesem Grunde greife auch die Vorschrift des § 8 Nr. 7c GrdstVG, wonach die Genehmigung zwingend zu erteilen wäre, nicht ein.

[4] Die Genehmigung sei nach § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG zu versagen, weil der Verkauf zu einer ungesunden

Verteilung von Grund und Boden führe. Denn die Beteiligte zu 1 sei keine Landwirtin, während nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststehe, dass mit dem Erwerbsinteressenten ein erwerbswilliger und dringend aufstockungsbedürftiger Landwirt vorhanden sei. Zwar bewirtschaftete der Erwerbsinteressent als Einzelunternehmer keine Flächen selbst; auch finde ein Erwerbsinteressent grundsätzlich keine Berücksichtigung, wenn er die Flächen nicht selbst nutzen, sondern als Eigentümer eines Pachthofes durch Zukauf und Einbeziehung dieser Grundstücke in den Pachtvertrag den Pachthof aufstocken wolle. Eine Ausnahme müsse aber gelten, wenn der Pächter des Hofes ein Abkömmling des Hofeigentümers und zugleich vorgesehener Hofübernehmer sowie die Überlassung des Grundstücks an den Hofübernehmer sichergestellt sei. Der Erwerb diene dann der Erhaltung des wirtschaftlichen Betriebs in den Händen der Familie. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt. Der Sohn sei als Hoferbe vorgesehen und bereits Pächter eines Betriebs des Erwerbsinteressenten, in dem Ackerbau und Schweinemast betrieben werde. Auch ohne rechtlich verbindliche Regelung sei angesichts der bestehenden familiären Verbundenheit und der Lage der Flächen sichergestellt, dass der Erwerbsinteressent die Flächen dem derzeit verpachteten Betrieb zuordnen und seinem Sohn verpachten werde. Der Erwerbsinteressent sei auch dringend aufstockungsbedürftig und wirtschaftlich in der Lage, die Mittel zum Erwerb aufzubringen.

[5] Die Veräußerung der Flächen an die Beteiligte zu 1 würde auch dann eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens bedeuten, wenn man den Erwerbsinteressenten wegen der bestehenden Absicht, die zu erwerbenden Flächen zu verpachten, nicht im Hinblick auf den an seinen Sohn verpachteten Betrieb als erwerbsbereiten Landwirt ansehen würde. Neben der auf den verpachteten Betrieb bezogenen Sichtweise sei auch die Gesamtunternehmung des Erwerbsinteressenten in den Blick zu nehmen. Bei der Anwendung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG seien die tatsächlichen Änderungen der Agrarstruktur zu berücksichtigen. Die Landwirtschaft werde im Bezirk des Beschwerdegerichts in zunehmender Weise durch Gesamtbetriebe geprägt. Daher werde nur eine Gesamtbetrachtung der Unternehmen dem Gesetzeszweck, überlebensfähige landwirtschaftliche Betriebe zu schaffen und zu erhalten, gerecht. Nach dieser Gesamtbetrachtung sei der Erwerbsinteressent ein leistungsfähiger Landwirt. Er sei Eigentümer landwirtschaftlicher Flächen, die er neben hinzugepachteten Flächen zumindest über seine Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) selbst bewirtschaftete. Der Gesamtbetrieb werde durch die Beteiligung des Erwerbsinteressenten an den verschiedenen Unternehmenssparten geprägt. Auch der an seinen Sohn verpachtete Betrieb, dem die Flächen zugeordnet werden sollten, gehöre zu dem Gesamtbetrieb des Erwerbsinteressenten.

[6] Dass der Vertrag im Ergebnis der Schaffung von zusätzlichem Wohnraum und damit einem nach § 9 Abs. 6 GrdstVG zu berücksichtigenden Gemeinwohlbelang diene und zudem einem im Agrarpolitischen Bericht der Bundesregierung von 2019 genannten Ziel entsprechen solle, hindere die Versagung der Genehmigung nicht. Der zur Auslegung des § 9 Abs. 2 GrdstVG heranzuziehende Agrarpolitische Bericht 2019 mache den Vorrang der Landwirtschaft beim Flächenerwerb deutlich; die Zielsetzung, lebendige Ortsge-

meinschaften zu erhalten und attraktive Ortskerne zu gestalten, könne sich gegen diesen Vorrang nur bei Vorliegen besonderer Gründe durchsetzen. Es sei nicht ersichtlich, dass das Vorhaben für eine derartige Zielsetzung unabdingbar sei. Eine Genehmigung unter einer Verpachtungs- oder Veräußerungsaufgabe komme hier wegen des Ziels der Beteiligten zu 1, die Flächen mit einem Nichtlandwirt zu tauschen, nicht in Betracht.

III. [7] Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[8] 1. Sie ist aufgrund der Zulassung statthaft (§ 1 Nr. 2 LwVG i.V.m. § 9 LwVG i.V.m. § 70 Abs. 1 FamFG) und auch im Übrigen nach § 9 LwVG i.V.m. § 71 Abs. 1 FamFG zulässig. Gem. § 1 Nr. 2 LwVG gelten die Bestimmungen des Landwirtschaftsverfahrensgesetzes unter anderem für die rechtsgeschäftliche Veräußerung im Grundstücksverkehrsgesetz. Das Grundstücksverkehrsgesetz gilt in Niedersachsen – jedenfalls im Grundsatz – weiterhin. Zwar fällt seit dem 01.09.2006 der landwirtschaftliche Grundstücksverkehr in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder (Art. 70 GG; vgl. Senat, Beschl. v. 08.05.2020 – BLw 2/18, AUR 2020, 294, 295). Die Regelungen des Grundstücksverkehrsgesetzes gelten aber gem. Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG als Bundesrecht fort. Von der nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG vorgesehenen Möglichkeit, die Regelung durch Landesrecht zu ersetzen, hat der niedersächsische Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Das am 01.09.2022 in Kraft getretene Gesetz über Grundstücksgeschäfte im Bereich der Landwirtschaft (NGrdstLwG) hat das Grundstücksverkehrsgesetz nicht ersetzt, sondern nur ergänzt (vgl. LT-Drucks. 18/10699, S. 4).

[9] 2. Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Zu Recht hält das Beschwerdegericht den Kaufvertrag für nicht genehmigungsfähig.

[10] a) Zutreffend geht das Beschwerdegericht zunächst davon aus, dass der Kaufvertrag nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG insgesamt genehmigungspflichtig ist. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 GrdstVG bedarf der schuldrechtliche Vertrag über die Veräußerung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken der Genehmigung. Die Länder können nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdstVG bestimmen, dass die Veräußerung bis zu einer bestimmten Größe keiner Genehmigung bedarf. Ein Vertrag über die Veräußerung von Grundstücken ist dann genehmigungspflichtig, wenn jedenfalls ein Grundstück die Genehmigungsfreigrenze überschreitet (vgl. Senat, Beschl. v. 28.04.2017 – BLw 1/15, NJW-RR 2017, 1485 Rn. 8; Beschl. v. 28.04.2017 – BLw 2/16, NJW-RR 2017, 1228 Rn. 10 jeweils m.w.N.). Dies ist hier – unabhängig davon, ob noch § 1 des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zum Grundstücksverkehrsgesetz oder § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a NGrdstLwG Anwendung findet – der Fall, weil die dort jeweils geregelte Grenze von einem Hektar überschritten wird.

[11] b) Richtig ist auch, dass die Genehmigung der Veräußerung nicht nach § 6 Abs. 2 GrdstVG als erteilt gilt, weil die Genehmigungsfrist wirksam verlängert wurde. Dafür genügte die Mitteilung des Zwischenbescheides an die beurkundende Notarin, da sich deren Vollmacht nach § 3 Abs. 2 Satz 2 GrdstVG auch auf die Empfangnahme eines Zwischenbe-

scheides erstreckt (vgl. BGH, Urt. v. 03.06.1993 – III ZR 104/92, NJW 1993, 3061, 3062 m.w.N.). Nach den zutreffenden Ausführungen des Beschwerdegerichts zu dem in Bezug genommenen Kaufvertrag haben die Kaufvertragsparteien die Empfangsvollmacht auch nicht ausgeschlossen.

[12] **c)** Zutreffend ist zudem, dass einer Versagung der Genehmigung nicht § 9 Abs. 5 GrdstVG entgegen steht. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Voraussetzungen vorlägen, unter denen ein Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz ausgeübt werden kann, das Vorkaufsrecht aber nicht ausgeübt wird. Ein derartiges Vorkaufsrecht besteht hier nach § 4 Abs. 2 Satz 1 RSiedlG aber nicht, weil die Beteiligte zu 1 eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Ein Vorkaufsrecht ergibt sich auch nicht ausnahmsweise aus § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 1 Abs. 1b Satz 1 RSiedlG, weil nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts die Beteiligte zu 1 die Flächen nicht einem Land- oder Forstwirt als Ersatzland zu Verfügung stellen will. Da das Ersatzland nicht für einen Landwirt benötigt wird, ist die Genehmigung auch nicht nach § 8 Nr. 7c GrdstVG zwingend zu erteilen.

[13] **d)** Anders als die Rechtsbeschwerde meint, geht das Beschwerdegericht auch rechtsfehlerfrei davon aus, dass die Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG zu versagen ist, weil die Grundstücksveräußerung an die Beteiligte zu 1, die keine Landwirtin ist, eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens zur Folge hätte.

[14] **aa)** Dieser Versagungsgrund liegt nach ständiger Rechtsprechung des Senats in der Regel dann vor, wenn ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück an einen Nichtlandwirt veräußert wird, obwohl ein Landwirt die Fläche zur Aufstockung seines Betriebs dringend benötigt und bereit und in der Lage ist, das Land zu den Bedingungen des Kaufvertrages zu erwerben (vgl. nur Senat, Beschl. v. 26.04.2002 – BLW 2/02, MDR 2002, 874; Beschl. v. 26.11.2010 – BLW 14/09, NJW-RR 2011, 521 Rn. 10, jeweils m.w.N.).

[15] **bb)** Diese Voraussetzungen liegen vor. Ein Erwerbsinteressent, der ein an einen Nichtlandwirt veräußertes landwirtschaftliches Grundstück zum Zwecke der Verpachtung erwerben will, ist in dem Genehmigungsverfahren nach dem Grundstücksverkehrsgesetz jedenfalls dann wie ein Landwirt zu behandeln, wenn er seinen landwirtschaftlichen Betrieb an eine Person, die mit ihm familiär verbunden ist, verpachtet hat und die Hof- bzw. Betriebsnachfolge durch den Pächter sowie die Zuordnung der Fläche zu dem verpachteten Betrieb ernsthaft beabsichtigt ist.

[16] **(1)** Konkurriert allerdings der Erwerber eines landwirtschaftlichen Grundstücks, der das Grundstück lediglich an einen Landwirt verpachten will, mit einem aufstockungsbedürftigen Landwirt, ist der Erwerber nach der ständigen Rechtsprechung des Senats grundsätzlich als Nichtlandwirt anzusehen. Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks zum Zwecke der Verpachtung ist dem Erwerb durch einen Landwirt nämlich selbst dann nicht gleichzustellen, wenn der Erwerber zu einer langfristigen Verpachtung an einen Landwirt bereit ist; die erforderliche Genehmigung ist dann zu versagen, wenn ein Landwirt die Fläche zur Aufstockung seines Betriebs dringend benötigt und bereit und in

der Lage ist, das Land zu den Bedingungen des Kaufvertrages zu erwerben. Dies ergibt sich aus dem Zweck des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG, wonach der vorhandene landwirtschaftliche Grundbesitz in erster Linie den Landwirten zugutekommen und vorbehalten bleiben soll, die ihn selbst bewirtschaften, und deren Existenz sich auf die Landwirtschaft gründet. Eine Pachtlanderweiterung gibt dem Landwirt keine dem Eigentumserwerb an den bewirtschafteten Flächen vergleichbar sichere Grundlage für langfristige Betriebsdispositionen. Eine Akkumulation landwirtschaftlicher Grundstücke im Eigentum von Personen, die nicht selbst Landwirtschaft betreiben, sondern aus der Verpachtung der Flächen an andere Landwirte Gewinn erwirtschaften, liefe den Zielen des Grundstücksverkehrsgesetzes zuwider (st. Rspr., vgl. Senat, Beschl. v. 26.11.2010 – BLW 14/09, NJWRR 2011, 521 Rn. 22; Beschl. v. 25.11.2016 – BLW 4/15, NJW-RR 2017, 655 Rn. 25, jeweils m.w.N.). Insoweit ist es auch nicht relevant, ob der Erwerber selbst als Landwirt tätig ist.

[17] **(2)** Ob, wie das Beschwerdegericht meint, dann, wenn der Erwerber Nichtlandwirt ist und der Erwerbsinteressent die landwirtschaftliche Fläche langfristig an einen Landwirt verpachten will, die Veräußerung grundsätzlich keine ungesunde Verteilung von Grund und Boden bedeutet und damit eine Versagung der Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG in der Regel ausscheidet (für eine »reziproke« Anwendung von für den Erwerber geltenden Grundsätze auf den Erwerbsinteressenten Netz, Grundstücksverkehrsgesetz, 9. Aufl., Rn. 2452), hat der Senat noch nicht entschieden. Gegen eine derartige Annahme könnte sprechen, dass die Verpachtung an einen Landwirt dazu führt, dass die Fläche der landwirtschaftlichen Nutzung jedenfalls erhalten bleibt, während eine Veräußerung an einen Nichtlandwirt ohne Verpachtungsabsicht zur Folge hat, dass die Fläche der landwirtschaftlichen Nutzung – bei einer Bebauung auch dauerhaft – entzogen wird. Dies bedarf hier aber keiner Entscheidung.

[18] **(3)** Denn jedenfalls kann, wie es das Beschwerdegericht richtig sieht, unter bestimmten Voraussetzungen der vom Erwerbsinteressenten beabsichtigte Erwerb zum Zwecke der Verpachtung dem beabsichtigten Erwerb durch einen Landwirt zur eigenen Nutzung der Fläche gleichgestellt werden. Ob eine derartige Gleichstellung erfolgen kann, wenn der Pächter des Betriebs, dem die zu erwerbende Fläche zugeordnet werden soll, mit dem Verpächter familiär verbunden und zugleich vorgesehener Hof- oder Betriebsnachfolger des Verpächters ist (so etwa OLG Stuttgart, AgrarR 1981, 320; Netz, Grundstücksverkehrsgesetz, 9. Aufl., Rn. 2493 unter [14]; Kleinecke, AuR 2017, 442, 444), hat der Senat noch nicht entschieden. Das ist jedenfalls für einen – wie hier – mit einem erwerbenden Nichtlandwirt konkurrierenden Erwerbsinteressenten zu bejahen. In diesem Fall steht nicht die Gewinnerzielung des Verpächters im Vordergrund, sondern die Leistungsfähigkeit des landwirtschaftlichen Betriebs, der zukünftig auf die nächste Generation übergehen soll; der designierte Hof- bzw. Betriebsnachfolger wiederum kann im Hinblick auf den beabsichtigten Vermögensübergang langfristige Betriebsdispositionen vornehmen. Ein Flächenerwerb durch den zukünftigen Nachfolger wird in solchen Fällen häufig ausscheiden, da dieser mangels Grundeigentum keine Kreditsicherheiten anbieten kann. Hingegen ist dem Verpächter des Betriebs als Grundstückseigentümer ein Flächenerwerb eher möglich. Der

Flächenerwerb durch den Verpächter sichert in diesem Fall die Grundlage des Familienbetriebs auch in der Zukunft; er stellt dann keine ungesunde Bodenverteilung dar, sondern dient gerade dem Zweck des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG (siehe oben Rn. 16), und ist daher gegenüber einer Veräußerung an einen Nichtlandwirt vorzugswürdig.

[19] (4) Eine solche Ausnahme, bei der entgegen den allgemeinen Grundsätzen der vom Erwerbsinteressenten beabsichtigte Erwerb trotz der geplanten Verpachtung einem beabsichtigten Erwerb durch einen Landwirt gleichgestellt werden kann, kann allerdings nur bei Vorliegen von Voraussetzungen bejaht werden, die sicherstellen, dass der Gesetzeszweck des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG nicht umgangen wird. Dabei dürfen jedoch zugleich keine unerfüllbaren, der Lebenswirklichkeit widersprechenden Anforderungen aufgestellt werden, die dazu führten, dass die Ausnahme leerliefe. Denn auch dann wäre dem Gesetzeszweck, die Grundlage landwirtschaftlicher Familienbetriebe auch in der Zukunft zu sichern, nicht gedient. Unter Berücksichtigung beider Aspekte steht ein Erwerbsinteressent, der ein landwirtschaftliches Grundstück zum Zwecke der Verpachtung erwerben will, einem Landwirt jedenfalls dann gleich, wenn er seinen landwirtschaftlichen Betrieb an eine Person, die mit ihm familiär verbunden ist, verpachtet hat und die Hof- bzw. Betriebsnachfolge durch den Pächter sowie die Zuordnung der Fläche zu dem verpachteten Betrieb ernsthaft beabsichtigt ist.

[20] (a) Bei den Anforderungen, die an die Zuordnung der Fläche zu dem verpachteten Betrieb und die Hof- bzw. Betriebsnachfolge zu stellen sind, hat der Senat berücksichtigt, dass sich in dem für die Genehmigung entscheidungserheblichen Zeitpunkt nicht sicher feststellen lässt, ob die Zuordnung der Fläche zu dem Betrieb und die Hof- bzw. Betriebsnachfolge tatsächlich erfolgen wird. Denn es handelt sich insoweit um Vorgänge, die in der Zukunft liegen. Es kann daher grundsätzlich nur von den Absichten des Erwerbsinteressenten ausgegangen werden. Zur Wahrung des Gesetzeszweckes des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass sowohl die Hof- bzw. Betriebsnachfolge als auch die Zuordnung der Fläche zu dem verpachteten Betrieb ernsthaft beabsichtigt ist.

[21] (b) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, bedarf es hingegen keiner rechtlichen Sicherstellung der Hofnachfolge und der Verpachtung der Flächen.

[22] (aa) Zutreffend ist allerdings, dass der Senat den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch den Gesellschafter zu dem Zweck, dieses als Sonderbetriebsvermögen (§ 13 Abs. 7 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG) in eine Personengesellschaft einzubringen, bei wertender Betrachtung dem Erwerb durch die Gesellschaft nur dann gleichgestellt hat, wenn die Einbringung des Grundstücks in die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Gesellschafter rechtlich sichergestellt ist, wozu es regelmäßig der Begründung einer entsprechenden Beitragsverpflichtung im Gesellschaftsvertrag bedarf (vgl. hierzu Senat, Beschl. v. 28.11.2014 – BLw 2/14, NJW-RR 2015, 553 Rn. 21 u. 23).

[23] (bb) Diese Grundsätze können auf eine beabsichtigte innerfamiliäre Hofnachfolge aber nicht übertragen werden. Während die Einbringungsverpflichtungen eines Gesellschaf-

ters üblicherweise im Rahmen eines Gesellschaftsvertrags festgelegt sind und damit eine rechtliche Sicherstellung der Einbringung in der Regel unproblematisch nachgewiesen werden kann, werden innerfamiliäre Absprachen – insbesondere im landwirtschaftlichen Bereich – häufig nicht schriftlich niedergelegt. Es ist Aufgabe des Tatrichters, sich im Rahmen der Beweisaufnahme bezogen auf die Ernsthaftigkeit der bestehenden Absichten eine Überzeugung zu bilden.

[24] cc) Ob die oben (Rn. 15) genannten Voraussetzungen vorliegen, nach denen die geplante Verpachtung an einen Landwirt dem beabsichtigten Erwerb durch einen Landwirt gleichgestellt werden kann, ist folglich eine Frage der tatrichterlichen Würdigung (§ 9 LwVG i.V.m. § 37 Abs. 1 FamFG). Diese ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur darauf überprüfbar, ob der Tatrichter von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist und alle maßgeblichen Umstände gewürdigt hat (vgl. Senat, Beschl. v. 28.04.2017 – BLw 1/15, NJW-RR 2017, 1485 Rn. 15). In diesem Rahmen ist es nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die Voraussetzungen des Ausnahmefalls bejaht und den beabsichtigten Erwerb durch den Erwerbsinteressenten dem beabsichtigten Erwerb durch einen Landwirt gleichgestellt hat.

[25] (1) Das Beschwerdegericht hat nach Vernehmung des Erwerbsinteressenten als Zeugen im Rahmen einer ausführlichen Beweiswürdigung festgestellt, dass dieser seit dem Jahr 2017 seinen Betrieb, in dem ca. 22 ha des Eigenlandes des Erwerbsinteressenten zum Ackerbau genutzt werden und der über 900 Schweinemastplätze verfügt, an seinen Sohn verpachtet hat. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, bleibt nach den Ausführungen des Beschwerdegerichts nicht ungeklärt, wer dem Sohn den Betrieb verpachtet hat. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts war zwar ursprünglich die KG Betriebsgesellschaft des verpachteten Betriebs, die Verpachtung an den Sohn erfolgte sodann aber im Jahr 2017 durch den Erwerbsinteressenten. Auch ist festgestellt, dass ca. 22 ha Eigenland des Erwerbsinteressenten zu diesem Betrieb gehören. Die insofern erhobenen Verfahrensrügen greifen mithin nicht durch. Auch vermag die Rechtsbeschwerde nicht mit der Rüge durchzudringen, dass der Tatrichter gehalten gewesen sei, sich für eine derartige Überzeugungsbildung den Pachtvertrag vorlegen zu lassen. Es obliegt dem Tatrichter, zu entscheiden, welche Beweismittel er im Rahmen der Amtsermittlung (§ 9 LwVG i.V.m. § 26 FamFG) heranzieht und für seine Überzeugungsbildung (§ 9 LwVG i.V.m. § 37 Abs. 1 FamFG) für erforderlich hält (vgl. BeckOK FamFG/Burschel/Perleberg-Kölbel [01.11.2023], § 37 Rn. 13).

[26] (2) Auch die Feststellungen des Beschwerdegerichts, dass der Sohn des Erwerbsinteressenten den Hof erben solle und aufgrund der familiären Verbundenheit und der Lage der Flächen in unmittelbarer Nähe des verpachteten Betriebs sichergestellt sei, dass die Flächen tatsächlich dem verpachteten Betrieb zugeordnet würden, sind rechtsfehlerfrei. Hieraus ergibt sich zugleich die ernsthafte Absicht des Erwerbsinteressenten bezüglich dieser Punkte.

[27] dd) Rechtlicher Nachprüfung hält es zudem stand, dass das Beschwerdegericht im Rahmen seiner wiederum nur beschränkt überprüfbaren tatrichterlichen Würdigung die weiteren Voraussetzungen (oben Rn. 14) des Versagungsgrundes bejaht.

[28] (1) Rechtsfehlerfrei nimmt es zum einen den dringenden Aufstockungsbedarf des an den Sohn verpachteten Betriebs an.

[29] (a) Ob ein Landwirt das Grundstück zur Aufstockung seines Betriebs dringend benötigt, muss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Ein dringender Aufstockungsbedarf kann sich insbesondere schon daraus ergeben, dass die zu erwerbenden Flächen in unmittelbarer Nähe der Hofstelle oder der bereits bewirtschafteten Flächen des kaufinteressierten Landwirts liegen und daher besonders geeignet sind, die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung zu verbessern (vgl. Senat, Beschl. v. 28.04.2017 – BLw 1/15, NJW-RR 2017, 1485 Rn. 15).

[30] (b) Das Beschwerdegericht sieht den Aufstockungsbedarf deswegen als gegeben an, weil durch den Zuerwerb der Eigenlandanteil des verpachteten Betriebs erhöht würde, die Flächen nur durch einen Wildschutzstreifen von den Flächen des an den Sohn verpachteten Betriebs getrennt sind und durch den Zuerwerb die Versorgung der in dem Betrieb vorhandenen Schweinemastplätze mit Futtermitteln besser gewährleistet würde. Gegen diese Feststellungen, die im Rahmen der Rechtsbeschwerde ohnehin nur eingeschränkt überprüfbar sind (siehe oben Rn. 24), ist nichts zu erinnern. Nicht zu beanstanden ist insbesondere auch, dass das Beschwerdegericht davon ausgeht, durch den Zuerwerb und die Verpachtung würde zugleich die Leistungsfähigkeit des Betriebs, den der Sohn des Erwerbsinteressenten gepachtet hat, gesteigert und gesichert. Dass der Sohn kein eigenes Land bewirtschaftet, sondern Pächter ist, ist aus den oben (Rn. 15 ff.) genannten Gründen unerheblich.

[31] (2) Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass der Erwerbsinteressent wirtschaftlich in der Lage sei, die Flächen zu den Bedingungen des Kaufvertrages zu erwerben, ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

[32] ee) Jedenfalls im Ergebnis zutreffend geht das Beschwerdegericht auch davon aus, dass eine ungesunde Bodenverteilung insbesondere nicht deswegen verneint werden kann, weil der von der Beteiligten zu 1 verfolgte Zweck einem gem. § 9 Abs. 6 GrdstVG zu berücksichtigenden Gemeinwohlbelang und einem im Agrarpolitischen Bericht der Bundesregierung von 2019 genannten Ziel entsprechen soll, der – wie der Senat bereits ausgeführt hat – im Anwendungsbereich des § 9 Abs. 2 GrdstVG weiterhin als Auslegungshilfe heranzuziehen ist (vgl. Beschl. v. 08.05.2020 – BLw 2/18, AUR 2020, 294, 295). Dahinstehen kann dabei, ob sich dem Bericht ein von den Genehmigungsbehörden zu berücksichtigendes Stufenverhältnis zwischen dem Ziel, lebendige Ortsgemeinschaften zu erhalten, attraktive Ortskerne zu gestalten und das ehrenamtliche Engagement zu fördern (Agrarpolitischer Bericht der Bundesregierung 2019, S. 37), und dem Ziel, den Landwirtinnen und Landwirten beim Flächenerwerb Vorrang einzuräumen (vgl. Agrarpolitischer Bericht der Bundesregierung 2019, S. 25), entnehmen lässt (vgl. hierzu – ablehnend – Senat, Beschl. v. 09.05.1985 – BLw 8/84, BGHZ 94, 292, 297). Denn nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ist die durch die Beteiligte 1 beabsichtigte Verwendung der zu erwerbenden Flächen weder für den Erhalt lebendiger Ortsgemeinschaften noch für die Gestaltung attraktiver Ortskerne unabdingbar. Der Erwerb dient somit

weder unmittelbar noch mittelbar einer Maßnahme zur Verbesserung der Agrarstruktur.

[33] ff) Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Annahme des Beschwerdegerichts, dass eine Genehmigung unter einer Verpachtungsaufgabe als milderes Mittel schon deswegen nicht in Betracht kommt, weil die Beteiligte zu 1 den Tausch der Flächen mit einem Nichtlandwirt beabsichtigt.

[34] gg) Ob sich der beabsichtigte Erwerb auch deshalb dem beabsichtigten Erwerb durch einen Landwirt gleichstellen lässt, weil eine Gesamtbetrachtung der familiären Unternehmen, an denen der Erwerbsinteressent beteiligt ist (hier: ein Einzelunternehmen, das den Handel und die Herstellung von Futtermitteln zum Gegenstand hat, ein Einzelunternehmen, das eine Solaranlage betreibt, eine GbR, die Ackerbau betreibt und über Schweinemastplätze verfügt, ein gewerblicher Mastbetrieb als Einzelunternehmen, eine GmbH & Co. KG, die eine Biogasanlage betreibt, und eine GbR, die eine Solaranlage betreibt), vorzunehmen ist, kann offen bleiben. [...]

2. u. 2. es 2. er 2. 2. 2. u. 2. 2. s 2. er 2. 2. 2. 2.

An rdnung der reuhandver altung ber inländische chterunterneh en des R s neft nzerns

Art. 49 Abs. 1, Art. 54 Abs. 1 GRC; Art. 15 f., Art. 20, Art. 21 Abs. 2, Art. 51 Abs. 1 Satz 1, Art. 52 Abs. 1 Satz 2 AEUV; Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14, Art. 19 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 25, Art. 72 Abs. 2, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; § 42 Abs. 2, § 86 Abs. 1, § 113 Abs. 1 Satz 1, § 114 VwGO; § 28 Abs. 1 und 2, § 39 Abs. 1, §§ 40 und 48 VwVfG; § 17 EnStG; § 2 Abs. 10, § 8a Abs. 1 Satz 2, § 8b Abs. 3 BStG; §§ 15 und 17 AktG; § 37 Abs. 1, §§ 45 ff. GmbHG; § 1 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 3, § 2 Abs. 6, Anhang 1 Teil 3 Spalte B; Nr. 3.1.2 und Spalte D BSI-KritisV; Art. 1 Abs. 1, Art. 3, Art. 4 Abs. 1 Sowjetisch-Deutsches Investitionsschutzabkommen – SDI –

Die Er ächtigung zur An rdnung einer reuhandver altung ge Abs EnSi ist verfassungsk nf r

e Abs EnSi ist Betreiber einer ritischen Infrastruktur er nach den rechtlichen tatsächlichen und irtschaftlichen ständen besti enden Einfluss auf die Beschaffenheit der den Betrieb einer s lichen Anlage der eilen dav n hat erden eine Anlage der eile dav n v n ehrenen ge einsa betrieben ist eder v n ihnen Betreiber i Sinne der V rschrift

Die Aufgaben ge Abs EnSi bestehen da rin den bisher geleisteten Beitrag des nterneh ens zur Energievers rgung eiter zu erbringen Dazu geh rt auch rechtzeitige und ausreichende V rkehrungen daf r zu treffen dass das nterneh en auf absehbare Verän derungen der arktbedingungen reagieren und seinen Vers rgungsbeitrag unter den neuen Bedingungen ei terhin erbringen kann

Die k nkrete efahr der Aufgabennichterf llung i S v Abs EnSi besteht enn Anhaltspunkte

v rliegen die aus der e ante Sicht eines verständigen A ts alters die Annah e rechtfertigen dass bei unge hinderte eschensablauf it hinreichender ahr scheinlichkeit eine nicht unerhebliche inderung des Vers rgungsbeitrags des Betreibers ritischer Infrastruk tur i Sekt r Energie eintreten ird

Das atbestands erk al hne eine reuhandver al tung ge Abs EnSi bringt zu Ausdruck dass die An rdnung einer reuhandver altung verhältnis ä ig und insbes ndere erf rderlich sein uss die efähr dung der Energievers rgungssicherheit durch Aufgaben nicherf llung abzu enden ein dar ber hinausgehender eigenständiger ehalt k t ih nicht zu

I Sinne des Abs EnSi dr ht eine Beeinträch tigung der Vers rgungssicherheit enn egen der k n kreten efahr der Aufgabennicherf llung die efahr nicht unerheblicher Einbu en bei der Energievers rgung besteht die sich auf das unkti nieren des e ein e sens aus irken k nnen Dabei ist das Aus a der räu lichen Aus irkungen ebens zu ber cksichtigen ie die r e des betr ffenen ers nenkreises und die Dauer der zu bes rgenden Beeinträchtigung

BVerwG, Urt. v. 14.03.2023 – 8 A 2.22

Aus den r nden

I. [1] Die Klägerinnen wenden sich gegen die Anordnung einer Treuhandverwaltung nach dem Energiesicherungsgesetz.

[2] Die Kl. zu 2 ist eine Tochtergesellschaft der ebenso wie sie in Moskau ansässigen Rosneft Oil Company und Alleingesellschafterin der in Luxemburg gegründeten und in das dortige Handels- und Gesellschaftsregister eingetragenen Kl. zu 1. Diese hält sämtliche Anteile an der nach deutschem Recht gegründeten Rosneft Deutschland GmbH (nachfolgend: RDG) mit Sitz in Berlin. Die ebenfalls nach deutschem Recht gegründete und in Berlin ansässige RN Refining & Marketing GmbH (nachfolgend: RNRM) wird unmittelbar von der Kl. zu 2 als Alleingesellschafterin gehalten. Der Tätigkeitsbereich von RDG und RNRM umfasst im Wesentlichen den Einkauf, die Verarbeitung und den Vertrieb von Rohöl; dabei erbringt RNRM Dienstleistungen für RDG. Beide halten unter anderem – teils mittelbar – Beteiligungen an Raffinerien in Schwedt/Oder (PCK Raffinerie GmbH), in Karlsruhe (MiRO Mineraloelraffinerie Oberrhein GmbH & Co. KG) und in Vohburg/Neustadt a. d. Donau (Bayer-noil-Raffineriegesellschaft mbH). Sie vereinen knapp 12 % der gesamten inländischen Erdölverarbeitungskapazität auf sich. Die PCK-Raffinerie, die zu den größten Raffineriebetrieben in der Bundesrepublik Deutschland gehört, sichert die Grundversorgung mit Mineralölprodukten im Nordosten Deutschlands und beliefert den Berliner Flughafen. Sie ist auf die Verarbeitung russischen Rohöls ausgelegt, das über die Drushba-Pipeline bezogen wurde.

[3] Mit Schreiben vom 23.03.2022 bat die damalige Geschäftsführung der RDG das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (nachfolgend: Ministerium) um Unterstützung, weil wichtige Geschäftspartner – darunter die Hausbank – die weitere Zusammenarbeit auch über das sanktionsrechtlich Geforderte hinaus verweigerten (Over-

compliance) oder dies angekündigt hätten. Ohne die Unterstützung des Ministeriums in der Kommunikation mit den Vertragspartnern drohe die Insolvenz. Daraufhin erläuterte das Ministerium in einem Letter of Comfort, dass inländische Tochtergesellschaften sanktionierter russischer Unternehmen nicht unter die EU-Sanktionsregelungen fielen, und hob ihre Bedeutung für die Versorgungssicherheit in Deutschland hervor. Einer späteren, mit weiteren Problemen begründeten Bitte um einen erneuten Letter of Comfort kam das Ministerium nicht nach. Es erwog seit Ende März 2022 andere Optionen, darunter die Anordnung einer Treuhandverwaltung, und erörterte diese mit Vertretern von RDG und RNRM unter anderem in einem Gespräch am 26.07.2022.

[4] Mit Bescheid vom 14.09.2022, veröffentlicht im Bundesanzeiger vom 16.09.2022 (BANz AT 16.09.2022 B1), ordnete das Ministerium gem. § 17 Energiesicherungsgesetz (EnSiG) hinsichtlich sämtlicher Stimmrechte aus den Geschäftsanteilen an RDG und RNRM die Treuhandverwaltung durch die Bundesnetzagentur bis zum 15.03.2023 an. Während dieser Zeit sind die Gesellschafter der beiden Gesellschaften gem. Nr. 2 der Anordnung von der Wahrnehmung ihrer Stimmrechte ausgeschlossen und gehen die Stimmrechte gem. Nr. 3 Satz 1 auf die Bundesnetzagentur über. Diese ist gem. Nr. 3 Satz 2 der Anordnung insbesondere berechtigt, Mitglieder der Geschäftsführung beider Gesellschaften abzuberufen und neu zu bestellen sowie deren Geschäftsführung Weisungen zu erteilen. Außerdem wird die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Geschäftsführung in Bezug auf das Vermögen beider Gesellschaften in Nr. 4 der Anordnung beschränkt und ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Bundesnetzagentur begründet. Die Kosten der Treuhandverwaltung erlegen Nr. 5 und 6 der Anordnung den beiden Gesellschaften auf. [...]

[6] Mit Schriftsatz vom 15.02.2023 haben RDG und RNRM ihre Klagen zurückgenommen. Der Senat hat mit Beschluss vom 16.02.2023 das Verfahren insoweit abgetrennt; das abgetrennte Verfahren wird unter dem Aktenzeichen BVerwG 8 A 1.23 gesondert fortgeführt. [...]

[13] A. Der zulässige Anfechtungsantrag ist unbegründet. [...]

[15] 1. Die angegriffene Anordnung begründet in Nr. 1 ein befristetes, in Nr. 2 bis 6 ausgestaltetes Treuhandverhältnis. Nach Nr. 2 sind die Klägerinnen für sechs Monate von der Wahrnehmung der Stimmrechte ausgeschlossen, die ihnen jeweils aus den Geschäftsanteilen an der RDG und der RNRM zustehen. Diese Regelung greift in Gesellschafterrechte ein, die den Klägerinnen nach Maßgabe der §§ 45 ff. GmbHG gesetzlich zugewiesen sind. Gleiches gilt für Nr. 3 der Anordnung, der die Stimmrechte einschließlich der Befugnis zur Abberufung und Bestellung von Geschäftsführern (vgl. § 45 Abs. 2 und § 46 Nr. 5 GmbHG) und zu Weisungen an diese (vgl. § 45 und § 37 Abs. 1 GmbHG) auf die Treuhänderin überträgt. Damit werden die inländischen Tochtergesellschaften für die Dauer der Befristung dem Einfluss der Klägerinnen entzogen und der Treuhänderin unterstellt. Nr. 4 der Anordnung ergänzt und sichert die befristete Verdrängung der Klägerinnen aus den betroffenen Gesellschafterrechten durch eine Beschränkung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Geschäftsführung der Tochtergesellschaften und einen

Zustimmungsvorbehalt der Treuhänderin. Dies gewährleistet, dass die Tochtergesellschaften keine vermögensrelevanten Entscheidungen ohne oder gegen den Willen der Treuhänderin treffen können. Nr. 5 und 6 belasten die Tochtergesellschaften und mittelbar die Klägerinnen als Alleingesellschafterinnen mit den Kosten der Treuhandverwaltung.

