

ÖFFENTLICHE ERGÄNZUNGSVORLAGE

Amt/Eigenbetrieb:

30 Rechtsamt

Beteiligt:

61 Fachbereich Stadtentwicklung, -planung und Bauordnung

69 Umweltamt

Betreff:

Genehmigung von zwei Windenergieanlagen durch den Märkischen Kreis an der
Stadtgrenze Hagen-Hohenlimburg

Beratungsfolge:

04.06.2020 Haupt- und Finanzausschuss

Beschlussfassung:

Haupt- und Finanzausschuss

Beschlussvorschlag:

Der Haupt- und Finanzausschuss nimmt die dieser Vorlage als Anlage beigelegte
rechtliche Stellungnahme des Herrn RA Tyczewski aus der Anwaltskanzlei Wolter
Hoppenberg vom 26.05.2020 zu den Erfolgsaussichten der Klage der Stadt Hagen
gegen die Genehmigung von zwei Windenergieanlagen auf dem Gebiet von
Nachrodt-Wiblingwerde zur Kenntnis und stimmt der vorgeschlagenen
Klagerücknahme zu.

Kurzfassung:

Nach näherer rechtlicher Prüfung kommt Herr RA Tyczewski aus der Anwaltskanzlei Wolter Hoppenberg (Münster) in dem beigelegten Rechtsgutachten vom 26.05.2020 zu dem Ergebnis, dass die am 04.05.2020 von der Stadt Hagen erhobene Klage gegen den Genehmigungsbescheid des Märkischen Kreises vom 30.03.2020 entgegen der von Herrn RA Kaldewei vertretenen Rechtsauffassung keine Aussicht auf Erfolg habe. Der Empfehlung von Herrn RA Tyczewski folgend, schlägt die Verwaltung vor, die Klage zurückzunehmen.

Begründung:

Am 30.04.2020 hat der HFA entgegen der Empfehlung der Verwaltung unter Bezugnahme auf eine Einschätzung der Rechtslage durch Herrn RA Kaldewei (Ibbenbüren) beschlossen, beim Verwaltungsgericht Arnsberg Klage gegen die Genehmigung von zwei Windenergieanlagen auf dem Gebiet der Nachbargemeinde Nachrodt-Wiblingwerde durch den Märkischen Kreis zu erheben. Die Klage wurde am 04.05.2020 fristwährend beim Verwaltungsgericht eingereicht.

Mit der Klagebegründung wurde Herr RA Tyczewski aus der renommierten Anwaltskanzlei Wolter Hoppenberg (Münster) beauftragt. Gleichzeitig hatte Herr RA Tyczewski entsprechend der Beschlussfassung im HFA am 30.04.2020 den Auftrag, sich in der Argumentation mit Herrn RA Kaldewei, der als Anwalt die Interessen der Bürgerinitiative Gegenwind vertritt, abzustimmen.

Herr RA Tyczewski war vor seinem Wechsel in die Anwaltschaft lange Jahre als Richter am Verwaltungsgericht, am Oberverwaltungsgericht und am Verfassungsgerichtshof für das Land NRW tätig. In Fachkreisen gilt Herr RA Tyczewski u. a. als Experte für rechtliche Belange im Bereich Windkraftanlagen.

In Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Verwaltung kommt Herr RA Tyczewski in dem dieser Vorlage beigelegten Rechtsgutachten vom 22.05.2020 nach vertiefender Prüfung zu der Einschätzung, dass die Klage der Stadt Hagen gegen den Genehmigungsbescheid des Märkischen Kreises vom 30.03.2020 keine Aussicht auf Erfolg habe und die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch Herrn RA Kaldewei in entscheidenden Punkten fehlerhaft und daher nicht tragfähig sei. Die Ausführungen des Herrn RA Kaldewei seien im Ergebnis keine "tauglichen Ansätze", um die Klagebefugnis der Stadt Hagen zu begründen (siehe S. 10). Ferner sei die Stadt Hagen nicht in ihren Rechten verletzt.

Die Klagebefugnis leite sich weder aus der Funktion der Stadt Hagen als Sachwalterin privater Interessen noch aus einem ihr obliegenden Selbstverwaltungsrecht her. Die Verletzung des der Klage vermeintlich zugrunde liegenden interkommunalen Abstimmungsgebotes komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die benachbarte Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde ihrerseits erhebliche Anstrengungen durch Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens unternehme, um die Realisierung des Vorhabens zu verhindern. Ferner sei die Beurteilung der Gebietseinschätzung durch Herrn RA Kaldewei in mehrfacher

Hinsicht fehlerhaft. Abgesehen von der bereits vorgenommen gerichtlichen Überprüfung der Immissionsrichtwerte können „unzumutbare Lärmbelastungen grundsätzlich nur von den betroffenen Grundstückseigentümern und nur grundstücksbezogen und nicht von der Nachbargemeinde unter Hinweis auf die Planungshoheit abgewehrt werden“ (S. 11 f.).

Herr RA Tyczewski empfiehlt der Stadt Hagen aufgrund des eindeutigen Ergebnisses letztendlich, die Klage zurückzunehmen und die Verfolgung subjektiver Rechte den betroffenen Rechtsträgern zu überlassen (S. 16).

Nach Ansicht der Verwaltung sollte dieser in jeder Hinsicht rechtlich fundierten Empfehlung gefolgt werden, um sich nicht unnötig dem bestehenden Prozessrisiko und der damit verbundenen Kostenfolge auszusetzen.

