

Genehmigung von Windkraftanlagen Überlegungen für eine Neuregelung nach dem Urteil des BVerwG

1. Ausgangssituation

Mit Urteil vom 30.06.2004 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 unterliegt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht.

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

Damit hat das BVerwG einen völlig neuen Weg eingeschlagen und

1. einen zuständigkeitssteuernden Anlagenbegriff neu eingeführt,
2. den Einwirkbereich als begründendes Element für den Anlagenbegriff eingeführt und damit insgesamt
3. erhebliche Probleme für die bislang nur mit Baugenehmigung errichteten Windkraftanlagen in Windfarmen geschaffen.

2. Anlagenbegriff

Die bislang von allen Beteiligten einschließlich der bisherigen Rechtsprechung vertretene Auffassung vom Betreiberbezug des Anlagenbegriffs wurde vom BVerwG aufgegeben und ein neuer verfahrensbezogener, zuständigkeitssteuernder Anlagenbegriff neben dem bisherigen betreiberbezogenen, vorhabensrechtlichen Anlagenbegriff eingeführt.

Dies widerspricht dem bisherigen 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.

Die Auffassung des BVerwG 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. Bei der Auslegung des BVerwG bleibt unklar, ob sich die Betreiberpflichten eines Betreibers einer einzelnen Windkraftanlage innerhalb einer Windfarm sich nur auf „seine“ eigene Windkraftanlage beziehen oder auf die genehmigte Windfarm insgesamt.

3. Einwirkungsbereich

Nach der Auffassung des BVerwG liegt eine Windfarm dann vor, wenn die Windkraftanlagen -auch unterschiedlicher Betreiber- einander räumlich so zugeordnet sind, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren.

Dies widerspricht dem bisherigen Grundsatz, dass sich die Genehmigungsbedürftigkeit einer Anlage nur herleitet aus der Eignung der Anlage selbst, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen, und insoweit nicht abhängig sein kann von Anlagen Dritter in der Nachbarschaft oder dem Standort einer Anlage.

Zudem ist nicht hinreichend deutlich, nach welchen Kriterien der Einwirkungsbereich beurteilt werden kann. Ist nur auf Einwirkungen durch Lärm oder auch auf Schattenwurf, Scheuchwirkung auf seltene Vögel, Erzeugung von Turbulenzen, Beeinträchtigung von benachbarten Denkmälern oder die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes abzustellen? Und reicht es aus, dass sich die Einwirkungsbereiche nur berühren oder muss nicht zumindest gefordert werden, dass sich die Einwirkungen nicht nur unerheblich verstärken?

4. Auswirkungen auf den baurechtlich genehmigten Altbestand

Vorhandene Windkraftanlagen innerhalb einer Windfarm, die nur baurechtlich genehmigt wurden, und für die nach der Rechtsprechung des BVerwG die Genehmigung an sich schon in einem immissionsschutzrechtlichen Verfahren hätte erteilt werden müssen, werden ohne die erforderliche Genehmigung betrieben. Unabhängig von der Frage, ob diese Anlagen dem Vertrauensschutz unterliegen, ist eine formale Legalisierung dieser Anlagen geboten.

Neben der Durchführung eines –für den Betreiber kostenaufwändigen neuen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens- ist eine Anzeige nach § 67 Abs. 2 BImSchG zunächst nicht vorgesehen. § 67 Abs. 2 BImSchG gilt 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. Eine **unmittelbare**

Anwendung des § 67 Abs. 2 BImSchG kommt daher nur für die Altanlagen in Frage, die vor Inkrafttreten des Artikelgesetzes genehmigt wurden.

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, wird einheitlich beantwortet.

5. Lösungsmöglichkeiten

5.1 Anlagenbegriff und Verfahren

Um die Differenzierung zwischen dem verfahrensbezogener, zuständigkeitssteuernder Anlagenbegriff und dem betreiberbezogener, vorhabensrechtlicher Anlagenbegriff sowie die Differenzierung zwischen dem **Prüfungsgegenstand** und dem **Genehmigungsgegenstand** aufzuheben, erscheint es notwendig, die für die Genehmigung von Windkraftanlagen geltenden Rechtsgrundlagen zu ändern.

Grundsätzlich kommen zwei unterschiedliche Ansätze in Betracht und zwar entweder eine Genehmigung über das Bauordnungsrecht oder über das Immissionsschutzrecht mit jeweils korrespondierender Änderung im Anhang 1 UVPG. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach Anhang II Nr. 3 i) „Anlagen zur Nutzung von Windenergie zur Stromerzeugung (Windfarmen)“ der Einzelfallentscheidung nach der UVP-Änderungs-RL unterliegen und gfls. eine Beteiligung der Öffentlichkeit im Genehmigungsverfahren zu erfolgen hat.

5.1.1 Immissionsschutzrechtlicher Lösungsansatz

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 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 Tatbestän-

de 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 den „Betrieb einer Windkraftanlage“ zu definieren. Dies setzt allerdings voraus, eine untere Mengenschwelle einzuführen, um nur die Anlagen zu erfassen, die in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Nachbarschaft erheblich zu belästigen.

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

Darüber hinaus wird darauf verwiesen, dass eine untere Mengenschwelle aus Höhe **und** Leistung im Prinzip keinen Sinn macht, da beide Größen miteinander korrelieren. Es wird daher eine untere Mengenschwelle von 50 m Gesamthöhe vorgeschlagen¹.

Diese Anlagen sollten in die Spalte 2 der 4.BlmSchV aufgenommen werden und im UVPG in Anlage 1 der Klasse A d.h. der allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls unterworfen werden².

Den Anforderungen des EU-Rechts wird damit in vollem Umfang Rechnung getragen. Sofern aufgrund der Entscheidung im Einzelfall gem. § 3c UVPG eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist, ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 c) der 4. BlmSchV ein Verfahren mit Beteiligung der Öffentlichkeit nach § 10 BlmSchG durchzuführen.

Schleswig-Holstein hatte seinerzeit zum Artikelgesetz bereits einen Änderungsantrag eingebracht, weil ein Teil der jetzt aufgetretenen Probleme bereits erkennbar war.³

Dieser Antrag wird nicht weiter verfolgt, da auch mit diesem Antrag sich die Genehmigungsbedürftigkeit einer Anlage nicht mehr nur aus der Anlage selbst herleiten würde, sondern abhängig wäre von Anlagen Dritter in der Nachbarschaft.

5.1.2 Bauordnungsrechtlicher Lösungsansatz

Alternativ könnte überlegt werden, die Windkraftanlagen vollständig und ausschließlich dem Bauordnungsrecht zu unterwerfen. Dazu wäre es erforderlich, die Nr. 1.6 der 4.

¹ Siehe anliegenden Vermerk über den Bestand an Windkraftanlagen

² siehe beigefügten Vorschlag

³ Nicht der „Betrieb einer Windfarm“ sondern der „Betrieb einer Windkraftanlagen innerhalb einer Windfarm“ hätte nach dem BRat-Antrag nach BlmSchG genehmigungsbedürftig sein sollen.

BImSchV zu streichen. Korrespondierend wäre in Anlage 1 UVPG die Nr. 1.6 -1.6.3 zu streichen und als neue Nr. 20 „Bauordnungsrechtliche Vorhaben“ in Spalte 2 der Klasse „L = UVP-Pflicht nach Maßgabe des Landesrechts“ einzufügen.

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

5.2 Einwirkbereich

Obwohl noch nicht hinreichend deutlich ist, nach welchen Kriterien der Einwirkbereich beurteilt werden kann, erscheint es nicht sinnvoll, hier neue Rechtsvorschriften zu schaffen. Die Länder werden im Rahmen des normalen Gesetzesvollzug in der Lage sein, die auftretenden Probleme zu lösen.

Bei den nach dem BImSchG fraglichen schädlichen Umwelteinwirkungen handelt es sich um E- und Immissionen durch Luftschadstoffe, Staub, Lärm, Strahlung oder Gerüche, ggf. auch noch um sonstige Gefahren, nicht aber um Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes durch Eingriffe in Natur und Landschaft. Aus diesen Anhaltspunkten lassen sich Kriterien für die Ermittlung des Einwirkungsbereichs herleiten.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff des Einwirkungsbereichs nicht mehr für die Definition des Anlagenbegriffs benötigt wird, wenn man –wie vorgeschlagen- nicht mehr auf den Begriff der Windfarm sondern nur noch auf den Betrieb der Windkraftanlage abstellt.

5.3 Auswirkungen auf den baurechtlich genehmigten Altbestand

Die Windkraftanlagen innerhalb einer Windfarm i.S. des BVerwG wurden auf der Basis einer Genehmigung der zuständigen Baugenehmigungsbehörde errichtet und betrieben. Die Betroffenen und die Baubehörden sind bei Genehmigung zutreffend davon ausgegangen, dass eine Errichtung auf der Basis des Baurechts rechtmäßig erfolgt ist. 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. Die Anlagen unterfallen daher dem Vertrauensschutz. Sie wurden zudem in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht errichtet, weil es in der Praxis keinen Unterschied zwischen der Errichtung von Windkraftanlagen nach Baurecht oder nach BImSchG gibt.

Es sind keinerlei Gesichtspunkte erkennbar, diese Anlagen nicht ebenso zu behandeln wie die Anlagen, die im Rahmen des § 67 Abs. 2 BImSchG formal legalisiert wurden. § 67 BImSchG sollte entsprechend geändert werden.

Windkraftanlagen, „schädliche Umwelteinwirkungen“ und Mengenschwellen

Im Rahmen der einsetzenden Diskussion über Lösungsmöglichkeiten zur Frage der Genehmigung von Windkraftanlagen wird u.U. auch eine Rolle spielen, welche Anlagen in der Vergangenheit errichtet wurden und welche z.Z. zur Genehmigung anstehen.

Mit dem Artikelgesetz vom 27. Juli 2001 wurde für Windkraftanlagen in der Nr. 1.6 des Anhang 1 des UVPG eine Mengenschwellen von 35 m Gesamthöhe oder 10 KW Leistung eingeführt.

Anlagen von unter 35 m Gesamthöhe oder weniger als 10 KW Leistung finden nur Einsatz –wenn überhaupt- als einzelne Hofanlage.

Bereits im Jahr 2001 wurden als „Standard-Anlage“ Anlagen mit einer Gesamthöhe über 80 m und einer Leistung von mindestens 1.000 – 1.300 KW eingesetzt.

Gegenwärtig werden Anlagen errichtet mit einer Gesamthöhe über 100 m (100 – 130m) und einer Leistung von 1,8 – 2 MW. Es ist erkennbar, dass die Anlagen von ca. 2 MW und 130 -150 m Standard-Anlagen werden.

Einzelanlagen von 5 MW mit Gesamthöhen von bis zu 186 m finden nur als Prototypen für Off-Shore-Anlagen Einsatz. Es scheint außerordentlich fraglich, ob sich derartige Anlagen als Landanlagen durchsetzen werden.

Das Repowering d.h. der Ersatz von alten Anlagen durch neue erfolgt z.Z. für Anlagen, die vor etwa 10 - 15 Jahren errichtet wurden und bei einer Höhe von ca. 60 -80 m eine Leistung von 400 – 600 KW haben.

Der Vorteil der neuen Anlagen liegt darin, dass sie nicht mehr mit bis zu 36 Umdrehungen pro Minute sondern nur noch mit 12 Umdrehungen pro Minute arbeiten. Die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes und die „erdrückende Wirkung“ steigt daher nicht proportional zur Höhe. Sie sind zudem i.d.R. nur unwesentlich lauter. Allerdings nimmt die Beeinträchtigung durch Schattenwurf mit der Gesamthöhe der Anlage auch zu.

D.h. eine Korrelation zwischen Höhe/Leistung und "schädlicher Umwelteinwirkung" besteht nur bedingt.

Eine untere Mengenschwelle aus Höhe **und** Leistung macht im Prinzip keinen Sinn, da beide Größen miteinander korrelieren.

Antrag

des Landes

BR-Drs. „Entwurf einer Verordnung zur Änderung der Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und des Anhang 1 UVPG“

Artikel 1

Änderung der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen

In der Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen – 4. BImSchV) in der Fassung der Bekanntmachung v. 14. März 1997 (BGBl. I S. 504), zuletzt geändert durch ... , 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“.

Artikel 2

Änderung des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung

Die Anlage 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung v. 5. September 2001 (BGBl. I S. 2350), zuletzt geändert vom....., wird wie folgt geändert:

Die Nummern 1.6 bis 1.6.3 werden wie folgt gefasst:

1.6	Errichtung und Betrieb einer Windkraftanlage mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern		A
------------	--	--	----------

**Artikel 3
Inkrafttreten**