[16] **2.** Die Klägerinnen können gem. § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen, eine nicht von § 17 Abs. 1 bis 4 EnSiG gedeckte Anordnung verletze sie in ihren jeweils betroffenen Gesellschafterrechten. § 17 Abs. 1 bis 4 EnSiG ermächtigt nicht nur zur Anordnung der Treuhandverwaltung, sondern begrenzt diese Befugnis zugleich durch Eingriffsvoraussetzungen und Ermessensgrenzen. Dies geschieht – zumindest auch – im Interesse der Betroffenen. Das ergibt sich schon aus den strengen Tatbestandsvoraussetzungen, die den Kreis möglicher Regelungsadressaten begrenzen und eine Anordnung nur zur Abwendung bestimmter konkreter Gefahren sowie bei drohender Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit zulassen. Dem Schutz der Betroffenen dient ferner die Verpflichtung zur kurzen Befristung der Anordnung und etwa zulässiger Verlängerungen (§ 17 Abs. 2 EnSiG). Gleiches gilt für das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, das sich aus dem Tatbestandsmerkmal »ohne eine Treuhandverwaltung« in § 17 Abs. 1 EnSiG ergibt und das als rechtliche Grenze des Ermessens (§ 40 VwVfG) zu beachten ist.

[17] Auf die Frage, ob die Klägerinnen sich – über die Prozessgrundrechte hinaus – auf verfassungs- oder unionsrechtlich gewährleistete Grundrechte berufen können, kommt es für die Klagebefugnis nicht an. Diese folgt, wie eben dargelegt, bereits aus dem einfachen Recht. Weder die gesetzliche Regelung der vom Eingriff betroffenen Gesellschafterrechte (vgl. §§ 45 ff. GmbHG) noch die Eingriffsvoraussetzungen und -grenzen gem. § 17 Abs. 1 bis 4 EnSiG unterscheiden danach, ob die Betroffenen Grundrechtsträger sind, ob sie ihren Sitz im In- oder Ausland haben oder ob sie privat oder staatlich gehalten oder beherrscht werden. Ebenso wenig enthält § 42 Abs. 2 VwGO eine Einschränkung der Klagebefugnis bei Eingriffen in subjektive Rechte Betroffener nach diesen Kriterien. Damit verwirklicht er die aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Rechtsschutzgarantie (zu dieser vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.01.2005 – 2 BvR 656, 657, 683/99, BVerfGE 112, 185 <207>). Er gewährleistet, dass rechts- oder teilrechtsfähige Subjekte, in deren Rechte hoheitlich unter Missachtung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eingegriffen wird, solche rechtswidrigen Eingriffe stets abwehren können.

[18] **II.** Der Anfechtungsantrag ist jedoch nicht begründet. [...]

[19] **1.** Die Anordnung ist formell rechtmäßig. Von der nach § 28 Abs. 1 VwVfG gebotenen vorherigen Anhörung der Klägerinnen durfte das Ministerium gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG wegen Gefahr im Verzug absehen (a). Die Anordnung genügt auch den Begründungsanforderungen des § 39 Abs. 1 VwVfG (b).

[20] **a)** Gem. § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor Erlass eines Verwaltungsakts, der in die Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Eine ordnungsgemäße An-

hörung setzt voraus, dass der von der beabsichtigten Maßnahme Betroffene von der Absicht zum Erlass eines vorläufig konkretisierten bestimmten Verwaltungsakts in Kenntnis gesetzt und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Die Anhörung muss so konkret sein, dass der Angehörte erkennen kann, weshalb und wozu er sich äußern soll, mit welcher Entscheidung er zu rechnen hat und dass er Gelegenheit zur Stellungnahme hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.04.2020 – 3 C 16.18, BVerwGE 168, 63, Rn. 9 und v. 25.05.2022 – 8 C 11.21, Buchholz 316 § 49 VwVfG Nr. 57, Rn. 20). Diese Anforderungen sind hier nicht erfüllt. Entgegen der Auffassung der Beklagten genügte die vor Erlass der Anordnung zwischen dem Ministerium und dem Geschäftsführer sowie weiteren Mitarbeitern von RDG geführten Gespräche den Anforderungen des § 28 Abs. 1 VwVfG nicht. Ihnen konnte nicht mit der erforderlichen Konkretheit entnommen werden, dass das Ministerium den Erlass der Anordnung einer Treuhandverwaltung beabsichtigte. Zudem waren an dem vorbezeichneten Austausch mit dem Ministerium lediglich Vertreter von RDG, nicht aber die Klägerinnen beteiligt.

[21] Zu einer vorherigen Anhörung der Klägerinnen war das Ministerium wegen Gefahr im Verzug gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG jedoch nicht verpflichtet. Nach dieser Vorschrift ist eine vorherige Anhörung entbehrlich, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist, insbesondere wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug notwendig erscheint. Gefahr im Verzug i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG ist anzunehmen, wenn durch eine vorherige Anhörung auch bei Gewährung kürzester Anhörungsfristen ein Zeitverlust einträte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte, dass die behördliche Maßnahme zu spät käme, um ihren Zweck noch zu erreichen. Ob eine sofortige Entscheidung objektiv notwendig war oder die Behörde eine sofortige Entscheidung zumindest für notwendig halten durfte, ist vom Gericht aus ex-ante-Sicht zu beurteilen. Hierbei ist wegen der Bedeutung des Anhörungsrechts als tragenden Prinzips des rechtsstaatlichen Verfahrens ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 3 C 27.82, BVerwGE 68, 267 <271 f.> und v. 22.03.2012 – 3 C 16.11, BVerwGE 142, 205 Rn. 14).

[22] Hiernach durfte das Ministerium eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG für notwendig halten. Es lagen nach den aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht des Ministeriums bekannten und für es erkennbaren Umständen ausreichende Hinweise auf einen drohenden Kapitalabzug vor, der wie im Fall der Gazprom Germania GmbH einen Zusammenbruch der beiden Unternehmen RDG und RNRM befürchten ließ. Bereits am 26.07.2022 hatte die Geschäftsführung der RDG in einem Gespräch mit dem Ministerium darauf hingewiesen, dass im Fall der Anordnung einer Treuhandverwaltung das Risiko für Gegenreaktionen Russlands hoch sei (Bl. 260 des Verwaltungsvorgangs). Seit Mitte August 2022 erreichten das Ministerium aus den Tochterunternehmen vertrauliche Hinweise auf Bestrebungen der Gesellschafter, über längerfristige Vorkassenregelungen in erheblichem Umfang Kapital aus den Unternehmen abzuziehen (E-Mail vom 15.08.2022, Bl. 269 des Verwaltungsvorgangs). In einer dem Ministerium vorliegenden, an den damaligen Geschäftsführer der RDG gerichteten E-Mail vom 19.08.2022 (Bl. 300 f. des Verwaltungsvorgangs).

vorgangs) bat die russische Obergesellschaft um eine für sie günstige Umstellung der Zahlungsmodalitäten für russische Rohöllieferungen. Während die im bestehenden Liefervertrag getroffene Zahlungsvereinbarung eine nachgelagerte Zahlung zum 15. des Folgemonats der Lieferung vorsah, sollte nunmehr bereits zur Mitte des Liefermonats die Ölmenge für den gesamten Liefermonat abgerechnet werden, sodass für die Lieferung der zweiten Monatshälfte zunächst im Wege der Vorkasse gezahlt würde. Die Endabrechnung sollte drei Werktage nach Ende des Liefermonats erfolgen. Die Aufforderung dazu war verbunden mit dem Zusatz »um eine kontinuierliche ununterbrochene Belieferung der RDG mit Rohöl sicherzustellen«. Darin lag bei objektiver, hier maßgeblicher Betrachtung eine Drohung mit einer zumindest zeitweiligen Lieferunterbrechung. Darüber hinaus lagen dem Ministerium Mitte August 2022 Hinweise vor, dass die Mitarbeiter der Tochterunternehmen Gehaltszahlungen für drei Monate im Voraus erhalten hatten, verbunden mit der Ankündigung, dass es für diese Zeit keine weiteren Zahlungen geben solle (E-Mail vom 15.08.2022, Bl. 269 des Verwaltungsvorgangs). Die Anhaltspunkte für einen drohenden Kapitalabzug verdichteten sich Ende August 2022 durch weitere dem Ministerium vorliegende Berichte, wonach die russische Obergesellschaft von RDG Vorschüsse von bis zu einem halben Jahr erwarte; damit wären bei Öllieferungen für etwa 300 Mio. € pro Monat rund 1,8 Mrd. € und folglich die gesamten Bargeldbestände von RDG abgezogen worden (Vermerk vom 29.08.2022, Bl. 372 des Verwaltungsvorgangs). Wegen der Warnung vor Gegenreaktionen war das Ministerium nicht zu weiteren Nachfragen bei den Tochtergesellschaften verpflichtet, weil dies die befürchteten Gegenreaktionen unmittelbar hätte auslösen können. Wegen der Hinweise auf Versuche, Umgehungs geschäfte anzubahnen, musste es auch nicht davon ausgehen, die Gefahr eines Kapitalabflusses sei bereits durch die Sanktionsregelungen für den Finanzverkehr gebannt. Das Ministerium durfte angesichts der Parallelen zum Versuch, die Gazprom Germania GmbH zu liquidieren, annehmen, die russische Obergesellschaft werde die selbst bei einer kurzen Anhörungsfrist zur Verfügung stehende Zeit nutzen, um beiden Tochtergesellschaften ihre wirtschaftliche Handlungsfähigkeit durch ruinöse Zahlungsanweisungen, flankiert von Drohungen mit einer Lieferunterbrechung, zu nehmen und so deren Aufgabenerfüllung unmöglich zu machen. Dies hätte den Zweck der Treuhandverwaltung nachhaltig vereitelt.

[23] Das Absehen von einer vorherigen Anhörung der Klägerinnen beruht auf einer ordnungsgemäßen Ermessensbetätigung des Ministeriums. Diese erfordert eine Abwägung der für und gegen die vorherige Anhörung sprechenden Umstände unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.02.2022 – 4 A 7.20, Buchholz 316 § 28 VwVfG Nr. 20, Rn. 21). Eine solche Abwägung hat das Ministerium vor dem Hintergrund der oben dargestellten Umstände ermessensfehlerfrei vorgenommen und in einem ausführlichen Vermerk vom 01.09.2022 niedergelegt (Bl. 381 ff. <384 f., 386 f.> des Verwaltungsvorgangs); sie ist zugleich Bestandteil der Entscheidungsvorlage vom 12.09.2022 geworden (Bl. 393 ff. <396> des Verwaltungsvorgangs).

[24] **b)** Das Ministerium hat die Pflicht zur Begründung der Anordnung gem. § 39 Abs. 1 VwVfG ebenfalls nicht

verletzt. Danach ist der Verwaltungsakt mit einer Begründung zu versehen, in der die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen sind, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung von Ermessensentscheidungen soll auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. § 39 VwVfG ist eine Verfahrensvorschrift, die sich auf die im konkreten Einzelfall für die Behörde maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe bezieht. Die Tragfähigkeit der Begründung ist hingegen keine Frage des Begründungserfordernisses, sondern der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts (BVerwG, Urt. v. 14.05.1991 – 3 C 67.87, Buchholz 451.512 MGVO Nr. 37 S. 162 f. und v. 29.09.1998 – 1 C 8.96, Buchholz 402.240 § 45 AuslG Nr. 16 S. 46).

[25] Hier kann offenbleiben, ob die Anforderungen an die Begründung herabgesetzt waren, weil bei Gefahr im Verzug i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG von einem »intendierten Ermessen« auszugehen wäre. Unabhängig davon lässt sich der Anordnung eine ausreichende Begründung dieser Entscheidung entnehmen. [...]

[26] Auch im Übrigen erfüllt die Anordnung die Anforderungen des § 39 Abs. 1 VwVfG. Das Ministerium hat die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe für seine Entscheidung dargelegt. Die Ausgestaltung der Anordnung bedurfte keiner näheren Begründung, weil sie den gesetzlichen Regelbeispielen entspricht. Soweit die Klägerinnen geltend machen, das Ministerium habe die Anordnung bewusst wahrheitswidrig begründet, ist dieser Vortrag weder substantiiert noch hat das Ergebnis der Beweisaufnahme hierfür Anhaltspunkte erbracht (dazu näher unten Rn. 79 ff. und 84 ff.). Die weiteren von den Klägerinnen gegen die Begründung der Anordnung erhobenen Rügen betreffen der Sache nach materiell-rechtliche Erwägungen, die für die Frage ausreichender Begründung i.S.d. § 39 Abs. 1 VwVfG nicht erheblich sind.

[27] **2.** Die Anordnung ist auch materiell rechtmäßig. [...]

[28] Für die rechtliche Beurteilung der Anordnung ist nach dem insoweit maßgeblichen materiellen Recht auf die Sach- und Rechtslage bei ihrem Erlass Mitte September 2022 abzustellen. Dies gilt unabhängig davon, ob die in Nr. 2 und 3 getroffenen Teilregelungen zur Stimmrechtswahrnehmung oder zumindest die in Nr. 4 geregelte Verfügungsbeschränkung mit Zustimmungsvorbehalt Dauerwirkung entfalten. Setzt die Ermächtigung zum Erlass eines Dauerverwaltungsakts eine Gefahrenprognose voraus, ist nicht der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, sondern der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgeblich (BVerwG, Urt. v. 29.05.2019 – 6 C 8.18, BVerwGE 165, 251, Rn. 18; Beschl. v. 06.03.2008 – 7 B 15.08, Rn. 9). Das ist bei Anordnungen gem. § 17 Abs. 1 EnSiG der Fall. Ob die Prognose fehlerfrei getroffen wurde, ist nach dem Sachstand im Zeitpunkt des Ergehens der Anordnung zu beurteilen. Gleiches gilt mangels abweichender materiell-rechtlicher Vorgaben auch für die Kontrolle der Ermessensausübung (§ 40 VwVfG).

[29] **a)** Die Anordnung beruht auf einer wirksamen gesetzlichen Ermächtigung. § 17 EnSiG ist, soweit hier entscheidungserheblich, verfassungskonform.

[30] **aa)** Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass der Vorschrift ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 11 i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG. Die bundeseinheitliche Regelung liegt im gesamtstaatlichen Interesse. Sie dient der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik, die wegen der Energieabhängigkeit der gesamten Wirtschaft bei einer Rechtszersplitterung nicht zu gewährleisten wäre (vgl. BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62 <146> und v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08 u.a., BVerfGE 134, 242, Rn. 286).

[31] **bb)** Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht verletzt. Es ist nur auf Grundrechte anzuwenden, die aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen (BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 <154>). Die von der Anordnung einer Treuhandverwaltung gem. § 17 EnSiG betroffene Gewährleistung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zählt ebenso wie die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) nicht dazu; auch Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) sowie Enteignungsgesetze (Art. 14 Abs. 3 GG) fallen nicht unter das Zitiergebot (BVerfG, Urt. v. 18.12.1968 – 1 BvR 638/64 u.a., BVerfGE 24, 367 <396, 398>; Beschl. v. 04.05.1983 – 1 BvL 46/80 u.a., BVerfGE 64, 72 <80 f.>).

[32] **cc)** Das aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) abzuleitende Erfordernis ausreichender Bestimmtheit der Regelung ist gewahrt. Danach muss eine Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsakten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sein, sodass das Handeln der Verwaltung messbar und in gewissem Ausmaß voraussehbar und berechenbar wird (stRspr, vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 u.a., BVerfGE 56, 1 <12>). Der Gesetzgeber ist gehalten, Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie es nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Das schließt die Verwendung konkretisierungsbedürftiger Begriffe nicht aus, sofern diese durch Auslegung zu bestimmen sind und die Betroffenen die Rechtslage erkennen, die tatsächlichen Voraussetzungen der Ermächtigung in zumutbarer Weise feststellen und ihr Verhalten danach einrichten können (BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 502/16, BVerfGE 149, 293, Rn. 77). Diese Anforderungen sind erfüllt. Der Kreis der möglichen Eingriffsadressaten wird durch Verweisungen auf ihrerseits hinreichend bestimmte Regelungen wie § 2 Abs. 10 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz – BSIG) vom 14.08.2009 (BGBl. I S. 2821), zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes vom 23.06.2021 (BGBl. I S. 1982), und § 15 AktG klar umrissen. Er ist erkennbar auf Unternehmen beschränkt, deren Tätigkeit von zentraler Bedeutung für die Energieversorgungssicherheit ist. Die sachlichen Eingriffsvoraussetzungen werden durch auslegungsfähige, größtenteils dem Gefahrenabwehrrecht entlehnte unbestimmte Rechtsbegriffe normiert, die anhand der einschlägigen Rechtsprechung zu konkretisieren und daher ebenfalls ausreichend bestimmt sind.

[33] Das Tatbestandsmerkmal der Aufgaben wird durch den Zusatz erläutert, dass diese dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienen müssen. Die weitere

Konkretisierung ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang, insbesondere aus der oben zitierten Verweisung auf § 2 Abs. 10 BSIG und der Verpflichtung des Treuhänders nach § 17 Abs. 5 Satz 1 EnSiG, auf eine Fortführung des Unternehmens gemäß dessen Bedeutung für eine funktionierende Energieversorgung hinzuwirken. Unter Aufgabenerfüllung ist danach das weitere Erbringen des bisherigen Versorgungsbeitrags zu verstehen (dazu näher unten Rn. 48). Das Erfordernis der konkreten Gefahr bezieht sich – allein – auf die Nichterfüllung dieser Aufgabe; der Einschub »ohne eine Treuhandverwaltung« verweist auf das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit ihrer Anordnung. Zugleich verdeutlicht der letzte Satzteil des § 17 Abs. 1 EnSiG, dass die Treuhandverwaltung nicht schon bei konkreter Gefährdung der Aufgabenerfüllung angeordnet werden darf, sondern nur unter der weiteren Bedingung, dass eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit droht.

[34] Zweck und zulässiges Ausmaß der Anordnung werden durch § 17 Abs. 1 und 5 Satz 1 EnSiG und die Vorgaben zu ihrer Befristung und Ausgestaltung in § 17 Abs. 2 und 4 sowie Abs. 5 Satz 2 EnSiG bestimmt. Angesichts der Vielfalt möglicher Quellen und Ausprägungen einer Gefährdung der Energieversorgungssicherheit kann auch unter Berücksichtigung der nicht unerheblichen Eingriffsintensität keine präzisere gesetzliche Formulierung der Eingriffsvoraussetzungen und der zulässigen Anordnungen verlangt werden. Die danach unvermeidbaren Auslegungsschwierigkeiten in den Randbereichen sind verfassungsrechtlich hinzunehmen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.09.2014 – 1 BvR 3353/13, NVwZ 2014, 1571, Rn. 16 m.w.N.).

[35] **dd)** § 17 Abs. 1 bis 4 EnSiG verstößt nicht gegen die Grundrechte der Berufsfreiheit und der Freiheit unternehmerischer Betätigung (Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG). Er dient der Gewährleistung der Versorgungssicherheit, eines wichtigen Gemeinschaftsguts von überragender Bedeutung (BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08 u.a., BVerfGE 134, 242, Rn. 286). Zur Verwirklichung dieses verfassungsrechtlich legitimen Ziels ermächtigt er nur zu verhältnismäßigen Beschränkungen dieser Freiheitsrechte. Wie sich aus dem Tatbestandsmerkmal »ohne eine Treuhandverwaltung« ergibt, muss deren Anordnung zur Abwehr der tatbestandsmäßigen Gefahren geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Die vorgeschriebene kurze Befristung der Anordnung und etwaiger Verlängerungen stellt sicher, dass die Eingriffsrechtfertigung spätestens nach sechs Monaten erneut und anhand der dann aktuellen Sach- und Rechtslage überprüft wird.

[36] **ee)** Mit der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG ist § 17 EnSiG ebenfalls vereinbar. Die Vorschrift ermächtigt nicht zur Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG, weil sie keine vollständige oder teilweise Entziehung der betroffenen Anteilsrechte zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben vorsieht (vgl. § 17 Abs. 5 Satz 3 EnSiG). Sie bestimmt vielmehr Inhalt und Schranken des Eigentums, indem sie die Ausübung von Rechten aus der Unternehmensbeteiligung für den Fall beschränkt, dass der Versorgungsbeitrag des Unternehmens konkret gefährdet ist und eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit droht. Die Ermächtigung, die Befugnis zur Ausübung der Gesellschafterstimmrechte befristet für bis

zu sechs Monate auf einen staatlichen Treuhänder zu übertragen, dient dem verfassungsrechtlich legitimen Zweck, bei einer drohenden Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit den gefährdeten Versorgungsbeitrag des Unternehmens sicherzustellen. Die Befugnisse des Treuhänders sind gesetzlich auf das dazu Erforderliche begrenzt. § 17 Abs. 5 Satz 1 EnSiG verpflichtet ihn zur Fortführung des Unternehmens gemäß dessen Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens im Energiesektor. Die Ermächtigung ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Das ergibt sich einerseits aus der herausragenden Bedeutung der Energieversorgungssicherheit und andererseits aus der kurzen Befristung der Treuhandverwaltung und ihrer etwaigen Verlängerungen sowie daraus, dass das eingeräumte Ermessen nur in den Grenzen des höher-rangigen Rechts ausgeübt werden darf. Der Kernbereich der Eigentumsgewährleistung, zu dem die Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand gehören (BVerfG, Beschl. v. 02.03.1999 – 1 BvL 7/91, BVerfGE 100, 226 <241>), wird durch § 17 EnSiG nicht ausgehöhlt. § 17 Abs. 5 Satz 2 und 3 EnSiG schützt die Inhaberschaft und die Renditegrundlage der betroffenen Beteiligungen, indem er eine Übertragung der Gesellschaftsanteile verbietet und eine Übertragung von Gegenständen des Betriebsvermögens nur zulässt, wenn dies zum Werterhalt des Unternehmens erforderlich ist. Die danach anzuordnende Treuhandverwaltung belässt den Gesellschaftern sowohl ihre Bezugsrechte als auch das Recht, über ihre Beteiligung zu verfügen.

[37] Unwirksam ist die Ermächtigung auch nicht etwa, weil § 17 Abs. 7 Satz 2 EnSiG keine Verpflichtung normiert, schon bei Anordnung der Treuhandverwaltung zumindest dem Grunde nach über Ausgleichsleistungen zu entscheiden. Art. 14 Abs. 3 GG greift mangels Enteignungscharakters der Regelung nicht ein. Inhalts- und Schrankenbestimmungen müssen zur sofortigen Entscheidung über Ausgleichsleistungen nur verpflichten, wenn sie sonst unverhältnismäßige, unzumutbare Eigentumsbeschränkungen vorsehen (BVerfG, Beschl. v. 02.03.1999 – 1 BvL 7/91, BVerfGE 100, 226 <244 ff.>). Dies trifft auf § 17 Abs. 1 EnSiG aus den eben dargelegten Gründen nicht zu. Gegenüber denen, die in den persönlichen Schutzbereich des Art. 14 GG fallen, dürfen nur Treuhandverwaltungsanordnungen ergehen, die sich im Rahmen verhältnismäßiger, zumutbarer Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 2 GG halten.

[38] **ff)** § 17 EnSiG ist schließlich nicht wegen eines Verstoßes gegen Art. 25 GG unanwendbar. Dies gilt unabhängig davon, ob die in § 17 Abs. 7 Satz 3 Halbs. 1 EnSiG normierte Begrenzung des Kreises der Ausgleichsberechtigten auf Betroffene, die sich auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berufen können, allgemeinen Regeln des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG widerspricht. Dies käme in Betracht, wenn § 17 EnSiG zu Enteignungen im völkerrechtlichen Sinne ermächtigte, derentwegen den Betroffenen völkerrechtlich ein unmittelbar anwendbarer Entschädigungsanspruch zustünde (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004 – 2 BvR 955/00, 1038/01, BVerfGE 112, 1 <22>), der nach § 17 Abs. 7 Satz 3 Halbs. 1 EnSiG ausgeschlossen wäre. Selbst dann wäre jedoch nicht § 17 EnSiG insgesamt, sondern nur der Anspruchsauschluss verfassungswidrig. Außerdem dürfte § 17 Abs. 7

Satz 3 Halbs. 1 EnSiG schon nach seinem Wortlaut nur den einfach-rechtlichen Ausgleichsanspruch begrenzen. Dafür spricht auch der Hinweis in den Gesetzesmaterialien, der Anwendungsbereich völkerrechtlicher Verträge werde nicht berührt (BT-Drucks. 20/1501, S. 22 unter V.). Ein Treaty Override war danach nicht beabsichtigt; dass Anderes für die allgemeinen Regelungen des Völkerrechts gelten sollte, ist nicht ersichtlich.

[39] **b)** Die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 EnSiG lagen im maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung Mitte September 2022 vor. Nach dieser Vorschrift kann ein Unternehmen, das selbst oder durch verbundene Unternehmen i.S.v. § 15 AktG Kritische Infrastrukturen i.S.v. § 2 Abs. 10 BSIG im Sektor Energie betreibt, unter Treuhandverwaltung gestellt werden, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass ohne eine Treuhandverwaltung das Unternehmen seine dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienenden Aufgaben nicht erfüllen wird, und eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit droht.

[40] **aa)** Die beiden Tochtergesellschaften der Klägerinnen betreiben Kritische Infrastruktur i.S.v. § 2 Abs. 10 Satz 1 Nr. 1 BSIG im Sektor Energie. Sie gehören zu den Betreibern der PCK-Raffinerie, die eine Anlage der Kritischen Infrastruktur i.S.d. § 2 Abs. 10 BSIG darstellt.

[41] **(1)** Zu den Kritischen Infrastrukturen i.S.d. § 2 Abs. 10 Satz 1 BSIG zählen Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die unter anderem dem Sektor Energie angehören (Nr. 1) und von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden (Nr. 2). Sie werden gem. § 2 Abs. 10 Satz 2 BSIG durch die nach § 10 Abs. 1 BSIG erlassene Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-KritisV) vom 22.04.2016 (BGBl. I S. 958) in der hier maßgeblichen Fassung der Änderung durch Art. 1 der Verordnung vom 06.09.2021 (BGBl. I S. 4163) näher bestimmt. Gem. § 2 Abs. 6 BSI-KritisV sind im Sektor Energie Kritische Infrastrukturen solche Anlagen oder Teile davon, die in Anhang 1 Teil 3 Spalte B genannten Kategorien zuzuordnen sind (Nr. 1) und den Schwellenwert nach Anhang 1 Teil 3 Spalte D erreichen oder überschreiten (Nr. 2). Raffinerien stellen im Bereich Kraftstoff- und Heizölversorgung nach Anhang 1 Teil 3 Spalte B Nr. 3.1.2 BSI-KritisV Kritische Infrastruktur dar. Die PCK-Raffinerie überschritt bei Erlass der Anordnung den Schwellenwert von 420.000 t erzeugten Kraftstoffs nach Anhang 1 Teil 3 Spalte D BSI-KritisV, weil sie im Jahr 2021 rund 10,3 Mio. Tonnen Erdölprodukte herstellte.

[42] **(2)** RDG und RNRM gehören zu den Betreibern der PCK-Raffinerie. Betreiber i.S.d. § 17 Abs. 1 EnSiG ist, wer nach den rechtlichen, tatsächlichen und wirtschaftlichen Umständen bestimmenden Einfluss auf Beschaffenheit oder Betrieb einer Anlage oder Teilen davon hat. § 17 Abs. 1 EnSiG geht davon aus, dass eine Anlage von mehreren gemeinschaftlich betrieben werden kann und behandelt zum Zweck effektiver Gefahrenabwehr jeden von ihnen als Betreiber.

[43] Der Wortlaut der Vorschrift lässt ein solches Verständnis zu. Der Begriff des Betriebens erfasst sowohl das Allein-

als auch das Mitbetreiben einer Anlage der Kritischen Infrastruktur. Der Wortsinn wird nicht durch den Verweis des § 17 Abs. 1 EnSiG auf § 2 Abs. 10 BSIg bestimmt. Dieser nimmt nur Kritische Infrastrukturen im Sektor Energie, nicht aber den Begriff des Betreibers in Bezug. Der Betreiberbegriff des Energiesicherungsgesetzes entspricht auch nicht demjenigen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes. Während im Immissionsschutzrecht eine genehmigungsbedürftige Anlage nur einen Betreiber haben kann (Grundsatz der Betreiberidentität, vgl. Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 4, Rn. 15), steht im Energiesicherungsrecht der Gedanke der effektiven Gefahrenabwehr im Vordergrund. Zweck der Anordnung der Treuhandverwaltung nach § 17 Abs. 1 EnSiG ist es, den Betrieb von Anlagen der Kritischen Infrastruktur zu gewährleisten und dadurch Gefahren für die Energieversorgungssicherheit abzuwehren. Diesem Zweck wird nur durch einen weit gefassten Adressatenkreis Rechnung getragen (vgl. BT-Drucks. 20/1501, S. 36). Er umfasst alle Personen, die wegen ihres von anderen unabhängigen, bestimmenden Einflusses auf Beschaffenheit und Betrieb einer Anlage oder Teilen davon in der Lage sind, deren Beitrag zur Versorgungssicherheit zu gefährden. Deshalb kann eine Anlage der Kritischen Infrastruktur i.S.d. § 17 Abs. 1 EnSiG auch von mehreren Personen in der Weise betrieben werden, dass jede von ihnen selbst Betreiberin ist. Für den Bereich der Erbringung Kritischer Dienstleistungen geht der Verordnungsgeber in § 1 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 3 BSI-KritisV ebenfalls von einem weit gefassten Betreiberbegriff aus. So sieht die zur Klarstellung eingefügte Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 3 BSI-KritisV (vgl. Begründung der Zweiten Verordnung zur Änderung der BSI-Kritisverordnung, S. 41, veröffentlicht unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/sonstige-downloads/kritisvo-bgbl-begr.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 09.03.2023), das gemeinsame Betreiben einer Anlage durch zwei oder mehr Personen ausdrücklich vor. Betreiben danach zwei oder mehr Personen gemeinsam eine Anlage, so hat jede sämtliche gesetzlichen Betreiberpflichten zu erfüllen.

[44] Danach zählen RDG und RNRM zu den Betreibern der PCK-Raffinerie, weil sie ebenso wie die übrigen Mitglieder des von den Gesellschaftern der PCK Raffinerie GmbH gegründeten Konsortiums jeweils bestimmenden Einfluss auf Beschaffenheit und Betrieb der Anlage haben. Diese wird nicht von der Trägerin des Unternehmens, der PCK Raffinerie GmbH, sondern von den Mitgliedern des Konsortiums geführt. Dazu hat die zu 37,5 % an der PCK Raffinerie GmbH beteiligte RDG mit den übrigen Gesellschaftern, darunter der A. Raffineriebeteiligungsgesellschaft mbH (nachfolgend: A. GmbH), einen Konsortialvertrag über die Zusammenarbeit in der PCK Raffinerie GmbH, Schwedt, vom 22.03.2019 (nachfolgend: KV – Anlage K 38) geschlossen. Ihm sind die zu 66,7 % an der A. GmbH und mittelbar zu 16,67 % an der PCK Raffinerie GmbH beteiligte RNRM sowie eine weitere Obergesellschaft der A. GmbH beigetreten. Nach § 4 Nr. 1 KV handelt es sich bei der PCK-Raffinerie um eine von den Anteilseignern als Lohnverarbeitungsraffinerie betriebene Anlage, für die ein non-profit-Status angestrebt wird. Die Anteilseigner haben das Recht, die Kapazität der Anlage im Umfang ihrer jeweiligen Beteiligung zu nutzen (§ 5 KV). Im Konsortialausschuss, der in allen grundsätzlichen Angelegenheiten entscheidet und die Gesellschafterrechte

der Anteilseigner wahrnimmt, entsprechen die Stimmrechte deren jeweiligen Kapitalanteilen (§ 14 Nr. 1 und 4 KV). Der Ausschuss ist gegenüber der Geschäftsführung der PCK Raffinerie GmbH weisungsberechtigt (§ 15 Nr. 1 KV) und kann über eine Vielzahl von Geschäften nur einstimmig entscheiden (§ 15 Nr. 2 KV). Dies vermittelt jedem Anteilseigner ein vom Beteiligungsumfang unabhängiges Vetorecht und damit einen von den übrigen Konsorten unabhängigen bestimmenden Einfluss auf Beschaffenheit und Betrieb der PCK-Raffinerie. Gleiches gilt für die sole-risk-Klausel des § 11 Nr. 2 KV. Sie gibt jedem Anteilseigner das Recht, Investitionen zur Erweiterung von Kapazitäten oder zur Schaffung neuer Kapazitäten, die im Einzelfall einen Betrag von 50 Mio. € übersteigen, bei fehlender Einstimmigkeit auf eigene Rechnung durchzuführen. Damit erteilt sie jedem die Befugnis, die Anlage ohne Zustimmung der übrigen und unabhängig vom Umfang seiner Beteiligung auf eigene Rechnung zu verändern. Der RDG steht diese Befugnis als Anteilseignerin zu, die RNRM kann sie als die A. GmbH nach §§ 15 und 17 AktG beherrschendes Unternehmen durch diese ausüben lassen.

[45] Der Einwand der Klägerinnen, die RNRM habe ihre Nutzungsrechte an der Raffineriekapazität an die RDG verpachtet, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der von den Klägerinnen zum Nachweis vorgelegte Entwurf eines Toll Processing Agreements (Anlage K 65) sieht lediglich eine Bevollmächtigung der RDG vor, die Rechte der RNRM hinsichtlich des Raffineriebetriebs im eigenen Interesse wahrzunehmen. Hingegen behält die RNRM sich die Ausübung ihrer Gesellschafterrechte ausdrücklich vor (vgl. Nr. 2.3 des Toll Processing Agreement Entwurfs), sodass sie ihren für den Betreiberbegriff maßgeblichen bestimmenden Einfluss auf Beschaffenheit und Betrieb der PCK-Raffinerie nicht auf die RDG übertragen hat.

[46] Nach § 17 Abs. 1 EnSiG ist für die Einordnung der RNRM als Betreiberin im Sinne der Vorschrift unerheblich, dass sie im Gegensatz zur RDG nicht bei dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik gem. § 8b Abs. 3 BSIg als Betreiberin Kritischer Infrastruktur registriert ist (dazu vgl. das Schreiben des Bundesamtes für die Sicherheit in der Informationstechnik vom 21.02.2023 sowie Anlage B 26).

[47] **bb)** Bei Erlass der Anordnung bestand die konkrete Gefahr, dass RDG und RNRM ihre dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienenden Aufgaben, ihren Beitrag zur Energieversorgung zu erbringen, zukünftig nicht erfüllen würden.

[48] **(1)** Die in § 17 Abs. 1 EnSiG umschriebenen Aufgaben eines Unternehmens, das Kritische Infrastruktur im Energiesektor betreibt, bestehen darin, seinen bisher geleisteten Beitrag zur Energieversorgung weiter zu erbringen. Das erschließt sich aus der Systematik des § 17 Abs. 1 EnSiG und dessen Zusammenhang mit den einschlägigen weiteren Vorschriften. § 17 Abs. 1 EnSiG erfasst nur Unternehmen, die Kritische Infrastruktur im Sektor Energie betreiben. Die von ihnen zu erfüllenden Aufgaben werden durch den Zusatz erläutert, dass sie dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienen müssen. Aus dem Zusammenhang mit dem letzten Halbsatz der Vorschrift und der Verwei-

sung des § 17 Abs. 1 EnSiG – auch – auf § 2 Abs. 10 Satz 1 Nr. 2 BSIG ergibt sich, dass die Aufgabennichterfüllung zu einer Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit oder gar erheblichen Versorgungsengpässen führen kann. Danach ist als Aufgabenerfüllung die Fortführung des Beitrags zur Energieversorgung (Versorgungsbeitrag) zu verstehen, den das Unternehmen durch seine satzungsgemäße Geschäftstätigkeit erbringt. Das Tatbestandsmerkmal der Aufgaben verweist also nicht auf anderweitige gesetzliche Aufgabendefinitionen wie in § 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). Es umschreibt keine rechtliche Verpflichtung und setzt auch keinen hoheitlichen Auftrag voraus. Vielmehr bezeichnet es, wie in Anhang 1 Teil 1 Nr. 2.19 BSI-KritisV, eine Funktion, die das Unternehmen erfüllt. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass die im Energiesektor tätigen Unternehmen mit ihrer freiheitsrechtlich gesicherten Tätigkeit regelmäßig schon im eigenen wirtschaftlichen Interesse eine ausreichende Energieversorgung sicherstellen (vgl. Schulte-Beckhausen, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Stand Mai 2022, Einführung Rn. 14 ff.). Zu Eingriffen ermächtigt § 17 Abs. 1 EnSiG lediglich zur Gefahrenabwehr: Nur wenn – erstens – die konkrete Gefahr besteht, dass ein Unternehmen den bisher mit seiner Geschäftstätigkeit geleisteten Versorgungsbeitrag ohne Treuhandverwaltung künftig nicht erbringen wird und – zweitens – deswegen eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit droht, darf die unternehmerische Freiheit gem. § 17 Abs. 1 EnSiG eingeschränkt werden, um das Unternehmen nach § 17 Abs. 5 Satz 1 EnSiG durch einen Treuhänder gemäß seiner Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie fortzuführen und die Gefahr abzuwenden.