Falls die Klage – wie zu befürchten ist – vom Verwaltungsgericht Arnsberg abgewiesen wird, wären allein für die erste Instanz bei einem Streitwert von 30.000,- € von der Stadt Hagen gesetzliche Gerichts- und Anwaltskosten in einer Größenordnung von mindestens 6.400,- € zu tragen, wobei davon ausgegangen wird, dass sich der Märkische Kreis ebenfalls anwaltlich vertreten lässt. Für die zweite Instanz vor dem OVG Münster würden weitere Gerichts- und Anwaltskosten in einer Größenordnung von ca. 13.800,- € anfallen. Für den Fall, dass sich der beigeladene Investor aktiv in das laufende Verfahren einbringt und einen eigenen Antrag stellt, würden sich die der Stadt zur Last fallenden Verfahrenskosten für die erste Instanz um weitere rund 2.600,- € und für die zweite Instanz um ca. 2.900,- € erhöhen.

Inklusion von Menschen mit Behinderung

Belange von Menschen mit Behinderung

sind nicht betroffen

Finanzielle Auswirkungen

Es entstehen keine finanziellen und personellen Auswirkungen

gez. Erik O. Schulz

Oberbürgermeister

gez. Thomas Huyeng

Beigeordneter

gez. Henning Keune

Technischer Beigeordneter

Verfügung / Unterschriften

Veröffentlichung

Ja

Nein, gesperrt bis einschließlich _____

Oberbürgermeister

Gesehen:

**Erster Beigeordneter
und Stadtkämmerer**

Amt/Eigenbetrieb:

Stadtsyndikus

**Beigeordnete/r
Die Betriebsleitung
Gegenzeichen:**

Beschlussausfertigungen sind zu übersenden an:

Amt/Eigenbetrieb: _____ **Anzahl:** _____



Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
gegründet 1924

Erfolgsaussichten des Klageverfahrens der Stadt
Hagen gegen den Märkischen Kreis wegen der
Genehmigung zweier Windenergieanlagen in
Nachrodt-Wiblingwerde

von

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

4075/20 TY17

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|--|-----------|
| A. AUSGANGSLAGE UND AUFGABENSTELLUNG | 1 |
| B. ZUR ZULÄSSIGKEIT DER KLAQE DER STADT HAGEN | 3 |
| I. KLAGEBEFUGNIS - § 42 ABS. 2 VwGO | 3 |
| II. KEIN RECHT DER GEMEINDE ALS SACHWALTERIN PRIVATER INTERESSEN IHRER BÜRGER UND ZUR WAHRUNG ÖFFENTLICHER BELANGE | 4 |
| III. DAS SELBSTVERWALTUNGSRECHT AUS ART. 28 ABS. 2 SATZ 1 GG UND SEINE AUSPRÄGUNGEN | 5 |
| 1. DAS EIGENTUM DER STADT HAGEN | 5 |
| 2. PLANUNGSHOHEIT | 6 |
| 3. SELBSTGESTALTUNGSRECHT | 8 |
| 4. DAS INTERKOMMUNALE ABSTIMMUNGSGEBOT - § 2 ABS. 2 BAUGB | 9 |
| 5. FEHLERHAFTE GEBIETSEINSCHÄTZUNG IM LÄRMGUTACHTEN | 10 |
| 6. VERFAHRENSEFEHLER | 12 |
| a) Falsche Messstellen, falsche Gebietszuordnungen | 12 |
| b) Nicht durchgeführte UVP | 13 |
| C. UNZULÄSSIGKEIT/UNBEGRÜNDETTHEIT DER KLAQE | 15 |
| D. ERGEBNIS UND EMPFEHLUNG | 16 |

A. Ausgangslage und Aufgabenstellung

Unter dem 28.10.2015 hat die Naturstrom Veserde GmbH & Co KG (im Folgenden: Vorhabenträgerin) beim Märkischen Kreis (Kreis) die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb zweier Windenergieanlagen (WEA) des Typs Enercon E-92 EP3 mit einer Gesamthöhe von je 150 m beantragt; der Standort liegt in der Nachbargemeinde Nachrodt-Wiblingwerde im Ortsteil Veserde (Gemarkung Nachrodt-Wiblingwerde, Flur 13, Flurstücke 141 und 154), an den auf Hagener Seite der Ortsteil Hohenlimburg angrenzt.

Der entsprechende Genehmigungsantrag der Vorhabenträgerin datiert bereits vom 28.10.2015. Da der Standort außerhalb einer im FNP Nachrodt-Wiblingwerde dargestellten Konzentrationszone liegt, versagte die Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde im März 2016 das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB. Daraufhin lehnte der Kreis den Genehmigungsantrag ab. Auf die daraufhin erhobene Klage der Vorhabenträgerin hob das VG Arnsberg den Ablehnungsbescheid des Kreises durch Urteil vom 26.8.2019 – 8 K 1837/18 – auf und verpflichtete ihn zur Neubescheidung. In diesem Zusammenhang stellte die 8. Kammer fest, dass der FNP der Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht erzeuge und deshalb als öffentlicher Belang und Ablehnungsgrund ausscheide.

Der Kreis akzeptierte das Urteil und setzte daraufhin das Genehmigungsverfahren fort. U.a. wurde eine standortbezogene Vorprüfung nach dem UVPG durchgeführt, dabei aber festgestellt, dass eine UVP nicht durchzuführen sei. Da sich mittlerweile die Methodik der Lärmbeurteilung gegenüber einem im Jahre 2015 erstellten Lärmgutachten geändert hatte, legte die Vorhabenträgerin eine überarbeitete Schallimmissionsprognose vom 18.2.2020 vor.

