



## Staatliche Umweltämter

Itzehoe, Kiel, Schleswig und  
Außenstelle Lübeck

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom    Unser Zeichen, unsere Nachricht vom    (0 431) 988 - 7360    Datum  
V 20 - 578.501.010    Ekkehard Geib    28. September 2004

### **Verfahren für die Genehmigung von bereits baurechtlich genehmigten Windkraftanlagen in Windfarmen**

Mit Urteil vom 30.06.2004, Az.: BVerwG 4 C 9.03, hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass eine Windfarm im Sinne der Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV auch dann vorliege, wenn die Windfarm durch mehrere unabhängige Betreiber betrieben wird; eine Windfarm in diesem Sinne unterliege der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht. Nach dem gleichen Grundsatz sei zu verfahren, wenn die Zahl der Anlagen nach und nach erhöht werde.

Mit gemeinsamen Erlass des Umwelt- und Innenministeriums vom 1. September 2004 wurde bereits geregelt, dass baurechtlich genehmigte Anlagen innerhalb einer Windfarm

- mindestens dem Vertrauensschutz unterfallen und
- die Betreiber einer formell baurechtlich genehmigten Windkraftanlage innerhalb einer Windfarm von der für das immissionsschutzrechtliche Verfahren zuständigen Behörde aufzufordern sind, ihre Anlage in entsprechender Anwendung von § 67 Abs. 2 BImSchG anzuzeigen.

Zur Klarstellung und Begründung werden die anliegenden Hinweise für das weitere Vorgehen gegeben.

Es wird darauf verwiesen, dass die Länder bemüht sind, die sich aus dem Urteil ergebenden Konsequenzen für die Handhabung laufender und abgeschlossener Verfahren möglichst bundeseinheitlich einer Lösung zuzuführen. Dabei wird auch die Änderung von Rechtsvorschriften in die Überlegungen mit einbezogen. Insofern kann es dann auch zu Rückwirkungen auf die Behandlung von Anlagen innerhalb einer Windfarm kommen, die durch die Baubehörden genehmigt wurden.

Es wird daher empfohlen, vorrangig die Verfahren für die Genehmigung zur Errichtung von Neuanlagen oder zur Änderung von Anlagen zu bearbeiten, die den Staatlichen Umweltämtern vorliegen oder ihnen über die Bauämter zugeleitet werden.

gez. E.Geib

Ekkehard Geib

## **Hinweise für das Verfahren für bereits baurechtlich genehmigte Windkraftanlagen in Windfarmen**

### **1 Ausgangslage**

Mit Urteil vom 30.06.2004, Az.: BVerwG 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 die Windfarm durch mehrere unabhängige Betreiber betrieben wird und wenn die Windkraftanlagen einander räumlich so zugeordnet sind, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren. Eine Windfarm in diesem Sinne unterliege der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht.

Nach dem gleichen Grundsatz sei zu verfahren, wenn die Zahl der Anlagen nach und nach erhöht werde.

Der Berichterstatter des Urteils des BVerwG soll auf dem Seminar am 17.9.04 in Leipzig die Ansicht vertreten haben, dass diese Auslegung des Immissionsschutzrechts erforderlich sei, um den EU-rechtlichen Anforderungen der UVP-Änderungsrichtlinie Rechnung zu tragen; nur so könne der Einklang mit dem europäischen UVP-Recht hergestellt werden<sup>1</sup>.

Mit gemeinsamen Erlass des Umwelt- und Innenministeriums Schleswig-Holstein vom 1. September 2004 wurde bereits geregelt, dass baurechtlich genehmigte Anlagen innerhalb einer Windfarm

- mindestens dem Vertrauensschutz unterfallen und
- die Betreiber einer formell baurechtlich genehmigten Windkraftanlage innerhalb einer Windfarm von der für das immissionsschutzrechtliche Verfahren zuständigen Behörde aufzufordern sind, ihre Anlage in entsprechender Anwendung von § 67 Abs. 2 BImSchG anzuzeigen.

---

<sup>1</sup> Dem Berichterstatter war verborgen geblieben, dass in SH, NRW und TH auch baurechtlich zu genehmigende WKA aufgrund von Landesrecht den Bestimmungen der UVP unterliegen.

## 2 Verfahrensrechtliche Konsequenzen für neue Anlagen

Es wird zunächst unterstellt, dass zwei Betreiber X und Y jeweils eine WKA bei der Baubehörde beantragt haben. Wenn nun ein Betreiber Z eine dritte WKA in unmittelbarer Nähe der vorhandenen Anlagen  $X_1$  und  $Y_1$  beantragt, wird nach dem Urteil des BVerwG durch Z die Errichtung einer Windfarm i.S. Nr. 1.6 der 4. BImSchV beantragt. Für seine WKA ist eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erforderlich.

Fraglich ist nun, wie die Anlagen  $X_1$  und  $Y_1$  zu beurteilen sind.

- Wenn über die Anträge  $X_1$  und  $Y_1$  durch die Baugenehmigungsbehörde noch nicht entschieden worden ist, sollen die Anträge an die BImSchG-Behörde abgegeben werden, sobald der Antrag Z eingereicht wird. Über die Anträge  $X_1$  und  $Y_1$  wird dann auch im immissionsschutzrechtlichen Verfahren entschieden.
- Wenn über die Anträge  $X_1$  und  $Y_1$  durch die Baugenehmigungsbehörde bereits schon entschieden worden ist, wird zunächst nur über den Antrag Z im Verfahren nach BImSchG entschieden<sup>2</sup>. Mit der Errichtung der Anlage  $Z_1$  betreiben damit auch die Betreiber X und Y –nach Auffassung des BVerwG- eine Windfarm !

Unter Zugrundelegung des Urteils des BVerwG betreiben X und Y –unabhängig davon, ob ihre Anträge bereits vor Einreichung des Antrags Z entschieden waren oder nicht- mit Errichtung der dritten Anlage durch Z eine Windfarm im Sinne der Nr. 1.6 der 4. BImSchV. Bei einer Änderung ihrer Anlage findet –auch nach Auffassung des Berichterstatters des BVerwG- der verfahrensbezogene, betreiberunabhängige Anlagenbegriff Anwendung und damit die §§ 15, 16 BImSchG. Daher bedürfen die Anlagen innerhalb einer Windfarm, die nur aufgrund einer Baugenehmigung errichtet wurde, in jedem Fall einer „formalen Legalisierung“.

---

<sup>2</sup> Im vorliegenden Fall wird über den Antrag im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG entschieden. Würde es sich um die 6. Anlage handeln, wäre ein Verfahren nach § 10 BImSchG erforderlich, bei der 20. WKA ein Verfahren mit verpflichtender Umweltverträglichkeitsprüfung.

### 3 Unterschiedliche Fallkonstellationen

Ausgehend von der jeweils zugrunde gelegten Rechtslage sind zunächst im Hinblick auf die zeitliche Abfolge folgende Fälle zu unterscheiden :

1. Vor Inkrafttreten des sog. Artikelgesetzes vom 27.7.2001 am 3.8.2001 wurden Windkraftanlagen nur durch die Baugenehmigungsbehörden genehmigt.
2. Mit dem Inkrafttreten des Artikelgesetzes am 3.8.2001 bedürfen Windfarmen (ab drei WKA eines Betreibers) der Genehmigung nach BImSchG gfls. unter Einbeziehung einer UVP.

Dagegen konnten einzelne WKA eines Betreibers nach der einheitlichen Interpretation der Vorschriften durch die Bau- und Immissionsschutzbehörden -bestätigt auch durch die bisherige Rechtsprechung- weiterhin auch dann nach Baurecht genehmigt werden, wenn sie sich innerhalb einer Windfarm befanden (sog. „gesplittete Windfarmen“).

3. Für diese Einzelanlagen fanden nach einheitlicher Interpretation die Bestimmungen des UVPG keine Anwendung.

Erst mit Inkrafttreten des LUVPG vom 13. 5. 2003 am 29.Mai 2003 wurden in Schleswig-Holstein auch für einzelne, nach Baurecht zu genehmigende WKA innerhalb einer Windfarm die Bestimmungen des UVP-Rechts für anwendbar erklärt.

Danach sind folgende Gruppen von Altanlagen zu unterscheiden, für die sich die Frage stellt, wie sie genehmigungsrechtlich einzuordnen sind :

**Altanlagen Typ A** : Anlagen, die vor Inkrafttreten des Artikelgesetzes baurechtlich genehmigt wurden und die jetzt innerhalb einer Windfarm liegen; dabei ist zu unterscheiden zwischen den Anlagen von Betreibern, die drei und mehr zusammenhängenden WKA betreiben und deren Anlagen bereits selbst schon den Begriff der Windfarm erfüllen und die nach bisheriger Auslegung bereits schon ihre Anlagen angezeigt haben (Altanlagen Typ A 1) und Einzelanlagen, die bislang nicht den Begriff der Windfarm erfüllten (Altanlagen Typ A 2).

**Altanlagen Typ B** : Anlagen, die nach Inkrafttreten des Artikelgesetzes baurechtlich genehmigt wurden, die sich zum Zeitpunkt der Genehmigung nicht innerhalb einer Windfarm befunden haben, jetzt aber innerhalb einer Windfarm

liegen oder durch Errichtung weiterer Anlagen zukünftig innerhalb einer Windfarm liegen werden.

**Altanlagen Typ C** : Anlagen, die nach Inkrafttreten des Artikelgesetzes baurechtlich genehmigt wurden, die sich zum Zeitpunkt der Genehmigung innerhalb einer Windfarm befunden haben, und für die noch nicht die Bestimmungen des LUVPG Anwendung gefunden haben.

**Altanlagen Typ D** : Anlagen, die nach Inkrafttreten des Artikelgesetzes baurechtlich genehmigt wurden, die sich zum Zeitpunkt der Genehmigung innerhalb einer Windfarm befunden haben, und für die die Bestimmungen des Landes-UVP-Gesetzes Anwendung gefunden haben.

#### 4 Grundsätze und Anwendbarkeit des § 67 Abs. 2 BImSchG

§ 67 Abs. 2 BImSchG gilt vor allem für Anlagen, die zum Zeitpunkt der Genehmigung bzw. zum Zeitpunkt der Errichtung nicht genehmigungsbedürftig waren und eine rechtmäßige Genehmigung erhalten haben und die durch den **Erllass** oder die **Änderung der 4.BImSchV** erstmals genehmigungsbedürftig geworden sind. Es ist daher eindeutig, dass eine **unmittelbare** Anwendung des § 67 Abs. 2 BImSchG nur für die Altanlagen Typ A, nicht jedoch für die anderen Fälle in Frage kommt.

Zu prüfen ist jedoch, ob eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Regelungslücke vorliegt und deshalb eine Analogie d.h. eine Schlussfolgerung möglich ist, weil ein dem § 67 Abs. 2 BImSchG wesentlich ähnlicher Sachverhalt vorliegt, so dass die gleiche Rechtsfolge eintreten sollte.

Es ist anerkannt, dass das Privileg des § 67 Abs. 2 BImSchG grundsätzlich nur die Anlagen genießen, die formell und materiell legal errichtet und betrieben wurden<sup>3</sup>.

Die Vorschrift soll einerseits dem Vertrauensschutz der Betroffenen und andererseits dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Überwachung der Anlagen dienen<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> So z.B. Feldhaus § 67 Anm. 17

<sup>4</sup> So Hansmann in Landmann/Rohmer § 67 Anm. 14

Nach Sinn und Zweck der Vorschrift (Vertrauensschutz) kommt es nicht nur auf die tatsächlichen Verhältnisse und auch nicht nur auf die Übereinstimmung des geschaffenen Zustands mit dem materiellen Recht an. Es ist darüber hinaus auch die formelle Legalität der Anlagengenehmigung und -errichtung erforderlich. Diese formelle Legalität wird auch bei den Fällen angenommen, bei denen bei Errichtung der Anlage ein bestehendes Genehmigungserfordernis nicht bewusst umgangen worden ist, sondern alle Beteiligten davon ausgegangen sind, die Anlage dürfe ohne eine Genehmigung nach BlmSchG und nur aufgrund einer Genehmigung nach Baurecht errichtet werden<sup>5</sup>.

Es ist eindeutig, dass auf **Altanlagen Typ A** die Bestimmungen des § 67 Abs. 2 BlmSchG **unmittelbar** Anwendung finden. Während die Betroffenen und die Behörden bislang allerdings davon ausgegangen sind, dass nur die Betreiber von drei und mehr zusammenhängenden WKA (Typ A 1) ihre Anlagen anzuzeigen haben, sind auf der Basis des Urteils des BVerwG nunmehr –trotz Überschreitung der Drei-Monatsfrist- alle WKA diesen Typs innerhalb einer Windfarm anzuzeigen (auch Typ A 2).

Auf **Altanlagen Typ B** sind die Bestimmungen des § 67 Abs. 2 BlmSchG bereits nicht mehr unmittelbar anwendbar. Diese Anlagen wurden auf der Basis einer formell und materiell rechtmäßigen Genehmigung der zuständigen Baugenehmigungsbehörde errichtet und betrieben; sie sind erst zu einem späteren Zeitpunkt – oder werden zukünftig noch – durch Errichtung weiterer WKA durch andere Betreiber zu Bestandteilen einer Windfarm i.S. des Urteils des BVerwG. Die Betroffenen und die Baubehörden sind bei Genehmigung zutreffend davon ausgegangen, dass eine Errichtung auf der Basis des Baurechts rechtmäßig erfolgt ist. Wie bereits ausgeführt (Nr. 2 S. 2 unten), sind diese Anlagen durch den Zubau weiterer Anlagen Bestandteil der Windfarm i.S. BVerwG geworden. Eine Änderung dieser Anlagen wäre nach §§ 15,16 BlmSchG zu beurteilen. Daher ist m.E. ein „formelle Legalisierung“ erforderlich. Es sind keinerlei Gesichtspunkte erkennbar, diese Anlagen nicht ebenso zu behandeln wie die Altanlagen des Typs A. Dem Vertrauensschutz der Betroffenen und dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Überwachung der Anlagen wird durch eine Anzei-

---

<sup>5</sup> So Hansmann in Landmann/Rohmer § 67 Anm. 18

ge in entsprechender Anwendung des § 67 Abs. 2 BImSchG hinreichend Rechnung getragen.

**Altanlagen Typ C** (Anlagen, die nach Inkrafttreten des Artikelgesetzes baurechtlich genehmigt wurden und die sich zum Zeitpunkt der Genehmigung innerhalb einer Windfarm befunden haben, und für die noch nicht die Bestimmungen des UVPG Anwendung gefunden haben) wurden -unter Zugrundelegung des Urteils des BVerwG- von der unzuständigen Baubehörde unter Anwendung des unzutreffenden Rechts (Baurecht statt BImSchG) genehmigt. Zudem hat eine Beurteilung nach den Bestimmungen des UVP-Rechts (noch) nicht stattgefunden.

Gleichwohl ist festzuhalten, dass diese Anlagen Vertrauensschutz genießen müssen. Sie wurden in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht errichtet, weil es in der Praxis keinen Unterschied gibt zwischen der Errichtung von WKA nach Baurecht oder nach BImSchG. Es ist darüber hinaus auch die formelle Legalität der Anlagengenehmigung und -errichtung gegeben, weil bei Errichtung der Anlage nicht ein bestehendes Genehmigungserfordernis bewusst umgangen worden ist, sondern alle Beteiligten davon ausgegangen sind, die Anlage dürfe mit einer Baugenehmigung d.h. ohne Genehmigung nach BImSchG errichtet werden<sup>6</sup>. Deshalb ist eine formale Legalisierung durch eine Anzeige in entsprechender Anwendung des § 67 Abs. 2 BImSchG notwendig. Es dürfte jedoch im Rahmen der Prüfung der Anzeige ein Screening nach den Vorschriften des UVPG durchzuführen und das Ergebnis der Einzelfallentscheidung zu dokumentieren sein.

**Altanlagen Typ D** (Anlagen wie Typ C, für die jedoch bereits die Bestimmungen des Landes-UVP-Gesetzes Anwendung gefunden haben) sind entsprechend Altanlagen Typ C zu beurteilen. Anzumerken ist hier nur, dass bei diesen Anlagen den EU-rechtlichen Anforderungen der UVP-Änderungsrichtlinie Rechnung getragen und insoweit der Einklang mit dem europäischen UVP-Recht bereits hergestellt wurde. Ein Screening nach den Vorschriften des UVPG ist daher nicht mehr erforderlich.

## **5 Genehmigungsverfahren und Anzeige nach § 67 Abs. 2 BImSchG**

Für alle Fälle einer Anzeige nach § 67 Abs. 2 BImSchG ist jedoch darauf zu verweisen, dass die Erstattung einer Anzeige nicht die vergleichbare Legalisierungswirkung nach sich zieht wie eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Es steht den Betroffenen daher frei, neben der Erstattung einer Anzeige auch um die Erteilung einer Genehmigung nachzusuchen<sup>7</sup>.

Eine vergleichbare Legalisierungswirkung könnte auch erreicht werden, sofern der Betreiber plant, seine Anlage zu ändern und hierfür eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG bzw. nach § 15 i.V.m. § 16 Abs. 4 BImSchG beantragen würde<sup>8</sup>.

gez. E. Geib

Ekkehard Geib

---

<sup>6</sup> Siehe oben Anmerkung 3

<sup>7</sup> So Hansmann in Landmann/Rohmer § 67 Anm. 31

<sup>8</sup> Da die Gebühren sich nach den Herstellungskosten bemessen, ergäben sich insoweit erhebliche Unterschiede, je nachdem, welcher Weg gewählt wird.