[49] Zur Aufgabenerfüllung i.S.d. § 17 Abs. 1 EnSiG gehört auch, rechtzeitige und ausreichende Vorkehrungen dafür zu treffen, dass das Unternehmen auf absehbare Veränderungen der Marktbedingungen reagieren und seinen Versorgungsbeitrag unter geänderten Rahmenbedingungen weiterhin erbringen kann. In der verfassungsrechtlich geschützten freiheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung vollzieht sich die unternehmerische Betätigung nicht unter starren, gleichbleibenden Bedingungen. Sie muss sich auf das jeweils aktuelle Marktgeschehen einstellen und schon wegen der Freiheitsausübung Dritter damit rechnen, dass die für ihre Tätigkeit relevanten Rahmenbedingungen sich ändern. Im Regelungsbereich des § 17 EnSiG trifft ein Unternehmen die Obliegenheit, absehbaren Änderungen Rechnung zu tragen, um seine Geschäftstätigkeit fortführen zu können.

[50] Ein Fall der Nichterfüllung der Aufgaben gem. § 17 Abs. 1 EnSiG liegt nicht erst vor, wenn der Versorgungsbeitrag gänzlich entfällt. Nach der Systematik und dem Sinn und Zweck der Regelung erfüllt jede nicht unerhebliche Minderung des Versorgungsbeitrags dieses Tatbestandsmerkmal. Auch eine solche Minderung kann ursächlich für eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit werden, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass jede Minderung wegen entsprechender Bedarfsreduzierung oder wegen ausreichender Kompensation durch andere Marktteilnehmer folgenlos bleibt. Aus welchen Gründen der Versorgungsbeitrag sich mindert oder entfällt, ist nach § 17 Abs. 1 EnSiG unerheblich. Wie im sonstigen Gefahrenabwehrrecht genügt die Ursächlichkeit für den drohenden Schaden, ohne dass es auf

Rechtmäßigkeit oder Vorwerfbarkeit des Ursachenbeitrags ankäme.

[51] (2) Mitte September 2022 bestand die konkrete Gefahr, dass RDG und RNRM ihre Aufgaben i.S.d. § 17 Abs. 1 EnSiG zukünftig nicht erfüllen würden. Eine konkrete Gefahr im Sinne der Vorschrift ist gegeben, wenn Anhaltspunkte vorliegen, die aus der ex-ante-Sicht eines verständigen Amtswalters die Annahme rechtfertigen, dass bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine nicht unerhebliche Minderung des Versorgungsbeitrags eintreten wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.02.1974 – 1 C 31.72, BVerwGE 45, 51 <57>). Dabei hängt der Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, der für die Annahme einer Gefahr erforderlich ist, von der Größe und dem Gewicht des drohenden Schadens ab. Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts muss umso größer sein, je geringer der möglicherweise eintretende Schaden ist, und sie darf umso kleiner sein, je schwerer der etwa eintretende Schaden wiegt (vgl. BVerwG, Urt. v. 02.07.1991 – 1 C 4.90, BVerwGE 88, 348 <351> und v. 03.07.2002 – 6 CN 8.01, BVerwGE 116, 347 <356>). Der Schaden, der nach § 17 Abs. 1 EnSiG abgewendet werden soll, ist eine durch den Ausfall oder die Minderung von Versorgungsbeiträgen eintretende Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit (BT-Drucks. 20/1501, S. 21). An deren Wahrscheinlichkeit sind wegen der überragenden Bedeutung der Sicherung der Energieversorgung für das Gemeinwohl (BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139, 3386/08, BVerfGE 134, 242, Rn. 286) nur geringe Anforderungen zu stellen, auch wenn die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts nicht genügt.

[52] Diese Anforderungen waren bei Erlass der Anordnung erfüllt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme rechtfertigten die dem Ministerium Mitte September 2022 bekannten und für es erkennbaren Umstände die Prognose, dass RDG und RNRM ihren Versorgungsbeitrag im Fall einer Unterbrechung der russischen Rohöllieferung mangels hierfür getroffener Vorkehrungen nicht mehr würden erbringen können. Darüber hinaus war ihre Geschäftstätigkeit durch die Selbstsanktionierung ihrer Geschäftspartner (Overcompliance), insbesondere im Bereich ihrer Geschäftsbeziehungen zu Banken und Versicherungen, gefährdet.

[53] (a) Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung steht zur Überzeugung des Senats fest, dass nach den dem Ministerium bekannten und für es erkennbaren Umständen Mitte September 2022 mit einer Unterbrechung der Lieferung russischen Rohöls über die Drushba-Pipeline zu rechnen war.

[54] Es lagen konkrete Anhaltspunkte vor, die bei objektiver Betrachtung die Prognose einer zumindest zeitweiligen Lieferunterbrechung rechtfertigten. Hierbei war zu berücksichtigen, dass die Situation der Energieversorgung über russische Lieferanten im Spätsommer 2022 insgesamt äußerst prekär war. Seit dem Frühjahr 2022 bestanden Unsicherheiten über die Verlässlichkeit der weiteren Belieferung mit Gas über die Pipeline Nord Stream 1. Der Zeuge Y. hat glaubhaft dargelegt, dass die Gaslieferung an deutsche Gasimporteure via Nord Stream 1 seit Mitte Juni 2022 kontinuierlich reduziert und am 31.08.2022 vollständig eingestellt wurde (vgl. auch die im Schriftsatz der Beklagten vom 10.02.2023,

S. 6 f. zitierten Tagesschau-Berichte vom 14. 06., 27.07. und 02.09.2022: <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/weltwirtschaft/gazprom-reduziert-gaslieferung-101.html>; <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/gasnord-stream-eins-gazprom-101.html> und <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/gazprom-nord-stream-gaslieferstopp-103.html>, jeweils zuletzt abgerufen am 09.03.2023). Vor diesem Hintergrund musste die Unterbrechung der Lieferung russischen Rohöls in der Zeit vom 4. bis 10.08.2022 über den Südstrang der Drushba-Pipeline nach Ungarn, Tschechien und in die Slowakei Anlass zu der Befürchtung geben, dass russisches Rohöl in Zukunft generell nicht mehr verlässlich beziehbar sein würde. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer Lieferunterbrechung wird bereits im Klagevorbringen bestätigt (vgl. Schriftsatz der Klägerinnen vom 02.03.2023, S. 28 unter 11.3.1). Dieser Wahrscheinlichkeitsgrad genügt den Anforderungen wegen der Höhe des Schadens, der bei einem Ausfall der PCK-Raffinerie als Folge einer längeren Lieferunterbrechung einträte. Wegen der Erfahrungen mit den Gaslieferungen war die Wahrscheinlichkeit einer langen oder sogar dauerhaften Unterbrechung im September 2022 nicht als nur gering einzuschätzen.

[55] Zusätzliche Indizien für die Gefahr einer Lieferunterbrechung auch über den Nordstrang der Drushba-Pipeline ergaben sich aus den dem Ministerium vorliegenden Hinweisen auf Bemühungen um einen Kapitalabzug (vgl. oben Rn. 22). Aus der ex-ante-Sicht eines verständigen Amtswalters rechtfertigten sie die Annahme, die russischen Obergesellschaften versuchten, ähnlich wie im Fall der Gazprom Germania GmbH, in erheblichem, die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs gefährdenden Umfang Kapital aus den Tochtergesellschaften abzuziehen, um Lieferunterbrechungen vorzubereiten oder jedenfalls bei Bedarf ohne eigenen wirtschaftlichen Schaden vornehmen zu können. Die von den Klägerinnen nach Ergehen des Beweisbeschlusses nachgereichte E-Mail-Korrespondenz (Anlagen K 72 bis 74 zum Schriftsatz vom 02.03.2023) und das Ergebnis der Beweisaufnahme bestätigen diese Einschätzung. Danach wurden im August 2022 mit den Tochtergesellschaften verschiedene, letztlich nicht realisierbare Möglichkeiten des Kapitaltransfers erörtert, um dort vorhandene Liquidität, die nach Angaben der Zeugen Z. und X. seinerzeit jedenfalls mehr als 1 Mrd. € betrug, an die Obergesellschaften zu transferieren. So wurde Anfang August 2022 eine vorzeitige Gewinnabführung an die Anteilseigner erwogen (vgl. E-Mail vom 04.08.2022, Anlage K 74). Der für den Bereich Finanzen zuständige Geschäftsführer, der Zeuge X., führte eingangs dieser E-Mail aus, die zwischenzeitliche Verteilung von Dividenden werde »uns in der heutigen Situation nicht helfen. Wir müssen anderes besprechen« (vgl. die von den Klägerinnen zur Verfügung gestellte Übersetzung des russischsprachigen Eingangssatzes der im Übrigen in Englisch verfassten E-Mail vom 04.08.2022 durch ihre Dolmetscherin Frau R., Sitzungsniederschrift vom 07.03.2023, S. 2). Auf den Versuch eines Kapitaltransfers deutet auch die vom Zeugen X. unternehmensintern angeregte Prüfung hin, ob eine Änderung der Zahlungsbedingungen mit der Muttergesellschaft rechtlich und steuerrechtlich zulässig wäre, wobei er Vorauszahlungen an die Muttergesellschaft strikt ausschloss (E-Mail vom 16.08.2022, Anlage K 73). Der im Verwaltungsvorgang dokumentierte vertrauliche Hinweis auf beabsichtigte Vorkassenregelungen und langfristige Vorschüsse

erklärt sich aus dem Vorschlag des Unternehmens M. Group (M.-G.), ihm Vorschüsse für fünf von acht vereinbarten Rohöllieferungen zu leisten, die ersten drei Lieferungen umgehend zu bezahlen und erst bei Lieferung der letzten fünf den Kaufpreis mit der Vorschusszahlung zu verrechnen (E-Mail vom 08.08.2022, 10:49 Uhr, Anlage K 72). Den Vorteil dieser Zahlungsweise für RDG stellte der Zeuge X. ausdrücklich in Frage (»What would this prepayment give to RDG?«, vgl. E-Mail vom 08.08.2022, Anlage K 72).

[56] Im Rahmen der Beweisaufnahme hat er erklärt, das Mutterunternehmen habe nachgefragt, ob die Möglichkeit bestehe, über Vorauszahlungen zu sprechen oder häufigere Zahlungen vorzunehmen; dies sei wegen steuerrechtlicher Hindernisse abgelehnt worden. Der Zeuge Z. hat bekundet, dass die russische Muttergesellschaft darauf drängte, den Zahlungszeitraum zu verkürzen. Außerdem hat er bestätigt, dass Vorschüsse von der ostasiatischen Gesellschaft M.-G. gefordert wurden. RDG sei aber mangels Sicherheit, dass das Öl auch geliefert werde, nicht dazu bereit gewesen. In Verbindung mit den zitierten Unterlagen bestätigen diese Aussagen die Gefahr erheblicher Kapitalabflüsse aus den Tochtergesellschaften. Letztere weigerten sich zwar, rechtlich nicht zulässige oder das eigene Geschäft eklatant schädigende Zahlungen vorzunehmen, hätten entsprechende Entscheidungen aber wegen der Weisungsbefugnis der Gesellschafter und der Möglichkeit von Umgehungsgeschäften nicht dauerhaft verhindern können. So hat der Zeuge Z. auf Nachfrage angegeben, er habe zwar wegen der Sanktionsfolgen etwas selbständiger handeln und entscheiden können als sonst, sei aber nach wie vor an Weisungen der Muttergesellschaft gebunden gewesen. Der Zeuge Y. hat im Wesentlichen die im Verwaltungsvorgang dokumentierten Hinweise bestätigt und glaubhaft bekundet, dass diese nach den damals erkennbaren Umständen und vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit der Gazprom Germania GmbH den Eindruck erweckten, die russischen Obergesellschaften versuchten nicht nur die Zahlungsbedingungen zu ändern, sondern einen Liquiditätsabfluss zu realisieren. Es habe die große Gefahr bestanden, dass massiv Kapital aus den Tochterunternehmen gezogen werde; in der Annahme einer bevorstehenden Lieferunterbrechung habe man die Arbeiten an der Energietransportverordnung beschleunigt. Der Beweiswert seiner Angaben wird nicht durch den Hinweis der Klägerinnen gemindert, er habe sich in einer Verhandlungspause mit einer Person ausgetauscht, die als Zuhörer an der Sitzung teilgenommen habe und vermutlich der Beklagten angehöre, und dabei Einblick in den Verwaltungsvorgang genommen. Dieser Vorgang war ihm aus seinem Aufgabenbereich bereits bekannt. Seine Angaben entsprechen im Wesentlichen dem bereits dokumentierten Geschehensablauf und enthalten keine wahrnehmbare Ergänzung, die durch Kenntnisse des Verhandlungsverlaufs oder der Angaben anderer Zeugen zu erklären sein könnte. Insbesondere waren seine Aussagen von keinerlei Belastungseifer gekennzeichnet. So hat er die in der E-Mail vom 19.08.2022 (Bl. 300 des Verwaltungsvorgangs) enthaltene Drohung mit einer Lieferunterbrechung selbst auf Vorhalt kaum als solche wahrgenommen, sondern seine Gefahren einschätzung vornehmlich auf andere Gesichtspunkte wie die Overcompliance und die Parallele zur Entwicklung bei der Gazprom Germania GmbH gestützt.

[57] Das Vorbringen der Klägerinnen, bei den Vorauszahlungen dreier Monatsgehälter habe es sich um »Bonuszahlungen« gehandelt, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht nachvollziehbar. Die Aussagen der Zeugen waren dazu unergiebig. Der Senat hält die Einordnung als Bonus- oder Prämienzahlungen nicht für überzeugend, weil sie nicht erklärt, weshalb diese Zahlungen anstelle der regulären Gehaltszahlung und nicht zusätzlich zu dieser geleistet werden sollten. Vielmehr ist der Senat davon überzeugt, dass die Vorauszahlung sich aus der Mitteilung der die Gehaltszahlungen ausführenden C.-Bank erklärt, die Geschäftsbeziehung mit Ablauf des Jahres 2022 zu beenden (dazu unten Rn. 63). Dem zweiten Hilfsbeweis Antrag der Beklagten zur Frage des Kapitalabzugs (Punkt 3. des Beweisbeschlusses vom 22.02.2023) musste der Senat mangels Erheblichkeit nicht nachgehen.

[58] Auf die drohende Lieferunterbrechung leitungsgebundenen russischen Rohöls waren RDG und RNRM nicht vorbereitet. Sie haben keine rechtzeitigen, ausreichenden Vorkehrungen getroffen, um in einem solchen Fall ihren Versorgungsbeitrag weiterhin erbringen zu können.

[59] Die Diversifizierung der Rohöllieferungen für die PCK-Raffinerie hätte eine Ertüchtigung der Pipeline Rostock-Schwedt erfordert. Zu einer nennenswerten Beteiligung an deren Kosten, die auf rund 400 Mio. € geschätzt wurden und deren Fertigstellung erst in zwei bis drei Jahren zu erwarten gewesen wäre, waren die Tochtergesellschaften nicht bereit. Vielmehr verdeutlichte deren Geschäftsführer in einem Gespräch mit Vertretern des Ministeriums am 26.07.2022 (Bl. 258 <259> des Verwaltungsvorgangs), die russische Obergesellschaft werde sich einer Ertüchtigung der Pipeline nicht entgegenstellen, wenn der Bund sie zu 100 % finanziere. Diesen Gesprächsinhalt haben die Zeugen Y. und Z. glaubhaft bestätigt; der Zeuge Z. hat bekundet, er sei lediglich bereit gewesen, in eigener Verantwortung und ohne Rücksprache mit der russischen Muttergesellschaft einen Betrag von rund 15 Mio. € für die Vorarbeiten zum Ausbau der Pipeline zur Verfügung zu stellen. Die Gesprächsnotiz, ohne russisches Öl wäre Rosneft wahrscheinlich nicht mehr an der PCK interessiert, hält der Senat ebenfalls für zutreffend. Der Zeuge Z. hat angegeben, nach seinem Eindruck habe die russische Obergesellschaft die Drushba-Pipeline und die PCK-Raffinerie als Gesamtpaket gesehen; deshalb sei vorstellbar, dass ohne Rohöllieferungen kein Interesse an der Raffinerie mehr bestünde. Das habe er in dem Gespräch auch als eigene Vermutung so geäußert.

[60] Gegen eine Bereitschaft der Tochtergesellschaften zur rechtzeitigen Diversifizierung ihrer Ölbezugsquellen spricht zudem, dass sie sich im Verlaufe des Sommers 2022 zunehmend deutlicher für einen Weiterbezug russischen Rohöls aussprachen. Während ihre Rechtsberater noch Ende Juni 2022 mitteilten, nur der Zeitpunkt eines möglichen Ölembargos sei für sie von Bedeutung (E-Mail vom 22.06.2022, Bl. 184 <185> des Verwaltungsvorgangs), drängte der neue Geschäftsführer, der Zeuge Z., gegenüber dem Ministerium im Juli 2022 auf einen über das Jahresende hinausreichenden Bezug russischen Rohöls (vgl. Bl. 258 des Verwaltungsvorgangs), obwohl angesichts der Protokollerklärung der Bundesregierung mit der Regelung eines Importembargos zum

Jahresende 2022 zu rechnen war und der zeitliche Vorlauf für den Öleinkauf nach Angaben der Rechtsberater der Tochtergesellschaften mindestens drei Monate betrug (Bl. 184 <185> des Verwaltungsvorgangs). Der Zeuge Z. hat dazu erläutert, er habe sich für eine längere Übergangsfrist von fünf bis sechs Monaten eingesetzt, um wirtschaftliche Verluste gering zu halten.

[61] (b) Ebenso steht nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung zur Überzeugung des Senats fest, dass die Fortführung des Versorgungsbeitrags von RDG und RNRM wegen der Overcompliance ihrer Geschäftspartner bei Erlass der Anordnung konkret gefährdet war. Dies begründete ebenfalls und unabhängig von der drohenden Lieferunterbrechung die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass sie ihre Geschäftstätigkeit nicht mehr würden aufrechterhalten können.

[62] Bereits seit Frühjahr 2022 traten erste Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit mit Zahlungsdienstleistern der beiden Tochtergesellschaften der Klägerinnen auf. So bat RDG mit Schreiben vom 23.03.2022 (Bl. 44 f. des Verwaltungsvorgangs) das Ministerium um Unterstützung, weil ihre Hauptbank (C.-Bank) aufgrund der Unsicherheiten bei der Auslegung von Sanktionsvorschriften und der daraus resultierenden Overcompliance keine eingehenden Kundenzahlungen mehr gutschreibe. Daraufhin stellte das Ministerium den Tochtergesellschaften am 24.03.2022 einen Letter of Comfort (Bl. 52 f. des Verwaltungsvorgangs) zur Verfügung, in dem es deren Bedeutung für die Energieversorgungssicherheit hervorhob und klarstellte, dass sie nicht den EU-Sanktionen unterlägen. Dies führte nach den übereinstimmenden, glaubhaften Angaben der Zeugen W., Z. und X. dazu, dass sich in der Folgezeit die Schwierigkeiten wegen der Overcompliance von Geschäftspartnern zunächst reduzierten. Sie verschärften sich jedoch spätestens ab Mitte Juli 2022 erneut. Deshalb baten die Tochtergesellschaften im Gespräch mit dem Ministerium am 26.07.2022 um einen weiteren Letter of Comfort (Bl. 258 des Verwaltungsvorgangs) zur Unterstützung bei ihrer Geschäftstätigkeit, zumal verschiedene Geschäftspartner sich wegen der neuen Sanktionspakete danach erkundigt hätten. Dass die Overcompliance-Probleme andauerten, ergibt sich auch aus der an das Ministerium übermittelten E-Mail vom 15.07.2022 (Anlage B 61 sowie Bl. 243 f. des Verwaltungsvorgangs). Darin beschrieben die Rechtsberater der RDG insgesamt fünf von Overcompliance-Problemen betroffene Bereiche, darunter auch Schwierigkeiten in den Geschäftsbeziehungen mit der C.-Bank Schweiz. Danach führte die verspätete Ausführung der Zahlung einer Frachtgebühr im Juli 2022 zu Verzögerungen bei der Entladung eines Öltankers in T. Obwohl die Zahlung von Seiten der Tochtergesellschaften nicht nur über die C.-Bank, sondern parallel auch über die I.-Bank angewiesen worden war, kam es bei der Empfängerbank, der C.-Bank Schweiz, wegen Compliance-Prüfungen zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung der Gutschrift, die nach Angaben des Zeugen X. bis Mitte August 2022 andauerte. Den Vorgang selbst haben er sowie die Zeugen W. und Z. im Wesentlichen übereinstimmend geschildert. Der Zeuge Z. hat zudem glaubhaft bekundet, dass ihn Overcompliance-Probleme während der gesamten Zeit seiner Tätigkeit in den Tochterunternehmen im operativen Alltagsgeschäft begleiteten und zu erheblichem Zusatzaufwand bei der Geschäftsabwicklung führten.

[63] Dass die Overcompliance-Probleme auch im September 2022 fort dauerten, ergibt sich unter anderem daraus, dass die C.-Bank als eine der beiden im Sommer 2022 verbliebenen Hauptbanken der Tochtergesellschaften nur noch aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung bereit war, weiterhin Löhne und Sozialversicherungsbeiträge zu überweisen, und nach den glaubhaften Angaben der Zeugen Z. und X. Ende August oder Anfang September die Kündigung der Geschäftsbeziehungen zum Jahresende angekündigt hatte. Beide Zeugen haben eingeräumt, dass Bemühungen, eine andere Bank für die Abwicklung der Gehalts- und Sozialversicherungszahlungen zu gewinnen, erfolglos geblieben waren. Der Zeuge X. hat angegeben, man habe die technische Möglichkeit, solche Zahlungen über die I.-Bank abzuwickeln, zu einem Probelauf genutzt. Die technische Durchführbarkeit konnte jedoch die weiterhin fehlende vertragliche Vereinbarung einer Übernahme dieser Zahlungsdienstleistungen durch die I.-Bank nicht ersetzen. Vielmehr war diese erkennbar bemüht, die Geschäftsbeziehung nicht auszuweiten. Weil sie den Kreditrahmen der Tochtergesellschaften i.H.v. 100 Mio. € gekündigt hatte, konnten die für den Erdölbevorzugungsverband nötigen Bankbürgschaften nach Angaben des Zeugen X. nur noch über Umwege mit Hilfe einer Drittbank, der G.-Bank Luxemburg, erbracht werden. Unter diesen Umständen ist die Aussage des Zeugen Z., weitere Geschäftsbeziehungen zu anderen Banken seien wünschenswert gewesen, sehr einleuchtend. Die nur vom Zeugen X. vertretene Einschätzung, Schwierigkeiten mit den Zahlungsdienstleistern hätten die Geschäftstätigkeit nicht wesentlich beeinträchtigt, kann der Senat angesichts der vorliegenden Unterlagen und der sie bestätigenden übrigen Zeugenaussagen nicht nachvollziehen. Dass der Zeuge Z. die Schwierigkeiten für erheblich, aber nicht für kritisch hielt, erklärt sich aus der von ihm eingeräumten höheren Risikobereitschaft, zu der die Geschäftsführung gerade wegen der Schwierigkeiten, Geschäftsbeziehungen angesichts von Sanktionen und Overcompliance stabil zu halten, gezwungen war.

[64] Weitere die Aufgabenerfüllung konkret gefährdende Overcompliance-Probleme gab es im Bereich der Industrieversicherung. In einer vertraulichen E-Mail vom 06.09.2022 wurde dem Ministerium mitgeteilt, dass der Industrieversicherer H. aus Compliance-Gründen nicht mehr bereit sei, die PCK-Raffinerie zu versichern (Bl. 376 des Verwaltungsvorgangs). Der Zeuge Y. hat angegeben, ihm sei von Mitarbeitern berichtet worden, dass es um die Haftpflichtversicherung des H. gehe und die Geschäftsführer der PCK-Raffinerie im Fall einer Kündigung dieser Versicherung ihr Amt sofort niederlegen wollten. Diese Aussage ist glaubhaft, weil die Information in den Zuständigkeitsbereich des Zeugen Y. fiel und die Geschäftsführer ohne die Versicherung ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko hätten tragen müssen. Gegen die Richtigkeit der Information spricht nicht, dass der Zeuge X. erklärt hat, ihm sei die Kündigung Anfang September 2022 noch nicht bekannt gewesen, und der Zeuge Z. zu diesem Vorgang keine näheren Angaben machen konnte. Die Aussage des Zeugen Y. wird auch durch die seitens der Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Kommunikation mit einem Geschäftsführer der PCK-Raffinerie nicht widerlegt. Ihr kommt kein Beweiswert zu, weil der Geschäftsführer nach diesem Vortrag nicht auf Fragen zur Haftpflichtversicherung, sondern zur Feuerversicherung des H. geantwortet hat. Der

Verweis der Klägerinnen auf die hohen Kontoguthaben ihrer Tochtergesellschaften kann angesichts des drohenden Kapitalabzugs eine Industriehaftpflichtversicherung der PCK-Raffinerie nicht ersetzen.

[65] Dem Hilfsbeweis Antrag der Beklagten vom 02.03.2023, Frau E. als Zeugin zu den Overcompliance-Problemen zu vernehmen, musste der Senat mangels Erheblichkeit nicht nachgehen.

[66] (c) Rechtfertigten bereits die drohende Lieferunterbrechung und die bestehenden Overcompliance-Probleme mit Geschäftspartnern der Tochtergesellschaften die Gefahrenprognose, dass RDG und RNRM ihren Versorgungsbeitrag künftig nicht unvermindert erbringen können, kann dahinstehen, ob sich die Beseitigung der im März 2022 von der RDG gemeldeten Störung ihrer IT-Sicherheit infolge von Overcompliance-Problemen verzögerte und ob die Informationstechnik der RDG Mitte September 2022 dem Stand der Technik i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 2 BSI entsprach (vgl. Nr. 1 des Beweisbeschlusses vom 22.02.2023). Daher erübrigen sich weitere Ermittlungen dazu, die sonst wegen der Unergiebigkeit der Vernehmung des sachverständigen Zeugen U. erforderlich gewesen wären. Dem ersten Hilfsbeweis Antrag der Klägerinnen sowie dem ersten Hilfsbeweis Antrag der Beklagten zum Beweisbeschluss vom 22.02.2023, die sich jeweils auf das Beweisthema der IT-Sicherheit bezogen, musste der Senat mangels Erheblichkeit nicht nachgehen.

[67] cc) Das Tatbestandsmerkmal »ohne eine Treuhandverwaltung« i.S.d. § 17 Abs. 1 EnSiG bringt zum Ausdruck, dass die Anordnung einer Treuhandverwaltung erforderlich sein muss, die Gefährdung der Energieversorgungssicherheit durch Aufgabennichterfüllung abzuwenden. Damit verweist es auf das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, das unter Rn. 93 ff. erörtert – und bejaht – wird. Ein darüber hinausgehender eigenständiger Gehalt kommt dem Tatbestandsmerkmal nicht zu. Entgegen der Auffassung der Klägerinnen verlangt es insbesondere keine Bewertung der negativen Auswirkungen einer Lieferunterbrechung im Verhältnis zu den positiven und negativen Auswirkungen der beabsichtigten Treuhandmaßnahmen. Daher musste der Senat dem zweiten Hilfsbeweis Antrag der Klägerinnen vom 09.03.2023, dem dieser Vergleich zugrunde liegt, mangels Erheblichkeit nicht nachkommen. Darüber hinaus handelt es sich um ein Ausforschungsbegehren, das keine entscheidungserhebliche Tatsache unter Beweis stellt, sondern sie erst ermitteln will.

[68] dd) Das Ministerium durfte Mitte September 2022 davon ausgehen, dass wegen der konkreten Gefahr eines Ausfalls des Versorgungsbeitrags der beiden Tochtergesellschaften eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit drohte. Der Tatbestand des § 17 Abs. 1 EnSiG stellt auf die Versorgungssicherheit ab und bringt mit dem Worтеlement »sicherheit« zum Ausdruck, dass es um die Gewährleistung der Verlässlichkeit und Stabilität der Energieversorgung geht. Die Energieversorgung ist eine öffentliche Aufgabe und gehört zum Bereich der Daseinsvorsorge. Sie ist eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf (BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139, 3386/08, BVerfGE 134, 242, Rn. 286; Beschl. v. 20.03.1984 – 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248 <258>). Ver-

sorgungssicherheit i.S.d. § 17 Abs. 1 EnSiG ist danach die Gewährleistung einer ausreichenden, verlässlichen und kontinuierlichen Versorgung mit Energie. Im Gegensatz zu § 1 Abs. 1 EnSiG verlangt § 17 Abs. 1 EnSiG keine Gefährdung oder Störung der Energieversorgung, sondern nur eine drohende Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit. Darunter ist die Gefahr nicht unerheblicher Einbußen bei der Versorgung mit Energie zu verstehen, die sich auf das Funktionieren des Gemeinwesens auswirken können (vgl. Kment, NJW 2022, 2302 Rn. 8). Dabei ist das Ausmaß der räumlichen Auswirkungen ebenso zu berücksichtigen wie die Größe des betroffenen Personenkreises und die Dauer der zu besorgenden Beeinträchtigung. An die Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit durch die Aufgabenminder- oder -nichterfüllung dürfen wegen der existenziellen Bedeutung sicherer Energieversorgung keine hohen Anforderungen gestellt werden.

[69] Nach diesem Maßstab drohte eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit. Bei einem Ausfall des Versorgungsbeitrags der Tochtergesellschaften hätte die PCK-Raffinerie nicht mit der erforderlichen Mindestlast betrieben werden können. Dies hätte im gesamten Nordosten des Bundesgebiets, insbesondere in der Region Berlin/Brandenburg, zu längerfristigen, erheblichen Versorgungsschwierigkeiten mit Rohölprodukten geführt und Kernbereiche der Daseinsvorsorge, wie etwa die Wärmeversorgung großer Teile der dortigen Bevölkerung, gefährdet. Gleiches wäre bei einem Zusammenbruch der Geschäftstätigkeit der beiden Tochtergesellschaften infolge der Mitte September 2022 weiterhin bestehenden Overcompliance-Probleme zu erwarten gewesen. Dass diese Auswirkungen absehbar verlässlich durch kompensierende Versorgungsbeiträge anderer Unternehmen hätten abgewendet werden können, ist weder geltend gemacht noch sonst erkennbar.

[70] **c)** Die Anordnung ist nicht ermessensfehlerhaft. Das Ministerium hat sein Ermessen [...] ausgeübt (§ 114 Satz 1 VwGO).

[71] **aa)** Ein Ermessensausfall oder eine Ermessensunterschreitung liegen weder hinsichtlich des Einschreitens noch hinsichtlich der Adressatenauswahl oder der Ausgestaltung der Anordnung vor. Ihre Begründung lässt unter Nr. II. 3. und 4. jeweils die wesentlichen ermessensleitenden Erwägungen erkennen.

[72] Danach entschloss sich das Ministerium zum Einschreiten, weil es davon ausging, nur eine Treuhandverwaltung könne die drohende Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit abwenden. Dass auch andere Vorgehensweisen erwogen wurden, ergibt sich aus den im Verwaltungsvorgang enthaltenen Dokumenten zum Entscheidungsprozess. Der Bitte der Tochtergesellschaften der Klägerinnen, einen weiteren Letter of Comfort auszustellen, kam das Ministerium wegen der Reaktionen auf den ersten nicht nach (vgl. Bl. 189 des Verwaltungsvorgangs). Es erörterte die Treuhandverwaltung – auch mit Vertretern von RDG und RNRM – als Alternative zum Abwarten der befürchteten Insolvenz dieser Tochtergesellschaften und zog sie sowohl dieser Lösung als auch einer Enteignung vor (vgl. den ministeriellen Vermerk vom 25.03.2022 – BMWK-IE2 – Bl. 54 <55> des Verwaltungs-

vorgangs sowie dort Bl. 73 <96> den Entwurf zur Optionsanalyse Mineralöl vom 29.03.2022 und Bl. 138 ff. <139 ff., 143> das Non-Paper zu Handlungsoptionen zur Stabilisierung der RDG und ihrer Raffinerie-Beteiligungen).

[73] Die Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit unter Nr. II. 4. der Anordnung zeigen, dass das Ministerium auch sein Auswahlmessen erkannt und ausgeübt hat. Eine Treuhandverwaltungsanordnung nur bezüglich der Pipeline Rostock-Schwedt oder der PCK Raffinerie GmbH wurde erwogen, aber – im ersten Fall – als rechtlich nicht möglich oder – im zweiten – als weniger geeignet verworfen (vgl. E-Mails Bl. 248 ff. des Verwaltungsvorgangs).

[74] Die ermessensleitenden Gesichtspunkte für die konkrete Ausgestaltung und die Befristung der Anordnung ergeben sich ebenfalls aus deren Nr. II. 3. und 4. und dem im Verwaltungsvorgang dokumentierten Entscheidungsprozess. Danach zielt die Anordnung darauf, den unternehmerischen Einfluss der Klägerinnen auf die inländischen Tochtergesellschaften auszuschließen, um der Overcompliance zu begegnen und eine Diversifizierung der Ölbezugsquellen auch gegen die wirtschaftlichen Interessen der Klägerinnen und ihrer Konzernmutter zügig vorantreiben zu können. Dazu wurde die Treuhandverwaltung entsprechend dem gesetzlichen Regelungsmodell konzipiert (§ 17 Abs. 4 EnSiG) und die nach § 17 Abs. 2 Satz 1 EnSiG zulässige Frist im Hinblick auf die voraussichtliche Dauer der für erforderlich gehaltenen Maßnahmen ausgeschöpft (zum sechsmonatigen Zeitraum, der für das Engineering der Ertüchtigung der Pipeline Rostock-Schwedt veranschlagt wurde, vgl. das Gesprächsprotokoll vom 26.07.2022, Bl. 258 <259> des Verwaltungsvorgangs).

[75] **bb)** Diese Ermessensausübung entspricht dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung (§ 17 EnSiG). Er liegt darin, Gefahren für die Energieversorgungssicherheit abzuwenden und zu gewährleisten, dass zur Kritischen Infrastruktur des Energiesektors gehörende Unternehmen, deren Versorgungsbeitrag gefährdet ist, entsprechend diesem Ziel fortgeführt werden (vgl. § 17 Abs. 5 Satz 1 EnSiG und oben Rn. 48).

[76] Der Überprüfung der Beweggründe der Ermessensentscheidung sind die Erwägungen zugrundezulegen, die die Behörde tatsächlich angestellt hat. Dabei ist von der Begründung der Anordnung auszugehen. Darüber hinaus sind die Umstände ihres Erlasses zu berücksichtigen, die sich regelmäßig aus den Verwaltungsvorgängen ergeben. Weil die Rechtmäßigkeit der Anordnung nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen ist, kommt es auf später eingetretene Tatsachen grundsätzlich nicht an. Nur wenn diese darauf schließen lassen, dass für die behördliche Entscheidung bereits im Zeitpunkt des Erlasses zweckwidrige Erwägungen maßgeblich waren, können sie einen Ermessensmissbrauch begründen.

[77] Die in der Begründung der Anordnung dargelegten Erwägungen entsprechen dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung. Sie heben die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit als ermessensleitenden Gesichtspunkt hervor. Als zentrale Ursachen ihrer Gefährdung nennen Nr. I. 2. und 3. der Anordnung zutreffend einerseits die Overcompliance der Geschäftspartner und andererseits das hohe Risiko einer

Reduzierung oder völligen Einstellung russischer Öllieferungen (dazu oben Rn. 61 ff. und 54 ff.). Die Anordnung zielt deshalb auf eine Reduzierung der Overcompliance-Probleme durch die als »sanktionsrechtliche Entmakelung« bezeichnete Übertragung der Unternehmensführung auf einen nicht von Sanktionen oder Overcompliance betroffenen staatlichen Treuhänder (vgl. Optionsanalyse Mineralöl vom 29.03.2022, Bl. 73 <83> des Verwaltungsvorgangs; Non-Paper: Handlungsoptionen zur Stabilisierung der Rosneft Deutschland GmbH und ihrer Raffinerie-Beteiligungen, Bl. 124 <127> des Verwaltungsvorgangs). Der Diversifizierung des Rohölbezugs dient die vom Treuhänder voranzutreibende Ertüchtigung der Pipeline Rostock-Schwedt, an deren Beschleunigung die Klägerinnen kein erkennbares Interesse hatten (dazu oben Rn. 59). Der Verwaltungsvorgang bestätigt, dass das Ministerium eine zügige Ertüchtigung für unabdingbar hielt, um eine den Mindestlastbetrieb sichernde, Schäden an der Anlage vermeidende Raffineriebelieferung auch bei unvorhergesehenen Unterbrechungen der Rohöllieferungen über die Drushba-Pipeline zu gewährleisten (vgl. Non-Paper Bl. 138 <139> des Verwaltungsvorgangs). Außerdem begründete es die Treuhandverwaltung auch damit, dass zusätzliche Rohöllieferungen über den Hafen D. zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit insbesondere während der Pipeline-Ertüchtigung erforderlich seien, von der Republik Polen jedoch wegen der Beherrschung der Tochtergesellschaften durch den Rosneft-Konzern verweigert würden.

