

Landratsamt Emmendingen
Amt für Gewerbeaufsicht, Immissionsschutz
und Abfallrecht
-Untere Immissionsschutzbehörde-
Frau Lehmann
Postfach 1120
79301 Emmendingen

Vorab per Fax: 07641/451-5239

**Antrag auf Ertei-
lung eines Vorbe-**

Freiburg, 23.02.2021
Rechtsanwälte Wurster/Kupfer
Sekretariat Heidi Kleiser
Durchwahl +49(761)21114956

unser AZ: 11/0160
(Bitte angeben)

scheids nach § 9 Bundes-Immissionsschutzgesetz

**hier: Klärung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit der geplanten
Windkraftanlagen Bildstock West & Ost auf den Grundstücken
Flst.Nrn. 145 bzw. 209 der Gemarkung Gutach-Siegelau**

Ihr Zeichen: 52-I-leh2101 001 GuSi

Ihr Schreiben vom 13.01.2021 an die Gemeinde Gutach

Hier: Stellungnahme der Gemeinde Gutach

Sehr geehrte Frau Lehmann,

wir bedanken uns für die gewährte Fristverlängerung und nehmen für die Gemeinde Gutach zum Antrag der Ökostrom Consulting Freiburg GmbH (i. F.: Antragstellerin) vom 18.12.2020 wie folgt Stellung:

A. Auslegung und Konkretisierung des Antrags

Gemäß § 9 Abs. 1 BImSchG kann sich der Antrag auf einzelne Genehmigungsvoraussetzungen sowie auf den Standort der Anlage beziehen. Hierfür kommt jede beliebige rechtliche Vorfrage der Genehmigung in Betracht. Dabei kann es sich auch um rein baurechtliche Genehmigungsvoraussetzungen handeln.

Wasielewski, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 19.

Welche Fragen der Vorbescheid im Einzelfall zu behandeln hat, hängt entscheidend vom Antrag ab.

Jarass, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 6.

Der Antragsteller kann damit das Prüfungsprogramm und den erstrebten Entscheidungsinhalt durch eine entsprechende Fassung des Antrags selbst bestimmen.

Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: 05/2015, § 9 BImSchG Rn. 22.

Der von der Antragstellerin über die Rechtsanwälte Dohle & Simon mit Schreiben vom 18.12.2020 eingereichte Antrag auf Erlass eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids gemäß § 9 BImSchG lässt den erstrebten Entscheidungsinhalt nicht eindeutig erkennen und ist dementsprechend auszulegen.

Auf Seite 1 des Antrags führt die Antragstellerin aus, Gegenstand des Antrags sei „ausschließlich [...] die Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des geplanten Vorhabens“. Auf Seite 2 f. des Antrags heißt es weiter, dass der „bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit“ keine „Bestimmungen des Naturschutzrechts [...] entgegenstünden“. (Hervorhebung in den Zitaten durch uns)

Nach unserer Einschätzung bezieht sich der Antrag auf die gesamte bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens. Dies ergibt sich neben dem vorzitierten Wortlaut aus dem Verweis auf die (angebliche) Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des Naturschutzrechts. Hiermit bezieht sich die Antragstellerin offensichtlich auf die in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB genannten öffentlichen Belange.

Die Antragstellerin beantragt einen sog. Voraussetzungsvorbescheid.

Zu dem Begriff des Voraussetzungsvorbescheids: Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: 05/2015, § 9 BImSchG Rn. 17.

B. Kein Anspruch auf Erteilung des immissionsschutzrechtlichen Vor-

Kommentar [KJ-wR1]: Sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen der Telefonkonferenz mit dem LRA legten wir dar, dass der Antrag aus unserer Sicht auslegungsbedürftig ist und dahin auszulegen ist, dass die gesamte bauplanungsrechtliche Zulässigkeit zur Prüfung gestellt ist.

Frau Lehmann sagte, das LRA sehe dies genauso und bat uns, hierzu auszuführen.

Wir weisen darauf hin, dass es der Antragstellerin unbenommen ist, ihren Antrag auf unsere Ausführungen hin zu konkretisieren.

Aus Sicht der Antragstellerin wäre dies sinnvoll. Zum einen könnte sie – eine Verwerfungskompetenz des LRA unterstellt – schnell eine für das weitere Verfahren verbindliche Entscheidung dazu erlangen, dass der FNP dem Vorhaben nicht entgegensteht. Zum anderen wäre der Umfang der vorzulegenden Unterlagen deutlich beschränkt.

bescheids zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens

§ 6 BImSchG findet gemäß § 9 Abs. 3 BImSchG Anwendung. Gemäß § 6 Abs. 1 BImSchG ist die Genehmigung zu erteilen, wenn (Ziffer 1) sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 und einer auf Grund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und (Ziffer 2) **andere öffentlich-rechtliche Vorschriften** und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage **nicht entgegenstehen**.