Mit Bescheid vom 30.3.2020 genehmigte der Kreis das Vorhaben unter Beifügung zahlreicher Nebenbestimmungen. U.a. regelt die Nebenbestimmung 2.1, dass an 10 Immisionsorten auf Hagener Seite im Bereich Zimmerbergstraße, Bergholzstraße, Am Roten Stein, Obernahmerstraße und Schleipenbergstraße festgelegte Immissionswerte nach TA Lärm nicht überschritten werden dürfen. Die Werte beruhen teilweise auf einer Zwischenwertbildung nach Nr. 6.7 TA Lärm.

Die Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde hat zunächst gegen das Urteil des VG Arnsberg vom 26.8.2019 einen Antrag auf Zulassung der Berufung zum OVG NRW gestellt. Das Verfahren wird voraussichtlich zeitnah eingestellt werden, nachdem die Hauptbeteiligten (Vorhabenträgerin und Kreis) Erledigungserklärungen abgegeben haben. Außerdem hat die Gemeinde fristwährend Klage gegen den Genehmigungsbescheid vom 30.3.2020 erhoben, behält sich aber die Rücknahme vor, falls in einem beim BVerwG anhängigen Revisionsverfahren die Rechtsprechungspraxis der OVG Münster und Lüneburg zur öffentlichen Bekanntmachung von FNP keine Korrektur erfährt. Denn das VG Arnsberg hatte in seinem Urteil vom 26.8.2019 festgestellt, dass die Konzentrationszonenplanung der Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde – wie die sehr vieler Kommunen - wegen eines Veröffentlichungsmangels unwirksam sei. Das entspricht der derzeitigen Rechtsprechung aller Verwaltungsgerichte in NRW.

Die Stadt Hagen hat ebenfalls fristwährend am 4.5.2020 Klage erhoben, die beim VG Arnsberg unter dem Az.: 8 K 1213/20 geführt wird. Insbesondere im Ortsteil Hohenlimburg hat sich gegen die beiden WEA in Veserde energischer Widerstand formiert, der juristisch von RA Kaldewei aus Ibbenbüren flankiert wird. Er hat in zwei Schreiben an die Stadt im Namen der von ihm vertretenen „Bürgerinitiative Gegenwind Hagen“ gefordert, die Stadt möge Klage erheben. Zugleich hat er der Klage große Erfolgsaussichten attestiert. Die Verwaltung hat demgegenüber die Rechtslage analysiert und ist zu dem Ergebnis gelangt, mangels Erfolgsaussichten sei von einer Klage abzuraten.

Damit stellt sich für die Stadt Hagen die Frage nach den Erfolgsaussichten der fristwährend erhobenen Klage. Das ist Gegenstand der folgenden Rechtsprüfung. Die öffentliche Berichtsvorlage vom 23.4.2020 (0328/2020), die öffentliche Ergänzungsvorlage vom 29.4.2020 (0328-1/2020) und die beiden Schreiben von RA Kaldewei vom 24.4.2020 und vom 28.4.2020 sind ebenso Gegenstand der Untersuchung wie die überarbeitete Schallimmissionsprognose von reko vom 18.2.2020 und der Genehmigungsbescheid des Kreises vom 30.3.2020.

B. Zur Zulässigkeit der Klage der Stadt Hagen

I. Klagebefugnis - § 42 Abs. 2 VwGO

Die Stadt hat eine Anfechtungsklage erhoben, deren Zulässigkeit u.a. die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO voraussetzt. Danach muss die Klägerin geltend machen können, durch die Genehmigung in einer gerade sie schützenden Rechtsposition, d.h. in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Die Rechtsverletzung muss jedenfalls möglich und darf nicht von vornherein ausgeschlossen sein.

§ 42 Abs. 2 VwGO gilt nicht nur für private Kläger, sondern auch für Nachbargemeinden. Die Stadt Hagen muss also, um die Zulässigkeitshürde der Klage zu überspringen, geltend machen können, in einem eigenen subjektiven Recht verletzt zu sein. Einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch, der einen Anspruch auf objektive Rechtsprüfung begründen würde, gibt es auch für öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften nicht. Die Stadt Hagen steht damit in der jetzigen Prozesssituation nicht anders (besser) dar als jeder andere Drittetroffene.

II. Kein Recht der Gemeinde als Sachwalterin privater Interessen ihrer Bürger und zur Wahrung öffentlicher Belange

Die Stadt kann sich gegen sie belastende Maßnahmen unter Berufung auf ihr Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zur Wehr setzen. Dieses Recht vermittelt indes nicht die Befugnis, eine umfassende Rechtmäßigkeitsprüfung fordern zu können. Gemeinden sind nicht Kontrolleure öffentlicher Belange, wenn es nicht um ein Vorhaben in den eigenen Gemeindegrenzen oder um behördliche Entscheidungen im Rahmen der Auftragsverwaltung geht; sie sind auch nicht Sachwalter privater Interessen, etwa der Interessen von Bürgern, die von den Auswirkungen von WEA betroffen sind (BVerwG, Beschluss v. 15.4.1999 – 4 VR 18.98 –, BRS 62 Nr. 67; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 4. Aufl., Rdnr. 637). Eine zu hohe Lärmbelastung oder eine optisch bedrängende Wirkung durch WEA für einzelne Grundstücke kann deshalb nicht von der Stadt als Nachbargemeinde in einem Klageverfahren geltend gemacht werden. Klagebefugt sind aus diesem Grund nur die Grundstückseigentümer, unter bestimmten Voraussetzungen auch Pächter, Mieter usw., also die unmittelbar Betroffenen.

