

Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau

Monika Agatz

Einleitung

Windenergieanlagen sind in der Arbeit der Umweltbehörden zu einem zentralen Schwerpunkt geworden. Mit der gesellschaftlichen Entscheidung für die Energiewende rücken die quantitative Umsetzung der Ausbauziele sowie die qualitative Gestaltung des Windenergieausbaus und damit Genehmigungs- und Planverfahren und materielle Umweltstandards nun auch in den Fokus der öffentlichen Diskussion. Die Bedeutung der Windenergie hat im Umweltrecht bisher jedoch noch keinen Niederschlag gefunden. Für die behördliche Arbeit mit Windenergieanlagen fehlen daher vielfach sowohl passende verwaltungsrechtliche Instrumente als auch materielle Standards, zugleich treten ungeklärte Fragen des immissionsschutzrechtlichen Verfahrensrechts zu Tage. Über die Privilegierung im Außenbereich hinaus hat der hierzu demokratisch legitimierte und aufgerufene Gesetzgeber bis heute keinen umfassenden, konsistenten und beständigen Rechtsrahmen für die Windenergie geschaffen. Dieses Manko ist Ursache für Verzögerungen in Genehmigungsverfahren, Rechtsunsicherheiten und materiell mitunter nicht zufriedenstellende Ergebnisse.

Technische Problemstellungen und ein beschränkter wissenschaftlicher Erkenntnisstand sind im Genehmigungs- und speziell im Umweltrecht aber weder ein neuartiges noch ein spezifisches Phänomen der Windenergie, sondern eine alltägliche Aufgabe, der der Gesetzgeber typischerweise durch gesetzliche Wertungen, untergesetzliches Regelwerk und technische Normung nachkommt. Gleiches gilt für die Wertung verschiedener (Schutz-)Ziele und Interesse untereinander. Im Bereich der Windenergie unterblieb dies jedoch, so dass bereits seit vielen Jahren bekannte Probleme persistieren und die Genehmigungsverfahren belasten, die jedoch weder dazu gedacht noch dazu konzipiert sind, wissenschaftliche und gesellschaftliche Grundsatzfragen zu diskutieren und zu klären. Diese Situation ist auch zunehmend rechtsstaatlich bedenklich, denn solche grundlegenden Bewertungen stehen nur dem hierzu demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu. Die Tatsache, dass das Genehmigungs- und Umweltrecht insgesamt formal und strukturell primär auf großindustrielle Anlagen ausgerichtet ist und den besonderen Erfordernissen der Umstellung der Energieversorgung auf eine Vielzahl kleiner und kleinster Einheiten nicht angepasst ist, bildet einen dritten Problemkreis, der sich vor allem auf die der Behörde zur Verfügung stehenden Instrumente und Handlungsmöglichkeiten auswirkt.

In diesem Dokument sollen die wesentlichen Aspekte aufgezeigt werden, die aus Sicht der Genehmigungsbehörden zu behandeln sind, um dem Windenergieausbau einen umfassenden Rechtsrahmen zu geben¹, der nicht nur auf Beschleunigung und Vereinfachung gerichtet ist, sondern sich auch mit Fragen des materiellen Umweltschutzes und geeigneten verwaltungsrechtlichen Instrumenten für die Behördenpraxis auseinandersetzt.

1. Genehmigungsrecht

Zum immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gibt es bereits seit langem und unabhängig vom Windenergieausbau verschiedene grundsätzliche Zweifelsfragen, die nun in der intensiven gerichtlichen Befassung mit Windenergieprojekten divergierend und mitunter in der Sache wenig zielführend behandelt werden und sich nicht nur bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, sondern auch bei der Genehmigung von klassischen Industrieanlagen zunehmend problematisch in der Verwaltungspraxis auswirken. Der überwiegende Teil kann durch einfache Klarstellungen behoben werden. Hinzu kommen speziell für Windenergieanlagen die nach wie vor schwer greifbaren Definitionen des Anlagenbegriffs in der 4. BImSchV sowie der Windfarmbegriff des UVPG.

a) Anlagenbegriff der 4. BImSchV und Windfarmbegriff des UVPG

Mit dem Windfarmbegriff wollte der Gesetzgeber offensichtlich eine Kumulierung von Umweltauswirkungen durch die Kumulierung von Windenergieanlagen in einem Gebiet abbilden. Allerdings treten die Umwelteinwirkungen wie z.B. die artenschutzrechtlichen Verbotstatbe-

stände und die Ausschöpfung von Immissionsrichtwerten bereits mit einer oder wenigen Windenergieanlagen ein und steigen danach bedingt durch die Begrenzung ebendieser materiellen Genehmigungsvoraussetzungen nur noch geringfügig oder gar nicht weiter an. Durch die erforderlichen großen Abstände von Windenergieanlagen untereinander entfernen sich hinzu gebaute Anlagen immer weiter, so dass sie am ursprünglichen Einwirkungsort immer weniger kumulierend einwirken. Das Zusammenwirken von Windenergieanlagen wird sowohl fachrechtlich als auch im Rahmen einer UVP unabhängig davon geprüft wird, ob die Anlagen formal zu einer Windfarm zusammengefasst werden oder nicht, da das Fachrecht den Windfarmbegriff nicht kennt und UVP-rechtlich die Vorbelastung durch andere Vorhaben materiell zu berücksichtigen ist.² Daher ist der Windfarmbegriff für die materielle Prüfung ohne Abstriche an Umweltstandards entbehrlich. Das als Übermaß empfundene Entstehen sehr großer zusammenhängender Windparks kann auf der Genehmigungsebene nicht verhindert werden; dies ist Aufgabe der Planungsebene. Darüber hinaus hat auch die Vorprüfung bei Windenergieanlagen kaum einen sinnvollen Inhalt: Windenergieanlagen sind ein sehr einheitlicher Anlagentyp, so dass Ausführungs- oder Verfahrensvarianten gegenüber der grundsätzlichen Einstufung des Gesetzgebers kaum abweichende Bewertungen ergeben können; ebenso werden Windenergieanlagen zumeist an speziell für sie planerisch ausgewiesenen und somit relativ konfliktarmen Standorten errichtet³. Der Begriff der „Erheblichkeit“ des § 7 Abs. 1 UVPG ist bis heute ungeklärt und auch ohne Aussicht auf Klärung. In der Verwaltungspraxis hat sich in den letzten Jahren aus Gründen der Rechtssicherheit eine starke Tendenz zur Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen etabliert, um absolute Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG zu vermeiden.

Der Windfarmbegriff ist auch nach intensiven Klärungsversuchen durch Rechtsprechung und Gesetzesnovellierungen schwer greifbar und problematisch geblieben⁴. Mit einer Änderung des Vorhabentyps der Ziffer 1.6 von der Windfarm auf die einzelne Windenergieanlage kann die Windfarm- und Vorprüfungsproblematik klar und rechtssicher gelöst und die Tendenz zur Durchführung von UVP durch die Etablierung einer Pflicht-UVPG aufgegriffen werden, wobei im Gegenzug die Hörschwelle auf 150 m, d.h. an aktuelle Anlagendimensionen angepasst werden sollte.

Hinsichtlich der Auslegung des Genehmigungstatbestandes der 4. BImSchV „Anlagen zur Nutzung von Windenergie mit mehr (bzw. weniger) als 20 Anlagen“ werden in den Bundesländern verschiedene Auffassungen vertreten⁵, obwohl die Verordnungsbegründung⁶ explizit auf die Harmonisierung mit dem Windfarmbegriff des UVPG Bezug nimmt und somit nach dem Willen des Ordnungsgebers die Gruppe von Windenergieanlagen als die „Anlage“ im Sinne des BImSchG anzusehen ist. Allerdings greift die vom Ordnungsgeber angestrebte Gleichsetzung nicht, da die Windfarm im Sinne des UVPG im Gegensatz zum Betreiberbezug des BImSchG betreiberunabhängig abzugrenzen ist, dafür jedoch Altanlagen, die vor dem 14.03.1999 genehmigt wurden, unberücksichtigt bleiben. Mit der Betrachtung jeder Windenergieanlage als separater Anlage liefe die Mengenschwelle von 20 Anlagen ins Leere. Die in der Verwaltungspraxis nach wie vor übliche Abwicklung des Zubaus weiterer Windenergieanlagen oder des Typwechsels und Repowerings einzelner Windenergieanlagen einer bereits bestehenden Gruppe als Neugenehmigung nach § 4 BImSchG, bei gleichzeitiger Anwendung der Mengenschwelle der 4. BImSchV ist ein rechtlicher Widerspruch in sich, da die Mengenschwelle nur bei der Sichtweise einer einheitlichen oder zumindest gemeinsamen Anlage im Sinne des § 1 Abs. 3 der 4. BImSchV greifen kann, in diesen Konstellationen aber die v.g. Tatbestände als Änderungsgenehmigung einzustufen wären.

Mit der Rückführung des Genehmigungstatbestandes auf die Fassung der 4. BImSchV, die vom 1.7.05 bis zum 2.5.13 galt, kann zweifelsfrei geregelt werden, dass die einzelne Windenergieanlage als Anlage im Sinne des BImSchG angesehen wird. Die Durchführung einer Öffentlichkeitsbeteiligung wird bei Windenergieanlagen ganz überwiegend durch das UVP-Recht sowie die Beantragung eines förmlichen Genehmigungsverfahrens nach § 19 Abs. 3 BImSchG bestimmt; die Grenze der derzeitigen Ziffer 1.6.1 hat in der Realität kaum eine Bedeutung und ist daher ohne Verlust qualitativer Standards verzichtbar. Mit der Anpassung des Genehmigungstatbestandes kann zugleich die Abgrenzung der Anlage von nicht mehr zur Anlage im Sinne des BImSchG gehörenden Infrastruktureinrichtungen⁷ klargestellt wer-

den, da diese Abgrenzung in der Verwaltungspraxis stark divergierend gehandhabt wird und ein Einbeziehen von Stromleitungen und weitläufiger Zuwegung bzw. Wegeausbau in die BImSchG-Genehmigung diese stark verzögert und diese zudem später bei weiterer Detailplanung oftmals angepasst werden muss.

b) Änderung von Anlagen und Nebenbestimmungen, Fortbestand der Genehmigung

Der Umgang mit Änderungen von Windenergieanlagen, insbesondere dem Wechsel des Anlagentyps, ist äußerst umstritten und durch stark divergierende und widersprüchliche Verwaltungspraxis und Rechtsprechung geprägt⁸. Der Wunsch nach einer „typenunabhängigen Genehmigung“ resultiert primär aus der Schwergängigkeit von Änderungsgenehmigungen, welche wiederum aus den Rechtsunsicherheiten bei der Änderung von Anlagen, die durch das UmwRG umfassend justizierbar sind, und der deshalb tendenziell restriktiven Behördenpraxis resultieren, die eine zielgerichtete und sachgerechte Genehmigung von Typänderungen behindern. Die Streitpunkte betreffen einerseits die Abgrenzung der Änderung von einer Neugenehmigung und andererseits die Frage des Prüfumfanges einer Änderungsgenehmigung. Diese Streitfragen sind im Immissionsschutzrecht bereits seit langem bekannt, da sie auch klassische Industrieanlagen betreffen; eine strengere Rechtsauslegung dieser Aspekte im Zusammenhang mit Windenergieanlagen bleibt also nicht ohne Rückwirkungen auf alle genehmigungsbedürftigen Anlagen.

So ist zwar eigentlich geklärt, dass auch dann eine Änderung und keine Neugenehmigung gegeben ist, wenn bereits mit der Errichtung einer Anlage von der Ausgangsgenehmigung abgewichen werden soll⁹. Dies wird allerdings im Zuge des Typwechsels von Windenergieanlagen wieder in Frage gestellt¹⁰. Ebenso wurde der Typwechsel von Windenergieanlagen deshalb als Neugenehmigung eingestuft, weil bei ihm sämtliche Anlagenteile verändert werden - was allerdings der Praxis bei klassischen Industrieanlagen widerspricht, bei denen z.B. der Einsatz eines anderen BHKWs (was typischerweise auch als Kompletต์modul installiert wird und bei einem „Typwechsel“ daher ebenfalls komplett anders errichtet wird) oder die Änderung eines Lagertanks (der auch bei Einzelanfertigung bei einer Volumenänderung vom Fundament aus vollständig abweichend errichtet wird) als Änderung eingestuft werden. Weder die Tatsache, dass die Ausgangsgenehmigung bereits vor Errichtung der Anlage geändert werden soll, noch die Tatsache, dass eine Änderung alle Anlagenteile betrifft¹¹, rechtfertigt für sich selbst genommen also die Forderung einer Neugenehmigung. Eine Neugenehmigung ist dann erforderlich, wenn der Kern der Anlage derart verändert wird, dass auch der grundlegende Charakter der Anlage in einem solchen Ausmaß verändert wird, dass die entstehende Anlage nicht mehr als Einheit mit der Anlage der Ausgangsgenehmigung angesehen werden kann¹². Hierauf haben Zeitpunkt und Anlass der Änderung keinen Einfluss. Auch die - ggf. nur geringfügige - Änderung aller Anlagenteile wirkt sich nicht zwingend in einer vollständigen Überprägung des Gesamtcharakters der Anlage aus. Dies belegt bereits § 16 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz BImSchG, der eine erhebliche Produktionssteigerung der Anlage, die z.B. durch Ausweitung der Betriebszeiten und Kapazitäten aller Anlagenteile erreicht wird, noch unter § 16 fasst. Beide Diskussionspunkte lassen sich leicht durch eine klarstellende Formulierung in § 16 BImSchG beheben.

Der Prüfumfang bei Änderungsgenehmigungen wurde lange Zeit in der Verwaltungspraxis unproblematisch gehandhabt. In den letzten Jahren sind jedoch zunehmend Unsicherheiten aufgekommen, da der Prüfumfang durch das UmwRG nun vollumfänglich justizierbar geworden ist, so dass eine Klarstellung und Präzisierung des BImSchG erforderlich ist.

Das Institut der Änderungsgenehmigung trägt der Tatsache Rechnung, dass anlässlich von Änderungen kein Bedürfnis der erneuten, vollumfänglichen Rechtmäßigkeitsüberprüfung einer Anlage besteht¹³. Sollten bei einer Änderung von Anlagen stets alle Genehmigungsvoraussetzungen für die Gesamtanlage neu zu prüfen sein, wäre das Institut einer Änderungsgenehmigung obsolet, da sie einer Neugenehmigung gleich käme. Eine umfassende Revision der Genehmigungssituation, eine Nachbesserung oder Aktualisierung der materiellen Anforderungen der unveränderten Teile der Anlage ist rechtlich ausgeschlossen, da sich anlässlich der Änderung eines Anlagenteils kein Erfordernis einer Überprüfung der Gesamt-

anlage ergibt. Dies gilt auch bei erkennbaren materiellen Defiziten des unveränderten Teils der Anlage. Mit einem Eingriff in den unveränderten Bestand über den Umweg einer Änderungsgenehmigung für andere Anlagenteile würden ansonsten die Tatbestandsvoraussetzungen für nachträgliche Anordnungen unterlaufen¹⁴ und die Bestandskraft der Ausgangsgenehmigung, die auch gegenüber der Behörde wirkt, missachtet. Über diese Beschränkung des Prüfumfangs auf die geänderten Anlagenteile besteht (weitgehende, wenn auch nicht durchgehende) Einigkeit in der untergesetzlichen Regelung sowie der Rechtsprechung, Rechtsliteratur und Verwaltungspraxis¹⁵.

Analoges muss auch für den Fall gelten, dass die Änderung nicht abgrenzbare Anlagenteile betrifft, sondern alle Anlagenteile umfasst, wie dies z.B. bei einer Änderung der Betriebszeiten, der Verfahrensweise oder der Einsatzstoffe¹⁶ auftritt. Eine Begrenzung des Prüfumfangs durch Beschränkung auf einzelne Anlagenteile ist hier zwar nicht möglich, allerdings besteht auch hier kein Bedürfnis einer vollumfänglichen formellen und materiellen Prüfung der Gesamtanlage hinsichtlich aller Genehmigungsvoraussetzungen, sondern die Prüfung reicht soweit die Auswirkungen der Änderung reichen und bezieht sich auf die Belange, die in rechtserheblicher Weise von der Änderung betroffen sein können¹⁷. Auch hier würden mittels einer allgemeinen Nachbesserung hinsichtlich der Genehmigungsvoraussetzungen, die von der Änderung offensichtlich nicht berührt sind, der Bestandsschutz und die Eingriffsvoraussetzungen für nachträgliche Anordnungen unterlaufen. Dementsprechend wird beispielsweise bei der Ausweitung der Betriebszeiten ein Schallgutachten gefordert, für den Einsatz eines neuen Stoffes ist dies hingegen verzichtbar. Umgekehrt wird bei Einsatz eines neuen Stoffes zwar der Nachweis der Dichtheit und Beständigkeit des Auffangraums nach AwSV gegenüber diesem neuen Stoff gefordert, bei einer Ausweitung der Betriebszeiten allerdings nicht. Die Forderung einer Neuberechnung der Statik erscheint in beiden Fällen wenig sinnvoll, auch wenn sich zwischenzeitlich technische Normen im Bereich der Statik geändert haben sollten. Diese Beschränkungen des Prüfumfangs werden auch dann angewendet, wenn sich die Sach- oder Rechtslage in Bezug auf die nicht betroffenen Aspekte geändert hat oder Fehler in der Ausgangsgenehmigung erkannt werden: So kann beispielsweise die Ausweitung der Betriebszeiten ebenso wenig eine Nachbesserung einer in der Ausgangsgenehmigung fehlerhaft bemessenen landschaftsrechtlichen Kompensationsleistung noch eine Anpassung an einen zwischenzeitlich gesetzlich neu definierten Anforderungskatalog in Bezug auf den Umgang mit wassergefährdenden Stoffen rechtfertigen. Gleiches gilt für die Prüfung der Schallimmissionen bei Einsatz eines neuen Stoffes, wenn zwischenzeitlich eine heranrückende Wohnbebauung eingetreten ist oder für die Ausweitung der Betriebszeiten, wenn sich zwischenzeitlich neue fachliche Erkenntnisse oder erhöhte rechtliche Anforderungen an den Umgang mit den unveränderten, bereits genehmigten Einsatzstoffen ergeben haben. In allen Fällen erfolgt keine „Anpassung“ der Genehmigung aus Anlass der v.g. beispielhaften Änderungen hinsichtlich der Genehmigungsvoraussetzungen, auf die sie sich nicht auswirken. Ohne die aufgezeigten Beschränkungen des Prüfumfangs müsste stets anlässlich jeder (kleinsten) qualitativen Änderung eine vollumfängliche Rechtmäßigkeitsprüfung und Prüfung aller materiellen Anforderungen an die Gesamtanlage und Anpassung an die aktuelle Sach- und Rechtslage durchgeführt werden, so dass die Änderungsgenehmigung einer Neugenehmigung gleichkäme. Das Institut der Änderungsgenehmigung würde dann für qualitative Änderungen nicht nur leer laufen, sondern es käme auch zu einer rechtlich nur schwer zu begründenden Ungleichbehandlung von qualitativen Änderungen der Gesamtanlage und Änderungen, die nur einen Anlagenteil betreffen, zumal erstere nicht regelmäßig mit umfangreicheren Auswirkungen verbunden sind als letztere. Da Bestandsanlagen nicht ohne Weiteres jeder Entwicklung der Sach- und Rechtslage angepasst werden können, würde bestehenden Anlagen oftmals jegliche Weiterentwicklungsmöglichkeit - auch in Bezug auf im allgemeinen Interesse liegende Verbesserungen - genommen werden.

Speziell bei Windenergieanlagen geht es um die Änderung von Nabenhöhe, Rotordurchmesser, Gesamthöhe, Rotorblattmodifikationen, elektrischer Leistung und Betriebsmodus. Dabei entsteht bereits eine grundlegende Inkonsistenz, wenn die Änderungen dieser Parameter als „Änderung“ angesehen werden, wenn sie innerhalb desselben Anlagentyps bzw. in mehreren Änderungsschritten vorgenommen werden, jedoch als „aliud“ (und damit als Neu-

genehmigung), wenn sie (ggf. sogar in geringerem Umfang) im Zuge eines Typwechsels geändert werden. Nichts gewonnen wäre¹⁸, wenn man einen Typwechsel zwar formal als Änderungsgenehmigung anstatt als Neugenehmigung einstuft, bei der Änderungsgenehmigung dann aber einen identischen Prüfumfang und -maßstab anlegen würde wie bei einer Neugenehmigung. Hinsichtlich der zu prüfenden Genehmigungsvoraussetzungen stellen sich analoge Fragen wie bei klassischen Industrieanlagen, also z.B. ob anlässlich der Leistungserhöhung zur Nachtzeit, der Installation von Serrations oder einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung der Artenschutz und die Vereinbarkeit mit dem Flächennutzungsplan erneut zu prüfen sind, also eine vollumfängliche Rechtmäßigkeitsüberprüfung der Gesamtanlage unter Berücksichtigung einer veränderten Sach- und Rechtslage vorzunehmen ist. Da in der Behördenpraxis oft intensive Diskussionen zwischen der Immissionsschutzbehörde und den Bauordnungsämtern geführt werden, ob schalltechnische Verbesserungen an Windenergieanlagen zulässig sind, wenn diese heute außerhalb von Konzentrationszonen stehen und daher nach aktueller Rechtslage keine planungsrechtliche Grundlage mehr besitzen, drängt die Klärung dieser Fragestellungen, falls die Länder die Möglichkeit der teilweisen Entprivilegierung nach § 249 Abs. 3 BauGB n.F. nutzen. Gleiches gilt für die anstehenden massenhaften Änderungen durch Einrichtung einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung, auch hier befürchten Anlagenbetreiber eine vollumfängliche Prüfung aller Genehmigungsvoraussetzungen, woran die Einrichtung einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung vielfach scheitern würde (siehe hier auch Nr. 6b).

Die Abgrenzung des Prüfumfanga sollte also in § 16 BImSchG derart geregelt werden, dass sowohl nur die Anlagenteile, die geändert werden und die Anlagenteile, auf die die Änderung Auswirkungen hat, als auch nur die Genehmigungsvoraussetzungen, die durch die Änderung erstmalig, stärker oder in anderer Weise nachteilig betroffen sind, zu prüfen sind, wobei Änderungen der Rechts- oder Sachlage ebenfalls nur dann beachtlich sind, wenn sie die zu prüfenden Genehmigungsvoraussetzungen betreffen. Die Möglichkeit der Behörden, Defizite und Missstände, die sie anlässlich der Befassung mit dem Änderungsgenehmigungsverfahren am nicht von der Änderung betroffenen Anlagenbestand und hinsichtlich der nicht betroffenen Rechtsbereiche erkannt haben, durch nachträgliche Anordnungen bis hin zum Widerruf der Genehmigung nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsgrundlagen zu beheben, bleibt selbstverständlich von der Beschränkung des Prüfbereichs bei Änderungsgenehmigungen unberührt.

Die Regelungsabsicht des § 16 Abs. 5 BImSchG, nämlich eines Austausches von Teilen oder eines unveränderten Wiederaufbaus „im Rahmen der Genehmigung“, d.h. legalisiert durch die bestehende BImSchG-Genehmigung und damit auch legalisiert in Bezug auf die von ihr konzentrierten anderen öffentlich-rechtlichen Zulassungen, wird in der Behördenpraxis vielfach von den Bauordnungsbehörden bestritten, die für diese Fälle eine „neue“ Baugenehmigung einfordern. Eine BImSchG-Genehmigung ist allerdings eine einzige, einheitliche Zulassung, die die nach § 13 BImSchG erfassten Zulassungen ersetzt; sie ist nicht lediglich eine Zusammenfassung der einzelnen Zulassungen in einem Schriftstück. Das Erlöschen einer BImSchG-Genehmigung richtet sich daher ausschließlich nach den Vorschriften des BImSchG¹⁹, nicht nach den Vorschriften der eingeschlossenen Zulassungen, d.h. auch nicht nach dem Baurecht. Es können daher keine konzentrierten Zulassungen gleichsam separat von der BImSchG-Genehmigung erlöschen. Die Regelung des § 16 Abs. 5 BImSchG soll eine Erleichterung darstellen²⁰, wozu die Forderung, sämtliche anderen, nach § 13 BImSchG konzentrierte Zulassungen müssten neu eingeholt werden, in Widerspruch stünde. Das Postulat einer reinen Freistellung vom immissionsschutzrechtlichen Genehmigungserfordernis bei gleichzeitigem Erfordernis der Zulassung auf Grund anderer öffentlich-rechtlicher Zulassungen (d.h. analog zu § 15 BImSchG) würde zu nicht auflösbaren Widersprüchen führen: Es würde für den Wiederaufbau einer nach BImSchG genehmigungsbedürftigen Anlage (nur) eine neue Baugenehmigung erteilt, die dem Prüfprogramm einer Baugenehmigung entsprechend ein umfassendes neues Regelungsprogramm für die Anlage (auch einschließlich immissionsschutzrechtlicher Anforderungen) umfasst. Gleichzeitig bliebe jedoch die zuvor er-

teilte BImSchG-Genehmigung vollumfänglich bestehen, so dass unklar wäre, welche Zulassung für den Weiterbetrieb der Anlage maßgeblich sein soll.

Diese Streitfrage über die Auslegung des § 16 Abs. 5 BImSchG besteht grundsätzlich für alle genehmigungsbedürftigen Anlagen. Während bei klassischen Industrieanlagen allerdings selten Anlagen nach Schadensfällen vollständig unverändert wieder aufgebaut werden, da der Wiederaufbau in der Regel auch für betriebliche Modernisierungen genutzt wird, ist ein unveränderter teilweiser oder vollständiger Wiederaufbau bei Windenergieanlagen die Regel, da z.B. nach einem Rotorblattbruch oder einem Brand der Gondel technisch bedingt nur die zum Anlagentyp zugehörigen Anlagenteile als Ersatz eingesetzt werden können. § 16 Abs. 5 BImSchG sichert auch einen Großkomponententausch im Zuge behördlicher Anordnungen zum Schallschutz oder der Instandhaltung älterer Anlagen ab - nicht selten gibt es hier in der derzeitigen Verwaltungspraxis intensive Diskussionen zwischen der Immissionsschutzbehörde und den Bauordnungsämtern über die Zulässigkeit derartiger, im öffentlichen Interesse liegenden Maßnahmen (s.o.). Darüber hinaus verhindert der (teilweise) Wiederaufbau auf Basis der bestehenden BImSchG-Genehmigung den Verlust des EEG-Vergütungszuschlags gemäß § 36f EEG durch eine neue (Bau-)Genehmigung. Eine klarstellende Neuformulierung des § 16 Abs. 5 BImSchG, dass ein teilweiser Austausch bis hin zum vollständigen Wiederaufbau im Rahmen der BImSchG-Genehmigung vollumfänglich von ihr gedeckt ist und daher auch keiner separaten Zulassung nach anderen, von der Konzentrationswirkung erfassten Rechtsbereichen bedarf, ist daher primär für Windenergieanlagen sehr praxisrelevant, unterstützt aber auch die Vereinfachung und Rechtssicherheit für alle nach BImSchG genehmigungsbedürftigen klassischen Industrieanlagen.

Für Windenergieanlagen ist die Verlängerung der Umsetzungsfrist der Genehmigung nach § 18 Abs. 1 BImSchG von besonderer Relevanz, da der üblicherweise gesetzte Zeitraum von drei Jahren kürzer ist als die Laufzeiten eines die Umsetzung der Genehmigung ggf. hemmenden Klageverfahrens. Auch der reguläre Ablauf der Teilnahme am EEG-Ausschreibungsverfahren und nachfolgender Lieferzeit und Bauzeitplan belastet die Umsetzungsfrist bereits mit ein bis zwei Jahren. Zudem achten Behörden zumeist nicht darauf, die Umsetzungsfrist von vorn herein entsprechend länger zu wählen, wenn in den Nebenbestimmungen der Baubeginn an wirksam umgesetzte artenschutzrechtliche Vermeidungs- oder Kompensationsmaßnahmen geknüpft wird. In Bezug auf § 18 Abs. 3 BImSchG vertritt die Rechtsprechung trotz klarem Wortlaut und klarer Regelungsabsicht²¹ in jüngster Zeit zunehmend die Meinung, die Verlängerung der Umsetzungsfrist erfordere eine erneute Prüfung aller Genehmigungsvoraussetzungen nach der aktuellen Sach- und Rechtslage und darüber hinausgehend sogar zuvor eine nachträgliche Rechtmäßigkeitsprüfung der erteilten Genehmigung²². Diese Prüfung entspräche derjenigen eines Neugenehmigungsverfahrens, so dass § 18 Abs. 3 nicht nur obsolet wäre, sondern auch erkennbar kein ausreichend konzipiertes Verfahren zur Durchführung einer solchen vollumfänglichen Prüfung bietet. Regelungsabsicht des § 18 Abs. 3 BImSchG ist aber gerade die Verlängerung der Umsetzungsfrist der Genehmigung ohne eine solche vollumfängliche Prüfung insbesondere der anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, sondern lediglich unter Gewährleistung der Ziele des BImSchG. Da in der Rechtsprechung vertreten wird, dass mit Einführung des § 1 Abs. 1 Satz 2 UmwRG eine postuliert unzureichende Prüfung der Verlängerung der Gültigkeitsdauer als fehlerhaft unterlassene Neugenehmigung vollumfänglich beklagbar und gerichtlich überprüfbar ist²³, oder aber die Verlängerung der Genehmigung unter § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 UmwRG fällt²⁴, ist es unerlässlich, den Prüfgegenstand und -umfang des § 18 Abs. 3 BImSchG zweifelsfrei gesetzlich zu regeln. Deswegen ist die verschiedentlich durch die Rechtsprechung vorgeschlagene Auslegung einer „kursorischen Prüfung“ aller Genehmigungsvoraussetzungen viel zu unbestimmt und verunmöglicht rechtssichere Entscheidungen. Zudem würde die Prüfung speziell bei Windenergieanlagen, bei denen im Rahmen einer kursorischen Prüfung nie ausgeschlossen werden kann, dass sich ggf. Artvorkommen geändert haben, und sich auch häufig neue Erkenntnisse oder Beurteilungsmaßstäbe ergeben haben, in aller Regel zum Erfordernis einer Neugenehmigung führen. In § 18 Abs. 3 BImSchG ist daher eine Klarstellung aufzunehmen, dass keine Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG erforderlich ist. Möchte der Ge-

setzgeber diese ursprüngliche Regelungsabsicht nicht beibehalten und möchte er stattdessen eine Prüfung im Umfang der aktuellen Rechtsprechung einführen, bleibt hierzu nur die Streichung des § 18 Abs. 3 BImSchG, d.h. der Verzicht auf eine Verlängerungsmöglichkeit. Die Genehmigungsbehörden sollten daher bis zu einer Klärung durch den Gesetzgeber auf die Festsetzung eines Zeitraums achten, in dem die Windenergieanlagen auch tatsächlich realisiert werden können, d.h. unter Einbeziehen eines Vorlaufs von EEG-Ausschreibung und Liefer-/Bauzeiträumen sowie artenschutzrechtlichen Maßnahmen und im förmlichen Genehmigungsverfahren generelle Bezugnahme des Fristbeginns auf den Zeitpunkt der Bestandskraft, denn angesichts der drohenden Folge eines nicht vermeidbaren Verlustes der Genehmigung könnte eine zu kurz bemessene Frist ggf. durch den Anlagenbetreiber rechtlich angreifbar sein²⁵.

Sowohl bei Windenergieanlagen als auch bei klassischen Industrieanlagen möchten Anlagenbetreiber mitunter nach Erteilung der Genehmigung die Verpflichtung aus einer Nebenbestimmung durch ein anderes, gleichwertiges Mittel erfüllen. Typische Beispiele sind die Umsetzung der landschaftspflegerischen oder artenschutzrechtlichen Kompensation durch eine andere Pflanz- oder Gestaltungsmaßnahme oder der Einsatz einer anderen, gleichwertigen betrieblichen Maßnahme zum Brand- oder Arbeitsschutz als in der Genehmigung festgelegt. Hierzu fehlt es bei BImSchG-Genehmigungen an einer eindeutigen Rechtsgrundlage. Das Ordnungsbehördenrecht begrenzt (sofern man es überhaupt auf Nebenbestimmungen einer Genehmigung als anwendbar ansieht) den sog. „Austausch der Mittel“ auf den Zeitraum der Rechtsbehelfsfrist. § 49 VwVfG ermöglicht nur die (teilweise) Aufhebung einer Nebenbestimmung, nicht jedoch die Festlegung der neuen Regelung. § 12 BImSchG kann nur unmittelbar bei Erteilung der Genehmigung genutzt werden²⁶. Für diesen sehr praxisrelevanten Fall kann durch eine Ergänzung in § 12 BImSchG eine klare Rechtsgrundlage geschaffen und so Flexibilität ohne Abstriche an materiellen Standards ermöglicht werden. Die neue Regelung beschränkt sich ausschließlich auf den Austausch der Mittel, d.h. die Änderung einer Nebenbestimmung derart, dass ein gleichwertiges, anderes Mittel auf Initiative des Anlagenbetreibers eingesetzt wird. Hiervon zu unterscheiden sind die Erhöhung der Anforderungen durch nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG und entsprechenden fachrechtlichen Eingriffsnormen sowie die teilweise oder vollständige Aufhebung von Nebenbestimmungen nach §§ 48, 49 VwVfG, welche unberührt bleiben. Die vereinfachte Änderung von Nebenbestimmungen ist ebenfalls dann ausgeschlossen, wenn zulassungspflichtige Tatbestände des BImSchG oder des Fachrechts betroffen sind, so dass ein Unterlaufen von Genehmigungstatbeständen unzulässig bleibt; dementsprechend bleibt insbesondere die Änderung von Immissionsminderungsmaßnahmen auf Grund des Genehmigungserfordernisses nach § 16 BImSchG ausgeschlossen²⁷. Aktuell würde die Möglichkeit der vereinfachten Änderung von Nebenbestimmungen beispielsweise einen einfachen Weg für die anstehende massenhafte Abwicklung des Einsatzes von bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnungen (als Austauschmittel für die bisherige Dauerbefeuerung) an Bestandswindenergieanlagen bieten.

c) Vorbescheid nach § 9 BImSchG

Der Vorbescheid soll dem Antragsteller ermöglichen, vorab eine rechtsverbindliche Feststellung zu erhalten, ob eine bestimmte, kritische Genehmigungsvoraussetzung erfüllt ist, so dass er von weiteren zeit- und kostenintensiven Planungsschritten bis zu dieser Klärung absehen kann. Allerdings führt der Zusatz in § 9 Abs. 1 BImSchG, dass „die Auswirkungen der Anlage ausreichend beurteilt werden können“, in der Verwaltungspraxis dazu, dass die Fachbehörden eine solche Beurteilung erst dann abgeben, wenn sie für ihren Belang umfassende Unterlagen vorgelegt bekommen. Die klassische Rechtsauslegung sieht jedoch lediglich eine überschlägige Prüfung mit geringerer Prüftiefe und ohne Bindungswirkung für das folgende Vollgenehmigungsverfahren auf Basis entsprechend eingeschränkter Unterlagen vor, bei der überprüft wird, ob dem Vorhaben keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen und somit die grundsätzliche Genehmigungsfähigkeit vorläufig bejaht werden kann²⁸. In der neueren Rechtsprechung divergieren die Meinungen zum erfor-

derlichen Prüfumfang und zur Prüftiefe und reichen von der Möglichkeit der freien Gestaltung der Prüftiefe²⁹ bis hin zur rechtsverbindlichen Feststellung, dass alle Genehmigungsvoraussetzungen am Standort erfüllt werden können³⁰. Ebenso ist unklar, wie eine UVP-Vorprüfung oder UVP, gerade angesichts der Unklarheit der Prüfanforderungen an die sonstigen Genehmigungsvoraussetzungen und Umweltauswirkungen, durchzuführen ist. Das Instrument des Vorbescheides ist daher derzeit dysfunktional und kann sein Ziel einer ausschließlichen Vorabprüfung einzelner Genehmigungsvoraussetzungen und der Gewährung von Rechtssicherheit derzeit nicht erfüllen. Um die Funktionalität des Vorbescheides wieder herzustellen, kann das Erfordernis einer Beurteilung aller Auswirkungen der Anlage gestrichen werden.

Der vermeintliche Schutz des Anlagenbetreibers vor einem irreführenden positiven Vorbescheid für eine Anlage, die aus anderen Gründen ggf. nicht genehmigungsfähig ist, ist in der Praxis wenig relevant und für den Anlagenbetreiber von geringerem Interesse als die Erleichterung durch das Entfallen der mit der vorläufigen Gesamtbeurteilung verbundenen Prüfungen, Verzögerungen und Rechtsunsicherheiten. Ein Verlust des Schutzniveaus der Allgemeinheit, der Nachbarschaft und der Umwelt entsteht ebenfalls nicht - im Gegenteil würde ohne eine Prüfung der anderen Genehmigungsvoraussetzungen zweifelsfrei keine mehr oder weniger bindende Entscheidung durch die Behörde getroffen, so dass das Schutzniveau vollumfänglich im Rahmen des späteren Genehmigungsverfahrens zu prüfen ist und damit sichergestellt werden kann. Um zu verhindern, dass sich Anlagenbetreiber im Zuge des Prioritätsprinzips Immissionskontingente in der Konkurrenz mit anderen Anlagenbetreibern durch das verkürzte Vorbescheidsverfahren rechtlich sichern, ist eine diesbezügliche Beschränkung erforderlich, mit der zugleich die rechtliche Zweifelsfrage, ob und wann Vorbescheide als Vorbelastung zu berücksichtigen sind, geklärt wird.

Eine eindeutige Regelung hinsichtlich der Durchführung einer UVP kann durch eine Ergänzung in § 23 der 9. BImSchV erfolgen, indem sowohl die vorzulegenden und auszulegenden Unterlagen als auch die zusammenfassende Darstellung und Bewertung auf die zum Antrag gestellten Genehmigungsvoraussetzungen beschränkt werden - denn Weiteres ist nach dem Entfallen der Beurteilung der sonstigen Auswirkungen nicht zu prüfen. Dementsprechend wäre auch § 7 UVPG so anzupassen, dass bei der UVP-Vorprüfung im Rahmen eines Vorbescheides nur die zum Antrag gestellten Genehmigungsvoraussetzungen zu prüfen sind und im später folgenden Vollgenehmigungsverfahren eine andere Entscheidung über das Erfordernis einer Umweltverträglichkeitsprüfung getroffen werden kann.

2. Überwachung

Betriebsdaten wie z.B. Betriebszeiten, eingesetzte Stoffmengen, Leistungsdaten und weitere technische Betriebsparameter sind wesentliche Informationen für die behördliche Kontrolle auf einen genehmigungskonformen Betrieb und auf die Einhaltung von Produktions- und Emissionsbegrenzungen. Zur effizienten behördlichen Prüfung ist sowohl der Zugriff auf die Daten, der bereits jetzt in § 52 BImSchG gesichert ist, als auch die Form ihrer Bereitstellung wesentlich, wobei mitunter angezweifelt wird, ob die Behörde die Form der Bereitstellung vorgeben darf bzw. dazu ein spezielles Erfordernis bestehen muss³¹. Betriebsdaten werden heute zunehmend, bei Windenergieanlagen bereits ausschließlich elektronisch erfasst³²; die damit verbundenen technisch verbesserten digitalen Zugriffs- und Auswertungsmöglichkeiten für Behörden sollten mit einer Ergänzung des § 52 Abs. 2 BImSchG, dass die Art der Datenübermittlung von der Behörde vorgegeben werden kann, rechtlich verankert werden, so dass beispielsweise die Vorlage von digitalen Daten in einem bestimmten Dateiformat oder auch die automatische Übermittlung³³ gefordert werden kann. Damit wird die Informationspflicht des § 52 BImSchG analog zu § 31 Abs. 5 BImSchG (worauf in NRW beispielsweise die sog. Emissionsfernüberwachung gestützt wird) modernisiert³⁴. Ein unmittelbarer behördlicher Zugriff auf registrierte Betriebsdaten erhöht zudem die Transparenz und kann zur öffentlichen Akzeptanz beitragen.

Wichtiger als die Form der Übermittlung von Daten und Informationen ist bei Anlagen der Erneuerbaren Energien jedoch die unmittelbare Einbindung der Anlagenhersteller sowie der

Service- und Wartungsfirmen in die Verpflichtungen nach § 52 BImSchG, die sich bisher nur auf den Anlagenbetreiber beziehen³⁵. Durch die Dezentralisierung der Energieversorgung mit in Serie hergestellten Anlagen, die von Bürgerenergiegesellschaften oder Privatpersonen betrieben werden, vermindern sich die technische Qualifikation und die technischen Zugriffsmöglichkeiten der Anlagenbetreiber und erhöht sich die Relevanz der Anlagenhersteller und Servicefirmen für die Erfüllung der Anforderungen des BImSchG. Für die behördliche Überwachung und Prüfung benötigte Informationen sind oftmals nur bei den Anlagenherstellern oder Servicefirmen vorhanden. Behördliche Anordnungen können die Anlagenbetreiber in der Regel nicht ohne Unterstützung der Hersteller umsetzen. Bei Windenergieanlagen, aber auch bei Blockheizkraftwerken, Wärmepumpen oder anderen neuen Formen der Strom- und Wärmeerzeugung, gibt es in der Verwaltungspraxis daher Verzögerungen und Probleme, da die Behörden derzeit auf die freiwillige Kooperation der Hersteller sowohl bei benötigten technischen Informationen und bei der Sachverhaltsaufklärung als auch bei der Behebung von festgestellten Defiziten angewiesen sind. Die kleinen Betreiberfirmen, insbesondere Bürgerenergiegesellschaften oder gar Einzelpersonen, haben nur eine geringe Durchsetzungskraft gegenüber den großindustriellen Herstellern der Anlagen, so dass sie die an sie gerichteten behördlichen Anordnungen oftmals nicht wirksam im Innenverhältnis an den Hersteller weitergeben können. Der bisherige, alleinige Zugriff der Behörden auf die Anlagenbetreiber reicht daher nicht mehr aus, um stets und kurzfristig eine wirksame Überwachung und Durchsetzung von Maßnahmen sicherzustellen. Die Auskunftspflicht muss auch bereits im Rahmen von Zulassungsverfahren für genehmigungsbedürftige und nicht genehmigungsbedürftige Anlagen gelten, um eine technische Beschreibung der Anlage und ihrer immissionsschutzrechtlich relevanten Eigenschaften zu erhalten und eine ausreichende Beurteilung der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen durch die Behörde zu ermöglichen. Die Einführung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der Anlagenhersteller, Service- und Wartungsfirmen von in Serie hergestellten Anlagen und der behördliche Zugriff auf sie trägt damit den besonderen Strukturen der dezentralen Energiegewinnung Rechnung.

3. TA Lärm und technisches Regelwerk

Nicht nur bei Windenergieanlagen, sondern allgemein für den gesamten Bereich des Anlagenlärms ist bereits seit vielen Jahren die Notwendigkeit bekannt, eine Rundungsregelung explizit in die TA Lärm aufzunehmen,³⁶ was jedoch leider im Zuge der Novellierung im Jahr 2017 übersehen wurde³⁷ (die nächste Gelegenheit wird sich im Zuge der absehbar anstehenden Aufnahme der neuen Gebietskategorie „dörfliche Wohngebiete“³⁸ in die TA Lärm bieten). Hier kann eine Rundungsregelung analog zur TA Luft erfolgen, d.h. eine Rundung nach DIN 1333 bezogen auf die Einheit und die Nachkommastellen, mit der der zugehörige Richtwert angegeben ist, so dass Pegelangaben mit einer Nachkommastelle anzugeben und auf ganze dB(A)-Werte zu runden sind.

Speziell für den Schallimmissionsschutz bei Windenergieanlagen muss zunächst die Problematik des Interimsverfahrens³⁹ gelöst werden. Da das Verfahren bisher nicht in die TA Lärm aufgenommen wurde, ist die rechtliche Zulässigkeit und die rechtliche Verpflichtung zur Anwendung des Interimsverfahrens zweifelhaft und wird in der Rechtsprechung zurückhaltend und tendenziell eher ablehnend gesehen⁴⁰. Außerdem ist die Anwendung der neuen LAI-Hinweise, mit der das Interimsverfahren und begleitende Regelungen eingeführt wurden, schon wieder in eine divergierende Verwaltungspraxis, insbesondere in Bezug auf den Umgang mit Unsicherheiten in der Immissionsprognose und in Folge dessen im Rahmen von Abnahmemessungen, schon wieder in eine divergierende Verwaltungspraxis zersplittert⁴¹. Die Situation kann also rechtlich nur durch die verbindliche Festlegung des anzuwendenden Prognosemodells in der TA Lärm geklärt werden. Da das Interimsverfahren wegen der frequenzselektiven Berechnung einen sehr hohen Bearbeitungs- und Regelungsaufwand in der Verwaltungspraxis erzeugt und fehleranfälliger ist⁴², sollte es nicht dauerhaft beibehalten werden. Ist eine schlichte Rückkehr zum zuvor angewendeten Alternativen Verfahren der ISO 9613-2⁴³ (ggf. mit Einrechnung einer erhöhten Unsicherheit des Prognosemodells) nicht