[78] (1) Die letztgenannte Erwägung ist nicht schon fehlerhaft, weil die Entscheidungsvorlage vom 29.06.2022 (Bl. 203 des Verwaltungsvorgangs) ausführt, »die Versorgung über D. [sei] mit ca. 4 % lieferbaren Öls aber nicht entscheidend, die [Treuhand-]Lösung nicht zu wählen, selbst wenn POL [die Republik Polen] nicht kooperieren sollte«. Der vermeintliche Widerspruch löst sich auf, wenn der Kontext beider Aussagen berücksichtigt wird. Die Begründung der Anordnung erklärt unter Nr. I. 3. zusätzliche Öllieferungen über den Hafen D. für notwendig, um die PCK-Raffinerie insbesondere während der Ertüchtigung der Pipeline Rostock-Schwedt über der erforderlichen Mindestlast betreiben zu können. Dies entspricht der in einem Non-Paper wiedergegebenen, auf einem Gutachten der P. AG beruhenden Einschätzung, mit der Pipeline Rostock-Schwedt sei die technisch notwendige Minimalproduktion gerade abgesichert oder eventuell sogar knapp unterschritten; eine Unterschreitung könne nur kurzfristig durch Speichervorräte abgepuffert werden und gefährde langfristig den sicheren Betrieb (vgl. Bl. 138 <139> des Verwaltungsvorgangs). Danach durfte das Ministerium zusätzliche Lieferungen über den Hafen D. für nötig halten, um ein Unterschreiten des Mindestbedarfs sicher zu verhindern. Die Entscheidungsvorlage vom 29.06.2022 (Bl. 203 <206 f., 210> des Verwaltungsvorgangs) widerspricht dem nicht. Sie erläutert, die alternativ zur Treuhandverwaltung erwogene Enteignung biete keine wesentlichen Vorteile, obwohl die Republik Polen die für die Versorgungssicherheit notwendige zusätzliche Belieferung der PCK-Raffinerie über D. ausschliesse, solange die mittelbare Rosneft-Beteiligung fortbestehe. Bei einer Enteignung sei das Risiko russischer Gegenreaktionen größer; zudem könne die relativ geringe zusätzliche Liefermenge von L. genutzt und, bei entsprechender politischer Flankierung, eine Vollaustlastung der PCK-Raffinerie voraussichtlich mit kasachischem Öl erreicht werden. Werde nur

eine Treuhandverwaltung angeordnet, bestehe auch ein wirtschaftliches Interesse der Russischen Föderation, die Durchführung zu gestatten. Diese Erwägungen stellen die Notwendigkeit von Zusatzlieferungen an die PCK-Raffinerie nicht in Abrede. Sie lehnen nur ab, ihretwegen die Enteignung der Treuhand vorzuziehen.

[79] (2) Der Vorwurf der Klägerinnen, das Ministerium habe sein Ermessen missbraucht, um den verfassungsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes für Importbeschränkungen zu umgehen, trifft ebenfalls nicht zu. Aus den in das Verfahren eingeführten Akten und Unterlagen und dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Senat nicht die Überzeugung gewinnen können, dass der in der Begründung gegebene, gesetzeskonforme Zweck der Anordnung im für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt Mitte September 2022 nur vorgeschoben und die Anordnung tatsächlich erlassen worden wäre, um ein Importembargo ohne gesetzliche Grundlage durchzusetzen.

[80] Wie sich aus einem ministeriellen Vermerk zur Stabilisierung der RDG vom 25.03.2022 – BMWK-IE2 – (Bl. 54 <55> des Verwaltungsvorgangs, unter 3.) und dem Entwurf einer Optionsanalyse vom 29.03.2022 (Bl. 73 <96> des Verwaltungsvorgangs, unter II.) ergibt, wurde wegen der massiven Overcompliance-Probleme bereits frühzeitig eine Treuhand als Alternative zur Enteignung oder zum Abwarten der Insolvenz der Tochtergesellschaften der Klägerinnen erwogen (vgl. das oben zitierte Non-Paper, Bl. 138 <143> des Verwaltungsvorgangs). Dies geschah mehr als zwei Monate vor der bei Erlass des sechsten EUSanktionspakets Ende Mai 2022 abgegebenen Protokollerklärung der Bundesregierung, ab dem folgenden Jahr auf die Einfuhr leitungsgebundenen russischen Erdöls verzichten zu wollen. [...]

[89] cc) Die Anordnung wahrt die rechtlichen Grenzen des Ermessens. Sie verletzt kein höherrangiges Recht.

[90] (1) Mit den Grundrechten des Grundgesetzes ist sie vereinbar. Die Kl. zu 2, eine in der Russischen Föderation ansässige juristische Person, fällt nach Art. 19 Abs. 3 GG nicht in den persönlichen Schutzbereich dieser Gewährleistungen. Dieser ist auch nicht aufgrund unionsrechtlicher Regelungen auf sie zu erstrecken, weil ihr Sitz in einem außereuropäischen Drittstaat liegt. [...]

[91] Eine unionsrechtlich begründete Einbeziehung der Kl. zu 1 in deren Schutzbereich ist nicht zwangsläufig ausgeschlossen, weil der Geschäftssitz ihres Vorstandes in einem Drittstaat liegt. Für die Anwendbarkeit des Art. 49 AEUV stellt Art. 54 Abs. 1 AEUV auf den Sitz der Gesellschaft in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ab. Nach Art. 100–2 Abs. 3 des Luxemburgischen Gesetzes vom 10.08.1915 betreffend die Handelsgesellschaften in der Fassung der Änderung durch Gesetz vom 06.08.2021 (Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales – LSC –, abrufbar unter <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1915/08/10/n1/consolide/20210816>) ist der Hauptverwaltungssitz maßgebend, der am statuarischen Sitz vermutet wird. Zur Widerlegung der Vermutung genügt nicht, dass es sich bei der Kl. zu 1 um eine sogenannte »Briefkastenfirma« handeln könnte. Die für die

Anwendung des Art. 49 AEUV erforderliche Marktintegration der Gesellschaft ist bereits bei werbender Tätigkeit eines in einem Mitgliedstaat ansässigen Tochterunternehmens – hier der RDG – zu bejahen (vgl. EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-167/01 [ECLI:EU:C:2003:512], Inspire Art, Rn. 96 und 98).

[92] Zweifel an der Grundrechtsberechtigung der Kl. zu 1 bestehen wegen ihrer staatlichen Beherrschung. Diese ergibt sich aus der in der mündlichen Verhandlung erörterten Gesellschafterliste der Rosneft Oil Company (Anlage B 10), die sämtliche Anteile an der Kl. zu 2 und – mittelbar – der Kl. zu 1 innehat. Nach dem Ergebnis der Erörterung in der mündlichen Verhandlung stehen ihre Geschäftsanteile zu 40,4 % dem ausschließlich von der Russischen Föderation gehaltenen Staatsunternehmen JSC R. zu; weitere Gesellschaften des Rosneft-Konzerns – LLC RN-N. und LLC RN-C. – halten jeweils 9,6 % und 0,76 % der Anteile. Insgesamt addieren sich die Beteiligungen der allein von der Russischen Föderation gehaltenen oder von ihr beherrschten Gesellschafter also auf 50,76 %. Weitere 18,46 % stehen der Q. LLC, der Beteiligungsgesellschaft des Staates Qatar, zu. Wegen der Mehrheit staatlicher Beteiligungen an der mittelbaren Alleingeschafterin der Kl. zu 1 fehlt dieser das grundsätzlich von Art. 19 Abs. 3 GG vorausgesetzte personale Substrat. Dabei ist unerheblich, ob die staatlichen Anteile ein- und demselben Staat zustehen. Ein Unternehmen, an dem nicht-staatliche Gesellschafter insgesamt nur als Minderheit beteiligt sind, kann nicht Grundlage privater Initiative und Freiheitsausübung sein und damit nicht die Funktion erfüllen, um dezentralen die Anteilsberechtigung grundrechtlich geschützt ist (vgl. BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11 u.a., BVerfGE 143, 246, Rn. 188, 190, 195). Zwar können in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV fallende juristische Personen trotz staatlicher Beherrschung grundrechtsfähig sein, wenn ihnen kein fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen gesetzlich geregelte Eingriffe zur Verfügung steht (BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11 u.a., BVerfGE 143, 246, Rn. 196 ff., 200). Diese Voraussetzung liegt hier jedoch wegen der Eröffnung des Rechtswegs zum Bundesverwaltungsgericht gem. § 17 Abs. 6 Satz 2 EnSiG nicht vor. Die daraus folgenden Zweifel an einer Grundrechtsberechtigung der Kl. zu 1 müssen nicht abschließend geklärt werden. Sollte die Anordnung in etwaige Rechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 14 Abs. 1 GG eingreifen, wäre dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

[93] Der Eingriff in eventuelle Rechte der Kl. zu 1 aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG wäre verhältnismäßig. Die Anordnung der Treuhandverwaltung dient dem verfassungsrechtlich legitimen Zweck, die drohende Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit abzuwenden und eine Betriebsfortführung der Tochtergesellschaft zu ermöglichen, die deren dazu erforderlichen Versorgungsbeitrag sicherstellt. Im für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt ihres Erlasses war die Anordnung zur Verwirklichung dieses Zwecks geeignet. Dazu genügt, dass sie ihn fördern konnte und die Möglichkeit bestand, das Ziel zu erreichen (BVerfG, Beschl. v. 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157 <173> und v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163 <188 f.> m.w.N.). Die Übertragung der Befugnis zur Wahrnehmung der Gesellschafterstimmrechte auf die Treuhänderin be-

dete den bestimmenden Einfluss der Klägerinnen und ihrer russischen Konzernmutter auf die inländischen Tochtergesellschaften. Damit beseitigte sie einen wesentlichen Grund für die Overcompliance der Geschäftspartner. Gleichzeitig ermöglichte sie der Treuhänderin, die Betriebsfortführung unabhängig von den wirtschaftlichen Interessen der Klägerinnen und ihrer Konzernmutter am Ziel der Sicherung der Energieversorgung auszurichten (vgl. § 17 Abs. 5 Satz 1 EnSiG), die Aufgabenerfüllung gefährdende Kapitalabflüsse zu unterbinden und die Diversifizierung der Ölbezugsquellen voranzutreiben, um die Abhängigkeit von russischem Rohöl zu reduzieren. Die Befugnis zum Austausch der Geschäftsführung der Tochtergesellschaften, die ihr gegenüber angeordneten Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen und der Zustimmungsvorbehalt der Treuhänderin hindern die Geschäftsführung daran, den Zielen der Treuhandverwaltung zuwiderlaufende Entscheidungen zu treffen und deren Maßnahmen zu konterkarieren.

[94] Zur Ungeeignetheit der Anordnung führt nicht, dass die Republik Polen eine zusätzliche Belieferung der PCK-Raffinerie über den Hafen D. abgelehnt hat, solange die mittelbare Mehrheitsbeteiligung der Konzernmutter der Klägerinnen an der PCK Raffinerie GmbH fortbesteht. Dieser Vorbehalt kann die Zweckverwirklichung nicht vereiteln. Die Zusatzenlieferungen werden nur benötigt, um die Raffinerie dauerhaft sicher oberhalb der Mindestlast betreiben zu können (vgl. oben Rn. 77). Im Übrigen sind die Chancen, die Republik Polen zu einer Zustimmung zur Belieferung der PCK-Raffinerie zu bewegen, unter der Treuhandverwaltung größer als ohne sie, weil die Anordnung der Treuhandverwaltung RDG und RNRM dem bestimmenden Einfluss der Konzernspitze entzieht. [...]

[96] Die Anordnung ist zur Verwirklichung des Zwecks erforderlich, weil im maßgeblichen Zeitpunkt kein mildereres, mindestens ebenso geeignetes Mittel zur Verfügung stand.

[97] Ein zweiter Letter of Comfort hätte die Klägerinnen weniger belastet, wäre aber weniger wirksam gewesen. Er hätte die Ursache der die Betriebsfortführung gefährdenden Overcompliance – den maßgeblichen Einfluss der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaften – unberührt gelassen.

[98] Eine auf einzelne Raffineriebeteiligungen oder die PCK Raffinerie GmbH bezogene Treuhandverwaltungsanordnung wäre nicht ebenso geeignet gewesen, die Gefährdung der Versorgungssicherheit abzuwenden, weil die Overcomplianceprobleme für die ordnungsgemäße Betriebsfortführung zentrale Bereiche der Bank- und Versicherungsdienstleistungen betrafen.

[99] Auflagen zur Ertüchtigung der Pipeline Rostock-Schwedt und zum Abschluss von Lieferverträgen wären – abgesehen vom Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung – nicht ebenso wirksam gewesen wie die Anordnung der Treuhandverwaltung. Sie hätten eine Vielzahl konkreter Verwaltungsakte erfordert, die mangels umfassenden Einblicks des Ministeriums in die Geschäftsvorgänge nicht ebenso zielgerichtet hätten erlassen werden können wie Maßnahmen der Treuhänderin. Außerdem hätten solche Verwaltungsakte jeweils einzeln durchgesetzt werden müssen und

durch nachfolgende Maßnahmen der Klägerinnen und der von ihnen abhängigen Geschäftsführung der Tochtergesellschaften konterkariert werden können.

[100] Die Befugnis zum Auswechseln der Geschäftsführung, die Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen und der Zustimmungsvorbehalt sind erforderlich, die Wirksamkeit der Stimmrechtsausübung durch die Treuhänderin zu sichern. Andernfalls wäre nicht auszuschließen, dass die von den Klägerinnen eingesetzte Geschäftsführung Verwaltungsentscheidungen oder Verfügungen trafe, die den Zielen der Treuhandverwaltung zuwiderliefe.

[101] Die Anordnung ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Zwar stellt der Ausschluss von der Stimmrechts Wahrnehmung und deren Übertragung auf eine Treuhänderin einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Betätigungsfreiheit dar. Dieser ist jedoch durch die Befristung auf sechs Monate zeitlich eng begrenzt. Die daraus resultierende Belastung steht nicht außer Verhältnis zur damit bezweckten Versorgungssicherheit im Energiesektor, einem besonders wichtigen Gemeinschaftsgut von überragender Bedeutung für das Gemeinwohl (BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08 u.a., BVerfGE 134, 242 Rn. 286, vgl. oben, Rn. 68).

[102] Auch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG ist, falls betroffen (vgl. Rn. 92), nicht verletzt. Die Anordnung stellt eine nicht entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung der Anteilsrechte dar, die zu den eigentumsfähigen Positionen im Sinne der Vorschrift zählen. Sie ist aus den eben zu Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG dargelegten Gründen auch im konkreten Fall verhältnismäßig und als Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums von Art. 14 Abs. 2 GG gedeckt. Ihre belastende Wirkung steht nicht außer Verhältnis zum Gemeinwohlzweck, die Gefährdung der Energieversorgung abzuwenden. Der Zusammenbruch der Tochtergesellschaften der Klägerinnen, der bei Erlass der Anordnung drohte, hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Ausfall der PCK-Raffinerie geführt. Dies wiederum hätte die Befriedigung existenzieller Bedürfnisse wie die Wärmeversorgung von Wohnungen, Schulen und Heimen sowie die Funktionsfähigkeit auf Mineralölprodukte angewiesener, elementarer Leistungen der Rettungsdienste wie der Krankentransporte und der Feuerwehr gefährdet. Deren Funktionsfähigkeit muss der Staat zur Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten für Leben und Gesundheit der Bevölkerung aus Art. 2 Abs. 2 GG sicherstellen. Dazu steht die in der Anordnung geregelte erstmalige, auf sechs Monate befristete Beschränkung der Gesellschafterrechte nicht außer Verhältnis. Sie lässt die Inhaberschaft der Anteile und die Bezugsrechte unberührt und schützt die Renditegrundlage (§ 17 Abs. 5 Satz 2 EnSiG).

[103] Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist ebenfalls nicht verletzt. Insbesondere wird die Kl. zu 2 nicht wegen ihres Sitzes in der Russischen Föderation und die Kl. zu 1 nicht wegen eines beherrschenden Einflusses dieses Staates benachteiligt. Anknüpfungspunkt der Ungleichbehandlung gegenüber anderen, nicht mit einer Anordnung bedachten Unternehmen der Kritischen Infrastruktur im Energiesektor sind nicht diese Merkmale, sondern die kon-

krete Gefahr des Ausfalls des Versorgungsbeitrags der Klägerinnen und die damit einhergehende drohende Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit. In der Abwehr dieser Gefahr liegt der sachliche Grund für den Erlass der Anordnung. Für deren Verhältnismäßigkeit kann auf die Ausführungen oben (Rn. 93 ff.) verwiesen werden. Gleichartige Eingriffe in die Geschäftstätigkeit müssten auch grundrechtlich geschützte inländische Kapitalgesellschaften in gleicher Situation verfassungsrechtlich hinnehmen.

[104] (2) Die Anordnung wahrt die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechte. Die außerhalb der Europäischen Union ansässige Kl. zu 2 ist nicht in den Anwendungsbereich dieser Gewährleistungen einbezogen. Die Kl. zu 1 wird in den ihr möglicherweise zustehenden unionsrechtlichen Rechten nicht verletzt.

[105] Ihre Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 Abs. 1 AEUV ist gewahrt. Der persönliche (dazu oben Rn. 91) und sachliche Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist eröffnet. Die Rechtsstellung der Kl. zu 1 als Alleingesellschafterin erschöpft sich nicht in einer Kapitalbeteiligung am inländischen Tochterunternehmen, sondern vermittelt ihr maßgeblichen unternehmerischen Einfluss. Die Anordnung greift jedoch nicht in die Niederlassungsfreiheit ein. Sie hat keinen diskriminierenden Charakter (dazu oben Rn. 103) und regelt keine Bedingungen für die Niederlassung.

[106] Eine sonstige Beschränkung des Art. 49 AEUV liegt ebenfalls nicht vor. Sie setzt voraus, dass ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen der Maßnahme und der Entscheidung über die Niederlassung besteht. Daran fehlt es, wenn die Niederlassung beschränkende Wirkungen zu ungewiss und zu mittelbar sind, um die Maßnahme geeignet erscheinen zu lassen, die Ausübung dieser Freiheit zu behindern (vgl. EuGH, Urt. v. 20.06.1996 – C-418/93 [ECLI: EU:C:1996:242], Rn. 32; Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 49 AEUV, Rn. 112 ff.). Das trifft hier zu. Die Anordnung aktualisiert die Rahmenbedingungen des Tätigwerdens in- wie ausländischer Unternehmen auf dem Markt mit Blick auf besondere Gefahrensituationen, ohne den Marktzugang selbst zu erschweren.

[107] Unionsgrundrechte der Kl. zu 1 sind ebenfalls nicht verletzt. Dabei kann offenbleiben, ob diese Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC hier einschlägig sind. Sollte die Kl. zu 1 sich auf die Berufs- oder die unternehmerische Freiheit gem. Art. 15 oder 16 GRC berufen können, greift der Gesetzesvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRC ein und ist die Anordnung wegen ihrer Verhältnismäßigkeit und mangels Inkohärenz auch im unionsrechtlichen Sinne gem. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC gerechtfertigt. Das Gleichheitsrecht gem. Art. 20 GRC und das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 21 Abs. 2 GRC) sind aus den oben (Rn. 103) dargelegten Gründen nicht verletzt.

[108] (3) Auch mit völkerrechtlichen Vorgaben ist die Anordnung vereinbar. Sie verstößt nicht gegen Art. 4 Abs. 1 des Vertrages vom 13.06.1989 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von

Kapitalanlagen (Sowjetisch-Deutsches Investitionsschutzabkommen – SDI –, BGBl. 1990 Teil II S. 342 <343>), der im Verhältnis der Bundesrepublik zur Russischen Föderation weiterhin anzuwenden ist (vgl. BFH, Urt. v. 26.05.2004 – I R 54/03, BFHE 206, 332 <338>). Die Kl. zu 1 fällt nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. c) SDI nicht in den Schutzbereich, weil sie ihren Sitz in keinem der beiden Vertragsstaaten hat. Die Kl. zu 2 kann sich zwar hinsichtlich ihrer inländischen Beteiligung an der RNRM nach Art. 1 Abs. 1 SDI auf den Eigentumsschutz gem. Art. 4 Abs. 1 SDI und auf das Benachteiligungsverbot des Art. 3 SDI berufen. Beide werden aber durch die Anordnung nicht verletzt.

[109] Eine nach Art. 4 Abs. 1 SDI tatbestandsmäßige Enteignung oder Maßnahme mit gleichartigen Auswirkungen läge nur bei einer – hier fehlenden – Entziehung von Eigentumsrechten oder bei einer faktischen oder schleichenden Enteignung (de-facto expropriation, creeping expropriation) im Sinne einer enteignungsgleichen Maßnahme vor (Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 20, Rn. 5 und § 23, Rn. 70). Nach Nr. 3 des Protokolls zum Vertrag (BGBl. 1990 Teil II S. 349) kann sie in einer erheblichen Beeinträchtigung der Kapitalanlage durch Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Beteiligungsunternehmens liegen. Dazu muss die Maßnahme dem Betroffenen die wesentlichen Eigentümerbefugnisse nicht nur vorübergehend entziehen und darf ihm kaum mehr als die Hülle des Eigentumsrechts lassen. Davon kann hier keine Rede sein. Die Anordnung der auf sechs Monate befristeten Treuhandverwaltung lässt neben der Inhaberstellung der Gesellschafter auch deren Bezugsrechte unberührt. Schwierigkeiten bei der Gewinnabführung sind nicht auf die Treuhandverwaltung zurückzuführen, sondern auf die bereits zuvor und unabhängig davon geltenden unionsrechtlichen Sanktionsvorschriften. Die Renditegrundlage des Beteiligungsunternehmens wird nicht beeinträchtigt, weil seine Vermögensgegenstände auf einen anderen Rechtsträger nur übertragen werden dürfen, wenn dies zum Werterhalt des Unternehmens erforderlich ist (vgl. § 17 Abs. 5 Satz 2 EnSiG). Gegen eine enteignungsgleiche Wirkung spricht schließlich der kurze Befristungszeitraum der Anordnung. Dass sie nach § 17 Abs. 2 Satz 2 EnSiG verlängert werden darf, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Verlängerungen stellen neue, ihrerseits anfechtbare Eingriffe dar, die jeweils anhand der Sach- und Rechtslage bei ihrem Erlass zu prüfen und an Art. 4 SDI zu messen sind. Darin liegt auch keine den völkerrechtlichen Schutz aushöhlende Fragmentierung. Bei der Überprüfung der jeweils letzten Anordnung muss berücksichtigt werden, dass deren Anknüpfung an vorhergehende Anordnungen den Zeitraum der Eigentumsbeschränkung verlängert und, bei entsprechend langer Gesamtdauer, die Schwelle zur enteignungsgleichen Wirkung überschreiten kann (Internationales Schiedsgericht Stockholm, Schiedsspruch vom 07.07.1989, <https://www.italaw.com/cases/982>, unter 07.07.1998, Arbitration Award, zuletzt abgerufen am 09.03.2023; vgl. KG, Beschl. v. 16.02.2001 – 28 Sch 23/99, Rn. 1).

[110] Eine unzulässige Benachteiligung i.S.v. Art. 3 SDI liegt nicht vor, weil weder § 17 EnSiG noch die angef. An-

ordnung eine Schlechterstellung der Kl. zu 2 gegenüber Investoren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Drittstaaten (vgl. Art. 3 Abs. 3 SDI) regeln. Aus dem Gebot gerechter und billiger Behandlung gem. Art. 2 SDI lassen sich wegen der in Art. 3 Abs. 3 SDI vorbehaltenen Privilegierung von Unionsangehörigen keine Rechte auf Gleichbehandlung mit diesen oder Inländern – etwa in Bezug auf günstigere Ausgleichsregelungen für Inhalts- und Schrankenbestimmungen von Eigentumsrechten – herleiten (vgl. BFH, Urt. v. 26.05.2004 – I R 54/03, BFHE 206, 332 <338>; zur verfassungsrechtlichen Beurteilung vgl. oben Rn. 36 f.).

[111] Im Erlass der angefochtenen Anordnung liegt schließlich keine diskriminierende Maßnahme gem. Art. 3 Abs. 4 SDI. Ungerechtfertigte Einschränkungen beim Bezug von Roh- und Hilfsstoffen im Sinne der Protokollerklärung zu dieser Vorschrift sind nicht Gegenstand der angefochtenen Anordnung. Im Übrigen gelten Maßnahmen, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit zu treffen sind, nach Ziffer 2 Buchst. c des Protokolls zu Art. 3 SDI nicht als diskriminierend.

[112] Aus den zu Art. 4 SDI angeführten Gründen verletzt die angef. Anordnung auch nicht die Eigentumsgewährleistung gem. Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.10.2010 (BGBl. Teil II S. 1198, 1218).

[113] Die Kostenregelungen in Nr. 5 und 6 der Anordnung finden ihre Rechtsgrundlage jeweils in § 17 Abs. 8 EnSiG. Bedenken gegen die Gültigkeit dieser Vorschrift sind weder geltend gemacht noch erkennbar.

[114] **B.** Der auf Auskunftserteilung gerichtete Hauptantrag zu 2 ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses der Klägerinnen unzulässig. [...]

[115] **C.** Der auf Folgenbeseitigung gerichtete Hauptantrag zu 3 ist zulässig, aber unbegründet. § 17 Abs. 6 Satz 3 EnSiG normiert trotz seiner Bezeichnung als Ausnahme von § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO keine Einschränkung des prozessualen Anspruchs auf Aufhebung einer Anordnung, die rechtswidrig ist und Rechte des jeweiligen Klägers verletzt. Vielmehr wird das Gericht ermächtigt, die Folgen dieser Aufhebung für Rechtsakte zu begrenzen, die aufgrund der aufgehobenen Anordnung erlassen wurden, aber im Interesse der Rechtssicherheit vor dem Unwirksamwerden oder der eigenen Aufhebung nach § 48 VwVfG bewahrt werden sollen. Die Frage, inwieweit eine solche Ermächtigung mit höherrangigem Recht vereinbar ist, muss hier nicht geklärt werden. Wegen der Erfolglosigkeit der Anfechtungsklage sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 Abs. 6 Satz 3 EnSiG nicht erfüllt. [...]

An erkung der Schriftleitung

An sich sprengt eine Entscheidung mit einem so großen Umfang und den entsprechenden Druckseiten den Rahmen dessen, was in dieser Zeitschrift für eine Entscheidung an Platz verwendet werden kann.

Schmerzensgeld wegen Mobbing

§ 45 BeamStG; § 253 Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB; § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO

Der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Vorgesetztenpflicht umfasst auch Ersatz für immaterielle Schäden

Die Verletzung der als Mobbing bezeichneten umfassenden Verletzung der Vorgesetztenpflicht durch eine Gesamtbetrachtung der Einzelakte erforderlich

Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts nach dem Rechtsgedanken des Abschlusses der Beamtenpflicht führt nicht dazu, dass ein Beamter nach Erwirkung einer einstweiligen Anordnung gegen seinen Dienstherrn auch nach Vollstreckung Ansprüche einleitet

BVerwG, Urt. v. 28.03.2023 – 2 C 6.21

Aus den Gründen

I. [1] Die Kl. begehrt immateriellen Schadensersatz wegen »Mobbing«.

[2] Die Kl. stand bis zu ihrer Versetzung zu einem anderen Dienstherrn im Jahr 2017 als Stadtverwaltungsoberrätin (Besoldungsgruppe A 14 LBesO) im Dienst der beklagten Gemeinde; seit 2007 war sie mit der Leitung des Fachbereichs III »Bürgerdienste, Recht und Ordnung« betraut. Nach seiner Wiederwahl vom Mai 2014 verfügte der Oberbürgermeister der Beklagten im Juli 2014 eine Neuorganisation des Verwaltungsaufbaus, mit der eine Reduzierung der Fachbereiche von vier auf drei einherging. In der Folge wurde die Kl. auf die neu gebildete »Stabsstelle Recht« umgesetzt.

[3] Hiergegen gerichtete Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes blieben erfolglos. Das Verwaltungsgericht verpflichtete die Bekl. jedoch im Wege der einstweiligen Anordnung, die Kl. amtsangemessen zu beschäftigen. Den hierauf bezogenen Vollstreckungsantrag lehnte das Oberverwaltungsgericht mit der Begründung ab, die Frist für die Vollziehung sei nicht eingehalten. Das Verwaltungsgericht verurteilte die Bekl. auch im Hauptsacheverfahren zur amtsangemessenen Beschäftigung der Kl.; den hiergegen gerichteten Antrag auf Zulassung der Berufung lehnte das Oberverwaltungsgericht ab.

[4] Da die Kl. im Zeitpunkt des Wirksamwerdens ihrer Umsetzung krankheitsbedingt nicht im Dienst war, wurde ihr bisheriges Dienstzimmer – nach Anhörung – geräumt und die darin befindlichen Gegenstände vorübergehend in ein anderes Büro verbracht, das auch früher schon von ihr genutzt worden war. Die der Kl. und den ihr zugeordneten Mitarbeitern zugewiesenen Dienstzimmer befanden sich im Dachgeschoss eines Seitentrakts des Rathauses. Die dorthin führenden »sehr steilen Treppen« waren aus arbeitsschutzrechtlicher Sicht bereits im Jahr 2010 beanstandet worden. Im Juni 2015 erhielten die im Dachgeschoss untergebrachten Bediensteten andere Dienstzimmer.

[5] Aus Anlass der Umsetzung bat die Kl. um eine schriftliche Einschätzung ihrer Leistungen als Fachbereichsleiterin,

die sie gegebenenfalls »auch bei Bewerbungen« vorlegen könne. In dem daraufhin vom Oberbürgermeister erstellten Dienstzeugnis hieß es abschließend, die Kl. habe ein Dienstzeugnis verlangt, weil sie eine Bewerbung bei einem anderen Dienstherrn oder außerhalb des öffentlichen Dienstes beabsichtige.

[6] Anlässlich der Gerichtsurteile über den Anspruch der Kl. auf amtsangemessene Beschäftigung stellte der Personalrat der Beklagten eine Pressemitteilung auf der Homepage ein, in der u.a. ausgeführt wurde: »Was nicht zur Verhandlung vor Gerichten, egal welcher Instanz, stehen wird, ist die auf der Strecke gebliebene Moral. Sich über Monate bei voller Besoldung als Chefjuristin der Verwaltung in »Krankheit« zu flüchten, weil man persönlich der Ansicht ist, arbeitsseitig unterfordert zu sein, sollte man den vielen fleißigen Beschäftigten, Beamten unserer Stadt einmal versuchen zu erklären.«

[7] Die Kl. sieht in diesen und weiteren Verhaltensweisen ein gezieltes »Mobbing« des Oberbürgermeisters, der ihr gegenüber auch offenbart habe, im Rahmen seines Wahlkampfes im Frühjahr 2014 das Vertrauen in ihre Person verloren zu haben.

[8] Nachdem die Kl. die Bekl. erfolglos zur Zahlung von Schadensersatz aufgefordert hatte, hat sie zunächst Untätigkeitsklage erhoben. Das Verwaltungsgericht hat daraufhin festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, der Kl. alle materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus der in den Jahren 2014 bis 2016 durch die Bekl. begangenen Verletzungen des Beamtenverhältnisses noch entstehen werden, und die Bekl. verurteilt, an die Kl. ein Schmerzensgeld i.H.v. 23.000 € zu zahlen. Die Kl. sei Opfer eines »Mobbing« durch den Oberbürgermeister geworden. [...]

[9] Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht die Klage in vollem Umfang abgewiesen. [...]

[10] Der grundlegende Verwaltungsumbau, der auf die Empfehlungen eines kommunalen Fachverbandes zurückgehe, habe die gesamte Stadtverwaltung betroffen. [...] Auch die Erteilung eines Dienstzeugnisses sei nicht zu beanstanden, weil nach § 62 Satz 1 LBG LSA bereits die Bewerbung ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Dienstzeugnisses begründe. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Anlassbeurteilung aus § 21 Abs. 1 Satz 2 LBG LSA hätten dagegen nicht vorgelegen. Der Inhalt der Pressemitteilung des Personalrats sei dem Oberbürgermeister nach dem Vortrag der Beklagten nicht bekannt gewesen. Zudem habe der Oberbürgermeister bei der Unterredung mit den Personalratsmitgliedern deutlich gemacht, dass er die Auseinandersetzung mit der Kl. nicht öffentlich führen wolle.

[11] Angesichts dieser Bekundung könne das Unterlassen eines Einschreitens gegen die Pressemitteilung des Personalrats nur in Verbindung mit anderen Handlungsweisen – an denen es indes fehle – geeignet sein, auf ein »Mobbing« hinzuweisen. Dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag zur Frage des Kenntnisstands des Oberbürgermeisters fehle daher die Entscheidungserheblichkeit. Auch der beantragten Beweiserhebung, dass die Kl. durch die amtsunangemessene Beschäftigung erkrankt sei, könne nicht gefolgt werden. Die beantragte Einholung eines Sachverständigenutachtens sei

nicht geeignet, den erforderlichen Kausalitätsbeweis zu erbringen, weil damit nicht feststünde, dass die Erkrankung auch ohne die Umstände hervorgerufen worden wäre.

[12] Unabhängig hiervon scheitere der Anspruch der Kl. auch daran, dass sie es schuldhaft unterlassen habe, innerhalb der dafür maßgeblichen Monatsfrist einen Antrag auf Vollziehung der im Hinblick auf ihren Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung ergangenen einstweiligen Anordnung zu stellen. Die Kollegialitätsgerichtsregel im Hinblick auf die Annahmen des Verwaltungsgerichts im Beschluss vom 07.07.2015 entlaste sie nicht, weil die Auffassung des Verwaltungsgerichts mit offensichtlich nicht tragfähigen Argumenten begründet sei.

[13] Mit der vom Bundesverwaltungsgericht durch Beschluss vom 12.07.2021 zugelassenen Revision beantragt die Kl., das Urteil des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt vom 08.10.2020 aufzuheben, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Halle vom 27.03.2019 zurückzuweisen, und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung über das vom Verwaltungsgericht abgewiesene Begehren auf Zuerkennung eines weiteren Schmerzensgeldes i.H.v. mindestens 31.000 € an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen.

[14] Die Bkl. beantragt, die Revision zurückzuweisen.

II. [15] Die zulässige Revision der Kl. (vgl. zur hinreichenden Bestimmtheit eines unbezifferten Klageantrags bei auf immaterielle Nachteile bezogenen Begehren BVerwG, Urt. v. 26.02.2015 – 5 C 5.14 – Buchholz 300 § 198 GVG Nr. 4 Rn. 13 ff.) ist begründet. Das angegriffene Berufungsurteil verletzt revisibles Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Das Oberverwaltungsgericht ist von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab für die Prüfung der als »Mobbing« gerügten Maßnahmen der Beklagten ausgegangen (1.) und hat seine tatsächlichen Feststellungen unter Verstoß gegen die hierfür geltenden Verfahrensregelungen getroffen (2.). Das Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen (3.).

[16] **1.** Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung unzutreffende rechtliche Maßstäbe zugrunde gelegt.

[17] **a)** Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass »Mobbing« weder eine Anspruchsgrundlage noch ein Rechtsbegriff ist. Der von der Kl. vorgetragene Sachverhalt muss daher in rechtsförmige Kategorien eingeordnet werden. Mögliche Anspruchsgrundlage für das von der Kl. geltend gemachte Begehren ist der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht.

[18] **aa)** Die unmittelbare Haftung des Dienstherrn für die durch eine Verletzung der Fürsorgepflicht entstandenen Schäden ist bereits vom Reichsgericht entwickelt und nachfolgend vom Bundesverwaltungsgericht übernommen worden (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.08.1961 – 2 C 165.59, BVerwGE 13, 17 <19 f.> und v. 15.06.2018 – 2 C 19.17, BVerwGE 162, 253 Rn. 9 jeweils m.w.N.). Das Rechtsinstitut des beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs findet

seinen Rechtsgrund im Beamtenverhältnis und begründet einen unmittelbar gegen den Dienstherrn gerichteten Ersatzanspruch für Schäden, die aus einer Verletzung der aus dem Beamtenverhältnis folgenden Pflichten entstehen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Dienstherr eine dem Beamten gegenüber bestehende Pflicht schuldhaft verletzt hat, die Rechtsverletzung adäquat kausal für den Schadenseintritt war und der Beamte es nicht unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines ihm zumutbaren Rechtsmittels abzuwenden (vgl. zuletzt BVerwG, Urt. v. 15.11.2022 – 2 C 4.21, NVwZ 2023, 609 Rn. 9 m.w.N.).