Ähnlich verhält es sich mit öffentlichen Belangen. Die Stadt Hagen ist nicht Hüterin des Landschaftsbildes oder des Natur- und Artenschutzes. Dabei handelt es sich um öffentliche Belange, welche der Kreis als Genehmigungsbehörde selbstverständlich prüfen muss – die Stadt Hagen in eigenen Genehmigungsverfahren selbstverständlich auch –, deren Schutz aber nicht der Nachbargemeinde obliegt (BVerwG, Urteil v. 28.4.2016 – 9 A 8.15 –, juris; VG Aachen, Beschl. v. 23.6.2017 – 6 L 552/17 –, juris).

Der VGH München hat die insoweit einhellige und gefestigte Rechtsprechung in seinem Beschluss vom 19.3.2020 – 9 NE 19.2274 – wie folgt zusammengefasst:

Generell gilt, dass eine Gemeinde, auch eine Nachbargemeinde, nicht gleichsam als Sachwalterin private Interessen ihrer Bürger vertreten und durchsetzen kann und auch nicht als Kontrolleurin der zur Wahrung öffentlicher Belange berufenen staatlichen

Behörden berufen ist. Sie kann sich daher auf gesundheitliche Belange ihrer Gemeindebürger, Eingriffe in das Landschaftsbild oder den Wasserhaushalt, aber auch auf naturschutz- und landschaftsschutzrechtliche Belange nicht berufen, da hierdurch ihre Planungshoheit oder ihr Selbstgestaltungsrecht auf ihrem Gemeindegebiet nicht berührt ist. Die Antragstellerin kann somit nicht aus ihrer Sicht rechtswidrige Immissionen „abwehren“, die auf Grundstücke einwirken, die sich nicht in ihrem Eigentum befinden; sie kann als Nachbargemeinde auch nicht das Artenschutzrecht für sich nutzbar machen (vgl. BayVGH, B. v. 20.9.2017 – 22 CS 17.1471 –, NVwZ-RR 2018, 120).

Der vom VGH München durch Beschluss vom 20.9.2017 entschiedene Fall betraf die Klage der Nachbargemeinde gegen die Genehmigung zweier Windenergieanlagen im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes der Standortgemeinde.

III. Das Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und seine Ausprägungen

Bereits auf der Ebene der Zulässigkeit stellt sich deshalb hier die Frage, welche subjektiven Rechte der Stadt Hagen überhaupt betroffen sind und ob sie im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann, in diesen subjektiven Rechten verletzt zu sein. Wie dargestellt und in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, kann die Nachbargemeinde eine Klage gegen die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung entweder auf eine Verletzung ihrer Selbstverwaltungsgarantie oder auf ihr Eigentum stützen.

1. Das Eigentum der Stadt Hagen

Die Stadt Hagen kann sich wie jeder andere private oder öffentliche Grundstückseigentümer auf eine Beeinträchtigung ihres Grundstückseigentums stützen. Der Eigenschutz folgt anders als bei Privaten nicht aus Art. 14 GG, sondern aus den einfach-gesetzlichen Eigentümerbefugnissen des BGB, § 903 BGB. Das setzt voraus, dass die Stadt

im Einwirkungsbereich der beiden WEA Grundstücke besitzt, deren Nutzung oder Entwicklung unzumutbaren Beeinträchtigungen durch die WEA ausgesetzt ist. Aus den vorhandenen Unterlagen ergeben sich keine dahingehenden Erkenntnisse. Es könnte sich dabei auch nur um vorhandene bauliche Anlagen mit entsprechendem Schutzstandard nach der TA Lärm handeln, nicht um unbebaute Außenbereichsgrundstücke, auf denen sich Menschen nur vorübergehend aufhalten (VG Karlsruhe, Beschl. v. 27.7.2017 – 9 K 753/17 –). Klassische Eingriffe in das Grundeigentum hat die Stadt bisher auch nicht geltend gemacht.

2. Planungshoheit

Das Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hat verschiedene Ausprägungen. Im vorliegenden Zusammenhang kommt es maßgeblich auf die Planungshoheit an. Die Planungshoheit einer Kommune ist verletzt, wenn ein Vorhaben eine bestimmte konkretisierte Planung der Gemeinde stört oder wegen seiner Großräumigkeit wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer durchsetzbaren gemeindlichen Planung entzieht (BVerwG, Urteile v. 15.12.2016 – 4 A 4.15 – und v. 6.11.2013 – 9 A 9.12 –, VGH München, Beschl. v. 17.11.2014 – 22 ZB 14.1035 –; VG Aachen, Beschl. v. 23.6.2017, aaO, alle Entscheidungen veröffentlicht in juris).

Eine Verletzung der Planungshoheit der Stadt Hagen setzt deshalb voraus, dass die Stadt hinreichend konkretisierte Planungen im Einwirkungsbereich der Anlagenstandorte betreibt und die Planung schutzwürdige Nutzungen betrifft. Wird eine derartige Planung durch die WEA gestört, kann die Planungshoheit der Nachbargemeinde betroffen sein. Typischerweise geht es dabei um eine Wohnbauentwicklung der Nachbargemeinde, die durch WEA und die von ihnen ausgehenden Emissionen beeinträchtigt werden kann. Aus den vorliegenden Unterlagen ist nicht ersichtlich, dass die Stadt (konkretisierte) Planungen im Grenzbereich zu Nachrodt-Wiblingwerde betreibt, die von den beiden WEA betroffen sein könnten.

Ein lediglich allgemeines Freihaltungsinteresse für bestimmte Gemeindeteile, um sich etwaige Planungsoptionen für die Zukunft oder Nutzungsmöglichkeiten Dritter abstrakt offen zu halten, ist dagegen nicht schutzwürdig und wird von der verfassungsrechtlich garantierten Planungshoheit nicht erfasst (VGH München, Beschlüsse v. 19.3.2020 und v. 20.9.2017, aaO).

Gleiches gilt auch für den Bereich der Landschaftsplanung, die Teil der gemeindlichen Planungshoheit ist (VerfGH NRW, Urteil v. 9.6.1997 – VerfGH 20/95 u.a. –, juris). RA Kaldewei hat diesen Aspekt kurSORisch angesprochen. Derzeit ist aber nicht erkennbar, dass die Stadt Hagen als Trägerin der Landschaftsplanung (§ 7 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG) eine Landschaftsplanung auf ihrem Stadtgebiet betreibt, die durch die beiden WEA empfindlich gestört wird. Auch insoweit werden abstrakte Planungsmöglichkeiten von der Planungshoheit nicht erfasst. Es ist auch nichts dafür dargetan, dass der bestehende Landschaftsplan aus dem Jahr 1994 wegen der Existenz der beiden neuen WEA und der dann existierenden 5 WEA auf dem Gebiet der Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde angepasst werden müsste. Dem entspricht, dass die am Genehmigungsverfahren beteiligte Stadt Hagen – Untere Naturschutzbehörde – keine naturschutzfachlichen Einwände gegen das Vorhaben erhoben hat. Dieser Umstand würde vom Verwaltungsgericht gewürdigt werden.

Nicht von der verfassungsrechtlich garantierten Planungshoheit erfasst wird die Tätigkeit der Stadt Hagen als untere Naturschutzbehörde gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LNatSchG NRW. In dieser Funktion ist die Stadt Sonderordnungsbehörde und nimmt die Aufgaben u.a. der Landschaftspflege als Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung wahr, § 2 Abs. 2 und 3 LNatSchG NRW. Die Stadt Hagen ist deshalb im Genehmigungsverfahren als Träger öffentlicher Belange beteiligt worden, soweit das Vorhaben Auswirkungen auf festgesetzte Landschafts- und Naturschutzgebiete in ihrem Zuständigkeitsbereich betrifft. Im Übrigen legt RA Kaldewei auch nicht ansatzweise dar, gegen welches landschaftsrechtliche Verbot oder Gebot der Stadt Hagen die Genehmigung des Märkischen Kreises verstoßen soll. Der Hinweis in seinem Schreiben vom 28.4.2020 auf

die Beeinträchtigung der gesamtstädtisch bedeutsamen Erholungsfunktion benachbarter Landschaftsschutzgebiete ist substanzlos und verkennt den Prüfungsrahmen der unteren Umweltbehörde im Genehmigungsverfahren und den der Verwaltungsgerichte im Prozess. Die Erteilung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen für WEA ist jeweils ein Akt gebundener Verwaltung (§ 6 Abs. 1 BImSchG). Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die Betreiberpflichten erfüllt werden und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht verletzt werden. Es wäre deshalb im Klageverfahren vorzutragen und zu begründen, welche landschaftsrechtliche Vorschrift konkret verletzt sein soll. Allein der Hinweis auf die Beeinträchtigung der Erholungsfunktion ersetzt einen substantiierten Vortrag nicht.

Eine Verletzung der Planungshoheit – sei es in Bezug auf eine konkretisierte Bauleitplanung, sei es in Bezug auf eine konkretisierte Landschaftsplanung – erscheint nach den vorliegenden Unterlagen ausgeschlossen und kann die Klagebefugnis nicht begründen.

3. Selbstgestaltungsrecht

Ausfluss der gemeindlichen Selbstverwaltungshoheit ist auch das Recht auf Selbstgestaltung. Eine Verletzung dieses Rechts setzt voraus, dass von dem Vorhaben *eine entscheidende Prägung des Ortsbildes der Stadt Hagen ausgehen wird, die vorhandene städtebauliche Struktur auf dem Gemeindegebiet der Stadt Hagen von Grund auf ändert* (BVerwG, Urteil vom 18.7.2013 – 7 A 4.12 –, BVerwGE 147, 184). Für eine ortsbildende Prägung genügt die bloße Sichtbarkeit der Anlagen vom Gemeindegebiet aus ebenso wenig wie der Umstand, dass Windkraftanlagen bauartbedingt typischerweise markant in Erscheinung treten. Eine optische Riegelwirkung, die von der Ortslage aus einsehbare Landschaftsteile völlig abschneiden würde, ist angesichts des Umstandes, dass es nur um zwei Anlagen geht, ausgeschlossen. Ein Recht auf ungestörte Aussicht bzw. ein Abwehrrecht gegen die bloße Sichtbarkeit von Windkraftanlagen besteht auch an Tourismusstandorten nicht (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.1.2019, aaO, Rdnr. 27). Es dürfte der Stadt Hagen schwerfallen, im Klageverfahren plausibel und nachvollziehbar

darzulegen, dass die beiden genehmigten WEA die vorhandene städtebauliche Struktur der Stadt Hagen von Grund auf ändert. Dieser Vortrag wäre angesichts der Größe der Stadt und der Fläche des Stadtgebietes lebensfremd.

RA Kaldewei setzt sich in seinen beiden Schreiben weder mit der diesbezüglichen Rechtsprechung zum Selbstgestaltungsrecht einer Kommune noch mit den (hohen) Tatbestandsvoraussetzungen für eine Verletzung dieses Rechts auseinander. Er reiht vielmehr verschiedene Aspekte des Immissionsschutzes und der Landschaftspflege einschließlich der Erholungsfunktion mehr oder weniger stichwortartig aneinander und zieht daraus den Schluss auf eine Verletzung des Selbstgestaltungsrechts. Das erschöpft die Darlegungslast der Stadt im Verwaltungsprozess auch nicht annähernd.

Auf eine mögliche Verletzung des Selbstgestaltungsrechts lässt sich die Klagebefugnis nicht stützen.

4. Das interkommunale Abstimmungsgebot - § 2 Abs. 2 BauGB

RA Kaldewei bezieht sich zum Beleg der Erfolgsaussichten einer Klage mehrfach auf das interkommunale Abstimmungsgebot. Das ist schlechterdings unverständlich. Das kommunale Abstimmungsgebot ist in § 2 Abs. 2 Satz 1 BauGB normativ verankert und stellt eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Abwägungsgebotes des § 1 Abs. 7 BauGB dar (Uechtritz in Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 3. Aufl. § 2 Rdnr. 21). Die Vorschrift lautet:

Die Bauleitpläne benachbarter Gemeinden sind aufeinander abzustimmen.

Das interkommunale Abstimmungsgebot gilt also in sachlicher Hinsicht für Bauleitpläne und adressiert benachbarte Kommunen. Es gilt weder in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren noch gegenüber den Kreisen als Genehmigungsbehörden. Eine Nachbargemeinde hat allenfalls dann ein Abwehrrecht gegen ein Einzelvorhaben wegen Missachtung des § 2 Abs. 2 BauGB, wenn die Standortgemeinde durch einen nicht abgestimmten Bauleitplan oder im Falle eines Fehlens eines solchen auf andere

zurechenbare Weise dem Vorhabenträger einen Zulassungsanspruch verschafft hat (BVerwG, Urteil v. 11.2.1993 – 4 C 15.92 –, NVwZ 1994, 285; VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 29.1.2019, aaO, Rdnr. 29).

§ 2 Abs. 2 Satz 1 BauGB gilt also im Verhältnis der Stadt Hagen zur Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde, nicht im Verhältnis der Stadt Hagen zum Märkischen Kreis. Es wäre gera-dezu grotesk, wenn die Stadt Hagen der Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde vorwürfe, sie habe durch Bauleitplanung oder auf sonst ihr zurechenbare Weise der Vorhabenträ-gerin den Genehmigungsanspruch verschafft. Die Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde unternimmt vielmehr seit Jahren alle erdenklichen Schritte, dass es nicht zur Errichtung der genehmigten Anlagen kommt. Dementsprechend hat sie auch jetzt Klage erhoben.

Das interkommunale Abstimmungsgebot ist ein untauglicher Ansatz, um die Klagebe-fugnis der Stadt Hagen zu begründen.

5. Fehlerhafte Gebietseinschätzung im Lärmgutachten

Ein Schwerpunkt der Argumentation von RA Kaldewei liegt auf dem Vorwurf, das Lärm-gutachten enthalte fehlerhafte Gebietseinschätzungen. Das führe zu einem Verstoß ge-gen das kommunale Selbstgestaltungsrecht. Der Vortrag ist ebenfalls in mehrfacher Hin-sicht fehlerhaft.

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ist u.a. zu prüfen, ob das zur Genehmigung gestellte Vorhaben erhebliche Belästigungen für die Nachbarschaft her-vorruft, § 5 Abs. 1 Nr. 1 BlmSchG und ob das planungsrechtliche Rücksichtnahmegebot des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB eingehalten ist. Die Maßstäbe zur Beurteilung beider Rechtsnormen sind im Wesentlichen gleich. Geht es um Lärmbeeinträchtigungen, so ist der Lärm mit Hilfe der TA Lärm zu ermitteln und zu bewerten. Der Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche ist nach Nr. 3.2.1 TA Lärm sichergestellt, wenn die Gesamtbelastung am maßgeblichen Immissionsort die Immissionsrichtwerte nach

Nr. 6 nicht überschreitet. Der maßgebliche Immissionsort ist nach Nr. 2.3 TA Lärm iVm Nr. A.1.3 des Anhangs zur TA Lärm zu bestimmen. Der Richtwert für die maßgeblichen Immissionsorte ergibt sich aus Nr. 6.1 TA Lärm, wobei Gemengelagen nach Nr. 6.7 TA Lärm gesondert zu bewerten sind. Die Bestimmung des Schutzniveaus für einen Immissionsort ist ein Schritt innerhalb eines Bewertungsverfahrens und als solcher schon nicht geeignet, die Rechtsverletzung Dritter zu begründen. Erst wenn die Genehmigung, etwa auf Grund einer falschen Schutzniveaubestimmung, den Nachbarn erhebliche Geräuschbelästigungen zumutet, kann es zu Rechtsverletzungen kommen. Sie betreffen dann aber den benachbarten Grundstückseigentümer und nicht die Nachbargemeinde als Gebietskörperschaft, die gar nicht Schutzobjekt des planungsrechtlichen Rücksichtnahmegebotes bzw. des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist. Sollte die überarbeitete Lärmprognoze vom 18.2.2020 fehlerhaft sein, etwa weil die Immissionsorte auf Hagener Gebiet falsch bestimmt worden und/oder ihnen im Wege einer fehlerhaften Zwischenwertbestimmung ein zu hoher Richtwert als Maßstab zugeordnet worden ist, so entstünde daraus aus den eingangs dargestellten Gründen kein Abwehranspruch der Stadt Hagen, sondern ein solcher der jeweils betroffenen Grundstücksnachbarn, wobei jedes Grundstück wiederum isoliert zu betrachten ist.

Der VGH Baden-Württemberg hat in seinem von RA Kaldewei und auch hier mehrfach zitierten Beschluss vom 29.1.2019 keinen anderen Obersatz aufgestellt. Sowohl der VGH als auch das erstinstanzlich entscheidende VG Karlsruhe in seinem Beschluss vom 27.7.2017 – 9 K 753/17 – haben festgestellt, dass die Immissionsrichtwerte nach TA Lärm eingehalten worden sind. Deshalb stellte sich für beide Gerichte die Frage nicht, ob eine Überschreitung der Richtwerte nach TA Lärm zu einem Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG führen kann. Diese Frage ist mit der eingangs zitierten Rechtsprechung zu verneinen. Unzumutbare Lärmbelastungen können grundsätzlich nur von den betroffenen Grundstückseigentümern und nur grundstücksbezogen und nicht von der Nachbargemeinde unter Hinweis auf die Planungshoheit abgewehrt werden. Angesichts dessen wäre es verfehlt, sich im Rahmen der Klagebegründung im Einzelnen damit auseinander

zu setzen, ob in der überarbeiteten Schallimmissionsprognose vom 18.2.2020 alle Immissionsorte nach TA Lärm richtig bestimmt worden sind und ihnen jeweils das richtige Schutzniveau zugeordnet worden ist. Ob die einzelnen Grundstückseigentümer, deren Grundstücke von RA Kaldewei benannt worden sind, seine Einschätzung teilen und ob sie sich unter Berufung auf unzumutbare Lärmbelastungen gegen die Genehmigung für die WEA zur Wehr setzen oder zur Wehr gesetzt haben, entzieht sich der Kenntnis des Unterzeichners.

Die Klagebefugnis der Stadt Hagen lässt sich jedenfalls nicht aus einer zu hohen Lärmbelastung einzelner Grundstücke auf Hagener Gebiet ableiten.

6. Verfahrensfehler

Sowohl RA Kaldewei als auch die CDU-Fraktion haben darüber hinaus auf mögliche Verfahrensfehler hingewiesen und sich dabei auf eine nicht durchgeführte UVP sowie auf Fehler in der Lärmmissionsprognose (falsche Messstellen, falsche Gebietszuordnungen) bezogen. Beide Aspekte bieten keinen Erfolg versprechenden Ansatz für die Klage.

a) Falsche Messstellen, falsche Gebietszuordnungen

Die letztgenannten Mängel sind – ihr Vorliegen unterstellt - keine Verfahrensfehler, die selbstständig rügefähig sind. Das gilt sowohl für die Stadt Hagen als auch für (private) Dritte. Vielmehr führen sie auf ein insgesamtes fehlerhaftes Lärmgutachten und in dessen Folge auf eine fehlerhafte Beurteilung des Rücksichtnahmegebotes nach § 35 Abs. 3 Satz 3 Nr. 3 BauGB bzw. auf die fehlerhafte Erfassung und Bewertung der Belästigungen für die Wohnnachbarschaft gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Das wiederum kann zu einem materiellen Nachbarrechtsverstoß führen, den nach den obigen Ausführungen

nicht die Stadt Hagen geltend machen kann, sondern den nur die betroffenen Grundstückseigentümer (bzw. Nachbarn im Rechtssinne) geltend machen können.

b) Nicht durchgeführte UVP

Der Vorwurf, es hätte eine UVP durchgeführt werden müssen, betrifft dagegen Verfahrensrecht. Ist der Vorwurf berechtigt, so kann allerdings nicht auf Durchführung einer UVP geklagt werden. Vielmehr kann der Mangel im Wege der Anfechtung gegen die Sachentscheidung in Anwendung der Vorschriften des UmwRG gerügt werden. Anders als anerkannte Umweltvereinigungen können (objektive) Verfahrensmängel nach dem UmwRG von Dritten nur gerügt werden, wenn diese die (subjektiven) Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO erfüllen, also wenn sie klagebefugt sind. Die Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO kann also nicht durch behauptete Verfahrensmängel nach dem UVPG begründet werden. Vielmehr setzt die Geltendmachung der Verfahrensmängel nach dem UmwRG die Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO voraus. Fehlt sie – wie hier für die Klage der Stadt Hagen angenommen – kommt es nicht mehr zur Prüfung von Verfahrensmängeln nach dem UVPG. Das Fehlen einer (erforderlichen) UVP begründet für sich genommen keine Klagebefugnis einer Privatperson gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung, wenn auszuschließen ist, dass sich dieser Verstoß auf eine materielle subjektive Rechtsposition ausgewirkt haben kann (OVG NRW, Beschluss v. 27.08.2019 -2 A 3300/18-, juris).

Hält das Verwaltungsgericht die Klage der Stadt Hagen entgegen der hier vertretenen Annahme für zulässig (dazu s.u.), bedarf es für den Erfolg der Klage eines Verfahrensfehlers. Gem. Nr. 1.6.1 der Anlage 1 zum UVPG ist eine UVP erst für die Errichtung und den Betrieb einer Windfarm mit 20 und mehr WEA durchzuführen. Diese Zahl wird selbst unter Einbeziehung der Bestandsanlagen bei weitem nicht erreicht. Bei zwei WEA kommt es mangels Vorliegens einer Windfarm zu keiner Prüfung nach dem UVG, bei 3 bis 5 WEA zu einer standortbezogenen Vorprüfung gem. Nr. 1.6.3 der Anlage 1 zum UVPG. Der Kreis hat hier eine Kumulation der drei Bestandsanlagen und der beiden zur

Genehmigung gestellten Neuanlagen angenommen und dementsprechend eine standortbezogene Vorprüfung durchgeführt. Das ist verfahrensfehlerfrei und offensichtlich nicht rügefähig.