gewünscht, könnte es mit der Modifikation eingeführt werden, dass die Bodendämpfung entfällt und die Berechnung entweder auf eine Einzahlkenngröße bei 800 Hz (was dem Emissionsschwerpunkt moderner WEA eher gerecht wird als die normativ vorgesehenen 500 Hz) gestützt wird oder aber der Bezug auf 500 Hz erhalten bleibt und die dadurch tendenzielle Überschätzung des Immissionspegels durch eine reduzierte Prognoseunsicherheit berücksichtigt wird. Optimal wäre selbstverständlich die zeitnahe Erstellung und Einführung des bereits seit 15 Jahren angestrebten speziellen Ausbreitungsmodells für Windenergieanlagen in Form der VDI 4101 Bl. 2.⁴⁴ Der aktuell vorliegende Entwurf der VDI 4101 Bl. 2⁴⁵ enthält hingegen nur das Interimsverfahren, schreibt also den jetzigen Zustand fest anstatt ihn zu lösen; in manchen Punkten bleibt der Entwurf sogar hinter den in der Zwischenzeit in der Praxis erarbeiteten Lösungen für Zweifelsfragen und Unzulänglichkeiten des Interimsverfahrens zurück. Ein neu konzipiertes Schallausbreitungsmodell für Windenergieanlagen sollte auf dem Summenpegel und einem einfachen, robusten Berechnungsmodell basieren, um Praktikabilität und ein hohes Maß an Standardisierung und Kontrollierbarkeit in der Verwaltungspraxis zu gewährleisten. Wissenschaftlich hochwertige, diffizile Ausbreitungsmodelle, die einen Meteorologiedatensatz als Antriebsgröße benötigen und zahlreiche Variationen an Modellierungsparametern ermöglichen, eignen sich deshalb nicht für die Verwaltungspraxis⁴⁶, da hiermit keine Vergleichbarkeit und Standardisierung der Berechnungen erzielt werden kann und die Anwendung der Modelle im konkreten Einzelfall für die Behörden nur begrenzt überprüfbar ist. Das Wetter würde mit derartigen Ausbreitungsmodellen justiziabel, was für keinen Beteiligten ein zielführendes Ergebnis wäre. Die Verwaltungspraxis käme dann nicht umhin, einen „Standard-Meteorologiedatensatz“ vorzugeben - was dann jedoch die Anwendung eines meteorologiegetriebenen Ausbreitungsmodells ad absurdum führen würde, da sich das komplexe Modell dann auf ein einfaches Berechnungsschema vereinfachen lässt, wie es in der ISO 9613-2 erfolgt ist. Im Anschluss an die Erstellung des Ausbreitungsmodells der VDI 4101 Bl. 2 ist die Messnorm (FGW-Richtlinie) darauf abzustimmen, damit diese passgenau die benötigten Eingangsdaten liefert und im Rahmen von Abnahmemessungen die Eingangsdaten der Immissionsprognose und somit den genehmigungskonformen Betrieb messtechnisch überprüfen kann.

Aktuell ist als Messnorm immer noch die FGW-Richtlinie in der Fassung des Jahres 2008 gültig. Sie ist also weder an die Erfordernisse des Interimsverfahrens noch an die DIN 61400-11 ed. 3 aus dem Jahr 2013 angepasst, setzt also nicht die dortigen Anpassungen an die technische Entwicklung der WEA um. Die derzeitige Messpraxis bewegt sich uneinheitlich im Bereich zwischen den verschiedenen Normversionen⁴⁷, die damit einen Teil ihrer normativen Kraft verloren haben. Beide Normen bleiben zudem hinter der in den letzten Jahren veränderten und deutlich variableren (Steuerungs-)Technik der akustisch relevanten Parameter moderner Windenergieanlagen zurück. Für Behörden und auch für Betreiber wird daher das akustische Verhalten von Windenergieanlagen zunehmend intransparenter und schwerer zu erfassen (s.o. unter Nr. 2) - auch hier sollte eine Novellierung der FGW-Richtlinie bzw. der DIN 61400-11 Abhilfe schaffen. Darüber hinaus laufen derzeit technische Entwicklungen zu immissionsseitigen Dauermessungen von Windenergieanlagen. Derartige Messungen zählen seit langem zu den Forderungen der Anwohner von Windenergieanlagen und haben wegen der Nähe zu den Wohnhäusern und der Erfassung längerer Zeiteinheiten eine hohe Akzeptanz, sind bisher jedoch auf Grund technischer und rechtlicher Einschränkungen nur sehr begrenzt einsetzbar. Technische Normen für die Anforderungen an derartige Messstationen, Auswertevorschriften der umfangreichen Messdaten sowie die rechtliche Einbindung in das Beurteilungssystem der TA Lärm wären also erforderlich, um diese Entwicklungen zu begleiten und für die Behördenpraxis anwendbar zu machen⁴⁸.

Derzeit sind wiederkehrende Messungen bei Windenergieanlagen nicht zielführend, da die Schwelle eines behördlichen Einschreitens unter Berücksichtigung der in der Prognose vorgenommenen Sicherheitszuschläge und nach Vornahme eines Messabschlages von 3 dB(A) absehbar nicht erreicht wird. Die Anwendung des Messabschlages nach Ziffer 6.9 der TA Lärm ist seit seiner Einführung mit zahlreichen Zweifelsfragen verbunden⁴⁹, da der Begriff der „Überwachungsmessung“ unklar ist. Regelungsabsicht der Ziffer 6.9 der TA Lärm ist,

dass bei Immissionsmessungen, die mit größeren Unsicherheiten insbesondere durch meteorologische Schwankungen verbunden sind, vor der Entscheidung über die nachträgliche Anordnung von Anforderungen, die über die in der Genehmigung festgeschriebenen Anforderungen hinausgehen, ein Messabschlag vorzunehmen ist, um dem Bestandsschutz Rechnung zu tragen und ungerechtfertigte Anordnungen zu vermeiden⁵⁰. Hiervon zu unterscheiden sind die mit geringeren Messunsicherheiten verbundenen, gezielt die akustischen Eigenschaften einer Anlage erfassenden Emissionsmessungen, die der Prüfung auf den genehmigungskonformen Betrieb an Hand von festgelegten Kontrollwerten dienen und lediglich zu behördlichen Anordnungen zur Rückführung auf den genehmigten Zustand führen, d.h. den Bestandsschutz nicht tangieren. Bei derartigen Kontrollen auf den genehmigungskonformen Betrieb erscheint es nicht gerechtfertigt, einen Messabschlag zu Gunsten des Betreibers und somit regelmäßig eine Überschreitung des zulässigen Emissionsmaßes um 3 dB(A) zu gewähren. Das BVerwG hat mit seiner Differenzierung zwischen der Prüfung auf Überschreitung von Immissionsrichtwerten einerseits und andererseits emissionsseitigen Kontrollwerten, die der behördlichen Prüfung dienen, ob die Anlage genehmigungskonform betrieben wird⁵¹, die Vorlage zur Neuinterpretation und Präzisierung der Nr. 6.9 der TA Lärm gegeben. Durch Streichung des Messabschlags bei der Kontrolle auf den genehmigungskonformen Betrieb kann über die derzeitige einmalige Kontrolle auf genehmigungskonforme Schallemission unmittelbar nach Inbetriebnahme auch die wiederkehrende Kontrolle und Einforderung dieser Emissionsbegrenzung ermöglicht und somit der Nachbarschutz verbessert werden.

Sofern von der wiedereröffneten Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB verbreitet Gebrauch gemacht wird oder keine Begrenzung des stetig anwachsenden Abstandes in Hinsicht auf die optische Wirkung (s.u. Nr. 4b) erfolgt, wird es notwendig, einen verbindlichen Stand der Technik für die Schallemission von Windenergieanlagen in der TA Lärm zu verankern, um immissionsschutzrechtliche Fehlentwicklungen zu vermeiden. Denn Mindestabstände sind tatsächlich kein vorsorgender Immissionsschutz, da sie Anlagen mit (dem Stand der Technik nach unnötig) hohen Emissionen ermöglichen. Bisher waren Anlagenhersteller dazu gezwungen, die Schallemission ihrer Anlagen trotz Größenwachstum und Leistungssteigerung in einem bestimmten Bereich zu halten, um in den begrenzten Abständen die Immissionsrichtwerte einhalten zu können. Dies führte dazu, dass die Leistungs- und Größensteigerung der Anlagen von der Schallemission entkoppelt wurde und seit vielen Jahren im Bereich von etwa 103 - 107 dB(A) konstant geblieben ist. Auf Grund der bereits heute sehr großen Abstände nicht nur zu Wohngebieten, sondern auch zu einzelnen Wohnhäusern auf Grund der Abstandsorientierungswerte der optisch bedrängenden Wirkung spielt die Schallimmission von Windenergieanlagen an Standorten ohne problematische Altanlagen daher kaum noch eine entscheidende Rolle. Da es eine hohe technische Leistung ist und einen nicht unerheblichen Aufwand erfordert, die Schallemission moderner Windenergieanlagen weiter im v.g. Bereich zu halten, wird das Entfallen dieser Anforderung auf Grund großer pauschaler Abstände in Verbindung mit zunehmendem Kostendruck zu Abstrichen bei der akustischen Qualität der Windenergieanlagen führen, was sich in der Tendenz auch bereits in der heutigen Verwaltungspraxis abzeichnet. Denn in großen Entfernungen wird auch mit hohen Schalleistungspegeln und sogar Tonhaltigkeitszuschlägen der Immissionsrichtwert eingehalten. Somit würde nicht nur die belastungsmindernde Wirkung der Wohnabstände nivelliert, sondern es käme auch zu einer unnötig hohen Verlärmung des allgemeinen Freiraums im Außenbereich, der keinen rechtlichen Schutz genießt und daher - sofern nicht die Nähe zu Wohnhäusern die Schallemission begrenzt - nur indirekt durch einen definierten Stand der Technik im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG geschützt werden kann.

Ein solcher Stand der Technik sollte nicht nur für Windenergieanlagen, bei denen eine umfassende behördliche Vorabkontrolle erfolgt, sondern auch für die typischen anderen neuartigen, in Serie hergestellten Strom- und Wärmeerzeugungsanlagen (Wärmepumpen, Mini-BHKW u.ä.) sowie Lüftungstechnik bei stark gedämmten Gebäuden definiert werden. Da viele dieser Anlagen genehmigungsfrei sind oder nur einer begrenzten behördlichen Vorabkontrolle unterzogen werden, wäre es regelungstechnisch zielführender, eine Festlegung der

maximal zulässigen Emissionsparameter sowie die zugehörigen Nachweise und Kontrollen in einer Verordnung zum BImSchG als in der TA Lärm zu regeln, um gegenüber Anlagenherstellern und Betreibern außenrechtswirksam zu sein (vgl. 1. BImSchV in Bezug auf Schadstoffemissionen klassischer Heizungsarten sowie 32. BImSchV zur Begrenzung der Schallemission von Geräten und Maschinen). Auch für Windenergieanlagen hätte die Regelung schalltechnischer Anforderungen in einer Verordnung den Vorteil, dass unmittelbare Pflichten auch gegenüber den Anlagenherstellern etabliert werden könnten (s.o. Nr. 2). Eine BImSchV könnte über die schalltechnischen Aspekte hinaus auch weitere immissionsschutzrechtliche Aspekte wie z.B. den Schattenwurf regeln, für die es derzeit ebenfalls an verbindlichem Regelwerk mangelt.

All dies würde deutlich mehr zu einem wirksamen und sachgerechten Nachbarschutz beitragen als Mindestabstände, das Interimsverfahren sowie die Diskussion um Infraschall und rein rechnerische, akustisch vollkommen unerhebliche minimale Immissionsbeiträge im Zuge von Rundung und Irrelevanzregelungen. Diese Themen haben in den letzten Jahren und auch bis heute noch andauernd die Aufmerksamkeit auf sich gezogen und das Thema Immissionsschutz bei Windenergieanlagen dominiert. Sie lenken jedoch von den oben aufgezeigten Aspekten ab, die für den materiellen Schallimmissionsschutz tatsächlich bedeutsamer als die „öffentlichen Megathemen“ sind, so dass hier Defizite aufgelaufen sind, die einer Bearbeitung durch rechtliche und technische Normen bedürfen.

4. Baurecht

a) Abstandsflächen, Zonengrenzen und Zweckbindung

Abstandsflächen gelten grundsätzlich nur für Gebäude und sind auf bauliche Anlagen nur dann anzuwenden, wenn von ihnen vergleichbare Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen, die mit der Abstandsfläche pauschaliert geregelt werden sollen⁵². Die Aspekte der Belichtung, Belüftung und des Sozialabstandes sind bei Windenergieanlagen generell nicht einschlägig. Hinsichtlich der Vermeidung einer erdrückenden Wirkung gibt es für Windenergieanlagen mit der Systematik der optisch bedrängenden Wirkung eine Spezialregelung. Der Brandschutz wird bei Windenergieanlagen als großen Sonderbauten durch ein Brandschutzkonzept detaillierter bearbeitet als über die Abstandsfläche. Die Sicherung der Bebaubarkeit des Nachbargrundstücks kann im von Bebauung freizuhaltenden Außenbereich kaum als Rechtfertigung für die Anwendung des Abstandsflächenrechts angeführt werden; zudem wäre die Abstandsfläche für eine Bebauung mit Wohngebäuden oder weiteren Windenergieanlagen zu klein und für andere bauliche Anlagen zu groß⁵³. Schließlich ist die Vermeidung des Überbaus des Nachbargrundstücks durch Teile einer baulichen Anlage⁵⁴ wie dem Rotor einer Windenergieanlage sowie der Gefahrenschutz vor Eiswurf und Anlagenhavarien⁵⁵, der Immissionsschutz sowie der Schutz des Landschaftsbildes nicht Gegenstand des Abstandsflächenrechts. Von Windenergieanlagen gehen also keine im Sinne des Abstandsflächenrechts vergleichbaren Wirkungen wie von Gebäuden aus, so dass das Abstandsflächenrecht gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 MBO nicht auf Windenergieanlagen anzuwenden ist; es ist für WEA obsolet und ohne Verlust an Schutzstandards verzichtbar⁵⁶. Da in der Praxis jedoch alle Bundesländer durchgehend das Abstandsflächenrecht auf Windenergieanlagen anwenden, wobei bereits die schiere Varianz der Bemessungsregelungen eine materielle Herleitung und Begründung bezweifeln lässt⁵⁷, ist eine klarstellende Regelung in § 6 Abs. 1 MBO bzw. in den Bauordnungen der Länder wichtig. In Bundesländern mit komplizierten und umstrittenen Berechnungsformeln für die Abstandsfläche⁵⁸ stellt bereits dies eine unmittelbare Entlastung dar. Der Verzicht auf das Abstandsflächenrecht führt zu Vereinfachung und Flexibilisierung der Projektplanung, zur besseren Ausnutzbarkeit der ausgewiesenen Flächen und vermeidet den in der Praxis nicht seltenen Fall, dass Windenergieanlagen auf ein tatsächlich existierendes Schutzobjekt hin verschoben werden müssen, nur um auf der anderen Seite die schutzzweckfreie, rein formale Abstandsfläche zu einer Ackerfläche einzuhalten.

Durch die von der Rechtsprechung postulierte, aber nicht eingehend hergeleitete und begründete Rechtsauffassung, dass der Rotorkreis von Windenergieanlagen vollständig innerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszonen liegen müsse⁵⁹, können deutlich weniger Anlagen auf einer ausgewiesenen Fläche aufgestellt werden. Eine Untersuchung des DEWI geht von rund 20% weniger Anlagen aus⁶⁰, was sich mit zunehmendem Rotordurchmesser weiter erhöhen wird. Für das Ziel der Konzentration der Windenergienutzung auf die ausgewiesenen Flächen ist das Hinausragen des Rotorkreises allerdings unschädlich, im Gegenteil kann sogar eine höhere Konzentration bewirkt werden. Die meisten fachrechtlichen Kriterien, die bei der Flächenausweisung in Form von Abstandsradien und Ausschlussflächen herangezogen werden und damit die Lage der Grenzlinie der Konzentrationszone determinieren, beziehen sich sowieso auf den Turm und nicht auf den Rotor; eine Differenzierung ist im Rahmen der Flächenausweisung aber kaum praktikabel und mit rechtlichen Unsicherheiten verbunden. Neben dem Verlust von Standorten und der damit verbundenen Notwendigkeit, zusätzliche Flächen auszuweisen, entsteht auch hier mitunter der kontraproduktive Effekt, dass Windenergieanlagen auf ein real existierendes Schutzgut hin verschoben werden müssen, um auf der anderen Seite die rein formale Lage des Rotors innerhalb der Zone einzuhalten. Eine Öffnung des Bauplanungsrechts für eine Überschreitung der Zonengrenze durch den Rotor führt selbstverständlich nicht zu einer Suspendierung anderer fachrechtlicher Anforderungen, so dass durch das Fachrecht stets gewährleistet ist, dass eine Überschreitung der Zonengrenze durch den Rotor nur dort und nur insoweit zulässig ist, wie keine fachrechtlichen Vorschriften, insbesondere Immissionsschutz, baurechtlicher Nachbarschutz und Naturschutz, verletzt werden. Eine Genehmigung von Windenergieanlagen, deren Rotor über die Zonengrenze hinausragt, ist zwar nach derzeitiger Rechtslage auf Basis eines „atypischen Falls“ der Regelausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB möglich, wird jedoch von den Gemeinden und Genehmigungsbehörden nur in seltenen Fällen gewährt, da sie (zwar unbegründet, aber in nicht abzuhelfender Weise) befürchten, damit die Rechtswirksamkeit ihrer Konzentrationszonenplanung zu untergraben bzw. die Genehmigung angreifbar zu machen.

Ein weiteres formales Hemmnis zur Hebung unkonventioneller Flächenpotenziale ist die Zweckbindung von und einschränkende Festlegungen in Gewerbeflächen. Kläranlagen, Abfallentsorgungsbetriebe, Deponien, Häfen oder ähnliche großflächige Sonderbauflächen mit spezifischer Zweckbindung eignen sich auf Grund ihrer Lage und Weiträumigkeit oft für die konfliktarme Nutzung von Windenergie oder anderer Erneuerbarer Energien. Würde in jeder der rund 5000 Gemeinden in Deutschland mit mehr als 2000 Einwohnern nur je eine 5 MW-Windenergieanlage auf einem der genannten Standorte errichtet, würde dies einen Ausbaubeitrag von 25 GW leisten, mit dem eine erhebliche Menge an Freifläche geschont werden könnte. Allerdings scheitert der Bau leistungsstarker Windenergieanlagen hier oft rein formal an der eng definierten Zweckbindung des Gebiets sowie an den bereits oben genannten baurechtlichen Abstandsflächen und ggf. an den auf klassische industrielle Anlagen bezogene Bauhöhenbegrenzungen, bei denen umstritten ist, ob und inwieweit sie auf Windenergieanlagen Anwendung finden. Bei Flächen, die für Deponien oder als Reserve für den Abbau von Rohstoffen reserviert sind, aber mittelfristig noch nicht in Anspruch genommen werden, kann eine zeitlich vorlaufende bzw. nach Abschluss nachlaufende Nutzung mit Erneuerbaren Energien eine sinnvolle Zwischen- oder Anschlussnutzung sein.

