



Office franco-allemand pour la transition énergétique
Deutsch-französisches Büro für die Energiewende



HINTERGRUNDPAPIER

Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen an Land

Rechtliche und praktische Rahmen-
bedingungen in Deutschland

September 2016

Autor: Dr. Sebastian Helmes, Rechtsanwalt,
STERR-KÖLLN & PARTNER
sebastian.helmes@sterr-koelln.com

Kontakt: Karin Kreuzer, Referentin, DFBEW
karin.kreuzer@developpement-durable.gouv.fr

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Gefördert durch:



Disclaimer

Der vorliegende Text wurde von einem externen Experten für das Deutsch-französische Büro für die Energiewende (DFBEW) verfasst. Das DFBEW stellt dem Autor lediglich eine Plattform zur Veröffentlichung seines Beitrags zur Verfügung. Die vertretenen Standpunkte stellen deshalb ausschließlich die Meinung des Autors dar. Die Ausarbeitung erfolgte mit der größtmöglichen Sorgfalt. Das DFBEW übernimmt allerdings keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen.

Alle textlichen und graphischen Inhalte unterliegen dem deutschen Urheber- und Leistungsschutzrecht. Sie dürfen, teilweise oder gänzlich, nicht ohne schriftliche Genehmigung seitens des Verfassers und Herausgebers weiterverwendet werden. Dies gilt insbesondere für die Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Verarbeitung, Einspeicherung und Wiedergabe in Datenbanken und anderen elektronischen Medien und Systemen.

Das DFBEW hat keine Kontrolle über die Webseiten, auf die die in diesem Dokument sich befindenden Links führen. Für den Inhalt, die Benutzung oder die Auswirkungen einer verlinkten Webseite kann das DFBEW keine Verantwortung übernehmen.

Hinweis zum Autor und zur Publikation

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei Sterr-Kölln & Partner mbB. Er berät vor allem zu Fragen der Anlagengenehmigung sowie zum Umwelt- und Planungsrecht. Vor seiner Tätigkeit bei Sterr-Kölln & Partner war er mehrere Jahre in einer auf Fragen des Energierechts spezialisierten Kanzlei, zuletzt als Counsel, sowie in der Rechtsabteilung eines Übertragungsnetzbetreibers tätig. Er ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Energie- und Umweltrecht

Sterr-Kölln & Partner mbB ist ein interdisziplinäres Beratungsunternehmen, spezialisiert auf erneuerbare Energien, Energie-Effizienz und nachhaltige Entwicklung in Deutschland und Frankreich. Seit mehr als 20 Jahren unterstützt Sterr-Kölln & Partner Mandanten in Deutschland und Frankreich, ihre Zukunft sicher zu gestalten. Dazu gehören Projektentwickler, Hersteller, Investoren, Banken, Kommunen und Stadtwerke.

Leistungsschwerpunkte:

Akkordierte Beratung: Strategieentwicklung; Zukunftskonzepte; Lösungen, die rechtliche, wirtschaftliche und steuerliche Aspekte zusammenführen

Regionale Energiekonzepte: Kommunale Nahwärmelösungen; regionale Vermarktung von Strom; Bürgerbeteiligungsmodelle von Struktur bis Realisierung

Projekte ermöglichen: Finanzierungslösungen; Fördermittelberatung; Projekttransaktionen; Due Diligence; Vertragsgestaltung; Genehmigungsverfahren einschließlich der gegebenenfalls notwendigen gerichtlichen Vertretung,

Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen: Unternehmensgründungen; Joint Ventures; laufende Begleitung in allen steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Fragen



Zusammenfassung

In allen Phasen der Projektentwicklung für Windenergieanlagen in Deutschland sind die rechtlichen Vorgaben komplex und ambitioniert. Von der Phase der Identifikation und Sicherung geeigneter Flächen, über das eigentliche Genehmigungsverfahren bis hin zur Errichtungs- und Betriebsphase müssen rechtliche Aspekte berücksichtigt werden, die über das gesamte Projekt entscheiden können.

Das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren bildet dabei aus rechtlicher Sicht einen zentralen Baustein im Zyklus der Projektentwicklung: Hier werden die Weichen für den gesamten Betrieb der Anlage gestellt. Die Bedeutung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ergibt sich bereits daraus, dass Windenergieanlagen in Deutschland nur dann errichtet und betrieben werden dürfen, wenn eine solche Genehmigung vorliegt. Zudem gilt für die Zukunft, dass der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung noch eine weitere besondere Bedeutung zukommt: Sie ist die zentrale Voraussetzung für die Teilnahme an der Ausschreibung nach den Maßgaben des EEG 2017.

Wer die rechtlichen Herausforderungen von Beginn an im Auge hat, der erhöht seine Chancen, in einem überschaubaren Zeitraum eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erhalten (und auch dauerhaft zu behalten), die ihm die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlagen erlaubt.



Inhalt

Disclaimer	2
Hinweis zum Autor und zur Publikation	2
Zusammenfassung	3
Abkürzungsverzeichnis	5
Einleitung	6
I. Vor dem Genehmigungsverfahren: Flächenauswahl	6
1. Planungsrechtliche Flächeneignung	6
a) Generelle Zulässigkeit im Außenbereich	6
b) Zulässigkeit im Innenbereich	10
2. Flächensicherung	11
a) Vereinbarungen mit dem Grundstückseigentümer	11
b) Zugriff auf Flächen ohne Einigung mit dem Eigentümer	14
II. Das Genehmigungsverfahren	15
1. Grundsätzliches zur Genehmigung	15
2. Zum Genehmigungsverfahren	16
a) Einleitung des Verfahrens	17
b) Verfahrensarten	17
c) Die Umweltverträglichkeitsprüfung	19
d) Beteiligung von (Fach-)Behörden und Standortgemeinde	20
e) Verfahrensdauer und Beschleunigungsmöglichkeiten	22
3. Materielle Genehmigungsvoraussetzungen	24
a) Entgegenstehende Belange	24
b) Gesicherte Erschließung	27
c) Rückbauverpflichtung	27
4. Genehmigungsentscheidung und Gebühren	28
III. Nach Erteilung der Genehmigung	28
1. Vollziehbarkeit der Genehmigung	28
2. Bestandskraft der Genehmigung	29
3. Änderungen nach Erteilung der Genehmigung	30
a) Änderungen an der Anlage	30
b) Änderungen unabhängig von der Anlage	32



Abkürzungsverzeichnis

BauGB	Baugesetzbuch
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BImSchV	Bundesimmissionsschutzverordnung
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BNetzA	Bundesnetzagentur
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FFH	Flora-Fauna-Habitat
Hrsg	Herausgeber
JBWER	Jahrbuch Windenergierecht
LAG VSW	Länder-Arbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten
LAI	Länderausschuss für Immissionsschutz
LG	Landgericht
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
REE	Recht der Erneuerbaren Energien
TA Lärm	Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm
UmwRG	Umweltrechtsbehelfsgesetz
UVPG	Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

Einleitung

Die Realisierung von Windenergieanlagen an Land ist eine in vielfacher Hinsicht komplexe Aufgabe, die nicht zuletzt diverse Rechtsfragen aufwirft. Eine Fülle an Vorschriften und gerichtlichen Entscheidungen führt zu einer vielschichtigen Rechtslage, die es Projektentwicklern und Genehmigungsbehörden erschwert, den Überblick zu behalten.

Das vorliegende Hintergrundpapier soll hier Abhilfe schaffen und eine Orientierung für die Beteiligten bieten. Auf den folgenden Seiten werden deshalb die wichtigsten rechtlichen Zusammenhänge im Hinblick auf die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (onshore) in Deutschland dargestellt. Dabei orientiert sich die Darstellung an dem typischen Ablauf der Projektentwicklung: Beginnend mit der Phase vor dem Genehmigungsverfahren, das vor allem von der Flächenauswahl geprägt ist (Kapitel II.), gefolgt von der Phase des eigentlichen Genehmigungsverfahrens (Kapitel III.), und abschließend mit der Phase nach Genehmigungserhalt (Kapitel IV.). In allen drei Phasen sind verschiedene rechtliche Aspekte relevant, die über den Erfolg des gesamten Projekts entscheiden können.

I. Vor dem Genehmigungsverfahren: Flächenauswahl

Am Anfang der Projektentwicklung von Windenergieanlagen steht die Flächenauswahl. Hierbei spielen etliche Faktoren eine Rolle, die über die Eignung bestimmter Flächen entscheiden, allen voran die Windhöffigkeit des Standorts. In rechtlicher Hinsicht sind in dieser Phase vor allem zwei Themenkomplexe von zentraler Bedeutung: Die planungsrechtliche Flächeneignung (dazu sogleich 1.) sowie die privatrechtliche Flächensicherung (dazu unten 2.). Beide Themen sind juristisch durchaus komplex. Wer die rechtlichen Risiken allerdings konsequent berücksichtigt, der kann bereits in dieser Phase die Weichen für eine erfolgreiche Projektrealisierung stellen.

1. Planungsrechtliche Flächeneignung

Windenergieanlagen werden vornehmlich im so genannten „Außenbereich“, also außerhalb Gebieten mit Bebauungsplänen und zusammenhängend bebauten Ortsteilen, errichtet. Hier sind sie privilegiert zulässig, was freilich nicht bedeutet, dass sie überall im Außenbereich auch wirklich errichtet werden dürften (siehe a)). Darüber hinaus können Windenergieanlagen aber auch im so genannten überplanten Innenbereich zulässig sein, also dort, wo ein Bebauungsplan gilt. Dies gilt aber nur dann, wenn der entsprechende Bebauungsplan die Errichtung von Windenergieanlagen erlaubt (dazu unten b)).

a) Generelle Zulässigkeit im Außenbereich

Windenergieanlagen sind nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert. Anders als beispielsweise für die Errichtung einer Photovoltaikfreiflächenanlage („Solarpark“) ist deswegen für Windenergieanlagen kein Bebauungsplan erforderlich.

Windenergieanlagen sind nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert.

Was der Außenbereich ist, wird im deutschen Baurecht nur negativ definiert. Als dem Außenbereich zugehörig gelten demnach diejenigen Gebiete, die weder innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 Abs. 1 oder 2 BauGB, noch innerhalb der im Zu-

sammenhang bebauten Ortsteile im Sinne des § 34 BauGB liegen. Anders als die Formulierung „außen“ suggeriert, kommt es aber nicht darauf an, ob es sich um „freie Natur“, „stadtferne“ oder „einsame“ Gebiete handelt.¹ Im Gegenteil: Der Außenbereich beginnt mitunter unmittelbar an der Grenze eines Bebauungsplans und damit durchaus in direkter Nachbarschaft zu bebauten Gebieten.

Windenergieanlagen dürfen – grundsätzlich – überall dort errichtet werden, wo kein „Innenbereich“ ist, also kein Bebauungsplan gilt und auch keine zusammenhängende Bebauung vorhanden ist. Dies bedeutet nicht, dass Windenergieanlagen tatsächlich überall im Außenbereich erfolgreich errichtet werden könnten, weil einer Genehmigung die unterschiedlichsten Belange entgegenstehen können (zu den einzelnen entgegenstehenden Belangen ausführlich unter II. 3. a)).

Planungsrechtlich gibt es zwei Einschränkungen des Grundsatzes der Privilegierung im Außenbereich: Von erheblicher bundesweiter Bedeutung ist zunächst der bauplanungsrechtliche „Planvorbehalt“ in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, wonach die Ansiedlung von Windenergieanlagen im Wege der Regionalplanung und der kommunalen Flächennutzungsplanung gesteuert werden kann (dazu sogleich (1)). Zudem hatten die Bundesländer nach der so genannten „Länderöffnungsklausel“ in § 249 Abs. 3 BauGB bis Ende 2015 die Gelegenheit, die Privilegierung von der Einhaltung bestimmter Mindestabstände abhängig zu machen – eine Möglichkeit, von der nur der Freistaat Bayern Gebrauch gemacht hat (dazu unten (2)).

Planvorbehalt

Den praktisch wohl wichtigsten Anwendungsfall eines entgegenstehenden öffentlichen Belangs bildet der so genannte „Planvorbehalt“, der in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geregelt ist. Danach stehen öffentliche Belange dem Vorhaben „in der Regel“ auch dann entgegen, „wenn und soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist“. Hinter dieser etwas kryptischen Formulierung verbirgt sich ein praktisch wichtiges Instrument für Gemeinden und Regionalplanungsgemeinschaften: Sie haben aufgrund dieser Regelung die Möglichkeit, die räumliche Entwicklung der Windenergie durch Ausweisung entsprechender Gebiete zu steuern. Windenergieanlagen können so in bestimmten Gebieten konzentriert werden, während die anderen Gebiete von Windenergieanlagen freigehalten werden. So können die Behörden der vielfach beklagten „Verspargelung der Landschaft“ durch Windenergieanlagen entgegenwirken.

Es handelt sich dabei um ein Angebot des Gesetzgebers an die betroffenen Behörden: Ergreifen sie die eingeräumte Möglichkeit nicht (oder genügt die entsprechende Planung nicht den rechtlichen Mindestanforderungen²), so bleibt es bei dem Grundsatz, dass Windenergieanlagen generell im gesamten Außenbereich gemäß § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert zulässig sind.

Bei der Planung sind rechtliche Mindestanforderungen zu beachten, die die betroffenen Behörden praktisch vor erhebliche Probleme stellen. Nach der Rechtsprechung sind zwei wesentliche Aspekte zu beachten, die Voraussetzung dafür sind, dass der Plan die in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eingeräumte Negativwirkung entfalten kann. Dies ist zum einen das Gebot des „schlüssigen gesamträumlichen Plankonzepts“ sowie zum anderen das Gebot, der Windenergie substantiell Raum zu verschaffen – mit dem spiegelbildlichen Verbot der „Feigenblatt“-Planung.³

Der Darstellung einer Konzentrationszone für Windenergie muss also zunächst ein „schlüssiges gesamträumliches Plankonzept“ zugrunde liegen, das den gesamten Außenbereich erfasst. Damit ist es erforderlich, dass die planerische Entscheidung nachvollziehbar sein muss, und zwar sowohl hinsichtlich der Erwägungen, die zur (positiven) Auswei-

¹ *BVerwG*, Urteil vom 01. Dezember 1972 – IV C 6.71 ; seitdem ständige Rechtsprechung.

² *OVG Bautzen*, Urteil vom 19.07.2012 – 1 C 40.11.

³ So bereits: *BVerwG*, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01.

sung der Konzentrationsfläche geführt haben, als auch hinsichtlich der Erwägungen, die den Plangeber veranlasst haben, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten.⁴

Nach der Rechtsprechung hat die Ausarbeitung hierzu abschnittsweise zu erfolgen. Im ersten Schritt sind die so genannten „Tabuzonen“ zu ermitteln, die nicht für die Windenergie zur Verfügung stehen. Dabei ist wiederum zwischen „harten Tabuzonen“ und „weichen Tabuzonen“ zu unterscheiden.

Harte Tabuzonen sind solche Gebiete, die für die Windenergie „schlechthin“ nicht in Betracht kommen. Dort muss der Betrieb von Windenergieanlagen also ausgeschlossen sein. Solche Flächen sind einer planerischen Abwägung entzogen.⁵ Mit der Identifizierung harter Tabuzonen vollzieht der Planer letztlich nur das, was ohnehin schon der Fall ist: er identifiziert alle Flächen, die für die Windenergie schlechterdings nicht in Betracht kommen.

