

## Per EGVP

Sächsisches Oberverwaltungsgericht  
Ortenburg 9 | 02625 Bautzen

Götze Rechtsanwälte  
Anwaltshaus im Messehof Leipzig  
Petersstraße 15  
04109 Leipzig

Verwaltungsrechtssache

### **Stadt Olbernhau gegen Landkreis Erzgebirgskreis**

beigeladen: Pro Ventum Dittmannsdorf GmbH & Co. KG

wegen: Anfechtung des Genehmigungsbescheids zur Erteilung  
einer Neugenehmigung für die Errichtung und den Be-  
trieb von 3 Windenergieanlagen vom Typ Enercon E115  
EP3 inkl. Abbau von 6 Windenergieanlagen vom Typ  
Enercon E40  
hier: Klage

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

zu nachstehenden Hinweisen und Erwägungen besteht Gelegen-  
heit zur Stellungnahme bis 19. August 2022.

Es wird darauf hingewiesen, dass nicht nur im Fall einer UVP-Vor-  
prüfung, die nicht entsprechend den Vorgaben des § 7 durchge-  
führt worden ist oder deren Ergebnis nicht nachvollziehbar ist  
(§ 4 Abs. 1 Satz 2 UmwRG, § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG) eine Aufhe-  
bung der Genehmigung (hier wegen § 4 Abs. 1b Satz 1 UmwRG)  
nicht zwingend erscheint, sondern dies auch für die übrigen ge-  
rügten Fehler gelten kann. Soweit die Klägerin eine unzureichende  
Anhörung vor dem Ersetzen ihres Einvernehmens kritisiert, dürfte  
es sich um einen geltend gemachten Verfahrensmangel handeln,  
für den, falls er vorliegt und nicht geheilt ist, § 4 Abs. 1b Satz 1  
UmwRG ebenfalls gelten dürfte. Soweit geltend gemacht wird,  
dass das Einvernehmen rechtswidrig ersetzt worden sei, weil dem  
Vorhaben die öffentlichen Belange nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3  
BauGB (von ihm ausgehende schädliche Umweltauswirkungen)  
und nach § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB (Naturschutz) entgegenstehen,  
erscheint - wenn dem zu folgen wäre - eine Anwendung des  
§ 7 Abs. 5 Satz 1 UmwRG möglich.

## 1. Senat

Sakske wyše  
zarjadniske sudnistwo

**Ihre Ansprechpartnerin**  
Frau Janetz

**Durchwahl**  
Telefon +49 3591 2175-402  
Telefax +49 3591 2175-500

**Ihr Zeichen**  
00069-20/MMW/GAK/cr/1398  
45

**Aktenzeichen**  
**(bitte bei Antwort angeben)**  
1 C 73/21

Bautzen,  
19. Juli 2022

**Hausanschrift:**  
Sächsisches  
Oberverwaltungsgericht  
**Sakske wyše**  
zarjadniske sudnistwo  
Ortenburg 9  
02625 Bautzen/Budyšin

**Telefon:**  
+49 3591 2175-0  
(Auskunfts- u. Informationsstelle)

**Telefax:**  
+49 3591 2175-500

Gekennzeichnete Behinderten-  
parkplätze befinden sich am Haus

Hinweise zum Datenschutz  
erhalten Sie auf unserer Internet-  
seite. Auf Wunsch senden wir  
Ihnen diese Hinweise auch zu.

*Per E-Mail kein Zugang für elek-  
tronisch signierte sowie für ver-  
schlüsselte elektronische Nach-  
richten; nähere Informationen zur  
elektronischen Kommunikation mit  
sächsischen Gerichten und Justiz-  
behörden unter [https://www.jus-  
tiz.sachsen.de/E-Kommunikation](https://www.jus-<br/>tiz.sachsen.de/E-Kommunikation).*

Danach führt eine Verletzung materieller Rechtsvorschriften nur dann zur Aufhebung der Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 2b oder 5 UmwRG, wenn sie nicht durch Entscheidungsergänzung oder ein ergänzendes Verfahren behoben werden kann. Die Regelung des § 7 Abs. 5 Satz 1 UmwRG dürfte im Hinblick auf den Verfahrensgegenstand einschlägig sein, da sich die Klage gegen eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a UmwRG richten dürfte.

In der Sache dürfte der Verfahrensstoff wegen § 6 UmwRG auf dasjenige begrenzt sein, was die Klägerin mit der Klagebegründung vorgebracht hat.

Nach vorläufiger Würdigung des Berichterstatters dürfte die durchgeführte standortbezogene Vorprüfung unter Berücksichtigung der herangezogenen Unterlagen noch nachvollziehbar sein. Der Umstand, dass der Aktenvermerk vom 16. Februar 2021 lediglich stichpunktartig aufgebaut ist, dürfte nicht gegen das Dokumentationserfordernis nach § 7 Abs. 7 UVPG verstoßen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28. Februar 2013 - 7 VR 13.12 -, juris Rn. 15; Beschl. v. 13. Juli 2017 - 7 B 1.17 -, juris Rn. 9). Soweit die Klägerin rügt, dass keine aktualisierten Erkenntnisse herangezogen worden sind, erscheint nicht nachvollziehbar, welche aktuellen Informationen auf Schutzziele der nach § 7 Abs. 2 UVPG maßgeblichen örtlichen Gegebenheiten (hier: FFH-Gebiete und Biotope) durch eine Aktualisierung hätten erwartet werden können. Es dürfte insbesondere nicht erkennbar sein, dass das Vorhaben auf die in den FFH-Gebieten vorkommenden Arten ihre Habitate und die geschützten Lebensräume einwirkt, solange diese sich im jeweiligen FFH-Gebiet befinden. Als relevante Arten die die FFH-Gebiete (auch) verlassen und vom Vorhaben in Mitleidenschaft gezogen werden könnten, dürften lediglich die im Anhang II der FFH-Richtlinie genannten Fledermausarten in Betracht kommen. Hinsichtlich der Fledermäuse erscheint es aber nicht fernliegend, dass mittels der bereits vom Vorhabenträger vorgesehenen Abschaltzeiten artenunabhängig erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen i. S. d. § 7 Abs. 5 UVPG durch Merkmale des Vorhabens oder durch Vorkehrungen des Vorhabenträgers offensichtlich ausgeschlossen waren.

Die für die Rüge der unzureichenden Anhörung vor dem Ersetzen des Einverständnisses von der Klägerin herangezogenen Regelung des § 1 SächsVwVfZG i. V. m. § 28 VwVfG dürften hier wegen des vorrangig anzuwendenden § 71 Abs. 4 SächsBO nicht zur Anwendung kommen. Im Hinblick auf § 71 Abs. 4 SächsBO wird in den Kommentaren zum gleichlautenden Art. 67 BayBO vertreten, dass die Behörde erläutern müsse, aus welchen Gründen sie die Verweigerung des Einvernehmens für rechtswidrig hält (vgl. König, in: Schwarzer/König, BayBO, 4. Aufl. 2012, Art. 67 Rn. 8; Dirnberger, in: Busse/Kraus, BayBO, Stand: 144. EL September 2021, Art. 67 Rn. 110; Greim-Diroll, in: Spannowsky/Manssen, BeckOK BayBO, 22. Edition Stand: 1. Mai 2022, Art. 67 Rn. 15). Soweit dies auf das sächsische Landesrecht zu übertragen ist, erscheint zweifelhaft, ob das Schreiben vom 11. Februar 2021 den Anforderungen genügt hat. Es kommt aber eine Heilung durch das Widerspruchsverfahren § 1 SächsVwVfZG i. V. m. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG in Betracht, soweit der Genehmigungsbescheid vom 26. März 2021 die Gründe für die Ersetzung des Einvernehmens in einer § 71 Abs. 4 Satz 1 SächsBO hinreichenden Weise aufzeigt. In diesem Zusammenhang erscheint allerdings problematisch, dass keine erneute Frist nach § 71 Abs. 4 Satz 2 SächsBO gesetzt worden ist.

Im Hinblick auf die schädlichen Umweltauswirkungen (Lärm) ist nicht ersichtlich, worauf die Klägerin ihre Behauptung stützt, dass die Vorbelastung durch Messung ermittelt werden müsse. Grundsätzlich dürfte für die Ermittlung und Beurteilung der Geräuschimmissionen die TA Lärm maßgeblich sein (BVerwG, Urt. v. 29. August 2007 - 4 C 2.07 -, BVerwGE 129, 209-219, juris Rn. 12). Ein Vorrang der Messung gegenüber der Berechnung dürfte in dieser nicht festgehalten sein. Vielmehr wird angenommen, dass die Vorbelastung nur in ihrem rechtmäßigen Umfang anzusetzen ist (vgl. Agatz, Windenergie-Handbuch, 18. Ausgabe 2021, S. 127 m. N.). Dem dürfte lediglich durch Berechnung Rechnung getragen werden können.

Die Beigeladene wird trotz Nr. 3.2.1 Abs. 6 Satz 2 TA Lärm gebeten, eine „bereinigte“ Vorbelastungsermittlung in Bezug auf die Immissionsorte 11 und 12 vorzulegen, in der die sechs zurückzubauenden Altanlagen „herausgerechnet“ sind. Mit Blick auf Nr. 3.2.1 Abs. 4 TA Lärm wird ergänzend gebeten, für diese Immissionsorte eine Berechnung der Gesamtbelastung vorzulegen, in der alle Anlagen (einschließlich der neuen und der zurückzubauenden Windenergieanlagen) Berücksichtigung finden. Unabhängig von der Frage, ob die (wohl von sachlich fehlerhaften Annahmen ausgehend) durch die Klägerin erhobene Rüge, das „Interimsverfahren“ sei nicht angewendet worden, auch die Rüge enthält, das „alternative Verfahren“ nach DIN 9613-2 sei nicht angewendet worden (zur Kontroverse vgl. Wömmel/Hinsch, NVwZ 2021, 1590 ff.) wird ergänzend um Vorlage einer Berechnung der Zusatzbelastung bezüglich der Immissionsorte 11 und 12 nach dem alternativen Verfahren nach DIN 9613-2 gebeten.

Ergänzend wird um Mitteilung gebeten, ob die (neuen) Windenergieanlagen bereits errichtet, die alten Anlagen zurückgebaut und ggf. welche naturschutzrechtlichen Nebenbestimmungen bereits umgesetzt worden sind.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Ranft  
Richter am Oberverwaltungsgericht