[19] Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn aus § 45 BeamStG vermittelt dem Beamten Anspruch auf Schutz und Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.02.2003 – 2 C 10.02, BVerwGE 118, 10 <13>); sie verpflichtet den Dienstherrn, Schädigungen der körperlichen oder seelischen Gesundheit der Beamten zu vermeiden (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 23.05.2005 – 2 BvR 583/05, NVwZ 2005, 926; BVerwG, Beschl. v. 18.02.2013 – 2 B 51.12, NVwZ 2013, 797 Rn. 10 m.w.N.).

[20] Unter den Voraussetzungen einer Verletzung der Fürsorgepflicht kann mit dem beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch daher auch ein Ersatz für immaterielle Schäden gewährt werden (vgl. § 253 Abs. 2 BGB). Dies gilt auch, soweit durch eine gezielte Unterbeschäftigung die Fürsorgepflicht verletzt worden ist.

[21] **bb)** Mit der Bezeichnung als »Mobbing« soll dabei ein bestimmtes Gesamtverhalten als Verletzungshandlung im Rechtssinne qualifiziert werden.

[22] Die rechtliche Besonderheit der als »Mobbing« bezeichneten tatsächlichen Erscheinungen liegt darin, dass nicht eine einzelne, abgrenzbare Handlung, sondern die Zusammenfassung mehrerer Einzelakte zu einer Rechtsverletzung des Betroffenen führen kann. Wesensmerkmal der als »Mobbing« bezeichneten Beeinträchtigung ist die systematische, sich aus vielen einzelnen Handlungen zusammensetzende Verletzungshandlung, wobei den einzelnen Handlungen bei isolierter Betrachtung eine rechtliche Bedeutung oft nicht zukommt (vgl. BAG, Urt. v. 16.05.2007 – 8 ARZ 709/06, BAGE 122, 304 Rn. 58). In der Senatsrechtsprechung ist »Mobbing« daher als ein »systematisches Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren« verstanden worden (BVerwG, Urt. v. 15.12.2005 – 2 A 4.04, NVwZ-RR 2006, 485 Rn. 36).

[23] **cc)** Diesen Maßstab hat das Berufungsgericht verkannt. In der – auf einen einzigen Satz beschränkten – Begründung der Gesamtschau (UA S. 28) kommt vielmehr zum Ausdruck, dass das Oberverwaltungsgericht bereits dem Umstand, dass es keinem der geschilderten Einzelmaßnahmen für sich genommen die Qualität eines »Mobbings« zuerkannte, maßgebliche Bedeutung zugemessen hat. Damit wird das Wesen und die rechtliche Qualität der vorgetragenen Fürsorgepflichtverletzung durch »Mobbing« nicht zutreffend erfasst.

[24] Durch die defizitäre Betrachtung des Gesamtgeschehens hat es das Berufungsgericht insbesondere versäumt, die Möglichkeit eines Gesamtsystems der vorgetragenen Einzelmaßnahmen in den Blick zu nehmen. Derartiges hätte in

besonderer Weise nahegelegen, weil das Berufungsgericht selbst – im Hinblick auf den im Rahmen des Wahlkampfes vorgetragenen Vertrauensverlust – »eine plausible Motivation für eine Ausgrenzung und Diskriminierung« der Kl. durch den Oberbürgermeister für möglich gehalten hatte. Bei dieser Sachlage durfte eine zusammenfassende Betrachtung des Gesamtverhaltens nicht unterbleiben.

[25] Dies gilt umso mehr, als auch nach Auffassung des Berufungsgerichts jedenfalls einzelne der vorgetragenen Maßnahmen zu beanstanden waren. Dass die Bekl. den Anspruch der Kl. auf amtsangemessene Beschäftigung über einen erheblichen Zeitraum nicht erfüllt und sie so in ihren Rechten verletzt hat, stellt die Berufungsentscheidung nicht in Abrede. Ob die Bekl. »die Nichtübertragung adäquater Aufgaben in einem Mobbingzusammenhang als Mittel eingesetzt [hat], um die Klägerin zu schikanieren« (UA S. 23), kann daher nicht in isolierter Betrachtung, sondern nur durch eine angemessene Gesamtschau aller Maßnahmen beurteilt werden.

[26] Widersprüchlich erscheint vor diesem Hintergrund auch die Annahme, dass aus dem Fehlen einer qualitativ und quantitativ ausreichenden Zuweisung von Arbeitsaufgaben (UA S. 23) nicht auf eine beim Oberbürgermeister vorhandene Diskriminierungsabsicht geschlossen werden könne. Maßgeblich wäre vielmehr die Betrachtung gewesen, ob die geschilderten Maßnahmen in einer Zusammenschau und bei Berücksichtigung der auch vom Berufungsgericht für plausibel gehaltenen Schikanemotivation als Verletzung der Fürsorgepflicht zu bewerten sind.

[27] Auch soweit das Berufungsgericht darauf verwiesen hat, die Inanspruchnahme zulässiger Verteidigungsmöglichkeiten und Einreden durch die Bekl. im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung vor dem Verwaltungsgericht stelle kein rechtswidriges Verhalten dar und könne daher nicht als missbräuchlich bewertet werden, wird deutlich, dass die Möglichkeit einer Schikaneabsicht nicht ernsthaft erwogen worden ist. Wieso das Befangenheitsgesuch im Rahmen des von der Kl. betriebenen Vollstreckungsverfahrens nicht auf Verschleppungsabsichten zurückgeführt werden könne – wie das Berufungsgericht ausführt (UA S. 24) – bleibt im Übrigen offen.

[28] Entsprechendes gilt für die Betrachtung der Zuweisung eines Dienstzimmers, dessen sicherheitsrechtliche Bedenken bekannt waren.

[29] **b)** Auch soweit das Berufungsgericht dem Anspruch der Kl. die unterlassene Anwendung von Rechtsmitteln entsprechend § 839 Abs. 3 BGB entgegengehalten hat, geht es von unzutreffenden rechtlichen Maßstäben aus.

[30] Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die in § 839 Abs. 3 BGB für Fälle der Amtshaftung getroffene Regelung als Ausprägung des Mitverschuldensprinzips auch für den beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch Anwendung findet. In ihr kommt zugleich der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes zum Ausdruck. Bei rechtswidrigem Handeln des Staates ist der Betroffene gehalten, zunächst die ihm zur Verfügung stehenden Mittel zur Abhilfe in Anspruch zu nehmen (kein »dulde und liquidiere«). Ein Anspruchsverlust tritt jedoch

nur durch den Nichtgebrauch von zumutbaren und erfolgversprechenden Rechtsmitteln ein (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.11.2022 – 2 C 4.21, NVwZ 2023, 609 Rn. 34 m.w.N.).

[31] Im Hinblick auf die von der Kl. gerügte nicht amtsangemessene Beschäftigung war sie daher gehalten, (Primär-) Rechtsmittel zur Abwendung des beanstandeten Verhaltens zu ergreifen. Hierzu gehört auch die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.10.2016 – 2 C 30.15, Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 Nr. 78 Rn. 30), von der die Kl. Gebrauch gemacht hat. Auf ihren Antrag hin hat das Verwaltungsgericht die Bekl. im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Kl. amtsangemessen zu beschäftigen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen.

[32] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt die nicht ordnungsgemäße Ausschöpfung der Möglichkeit, Vollziehungsmaßnahmen aus dieser einstweiligen Anordnung zu ergreifen, nicht zum Anspruchsverlust entsprechend § 839 Abs. 3 BGB. Eine Beamtin, die eine gerichtliche Verfügung gegen ihren Dienstherrn erwirkt hat, darf darauf vertrauen, dass dieser der Anordnung des Gerichts Folge leisten wird. Es ist ihr nicht zuzumuten, über die Beschreitung vorläufigen Rechtsschutzes hinaus auch Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihren Dienstherrn einzuleiten, um dem Vorwurf unterlassener Rechtsbehelfe bei der Geltendmachung von Sekundäransprüchen zu entgehen. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung trägt weder der Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu rechtstreuem Verhalten noch der gegenseitigen Treueverpflichtung im Beamtenverhältnis hinreichend Rechnung.

[33] Dem entspricht, dass bei der Prüfung der Zumutbarkeit von Rechtsmitteln in »Mobbing«-Konstellationen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berücksichtigt werden muss, dass bei Einlegung von Rechtsbehelfen eine Verschlechterung der gegenwärtigen Situation zu befürchten sein kann (vgl. BGH, Beschl. v. 01.08.2002 – III ZR 277/01, NJW 2002, 3172 <3174> und v. 30.06.2016 – III ZR 316/15, NVwZ-RR 2016, 917 Rn. 2).

[34] **2.** Das Berufungsgericht hat seine tatsächlichen Feststellungen unter Verstoß gegen die hierfür geltenden Verfahrensregelungen getroffen.

[35] **a)** Den von der Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestellten Antrag, zum Beweis der Tatsache, dass der Oberbürgermeister der Beklagten die Verlautbarung des Personalrats vor deren Erscheinen am 12.12.2015 in der Presse gekannt habe, die benannten Personalratsmitglieder als Zeugen zu vernehmen, hat das Berufungsgericht wegen mangelnder Entscheidungserheblichkeit der unter Beweis gestellten Tatsachen abgelehnt. Angesichts der vom Oberbürgermeister artikulierten Ablehnung eines Führens der Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit könne das Versäumnis, die Persönlichkeitsrechte der Kl. mit hinreichendem Nachdruck zu verteidigen, »nicht für sich genommen, sondern nur in Verbindung mit anderen Handlungsweisen – an denen es indes fehlt – geeignet [sein], auf ein »Mobbing« hinzuweisen« (UA S. 27).

[36] Diese Erwägung trägt die unterstellte Unerheblichkeit der Beweistatsache nicht. Denn nach der Begründung des

Berufungsgerichts ist es nicht ausgeschlossen, dass die unter Beweis gestellte Tatsache, wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts beeinflussen könnte. Die Ablehnung des Beweisantrags darf aber nicht dazu führen, dass aufklärbare, zugunsten eines Beteiligten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweismwürdigung entzogen werden (BGH, Urt. v. 03.12.2004 – 2 StR 156/04 – NJW 2005, 1132 <1133> zu § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO).

[37] Das Berufungsgericht geht mit der gegebenen Begründung selbst davon aus, dass der unter Beweis gestellten Tatsache Erheblichkeit für die zu entscheidende Frage zukommen kann, ob eine Fürsorgepflichtverletzung durch »Mobbing« vorliegt. Damit besteht ein Zusammenhang zwischen dem zu beurteilenden Sachverhalt und der unter Beweis gestellten Tatsache (vgl. Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 86 Rn. 70). Warum es an anderen, auf ein »Mobbing« des Oberbürgermeisters hinweisenden Handlungsweisen fehlen sollte, führt das Berufungsgericht nicht aus. Diese Frage ist indes – auch auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts (vgl. UA S. 19) – anhand einer Gesamtschau der beanstandeten Handlungen zu beurteilen. Sie kann daher nicht vorab, bezogen auf eine einzelne Maßnahme, verneint werden, sondern bedarf einer zusammenfassenden Gesamtschau. Die Ablehnung weiterer Ermittlungen zieht deshalb eine vorweggenommene Beweismwürdigung der Fragen nach sich, die erst im Rahmen einer Gesamtschau beurteilt werden können. Sie hätten vom Berufungsgericht aufgeklärt werden müssen, um die Voraussetzungen für eine angemessene Würdigung der Verhaltensweisen des Oberbürgermeisters zu ermöglichen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.01.2021 – 6 B 48.20, Buchholz 402.44 VersammlG Nr. 24 Rn. 18).

[38] Die Ablehnung des Beweisantrags kann folglich nicht auf die in Anspruch genommene fehlende Entscheidungserheblichkeit gestützt werden und ist fehlerhaft. Das angegriffene Berufungsurteil beruht deshalb auch auf einer Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Hierzu gehört auch die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Die Nichtberücksichtigung eines solchen Beweisangebotes verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (BVerfG, Beschl. v. 30.01.1985 – 1 BvR 393/84, BVerfGE 69, 141 <143 f.> und v. 26.06.2002 – 1 BvR 670/91, BVerfGE 105, 279 <311>).

[39] **b)** Auch die Ablehnung des in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestellten Antrags, zum Beweis der Tatsache, dass die Kl. u.a. aufgrund ihrer amtsunangemessenen Beschäftigung erkrankt ist, ein medizinisches Sachverständigengutachten einzuholen und die benannten Ärzte als sachverständige Zeugen zu vernehmen, entspricht nicht dem geltenden Verfahrensrecht.

[40] Dies folgt bereits daraus, dass die im Protokoll der mündlichen Verhandlung gegebene Begründung und die im Berufungsurteil ausgewiesenen Gründe nicht identisch sind. Während die Sitzungsniederschrift – ohne weitere Begrün-

dung – auf eine »mangelnde Entscheidungserheblichkeit« verweist, ist im Berufungsurteil ausgeführt, die beantragte Beweiserhebung sei nicht geeignet gewesen, den erforderlichen Kausalitätsnachweis zu erbringen. Auch im Falle der Bestätigung der von der Kl. vorgebrachten Behauptung stünde nicht fest, dass die nicht amtsangemessene Verwendung die Erkrankung auch ohne die weiteren Umstände hervorgerufen hätte (UA S. 29).

[41] Damit sind die Grundsätze des Kausalitätsmaßstabs nicht zutreffend erfasst. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Voraussetzung für die Geltendmachung eines beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs, dass die Rechtsverletzung adäquat kausal für den Schadenseintritt war (vgl. zuletzt BVerwG, Urt. v. 15.11.2022 – 2 C 4.21 – NVwZ 2023, 609 Rn. 9 m.w.N.). Liegen mehrere Ursachen vor, ist grundsätzlich jede von ihnen als wesentliche (Mit-)Ursache anzusehen, wenn sie annähernd die gleiche Bedeutung für den Eintritt des Erfolgs hat (BVerwG, Urt. v. 12.12.2019 – 2 A 6.18 – Buchholz 239.1 § 31 BeamtVG Nr. 33 Rn. 17). Diesen Maßstäben entspricht die Auffassung des Berufungsgerichts nicht. Es verlangt eine – alleinige – Ursache, indem die Anforderung aufgestellt wird, dass die nicht amtsangemessene Verwendung »die Erkrankung auch ohne die weiteren Umstände hervorgerufen hätte« (UA S. 29).

[42] Ein – jedenfalls mitursächlicher – Zusammenhang der mit dem Dienstposten »verbundenen Einschränkungen der persönlichen fachlichen Entfaltungsmöglichkeiten« und der Erkrankung der Kl. ist in der amtsärztlichen Stellungnahme vom 05.07.2016 – ausweislich der im angegriffenen Berufungsurteil enthaltenen Feststellungen (UA S. 29) – bescheinigt.

[43] **3.** Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

[44] Eine unmittelbare Entscheidung in der Sache selbst scheidet aus, weil es weiterer Sachverhaltsaufklärung bedarf und die abschließende Würdigung des Gesamtgeschehens den Tatsachengerichten vorbehalten ist.

An erkung zu BVer rt v

Immer wieder, wenn auch nicht alltäglich, haben es die Verwaltungsgerichte im Rahmen des öffentlichen Dienstrechts mit Fällen zu tun, in denen von den Rechtsschutzsuchenden, mitunter sogar in Konkurrentenverfahren, Umstände vorgebracht werden, die ihrer Auffassung nach als »Mobbing« zu bewerten sind. In der vorliegenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts,¹ mit der eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt² aufgehoben und zur Neuentscheidung zurückverwiesen wurde, geht es genau darum. Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich in dieser Entscheidung schwerpunktmäßig nicht nur mit Mobbing und den Voraussetzungen für einen hieraus folgenden Schadens-

1 BVerwG, Urt. v. 28.03.2023 – 2 C 6/21; die Zulassung der Revision erfolgte mit Beschl. des BVerwG v. 12.07.2021 – 2 B 77/20.

2 OVG LSA, Urt. v. 08.10.2020 – 1 L 72/19.

ersatzanspruch, sondern auch mit dem Grundrecht auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit gestellten Beweisanträgen. Sie kann als Handreichung für die mit Mobbingfällen befassten Dienstherren und Gerichte verstanden werden.

Die Kl. begehrt im Rahmen einer von ihr beim Verwaltungsgericht Halle³ anhängig gemachten Leistungsklage von der Beklagten Schadensersatz in der Form von Schmerzensgeld wegen Mobbing. Hierzu wirft sie dem seinerzeitigen Oberbürgermeister der Beklagten zahlreiche Mobbinghandlungen vor, die sich über mehrere Jahre erstreckt haben sollen. Diese werden allerdings von der Beklagten, entweder in Abrede gestellt oder als rechtmäßig bewertet.

Die Kl. geht davon aus, dass sämtliche Handlungen des Oberbürgermeisters, um die es hier geht, als Racheakte wegen ihres Engagements zugunsten des damaligen Konkurrenten anzusehen seien.

Im Einzelnen handelte es sich hierbei – kurz gefasst – um folgende sieben Komplexe, zu denen es bislang wegen der erfolgten Zurückverweisung an das Oberverwaltungsgericht auch nach fast zehnjähriger Dauer des Verfahrens⁴ noch keine endgültigen gerichtlichen Feststellungen gibt:

1. Umsetzung der Kl. von ihrem Dienstposten als Rechtsamtsleiterin auf eine »Stabsstelle Recht« mit nur noch einer unterstellten Mitarbeiterin. Die damit verbundene Umwandlung der bisherigen Linienposition in eine (höherwertige) Stabsposition sei nach Auffassung der Kl. nicht als Aufwertung anzusehen gewesen, sondern habe nur der Tarnung der in Wahrheit beabsichtigten faktischen Degradierung gedient.
2. Veränderungen in den Befugnissen der Kl., die nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts drauf hinausgelaufen seien, dass ihr im Wesentlichen keine eigenen Entscheidungsbefugnisse, etwa in der Prozessführung, mehr zugekommen seien. Die Dispositionsbefugnisse seien vielmehr allein von den jeweils betroffenen Fachbereichen der Verwaltung der Beklagten wahrgenommen worden, deren Vorgaben die Kl., jedenfalls faktisch, zu befolgen hatte.
3. Die Übertragung von Aufgaben, die nach Auffassung der Kl. keinerlei Sinn hatten, so die Stellungnahme zu bereits beschlussreifen Satzungsentwürfen, die zu diesem Zeitpunkt schon die zuständigen Gremien durchlaufen hatten.
4. Die Räumung des Dienstzimmers der Beklagten und Verlagerung des Mobiliars in eine nach Auffassung des Verwaltungsgerichts unansehnliche Dachkammer des schon recht alten Rathauses mit wenig Lichteinfall und erheblichen Sicherheitsmängeln
5. Erteilung eines Dienstzeugnisses aus Anlass des Ausscheidens der Kl. aus dem Dienst der Beklagten, obwohl diese nur die Erteilung einer Anlassbeurteilung beantragt hatte.
6. Die Art und Weise der Prozessführung der Beklagten in den vorausgegangenen Verfahren, die den Anspruch der Kl. auf amtsangemessene Beschäftigung zum Gegenstand hatten, bewertet die Kl. gleichfalls als »Schikane« und damit ebenfalls als Mobbing, weil die Bekl. stets auch dann noch von ihren prozessualen Möglichkeiten Gebrauch gemacht habe, wenn diese offensichtlich aussichtslos gewesen seien.
7. Beteiligung des damaligen Oberbürgermeisters der Beklagten – in welcher Form auch immer – an einer gegen die Kl. gerichteten Presseerklärung des Personalrats der Beklagten.

Die Kl. wirft der Beklagten ferner vor, durch die genannten Handlungen ihre Gesundheit in schwerwiegender Weise geschädigt zu haben. Dies habe zu vielfachen Krankschreibungen geführt. Hieraus folge die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung von Schadensersatz.

Obwohl die Bekl. bereits in einem vorausgegangenen Verfahren rechtskräftig dazu verurteilt worden sei, die Kl. amtsangemessene zu beschäftigen, habe sich, so das Verwaltungsgericht, bis zur Versetzung der Kl. zum Landkreis jedenfalls der Sache nach im Wesentlichen nichts an den dargestellten Zuständen geändert. Die gerichtlichen Entscheidungen hätten im Vorgehen der Beklagten stets nur zu scheinbaren »Nachbesserungen« geführt.

Dem vorliegenden Verfahren sind, wie schon erwähnt, mehrere verwaltungsgerichtliche Verfahren vorausgegangen. Die dort ergangenen Entscheidungen werden in den hier zu besprechenden Urteilen immer wieder angesprochen. Dabei ging es im Wesentlichen um den Anspruch der Kl. auf amtsangemessene Beschäftigung als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG.

Das erste Verfahren hierzu betraf die Gewährung vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes durch Erlass einer einstweiligen Anordnung, die das Verwaltungsgericht Halle zwar antragsgemäß erlassen hat, aus der die Kl. aber erst nach Ablauf der hierfür vorgeschriebenen Monatsfrist vollstrecken wollte. Während das Verwaltungsgericht Halle dies für unproblematisch hielt, ist das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt dem nicht gefolgt.

In dem zum Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung anhängig gemachten Hauptsacheverfahren hat die Kl. vor dem Verwaltungsgericht Halle allerdings ebenso obsiegt, wie nachfolgend vor dem Oberverwaltungsgericht.

Im hier gegenständlichen Verfahren verfolgt die Kl. gegen die beklagte Kommune einen Anspruch auf Schmerzensgeld. Mit diesem Begehren hatte sie vor dem Verwaltungsgericht Halle im Wesentlichen Erfolg. In seinem hierzu ergangenen Urteil setzt sich das Verwaltungsgericht im Rahmen einer recht sorgfältigen Prüfung mit den Mobbingvorwürfen der Kl. auseinander⁵ und sieht jeden dieser Vorwürfe nicht nur bestätigt, sondern bewertet diese im Rahmen der in solchen Fällen gebotenen Gesamtbetrachtung als Mobbing durch den damaligen Oberbürgermeister der Beklagten.⁶

Dem ist das Oberverwaltungsgericht allerdings nicht gefolgt. Wie das Verwaltungsgericht, setzt sich dieses Gericht

3 VG Halle, Urt. v. 27.03.2019 – 5 A 519/16, mit einer Darstellung der Prozessgeschichte, Fn. 9 ff.

4 Vgl. dazu: Naumburger Tageblatt der Mitteldeutschen Zeitung v. 30.03.2023, in dem auch über die mündliche Verhandlung vor dem BVerwG berichtet wird.

5 VG Halle (Fn. 3) zu den genannten Einzelkomplexen: Umsetzung »Stabsstelle Recht«, Rn. 125 ff., nicht amtsangemessene Befugnisse, Rn. 126, Übertragung sinnloser Aufträge, Rn. 135, Dachkammer, Rn. 127, »Dienstzeugnis«, Rn. 137, schikanöse Prozessführung, Rn. 132 und Beteiligung i.R.d. Presseerklärung des Personalrats, Rn. 136.

6 VG Halle (Fn. 3) Urt. v. 27.03.2019, a.a.O., Rn. 116 ff.

zwar auch mit jedem der Vorwürfe der Kl. auseinander⁷ und kommt allerdings dabei mit teilweise unterschiedlichen Begründungen zu dem Schluss, dass keiner dieser Vorwürfe gerechtfertigt sei.

Sodann heißt es in dieser Entscheidung:

»Erfüllt danach keiner der von der Klägerin geschilderten Einzelaspekte den Begriff des Mobbing, kommt der Senat ferner auch in der gebotenen Gesamtbetrachtung zu dem Ergebnis, dass kein als Mobbing zu qualifizierendes Verhalten der Beklagten feststellbar ist.«

Weitere Ausführungen zu der »gebotenen Gesamtbetrachtung« fehlen allerdings. Beweisanträge der Kl. im Hinblick auf durch die behaupteten Mobbinghandlungen des Oberbürgermeisters verursachte Beschädigung ihrer Gesundheit lehnte das Oberverwaltungsgericht als unerheblich ab. In den Entscheidungsgründen wird allerdings hierfür teilweise eine andere Begründung gewählt, als sie der Kl. ausweislich des Protokolls in der mündlichen Verhandlung mitgeteilt worden ist.

Auf die Beschwerde der Kl. gegen die Nichtzulassung der Revision ließ das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 12.06.2021 unter Aufhebung der entgegenstehenden Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts die Revision zu, weil das Verfahren Gelegenheit gebe zu prüfen, ob die genannte Monatsfrist auch dann mit der erstinstanzlichen Entscheidung (einstweilige Anordnung) beginnt, wenn der Beamte als Vollstreckungsgläubiger lediglich mit dem Hilfsantrag erfolgreich gewesen ist, sein Hauptantrag hingegen abgelehnt worden ist und er dagegen mit Rechtsmitteln vorgeht und sodann erst die Beschwerdeentscheidung abwartet.

Auf die Revision der Kl. hob das Bundesverwaltungsgericht das Urteil des Oberverwaltungsgerichts auf und wies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurück.

Zur Begründung verweist das Bundesverwaltungsgericht darauf, dass der geltend gemachte Schadensersatzanspruch jedenfalls auf einer im Öffentlichen Dienstrecht seit langer Zeit anerkannten Grundlage geltend gemacht werden könne. Des Weiteren habe das Oberverwaltungsgericht für die Überprüfung der Mobbingvorwürfe der Kl., auf die das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls eingeht,⁸ einen unzutreffenden Maßstab gewählt, vor allem fehle es in der Entscheidung an der gebotenen Bewertung des Gesamtverhaltens des Oberbürgermeisters. Es sei vielmehr von einer »defizitären Betrachtung des Gesamtgeschehens« auszugehen.⁹ Die Beweisanträge habe das Oberverwaltungsgericht unter Verstoß gegen Verfahrensregeln und gegen das Grundrecht der Kl. auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG abgelehnt, da die in den zwei Beweisanträgen gemachten Beweisangebote erheblich gewesen seien. Eine weitere Verletzung dieses Grundrechts sei deshalb gegeben, weil der in der Entscheidung zur Ablehnung des betreffenden Beweisantrages mitgeteilte Grund sich von dem in der mündlichen Verhandlung mitgeteilten Grund unterscheide.

Eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts ist nach der Zurückverweisung bislang noch nicht ergangen.

In allen genannten Entscheidungen wird jedenfalls grundsätzlich von einem Anspruch des Beamten gegen seinen Dienstherrn auf Schadensersatz etwa wegen Verletzung der diesem obliegenden Fürsorgepflicht ausgegangen. An dieser Stelle soll sich die Darstellung auf die hierzu vom Bundesverwaltungsgericht gemachten Ausführungen beschränken.

Als Anspruchsgrundlage für diesen Schadensersatzanspruch zieht das Bundesverwaltungsgericht entsprechend der ständigen Rechtsprechung,¹⁰ die hierzu bereits vom Reichsgericht entwickelt worden ist,¹¹ den beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn heran. Dieser Schadensersatzanspruch finde seine Grundlage im Beamtenverhältnis und begründe einen unmittelbar gegen den Dienstherrn gerichteten Ersatzanspruch für Schäden, die aus einer Verletzung der aus dem Beamtenverhältnis folgenden Pflichten entstehen. Entsprechend den allgemein für Schadensersatzansprüche bestehenden Grundsätzen muss die Pflicht durch den Dienstherrn schuldhaft verletzt worden und diese Rechtsverletzung für den Schadenseintritt adäquat kausal gewesen sein.¹²

Dieser Schadensersatzanspruch beziehe sich (auch) auf eine Verletzung des Fürsorgegrundsatzes aus § 45 BeamtStG (= § 78 BBG) und schließe die Pflicht zum Ersatz immaterieller Schäden nach § 253 BGB mit ein.¹³

Im Vordergrund für die Prüfung, ob im Einzelfall von Mobbing auszugehen ist, steht für das Bundesverwaltungsgericht das Gesamtverhalten auf der Seite des Dienstherrn.¹⁴ Das Oberverwaltungsgericht hatte im vorliegenden Fall sein einen Schadensersatzanspruch ablehnendes im Wesentlichen nur dadurch erzielt, indem es nur die in Rede stehenden Einzelakte in den Blick genommen und diese jeweils als für einen Schadensersatzanspruch, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, als irrelevant angesehen hat. Dazu führt das Bundesverwaltungsgericht allerdings Folgendes aus:

»Die rechtliche Besonderheit der als ›Mobbing‹ bezeichneten tatsächlichen Erscheinungen liegt darin, dass nicht eine einzelne, abgrenzbare Handlung, sondern die Zusammenfassung mehrerer Einzelakte zu einer Rechtsverletzung des Betroffenen führen kann. Wesensmerkmal der als ›Mobbing‹ bezeichneten Beeinträchtigung ist die systematische, sich aus vielen einzelnen Handlungen zusammensetzende Verletzungshandlung, wobei den einzelnen Handlungen bei isolierter Be-

7 OVG LSA (Fn. 2) zu den Einzelkomplexen: Umsetzung »Stabsstelle Recht«, Rn. 77 ff., Befugnisse, Rn. 81, sinnlose Aufgaben, Rn. 83 f. Dachkammer, Rn. 86 f., Dienstzeugnis, Rn. 88, schikanöse Prozessführung, Rn. 85, Presseerklärung des Personalrats, Rn. 89 f.

8 BVerwG (Fn. 1): Sinnlose Aufgaben, Rn. 25, schikanöse Prozessführung, Rn. 26, Dachkammer, Rn. 28, Presseerklärung des Personalrats, Rn. 35, Ablehnung der Beweisanträge, Rn. 34 ff.

9 Urt. v. 28.03.2023, a.a.O., Rn. 24.

10 BVerwG, Urt. v. 24.08.1961 – II C 165/59, BVerwGE 13, 17 (19 f.); BVerwG, Urt. v. 15.06.2018 – 2 C 19/17, BVerwGE 162 (253 Rn. 9).

11 Beginnend mit dem Urt. v. 02.11.1920 – III 137/20, RGZ 100, 188: Dort wird allerdings der Anspruch aus dem »öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis« lediglich kurz erwähnt. Allerdings schließe dieser Anspruch den allgemeinen Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB nicht aus (S. 189).

12 A.a.O., Rn. 18.

13 A.a.O., Rn. 19–20.

14 A.a.O., Rn. 21–22.

trachtung eine rechtliche Bedeutung oft nicht zukommt (vgl. BAG, Urt. v. 16.05.2007 – 8 ARZ 709/06, BAGE 122, 304 Rn. 58). In der Senatsrechtsprechung ist »Mobbing« daher als ein »systematisches Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren« verstanden worden.¹⁵

Die »Gesamtschau« des Oberverwaltungsgerichts habe sich auf einen Satz beschränkt und sei damit »defizitär«. Dieses Gericht habe damit das Wesen und die rechtliche Qualität der vorgetragenen Fürsorgepflichtverletzungen durch »Mobbing« nichtzutreffend erkannt.¹⁶ Die von der Kl. vorgetragene »plausible Motivation« für eine Ausgrenzung und Diskriminierung habe das Oberverwaltungsgericht zwar durchaus für möglich gehalten. Dann aber habe es im Rahmen der weiteren Prüfung auch nahegelegen, eine gebotene Gesamtschau aller von der Kl. hierzu vorgetragenen Ereignisse vorzunehmen.¹⁷

Sodann nimmt das Bundesverwaltungsgericht einzelne der in diesem Fall von der Kl. vorgetragenen Vorfälle in den Blick:

Hinsichtlich der Verletzung des Anspruchs der Kl. auf amtsangemessene Beschäftigung, von der selbst das Oberverwaltungsgericht ausgegangen sei, hätte eine Gesamtschau aller damit im Zusammenhang stehenden Vorfälle erfolgen müssen, um dem Vorwurf der Kl., alle genannten Einzelakte seien von einer »Schikanemotivation« getragen, zu überprüfen.¹⁸

Auch die Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen und Verteidigungsmöglichkeiten könne durch bei der gebotenen Gesamtschau als Prozessverschleppung und »Schikanehandlung« und damit als »Mobbing« in Betracht kommen.¹⁹

Entsprechendes gelte für die Zuweisung der Dachkammer als Dienstzimmer, dessen sicherheitsrechtliche Bedenken dem Dienstherrn bekannt gewesen seien.²⁰

Zum einen gelten für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen die allgemeinen Regelungen zum Mitverschulden, § 254 Abs. 1 BGB und zur Schadensminderungspflicht des Geschädigten aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB. Speziell auf den Amtshaftungsanspruch bezogen, ist § 839 Abs. 3 BGB zu beachten, wonach eine Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Damit ist der Grundsatz der vorrangigen Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes gemeint, soweit dies zumutbar und erfolgversprechend ist, von dem das Bundesverwaltungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung ausgeht.²¹

Im vorliegenden Fall war der Kl. insofern ein Fehler unterlaufen, der allerdings, vor allem in Konkurrentenverfahren, in der gerichtlichen Praxis öfter zu beobachten ist. Hat in solchen Verfahren, die vorwiegend als Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geführt werden, der Ast den Erlass einer einstweiligen Anordnung erreicht, wird mitunter übersehen, dass aus dieser binnen Monatsfrist die Anordnung der Vollstreckung zu beantragen ist, da die einstweilige Anordnung nach Ablauf dieser Frist ihre Wirksamkeit verliert. Das Verfahren zum Erlass der Vollstreckungsanordnung richtet sich nach § 167 VwGO i.V.m. § 890 Abs. 2 ZPO und nicht nach § 172 VwGO. Wird die Behörde durch gerichtliche Anordnung zur Unterlassung hoheitlicher Maßnahmen verpflichtet, richtet sich der Rechtsschutz unabhängig von der Rechtsnatur

der zu unterlassenden Handlung nach § 167 VwGO i.V.m. § 890 ZPO (Kopp/Schenke, VwGO, § 172 Rn. 1).²²

Während das Oberverwaltungsgericht wegen dieser Unterlassung von einem Anspruchsverlust ausgegangen ist, ist das Bundesverwaltungsgericht dieser Auffassung nicht gefolgt, sondern führt hierzu Folgendes aus:

»Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt die nicht ordnungsgemäße Ausschöpfung der Möglichkeit, Vollziehungsmaßnahmen aus dieser einstweiligen Anordnung zu ergreifen, nicht zum Anspruchsverlust entsprechend § 839 Abs. 3 BGB. Eine Beamtin, die eine gerichtliche Verfügung gegen ihren Dienstherrn erwirkt hat, darf darauf vertrauen, dass dieser der Anordnung des Gerichts Folge leisten wird. Es ist ihr nicht zuzumuten, über die Beschreitung vorläufigen Rechtsschutzes hinaus auch Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihren Dienstherrn einzuleiten, um dem Vorwurf unterlassener Rechtsbehelfe bei der Geltendmachung von Sekundäransprüchen zu entgehen. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung trägt weder der Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu rechtstreuem Verhalten noch der gegenseitigen Treueverpflichtung im Beamtenverhältnis hinreichend Rechnung.

Dem entspricht, dass bei der Prüfung der Zumutbarkeit von Rechtsmitteln in »Mobbing«-Konstellationen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berücksichtigt werden muss, dass bei Einlegung von Rechtsbehelfen eine Verschlechterung der gegenwärtigen Situation zu befürchten sein kann.²³

Gleichwohl ist es ratsam, in solchen Fällen die Monatsfrist für die Stellung eines Antrages auf Anordnung der Vollstreckung im Auge zu behalten, da, wie die Erfahrung zeigt, nicht immer und in jedem Fall damit zu rechnen ist, dass alle Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte dieser Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts uneingeschränkt folgen werden.