Im Rahmen einer Vorprüfung ist auf Grund einer überschlägigen Prüfung zu prüfen, ob das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann. Für den Rechtsschutz Dritter ist wesentlich, dass die aufgrund der Vorprüfung getroffene behördliche Beurteilung zur UVP-Pflichtigkeit nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Zu untersuchen ist, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben des § 7 Abs. 2 UVPG bzw. § 3c UVPG a.F. durchgeführt worden und ob das Ergebnis nachvollziehbar ist. Dementsprechend muss eine Vorprüfung überhaupt stattgefunden haben, und das Ergebnis der Vorprüfung darf keine Rechtsfehler aufweisen, die seine Nachvollziehbarkeit ausschließen. Diese Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle verdeutlicht, dass der Genehmigungsbehörde für ihre prognostische Beurteilung möglicher Umweltauswirkungen des Vorhabens ein Einschätzungsspielraum zusteht (BVerwG, Urteil v. 18.12.2014 – 4 C 36.13 -, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 23.1.2020 – OVG 11 S 20.18 -, juris; Urteil des VG Arnsberg v. 10.10.2019 – 8 K 710/17 – „Neuenrade“, juris; VG Düsseldorf, Beschluss v. 15.4. 2020 – 28 L 3274/19 – „Niederkrüchten“, juris). Dass hier überhaupt eine standortbezogene Vorprüfung durchgeführt worden ist, ist unstreitig. Aus den vorliegenden Unterlagen ergibt sich kein Anhaltspunkt für die Annahme, dass das vom Märkischen Kreis gefundene Ergebnis unter Beachtung des dem Kreis zustehenden Einschätzungsspielraums schlechterdings nicht nachvollziehbar ist. Dementsprechend hat auch die Stadt Hagen – nach dem Aktenstand zutreffend – bisher nicht verlangt, dass eine UVP hätte durchgeführt werden müssen. Im Verwaltungsprozess müsste die Stadt substantiiert vortragen, welcher Fehler dem Märkischen Kreis bei der standortbezogenen Vorprüfung unterlaufen ist und dass dieser Fehler vom Gericht zu berücksichtigen ist. Darüber hat sich auch RA Kaldewei nicht weiter ausgelassen; vielmehr fehlt jegliche inhaltliche Befassung mit der vom Märkischen Kreis durchgeführten Vorprüfung. Abschließend sei erwähnt, dass auch natürliche Personen, soweit sie gem. § 42 Abs. 2 VwGO

klagebefugt sind, Verfahrensmängel nach dem UVPG nach Maßgabe des UmwRG rügen können. Grundstückseigentümer, die – anders als die Stadt Hagen - geltend machen können, durch die beiden neuen WEA unzumutbaren Lärmbelästigungen ausgesetzt zu werden, können deshalb das Unterbleiben einer UVP rügen. Die (eingeschränkten) gerichtlichen Prüfungsmaßstäbe gelten allerdings auch für die Privaten.

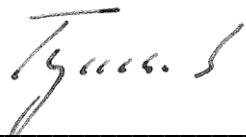
C. Unzulässigkeit/Unbegründetheit der Klage

Die vorstehenden Überlegungen führen auf eine Unzulässigkeit der Klage mangels Klagebefugnis, weil die Stadt nicht im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann, durch die erteilte Genehmigung für die beiden WEA in ihren subjektiven Rechten verletzt zu sein. Allerdings werden auf der Ebene der Zulässigkeit wie bei einem groben Filter nur diejenigen Fälle ausgeschieden, bei denen eine Rechtsverletzung auszuschließen ist. Das ist eine hohe Hürde. Deshalb lassen viele Gerichte die Frage der Klagebefugnis offen und stellen fest, dass die Klage nach dem Maßstab des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO „jedenfalls unbegründet“ ist, weil subjektiv-öffentliche Rechte des Klägers nicht verletzt sind. Es ist nicht auszuschließen, dass auch das VG Arnsberg im vorliegenden Fall in eine Begründetheitsprüfung eintritt. Dann gelten allerdings die oben aufgezeigten Bedenken in gleicher Weise, dann nicht bezogen auf § 42 Abs. 2 VwGO, sondern auf § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Für die Stadt ist es vom Ergebnis her in diesem Fall unerheblich, ob die Klage als unzulässig oder als unbegründet abgewiesen wird. In anderen Konstellationen kann es darauf schon ankommen, weil die unter Beachtung von § 42 Abs. 2 VwGO zulässige Klage auch den Weg in Prüfungen nach dem UmwRG öffnet. Dass sich aus dem UmwRG Ansatzpunkte für einen Erfolg der vorliegenden Klage ergeben, ist weder von RA Kaldewei vorgetragen noch sonst ersichtlich.

D. Ergebnis und Empfehlung

Die Klage wird keinen Erfolg haben. Sie ist entweder mangels Klagebefugnis unzulässig (§ 42 Abs. 2 VwGO) oder mangels Rechtsverletzung unbegründet (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Da das Ergebnis eindeutig ist, wird empfohlen, die Klage zurückzunehmen und die Verfolgung subjektiver Rechte den betroffenen Rechtsträgern zu überlassen.

Münster, den 26.05.2020



Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht