FACHAGENTUR
WINDENERGIE AN LAND

Stiftung Umweltenergierecht

Typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen

Bestandsaufnahme von Machbarkeit und Restriktionen

Abschlussbericht

gefördert durch

Deutsche
Bundesstiftung Umwelt

www.dbu.de

Das Projekt »Typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen – Bestandsaufnahme zu den Restriktionen für typenunabhängige Genehmigungen zur Erhöhung der Flexibilität beim Ausbau der Windenergie« (DBU AZ: 34338/01) wurde gefördert durch die Deutsche Bundesstiftung Umwelt sowie durch die Bundesländer Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz.

Typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen

Bestandsaufnahme von Machbarkeit und Restriktionen

Abschlussbericht

Projekttitel:
»Typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen – Bestandsaufnahme zu den Restriktionen für typenunabhängige Genehmigungen zur Erhöhung der Flexibilität beim Ausbau der Windenergie« (DBU AZ: 34338/01)

Autoren:
Ass. jur. Kathrina Baur, LL.M. (Fachagentur Windenergie an Land e.V.)
Ass. jur. Maximilian Schmidt (Stiftung Umweltenergierecht)

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis 4

Zusammenfassung 7

1 Einleitung 8

2 Zusammenstellung allgemeiner Rechtsrahmen für Typenänderung 11
2.1 Änderungs- und Neuerrichtungsregime im BImSchG 11
2.2 Einordnung der Typenänderung bei Windenergieanlagen durch die Rechtsprechung 13

3 Herausforderungen einer typenunabhängigen Genehmigung 15

3.1 Grundsätzliches zur behördlichen Prüfung der Genehmigungsfähigkeit 16
3.1.1 Vorgaben des § 6 Abs. 1 BImSchG 16
3.1.2 Möglichkeiten und Grenzen des Gebrauchs von Nebenbestimmungen 16

3.2 Prüfung der Genehmigungsfähigkeit für eine Spannbreite 18

3.3 Erfüllung einzelner Genehmigungsvoraussetzungen 19
3.3.1 Gebot hinreichender Bestimmtheit 19
3.3.2 Immissionsschutzrecht 21
3.3.3 Naturschutzrecht 26
3.3.4 Baurecht 30
3.3.5 Weitere Aspekte 35

3.4 Folgeprobleme 38
3.4.1 Mehraufwand für das Genehmigungsverfahren 38
3.4.2 Auswirkungen auf Wirtschaftlichkeit von Projekten 38
3.4.3 Blockade nicht genutzter, aber genehmigter Kontingente 39

3.5 Sonstige Überlegungen 41
3.5.1 Annahme von »Erfüllbarkeit« bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen ausreichend? 41
3.5.2 Vergleich mit anderen europäischen Mitgliedstaaten 42
3.5.3 Verfahrenskosten 42

4 Fazit 43

Literatur- und Quellenverzeichnis 46

Anhang 1: Leitfaden für Fachgespräche 49

Anhang 2: Danksagung 55

Impressum 57

Abkürzungsverzeichnis

4. BImSchV	Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.05.2017 (BGBl. I S. 1440)
9. BImSchV	Neunte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über das Genehmigungsverfahren) in der Fassung der Bekanntmachung vom 29.05.1992 (BGBl. I S. 1001), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 08.12.2017 (BGBl. I S. 3882)
AVV/AVV-Kennzeichnung	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen vom 24.04.2020 (Banz AT v. 30.04.2020, S. 1 bis 18)
AwSV	Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen vom 18.04.2017 (BGBl. I S. 905)
BauGB	Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 03.11.2017 (BGBl. I S. 3634), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 27.03.2020 (BGBl. I S. 587)
BauO NRW	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.07.2018 (GV. NRW. 2018, 421), zuletzt geändert durch Art. 13 des Gesetzes vom 14.04.2020 (GV. NRW. S. 218b)
BayBO	Bayerische Bauordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.08.2007 (GVBl. 2007, 588), zuletzt geändert durch § 3 des Gesetzes vom 24.07.2019 (GVBl. S. 408)
BBodSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundesbodenschutzgesetz – BBodSchG) vom 17.03.1998 (BGBl. I S. 502), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 3 der Verordnung vom 27.09.2017 (BGBl. I S. 3465)
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 08.04.2019 (BGBl. I S. 432)
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 04.03.2020 (BGBl. I S. 440)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWaldG	Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft (Bundeswaldgesetz) vom 02.05.1975 (BGBl. I S. 1037), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 17.01.2017 (BGBl. I S. 75)
DIBt-Richtlinie	Richtlinie »Einwirkungen und Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung« des Deutschen Instituts für Bautechnik, Fassung 10/2012, Schriften des Deutschen Instituts für Bautechnik, Reihe B, Heft 8, korrigierte Fassung 03/2015
DVOR	»Doppler Very High Frequency Omnidirectional Radar Range« = Doppler-Ultrakurzwellen-Drehfunkfeuer
EEG 2017	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 20.11.2019 (BGBl. I S. 1719)
FStrG	Bundesfernstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.06.2007 (BGBl. I S. 1206), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 03.03.2020 (BGBl. I S. 433)
HBO	Hessische Bauordnung in der Fassung vom 28.05.2018 (GVBl. 2018, 198), zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes vom 07.05.2020 (GVBl. S. 318)

LAI-Hinweise	Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen (WKA) der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI), Stand: 30.06.2016
LANUV	Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen
LuftVG	Luftverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.05.2007 (BGBl. I S. 698), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 22.04.2020 (BGBl. I S. 840)
MHKBG NRW	Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen
MU Nds.	Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz
MULNV NRW	Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz
MW	Megawatt
MWIDE	Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen
RAL-Farben	Normierte Farben, die die RAL gGmbH (Tochterunternehmen der RAL Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung) erstellt und verwaltet
TA Lärm	Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) vom 26. August 1998 (GMBl Nr. 26/1998 S. 503), zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 01.06.2017 (BAnz AT 08.06.2017 B5)
VG	Verwaltungsgericht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 5 des Gesetzes vom 21.06.2019 (BGBl. I S. 846)
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 04.12.2018 (BGBl. I S. 2254)
WKA-Schatten-wurfhinweise	Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windkraftanlagen (WKA-Schattenwurfhinweise) der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI), Aktualisierung 2019

Zusammenfassung

Können Windenergieanlagen an Land in Deutschland ohne Typenfestlegung genehmigt werden? Diese Frage stellte sich in den letzten Jahren nicht zuletzt deshalb, weil die verfahrensrechtliche Einordnung einer Typenänderung nach Genehmigungserteilung durch Behörden und Gerichte unterschiedlich ausfällt. Gegenstand einer typenunabhängigen Genehmigung wäre kein konkreter Anlagentyp, sondern eine Windenergieanlage, deren Konfiguration bestimmte Parameter einhalten muss. Es entsteht eine Spannbreite möglicher Anlagen, innerhalb derer der Genehmigungsinhaber den zu bauenden Anlagentyp zu einem späteren Zeitpunkt wählen und festlegen könnte. Anhand verschiedener Methoden wurden im Rahmen des Projekts sowohl rechtswissenschaftliche als auch fachliche Aspekte einer solchen typenunabhängigen Genehmigung untersucht. Mittels Auswertung einschlägiger Literatur, veröffentlichter Genehmigungen sowie Genehmigungsentwürfen und relevanter Rechtsprechung wurden rechtliche sowie fachliche Herausforderungen einer typenunabhängigen Genehmigung zusammengestellt und erörtert. Neben laufenden Gesprächen und Interviews zu fachlichen Fragen, wurden ab Januar 2020 insgesamt 18 leitfadengestützte[1] Fachgespräche mit Genehmigungsbehörden, Projektierern und Anwälten geführt, um bisher erarbeitete Erkenntnisse zu diskutieren und durch Erfahrungen aus der Praxis zu bereichern.

Die rechtliche Untersuchung geht vom derzeit geltenden Rechtsrahmen aus. Die Änderung etwaiger relevanter Rechtsänderungen wurde nicht in Betracht gezogen. Auf dieser Grundlage ist zunächst klarzustellen, dass die Loslösung von einer konkreten Anlagenkonfiguration nicht dazu führen darf, dass von der Prüfung genehmigungsrelevanter Aspekte vor Erteilung der Genehmigung abgesehen wird; auch eine Verlagerung durch Nebenbestimmungen ist nicht möglich (Kapitel 3.1). Dem Gebot hinreichender Bestimmtheit kann eine typenunabhängige Genehmigung entsprechen (Kapitel 3.3.1). Die Erfüllung materiell-rechtlicher Genehmigungsvoraussetzungen hängt in besonderem Maße von fachlichen Überprüfungen ab, sodass es insoweit auf deren Durchführbarkeit und Aussagekraft ankommt. Ohne typenspezifische Angaben ergeben sich hierbei insbesondere im Bereich Schall sowie Standorteignung (Turbulenzen) Schwierigkeiten, da entsprechende Gutachten nach heute gängiger Methode technische Daten zum Anlagentyp erfordern (siehe hierzu die Kapitel 3.3.2 und 3.3.4). Um hier ein sinnvolles Verfahren für eine Typenoffenheit zu finden, müssten weitere Untersuchungen angestellt werden. Generell müssten Gutachten für typenunabhängige Genehmigungen aufgrund der nicht vorliegenden typenspezifischen Daten mit selbst erarbeiteten Daten bzw. Werten arbeiten. Da in diesen Gutachten jeweils ein Worst Case zugrunde gelegt werden müsste, ziehen sie Betriebseinschränkungen nach sich, um auf der sicheren Seite zu sein und um eine Genehmigungsfähigkeit zu erreichen. Dieses Vorgehen könnte wiederum zu einer Unwirtschaftlichkeit des zu genehmigenden Windenergievorhabens führen. Eine Beurteilung auf Grundlage des Worst Case kann zudem dazu führen, dass bei einem Zurückbleiben hinter dem Worst Case z. B. Kontingente im Bereich Schall und Schatten blockiert werden und es damit zu einer nicht optimalen Flächennutzung kommt. Derartige, als Folgeprobleme der Typenunabhängigkeit eingestufte Konsequenzen, haben aber keine Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit (siehe hierzu Kapitel 3.4).

Ob eine typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen tatsächlich die erhoffte Flexibilität für ein Windenergieprojekt bringt, konnte in diesem Projekt nicht einheitlich beantwortet werden. Sollte dieser Ansatz weiterverfolgt werden, erscheint es zur weiteren Klärung und zum Sammeln wertvoller Erfahrungen sinnvoll, die überwiegend theoretisch geführte Diskussion durch praktische Elemente anzureichern (z. B. Testlauf eines typenunabhängigen Genehmigungsverfahrens).

Das Projekt hatte eine Laufzeit von 12 Monaten und startete im Juli 2019. Mit einer Förderquote von 63 % wurde das Projekt von der Deutschen Bundesstiftung Umwelt (DBU) mit Aktenzeichen 34338/01 unterstützt. Zudem haben die Länder Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz das Projekt finanziell gefördert.

1 Siehe Leitfaden der Fachgespräche in Anhang 1.

1 Einleitung

Ausgangssituation

Einleitend ist zunächst zu klären, was mit den Begriffen »typenunabhängige Genehmigung« oder »typenoffene Genehmigung«[2] gemeint ist. Momentan bezieht sich der Antrag auf Erteilung einer Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) für Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage auf einen konkreten Anlagentyp, der auch im späteren Genehmigungsbescheid bezeichnet wird. Diesen starken Bezug der Genehmigung zu einem konkreten Anlagentyp sucht die typenunabhängige Genehmigung aufzulösen. Denkbar ist das zunächst dadurch, dass – ausgehend von einer typengebundenen Genehmigung – lediglich die Typenbezeichnung weggestrichen und die zuvor durch sie konkretisierte Anlage nun durch Beschreibung der einzelnen, sich hinter der Typenbezeichnung versteckenden Parameter[3] definiert wird. Eine solche Genehmigung wäre insofern bereits weitgehender, da ihr Gegenstand jede Windenergieanlage wäre, die der konkreten Konfiguration entspräche und nicht mehr bloß eine dieser konkreten Konfiguration entsprechende Anlage eines bestimmten Typs. Den mit einer typenunabhängigen Genehmigung verfolgten Zielen (s. sogleich) wäre auf Grund des Festhaltens einer derartigen Genehmigung an einer konkreten Anlagenkonfiguration allerdings kaum gedient.[4] Hierzu ist es vielmehr erforderlich, sich nicht nur von einem Anlagentyp, sondern auch von einer konkreten Anlagenkonfiguration zu lösen. Das könnte erreicht werden, indem der Gegenstand der Genehmigung derart umschrieben wird, dass er eine Windenergieanlage darstellt, deren Parameter sich innerhalb festgelegter Grenzen bewegen müssen. Um von der Genehmigung erfasst zu sein, müssten sich die einzelnen Parameter der später zu errichtenden Windenergieanlage innerhalb dieser festgelegten Grenzen halten. Auf diese Weise würde gewissermaßen eine Spannbreite (bzw. eine Hülle oder ein Rahmen[5]) möglicher Anlagenkonfigurationen entstehen. Diese auf die Anlagenkonfiguration bezogene Spannbreite ergibt sich wiederum aus mehreren, auf die einzelnen Parameter bezogenen Spannbreiten bzw. Bandbreiten. Wenn im Folgenden von Spannbreite die Rede ist, meint das aber stets die »Gesamt-Spannbreite« möglicher Anlagenkonfigurationen, deren Parameter sich innerhalb der festgelegten Grenzen bewegen. Die Festlegung dieser Grenzen könnte entweder durch Definition von Ober- und Untergrenzen erfolgen, z. B.: Genehmigung von Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage mit einer Gesamthöhe von x m bis x + 10 m, einem Rotorradius von y m bis y + 5 m, usw. Je weiter die Grenzen hierbei auseinanderliegen, desto höher dürfte wohl auch die Anzahl möglicher Anlagenvarianten sein. Besonders weitgehend wäre daher die Festlegung von Grenzen für Anlagenparameter lediglich durch Definition von Obergrenzen (Maximalwerte), z. B.: Genehmigung von Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage mit einer Gesamthöhe von max. 250 m, einem Rotorradius von max. 85 m usw. Auch in diesem Fall besteht theoretisch eine Untergrenze (Null), die allerdings nicht ausdrücklich festgelegt werden würde. Die Festlegung der Grenzen für die einzelnen Parameter würde der Antragsteller bereits in seinem Antrag vornehmen. Auch wenn die so gebildete Spannbreite möglicher Anlagen theoretisch beliebig groß sein könnte, wäre sie in der Praxis möglicherweise von überschaubarem Umfang. Dies beruht auf der Annahme, dass Vorhabenträger unter Berücksichtigung der Gegebenheiten vor Ort und gegebenefalls absehbarer Marktentwicklungen eine relativ konkrete Vorstellung davon haben dürften, welche Konfiguration eine beabsichtigte Anlage an einem anvisierten Standort in etwa haben wird. Gegebenenfalls könnte die Anlage zumindest einer Anlagenklasse zugeordnet werden, d. h. einer Gruppe unterschiedlicher Anlagen, deren Dimensionen – typischerweise hinsichtlich des Rotordurchmessers, der Nabenhöhe und/oder der Nennleistung – vergleichbar sind.

2 Die Worte typenunabhängig und typenoffen werden im Folgenden synonym und als Gegenteil von »typengebunden« verwendet.

3 Parameter meint die zur Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit erforderlichen Werte, d. h. zum einen solche, die die Dimension einer Anlage (z. B. Nabenhöhe, Rotordurchmesser) und zum anderen solche, die das Maß hervorrufbarer Beeinträchtigungen beschreiben (z. B. Schallleistungspegel).

4 Hinzu kommt, dass es praktisch wohl kaum Anlagen unterschiedlichen Typs gibt, die die gleiche Konfiguration aufweisen.

5 Kein Fall einer Rahmengenehmigung gem. § 6 Abs. 2 BImSchG.

Keine typenunabhängige Genehmigung stellen dagegen Konstruktionen dar, die als Alternativen- oder Variantengenehmigung bezeichnet werden.[6] Eine Alternativengenehmigung genehmigt Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage eines bestimmten Typs und alternativ eines anderen, ebenfalls bestimmten Typs. Beide Alternativen stellen hierbei durch eine Typenbezeichnung konkretisierte Anlagenkonfigurationen dar. Entsprechendes gilt für eine Variantengenehmigung, mit dem Unterschied, dass Gegenstand der Genehmigung eine von mindestens drei verschiedenen Anlagentypen sein kann.

Von einer typenunabhängigen Genehmigung werden mehr Flexibilität und eventuell auch Zeitersparnisse auf Seiten der Antragsteller erwartet. Der Zeitraum zwischen Antragstellung und Baubeginn hat sich in den letzten Jahren erheblich verlängert. Ursachen hierfür sind u. a. erhöhte Genehmigungsanforderungen und vermehrte Klageverfahren.[7] Statt dem ursprünglich beantragten und genehmigten Anlagentyp, gibt es zum Zeitpunkt des Baubeginns möglicherweise bereits einen neueren, effektiveren; im ungünstigsten Fall ist der genehmigte Typ gar nicht mehr auf dem Markt erhältlich bzw. es kommt zu Lieferschwierigkeiten. Durch die zeitige Festlegung auf einen Anlagentyp im Genehmigungsverfahren haben Projektentwickler wenig Spielraum, flexibel auf sich im Laufe des Genehmigungsverfahrens abzeichnende Fortschritte und technische Änderungen sowie herstellerseitige Insolvenzen und Lieferengpässe zu reagieren. Zwar ist es möglich, den Anlagentyp während des Verfahrens oder auch nach einer bereits erteilten Genehmigung zu ändern. Damit werden aber in der Regel weitere finanzielle und zeitliche Ressourcen erforderlich. Die Änderung des Anlagentyps nach Erteilung einer Genehmigung kann grundsätzlich als Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG), Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG) oder Neugenehmigung (§ 4 BImSchG) eingeordnet werden. Da insoweit weder in behördlicher noch gerichtlicher Praxis einheitliche Linien erkennbar sind, ist die Typenänderung mit einem hohen Maß an Unsicherheit verbunden. Außerdem ist zu bedenken, dass zwar bei einer späteren Änderung des Anlagentyps der im Rahmen einer EEG-Ausschreibung erteilte Zuschlag nach Maßgabe von § 36f Abs. 2 EEG 2017 nicht entfällt. Dies soll aber keine Typenänderungen betreffen, die einer Neugenehmigung bedürfen.[8] Hier entfällt der Zuschlag. Durch Aussagen von Behördenvertretern und Projektierern ist bekannt, dass die Verfahren zur Typenänderung bereits heute einen erheblichen Zeit- und damit Kostenfaktor darstellen.

Bei kommunaler Beteiligung an Windparkprojekten bzw. bei Windenergieprojekten von Stadtwerken besteht die Notwendigkeit EU-konformer Ausschreibungen bzw. Vergabeverfahren für den Einkauf der Anlagen. Derartige Verfahren müssen zwangsläufig ohne Festlegung auf einen Anlagentyp stattfinden. Erst mit dem Ausschreibungsergebnis steht der genaue Anlagentyp fest, sodass erst ab diesem Zeitpunkt ein Antrag auf – nach heutigem Verfahren typengebundene – Genehmigung gestellt werden kann. Bei einer typenunabhängigen Genehmigung könnte bereits vor oder parallel zum Vergabeverfahren ein Genehmigungsverfahren betrieben werden, wenn sich das Vergabeverfahren dann auf die jeweilige Anlagenklasse bezieht, die genehmigt werden soll bzw. wurde. Die hierdurch erreichbare Zeitersparnis könnte auch die Einhaltung der Bindungsfristen erleichtern.

Vor dem Hintergrund der EEG-Ausschreibungen,[9] die für Windenergieanlagen mit dem EEG 2017 eingeführt wurden, hat sich die Realisierungsdauer (Zeitraum zwischen Genehmigung und Inbetriebnahme der Windenergieanlagen) nochmals verlängert[10] und der Bedarf nach Flexibilität in Bezug auf den Anlagentyp weiter zugenommen.

6 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 68.

7 Siehe hierzu BWE, Aktionsplan für mehr Genehmigungen von Windenergieanlagen an Land, S. 4 f.

8 Siehe zum Ganzen BT-Drs. 18/8860, S. 212; Endell/Quentin, in: B/G/G, EEG, 2020, § 36f Rn. 6 ff.; Clearingstelle EEG, Hinweis 2017/6; Operhalsky/Fechler, NVwZ 2017, 13, 16 f.

9 Ab dem 1.1.2017 genehmigte Windenergieanlagen können eine Förderung nach EEG 2017 nur nach erfolgreicher Teilnahme am Ausschreibungssystem erhalten, siehe hierzu u.a. FA Wind, EEG 2017 – Ausschreibungsspezifische Regelungen für Windenergieanlagen an Land; BWE, Ausschreibungen für Windenergie an Land.

10 FA Wind, Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2019, S. 10.

Es stellt sich somit die Frage, ob es möglich ist, eine Genehmigung für Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage ohne Festlegung auf eine durch einen Anlagentyp konkretisierte Anlagenkonfiguration zu erteilen und ob hiermit mehr Flexibilität im Rahmen des Genehmigungsregimes und damit gegebenenfalls auch für EU-konforme Vergabeverfahren erreicht werden könnte. Zudem stellt sich die Frage, ob dadurch Zeit gewonnen würde.

Zielsetzung

Ziel des Vorhabens war zum einen eine erste Bestandsaufnahme bei Genehmigungsbehörden und Anlagenbetreibern/-projektierern über den bisherigen Umgang mit typenunabhängigen Aspekten in Genehmigungsverfahren bzw. mit Aspekten, die zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung noch nicht feststehen. Zum anderen sollte ein Beitrag zur Klärung einzelner rechtlicher Aspekte einer typenunabhängigen Genehmigung geleistet werden. Hierzu wurden einzelne rechtliche Aspekte einer typenunabhängigen Genehmigung vertieft untersucht, z. B. Anforderungen an die Bestimmtheit einer Genehmigung oder Minimierungspflichten aus dem Natur- und Artenschutzrecht und die Frage, ob sich diese mit einer Worst-Case-Betrachtung in Einklang bringen lassen. Zusätzlich wurde zur Problemeinordnung der Rechtsrahmen für eine Typenänderung bei den bisherigen typenabhängigen Genehmigungen untersucht und aufgezeigt. Hierzu gibt es divergierende Wertungen in der Rechtsprechung.[11]

Ferner war aus rechtswissenschaftlicher Sicht eine Klärung zu finden wie und wann Anzeigepflichten vor dem Beginn des Baus einer Windenergieanlage zu erfolgen haben und wie eine Prüfung der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen erfolgen kann.

Auf diese Weise wurden innerhalb des Projekts Vor- und Nachteile einer typenunabhängigen Genehmigung aufgearbeitet.

Aufgabenstellung

Es sollten sowohl rechtliche als auch fachliche Hindernisse für eine typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen zusammengestellt werden. Hierbei ging es in erster Linie um ein akteursneutrales Aufzeigen von Machbarkeit sowie Vor- und Nachteilen einer typenunabhängigen Genehmigung. Bereits an dieser Stelle ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es aufgrund der Komplexität der Thematik und des begrenzten Bearbeitungszeitraums nicht möglich war, innerhalb des Projekts eine umfassende Klärung sämtlicher Aspekte (rechtlicher, technischer und fachlicher Natur) zu erarbeiten. Dieser Abschlussbericht versteht sich daher als ein weiterer Fachbeitrag zur Diskussion um eine typenunabhängige Genehmigung bei Windenergieanlagen.

Im Einzelnen sollten die verwaltungs- und fachrechtlichen Anforderungen an die Genehmigung einer Windenergieanlage aufgearbeitet und mögliche Schwierigkeiten bei der Prüfung dieser Anforderungen aufgezeigt werden. Vorgaben des Fachrechts begründen meist ein Erfordernis fachlicher Untersuchungen. In dieser Hinsicht sollten die relevanten Fachbelange für eine typenunabhängige Genehmigung zusammengestellt werden sowie Probleme und etwaige Lösungsansätze aufgezeigt werden. Basierend auf ersten Erkenntnissen der rechtlichen und fachlichen Untersuchungen, sollte ein Leitfaden entwickelt werden, auf dessen Grundlage ca. 20 Interviews/Fachgespräche mit ausgewählten Fachleuten (Genehmigungsbehörden, Projektierern und gegebenenfalls weiteren Akteuren) geführt werden sollten. Zudem sollte der allgemeine genehmigungsrechtliche Rahmen für eine Typenänderung zusammengestellt und aufgearbeitet werden.

11 Vgl. etwa OVG Koblenz, Urt. v. 03.08.2016 – 8 A 10377/16, das die Änderung des Anlagentyps von Windenergieanlage als wesentliche Änderung i. S. d. § 16 BImSchG einordnete, insb. wegen zu erwartender Turbulenzeffekte; VGH München, Beschl. v. 11.08.2016 – Az. 22 CS 16.1052, der eine Typenänderung mit geringeren Umweltauswirkungen als anzeigepflichtige Änderung i. S. d § 15 BImSchG ansah.

2 Zusammenstellung allgemeiner Rechtsrahmen für Typenänderung

Mit Typenänderung ist der Wechsel von einem beantragten bzw. genehmigten auf einen anderen Windenergieanlagentyp gemeint. Ein entsprechendes Bedürfnis hierfür kann sich aus unterschiedlichen Gründen ergeben. In rechtlicher Hinsicht ist dabei zwischen Typenänderungen vor Genehmigungserteilung und solchen nach Genehmigungserteilung zu unterscheiden. Im Folgenden soll der Fokus auf letzterer Konstellation liegen.

Im Mittelpunkt steht hierbei das immissionsschutzrechtliche Änderungsregime mit der Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG) und der Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG). Bei weitreichenden Änderungen kann auch die Einholung einer Neugenehmigung (§ 4 Abs. 1 BImSchG) erforderlich sein. Die Typenänderung von Windenergieanlagen wird dabei nicht einheitlich einer dieser Kategorien zugeordnet; behördliche und gerichtliche Praxis machen bei deren Einordnung vielmehr von der ganzen Bandbreite Gebrauch. Daher kommt es maßgeblich auf die Abgrenzung zwischen genehmigungsbedürftiger Änderung und Neuerrichtung sowie zwischen anzeigepflichtiger und genehmigungsbedürftiger Änderung an.

