

## Vorläufige Rechtliche Stellungnahme zur Frage, ob der aktuelle Schutzstatus der VO den Verordnungsgeber bindet und den Verordnungsgeber an einer Zonierung hindert

Ein Verordnungsgeber kann den Schutzstatus einer LSGVO aufheben, sofern sachliche Gründe für eine solche Aufhebung sprechen.<sup>1</sup> Der Verordnungsgeber ist sogar nicht gehindert, die Grenzen eines Landschaftsschutzgebiets enger zu ziehen, auch wenn die Voraussetzungen der Unterschutzstellung noch fortbestehen.<sup>2</sup> Eine Pflicht zur Aufrechterhaltung von einmal erlassenen Schutzgebietsverordnungen besteht nämlich gerade nicht.<sup>3</sup>

Ein strengerer Maßstab kann daher nicht für die bloße Änderung eines LSGVO gelten,<sup>4</sup> da die Zonierung gem. § 22 I 3 BNatSchG weniger einschneidend ist als die Aufhebung des Schutzstatus.<sup>5</sup>

### 1) Normsetzungsermessen

In Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ermächtigt § 22 I 3 BNatSchG den Verordnungsgeber dazu, Schutzgebiete in Zonen mit einem entsprechend dem jeweiligen Schutzzweck abgestuften Schutz zu gliedern.<sup>6</sup>

Der Verordnungsgeber hat dabei ein Normsetzungsermessen.<sup>7</sup> Dieses Normsetzungsermessen ist „durch eine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtete Würdigung der gegenüberstehenden Interessen“ geprägt.<sup>8</sup> Das Normsetzungsermessen bezieht sich grundsätzlich „auf das „Ob“ der Unterschutzstellung, die räumliche Abgrenzung des Schutzgegenstandes sowie die konkrete Ausgestaltung der zu seinem Schutz bestimmten Ge- und Verbote.“<sup>9</sup> Dabei hat sich der Verordnungsgeber an § 2 III BNatSchG zu orientieren.<sup>10</sup>

Nach § 2 III BNatSchG sind die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu verwirklichen, soweit es im Einzelfall möglich, erforderlich und unter Abwägung aller sich aus § 1 I BNatSchG ergebenden Anforderungen untereinander und gegen die sonstigen Anforderungen der Allgemeinheit an Natur und Landschaft angemessen ist.<sup>11</sup>

---

<sup>1</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 48.

<sup>2</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 13.09.2012, 16-VII-II, S.20; BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25 mwN.

<sup>3</sup> Gutachten PAN vom 28.07.2017, S. 13 unter Verweis auf BVerwG Urteil vom 11.12.2003, 4 CN 10.02, Rn. 13.

<sup>4</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 18 spricht von „denselben rechtlichen Schranken“.

<sup>5</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 23.

<sup>6</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 15.

<sup>7</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 13.

<sup>8</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 13.

<sup>9</sup> Bezogen auf die Unterschutzstellung, *Gellermann* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 90. EL Juni 2019, § 22 Rn. 14.

<sup>10</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25.

<sup>11</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 15, 96.

Der Verordnungsgeber hat also bei einer Reduzierung des Schutzstandards ausschließlich darüber zu entscheiden, ob die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes anderen Nutzungsinteressen weichen sollen, die es nach ihrem Gewicht rechtfertigen, den bestehenden Schutz aufzuheben.<sup>12</sup>

Diese Entscheidung des Verordnungsgebers hat im Rahmen einer Abwägung zu erfolgen.

## 2) Abwägung

Dabei ist die dem Normgeber bei der Ausübung seines Normsetzungsermessens obliegende Abwägung nicht identisch mit der auf ein bestimmtes Vorhaben bezogenen Abwägung aller in Betracht kommenden Belange im Rahmen einer fachplanerischen Entscheidung.<sup>13</sup> Eine umfassende Abwägung nämlich aller von den später zu realisierenden Vorhaben berührten Belange, etwa der Landesplanung, des Immissionsschutzes oder der öffentlichen Sicherheit, gehört gerade nicht zu den Aufgaben des Verordnungsgebers.<sup>14</sup> Berücksichtigt werden müssen lediglich sich aufdrängende tatsächliche oder rechtliche Hindernisse, sodass die für WEA ausgewiesene Zone für diesen Zweck nicht vollkommen ungeeignet sein darf.<sup>15</sup>

Der Verordnungsgeber muss also eine generelle Abwägung vornehmen, bei der von einer Ermittlung und Zusammenstellung aller konkret bestehenden Einzelinteressen regelmäßig Abstand genommen werden kann.<sup>16</sup>

Dieser Abwägungsvorgang kann nur daraufhin kontrolliert werden, ob der Abwägung plausible Erwägungen zu Grunde lagen.<sup>17</sup> Soweit die Abwägung ausführlich und plausibel erfolgt ist,<sup>18</sup> ist der Verordnungsgeber in der Bewertung der im Rahmen der Abwägung einbezogenen Belange frei. Die Abwägung ist dann der Bewertung des Rechtsanwenders entzogen.<sup>19</sup>

Deswegen billigen auch die Gerichte dem Verordnungsgeber einen großen Abwägungsspielraum zu.<sup>20</sup> Die Kontrolle der Plausibilität der Abwägung erfolgt anhand des durch eine Änderungsverordnung neu eingebrachten Schutzregimes.<sup>21</sup>

Das in § 3 der VO verankerte Veränderungsverbot müsste dann im Kontext des neuen Verordnungstextes gelesen werden und stünde damit einer Zonierung nicht entgegen. Dies würde natürlich insbesondere gelten, wenn z.B. die Regelung, die WEA in bestimmten Zonen des LSG zulässt, durch die Änderung der VO in § 3 der VO als Ausnahme aufgenommen werden würde.

---

<sup>12</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25.

<sup>13</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 16; so auch BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 21.

<sup>14</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25 unter Verweis auf (vgl. BVerwGE 119, 312/316 ff.).

<sup>15</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25.

<sup>16</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 21 mwN.

<sup>17</sup> VG Arnsberg, Urteil vom 10.10.2019, 8 K 710/17, Rn. 171.

<sup>18</sup> Für ein praktisches Beispiel, wie ein Abwägungsvorgang ausgestaltet werden kann, s. VG Arnsberg, Urteil vom 10.10.2019, 8 K 710/17, Rn. 165 ff.

<sup>19</sup> Bezogen auf die Unterschutzstellung, Stephan Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage 2019, Gatz Rn. 309.

<sup>20</sup> VG Arnsberg, Urteil vom 10.10.2019, 8 K 710/17, Rn. 158 ff; VGH München, Urteil vom 27.10.2017 – 14 N 16.768 = BeckRS 2017, 137644, Rn. 31 ff.; BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 21.

<sup>21</sup> VGH München, Urteil vom 27.10.2017 – 14 N 16.768 = BeckRS 2017, 137644, Rn. 27, 31.

Der Ordnungsgeber hat damit bei der Änderung einer bestehenden LSGVO und der Einführung eines Zonierungskonzepts einen großen Normsetzungsermessens. Wichtig ist, dass die Abwägung, die der Ordnungsgeber vorzunehmen hat, nachvollziehbar ist. Dabei muss er nicht allen vorgebrachten Positionen folgen. Vielmehr muss er das Abwägungsergebnis, das der Änderungsverordnung zu Grunde liegt, plausibel und ausführlich begründen.

### 3) Grenzen

Seine Grenzen hat das Normsetzungsermessens des Ordnungsgebers zum einen im Willkürverbot und zum anderen darin, dass eine Änderung der LSGVO nicht dazu führen darf, dass der mit der Unterschutzstellung verfolgte Zweck nicht mehr gewahrt bleibt.<sup>22</sup>

#### a) Willkür

Dass Willkürverbot fordert, dass der Ordnungsgeber eine Verordnung nur dann ändert, wenn eine Änderung aus sachlichen Gründen erforderlich ist.

Ein sachlicher Grund für die Änderung der LSGVO liegt schon darin, dass auch ohne eine Änderung der LSGVO nicht ausgeschlossen ist, dass im Geltungsbereich der LSGVO WEA zugelassen werden. Regelmäßig steht der baurechtlichen Zulässigkeit einer WEA als privilegiertes Vorhaben zwar § 35 III 1 Nr. 5 BauGB entgegen, doch ist nicht ausgeschlossen, dass z.B. eine Befreiung erteilt und damit die baurechtliche Zulässigkeit hergestellt wird.<sup>23</sup> Damit sind Standorte auch im Landschaftsschutzgebiet nicht von vornherein für WEA ausgeschlossen.<sup>24</sup>

Der Ordnungsgeber kann aus diesem Grund der geordneten Öffnung der Landschaftsschutzgebiete für Windkraftanlagen durch eine Zonierung durchaus den Vorrang einräumen vor einer Konfliktbewältigung im Einzelvollzug.<sup>25</sup>

Die Möglichkeit Windenergie in Landschaftsschutzgebieten durch Zonierung zu ordnen, betont auch der Bayerische Windenergieerlass (BayWEE). Dort wird auf die Möglichkeit des Ordnungsgebers hingewiesen, die Errichtung von WEA im Landschaftsschutzgebiet über die Einführung eines Zonierungskonzepts gemäß § 22 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG gezielt und beschränkt auf solche Vorhaben zu steuern<sup>26</sup> und die Einführung solcher Zonierungskonzepte empfohlen.<sup>27</sup>

Der Zweck, die Zulassung von WEA im LSG zu ordnen, kann sogar ein eigenständiger Zweck der VO sein, wie die VO über das LSG „Oberer Bayerischer Wald“ zeigt.<sup>28</sup> Dort wurde in § 3 Nr. 4 aufgenommen, dass Zweck der Festsetzung des Landschaftsschutzgebietes ist, „zur Verhinderung von erheblichen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft unter Berücksichtigung einer nachhaltigen Energieversorgung durch Nutzung erneuerbarer Energien die Errichtung von Windkraftanlagen natur- und landschaftsverträglich zu ordnen.“ Die Aufnahme

<sup>22</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 49; BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25.

<sup>23</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 23, 24; s. auch Gatz Rn. 304.

<sup>24</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 23, 24. S. auch den BayWEE, 8.2.3. Satz 1 (S. 30), wonach Landschaftsschutzgebiete zwar sensibel zu behandelnde Gebiete sind, aber die „Errichtung von WEA“ grundsätzlich möglich ist.

<sup>25</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 24.

<sup>26</sup> BayWEE 2016, 8.2.2., Satz 18 (S. 31), Satz 22 (S. 32).

<sup>27</sup> BayWEE 2016, 8.2.2., Satz 4 (S. 30), Satz 21 (S. 31, 32).

<sup>28</sup> § 3 Nr. 4 der VO (in der Änderung vom 16.07.2015), abrufbar unter: <https://www.landkreis-cham.de/media/18055/lsg-00597-oberer-bayerischer-wald.pdf>, S. 77 ff.

eines solchen Zwecks wurde von VGH München in dem zu dieser Verordnung ergangenen Urteil nicht kritisiert.<sup>29</sup> Vielmehr wird in dem Urteil betont, dass das Ziel, das Gebiet für WEA zu öffnen, wegen des wesentlichen Beitrags der WEA „zur nachhaltigen umweltfreundlichen Energieerzeugung eine Herabsetzung des Schutzes der bestehenden Landschaftsschutzgebietsverordnung“ rechtfertigt.<sup>30</sup>

Gem. § 1 III Nr. 4 BNatSchG stellt die zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien einen Beitrag zum nachhaltigen Umgang mit Naturgütern dar.<sup>31</sup> Auch darin könnte ein Grund zur Änderung der LSGVO gesehen werden.

Der BayVerfGH bestätigt, dass ein Ordnungsgeber grundsätzlich davon ausgehen kann, dass Ordnungsänderungen zur Zonierung von WEA im LSG vernünftigerweise geboten sind.<sup>32</sup>

Ein Verstoß gegen das Willkürverbot ist deswegen bei einer Veränderung der Ebersberger LSGVO nicht zu befürchten.

## **b) Wahrung des mit der Unterschutzstellung verfolgten Zwecks**

Neben dem Willkürverbot, wird das Normsetzungsermessen des Ordnungsgebers dadurch begrenzt, dass auch durch die Änderung der mit der Unterschutzstellung verfolgte Zweck gewahrt bleiben muss.<sup>33</sup>

Die Grenze ist hier nicht bereits bei jedweder Beeinträchtigung der Schutzzwecke der Verordnung zu sehen. Die Grenze des Normsetzungsermessens des Ordnungsgebers liegt vielmehr erst dort, wo die Verordnungszwecke der LSGVO durch die Änderung ins Leere laufen würden und die Zonierung einer Aufhebung der Schutzzwecke gleichkommen würde.<sup>34</sup>

Diese Gefahr besteht durch eine Zonierung des LSG nicht. Der BayVerfGH verneint eine solche Verfehlung der Schutzzwecke bereits mit Hinweis auf die gewählte Regelungstechnik, nämlich die Zonierung.<sup>35</sup> Denn „der Ordnungsgeber verändert den Umfang der Schutzgebiete nicht, sondern grenzt nur für bestimmte Flächen Bereiche ab, in denen die Errichtung von Windkraftanlagen zugelassen wird. Hinzu kommt ein verhältnismäßig geringer flächenmäßiger Umfang der ausgewählten Zonen in Bezug auf die Größe des jeweiligen Schutzgebiets.“<sup>36</sup>