Das Oberverwaltungsgericht hat die für den Schadensersatzanspruch erforderliche Kausalität mit der Begründung verneint, dass die nicht amtsangemessene Beschäftigung der Kl. nicht ihre Erkrankung hervorgerufen hätte. Damit habe dieses Gericht allerdings, so das Bundesverwaltungsgericht, die »Grundsätze des Kausalitätsmaßstabs nichtzutreffend erfasst«:

»Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Voraussetzung für die Geltendmachung eines beam-

15 A.a.O., Rn. 22.

16 A.a.O., Rn. 23.

17 A.a.O., Rn. 23–24.

18 A.a.O., Rn. 26.

19 A.a.O., Rn. 27.

20 A.a.O., Rn. 28.

21 A.a.O., Rn. 30 unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 20.10.2016 – 2 C 30/15, Rn. 29 f.

22 Vgl. dazu instruktiv und mit weiteren Einzelheiten: VG München, Beschl. v. 10.01.2011 – M 3 V 10.453, Rn. 13 ff.

23 A.a.O., Rn. 32–33.

tenrechtlichen Schadensersatzanspruchs, dass die Rechtsverletzung adäquat kausal für den Schadenseintritt war. Liegen mehrere Ursachen vor, ist grundsätzlich jede von ihnen als wesentliche (Mit-)Ursache anzusehen, wenn sie annähernd die gleiche Bedeutung für den Eintritt des Erfolgs hat.²⁴

Eine Schadenskausalität ist demnach schon nicht deshalb ausgeschlossen, weil man es bei der Auswertung des Sachverhalts mit *mehreren (Teil-)Ursachen* zu tun hat, aber eine *Zusammenschau* aller dieser Ursachen die Schadenskausalität belegt. Im vorliegenden Fall hatte demgegenüber das Oberverwaltungsgericht eine *alleinige* Ursache hierfür verlangt. Damit habe dieses Gericht, so das Bundesverwaltungsgericht weiter, fehlerhaft die Anforderung aufgestellt, dass die nicht amtsangemessene Beschäftigung *auch ohne die weiteren Umstände* die Erkrankung der Kl. hervorgerufen habe.²⁵

Einen größeren Abschnitt nehmen in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts Fragen der Beweislast und des gerichtlichen Umgangs mit in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisanträgen ein. Dazu ist zunächst auf Folgendes hinzuweisen:

Vor allem auf Seiten von Klägern und Antragstellern ist es sinnvoll, sich den in der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehenden Amtsermittlungsgrundsatz zunutze zu machen und schon lange vor der mündlichen Verhandlung durch Anregungen an den Berichterstatter darauf hinzuwirken, dass dieser eine gewünschte Sachaufklärung relativ unproblematisch im Vorfeld jedenfalls der Erstellung seines Kammervotums vornimmt.

Im Übrigen zählen nur Beweisanträge, die ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Übersieht etwa das Gericht einen bereits schriftsätzlich gestellten Beweisantrag, kann ein hiervon Betroffener grundsätzlich hieraus nichts herleiten. Hierfür und für das Vorgehen nach Ablehnung eines Beweisantrages gelten im Vergleich zu den Verhältnissen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgesprochen strenge Regeln und Anforderungen, auf die *Vierhaus* in seinem immer noch aktuellen Buch über das Beweisrecht im Verwaltungsprozess²⁶ ausführlich und instruktiv eingeht.

In seiner Entscheidung zum vorliegenden Fall rügt das Bundesverwaltungsgericht, dass das Oberverwaltungsgericht seine tatsächlichen Feststellungen, soweit es gestellte Beweisanträge abgelehnt habe, unter Verstoß gegen die hierfür geltenden Verfahrensregelungen getroffen hat.²⁷ Außerdem habe dieses Gericht hierbei den Anspruch der Kl. auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

Die Kl. hatte zum Beweis der Tatsache, dass sie durch den Oberbürgermeister in der Öffentlichkeit gezielt bloßgestellt worden sei, die Vernehmung von Zeugen beantragt. Diesen Beweisantrag lehnte das Oberverwaltungsgericht mit der Begründung ab, dass der Oberbürgermeister bei anderer Gelegenheit ausdrücklich erklärt habe, die Auseinandersetzung mit der Kl. nicht in der Öffentlichkeit suchen zu wollen. Außerdem folge aus der behaupteten Tatsache, wenn sie denn wahr sei, *allein* noch nicht, dass der Oberbürgermeister die Persönlichkeitsrechte der Kl. nicht hinreichend verteidigt habe. Hier hält das Bundesverwaltungsgericht dem Oberverwaltungsgericht vor, dass es an anderer Stelle

seines Urteils selbst von der Entscheidungserheblichkeit der behaupteten Tatsache ausgegangen sei. Dies wird sodann näher ausgeführt.

Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör begründet das Bundesverwaltungsgericht sodann wie folgt:

»Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Hierzu gehört auch die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Die Nichtberücksichtigung eines solchen Beweisangebotes verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet.«²⁸

Noch gravierender ist allerdings ein weiterer Verstoß gegen das Recht der Kl. auf rechtliches Gehör:

Die Kl. hatte nämlich einen weiteren Beweisantrag zu ihrer Behauptung gestellt, dass sie aufgrund amtsunangemessener Beschäftigung erkrankt sei, die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens beantragt, den das Oberverwaltungsgericht allerdings ebenfalls abgelehnt hat. Die in der mündlichen Verhandlung hierzu abgegebene Begründung (der Beweisantrag sei nicht entscheidungserheblich) war allerdings mit der im Urteil des Oberverwaltungsgerichts mitgeteilten Begründung (die beantragte Beweiserhebung sei für den erforderlichen Kausalitätsnachweis nicht geeignet) nicht identisch.

Da das Bundesverwaltungsgerichts die Sache wegen noch erforderlicher Sachverhaltsaufklärung nicht abschließend entscheiden konnte, hat es das Verfahren an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wird für die praktische Befassung in solchen Fällen nicht folgenlos bleiben. Sie führt dazu, dass sowohl für die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit als auch für die Dienstherren in gebündelter Form Hinweise für den rechtlichen Umgang in solchen Fällen zur Verfügung stehen.

Sie bietet zwar keine gänzlich neuen Parameter für die Handhabung solcher Fälle, zumal sie auf zahlreiche in der bisherigen Rechtsprechung und auch von den Gerichten der Arbeitsgerichtsbarkeit²⁹ seit längerem entwickelte Grundsätze verweisen kann. Nicht zu übersehen ist allerdings das Bemühen des Bundesverwaltungsgerichts, entsprechende Vorträge der Rechtsschutzsuchenden ernst zu nehmen und die Gerichte zu einer sorgfältigen Prüfung solcher Begehren zu veranlassen. Jedenfalls was die Strenge der Prüfung anbelangt, ist dies durchaus im Sinne einer »strict scrutiny« gemeint, also einer besonders gründlichen Prüfung, wie sie etwa der Supreme Court in Amerika seit Jahrzehnten in vergleichbaren Fällen

24 A.a.O., Rn. 41–42.

25 A.a.O., Rn. 41 am Ende.

26 H.-P. Vierhaus, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, München 2011.

27 A.a.O., Fn. 34.

28 A.a.O., Rn. 38.

29 Vgl. z.B. BAG, Urt. v. 16.05.2007 – 8 AZR 709/06, BAGE 122, 304, Rn. 58; BVerwG, Urt. v. 15.12.2005 – 2 A 4/04, NVwZ-RR 2006, 485, Rn. 36.

intensiver Grundrechtsbetroffenheit handhabt.³⁰ Letzteres lässt sich vor allem den Ausführungen des Gerichts zu der Frage entnehmen, wie, insbesondere unter dem Blickwinkel des Anspruchs auf rechtliches Gehör, mit den in solchen Verfahren häufig gestellten Beweisanträgen umzugehen ist.³¹

Dr. Karl-Heinz Millgramm, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht a.D., Leipzig

30 Dieser Prüfungsstandard läuft auch in Fällen der vorliegenden Art häufig auf eine Beweislastumkehr zu Lasten des Staates hinaus: United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938), Fn. 4; Skinner v. State of Oklahoma, ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942); neuerdings: Students for Fair Admissions Inc v. President and Fellows of Harvard College, 600 U.S. __ (2023). Slip Op. P 15.

31 Vgl. nur die von Vierhaus (Fn. 26) besprochenen Fälle.

Eintragung eines alten Wasserrechts aus einem Erbleihbrief

Eintragung eines alten Wasserrechts aus einem Erbleihbrief

§§ 20 Abs. 1, 87 Abs. 2 Nr. 1 WHG in der Fassung vom 01.03.2010 (WHG 2010); §§ 17, 55 HWG in der Fassung vom 24.12.2010 (HWG 2010); § 15 WHG in der Fassung vom 27.07.1957 (WHG 1957); § 118, HWG in der Fassung vom 06.07.1960 (HWG 1960); § 124 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VwGO

Alte Wasserregalien wurden für einen bestimmten Zweck dem Betrieb einer Mühle der eine Wasserschere verliehen und umfasst nur das Recht das öffentliche Wasser zu dem Zweck und in dem Umfang zu benutzen zu dem und in dem das Recht verliehen wurde

Voraussetzung für die Geltung alter Wasserrechte ist nach Abs. 1 Satz 1 Abs. 2 Satz 1 dass bei Inkrafttreten des Hessischen Wassergesetzes am 01.08.1960 die zur Ausübung der Benutzung des alten Rechts notwendigen Anlagen vorhanden sind. Dieses Erfordernis ist nur erfüllt wenn die Anlagen zu Stichtag vollständig und zur Ausübung des alten Rechts geeignet sind. Als Anlagen sind dabei alle Einrichtungen anzusehen die in ihrer Gesamtheit die durch das alte Recht erlaubte öffentliche Wasserbenutzung unmittelbar ermöglichen. In dem Stichtag zentrale Anlagenteile wie das Wasserrad bei einer Mühle steht dies dem Vorhandensein rechtlicher Anlagen entgegen

Hess VGH, Beschl. v. 10.01.2024 – 4 A 17/21.Z

Aus den Gründen

I. [1] Die Kl. begehren die Eintragung, hilfsweise Feststellung eines alten Wasserrechts aufgrund besonderen Titels – eines Erbleihbriefes von 1692. Sie sind Eigentümer der sogenannten A.mühle in der Gemarkung X., Flur ..., Flurstück .../..., die an den Schwarzbach (früher Daisbach) angrenzt. Im Jahre 1692 verlieh der Erzbischof von Mainz in einem

Erbleihbrief dem ursprünglichen Eigentümer der A.mühle, Herrn Y., ein altes Wasserrecht. In dem Titel heißt es u.a.:

Wir [...] Bekennen hiermit für Unss, und Unssere Nachkommen abm ErtzStift, dass Wir [...] Y..., demselben, dessen Ehe-weib, allen deren Erben und Erbnehmern, auf einen ihm bereits [...] abngewiesenen Plats, abm Unsser Hofheimer Bach, unter dem Dorf X..., nechst am Maynstrom, eine Mühl aufzurichten gnädigst erlaubt, den Wasserfall sambt der geringen Fischerey, in der sogenannten X...er Bach, zu ewigen Zeiten erbbeständig dergestalten überlassen haben, dass Er sich mit denen, so die Trift selbigen Orthss haben, wegen Abgangs an der Wayd, der billigeit nach abfinde, sodann eine Mühl seinem gefallen nach dahin anlege, und sothane abnlegung nach möglicheit beschleunige. [... (Regelung zur jährlichen Erbpacht)...] Worüber nuhm Er Y..., alle dessen Erben und Erbnehmer den besagten Wasserfall ohne weitere beschworung best möglicht nutzen, und nach ihrem gefallen geniessen können, sollen und mögen; [... (Regelung zu den Folgen einer Säumnis bei der Pachtzahlung)...]

[2] 1911 erwarb der Betreiber der Cellulosefabrik X. Z. das Grundstück der A.mühle. Diesem wurde mit Verleihungsurkunde des Bezirksausschusses in Wiesbaden 1918 ein Recht zur Gewinnung von Grundwasser zu Betriebszwecken mittels unterirdischer Sickeranlagen auf den der Gemeinde gehörenden, östlich der A.mühle gelegenen Mainwiesen gewährt. 1921 wurde in das Wasserbuch des Daisbaches zu Gunsten der Gemeinde X. ein Recht zur Ableitung von Wasser aus dem Mühlgraben zwecks Bewässerung von Wiesen eingetragen. 1926 wurden in das Wasserbuch für den Daisbach aufgrund des Erbleihbriefes von 1692 für die jeweiligen Eigentümer der A.mühle die Rechte eingetragen, das Wasser des Baches bis zur Höhe des bestehenden Wehrs anzustauen, durch den vorhandenen Betriebsgraben abzuleiten, zum Betrieb der A.mühle zu gebrauchen und durch den Untergraben in den Main einzuleiten, mit der Maßgabe, dass das im selben Band eingetragene Recht der Landgemeinde X. auf Wiesenbewässerung bestehen bleibt. Bei Inkrafttreten des Hessischen Wassergesetzes am 01.08.1960 war nach den Angaben der Kl. das Stauwehr, der Mühlgraben, der das Wasser vom Wehr zum A.mühlen-Grundstück leitete, ein Wassersilo, eine unterirdische Sickeranlage und ein oberirdisches Grabensystem auf dem Grundstück der A.mühle vorhanden.

[3] 1971 erwarben die Rechtsvorgänger der Kl. das Gelände der Cellulosefabrik und der A.mühle und beantragten im Jahr 1973 die Bestätigung eines alten Wasserrechts zur Anstauung des Wassers des Daisbaches, zur Ableitung durch einen Betriebsgraben zum Betrieb der A.mühle und zur Wiedereinleitung des Wassers durch den Untergraben in den Main sowie die Eintragung dieses Rechts in das Wasserbuch. Mit Bescheid vom 26.03.1974 lehnte der Regierungspräsident in Darmstadt den Antrag mit der Begründung ab, das Wasserrad der A.mühle mit Zubehör sei 1952 entfernt worden, so dass bei Inkrafttreten des Hessischen Wassergesetzes (HWG) am 01.08.1960 keine rechtmäßige und vollständige Anlage mehr vorhanden gewesen sei, die ermögliche, das Recht noch auszuüben.

[4] Die am 12.12.1974 nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren beim Verwaltungsgericht Frankfurt am Main erhobene Klage gegen den Bescheid in der Fassung

des Widerspruchsbescheids v. 18.12.1974 (Az. III/3 E 2/75) wurde 1976 ruhend gestellt und erst im Januar 2017 auf Antrag der Beklagten wieder aufgerufen. Die Kl. hatten am 23.02.2013 unter Berufung auf den Erbleihbrief einen teilweise identischen Antrag auf Feststellung des Bestehens des alten Wasserrechts gestellt, nun ergänzend auch gerichtet auf das Recht zur Bewässerung von Grundstücken östlich und westlich der A.mühle und zum Betrieb einer Sickeranlage zur Gewinnung von Grundwasser. Zweck der Antragstellung war die Bewässerung eines Biotops.

[5] Mit Urteil vom 10.09.2020, zugestellt am 27.11.2020, wies das Verwaltungsgericht die Klage ab. Zur Begründung führt es im Wesentlichen aus, den Klägern stehe der geltend gemachte Anspruch auf Eintragung bzw. auf Feststellung eines alten Wasserrechts gem. § 87 Abs. 2 Nr. 1 WHG i.V.m. § 55 HWG nicht zu. Das mit Erbleihbrief vom 18.07.1692 den jeweiligen Eigentümern der A.mühle eingeräumte Wasserrecht sei mit Inkrafttreten des HWG vom 06.07.1960 am 01.08.1960 erloschen. Nach den Bestimmungen des § 15 WHG vom 27.07.1957 i.V.m. § 118 HWG vom 06.07.1960 hätten alten Rechte nur eingetragen werden können, wenn die zur Ausübung der Benutzung des alten Wasserrechts notwendigen Anlagen im Zeitpunkt des Inkrafttretens des HWG am 01.08.1960 vorhanden gewesen seien. Daran fehle es, da nach den Feststellungen in der mündlichen Verhandlung bereits seit dem Jahr 1922 kein Mühlengebäude mehr bestanden habe. Das Recht sei auf die Errichtung und den Betrieb einer Mühle gerichtet gewesen und habe sich nach Einstellung des Mühlenbetriebs auch nicht zu einem allgemeinen Wasserrecht entwickelt. Das in der Urkunde erwähnte Recht, im Mühlbach geringfügige Fischerei zu betreiben («samt der geringen Fischerey»), sei ein dem Mühlenrecht untergeordnetes Recht. Die Kl. könnten sich auch nicht auf das mit Verleihungsurkunde vom 06.11.1918 dem früheren Eigentümer der A.mühle verliehene Recht berufen, da dieses Recht nicht Streitgegenstand sei und zudem ausschließlich zum Betrieb der Cellulosefabrik erteilt worden sei. Das am 10.08.1926 auf der Grundlage des Erbleihbriefs eingetragene Recht sei ebenfalls am 01.08.1960 erloschen, weil es auch im Zusammenhang mit dem Betrieb der A.mühle gestanden habe. Die Kl. könnten ihren Anspruch auch nicht auf den gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz der »unvordenklichen Verjährung« stützen, da es hierzu an einer seit Langem rechtmäßig ausgeübten Nutzung fehle.

[6] Mit Schriftsatz vom 25.12.2020, eingegangen am 26.12.2020, haben die Kl. Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt und den Antrag am 26.01.2021 begründet. Sie machen den Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) sowie der besonderen rechtlichen Schwierigkeiten (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) geltend. Der Erbleihbrief von 1692 räume ein umfassendes Wasserrecht ein. Zudem sei darauf abzustellen, welche wasserrechtlichen Anlagen(teile) zum Stichtag 1960 vorhanden gewesen seien und nicht auf das Mühlgebäude. Die Rechtssache weise zudem besondere rechtliche Schwierigkeiten auf, da eine historische Urkunde ausulegen sei und die darin verliehenen Rechte in die moderne Rechtsordnung übergeleitet werden müssten. [...]

[9] Das Verwaltungsgericht habe sich umfassend mit der Urkunde von 1692 auseinandergesetzt und sei zurecht davon

ausgegangen, dass sich das Mühlenrecht nicht zu einem allgemeinen Wasserrecht entwickelt habe. [...]

[10] Die Beigel. hat keinen Antrag gestellt und sich nicht schriftsätzlich geäußert. [...]

II. [12] Der gem. § 124 Abs. 4 Satz 1 VwGO statthafte und auch im Übrigen zulässig, insbesondere fristgerecht gestellte und begründete Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt vom 10.09.2020 bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die von den Klägern geltend gemachten Zulassungsgründe liegen nicht vor.

[13] **I.** Der von den Klägern angeführte Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils gem. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ist nicht gegeben.

[14] Ernstliche Zweifel i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bestehen, wenn gegen die Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung gewichtige Gesichtspunkte sprechen. Dies ist der Fall, wenn der Beteiligte, der die Zulassung des Rechtsmittels begehrt, einen die angegriffene Entscheidung tragenden Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Argumenten infrage stellt und sich dem Verwaltungsgerichtshof die Ergebnisrichtigkeit der angegriffenen Entscheidung – unabhängig von der vom Verwaltungsgericht für sie gegebenen Begründung – nicht aufdrängt (vgl. Beschl. des Senats v. 11.09.2014 – 4 A 2032/12.Z, Rn. 4 m.w.N.). Die nach § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO erforderliche Darlegung des Zulassungsgrundes der ernstlichen Zweifel verlangt dabei, dass die Antragsbegründung in konkreter und substantiierter Auseinandersetzung mit der Normauslegung oder -anwendung bzw. der Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts Gesichtspunkte für deren jeweilige Fehlerhaftigkeit und damit für die Unrichtigkeit der angegriffenen Entscheidung aufzeigt, wobei das Gericht bei der Prüfung ernstlicher Zweifel auf die in dem Zulassungsantrag dargelegten Gründe beschränkt ist (Beschl. des Senats v. 10.08.2017 – 4 A 839/15.Z, Rn. 4; vgl. auch Kopp/Schenke, 29. Aufl. 2023, § 124a Rn. 50 und 52).

[15] Hiervon ausgehend haben die Kl. keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO aufgezeigt.

[16] Die Auslegung des Erbleihbriefes aus dem Jahr 1692 durch das Verwaltungsgericht begegnet nicht den von den Klägern geltend gemachten Bedenken. Das Verwaltungsgericht hat den Erbleihbrief dahingehend ausgelegt, dass darin erteilte Recht kein umfassendes Wasserrecht, sondern auf die Errichtung und den Betrieb der Mühle (sowie einer geringen Fischerei) gerichtet gewesen sei. Dieses Recht habe sich nach Einstellung des Mühlenbetriebs auch nicht dadurch zu einem allgemeinen Wasserrecht entwickelt, weil in der Urkunde zusätzlich »samt der geringen Fischerey« im Mühlbach aufgeführt sei. Dieses Fischereirecht sei ein dem Mühlenrecht untergeordnetes Recht gewesen.

[17] Demgegenüber sind die Kl. der Auffassung, mit dem Erbleihbrief sei ein umfassendes Wasserrecht eingeräumt worden. Sie verweisen insoweit auf die Passage im zweiten Teil des Erbleihbriefes im Kontext der Regelung zur Pachtverpflichtung, in der es heißt: [...] »Worüber nuhn Er Y...,

alle dessen Erben und Erbnehmer den besagten Wasserfall ohne weitere beschworung best möglichst nutzen, und nach ihrem gefallen genießen können, sollen und mögen;« [...].

[18] Mit dieser Passage hat sich das Verwaltungsgericht zwar nicht ausdrücklich auseinandergesetzt. Unter Berücksichtigung des Zulassungsvorbringens ergibt sich aus dieser Formulierung jedoch auch nicht, dass dem Y. und seinen Nachfahren ein umfassendes, nicht nur auf den Betrieb einer Mühle und geringfügigen Fischerei gerichtete Wasserrecht verliehen wurde. Dass die genannte Formulierung im Kontext der Schilderung der Pachtverpflichtungen, steht, wie die Kl. hierzu hervorheben, spricht nicht für, sondern dagegen, hierin die Verleihung eines weiteren, allumfassenden Wasserbenutzungsrechts zu sehen. Denn die zuerkannten Rechte werden im ersten Teil des Briefes beschrieben. Dort wird dem Y... »eine Mühl aufzurichten gnädigst erlaubt« und bekannt, dass »[Wir] den Wasserfall sambt der geringen Fischerey, in der sogenannten X...er Bach, zu ewigen Zeiten erbbeständig dergestalten überlassen haben, dass Er sich mit denen, so die Trift selbigen Orths haben, wegen Abgangs an der Wayd, der billigkeith nach abfinde, sodann eine Mühl seinem gefallen nach dahin anlege, und sothane ablegung nach möglichkeith beschleunige.« Der Wasserfall wird nach dem Wortlaut ausdrücklich »dergestalten überlassen«, eine Mühle anzulegen, wird also ausdrücklich zum Zweck der Errichtung einer Mühle erteilt. Danach folgt die Regelung zur Pachtverpflichtung, in der sich die von den Klägern in Bezug genommene allgemeine Passage befindet. Die Stellung der zitierten Passage im Kontext der Regelung zur Pachtverpflichtung spricht dafür, dass es sich bei dem dort beschriebenen Recht nicht um ein weiteres eigenständiges umfassendes Wasserbenutzungsrecht, sondern vielmehr um eine Zusammenfassung bzw. Umschreibung der zuvor genannten Rechte handelt. Wäre dem Y. ohnehin ein allumfassendes Wasserbenutzungsrecht eingeräumt worden, würde sich auch nicht erklären, warum das Recht im ersten Teil ausdrücklich auf eine nur »geringe« Fischerei bezogen wird.

[19] Wie die im Jahr 1926 erfolgte (deklaratorische) Eintragung in das Wasserbuch des Daisbaches zeigt, entspricht dieses Verständnis auch dem Verständnis der Rechtsvorgänger der Kl. zum Umfang des durch den Erbleihbrief verliehenen Wasserrechts. Damals wurde auf Grundlage des Erbleihbriefes auf Antrag nur das Recht eingetragen, das Wasser des Daisbaches in der Gemarkung X. aufzustauen, durch den vorhandenen Betriebsgraben abzuleiten, zum Betrieb der A.mühle zu gebrauchen und durch den Untergraben in den Main einzuleiten. Das damals eingetragene Stau- und Ableitungs- und Einleitungsrecht wird auch dort nicht allgemein, sondern bezogen auf den Betrieb der A.mühle erwähnt.

[20] Die Auslegung des Erbleihbriefes durch das Verwaltungsgericht steht auch im Einklang zu dem herrschenden Verständnis von Wasserregalien, zu denen auch das Mühlenrecht bzw. Mühlenregal zählte. So wurden auch regale Mühlenrechte für einen bestimmten Zweck verliehen (Schlegelberger, in: Holtz/Kreutz, Das preussische Wassergesetz v. 07.04.1913, 1913, Anm. 7 b) zu § 379, S. 592; vgl. auch (BGH, Urt. v. 15.03.2001 – III ZR 154/00, BGHZ 147, 125–136, Rn. 21 m.w.N.). Man unterschied zwischen verschiedenen Wasserregalien, z.B. dem Fischerei-, dem Flößerei- und dem Mühlenregal etc. Vom Mühlenregal unter-

schieden wurden auch andere Wasserbenutzungsrechte wie z.B. das Recht zur Ableitung von Wasser für die Bewässerung. Die Verleihung eines Wasserregals gab dem Beliehenen immer nur das Recht, das öffentliche Gewässer zu dem Zwecke und in dem Umfang zu benutzen, zu denen und in dem ihm das Recht verliehen war (Schlegelberger, ebenda, Anm. 7 b) zu § 379, S. 592 f.). Der Müller durfte daher z.B. nicht Bewässerungswasser aus dem Stauwasser entnehmen (Schlegelberger, ebenda, Anm. 7 c) zu § 379, S. 593). Auch dieser entstehungsgeschichtliche Hintergrund spricht gegen eine Auslegung des Erbleihbriefes im Sinne eines allumfassenden Wasserbenutzungsrecht, das auch die von den Klägern begehrte Benutzung zur Bewässerung und zur Grundwassergewinnung umfasst. Das Recht auf Grundwassergewinnung durch Sickeranlagen wurde dementsprechend auch später durch die separate Verleihurkunde von 1918, die nicht Gegenstand des Verfahrens ist, verliehen. Auch kann allein die faktische Nutzung des Wassers zu anderen Zwecken, wie z.B. der Bewässerung, das auf dem Titel beruhende Recht nicht abändern. Nach § 17 Abs. 2 HWG bestimmen sich Inhalt und Umfang der alten Rechte und alten Befugnisse, soweit sie auf besonderem Titel beruhen, vielmehr nach diesem.

[21] Angesichts des Wortlautes und dem entstehungsgeschichtlichen Kontext des in dem Erbleihbrief verliehenen Wasserrechts überzeugt auch die Ansicht der Kl. nicht, dass die Mühle nur Erwähnung in der Urkunde gefunden habe, um die wirtschaftliche Verwertung im Sinne des Erzbischofs zu ermöglichen.

[22] Auch aus dem Beruf des Y... lässt sich entgegen der Auffassung der Kl. nicht schließen, dass diesem ein umfassendes Wasserrecht verliehen wurde. Warum einem »Keller«, der nach den Ausführungen der Kl. vermutlich für die Eintreibung der Abgaben an den Lehns- bzw. Gutsherren verantwortlich war, gegenüber einem »Müller« ein umfassenderes Wasserrecht verliehen werden sollte, erschließt sich nicht und wird von den Klägern auch nicht weiter erläutert.

[23] Soweit die Kl. weiter einwenden, das Verwaltungsgericht habe bei seiner Prüfung der vorhandenen Anlagen zum Stichtag des 01.08.1960 zu Unrecht allein auf das fehlende Mühleng Gebäude abgestellt, begründet auch dies im Ergebnis keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils.

[24] Alte Rechte, die nach § 55 HWG in der Fassung vom 24.12.2010 (HWG 2010) i.V.m. § 87 Abs. 2 Nr. 1 WHG in der Fassung vom 01.03.2010 (WHG 2010), ins Wasserbuch einzutragen sind, sind nach § 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 a) HWG 2010 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 WHG 2010 unter anderem die nach den Landeswassergesetzen aufrechterhaltenen Rechte, sofern zur Ausübung der Benutzung am 12.08.1957 oder einem anderen von den Ländern bestimmten Zeitpunkt rechtmäßige Anlagen vorhaben waren, vgl. § 20 Abs. 1 Satz 2 WHG 2010. Nach § 118 HWG vom 06.07.1960 i.V.m. § 15 WHG vom 27.07.1957 kommt es, wie das Verwaltungsgericht zu Recht ausführt, in Hessen darauf an, dass die zur Ausübung notwendigen Anlagen bei Inkrafttreten des HWG am 01.08.1960 vorhanden waren.

[25] Den Klägern ist zwar zuzugeben, dass der Begriff der Anlagen in diesem Sinne dahingehend auszulegen ist, dass

er die wasserrechtlichen Anlagen und Anlagenteile umfasst, insbesondere diejenigen, die der Entnahme, Weiterleitung und Nutzung des Wassers dienen. Denn von diesen hängt die Form der Benutzung und der notwendige Schutz des Wassers ab. Als »Anlagen« i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 2 WHG sind dementsprechend nicht nur das Mühlengebäude mit Mühlrad, sondern alle Einrichtungen anzusehen, die in ihrer Gesamtheit die erlaubte Gewässerbenutzung unmittelbar ermöglichen, also z.B. Staudämme, Durchlässe, Leitungsrohre, künstlich angelegte Gräben, Kanäle und Wassertriebwerke (vgl. Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp/Zöllner, 57. Erg. Lfg. August 2022, WHG § 20 Rn. 62 m.w.N.). Dementsprechend handelt es sich nicht nur bei dem ehemaligen Mühlrad im Mühlengebäude, sondern auch bei dem Wehr, mit dem das Wasser aufgestaut wird, sowie dem Mühlgraben, mit dem das Wasser zur A.mühle abgeleitet wird und die beide nach den Angaben der Kl. am 01.08.1960 noch vorhandenen waren, um maßgebliche Anlagen i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 2 WHG.

[26] Dennoch folgt hieraus nicht der Fortbestand des alten Wasserrechts. Denn das Erfordernis der vorhandenen rechtmäßigen Anlage gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 WHG ist nur erfüllt, wenn die Anlagen zum Stichtag vollständig und zur Ausübung des alten Rechts geeignet waren; das heißt die Anlagen mussten in dem Umfang bestehen, wie es zur Ausübung des (alten) Rechts erforderlich war (BVerwG, Urt. v. 01.04.1971 – IV B 83/70, BayVBl. 1972, 245 (246) m.w.N.; Hess. VGH, Urt. v. 20.03.1970 – 70 IV OE 94/68, HessVGRspr. 70, 57 = FHOeffR 21 Nr. 5150 (Ls.); Sächs. OVG, Beschl. v. 06.02.2012 – 4 B 268/11, Rn. 8; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.08.2020 – OVG 11 N 4.18, Rn. 20; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 15.10.2020 – 2 L 5/18, Rn. 57; Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, 3. Kapitel Rn. 496 m.w.N.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24.02.2010 – 1 BvR 27/09, zur Verfassungsgemäßheit des Erfordernisses). Mit Anlage ist die Betriebsanlage in ihrer Gesamtheit gemeint (Hess. VGH, Urt. v. 20.03.1970 – 70 IV OE 94/68, Entscheidungsabdruck S. 23 m.w.N.). Das Vorhandensein von Teilen der alten Anlage, mit deren Hilfe die Ausübung des alten Rechts nicht möglich ist, genügt daher für den Fortbestand des Rechts nicht (vgl. Sächs. OVG Beschl. v. 06.02.2012, ebenda Rn. 8). Fehlen zum Stichtag zentrale Anlagenteile, die für die Ausübung des alten Rechts erforderlich sind, wie das Wasserrad, steht dies dem Vorhandensein rechtmäßiger Anlagen entgegen (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 15.10.2020, ebenda Rn. 57; Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp/Zöllner, ebenda § 20 Rn. 64 m.w.N.). Diese Auslegung steht auch im Einklang mit Sinn und Zweck der Stichtagsregelung. Denn Sinn und Zweck der Regelung ist es einerseits, nur tatsächlich ausgeübte alte Gewässerbenutzungen zum Schutz des damit verbundenen eigentumsähnlichen Rechtes aufrechtzuerhalten. Darüber hinaus soll das Erfordernis des Vorhandenseins von Anlagen dafür sorgen, dass das Bestehen des Benutzungsrechts nach außen erkennbar ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.02.2010 – 1 BvR 27/09, Rn. 75 m.w.N.). Sofern zum Stichtag keine funktionsfähige Anlage mehr existiert, kann das Erlöschen eines alten Wasserrechts typischerweise auch kein durch Investitionen betätigtes Vertrauen in den Fortbestand der alten Rechtslage mehr enttäuschen (BVerfG, Beschl. v. 24.02.2010, ebenda Rn. 81).

[27] Ob die Anlage vollständig war, bestimmt sich nach dem alten Recht (Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, ebenda Rn. 496), hier also nach dem streitgegenständlichen Recht aus dem Erbleihbrief. Wie oben ausgeführt, ist das Verwaltungsgericht insoweit zurecht davon ausgegangen, dass die Nutzung des Wassers nach dem Erbleihbrief auf den Mühlenbetrieb (und eine geringfügige Fischerei) ausgerichtet war und nicht umfassend dahingehend zu verstehen ist, dass es auch ein Recht auf Bewässerung von Grundstücken oder zur Errichtung von Sickeranlagen umfasste. Das Mühlengebäude samt dem Mühlrad, die eine zweckentsprechende Nutzung des Wassers hätten ermöglichen können, waren jedoch nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts spätestens seit 1922 nicht mehr vorhanden. Ob damals bereits ein Grabensystem zur Bewässerung vorhanden war, konnte der Kl. zu 1) in der mündlichen Verhandlung nicht genau sagen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass zum Stichtag auch ein Grabensystem zur Bewässerung vorhanden gewesen ist, so handelt es sich bei der Nutzung zur Bewässerung um einen anderen Benutzungszweck, der nicht mehr von dem hier allein streitgegenständlichen Recht aus dem Erbleihbrief umfasst war. Dasselbe gilt für die Sickeranlagen zur Gewinnung von Grundwasser, die nach Angaben der Kl. 1960 vorhandenen waren. Auch diese stellen eine andere Form der Wasserbenutzung (heute erfasst § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG) dar als das Stauen (jetzt erfasst von § 9 Abs. 1 Nr. 1 WHG) und das Ableiten von Wasser (jetzt erfasst von § 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG) zum Betrieb einer Mühle. Diese Nutzung war dementsprechend auch durch einen anderen Titel, nämlich die Verleihurkunde des Bezirksausschusses vom 06.11.1918, legitimiert.

[28] Die Rechtssache weist auch keine besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO auf.

[29] Besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten weist eine Rechtssache dann auf, wenn sie voraussichtlich in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht größere, d.h. überdurchschnittliche, das normale Maß nicht unerheblich überschreitende Schwierigkeiten verursacht (Beschl. des Senates v. 20.03.2001 – 4 TZ 822/01, Rn. 12; vgl. auch Kopp/Schenke, VwGO, 29. Aufl. 2023, § 124 VwGO Rn. 9), also eine im konkreten Fall entscheidungserhebliche Normauslegung oder -anwendung bzw. Tatsachenfeststellung einen außergewöhnlichen Aufwand erfordert (Hess. VGH, Beschl. v. 10.06.2013 – 7 A 418/12.Z, Rn. 30). Die Darlegung dieses Zulassungsgrundes verlangt vom Zulassungsantragsteller, dass er in konkreter Auseinandersetzung mit den einzelnen Feststellungen des angefochtenen Urteils dargetut, aus welchen Erwägungen heraus die Klärung einer sich aufgrund des erstinstanzlichen Urteils entscheidungserheblich stellenden Frage rechtlicher oder tatsächlicher Art mit dem üblichen Maß deutlich überschreitenden Problemen verbunden ist (Hess. VGH, Beschl. v. 10.06.2013, ebenda Rn. 30 m.w.N.). Das ergibt sich hier nicht aus dem Zulassungsverbringen.

[30] Die Kl. machen geltend, dass aufgrund der Auslegung der historischen Urkunde und der Überleitung der dort beschriebenen Rechte in die moderne Rechtsordnung besondere rechtliche Schwierigkeiten bestehen würden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die historische Rechtsordnung andere

Zielsetzungen verfolgte und bestimmte, heute zu schützende Rechtsgüter wie der Umwelt und Gewässerschutz damals nicht bekannt gewesen seien. Die sich daraus auf die Tatbestände der modernen Gesetzestexte ergebenden Folgen würden einer intensiven Befassung mit den Rechtsfragen bedürfen und sich nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes beantworten lassen.

[31] Hiermit sind keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten dargetan. Allein die Tatsache, dass vorliegend die Auslegung einer historischen Urkunde erforderlich ist und deren Inhalt in die aktuelle Rechtsordnung übergeleitet werden muss, begründet keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten. Dass bei der Auslegung der historischen Urkunde andere als die üblichen Auslegungstechniken, ein besonders großer Begründungsaufwand oder eine ungewöhnlich umfangreiche rechtliche oder tatsächliche Recherche erforderlich wären, die die Rechtssache von anderen wasserrechtlichen Verfahren nach Umfang oder Schwierigkeit besonders abheben würde, zeigen die Kl. nicht auf. Auch die Überleitung der alten Rechte in die aktuelle Rechtsordnung bereitet keine ungewöhnlichen Schwierigkeiten, da ihr Umfang vom Wasserrecht vorgegeben wird und hierzu, insbesondere zu der hierbei maßgeblichen Frage, welche Anlagen zum Stichtag 1960 vorhanden gewesen sein müssen, zudem zahlreiche Kommentarliteratur und Rechtsprechung, auch zu ähnlich gelagerten Fällen vorhanden ist, die dabei Orientierung bietet. Dass sich die Auslegung nicht allein aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, wie die Kl. hervorheben, sondern bei der Auslegung weitere Aspekte – wie insbesondere Sinn und Zweck und Entstehungsgeschichte der Regelung – relevant sind, ist nicht ungewöhnlich und begründet ebenfalls keine besondere Schwierigkeit der Rechtssache.