Die von der Antragstellerin abgefragte bauplanungsrechtliche Zulässigkeit zählt zu den *anderen öffentlich-rechtliche Vorschriften* i. S. v. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Indes besteht kein Anspruch auf Erteilung des immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids mit dem Inhalt, dass das Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig ist. Im Einzelnen:

I. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB; Insbesondere keine Verwerfungskompetenz des Landratsamtes

Die VVG Waldkirch hat im gültigen FNP 2001 Eignungsflächen für Windkraftnutzung dargestellt. Hierbei handelt es sich um Konzentrationszonen im Sinne von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (vgl. Seite 3, 11 f. des Erläuterungsberichts). Rechtsfolge der Darstellung solcher Konzentrationszonen ist, dass die betreffenden privilegierten Anlagen (hier: Windenergieanlagen) an anderen Standorten nicht zulässig sind.

Die in der Anlage zum Antrag dargestellten Standorte (Bildstock West und Bildstock Ost) liegen nicht in einer dieser beiden Konzentrationszonen. Somit verstößt das Vorhaben gegen § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.

Die Antragstellerin geht unzutreffend davon aus, dem Landratsamt Emmendingen käme eine Normverwerfungskompetenz zu. Die Frage, ob eine Behörde, hier das Landratsamt Emmendingen, eine Verwerfungskompetenz hinsichtlich eines Bebauungsplans oder eines Flächennutzungsplans mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hat, gehört zu den umstrittensten Fragen des (Bau-)Verwaltungsrechts.

Nach unserer Einschätzung ist der Auffassung zuzustimmen, die, gestützt auf Art. 20 Abs. 3 GG, eine solche Kompetenz ablehnt.

Dies entspricht der ganz überwiegenden Auffassung in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

Ständige Rechtsprechung des Bay. VGH, zuletzt 13.12.2016 – 14 N 14.2400 –, juris Rn. 76; OVG Saarlouis, 09.12.1991 – 1 R 25/91 –, juris Rn. 31 ff.; OVG Lüneburg, 14.11.1997 – 6 K 6014/96 –, juris Rn. 10.

Hierfür spricht auch der Wandel in der Rechtsprechung des 1. Sentas des OVG Lüneburg. Während dieser in seiner älteren Rechtsprechung die Verwerfungskompetenz (noch) bejahte,

OVG Lüneburg, 15.10.1999 – 1 M 3614/99 –, juris Rn. 10,

lehnt er die Verwerfungskompetenz in der neueren Rechtsprechung ab,

OVG Lüneburg, 09.03.2012 – 1 LA 254/09 –, juris Rn. 89 f. sowie OVG Lüneburg, 09.03.2012 – 1 LA 231/09 –, juris 61 f.

Das OVG Münster führt zu der Thematik in einer aktuellen Entscheidung äußerst vage aus:

Zudem könnte diese offensichtliche Rechtswidrigkeit möglicherweise sogar – ausnahmsweise – bereits im Genehmigungsverfahren selbst von der zuständigen Behörde berücksichtigt werden.

OVG Münster, 07.03.2019 – 2 D 36/18.NE –, juris Rn. 56.

Das OVG Münster legt sich nicht darauf fest, dass eine Verwerfungskompetenz existiert. Hierbei sind die Unterschiede zwischen dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt und des FNP der VVG Waldkirch zu beachten. Im Fall des OVG Münster war der FNP bereits aufgrund von Bekanntmachungsmängeln formell rechtswidrig und damit unwirksam. Dies gilt nicht für den FNP der VVG Waldkirch. Im Fall des OVG Münster lagen zusätzlich materielle Mängel vor. Trotz dieser – im Falle des FNP nicht vorliegenden – Kumulation von formeller und materieller Unwirksamkeit konnte sich das OVG Münster nicht zu einer eindeutigen Rechtspre-

chung durchringen.

II. Entgegenstehen öffentlicher Belange, § 35 Abs. 1; 3 BauGB

Dem Vorhaben dürfen öffentliche Belange nicht entgegenstehen, § 35 Abs. 1 BauGB. Es ist anerkannt, dass der beispielhafte Katalog des § 35 Abs. 3 S.1 Nr. 1 bis 8 BauGB auch für privilegierte Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 BauGB Geltung besitzt.

Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 10/2019, § 35 Rn. 75; 60 ff.