Im Rahmen der Zonierung wird nämlich nur ein bestimmter Bereich für die Nutzung des Gebiets durch WEA abgegrenzt, wobei damit lediglich die Entscheidung des Ordnungsgebers verbunden ist, dass in diesem Bereich, der Landschaftsschutz ausnahmsweise hinter der Nutzung des Gebiets durch Windenergieanlagen zurücktreten soll.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> VGH München, Urteil vom 27.10.2017 – 14 N 16.768 = BeckRS 2017, 137644, Rn. 27, 28.

<sup>30</sup> VGH München, Urteil vom 27.10.2017 – 14 N 16.768 = BeckRS 2017, 137644, Rn. 32.

<sup>31</sup> S. hierzu auch BT-Drucks. 14/6378. S. 35f.

<sup>32</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 23 f.

<sup>33</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 49; BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25.

<sup>34</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 58 spricht sogar von einer „vollständigen Verfehlung des mit der Unterschutzstellung verfolgten Zwecks“.

<sup>35</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25.

<sup>36</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 26.09.2013, 15-VII-12, S. 25; ebenso mit Verweis darauf, wie gering das Gebiet flächenmäßig ist, das für die WEA OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 58.

<sup>37</sup> OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 58.

Es kann aber gerade nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass durch die Zonierung grundsätzlich die festgelegten Zwecke der LSGVO verfehlt werden würden.<sup>38</sup>

Dies lässt sich mit dem BayWEE begründen. Der BayWEE nennt die Zonierung als zu empfehlende Möglichkeit der Ordnung von LSG für Windenergie,<sup>39</sup> auch unter der Voraussetzung der Verordnungsänderung.<sup>40</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass eine Zonierung und die damit verbundene Verordnungsänderung nicht *per se* den Schutzzwecken widerspricht, die in § 26 I BNatSchG genannt sind.

Die in § 2 der VO festgelegten Zwecke sind mit den in § 26 I BNatSchG genannten Zwecke vergleichbar, bzw. teilweise sogar spezifischer formuliert. § 2 c der VO ist vergleichbar zu § 26 I Nr. 3 BNatSchG formuliert.

Der in § 2 a der VO festgelegte Schutzzweck „die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts durch die Erhaltung dieses geschlossenen Waldgebietes zu sichern“ ist konkreter gefasst, als der vergleichbare § 26 I Nr. 1 BNatSchG. Denn der in § 2 a der VO festgelegte Schutzzweck schützt die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts nur „durch die Erhaltung dieses geschlossenen Waldgebietes“.<sup>41</sup>

Ebenso ist § 2 b der VO im Vergleich mit dem in § 26 I Nr. 2 BNatSchG genannten Zweck spezifischer formuliert. § 2 b der VO da schützt „die Eigenart der Landschaft“ aber ausschließlich bezogen auf die Erhaltung der typischen Reliefformen, insbesondere der Trompetentälchen, Terrassenränder, Moränenwälle und Toteiskessel“.

Sind die Zwecke der Ebersberger VO sogar konkreter formuliert, als die in § 26 I BNatSchG formulierten Schutzzwecke einer LSGVO, muss eine Zonierung auch im Ebersberger Forst möglich sein, wenn der BayWEE annimmt, dass durch eine Zonierung nicht die Zwecke des § 26 I BNatSchG verfehlt werden.

#### 4) Fazit

Der Ordnungsgeber würde also nicht die Grenze seines Normsetzungsermessens überschreiben, wenn er die Ebersberger LSGVO ändert und dieser Verordnungsänderung eine Abwägung zu Grunde legt, die plausibel und nachvollziehbar ist.

---

<sup>38</sup> Mit Verweis darauf, wie gering das Gebiet flächenmäßig ist, das für die WEA OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2018, 8 B 1170/17, Rn. 58.

<sup>39</sup> BayWEE 2016, 8.2.2., Satz 4 (S. 30).

<sup>40</sup> BayWEE 2016, 8.2.2., Satz 20 (S. 31).

<sup>41</sup> S. hierzu auch das Gutachten von Gutachten Kapellmann, *Wust*, vom 05.10.2017, S. 5.