[32] Weitere Zulassungsgründe sind nicht vorgetragen. [...]

Genehmigung von Windenergieanlagen

§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 4 Abs. 3 Satz 2, § 6 UmwRG; § 10, § 16, § 16b, § 19 BImSchG; § 7 Abs. 3 UVPG; § 87b VwGO; § 49 Abs. 2b EnWG; Nr. 2.2, 3.2.1 Abs. 2, Nr. 6.3 der TA Lärm

Nach der gesetzlichen Bestimmung des Abs. 2b EnWG gilt die Anlagengeräusche von Hochspannungsnetzen verursacht als seltenes Ereignis i.S.d. Abs. 2b EnWG, das die dafür maßgeblichen Grenzwerte nicht übersteigt.

Die Berücksichtigung von lärmbedingten Anlagen Geräuschen von Hochspannungsfreileitungen ist bei der Ermittlung der für die Genehmigung von Windenergieanlagen maßgeblichen Gesamtlast nach Nr. 6.3 Abs. 2b Satz 1 der TA Lärm in der Regel entbehrlich, wenn die Gesamtlast durch die Windenergieanlage und sonstige nach der TA Lärm als Vorklastung zu berücksichtigende Einrichtungen im Bereich in Anlehnung an Nr. 6.3 Buchst. d der TA Lärm maßgeblichen Grenzwerte nicht übersteigt.

Die Fristen für die Anträge nach Ablauf der Befristung des Abs. 2b Satz 1 der TA Lärm sind nicht anzuwenden.

Satz 1 Abs. 2b EnWG ist nicht präkludiert, wenn es sich um geringfügige Sachverhalte handelt, die sich aus den im Verfahren ermittelten Unterlagen ergibt und keine weiteren Ermittlungen erfordert, wenn die im Verfahren ermittelten Tatsachen bereits aus einem anderen Verfahren bekannt sind. (V. Nr. 2.2, 3.2.1 Abs. 2, Nr. 6.3 der TA Lärm)

OVG NRW, Urt. v. 12.01.2024 – 8 D 92/22.AK

U Sachverhalt

Der Kl. wohnt auf einem Grundstück, über das Hochspannungsfreileitungen verlaufen. Er wendet sich gegen das Vorhaben der Beigeladenen, in einer Entfernung von etwa 528 m bzw. 860 m südöstlich seines Wohnhauses zwei jeweils 199,90 m hohe Windenergieanlagen zu errichten und zu betreiben. Gegen die der Beigeladenen erteilte Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb der zwei Windenergieanlagen erhob der Kl. beim VG Münster Klage. Vor Errichtung der Anlagen erteilte der Bekl. der Beigeladenen eine Änderungsgenehmigung für einen anderen Anlagentyp, die der Kl. in das Verfahren einbezog. Nachdem die Beigel. erklärte hatte, dass der mit der Ursprungsgenehmigung genehmigte Anlagentyp nicht realisiert werde, verwies das VG den Rechtsstreit an das OVG. Die Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Die Klage hat keinen Erfolg.

A. Der Senat ist für die Entscheidung zuständig. [...]

B. Ausgehend hiervon ist die Anfechtungsklage, deren Gegenstand die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 27.02.2020 in der Fassung der Änderungsgenehmigung vom 15.12.2021 ist, vgl. hierzu die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes des Klägers ergangene Entscheidung OVG NRW, Beschl. v. 03.11.2023 – 8 B 1049/23.AK, Rn. 28 ff., m.w.N., zulässig (dazu I.), bleibt aber in der Sache ohne Erfolg (dazu II.).

I. Die Anfechtungsklage des Klägers ist gem. § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Der Kl. ist insbesondere klagebefugt i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO.

Da der Kl. nicht Adressat, sondern nur Drittbetroffener der angegriffenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist, kommt es für die Zulässigkeit seines Rechtsbehelfs darauf an, ob er sich für sein Begehren auf eine öffentlich-rechtliche Norm stützen kann, die auch ihn als Dritten schützt. Vgl. BVerwG, Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 8.01, Rn. 15; OVG NRW, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 346/21.AK, Rn. 42, und Beschl. v. 30.01.2018 – 8 B 1060/17, Rn. 5.

Das ist hier der Fall. Als Miteigentümer des Grundstücks kann der Kl. – mit Blick auf die Nähe zu den beiden Windenergieanlagen nicht schon von vornherein offensichtlich auszuschließende – nachbarrechtsrelevante Beeinträchtigungen geltend machen, die u.a. am baurechtlichen Gebot der Rück-

sichtnahme zu messen sind. Entsprechendes gilt hinsichtlich einer ebenfalls nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossenen Betroffenheit im Schutzbereich des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Vgl. OVG NRW, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 346/21.AK, Rn. 45 und 47, m.w.N.

II. Die Klage ist jedoch unbegründet.

Die angef. immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 27.02.2020 in der Fassung der Änderungsgenehmigung vom 15.12.2021 verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Die angegriffene Genehmigung verstößt weder in formeller (dazu 1.) noch materieller (dazu 2.) Hinsicht gegen solche Rechtsvorschriften, die zumindest auch dem Schutz des Klägers zu dienen bestimmt sind.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist bei einer immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungsklage grundsätzlich der Zeitpunkt der Genehmigungserteilung, wenn sich nicht aus dem anzuwendenden materiellen Recht (ausnahmsweise) etwas anderes ergibt. Während nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage zu Lasten des Anlagenbetreibers außer Betracht bleiben, sind solche zu dessen Gunsten zu berücksichtigen. Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 – 7 C 5.18, Rn. 42 f., und Beschl. v. 08.10.2021 – 7 B 1.21, Rn. 9; OVG NRW, Urt. v. 27.04.2023 – 8 D 368/21.AK, Rn. 106 f., m.w.N.

1. Die angegriffene Genehmigung in der Fassung der Änderungsgenehmigung verstößt nicht gegen formelle Vorgaben, die Drittschutz vermitteln. Weder ist zu beanstanden, dass im Hinblick auf die Erteilung der Änderungsgenehmigung ein Verfahren nach § 19 BImSchG ohne Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt worden ist (dazu a.), noch liegen Mängel der Öffentlichkeitsbeteiligung betreffend das ursprüngliche, auf Antrag der Beigeladenen nach § 10 BImSchG durchgeführte Genehmigungsverfahren vor (dazu b.). Auch ist die Änderungsgenehmigung hinreichend bestimmt (dazu c.).

a. Die Erteilung der Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG) im vereinfachten Verfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 19 BImSchG ist jedenfalls nach gegenwärtiger Rechtslage, die wie dargelegt als nachträgliche Änderung zugunsten des Vorhabenträgers zu berücksichtigen ist, nicht zu beanstanden. Die Zuordnung von Änderungen erteilter Genehmigungen für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen einschließlich einer Auswechslung des Anlagentyps zum vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG entspricht den gesetzlichen Vorgaben der mit Wirkung vom 13.10.2022 eingefügten Regelung in § 16b Abs. 7 i.V.m. Abs. 6 Satz 1 BImSchG.

Dieser Einschätzung steht nicht entgegen, dass – wie der Kl. geltend macht – die mit der Änderung des Anlagentyps einhergehenden inhaltlichen Änderungen die realistische Möglichkeit eröffneten, dass nachteilige Auswirkungen hervorgerufen würden, die nach § 6 BImSchG zu beachten seien. Denn insoweit berücksichtigt er nicht, dass seine Einwände nicht die Frage des statthaften Genehmigungsverfahrens betreffen, die § 16b Abs. 6 Satz 1 BImSchG regelt, sondern allein den dabei nach § 16b Abs. 7 BImSchG zu berücksich-

tigenden eingeschränkten Prüfungsumfang. Vgl. dazu Dietlein/Fabi, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 102. Erg. Lfg. September 2023, § 16b BImSchG Rn. 104 und Rn. 125.

Soweit der Senat früher die Auffassung vertreten hat, dass die Errichtung eines neuen und anders garteten, von der bisherigen Genehmigung nicht umfassten Anlagentyps – sowohl dann, wenn die zunächst genehmigten Anlagen bereits errichtet worden sind und ersetzt werden sollen, als auch dann, wenn sie nie errichtet worden sind – eine Neugenehmigung erfordert, vgl. OVG NRW, Urt. v. 25.02.2015 – 8 A 959/10, Rn. 113 ff., wird daran mit Blick auf die derzeitige Rechtslage nicht festgehalten. So auch schon OVG NRW, Beschl. v. 25.07.2023 – 8 B 734/23.AK, Rn. 43, und v. 03.11.2023 – 8 B 1049/23.AK, Rn. 39.

Das Änderungsgenehmigungsverfahren musste auch nicht deswegen mit Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt werden, weil für das Änderungsvorhaben – wie der Kl. geltend macht – die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (mit erneuter Öffentlichkeitsbeteiligung) erforderlich gewesen wäre. Dies ist nicht der Fall. Vielmehr war nach § 9 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 UVPG i.V.m. § 7 Abs. 1 UVPG nur eine allgemeine Vorprüfung durchzuführen. Diese ist mit dem Ergebnis erfolgt, dass keine weitere Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Fehler dieser Vorprüfung sind weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich. Vgl. dazu (in einem Parallelverfahren) OVG NRW, Beschl. v. 25.07.2023 – 8 B 734/23.AK, Rn. 51 ff.

Einen Antrag auf Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (vgl. § 7 Abs. 3 Satz 1 UVPG) hat die Beigel. in Bezug auf das Änderungsgenehmigungsverfahren, anders als in dem vorangegangenen Genehmigungsverfahren, nicht gestellt.

b. Die Umstände, die der Kl. als Mängel der Öffentlichkeitsbeteiligung betreffend das ursprüngliche, auf Antrag der Beigeladenen nach § 10 BImSchG mit Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführte Genehmigungsverfahren ansieht, verletzen diesen nicht in seinen Rechten.

aa. Aus solchen etwaigen Mängeln kann der Kl. schon deswegen keine eigene Rechtsverletzung herleiten, weil für das Vorhaben der Beigeladenen keine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestand. Eine UVP-Pflicht des ursprünglichen Vorhabens und demgemäß die Notwendigkeit, ein Verfahren gem. § 10 BImSchG mit Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen, wurde nicht gem. § 7 Abs. 3 Satz 2 UVPG dadurch ausgelöst, dass die Beigel. die (auch erfolgte) Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung beim Beklagten beantragt hat. Denn diese Vorschrift ist nur auf solche Neuvorhaben anwendbar, für die sonst zunächst nach den Abs. 1 und 2 eine Vorprüfung erforderlich gewesen wäre. Vgl. BT-Drucks. 18/11499, S. 78 f.; OVG NRW, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 346/21.AK, Rn. 51.

Das ist aber nach § 7 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Nr. 1.6.3 der Anlage 1 UVPG (Windfarm aus drei bis weniger als sechs Anlagen mit einer Gesamthöhe von über 50 m) bei nur zwei genehmigten Anlagen nicht der Fall. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die zugelassenen WEA 1 und 2 eine Windfarm mit weiteren Anlagen, insbesondere den als

Vorbelastung berücksichtigten Anlagen auf dem Gebiet der Stadt L., bilden würden. Anhaltspunkte für einen funktionalen Zusammenhang i.S.d. § 2 Abs. 5 Satz 1 UVPG sind nicht ersichtlich. Die Anlagen befinden sich insbesondere nicht in derselben Konzentrationszone (vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 UVPG). So auch schon OVG NRW, Beschl. v. 25.07.2023 – 8 B 734/23.AK, Rn. 45 ff.

bb. Auch liegt kein zur Rechtswidrigkeit der Genehmigung führender Verfahrensfehler im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung vor. Der Umstand, dass im Genehmigungsverfahren zum einen die im Internet zur Verfügung gestellten Verfahrensunterlagen erst mit circa einer Woche Verzögerung im Portal der Umweltbehörde einsehbar waren und zum anderen die durch die Genehmigungsbehörde nach § 10 Abs. 2 BImSchG vorgenommenen Schwärzungen der Unterlagen vor Ort (z.B. bei der Stadt F.) einen anderen, nämlich geringeren Grad aufwiesen als die im Internet zur Verfügung gestellten Unterlagen, stellt keinen Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UmwRG dar.

Danach kann die Aufhebung einer u.a. UVP-pflichtigen Entscheidung verlangt werden, wenn ein anderer – als nach Nr. 1 oder 2 der Vorschrift anzunehmender – Verfahrensfehler vorliegt, der a) nicht geheilt worden ist, b) nach seiner Art und Schwere mit den in den Nummern 1 und 2 genannten Fällen vergleichbar ist und c) der betroffenen Öffentlichkeit die Möglichkeit der gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Entscheidungsprozess genommen hat; zur Beteiligung am Entscheidungsprozess gehört auch der Zugang zu den Unterlagen, die zur Einsicht für die Öffentlichkeit auszulegen sind.

Nach § 4 Abs. 3 Satz 2 UmwRG können Personen gem. § 61 Nr. 1 VwGO die Aufhebung einer UVP-pflichtigen Entscheidung wegen eines Verfahrensmangels nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UmwRG jedoch nur verlangen, wenn der Verfahrensfehler dem Beteiligten – mithin dem Kl., nicht lediglich anderen Mitgliedern der betroffenen Öffentlichkeit – die Möglichkeit der gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Entscheidungsprozess genommen hat.

Unter den Begriff des Verfahrensfehlers fallen dabei nur Verstöße gegen Rechtsvorschriften, die die äußere Ordnung des Verfahrens, d.h. den Verfahrensablauf als solchen betreffen. Hierzu gehören etwa Regelungen über den Beginn des Verfahrens, die Beteiligung anderer Behörden und der Öffentlichkeit sowie sonstige Verfahrensschritte, wie etwa die Durchführung einer UVP oder einer UVP-Vorprüfung. Nicht zum äußeren Verfahrensgang in diesem Sinne gehören dagegen der durch materiell-rechtliche Vorgaben gesteuerte Prozess der Willens- und Entscheidungsfindung, der sich im Umweltrecht regelmäßig auf der Grundlage von Fachgutachten vollzieht. Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.11.2017 – 7 A 17.12, Rn. 29; OVG NRW, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 893/17, Rn. 128 ff., m.w.N.

Entscheidend für den Fehler ist, dass er die für die Beteiligung der Öffentlichkeit wesentliche Anstoßwirkung nicht hinreichend auslöst. Vgl. zum Immissionsschutzrecht OVG Saarl., Beschl. v. 04.09.2023 – 2 B 70/23, Rn. 19; zum Planfeststellungsrecht BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9.15, Rn. 34, und v. 02.07.2020 – 9 A 19.19, Rn. 23; Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 4 UmwRG Rn. 10.

Von einem Verfehlen der Anstoßfunktion kann erst dann ausgegangen werden, wenn die ausgelegten Unterlagen grob unvollständig sind oder schwerwiegende Fehler enthalten, so dass das zentrale gesetzgeberische Anliegen einer frühzeitigen und effektiven Öffentlichkeitsbeteiligung grundsätzlich in Frage gestellt wäre. Vgl. BVerwG, Beschl. v. 07.01.2020 – 4 B 74.17, Rn. 9; OVG NRW, Urt. v. 01.03.2021 – 8 A 1183/18, Rn. 100 f., m.w.N.

Ein nach diesem eingeschränkten Maßstab relevanter Mangel der Öffentlichkeitsbeteiligung liegt nicht vor. Es ist nicht zu erkennen, dass dem Kl. durch die von ihm beanstandete zeitliche Verzögerung der Veröffentlichung der Unterlagen im Internet oder den unterschiedlichen Grad der Schwärzungen der vor Ort ausgelegten Unterlagen einerseits und der im Internet veröffentlichten Unterlagen andererseits die Möglichkeit der gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Entscheidungsprozess genommen worden ist. So zeigt der Kl. nicht ansatzweise auf, dass es ihm angesichts der zeitlich verzögerten Veröffentlichung der Unterlagen im Internet unmöglich war, zu dem Vorhaben Stellung zu nehmen. Auch ist auf der Grundlage seines Vortrages nicht zu erkennen, dass es sich bei den Teilen der Unterlagen im Internet, die weitergehende Schwärzungen enthielten als die z.B. bei der Stadt F. vor Ort ausgelegten Unterlagen, gerade um solche handelte, die für den Kl. überhaupt eine wesentliche Anstoßwirkung zur Beteiligung gehabt hätten. Nach einem Vermerk des Beklagten vom 09.04.2019 [...] handelt es sich nämlich bei den Schwärzungen in den Online-Unterlagen um Telefon- oder Faxnummern, E-Mail-Adressen, Mitgliedsnummern in Berufskammern, Listennummern für die Bauvorlageberechtigung und Namen von Bearbeitern oder Verfassern von Unterlagen. Darüber hinaus bestehen aber auch keine Anhaltspunkte dafür, dass es dem Kl. durch den Umstand einer weitergehenden oder zusätzlichen Schwärzung unmöglich war, sich an dem Entscheidungsprozess zu beteiligen. Dass gerade die von ihm allein beanstandete zusätzliche Schwärzung zu einem Verfehlen der Anstoßfunktion geführt und ihm so die Beteiligungsmöglichkeit genommen hat, ist nicht ersichtlich, zumal nach seinem Vorbringen die in seiner Wohnsitzgemeinde – der Stadt F. – ausgelegten Unterlagen die von ihm beanstandeten Schwärzungen nicht enthielten.

Aus den vorstehenden Gründen liegt auch kein Verfahrensfehler gem. § 4 Abs. 1a Satz 1 UmwRG vor.

c. Ein formeller Mangel ergibt sich auch nicht aus dem Vorbringen, dass die Genehmigung in der Fassung der Änderungsgenehmigung in nachbarschutzrelevanter Weise unbestimmt sei. Die Betriebszeiten bei Tag (6 Uhr bis 22 Uhr) und bei Nacht (22 Uhr bis 6 Uhr) sowie die jeweils zulässigen Betriebsmodi sind in der Änderungsgenehmigung eindeutig bestimmt (vgl. Nr. I.3. der Änderungsgenehmigung). Damit ist die in der Ursprungsgenehmigung vorgesehene, ersichtlich allein artenschutzrechtlich begründete Abschaltung zwischen Sonnenauf- und Sonnenuntergang (vgl. Nr. I.4.1 der Genehmigung) insgesamt unmissverständlich ersetzt worden.

2. Die angef. Genehmigung in der Fassung der Änderungsgenehmigung ist auch nicht in nachbarschutzrelevanter Weise zu Lasten des Klägers materiell rechtswidrig.

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für ein Vorhaben ist gem. § 6 Abs. 1 BImSchG zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden (Nr. 1), und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (Nr. 2).

Dem Kl. droht durch die Errichtung und den Betrieb der genehmigten Windenergieanlagen keine Beeinträchtigung individualschützender Nachbarbelange i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG durch Lärm oder Schattenwurf (dazu a.). Es steht auch kein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme im Hinblick auf eine optisch bedrängende Wirkung zu befürchten (dazu b.). Der gegen die Standsicherheit der Anlagen gerichtete Einwand greift ebenfalls nicht durch (dazu c.).

a. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. Diese Bestimmung ist für Nachbarn drittschützend.

Die angegriffene Genehmigung in der Fassung der Änderungsgenehmigung verstößt gegen diese drittschützende Bestimmung allerdings nicht und zwar weder im Hinblick auf Lärm (dazu aa.) noch in Bezug auf Schattenwurf (dazu bb.).

aa. Die Erteilung der (Betriebs-)Genehmigung ist im Ergebnis nicht wegen einer möglichen Überschreitung der maßgeblichen Lärmrichtwerte am Wohnhaus des Klägers zu beanstanden.

Der Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche ist nach Nr. 3.2.1 Abs. 1 der TA Lärm vorbehaltlich der Regelungen in den Abs. 2 bis 5 sichergestellt, wenn die Gesamtbelastung am maßgeblichen Immissionsort die genannten Immissionsrichtwerte nicht überschreitet. Nach Nr. 3.2.1 Abs. 2 Satz 1 der 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 am maßgeblichen Immissionsort um mindestens 6 dB(A) unterschreitet (Nr. 3.2.1 Abs. 2 Satz 2 der TA Lärm).

Dies zugrunde gelegt stellt die Genehmigung hinreichend sicher, dass bezogen auf das Grundstück des Klägers nicht mit einer relevanten Überschreitung des maßgeblichen Immissionsrichtwerts zu rechnen ist.

Das Grundstück liegt im bauplanungsrechtlichen Außenbereich nach § 35 BauGB, sodass die in Anlehnung an die für Dorf- und Mischgebiete nach Nr. 6.1 Buchst. d) der TA Lärm festgelegten Richtwerte von 60 dB(A) tags und

45 dB(A) nachts maßgeblich sind. Vgl. OVG NRW, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 346/21.AK, Rn. 62, und v. 27.04.2023 – 8 D 368/21.AK, Rn. 150.

Ob der Schutz der Nachbarn gewährleistet wird, ist an dem genehmigten Nutzungsumfang zu messen. Dabei ist eine realistische (Lärm-)Prognose anzustellen. Es ist Sache des Anlagenbetreibers, im Genehmigungsverfahren den Nachweis zu erbringen, dass die zur Genehmigung gestellte Anlage die einschlägigen Anforderungen der TA Lärm einhält. An die insoweit im Genehmigungsverfahren vorzunehmende prognostische Einschätzung einer Einhaltung der Immissionsrichtwerte sind insoweit hohe Anforderungen zu stellen, als sie in jedem Fall »auf der sicheren Seite« liegen muss. Dabei kommt der Prognose des Schallleistungspegels maßgebliche Bedeutung zu, weil der Schallleistungspegel Grundlage für eine auf die maßgeblichen Immissionsorte bezogene Ausbreitungsrechnung ist, die ihrerseits »auf der sicheren Seite« liegen muss. Anderenfalls würden die regelmäßig nicht zu vermeidenden Unsicherheiten bei der nachträglichen Kontrolle, ob der bei der Genehmigung vorausgesetzte Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen tatsächlich gewahrt ist, zu Lasten der zu schützenden Betroffenen gehen. Vgl. OVG NRW, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 346/21.AK, Rn. 87.

Die maßgebliche, im Änderungs Genehmigungsverfahren von der Beigeladenen vorgelegte und vom Beklagten geprüfte Schallimmissionsprognose der D. GmbH vom 11.12.2019 genügt im Ergebnis diesen Anforderungen. Insbesondere beruht sie auf einer Lärmausbreitungsrechnung nach Maßgabe der TA Lärm, der hierdurch in Bezug genommenen DIN ISO 9613–2 und des diese ergänzenden sog. Interimsverfahrens (vgl. »Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen« der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz – LAI-Hinweise – Stand: 30.06.2016). Vgl. zur Anwendbarkeit des Interimsverfahrens OVG NRW, Urt. v. 20.04.2022 – 8 A 1575/19, Rn. 111 ff., und v. 04.05.2022 – 8 D 346/21.AK, Rn. 92.

Nach dieser Schallimmissionsprognose beträgt die prognostizierte Zusatzbelastung durch die Windenergieanlagen der Beigeladenen bei Tag im Volllastbetrieb 43,8 dB(A); die prognostizierte Gesamtbelastung beträgt bei Tag 45 dB(A). Im Nachtzeitraum liegt die prognostizierte Zusatzbelastung unter Berücksichtigung der insoweit in Ziffer I.3.II. des Tenors der Änderungs genehmigung vorgeschriebenen teilweise schallreduzierten Betriebsweise [...] bei 43,2 dB(A), die Gesamtbelastung bei 44,5 dB(A).

Die Einwände des Klägers greifen im Ergebnis nicht durch.

aaa. Die Rüge des Klägers, eine Vorbelastung durch Geräusche der nordöstlich seines Grundstücks verlaufenden Hochspannungsfreileitungen (sog. Koronageräusche) sei in der Schallimmissionsprognose vom 11.12.2019 nicht berücksichtigt worden, bleibt im Ergebnis ohne Erfolg. Da sich diese Rüge der Sache nach gleichermaßen auf die Schallimmissionsprognose vom 26.04.2019 bezieht, prüft der Senat das Vorbringen des Klägers auch in dieser Hinsicht. Mit diesem, erstmals mit Schriftsatz vom 18.09.2023 in das Verfahren eingeführten Vorbringen ist der Kl. weder in Bezug auf die Genehmigung vom 27.02.2020 und die dieser zugrunde liegende Schallimmissionsprognose vom 26.04.2019 (dazu

(1.)) noch in Bezug auf die Änderungsgenehmigung und die dieser zugrunde liegende Schallimmissionsprognose vom 11.12.2019 (dazu (2.)) nach § 6 UmwRG präkludiert. Jedoch greift die Rüge in der Sache nicht durch; der Kl. ist auch unter Berücksichtigung seines Vortrags zu der Vorbelastung durch Koronageräusche keinen unzumutbaren Lärmbeeinträchtigungen ausgesetzt (dazu (3.)).

(1.) Das – in der Sache zutreffende und von dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat anwesenden Gutachter auch nicht in Frage gestellte – Vorbringen des Klägers, dass die Vorbelastung durch die über sein Grundstück verlaufenden Hochspannungsfreileitungen nicht berücksichtigt worden ist, ist i.S.d. § 6 Satz 1 UmwRG verspätet, soweit es die Schallimmissionsprognose vom 26.04.2019 betrifft, die der Ausgangsgenehmigung vom 27.02.2020 zugrunde liegt; die Verspätung ist auch nicht nach § 6 Satz 2 UmwRG i.V.m. § 87b Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 VwGO entschuldigt (dazu (a.)). Eine Präklusion des erst nach Ablauf der Klagebegründungsfrist unterbreiteten Vortrags tritt jedoch nach § 6 Satz 3 UmwRG i.V.m. § 87b Abs. 3 Satz 3 VwGO nicht ein (dazu (b.)).

(a.) Nach § 6 Satz 1 UmwRG hat eine Person (vgl. § 61 Nr. 1 VwGO) oder eine Vereinigung i.S.d. § 4 Abs. 3 Satz 1 UmwRG innerhalb einer Frist von zehn Wochen ab Klageerhebung die zur Begründung ihrer Klage gegen eine Entscheidung i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG oder gegen deren Unterlassen dienenden Tatsachen und Beweismittel anzugeben.

Geregelt ist in § 6 UmwRG ein Fall der innerprozessualen, formellen Präklusion. Ihr Sinn und Zweck besteht darin, zur Straffung des Gerichtsverfahrens beizutragen, indem der Prozessstoff zu einem frühen Zeitpunkt handhabbar gehalten und der mit der Klage geltend gemachte prozessuale Anspruch alsbald hinreichend umrissen wird. Der Kl. hat innerhalb der Begründungsfrist fundiert die zur Begründung der Klage dienenden Tatsachen zu benennen und den Prozessstoff dergestalt darzulegen, dass für das Gericht und die übrigen Beteiligten klar und unverwechselbar feststeht, unter welchen tatsächlichen Gesichtspunkten eine behördliche Entscheidung angegriffen wird. Es soll verhindert werden, dass in einem späten Stadium des gerichtlichen Verfahrens neuer Tatsachenvortrag erfolgt, auf den die übrigen Beteiligten und das Gericht nicht mehr angemessen reagieren können. Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.12.2021 – 4 A 2.20, Rn. 24, und v. 07.07.2022 – 9 A 1.21 u.a., Rn. 12, sowie Beschl. v. 05.07.2023 – 9 B 7.23, Rn. 7; OVG NRW, Gerichtsbescheid v. 09.06.2023 – 8 D 308/21.AK, Rn. 21, und Beschl. v. 07.09.2023 – 8 A 1424/22, Rn. 7.

Um diesen Zweck zu erreichen und den Verfahrensstoff zu fixieren, muss der Vortrag ein Mindestmaß an Schlüssigkeit und Substanz aufweisen und dem Gericht einen Eindruck von der Sicht des Klägers auf den Tatsachenkomplex verschaffen. Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.12.2021 – 4 A 2.20, Rn. 24.

Ein (fach-)anwaltlich vertretener Kl. muss auch vor dem Hintergrund des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG und des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG regelmäßig nicht über die Klagebegründungsfrist

des § 6 Satz 1 UmwRG belehrt werden. Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 01.02.2022 – 11 A 2168/20, Rn. 38 ff.; zur fehlenden Pflicht, über die Frist des § 6 UmwRG zu belehren: BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8.17, Rn. 15.

Nach diesen Maßstäben ist das erstmals mit Schriftsatz vom 18.09.2023 unterbreitete Vorbringen, die Schallimmissionsprognose vom 26.04.2019 habe die Geräuschentwicklung der beiden Hochspannungsfreileitungen als Vorbelastung nicht angemessen berücksichtigt, nach § 6 Satz 1 UmwRG verspätet, weil der Kl. diesen Einwand nicht innerhalb von zehn Wochen nach Klageerhebung, sondern erst nach mehr als drei Jahren geltend gemacht hat.

Die nach § 6 Satz 1 UmwRG erforderliche Fixierung des Prozessstoffes, die auch diesen Einwand umfassen könnte, ist nicht bereits darin zu erachten, dass der Kl. mit der Klageschrift vom 14.04.2020 – insoweit fristgemäß – geltend gemacht hat, die streitbefangenen Windenergieanlagen verursachten schädliche Umwelteinwirkungen, die ihm unzumutbar seien, wobei die Unzumutbarkeit u.a. aus den von ihm »hinzunehmenden akustischen Beeinträchtigungen« resultiere. Der Hinweis auf akustische Beeinträchtigungen durch die streitbefangenen Windenergieanlagen lässt nicht ansatzweise erkennen, dass sich die Einwände des Klägers auch gegen Vorbelastungen durch andere als die in der Schallimmissionsprognose betrachteten – nicht mit den Windenergieanlagen in Zusammenhang stehenden – Geräuschquellen richtet. Insoweit fehlt es dem mit der Klagebegründungsschrift lediglich stichwortartig geltend gemachten Einwand an der erforderlichen Substantiierung, die es dem Senat und den übrigen Beteiligten rechtzeitig ermöglicht hätte, diesen neuen Themenkomplex der Nichtberücksichtigung bestimmter Vorbelastungen als streitgegenständlich erkennen zu können. Aus diesem Grund stellt sich das diesbezügliche Vorbringen im Schriftsatz vom 18.09.2023 auch nicht nur als Vertiefung oder Präzisierung eines bereits fristgerecht thematisierten Komplexes dar.

Das verspätete Vorbringen ist auch nicht nach § 6 Satz 2 UmwRG i.V.m. § 87b Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 VwGO zuzulassen, weil der Kl. seinen verspäteten Vortrag nicht entschuldigt hat und Entschuldigungsgründe auch nicht offensichtlich sind. Dem ist der Kl. im Übrigen auch in Ansehung der Ausführungen des Senats im Beschl. v. 03.11.2023 – 8 B 1049/23.AK – nicht entgegengetreten.

(b.) Die Präklusion des erst nach Ablauf der Klagebegründungsfrist unterbreiteten Vortrags ist jedoch nach § 6 Satz 3 UmwRG i.V.m. § 87b Abs. 3 Satz 3 VwGO ausgeschlossen. Nach diesen Bestimmungen tritt die Präklusion nicht ein, wenn es mit geringem Aufwand möglich ist, den Sachverhalt auch ohne Mitwirkung des Beteiligten zu ermitteln.

Hierbei ist zu unterscheiden, ob es um rechtlichen oder tatsächlichen Vortrag des Klägers geht, und in Bezug auf Tatsachenvortrag, ob dieser im Klageverfahren vollständig fehlt oder erst nach Ablauf der Klagebegründungsfrist erfolgt ist. Rein rechtliches Vorbringen zu aktenkundigen Tatsachen fällt nicht unter § 6 Satz 1 UmwRG, weil diese Vorschrift nur die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln erfasst. Vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 22.05.2020 – 22 ZB 18.856, Rn. 64, 74.

Werden bestimmte Tatsachen im Klageverfahren nicht vortragen, kommt eine gem. § 6 Satz 3 UmwRG i.V.m. § 87b Abs. 3 Satz 3 VwGO »mit geringem Aufwand« durchzuführende Ermittlung des von einem Kl. zur Überprüfung gestellten Streitstoffs hinsichtlich dieser Tatsachen nur dort in Betracht, wo seine Beschwerde bei Klageerhebung derart auf der Hand liegt, dass sich die Angabe von Klagegründen als bloße Förmlichkeit erweise. Vgl. OVG NRW, Gerichtsbescheid v. 09.06.2023 – 8 D 308/21.AK, Rn. 24 f., und Beschl. v. 07.09.2023 – 8 A 1424/22, Rn. 19 f., jeweils m.w.N.

Trägt der Kl. erstmals nach Ablauf der Klagebegründungsfrist neue Tatsachen vor, ist er damit nur dann nicht präkludiert, wenn es mit geringem Aufwand möglich ist, den sich daraus ergebenden entscheidungserheblichen Sachverhalt auch ohne seine Mitwirkung zu ermitteln. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn sich dieser Sachverhalt unmittelbar aus den dem Gericht vorliegenden Unterlagen ergibt und keine weiteren Ermittlungen erfordert oder wenn dem Gericht alle maßgeblichen Tatsachen bereits aus einem Parallelverfahren bekannt sind. Vgl. OVG NRW, Urt. v. 27.04.2023 – 8 D 368/21.AK, Rn. 117; Bay. VGH, Urt. v. 25.10.2019 – 8 A 16.40026, Rn. 25, und Beschl. v. 22.05.2020 – 22 ZB 18.856, Rn. 64, 70.

Ausgehend von diesen Maßstäben ist die Annahme einer Präklusion hinsichtlich des vom Kl. geltend gemachten Umstands der Nichtberücksichtigung einer Vorbelastung durch die Koronageräusche in der Schallimmissionsprognose der D. GmbH vom 26.04.2019 nach § 6 Satz 3 UmwRG i.V.m. § 87b Abs. 3 Satz 3 VwGO ausgeschlossen, weil es zur Beurteilung der Zumutbarkeit der auf das Grundstück des Klägers wirkenden Geräuschimmissionen auch unter Berücksichtigung der Vorbelastung durch die Koronageräusche keiner weiteren, über die bereits bekannten Tatsachen hinausgehenden Sachverhaltsermittlung bedurfte. Insbesondere ist es – anders als im vorangegangenen Eilverfahren 8 B 1049/23.AK angenommen – nicht erforderlich, das Ausmaß der Lärmbelastung für das Grundstück des Klägers durch die Hochspannungsfreileitungen zu ermitteln. Die erforderliche Berücksichtigung der vom Kl. als Vorbelastung benannten Koronageräusche geht über eine reine Rechtsanwendung, und zwar der Regelungen des § 49 Abs. 2b EnWG i.V.m. Nr. 6.3 der TA Lärm sowie der Nr. 3.2.1 Abs. 2 der TA Lärm (dazu nachfolgend unter (3.)), nicht hinaus.

(2.) Soweit das Vorbringen des Klägers zur Vorbelastung durch die Hochspannungsfreileitungen die Schallimmissionsprognose vom 11.12.2019 betrifft, die der Änderungsgenehmigung vom 15.12.2021 zugrunde liegt, kommt eine Präklusion von vornherein nicht in Betracht. Die Klagebegründungsfrist nach § 6 UmwRG wurde nicht durch die Einbeziehung dieser Änderungsgenehmigung in das Klagebegehren ausgelöst, weil nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nur die (erstmalige) Klageerhebung fristauslösend i.S.d. § 6 UmwRG ist, nicht aber die Einbeziehung von Änderungen oder Ergänzungen eines Bescheides in das Klagebegehren. Nach § 16b Abs. 7 Satz 1 BImSchG ist die Prüfung des Änderungsgenehmigungsantrags allerdings nicht (erneut) auf die Vorbelastungen zu erstrecken, sondern auf zusätzliche Auswirkungen durch das Änderungsvorhaben beschränkt, die hier nicht gegeben sind. Vgl. dazu ausführlich (im Verfahren derselben Beteiligten) OVG NRW, Beschl. v. 03.11.2023 – 8 B 1049/23.AK, Rn. 82 ff.

Da die Genehmigung vom 27.02.2020 im Verhältnis zum Kl. nicht bestandskräftig ist und die Einwendungen des Klägers gegen die ursprünglich erteilte Genehmigung – wie ausgeführt – nicht präkludiert sind, wirkt sich die Begrenzung des Prüfungsumfangs im Änderungsgenehmigungsverfahren hier nicht zu seinen Lasten aus.

(3.) Die Rüge, dass die Geräuschvorbelastung durch die Hochspannungsfreileitungen nicht berücksichtigt worden sei, greift jedoch aus Gründen des materiellen Rechts letztlich nicht durch. Denn in Anwendung von § 49 Abs. 2b EnWG i.V.m. Nr. 6.3 der TA Lärm sowie Nr. 3.2.1 Abs. 2 der TA Lärm kommt es auf die Ermittlung der Geräuschvorbelastung durch die Hochspannungsfreileitungen und der sich daraus ergebenden Gesamtbelastung nicht (mehr) an.

Allerdings wäre die Vorbelastung durch die Koronageräusche hier in die Schallimmissionsprognosen nach der TA Lärm grundsätzlich einzubeziehen gewesen. Nach Nr. 3.2.1 Abs. 1 der TA Lärm ist der Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen regelmäßig nur dann gewährleistet, wenn die Gesamtbelastung die Richtwerte nach Nr. 6 der TA Lärm einhält. Die Gesamtbelastung umfasst nach Nr. 2.4 der TA Lärm auch die von allen in den Anwendungsbereich der TA Lärm fallenden Anlagen ausgehenden Immissionsbeiträge als Vorbelastung. Die durch Hochspannungsfreileitungen verursachten Koronageräusche fallen in den Anwendungsbereich der TA Lärm. Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.07.2021 – 4 A 14.19, Rn. 37 ff., und v. 21.02.2023 – 4 A 2.22, Rn. 26.

Dass die Schallimmissionsprognosen der D. GmbH aus dem Jahr 2019 diese Vorbelastung nicht betrachtet haben, ist jedoch nach Inkrafttreten des § 49 Abs. 2b EnWG am 29.07.2022 nicht mehr zu beanstanden.

Nach § 49 Abs. 2b Satz 1 EnWG gelten witterungsbedingte Anlagengeräusche von Höchstspannungsnetzen unabhängig von der Häufigkeit und Zeitdauer der sie verursachenden Wetter- und insbesondere Niederschlagsgeschehen bei der Beurteilung des Vorliegens schädlicher Umwelteinwirkungen i.S.v. § 3 Abs. 1 und § 22 BImSchG als seltene Ereignisse i.S.d. TA Lärm. Bei diesen seltenen Ereignissen kann der Nachbarschaft eine höhere als die nach Nr. 6.1 der TA Lärm zulässige Belastung zugemutet werden (Satz 2). Die in Nr. 6.3 der TA Lärm genannten Werte dürfen nicht überschritten werden (Satz 3).

Der Anwendung der Regelung steht nicht entgegen, dass sie erst am 29.07.2022 und somit nach Erlass der Änderungsgenehmigung in Kraft getreten ist (vgl. Art. 9 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung vom 19.07.2022, BGBl. I S. 1214). Auch diese Vorschrift ist – mangels abweichender Überleitungsvorschriften – als nachträgliche Rechtsänderung zugunsten der Beigeladenen zu berücksichtigen. Die Rechtslage hat sich durch die Einführung von § 49 Abs. 2b EnWG in der Weise geändert, dass der Gesetzgeber nunmehr im Wege einer gesetzlichen Fiktion, vgl. BR-Drs. »zu Drucksache 292/22 (Beschluss)«, S. 2; Strobel, in: BeckOK EnWG, Stand: 9. Ed. 01.12.2023, § 49 Rn. 30a, annimmt, dass es sich bei den Witterungsbedingungen, bei denen Anlagengeräusche von Höchstspannungsnetzen aus-

gehen, das heißt insbesondere bei Niederschlag oder hoher Luftfeuchtigkeit, vgl. BT-Drucks. 20/2402, S. 46; vgl. dazu auch Engelen u.a., Ermittlung und Beurteilung von Koronageräuschen an Höchstspannungsfreileitungen, *Lärmbekämpfung* 2012, S. 166 ff., um seltene Ereignisse i.S.d. TA Lärm handelt (§ 49 Abs. 2b Satz 1 EnWG) und infolge dieser Annahme die für seltene Ereignisse maßgeblichen Immissionsrichtwerte nach Nr. 6.3 der TA Lärm anzuwenden sind (§ 49 Abs. 2b Satz 3 EnWG).

Damit sind für die Zeiträume, in denen die in Rede stehenden Witterungsbedingungen und infolgedessen Koronageräusche auftreten, die Immissionsrichtwerte nach Nr. 6.3 der TA Lärm maßgeblich und wird der Nachbarschaft, was auch § 49 Abs. 2b Satz 2 EnWG zum Ausdruck bringt, eine höhere als die nach Nr. 6.1 der TA Lärm zulässige Belastung zugemutet.

Ausgehend von den dem Kl. nach § 49 Abs. 2b EnWG für die von dieser Vorschrift erfassten seltenen Ereignisse nach Nr. 6.3 der TA Lärm zumutbaren Lärmrichtwerten von 70 dB(A) zur Tagzeit und 55 dB(A) zur Nachtzeit und der nach der Schallimmissionsprognose vom 11.12.2019 zugrunde zu legenden Zusatzbelastung durch die streitbefangenen Windenergieanlagen zur Tagzeit im Vollastbetrieb von 43,8 dB(A) und zur Nachtzeit im schallreduzierten Modus von 43,2 dB(A) bedurfte es nach Nr. 3.2.1 Abs. 2 der TA Lärm nicht der vom Kl. geforderten Ermittlung der Gesamtbelastung, weil der von den Windenergieanlagen verursachte Immissionsbeitrag im Hinblick auf den Gesetzeszweck als nicht relevant anzusehen ist. Nach dem Berechnungsergebnis der insoweit nicht zu beanstandenden Lärmimmissionsprognose der D. GmbH vom 11.12.2019 unterschreitet die von den zu beurteilenden Windenergieanlagen der Beigeladenen ausgehende Zusatzbelastung die für die Zeiten, in denen witterungsbedingt Koronageräusche an den Hochspannungsfreileitungen auftreten, maßgeblichen Immissionsrichtwerte nach Nr. 6.3 der TA Lärm am Haus des Klägers als maßgeblichem Immissionsort um mindestens 6 dB(A) (Nr. 3.2.1 Abs. 2 Satz 2 der TA Lärm). Die Differenz zur Tagzeit liegt bei 26,2 dB(A) und zur Nachtzeit bei 11,8 dB(A). Insbesondere mit Blick auf den Gesetzeszweck von § 49 Abs. 2b EnWG und auch angesichts der Höhe dieser Differenzen sind keine Gründe erkennbar, die gegen die Annahme des nach Nr. 3.2.1 Abs. 2 Satz 2 der TA Lärm normierten Regelfalls sprechen. Entsprechendes gilt für die in der Schallimmissionsprognose vom 26.04.2019 ermittelte Zusatzbelastung von 43,4 dB(A).

Letztlich gilt für das Zusammentreffen von Geräuschimmissionen von Windenergieanlagen und Koronageräuschen von Hochspannungsfreileitungen seit dem Inkrafttreten des § 49 Abs. 2b EnWG Folgendes: Die Berücksichtigung von witterungsbedingten Anlagengeräuschen von Hochspannungsfreileitungen ist bei der Ermittlung der für die Genehmigung von Windenergieanlagen maßgeblichen Gesamtbelastung nach Nr. 3.2.1 Abs. 2 Satz 2 der TA Lärm in der Regel entbehrlich, wenn die Gesamtbelastung durch die Windenergieanlage(n) und sonstige nach der TA Lärm als Vorbelastung zu berücksichtigende Emittenten mit Ausnahme der Koronageräusche die im Außenbereich in Anlehnung an Nr. 6.1 Buchst. d) der TA Lärm maßgeblichen Immissionsrichtwerte von 60 dB(A) tags und 45 dB(A) nachts (oder auch niedrigere

nach Nr. 6.1 der TA Lärm maßgebliche Richtwerte) wahr. Denn die Unterschreitung der insoweit nach § 49 Abs. 2b Satz 3 EnWG maßgeblichen Immissionsrichtwerte nach Nr. 6.3 der TA Lärm (70 dB(A) tags und 55 dB(A) nachts) kann in solchen Fällen nicht weniger als 6 dB(A) betragen und der Immissionsbeitrag der Windenergieanlagen ist daher als irrelevant anzusehen. Das gilt auch dann, wenn der Immissionsrichtwert für seltene Ereignisse von 70 dB(A) tags und 55 dB(A) nachts schon allein aufgrund der witterungsabhängigen Koronageräusche überschritten werden sollte; dafür dürfte realistischerweise am ehesten die lauteste Nachtstunde in Betracht kommen. Denn diese Geräuschbelastung wäre – abweichend von dem nach der TA Lärm ansonsten geltenden Grundsatz, dass es auf die Gesamtbelastung an einem bestimmten Immissionsort ankommt – der/den Windenergieanlage/n als Emittenten nicht ursächlich zuzurechnen.

Darauf, ob die gutachterliche Stellungnahme der D. GmbH vom 09.01.2024 zur prognostizierten Gesamtbelastung des Betriebs der streitbefangenen Windenergieanlagen unter Berücksichtigung der – lediglich abgeschätzten, nicht durch Messung ermittelten oder der diesbezüglichen Zulassungsentscheidung entnommenen – Vorbelastung mit Koronageräuschen tatsächlich zutreffend ist und entsprechend den oben genannten Anforderungen auf der sicheren Seite liegt, kam es danach nicht an.

Entsprechendes gilt für die Argumentation des Prozessbevollmächtigten des Beklagten in der mündlichen Verhandlung, dass das Grundstück des Klägers bei Ansatz des Immissionsrichtwerts von 55 dB(A) schon nicht im Sinne von Nr. 2.2 Buchst. a) der TA Lärm im Einwirkungsbereich der Windenergieanlagen liege. Gleichwohl sei angemerkt, dass diese Argumentation Zweifeln ausgesetzt ist. Nach dieser Vorschrift zählen insbesondere die Flächen zum Einwirkungsbereich einer Anlage, in denen die von der Anlage ausgehenden Geräusche einen Beurteilungspegel verursachen, der weniger als 10 dB(A) unter dem für diese Fläche maßgebenden Immissionsrichtwert liegt. Das ist mit Blick auf den hier, wie oben ausgeführt, in Bezug auf die von den Windenergieanlagen ausgehende Geräuschbelastung grundsätzlich maßgeblichen Immissionsrichtwert von 60 dB(A) bzw. 45 dB(A) zweifellos der Fall. Es drängt sich nicht auf, dass sich daran durch das Hinzutreten eines weiteren Emittenten etwas ändern könnte. Dass das Grundstück zudem auch im Einwirkungsbereich der darüber verlaufenden Hochspannungsfreileitungen liegt, kann – auch ohne eine nähere Untersuchung der hier durch zwei 380-kV-Hochspannungsfreileitungen verursachten Koronageräusche – nicht ausgeschlossen werden. Vgl. nochmals Engelen u.a., Ermittlung und Beurteilung von Koronageräuschen an Höchstspannungsfreileitungen, *Lärmbekämpfung* 2012, S. 166, 171, wonach an (nur) einer 380-kV-Leitung bei Regen und Schneefall Werte von über 45 dB(A) gemessen wurden.

Eine exakte Ermittlung des Einwirkungsbereichs einer Anlage bereits bei Festlegung des im Rahmen der Immissionsprognose zu untersuchenden Bereichs dürfte dem Zweck der Regelung in Nr. 2.2 der TA Lärm im Übrigen zuwiderlaufen. Vgl. Feldhaus/Tegeeder in: Feldhaus, *Bundesimmissionsschutzrecht*, 67. Update (September 2023), Nr. 2 TA Lärm, 2. Einwirkungsbereich einer Anlage, Rn. 17 ff., insbes. Rn. 23,

wonach bei unterschiedlich großen Einwirkungsbereichen der größte zu berücksichtigen sein soll.

[...]

ccc. Es ist schließlich auch nicht anzunehmen, dass der Kl. durch den Betrieb der Windenergieanlagen unzumutbaren Beeinträchtigungen in Form von Infraschall ausgesetzt wird. Nach dem bisherigen Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse ist davon auszugehen, dass Infraschall – wie auch tieffrequenter Schall – durch Windenergieanlagen grundsätzlich nicht zu Gesundheitsgefahren führt. Sämtliche dem Gericht bekannte Studien und Stellungnahmen dazu sind lediglich Teil des wissenschaftlichen Diskurses, den das Gericht seit Jahren fortlaufend verfolgt und auswertet. Nachweisbare gesundheitsschädliche Auswirkungen von Infraschall oder tieffrequenter Schall durch Windenergieanlagen lassen sich daraus bisher nicht ableiten. Vgl. zuletzt etwa OVG NRW, Beschl. v. 07.09.2023 – 8 A 1576/22, Rn. 20 f., m.w.N.

Belastbare Anhaltspunkte, die eine andere Bewertung rechtfertigen könnten, hat der Kl. nicht aufgezeigt.

bb. Der pauschale Einwand des Klägers, die genehmigten Anlagen beeinträchtigten sein Grundstück in unzumutbarer Weise durch Schattenwurf, führt ebenso nicht zum Erfolg seiner Klage. Nach gefestigter Rechtsprechung sind entsprechende Immissionen – von hier nicht erkennbaren Sonder-situationen abgesehen – regelmäßig zumutbar, wenn die astronomisch maximal mögliche Einwirkungsdauer am jeweiligen Immissionsort unter kumulativer Berücksichtigung aller Beiträge sonst auf diesen einwirkender Windenergieanlagen nicht mehr als 30 Stunden pro Kalenderjahr – entsprechend einer realen, d.h. im langjährigen Mittel für hiesige Standorte zu erwartenden Einwirkdauer von maximal acht Stunden im Jahr – und darüber hinaus nicht mehr als 30 Minuten pro Tag beträgt. Vgl. OVG NRW, Urt. v. 22.11.2021 – 8 A 973/15, Rn. 226 f., m.w.N.

Die Einhaltung dieser Werte ist durch die Nebenbestimmung V.3.11 der Änderungsgenehmigung hinreichend sichergestellt.

Es ist davon auszugehen, dass diese Werte auch an den schützenswerten Räumen im Haus des Klägers nicht überschritten werden. Das Haus ist als Immissionsort L in der Schattenwurfprognose der D. GmbH vom 03.12.2019 untersucht worden. Danach ergibt sich zwar eine astronomisch maximal mögliche Beschattungsdauer von 116:13 Stunden im Jahr und 1:04 Stunden am Tag, die tatsächlich allerdings in der Regel um mindestens 70 % verringert sei. Die Regelung der Änderungsgenehmigung zum Einbau einer automatischen Abschaltung (vgl. Nebenbestimmungen V.3.10 bis V.3.15) erstreckt sich jedoch auch auf diesen Immissionsort und verpflichtet die Beigel., durch eine geeignete Abschalt-einrichtung überprüfbar und nachweisbar sicherzustellen, dass der Schattenwurf der WEA 1 und der WEA 2 zusammen an den relevanten Immissionsorten u.a. IO D bis IO P, mithin auch am Haus des Klägers, real acht Stunden im Jahr und 30 Minuten am Tag nicht überschreitet. Eine Vorbelastung des Grundstücks des Klägers durch Schattenwurf der Anlagen auf dem Gebiet der Stadt L. besteht darüber hinaus nicht.

b. Die genehmigten Anlagen verletzen nicht das baurechtlich begründete Gebot der Rücksichtnahme, indem sie optisch bedrängend auf das Wohngrundstück des Klägers wirken.

Nach § 249 Abs. 10 BauGB, der am 01.02.2023 in Kraft getreten und nach den oben dargelegten Grundsätzen bei der rechtlichen Beurteilung der hier angefochtenen Genehmigung zugunsten der Beigeladenen zu berücksichtigen ist, steht der öffentliche Belang einer optisch bedrängenden Wirkung einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, das der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient, in der Regel nicht entgegen, wenn der Abstand von der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage bis zu einer zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken mindestens der zweifachen Höhe der Windenergieanlage entspricht. Satz 2 der Vorschrift bestimmt die Höhe im Sinne des Satzes 1 als die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors.

Die streitbefangenen Anlagen werden zum Wohnhaus des Klägers in einem Abstand von deutlich mehr als dem Zweifachen bzw. Vierfachen der Gesamthöhe errichtet. Der Abstand zwischen dem Wohnhaus des Klägers und der nächstgelegenen WEA 1 beträgt [...] 528 m. Die Entfernung zur weiter entfernten WEA 2 beträgt [...] etwa 860 m.

Anhaltspunkte, gleichwohl eine optisch bedrängende Wirkung anzunehmen, liegen nicht vor. Wird der in § 249 Abs. 10 BauGB vorgesehene Abstand zwischen einer Windenergieanlage und einer zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken eingehalten, kommt eine optisch bedrängende Wirkung der Windenergieanlage nur ausnahmsweise in Betracht, wenn andernfalls die Schwelle der Zumutbarkeit aufgrund besonderer Umstände überschritten würde. Dies setzt einen atypischen, vom Gesetzgeber so nicht vorhergesehenen Sonderfall voraus. Vgl. ausführlich OVG NRW, Urt. v. 27.04.2023 – 8 D 368/21.AK, Rn. 230 ff., und Beschl. v. 09.06.2023 – 8 B 230/23.AK, Rn. 27 ff.

Allein die Sichtbarkeit der Anlagen von dem Grundstück eines Nachbarn aus bzw. – wie der Kl. in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat – das Fehlen von Bewuchs oder anderen Strukturen, die die Sichtbeziehung zu den Anlagen unterbrechen, begründet kein Abwehrrecht. Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 25.07.2023 – 8 B 734/23.AK, Rn. 60.

Dass das Haus des Klägers über eine Dachterrasse verfügt, stellt ebenso keinen atypischen Sonderfall dar.

Ein atypischer Fall ist auch nicht deshalb anzunehmen, weil sich in unmittelbarer Nähe zum Haus des Klägers zwei in etwa 70 m Höhe verlaufende Hochspannungsfreileitungen und südöstlich und nordwestlich von seinem Haus in einer Entfernung von jeweils etwa 200 m deren Masten befinden. Das Grundstück ist dadurch in optischer Hinsicht vorbelastet. Sowohl von den Strommasten als auch von den Leitungen geht aber jeweils keine Wirkung aus, die sich als unzumutbare Intensivierung der von den Windenergieanlagen ausgehenden optischen Wirkung darstellte.

Für die Baukörperwirkung einer Windenergieanlage kommt der in der Höhe wahrzunehmenden Drehbewegung des Rotors eine entscheidende Bedeutung zu. Zum einen lenkt der

Rotor durch die Bewegung den Blick auf sich und schafft eine Art »Unruheelement«. Ein bewegtes Objekt erregt die Aufmerksamkeit in höherem Maße als ein statisches; eine Bewegung wird selbst dann noch registriert, wenn sie sich nicht direkt in der Blickrichtung des Betroffenen, sondern seitwärts von dieser befindet. Vgl. ausführlich OVG NRW, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05, Rn. 73 ff.

Demgegenüber stellen sich die Hochspannungsfreileitungen und Gittermasten – aus optischer Sicht – als eine rein statische Einwirkung dar. Hinzukommt, dass die Masten mit ihrer transparenten Bauweise auch kein undurchdringliches optisches Hindernis bilden, sondern den natürlichen Hintergrund nach wie vor weitestgehend erkennen lassen. Die zwischen den Masten verlaufenden Leitungen als solche lösen sich in süd-östlicher Richtung, also in Richtung der Windenergieanlagen, zudem mit zunehmender Distanz vor dem flächenhaften Hintergrund der überspannten landwirtschaftlich genutzten Flächen – wie auch die vom Kl. im Verfahren 8 B 1049/23. AK übersandten Bilder zeigen – optisch weitestgehend auf.

Zu den Unterschieden zwischen sich bewegenden Windenergieanlagen und Hochspannungsfreileitungen vgl. auch BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 – 4 A 5.17, Rn. 89.

Angesichts dessen stellt die optische Vorbelastung durch die Freileitungen keinen Umstand dar, der – abweichend von der Wertung des Gesetzgebers – bei der hier vorliegenden Entfernung der Windenergieanlagen zum Wohnhaus des Klägers die Annahme einer unzumutbaren optisch bedrängenden Wirkung rechtfertigen würde.

Vor diesem Hintergrund bedarf es auch in diesem Zusammenhang von Amts keiner weitergehenden Prüfung, ob und

ggf. welche Regelungen im Planfeststellungsverfahren betreffend die Hochspannungsfreileitung zu Lasten des Klägers getroffen worden sind.

Dass für das Haus des Klägers darüber hinaus Umstände vorliegen, die die Annahme eines atypischen Sonderfalls rechtfertigten, ist auch mit Blick auf das Ergebnis des Gutachtens der D. GmbH vom 13.12.2019 zur optisch bedrängenden Wirkung der zwei Windenergieanlagen betreffend das Wohnhaus des Klägers [...] nicht ersichtlich. Bei dieser Sachlage und auch mit Blick auf das vorliegende, ausreichend aussagekräftige Karten- und Bildmaterial bedurfte es nicht der vom Kl. angeregten Inaugenscheinnahme der Örtlichkeit durch das Gericht.

c. Der Einwand, dass die Anlagen nicht hinreichend stand-sicher seien, greift ebenfalls nicht durch. Die vom Kl. thematisierte Gefahr von Rissbildung im Turm betrifft den ursprünglich genehmigten Anlagentyp.

Eine unzumutbare Beeinträchtigung durch den Betrieb der streitbefangenen Windenergieanlagen ergibt sich nicht aus dem Verweis des Klägers auf Unfallgefahren durch einen Flügelabriss. Der Kl. wird insoweit keinem unzumutbaren, weil über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehenden Unfallrisiko ausgesetzt. Dies gilt sowohl in Bezug auf ihn selbst als auch auf sein Wohngrundstück. Er kann nicht die Abwehr jeder theoretisch denkbaren Gefahr beanspruchen, sondern nur den Schutz vor einer konkreten Gefahr. Vgl. OVG NRW, Urt. v. 22.11.2021 – 8 A 973/15, Rn. 194, und v. 04.05.2022 – 8 D 317/21.AK, Rn. 178 f.

Eine solche ist hier aber weder von ihm dargetan noch ersichtlich.

■ Abhandlungen

Hätte ein Parteiverbotsverfahren gegen die »Alternative für Deutschland« (AfD) Aussicht auf Erfolg?

Prof. Dr. iur. Emanuel V. Towfigh und Ref. iur. Svea Alberti, M.A., Wiesbaden

Die Unterstützung von Koalitionsverhandlungen durch Regierungsbedienstete

RiVG Dr. Bastian Schneider, Ladenburg/Karlsruhe

„Zwangspause“ für Politiker bei einem Wechsel zum Bundesverfassungsgericht – eine verfassungsrechtliche Würdigung

Wiss. Mit. Joram-B. Brandau, LL.M., Münster

Ausnutzung ohne Ausschöpfung – Zur Bewilligung der Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen gemäß § 13 Abs. 5 ArbZG im Dienstleistungssektor

Gunnar Nissen, M.Litt. (St Andrews), Kiel

■ Berichte

46. Umweltrechtliche Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht

Rechtsanwalt Jakob Schoster, LL.M., und Wiss. Mit. Viktoria Herden, Leipzig

■ Rechtsprechung

BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 - 2 BvR 900/22

Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen

BVerwG, Urt. v. 07.11.2023 – 3 C 9.22

Keine Erlaubnis zum Erwerb des Betäubungsmittels Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung mit Anmerkung Fabian Schäfer

BVerwG, Urt. v. 13.07.2023 - 2 C 7.22

Ausführungen zur Begründetheit in einer als unzulässig verworfenen Berufung

VGH Baden-Württemberg Urt. v. 08.11.2023 - 10 S 916/22

Zuwendungen an Religionsgemeinschaften

OVG NRW, Beschl. v. 02.02.2024 - 10 A 2833/21

Änderung von Umständen eines bauplanungsrechtlichen Vorbescheides

Nds. OVG, Urt. v. 07.03.2024 - 1 LB 109/22

Gemeindliches Vorkaufsrecht, gemeindeinterne Zuständigkeit in Niedersachsen bei Ausübung zugunsten Dritter (§ 27a BauGB)

OLG Frankfurt, Urt. v. 09.02.2024 – 9 U 35/23

Schadenersatz wegen unrechtmäßigem Einkürzen von Bäumen auf Nachbargrundstück - Berechnung der Werteinbuße

Impressum

Einsendungen

Einsendungen, die sich auf den Abhandlungsteil, Berichte sowie Buchbesprechungen beziehen, werden möglichst in elektronischer Form (WORD-docx-Format) an Deutsches Verwaltungsblatt Hauptschriftleiter Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner (dvbl@jura.uni-bonn.de) erbeten (Postadresse: Universität Bonn, Fachbereich Rechtswissenschaften, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn). Ihn unterstützen Birgit Henseler (Aufsätze und Berichte) und Marja Villmer (Buchbesprechungen) als weitere Mitglieder des Redaktionsteams (dvbl@uos.de). Autorenhinweise finden Sie auf der Internetseite <https://www.wolterskluwer.com/de-de/solutions/dvbl>.

Einsendungen, die sich auf den Rechtsprechungsteil (einschließlich Anmerkungen) beziehen, sind an Dr. Caspar-David Hermanns (dvbl@hermanns-rechtsanwaelt.de) zu richten (Postadresse: Gutenbergstr. 28, 49076 Osnabrück), Tel.: 05 41/1 81 99 50, Fax: 05 41/1 81 99 51.

Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Eine Rücksendung von Beiträgen erfolgt nicht. Mit der Beitragsannahme, die per E-Mail oder schriftlich erfolgt, erwirbt der Verlag alle Rechte zur Veröffentlichung. Eingeschlossen sind insbesondere die Rechte zu elektronischen Publikationen der Beiträge in Datenbanken (online oder offline) oder Dokumentationssystemen ähnlicher Art und die Rechte, Beiträge zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder ähnlicher Verfahren zu vervielfältigen.

Verlag

Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Carl Heymanns Verlag, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth, Telefon (02233) 37 60 - 7646, E-Mail: stefan.kolbe@wolterskluwer.com Kundenservice: Telefon (0 22 33) 37 60–72 01, Fax: (0 22 33) 37 60–72 02 E-mail: info-wkd@wolterskluwer.com

Nachdruck und Vervielfältigung

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses Heftes, gleichgültig, in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, sind nicht gestattet. Die vorbehaltenen Rechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidun-

gen und ihre Leitsätze; sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages. Wolters Kluwer Deutschland gestattet hiermit rechtsverbindlich die den Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels entsprechende Nutzung der in dieser Zeitschrift veröffentlichten Rezensionen.

Bezugsbedingungen

Das Deutsche Verwaltungsblatt erscheint zweimal im Monat. Jahresabonnement: 434,00 € zzgl. Versandkosten (55,20 € Inland, 91,20 € Ausland). Vorzugspreis für Studenten und Referendare 222,00 € zzgl. Versandkosten (55,20 € Inland, 91,20 € Ausland).

Gemeinsamer Bezug des DVBl mit dem vierteljährlich erscheinenden Verwaltungsarchiv zum Vorzugspreis möglich.

Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht mit einer Frist von 3 Monaten zum Ende des Vertragsjahres schriftlich gekündigt wird.

Anzeigen

Anzeigenverkauf: Gabriele Wieneber, Tel. (02233) 37 60 - 76 08

E-Mail: gabriele.wieneber@wolterskluwer.com

Anzeigendisposition: Anja Bottner, Tel. (02233) 37 60 - 76 97

E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com

Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 45 vom 01.01.2024 berechnet.

Setzerei

Newgen Knowledge Works(P) Ltd., Chennai

Druckerei

Lotos Poligrafia Sp. z o.o., Warszawa, Polen

ISSN 0012-1363

Jetzt neu auf Wolters Kluwer Online: GPT-generierte Zusammenfassungen von Urteilen und Beschlüssen

Nutzen Sie das Potential künstlicher Intelligenz, um schneller zum Kern der juristischen Arbeit zu gelangen. Statt Urteile und Beschlüsse komplett selbst zu lesen – lassen Sie lesen. Beurteilen Sie mittels GPT-generierten Zusammenfassungen schnell und punktgenau die Relevanz für Ihre juristische Argumentation.



Das bietet Ihnen die neue GPT-Zusammenfassung:

- ✓ **Schnelles Erfassen des Inhalts von gerichtlichen Entscheidungen,** durch die GPT-generierten Zusammenfassungen
- ✓ **Einfache Einordnung der Relevanz für den jeweiligen Sachverhalt,** da GPT die gerichtliche Entscheidung als Ganzes zusammenfasst, inklusive Sachverhalt und Verfahrensgang
- ✓ **Deutliche Reduzierung der zu prüfenden Dokumente,** die vollständig gelesen werden müssen, durch eine schnelle inhaltliche Bewertung

Der handliche Großkommentar

Mit der 3. Auflage 2024 auf dem neuesten Stand im Öffentlichen Recht:

Ausgewiesene Experten aus Wissenschaft sowie Behörden, Anwaltschaft und Gerichten kommentieren das BImSchG als das zentrale umweltrechtliche Regelwerk der Industriegesellschaft.

Bei allen Fragen bietet der handliche Großkommentar Arbeits- und Entscheidungshilfe bei der Auslegung und praktischen Anwendung des Industrieanlagen- und Immissionsschutzrechts, einschließlich der Schnittstellen zu angrenzenden Rechtsbereichen (Stoffrecht, Emissionshandel, Umwelthaftung etc.).

NEU in der 3. Auflage:

Das Immissionsschutzrecht ist einer der zentralen Rechtsbereiche des Umweltschutzes. Aus Aktualitätsgründen ist vier Jahre nach Erscheinen der 2. Auflage eine gründliche Überarbeitung erforderlich.

Die neue Bundesregierung plant im Zuge des sog. „Osterpakets“ zahlreiche Neuerungen, insbesondere zum Thema Windkraft, die in die neue Auflage einfließen werden. Auch in Bezug auf die BVT-Merkblätter sind zahlreiche Aktualisierungen notwendig geworden.

Führ, GK-BImSchG - Kommentar – neben vielen anderen Titeln enthalten im Modul Werner Öffentliches Baurecht auf Wolters Kluwer Online.

Jetzt Modul 30 Tage gratis testen.



ISBN 978-3-452-30157-4, ca. € 219,-

Onlineausgabe ca. € 12,28 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Buchhandel erhältlich

Mehr Infos:

Praxisorientierte Kommentierung des Bundesnaturschutzrechts

Mit der 3. Auflage 2024 auf dem neuesten Stand im Öffentlichen Recht:

Der Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz enthält eine vollständige Kommentierung des Bundesnaturschutzrechts. Diese bietet eine aktuelle und übersichtliche sowie anwenderorientierte und zugleich wissenschaftlich fundierte Darstellung und Bewertung der geltenden bundesrechtlichen Vorschriften.

NEU in der 3. Auflage:

- 4. Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes
- Gesetz zum Schutz der Insektenvielfalt in Deutschland
- Gesetz zur Änderung des Umweltschadensgesetzes, des Umweltinformationsgesetzes und weiterer umweltrechtlicher Vorschriften

Schlacke, GK-BNatSchG- Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz – neben vielen anderen Titeln enthalten im Modul Werner Öffentliches Baurecht auf Wolters Kluwer Online.

Jetzt Modul 30 Tage gratis testen.



ISBN 978-3-452-30099-7, € 139,-

Onlineausgabe ca. € 8,33 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Buchhandel erhältlich

Mehr Infos:

Ein Klassiker des Untersuchungs- ausschussrechts

Mit der 4. Auflage 2024 auf dem neuesten Stand im Öffentlichen Recht:

Das Werk ist seit dem Erscheinen der Erstauflage im Jahr 2005 die älteste und umfangreichste zusammenhängende Darstellung des parlamentarischen Untersuchungsrechts für den Bundestag und die Länderparlamente. Anhand des Ablaufs des parlamentarischen Untersuchungsverfahrens werden die zentralen rechtlichen Fragen behandelt.

NEU in der 4. Auflage:

- neue Fragen zum Gegenstand parlamentarischer Untersuchungen
- Darstellung der Rechte und Pflichten von Zeugen
- aktuelle Entwicklung zur Aktenvorlage- und Auskunftspflicht der Regierung
- Bedeutung öffentlicher parlamentarischer Kontrolle und notwendiger Geheimnisschutz
- Behandlung datenschutzrechtlicher Fragen
- Besondere Berücksichtigung der Stellung von Abgeordneten (Kollegialenqueten)
- Neukommentierung zum PUAG



ISBN 978-3-452-30033-1, € 169,-

Onlineausgabe € 10,51 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Buchhandel erhältlich

Mehr Infos:

Die praxisgerechte und systematische ROG - Kommentierung mit wissenschaftlichem Anspruch

Mit der 1. Auflage 2024 auf dem neuesten Stand im Öffentlichen Recht:

Innovative Neukommentierung des novellierten ROG unter Einbeziehung abweichender Landesregelungen mit praxisgerechter Darstellung der herrschenden Meinung für den direkten Zugriff auf ein Rechtsproblem sowie kritische Diskussion der Streitfragen mit umfangreichen Nachweisen für vertieftes Arbeiten.

Inhalt:

- Digitalisierung der Beteiligungsverfahren bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen
- Ergänzung der bundesgesetzlichen Grundsätze der Raumordnung
- Legaldefinition für »in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung«
- Wegfall der Eignungsgebiete
- Erleichterung der Überwindung von Zielen der Raumordnung durch Stärkung des Zielabweichungsverfahrens
- Änderungen bei den Planerhaltungsvorschriften
- Pflicht zur Anpassung der Landesraumordnungspläne an Bundesraumordnungsziele
- Verzahnung von Raumordnungs- und Zulassungsverfahren durch die Raumverträglichkeitsprüfung

Milstein, ROG – Kommentar – neben vielen anderen Titeln nach Erscheinen enthalten im Modul Werner Öffentliches Baurecht auf Wolters Kluwer Online.

Jetzt Module 30 Tage gratis testen.

Auch im Buchhandel erhältlich



ISBN 978-3-452-30283-0, ca. € 159,-

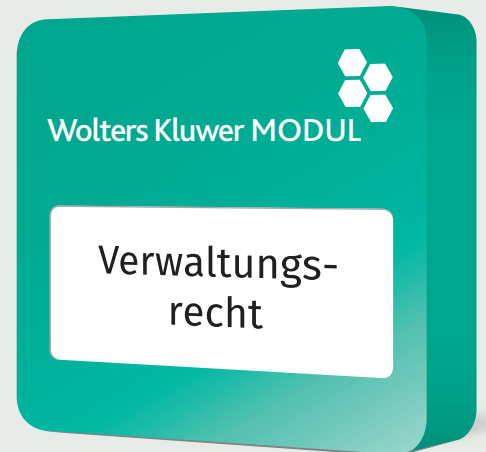
Onlineausgabe ca. € 10,01 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Mehr Infos:

Profundes Fachwissen für Verwaltungsrechtler

Mit dem Modul Verwaltungsrecht auf dem neuesten Stand:

- Passgenaue Zusammenstellung für Verwaltungsrechtler in Kanzleien und öffentlichen Verwaltungen sowie Behörden
- Mit den News Staats- und Verwaltungsrecht wöchentlich das Wichtigste aus Rechtsprechung, Fachpresse und Gesetzgebung per Email-Newsletter
- Mit zahlreichen Titeln inkl. der Zeitschriften „**DVBl – Deutsches Verwaltungsblatt**“ und „**Die POLIZEI**“, jeweils mit Online-Archiv



Jetzt abonnieren
€ 51,- mtl. im Jahresabo zzgl. MwSt

Profitieren Sie von den Vorteilen eines Abonnements: stets aktuelle Inhalte und komfortable Tools, die Ihre Recherche erleichtern. Mit Wolters Kluwer Recherche haben Sie außerdem Zugriff auf unsere kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.

Im Modul: LawTracker, der smarte Assistent für Jurist:innen, der die Recherche in juristischen Datenbanken und Übersetzungen mit DeepL direkt im Acrobat Reader ermöglicht.

Auch im Buchhandel erhältlich

Modul jetzt 30 Tage gratis testen:

Fundierte Informationen für Experten im Beamtenrecht

Mit dem Modul Luchterhand Beamtenrecht auf dem neuesten Stand:

- Bietet rechtssichere Informationen, intuitiv und zeitsparend aufbereitet
- Mit der fundierten Kommentierung zum **Beamtengesetz** von *Plog / Wiedow* und der „**Entscheidungssammlung zum Beamtenrecht**“ von *Lemhöfer*
- Inkl. der Zeitschriften „**IÖD – Informationsdienst Öffentliches Dienstrecht**“ und „**RiA – Recht im Amt**“, jeweils mit Online-Archiv



Jetzt abonnieren
€ 277,- mtl. im Jahresabo zzgl. MwSt

Profitieren Sie von den Vorteilen eines Abonnements: stets aktuelle Inhalte und komfortable Tools, die Ihre Recherche erleichtern. Mit Wolters Kluwer Recherche haben Sie außerdem Zugriff auf unsere kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.

Im Modul: LawTracker, der smarte Assistent für Jurist:innen, der die Recherche in juristischen Datenbanken und Übersetzungen mit DeepL direkt im Acrobat Reader ermöglicht.

Auch im Buchhandel erhältlich

Modul jetzt 30 Tage gratis testen: