

## **Beschluss UA Recht des LAI vom 26./27.10.2004**

### **Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.06.2004 für die Errichtung und den Betrieb von Windfarmen i.S. der Ziffer 1.6 des Anhangs der 4. BImSchV**

Der LAI hat auf seiner 108. Sitzung den UA Recht beauftragt, kurzfristig die Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu prüfen und Varianten für eine Rechtsänderung zu erarbeiten und zu bewerten. In Verfolgung dieses Auftrags hat sich der UA Recht auf seiner Sitzung vom 26. und 27.10.2004 in Landau mit dieser Fragestellung befasst und den anliegenden Bericht an den LAI erstellt.

#### **1. Allgemeines**

**1.1** Mit Urteil vom 30.06.2004, Az.: 4 C 9.03 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass eine Windfarm im Sinne der Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV auch dann vorliegt, wenn einzelne Windkraftanlagen, die ihr zuzurechnen sind, durch mehrere unabhängige Betreiber betrieben werden. Zugerechnet werden danach Windkraftanlagen, die einander räumlich so zugeordnet sind, dass sich ihre Einwirkungsgebiete überschneiden oder wenigstens berühren. Nach dem gleichen Grundsatz sei zu verfahren, wenn die Zahl der Anlagen nach und nach erhöht wird.

Damit hat der Bausenat (und nicht der Immissionsschutzsenat) des BVerwG den Begriff der „Windfarm“ neuartig interpretiert und diesen Anlagenbegriff betreiberübergreifend bestimmt sowie den Einwirkungsbereich als begründendes Element für diesen Anlagenbegriff eingeführt. Insgesamt werden damit erhebliche Probleme für die bislang nur mit Baugenehmigung in räumlicher Nähe zueinander errichteten Windkraftanlagen geschaffen sowie für laufende und zukünftige Genehmigungsverfahren für derartige Windkraftanlagen. Insbesondere wird die Einheit von Anlage und Betreiber durchbrochen. Dies ist aber ein tragendes Element des geltenden Immissionsschutzrechts.

Die Frage, welche Schlussfolgerungen aus der o.g. Entscheidung zu ziehen sind, wird nicht einheitlich beantwortet - z.T. auch deshalb, weil sich aus der Tenorierung und den Urteilsgründen kein näherer Aufschluss für die durch den 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts neu entwickelte Herangehensweise ergibt. Nur eine Minderheit

vertritt allerdings die Auffassung, dass der o.g. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts – weil sie sich auf eine Bauvorbescheidsablehnung für zwei Windkraftanlagen bezieht – keine Wirkung für das Immissionsschutzrecht beigemessen werden müsste<sup>1</sup>.

## 1.2 Anlagenbegriff

Die bislang von allen Beteiligten einschließlich der bisherigen Rechtsprechung vertretene Auffassung vom Betreiberbezug des Anlagenbegriffs wurde vom 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts aufgegeben und ein neuer betreiberübergreifender - „verfahrensbezogener“ - Anlagenbegriff eingeführt.

Dies widerspricht dem Grundsatz, dass sich die Genehmigungsbedürftigkeit einer Anlage immer nur herleitet aus der Anlage selbst und nicht abhängig ist von Anlagen Dritter in der Nachbarschaft einer Anlage (§ 4 Abs. 1 BImSchG).

Mehrere Modelle werden als Folge für den künftigen Verwaltungsvollzug diskutiert:

- Genehmigungsbedürfnis für die jeweiligen Betreiber, das sich an der Gesamtanlage hinsichtlich des maßgeblichen Verfahrens bzw. z.T. auch hinsichtlich des Prüfungsgegenstands orientiert, nicht aber hinsichtlich des Antrags- und Entscheidungsgegenstands (so wohl auch der Berichterstatter des Bundesverwaltungsgerichts – und die meisten Erlasse der Bundesländer), wobei die Einzelanträge z.T. betreiberbezogen als Neugenehmigungsanträge (§§ 4, 6 BImSchG) oder aber als Änderungsanträge (§§ 6, 16 BImSchG) gewertet werden – **Variante 1**.
- Notwendige Zusammenfassung von mehreren Antragstellern zu Gemeinschaften für gemeinsame Anträge und Genehmigungen bezogen auf die gesamte Windfarm – **Variante 2**,
- Teilgenehmigungen für die jeweiligen Antragsteller/Betreiber innerhalb der Windfarm, wobei bereits schon die ersten beiden Windkraftanlagen in einem Vorranggebiet einer immissionsrechtlichen Teilgenehmigung bedürfen – **Variante 3**,
- Genehmigung für die einzelne Windkraftanlage, wenn sie in einem Windfarmgebiet liegt, also in einem Gebiet, in dem sich die Einwirkungsbereiche von mehr als zwei Windkraftanlagen berühren; der Begriff der Windfarm steuert als Relevanzschwelle nur das Verfahren – **Variante 4**.

---

<sup>1</sup> Der Vertreter Bayerns sieht in dem Urteil eine in ihren Konsequenzen nicht ausgereifte Entscheidung eines Einzelfalls im Baurecht, die nicht als neue Grundsatzlinie des Bundesverwaltungsgerichts im Immissions-

Die erste Variante führt dazu, dass **Prüfungsgegenstand** bei der Frage, in welchem Verfahren eine neue dritte Anlage eines neuen Betreibers errichtet werden soll, die Windfarm ist. **Genehmigungsgegenstand** in dem sich dann anschließenden immissionsschutzrechtlichen Verfahren soll dann aber nur die einzelne Windkraftanlage sein.

Die immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflichten können sich immer nur auf die Anlage des jeweiligen Betreibers beziehen. Es ist dogmatisch wenig überzeugend, dass sich die Betreiberpflichten eines Betreibers einer einzelnen Windkraftanlage innerhalb einer Windfarm nur auf „seine“ eigene Windkraftanlage beziehen und nicht auf die genehmigungsbedürftige Windfarm insgesamt.

Eine weitere dogmatische Schwäche zeigt sich außerdem beim erstmaligen Überschreiten der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsschwelle: das geltende Recht verpflichtet hier – im Unterschied zum Änderungsgenehmigungsverfahren, das sich prinzipiell vor allem auf den zu ändernden Teil der Anlage richtet – zur Prüfung und Bewertung der gesamten Anlage (§ 1 Abs. 5 der 4. BImSchV); dies lässt sich aber bei Genehmigung einer dritten – betreiberfremden – Anlage nicht bewerkstelligen. Variante 2 bedeutet die Forderung betreiberübergreifender Zwangsgemeinschaften von – häufig konkurrierenden – Antragstellern, wie dies sonst im Immissionsschutzrecht nicht üblich ist.

Variante 3 sieht eine Teilgenehmigung vor, ohne dass klar ist, auf welche Gesamtanlage sich der Antrag bezieht.

Variante 4 hat wie alle anderen den Nachteil, dass das Genehmigungsverfahren von Umständen abhängt, auf die der Betreiber keinen Einfluss hat. Der Betrieb einer Anlage kann ohne Zutun des Betreibers immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig werden.

## **2. Darstellung der bislang durch Länder gezogenen Konsequenzen für neue Zulassungsverfahren (de lege lata, s.o. Nr. 1.2 - Variante 1)**

---

schutzrecht verstanden werden muss und tritt dafür ein, eine Entscheidung des dafür zuständigen 7. Senats abzuwarten und bis dahin die vorliegende des 4. Senats nicht allgemein anzuwenden.

