

**Titel:**

**Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, Vorbescheid für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen, luftverkehrsrechtliche Zustimmung, Änderungsgenehmigungsverfahren bei Erhöhung der Anlage um nicht mehr als 20 m, Prüfung der Belange des Luftverkehrs im Änderungsgenehmigungsverfahren**

**Normenketten:**

VwGO § 161 Abs. 2

BImSchG § 9, 16b Abs. 7 S. 3

LuftVG § 14

**Schlagworte:**

Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, Vorbescheid für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen, luftverkehrsrechtliche Zustimmung, Änderungsgenehmigungsverfahren bei Erhöhung der Anlage um nicht mehr als 20 m, Prüfung der Belange des Luftverkehrs im Änderungsgenehmigungsverfahren

**Fundstelle:**

BeckRS 2025, 36257

**Tenor**

- I. Das Verfahren wird eingestellt.
- II. Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- III. Der Streitwert wird auf 2.000.000 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Klage der Klägerin war darauf gerichtet, den Beklagten zu verpflichten, ihr einen Vorbescheid gemäß § 9 Abs. 1a BImSchG (zusätzlich) mit der Feststellung zu erteilen, dass die Errichtung und der Betrieb der von ihr geplanten fünf Windenergieanlagen mit den Belangen der zivilen und militärischen Luftfahrt vereinbar sind. Die Klägerin bat im Verwaltungsverfahren darum, dass der Vorbescheid unter einer Nebenbestimmung erteilt werde, die eine nachträgliche Erhöhung der Windenergieanlagen durch ein Änderungsgenehmigungsverfahren unterbinde, und machte gegenüber dem Luftamt S. Vorschläge für dementsprechende Nebenbestimmungen. Das Luftamt S. verweigerte mit Schreiben vom 24. April 2025 die nach § 14 LuftVG erforderliche Zustimmung, weil im Falle einer Erhöhung der Anlagen um 20 Meter im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nach § 16b Abs. 7 BImSchG eine konkrete Gefahr für den militärischen Flugbetrieb bestünde. Der Beklagte lehnte daraufhin den Vorbescheidsantrag in Bezug auf die Vereinbarkeit mit den Belangen der zivilen und militärischen Luftfahrt mit Bescheid vom 18. Juni 2025 ab.

2

Mit dem Gesetz zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2023/2413 für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz und dem Wasserhaushaltsgesetz sowie für Planverfahren nach dem Baugesetzbuch und dem Raumordnungsgesetz, zur Änderung des Bundeswasserstraßengesetzes und zur Änderung des Windenergieflächenbedarfsgesetzes vom 12. August 2025 (BGBl I Nr. 189), in Kraft getreten am 15. August 2025, wurde § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG dahingehend geändert, dass der Prüfungsumfang bei Änderungsgenehmigungen nach § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG um militärische und luftverkehrliche Belange erweitert wurde. Daraufhin erteilte das Luftamt S. mit Schreiben vom 9. September 2025 die Zustimmung nach § 14 LuftVG für zwei der streitgegenständlichen Windenergieanlagen.

### **3**

In der Folge erklärten die Klägerin und der Beklagte den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt; die Klägerin führte ergänzend aus, dass sich der Rechtsstreit aus ihrer Sicht auch bezüglich der übrigen drei Windenergieanlagen erledigt habe, weil die Zulässigkeit dieser Anlagen im Hinblick auf die militärische Luftfahrt zwischen den Parteien unstreitig sei.

### **II.**

### **4**

Die Entscheidung ergeht gemäß § 87a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 VwGO durch die geschäftsordnungsmäßige Vertreterin des für das Verfahren bestellten Berichterstatters.

### **5**

Die Klägerin und der Beklagte haben den Rechtsstreit mit ihren Erklärungen vom 18. September 2025 und 23. September 2025 übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt. Daher war das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 92 Abs. 3 VwGO durch Beschluss einzustellen. Eine Zustimmung der Beigeladenen zur Erledigungserklärung ist nicht erforderlich (Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 161 Rn. 6).

### **6**

Gemäß § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist ferner über die Kosten des Verfahrens unter Berücksichtigung des bisherigen Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden. Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich demjenigen aufzuerlegen, der bei Fortsetzung des Rechtsstreits voraussichtlich unterlegen wäre. Hat sich der Rechtsstreit – wie hier – durch eine Gesetzesänderung erledigt, kommt es darauf an, wer ohne die Gesetzesänderung obsiegt hätte (Schübel-Pfister, a.a.O., Rn. 11 m.w.N.). Billigem Ermessen entspricht es vorliegend, die Kosten des Verfahrens – mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen – gegeneinander aufzuheben. Zwar sprechen aus Sicht des Gerichts nach dem bisherigen Sach- und Streitstand gute Argumente dafür, dass die Klägerin mit ihrer Klage vor Eintritt des erledigenden Ereignisses voraussichtlich keinen Erfolg gehabt hätte. Der Rechtsstreit warf aber schwierige, bisher durch die Rechtsprechung nicht verbindlich geklärte Rechtsfragen auf, die im Verfahren nach § 161 Abs. 2 VwGO nicht erschöpfend behandelt werden können (vgl. hierzu BVerwG, B.v. 14.3.2008 – 9 VR 3.07 – juris Rn. 5; Clauzing in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand Februar 2025, § 161 VwGO Rn. 23). Daher wird davon abgesehen, der Klägerin die Kosten des Verfahrens volumnfähiglich aufzuerlegen.

### **7**

1. Es ist in der Rechtsprechung nicht endgültig geklärt, ob § 16b Abs. 7 Satz 3 i.V.m. Abs. 8 Satz 1 BlmSchG in der bis zum 14. August 2025 geltenden Fassung (eingefügt mit Gesetz vom 3.7.2024, BGBI I Nr. 225) es in einer Konstellation wie der vorliegenden ausschloss, die Belange des Luftverkehrs im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nach § 16b Abs. 7 Satz 3 BlmSchG in der Weise zu berücksichtigen, dass auch in diesem Verfahren eine Zustimmung nach § 14 LuftVG einzuholen war.

### **8**

§ 16b Abs. 7 Satz 3 i.V.m. Abs. 8 Satz 1 BlmSchG in der bis zum 14. August 2025 geltenden Fassung bestimmte, dass bei Änderung des Anlagentyps einer genehmigten Windenergieanlage (s. § 16b Abs. 7 Satz 1 BlmSchG) vor der Errichtung nur die Standsicherheit sowie schädliche Umwelteinwirkungen durch Geräusche oder nachteilige Auswirkungen durch Turbulenzen zu prüfen sind, wenn der Standort der Anlage um nicht mehr als 8 Meter geändert, die Gesamthöhe um nicht mehr als 20 Meter erhöht und der Rotordurchlauf um nicht mehr als 8 Meter verringert werden. Nach dem damaligen Gesetzeswortlaut fand eine Überprüfung der luftverkehrsrechtlichen Belange im Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b Abs. 7 Satz 3 BlmSchG nicht statt. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg geht aufgrund des Gesetzeswortlauts, der Gesetzesstruktur und von Sinn und Zweck des § 16b Abs. 7 Satz 3 BlmSchG in der bis zum 14. August 2025 geltenden Fassung davon aus, dass § 16b Abs. 1 Satz 3 BlmSchG, wonach Zustimmungserfordernisse nach anderen öffentlichrechtlichen Vorschriften unberührt bleiben, auf die Fälle des § 16b Abs. 7 Satz 3 BlmSchG in der genannten Fassung nicht anwendbar war und bei der Erteilung der Änderungsgenehmigung nach § 16b Abs. 7 Satz 3 BlmSchG nach anderen Gesetzen erforderliche Zustimmungen, also auch die Zustimmung nach § 14 LuftVG, nicht erforderlich waren (OVG Berlin-Bbg, U.v. 25.3.2025 – 7 A 47.24 – juris Rn. 33 ff.; im Ergebnis ebenso, jedoch ohne vertiefte Prüfung hinsichtlich der Belange des Luftverkehrs OVG NW, U.v. 20.1.2025 – 22 D 151/23.AK – juris Rn. 29). Folgte man dem, so hätte die Beigeladene in einem Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b Abs. 7 Satz 3 BlmSchG

in der bis zum 14. August 2025 geltenden Fassung keine Möglichkeit gehabt, auf eine durch die Erhöhung der Windenergieanlagen bedingte Gefahr für den militärischen Flugbetrieb hinzuweisen und beim Luftamt auf eine Verweigerung der Zustimmung hinzuwirken. Daher hat die Beigedane in ihrer Stellungnahme zu einer etwaigen Gefahr für den militärischen Flugbetrieb durch die geplanten Anlagen eine mögliche Erhöhung der Windenergieanlagen um 20 Meter bereits berücksichtigt. Das Luftamt hat in Folge der Stellungnahme die luftverkehrsrechtliche Zustimmung nach § 14 LuftVG für die Erteilung des Vorbescheids verweigert.