2.1 Änderungs- und Neuerrichtungsregime im BImSchG

Das Änderungsregime der §§ 15, 16 BImSchG unterscheidet zwischen unbedeutenden und damit nicht anzeigepflichtigen Änderungen, anzeigepflichtigen Änderungen (§ 15 Abs. 1 BImSchG) und genehmigungspflichtigen Änderungen (§ 16 Abs. 1 BImSchG).[12] Erstere spielen bei der Typenänderung einer Windenergieanlage – soweit ersichtlich – keine Rolle; einen Schwerpunkt bildet aber die Abgrenzung zwischen anzeigepflichtiger (§ 15 Abs. 1 BImSchG) und genehmigungspflichtiger Änderung (§ 16 Abs. 1 BImSchG). Ausgangspunkt beider Alternativen ist gemäß §§ 15, 16 BImSchG die »*Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage*«. Bezugsmaßstab einer Änderung ist die Anlage in ihrer gestatteten Form, die insbesondere durch die betreffende Ausgangsgenehmigung und etwaige Änderungsgenehmigungen (§ 16 BImSchG)[13] definiert wird,[14] auf den tatsächlichen Zustand kommt es dagegen grundsätzlich nicht an.[15] Die Abgrenzung zwischen § 15 Abs. 1 BImSchG und § 16 Abs. 1 BImSchG vollzieht sich anhand der möglichen[16] immissionsschutzrechtlichen Auswirkungen der Änderung.[17] Während es zur Bejahung einer Anzeigepflicht gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 BImSchG ausreicht, dass »*sich die Änderung auf in § 1 [BImSchG] genannte Schutzgüter auswirken kann*«,[18] bedarf es einer Änderungsgenehmigung gemäß § 16 Abs. 1 BImSchG nur dann »*(…), wenn durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 erheblich sein können (wesentliche Änderung)*«.

Eine Typenänderung von Windenergieanlagen ist in aller Regel wegen möglicher Wirkungen auf die Schutzgüter des § 1 BImSchG zumindest anzuzeigen. Ob eine Änderungsgenehmigung erforderlich ist, entscheidet die

12 Siehe hierzu erläuternde Übersicht bei Führ, in: F, GK-BImSchG, § 15 Rn. 43.

13 Soweit vorhanden, können auch weitere, i. R. v. § 4 BImSchG rechtlich relevante Vorgänge Bedeutung für die Genehmigungssituation haben, z. B. fortgeltende gewerberechtliche Genehmigungen nach § 67 Abs. 1 BImSchG, nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG (siehe hierzu mit weiteren Beispielen Führ, in: F, GK-BImSchG, § 15 Rn. 73).

14 In der Literatur ist umstritten, ob dieser Bezugsmaßstab um Änderungen zu ergänzen ist, die keiner Genehmigung bedürfen, sondern lediglich nach § 15 Abs. 1 BImSchG anzeigepflichtig sind (dies bejahend Führ, in: F, GK-BImSchG, § 15 Rn. 74 ff.; a. A. Jarass, BImSchG, § 15 Rn. 14; Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 65. EL 2012, § 15 BImSchG Rn. 44).

15 Jarass, BImSchG, § 15 Rn. 14; Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 65. EL 2012, § 15 BImSchG Rn. 36.

16 Zu § 15 Abs. 1 BImSchG siehe z. B. Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 65. EL 2012, § 15 BImSchG Rn. 34 (geringe, nicht zu vernachlässigende Wahrscheinlichkeit); zu § 16 Abs. 1 BImSchG siehe z. B. OVG Münster, Beschl. v. 08.11.2016 – 8 B 1395/15, juris Rn. 39; Reidt/Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 61. EL 2011, § 16 Rn. 86 (Möglichkeit nach dem Maßstab praktischer Vernunft).

17 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 14 f.

18 Kann sich die Änderung dagegen offensichtlich nicht auf Schutzgüter des § 1 BImSchG auswirken, liegt eine unbedeutende, nicht einmal anzeigepflichtige Änderung vor (Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 65. EL 2012, § 15 BImSchG Rn. 35; Führ, in: F, GK-BImSchG, § 15 Rn. 115).

Behörde unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats nachdem die Anzeige bei ihr eingegangen ist (§ 15 Abs. 2 S. 1 BImSchG). Teilt sie dem Vorhabenträger mit, dass sie die Voraussetzungen einer genehmigungsbedürftigen Änderung nicht als gegeben ansieht, oder äußert sie sich nicht rechtzeitig, darf der Vorhabenträger die Änderung grundsätzlich vornehmen (§ 15 Abs. 2 S. 2 BImSchG). Bleibt es bei einer Änderungsanzeige, sagt dies aber noch nichts darüber aus, ob sich möglicherweise aus anderen Rechtsvorschriften (insbesondere Baurecht) ein Genehmigungsbedürfnis ergibt.[19] Nicht selten kommt es daher in der Praxis vor, dass freiwillig eine Änderungsgenehmigung beantragt wird (§ 16 Abs. 4 BImSchG). Gesetzlich gefordert ist die Änderungsgenehmigung dagegen nur im Falle einer wesentlichen Änderung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG. Die hier maßgeblichen Merkmale der Nachteiligkeit und der Erheblichkeit möglicher immissionsschutzrechtlicher Auswirkungen machen aus einer lediglich anzeigepflichtigen eine wesentliche und somit genehmigungsbedürftige Änderung.[20] Maßstab für die Beurteilung der Nachteiligkeit bildet – wie bei der Feststellung der Änderung an sich – der gestattete Zustand der Anlage.[21] Die Schwelle der Erheblichkeit für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG22 ist erreicht, wenn sich die möglichen Auswirkungen der Änderung auf die Erfüllung der immissionsschutzrechtlichen Pflichten beziehen.[23] Liegen zwar nachteilige Auswirkungen vor, sind diese aber offensichtlich gering und die Erfüllung der Anforderungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sichergestellt, ist eine Änderungsgenehmigung nicht erforderlich (§ 16 Abs. 1 S. 2 BImSchG).

Vorgaben zum materiellen Maßstab und zum Gegenstand der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit finden sich in § 16 BImSchG nicht ausdrücklich. Aus dem Ineinandergreifen von Erst- und Änderungsgenehmigung folgt aber, dass die Prüfungs- bzw. Genehmigungsmaßstäbe identisch sind, sodass es insoweit auf die Vorgaben des § 6 Abs. 1 BImSchG ankommt.[24] Im Gegensatz zur Frage der Genehmigungsbedürftigkeit erlangen nun auch sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) Bedeutung.[25] Maßgeblicher Sach- und Rechtstand ist hierbei derjenige zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Änderungsantrag.[26] Ausgehend von Sinn und Zweck einer Änderungsgenehmigung – Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen durch die geänderte Anlage[27] – sind nur solche Anlagenteile Prüfungsgegenstand, bezüglich derer infolge der Änderung die Genehmigungsfrage neu aufgeworfen wird.[28] Das umfasst zunächst die Teile der Anlage, die geändert werden sollen, aber auch etwaige unveränderte Teile, sofern sich die Änderung auf sie auswirkt.[29] Im Falle einer Typenänderung einer Windenergieanlage sind somit nur die Unterschiede zwischen dem bisherigen und dem neuen Anlagentyp Gegenstand der Prüfung, mithin solche Belange, die unmittelbar erstmals oder stärker durch die Änderung betroffen sind.[30] Eine vollumfängliche Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen bezüglich der gesamten Anlage ist dagegen nur im Falle einer Neugenehmigung i. S. d. § 4 BImSchG erforderlich. Keine Änderung mehr, sondern eine solche Neugenehmigung nach § 4 BImSchG auslösende Neuerrichtung liegt vor, wenn keine Identität mehr zwischen geänderter und bisheriger Anlage besteht[31] oder der Kernbestand der Anlage derart grundlegend geändert wird, dass sich der Charakter der (Gesamt-)Anlage verändert.[32] Ob eine Typenänderung von Windenergieanlagen eine genehmigungspflichtige Änderung (§ 16 BImSchG) oder Neuerrichtung (§ 4 BImSchG) darstellt, hängt somit davon ab, wie sehr sich der neue vom bisherigen Typ unterscheidet. Wird die Typenänderung als Neuerrichtung eingestuft, folgt aus

19 Vgl. OVG Saarlouis, Beschl. v. 05.06.2019 – 2 B 326/18, juris Rn. 29; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 15 f.

20 Auch hier geht es um Auswirkungen auf die Schutzgüter des § 1 BImSchG (Jarass, BImSchG, § 16 Rn. 10).

21 Führ, in: F, GK-BImSchG, § 16 Rn. 46; Jarass, BImSchG, § 16 Rn. 6.

22 Etwaige, für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG relevante Auswirkungen spielen für die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit dagegen keine Rolle (Jarass, BImSchG, § 16 Rn. 10; vgl. BVerwG, Urt. v. 15.11.1991 – 4 C 17/88, juris Rn. 10).

23 BVerwG, Urt. v. 06.07.1984 – 7 C 71/82, juris Rn. 14 (Genehmigungsfrage muss erneut aufgeworfen werden); Reidt/Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 61. EL 2011, § 16 Rn. 80.

24 Führ, in: F., GK-BImSchG, § 16 Rn. 103.

25 Reidt/Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 61. EL 2011, § 16 BImSchG Rn. 157; Reidt, NVwZ 2017, 356, 360.

26 Reidt/Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 61. EL 2011, § 16 BImSchG Rn. 158; Führ, in: F, GK-BImSchG, § 16 Rn. 106; Jarass, BImSchG, § 16 Rn. 35.

27 BVerwG, Urt. v. 21.08.1996 – 11 C 9/95, juris Rn. 34; Reidt, NVwZ 2017, 356, 360.

28 Jarass, BImSchG, § 16 Rn. 31; Reidt/Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 61. EL 2011, § 16 BImSchG Rn. 165.

29 BVerwG, Urt. v. 21.08.1996 – 11 C 9/95, juris Rn. 34; BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 7 C 36/11, juris Rn. 38; Jarass, BImSchG, § 16 Rn. 31 f.; Führ, in: F, GK-BImSchG, § 16 Rn. 87.

30 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 15.

31 Führ, in: F, GK-BImSchG, § 16 Rn. 56.

32 Reidt/Schiller, in: L/R, Umweltrecht, 61. EL 2011, § 16 BImSchG Rn. 32.

dem Erfordernis der erneuten vollumfänglichen Prüfung ein hoher Aufwand für alle Beteiligten; zudem gewährt eine Neugenehmigung Dritten ein vollumfängliches und grundlegendes Klagerecht.[33] Hinzu kommt, dass die Erteilung einer Neugenehmigung im Gegensatz zu einer Änderungsgenehmigung dazu führt, dass ein etwaiger bereits erteilter Zuschlag auf EEG-Förderung entfällt (siehe § 36f EEG 2017).[34]

2.2 Einordnung der Typenänderung bei Windenergieanlagen durch die Rechtsprechung

Sowohl die rechtliche Einordnung einer Typenänderung einer genehmigten Windenergieanlage an sich, als auch die Bestimmung des materiellen Prüfungsumfangs bei Annahme einer Änderungsgenehmigungspflicht fallen in der Rechtsprechung sehr unterschiedlich aus.[35] So wird in einigen Fällen mangels nachteiliger Auswirkungen auf immissionsschutzrechtlich geschützte Güter eine Änderungsanzeige nach § 15 Abs. 1 BImSchG als ausreichend angesehen.[36] In anderen Entscheidungen wird die Typenänderung dagegen als wesentliche Änderung eingestuft und dementsprechend eine Änderungsgenehmigungspflicht nach § 16 Abs. 1 BImSchG angenommen.[37] Von einer Genehmigung kann nämlich nur dann abgesehen werden, wenn sicher und ohne weitere Prüfung »offensichtlich« feststeht, dass die Typenänderung keine oder nur geringe negative Auswirkungen auf die Schutzgüter des BImSchG hat. Sofern diese Beurteilung eine nähere Prüfung erfordert (weitere Gutachten, schalltechnische Typvermessung etc.) bzw. Zweifel an der Geringfügigkeit bestehen, fehlt es an dieser Offensichtlichkeit.[38] Auch dies wird aber uneinheitlich gehandhabt.[39] Unterschiede bestehen ebenso beim maßgeblichen Prüfungsumfang der Genehmigungsfähigkeit der Änderung.[40] Sehr weitgehend sind insoweit aktuelle Entscheidungen des VGH München, nach denen eine Typenänderung dazu führe, dass ein neues Vorhaben i. S. d. §§ 29 ff. BauGB vorliege, mit der Folge einer erneuten vollumfänglichen Prüfung der §§ 29 ff. BauGB im Rahmen der Änderungsgenehmigung.[41] Eine Neugenehmigung nach § 4 BImSchG wird in der Rechtsprechung eher selten gefordert, da eine Typenänderung meist nicht als hierfür erforderliche Änderung des Kernbestandes einer Anlage angesehen wird.[42]

Dass nicht jeder Fall einer Typenänderung gleichbehandelt wird, liegt daran, dass die rechtlichen Vorgaben in hohem Maße auf den Einzelfall bezogen sind und sich unbestimmter, ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe bedienen (z. B. nachteilig, erheblich, offensichtlich). Es gibt nicht die »eine Typenänderung«, sondern es ist stets ein Vergleich der Auswirkungen zwischen bisheriger und neuer Anlage anzustellen.[43] Daten zu Ausmaßen und Leistung einer Anlage kann hierbei eine Indizwirkung zukommen.[44] Die formale Einordnung der Typenänderung ist allerdings eine zentrale Weichenstellung für den Prüfungsumfang, die Existenz und den Umfang der Klagerechte Dritter und den Bestand der EEG-Förderung.[45] Ein einheitliches Vorgehen wäre äußerst wünschenswert,

33 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 15; gegen eine Änderungsgenehmigung können Dritte dagegen nur entsprechend der Beschränkung des Prüfungsgegenstandes vorgehen (Jarass, BImSchG, § 16 Rn. 70).

34 BT-Drs. 18/8860, S. 212; FA Wind, Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land, S. 14.

35 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 12; FA Wind, Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land, S. 15 ff.

36 VGH München, Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052 u. a., juris Rn. 40 ff.; VGH München, Beschl. v. 15.10.2012 – 22 CS 12.2110 u. a., juris Rn. 9.

37 VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 18.2572 u. a., juris Rn. 65; OVG Koblenz, Urt. v. 03.08.2016 – 8 A 10377/16, juris Rn. 55; OVG Weimar, Beschl. v. 01.06.2011 – 1 EO 69/11, juris Rn. 45.

38 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 15.

39 Siehe einerseits VGH München, Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052, juris Rn. 42 und andererseits OVG Koblenz, Urt. v. 03.08.2016 – 8 A 10377/16, juris Rn. 55.

40 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 12.

41 VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281 u. a., juris Rn. 48 und Beschl. v. 03.04.2019 – 22 CS 19.345 u. a., juris Rn. 30 ff.; Varga, KommP BY 2019, 213, 214; das kann in Bayern dazu führen, dass die sog. 10-H-Regel (Art. 82 Abs. 1 BayBO) nun – im Gegensatz zum ursprünglichen Genehmigungsverfahren – zu prüfen ist.

42 Z. B. VGH München, Beschl. v. 08.06.2015 – 22 CS 15.686, juris Rn. 35; a. A. VG Köln, Urt. v. 19.05.2016 – 13 K 4121/14, juris Rn. 94; OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.07.2013 – 12 ME 37/13, juris Rn. 14 (Repowering-Vorhaben); vgl. MWIDE/MULNV/MHKBG NRW, Windenergie-Erlass, Nr 5.1.1.

43 Vgl. VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281 u. a., juris Rn. 33.

44 Vgl. VGH München, Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052, juris Rn. 41.

45 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 12 f.

ist derzeit aber nicht absehbar; die Entwicklung der Behandlung der Thematik in der Rechtsprechung lässt eher Gegenteiliges befürchten.[46] Die Typenänderung ist für einen Vorhabenträger daher aktuell mit einem hohen Maß an Planungsunsicherheit verbunden. Bereits deshalb erscheint es sinnvoll, sich zur Vermeidung einer späteren Typenänderung und eines hierzu erforderlichen Änderungs- oder gar Neugenehmigungsverfahrens zu überlegen, wie der Bezug einer Genehmigung i. S. d. § 4 BImSchG von der durch einen Typ konkretisierten Anlagenkonfiguration gelöst oder zumindest gelockert werden könnte.

46 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 13.

3 Herausforderungen einer typenunabhängigen Genehmigung

Einleitend ist zunächst festzuhalten, dass keine im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens zu beachtende Rechtsvorschrift ausdrücklich die Angabe eines Anlagentyps fordert. Einer entsprechenden Anforderung wäre zumeist auch nur schwerlich nachzukommen, da es für die Mehrzahl von Anlagen, deren Errichtung und Betrieb einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen,[47] gar keine festgelegten Typen gibt. Derartige Anlagen sind in aller Regel individuelle Planungen, die nicht in Serie produziert werden.[48] Hier gibt es allenfalls für einzelne ihrer Bestand- und Bauteile bestimmte Typen. Der Gedanke, Windenergieanlagen typenunabhängig zu genehmigen entspricht folglich dem, was im Immissionsschutzrecht ansonsten durchaus üblich ist. Bei Windenergieanlagen haben vermutlich deren Serienproduktion und das damit einhergehende Vorhandensein von Typen dazu geführt, dass in der Genehmigungspraxis bereits im Genehmigungsantrag und in einem darauf folgenden Genehmigungsbescheid der betreffende Anlagentyp konkret benannt wird. Für die im Rahmen der Genehmigung anzustellenden Prüfungen kommt es aber nicht auf den Typ als solchen an, sondern auf die hinter dem Typ stehenden konkreten Ausmaße und Werte (z. B. Anlagenhöhe, Rotorblattdurchmesser, maximaler Schallleistungspegel).[49] Der Rückgriff auf den Anlagentyp stellt sich somit letztlich als eine Art Vereinfachung dar, da auf diese Weise bereits sämtliche für die Genehmigung relevanten Parameter konkret feststehen. Bei der Genehmigung einer Windenergieanlage, deren Ausmaße und sonstige Parameter nicht über einen bestimmten Anlagentyp feststehen, sondern sich innerhalb festgelegter Grenzen bewegen (z. B. Anlagenhöhe zwischen 230 m und 250 m oder max. Anlagenhöhe 250 m), steht während des Genehmigungsverfahrens also noch nicht fest, wie die am Ende zu errichtende Windenergieanlage tatsächlich beschaffen sein wird. Genau diese Flexibilität ist es gerade, die durch eine typenunabhängige Genehmigung erreicht werden soll. Diese Loslösung von einer konkreten Anlagenkonfiguration an sich und die damit verbundenen Unsicherheiten werden insbesondere bei solchen rechtlichen Anforderungen als Problem angesehen, die an die Ausmaße oder die Auswirkung des zu genehmigenden Vorhabens anknüpfen.

Im Folgenden sollen zunächst grundsätzliche Anforderungen an die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung dargestellt werden (Kapitel 3.1), bevor darauf eingegangen wird, ob die im Einzelnen zu beachtenden Genehmigungsvoraussetzungen auch ohne Festlegung auf eine konkrete Anlagenkonfiguration erfüllt werden können (Kapitel 3.3). Zudem wird erläutert, welche grundsätzliche Besonderheit sich ergibt, wenn Gegenstand der Genehmigung nicht mehr eine durch eine Typenbezeichnung konkretisierte Anlagekonfiguration, sondern eine Anlage sein soll, deren Konfiguration sich in einer näher bestimmten Spannbreite bewegt und wie mit ihr umgegangen werden kann (Kapitel 3.2). Neben der Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen hat die Durchführung eines typenunabhängigen Genehmigungsverfahrens bzw. der Erlass einer typenunabhängigen Genehmigung weitere Konsequenzen, die für eine Gesamtbetrachtung der Thematik ebenfalls bedeutsam sind (Kapitel 3.4). Abschließend werden einzelne weiterführende Ansätze grundlegend dargelegt, bezüglich derer allerdings keine vertiefte Untersuchungen im Rahmen dieses Projekts durchgeführt wurden (Kapitel 3.5).

47 Abschließende Aufzählung immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen in Anlage 1 der 4. BImSchV (§ 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG i. V. m. § 1 der 4. BImSchV).

48 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 68.

49 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 68.

3.1 Grundsätzliches zur behördlichen Prüfung der Genehmigungsfähigkeit

3.1.1 Vorgaben des § 6 Abs. 1 BImSchG

Gesetzliche Grundlage für die behördliche Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit von Errichtung und Betrieb einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage[50] bildet § 6 Abs. 1 BImSchG:

»Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn

1. *sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 und einer auf Grund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und*

2. *andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.«*

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, muss die Genehmigung erteilt werden; es handelt sich um eine gebundene Entscheidung.[51] Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen ist insoweit die letzte behördliche Entscheidung.[52] Die Beurteilung, ob die Erfüllung der immissionsschutzrechtlichen Pflichten »sichergestellt« ist (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) und öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes »nicht entgegenstehen« (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG), erfolgt anhand des gleichen Maßstabes.[53] Es darf kein vernünftiger Zweifel an der Einhaltung der Grundpflichten und der sonstigen Vorschriften bestehen; notwendig ist eine hohe Wahrscheinlichkeit hinsichtlich dieser Einhaltung.[54] Insbesondere immissionsschutzrechtliche Pflichten fordern allerdings regelmäßig nur hinreichende Wahrscheinlichkeiten, sodass Risiken insoweit nicht mit hoher, sondern mit hinreichender, der Verhältnismäßigkeit entsprechender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein müssen.[55] Verbleibende Zweifel gehen grundsätzlich zu Lasten des Antragstellers.[56] Auch ein typenunabhängiger Genehmigungsantrag muss der Behörde folglich Gewissheit über die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen in dargestelltem Umfang bieten. Andernfalls darf die Genehmigung nicht erteilt werden. Der Antragsteller muss insofern einen prüffähigen Antrag stellen.

3.1.2 Möglichkeiten und Grenzen des Gebrauchs von Nebenbestimmungen

Im Zusammenhang mit der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen spielen in der Behördenpraxis Nebenbestimmungen eine bedeutende Rolle.[57] Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG kann *»Die Genehmigung (…) unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen«.* In Verbindung mit dem gebundenen Anspruch auf Genehmigungserteilung ergibt sich hieraus folgendes: Die Behörde darf den Genehmigungsantrag nur dann ablehnen, wenn die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen auch nicht über Nebenbestimmungen sichergestellt werden kann.[58] Hierin wird zugleich die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen in Form von Bedingungen und Auflagen geregelt. Sie müssen erforderlich sein, um die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen (§ 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Die Behörde muss im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung hinreichend geprüft haben, ob die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt werden und ob es zur Sicherstellung – und gerade nicht zur Herstellung – dieser Erfüllung der Beifügung

50 Hierzu zählen Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m (Nr. 1.6 Anhang 1 der 4. BImSchV).

51 BT-Drs. 7/179, S. 31; BVerwG, Urt. v. 24.11.1994 – 7 C 25/93, juris Rn. 17; Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 1, 45; Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 6 Rn. 2.

52 Dies kann entweder die Genehmigungs- oder Widerspruchsentscheidung bilden, vgl. Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 5; Dietlein, in: L/R, Umweltrecht, 73. EL 2014, § 6 BImSchG Rn. 1.

53 Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 25; Dietlein, in: L/R, Umweltrecht, 73. EL 2014, § 6 BImSchG Rn. 28; Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 6 Rn. 28; a. A. Kotulla, in: Ders., BImSchG, 1. Lfg. 2004, § 12 Rn. 20.

54 Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 11, 25.

55 BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – I C 102/76, juris Rn. 33; OVG Münster, Urt. v. 01.06.2015 – 8 A 1487/14, juris Rn. 76; Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 11; Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 6 Rn. 19.

56 VGH München, Beschl. v. 02.06.2014 – 22 CS 14.739, juris Rn. 33; Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 12, m. w. N.

57 Bringewat, ZNER 2014, 441.

58 Storost, in: U/L/R, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 184. EL 2012, § 12 BImSchG Rn. D 10; Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 157.

von Nebenbestimmungen bedarf.[59] Nebenbestimmungen dürfen dagegen gerade nicht dazu eingesetzt werden, zunächst von der Prüfung bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen abzusehen und erst später (nach Genehmigungserteilung) zu untersuchen, ob sie durch Erfüllung einer Bedingung oder Auflage eingehalten werden.[60] Mit anderen Worten: Die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen darf nicht in Nebenbestimmungen verschoben werden.[61] Die Loslösung von einer konkreten Anlagenkonfiguration durch eine typenunabhängige Genehmigung und die Unsicherheit über konkrete Auswirkungen der später zu errichtenden Windenergieanlagen dürfen folglich nicht zum Anlass genommen werden, das Vorlegen genehmigungsrelevanter Nachweise im Wege einer Auflage auf einen Zeitpunkt nach Genehmigungserteilung zu verlegen. Ist insoweit keine verlässliche Prognose im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung möglich, ist die Genehmigung zu versagen.[62]

Nebenbestimmungen müssen zudem, wie der Genehmigungsbescheid selbst, hinreichend bestimmt sein.[63] Hieran scheitern Nebenbestimmungen, die dem Genehmigungsinhaber allgemein aufgeben, die relevanten rechtlichen Anforderungen zu beachten, z. B. keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder die Vorgaben der TA Lärm einzuhalten. Zwar kann eine Nebenbestimmung ein Ziel vorgeben; dieses muss allerdings präzise benannt werden.[64] Bloße Wiederholungen von im Gesetz enthaltenen Rechtsbegriffen oder Hinweise auf öffentlich-rechtliche Vorschriften reichen für die Erfüllung des Bestimmtheitsgebotes nicht aus.[65]

Zum Teil wird Nebenbestimmungen in Form eines Vorbehalts nachträglicher Auflagen gem. § 12 Abs. 2a S. 1 BImSchG eine wichtige Rolle im Zusammenhang mit einer typenunabhängigen Genehmigung beigemessen.[66] Allerdings darf auch dieses Instrument nicht zur Umgehung der bereits genannten Anforderungen führen. Die Norm ermöglicht der Behörde, die Genehmigung – im Einverständnis mit dem Antragsteller – mit dem Vorbehalt nachträglicher Auflagen zu erteilen, »*soweit hierdurch hinreichend bestimmte, in der Genehmigung bereits allgemein festgelegte Anforderungen an die Errichtung oder den Betrieb der Anlage in einem Zeitpunkt nach Erteilung der Genehmigung näher festgelegt werden sollen.*« Es geht lediglich um die Beifügung eines Detaillierungsvorbehalts für den Fall, dass im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung die Einhaltung bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, obgleich deren nähere Ausgestaltung – meist wegen fehlender Unterlagen – noch offen ist.[67] Auch der Rückgriff auf das Mittel des Auflagenvorbehalts erfordert somit, dass die Behörde keine vernünftigen Zweifel bezüglich der Erfüllung der betreffenden Genehmigungsvoraussetzung hat. Bei bestehenden relevanten Restzweifeln an der Genehmigungsfähigkeit ist ein solcher Auflagenvorbehalt dagegen nicht möglich.[68] Zu beachten ist, dass durch das spätere Gebrauchmachen von einem Auflagenvorbehalt durch die Behörde (Beifügung einer nachträglichen Auflage), ein der Genehmigungserteilung nachgelagertes Element entsteht, welches von betroffenen Dritten rechtlich angegriffen werden könnte.

Eine ergänzende Funktion zu § 12 Abs. 2a BImSchG hat das Nachreichen von Unterlagen gem. § 7 Abs. 1 S. 5 der 9. BImSchV.[69] »*Die Behörde kann zulassen, dass solche Unterlagen, deren Einzelheiten für die Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen der Anlage als solcher nicht unmittelbar von Bedeutung sind (…) bis zum Beginn der Errichtung oder der Inbetriebnahme der Anlage nachgereicht werden können.*« Nicht unmittelbar für die Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen bedeutsame Unterlagen in diesem Sinne sind dabei solche, die keine für die Zulassung der Anlage wesentlichen Punkte betreffen, oder solche, durch die bestimmte An-

59 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 100; Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 155.

60 Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 150.

61 Vgl. Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 153.

62 Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 152.

63 Jarass, BImSchG, § 12 Rn. 9; Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 12 Rn. 23.

64 Jarass, BImSchG, § 12 Rn. 10; vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 06.11.2012 – 12 ME 189/12, juris Rn. 10.

65 Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 12 Rn. 23; Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 163.

66 Vgl. FA Wind, Typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen an Land, S. 2 f.; Luther, Die typenunabhängige BImSchG-Genehmigung, F. 11.

67 Jarass, BImSchG, § 12 Rn. 47; Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 102; Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 12 Rn. 49.

68 Jarass, BImSchG, § 12 Rn. 47; Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 102; BT-Drs. 13/3996, S. 8.

69 Jarass, BImSchG, § 12 Rn. 47; vgl. BT-Drs. 13/3996, S. 8.

gaben lediglich nachweisbar abgesichert werden sollen, ohne dass sie von der Behörde grundsätzlich angezweifelt werden.[70] Als Beispiel nennt die Norm selbst den Bericht über den Ausgangszustand nach § 10 Abs. 1a BImSchG. In der Literatur wird zudem der Nachweis über die Standsicherheit der zu genehmigenden Anlage angeführt[71] (siehe hierzu auch Kapitel 3.3.4). Seine Grenze findet ein solches Nachreichen von Unterlagen zudem in § 10 Abs. 1 der 9. BImSchV, der die öffentliche Auslegung sämtlicher Unterlagen fordert, die Angaben über die Auswirkungen der Anlage auf die Nachbarschaft und die Allgemeinheit enthalten.[72] Derartige Unterlagen können nicht erst vor Baubeginn nachgereicht werden.

3.2 Prüfung der Genehmigungsfähigkeit für eine Spannbreite

Im Gegensatz zu einer typengebundenen, soll sich eine typenunabhängige Genehmigung nicht lediglich auf eine konkrete Anlagenkonfiguration beschränken, sondern auf eine Spannbreite beziehen (siehe Einleitung). Die hiermit erstrebte Flexibilität führt zwangsläufig dazu, dass im Genehmigungsverfahren in gewissem Maße Unsicherheit über die konkrete Konfiguration der später zu errichtenden Windenergieanlage besteht. Es steht lediglich fest, dass sie sich innerhalb der näher bestimmten Spannbreite bewegen muss, um von der Genehmigung umfasst zu sein. Grundsätzlicher Ansatz zur Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit bezogen auf eine solche Spannbreite stellt eine Worst-Case-Betrachtung dar.[73] Der Worst Case beschreibt in Bezug auf das jeweils zu prüfende Schutzgut die größtmögliche Beeinträchtigung. Geht die beeinträchtigende Wirkung z. B. von der Höhe einer Windenergieanlage aus, so bildet insoweit die höchste Anlage den Worst Case. In Abhängigkeit der für die Bestimmung einer Beeinträchtigung maßgeblichen Faktoren des betreffenden Schutzguts, kann die Definition des Worst Case durchaus schwierig sein (siehe hierzu die Ausführungen zu den einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen). Ein solcher Worst Case kann als konkrete Spezifikation Gegenstand einer Genehmigung und erforderlicher Prüfungen sein und ist dies auch bei typengebundenen Genehmigungsverfahren (z. B. beim Thema Schattenwurf[74]). Sinn und Zweck einer typenunabhängigen Genehmigung ist es aber nicht, eine Genehmigung ausschließlich für eine Worst-Case-Anlage zu erhalten. Die genehmigende Wirkung soll daneben auch alles umfassen, was hinter den jeweils angenommenen und zu Grunde gelegten Worst Cases zurückbleibt. Bezogen auf die Überprüfung fachrechtlicher Belange setzt das voraus, dass einer Überprüfung des entsprechenden Worst Case die Aussage entnommen werden kann, dass bei einem Zurückbleiben (hinter dem Worst Case) auch tatsächlich keine höheren Beeinträchtigungen auftreten. Die Beantwortung dieser Frage hängt von dem jeweiligen fachrechtlichen Aspekt ab und kann nicht pauschal beantwortet werden (s. hierzu Ausführungen innerhalb der einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen). Eine derartige Aussage ist grundsätzlich aber gerade Sinn und Zweck des Worst-Case-Ansatzes. Festzuhalten ist Folgendes: Die Ausfüllung insbesondere materiell-rechtlicher Genehmigungsvoraussetzungen erfordert in der Regel fachlichen Sachverstand. Können die erforderlichen Fachprüfungen und Gutachten auf Grundlage von Worst-Case-Szenarien durchgeführt bzw. erstellt werden, kann die Behörde auf dieser Grundlage eine Entscheidung über das Vorliegen der jeweiligen Genehmigungsvoraussetzung treffen. Die Machbarkeit einer typenunabhängigen Genehmigung hängt insoweit daher mehr davon ab, was fachlich und nicht was rechtlich möglich ist.[75] Genehmigt wäre am Ende die Errichtung und der Betrieb einer Anlage, deren Konfiguration sich innerhalb der festgelegten Parameter hält und die zu Grunde gelegten Worst-Case-Annahmen einhält. Bleibt der Inhaber einer typenunabhängigen Genehmigung am Ende dann hinter dem zurück, was er auf Grundlage der Genehmigung realisieren könnte, ändert das nichts an der ursprünglichen Genehmigungsfähigkeit. Auf Grundlage einer streng genehmigungsrechtlichen Sichtweise erscheint in einem solchen Fall daher auch keine nachträgliche Anzeige durch

70 Czajka, in: Fe, Bundesimmissionsschutzrecht, 178. EL 2013, § 7 der 9. BImSchV Rn. 16.

71 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 101; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67; Czajka, in: Fe, Bundesimmissionsschutzrecht, 178. EL 2013, § 7 der 9. BImSchV Rn. 16.

72 Roßnagel/Hentschel, in: F, GK-BImSchG, § 10 Rn. 211.

73 FA Wind, Typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen an Land.

74 Siehe Agatz, Windenergie Handbuch, S. 143 ff.

75 Dahingehend auch Agatz, Windenergie Handbuch, S. 63.

den Genehmigungsinhaber über die Konfiguration der am Ende errichteten Windenergieanlage oder gar eine entsprechende Konkretisierung der zunächst für eine Spannbreite erteilten Genehmigung erforderlich zu sein.[76] In jedem Fall gibt es aber andere – nicht genehmigungsbezogene – Gründe dafür, ein gewisses Maß an Klarheit über die Konfiguration der am Ende errichteten Anlage zu haben. So kann die Durchführung eines typenunabhängigen Genehmigungsverfahrens bzw. der Erlass einer typenunabhängigen Genehmigung Konsequenzen u. a. praktischer und wirtschaftlicher Art haben. Im Rahmen des Projektes wurde allerdings versucht, diese, als Folgewirkungen der Typenunabhängigkeit betrachteten Konsequenzen (Kapitel 3.4) von der Möglichkeit der Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen (Kapitel 3.1, 3.2, 3.3) möglichst zu trennen.

3.3 Erfüllung einzelner Genehmigungsvoraussetzungen

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die einzelnen genehmigungsrechtlichen Anforderungen der Erteilung einer typenunabhängigen Genehmigung von Windenergieanlagen entgegenstehen. Hierbei liegt der Fokus zunächst auf solchen Aspekten und Rechtsgebieten, innerhalb derer in der Diskussion um typenunabhängige Genehmigungen Probleme bzw. Schwierigkeiten gesehen werden. Einer knappen Darstellung der jeweiligen Grundlagen folgt die Auseinandersetzung mit möglichen Hindernissen sowie Lösungsansätzen. Anschließend werden weitere rechtliche Anforderungen betrachtet, die für die Genehmigung einer Windenergieanlage Bedeutung haben, deren Erfüllung im Rahmen einer typenunabhängigen Genehmigung aber – soweit ersichtlich – weniger problematisch sein dürfte (Kapitel 3.3.5); eine vertiefte Auseinandersetzung findet insoweit nicht statt.

3.3.1 Gebot hinreichender Bestimmtheit

Als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG muss die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gem. § 37 Abs. 1 VwVfG inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Das erfordert, dass deren Inhalt für die Beteiligten so vollständig und unzweideutig erkennbar sein muss, dass sie ihr Verhalten danach richten können.[77] Zum einen muss dem Inhaber der Genehmigung klar sein, was genau genehmigt wird und welchen Umfang die gestattende Wirkung hat, zum anderen müssen Dritte erkennen können, ob und inwieweit sie von dem genehmigten Vorhaben betroffen sind.[78] Im Einzelnen hängen die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit von den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden materiellen Rechts ab.[79] Ein Verstoß gegen das Gebot hinreichender Bestimmtheit kann die Rechtswidrigkeit oder gar die Nichtigkeit einer Genehmigung zur Folge haben.[80] Das allgemeine verwaltungsrechtliche Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit wird im Immissionsschutzrecht noch von § 21 Abs. 1 der 9. BImSchV konkretisiert (besondere Ausprägung),[81] dessen Nummer 3 die genaue Bezeichnung des Genehmigungsgegenstandes einschließlich des Standortes der Anlage im Genehmigungsbescheid fordert.[82] Der Verordnungsentwurf begründet die Vorgabe des § 21 Abs. 1 Nr. 3 der 9. BImSchV wie folgt:

»Ein Genehmigungsbescheid, der den Gegenstand der Genehmigung nur allgemein nach der Art und der örtlichen Lage der Anlage bestimmt, ohne näher – insbesondere durch Bezugnahme auf bestimmte Unterlagen des Antrags – festzulegen, für welche konkrete Anlage die Genehmigung gilt, erfüllt nicht die Erfordernisse der Genehmigung.«[83]

76 Siehe ausführlich hierzu unter Kapitel 3.4.

77 Ramsauer, in: K/R, VwVfG, § 37 Rn. 5

78 VG Potsdam, Urt. v. 09.10.2013 – 4 K 336/12, Rn 24; OVG Münster, Beschl. v. 20.09.2007 – 10 A 4372, juris Rn. 3; Stelkens, in: S/B/S, VwVfG, § 37 Rn. 28.

79 BVerwG, Urt. v. 20.04.2005 – 4 C 18/03, juris Rn. 53; BVerwG, Urt. V. 15.02.1990 – 4 C 41/87, juris Rn. 29; Ramsauer, in: K/R, VwVfG, § 37 Rn. 5.

80 Nichtigkeit erfordert einen schweren, offensichtlichen Verstoß; im Falle von Rechtswidrigkeit besteht die Möglichkeit der nachträglichen Heilung, siehe hierzu Ramsauer, in: K/R, VwVfG, § 37 Rn. 17 ff.

81 Dietlein, in: L/R, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 21 der 9. BImSchV Rn. 1; Czajka, in: Fe, Bundesimmissionsschutzrecht 178. EL 2013, § 21 der 9. BImSchV Rn. 8.

82 Anderen Vorgaben des § 21 der 9. BImSchV wird vorliegend keine relevante Bedeutung zugemessen.

83 BR-Drs. 526/76, S. 11 f., zitiert nach Laubinger, in: U/L/R, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 59. EL 1992, § 21 der 9. BImSchV Rn. B 310.

Dem ist zunächst zu entnehmen, dass auch eine typenunabhängige Genehmigung den genauen Anlagenstandort festlegen muss. Im Hinblick auf die Anlage selbst ist jedoch näher zu differenzieren. Eine Bezeichnung entsprechend denen des Katalogs der genehmigungsbedürftigen Anlagen der 4. BImSchV (bei Windenergieanlagen also: *»Anlagen zur Nutzung von Windenergie mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern«*) erscheint hiernach als zu allgemein und nicht ausreichend.[84] Dagegen erfüllt die Bezeichnung eines konkreten Anlagentyps ohne weiteres diese Anforderung, da sich hinter dieser Bezeichnung eine ganz konkrete Anlage verbirgt. Eine Genehmigung einer bestimmten Spannbreite könnte bei strenger Auslegung daher als unzureichend erscheinen, da ihr ein Anlagenbezug nicht in dem Maße wie bei einer typengebundenen Genehmigung bzw. einer dahinter stehenden konkreten Anlagenkonfiguration zukommt.[85] Gegenstand dieser Genehmigung wäre nicht eine einzige konkrete, sondern eine von mehreren möglichen Anlagen.

Fraglich ist, ob ein derart strenges Verständnis im Hinblick auf die Bestimmtheit einer Genehmigung zwingend ist. Zunächst ist dem BImSchG die Genehmigung eines Rahmens im Grunde nicht fremd. So kennt das Immissionsschutzrecht etwa die Figur der Mehrzweck- bzw. Vielstoffgenehmigung und regelt hierzu in § 6 Abs. 2 BImSchG:

»Bei Anlagen, die unterschiedlichen Betriebszwecken dienen oder in denen unterschiedliche Stoffe eingesetzt werden (Mehrzweck- oder Vielstoffanlagen), ist die Genehmigung auf Antrag auf die unterschiedlichen Betriebsweisen und Stoffe zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen nach Abs. 1 [Genehmigungsvoraussetzungen] für alle erfassten Betriebsweisen und Stoffe erfüllt sind.«

Nach Erteilung einer solchen sog. Rahmengenehmigung[86] nach § 6 Abs. 2 BImSchG ist der Anlagenbetreiber berechtigt, von der primär genehmigten Betriebsweise/den primär genehmigten Stoffen auf die anderen genehmigten Betriebsweisen/Stoffe zu wechseln, ohne eine Änderungsanzeige erstatten (§ 15 BImSchG) oder eine Änderungsgenehmigung einholen zu müssen (§ 16 BImSchG).[87] In Form einer Auflage soll der Antragsteller gem. § 12 Abs. 2b BImSchG lediglich verpflichtet werden, der zuständigen Behörde den erstmaligen derartigen Wechsel mitzuteilen. In der Literatur ist allenfalls anerkannt, dass sich die Möglichkeit einer Rahmengenehmigung über den Wortlaut des § 6 Abs. 2 BImSchG (Betriebszwecke und Stoffe) hinaus auch auf andere Alternativenentscheidungen bezieht, wie z. B. Varianten der Beschaffenheit der Anlage.[88] Innerhalb des Anwendungsbereichs dieser Regelung besteht folglich die Möglichkeit der Genehmigung eines Rahmens, was zuweilen als dahingehende (Genehmigung eines Rahmens) grundsätzliche Offenheit des BImSchG aufgefasst wird.[89] Um aber der genehmigenden Wirkung des § 6 Abs. 2 BImSchG zu unterfallen, muss jede Variante jeweils für sich konkret benannt werden. Es ergibt sich somit kein zusammenhängender Rahmen im Sinne einer Spannbreite, sondern nur die Möglichkeit mehrerer punktueller Varianten. Das ähnelt eher der Konstellation einer Variantengenehmigung, bei der mehrere Windenergieanlagen-Varianten im Sinne unterschiedlicher Typen konkret benannt, überprüft und genehmigt werden. Die Überprüfung rechtlicher Anforderungen bezogen auf eine Spannbreite anhand von Worst-Case-Betrachtungen stellt dagegen die Überprüfung einer konkreten Konfiguration dar, die Bedeutung für weitere Konfigurationen haben soll. Die Konstellation des § 6 Abs. 2 BImSchG stützt die Bestimmtheit einer typenunabhängigen Genehmigung somit nur bedingt.

Vielversprechender erscheint dagegen eine weniger strenge Auslegung des § 21 Abs. 1 Nr. 3 der 9. BImSchV, insbesondere ein weiteres Verständnis des hierin zum Ausdruck kommenden Anlagenbezugs einer Genehmigung. Basis hierbei bilden Sinn und Zweck des Erfordernisses der hinreichenden Bestimmtheit. Dem Adressaten der Genehmigung muss klar sein, was er darf; etwaigen Dritten muss klar sein, was auf sie zukommt. Das erfordert im Allgemeinen Angaben über die Beschaffenheit,

84 So auch Czajka, in: Fe, Bundesimmissionsschutzrecht, 178. EL 2013, § 21 der 9. BImSchV Rn. 10; a. A. Unterarbeitsgruppe Recht (Hessen), Windenergieanlagen typoffenes Genehmigungsverfahren, S. 35.

85 Somit könnte wohl bereits der Genehmigungsantrag die Anforderungen des § 4a Abs. 1 der 9. BImSchV nicht einhalten, da er nicht die Informationen böte, die für die abschließende behördliche Entscheidung nach §§ 20, 21 der 9. BImSchV erforderlich wären.

86 Begriff: Dietlein, in: L/R, Umweltrecht, 73. EL 2014, § 6 BImSchG Rn. 6; Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 6 Rn. 3.

87 Müggenborg, NVwZ 2008, 848, 850; Ohms, Praxishandbuch Immissionsschutzrecht, Rn. 484.

88 Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 6; Dietlein, in: L/R, Umweltrecht, 73. EL 2014, § 6 BImSchG Rn. 59; Hansmann, NVwZ 1997, 105, 106.

89 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67.

den Betrieb, die Produkte und die Umweltauswirkungen der Anlage, gegebenenfalls unter ergänzender Bezugnahme auf Antragsunterlagen.[90] Entsprechende Informationen kann aber auch ein typenunabhängiger Genehmigungsantrag in Form festgelegter Anlagenparameter und Worst-Case-Annahmen bieten. Sofern auch einem typenunabhängigen Genehmigungsantrag zu entnehmen ist, was in maximaler Hinsicht beantragt wird, wüssten Dritte in hinreichender Art und Weise, mit welchen maximalen Auswirkungen sie zu rechnen hätten.[91] Diese Annahme könnte zudem dadurch gestützt werden, dass § 37 Abs. 1 VwVfG dem Erlass solcher Verwaltungsakte, die zunächst nur ein Ziel festlegen, dem Adressaten hinsichtlich der hierfür einzusetzenden Mittel aber Wahlfreiheit lassen, nicht entgegensteht.[92] Eine unzulässige Unbestimmtheit könne sich allerdings aus einer zu großen Spannbreite ergeben, wenn einer Anlage der kleinsten Variante ein gänzlich anderer Charakter zukomme als einer Anlage der größten Variante.[93] Das leuchtet bereits deshalb ein, da der Anlagenbezug mit zunehmender Größe der Spannbreite und somit auch zunehmender Anzahl möglicher Anlagenkonfigurationen abnimmt; der Genehmigungsgegenstand »Spannbreite« wird gewissermaßen unpräziser. Je geringer die Spannbreite möglicher Anlagenkonfigurationen, desto weniger kann einer entsprechenden typenunabhängigen Genehmigung mangelnde Bestimmtheit entgegengehalten werden. Da die Größe der Spannbreite wiederum davon abhängt, wie die Grenzen für die einzelnen Anlagenparamater festgelegt werden, kommt es insoweit auf diese Festlegungen an. Je enger die jeweilige Ober- und Untergrenze beieinander liegen, desto eher erscheint eine Beantragung und Genehmigung einer sich hieraus ergebenden Spannbreite hinreichend bestimmt. Die Nennung bloßer Maximalwerte könnte daher problematisch werden. Eine solche Auslegung des Bestimmtheitserfordernisses stünde auch nicht im Widerspruch zu einer Entscheidung des VG Düsseldorf aus dem Jahre 2009, wonach die Baugenehmigung zweier Windenergieanlagen ohne Angabe deren genauen Typs zu unbestimmt und somit rechtswidrig sei.[94] Seine Rechtsansicht machte das Gericht nämlich nicht isoliert an der fehlenden Typbezeichnung, sondern zudem kumulativ daran fest, dass die Genehmigung weder die Anlagenstandorte festlegte noch Angaben zum zulässigen Anlagenbetrieb enthielt.[95]

Noch weitergehender wird teils angenommen, dass die in Ermangelung einer konkreten Anlagenkonfiguration entstehende Unsicherheit über die Beurteilung etwaiger Betroffenheiten überhaupt kein Problem für die hinreichende Bestimmtheit einer typenunabhängigen Genehmigung darstelle. So seien einzelne, einen Dritten beeinträchtigende Bereiche als Teil der Spannbreite ebenso mitgenehmigt, wie diesen nicht beeinträchtigende Bereiche. Denn auch sonst stünde es der Bestimmtheit eines Verwaltungsaktes nicht entgegen, wenn der Genehmigungsinhaber hinter dem Genehmigten zurückbleibt (z. B. keine vollkommene Ausschöpfung zugelassener Immissionen); es bestünde kein Anspruch auf Ausschöpfung eines genehmigten Rahmens.

Es lassen sich somit durchaus gute Gründe dafür anführen, dass eine typenunabhängige Genehmigung derart gestaltet werden kann, dass sie dem Gebot hinreichender Bestimmtheit genügt. Dies konnte auch im Rahmen der geführten Fachgespräche größtenteils bestätigt werden.

3.3.2 Immissionsschutzrecht

Das Immissionsschutzrecht fordert in erster Linie, dass durch Errichtung und Betrieb genehmigungsbedürftiger Anlagen keine schädlichen Umwelteinwirkungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft hervorgerufen werden (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, Schutzpflicht) und Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen wird (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, Vorsorgepflicht).[96] Dabei steht der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen im Mittelpunkt. Das BImSchG versteht darunter »*Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizu-*

90 Czajka, in: Fe, Bundesimmissionsschutzrecht, 178. EL 2013, § 21 der 9. BImSchV Rn. 10.

91 Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 122.

92 Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 122; allg. Ramsauer, in: K/R, VwVfG, § 37 Rn. 16.

93 Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 122.

94 VG Düsseldorf, Urt. v. 26.03.2009 – 11 K 1794/07, juris Rn. 45.

95 VG Düsseldorf, Urt. v. 26.03.2009 – 11 K 1794/07, juris Rn. 45.

96 Der Fokus der folgenden Darstellung liegt – wie auch bei der insoweit geführten Diskussion – auf Ausführungen zur Schutzpflicht.

führen« (§ 3 Abs. 1 BImSchG). Relevante Immissionen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen sind insbesondere Schall, Schattenwurf und Reflektionen. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens hat die Behörde zu prüfen, ob durch Errichtung und Betrieb der beantragten Windenergieanlage schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden und wie gegebenenfalls Vorsorge gegenüber schädlichen Umwelteinwirkungen getroffen werden muss. Das Hervorrufen schädlicher Umwelteinwirkungen wird stets bezogen auf einen oder mehrere konkrete Immissionsorte beurteilt, wobei es auf die dort auftretende Gesamtbelastung ankommt.[97]

Schall

Der von einer Windenergieanlage ausgehende und auf Schutzgüter des BImSchG einwirkende Lärm stellt eine Immission in Form von Geräuschen im Sinne des § 3 Abs. 2 BImSchG dar.[98] Rechtliche Grundlage der Beurteilung dieser Form von Immissionen durch die Behörde ist die TA Lärm, die als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen bezüglich Schallimmissionen konkretisiert.[99] Hierzu gibt sie neben dem zu beachtenden Ermittlungsverfahren insbesondere gebietsabhängige, nach Tages- und Nachtzeit differenzierende Immissionsrichtwerte vor, ab deren Überschreitung grundsätzlich die Schwelle der Schädlichkeit erreicht ist (Nr. 3.2.1 Abs. 1 TA Lärm). Neben der TA Lärm sind bei der Beurteilung der Schallimmissionen von Windenergieanlagen in den meisten Bundesländern zudem die Vorgaben der LAI-Hinweise von Bedeutung.[100] Die Einschätzung und Überprüfung der Schallimmissionen einer zu errichtenden Windenergieanlage wird in der Regel anhand einer vom Antragsteller vorzulegenden, gutachterlich erstellten Schallprognose vorgenommen (Nr. 3.2.1 Abs. 6 TA Lärm). Ihr kommt die Funktion zu, anhand der konkreten Gegebenheiten vor Ort und der technischen Spezifikation der geplanten Anlage eine zuverlässige Aussage darüber zu ermöglichen, ob betroffene Nachbarn unzumutbaren Lärmimmissionen ausgesetzt sein werden.[101] Diese Prognose wird – vereinfacht gesagt – anhand einer Ausbreitungsrechnung auf Grundlage maximal zu erwartender Emissionswerte der zu genehmigenden Anlage durchgeführt.[102] Die für die Durchführung der Prognose emissionsseitig erforderlichen Daten entstammen in der Regel Vermessungen Sachverständiger, die von Windenergieanlagenherstellern für jeden Anlagentyp in Auftrag gegeben werden (sog. Typvermessung).[103] Bei fehlender Typvermessung (z. B. bei neuen Anlagentypen/Prototypen) kann auf berechnete Herstellerdaten über die maximal erwartete Schallemission zurückgegriffen werden; das Vorliegen einer Typvermessung ist somit keine Genehmigungsvoraussetzung.[104] Unterschreiten die hierbei errechneten Werte unter Berücksichtigung der bereits vorhandenen Vorbelastung die maßgeblichen Immissionsrichtwerte der TA Lärm, liegen keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervor; die Genehmigung kann – zumindest aus diesem Grund – nicht versagt werden. Um die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen insoweit sicherzustellen (§ 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG), werden nach gängiger Behördenpraxis in Genehmigungen von Windenergieanlagen die Einhaltung der Immissonsrichtwerte an den maßgeblichen sensiblen Immissionsorten im Einwirkbereich der Anlage (Immissionsaufpunkte) vorgegeben sowie ein maximaler Schallleistungspegel (Emission) und – zumindest in einigen Bundesländern[105] – das zugehörige Oktavspektrum in Form von Nebenbestimmungen sowie Betriebsmodi festgelegt.

Beim typenoffenen Genehmigungsverfahren liegen aufgrund des Nichtvorliegens eines Anlagentyps weder Schallvermessungsdaten (Typvermessung), noch Herstellerdaten vor. Das hat zur Folge, dass die im Genehmigungsverfahren zu erbringende Schallprognose nicht nach der bisher üblichen, auf entsprechenden Eingangsdaten basierenden Methode erfolgen kann. Mit anderen Worten: Die Schallprognose kann grundsätzlich nicht so erbracht werden, wie es sich in der Praxis etabliert hat. Um die

97 Jarass, BImSchG, § 5 Rn. 15, 19; Krohn, in: F, GK-BImSchG, § 3 Rn. 25.

98 Vgl. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 212 ff.

99 Hinsch, ZUR 2008, 567, 570.

100 Siehe ausführlich hierzu Schmidt/Sailer, ZNER 2018, 124 ff., ZNER 2019, 204 ff.

101 OVG Münster, Beschl. v. 28.04.2004 – 21 B 573/03, juris Rn. 13.

102 Feldhaus/Tegeder, TA Lärm, Nr. A 2 Rn. 6, 11; vgl. Agatz, Windenergie-Handbuch, S. 99.

103 Hinsch, ZUR 2008, 567, 572.

104 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67.