Ob eine harte Tabuzone gegeben ist, ist gleichwohl nicht immer eindeutig. Grundsätzlich können tatsächliche und rechtliche Gründe zu einer harten Tabuzone führen. Auf tatsächlicher Ebene scheiden insbesondere Flächen mit sehr geringer Windhöflichkeit aus. Zwar wäre es (theoretisch) möglich, auch hier Windenergieanlagen zu errichten; sie wirtschaftlich zu betreiben, ist allerdings ausgeschlossen, so dass es gerechtfertigt ist, solche Flächen als harte Tabuzonen von vornherein auszuschneiden. Ebenso sind solche Gebiete als harte Tabuzonen auszuschneiden, in denen Windenergieanlagen aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen sind. Generell ist allerdings Zurückhaltung geboten. Besiedelte Flächen dürfen als harte Tabuzonen behandelt werden. Ob und in welchem Ausmaß es gerechtfertigt ist, Mindestabstände um besiedelte Flächen als harte Tabuzonen zu behandeln, ist allerdings umstritten.⁶ Auch Naturschutz- und FFH-Gebiete können als harte Tabuzonen eingestuft werden.⁷ Dagegen ist die pauschale Behandlung von Waldflächen als harte Tabuzonen, die früher als unproblematisch angesehen wurde⁸, nach neuester Rechtsprechung unzulässig.⁹

Weiche Tabuzonen sind solche Flächen, auf denen die Errichtung von Windenergieanlagen nach dem Willen des Planungsträgers ausgeschlossen sein soll, obwohl dies aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen durchaus möglich wäre. Sie sind – anders als die harten Tabuzonen – einer planerischen Abwägung zugänglich. Dies bedeutet auch, dass sie disponibel sind. Insbesondere wenn ein Plangeber feststellt, dass nach Abzug aller weichen Tabuzonen kein substantieller Raum für die Windenergie verbleibt (zu den Anforderungen sogleich), kann und muss er die weichen Tabuzonen einer erneuten Prüfung unterziehen und für diese andere, restriktivere Kriterien anwenden.¹⁰

Bei der Frage, was als weiche Tabuzone gelten soll, hat der Plangeber, also die Kommune für den Flächennutzungsplan oder der jeweilige Träger der Regionalplanung, einen gewissen Spielraum. Praktisch bedeutsam sind vor allem Pufferzonen um Wohngebiete, die – aus Vorsorgegründen – über das hinausgehen, was nach den Maßstäben des Immissionsschutzrechts ohnehin an Mindestabständen einzuhalten ist. Ein solches Vorgehen ist rechtlich auch dann nicht zu beanstanden, wenn durch eine großzügige Einstufung der weichen Tabuzonen der Windenergie große Flächen entzogen werden. Denn es besteht keine Verpflichtung des Plangebers, das Plangebiet für Windenergie zu optimieren und deren Nutzung bis an die Grenze dessen zu ermöglichen, was anhand der Maßstäbe des Immissionsschutzrechts gerade noch zulässig ist.¹¹ Zwingend ist aber, dass der Plangeber weiche Tabukriterien einheitlich anwendet. Ansonsten wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet.

⁴ *BVerwG*, Urteil vom 13.03.2013 – 4 C 4.02.

⁵ *BVerwG*, Urteil vom 11.04.2013 – 4 CN 2.12.

⁶ *OVG Münster*, Urteil vom 01.07.2013 – 2 D 46.12.

⁷ *OVG Berlin/Brandenburg*, Urt. v. 24.2.2011 – 2 A 2.09.

⁸ *BVerwG*, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01.

⁹ *OVG Lüneburg*, Urteil vom 03.12.2015 – 12 KN 216.13.

¹⁰ *BVerwG*, Urteil vom 24.01.2008 – 4 CN 2.07.

¹¹ *BVerwG*, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01.

Ganz wichtig ist in diesem Zusammenhang zudem, dass sich der Plangeber den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen muss und dies in seiner planerischen Abwägung auch dokumentieren muss. Tut er dies nicht, ist der Plan bereits deshalb unwirksam.¹²

Als zweite Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung zwingend, dass der Plangeber der Windenergie durch die Planung „substantiellen Raum“ verschafft hat. Denn es würde der gesetzgeberischen Grundentscheidung, die Windenergie im Außenbereich zu privilegieren, zuwider laufen, wenn der Plangeber dies durch bloße Verhinderungsplanung („Feigenblatt-Planung“) außer Kraft setzen könnte.¹³

Hat der Plangeber also in einem ersten Schritt harte und weiche Tabukriterien definiert, muss er sie auf das gesamte Plangebiet anwenden, um daraus die Potenzialflächen zu ermitteln. Dies sind die Flächen, die ihm dann grundsätzlich für die Ausweisung von Vorrangflächen zur Verfügung stehen. Wenn der Plangeber nun feststellt, dass er in Anwendung seiner Kriterien der Windenergienutzung nicht substantiell Raum verschaffen kann, muss er die von ihm gewählten weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung und Bewertung unterziehen, um eine Vergrößerung der Potenzialflächen zu erreichen.¹⁴ Sind die Potenzialflächen hingegen größer als erforderlich, so kann der Plangeber die Nutzung durch Windenergie weiter einschränken, wenn dies durch hinreichend gewichtige städtebauliche Gründe gerechtfertigt ist.¹⁵

Weitgehend ungeklärt ist allerdings, wann tatsächlich substantieller Raum für die Windenergie besteht. Die Rechtsprechung hat früh betont, dass sich diese Frage nicht schematisch beantworten lässt, sondern einer wertenden Betrachtung zugänglich ist.¹⁶ Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts sind Größenangaben isoliert betrachtet als Kriterium jedenfalls ungeeignet.¹⁷ Auch das bloße Verhältnis von Potenzialflächen zu letztlich ausgewiesenen Vorrangflächen darf zwar nicht alleiniges Kriterium sein, hat aber nach der Rechtsprechung zumindest Indizwirkung.¹⁸ Ähnliches gilt für das Verhältnis von Stromerzeugung zu Strombedarf: Es ist grundsätzlich möglich, die durch die Ausweisung ermöglichte Stromerzeugung in das Verhältnis zu den vor Ort bestehenden Strombedarf für Privathaushalte zu setzen. Gleichwohl ist auch dies als ausschließliches Kriterium ungeeignet, weil dies dicht besiedelte Gebiete, in denen die Ausweisung von Konzentrationsflächen ohnehin schwieriger ist, benachteiligen würde.¹⁹

Angesichts dieser etwas sybillinisch anmutenden Rechtsprechung des BVerwG ist es nicht verwunderlich, dass die verschiedenen Instanzgerichte in Deutschland bei dem Versuch, der Anforderung des „substantiellen Raums“ im Einzelfall Leben einzuhauchen, unterschiedliche Wege gehen – und in der Folge auch zu sehr uneinheitlichen Ergebnissen kommen. Während beispielsweise der 3. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Kassel 2009 die Auffassung vertreten hat, dass bei einer Ausweisung von 1,38 Prozent der Gemeindefläche nicht substantieller Raum verschafft worden sei²⁰, ist der 6. Senat desselben Gerichts in demselben Jahr zu dem Ergebnis gelangt, dass in dem vom ihm zu entscheidenden Fall eine ausgewiesene Fläche von knapp einem Prozent noch ausreichend sei²¹. Das Oberverwaltungsgericht Magdeburg hat gar einen Anteil von 0,37 Prozent für noch substantiell erachtet.²²

Aus Sicht der Projektentwickler ist es wichtig zu wissen, dass es – anders als bei der Entscheidung über die immissionsschutzrechtliche Genehmigung eines einzelnen Vorhabens – auf planerischer Ebene weder einen subjektiven

¹² BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11.

¹³ BVerwG, B. v. 12.7.2006 – 4 B 49.06.

¹⁴ OVG Lüneburg, Urteil vom 03.12.2015 – 12 KN 216.13.

¹⁵ BVerwG, Urteil vom 17.12.2001 – 4 C 15.01.

¹⁶ BVerwG, Urteil vom 13.7.2006 – 4 C 2.05.

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01.

¹⁸ BVerwG, Beschluss vom 24.03.2015 – 4 BN 32.13.

¹⁹ BVerwG, Beschluss vom 12.05.2016 – 4 BN 49.15.

²⁰ VGH Kassel, Urteil vom 25.03.2009 – 3 C 594.08.

²¹ VGH Kassel, Urteil vom 17.06.2009 – 6 A 630.08.

²² OVG Magdeburg, Urteil vom 14.05.2009 – 2 L 255.06.

Anspruch auf Durchführung einer Planung noch auf ein bestimmtes Planergebnis gibt. Es ist insoweit nicht möglich, den Plangeber zu zwingen, eine Konzentrationszone an einer Stelle auszuweisen, die der Projektentwickler ins Auge gefasst hat und bereits gesichert hat. In einem solchen Fall kann der Projektentwickler lediglich versuchen, den gesamten Plan später im Wege der Normenkontrolle vor dem Oberverwaltungsgericht zu kippen.²³

Gleichwohl gibt es Beteiligungsmöglichkeiten sowohl auf regionalplanerischer Ebene als auch auf der Ebene des kommunalen Flächennutzungsplans. Jeder Projektentwickler ist insoweit gut beraten, sich in die Verfahren einzubringen und „seine“ Flächen zur Diskussion zu stellen. Häufig wird der Projektentwickler bezüglich bestimmter Standorte auch über einen Wissensvorsprung verfügen, an dem er den Plangeber beteiligen kann. Viele artenschutzrechtliche Bedenken, die sehr häufig auf planerischer Ebene geäußert werden, können nachhaltig entkräftet werden, wenn der Projektentwickler den Standort bereits auf bestimmte Arten hin untersuchen lassen.

Landesrechtliche Entprivilegierung

Nach § 249 Abs. 3 BauGB hatten die Bundesländer bis 31.12.2015 die Möglichkeit, durch ein Landesgesetz die Privilegierung für Windenergieanlagen im Außenbereich davon abhängig zu machen, dass die Anlagen einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten. Von dieser Vorschrift hat einzig der Freistaat Bayern Gebrauch gemacht, auf dessen Initiative die „Länderöffnungsklausel“ überhaupt erst in das BauGB aufgenommen worden war.

In Bayern gilt gemäß § 82 Abs. 1 BayBO nunmehr, dass Windenergieanlagen nur dann in den Genuss der bauplanungsrechtlichen Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB kommen, wenn sie einen Mindestabstand von „10 H“, also des Zehnfachen der Gesamthöhe der Windenergieanlage zu den meisten Formen der Wohnbebauung einhalten.²⁴ Wird dieser Abstand unterschritten, führt dies zur grundsätzlichen bauplanungsrechtlichen „Entprivilegierung“ der Windenergieanlagen.²⁵

Zwar verfügen die Gemeinden weiterhin über die Möglichkeit, Baurechte für Windenergieanlagen auch innerhalb des 10-H-Abstands im Wege der Bauleitplanung (zur generellen Möglichkeit sogleich b)) zu schaffen. Bislang sieht es allerdings nicht so aus, als ob die bayerischen Gemeinden von dieser Möglichkeit Gebrauch machen würden, was in erster Linie mit Akzeptanzproblemen begründet werden kann.

Obwohl die 10-H-Regelung faktisch dazu führt, dass die heute üblichen Windenergieanlagen mit ihrer Höhe von rund 200 Metern einen Mindestabstand von 2.000 Metern zur nächsten Wohnbebauung einhalten müssen und deswegen Windenergie in Bayern faktisch weitgehend ausgeschlossen ist, hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof die Regelung für noch verfassungskonform gehalten.²⁶

b) Zulässigkeit im Innenbereich

Die Privilegierung im Außenbereich schließt es nicht aus, Baurechte im Wege eines Bebauungsplans zu schaffen. Wenn ein solcher Bebauungsplan existiert, richtet sich die Zulässigkeit der Windenergieanlagen gemäß § 30 Abs. 1 BauGB ausschließlich nach dessen Vorgaben. Die Regelungen des § 35 BauGB für den Außenbereich finden dann keine Anwendung mehr.

²³ BVerwG, Urteil vom 26.04.2007 – 4 CN 3.06.

²⁴ Ausführlich zu der bayerischen 10-H-Regelung: *Helmes/Klöcker*, REE 2015, 81.

²⁵ VG Bayreuth, Beschluss vom 15.09.2015 – 2 K 15.141.

²⁶ BayVerfGH, Entscheidung vom 09.05.2016 – Vf. 14-VII.14, Vf. 3-VIII.15, Vf. 4-VIII.15.

Ein Bebauungsplan hat für die Gemeinde den Vorteil, dass er sehr detailgenaue Regelungen, also eine planerische „Feinsteuerung“, ermöglicht. So kann eine grundstücksscharfe Steuerung der Windenergieanlagen erreicht werden. Zudem ist es zulässig (und häufig einer der ganz wesentlichen Beweggründe für einen Bebauungsplan), Höhenbeschränkungen für Windenergieanlagen festzusetzen, laut § 16 Abs. 2 Nr. 4 BauGB, wenn und soweit dies von einer legitimen planerischen Zielsetzung der Gemeinde getragen ist. Auch immissionsschutzrechtliche Vorgaben, wie die Festsetzung eines flächenbezogenen Schalleistungspegels, also der von einer Anlage ausgehenden Schallentwicklung, sind auf diese Art und Weise möglich.²⁷ Unzulässig ist es hingegen, abstrakte Vorgaben zur maximalen Anlagenzahl im Plangebiet zu machen.²⁸

Konkret kann die ausdrückliche Festsetzung in einem Bebauungsplan vor allem als Sondergebiet mit der Zweckbestimmung Windenergienutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m. § 11 Abs. 2 BauNVO erfolgen. Die festgesetzten Baugrenzen müssen so bemessen sein, dass innerhalb einer abgegrenzten Fläche eine Anlage errichtet werden kann.²⁹ Dabei dürfen sowohl Baugrenzen für das Fundament als auch Baugrenzen für die vom Rotor überstrichene Fläche festgesetzt werden; der Plan muss aber insoweit erkennen lassen, wofür die Baugrenze konkret gelten soll.³⁰

Alternativ kann der Bebauungsplan auch einzelne Sonderbauflächen für Windenergieanlagen festsetzen und für die sonstigen Flächen eine andere Nutzung, beispielsweise Landwirtschaft, vorsehen.³¹ Als zweite Darstellungsform kommt für Windenergieanlagen, die der öffentlichen Versorgung dienen, auch die Festsetzung von Versorgungsflächen im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB in Betracht. Hierfür muss die Anlage dazu dienen, die örtliche oder auch überörtliche Bevölkerung mit Strom zu versorgen.

Auch ohne ausdrückliche Festsetzung können Windenergieanlagen in Gebieten, für die ein Bebauungsplan gilt, zulässig sein. So kann eine Windenergieanlage in einem förmlich festgesetzten Industriegebiet eine zulässige bauliche Nutzung darstellen.³² Hier kommt es freilich auf den Einzelfall an.

2. Flächensicherung

Erweist sich eine Fläche als grundsätzlich geeignet, so ist der Windparkprojektierer gleichwohl nicht ohne weiteres berechtigt, diese Fläche auch tatsächlich zu nutzen. Vielmehr muss er sich ein privatrechtliches Recht zu Nutzung verschaffen. Dies erfolgt in aller Regel durch Vereinbarungen mit den Grundstückseigentümern (dazu sogleich a)). In Ausnahmefällen gibt es aber auch Möglichkeiten, Zugriff auf Grundstücke ohne oder sogar gegen den Willen des Eigentümers zu erhalten (dazu unten b)).

a) Vereinbarungen mit dem Grundstückseigentümer

Die Einigung mit den Eigentümern aller Grundstücke, die für die Errichtung und den Betrieb der geplanten Windenergieanlagen erforderlich sind, ist ein entscheidender Schritt bei der Planung eines Windparks. In den meisten Fällen müssen für einen Windpark mit einigen wenigen Windenergieanlagen bereits eine Vielzahl von Grundstücksflächen gesichert und dementsprechend Einigungen mit einer Vielzahl von Eigentümern erzielt werden. Dies hat seine Ursache unter anderem in dem Umstand, dass nicht nur das konkrete Grundstück, auf dem die jeweilige Windenergieanlage steht und betrieben wird, ein Nutzungsrecht des Anlagenbetreibers erfordert. Vielmehr benötigt der Betreiber der Anlage etwa auch die Berechtigung desjenigen Eigentümers, über dessen Luftraum die Rotoren kreisen, oder auf dessen Grundbesitz sich die gesetzlich vorgesehene Mindestabstandsfläche zur nächsten Bebauung er-

²⁷ OVG Münster, Urteil vom 14.04.2011 – 8 A 320.09.

²⁸ OVG Koblenz, Urteil vom 21.01.2011 – 8 C 10850.10.

²⁹ BVerwG, Urteil vom 21.10.2004 – 4 C 3.04.

³⁰ BVerwG, Urteil vom 21.10.2004 – 4 C 3.04.

³¹ OVG Berlin/Brandenburg, Urteil vom 26.11.2010 – 2 A 32.08.

³² OVG Lüneburg, Urteil vom 25.06.2015 – 12 LC 230.14.

streckt. Des Weiteren ist er für die Einspeisung seines Stroms in das Netz der allgemeinen Versorgung verantwortlich und hat insofern den gesamten Leitungsverlauf von seiner Anlage bis zum nächsten Netzanschlusspunkt, der durchaus etliche Kilometer vom Standort der Windenergieanlage entfernt sein kann, rechtlich abzusichern. Üblicher Weise werden bei der Errichtung eines Windparks Grundstücke für die folgenden Nutzungen benötigt:

- Errichtung und Betrieb – sowie ggfs. Ersetzung – der Windenergieanlagen, nebst Nebenanlagen wie Kranstell- und Montageflächen, Wegen und elektrischen Leitungen;
- Recht zum Rotorüberstrich und zur Freihaltung als Abstandsfläche;
- Nutzung als Wegegrundstücke von der Windenergieanlage bis zur nächsten öffentlichen Straße;
- Verlegung der Kabel von der Anlage bis zum Netzanschlusspunkt;
- Errichtung/Betrieb einer Übergabestation/eines Umspannwerkes für den Netzanschluss, sowie
- Durchführung von durch die Behörde angeordneten Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen.

Ohne entsprechende Vereinbarungen mit den Eigentümern ist dem Anlagenbetreiber eine Nutzung der erforderlichen Flächen grundsätzlich nicht möglich. Es ist insofern üblich, die Nutzungsrechte auf doppeltem Wege abzusichern, zum einen durch schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Eigentümer in Form eines Nutzungsvertrages (dazu sogleich (1)) und zum anderen durch Bestellung eines dinglichen Rechts – zumeist einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – zugunsten des Betreibers durch den Eigentümer und der Eintragung dieses Rechts im Grundbuch (dazu unten (2)). In Bezug auf diese rechtliche Sicherung gibt es verschiedene Anforderungen, die beachtet werden sollten, um rechtliche Klippen zu umschiffen und einen langfristigen Betrieb der Windenergieanlagen zu gewährleisten.

Abschluss von Nutzungsverträgen

Der Erwerb von Grundstücken zum Zwecke der Nutzung als Windkraftfläche ist in Deutschland unüblich. Die Lebensdauer einer Windenergieanlage ist trotz einer erwarteten Laufzeit von mehreren Jahrzehnten gleichwohl begrenzt, so dass sich ein Erwerb der Grundstücke in den meisten Fällen als wirtschaftlich wenig sinnvoll darstellt. Weitaus verbreiteter und allgemein gängige Praxis ist deswegen der Abschluss von Nutzungsverträgen mit den jeweiligen Eigentümern, durch die dem Windparkbetreiber langjährige Nutzungsrechte gewährt werden. Die besagten Nutzungsverträge, die rechtlich als Grundstücksmietverträge oder Pachtverträge einzuordnen sind, sollten unbedingt einige wesentliche Kernpunkte regeln. Dabei handelt es sich insbesondere um die folgenden Themen:

- Vertragslaufzeit: Die Vertragsdauer sollte ausdrücklich festgelegt und auf eine bestimmte Zeit begrenzt sein, um eine vorzeitige Kündbarkeit des Vertrages durch den Grundstückseigentümer auszuschließen. Empfehlenswert sind 20 Jahre ab Inbetriebnahme der vertragsgegenständlichen Windenergieanlage, inklusive der Option, diese Laufzeit zumindest einmalig um weitere fünf Jahre zu verlängern. Bei unbefristeten Nutzungsverträgen hat der Eigentümer das gesetzliche Recht, den Vertrag jederzeitig ordentlich zu kündigen. Dies gilt es durch die Laufzeitbegrenzung auszuschließen.
- Höhe und Fälligkeit des Nutzungsentgeltes.
- Nutzungsart: Der zeitlich befristete Nutzungsvertrag erfordert eine schriftliche Einigung der Vertragsparteien über alle wesentlichen Vertragsinhalte und damit insbesondere auch über die genaue Art der Grundstücksnutzung. Weil im Stadium der Flächensicherung der genaue Standort des Windparks in seinen Einzelheiten oft noch nicht feststeht oder sich nach Unterzeichnung des Vertrages noch verschieben kann, ist

es üblich zu vereinbaren, dass dem Vertrag im Nachhinein durch die Parteien als Anlage ein die genaue Nutzung darstellender Lageplan beigelegt wird.

- Verpflichtung zur dinglichen Sicherung: im Vertragswerk sollte sich der Grundstückseigentümer verpflichten, die erforderliche dingliche Sicherung zugunsten des Anlagenbetreibers zu bestellen. Im Regelfall wird es sich hierbei um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit sowie eine Vormerkung für einen für den Betreiber in den Vertrag eintretenden Dritten und/oder für die den Windpark finanzierende Bank handeln (siehe unten (2)). Ein Sonderfall ist die Nutzung des vertragsgegenständlichen Grundbesitzes als Abstandsfläche. Diesbezüglich variieren die Vorschriften der einzelnen Bundesländer. Zumeist ist in den Landesbauordnungen jedoch eine Sicherung der Abstandsflächen durch Eintragung von Baulasten in das öffentlich-rechtliche Baulastenverzeichnis und keine grundbuchliche Sicherung vorgesehen.
- Löschung der dinglichen Rechte nur in ausgewählten Fällen: Wenn der Windpark abgebaut wird und der Vertrag endet, besteht grundsätzlich kein Bedürfnis mehr an einer dinglichen Sicherung, und der Anlagenbetreiber kann die Löschung der eingetragenen Dienstbarkeit und Vormerkung(en) bewilligen. Ein genau entgegengesetztes Interesse hat der Betreiber jedoch im Falle der Ausübung von bestimmten gesetzlichen Sonderkündigungsrechten, wie z.B. dem Kündigungsrecht nach § 57a ZVG für den Fall des Grundstückserwerbs durch einen Dritten aufgrund Zwangsversteigerung der Fläche. Der Betreiber hat in diesem Fall bei Fortbestand der ihm gewährten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit trotz Wegfall des Nutzungsvertrages weiterhin ein Nutzungsrecht für das betroffene Grundstück. Daher ist es wichtig, die Löschung der bestellten Dienstbarkeiten/Vormerkungen ausdrücklich auf Fälle der Beendigung des Nutzungsvertrages aufgrund Zeitablaufs, Stilllegung und Abbau der Anlage(n), wiederholten Zahlungsverzuges oder ähnlicher im Machtbereich des Betreibers liegender Gründe, zu beschränken.
- Unbedingte Rückbauverpflichtung des Anlagenbetreibers: Es muss vermieden werden, dass die mit dem Grund und Boden fest verbundene Windenergieanlage aufgrund gesetzlicher Vorschriften (§ 95 BGB) als wesentlicher Bestandteil des Grundstückes selbst anzusehen ist und damit in das Eigentum des Flächeninhabers übergeht. Um dies auszuschließen, muss durch die vertraglichen Regelungen deutlich werden, dass die Anlage nur zu einem *vorübergehenden Zweck* errichtet wird und nach dem Willen der Vertragsparteien nicht auf Dauer auf dem Grundbesitz verbleiben soll. Dies erreicht man durch die unbedingte Verpflichtung des Betreibers, seine Anlage(n) nach Beendigung des zeitlich befristeten Vertrages in ihrer Gänze abzubauen und vollständig vom Grundstück zu entfernen.
- Zustimmung zur Übertragung des Nutzungsvertrages: Für eine Übertragung des Vertrages durch den Anlagenbetreiber auf einen Dritten bedarf es aus Gründen des Gläubigerschutzes stets der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Diese kann und sollte der Eigentümer dem Betreiber für zukünftige Übertragungen bereits explizit im Nutzungsvertrag erteilen.
- Bankenklauseln: Sofern die Errichtung des Windparkprojektes von einem externen Kreditinstitut finanziert wird, wird dieses zumeist die Aufnahme einer Reihe von Regelungen in den Nutzungsvertrag verlangen, die sowohl ihre Gläubigerposition als auch das Windparkprojekt als etwaiges Sicherungsmittel schützen, wie z.B. ein Vertragseintrittsrecht bei Ausfall des Anlagenbetreibers, die Verpflichtung des Eigentümers im Falle einer Veräußerung seines Grundbesitzes, den Nutzungsvertrag ausdrücklich mit allen Rechten und – insbesondere – Pflichten auf den Erwerber zu übertragen, oder den Verzicht des Eigentümers auf ein ihm gemäß § 562 BGB zustehendes Vermieter- bzw. Verpächterpfandrecht.
- Zustimmung landwirtschaftlicher Pächter: Bei den für die Errichtung des Windparks erforderlichen Flächen handelt es sich oftmals um landwirtschaftlich genutztes Eigentum. Falls eine andere Person als der Eigentümer die Vertragsfläche auf der Grundlage von ihm durch den Eigentümer eingeräumten Nutzungsrech-

ten bewirtschaftet, sollte von diesem Pächter die Zustimmung zur vertragsgegenständlichen Nutzung durch den Anlagenbetreiber eingeholt werden.

Dingliche Sicherung

Neben dem Abschluss eines Nutzungsvertrages wird für das Nutzungsrecht am jeweiligen Grundstück in den allermeisten Fällen eine zusätzliche dingliche Sicherung der Rechte des Anlagenbetreibers, zumeist in der Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB nebst Vormerkung(en), vorgenommen.

Hierbei sichert die Dienstbarkeit das Nutzungsrecht des Anlagenbetreibers selbst, die Vormerkung den Anspruch der finanzierenden Bank bzw. eines anderen in den Nutzungsvertrag eintretenden Dritten auf Bestellung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit, ab. Die Sicherungskonzepte variieren ungeachtet dieses Grundmodells von Projekt zu Projekt, so wird zum Teil für die finanzierende Bank statt einer Vormerkung auch gleich eine aufschiebende bedingte beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen, oder aber es werden zwei eigenständige Vormerkungen – eine für die Bank und eine für einen etwaigen in den Vertrag eintretenden Dritten – bestellt.

Bei der Beantragung und Bewilligung der Rechte empfiehlt es sich, darauf zu achten, dass diese möglichst im Vorrang zu etwaigen anderen im Grundbuch eingetragenen Belastungen des jeweiligen Grundstücks eingetragen werden. Dies dient dem Zweck, dem Wegfall der eigenen Rechte im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks oder etwaigen Unterlassungsansprüchen anderer im Vorrang eingetragener Rechteinhaber vorzubeugen. Die Rechte sollten gleichwohl unverzüglich nach Bewilligung zunächst an rangbereiter Stelle eingetragen werden, um zumindest die aktuell verfügbare Rangstelle im Grundbuch zu wahren. Da beschränkte persönliche Dienstbarkeiten im Gegensatz zu anderen dinglichen Rechten gemäß § 1092 BGB grundsätzlich nicht übertragbar sind – mit einer wichtigen Ausnahme bei Dienstbarkeiten für Kabelrechte – ist in die Bestellsurkunde auch die Gestattung der Ausübung der Dienstbarkeit durch Dritte aufzunehmen. Um den unter (1) angesprochenen gesetzlichen Eigentumsübergang auf den Grundstücksinhaber (s.o., unter *Unbedingte Rückbauverpflichtung des Anlagenbetreibers*) mit Sicherheit auszuschließen, sollte jedenfalls für das Standortgrundstück, auf dem die Windenergieanlage errichtet werden soll, die Dienstbarkeit nebst Vormerkung bereits vor Baubeginn eingetragen sein. Die gesetzlichen Regelungen greifen nämlich gemäß § 95 Abs. 1 S. 2 BGB nicht, wenn die Anlage „in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden wird“. Das bedeutet, dass eine Windenergieanlage in diesem Fall nur zum Scheinbestandteil des Grundstücks wird und deswegen auch nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergeht. Für diese Verbindung mit dem Grundstück in Ausübung eines dinglichen Rechts, genügt es nach herrschender Meinung sogar bereits, wenn zumindest der Antrag auf Eintragung dieses Rechts nachweislich vor Baubeginn beim zuständigen Grundbuchamt eingegangen ist.³³

b) Zugriff auf Flächen ohne Einigung mit dem Eigentümer

Kommt es zu keiner Einigung mit dem Grundstückseigentümer, so ist dies regelmäßig bereits das „Aus“ für die Windenergieprojektierung an diesem Standort. Allerdings besteht durchaus die Möglichkeit, auch ohne den Willen des betroffenen Eigentümers auf das Grundstück zuzugreifen und dort Windenergieanlagen zu errichten. Hierfür sieht § 45 Abs. 1 Nr. 2 EnWG die Möglichkeit einer Enteignung zugunsten von Windenergieanlagen vor: Nach dieser Vorschrift ist es grundsätzlich zulässig, Grundstücke für „Vorhaben zum Zwecke der Energieversorgung“ auch gegen den Willen des Eigentümers in Anspruch zu nehmen. Windenergieanlagen gehören zu diesen Vorhaben.³⁴

Dabei ist die „Enteignung“ in ihrer Wirkung nicht so martialisch, wie der Begriff vermuten lässt. Regelmäßig geht es dabei nicht um den vollständigen Entzug des Eigentums, sondern um die Eintragung einer beschränkt persönlichen

³³ So bereits *BGH*, Urteil vom 12.04.1961 – VIII ZR 66.60.

³⁴ *BGH*, Urt. v. 12.3.2015 – III ZR 36/14.

Dienstbarkeit für die Inanspruchnahme des Grundstücks. Das Eigentum an dem Grundstück steht dabei nicht zur Disposition.

Die Anforderungen an eine solche Enteignung sind allerdings angesichts des damit verbundenen Eingriffs in die Grundrechte des Eigentümers hoch. Faktisch wird die Enteignung deswegen nur ausnahmsweise wirklich eine realistische Variante sein. Die vermutlich wichtigere Funktion dieses Rechtsinstituts ist ihr „Drohpotenzial“. Allein der Umstand, dass die Enteignung einen (letzten) Ausweg bietet, wenn ein Projekt an ganz grundsätzlich fehlender Einigungsbereitschaft einzelner Grundstückseigentümer zu scheitern droht, dürfte den Willen der Beteiligten zu einer einvernehmlichen Lösung befördern.³⁵

Soweit es um die bloß temporäre Inanspruchnahme von Grundstücken, beispielsweise für den Baustellenverkehr geht, existieren verschiedene rechtliche Möglichkeiten, um eine Inanspruchnahme gegen den Willen der Eigentümer durchzusetzen. So besteht regelmäßig ein Notwegerecht nach § 917 BGB mit entsprechender Duldungspflicht. Handelt es sich um kommunale (Wirtschafts-)Wege, wird teilweise auch vertreten, dass ein unmittelbar aus dem Eigentumsgrundrecht herzuleitender öffentlich-rechtlicher Nutzungsanspruch bestehe.³⁶ Wenn „windkraftkritische“ Anwohner unmittelbar neben den benötigten Wegen Hindernisse anbringen, so liegt darin ein Verstoß gegen das Schikaneverbot des § 226 BGB, so dass der Anlagenbetreiber ein Recht auf Beseitigung hat.³⁷

II. Das Genehmigungsverfahren

Zentraler Baustein der Projektentwicklung ist die Erlangung der für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlagen erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen. Die wichtigste (wenn auch in vielen Fällen nicht einzige) Genehmigung ist die immissionsrechtliche Errichtungs- und Betriebsgenehmigung nach dem BImSchG. Denn Windenergieanlagen sind im Normalfall immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig: Solche Windenergieanlagen, die eine Gesamthöhe von mehr als 50 Metern haben, unterliegen der Genehmigungspflicht nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz, § 4 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, § 1 der 4. BImSchV, Nr. 1.6 des Anhang 1 zur 4. BImSchV. Lediglich Kleinwindanlagen mit einer geringeren Gesamthöhe sind von der Genehmigungspflicht befreit; für sie ist gegebenenfalls aber eine Baugenehmigung nach der jeweiligen Landesbauordnung einzuholen.

1. Grundsätzliches zur Genehmigung

Das Vorliegen einer vollziehbaren immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist Voraussetzung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage. Sie ist damit ein ganz zentraler Meilenstein in der Projektentwicklung von Windenergieanlagen. In Zukunft wird die Bedeutung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zusätzlich noch einmal steigen, weil im neuen Ausschreibungssystem nach dem EEG 2017 das Vorliegen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur grundsätzlichen Voraussetzung für die Teilnahme an der Ausschreibung bei der BNetzA ist, § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017.

Das deutsche Immissionsschutzrecht sieht in § 6 Abs. 1 BImSchG insoweit ein so genanntes „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ vor, was bedeutet, dass einerseits Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen ohne Genehmigung grundsätzlich unzulässig sind. Andererseits – und dies ist im internationalen Vergleich keine Selbstverständlichkeit – besteht ein „gebundener Anspruch“ auf Erteilung der Genehmigung, wenn die Voraussetzungen erfüllt werden. Dies bedeutet, dass die Genehmigungsbehörde auf Antrag eine entsprechende Genehmigung erteilen muss – Raum für Ermessensausübungen oder Abwägungsentscheidungen gibt es dann nicht mehr.

³⁵ Zu den Auswirkungen des Urteils: *Helmes*, NVwZ 2015, 915.

³⁶ *VG Mainz*, Beschluss vom 22.07.2016 – 3 L 648.16.

³⁷ *LG Landshut*, Urteil vom 25.03.2013 – 54 O 756.13.

Welche Behörde konkret für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen zuständig ist, unterscheidet sich von Bundesland zu Bundesland. In der Regel sind dies die Kreise und kreisfreien Städte (z.B. in Bayern und Nordrhein-Westfalen) oder unmittelbare Landesbehörden (z.B. in Brandenburg).

In praktischer Hinsicht sollte man diesen Aspekt allerdings nicht überbewerten. Angesichts der Vielzahl zu prüfender rechtlicher Vorgaben, die die Windenergieanlage einzuhalten hat, kommt den Behörden – trotz des gebundenen Anspruchs – faktisch durchaus eine gewisse „Gestaltungsfreiheit“ im Rahmen der Entscheidung zu. Dies wird dadurch verstärkt, dass verschiedene Fragen, die die Genehmigungsbehörde und die beteiligten Fachbehörden im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu klären haben, nach der Rechtsprechung nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen, so dass hier nur evidente Fehler der Behörden gerichtlich gerügt werden können. Dies gilt beispielsweise in naturschutzfachlicher Hinsicht³⁸ oder im Bereich der Luftsicherheit³⁹.

Grundsätzlich ist die Behörde verpflichtet, bei Aspekten, die der Genehmigung entgegenstehen, vor einer Ablehnung zu prüfen, ob die Genehmigungsfähigkeit nicht durch die Aufnahme einschränkender Nebenbestimmungen im Sinne des § 36 Abs. 2 VwVfG erreicht werden kann. Die Anordnung umfangreicher Nebenbestimmungen ist angesichts der komplexen Auswirkungen von Windenergieanlagen alles andere als eine Ausnahme. Die Nebenbestimmungen sind vielgestaltiger Art; typische Beispiele sind nächtliche Betriebsbeschränkungen aus Gründen des Lärmschutzes oder die Anordnung naturschutzrechtlicher Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen.

Ein weiterer wichtiger Aspekt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist ihre Konzentrationswirkung, § 13 BImSchG: Sonstige Zulassungen sind für das Vorhaben nicht erforderlich. Dies bedeutet auch, dass die Genehmigungsbehörde die materiellen Voraussetzungen der sonstigen Zulassungen in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung prüft (und hierzu die jeweils zuständigen Fachbehörden beteiligt). Bestimmte Zulassungen, etwa im wasserrechtlichen Bereich, sind aber wiederum davon nicht erfasst, das heißt, dass der Vorhabenträger sie zusätzlich einholen muss.

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls von Bedeutung, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zwar für die Windenergieanlage und ihre erforderlichen Nebenanlagen gilt, § 1 Abs. 4 der 4. BImSchV. Dies bedeutet aber wiederum nicht, dass alles, was zur Errichtung und zum Betrieb der Anlage erforderlich wäre, auch automatisch von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erfasst wäre. Nur für die Errichtungsphase erforderliche Eingriffe in die Natur, wie z.B. Waldrodungen, sind nicht Bestandteil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Auch die Zuzugung als solche ist regelmäßig nicht mitgenehmigt. Ganz wichtig ist zudem, dass die Kabeltrasse für den Anschluss an das Netz der allgemeinen Versorgung nicht Gegenstand der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist.

2. Zum Genehmigungsverfahren

Grundsätzlich ist immissionsschutzrechtlich jede Windenergieanlage einzeln zu genehmigen, die frühere „Windfarm“-Genehmigung gibt es in dieser Form nicht mehr. Es ist aber möglich (und regelmäßig auch geboten), die Genehmigungsanträge und -verfahren für mehrere parallel zu errichtende Windenergieanlagen zusammenzufassen. Die Anzahl der insgesamt zu genehmigenden (oder bereits in der näheren Umgebung errichteten oder zumindest genehmigten) Anlagen bestimmt, ob und gegebenenfalls welche Art der Umweltverträglichkeitsprüfung sowie welche Art des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens durchzuführen ist.

³⁸ BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11.

³⁹ BVerwG, Urteil vom 07.04.2016 – 4 C 1.15.

a) Einleitung des Verfahrens

Das Verfahren beginnt formell mit der Antragstellung. In der Praxis üblich und unbedingt zu empfehlen ist es aber, bereits vor Antragstellung ein Beratungsgespräch mit der Genehmigungsbehörde zu führen, in dem die wesentlichen Antragsinhalte und die beizubringenden Unterlagen besprochen werden sollten.

Die Genehmigungsbehörde muss den Eingang des Antrags bestätigen und die Unterlagen auf Vollständigkeit prüfen. Sind die Unterlagen unvollständig, muss die Genehmigungsbehörde den Antragsteller unverzüglich auffordern, die fehlenden Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen. Ansonsten soll sie die Vollständigkeit der Unterlagen bestätigen.

Die Anforderungen an einen vollständigen Genehmigungsantrag ergeben sich vor allem aus §§ 3-5 der 9. BImSchV. Im Grundsatz muss der Antrag alle Angaben und Unterlagen enthalten, die für die Behörde die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen benötigt. Welche Unterlagen insoweit erforderlich sind, kann je nach Anlage und Standort aber durchaus variieren. Regelmäßige Mindestbestandteile eines Antrags für eine Windenergieanlage sind:

- ausgefülltes Antragsformular,
- Beschreibung des Vorhabens (Kurzbeschreibung, Anlagenbeschreibung und Standortbeschreibung),
- zum Anlagenbetrieb erforderliche technische Unterlagen (z.B. zur Steuerungstechnik),
- Kartenmaterial zum Standort,
- Bauunterlagen (z.B. Katasterplan; Standsicherheitsnachweis),
- Angaben zu anfallenden Abfällen und zu wassergefährdenden Stoffen,
- Fachgutachten (Schall, Schatten, Landschaftspflegerischer Begleitplan etc.).

b) Verfahrensarten

Es gibt zwei unterschiedliche Verfahren, die zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung führen können: das einfache und das förmliche Verfahren. Die Durchführung eines förmlichen Verfahrens (§ 4 BImSchG) ist obligatorisch, wenn sich der Genehmigungsantrag auf zwanzig oder mehr Windenergieanlagen bezieht (Nummer 1.6.1 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV) oder wenn aus anderen Gründen eine Umweltverträglichkeitsprüfung (dazu unten c) durchzuführen ist, § 1 Abs. 2 der 9. BImSchV. Darüber hinaus kann ein Antragsteller auch freiwillig einen Antrag auf Durchführung eines förmlichen Verfahrens stellen, § 19 Abs. 3 BImSchG.

Das vereinfachte Verfahren gemäß § 19 BImSchG ist dementsprechend durchzuführen, wenn die angestrebte Genehmigung sich auf weniger als zwanzig Anlagen bezieht, keine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden muss und der Antragsteller nicht freiwillig die Durchführung eines förmlichen Verfahrens beantragt hat. Dieses Verwaltungsverfahren „light“ hat seine Vorteile, weil es weniger (zeit-)aufwändig ist und der Gegenwind aus der Bevölkerung erfahrungsgemäß geringer ist. Gleichwohl hat das vereinfachte Verfahren auch einen erheblichen Nachteil, den jeder Antragsteller kennen sollte: Anders als beim förmlichen Verfahren, bei dem die Genehmigung am Ende öffentlich bekannt gemacht wird, beginnt die Rechtsbehelfsfrist für betroffene Dritte wie Nachbarn gar nicht zu

laufen, wenn die Genehmigung erlassen wird. Es drohen deswegen über einen viel längeren Zeitraum hinweg Klagen gegen eine solche Genehmigung (ausführlich dazu IV 2.)⁴⁰.

Ein weiterer Vorteil des förmlichen Verfahrens, auf den sich die Genehmigungsinhaber und die Genehmigungsbehörden in der Vergangenheit berufen konnten, war die Präklusion. Danach konnten Dritte, die es versäumt hatten, im förmlichen Verwaltungsverfahren rechtzeitig Einwendungen zu erheben, bereits aus formellen Gründen nicht mehr gegen die Genehmigung klagen. Dieser Rechtsgrundsatz, der bislang prägend für das deutsche Immissionschutzrecht gewesen ist und sich immer noch im Gesetz findet (§ 10 Abs. 6 BImSchG), verstößt jedoch gegen die europarechtlichen Vorgaben⁴¹ und ist deswegen dann nicht mehr anwendbar, wenn es sich um Vorhaben handelt, die einer Umweltverträglichkeits(vor)prüfung bedürfen⁴².

Das vereinfachte Verfahren ist – wie der Name vermuten lässt – weniger aufwändig als das förmliche Verfahren, weil nach § 19 Abs. 1 BImSchG verschiedene zwingende Verfahrensvorschriften, die für das förmliche Verfahren gelten, für unanwendbar erklärt werden. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Verfahrensarten ist die Öffentlichkeitsbeteiligung. Während das vereinfachte Verfahren keine Öffentlichkeitsbeteiligung vorsieht und sich quasi zwischen Antragsteller und Genehmigungsbehörde (sowie den beteiligten Fachbehörden) abspielt, ist die Öffentlichkeitsbeteiligung zwingender Bestandteil des förmlichen Verfahrens. Das vereinfachte Verfahren ist somit quasi „behördenintern“: Beteiligt sind nur der Antragsteller, die Genehmigungsbehörde und die von ihr konsultierten Fachbehörden.

Das förmliche Verfahren ist hingegen von der Beteiligung der Öffentlichkeit geprägt. Im Rahmen des förmlichen Verfahrens ist das Vorhaben öffentlich bekannt zu machen, wenn die Antragsunterlagen vollständig sind. Danach sind der Antrag und die zugehörigen Unterlagen für die Dauer eines Monats öffentlich auszulegen. Außerdem muss eine vom Antragsteller angefertigte Kurzbeschreibung ausgelegt werden, die für Laien verständlich ist, § 4 Abs. 3 S. 1 der 9. BImSchV. Dies geschieht in der Gemeinde, in der die Windenergieanlagen errichtet werden sollen und in den Räumen der Genehmigungsbehörde. Darüber hinaus gehen mehr und mehr Bundesländer dazu über, die Unterlagen auch ins Internet zu stellen.

Interessierte Bürger haben bis zwei Wochen nach Ende der Auslegungsfrist die Möglichkeit, Einwendungen zu erheben. Nach Ablauf dieser Frist entscheidet die Genehmigungsbehörde, ob ein Erörterungstermin durchgeführt wird, § 10 Abs. 6 BImSchG. Zweck eines Erörterungstermins ist es vor allem, die rechtzeitig erhobenen Einwendungen zu erörtern, soweit sie für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen relevant sind, § 14 der 9. BImSchV. Der Erörterungstermin, der von der Behörde geleitet wird, ist in praktischer Hinsicht extrem wichtig. Inhalt und Zweck der Veranstaltung lassen sich leicht zusammenfassen: In solchen Termin haben die Einwender die Gelegenheit, ihre Einwendungen zu erläutern. Sonstige Teilnehmer, die keine Einwendungen erhoben haben, dürfen zwar teilnehmen, haben aber streng genommen kein Rederecht (wenngleich dies in der Praxis meist großzügig übersehen wird). Der Antragsteller hat die Gelegenheit, auf die Einlassungen der Teilnehmer hin seine Sicht der Dinge darzustellen. Letztlich dient der Termin dazu, der Behörde bestmögliche Kenntnis über (tatsächliche oder vermeintliche) Probleme zu verschaffen. Die Behörde soll die verschiedenen Auffassungen kennen und bei ihrer Entscheidung zugrunde legen können. Eine weitergehende Funktion hat der Erörterungstermin – rechtlich betrachtet – jedoch nicht. Es wird dort nicht nur keine endgültige Entscheidung der Behörde getroffen, auch finden keine „Verhandlungen“ zwischen Einwendern und Antragsteller über das Vorhaben statt.

Die Erfahrung zeigt, dass Teilnehmer häufig mit falschen Erwartungen zu einer solchen Veranstaltung kommen. Insoweit hängt der Erfolg eines Erörterungstermins, der ja im Idealfall auch eine befriedende Funktion haben kann, von einer souveränen Leitung ab.

⁴⁰ S. dazu auch: v. *Tettau*, DFBEW, Hintergrundpapier „Widersprüche und Klagen bei Windenergieprojekten in Deutschland“, Mai 2015.

⁴¹ *EUGH*, Urteil vom 15.10.2015 – C-137/14.

⁴² *OVG Münster*, Beschluss vom 31.06.2016 – 8 B 1341.15.

c) Die Umweltverträglichkeitsprüfung

Im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens kann es erforderlich sein, eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen. Grundsätzlich dient die Umweltverträglichkeitsprüfung dazu, die Auswirkungen des Vorhabens auf die umweltbezogenen Schutzgüter (Menschen, Tiere, Pflanzen, Boden, Wasser, Luft, Klima, Landschaft, Kultur- und sonstige Sachgüter) zu ermitteln, zu beschreiben und zu bewerten, § 1 UVPG.

Die Umweltverträglichkeitsprüfung ist kein eigenständiges Verfahren, sondern unselbstständiger Bestandteil des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Auch gehen mit ihr in materiell-rechtlicher Hinsicht keine eigenständigen Anforderungen einher; in der Umweltverträglichkeitsprüfung wird lediglich geprüft, was rechtlich ohnehin zwingend ist. Gleichwohl ist ihre Bedeutung nicht zu unterschätzen. Zunächst führt die Notwendigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung in verfahrensrechtlicher Hinsicht zwingend dazu, dass ein förmliches immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen ist. Außerdem geht mit ihr faktisch natürlich auch einher, dass viele Informationen zutage treten, die ansonsten eventuell übersehen worden wären. Schließlich bestehen im Hinblick auf die Umweltverträglichkeitsprüfung erweiterte Klagerechte für Nachbarn und Umweltverbände. Sie können sowohl Fehler bei der Auswahl des Verfahrens als auch Zweifel an der inhaltlichen Nachvollziehbarkeit der behördlichen Prüfung rügen.

Die Umweltverträglichkeitsprüfung ist – trotz der Mitwirkungspflicht des Antragstellers – eine originär behördliche Prüfung. Der Antragsteller ist zwar verpflichtet, die entsprechenden Informationen vorzulegen, was in aller Regel durch Fachuntersuchungen und -gutachten (häufig als „Umweltverträglichkeitsuntersuchung“ bezeichnet) erfolgt. Die Entscheidung über das richtige Verfahren und die Inhalte trifft aber alleine die Behörde.

In jüngerer Zeit hat sich die Umweltverträglichkeitsprüfung für Windenergieanlagen zu einem der größten „Stolpersteine“ entwickelt, die es im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu meistern gilt. Dies liegt zum einen daran, dass viele Behörden häufig noch keine allzu große Praxis im Umgang mit dieser Prüfung haben, weil Umweltverträglichkeitsprüfungen auch für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen die Ausnahme darstellen. Zum anderen werden Umweltverträglichkeitsprüfungen für Windenergieanlagen tendenziell immer komplexer, weil die Anlagen auch in ökologisch sensibleren Gebieten errichtet werden.

Der wichtigste Grund für die Fülle von Gerichtsentscheidungen, die die (vermeintliche) Fehlerhaftigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung zum Gegenstand haben, ist allerdings ein anderer: Infolge europarechtlicher Vorgaben und vor allem mehrerer „Ermahnungen“ des EuGH⁴³, besteht nun in Deutschland die Möglichkeit sowohl für anerkannte Umweltverbände als auch für Nachbarn nach den Vorschriften des UmwRG die Möglichkeit, die fehlerhafte Verfahrenswahl und inhaltliche Mängel der Umweltverträglichkeitsprüfung vor Gericht zu rügen.⁴⁴ Anders als ansonsten im deutschen Verwaltungsprozess generell erforderlich (§ 42 Abs. 2 VwGO), müssen die Kläger nicht darlegen, dass der gerügte Fehler auch ihre persönliche Rechtssphäre tangiert. Damit ist die Umweltverträglichkeitsprüfung zu einem beliebten „Einfallstor“ geworden, um gegen eine Genehmigung vorzugehen. Allen Antragstellern und allen Behörden ist angesichts dessen zu raten, besonderes Augenmerk auf die Umweltverträglichkeitsprüfung zu richten, um das Risiko einer nachträglichen Aufhebung der Genehmigung durch das Verwaltungsgericht zu minimieren.

Die Umweltverträglichkeitsprüfung kommt in verschiedenen Spielarten vor. Grundsätzlich sieht das UVPG – je nach Größe des Vorhabens – vor, dass entweder sofort eine vollständige Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden muss oder dass zunächst eine Vorprüfung des Einzelfalls durchzuführen ist, in der die Behörde prüfen muss, ob das Vorhaben „erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen“ hervorrufen kann. Wenn sie dies bejaht, muss eine

⁴³ Zuletzt: *EuGH*, Urteil vom 15.10.2015 – C-137/14.

⁴⁴ Dazu z.B. *OVG Münster*, Beschluss vom 18. Dezember 2015 – 8 B 1108.15.

vollständige Umweltverträglichkeitsprüfung erfolgen. Verneint sie hingegen die Frage, kann eine Umweltverträglichkeitsprüfung unterbleiben.

Die Vorprüfung des Einzelfalls wiederum ist vorgesehen entweder als „standortbezogene“ oder als „allgemeine“ Vorprüfung. Der Unterschied zwischen diesen beiden Verfahrensarten besteht darin, dass bei der standortbezogenen Vorprüfung allein zu prüfen ist, ob das Vorhaben Auswirkungen auf die besonders geschützten Gebiete gemäß der Nr. 2.3.1 bis 2.3.11 der Anlage 2 zum UVPG hat. Dies sind beispielsweise Naturschutz- und Gebiete, die dem europäischen Schutzverbund NATURA 2000 angehören (FFH-Gebiete). Sind keine derartigen Gebiete in der Umgebung, kann die standortbezogene Prüfung bereits beendet werden.

Welches Verfahren durchzuführen ist, richtet sich bei Windenergieanlagen, anders als bei anderen immissionschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen, nicht nach der individuellen Anlagengröße, sondern danach, ob eine „Windfarm“ im Sinne des UVPG vorliegt und wie viele Anlagen zu dieser Windfarm gehören.

Dabei gilt, dass für „Windfarmen“, die aus zwanzig oder mehr Windenergieanlagen bestehen, stets eine vollständige Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden muss. Handelt es sich um eine Windfarm mit sechs bis neunzehn Anlagen ist eine „allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls“ vorzunehmen; bei drei bis fünf Anlagen eine „standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls“. Aus diesen Werten, die in Anlage 1 zum UVPG (Nummer 1.6.1 bis 1.6.3) geregelt sind, ergibt sich im Umkehrschluss, dass keinerlei Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, wenn es lediglich um eine oder zwei Anlagen geht.

Nicht ganz unkompliziert ist es allerdings, zu bestimmen, welche Windenergieanlagen gegebenenfalls als Bestandteil der Windfarm berücksichtigt werden müssen. Eindeutig ist zunächst, dass es nicht isoliert auf die Anzahl der im konkreten Genehmigungsverfahren befindlichen Anlagen ankommt. Dies ist auch logisch, weil es der Antragsteller ansonsten selbst in der Hand hätte, durch eine Vielzahl von Einzelgenehmigungsanträgen der UVP-Pflicht zu entgehen. Deswegen sind bei der Frage nach einer Windfarm grundsätzlich auch bestehende oder zumindest genehmigte Windenergieanlagen zu berücksichtigen. Außerdem ist klar, dass es nicht auf die Betreiberstellung ankommt, so dass auch bestehende Windenergieanlagen anderer Betreiber eine Windfarm mit den zur Genehmigung gestellten Anlagen bilden können.

Wann dies aber genau der Fall ist, wird von der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt. Während das OVG Münster es für ausreichend erachtet, dass sich die Einwirkungsbereiche überschneiden oder zumindest berühren⁴⁵, verlangt der VGH München in einer solchen Konstellation zusätzlich, dass die Anlagen in einem räumlich-betrieblichen Zusammenhang zueinander stehen und einen funktionalen und wirtschaftlichen Bezug aufeinander aufweisen.⁴⁶ Es liegt auf der Hand, dass diese beiden Auffassungen in der Praxis zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen. Stellt man, wie das OVG Münster, ausschließlich auf die Berührung der Einwirkungsbereiche ab, so kann dies – angesichts beispielsweise artenschutzfachlicher Einwirkungsradien von mehreren Kilometern – dazu führen, dass auch weit entfernte Anlagen in die Betrachtung einbezogen werden müssen und gegebenenfalls über die UVP-Pflicht bestimmen. Folgt man hingegen der Auffassung des VGH München, so bleiben mitunter auch nahe gelegene Windenergieanlagen außer Betracht, wenn diese nur „zufällig“ in der Nähe stehen und keine Beziehung zu der neuen Anlage haben.

d) Beteiligung von (Fach-)Behörden und Standortgemeinde

Unabhängig von der Frage, welches Verfahren durchzuführen ist, sind stets die Fachbehörden und die Standortgemeinde zu beteiligen.

⁴⁵ OVG Münster, Beschluss vom 24.06.2015 – 8 B 315.15.

⁴⁶ VGH München, Beschluss vom 04.07.2016 – 22 CS 16.1078.

Beteiligung von Fachbehörden

Nach § 10 Abs. 5 S. 1 BImSchG ist die Genehmigungsbehörde verpflichtet, Stellungnahmen von allen anderen Behörden anzufordern, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird. Dies sind vor allem (aber nicht unbedingt ausschließlich) Behörden, von denen eine gesonderte Genehmigung erforderlich wäre, wenn die immissionsschutzrechtliche Genehmigung keine Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG hätte (dazu bereits oben 1.). Stets zu beteiligen ist deswegen die Behörde, die für die Baugenehmigung zuständig wäre; darüber hinaus aber beispielsweise auch die zuständigen Umweltbehörden, die Denkmalschutzbehörden und andere.

Was das Verfahren angeht, so ist die Stellungnahme der sonstigen Behörden spätestens mit der öffentlichen Bekanntmachung des Vorhabens anzufordern. Mit der Anforderung sind die Unterlagen sternförmig an alle zu beteiligenden Behörden zu übermitteln. Die beteiligten Behörden müssen ihre Stellungnahmen inhaltlich auf Fragen ihres Zuständigkeitsbereichs beschränken und sich innerhalb eines Monats äußern, § 11 S.1 der 9. BImSchV. Kommt die betreffende Behörde dem nicht nach, so hat die Genehmigungsbehörde gem. § 11 S.3 der 9. BImSchV davon auszugehen, dass sich die Behörde nicht äußern will. Die Genehmigungsbehörde hat dann die entsprechenden Fragen selbst zu klären.

Rechtlich betrachtet ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde nicht an die fachbehördlichen Ausführungen gebunden. Sie kann sich – mit einer begründeten Argumentation – deswegen durchaus über Bedenken der Fachbehörden hinwegsetzen. Dies kommt auch immer wieder vor. Aus Sicht des Antragstellers kann es deshalb durchaus sinnvoll sein, seine Argumente unmittelbar bei der Genehmigungsbehörde anzubringen, wenn die Fachbehörde auf ihrer Ansicht beharrt. Der Normalfall ist aber ein anderer: Die Genehmigungsbehörde setzt in der Mehrzahl der Fälle die Empfehlungen der Fachbehörde unverändert in der Genehmigungsentscheidung um.

Die beteiligten Fachbehörden haben das Recht, nicht aber die Verpflichtung, an dem von der Genehmigungsbehörde angesetzten Erörterungstermin teilzunehmen. Die Teilnahme ist im Interesse aller Beteiligten wünschenswert, jedenfalls dann, wenn Einwendungen eingegangen sind, die sich auf den Zuständigkeitsbereich der Fachbehörde beziehen. Denn ohne die Expertise der Fachbehörde ist es für die restlichen Beteiligten schwierig, über die Einwendungen zu diskutieren.

Besonderheiten bestehen für den Luftverkehr. Gemäß §§ 12, 14, 17 LuftVG ist die Zustimmung der Luftfahrtbehörde erforderlich, ohne deren Vorliegen die Anlage nicht genehmigungsfähig ist.⁴⁷

Beteiligung der Standortgemeinde

Nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ist zudem das Einvernehmen der Standortgemeinde zu dem Vorhaben erforderlich.⁴⁸ Die Gemeinde darf ihr Einvernehmen allerdings nicht willkürlich verweigern, beispielsweise weil Gemeinderat und/oder Bevölkerung generell windenergiekritisch eingestellt sind. Sie hat gemäß § 36 Abs. 2 BauGB vielmehr ausschließlich zu beurteilen, ob das Vorhaben in Anwendung des § 35 BauGB zulässig ist oder nicht. Ist dies der Fall, so ist sie zur Erteilung des Einvernehmens verpflichtet. Auf der anderen Seite steht der Gemeinde hier eine umfassende Prüfungscompetenz zu; sie ist nicht darauf beschränkt, nur solche Aspekte zu prüfen, die einen unmittelbaren Bezug zu ihrer eigenen kommunalen Planung haben.⁴⁹

Verweigert die Gemeinde nach den genannten Maßstäben berechtigterweise ihr Einvernehmen, so ist das geplante Vorhaben nicht genehmigungsfähig. Verweigert sie es zu Unrecht, so kann (und muss) es durch die Genehmigungs-

⁴⁷ Dazu: *BVerwG*, Beschluss vom 09.02.2015 - 4 B 38.14

⁴⁸ So bereits: *BVerwG*, Urteil vom 06.10.1989 - 4 C 28.86; (früher) a.A.: *VGHKassel*, Urteil vom 16.03.1994 - 14 UE 1702.88.

⁴⁹ *BVerwG*, Urteil vom 20.05.2010 - 4 C 7.09.

behörde „ersetzt“ werden, § 36 Abs. 3 S. 2 BauGB. Die Genehmigungsbehörde erteilt in diesem Fall anstelle der zuständigen Gemeinde selbst das Einvernehmen. Äußert sich die Gemeinde nicht binnen einer Frist von zwei Monaten, so gilt ihr Einvernehmen als erteilt; sie kann sich dann später nicht auf das Fehlen ihres Einvernehmens berufen.

Viele Gemeinden, deren Einvernehmen ersetzt worden ist, klagen vor den Verwaltungsgerichten gegen diese Entscheidung. Auch wenn diese Klagen mehrheitlich erfolglos bleiben, weil die gemeindliche Verweigerung des Einvernehmens ihrerseits rechtswidrig war, sind sie in rechtlicher Hinsicht für den Genehmigungsinhaber durchaus risikobehaftet. Denn die Verwaltungsgerichte haben im Rahmen einer solchen Klage die Voraussetzungen des § 35 BauGB vollständig zu prüfen und dürfen sich nicht auf die Prüfung der Gründe beschränken, die die Gemeinde tatsächlich als Begründung für ihr verweigertes Einvernehmen angegeben hat.⁵⁰

e) Verfahrensdauer und Beschleunigungsmöglichkeiten

Sowohl für das vereinfachte als auch für das förmliche Verfahren sind gesetzlich Höchstzeiträume für die behördliche Entscheidung vorgesehen. Dieser Zeitraum beträgt gemäß § 10 Abs. 6a BImSchG für das einfache Verfahren drei und für das förmliche Verfahren sieben Monate. Allerdings hat die Behörde die Möglichkeit, die Bearbeitungsfrist in begründeten Fällen um drei Monate zu verlängern. Als solche kommen in Betracht besondere Schwierigkeiten bei der Prüfung und bei Verzögerungen, die der Antragsteller zu verantworten hat, nicht aber bei Arbeitsüberlastung und/oder Unterbesetzung der Behörde. In jedem Fall „soll“ die Behörde jede Fristverlängerung gegenüber dem Antragsteller begründen.

Soweit die Theorie – die Realität bleibt dahinter zurück: Nach statistischen Erhebungen der Fachagentur Windenergie an Land dauert das Genehmigungsverfahren durchschnittlich 17 Monate bei Verfahren ohne Umweltverträglichkeitsprüfung und durchschnittlich 23 Monate bei Verfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung.⁵¹ Die tatsächliche Verfahrensdauer weicht damit von den gesetzlichen Vorstellungen ab. Auch die gesetzlich vorgesehene Obliegenheit der Behörden, die Fristen ausdrücklich und mit schriftlicher Begründung zu verlängern, kommt in der Praxis kaum vor.

Dass gesetzliche Theorie und praktische Realität auseinander liegen, ist unmittelbar im Gesetz begründet. Denn eine Überschreitung der genannten Fristen hat keine unmittelbaren Rechtsfolgen in Bezug auf Errichtung oder Betrieb der Anlage. Insbesondere gibt es – anders als in anderen Genehmigungsverfahren – keine Genehmigungsfiktion im Sinne des § 42a VwVfG, also eine „automatische“ Genehmigung, falls die Behörde zu lange untätig bleibt, weil es an einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung fehlt.

Allenfalls besteht die – in den meisten Fällen allerdings nur theoretische – Möglichkeit, in einem solchen Fall eine so genannte „Untätigkeitsklage“ beim Verwaltungsgericht zu erheben, mit der die Genehmigungsbehörde verpflichtet werden soll, die beantragte Genehmigung zu erteilen. Eine solche Art der Klage ist in § 75 VwGO (sowie für den speziellen Fall der Untätigkeit im Widerspruchsverfahren in § 14a BImSchG) ausdrücklich vorgesehen. Sie kann damit zwar ein Instrument sein, das Verfahren zu einem zügigen Abschluss zu bringen, wenn eine Behörde sich ersichtlich weigert, eine Entscheidung zu treffen. Wirklicher Zeitgewinn ist damit aus Sicht des Antragstellers aber nicht verbunden. Denn auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren dauert bereits in der ersten Instanz mitunter über ein Jahr. Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung vergehen mitunter mehrere Jahre. Rein praktisch wird die Behörde während dieses Zeitraums selbst das Genehmigungsverfahren nicht mehr vorantreiben.

⁵⁰ BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7.09.

⁵¹ Fachagentur Windenergie an Land, „Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land“ (Stand Januar/Februar 2015), im Internet: http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA-Wind_Analyse_Dauer_und_Kosten_Windenergieprojektierung_01-2015.pdf

Wenn die Behörde tatsächlich einen ungerechtfertigt langen Zeitraum für die Bearbeitung des Genehmigungsantrags benötigt hat, kann dies einen Amtshaftungsanspruch des Antragstellers nach sich ziehen.⁵² Dies spielt allerdings bei immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen für Windenergieanlagen praktisch keine Rolle, vermutlich weil der Nachweis eines behördlichen Verschuldens an der langen Verfahrensdauer kaum jemals zu führen sein wird.

Angesichts dessen stellt sich für jeden Antragsteller die Frage, welche Möglichkeiten er hat, das Verfahren zu straffen. Hier sieht das Verwaltungsverfahrenrecht eine Reihe von Möglichkeiten vor, deren Beschleunigungswirkung allerdings von Fall zu Fall durchaus variiert:

- Es besteht die Möglichkeit, bereits vor Antragstellung ein Beratungsgespräch mit der zuständigen Behörde zu führen, § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV. Diese Möglichkeit sollte man nutzen, weil somit bereits frühzeitig Probleme identifiziert werden können und vor allem mehr Klarheit bezüglich der beizubringenden Unterlagen hergestellt werden kann.
- Stellt sich im Laufe des Verfahrens (oder von Beginn an) heraus, dass bestimmte Aspekte problematisch sind, so kann es sinnvoll sein, einen Vorbescheid gemäß § 9 BImSchG zu beantragen. Dies ist sinnvoll, um eine gesicherte Rechtsposition bezüglich der im Vorbescheid geklärten Fragen zu erlangen. Denn ein bestandskräftiger Vorbescheid trifft eine (auch für die Genehmigungsbehörde) abschließende und verbindliche Entscheidung über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen, die sich auch gegen spätere Änderungen der Sach- und Rechtslage (beispielsweise Inkrafttreten eines entgegenstehenden Flächennutzungsplans) durchsetzt.⁵³
- Auch kann es sich anbieten, die Zulassung des vorzeitigen Beginns der Baumaßnahmen nach § 8a BImSchG zu beantragen. Eine solche Zulassung berechtigt den Begünstigten zur Durchführung von Baumaßnahmen für die Windenergieanlage, obwohl noch gar keine Genehmigung vorliegt. Dies kommt freilich erst im fortgeschrittenen Verfahren in Betracht.
- Schließlich besteht die Möglichkeit, die sofortige Vollziehbarkeit der gemäß § 80 Abs. 4 VwGO Genehmigung unmittelbar bei der Genehmigungsbehörde zu beantragen, um die aufschiebende Wirkung etwaiger Rechtsbehelfe auszuschließen. Diese führt dazu, dass der Genehmigungsinhaber seine Genehmigung bereits vor ihrer Bestandskraft ausnutzen darf, also auch dann, wenn Dritte Widerspruch oder Anfechtungsklage gegen die Genehmigung eingelegt haben. Damit ist aber auch bereits gesagt, dass die Beschleunigungswirkung sich auf den Zeitraum nach Genehmigungserteilung bezieht und dieser Antrag nicht geeignet ist, das Genehmigungsverfahren als solches zu beschleunigen.

Neben den rechtlichen Beschleunigungsmöglichkeiten existieren natürlich viele „weiche“ Faktoren, die die Dauer eines Genehmigungsverfahrens beeinflussen können. Dabei geht es in den allermeisten Fällen um den Abbau von Vorbehalten und Ängsten bei den betroffenen Beteiligten und den Behörden. Der Antragsteller ist deswegen gut beraten, von Anfang an auf Dialog und Transparenz zu setzen, um sich nicht dem Vorwurf der „Geheimniskrämerei“ auszusetzen. Eine Garantie für ein zügiges Verfahren ist das gleichwohl nicht.

⁵² BGH, Beschluss vom 23.01.1992 – III ZR 191/90.

⁵³ OVG Lüneburg, Urteil vom 08.05.2012 – 12 KS 5/10.

3. Materielle Genehmigungsvoraussetzungen

In materieller Hinsicht ist eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erteilen, wenn u.a. sichergestellt ist, dass keine schädlichen Umweltauswirkungen im Sinne des § 5 BImSchG von der Anlage ausgehen, und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen, § 6 Abs. 1 BImSchG. Eine andere öffentlich-rechtliche Vorschrift in diesem Sinne ist § 35 Abs. 1 BauGB, wonach jedes Vorhaben, „das der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind[...]-energie“ dient, zulässig ist, „wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist“. Die Erschließung muss gemäß § 35 Abs. 5 S. 2 und 3 BauGB gesichert sein.

a) Entgegenstehende Belange

Dieser behördliche Prüfungsmaßstab bei der Entscheidung über die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung umfasst eine Vielzahl potenziell entgegenstehender Belange. Zu ihnen zählt unter anderem der so genannte „Planvorbehalt“ in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, der bereits oben unter 1. a) dargestellt worden ist. Doch auch davon abgesehen können die verschiedensten öffentlichen Belange der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen entgegenstehen.

Zunächst ist allerdings zu betonen, dass nicht jeder berührte öffentliche Belang zur Unzulässigkeit der Windenergieanlage führt. Vielmehr muss dieser öffentliche Belang eben „entgegenstehen“. Das bedeutet, dass, falls öffentliche Belange betroffen sind, eine Abwägung zwischen ihnen und der Windenergieanlage stattfinden muss. Dabei gilt wiederum, dass dem öffentlichen Interesse an der Windenergie, das in der Privilegierung gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zum Ausdruck kommt, ein besonderes Gewicht zuzumessen ist.⁵⁴

Was „öffentliche Belange“ sind, die entgegenstehen können, lässt sich in einem Satz nicht zusammenfassen. Dafür sind die in Betracht kommenden Belange zu vielgestaltig. Als erste Orientierung kann die Aufzählung in § 35 Abs. 3 BauGB herangezogen werden, wo beispielhaft Belange genannt sind, die einem Windenergievorhaben entgegengehalten werden können. Von den genannten Aspekten spielen praktisch unter anderem die Nr. 3 („schädliche Umwelteinwirkungen“) und Nr. 5 („Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege“) eine herausragende Rolle. Aber auch die anderen Belange können natürlich im Einzelfall zum Tragen kommen.

Immissionen

Typische Umwelteinwirkungen von Windenergieanlagen sind Schallimmissionen und Schattenwurf. Beide können schädlich im Sinne des § 5 Abs. 1 BImSchG sein. Dabei ist aber nicht bereits jede Beeinträchtigung ohne weiteres als schädliche Umwelteinwirkung anzusehen. Wichtig ist vielmehr, dass im Hinblick auf jeden Immissionsort (in erster Linie Wohnhäuser) im Einwirkungsbereich sichergestellt ist, dass die Grenze des Zumutbaren nicht überschritten wird.

Die von Windenergieanlagen ausgehenden Schallimmissionen können schädliche Umweltauswirkungen darstellen. Grundlage der Prüfung sind die Richtwerte der TA Lärm, die als verbindliche normenkonkretisierende Verwaltungsvorschrift anzusehen ist.⁵⁵ Die TA Lärm sieht abgestufte Richtwerte für die verschiedenen Baugebiete vor; für allgemeine und reine Wohngebiete z.B. 40 bzw. 35 dB(A) nachts; für Dorf- und Mischgebiete nächtliche Richtwerte von 45 dB(A) nachts. Die Einhaltung dieser Werte ist sicherzustellen, was im Genehmigungsverfahren vor allem durch die Vermessungen des Herstellers und durch gutachterliche Schallimmissionsprognosen nachzuweisen ist. Hierbei sind unter Umständen (aber keineswegs stets) Sicherheitszuschläge bei der Prognose erforderlich, damit sichergestellt ist,

⁵⁴ Grundlegend zur Bedeutung der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB: *BVerwG*, Urteil vom 25.10.1967 – IV C 86.66.

⁵⁵ *BVerwG*, Urteil vom 29.08.2007 – 4 C 2.07.

dass keine schädlichen Umweltauswirkungen entstehen. Verschiedene Detailfragen können hierbei immer wieder streitig werden. Derzeit wird in vielen Gerichtsverfahren die Frage thematisiert, ob die heute übliche Zugrundelegung von Bodendämpfungswerten gemäß DIN ISO 9613-2 zutreffend ist oder unzulässig in die Rechte der betroffenen Nachbarn eingreift. Letzteres wird in der Rechtsprechung derzeit verneint.⁵⁶

Auch der von einer Windenergieanlage hervorgerufene Schattenwurf kann eine schädliche Umwelteinwirkung sein. Durch die Rotorbewegungen der Windenergieanlage ist der Schattenwurf nicht statisch, sondern periodisch, was die Lästigkeit aus Sicht der Anwohner erhöhen kann. Nach den fachlichen Empfehlungen der LAI⁵⁷ ist der Schattenwurf dann nicht als belästigend einzustufen (und damit keine schädliche Umwelteinwirkung im rechtlichen Sinne), wenn die astronomisch maximal mögliche Beschattungsdauer, die von sämtlichen Windenergieanlagen in der Umgebung ausgeht, am jeweiligen Immissionsort (Wohnhaus) nicht mehr als 30 Stunden pro Kalenderjahr und nicht mehr als dreißig Minuten pro Tag beträgt. Diese fachlichen Empfehlungen sind rechtlich nicht verbindlich, sie werden aber in der Genehmigungspraxis angewendet und sind von der Rechtsprechung als „Faustformel“ anerkannt.⁵⁸ Ist nicht ausgeschlossen, dass die Maximalwerte bei der astronomisch möglichen Beschattungsdauer überschritten werden, muss die Anlage temporär abgeschaltet werden. Deswegen enthalten Genehmigungen typischerweise eine Nebenbestimmung, mit der der Betreiber zur Installation einer Abschaltautomatik verpflichtet wird. Ob die Anlage abgeschaltet werden muss, richtet sich dann nicht nach der rechnerisch möglichen, sondern nach der tatsächlichen Beschattungsdauer. Die Windenergieanlage muss dann automatisch abgeschaltet werden, wenn die tatsächliche reale meteorologische (und nicht die theoretisch astronomisch mögliche) Beschattungsdauer acht Stunden pro Kalenderjahr überschreitet.

Natur- und Artenschutz

Der Naturschutz ist ein häufiger Gegenstand der Auseinandersetzung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren. Hierbei geht es vor allem um Fragen des besonderen Artenschutzes, namentlich um Konflikte mit bestimmten Vogelarten und Fledermäusen. Gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es u.a. verboten, diese Tiere zu töten. Dieses Tötungsverbot ist nicht erst dann erfüllt, wenn Tiere vorsätzlich getötet werden (was bei Windenergieanlagen praktisch nie der Fall wäre), sondern bereits dann, wenn sich durch die Anlage das Tötungsrisiko signifikant erhöht.⁵⁹ Bei Greifvögeln und anderen kollisionsgefährdeten Arten existieren Abstandsempfehlungen der LAG VSW⁶⁰ und (teilweise abweichende) Vorgaben in den Windkrafterlassen der Bundesländer⁶¹. Dort wird zwischen so genannten „Tabubereichen“ und „Restriktionsbereichen“ unterschieden. Während in den Tabubereichen generell von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos ausgegangen werden kann, ist in den Restriktionsbereichen eine Einzelfallprüfung erforderlich. Generell besteht die Möglichkeit, das Tötungsrisiko durch geeignete Vermeidungsmaßnahmen so zu senken, dass es unterhalb der Signifikanzschwelle bleibt – und deswegen das Tötungsverbot gar nicht verwirklicht ist.⁶² Dies kommt aber keineswegs immer in Betracht: Während allgemein anerkannt ist, dass temporäre Abschaltungen zur Vermeidung eines erhöhten Tötungsrisikos beispielsweise für Fledermäuse geeignet sind⁶³, wird dies für Rotmilane nun verneint.⁶⁴

⁵⁶ *OVG Münster*, Beschluss vom 17.06.2016 – 8 B 1018/15; *VGH München*, Beschluss vom 04.06.2016 – 22 CS 16.1078.

⁵⁷ *Länderarbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz*, Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windenergieanlagen (13.02.2002).

⁵⁸ *OVG Münster*, Beschluss vom 19.09.2012 – 8 A 339/12.

⁵⁹ *BVerwG*, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07.

⁶⁰ *Länder-Arbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten*, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (2015).

⁶¹ Zum Verhältnis bei abweichenden Abstandsempfehlungen: *VGH München*, Urteil vom 17.03.2016 – 22 B 14.1875.

⁶² *BVerwG*, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07.

⁶³ *OVG Weimar*, Urteil vom 14.10.2009 – 1 KO 372.06.

⁶⁴ *VGH München*, Urteil vom 17.03.2016 – 22 B 14.1875; *VGH Mannheim*, Beschluss vom 06. Juli 2016 – 3 S 942/16.

Landschaftsschutz

Belange der Landschaftspflege können Windenergieanlagen ebenfalls entgegenstehen. Dies ist dann der Fall, wenn die Windenergieanlage im Landschaftsschutzgebiet errichtet werden soll, und keine Ausnahme oder Befreiung möglich ist.⁶⁵ In dem wesentlich häufigeren Fall eines Anlagenstandortes außerhalb von Landschaftsschutzgebieten ist hingegen eine „qualifizierte Beeinträchtigung“ erforderlich, die dann vorliegt, wenn sich das Vorhaben in der Umgebung als grob unangemessen darstellt und auch von einem für ästhetische Belange offenen Betrachter als verunstaltend empfunden wird.⁶⁶ Hierbei ist zugunsten der Windenergieanlage die gesetzgeberische Grundentscheidung zu berücksichtigen, wonach Windenergieanlagen im Außenbereich privilegiert zulässig sind und die damit einhergehenden Belastungen der Landschaft grundsätzlich hinzunehmen sind.⁶⁷

Ein noch zulässiger Eingriff in das Landschaftsbild löst regelmäßig die Verpflichtung aus, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen gemäß §§ 18 bis 21 BNatSchG zu ergreifen. Subsidiär kommen auch Ausgleichszahlungen in Betracht, deren Höhe in den Windenergieerlassen der Bundesländer⁶⁸ geregelt ist.

Sonstige Belange

Neben den genannten Belangen können im Einzelfall auch noch weitere Belange eine Rolle spielen. Der Denkmalschutz kann im Einzelfall eine erhebliche Rolle spielen, weil die Veränderung der Umgebung von Kulturdenkmälern eine besondere denkmalschutzrechtliche Genehmigungspflicht auslösen kann, die sich nach dem jeweiligen Landesdenkmalschutzgesetz richtet. Bei der Frage, ob eine solche Genehmigung (im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung) erteilt werden kann, kommt es unter anderem darauf an, welche Bedeutung das Denkmal hat und wie groß die Auswirkungen der Windenergieanlage sind.⁶⁹

In jüngerer Zeit ist der Belang des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 („Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen“) zunehmend in den Fokus gerückt. Hierzu sind verschiedene Gerichtsentscheidungen ergangen⁷⁰, die sich etwa auf Wetter-, Militär- oder zivile Flugradare beziehen. Umstritten ist in diesem Kontext weniger, dass die Belange solcher Radaranlagen grundsätzlich das Recht zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen einschränken können, sondern vielmehr, wie konkret die Möglichkeit einer nachteiligen Auswirkung sein muss, wer die Beweislast hierfür trägt und inwieweit (fach-)behördliche Gutachten gerichtlich überprüfbar sind. Hier sind noch viele Fragen offen.⁷¹

Die Aufzählung in § 35 Abs. 3 BauGB ist nicht abschließend; vielmehr kommen auch noch andere öffentliche Belange in Betracht, bei deren Entgegenstehen die Errichtung einer Anlage unzulässig ist. Die Rechtsprechung hat insoweit unter anderem Turbulenzeffekte⁷² und Windabschattung⁷³, die von Windenergieanlagen jeweils zu Lasten anderer Anlagen ausgehen können, als entgegenstehende öffentliche Belange anerkannt. Zudem ist beispielsweise die Tatsache, dass der geplante Standort der Windenergieanlage in einem Tieffluggebiet der Bundeswehr liegt, ein entgegenstehender öffentlicher Belang, der der Windenergieanlage entgegengehalten werden kann.⁷⁴ Auch die Störung von

⁶⁵ *BVerwG*, Beschluss vom 20.02.2000 – 4 B 104.99.

⁶⁶ *BVerwG*, Beschluss vom 15.10.2001 – 4 B 69.01.

⁶⁷ *OVG Bautzen*, Urteil vom 18.05.2000 – 1 B 29.98.

⁶⁸ Z.B. Bayern: „Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA) – Windenergie-Erlass (BayWEE)“, vom 19.07.2016; NRW: „Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass)“ vom 04.11.2015.

⁶⁹ *OVG Lüneburg*, Urteil vom 23. Aug. 2012 – 12 LB 170.11.

⁷⁰ Z.B.: *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 21.7.2011 – 12 ME 201/10; *VGH München*, Urt. v. 18.9.2015 – 22 B 14.1263.

⁷¹ Hierzu am Beispiel der Wetterradare: *Helmes*, in: Brandt (Hrsg.), *JBWER* 2015, 93.

⁷² Z.B. *OVG Münster*, Beschluss vom 24.01.2000 – 7 B 2180.99

⁷³ *OVG Münster*, Beschluss vom 01.02.2000 – 10 B 1831.99.

⁷⁴ *BVerwG*, Beschluss vom 05.09.2006 – 4 B 58.06.

Flugsicherheitseinrichtungen im Sinne des § 18 LuftVG steht der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen entgegen.⁷⁵

Ein weiterer nicht ausdrücklich genannter öffentlicher Belang ist das allgemeine baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme. Im Hinblick auf Windenergieanlagen spielt es vor allem unter dem Stichwort „optisch bedrängende Wirkung“ eine Rolle. Die Besonderheit der optisch bedrängenden Wirkung ist, dass es sich nicht um eine Immission im Sinne des BImSchG handelt, weswegen sie nur im Rahmen des allgemeinen baurechtlichen Rücksichtnahmegebots eine Rolle spielen kann. Naturgemäß ist es immer wieder umstritten, ob von einer Windenergieanlage oder von mehreren Anlagen eine optisch bedrängende Wirkung ausgeht. Dabei geht es aber nicht um das individuelle Empfinden des einzelnen Nachbarn, sondern um eine objektiv nachvollziehbare optische Bedrängung. In Ermangelung rechtlicher oder fachlicher Standards zur Ermittlung behilft sich die Rechtsprechung mit einer Faustformel⁷⁶: Liegt zwischen der Anlage und dem nächsten Wohnhaus ein Abstand von mehr als der dreifachen Anlagenhöhe, liegt regelmäßig keine optisch bedrängende Wirkung vor; eine genauere Prüfung ist dann entbehrlich. Unterschreitet der Abstand das Zweifache der Anlagengesamthöhe gilt der entgegengesetzte Grundsatz: Es ist regelmäßig von optisch bedrängender Wirkung auszugehen. Im Bereich dazwischen muss eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden.

b) Gesicherte Erschließung

Eine weitere Genehmigungsvoraussetzung ist, dass die Erschließung gesichert ist, § 35 Abs. 1 S. 1 BauGB. Zur Erschließung gehört vor allem die wegemäßige Erschließung, also die Erreichbarkeit der Anlage mit Fahrzeugen. Grundsätzlich ebenfalls zur Erschließung gehören der Anschluss an Versorgungs- und Entsorgungsleitungen, wie Strom, Wasser und Abwasser, was aber für Windenergieanlagen keine große Rolle spielt. Der Netzanschluss der Windenergieanlage zur Einspeisung des erzeugten Stroms gehört dem gegenüber nicht zur Erschließung.⁷⁷

„Gesichert“ ist die Erschließung bereits dann, wenn damit gerechnet werden kann, dass sie bis zur Herstellung des Bauwerks, spätestens bis zur Gebrauchsabnahme, funktionsfähig angelegt ist und wenn ferner damit zu rechnen ist, dass sie auf Dauer zur Verfügung stehen wird. Insoweit ist von einer gesicherten Erschließung nicht erst dann auszugehen, wenn der Antragsteller die Erschließungsaufgabe in einem Vertrag mit der Gemeinde bereits verbindlich übernommen hat. Vielmehr genügt es, dass der Gemeinde ein zumutbares Erschließungsangebot vorliegt.⁷⁸ Weil das Erschließungsangebot die Kostenübernahme durch den Antragsteller umfasst, kann ein solches Angebot nur dann unzumutbar sein, wenn die technische Umsetzung oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Antragstellers zweifelhaft sind. Sind solche Zweifel nicht gegeben, ist die Gemeinde verpflichtet, ein zumutbares Angebot, mit dem der Anlagenbetreiber sich zur Herstellung der Erschließung verpflichtet, anzunehmen.

c) Rückbauverpflichtung

Schließlich ist für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erforderlich, dass der Anlagenbetreiber eine verbindliche Erklärung abgibt, mit der er sich zum Rückbau der Windenergieanlage verpflichtet. Dieses Anerkennen der Rückbauverpflichtung durch den Anlagenbetreiber in Gestalt einer Verpflichtungserklärung ist konstitutiv für die spätere Genehmigungserteilung.⁷⁹ Es ist möglich, die Rückbauverpflichtung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zu vereinbaren.⁸⁰

⁷⁵ BVerwG, Urteil vom 07.04.2016 – 4 C 1.15.

⁷⁶ BVerwG, Beschluss vom 11.12.2006 – 4 B 72.06.

⁷⁷ BVerwG, Beschluss v. 5.1.1996 – 4 B 306.95.

⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7.09.

⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 17.10.2012 – 4 C 5.12.

⁸⁰ VGH Mannheim, Urteil vom 31.3.2015 – 3 S 2016.14.

In der Praxis verlangen die Behörden die Sicherung der Rückbauverpflichtung durch die Beibringung einer Bürgschaft. Dies ist im BauGB zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, aber rechtlich (aufgrund von Landesrecht) zulässig.⁸¹ Hier ist häufig die Höhe streitig; in vielen Bundesländern enthalten die jeweiligen Windkrafterlasse und landesrechtlichen Regelungen Vorgaben zur Höhe, um eine einheitliche Verwaltungspraxis zu gewährleisten. Weil die Rückbaubürgschaft dazu dient, die vollständige Beseitigung der Windenergieanlage nach Nutzungsaufgabe abzusichern, erreicht sie aber in jedem Fall erhebliche Höhen. Beispielsweise werden in Brandenburg als voraussichtliche Rückbaukosten 10 Prozent der Rohbaukosten angenommen, wobei die Rohbaukosten wiederum 60 Prozent der Herstellungskosten betragen. Bei Herstellungskosten in Höhe von EUR 3.000.000 wäre deswegen eine Rückbaubürgschaft in Höhe von EUR 180.000 erforderlich.

4. Genehmigungsentscheidung und Gebühren

Das Genehmigungsverfahren endet mit der behördlichen Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit der Anlage. Sind die Voraussetzungen des § 6 Abs.1 BImSchG erfüllt, so muss die Behörde die Genehmigung erteilen. Dabei werden regelmäßig umfangreiche Nebenbestimmungen aufgenommen, die die Einhaltung der Verpflichtungen sicherstellen und damit dem Zweck dienen, die Genehmigungsfähigkeit der Windenergieanlage herbeizuführen.

Ist es dem gegenüber auch durch Nebenbestimmungen nicht möglich, die Genehmigungsfähigkeit herbeizuführen, so muss die Behörde die Genehmigung ablehnen. Dies ist aber nur nach einer vorherigen Anhörung des Antragstellers zulässig.

Für die Entscheidung werden Verwaltungsgebühren erhoben, die sich regelmäßig an dem behördlichen Aufwand, aber auch an dem wirtschaftlichen Interesse des Antragstellers (bemessen durch die prognostizierten Errichtungskosten) orientieren. Je nach Anlagengröße und -anzahl können hierbei durchaus sechsstellige Beträge (auch im oberen Bereich) erreicht werden.

Wenn keine Genehmigung, sondern eine Ablehnung droht, kann es sich gebührenrechtlich lohnen, den Antrag zurückzunehmen, weil ohne die behördliche Sachentscheidung die Gebühren geringer ausfallen.

III. Nach Erteilung der Genehmigung

Wenn das Genehmigungsverfahren erfolgreich zu Ende gebracht worden ist und die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorliegt, ist der Genehmigungsinhaber grundsätzlich berechtigt, die Anlage zu errichten und zu betreiben. Auch dann gibt es aber durchaus noch Risiken und Komplikationen. Insoweit ist zwischen der Vollziehbarkeit (dazu 1.) und der Bestandskraft der Genehmigung (dazu 2.) zu unterscheiden. Außerdem ist ein typisches Problem nach Erteilung der Genehmigung, dass kleinere oder größere Änderungen auftreten, die im Genehmigungsverfahren noch nicht bekannt waren (dazu 3.).

1. Vollziehbarkeit der Genehmigung

Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist als solche vollziehbar, sobald sie dem Genehmigungsinhaber bekannt gegeben worden ist. Allerdings gilt dies nicht absolut. Sobald ein Dritter, beispielsweise ein Nachbar oder ein Umweltschutzverband, einen Rechtsbehelf gegen die Genehmigung (je nach Bundesland: Widerspruch oder Anfecht-

⁸¹ BVerwG, Urteil vom 17.10.2012 – 4 C 5.11.

tungsklage)⁸² eingelegt hat, ist die Vollziehbarkeit gehemmt. Das heißt, dass es unzulässig wäre, die Genehmigung auszunutzen und beispielsweise Baumaßnahmen durchzuführen.

Will der Genehmigungsinhaber die Genehmigung trotz anhängiger Rechtsbehelfe ausnutzen, so muss er einen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit stellen, was entweder unmittelbar durch die Genehmigungsbehörde (§ 80 Abs. 4 VwGO) oder durch das Verwaltungsgericht (§ 80 Abs. 5 VwGO) erfolgen kann. Hat die Behörde die sofortige Vollziehbarkeit auf Antrag des Anlagenbetreibers bereits im Rahmen der Genehmigungserteilung angeordnet, was rechtlich zulässig und auch üblich ist, so muss der Dritte, der sich gegen die Genehmigung wehrt, einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80a VwGO stellen.

Solange nicht abschließend über die Rechtsbehelfe Dritter entschieden ist, handelt der Genehmigungsinhaber aber letztlich auf eigenes Risiko, wenn er bereits Baumaßnahmen durchführt. Sollte der Rechtsbehelf nämlich im Ergebnis Erfolg haben und die immissionsschutzrechtliche Genehmigung aufgehoben werden, so wäre der Anlagenbetreiber verpflichtet, die Anlage auf eigene Kosten wieder zurückzubauen. Dann kann er allenfalls noch Amtshaftungsansprüche erheben, wobei in verschiedenen Bundesländern von dem Genehmigungsinhaber ein entsprechender Verzicht verlangt wird, bevor die Behörde die sofortige Vollziehbarkeit anordnet.

Allerdings ist das Risiko praktisch häufig nicht übermäßig groß. Jedenfalls in den Fällen, in denen das zuständige Verwaltungsgericht auf Antrag des Genehmigungsinhabers die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet hat, besteht eine relativ hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Genehmigung nicht aufgehoben werden wird. Denn das Gericht hat in diesem Verfahren bereits summarisch geprüft, ob das Rechtsmittel des Dritten voraussichtlich Erfolg haben wird. Nur wenn das Gericht diese Frage verneint, wird es die sofortige Vollziehbarkeit anordnen.

2. Bestandskraft der Genehmigung

Volle Rechtssicherheit gibt es aber nur mit einer bestandskräftigen Genehmigung, weil gegen diese keine Rechtsbehelfe mehr eingelegt werden können. Wann Bestandskraft eingetreten ist, ist aber wiederum mitunter schwierig zu bestimmen. Als Grundsatz gilt, dass eine Genehmigung einen Monat nach ihrer Bekanntgabe bestandskräftig wird, wenn bis dahin kein Rechtsbehelf eingelegt worden ist.

Problematisch ist allerdings, dass sich die Rechtsbehelfsfrist auf ein Jahr verlängert, falls der Genehmigung eine Rechtsbehelfsbelehrung (Hinweis, welche Rechtsbehelfe in welcher Frist wo eingelegt werden können) fehlt, § 58 Abs. 2 VwGO. Noch wichtiger ist allerdings die Einschränkung, dass die Bestandskraft gegenüber allen Betroffenen grundsätzlich individuell eintritt. Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung im vereinfachten Verfahren, die dem Genehmigungsinhaber gegenüber bereits seit Längerem bestandskräftig geworden ist, muss deswegen nicht bereits gegenüber allen klageberechtigten Nachbarn bestandskräftig geworden sein, weil die Genehmigung diesen gegenüber häufig überhaupt nicht bekannt gegeben worden ist. Ohne Bekanntgabe beginnen die Rechtsbehelfsfristen aber gar nicht zu laufen. Dies führt dazu, dass auch noch lange nach Genehmigungserteilung Klagen Dritter möglich sind, die gegebenenfalls wiederum die Vollziehbarkeit der Genehmigung hemmen und den Genehmigungsinhaber so zu einem Baustopp zwingen.⁸³

Eine Grenze ergibt sich dann nur aus dem Grundsatz der Verwirkung, der selbstständig neben dem formellen Erfordernis, die Klagefrist einzuhalten, besteht. Insoweit gilt, dass eine Klageerhebung unzulässig ist, wenn seit der Möglichkeit, Klage zu erheben längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Gel-

⁸² Dazu ausführlich: v. *Tettau*, DFBEW, Hintergrundpapier „Widersprüche und Klagen bei Windenergieprojekten in Deutschland“, Mai 2015, S. 21 ff.

⁸³ *OVG Münster*, Beschluss vom 18.12.2015 – 8 B 1108.15.

tendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen.⁸⁴ Wann dies der Fall ist, ist allerdings eine Frage des Einzelfalls.

Mehr Rechtssicherheit besteht dem gegenüber, wenn es sich um eine Genehmigung handelt, die im förmlichen Verfahren ergangen ist. Eine solche Genehmigung muss nämlich gemäß § 10 Abs. 8 BImSchG zwingend öffentlich bekannt gemacht und ausgelegt werden. Mit dem Ende der Auslegungsfrist gilt die Genehmigung auch Dritten gegenüber als bekannt gegeben, § 10 Abs. 8 S. 5 BImSchG, so dass für alle die Rechtsbehelfsfrist von einem Monat einheitlich zu laufen beginnt. Ist diese verstrichen, so ist der Bescheid bestandskräftig.

Handelt es sich um eine Anlage, die „eigentlich“ im einfachen Verfahren zu genehmigen ist, kann der Genehmigungsinhaber gemäß § 19 Abs. 3 BImSchG freiwillig die Durchführung eines förmlichen Verfahrens beantragen, um die schnellere Bestandskraft der Genehmigung zu erreichen. Hierbei sollte er diesen Vorteil und die mit dem förmlichen Verfahren verbundenen Nachteile (z.B. längere Verfahrensdauer) abwägen.

Zudem existiert noch ein „Mittelweg“, der in der Praxis zwar beliebt ist, aber wohl nicht das hält, was sich Viele von ihm versprechen: Gemäß § 21a der 9. BImSchV kann der Inhaber einer im vereinfachten Verfahren ergangenen Genehmigung die öffentliche Bekanntmachung der Genehmigung beantragen. Ob dieser Weg allerdings tatsächlich dazu führt, dass die Rechtsmittelfrist gegenüber allen Dritten zu laufen beginnt, ist in der Rechtsprechung umstritten.⁸⁵

3. Änderungen nach Erteilung der Genehmigung

Es ist nichts Ungewöhnliches, dass sich nach Erteilung der Genehmigung bestimmte Umstände ändern, die Auswirkungen auf die Sach- und Rechtslage haben. Hierbei sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden, für die rechtlich ganz unterschiedliche Voraussetzungen gelten. Zum einen gibt es Konstellationen, in denen Änderungen an der genehmigten Anlage erforderlich werden (sogleich a)). Zum anderen gibt es Änderungen, die der Behörde nachträglich bekannt werden, und die – aus Sicht der Behörde – nachträgliche „Anpassungen“ der Genehmigung erforderlich machen (unten b)).

a) Änderungen an der Anlage

Dass nach Genehmigungserteilung Änderungen, die sich auf die Anlage beziehen, erforderlich werden, ist nichts Ungewöhnliches. Bauliche Änderungen, Standortverschiebungen und Ähnliches sind eher die Regel als die Ausnahme. Dies betrifft vor allem Änderungen, die sich im Zeitraum zwischen Genehmigung und Errichtungsbeginn ergeben. Solche Änderungen an der bereits genehmigten, aber noch nicht errichteten Anlage sind rechtlich grundsätzlich nicht unzulässig, bedürfen aber häufig der Beteiligung der Behörde. Was zu tun ist, hängt von der Art der geplanten Änderung ab.

Plant der Genehmigungsinhaber, etwas an der Anlage zu ändern, so hat er sich zunächst stets die Frage zu stellen, ob die geplante Änderung von der erteilten Genehmigung noch erfasst ist. Dies kann im Einzelfall durchaus der Fall sein, weil eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht sämtliche Details der Errichtung und des Betriebs regelt. Gleichwohl ist insoweit Zurückhaltung geboten. Denn häufig wird genau das Gegenteil der Fall sein. Beispielsweise sind Standortverschiebungen (auch geringfügiger Art) oder auch eine Leistungserhöhung der Anlage nicht mehr von der Genehmigung gedeckt, weil diese regelmäßig ganz exakte Aussagen zu diesen Aspekten enthält. Ein Anlagenbetreiber, der in einem solchen Fall eigenmächtig eine Änderung vornimmt, ohne die Behörde zu infor-

⁸⁴ *OVG Koblenz*, Beschluss vom 03.11.2014 - 1 B 10905.14.

⁸⁵ Wohl dafür: *OVG Münster*, Beschluss vom 24.09.2009 - 8 B 1343.09; dagegen: *VG Regensburg*, Beschluss vom 12.05.2016 - 7 S 16.190; *VG Ansbach*, Urteil vom 30.11.2011 - 11 K 11.01826.

mieren, riskiert erhebliche Konsequenzen. Weil er damit letztlich eine nicht genehmigte Anlage betreibt drohen im Extremfall nicht nur die Verpflichtung zum Rückbau der Anlage, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen. Es ist deswegen dringend davon abzuraten, etwas in die Genehmigung „hineinzulesen“, was tatsächlich gar nicht enthalten ist.

Ist die geplante Änderung – wie häufig – nicht von der bisherigen Genehmigung erfasst, so stellt sich die Frage, ob und in welchem Verfahren die Genehmigungsbehörde zu konsultieren ist. Das Immissionsschutzrecht sieht insoweit ausdrücklich zwei unterschiedliche Varianten vor: Die Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG) und die Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG). Daneben kann es aber sogar sein, dass eine komplett neue Genehmigung erforderlich wird.

Änderungsgenehmigung und -anzeige

Ist eine Änderung geplant, so stellt sich die Frage, ob es sich um eine „wesentliche“ oder um eine „unwesentliche“ Änderung handelt. Für wesentliche Änderungen ist eine Änderungsgenehmigung erforderlich, während für unwesentliche Änderungen eine Änderungsanzeige ausreichend ist. Im Falle der Änderungsanzeige bestätigt die Behörde in Form eines feststellenden Verwaltungsakts, dass keine Änderungsgenehmigung im Sinne des § 16 BImSchG erforderlich ist.

Zur Unterscheidung zwischen genehmigungs- und anzeigepflichtiger Änderung gilt im Grundsatz die folgende Rechtslage: Eine wesentliche – und damit genehmigungs- und nicht bloß anzeigepflichtige – Änderung liegt vor, wenn durch die Änderung (der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs) der Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit erheblich sein können, § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG.

Allerdings ist eine Änderungsgenehmigung wiederum dann nicht erforderlich, wenn durch die Änderung hervorgerufene nachteilige Auswirkungen offensichtlich gering sind und die Erfüllung der immissionsschutzrechtlichen Anforderungen sichergestellt ist, § 16 Abs. 1 S. 2 BImSchG. Im Zweifel ist aber von der Möglichkeit nachteiliger Auswirkungen auszugehen: Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist ein Genehmigungsverfahren immer bereits dann notwendig, wenn durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können – die bloße Möglichkeit solcher Auswirkungen reicht somit aus.

Diese abstrakte Unterscheidung hilft im Einzelfall allerdings nicht immer weiter, und so ist es gut zu wissen, dass sich für die Änderung von Windenergieanlagen in der Rechtsprechung bereits verschiedene Fallgruppen herausgebildet haben, in denen regelmäßig von genehmigungspflichtigen wesentlichen Änderungen auszugehen ist: Dies ist nach der Rechtsprechung namentlich bei nachträglichen Standortverschiebungen und beim Wechsel des genehmigten Anlagentyps der Fall.⁸⁶

Praktisch ist eine Änderungsanzeige aus Sicht des Genehmigungsinhabers natürlich die wesentlich weniger aufwändige Variante. Zum einen lässt sie die Genehmigung in ihrem Bestand vollkommen unberührt, zum anderen sind die Anzeige und die entsprechende behördliche Bestätigung, dass keine Änderungsgenehmigung erforderlich ist (Freistellungserklärung), auch nicht selbstständig mit Klagen Dritter angreifbar. Gleichwohl besteht bei der Änderungsanzeige aber ein Risiko, das von den Beteiligten häufig übersehen wird: Die bloße Änderungsanzeige und die entsprechende behördliche Bestätigung entfalten keine Konzentrationswirkung. Es kann insoweit der Fall eintreten, dass eine Änderung zwar immissionsschutzrechtlich bloß anzeigepflichtig ist, aber einer anderen Genehmigung bedarf. So ziehen beispielsweise bauliche Änderungen an der Anlage, die immissionsschutzrechtlich keine neuen Betroffenenheiten nach sich ziehen, das Bedürfnis einer Baugenehmigung nach der jeweiligen Landesbauordnung nach sich. Wer in einem solchen Fall die Anlage ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet, handelt formell rechtswidrig.

⁸⁶ *OVG Koblenz*, Urteil vom 03.08.2016 – 8 A 10377.16.

Neuvorhaben und Austausch der Anlage

Ist die Änderung des Vorhabens so groß, dass sich das Vorhaben als gänzlich neu darstellt, ist sogar ein ganz neues Genehmigungsverfahren nach § 4 BImSchG durchzuführen. Dies ist beispielsweise regelmäßig beim Repowering der Fall.

Eine baugleiche Ersetzung von Teilen der Anlage oder ihr kompletter Austausch (des identischen Anlagentyps) sind dem gegenüber weder ein Neuvorhaben noch eine genehmigungsbedürftige Änderung, § 16 Abs. 5 BImSchG. Umstritten ist in einem solchen Fall, ob eine Anzeigepflicht nach § 15 BImSchG besteht oder eine Baugenehmigung einzuholen ist.⁸⁷

b) Änderungen unabhängig von der Anlage

In jüngerer Zeit treten immer zudem wieder Konstellationen auf, in denen Umstände, die nach Erteilung der Genehmigung (und häufig auch nach deren Bestandskraft) bekannt werden, die Behörden auf den Plan rufen. Dies kann unterschiedliche Gründe haben. Beispielsweise kann sich die Frage stellen, ob nachträglich errichtete Anlagen in der Nachbarschaft Abschaltungen bei Bestandsanlagen rechtfertigen, um Turbulenzen zu vermeiden.⁸⁸ Die praktisch wichtigste Fallgruppe bilden aber (vermeintliche oder tatsächliche) artenschutzfachliche Erkenntnisse, die zu Problemen führen. Eine typische Konstellation ist, dass nach Erteilung der Genehmigung die Brutstätte einer geschützten Vogelart gemeldet wird, die, wenn sie bei der Genehmigungserteilung bekannt gewesen wäre, gegebenenfalls zur Anordnung belastender Nebenbestimmungen oder gar zur Nichterteilung der Genehmigung geführt hätte.

Die Rechtsfolgen solcher geänderter Umstände sind noch nicht abschließend geklärt. Deswegen ist rechtlich im Einzelfall zu prüfen, welche Rechtsfolgen für die Windenergieanlage drohen. Bei diesem Beispiel wird das Rechtsgefühl der Parteien typischerweise weit auseinander gehen: Regelmäßig sind örtliche Tierschützer, windkraftkritische Bürgerinitiativen und in der Folge auch manche Fachbehörden der Auffassung, dass bei artenschutzrechtlichen Erkenntnissen ohne weiteres belastende Anordnungen gegen den Betreiber der Windenergieanlagen getroffen werden können. Auf der Gegenseite berufen sich die Anlagenbetreiber angesichts der bestandskräftigen Genehmigung auf Vertrauensschutz und halten jegliche nachträgliche Anpassung der Genehmigungslage für unzulässig.

Die Wahrheit liegt freilich dazwischen: Es gibt durchaus rechtliche Möglichkeiten, auch nach Bestandskraft einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung behördlicherseits einzugreifen.⁸⁹ Diese sind allerdings an bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft und häufig auch in ihren Rechtsfolgen beschränkt. Zudem lösen sie teilweise Entschädigungsansprüche des Anlagenbetreibers aus, was dem behördlichen Engagement mitunter ein jähes Ende bereitet.

Aus immissionsschutzrechtlicher Sicht kommen konkret nachträgliche Auflagen gemäß § 12 Abs. 2a BImSchG in Betracht, falls die Genehmigung bereits einen Auflagenvorbehalt enthält. Zudem besteht aus immissionsschutzrechtlicher Sicht die Möglichkeit nachträglicher Anordnungen (§ 17 BImSchG), der allerdings wiederum nicht zur Durchsetzung artenschutzrechtlicher Belange herangezogen werden kann.⁹⁰ Theoretisch kommt allenfalls ein (Teil)Widerruf nach § 21 BImSchG in Betracht, der allerdings Entschädigungsansprüche des Genehmigungsinhabers zur Folge haben kann – und auch regelmäßig hat.

⁸⁷ *BVerwG*, Urteil vom 21.12.2011 – 4 C 12.10.

⁸⁸ *OVG Koblenz*, Urteil vom 03.08.2016 – 8 A 10337.16.

⁸⁹ *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 25. Juli 2011 – 4 ME 175.11.

⁹⁰ *OVG Jena*, Beschluss vom 10.02.2015 – 1 EO 356.14.



Die zuständige Naturschutzbehörde, nicht aber die Genehmigungsbehörde, kann zur Durchsetzung artenschutzrechtlicher Pflichten zudem grundsätzlich auch Anordnungen auf Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG treffen. Welche Maßnahmen davon genau erfasst sind, ist allerdings ebenfalls noch nicht entschieden. Ein nachträgliches artenschutzrechtliches Monitoring anzuordnen, ist jedenfalls unzulässig, weil dies gesetzlich nicht vorgesehen ist.⁹¹ Auch ist unklar, ob und inwieweit auf dieser Grundlage tatsächlich in den genehmigten Anlagenbetrieb eingegriffen werden kann. Hier ist im Rahmen des behördlichen Ermessens jedenfalls der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, bei dem wiederum das Vertrauen, das ein Anlagenbetreiber in den Fortbestand einer bestandskräftigen Genehmigung hat, berücksichtigt werden muss.⁹²

⁹¹ *VG Augsburg*, Beschluss vom 17.12.2015 – 2 K 15.1343.

⁹² *VG Oldenburg*, Beschluss vom 10.06.2011 – 5 B 1246.11.