Der Antrag auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit macht mithin eine umfangreiche Prüfung erforderlich. Gegenstand dieser Prüfung ist - um nur einen von vielen Aspekten zu nennen - das Vorliegen artenschutzrechtlicher Verbote i. S. d. § 44 BNatSchG. Diese sind zugleich Belange des Naturschutzes i. S. d. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB sind. Solche dürfen einem privilegierten Außenbereichsvorhaben bauplanungsrechtlich nicht entgegenstehen. Das Naturschutzrecht konkretisiert die öffentlichen Belange i. S. d. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB. Ist über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 35 Abs. 1 BauGB zu entscheiden, hat die zuständige Behörde daher auch die naturschutzrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu prüfen. **Können artenschutzrechtliche Verbote naturschutzrechtlich nicht überwunden werden, stehen sie einem gemäß § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben als öffentliche Belange i. S. d. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB zwingend entgegen. Das Vorhaben ist dann bauplanungsrechtlich unzulässig.**

BVerwG, 27.06.2013 – 4 C 1/12 –, juris Rn. 6.

Hiernach ist für die Gemeinde Gutach der Schluss der Antragstellerin nicht nachvollziehbar, wonach bei Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit „*wohl nur die Frage zu prüfen [sei], ob das geplante Vorhaben den Verboten eines Landschaftsschutzgebietes widerspräche*“.

Hierfür und für die Prüfung des Entgegenstehens der übrigen öffentlichen Belange sind aussagekräftige Antragsunterlagen erforderlich. Gemäß § 23 Abs. 4 der 9. BIm-

SchV gilt § 22 der 9. BImSchV entsprechend. Danach müssen in den Unterlagen endgültige Angaben für die nachgefragten Genehmigungsvoraussetzungen gemacht werden, die denen entsprechen, die für eine Vollgenehmigung erforderlich sind. Zusätzlich sind die Angaben vonnöten, die ein vorläufiges positives Gesamturteil in dem in § 8 BImSchG beschriebenen Sinn ermöglichen (hierzu sogleich unter B.IV).

Wasielewski, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 66.

Diesen Anforderungen entsprechen die vorgelegten Antragunterlagen nicht ansatzweise. Neben den beiden Seiten des Antragsschreibens und der Karte, in der die beiden Standorte Bildstock West und Bildstock Ost eingezeichnet sind, bestehen die Antragsunterlagen ausschließlich aus dem (veralteten) Steckbrief der Konzentrationszone Nord (BS-N) mit Stand von Februar 2015.

Anhand dieser Antragsunterlagen ist u. a. nicht prüfbar, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände gegeben sind. Zunächst enthält der Steckbrief Angaben, die sich ausschließlich auf die gesamte Konzentrationszone Nord (BS-N) beziehen. Diesen ist nicht zu entnehmen, ob das erkannte Konfliktpotenzial

„aufgrund naher Brutplätze des Rotmilan, Überflüge trotz geringer Untersuchungstiefe registriert“

Steckbrief der Konzentrationszone Nord (BS-N) mit Stand von Februar 2015, Seite 1.

an den konkret vorgesehenen Standorten zu einem Verstoß gegen das Tötungsverbot führt. Hinzu kommt, dass die Erhebungen deutlich älter als 5 Jahre und damit nicht mehr verwertbar sind. Die Erfahrung der vergangenen Jahre mit der Ansiedlung des Auerhuhns haben gezeigt, dass die veraltete Aussage

„kein Auerhahn-Gebiet“

Steckbrief der Konzentrationszone Nord (BS-N) mit Stand von Februar 2015, Seite 1.

weder Anspruch auf (heutige) Richtigkeit besitzt, noch, dass hiermit ein Verstoß gegen das Tötungsverbot ausgeschlossen werden kann.

Es ist festzuhalten, dass die Antragstellerin nicht im Ansatz die Unterlagen vorgelegt hat, die erforderlich sind um das Entgegenstehen öffentlicher Belange bzw. die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu prüfen.

Aus vorstehenden Gründen muss die Gemeinde Gutach zum jetzigen Zeitpunkt davon ausgehen, dass dem Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen.

III. Gesicherte Erschließung

Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit erfordert eine gesicherte Erschließung, § 35 Abs. 1 S. 1 BauGB. Es ist nicht ersichtlich, wie die Erschließung erfolgen soll, ob die Antragstellerin über die ggfs. notwendigen Wegerechte verfügt und ob die vorgesehenen Straßen und Wege für die gesicherte Erschließung von Windenergieanlage ausreichen.

Aus vorstehenden Gründen muss die Gemeinde Gutach zum jetzigen Zeitpunkt davon ausgehen, dass das Vorhaben über keine gesicherte Erschließung verfügt.