105 Nicht in allen Bundesländern wird ein Oktavspektrum im Bescheid festgelegt, so jedoch z. B. in Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen u. a. (vergleiche auch Nr. 4.1 der LAI-Hinweise).

erforderlichen Prüfungen im Rahmen eines typenunabhängigen Genehmigungsantrages überhaupt durchführen zu können, müsste durch Gutachter, Behörden und Projektierer methodisch ein anderer Weg gewählt werden, diese Prognosen zu erstellen sowie Genehmigungsbescheide zu formulieren. In zahlreichen Gesprächen mit Akustikern, Lärmgutachtern und Behörden stellte sich heraus, dass hier fachlich große Herausforderungen und sogar Bedenken bestehen, die durch verschiedene Faktoren bedingt werden und sich teilweise gegenseitig beeinflussen (Interimsverfahren[106], stark anlagenabhängige Frequenzspektren, momentane Flächenkulisse mit jetzt schon engstehenden Anlagen, die genaue Berechnungen erfordern, was konservativen Berechnungen bei Annahme eines Worst Case entgegensteht usw.). Innerhalb des Vorhabens wurde versucht, mit den Gesprächspartnern verschiedene Möglichkeiten zu erörtern, wie typenunabhängige Schallgutachten aussehen könnten, um der Genehmigungsbehörde eine Grundlage für eine rechtssichere Entscheidung zu liefern.[107] Allen diesen Möglichkeiten liegt eine der Windenergie spezifische Schwierigkeit zu Grunde: die Schallausbreitungsrechnung anhand des sogenannten Interimsverfahrens.[108] Dieses Verfahren erfordert, dass das zum Schallleistungspegel zugehörige Oktavspektrum, welches große Auswirkung auf die Schallausbreitungsrechnung hat, mitbetrachtet wird.[109] Jedoch ist das Spektrum nach Aussage von Akustikern stark anlagenabhängig[110] und umfasst zudem im Falle einer Windenergieanlage acht Oktaven. Lässt man den Anlagentyp offen, ist an dieser Stelle eine große Ungewissheit gegeben. Fraglich ist, ob es sinnvoll wäre ein Referenzspektrum (Mittelwertspektrum) für größere Anlagen (bis ca. 6 MW Nennleistung)[111] zu berechnen. Um ein solches Referenzspektrum festzulegen, müssten – so die Aussage von Schallgutachtern – in Zusammenarbeit mit Herstellern für verschiedene Schallreduktionsstufen

106 Das Interimsverfahren ist ein Prognoseverfahren zur Ermittlung von Lärmausbreitung bei Windenergieanlagen. Siehe hierzu weitere Details in BWE, LAI–Hinweise (Interimsverfahren) Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen.

107 Wir möchten hier ausdrücklich darauf hinweisen, dass wir nicht den Anschein erwecken wollen, dass die hier dargestellten Möglichkeiten auch in jedem Fall durchführbar und für jeden Standort richtig sind. Die hier vorgestellten Wege des Umgangs mit dem im Genehmigungsverfahren zu bewertenden Schall sind Ideen, die im Laufe des Projekts entstanden sind, und die theoretische Möglichkeiten darstellen. Im Rahmen des Projekts konnten keine praktischen Untersuchungen/Modellierungen durchgeführt werden.

108 In zwölf Bundesländern wurde durch die jeweils zuständigen Landesbehörden aufgrund der LAI-Hinweise mittels verwaltungsinterner Erlasse und Schreiben die Anwendung des Interimsverfahrens vorgeschrieben. Näheres hierzu bei Schmidt/Sailer, ZNER 2019, 204 ff.

109 Ausführlicher: BWE, LAI–Hinweise (Interimsverfahren) Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen; LANUV, Faktenpapier Schallprognosen für Windenergieanlagen nach dem »Interimsverfahren«.

110 Dies bedeutet, dass verschiedene Anlagentypen verschiedene Oktavspektren aufweisen. Siehe hierzu Kötter Consulting Engineers: Schalltechnischer Bericht Nr.: 217413-01.01. Spektrenvarianz – Auswirkung spektraler Unterschiede auf Schallemissionen und Schallemissionen.

111 Das in Punkt 6 der LAI Hinweise zugrunde gelegte Referenzspektrum erscheint ungeeignet, da es als Mittelwertspektrum für Windenergieanlagen mit maximal 2 MW Nennleistung normiert wurde. Die nächste Generation von Windenergieanlagen, um welche es sich bei einer typenoffenen Genehmigung nach derzeitigem Stand der Technik jedoch handeln wird, hat eine Nennleistung von bis zu 6 MW – prognostiziert wird von Herstellern sogar eine noch höhere Nennleistung. Es müsste also für diese Anlagenklasse ein Referenzspektrum festgelegt werden, welches dann für die Schallprognose herangezogen werden könnte.

(Betriebsmodi) verschiedener Hersteller und Typen eine repräsentative Anzahl von Spektren zusammengetragen und normierte Mittelwerte gebildet werden. Alternativ könnte auch von einem anerkannten Gremium[112] regelmäßig ein Referenzspektrum zur Verfügung gestellt werden. Unter Akustikern gibt es jedoch auch Bedenken gegen ein Mittelwertspektrum, da es insgesamt zu viele Unsicherheiten enthalte. Eine andere Option wäre ein Worst-Case-Spektrum, das für jedes einzelne Oktavband einen Worst-Case- Wert festlegen müsste.

Als eine Möglichkeit, um die Genehmigungsfähigkeit eines typenunabhängigen Antrags in Bezug auf den Prüfgegenstand Lärm nachzuweisen, wurde das Modell der Rückrechnung in Betracht gezogen. Hierbei würde statt einer gewöhnlichen Schallausbreitungsrechnung eine Rückrechnung getätigt, d. h. es würde vom einzuhaltenden Immissionsrichtwert zum maximal zulässigen Emissionswert rückgerechnet. Die Rechenreihenfolge ist somit umgekehrt im Vergleich zu einer auf emissionsbezogenen Daten basierenden Ausbreitungsrechnung. Das bedeutet, dass – wie auch heute schon üblich – Immissionsaufpunkte festlegt werden, an welchen eine Überschreitung der Immissionsrichtwerte nach Nr. 6.1 der TA Lärm am ehesten zu erwarten ist.[113] Anhand dieser festgelegten Immissionswerte (für den Tag und für die Nacht) und natürlich unter Beachtung der Vorbelastung muss die Schallprognose dann in der angesprochenen Rückrechnung veranschaulichen, welchen Schallleistungspegel die Windenergieanlage(n) emittieren darf bzw. dürfen, um die Immissionsrichtwerte an den festgelegten Immissionsaufpunkten einzuhalten. Grundsätzlich ist dieses Verfahren der Rückrechnung, nach Aussage von verschiedenen Gutachtern und Behördenvertretern, für andere Großprojekte, die nach dem BImSchG genehmigt werden, anerkannt und wird als solches dort auch praktiziert.[114]

Als weitere Möglichkeit, um die Genehmigungsfähigkeit eines typenunabhängigen Antrags in Bezug auf den Prüfgegenstand Lärm nachzuweisen, wurde ein Modell in Erwägung gezogen, bei welchem verschiedene, jedoch für die Windenergieanlagenklasse des betreffenden Standorts realistische Schallleistungspegel[115] gewählt werden, die jeweils wieder mit Oktavspektren unterschiedlicher Anlagentypen belegt werden, um Schallausbreitungsrechnungen durchzuführen. Alle Berechnungen zielen darauf ab, der Behörde nachzuweisen, dass die Einhaltung der relevanten Immissionswerte gewährleistet werden kann. In einem Genehmigungsbescheid würde die Behörde dann einen maximalen Schalleistungspegel und ein Worst-Case-Oktavspektrum bzw. ein der für diese Windenergieanlagenklasse beispielhaftes Referenzspektrum festlegen.

Wie oben angedeutet, sind die Berechnungen nach dem Interimsverfahren in beiden Ansätzen jedoch kompliziert und es ist fraglich, ob und wie damit im Detail umgegangen werden könnte. Aufgrund des Umfangs des vorliegenden Projekts konnte diese Unklarheit nicht gelöst werden und müsste z. B. in einem separaten Forschungsprojekt erörtert und weiter geklärt werden. Außerdem ist in beiden Ansätzen eine Herausforderung für den Anlagenbetreiber gegeben. Denn sollte das Oktavspektrum der tatsächlich gewählten Anlage stark von dem im Genehmigungsbescheid festgelegten Spektrum abweichen, dann können die Immissionswerte eventuell nicht eingehalten werden.

Mögliche Folge beider Ansätze ist ferner, dass durch eine entsprechende Genehmigung, in welcher Maximal- bzw. Worst-Case-Werte bezüglich der Schallemissionen festgelegt werden, ein Schallkontingent blockiert werden könnte, wenn die tatsächlich errichtete Anlage hinter dem zu Grunde gelegten Worst Case bzw. den festgelegten Maximalwerten zurückbleibt (siehe hierzu unter Kapitel 3.4).

Aufgrund der Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Bestimmung festzulegender maximaler Schallleistungspegel stellt sich die Frage, ob es ausreichend ist, dass in einem typenoffenen Genehmigungsbescheid in Form einer Nebenbestimmung lediglich festgelegt wird, die Richtwerte der TA Lärm (für den Tag und für die Nacht) an den festgelegten Immissionsaufpunkten einzuhalten. Dies wäre ein Abweichen von der gängigen Praxis, bei der es sich – wie oben dargestellt – etabliert hat, den maximalen Schalleistungspegel der Emissionsquelle sowie das Oktavspektrum festzulegen. Ob eine Vorgabe lediglich immissionsbezogener Werte im Genehmigungsbescheid

112 Wie z. B. der Fördergesellschaft Windenergie und andere Dezentrale Energien e.V. (FGW e.V.).

113 Siehe auch Nr. 2.3 der TA Lärm.

114 Fraglich ist, ob es sich jedoch auch für Windenergieprojekte eignet; dies wurde von verschiedenen Gesprächspartner aus unterschiedlichen Gründen bezweifelt.

115 Für einen realistischen Schallleistungspegel ist bei der Ermittlung und Festlegung immer der Stand der Technik entscheidend, um nicht völlig abwegige Größen festzulegen.

ausreicht, um sicherzustellen, dass keine schädlichen Umwelteinwirkungen in Form von Schall hervorgerufen werden (§§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG), scheint allerdings nicht abschließend geklärt. Zunächst ist eine Auflage, die ein konkretes Ziel formuliert, die Verwirklichung dieses Ziels im Einzelnen aber dem Betreiber überlässt, zumindest aus diesem Grund nicht unbestimmt.[116] Die Vorgabe der Einhaltung eindeutiger Immissionsrichtwerte unter Angabe des zu Grunde liegenden Ermittlungsverfahrens und der Messpunkte wird insoweit als ausreichend präzise angesehen.[117] Zudem sei für den Anlagenbetreiber anhand der Ausgangswerte der durchgeführten Schallprognose erkennbar, wie er seine Anlage zu betreiben habe.[118] Die bloße Bestimmung von Zielwerten wird erst dann als nicht mehr ausreichend angesehen, wenn die bei regelmäßigem Betrieb der Anlage entstehenden Immissionen die für die Nachbarschaft maßgebliche Zumutbarkeitsgrenze mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu überschreiten drohen.[119] Als nicht ausreichend in diesem Sinne wurde in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bereits die bloße Festlegung maximaler Immissionswerte in der Genehmigung von Windenergieanlagen angesehen.[120] Abhilfe schaffe die Festlegung des der Immissionsprognose zugrunde gelegten Schallleistungspegels.[121] Das BVerwG äußerte sich hierzu insofern, als es Immissionswerte zumindest als Kontrollwerte für untauglich und die Vorgabe von Emissionswerten als erforderlich ansah.[122] Das setzt aber voraus, dass für die Festlegung von Kontrollwerten überhaupt ein rechtliches Bedürfnis besteht, welches sich im Einzelfall aus der Vorsorgepflicht ergeben kann.[123]

Unabhängig von der rechtlichen Beurteilung, würde eine Vorgabe lediglich immissionsbezogener Werte Folgeprobleme praktischer Art mit sich bringen. Mangels behördlicher Festlegung eines emissionsbezogenen Höchstwertes wäre es sowohl für nachkommende Antragsteller bzw. auch für Antragsteller, die gleichzeitig Genehmigungsverfahren führen, als auch für die zuständigen Genehmigungsbehörden, nicht ohne Weiteres klar, was als Vorbelastung anzusetzen wäre. Ebenso wären Überwachungsmaßnahmen bezüglich der Einhaltung der zulässigen Immissionswerte erschwert. Immissionsmessungen bei Windenergieanlagen können große Schwierigkeiten bereiten.[124] Diese sind auf die großen Entfernungen zwischen Windenergieanlage und Immissionsort, der nicht immer gegebenen Mitwindsituation sowie der Windenergieanlage nicht zuzurechnender Störgeräusche zurückzuführen. Die Bedeutung dieser praktischen Schwierigkeiten scheint stark vom konkreten Standort abzuhängen. Handelt es sich z. B. um einen Standort, bei welchem der Antragsteller entweder nachweisen kann, dass er Eigentümer oder anderweitig Berechtigter (z. B Pächter) aller relevanten Flächen im Umfeld ist, oder aber kein weiterer Windenergiezubau möglich ist, dürften sich die genannten grundsätzlichen Probleme nicht oder zumindest in geringerem Ausmaß auswirken.

Um Tonhaltigkeit von Anlagen vorzubeugen, könnte die Genehmigung ein generelles Verbot dafür an den festgelegten Immissionsaufpunkten aussprechen. Zudem könnte die Genehmigung in Form von Auflagen festhalten, dass bei Eintreten von Tonhaltigkeit der genehmigten Anlagen an den Immissionsorten, diese Tonhaltigkeit durch technische Maßnahmen reduziert werden muss. Da die Tonhaltigkeit einer Anlage nicht unbedingt durch höhere Drehzahl (also im Volllastmodus) zustande kommt, sondern oft durch Getriebe bzw. durch Mechanik an der Anlage hervorgerufen wird, kann sie gut durch verschiedene Maßnahmen vermindert werden.[125]

116 Hinsch, ZUR 2008, 567, 574; Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 162 f.

117 Jarass, BImSchG, § 12 Rn. 10; Hinsch, ZUR 2008, 567, 574; vgl. OVG Greifswald, Urt. v. 23. 6. 1998, 3 L 209/96– juris Rn. 77 ff.

118 Hinsch, ZUR 2008, 567, 574 f.

119 OVG Münster, Beschl. v. 12.02.2013 – 2 B 1336/12, juris Rn. 20.

120 OVG Koblenz, Urt. v. 21.01.2005 – 8 A 11488/04, juris Rn. 25; OVG Münster, Beschl. v. 28.04.2004 – 21 B 573/03, juris Rn. 10; Urt. v. 18.11.2002 – 7 A 2127/00, juris Rn. 75; Beschl. v. 13.07.1998 – 7 B 956/98, juris Rn. 14.

121 OVG Koblenz, Urt. v. 21.01.2005 – 8 A 11488/04, juris Rn. 25; OVG Münster, Urt. v. 18.11.2002 – 7 A 2127/00, juris Rn. 70 ff.

122 BVerwG, Urt. V. 21.02.2013 – 7 C 22/11, juris Rn. 26 f.

123 Das Überschreiten von Kontrollwerten kann ein Indiz für einen nicht genehmiugngskonformen Betrieb sein (BVerwG, Urt. v. 21.02.2013 – 7 C 22/11, juris Rn. 20; BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 7 C 15/06, juris Rn. 18; Jarass, BImSchG, § 12 Rn. 18).

124 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 29.11.2017 – 8 B 663/17; Schulz, DEWI Magazin, 02/2016, 24, 26; Hinsch, ZUR 2008, 567, 574.

125 Wie mit tieffrequenten Geräuschanteilen einer Windenergieanlage im typenoffenen Verfahren umgegangen werden könnte, konnte im Rahmen des Projekts nicht abschließend geklärt werden. Es gab hierzu unterschiedliche Aussagen.

Schattenwurf

Der immissionsschutzrechtlich relevante Schattenwurf bei Windenergieanlagen ist der bei Sonnenschein verursachte Wechsel von Schatten und Licht, der durch sich drehende Rotorblätter entsteht.[126] Die insoweit maßgebliche Schwelle der Schädlichkeit ist weder gesetzlich noch untergesetzlich festgelegt, sondern wertend zu bestimmen.[127] In der Praxis wird meist auf die Vorgaben der WKA-Schattenwurfhinweise zurückgegriffen,[128] derer sich auch viele verwaltungsinterne Vorgaben der Bundesländer[129] und die Rechtsprechung[130] bedienen. Die Einhaltung der im Einzelfall relevanten Werte muss der Antragsteller der Behörde nachweisen, was in der Regel anhand einer gutachterlichen Schattenwurfprognose erfolgt.[131] Im Rahmen typengebundener Verfahren werden diese Prognosen anhand des konkret beantragten Anlagentyps erstellt. Wenn kein Anlagentyp feststeht, können nach Aussage von verschiedenen Gutachtern Schattenwurfgutachten grundsätzlich auch mit Parametern zu Nabenhöhe, Rotordurchmesser und Blattgeometrie erstellt werden. Hierzu kann ein Worst-Case-Szenario angenommen werden, so dass das Gutachten bei allen nötigen Parametern mit Maximalwerten rechnet. Ergibt sich hieraus die Einhaltung der o. g. Grenzen, kann die Genehmigungsbehörde im typenoffenen Genehmigungsbescheid für die sensiblen Immissionsaufpunkte festlegen, dass eine tatsächliche (reale) Beschattungsdauer von acht Stunden pro Kalenderjahr und nicht mehr als 30 Minuten pro Kalendertag eingehalten werden muss. Zusätzlich kann die Genehmigungsbehörde fordern, dass ihr bei Konkretisierung des Anlagentyps ein Abschaltkalender vorgelegt wird.

Reflektionen

Bei Windenergieanlagen kam es in früheren Jahren zuweilen zu periodischen Reflexionen des Sonnenlichtes an den Rotorblättern (auch Disco-Effekt genannt).[132] Diese optischen Wirkungen stellen Immissionen i. S. d. § 3 Abs. 2 BImSchG dar und können als belästigend empfunden werden.[133] In der Praxis werden sie mittlerweile durch Verwendung spezieller Farben für den Anstrich der Rotorblätter entscheidend verringert und stellen daher kein Problem mehr dar.[134] Um dennoch ausreichenden Schutz vor Reflektionen zu gewährleisten, kann die Behörde im typenoffenen Genehmigungsbescheid – ebenso wie auch im Falle eines typengebundenen Bescheides – festlegen, dass ein spezieller, einheitlicher und nicht reflektierender Farbanstrich (RAL-Farben) an der Windenergieanlage verwendet werden muss. Die Farbverwendung richtet sich dabei nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (AVV Kennzeichnung).

3.3.3 Naturschutzrecht

Das Naturschutzrecht spielt im Rahmen des Genehmigungsverfahrens einer Windenergieanlage in unterschiedlichen Ausprägungen eine Rolle. So sind insbesondere die Vorgaben der Eingriffsregelung (§§ 13 ff. BNatSchG), des Artenschutzrechts (§§ 44 f. BNatSchG), sowie des Gebietsschutzrechts (§§ 34 ff. BNatSchG) zu beachten. Bei der Abarbeitung dieser Bereiche ist es entscheidend und wichtig, dass sich der Antragsteller mit Behörden und Gutachtern gezielt abstimmt, insbesondere bezüglich der Form und der Art vorzulegender Gutachten und sonstiger Unterlagen.

126 Ohms, DVBl. 2003, 958, 962; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 224.

127 Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 225; Ohms, Praxishandbuch Immissionsschutzrecht, Rn. 407.

128 Zentral ist insbesondere folgende Faustformel in Ziffer 1.3: *»Eine Einwirkung durch zu erwartenden periodischen Schattenwurf wird als nicht erheblich belästigend angesehen, wenn die astronomisch maximal mögliche Beschattungsdauer (…) unter kumulativer Berücksichtigung aller WKA-Beiträge am jeweiligen Immissionsort in einer Bezugshöhe von 2 m über Erdboden nicht mehr als 30 Stunden pro Kalenderjahr und darüber hinaus nicht mehr als 30 Minuten pro Kalendertag beträgt.«*

129 Z. B. MWIDE/MULNV/MHKBG NRW, Windenergie-Erlass, Nr. 5.2.1.3; MU Nds., Windenergieerlass, Nr. 3.4.1.8.

130 So bereits OVG Greifswald, Beschl. v. 08.03.1999 – 3 M 85/98, juris Rn. 35; aus der neueren Rechtsprechung z. B. VGH Mannheim, Beschl. v. 06.06.2015 – 8 S 534/15, juris Rn. 51 ff.

131 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 144.

132 Vgl. Ohms, DVBl. 2003, 958, 963; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 148.

133 OVG Münster, Beschl. v. 22.10.1996 – 10 B 2385/96, juris Rn. 14; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 148.

134 OVG Lüneburg, Urt. v. 18.05.2007 – 12 LB 8/07, juris Rn. 61; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 148; vgl. VGH München, Urt. v. 10.07.2019 – 22 B 17.124, juris Rn. 30; Ohms, DVBl. 2003, 958, 963.

Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

Die §§ 13 ff. BNatSchG enthalten den Regelungskomplex der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung. Zentraler Begriff ist der Eingriff in Natur und Landschaft, den § 14 Abs. 1 BNatSchG legaldefiniert als *»(…) Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen (…),*[135] *die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können«*. Der Verursacher eines Eingriffs ist zunächst gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verpflichtet, solche mit dem Eingriff verbundene Beeinträchtigungen zu unterlassen, die vermeidbar sind (Vermeidungsgebot).[136] Unvermeidbare Beeinträchtigungen sind durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen zu kompensieren (reale Kompensation, § 15 Abs. 2 BNatSchG). Sind die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden oder nicht real kompensierbar und ergibt eine behördliche Abwägung, dass die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes die Interessen an der Durchführung des Vorhabens überwiegen, darf der Eingriff nicht zugelassen oder durchgeführt werden (§ 15 Abs. 5 BNatSchG). Fällt die Abwägung zu Gunsten des Vorhabens aus, lässt die Behörde den Eingriff zu und verbleibende (d. h. nicht vermeidbare oder real kompensierbare) Beeinträchtigungen sind vom Verursacher des Eingriffs durch eine Geldzahlung auszugleichen (finanzielle Kompensation, § 15 Abs. 6 S. 1 BNatSchG). Die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen stellt einen Eingriff i. S. d. § 14 Abs. 1 BNatSchG dar, da sie mit beeinträchtigenden Auswirkungen auf Natur und Landschaft verbunden sind.[137] In aller Regel können aber insbesondere die mit einer Windenergieanlage verbundenen Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes nicht (vollständig) durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen kompensiert werden,[138] sodass – vorbehaltlich einer Zulassung des Eingriffs nach § 15 Abs. 5 BNatSchG – Ersatz in Geld zu leisten ist. Die Höhe der Ersatzzahlung bemisst sich nach den durchschnittlichen Kosten der nicht durchführbaren Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, subsidiär an Dauer und Schwere des Eingriffs unter Berücksichtigung der dem Verursacher aus dem Eingriff erwachsenden Vorteile (§ 15 Abs. 6 S. 2, 3 BNatSchG). Die Details der Kompensationszahlung sind in den Bundesländern unterschiedlich geregelt.[139]

Die Abarbeitung des Eingriffes in Natur und Landschaft im Genehmigungsverfahren wird von der Genehmigungsbehörde durch ein Fachgutachten – zumeist als Landschaftspflegerischer Begleitplan bzw. Eingriffs- und Ausgleichsplanung bezeichnet – gewährleistet. In diesen Fachgutachten kommt es nach Aussagen von Gutachtern und Behörden nicht auf den Anlagentyp der Windenergieanlage an, sondern vielmehr auf die Dimensionen und den Standort der geplanten Windenergieanlage(n). Die Dimensionen möglicher Windenergieanlagen können festgestellt und eingeordnet werden, wenn zum einen die beantragten Parameter zu Nabenhöhe sowie Rotordurchmesser durch Ober- und Untergrenzen festgelegt sind[140] und der Standort feststeht. Die Beeinträchtigung der Landschaft und des Landschaftsbildes kann anschließend anhand eines Worst-Case-Szenarios zur größten Anlage bestimmt werden. Auf dieser Grundlage kann auch eine spätere Ermittlung der Ersatzgeldhöhe für den Eingriff in das Landschaftsbild erfolgen.

Problematischer erscheint die Überprüfung des Eingriffes in den Naturhaushalt i. S. d Flächenverbrauchs. Denn bei einer Windenergieanlage kommt es für die Feststellung des Ausmaßes der Beeinträchtigung des Naturhaushalts auch auf den Flächenverbrauch für Zuwegung und Fundament sowie die Größe der Anlage und die von den Rotorblättern überstrichene Fläche an.[141] Bezüglich der tatsächlichen Eingriffsfläche bestehe im Rahmen eines typenunabhängigen Genehmigungsverfahrens die größte Unsicherheit, da insbesondere die Fläche des zum Bau der Windenergieanlage erforderlichen Kranauslegers je nach Hersteller unterschiedlich zu platzieren sei.[142] Auch der Eingriff in den Naturhaushalt, kann aber im Wege einer Worst-Case-Betrachtung festgestellt und behandelt werden. Ausgleichsmaßnahmen müssten zudem für den Maximaleingriff vorgeschlagen werden, da dieser Bestandteil der typenoffenen Genehmigung wäre.

135 Daneben können auch Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels mit entsprechenden Beeinträchtigungen Eingriffshandlungen sein.

136 Lütkes, in: L/E, BNatSchG, § 15 Rn. 5; Guckelberger, in: F/M, BNatSchG, § 15 Rn. 19 ff.

137 Fülbier, NuR 2017, 804, 805 f.; Operhalsky/Fechler, ZUR 2016, 649, 650.

138 Fülbier, NuR 2017, 804, 807; Operhalsky/Fechler, ZUR 2016, 649, 651.

139 Siehe detailliert hierzu Operhalsky/Fechler, ZUR 2016, 649.

140 Sind die betreffenden Parameter dagegen jeweils nur durch einen Maximalwert definiert, wäre eine Beurteilung wohl problematischer.

141 Lütkes, in: L/E, BNatSchG, § 14 Rn. 17.

142 Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 120.

Entspricht die am Ende errichtete Windenergieanlage nicht den in Bezug auf die Schutzgüter Landschaftsbild und Naturhaushalt zu Grunde gelegten Worst-Case-Annahmen, kann das geforderte Maß an Kompensation möglicherweise das tatsächlich erforderliche Maß übersteigen. Das kann sich auf die Wirtschaftlichkeit des Projekts auswirken, stellt aber kein Hindernis für die Genehmigungserteilung, sondern vielmehr ein Folgeproblem der Typenunabhängigkeit bzw. des durch sie bedingten Worst-Case-Ansatzes dar (Siehe dazu unter Kapitel 3.4). Eine Worst-Case-Bestimmung des Eingriffs wird aber auch mit Blick auf das Vermeidungsgebot als problematisch erachtet. Im Falle eines typenunabhängigen Genehmigungsantrags seien Beeinträchtigungen stets dadurch vermeidbar, dass diejenige, innerhalb der Spannbreite liegende Anlagenvariante zu realisieren sei, die mit dem geringsten Maß an Beeinträchtigungen verbunden sei. Diese Alternative sehe der Antragsteller schließlich durch die Festlegung der Spannbreite selbst als für ihn noch zumutbar an.[143] Eine derartige Wirkung kommt dem Vermeidungsgebot allerdings nicht zu. Es fordert eine Unterlassung solcher, mit dem Eingriff verbundener erheblicher Beeinträchtigungen, die vermeidbar sind. Vermeidbar sind Beeinträchtigungen dann, wenn zumutbare Alternativen gegeben sind, die den mit dem Eingriff verfolgten Zweck am gleichen Ort ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft erreichen (§ 15 Abs. 1 S. 2 BNatSchG). Das geplante Projekt soll am gewählten Standort möglichst naturschutzfreundlich ausgeführt werden.[144] Gefordert ist dagegen weder, den Eingriff gänzlich zu unterlassen, noch die ökologisch günstigste Planungsalternative des Vorhabens zu wählen.[145] Das Vermeidungsgebot gilt nur innerhalb des konkret beantragten Vorhabens. Beantragt wird im Falle einer typenunabhängigen Genehmigung aber die gesamte Spannbreite, eingeschlossen eines Worst-Case-Eingriffs. Das beantragte, durch das Worst-Case-Szenario repräsentierte Vorhaben muss somit mit möglichst wenigen Beeinträchtigungen verwirklicht werden. Wäre nur der Worst Case beantragt, so wäre eindeutig, dass das Vermeidungsgebot keine Verwirklichung einer anderen Anlagenvariante fordern würde. Es erscheint widersprüchlich, dem Vermeidungsgebot nur aufgrund der Tatsache, dass der Worst-Case-Eingriff im Falle einer typenunabhängigen Genehmigung eine Spannbreite möglicher Anlagenkonfigurationen repräsentiert, eine derartige Wirkung zu entnehmen.

Fraglich ist aber, ob es im Sinne einer effektiven Durchsetzung des Vermeidungsgebots erforderlich ist, selbiges nicht nur auf den Worst-Case-Eingriff, sondern im Nachhinein noch auf den tatsächlichen Eingriff zu beziehen. Andernfalls könnte (theoretisch) ein Vorhabenträger, dessen am Ende realisiertes Vorhaben mit einem geringeren Maß an Beeinträchtigungen verwirklicht werden könnte, keinem rechtlichen Zwang unterliegen, möglichst »umweltschonend« zu arbeiten, solange er sich innerhalb dessen hält, was auf Grundlage des Worst Case-Eingriffs genehmigt wurde. Um dem zu begegnen wird vorgeschlagen, die Genehmigung zum einen mit einer Nebenbestimmung zu versehen, die deren Inhaber aufgebe, den Eingriff bei Festlegung des Anlagentyps auf ein möglichst geringes Maß zu reduzieren, und zum anderen unter der Bedingung der nachträglichen behördlichen Genehmigung dieses Eingriffs zu erteilen.[146] Ob das Vermeidungsgebot allerdings derartiges fordert und entsprechende Nebenbestimmungen rechtmäßig sind, da sie zur Sicherstellung dessen Einhaltung erforderlich wären, ist zweifelhaft und konnte auch im Rahmen der geführten Fachgespräche nicht abschließend und einheitlich geklärt werden.[147] Von einem streng genehmigungsrechtlichen Standpunkt aus, scheint dem Vermeidungsgebot eine derartige Wirkung aber nicht zuzukommen. Wird im Rahmen der Eingriffsregelung also insbesondere bei der Beurteilung des Eingriffs und der Festlegung von Kompensationen ein Worst-Case-Szenario zu Grunde gelegt, kann und muss konsequenterweise auch nur dieses Gegenstand des Vermeidungsgebots sein.[148]

143 Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 120.

144 Kerkmann/Koch, in: S, GK-BNatSchG, § 15 Rn. 5.

145 BVerwG, Urt. v. 07.03.1997 – 4 C 10/96, juris Rn. 17; Guckelberger, in: F/M, BNatSchG, § 15 Rn. 25.

146 Vgl. Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 120 f.

147 Insbesondere an dieser Stelle zeigte sich die Schwierigkeit der Überprüfung der Machbarkeit einer typenunabhängigen Genehmigung von Windenergieanlagen lediglich anhand theoretischer Überlegungen.

148 Zur Umgehung etwaiger Probleme der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung im Rahmen einer typenunabhängigen Genehmigung von Windenergieanlagen wird zuweilen auf die Wirkung der Aufstellung eines qualifizierten Bebauungsplans (§ 30 BauGB) hingewiesen. Die §§ 14 ff. BNatSchG finden gem. § 18 Abs. 2 S. 1 BNatSchG auf Vorhaben in derart beplanten Gebieten keine Anwendung.

Artenschutzrecht

Die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage dürfen nicht zu einer Verletzung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG führen. Relevant sind hierbei insbesondere das Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) und das Störungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG)[149], deren Verletzung eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos besonders geschützter Arten (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG) bzw. eine den Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechternde erhebliche Störung erfordert. Ist das der Fall, kann das Vorhaben – vorbehaltlich einer möglichen Ausnahmeerteilung gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG – nicht realisiert werden. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ist eine Prognose dahingehend anzustellen, ob die geplante Windenergieanlage eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos[150] oder eine erhebliche Störung besonders geschützter Arten begründet.[151] Das erfordert sowohl eine Erfassung des Bestandes möglicher betroffener Tierarten im in Frage kommenden Naturraum sowie die eigentliche Bewertung des Tötungs-[152] bzw. Störungsrisikos. Die hierbei maßgeblichen Kriterien sind nicht normativ festgelegt, sondern den naturschutzfachlichen Wissenschaften zu entnehmen.[153] Insbesondere für die Beurteilung der Signifikanz des Tötungsrisikos sieht die Rechtsprechung regelmäßig folgende Aspekte als relevant an: Artspezifische Verhaltensweisen (z. B. Flugverhalten, Flughöhen, Aktionsradien), häufige Frequentierung des durchschnittenen Raums, Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen (Vermeidungsmaßnahmen) und weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der betroffenen Art.[154]

Entsprechende Informationen muss der Antragsteller der entscheidenden Behörde in Form detailierter, naturschutzfachlicher Untersuchungen vorlegen. Diese Gutachten umfassen regelmäßig langfristige Kartierungen,

149 Des Weiteren kann das Verbot der Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) relevant werden.

150 Windenergieanlagen gefährden insbesondere Vögel und Fledermäuse (Gellermann, NdsVBl. 2016, 13, 14); v. Marschall, Naturschutzrechtliche Probleme bei der Zulassung und Planung von Windenergieanlagen auf dem Land, S. 124; Hinsch, ZUR 2011, 191, 192).

151 Vgl. VGH München, Urt. v. 29.03.2016 – 22 B 14.1875, 22B 14.1876, juris Rn. 44.

152 Z. B. BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 34 = NuR 2019, 33, 36; BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9/15, juris Rn. 128; BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 65 = NuR 2009, 112, 115; vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 194.

153 In diesem Sinne bereits BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 64.

154 BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25/17, juris Rn. 11 = NuR 2018, 625, 626; BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18/15, juris Rn. 84 = NuR 2017, 331, 340; BVerwG, Beschl. v. 23.01.2015 – 7 VR 6/14, juris Rn. 30 = NuR 2015, 257, 260; BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12/10, juris Rn. 99 = NuR 2011, 866, 875; Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346, 347; Lau, in: F/M, BNatSchG, § 44 Rn. 14.

Beurteilungen über die Erfüllung von Zugriffsverboten und Konzepte zum Schutz betroffener Tierarten. Ausreichende gutachterliche Untersuchungen erscheinen nach Aussage verschiedener Gutachter, Behördenvertreter und Projektierer auch im Falle eines typenoffenen Genehmigungsverfahrens als unproblematisch möglich. Wenn die Parameter (insbesondere zu Nabenhöhe und Rotordurchmesser) vom Antragsteller durch Ober- und Untergrenzen definiert seien und der Standort feststehe, sei eine Worst-Case-Betrachtung durchführbar.[155] Im Einzelfall könnte die konkrete Festlegung dieser Grenzen allerdings Auswirkungen auf die potenzielle Betroffenheit relevanter Arten haben.[156] So wurde in einem geführten Fachgespräch deutlich gemacht, das z. B. Rotmilane in der Regel bis ca. 80 m über Flur flögen. Von Windenergieanlagen, deren Rotorblätter in diesen Bereich hineinragten, ginge somit eine erhöhte Gefährdung für diese Vögel aus. Dem könne entgegengewirkt werden, indem der Antragsteller die Ober- und Untergrenzen der relevanten Parameter (in erster Linie Werte zu Nabenhöhe und Rotordurchmesser) bereits in seinem Genehmigungsantrag derart bestimmt, dass eine Gefährdung ausgeschlossen bzw. minimiert wird. Die Spannbreite hiernach möglicher Anlagenkonfigurationen könnte auf diese Weise bereits vorab auf solche Konfigurationen beschränkt werden, bei denen der Abstand zwischen unterer Rotorblattspitze und Flur mehr als 80 m betragen würde. Die Untergrenze wäre je nach betroffener Art festzulegen. So fliegt der Uhu nur in Ausnahmefällen höher als 50 m,[157] was eine andere Beurteilung der Untergrenzen als beim Rotmilan erlaubt. Eine andere Möglichkeit wäre die Vorgabe von Mindestabständen zwischen unterer Rotorblattspitze und Flur im Genehmigungsbescheid durch die Genehmigungsbehörde.

Gebietsschutzrecht

Gegenstand des Gebietsschutzrechts ist insbesondere der Schutz bestimmter, unter Schutz gestellter Gebiete und deren Bestandteile, d. h. der dortigen Landschaft sowie diese als Lebensraum nutzender Tier- und Pflanzenarten. Das BNatSchG enthält in § 20 Abs. 2 BNatSchG einen Katalog an Schutzgebieten, die in den §§ 23 ff. BNatSchG weiter konkretisiert werden und sich u. a. in ihren Schutzniveaus unterscheiden. In einigen Schutzgebieten dürfen ohnehin keine großen baulichen Anlagen wie Windenergieanlagen errichtet werden.[158] Allerdings können auch außerhalb geschützter Gebiete befindliche Windenergieanlagen in Schutzgebiete gewissermaßen hineinwirken,[159] z. B. indem sie eine Barrierewirkung gegenüber Vogelarten aufbauen, die in das Schutzgebiet fliegen möchten.[160] Vereinfacht dargestellt kommt es somit stets darauf an, ob die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage negative Wirkungen auf ein Schutzgebiet haben, wobei die Vorgaben des jeweiligen Schutzgebiets maßgeblich sind. Die Ermittlung und Bewertung etwaiger Beeinträchtigungen erfordert mangels normativer Festlegungen naturschutzfachlichen Sachverstand.[161] Der einzelne Anlagentyp und seine Konfiguration scheinen hierbei jedoch keine besondere Rolle zu spielen. Vielmehr ist dies eine allgemeine Frage, die unabhängig vom Anlagentyp, gegebenenfalls unter Beachtung der Dimension,[162] zu beantworten ist.

3.3.4 Baurecht

Unter dem Begriff des Baurechts werden vorliegend sowohl bauordnungs- als auch bauplanungsrechtliche Aspekte behandelt. Schwerpunkt der folgenden Darstellung liegt allerdings auf den bauordnungsrechtlichen Vorgaben über die Standsicherheit. Im Rahmen der Genehmigung einer Windenergieanlage sind selbstverständlich auch weitere bauordnungs- und bauplanungsrechtliche Anforderungen zu beachten, die in der Diskussion um eine typenunabhängige Genehmigung aber nicht derart im Vordergrund stehen. Insoweit erfolgt daher eine verkürzte Darstellung.

155 So auch Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 120.

156 Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 120.

157 Vgl. Grünkorn/Welcker, Erhebung von Grundlagendaten zur Abschätzung des Kollisionsrisikos von Uhus an Windenergieanlagen im nördlichen Schleswig-Holstein, S. 39 ff., Miosga/Bäumer/Gerdes/Krämer/Ludescher/Vohwinkel, Telemetriestudien am Uhu, Natur in NRW 1/2019, S. 38 f.

158 FA Wind, Windenergienutzung und Gebietsschutz, S. 7.

159 Ewer, in: L/E, BNatSchG, § 34 Rn. 7; BVerwG, Beschl. v. 13.08.1996 – 4 NB 4/96, juris Rn. 8 (bezogen auf Naturschutzgebiete).

160 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 211.

161 Gellermann, in: L/R, Umweltrecht, 72. EL 2014, § 34 BNatSchG Rn. 17 ff. (bezogen auf Natura 2000-Gebiete).

162 Bezüglich der Dimension ist ein Worst-Case-Ansatz unproblematisch möglich (größte Anlage).

Standsicherheit

Die Standsicherheit ist eine bauordnungsrechtliche Vorgabe (Landesrecht), die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens einer Windenergieanlage in zweifacher Hinsicht Relevanz besitzt. Zum einen muss die zu genehmigende Anlage selbst standsicher errichtet werden,[163] zum anderen darf sie die Standsicherheit anderer Anlagen nicht gefährden.[164] Windenergieanlagen bergen ein besonderes Gefährdungspotential für benachbarte Anlagen in sich. Im Nachlauf der sich bewegenden Rotorblätter entstehen Luftverwirbelungen (Turbulenzen),[165] die zu einem höheren Verschleiß bis hin zu einer Einsturzgefahr ihnen ausgesetzter Anlagen und somit zu einer Beeinträchtigung der Standsicherheit dieser benachbarten Anlagen führen können.[166] Turbulenzen sind Immissionen i. S. d. § 3 Abs. 2 BImSchG,[167] sodass deren Auswirkungen auf benachbarte Bauwerke auch für das Immissionsschutzrecht und innerhalb des bauplanungsrechtlichen Gebots der Rücksichtnahme relevant sind.[168] Der materielle Beurteilungsmaßstab ist allerdings dem Bauordnungsrecht zu entnehmen, sodass sich aus den unterschiedlichen rechtlichen Anknüpfungspunkten in der Sache kein Unterschied ergibt.[169]

Der Nachweis der Standsicherheit, bezogen auf die zu genehmigende Anlage, umfasst die Standsicherheit der Anlage selbst (häufig auch einfach als Statik bezeichnet) sowie die Standsicherheit des Baugrundes.[170] Erstere ist nach Konzeption der (meisten) Landesbauordnungen durch ein Standsicherheitsgutachten in Gestalt eines Einzelnachweises (Einzelstatik) nachzuweisen, der aber durch eine allgemeine Prüfung (sog. Typenprüfung) ersetzt werden kann.[171] Bei Windenergieanlagen als in Serie hergestellten Anlagen erfolgt dieser Nachweis in der Regel anhand einer solchen Typenprüfung, die vom Hersteller für jeden Anlagentyp eingeholt wird.[172] Ohne Festlegung auf einen konkreten Anlagentyp im Rahmen des Genehmigungsverfahrens, fällt diese Möglichkeit zweifelsohne weg. Der gesetzliche Regelfall des Nachweises der Einzelstatik bleibt aber nach wie vor bestehen.

In der Praxis scheint es durchaus üblich zu sein, Nachweise über die Standsicherheit der zu genehmigenden Anlage (bzw. Bauwerks) erst nach Genehmigungserteilung, aber vor Baubeginn vorzulegen. Ein solches Vorgehen ist für ein typenunabhängiges Genehmigungsverfahren von Vorteil, da vor Baubeginn der zu errichtende Anlagentyp feststeht und die erforderlichen Nachweise zu diesem Zeitpunkt typenbezogen erstellt werden können. Rechtliche Grundlage für ein Nachreichen von Nachweisen ist § 7 Abs. 1 S. 5 der 9. BImSchV, der die nachträgliche Vorlage solcher Unterlagen ermöglicht, deren Inhalte für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage als solcher nicht unmittelbar von Bedeutung sind. Ebendies wird bezüglich der Standsicherheit der zu genehmigenden Anlage angenommen,[173] was im Übrigen auch dem gängigen Vorgehen bei klassischen industriellen BImSchG-Anlagen entspricht. Die Standsicherheit könne mit entsprechendem technologischem Aufwand grundsätzlich immer gewährleistet werden.[174] Einzelstatik bzw. Typenprüfung seien zudem weder für die Vollständigkeit der Antragsunterlagen (§ 7 der 9. BImSchV)[175] noch für die Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich.[176] Im Rahmen Letzterer sind nur solche Unterlagen auszulegen, die Angaben über die Auswirkungen der Anlage auf die Nachbarschaft und die Allgemeinheit enthalten (§ 10 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV),

163 Z. B. Art. 10 S. 1 BayBO.

164 Z. B. Art. 10 S. 3 Alt. 1 BayBO, § 12 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 HBO; des Weiteren darf die zu genehmigende Anlage die Tragfähigkeit des Baugrunds, auf dem sie errichtet werden soll, nicht gefährden (z. B. Art. 10 S. 3 Alt. 2 BayBO, § 12 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 HBO).

165 Detailliert zum sog. Nachlaufeffekt und weiteren luftströmungsbedingten Beeinträchtigungen von Windenergieanlagen, Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 91.

166 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 91; Hinsch, in: S, Handbuch Windenergie, Kap. 3 Rn. 171.

167 Einordnung als »Erschütterungen« (OVG Koblenz, Urt. V. 26.06.2018 – 8 A 11691/17, juris Rn. 36; vgl. Rolshoven, NVwZ 2006, 516, 518).

168 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 93 f.

169 OVG Koblenz, Urt. v. 26.06.2018 – 8 A 11691/17, juris Rn. 34 ff.; Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 93 ff.

170 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 175.

171 Dies ausdrücklich regelnd z. B. § 68 Abs. 3 S. 3 HBO.

172 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 49; Ruppel, in: M, Windenergieanlagen, Kap. 2 Rn. 232.

173 VGH Mannheim, Urt. v. 19.07.2010 – 8 S 77/09, juris Rn. 88; Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 101; Czajka, in: Fe, Bundesimmissionsschutzrecht, 178. EL 2013, § 7 der 9. BImSchV Rn. 16.

174 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 101; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67.

175 OVG Münster, Urt. v. 18.09.2018 – 8 A 1886/16, juris Rn. 87 ff.; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67.

176 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67.

was auf Einzelstatik bzw. Typenprüfung in der Regel nicht zutreffe.[177]

Um sich abzusichern, könnte eine Behörde die Genehmigung unter der aufschiebenden Bedingung des Nachweises der Standsicherheit erteilen und sich zudem durch die Beifügung eines Auflagenvorbehalts gem. § 12 Abs. 2a BImSchG (Zustimmung des Antragstellers erforderlich) eine Rechtsgrundlage für etwaige Detailregelungen schaffen, für die sich aufgrund der nachgereichten Nachweise ein Bedarf ergäbe.[178] Die nachträgliche Vorlage bautechnischer Nachweise wird als typischer Fall des § 12 Abs. 2a BImSchG angesehen.[179]

Im Hinblick auf die Standsicherheit benachbarter Anlagen ist folgendes zu berücksichtigen. Eine durch Turbulenzen bedingte Gefährdung der Standsicherheit benachbarter Anlagen liegt nicht erst dann vor, wenn eine akute Einsturzgefahr begründet wird, sondern bereits, wenn die benachbarte Anlage derart zusätzlich beansprucht wird, dass es zu mehr Verschleiß und einer wesentlichen Verkürzung ihrer Lebensdauer kommt.[180] Ein entsprechender Nachweis erfolgt anhand eines Standorteignungsgutachtens (auch als Turbulenzgutachten bezeichnet).[181] Für diese Beurteilung gibt es keine gesetzlichen oder untergesetzlichen Maßstäbe.[182] Mit der DIBt-Richtlinie besteht aber eine fachliche Grundlage, die in den einzelnen Bundesländern als technische Baubestimmung eingeführt worden ist.[183] Erforderlich ist die Erstellung eines Standorteignungsgutachtens aber nur dann, wenn aufgrund des Abstandes zwischen potentiell gefährdeter und zu genehmigender Anlage eine turbulenzbedingte Beeinträchtigung hinreichend wahrscheinlich ist.[184] Die DIBt-RL legt die insoweit relevanten Abstände in Abhängigkeit eines Mehrfachen des Rotordurchmessers, der mittleren 50-Jahres-Windgeschwindigkeit und des Standortes fest.[185] Diese Abstände zwischen benachbarten Windenergieanlagen sind jedoch aufgrund der derzeitigen Flächenkulisse zumeist nicht einzuhalten. Ein Standorteignungsgutachten bzw. Turbulenzgutachten ist daher in den häufigsten Fällen erforderlich. Ein Nachreichen dieses Gutachtens wird – im Gegensatz zu den die Standsicherheit der zu genehmigenden Anlage betreffenden Nachweisen (s. o.) – rechtlich als nicht möglich erachtet, da die Frage der Gefährdung der Standsicherheit benachbarter Anlagen als für die Erteilung der Genehmigung unmittelbar von Bedeutung angesehen wird.[186]

Die Begutachtung bei typengebundenen Genehmigungsverfahren beinhaltet im ersten Schritt einen Vergleich der standortspezifischen Windbedingungen mit den jeweiligen Auslegungswerten.[187] Passen die Ermüdungslasten[188] für die geplante Betriebszeit in diesem ersten Schritt nicht, dann werden auf Basis der standortspezifischen Windbedingungen die standortspezifischen Ermüdungslasten nachgerechnet und mit der Auslegung verglichen.[189] Nur wenn diese standortspezifische Lastrechnung nicht möglich oder nicht erfolgreich ist, werden Betriebsbeschränkungen (z. B. sektorielle Abschaltungen) vorgesehen. Ein solcher Vorgang ist im Rahmen der typenoffenen Genehmigung aufgrund der fehlenden Typenprüfung und fehlender Herstellerdaten nicht möglich. Fraglich ist also, ob ein Gutachten auch typenoffen gerechnet werden kann. Nach Aussagen verschiedener Gutachter ist dies grundsätzlich möglich. Denn zur Erstellung des Gutachtens würden die Parameter zu Rotordurchmesser, Nabenhöhe, die Standortdaten (Koordinaten) und die damit einhergehenden Windverhältnisse am Standort (Wind-

177 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67.

178 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67.

179 Agatz, Windenergie Handbuch, S. 67; Jarass, BImSchG, § 12 Rn. 47; vgl. VGH München, Beschl. v. 23.04.2018 – 22 ZB 18.627, 22 ZB 18.628, juris Rn. 34.

180 VGH München, Beschl. v. 04.02.2015 – 22 ZB 14/2364, juris Rn. 14; Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 95.

181 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 99; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 175; Ruppel, in: M, Windenergieanlagen, Kap. 2 Rn. 236.

182 Vgl. Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 95.

183 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, S. 90, 96.

184 OVG Saarlouis, Beschl. v. 05.06.2019 – 2 B 326/18, juris Rn. 24; Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 99; neben Turbulenzen können auch die Standortwindbedingungen Einfluss auf die Eignung eines Standorts haben. (s. hierzu Abschnitt 7.3.3 DIBt-RL).

185 Siehe hierzu Abschnitt 7.3.3 DIBt-Richtlinie.

186 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 101.

187 Die Auslegungswerte (wie Turbulenzintensität, mittlere Jahreswindgeschwindigkeit usw.) definieren die Windbedingungen, für die die Windenergieanlage ausgelegt wird.

188 Ermüdungslasten sind die zyklischen Belastungen einer Windenergieanlage, welcher sie zeitlebens ausgesetzt ist und die sich auch auf Ihre Lebensdauer auswirken. Ermüdungslasten können anhand von Lastrechnungen berechnet werden.

189 Dieses zweistufige Verfahren ergibt sich auch aus Kapitel 16.2 b und 16.2.c der DIBt RL für Windenergieanlagen. Es gilt jedoch nur für topografisch nicht komplexe Standorte. Die DIBt RL verweist für topografisch komplexe Standorte auf die DIN EN 61400-1:20011-08. Die relevanten Kapitel sind hier 11.9 »Nachweis der Integrität der Konstruktion mit Bezug auf Winddaten« und 11.10 »Nachweis der Integrität der Konstruktion durch Lastberechnung mit Bezug auf standortspezifische Bedingungen«.

klasse) sowie der Schubbeiwert[190] ausreichen. Letzterer stellt im typenoffenen Verfahren eine Unbekannte und damit eine große Unsicherheit dar. Der Schubbeiwert müsste folglich bei einem typenoffenen Gutachten konservativ gewählt werden.[191] Anhand dieser Parameter, die jeweils mit Ihren Maximalwerten zugrunde gelegt werden müssten, könnte ein Gutachten für das Genehmigungsverfahren erstellt werden. Später, nach Konkretisierung auf einen Anlagentyp, könnten Gutachter dann anhand einer Typenprüfung ihre Ergebnisse nochmals bestätigen.

Die konservative Annahme des Schubbeiwertes im Gutachten kann sich jedoch so auf das Projekt auswirken, dass es unwirtschaftlich erscheint. Diese Unwirtschaftlichkeit bezüglich der Standorteignung resultiert daraus, dass bei Überschreitungen der Ermüdungslasten lediglich mit Abschaltungen reagieren werden kann, welche im Gutachten schon festgelegt werden müssen, um eine positive Aussage hinsichtlich der Standorteignung treffen zu können. Die konservative wirtschaftliche Bewertung der typenoffenen Planung ist damit wohl immer gegeben. Die spätere tatsächliche Wirtschaftlichkeit des Projekts könnte eventuell schon quantifiziert werden, wenn der Projektierer parallel Berechnungen für verschiedene konkrete Anlagentypen durchführt. Diese Berechnungen können auch mit vorläufigen Werten von in Entwicklung befindlicher Anlagentypen gerechnet werden.

Aufgrund der momentanen Flächenkulisse, in welcher Windenergieanlagen häufig sehr eng stehen, geht der Trend bei Gutachten zur Standorteignung dahin, dass mit anlagenabhängigen, turbulenzreduzierenden Betriebsweisen[192] so experimentiert wird, dass in Windparks Anlagen in geringeren Abständen gebaut werden können. Das oben beschriebene Verfahren zur Gutachtenerstellung eines typenoffenen Verfahrens führt an Standorten, an welchen andere, in fremden Eigentum stehende Nachbaranlagen von der zu genehmigenden (typenoffenen) Anlage beeinträchtigt werden, zu besonders konservativen Ergebnissen und daher in der Planungsphase zu der oben beschriebenen Unwirtschaftlichkeit des Projekts. Jedoch erscheinen Standorte in topographisch bewegtem Gelände mit vereinzelt stehenden Anlagen, wie z. B. Mittelgebirgsregionen, weniger problematisch.

Sonstige bauordnungsrechtliche Anforderungen

Weitere bauordnungsrechtliche Vorgaben, die im Rahmen der Genehmigung einer Windenergieanlage relevant werden können, sind insbesondere solche über die von anderen Bauwerken einzuhaltenden Abstände[193] und den Brandschutz.[194] Generalklauselartig sehen die Bauordnungen der Länder zudem vor, dass von baulichen Anlagen keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit ausgehen darf.[195] Eine derartige Gefahr kann von Windenergieanlagen durch Eiswurf[196] ausgehen.

Maßgeblicher Faktor zur Bestimmung der bauordnungsrechtlich einzuhaltenden Abstände ist in der Regel die Anlagenhöhe. Insoweit könnte eine Worst-Case-Betrachtung angestellt werden. In der Regel erstrecken sich die Abstandsflächen bei Windenergieanlagen auf benachbarte Grundstücke, sodass deren Nichtüberbaubarkeit gesichert werden muss[197] (üblicherweise durch Baulast).[198] Denkbar wäre allenfalls, dass auf diese Art und Weise solche Abstandsflächen gesichert werden, die später – beim Bau einer kleineren Anlagenvariante – gar nicht erforderlich gewesen wären. Solche Flächen stünden somit auch keinen anderen Projekten[199] zur Verfügung (Blockadeproblematik). Hinzu käme, dass es etwaiger Baulasten möglicherweise nicht (im eingetragenen Umfang) bedurft hätte. Dies mag aufgrund der begrenzten Verfügbarkeit

190 Der Schubbeiwert ist ein Widerstandskoeffizient. Dieser multipliziert mit der Fläche des Objekts und multipliziert mit dem Staudruck der Strömung liefert die Kraft, die auf das Objekt in Strömungsrichtung wirkt. Je kleiner der Schubbeiwert einer Windenergieanlage ist, umso geringer ist die Kraft, mit der der Wind den Rotor in Windrichtung drückt.

191 Es besteht zudem die Möglichkeit, dass die von der DIBt RL zugelassene Standard-Kennlinie für den Schubbeiwert angewendet wird. Diese ist aber nicht konservativ und es könnte passieren, dass sie am Ende die tatsächliche Kennlinie nicht abdeckt. Somit wäre das Gutachten insgesamt nicht konservativ. Rein formal wäre es jedoch möglich, im Gutachten zur Standorteignung die tatsächliche Kennlinie zu ignorieren und mit der Standard-Kennlinie aus der DIBt RL zu rechnen. Es ist aber unklar, was dies juristisch bedeuten könnte, wenn später die Gegenseite ein Gutachten zur Standorteignung auf Basis der tatsächlichen Kennlinie vorlegt, das zu einem schlechteren Ergebnis kommt.

192 Z. B. Betrieb mit größerem pitch-Winkel oder vollständiges Abschalten der Turbulenz verursachenden Windenergieanlage ab einer bestimmten Windgeschwindigkeit.

193 Z. B. Art. 6 BayBO; § 6 BauO NRW.

194 Z. B. § 14 BauO NRW; § 14 HBO.

195 Z. B. Art. 3 S. 1 BayBO; § 3 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

196 Abfallen (zuweilen als Eisabfall bezeichnet) oder Abwerfen von Eis, das sich an den Rotorblättern gebildet hat.

197 So z. B. Art. 6 Abs. 2 S. 3 BayBO; § 6 Abs. 2 S. 3 BauO NRW.

198 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 193.

199 Gemeint sind andere Projekte als Windenergieprojekte, da Windenergieanlagen ohnehin größere Abstände zueinander einhalten (z. B. wegen Turbulenzeffekten).

von Flächen und der mit der Eintragung von Baulasten verbundenen Kosten kein besonders wünschenswerter Zustand zu sein, führt aber nicht dazu, dass die Genehmigung nicht erteilt werden könnte. Es handelt sich auch bei diesen Aspekten »lediglich« um eine mögliche Folgeproblematik der Erteilung einer typenunabhängigen Genehmigung (siehe hierzu Kapitel 3.4).

Um die bauordnungsrechtlichen Vorgaben zum Brandschutz einzuhalten, muss der Antragsteller im Rahmen des Genehmigungsverfahrens mit den Bauvorlagen ein Brandschutzkonzept vorlegen. Dieses Konzept muss insbesondere Risiko- und Standortfaktoren (z. B. Nähe zu einem Wald oder in der Anlage eingesetzte Stoffe, die besonders entzündlich sind usw.) berücksichtigen und notwendige präventive Brandschutzmaßnahmen festlegen.[200] Für das typenoffene Verfahren wurden bisher keine besonderen Hindernisse im Rahmen des Brandschutzes gesehen. Innerhalb der Fachgespräche wurde es als möglich angesehen, für die im Genehmigungsverfahren erforderliche Beurteilung in einem Brandschutzkonzept zunächst allgemeingültige Aussagen zu treffen. Der Genehmigungsbescheid könne dann in Form einer Nebenbestimmung (Bedingung) vorsehen, dass vor Inbetriebnahme der Anlage ein vollständiges und typenspezifisches Brandschutzgutachten eingereicht wird sowie die darin getroffenen Festlegungen auch umgesetzt werden müssen.

Der Gefahr des Eiswurfs kann grundsätzlich durch technische Vorrichtungen oder Abstände begegnet werden. Unabhängig von der Eisgefährdung eines Standortes und der Einhaltung von Abständen, hat es sich in der Ver-

200 Vgl. § 54 Abs. 2 BauO NRW.

gangenheit aber etabliert, dass Anlagen mit Eisabschaltungen ausgestattet werden.[201] Aufgrund der geführten Fachgespräche, scheint es grundsätzlich möglich, im Rahmen des typenoffenen Genehmigungsverfahrens anhand der Parameter zu Nabenhöhe und Rotordurchmesser allgemeine gutachterliche Aussagen zur Risikoberechnung und zur Funktionssicherheit einer entsprechenden technischen Vorrichtung zu treffen. Im Genehmigungsbescheid selbst könne die Behörde in einer Nebenbestimmung als Bedingung festlegen, dass das am Ende eingesetzte Eiserkennungs- und gegebenenfalls Enteisungssystem nach Konkretisierung des Anlagentyps nachgereicht und umgesetzt werde. Generell entstand im Rahmen der Fachgespräche der Eindruck, dass genehmigungsrechtliche Anforderungen, deren Erfüllung durch am Markt erhältliche technische Systeme erreicht werden kann, im Rahmen einer typenunabhängigen Genehmigung als wenig problematisch erachtet werden. Es gehe um die technische Ausstattung der Windenergieanlage mit Systemen, die für verschiedene Anlagentypen erhältlich und in aller Regel funktionsfähig seien und keine Auswirkungen auf deren Betrieb hätten (z. B. durch Beschränkungen).

Bauplanungsrecht

Auch die Anforderungen des Bauplanungsrechts werden – soweit ersichtlich – mit Blick auf eine typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen nicht als besonders problematisch erachtet. Im Zusammenhang mit Windenergieanlagen im Einzelfall relevante Belange (z. B. Gebot der Rücksichtnahme, Rückbauverpflichtung, Störung der Funktionsfähigkeit von Funkstellen) seien weniger von einem konkreten Anlagentyp abhängig. Eine wichtige Kenngröße bilde vielmehr die Dimension, bezüglich derer eine Worst-Case-Betrachtung angestellt werden könne. Eine Ausnahme könnte eine erwartete Störung von Radaranlagen, die mittels eines signaturtechnischen Gutachtens ermittelt werden soll, darstellen. Diese Gutachten sind derzeit nicht ohne Kenntnis des Anlagentyps und dessen spezifischer Bauweise zu erstellen.

3.3.5 Weitere Aspekte

Forstrecht

Abhängig vom Standort, kann es im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für Windenergieanlagen dazu kommen, dass Belange des Forstrechts abgearbeitet werden müssen.[202] Dies ist vor allem bei Windenergieanlagen im Wald durch einzelne Eingriffe z. B. durch Fundamente, Zuwegung, Kranstellflächen oder Lagerplätze gegeben. Die fachlichen Herausforderungen, die sich hier bei einer typenoffenen Genehmigung stellen, dürften – ähnlich wie beim Bereich Naturschutz – anhand der Dimensionen (Worst-Case-Ansatz) und des Standorts der geplanten Windenergieanlage(n) recht gut abzuarbeiten sein. Mit diesen Dimensionen können in einem Gutachten anschließend ein Korridor für Kurvenradien, Rotorüberstände, Kranstellflächen usw. erstellt werden. Ferner könnte anhand eines Worst-Case-Szenarios die Ermittlung der Walderhaltungsabgabe bzw. Ersatzaufforstung für eine forstrechtliche Waldumwandlung erfolgen.

Wasserschutzrecht

Das Wasserschutzrecht kann im Rahmen der Genehmigung einer Windenergieanlage in unterschiedlicher Art und Weise Bedeutung erlangen. So kann zunächst je nach Fallgestaltung eine eigenständige wasserrechtliche Zulassungsentscheidung erforderlich werden (§§ 8, 9 WHG). Zudem kann in sog. Wasserschutzgebieten die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage gänzlich ausgeschlossen sein oder nur im Wege einer Befreiung möglich werden (§§ 51, 52 WHG).[203] Insoweit kommt es maßgeblich auf die im Einzelfall relevanten Vorgaben der jeweiligen Schutzgebietsverordnung an. Stets relevant ist, dass in einer Windenergieanlage wassergefährdende Stoffe zum Einsatz kommen (z. B. Öle, Kühlmittel). Gem. § 62 Abs. 1 S. 1 WHG darf der Einsatz dieser Stoffe nicht dazu führen, dass eine nachteilige Veränderung der Eigenschaften von Gewässern zu besorgen ist. Konkretisiert wird diese Vorgabe durch die »Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV)«, in der u. a. relevante Stoffe in drei Wassergefährdungsklassen eingestuft werden (siehe § 3 Abs. 1 AwSV). Die konkrete Art, Menge und Zusammensetzung der in einer Windenergieanlage zum Einsatz kommenden was-

201 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 178.

202 Relevante Rechtsgrundlagen sind das Bundeswaldgesetz (BWaldG) und die Waldgesetze der Länder.

203 Diese Befreiungsentscheidung wird von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gem. § 13 BImSchG eingeschlossen (vgl. Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 13 Rn. 36, 47).

sergefährdenden Stoffe variiert je nach Hersteller und Modell. Dennoch könnte auch im Rahmen eines typenoffenen Genehmigungsverfahrens gewährleistet werden, dass Vorgaben des § 62 Abs. 1 S. 1 WHG i. V. m. AwSV eingehalten werden. Die Tatsache, dass der Anlagentyp im Genehmigungsverfahren noch nicht feststeht, begründe diesbezüglich – so die fast einstimmige Ansicht befragter Behörden und Projektierer – keine Besonderheiten. Bei einer Typenunabhängigkeit könne mit Wassergefährdungsklassen sowie Mengenangaben für die zum Einsatz kommenden wassergefährdenden Stoffe in der Windenergieanlage gearbeitet werden. Die Genehmigung könnte folglich festlegen, welcher Wassergefährdungsklasse die in der Windenergieanlage genutzten wassergefährdenden Stoffe angehören dürfen sowie jeweils deren Menge bestimmen. Außerdem könnte die Behörde der Genehmigung weitere Nebenbestimmungen hinzufügen, die z. B. eine ökologische Baubegleitung, Auffangbehälter in der Anlage für Löschmedien, Öle usw. vorschreiben.

Bodenschutzrecht

Zur Berücksichtigung der mit der Errichtung einer Windenergieanlage bodenschutzrechtlich relevanten Bodenveränderungen[204] (Bodenversiegelung, Bodenbeeinträchtigung durch Bautätigkeit sowie Verwendung von Bodenaushub) wird üblicherweise im Genehmigungsverfahren fachlich auch im Rahmen des Fachgutachtens zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (Landschaftspflegerischer Begleitplan bzw. Eingriffs- und Ausgleichsplanung) Stellung genommen.[205] In manchen Fällen kann auch ein spezielles Bodengutachten erforderlich sein. Nach Aussage von Gutachtern, Behörden und Projektierern bedeutet dieses Szenario, dass auch im Falle einer typenunabhängigen Genehmigung der Bodenschutz im Fachgutachten für einen Worst Case abgehandelt werden könne. Auch den bodenbezogenen Eingriffsausgleich würde man im Gutachten für den Maximaleingriff in Betracht ziehen.

Denkmalschutzrecht

Im Rahmen des Denkmalschutzes dürfte es im typenoffenen Genehmigungsverfahren keine großen Unterschiede im Vergleich zum typengebunden Genehmigungsverfahren geben. Eine Windenergieanlage ist stets raumbedeutsam und der Antragsteller muss bei der Bewertung der Beeinträchtigung eines Denkmals durch Windenergieanlagen eine von der Qualität des jeweiligen Baudenkmals abhängige Einzelfallprüfung vornehmen. Die denkmalfachliche Beurteilung muss durch einen denkmalfachlichen Betrachter, also einem Gutachter, durchgeführt werden.[206] Hierzu dienen Visualisierungen in Form von Fotomontagen, eine Inaugenscheinnahme durch einen Ortstermin, topografische Karten, Übersichtspläne sowie Sichtgutachten bzw. Sichtachsengutachten. Im Falle eines typenunabhängigen Verfahrens müsste dieses Material mit den Maximalwerten der relevanten Anlagenparameter erstellt werden. So könnte eine Worst-Case-Beeinträchtigung visualisiert und durch die Behörde beurteilt werden.

Luftverkehrsrecht

Im Bereich des Luftverkehrsrechts sind keine Besonderheiten im Rahmen des typenunabhängigen Genehmigungsverfahrens erkennbar. Etwaige Meldepflichten[207] sind gleichbleibend mit dem typengebundenen Verfahren. Hier kann insbesondere sehr gut mit der Maximalhöhe der geplanten typenoffenen Anlage gearbeitet werden. Gleiches gilt für die erforderliche Hinderniskennzeichnung. Zudem sahen alle Gesprächspartner im Rahmen des Projekts keine Besonderheiten bei der Prüfung einer Störung von Flugsicherungseinrichtungen nach § 18a LuftVG. Nach Aussage der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt werden für die Formel, mittels welcher die DVOR-Signalstörung durch Windenergieanlagen berechnet wird, lediglich die maximale Anlagenhöhe sowie der Abstand zum DVOR benötigt. Das bedeutet, dass auch dieser Punkt im typenunabhängigen Genehmigungsverfahren über einen Worst-Case-Ansatz abgearbeitet werden könnte.

204 S. § 4 BBodSchG.

205 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 49.

206 FA Wind, Windenergie und Denkmalschutz, S. 11.

207 Z. B. die von Ziffer 21.2 der AVV geforderte Anzeige der Windenergieanlage an die Flugsicherungsorganisation.

Abfallrecht

Der Antragsteller muss im Genehmigungsverfahren Erklärungen zu in der Anlage anfallenden Abfällen sowie deren Art, voraussichtlicher Menge, Verwertung bzw. Beseitigung machen. Diese Informationen werden im typengebundenen Verfahren den allgemeinen Antragsunterlagen des Herstellers zum Anlagentyp entnommen. Wie sich aus den Fachgesprächen innerhalb des Projekts ergeben hat, könne der Antragsteller im typenoffenen Verfahren allgemein gehaltene Erklärungen zu in der Windenergieanlage und bei deren Errichtung anfallenden Abfällen und deren Entsorgung machen. Diese könnten dann bei Festlegung auf einen Anlagentyp durch Unterlagen des Anlagenherstellers ergänzt und vervollständigt werden.

Straßenverkehrsrecht

Im Rahmen des Straßenverkehrsrechts sind keine Unterschiede zum typengebundenen Verfahren ersichtlich. Es ist davon auszugehen, dass der Anlagentyp in einer behördlichen Beurteilung auf diesem Gebiet nicht notwendig ist. Lediglich bei der Erschließung und dem damit verbundenen Wegeaufbau des Standorts wäre eventuell ein Unterschied bezüglich des Gewichts der unterschiedlichen Anlagentypen zu machen. Jedoch könnte auch dies sehr gut mit einem Worst Case (Maximalgewicht) eingefangen werden. Bei der Dimensionierung der Anlagen sind in Bezug auf Standort und Rotorradius in Straßennähe die Bauschutzbereiche nach Bundesfernstraßengesetz § 9 Abs. 1 Satz 1 (FStrG) und der Straßen- (und Wege-) Gesetze der Länder beachtlich.

Formalia

Die Erfüllung formell-rechtlicher Vorgaben im Falle einer typenunabhängigen Genehmigung wird – soweit ersichtlich – nicht als besonders problematisch angesehen.[208] Auch wenn keine der entsprechenden Vorgaben ausdrücklich eine Typenbezeichnung fordert, könnten sich Bedenken grundsätzlich dann ergeben, wenn eine Beschreibung oder Bestimmung von (Umwelt-) Auswirkungen oder des Umfangs der zu genehmigenden Windenergieanlage verlangt wird. Erkennbar ist bei einer typenunabhängigen Genehmigung aber immerhin, welcher Art und Intensität etwaige Auswirkungen sein können und mit welchem Höchstmaß an Auswirkungen gerechnet werden muss. Auf dieser Grundlage erscheinen z. B. die Erfüllung der Vorgaben zum Antragsinhalt (§ 10 Abs. 1 S. 1 BImSchG i. V. m. § 3 S. 1 Nr. 4 der 9. BImSchV) erfüllbar, da Art und Umfang der Anlage erkennbar sind. Die Antragsunterlagen müssen gem. § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG alle Zeichnungen, Erläuterungen und sonstigen Unterlagen enthalten, die zur Prüfung der Anforderungen nach § 6 BImSchG erforderlich sind. Welche Unterlagen hierzu im Einzelnen erforderlich sind, hängt insbesondere davon ab, welche Angaben erforderlich sind, um die Behörde zu einer abschließenden Entscheidung zu befähigen.[209] Ist die Durchführung der einzelnen fachlichen Untersuchungen möglich, so können auch ordnungsgemäße Antragsunterlagen vorgelegt werden. Daher wird dazu auf die Ausführungen zu den jeweiligen Genehmigungsvoraussetzungen verwiesen. Im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 10 Abs. 3 S. 2 BImSchG i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV) könnte sich die Anzahl betroffener Anwohner und somit erhobener Einwendungen dadurch erhöhen, dass die konkrete Konfiguration der genehmigten Windenergieanlage infolge des aus der Spannbreite folgenden Spielraums unterschiedlich ausfallen. Ein Verstoß gegen die Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung wäre hierin wohl aber nicht zu sehen.

208 Zwar wird in einigen behördlichen Vordrucken die Angabe eines Anlagentyps gefordert. Über die rechtliche Erforderlichkeit einer solchen Angabe sagt das allein aber noch nichts.

209 Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 119; vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 63 ff.

3.4 Folgeprobleme

Neben solchen, unter Kapitel 3.3 dargestellten Herausforderungen und Problemen, die dem Erlass einer typenunabhängigen Genehmigung als Genehmigungshindernis entgegenstehen können, ergeben sich noch gewisse Folgeprobleme. Im Unterschied zu genehmigungsbezogenen Aspekten, stehen sie zwar der Erteilung einer typenunabhängigen Genehmigung in rechtlicher Hinsicht nicht entgegen, sind in der Diskussion um eine typenoffene Genehmigung aber ebenso präsent, was sich insbesondere auch in den mit Behördenvertretern, Projektierern und Gutachtern geführten Fachgesprächen zeigte. All diesen Punkten ist gemeinsam, dass sie sich als direkte Konsequenz der Loslösung von einer konkreten Anlagenkonfiguration bzw. aus der Anwendung des Worst-Case-Ansatzes erweisen.

3.4.1 Mehraufwand für das Genehmigungsverfahren

Zunächst wäre wohl zu erwarten, dass der erforderliche Aufwand für sämtliche am Genehmigungsverfahren Beteiligte zunehmen würde, zumindest bis sich eine gewisse Routine für derartige Verfahren einstellen würde. Für Antragsteller würde dieser Mehraufwand insbesondere daraus resultieren, dass sie zum Zwecke der Umschreibung der zu genehmigenden Anlage im Rahmen der Antragsunterlagen nicht mehr auf typenbezogene Herstellerinformationen zurückgreifen könnten, sondern erforderliche Informationen[210] selbst zusammenstellen müssten. Viele fachliche Untersuchungen wären inhaltlich umfangreicher,[211] was mit einem entsprechenden Mehrbedarf an Zeit und Geld einhergehen könnte. Inwieweit sich auch für Behörden ein Mehraufwand ergeben würde, wurde im Rahmen der durchgeführten Fachgespräche unterschiedlich beurteilt. Denkbar wäre zudem, dass sich der ohnehin nicht einfache Prozess der Öffentlichkeitsbeteiligung im Falle einer angestrebten typenunabhängigen Genehmigung weiter verkomplizieren könnte.[212]

3.4.2 Auswirkungen auf Wirtschaftlichkeit von Projekten

Aufgrund der Loslösung von einer konkreten Anlagenkonfiguration entstehen gewisse Unsicherheiten in verschiedenen Bereichen, die Bedeutung für die Wirtschaftlichkeit eines Windenergieprojektes haben können. So erfordern aussagekräftige, auf eine Spannbreite bezogene fachgutachterliche Untersuchungen zuweilen konservative Annahmen (siehe z. B. im Bereich des Schalls, des Schattens und der Standorteignung). Erst auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die betreffenden Genehmigungsvoraussetzungen auch eingehalten werden. Außerdem können konservativ gestaltete und Worst-Case-Untersuchungen ergeben, dass ein rechtmäßiger Anlagenbetrieb nur unter (weitgehenden) Beschränkungen möglich wäre (z. B. Verbot des Nachtbetriebs). Die am Ende errichtete Windenergieanlage bedürfte aber möglicherweise – insbesondere dann, wenn sie hinter dem Worst Case zurückbleibt – keinen derart strengen Beschränkungen. Auf Grundlage derartiger, theoretischer Annahmen und der damit einhergehenden Betriebseinschränkungen, könnte sich ein Projekt bereits während der Projektplanung und/oder zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung als unwirtschaftlich erweisen, auch wenn es das bei Festlegung auf eine konkrete Anlagenkonfiguration möglicherweise gar nicht wäre. Im Rahmen der geführten Fachgespräche wurden verschiedene Möglichkeiten vorgeschlagen, um eine Anpassung zunächst erforderlicher Beschränkungen entsprechend den tatsächlichen Bedürfnissen zu erreichen. Grundsätzlich könnte eine überschießende Beschränkung dadurch beseitigt werden, indem das Gespräch mit der zuständigen Behörde gesucht werde, um so eine nachträgliche Anpassung der Genehmigung zu erreichen.[213] Denkbar sei auch, entsprechende Auflagen bereits in der Genehmigung durch den Nachweis einer fehlenden Beeinträchtigung auflösend zu bedingen. Erweise sich im Nachhinein, dass eine Beeinträchtigung, die Grund für die Beifügung einer

210 Bsp. konkretes Brandschutzkonzept der Anlage oder Angaben zum Einsatz wassergefährdender Stoffe, deren Menge sowie Auffangbehälter in der Anlage für solche Stoffe u.v.m.

211 In vielen Gutachten werden typenbezogene Herstellerdaten zugrunde gelegt (Bsp. Schall, Schatten, Standorteignung), um standortspezifische Berechnungen für das Genehmigungsverfahren anzustellen. Dies müsste bei der typenunabhängigen Genehmigung auf andere und voraussichtlich komplexere Weise angestellt werden. Siehe als Bsp. hierzu die Herausforderungen bei der Schallprognose ohne konkrete Daten zum Anlagentyp unter Kapitel 3.3.2.

212 Z. B. mehr Einwendungen aufgrund einer größeren Bandbreite und eines höheren Maßes möglicher Beeinträchtigungen.

213 Nach Erteilung der Genehmigung fallen die Zuständigkeiten wieder den Fachbehörden zu; die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG ist auf die Genehmigungserteilung beschränkt (Jarass, BImSchG, § 13 Rn. 25).

beschränkenden Auflage war, gar nicht bestehe, so entfalte die Bedingung Wirkung und die Beschränkung fiele weg. Eine andere Möglichkeit könne eine Übertragung der bereits im Artenschutzrecht anzutreffenden Genehmigungspraxis zur nachträglichen Optimierung beschränkender Artenschutzauflagen nach Durchführung eines Monitorings sein.[214] Grundsätzlich ist bei alldem folgendes zu beachten: Es ist anzunehmen, dass es für einen Vorhabenträger wohl mehr Sicherheit bietet, die Möglichkeit nachträglicher Reduzierungen bereits im Bescheid selbst angelegt zu wissen.[215] Etwaige Lösungen über Nebenbestimmungen (Bedingung oder Auflage) sind aber rechtlich nur möglich, wenn sie zur Sicherstellung der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich sind (§ 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Da die Bewältigung des Folgeproblems der überschießenden Beschränkung aber kein für die Erteilung der Genehmigung relevanter Aspekt im Sinne einer Genehmigungsvoraussetzung ist,[216] erscheint bereits die Einhaltung dieser Voraussetzung zweifelhaft. Zudem müsste zur Wahrung der hinreichenden Bestimmtheit bereits aus dem Bescheid klar hervorgehen, welche Folgen sich bei bestimmten nachträglichen Erkenntnissen ergeben.[217] Zu beachten ist auch, dass eine etwaige Genehmigungspraxis (Monitoring) als solche weder etwas über deren Rechtmäßigkeit[218] noch deren Übertragbarkeit auf andere Konstellationen aussagt.[219] Ein Mehraufwand in finanzieller Hinsicht könnte sich letztlich auch daraus ergeben, dass der Berechnung erforderlicher Kompensationszahlungen ebenfalls der Worst Case zu Grunde liegt, die betreffende Beeinträchtigung am Ende jedoch tatsächlich geringer ausfällt.