## 9

Auch die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG durch das Änderungsgesetz vom 12. August 2025 (BT-Drs. 21/568 S. 29) schafft keine eindeutige Klarheit darüber, wie § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG in der bis zum 14. August 2025 geltenden Fassung aus Sicht des Gesetzgebers auszulegen war. Der Begründung lässt sich nur entnehmen, dass die Rechtsänderung erfolgte, um Rechtssicherheit zu schaffen, weil die Vorgängerfassung zu Rechtsunsicherheiten geführt habe. Offen bleibt aber, ob es sich bei der gesetzlichen Änderung um eine bloße Klarstellung oder um eine inhaltliche Änderung handeln sollte. Die Gesetzesbegründung lässt damit auch offen, ob das Luftamt im Rahmen der Prüfung der Zustimmung nach § 14 LuftVG für den hier streitgegenständlichen Vorbescheid bereits eine durch eine spätere Änderungsgenehmigung nach § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG in der bis zum 14. August 2025 geltenden Fassung grundsätzlich mögliche Erhöhung der Anlagen berücksichtigen durfte. Wie die relativ zeitnah nach Veröffentlichung des Urteils des OVG Berlin-Brandenburg erfolgte Neufassung des § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG zeigt, kam es dem Gesetzgeber darauf an, in jedem Fall sicherzustellen, dass bei einer Anlagenerhöhung eine nochmalige Überprüfung der Gefährdung des Luftverkehrs erfolgt.

## 10

2. Darüber hinaus ist aus Sicht des Gerichts nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass das Luftamt seine Zustimmung unter der Bedingung hätte erteilen können, dass in den Vorbescheid und ggf. die nachfolgende Genehmigung eine Auflage aufgenommen würde, nach der eine zukünftige Erhöhung der Anlage im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nach § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG ausgeschlossen wäre.

## 11

Gegen die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Auflage im Bescheid spricht aus Sicht des Gerichts zwar wohl nicht die Regelung des § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG in der bis zum 14. August 2025 geltenden Fassung selbst. Die Vorschrift trifft eine Regelung zum Prüfungsumfang der Behörde in dem Fall, dass im Zusammenhang mit einer späteren Änderung nach § 16b Abs. 7 Satz 1 BImSchG die Gesamthöhe der Anlage um nicht mehr als 20 Meter erhöht wird. Sie dürfte einem Verzicht des Anlagenbetreibers auf eine solche künftige Erhöhung als solche aber wohl nicht entgegenstehen.

## 12

Unabhängig davon bestehen jedoch Zweifel, ob es rechtlich zulässig wäre, in den Vorbescheid und eventuell eine nachfolgende Genehmigung eine entsprechende Auflage aufzunehmen. Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG kann die Genehmigung mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. § 12 BImSchG ist allerdings auf Vorbescheide nach § 9 BImSchG nicht anwendbar (Czajka in Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Stand August 2025, § 12 BImSchG Rn. 13; Jarass, BImSchG, 15. Aufl. 2024, § 12 Rn. 3); insoweit findet Art. 36 Abs. 1 BayVwVfG Anwendung (Jarass, BImSchG, 15. Aufl. 2024, § 9 Rn. 14), wonach Nebenbestimmungen zulässig sind, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen sind oder wenn sie sicherstellen sollen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Auflagen können sich mithin nach beiden Normen nur auf den im jeweiligen Verfahren zur Genehmigung gestellten Gegenstand, nicht aber auf den Umfang oder die Ausgestaltung eventueller künftiger Änderungen des Vorhabens beziehen. Dies schließt es zwar nicht ohne Weiteres aus, dass die Klägerin durch öffentlichrechtlichen oder zivilrechtlichen Vertrag mit der Genehmigungsbehörde auf eine künftige Erhöhung der Anlage verzichten könnte, doch hat das Gericht erhebliche Zweifel, dass sich dies in dem hier in Streit stehenden Vorbescheid in zulässiger Weise hätte regeln lassen, weil der Vorbescheid damit über den beantragten Gegenstand hinausgegangen wäre. Der Abschluss eines Vertrags zum Verzicht auf eine künftige Erhöhung stünde außerhalb des Vorbescheids oder auch einer nachfolgenden Vollgenehmigung und würde einen Rechtsnachfolger der Klägerin nicht ohne Weiteres binden. Ohne eine solche Bindung wäre aber wiederum den Belangen des Luftverkehrs im Fall der Durchführung eines

Änderungsgenehmigungsverfahrens nach § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG in der bis zum 14. August 2025 geltenden Fassung nicht ausreichend Rechnung getragen. Eine verbindliche Klärung dieser – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung bisher nicht erörterten Frage kann jedoch im Verfahren nach § 161 Abs. 2 VwGO nicht erfolgen.

**13**

3. Da die Beigeladene keinen Antrag gestellt hat und sich damit keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat, trägt sie ihre außergerichtlichen Kosten selbst (§ 162 Abs. 3, 154 Abs. 3 VwGO).

**14**

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 19.1.2 und 19.1.4 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2025, wobei mangels anderweitiger Angaben angesichts der Nennleistung und der Höhe der geplanten Anlagen von Herstellungskosten von 8 Mio. € pro Windenergieanlage ausgegangen wird.

**15**

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).