- 2.1** Ein oder zwei Windkraftanlagen unterliegen der Baugenehmigungspflicht. Kommt zu zwei bereits genehmigten Anlagen mindestens eine weitere Anlage hinzu und bilden diese Anlagen zusammen eine Windfarm, so bedarf die neue Windkraftanlage nach dem Urteil des 4. Senats des BVerwG vom 30.6.2004 der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.
- 2.2** Die Entscheidung darüber, ob eine Windfarm der Spalte 1 oder der Spalte 2 des Anhangs zur 4. BImSchV zuzuordnen ist, erfolgt allein aufgrund der Anzahl der Windkraftanlagen innerhalb einer Windfarm.
- 2.3** Die Frage, ob es sich bei dem durchzuführenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren um ein Verfahren zur Neugenehmigung (§§ 4, 10 BImSchG) oder um eine Änderungsgenehmigung (§§ 15,16 BImSchG) handelt, wird von den Vertretern des UA Recht des LAI nicht einheitlich beantwortet. Während in einigen Ländern darauf abgestellt wird, ob der Antragsteller bereits Betreiber von Anlagen innerhalb der Windfarm ist oder nicht<sup>2</sup>, wird in anderen Ländern allein darauf abgestellt, ob durch Hinzutreten einer weiteren (dritten) Windkraftanlage erstmals eine Windfarm entsteht (Neugenehmigung einer Windfarm) oder ob einer bestehenden Windfarm eine weitere Windkraftanlage hinzugefügt wird (Änderung einer Windfarm)<sup>3</sup>.
- 2.4** Nicht jede noch so weit entfernte Windkraftanlage kann einer Windfarm zugeordnet werden. Ein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Windfarm kann sein, dass sich die Windkraftanlagen für einen objektiven Betrachter als Einheit darstellen. Überlegungen zu Einwirkungen von Windkraftanlagen durch Lärm auf schutzwürdige Wohnbebauung haben ergeben, dass bei einem Abstand größer oder gleich des 8 - 10-fachen Rotordurchmesser die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen (Richtwerte nach der TA Lärm) sicher eingehalten werden können.
- Im Hinblick auf die Bedeutung des Einwirkungsbereichs für das durchzuführende Genehmigungsverfahren wird unterschiedlich bewertet, ob der relevante Einwirkungsbereich pauschal anhand einer Orientierungsgröße festzulegen ist oder ob es einer Prüfung im Einzelfall bedarf.
- Dabei sind nur Einwirkungen zu berücksichtigen, die zu einer nicht nur unerheblichen Verstärkung durch eine vorhandene Anlage führen.
- Einwirkungen auf das Landschaftsbild als Kriterium für den räumlichen Zusammen-

---

<sup>2</sup> Z.B. NRW

<sup>3</sup> Z.B. SH

hang werden als problematisch angesehen, weil dabei keine schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des BImSchG betroffen sind.

- 2.5** Sind bei der Baugenehmigungsbehörde Baugenehmigungsverfahren für zwei Windkraftanlagen noch nicht abgeschlossen und wird ein weiterer **vollständiger** Antrag für weitere Windkraftanlagen eingereicht, die mit den anderen Anlagen in der Summe eine Windfarm darstellen, so wird diese Fallkonstellation ebenfalls unterschiedlich bewertet: zum Teil sollen diese Verfahren -unabhängig vom jeweiligen Verfahrensstand nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz abzuschliessen sein; die andere Auffassung geht davon aus, dass maßgeblicher Zeitpunkt für das einzuschlagende Verfahren derjenige bleibt, in dem die Vollständigkeit der Antragsunterlagen für den jeweiligen Antragsteller festgestellt wurde.
- 2.6** Die nach § 4 der 9.BImSchV beizubringenden Antragsunterlagen für eine Windkraftanlage, die mit Anlagen anderer Betreiber eine Windfarm bildet, braucht, sofern nicht eine UVP erforderlich ist, nur die für seine Windkraftanlage relevanten Unterlagen zu enthalten.

Seine immissionsschutzrechtliche Genehmigung und die Betreiberpflichten beziehen sich nicht auf die Windfarm insgesamt sondern nur auf die vom ihm jeweils beantragte/n bzw. betriebene/n Windkraftanlage/n.

### **3. Konsequenzen für die nur baurechtlich genehmigten Anlagen (de lege lata)**

- 3.1** In Konsequenz des Urteils des 4. Senats des BVerwG unterfallen auch bereits vorhandene Anlagen innerhalb einer Windfarm, die bereits baurechtlich genehmigt wurden, aber für die die Genehmigung unter Zugrundelegung des Urteils an sich schon in einem immissionsschutzrechtlichen Verfahren hätte erteilt werden müssen, der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht. Dies hätte zur Folge, dass eine Baugenehmigung jedenfalls für eine dritte und die weiteren Windkraftanlagen innerhalb einer Windfarm formell rechtswidrig erteilt worden wäre.

Diese Anlagen unterliegen dem Vertrauensschutz, soweit sie aufgrund einer bestandskräftigen Baugenehmigung errichtet wurden; von einer Stilllegung nach § 20 Abs. 2 BImSchG sollte daher abgesehen werden.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Die Vertreter Hessens, Berlins und Bayerns sind der Auffassung, dass diese Anlagen auf der Grundlage des Urteils des 4. Senats des BVerwG die erforderliche Genehmigung nicht hätten und demzufolge formell illegal betrieben würden. Eine BImSch-Genehmigung wäre deshalb dann unverzüglich durch die Betreiber zu bean-

Der Betreiber kann zur formellen Legalisierung seiner Anlage die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung beantragen.

**3.2** Es ist strittig, ob in Konsequenz des Urteils des 4. Senats des BVerwG auch die ersten beiden nur baurechtlich genehmigten Anlagen innerhalb einer Windfarm mit Errichtung der dritten Anlage immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen sind oder nicht.

#### **4. Ansatzpunkte für künftige Regelung der Anlagenzulassung (de lege ferenda) und Konsequenzen im Hinblick UVPG**

##### **4.1 Anlagenbegriff und Verfahren**

Um die Differenzierung zwischen dem betreiberübergreifenden – „verfahrensbezogenen“- Anlagenbegriff und dem bisherigen betreiberbezogener Anlagenbegriff sowie die Differenzierung zwischen dem **Prüfungsgegenstand** und dem **Genehmigungsgegenstand** aufzuheben, erscheint es notwendig, die für die Genehmigung von Windkraftanlagen geltenden Rechtsgrundlagen zu ändern.

Es werden unterschiedliche Ansätze diskutiert und zwar entweder eine Genehmigung über das Immissionsschutzrecht oder über das Bauordnungsrecht, eine Regelung über das Bauplanungsrecht oder durch Klarstellung der Betreiberidentität in der 4. BImSchV. Dabei sind jeweils die korrespondierenden Auswirkungen im Hinblick auf die korrekte Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie zu betrachten.<sup>5</sup>

##### **4.2 Immissionsschutzrechtlicher Ansatz, Änderung der Nr. 1.6 des Anhangs der 4.BImSchV**

Gem. § 4 Abs.1 Satz 1 BImSchG bedürfen nur Anlagen, die auf Grund ihrer Beschaffenheit oder ihres Betriebes in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft zu gefährden, erheblich zu benachteiligen oder erheblich zu belästigen, der

---

tragen. Von einer Stilllegung soll dann aber soweit und solange abgesehen werden, als die Anlage materiell rechtmäßig betrieben wird und der Betreiber sich bemüht, schnellstmöglich eine Genehmigung zu erhalten. Unabhängig hiervon kann der Anlagenbetrieb auch geduldet werden, wenn eine auf Legalisierung ausgerichtete Gesetzesänderung kurzfristig eingeleitet wird.

<sup>5</sup> Nach Anhang II Nr. 3 i )unterliegen Anlagen zur Nutzung von Windenergie zur Stromerzeugung (Windfarmen) der konditionalen UVP, d.h. der Mitgliedstaat kann eine Einzelfallentscheidung, einen Schwellenwert

immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Welche Anlagentypen dies im Einzelnen sind, bestimmt mit konstitutiver Wirkung die 4. BImSchV.

Windkraftanlagen sind –mit einer unteren Mengenschwelle von 300 KW- Mitte der 80iger Jahre zunächst in den Anhang zur 4. BImSchV aufgenommen worden, 1993 aber wieder aus dem Anhang gestrichen worden, weil man der Auffassung war, dass die von ihnen ausgehenden Emissionen (Geräusche, Schattenwurf, Disko-Effekt) im Wesentlichen planerisch (Einhaltung von Abstandsregelungen zu konfligierenden Flächennutzungen) zu bewältigen sind.

Mit dem Artikelgesetz vom 27. Juli 2001 wurde zur Umsetzung der UVP-Änderungs-RL die Erzeugung von Windenergie wieder in die Reihe der genehmigungspflichtigen Tatbestände aufgenommen; diesmal allerdings nicht anknüpfend an die einzelne WKA, sondern an den Begriff der Windfarm, bestehend aus mindestens 3 WKA.

Um eine mit dem EU-Recht und den Begrifflichkeiten des Immissionsschutzrechts zu vereinbarende Lösung zu finden, erscheint es sinnvoll, nicht mehr auf den Begriff der Windfarm abzuheben, sondern als Anlage die Errichtung und den Betrieb einer „Windkraftanlage“ zu definieren. Dabei sollte eine untere Mengenschwelle eingeführt werden, um nur die Anlagen zu erfassen, die in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Nachbarschaft erheblich zu belästigen (§ 4 BImSchG).

Durch Anlagen mit der im Anhang 1 UVPG gewählten unteren Relevanzschwelle von 35 m Gesamthöhe und 10 KW Leistung werden i.d.R. noch keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorgerufen.

Im Übrigen korrelieren im Hinblick auf das Hervorrufen von Umwelteinwirkungen Höhe **und** Leistung miteinander, so dass es ausreichen würde, eine untere Relevanzschwelle nur auf eines der beiden Kriterien zu beziehen und z.B. als Relevanzschwelle eine Gesamthöhe von 50 m vorzusehen.

Diese Anlagen sollten in die Spalte 2 der 4.BImSchV aufgenommen werden und im UVPG in Anlage 1 der Klasse A d.h. der allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls unterworfen werden<sup>6</sup>.

Den Anforderungen des EU-Rechts wird damit in vollem Umfang Rechnung getragen.

---

oder eine Kombination beider Methoden vorsehen, um festzustellen, ob eine UVP und ggf. eine Beteiligung der Öffentlichkeit im Genehmigungsverfahren erforderlich ist ( § 4 Abs. 2 der UVP-RL).

<sup>6</sup> Siehe den beigefügten Vorschlag zu Nr. 4.2

Sofern aufgrund der Entscheidung im Einzelfall gem. § 3c UVPG eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist, ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 c) der 4. BImSchV ein Verfahren mit Beteiligung der Öffentlichkeit nach § 10 BImSchG durchzuführen.

#### **4.3 Immissionsschutzrechtlicher Ansatz über Einfügung der Betreiberidentität in der 4. BImSchV**

Der im Immissionsschutzrecht ausnahmslos angewandte Grundsatz, dass sich die Genehmigungsbedürftigkeit einer Anlage immer nur herleitet aus der Anlage selbst und nicht abhängig ist von Anlagen Dritter in der Nachbarschaft oder dem Standort einer Anlage, wurde im Urteil des 4. Senats des BVerwG aufgegeben. Es wird daher diskutiert, diesen Grundsatz in der 4. BImSchV klarzustellen<sup>7</sup>.

Dabei ist allerdings zu bedenken, dass damit weiterhin das Problem der sog. „gesplitteten Windfarmen“ durch nur baurechtlich genehmigte Einzelanlagen besteht, für die eine Anwendung der Bestimmungen der UVP-Änderungs-RL nur in den Ländern NRW, TH, SH und MV durch entsprechende Regelungen in den Landes-UVP-Gesetzen gewährleistet ist. Insofern wäre mit dieser Lösung noch keine vollständige Umsetzung der EU-Richtlinie gewährleistet.

Es wären entsprechende ergänzende landesrechtliche Regelungen erforderlich.

#### **4.4 Bauordnungsrechtlicher Ansatz**

Alternativ könnte überlegt werden, die Windkraftanlagen vollständig und ausschließlich dem Bauordnungsrecht zu unterwerfen. Dazu wäre es erforderlich, die Nr. 1.6 des Anhangs der 4. BImSchV zu streichen. Korrespondierend wäre in Anlage 1 UVPG die Nr. 1.6 -1.6.3 zu streichen und es könnte z.B. eine neue Nr. 20 (Bauordnungsrechtliche Vorhaben) in Spalte 2 der Klasse „L = UVP-Pflicht nach Maßgabe des Landesrechts“ eingefügt werden<sup>8</sup>.

Als Problem könnte hier gesehen werden, dass das Bauordnungsrecht der meisten Länder bislang keine Verfahren für Einzelvorhaben mit Erörterungstermin und Umweltverträglichkeitsprüfung vorsieht. Aus diesem Grunde ist seinerzeit mit dem Artikelgesetz dem immissionsschutzrechtlichen Trägerverfahren der Vorzug gegeben worden.

---

<sup>7</sup> Siehe den beigefügten Vorschlag zu Nr. 4.3

<sup>8</sup> Siehe den beigefügten Vorschlag zu Nr. 4.4

Soweit – anders als in den vier o.a. Ländern - noch keine Regelungen vorhanden sind, wären entsprechende ergänzende landesrechtliche Regelungen erforderlich.

#### **4.5 Bauplanungsrechtlicher Ansatz**

Es wird diskutiert, das Problem der Windfarmen nicht mehr über das Anlagenzulassungsrecht (Bauordnungsrecht oder BImSchG) zu lösen, sondern ausschließlich über das Bauplanungsrecht.

Im Rahmen der Umsetzung der Umsetzung der Richtlinie 2001/42/EG durch ein Gesetz zur Einführung einer Strategischen Umweltprüfung (SUPG) werden Bauleitpläne nach dem Baugesetzbuch der Strategischen Umweltprüfung unterworfen.

Es ist dann dafür zu sorgen, dass die UVP-Änderungsrichtlinie, die für Zulassung einzelner Anlagen eine Anwendung des UVP-Rechts vorschreibt, ausreichend umgesetzt wird. Soweit nämlich eine Gemeinde für Windkraftanlagen keine Eignungsflächen durch einen Flächennutzungsplan ausweist, wären diese nach geltendem Recht (§ 35 BauGB) als privilegierte Anlagen dann zuzulassen, ohne dass eine Prüfung gem. der UVP-Änderungsrichtlinie erfolgt, ob eine UVP erforderlich ist.<sup>9</sup>

Dieser Ansatz könnte daher nur zu einer EU-konformen Umsetzung der UVP-Änd-RL führen, wenn zugleich die Außenbereichsprivilegierung für Windkraftanlagen nach § 35 aufgehoben wird.

#### **5. Vorschläge für eine Überführung der "Altanlagen" (de lege ferenda)**

Die Windkraftanlagen innerhalb einer Windfarm nach dem Verständnis des 4. Senats des BVerwG wurden auf der Basis einer Genehmigung der zuständigen Baugenehmigungsbehörde errichtet und betrieben. Die Betroffenen und die Baubehörden konnten bei der Genehmigung davon ausgehen, dass eine Errichtung auf der Basis des Baurechts rechtmäßig erfolgte. Bei Errichtung der Anlage wurde nicht ein bestehendes Genehmigungserfordernis bewusst umgangen, sondern alle Beteiligten sind davon ausgegangen, dass die Anlage ohne eine Genehmigung nach BImSchG und nur aufgrund einer Genehmigung nach Baurecht errichtet werden dürfe.

Es ist daher im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens zu prüfen, ob und wie eine formelle Legalisierung der errichteten Anlagen erfolgen könnte.

---

<sup>9</sup> Siehe den beigefügten Vorschlag zu Nr. 4.5

Sofern der Immissionsschutzrechtliche Ansatz mit einer Änderung der Nr. 1.6 der 4. BImSchV verfolgt wird (Nr. 4.2), würde sich anbieten, § 67 BImSchG z.B. durch Einfügung eines neuen Absatzes 9 entsprechend zu ändern<sup>10</sup>.

Sofern der bauordnungsrechtliche Ansatz (Nr. 4.4) verfolgt wird, wäre eine formelle Legalisierung des Altbestandes entbehrlich.

## **6. Abwägung der Vor- und Nachteile**

Angesichts der dargestellten rechtlichen und praktischen Probleme ist eine Rechtsänderung dringend geboten. Eine Bündelung kann sowohl im Immissionsschutzrecht als auch im Baurecht (Bauplanungsrecht, Bauordnungsrecht) erfolgen.

Bei der Zulassung von Windkraftanlagen sind neben bauplanungsrechtlichen und bauordnungsrechtlichen Belangen vor allem naturschutzrechtliche (vor allem Auswirkungen auf Vögel und das Landschaftsbild) und immissionsschutzrechtliche Belange zu prüfen.

Es ist vor allem darauf abzuheben, in welchem Verfahren am ehesten und einfachsten ein Ausgleich der unterschiedlichen Belange möglich erscheint.

Bei der Vorhabenzulassung liegt ein Vorteil beim immissionsschutzrechtlichen Verfahren, das mit der Möglichkeit der Beteiligung der Öffentlichkeit ein geeignetes Trägerverfahren für die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bereithält.

Andererseits ist eine Bündelung des Zulassungsrechts für Windkraftanlagen im Bauordnungsrecht nicht aus Gründen des UVP-Rechts ausgeschlossen.

Vielfach sieht das Bauordnungsrecht der Länder bislang keine Verfahren für Einzelvorhaben mit Erörterungstermin und Umweltverträglichkeitsprüfung vor.

Aufgrund der durch EU-Recht vorgeschriebenen UVP-Pflicht von Windfarmen wurde seinerzeit daher mit dem Artikelgesetz dem immissionsschutzrechtlichen Trägerverfahren der Vorzug gegeben. Die nach dem EU-Recht für Windfarmen erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung ist allerdings nicht an die Durchführung eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens gebunden. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung kann daher auch im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens durchgeführt werden. Durch eine generelle Überführung dieser Anlagen in das Baugenehmigungsverfahren werden somit keine Vorgaben des UVP-Rechts unterlaufen.

---

<sup>10</sup> Siehe den beigelegten Vorschlag zu Nr. 5

Soweit in den Ländern noch keine entsprechenden Regelungen vorhanden sind, sind allerdings für die Durchführung der UVP im Baugenehmigungsverfahren ergänzende Regelungen erforderlich.

Dies ist nicht notwendig für den bauplanungsrechtlichen Lösungsansatz, bei der die UVP-Prüfung abschließend im Rahmen der Planung erfolgen kann.

Praktisch unterscheiden sich die Auflagen einer Baugenehmigung bei Windkraftanlagen nicht von denen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Unter Berücksichtigung des auch im Baurecht verankerten Rücksichtnahmegebotes gegenüber schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des § 3 Abs. 1 BImSchG vermittelt daher eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung keinen andersartigen oder weitergehenden Nachbarschutz als es eine baurechtliche Genehmigung vermag.

Insbesondere sind die akzeptorbezogenen Vorschriften der TA Lärm auch im Rahmen der Prüfung von Anträgen in Baugenehmigungsverfahren zu beachten (Ziff. 1, S.3 b) aa) TA Lärm).

Es sprechen keine rechtlichen Gründe gegen eine Regelung des Zulassungsrechts für Windkraftanlagen im Bereich des Bauordnungsrechts.

Für die Regelung des Zulassungsrechts für Windkraftanlagen im Bereich des Bauordnungsrechts spricht, dass die enorme Anzahl der baugenehmigten Windkraftanlagen, die nach dem Urteil des 4. Senats des BVerwG immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig sind, im Nachhinein durch den Wegfall der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit legalisiert wäre.

Das Kernanliegen, für das der Gesetzgeber eine neue Lösung finden sollte, ist, ein geeignetes Trägerverfahren für die UVP zu wählen, das er dann angemessen ausgestaltet. Zu den oben behandelten Lösungsmodellen „Immissionsschutzrecht“ und „Bauordnungsrecht“ tritt als Alternative noch die bauplanungsrechtliche Variante hinzu. Bereits das geltende Verfahren zur Aufstellung von Bebauungsplänen (B-Pläne) bietet nämlich auch eine umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung und hat die UVP rechtstechnisch integriert. Einzelbauvorhaben könnten auf der Basis der unter Beteiligung der Öffentlichkeit zustande gekommenen und mit den Erkenntnissen der UVP ausgestatteten B-Plänen, von beiden entlastet, zügig genehmigt werden. Das wäre effizient und kostengünstig und würde den Planungsaufwand rechtfertigen, zumal für so große Projektflächen wie Windfarmen eine planungsrechtliche Bewältigung ohnehin nahe liegt. Darüber hinaus könnte man das Instrument des vorhabenbezogenen

B-Plans (§ 12 BauGB) so ausgestalten, dass er die Funktion einer Rahmengenehmigung übernimmt und die Zulassung der Einzelbauvorhaben entbehrlich würde. Die planerische Bewältigung durch die Gemeinden entspricht dem Subsidiaritätsgedanken und sichert Akzeptanz. Die Landes- und Regionalplanung könnten die gemeindliche Planung anleiten und unterstützen. Fachlich sind Windfarmgebiete nicht schwieriger zu beurteilen als Industrie- oder Gewerbegebiete.

Im Einzelnen könnte die Nr. 1.6 im Anhang der 4. BImSchV dereguliert und gestrichen werden, ebenso die Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich und es müssten die Nr. 1.6 ff. der Anlage 1 des UVPG angepasst werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Rechtsänderung erforderlich ist. Jeder der Vorschläge ist der gegenwärtigen Situation vorzuziehen.

## Vorschlag zu Zif. 4.2

### Immissionsschutzrechtlicher Ansatz, Änderung der Nr. 1.6 des Anhangs der 4.BImSchV

1. In der 4. BImSchV ist Nummer 1.6 des Anhangs wie folgt zu ändern:

1. Der Text in Spalte 1 wird gestrichen.
2. Spalte 2 wie folgt gefasst:

„Windkraftanlage mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern“.