3.4.3 Blockade nicht genutzter, aber genehmigter Kontingente

Sofern der Genehmigungsinhaber hinter einem zu Grunde gelegten Worst-Case-Szenario zurückbleibt, kann dies zu einem weiteren Problem führen, das am Beispiel des Themas Schall erläutert werden soll.[220] Wird im Rahmen der Schallprognosen der Worst Case zu Grunde gelegt und realisiert der Genehmigungsinhaber am Ende aber eine Anlage, die ein geringeres Maß an Immissionen verursacht, so wird das genehmigte Maß an Schallimmission tatsächlich nicht voll ausgenutzt. Es entsteht eine Differenz zwischen den durch die errichtete Anlage hervorrufbaren und den genehmigten Schallimmissionen. Sollen nun weitere Windenergieanlagen[221] in der Nähe der typenunabhängig genehmigten Anlage errichtet werden, ist diese als Vorbelastung im Rahmen der schalltechnischen Untersuchung dieser Anlagen zu berücksichtigen und zwar im Umfang des genehmigten Maßes.[222] Ein neues Vorhaben wäre somit durch ein genehmigtes, aber tatsächlich nicht genutztes Schallkontingent beschränkt[223] und verfügbare Flächen würden so nicht optimal ausgenutzt werden.[224] Zudem wird zuweilen befürchtet, dass es in Konkurrenzsituationen gar zu einer missbräuchlichen Sicherung weitreichender Kontingente kommen könnte.[225] Etwaige Probleme könnten sich noch potenzieren, wenn mehrere typenunabhängige Genehmigungen in einem Ausbaugebiet erteilt werden würden.[226]

Jedoch kann auch bei einem typengebundenen Verfahren die Situation auftreten, dass der tatsächlich auftretende Immissionswert hinter dem prognostizierten zurückbleibt. Dies ist z. B. der Fall, wenn sich nach einer bisher nicht erfolgten Mehrfachvermessung von Anlagen herausstellt, dass diese leiser sind als zum Zeitpunkt der Genehmigung bekannt. Angesichts dessen ist zumindest festzustellen,

214 Siehe hierzu z. B. MULNV NRW, Leitfaden »Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in NRW«, Kap. 8 Ziff. 2 b.

215 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 204.

216 Aus diesem Grund fand im Rahmen dieses Projekts insoweit auch keine vertiefte Prüfung statt.

217 Vgl. zum Monitoring Agatz, Windenergie Handbuch, S. 204.

218 Vgl. zum Monitoring Ruß, ZUR 2017, 602 und ZUR 2018, 18.

219 Dennoch erscheint der Ansatz interessant und auf den ersten Blick vergleichbar. Es wären aber weitere Untersuchungen erforderlich.

220 Vergleichbare Situationen können sich insbesondere auch beim Thema Schattenwurf und Turbulenzen ergeben.

221 Gleiches gilt auch für andere Anlagen, bei welchen im Zulassungsverfahren Lärmimmissionen zu prüfen sind.

222 So u. a. OVG Münster, Beschl. v. 27.07.2015 – 8 B 390/15, juris Rn. 12; Agatz, Windenergie Handbuch, S. 260.

223 Siehe zu dieser Problematik Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 119.

224 FA Wind, Typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen an Land, S. 3.

225 Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, S. 68.

226 Hierauf hinweisend Agatz, Windenergie Handbuch, S. 68.

dass es auch bei typengebundenen Genehmigungen Konstellationen gibt, in denen in gewissem Umfang eine Blockade von Schallkontingenten entstehen kann. Es ergibt sich somit im Grundsatz keine völlig neue Situation. Allenfalls das Ausmaß einer etwaigen Blockade könnte im Falle einer typenunabhängigen Genehmigung den Unterschied machen. Allerdings ist zu beachten, dass die beantragte und genehmigte Spannbreite einer typenunabhängigen Genehmigung in der Praxis möglicherweise von überschaubarem Ausmaß wäre. Zum einen dürften nämlich Vorhabenträger eine relativ konkrete Vorstellung davon haben, welche Konfiguration eine beabsichtigte Windenergieanlage an einem bestimmten Standort in etwa haben wird oder zumindest welcher Anlagenklasse sie zugeordnet werden könnte. Zum anderen hat sich an verschiedenen Stellen im Rahmen der Untersuchung der Genehmigungsvoraussetzungen gezeigt, dass sich die Verringerung der Spannbreite positiv auf die Erfüllung bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen auswirken kann. Im Streben danach, einen möglichst genehmigungsfähigen Antrag einzureichen, könnte das in der Praxis zu einer weiteren Konkretisierung der Spannbreite bereits durch den Antragsteller führen. Möglicherweise wäre das Ausmaß etwaiger Blockaden im Einzelfall somit nicht (wesentlich) höher als auch in bisherigen, vergleichbaren Situationen. Dies zu beantworten fällt im Rahmen einer theoretischen Betrachtung allerdings schwer. Das Drohen einer Blockade an sich wird in jedem Fall nicht als Umstand angesehen, der die Erteilung einer typenunabhängigen Genehmigung rechtlich hindert, sondern sei gegebenenfalls im Wege des Vollzugs zu korrigieren.[227] Hierfür spricht, dass die Verhinderung einer drohenden Blockade keine Genehmigungsvoraussetzung ist. Ist einer auf dem Worst Case basierenden Schallprognose zu entnehmen, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden, so ist die insoweit relevante Genehmigungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG eingehalten. Ein späteres Zurückbleiben hinter dem Worst Case ändert daran nichts.[228]

Unabhängig davon, ist eine Blockade tatsächlich nicht genutzter Flächen und Kontingente gleich welchen Ausmaßes angesichts der für Windenergieanlagen nur in begrenztem Maße zur Verfügung stehenden Flächen und mit Blick auf eine möglichst effektive Umsetzung der Energiewende dennoch kein erstrebenswerter Umstand. So verwundert es nicht, dass sich die deutliche Mehrheit der Gesprächspartner der Fachgespräche dafür aussprach, die zunächst typenunabhängig erteilte Genehmigung in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller einen zu errichtenden und der genehmigten Spannbreite entsprechenden Anlagentyp gewählt hat, zu konkretisieren. Die durch Genehmigung einer Spannbreite zunächst bestehende Weite an genehmigender Wirkung solle im Nachhinein gewissermaßen auf das tatsächlich in Anspruch genommene Maß beschränkt werden. Wie dies allerdings umgesetzt werden könnte, wurde unterschiedlich beurteilt. So wurde vorgeschlagen, dem Genehmigungsinhaber im Wege einer Nebenbestimmung aufzugeben, der Genehmigungsbehörde die Konfiguration der errichteten Windenergieanlage anzuzeigen.[229] Auf diese Weise hätte die Behörde zumindest Kenntnis über die Parameter der realisierten Anlage und könnte überprüfen, ob sich diese innerhalb der genehmigten Spannbreite bewegen. Auswirkungen auf die genehmigte Weite wären damit allerdings nicht verbunden. Um derartiges zu erreichen, wäre in Erwägung zu ziehen, die bisherige typenunabhängige Genehmigung entweder im Wege einer Änderungsgenehmigung zu ändern oder teilweise zu widerrufen. Unabhängig davon, dass hierfür die Voraussetzungen der § 16 BImSchG bzw. § 21 BImSchG vorliegen müssten, was durchaus fraglich erscheint, käme es auf diese Art und Weise jedenfalls zu einem zweiten Bescheid. Ein solcher würde weitere Kosten mit sich bringen und könnte von betroffenen Dritten angegriffen werden. Diesen Nachteil umgeht eine Lösung über eine Nebenbestimmung, nach der sich die zunächst typenunabhängige Genehmigung mit Gebrauchmachen (Errichtung einer konkreten Windenergieanlage) nur noch auf diese Anlage bezieht. Sofern eine solche Nebenbestimmung (wohl eine Bedingung) allerdings vom Antragsteller nicht mit beantragt wird, müsste sie erforderlich sein, um die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen (§ 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG).[230] Aus Sicht der Autoren ist es aber nicht ersichtlich, dass die spätere Reduzierung des genehmigten Gegenstandes erforderlich in diesem Sinne ist und damit aus streng genehmigungsrechtlicher Sicht auch nicht zu fordern sein dürfte. Ebenso bestünde die Möglichkeit,

227 Maslaton, NVwZ 2013, 542, 546; Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 119.

228 Man könnte allenfalls darüber nachdenken, ob sich aus der Vorsorgepflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) doch ein entsprechendes Bedürfnis ergibt.

229 Vgl. auch Kerkmann/Schröter, ZNER 2018, 118, 119.

230 Zudem ist u. a. die Anforderung der hinreichenden Bestimmtheit zu beachten.

dass der Genehmigungsinhaber nicht benutzte Kontingente durch eine freiwillige Verzichtserklärung gegenüber der Behörde und somit auch gegenüber anderen Vorhaben freiräumt. Auch eine solche Verzichtserklärung ist jedoch rechtlich nicht zu erzwingen. Ein weiterer Gedanke wäre, eine derartige Erklärung sowie gegebenenfalls weitere, eine etwaige Blockade zu verhindern suchende Elemente zum Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Antragsteller/Genehmigungsinhaber und Genehmigungsbehörde zu machen. Auf diese Weise könnte eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit erreicht werden. Diese Überlegungen und Ansätze bedürften einer weitergehenden Betrachtung, die im Rahmen dieses Projekts nicht geleistet werden konnte.

3.5 Sonstige Überlegungen

3.5.1 Annahme von »Erfüllbarkeit« bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen ausreichend?

Im Rahmen der durchgeführten Fachgespräche wurde zuweilen diskutiert, ob und inwieweit die Genehmigungsbehörde im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ihre Überzeugung der Einhaltung bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen weniger auf fachliche Untersuchungen, sondern verstärkt auf bisherige Erfahrungen stützen könne. In der Literatur findet sich tatsächlich die Aussage, dass es Konstellationen gäbe, in denen es ausreiche, dass die Behörde die Erfüllbarkeit einer bestimmten Genehmigungsvoraussetzung annehmen dürfe.[231] Denkbar sei dies z. B., wenn zur Einhaltung einer nach dem Stand der Technik erforderlichen Emissionsbegrenzung verschiedene Lösungswege zur Verfügung stünden. Diese Lösungswege müssten entweder allgemein bekannt, in den Genehmigungsunterlagen aufgezeigt oder die Genehmigungsbehörde müsste aufgrund ihrer Erfahrungen oder eingeholter Gutachten der Überzeugung sein, dass die Emissionsbegrenzung realistisch sei. In einem solchen Fall, sei es zulässig, durch eine Auflage anzuordnen, eine technisch machbare Einrichtung zur Emissionsbegrenzung zu installieren und die entsprechenden Unterlagen im Detail nachzureichen, um eine abschließende Prüfung im Aufsichtsverfahren durchzuführen.[232] Die Schwelle des »Sichergestellt« bzw. »Nichtentgegenstehens« (§ 6 Abs. 1 BImSchG) scheint hier insoweit nicht erst mit Gewissheit über die hinreichende Wahrscheinlichkeit der Erfüllung einer Genehmigungsvoraussetzung, sondern bereits bei Annahme von Erfüllbarkeit, d. h. der erst in der Zukunft herstellbaren Erfüllung erreicht. Für eine typenunabhängige Genehmigung könnte es grundsätzlich hilfreich sein, wenn die Genehmigungsbehörde auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen und ihrer Erfahrung bereits vor Festlegung auf eine konkrete Anlagenkonfiguration dennoch zu dem Schluss kommen kann, dass die jeweilige Genehmigungsvoraussetzung zumindest erfüllbar ist. Fraglich ist, ob und inwieweit diese Lockerung über das o. g. Beispiel im Zusammenhang mit der Emissionsbegrenzung auch auf andere Konstellationen übertragen werden kann. Dem Stand der Technik entsprechende Emissionsbegrenzungen fordert das BImSchG zum Zwecke der immissionsschutzrechtlichen Vorsorge (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Geht es dagegen um die Überprüfung solcher Genehmigungsvoraussetzung, deren Einhaltung erhebliche, den Umfang oder Betrieb einer Windenergieanlage betreffende Beschränkungen erforderlich machen kann, erscheint eine Übertragung dagegen problematisch. Das wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass bestimmte, im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Windenergieanlage stehende Genehmigungsvoraussetzungen durch entsprechende Regelung des Betriebs immer eingehalten werden könnten. So könnten etwa Vorgaben zu Schall, Schatten oder Turbulenzen immer dadurch erfüllt werden, dass die Anlage abgeschaltet wird. Die Behörde könnte folglich immer die (theoretisch machbare) Erfüllbarkeit der betreffenden Genehmigungsvoraussetzung annehmen. Eine durch entsprechende Nebenbestimmungen erreichte Erfüllbarkeit begegnet aber bereits deshalb Bedenken, da derartige Beschränkungen nur rechtmäßig (insbesondere verhältnismäßig)[233] sind, wenn sie erforderlich sind, um die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen (§ 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Dem scheinen derart pauschale Beschränkungen nur schwerlich zu ge-

231 Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 153.

232 Siehe für alles Mann, in: L/R, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 153.

233 Siehe allg. Wasielewski, in: F, GK-BImSchG, § 12 Rn. 24; Storost, in: U/L/R, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 170. EL 2010, § 12 BImSchG Rn. D 3.

nügen. Zudem würde die Behörde auf diese Weise ihrer Prüfpflicht wohl nicht in ausreichendem Umfang nachkommen (vgl. hierzu Kapitel 3.1).

3.5.2 Vergleich mit anderen europäischen Mitgliedstaaten

In anderen europäischen Mitgliedstaaten scheint es durchaus üblich zu sein, Genehmigungen von Windenergieanlagen nicht auf einen konkreten Typ zu beziehen.[234] Für weitere Untersuchungen der Thematik könnte es erfolgversprechend sein, zu untersuchen, inwieweit sich aus einer vergleichenden Betrachtung mit den rechtlichen Vorgaben und der Genehmigungspraxis in entsprechenden Ländern, Schlüsse für eine typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen in Deutschland ergeben könnten.

3.5.3 Verfahrenskosten

In typengebundenen Genehmigungsverfahren setzen sich die Verfahrenskosten üblicherweise aus der Genehmigungsgebühr sowie den erstattungsfähigen Auslagen zusammen. Die Gebühr betrifft den Verwaltungsaufwand und ihr werden zumeist zur Berechnung die Investitionskosten zugrunde gelegt. In den Fachgesprächen wurde mehrfach die Auffassung vertreten, dass diese Kosten im typenoffenen Genehmigungsverfahren grundsätzlich geschätzt werden könnten. Hierzu sollten zum Vergleich die Kosten verschiedener Anlagen der zu genehmigenden Spannbreite herangezogen werden. Lassen sich die innerhalb der Spannbreite möglichen Anlagen einer Anlagenklasse zuordnen, dürften sich die jeweiligen Investitionskosten einander annähern. Daneben wäre es auch denkbar, die Kosten einfach im Sinne eines Worst Case anzusetzen. Durch die Fachgespräche wurde jedoch immer wieder deutlich, dass Kostenbescheide häufig separat und damit auch nachgelagert ergehen. Dies wäre von Vorteil für die typenoffene Genehmigung, denn dann könnte erst im Zeitpunkt der Konkretisierung auf einen Anlagentyp ein Kostenbescheid ergehen, welcher dann die tatsächlichen Investitionskosten zugrunde legen könnte. Um sich davor zu schützen, dass Verfahrenskosten nie bezahlt werden, weil das genehmigte Vorhaben nie konkretisiert wird, könnte die Genehmigungsbehörde einen Zeitraum festlegen innerhalb dessen bezüglich der Verfahrenskosten konkretisiert werden müsste, ansonsten würden Worst-Case-Kosten angesetzt.

234 Dies führten Projektierer immer wieder im Rahmen der geführten Fachgespräche an.

4 Fazit

Ein Jahr lang Untersuchungen zur typenunabhängigen Genehmigung für Windenergie – intensive Arbeit an einem kontrovers diskutierten Thema innerhalb der Windenergiebranche, in Ministerien und Genehmigungsbehörden. Es gibt klare Befürworter und klare Gegner. Innerhalb der Gespräche im Rahmen des Projekts hatte sich aber für alle gezeigt, dass es insgesamt nicht einfach ist und es viele Bereiche gibt, die komplexer sind als sie beim ersten Hinsehen erscheinen.

Innerhalb des Projektvorhabens waren sowohl die rechtlichen, als auch die fachlichen Hindernisse einer typenunabhängigen Genehmigung zusammenzustellen, wobei beide Elemente insoweit zusammenhängen, als sich das Erfordernis fachlicher Prüfungen stets aus materiell-rechtlichen Genehmigungsanforderungen ergibt. In fachlicher Hinsicht konnten Vermutungen nahe gelegt werden, dass es zwar einige Bereiche innerhalb des Genehmigungsverfahrens gibt, die auch typenoffen recht unproblematisch abzuhandeln erscheinen; es jedoch auch Bereiche gibt, die äußerst komplex sind und auf die im Rahmen des Projekts keine eindeutigen Antworten gefunden werden konnten. Die Gruppe der weniger problematischen Bereiche teilt sich nochmals in zwei Kategorien: Hier können einerseits im Genehmigungsverfahren allgemeine Aussagen in Gutachten zugrunde gelegt werden und bei Konkretisierung auf einen Anlagentyp bzw. vor Baubeginn werden der Genehmigungsbehörde konkrete anlagen- und typenspezifische Konzepte nachgereicht – dies gilt insbesondere für die Bereiche Brandschutz, Arbeitsschutz, Abfall, Eiswurf und Wasserschutz. Andererseits gibt es Bereiche, in welchen Gutachter der Behörde anhand von Dimensionen bzw. anhand des Worst Case eine Einschätzung und Einordnung des geplanten und zu genehmigenden Projekts plausibel darlegen können – dies gilt für die Bereiche Natur- und Artenschutz, Forst, Denkmalschutz sowie Luftverkehr. In der Gruppe, der schwieriger abzuhandelnden Bereiche sind Teilbereiche angesiedelt, die grundsätzlich auch im typengebundenen Verfahren schon aufgrund der derzeitigen Flächenkulisse (sehr engstehenden Anlagen sowie zu berücksichtigende Vorbelastung in immissionsrechtlicher Hinsicht) Schwierigkeiten mit sich bringen. Diese Teilbereiche bekommen durch eine Typenoffenheit des Genehmigungsverfahrens zusätzliche Herausforderungen und sogar Unsicherheiten, wie es sich innerhalb des Projekts insbesondere für die Themen Schall und Standorteignung gezeigt hat. Für beide Themen erwies es sich schwierig, klare Methoden der typenunabhängigen Gutachtenerstellung zu erarbeiten und vorzulegen. Für die befragten Gutachter war es häufig nicht einfach, sich von den gewohnten Methoden abzuwenden und sich auf völlig neue Methoden und Ideen einzulassen. Konnte dieser Schritt im Gespräch gemeinsam mit den befragten Gutachtern gegangen werden, dann gab es zumeist hervorragende Hinweise und Impulse, wie und wo man sich den Problemen nähern kann. Zur endgültigen Lösung eines typenoffenen Schall- und Standorteignungsgutachtens müssen jedoch offensichtlich noch Antworten gefunden werden, denn diese konnten im Rahmen dieses Vorhabens nicht abschließend geklärt werden. Dies war sowohl aufgrund des zeitlichen als auch aufgrund des inhaltlichen Umfangs des Projekts nicht möglich. Hierzu könnte sich unter anderem ein Vergleich mit Genehmigungsverfahren im Ausland und hierbei erstellter Gutachten anbieten.

Im Vergleich zu den fachlichen Herausforderungen, erwiesen sich diejenigen rechtlicher Art insgesamt als weniger schwerwiegend. Das Gebot hinreichender Bestimmtheit stellt kein unüberwindbares Hindernis dar. Dies gilt umso eher, je kleiner die genehmigte Spannbreite ist. Der Standort muss allerdings feststehen. Die Erfüllung der materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen hängt in erster Linie von den Ergebnissen fachlicher Untersuchungen ab. Lässt sich diesen entnehmen, dass die Genehmigungsvoraussetzungen auch bezogen auf eine Spannbreite möglicher Anlagen eingehalten werden, so darf und muss die Behörde genehmigen. Die spätere Begrenzung der genehmigten Spannbreite auf das tatsächlich errichtete Maß konnte an keiner im Genehmigungsverfahren zu beachtenden und die Erteilung der Genehmigung hindernden Anforderung festgemacht werden. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass sämtliche Gesprächspartner der Fachgespräche ein gewisses

»Störgefühl« äußerten, wenn eine Genehmigung auf Grundlage von Worst-Case-Szenarien am Ende dazu führt, dass Flächen nicht optimal ausgenutzt werden. Sollte eine typenunabhängige Genehmigung ernsthaft in Betracht gezogen werden, so erscheint es daher sinnvoll, weitere Untersuchungen anzustellen und ein gangbares Mittel zum Umgang mit etwaigen Blockaden zu finden. Als Ansatz können die Überlegungen des Kapitels 3.4 dienen. Vorab wäre es allerdings interessant, praktische Erfahrungen darüber zu sammeln, in welchem Umfang etwaige Blockaden überhaupt auftreten würden. Denn es kann angenommen werden, dass die beantragte und genehmigte Spannbreite im Falle einer typenunabhängigen Genehmigung zwar theoretisch recht groß sein kann, praktisch bzw. realistisch wohl aber ein durchaus überschaubares Maß haben könnte.

Die Untersuchungen erfolgten auf der Grundlage des bestehenden Rechtsrahmens. Daher wäre es hilfreich und rechtsanwenderfreundlich, regulatorisch klarzustellen, dass bestimmte rechtliche Vorgaben auch ohne die Angabe einer Typenbezeichnung erfüllt werden können. Das beträfe z. B. das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit, sowie Anforderungen an den Antragsinhalt.

Insgesamt zeigte sich im Projekt, dass ein Umdenken bei allen Akteuren stattfinden muss, möchte man eine typenoffene Genehmigung erfolgreich praktizieren. Nicht nur die Gutachtenerstellung muss in manchen Bereichen anders erfolgen, da die heute angewendete Software für die Berechnungen innerhalb der Gutachten häufig Daten zum Anlagentyp benötigt, sondern auch die Herangehensweise aller Akteure muss zumeist anders erfolgen. Insbesondere die Erstellung fachlicher Untersuchungen ist zumeist[235] nicht rechtlich verbindlich vorgegeben, sodass ein Abweichen von den bisherigen Methoden zumindest keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Auch Vorgaben verwaltungsinterner Leitfäden der Bundesländer haben zwar praktisch eine hohe Bedeutung, binden aber lediglich die Verwaltung und können durch die jeweils übergeordnete Verwaltungsbehörde geändert werden.[236]

Ob durch eine typenoffene Genehmigung tatsächlich die Flexibilität beim Ausbau der Windenergie erhöht werden kann, ist auch nach Abschluss des Projekts nicht einheitlich zu beantworten und bedarf weiterer Untersuchungen in der Praxis. Deutlich wurde jedoch, dass vor allem Antragsteller einer typenoffenen Genehmigung mehr Vorarbeit leisten müssen, da nicht einfach auf konkrete Herstellerdaten zu einem Anlagentyp zurückgegriffen werden kann. Abhängig vom Standort und den einzelnen Projektdetails ist es dann wahrscheinlich eine individuelle Abwägung, ob diese Mehrarbeit eine Flexibilität bei der Auswahl des Anlagentyps später aufwiegt. Auch wäre es denkbar, dass die Überlegungen für eine typenoffene Genehmigung in mehrere Verfahren einfließen und so gegebenenfalls an einzelnen Stellen eine Vereinfachung für den Antragsteller darstellen.

Um die bisher sehr theoretische Diskussion auf eine praktische Ebene zu heben, könnten sich (weitere) Pilotverfahren anbieten, um Erfahrungen zu sammeln. Das könnte nicht unerheblich zur weiteren Klärung einzelner Fragen und zur Versachlichung der Debatte beitragen. Können bestehende Unsicherheiten dagegen nicht beseitigt werden, so wäre wohl die Typenänderung über die §§ 15, 16 BImSchG der sicherere und gewohnte Weg. Ausreichende Sicherheit und eine befriedigende Lösung böte auch diese Alternative allerdings erst dann, wenn insoweit – entgegen der derzeitigen Entwicklung – eine gewisse Vereinheitlichung und somit Planungssicherheit im immissionsschutzrechtlichen Änderungsregime erreicht werden könnte.

235 Ausgenommen hiervon sind insbesondere relevante Vorgaben der TA Lärm, der als normkonkretisierender Verwaltungsvorschrift grundsätzlich rechtliche Außenwirkung zukommt (u. a. BVerwG, Urt. v. 29.08.2007 – 4 C 2/07, juris Rn. 12; Hansmann, in: L/R, Umweltrecht, 50. EL 2006, TA Lärm Vorb. Rn. 6).

236 Im Vergleich zur Änderung von Gesetzen oder Rechtsverordnungen ist ein solches Vorgehen in der Regel schlanker und schneller durchführbar.

Literatur- und Quellenverzeichnis

Agatz, M., Windenergie Handbuch, 16. Ausgabe, 2019.

Albrecht, E./Zschiegner, A., Viel Wirbel um nichts? – Zur Bedeutung der von Windkraftanlagen hervorgerufenen Turbulenzen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, UPR 2019, 90.

Baumann, T./Gabler, A./Günther R. (Hrsg.), EEG, Handkommentar, Baden-Baden 2020, (zitiert als: Bearbeiter, in: B/G/G, EEG).

Bick, U./Wulfert K., Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, 346.

Bringewat, J., Besonderheiten bei der Anordnung von Nebenbestimmungen zu Genehmigungen für Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen, ZNER 2014, 441.

Bundesverband Windenergie (BWE), Aktionsplan für mehr Genehmigungen von Windenergieanlagen an Land, Positionspapier, 2019.

Bundesverband Windenergie (BWE), Ausschreibungen für Windenergie an Land, 2. Auflage, Berlin 2015.

Bundesverband Windenergie (BWE), LAI-Hinweise (Interimsverfahren) Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen, Information, Revision 5, Berlin 2019.

Clearingstelle EEG, Hinweis vom 30.05.2017, 2017/6.

Fachagentur Windenergie an Land (FA Wind), Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2019, Analyse, Berlin 2019.

Fachagentur Windenergie an Land (FA Wind), Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land, Hintergrundpapier, Berlin 2018.

Fachagentur Windenergie an Land (FA Wind), EEG 2017: Ausschreibungsspezifische Regelungen für Windenergieanlagen an Land, Hintergrundpapier, 4. Auflage, Berlin 2019.

Fachagentur Windenergie an Land (FA Wind), Typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen an Land, Dokumentation des gleichnamigen Workshops vom 18.10.2016 in Frankfurt am Main, 2016.

Fachagentur Windenergie an Land (FA Wind), Windenergie und Denkmalschutz, Hintergrundpapier, Berlin 2019.

Fachagentur Windenergie an Land (FA Wind), Windenergienutzung und Gebietsschutz, Bestandsaufnahme, Berlin 2017.

Feldhaus, G. (Hrsg.), Bundesimmissionsschutzrecht, Kommentar, 2. Auflage, 207. Aktualisierung 05/2019, Heidelberg (zitiert als: Bearbeiter, in: Fe, Bundesimmissionsschutzrecht).

Feldhaus, G./Tegeder, K., TA Lärm – Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm, Kommentar, Heidelberg 2014.

Frenz, W./Müggenborg, H-J. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG), Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2016 (zitiert als: Bearbeiter, in: F/M, BNatSchG).

Führ, M. (Hrsg.), GK-BImSchG, Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, 2. Auflage, Köln 2019 (zitiert als: Bearbeiter, in: F, GK-BImSchG).

Fülbier, V., Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, 804.

Gatz, S., Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage, Bonn 2019.

Gellermann, M., Windkraft und Artenschutz, NdsVBl. 2016, 13.

Grünkorn/Welcker, Erhebung von Grundlagendaten zur Abschätzung des Kollisionsrisikos von Uhus an Windenergieanlagen im nördlichen Schleswig-Holstein, 2019.

Hansmann, K., Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren, NVwZ 1997, 105.

Hinsch, A., Schallimmissionsschutz bei der Zulassung von Windenergieanlagen, ZUR 2008, 567.

Hinsch, A., Windenergienutzung und Artenschutz – Verbotsvorschriften des § 44 BNatSchG im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, ZUR 2011, 191.

Jarass, H. D., Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG), Kommentar, 12. Auflage, München 2017.

Kerkmann, J./Schröter, J., Die typenoffene Genehmigung von Windenergieanlagen, ZNER 2018, 118.

Kötter Consulting Engineers, Schalltechnischer Bericht Nr.: 217413-01.01, Spektrenvarianz – Auswirkung spektraler Unterschiede auf Schallemissionen und Schallemissionen, 2017.

Kopp, F. O./Ramsauer, U., Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 20. Auflage, München 2019 (zitiert als: Bearbeiter, in: K/R, VwVfG).

Kotulla, M. (Hrsg.), Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar und Vorschriftensammlung, 23. EL 09/2019, Stuttgart (zitiert als: Bearbeiter, in: Kotulla, BImSchG).

Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (LANUV), Schallprognosen für Windenergieanlagen nach dem »Interimsverfahren«, Faktenpapier, 2018.

Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand des Gesamtwerks: 91. EL 09/2019, München (zitiert als: Bearbeiter, in: L/R, Umweltrecht).

Luther, K., Die typenunabhängige BImSch-Genehmigung, Vortrag auf dem Expertenworkshop »Das Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen« der Stiftung Umweltenergierecht vom 14.11.2017 in Würzburg.

Lütkes, S./Ewer, W. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Auflage 2018 (zitiert als: Bearbeiter, in: L/E, BNatSchG).

Marschall, J. S. W. v., Naturschutzrechtliche Probleme bei der Zulassung und Planung von Windenergieanlagen auf dem Land, Frankfurt 2015.

Maslaton, M. (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2. Auflage, München 2018 (zitiert als: Bearbeiter, in: M, Windenergieanlagen).

Maslaton, M., Das verwaltungsrechtliche Prioritätsprinzip bei »konkurrierenden« Genehmigungen von Windenergieanlagen als materielle Entscheidungsgrundlage?!, NVwZ 2013, 542.

Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz (MULNV), Leitfaden »Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in NRW«, 2017.

Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie (MWIDE)/Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz (MULNV)/Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen (MHKBG), Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass), Gemeinsamer Runderlass vom 08.05.2018, MBl. NRW 2018, S. 258.

Miosga/Bäumer/Gerdes/Krämer/Ludescher/Vohwinkel, Telemetriestudien am Uhu, Natur in NRW 1/2019.

Müggenborg, H-J., Mehrzweck- und Vielstoffgenehmigung nach Bundes-Immissionsschutzgesetz und alter Gewerbeordnung, NVwZ 2008, 848.

Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz (MU Nds.), Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen an Land (Windenergieerlass), vom 24.02.2016, Nds. MBl 2016, S. 190

Ohms, M. J., Immissionsschutz bei Windkraftanlagen, DVBl. 2003, 958.

Ohms, M. J., Praxishandbuch Immissionsschutzrecht, Baden-Baden 2003.

Operhalsky, B./Fechler, T., Der Genehmigungsbegriff im EEG 2017, NVwZ 2017, 13.

Operhalsky, B./Fechler, T., Länderspezifische Ersatzgeldregelungen für Windenergieanlagen, ZUR 2016, 649.

Reidt, O., Die Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG, NVwZ 2017, 356.

Rolshoven, M., Wer zuerst kommt, mahlt zuerst? – Zum Prioritätsprinzip bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen, NVwZ 2006, 516.

Ruß, S., Artenschutzrechtliche Monitoring-Auflagen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen – Teil I: Monitoring ohne Risikomanagement, ZUR 2017, 602.

Ruß, S., Artenschutzrechtliche Monitoring-Auflagen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen – Teil II: Monitoring als Bestandteile eines Risikomanagements, ZUR 2018, 18.

Schlacke, S. (Hrsg.), GK-BNatSchG, Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Auflage 2016 (zitiert als: Bearbeiter, in: S, BNatSchG).

Schmidt, M./Sailer, F., Schallberechnung bei Windenergieanlagen – die Anwendung der neuen LAI-Hinweise in den Bundesländern und in der Rechtsprechung, ZNER 2018, 124.

Schmidt, M./Sailer, F., Schallberechnung bei Windenergieanlagen – Stand der Entwicklung in Sachen LAI-Hinweise, ZNER 2019, 204.

Schulz, S./Gabriel, L., Überarbeitung der »LAI-Hinweise«, DEWI Magazin, 02/2016, 24.

Schulz, T. (Hrsg.), Handbuch Windenergie, Berlin 2015 (zitiert als: Bearbeiter, in: S, Handbuch Windenergie).

Stelkens, P./Bonk, H. J./Sachs, M., Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 9. Auflage, München 2018 (zitiert als: Bearbeiter, in: S/B/S, VwVfG).

Ule, H./Laubinger, H.-W./Repkewitz, U., Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG), Stand des Gesamtwerks: 227. EL 10/2019, Köln (zitiert als: Bearbeiter, in: U/L/R, Bundes-Immissionsschutzgesetz).

Unterarbeitsgruppe Recht (Arbeitskreis bestehend aus Mitgliedern der Regierungspräsidien in Hessen und des Hessischen Umweltministeriums), Windenergieanlagen typoffenes Genehmigungsverfahren (WTO), 2016.

Varga, H., Änderungen an genehmigten Windenergieanlagen – aktuelle Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, KommP BY 2019, 213.

Anhang 1: Leitfaden für Fachgespräche

Leitfaden

Fachgespräch zur typenunabhängigen Genehmigung für Windenergieanlagen

Einführung:

Im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) wird momentan bereits im Genehmigungsantrag ein bestimmter Anlagentyp festgelegt, der in der Regel auch im späteren Genehmigungsbescheid bezeichnet wird.[237] Genehmigungsrechtlich besteht jedoch kein Erfordernis zur Nennung eines konkreten Anlagentyps, vgl. §§ 3, 4, 4a und 21 der 9. BImSchV. Gesetzlich gefordert sind allerdings Angaben zu Art, Umfang und erwarteten (Umwelt-)Auswirkungen des Vorhabens. Die bloße Typbezeichnung als solche beinhaltet keine dieser Informationen. Hinter ihr verbirgt sich aber eine bestimmte Windenergieanlage mit ganz konkreten Ausmaßen und einer konkreten Konfiguration. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise Windenergieanlagen an Land in Deutschland ohne Typenfestlegung ausreichend umschrieben werden können, um die genehmigungsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Bei einer typenunabhängigen[238] Genehmigung würde die Windenergieanlage durch Beschreibung bestimmter Parameter im Sinne eines Rahmens dargestellt werden (Maximalwerte – Worst-Case-Szenario), die für auf dem Markt (absehbar) erhältliche Anlagen stehen und die eventuell einer Anlagenklasse zugeordnet werden können. Angestrebt wird also die Loslösung von der (durch einen Anlagentyp bestimmten) konkreten Anlagenkonfiguration hin zur Genehmigung eines Rahmens (kein Fall des § 6 Abs. 2 BImSchG) bzw. einer Hülle oder Spannbreite.[239] Innerhalb der so gesteckten und genehmigten Grenzen wählt der Genehmigungsinhaber erst vor Baubeginn die konkrete Konfiguration der zu errichtenden Anlage.

Wir möchten gerne mit Ihnen über Möglichkeiten und Probleme einer solchen typenunabhängigen Genehmigung sprechen. Der Vorbereitung und als Leitfaden unseres Gespräches sollen die folgenden Punkte dienen, die sich aus unserer Bestandsaufnahme der bisherigen Diskussion zu dem Thema und unseren bisherigen Erkenntnissen speisen. Sie sind nicht im Sinne einer strikten Agenda für unser Gespräch zu verstehen. Uns geht es in erster Linie darum, unsere Erkenntnisse zu spiegeln und mit aufgrund ihrer fachlichen und praktischen Erfahrung ausgewählten Fachleuten zu diskutieren. Hieraus können sich zudem weitere, bisher nicht berücksichtigte Aspekte ergeben.

237 In der 4. BImSchV wird die Genehmigungsbedürftigkeit von Windenergieanlagen über 50 m festgelegt (Anhang 1, Nr. 1.6). Aussagen zu einer Typenfestlegung erfolgen nicht, es findet sich nur die allgemeine Spezifikation »Anlagen zur Nutzung von Windenergie« bzw. »Windkraftanlage«.

238 Die Worte typenunabhängig und typenoffen werden im Folgenden synonym verwendet.

239 Im Folgenden ausschließlich mit Spannbreite bezeichnet.

I. Block: Allgemeine Fragen (zum Genehmigungsverfahren)

1. In der Einführung wird kurz dargestellt, wie eine typenunabhängige Genehmigung aussehen könnte. Genehmigt wird eine Anlage, deren Konfiguration bestimmte Parameter einhält. Die Parameter sind derart gewählt, dass sie eine Spannbreite beschreiben, innerhalb derer sich die später zu errichtende Anlage bewegen muss. Sehen Sie andere Möglichkeiten, wie eine Typenunabhängigkeit oder zumindest ein höheres Maß an Flexibilität im Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen erreicht werden kann?

2. Besteht aus Ihrer Sicht ein Bedürfnis dafür, der Genehmigungsbehörde in dem Zeitpunkt, in dem sich der Inhaber einer typoffenen Genehmigung für eine konkrete Anlage entscheidet, mitzuteilen, welche Konfiguration diese Anlage aufweist? Wenn ja, ist dies erforderlich, um die Genehmigung überhaupt erteilen zu können (Genehmigungsvoraussetzung) oder ausschließlich zur Bewältigung etwaiger Folgeprobleme (z. B. Blockade nicht genutzter »Schallkontingente«, s. hierzu auch III. Block)? Was müsste im Rahmen einer solchen zweiten Stufe (erste Stufe wäre Genehmigungserteilung) erfolgen?

3. Sehen Sie mehr Arbeitsaufwand bei typenoffenen Genehmigungen als bei typengebundenen? Wenn ja, warum, bei welchen Beteiligten und an welchen Punkten?

4. Ist es aus Ihrer Sicht hilfreich oder gar notwendig, beim Erlass einer typenunabhängigen Genehmigung verstärkt auf Nebenbestimmungen zurückzugreifen? Wenn ja, welche Aspekte könnten über Nebenbestimmungen geregelt werden und welche Arten an Nebenbestimmungen kommen insoweit in Betracht (z. B. aufschiebende Bedingung, Auflagenvorbehalt gem. § 12 Abs. 2a BImSchG, etc.)?

5. Was stellt sich für Sie als Vor- und Nachteile der Typenoffenheit dar?

6. Worin sehen Sie Vor- und Nachteile der bisherigen Vorgehensweise des Typwechsels zwischen Genehmigungserteilung und Baubeginn (Genehmigung für einen konkreten Anlagentyp → Änderung des Anlagentyps vor Baubeginn über Änderungsanzeige/Änderungsgenehmigung/Neugenehmigung)?

7. In welcher Art und Weise beeinflusst die Nennleistung der Windenergieanlage deren Genehmigungsverfahren/Genehmigung?

II. Block: Fachliche und rechtliche Hindernisse/Probleme im Genehmigungsverfahren

Es gibt verschiedene Punkte im Rahmen des Genehmigungsverfahrens, bei denen das Abrücken von einer durch einen Anlagentyp konkretisierten Anlagenkonfiguration hin zu einer Spannbreite und die damit einhergehende Ungewissheit über die konkrete Konfiguration der am Ende zu errichtenden Anlage als problematisch angesehen werden. Fachliche und rechtliche Hindernisse sind hierbei nicht immer strikt voneinander zu trennen. Aus diesem Grund erfolgt eine thematische Unterteilung der Problembereiche.

1. Verfahren
a) Antragsunterlagen

- Sehen Sie Unterschiede zwischen den Antragsunterlagen für ein typenoffenes Genehmigungsverfahren und ein typengebundenes Genehmigungsverfahren? Wenn ja, wo und warum?

- Wie erklären Sie sich die Besonderheit, dass bei Genehmigung von Windenergieanlagen in den Antragsunterlagen schon der Anlagentyp genannt wird?

- Welche Unterlagen können Ihrer Meinung nach gem. § 7 Abs. 1 Satz 5 der 9. BImSchV nach Genehmigungserteilung und vor Beginn der Errichtung der Windenergieanlage nachgereicht werden? Kann die Norm hilfreich für den Erlass einer typenunabhängigen Genehmigung sein?

b) Sehen Sie weitere Probleme verfahrensrechtlicher Art bei Beantragung einer Spannbreite? Z. B. bezüglich

- Antragsinhalt?

- UVP?

- Öffentlicher Auslegung (§ 10 Abs. 3 BImSchG)?

- Sonstiges?

2. Bestimmtheit
Erfüllt eine typenoffene Genehmigung die rechtlichen Anforderungen der hinreichenden Bestimmtheit gem. § 37 Abs. 1 VwVfG? Spielt die Größe der genehmigten Spannbreite Ihrer Meinung nach hierbei eine Rolle?

3. Schall
a) Schallgutachten

- Wie sollten Schallgutachten bei typenoffenen Genehmigungen aussehen bzw. welche Aussagekraft muss ein Schallgutachten für die entscheidende Behörde haben, um eine rechtssichere Entscheidung treffen zu können (Sicherstellung, dass keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden)? Sehen Sie Schwierigkeiten z. B. im Zusammenhang mit der Berechnung nach dem Interimsverfahren?

- Ist im Schallgutachten das Prinzip der Rückrechnung möglich? Gemeint ist eine Berechnung dessen, was von der Anlage maximal emittiert werden darf, um die maßgeblichen Richtwerte (TA Lärm) am Immissionsort einzuhalten. Sehen Sie dabei Schwierigkeiten z. B. im Zusammenhang mit der Berechnung nach dem Interimsverfahren?

b) Halten Sie den Worst-Case-Ansatz für ein geeignetes Instrument zur Überprüfung, ob schädliche Umwelteinwirkungen in Form von Schall hervorgerufen werden? Ermöglicht eine solche Prüfung eine verlässliche Prognose darüber, ob neben dem Worst Case auch alle anderen Anlagenvarianten innerhalb der Spannbreite schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen?

c) Kann im Genehmigungsbescheid auf die Vorgabe von Emissionswerten verzichtet und nur mit Immissionswerten gearbeitet werden? Wenn ja, wäre das hilfreich für den Erlass einer typenunabhängigen Genehmigung?

4. Schatten

a) Wie sollten Schattenwurfgutachten bei typenoffenen Genehmigungen aussehen bzw. welche Aussagekraft muss ein Schattenwurfgutachten für die entscheidende Behörde haben, um eine rechtssichere Entscheidung treffen zu können (Sicherstellung, dass keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden)?

b) Halten Sie den Worst-Case-Ansatz für ein geeignetes Instrument zur Überprüfung, ob schädliche Umwelteinwirkungen in Form von Schatten hervorgerufen werden? Ermöglicht eine solche Prüfung eine verlässliche Prognose darüber, ob neben dem Worst Case auch alle anderen Anlagenvarianten innerhalb der Spannbreite schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen?

c) Ist es ausreichend, wenn der Genehmigungsbescheid lediglich den Schattenwurf auf die astronomisch maximal mögliche Beschattungsdauer von 30 Std. pro Kalenderjahr und 30 Min. pro Tag begrenzt? Beziehungsweise: Ist es bei Einsatz einer Abschaltautomatik, die die meteorologischen Parameter berücksichtigt, ausreichend, dass der Bescheid die tatsächliche Beschattungsdauer auf 8 Std. pro Jahr begrenzt? Oder müssen Ihres Erachtens im Bescheid weitergehende Aussagen in Bezug auf den Schattenwurf getroffen werden?

5. Standorteignungsgutachten (Turbulenzgutachten)

a) Auch die Erstellung des Standorteignungsgutachtens scheint ohne feststehende konkrete Anlagenkonfiguration sehr problematisch zu sein. Können Sie dem zustimmen? Wenn ja, wo genau sehen Sie Probleme?

b) Im Rahmen des Standorteignungsgutachtens müssen Einwirkungen auf die Standsicherheit benachbarter Anlagen infolge von Turbulenzen untersucht werden. Wie könnte hier ein Worst-Case-Szenario aussehen?

6. Natur-und Artenschutz

Die Bewertungen im Natur- und Artenschutz erscheinen mit Parametern zu minimaler und maximaler Nabenhöhe, minimalem und maximalem Rotordurchmesser sowie den Standortdaten gut möglich zu sein. Sehen Sie das anders? Wenn ja, warum und wo sehen Sie Probleme?

7. Naturschutzfachliche Eingriffsregelung

a) Stellen sich Ihrer Meinung nach Probleme bei der Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung der §§ 13 ff. BNatSchG?

b) Sehen Sie einen Widerspruch zwischen Minimierungsgebot und Worst-Case-Ansatz?

c) Es wird vertreten bezüglich der Eingriffswirkung und der Prüfung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen auf den Worst Case abzustellen, dagegen bei der Frage der Ersatzzahlung den geringsten Eingriff zu Grunde zu legen. Halten Sie ein solches Vorgehen für machbar/sinnvoll?

8. Forstrecht

Wie kann im typenoffenen Verfahren mit dem Forstrecht umgegangen werden, insbesondere mit folgenden Punkten?

- Waldumwandlung
- Berechnung der Walderhaltungsabgabe (reicht die Angabe der Formel aus?)
- Nachweis und Sicherung der Ersatzsaufforstung

9. Wasserschutzrecht

Wie kann im typenoffenen Verfahren mit dem Wasserschutzrecht umgegangen werden, insbesondere mit dem Problem von wassergefährdenden Stoffen in der WEA?

10. Bodenschutzrecht
Wie kann im typenoffenen Verfahren mit dem Bodenschutzrecht umgegangen werden, insbesondere mit folgenden Punkten?

- Versiegelungsbilanz
- Wann und wie würde die Anpassung auf den tatsächlichen Eingriff erfolgen? Braucht es eine solche Anpassung?
- Wann und wie würde der Nachweis der Sicherung der A+E-Maßnahmen erfolgen?

11. Abfallrecht
Wie kann im typenoffenen Verfahren mit dem Abfallrecht umgegangen werden? Erscheinen Ihnen allgemeingültige Aussagen im Genehmigungsbescheid zur fachgerechten Entsorgung und zum Recycling als ausreichend? Sehen Sie hier Probleme?

12. Denkmalschutzrecht
Wie kann im typenoffenen Verfahren mit dem Denkmalschutzrecht – vor allem im Hinblick auf Baudenkmäler und bezüglich Sichtbeziehungen - umgegangen werden? Sehen Sie hier weitere Probleme?

13. Luftverkehrsrecht
Wie kann im typenoffenen Verfahren mit dem Luftverkehrsrecht umgegangen werden? Sehen Sie hier Probleme?

- Hinderniskennzeichnung (§§ 12 ff. LuftVG i. V. m. AVV)?
- Störung von Flugsicherungseinrichtungen (§ 18a LuftVG)?
- Weiteres?

14. Straßenverkehrsrecht
Wie kann im typenoffenen Verfahren mit dem Straßenverkehrsrecht umgegangen werden? Sehen Sie hier Probleme?

15. Baurecht
Wie kann im typenoffenen Verfahren mit Aspekten des Baurechts umgegangen werden, insbesondere mit folgenden Punkten? Sehen Sie weitere Probleme im Rahmen des Baurechts?

a) Aspekte aus dem Bauordnungsrecht

- Standsicherheit (Statik)
- Sicherung der bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen (z. B. durch Baulast)
- Eiswurf
- Brandschutz

b) Aspekte aus dem Bauplanungsrecht

- Radar- und Funkanlagen (§ 35 Abs. 3 Nr. 8 BauGB)
- Rückbauverpflichtung (insb. Rückbaukosten) (§ 35 Abs. 5 S. 2–3 BauGB)
- Gebot der Rücksichtnahme (optisch bedrängende Wirkung)

16. Sehen Sie weitere Punkte, die als fachliche und/oder rechtliche Hindernisse im typenoffenen Genehmigungsverfahren zu kategorisieren wären? (Die Auflistung unter Punkt 1 bis 15 soll nicht den Anschein der Vollständigkeit erwecken)

17. Wie sind die Verfahrenskosten im typenoffenen Genehmigungsverfahren zu berechnen?

III. Block: Folgeprobleme einer typenoffenen Genehmigung

Neben solchen Problemen, die dem Erlass einer typenunabhängigen Genehmigung entgegenstehen könnten, werden weitere Probleme für den Fall diskutiert, dass eine typenunabhängige Genehmigung erteilt wurde (Folgeprobleme). Bleibt die tatsächlich errichtete Anlage hinter dem zurück, was nach der erteilten Genehmigung möglich gewesen wäre, kann es insbesondere zur Belegung tatsächlich nicht genutzter Schall- oder Schattenkontingente kommen. Auch die nicht optimale Flächennutzung kann ein Folgeproblem darstellen. Auf der anderen Seite hat der Genehmigungsinhaber – mit dem damit verbundenen Aufwand – nachgewiesen, dass die Genehmigungsvoraussetzungen auch für den Worst Case eingehalten werden. Die weitergehende genehmigende Wirkung besteht grundsätzlich unabhängig davon, ob die tatsächliche Anlage dahinter zurückbleibt.

1. Besteht Ihrer Meinung nach ein Bedürfnis, die infolge der Genehmigung einer Spannbreite gewonnene Weite an genehmigender Wirkung nach Genehmigungserteilung auf das tatsächlich in Anspruch genommene Maß zu beschränken? Wenn ja, wie könnte das erreicht werden? Bereits im Rahmen der Genehmigungserteilung oder nachgelagert?

2. Ansätze/Überlegungen zum Umgang mit dem Problem der Blockade des Schallkontingents:

- Wäre der Abschluss eines öffentlich rechtlichen Vertrags zwischen Behörde und Antragsteller ein geeignetes Mittel, um zu erreichen, dass nach Errichtung der konkreten Anlage das nichtausgeschöpfte Kontingent »frei gemacht« werden muss?

- Lässt sich die Genehmigung so (rechtlich bestimmt) formulieren, dass mit Festlegung auf einen Anlagentyp (nach Genehmigungserteilung) die Genehmigung auf diese Anlage reduziert wird und nur für diese Anlage gilt? Wäre dies z. B. mit einer »wenn …, dann …«-Formulierung möglich?

- Wäre eine Auflage ausreichend, mit der dem Betreiber aufgegeben wird, die Behörde über ein etwaiges Zurückbleiben hinter dem maximal Genehmigten in Kenntnis zu setzen?

3. Ansätze/Überlegungen zum Umgang mit dem Problem der Blockade von Abstandsflächen: Lässt sich eine etwaige Blockade durch folgende Konstruktion verhindern:

- Vorlage einer Baulasterklärung des Eigentümers des relevanten Grundstücks für den Worst Case,

und

- Einräumung einer notariellen Vollmacht zugunsten des Vorhabenträgers, die Baulast am Ende auf das tatsächliche Maß reduzieren zu können?

4. Sehen Sie weitere Probleme, die in der Folge einer typenoffenen Genehmigung auftreten können? Wenn ja, welche und haben Sie vielleicht eine Idee, wie mit ihnen umgegangen werden könnte?

Anhang 2: Danksagung

An dieser Stelle möchten wir uns sehr herzlich bei allen Gesprächspartnern unserer leitfadengestützten Fachgespräche bedanken. Diese Gespräche gaben uns einen guten Einblick in die Praxis des Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen und ermöglichten uns, unsere theoretischen Erkenntnisse und unser Wissen zu spiegeln und immer wieder auch zu hinterfragen.

Im Weiteren möchten wir uns auch besonders bei allen Gutachtern bedanken, die im Laufe des Projekts immer wieder geduldig Fragen zur Gutachtenerstellung, zu Rechenmodellen und zu physikalischen Zusammenhängen beantworteten. Die Gelegenheit mit Ihnen Möglichkeiten zur typenunabhängigen Gutachtenerstellung auszudenken war äußerst wertvoll für den Verlauf des Projekts.

Mit den besten Grüßen aus Berlin und Würzburg

Kathrina Baur und Maximilian Schmidt

Impressum

© FA Wind, Juni 2020

Herausgeber
Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11, 12435 Berlin

www.fachagentur-windenergie.de
post@fa-wind.de

V. i. S. d. P.: Dr. Antje Wagenknecht, MBA

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B

Autoren:
Ass. jur. Kathrina Baur, LL.M.
Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Ass. jur. Maximilian Schmidt
Stiftung Umweltenergierecht

Gestaltung
DreiDreizehn Werbeagentur GmbH, www.313.de

Haftungsausschluss
Die in dieser Broschüre enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Zitiervorschlag:
FA Wind & SUER (2020), Typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen, Berlin

Bildnachweis
Titelbild/S. 6: © francescoridolfi.com/Adobe Stock;
S. 2: © Ozturk/iStock; S. 14: © yangphoto/iStock;
S. 23: © Ozturk/iStock; S. 29: © BulentBARIS/iStock;
S. 34: © CharlieChesvick/iStock; S. 42: © J-Picture/iStock;
S. 45: © phubadee/iStock; S. 56: © elxeneize/iStock;

Gedruckt durch die UmweltDruckerei mit Druckfarben auf Basis nachwachsender Rohstoffe auf Mundoplus Recycling-Papier, ausgezeichnet mit dem Umweltsiegel Blauer Engel.

1. Auflage (500 Exemplare), Juli 2020