IV. Positive vorläufige Gesamtbeurteilung

Zudem müssen die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können, § 9 Abs. 1 BImSchG. Damit ist nichts anderes gemeint als mit der vorläufigen Gesamtbeurteilung gemäß § 8 S. 1 Nr. 3 BImSchG.

Jarass, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 11; *Wasielewski*, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 44; OVG Lüneburg, 15.10.2019 – 12 LB 104/19 –, juris Rn. 20.

Die vorliegenden Antragunterlagen lassen keine ausreichende Beurteilung der Auswirkungen der beiden Windenergieanlagen zu.

C. Versagung des Einvernehmens gemäß § 36 BauGB

Kommentar [KJ-wR2]: Es ist allerdings allgemein anerkannt, dass die Genehmigungsbehörde einen erheblichen Spielraum hat, im Bescheid klarzustellen, wie weit und wie weit gerade nicht die positive vorläufige Gesamtbeurteilung reicht (Jarass, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 12). Die gilt im Übrigen auch allgemein.

Das Einvernehmen der Gemeinde darf (hier) nur aus den sich aus den § 35 BauGB ergebenden Gründen versagt werden, § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB. Wie unter B.I bis B.III dargelegt, verstößt das Vorhaben gegen §§ 35 Abs.1; 3 BauGB und/oder die Unterlagen der Antragstellerin sind ungeeignet zu belegen, dass dem Vorhaben keine öffentlichen Belange entgegenstehen. Aus diesen Gründen

versagt die Gemeinde Gutachten das Einvernehmen.

D. Mitteilung Verfahrensstand; Weiteres Vorgehen der VVG Waldkirch

Die Gemeinde Gutach will die Gelegenheit dieser Stellungnahme nutzen dem Landratsamt den Verfahrensstand hinsichtlich der Darstellung der Konzentrationszonen für Windkraft im FNP der VVG Waldkirch mitzuteilen. Es ist hinlänglich bekannt, dass dieses Verfahren aus verschiedenen Gründen ins Stocken geraten war. Zur fachlichen Erörterung des weiteren Vorgehens fand am 29.09.2020 der sog. Runde Tisch statt. Bereits in diesem Rahmen sprachen sich die drei (Ober-)Bürgermeister für die Darstellung von Konzentrationszonen aus. Im Nachgang wurden die unterschiedlichen Möglichkeiten des weiteren Vorgehens sowie deren Vor- und Nachteile abgewogen. Die (Ober-)Bürgermeister kamen zu dem Schluss, dass die Einstellung des alten sowie der Beginn eines neuen Verfahrens am zielführendsten ist. Hierbei ist ausdrückliches Anliegen, dass – selbstredend unter Einhaltung der Vorgaben des BauGB an die Ermittlung und Bewertung des Abwägungsmaterials sowie an die Abwägung – ein deutlich „schlankeres“ Verfahren geführt wird. Hierbei wird die VVG Waldkirch auch von den Erkenntnissen aus dem bisherigen Verfahren profitieren können. Die Gemeinderäte der Gemeinden Gutach und Simonswald haben mehrheitlich den Aufstellungsbeschluss für ein neues Verfahren gefasst. Einige politische Vertreter machte unmissverständlich klar, dass auch Ihnen an einem zügigen und stringenten Verfahren gelegen sei. Der Gemeinderat Waldkirch stimmt in der Gemeinderatssitzung am 17.03.2021 hierüber ab.

Eine positive Entscheidung des Gemeinderats Waldkirch vorausgesetzt, macht das anstehende Verfahren neue artenschutzrechtliche Erhebungen erforderlich, die auf-

grund des zeitlichen Vorlaufs erst für das Jahr 2022 beauftragt werden können. Hätte der Runde Tisch aufgrund der Coronapandemie und den damit einhergehenden Einschränkungen nicht auf den 29.09.2020 verschoben werden müssen, sondern bereits im ersten Quartal 2020 stattfinden können, hätten die Erhebungen voraussichtlich bereits für dieses Jahr beauftragt werden können. Vor, parallel und nach den Erhebungen wird sich die VVG Waldkirch, unterstützt von den beauftragten Fachbüros, intensiv mit dem Verfahren beschäftigen und dieses vorantreiben. Hierfür hat das RP Freiburg im Rahmen des Runden Tisches Unterstützung zugesagt.

Die VVG Waldkirch hat das Ziel, das Verfahren innerhalb von vier Jahren abzuschließen und wird alles daran setzen, dieses zu erreichen.

Mit freundlichen Grüßen

Wurster
Rechtsanwalt

Johannes Kupfer
Rechtsanwalt