2. Die Anlage 1 des UVPG wird wie folgt geändert:

Die Nummern 1.6 bis 1.6.3 werden wie folgt gefasst:

<b>1.6</b>	Errichtung und Betrieb einer Windkraftanlage mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern		<b>A</b>
------------	--	--	----------

### **Vorschlag zu Zif. 4.3**

#### **Immissionsschutzrechtlicher Ansatz über Einfügung der Betreiberidentität in der 4. BImSchV**

1. § 1 Abs. 1 Satz 4 ist wie folgt zu ändern :

“Hängt die Genehmigungsbedürftigkeit der im Anhang genannten Anlagen vom Erreichen oder Überschreiten einer bestimmten Leistungsgrenze, der Anlagengröße oder der Zahl von Einzelanlagen ab, ist jeweils auf den rechtlich und tatsächlich möglichen Betrieb durch denselben Betreiber abzustellen.“

2. § 1 Abs. 5 ist wie folgt zu ändern :

“Soll die für die Genehmigungsbedürftigkeit maßgebende Leistungsgrenze, Anlagengröße oder Zahl von Einzelanlagen durch die Erweiterung einer bestehenden Anlage erstmals überschritten werden, bedarf die gesamte Anlage der Genehmigung.“

3. § 2 Abs. 1 Satz 2 ist wie folgt zu ändern :

“Soweit die Zuordnung zu den Spalten von der Leistungsgrenze, der Anlagengröße oder der Zahl der Einzelanlagen abhängt, gilt § 1 Abs. 1 Satz 4 entsprechend.“

4. § 2 Abs. 4 ist wie folgt zu ändern :

“Wird die für die Zuordnung zu den Spalten 1 oder 2 des Anhangs maßgebende Leistungsgrenze, Anlagengröße oder Zahl von Einzelanlagen durch die Errichtung und den Betrieb einer weiteren Teilanlage oder durch sonstige Erweiterung der Anlage erreicht oder überschritten, wird die Genehmigung für die Änderung in dem Verfahren erteilt, dem die Anlage nach der Summe ihrer Leistung oder Größe entspricht.“

**Vorschlag zu Zif. 4.4**

**Bauordnungsrechtlicher Ansatz**

1. In der 4. BImSchV ist Nummer 1.6 des Anhangs zu streichen:

2. Die Anlage 1 des UVPG wird wie folgt geändert:

1. Die Nummern 1.6 bis 1.6.3 werden gestrichen.

2. Als Nummer 20 wird eingefügt :

<b>20</b>	Errichtung und Betrieb einer Windfarm mit Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern		<b>L</b>
-----------	--	--	----------

## **Vorschlag zu Zif. 4.5**

### **Bauplanungsrechtlicher Ansatz**

#### 1. Änderung des BauGB:

§ 35 Abs. 1 BauGB wird wie folgt geändert:

Die Nr. 5 wird gestrichen.

#### 2. Änderung des UVPG:

In § 17 Satz 2 werden die Worte „nach den Nummern 18.1 bis 18.8 der Anlage 1“ ersetzt durch

die Worte „nach den Nummern 18.1 bis 18.8 und 18.10“.

In Anlage 1 zum UVPG wird folgende Ziffer 18.10 eingefügt:

“Errichtung einer Windfarm zur Nutzung der Windenergie zur Stromerzeugung“

Folgeänderung:

In Anlage 1 zum UVPG wird die Ziffer 1.6 gestrichen.

#### 3. Änderung der 4. BImSchV:

Im Anhang zur 4. BImSchV wird Nr. 1.6 gestrichen.

#### Anmerkung:

Der mit der Streichung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ebenfalls verbundene Wegfall der Privilegierung für Wasserkraftanlagen ist für die Genehmigungsfähigkeit von Wasserkraftanlagen nicht nachteilig. Wasserkraftanlagen können nur an bestimmten Stellen in einem Gewässer errichtet werden, sie sind daher Anlagen, die wegen ihrer besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich errichtet werden können und genießen daher ohnehin die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ( s. dazu Schröder, BauGB, 6. Aufl. 1998. § 35 Rn 32).

## **Vorschlag zu Zif. 5**

### **Formelle Legalisierung von baugenehmigten Anlagen**

Das Bundes-Immissionsschutzgesetz wird wie folgt geändert :

Nach § 67 Abs. 8 BImSchG wird folgender Absatz 9 angefügt:

“(9) Baugenehmigungen, die seit dem 3. August 2001 für Windkraftanlagen im räumlichen Zusammenhang von insgesamt mindestens drei Windkraftanlagen erteilt worden sind, gelten als Genehmigungen nach diesem Gesetz fort.“