Für die gesetzliche Umsetzung sind mehrere Varianten denkbar. So kann direkt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eingefügt werden, dass das Hinausragen des Rotors einer Windenergieanlage über die Grenze der ausgewiesenen Flächen generell zulässig ist. Alternativ bzw. ergänzend könnte in § 31 BauGB die Möglichkeit der Befreiung von Darstellungen des Flächennutzungs- und Bebauungsplans eröffnet werden, die nicht nur das Hinausragen des Rotors, sondern auch die Darstellungen des Maßes und der Art der baulichen Nutzung, die Zweckbindung sowie eine temporäre Zwischennutzung erfasst, wenn dies der effizienten Nutzung der Fläche zur Gewinnung Erneuerbarer Energie dient oder die vorgesehene Nutzungsart nicht wesentlich durch die zusätzliche Nutzung zur Energieerzeugung beeinträchtigt wird, wenn Konflikte mit anderen öffentlichen Belangen vermindert werden oder die Darstel-

lungen der technischen Weiterentwicklung nicht mehr entsprechen. Mit dieser umfassenden Regelungsvariante werden also zahlreiche bauplanungsrechtliche Aspekte erfasst, wobei die Abweichung allerdings nicht per Gesetz pauschaliert zugelassen, sondern in die Entscheidung der Zulassungsbehörden und Planungsträger gestellt wird. Die Zulässigkeit von Anlagen der Erneuerbaren Energien auf dem Weg einer Befreiung ist vor allem für die Vielzahl an bestehenden Bauleitplänen hilfreich, da damit Projekte, die die Unterstützung der Gemeinde finden, nicht mehr an der Hürde einer Planänderung scheitern. Als dritte Regelungsvariante wäre eine Regelungskompetenz der Gemeinden im Rahmen ihrer Bauleitpläne denkbar (siehe hierzu Nr. 8).

b) optisch bedrängende Wirkung

Die Beurteilung der „optisch bedrängenden Wirkung“ erfolgt derzeit allein auf Basis von Richterrecht⁶¹. Sie war ursprünglich zum Schutz des absoluten Nahbereichs von 300 m um Wohnhäuser gedacht⁶², was bei damaligen Anlagen dem 2- bis 3-fachen der Anlagenhöhe entsprach, erklärt. Mit der Anlagenhöhe wuchs allerdings auch das Abstandsmaß, das für jedes einzelne Wohnhaus gilt, stark auf heute bis zu 750 m an⁶³. Die optische Wirkung ist somit gegenüber dem Immissions- und Gefahrenschutz zum dominierenden Aspekt des Nachbarnschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen geworden. Da die Abstände in der Realität nicht beliebig vergrößert werden können, stellt die derzeitige Regelung der optisch bedrängenden Wirkung eine faktische Höhenbegrenzung durch die Hintertür dar und begrenzt die Möglichkeit der Flächenbereitstellung durch Planverfahren. Windenergieanlagen werden jedoch nicht ohne Grund mit hohen Nabenhöhen und großen Rotordurchmessern gebaut: Eine typische Windenergieanlage mit 150 m Gesamthöhe erzeugt nur rund 60%, eine 100 m hohe Anlage sogar nur etwa 15-20% der Strommenge einer modernen Anlage mit 230 m Gesamthöhe⁶⁴. Die Auswirkungen der Anlagenhöhe und des Rotordurchmessers auf den Stromertrag und somit auf die Zahl der für eine Vollversorgung mit Erneuerbaren Energien benötigten Anlagen und damit den Flächenbedarf ist also erheblich. Anlagen mit hoher Nabenhöhe, d.h. mit großem Freiraum zwischen Boden und Rotor sind zudem nicht nur optisch weniger bedrängend, sondern auch artenschutzfachlich auf Grund der begrenzten Flughöhen von Vögeln vorteilhaft (siehe hierzu unter Nr. 5c). Neben der Begrenzung des Neuausbaus ist die optisch bedrängende Wirkung auch der entscheidende Parameter für die Möglichkeit des Repowering von Altstandorten, da an den Standorten der ersten Ausbauwelle mit Abständen in der Größenordnung von 300 - 400 m bereits ab einer Gesamthöhe der Repoweringanlage von 150 m der Abstandsfaktor auf unter 2 fällt. Die betroffenen Standorte werden daher derzeit mit energetisch „unterwertigen“ Anlagen der 2 MW-Generation repowert oder entfallen (ggf. nach übergangsweisem Weiterbetrieb der Alt-WEA) ersatzlos. Entfallen die Altstandorte ersatzlos oder werden sie nur mit vergleichsweise ertragsschwachen Anlagentypen repowert, sind nicht nur quantitativ entsprechend mehr, sondern auch qualitativ andere neue Standorte erforderlich, um die fehlenden Stromerträge zu kompensieren.

Deshalb ist eine gesetzliche Regelung zur Beurteilung der optischen Wirkung sowohl zur quantitativen Umsetzung als auch zur qualitativen Steuerung des Windenergieausbaus sowie zur Ausschöpfung des Repoweringpotenzials unerlässlich. Die derzeitigen hohen Abstandswerte führen zu einer Verschiebung des Windenergieausbaus in bisher wenig zersiedelte, unzerschnittene Räume, Landschaftsschutzgebiete und große, zusammenhängende Wälder⁶⁵. Sie erhöhen den Druck auf Regionen mit geringem Zersiedelungsgrad, die bereits heute im Fokus des Windenergieausbaus stehen und tendenziell überlastet sind und dann weiter belastet werden. Eine gegenüber diesen öffentlichen Interessen stärkere Gewichtung des rein optischen Anblicks in großen Entfernungen erscheint nicht angemessen und bedarf daher einer korrigierenden Steuerung durch den Gesetzgeber. Aus den Studien zu Auswirkungen von Mindestabstandsregelungen⁶⁶ ist abzulesen, dass insbesondere die Bundesländer Schleswig-Holstein (mit 13% der bundesweit installierten Windenergieleistung Platz 3) und Nordrhein-Westfalen (mit 11% der bundesweit installierten Windenergieleistung Platz 4), aber auch Spitzenreiter Niedersachsen (21% der installierten Windenergieleistung) einen

hohen Verlust an potenziellen bzw. bereits realisierten Standorten erleiden, wenn die rechtlich erforderlichen Abstände (sei es auf Grund der Abstandsformel der optisch bedrängenden Wirkung oder eines pauschal in Metern festgesetzten Mindestabstandes) zu jedem einzelnen Wohnhaus hoch sind. Aus dem Spitzenfeld des Windenergieausbaus verbleiben lediglich Brandenburg und Sachsen-Anhalt mit vergleichsweise großem Anteil an Potenzialflächen auch bei großen Abständen zu jedem einzelnen Haus sowie einige Länder, die bisher nur mäßigen oder geringen Anteil am Windenergieausbau hatten (Mecklenburg-Vorpommern, Hessen, Thüringen). Der weitere Windenergieausbau sowie die mittelfristige Kompensation der in der bisherigen Spitzengruppe der Bundesländer entfallenden, weil nicht repoweringfähigen Leistung, würde sich also auf die wenigen v.g. Bundesländer bzw. die Regionen konzentrieren, in denen auch bei großen Abstandsvorgaben zu jedem Wohnhaus noch nutzbare Flächenpotenziale in größerem Umfang verbleiben. Möchte man also eine Verteilung der Lasten des Windenergieausbaus auf alle Bundesländer und innerhalb von ihnen auf alle Regionen erreichen und eine Verschiebung in bisher wenig anthropogen vorbelastete Bereiche vermeiden, muss das Konzept der optisch bedrängenden Wirkung überdacht werden (und darüber hinaus auch auf die feste Vorgabe von pauschalen Mindestabständen in ähnlicher Größenordnung verzichtet werden).

Bei der Neubewertung der optisch bedrängenden Wirkung muss man sich bewusst machen, dass dieser Begriff eine reine Schöpfung der Verwaltungsgerichte ist, der sich rein auf die optische Wahrnehmung bezieht⁶⁷ und nicht auf medizinisch-psychologischen Wirkmechanismen beruht. Gatz weist darauf hin, dass es sich bei der Bewertungssystematik der optisch bedrängenden Wirkung um eine tatrichterliche Dezision handelt, die ebenso gut auch anders hätte getroffen werden können⁶⁸. Die Wirkungs- und Akzeptanzforschung konnte keine entsprechende „bedrängende“ Wirkung feststellen⁶⁹, weder die Größe noch der Abstand der Windenergieanlage hat den Studien nach Einfluss auf die Belastungsempfindung durch die Anwohner. Ein Abstand von 750 m (und mehr) lässt sich darüber hinaus weder immissionsrechtlich noch durch andere Einwirkungen von Windenergieanlagen begründen. Durch die sehr großen Abstandsorientierungswerte für Windenergieanlagen ist ein deutlicher Wertungswiderspruch sowohl zu anderen hohen Bauwerken⁷⁰ (Schornsteinen, Kühltürmen, Brücken, Strommasten) oder gefährlichen Anlagen (vgl. die üblichen Abstände zwischen Industrie- und Wohngebieten und die KAS18⁷¹ / Entwurf der TA Abstand) als auch zu allgemein im Städtebau als zumutbar erachteten optischen Einschränkungen⁷² und der Bewertung der klassischen „erdrückenden Wirkung“ entstanden, der eines gesetzlichen Korrektivs bedarf, um Windenergieanlagen wieder in den generellen städtebaulichen Rahmen von Abstandsmaßen einzuordnen.

Dies könnte z.B. mit der Übernahme der aus dem Bauordnungsrecht stammenden Abstandsformel zum Gefahrenschutz hinsichtlich Eiswurf und herabfallenden Anlagenteilen umgesetzt werden, (1,5-fache der Summe aus Nabenhöhe und Rotordurchmesser)⁷³ wobei die bauordnungsrechtlichen (ggf. weitergehenden) Anforderungen selbst unberührt bestehen bleiben. Gegenüber der Abstandsbemessung eines Vielfachen der Anlagenhöhe hat hier der Rotordurchmesser einen stärkeren Einfluss, was seiner Bedeutung für die optische Wirkung der Anlage Rechnung trägt und dem kontraproduktiven Effekt, das Abstandsmaß allein durch eine Reduzierung der Nabenhöhe einzuhalten, entgegenwirkt. Die vorgeschlagene Abstandsformel ergibt Werte in der Größenordnung von etwa dem 2-fachen der Anlagenhöhe und wächst wie die derzeit angewendete Abstandsformel mit zunehmender Anlagengröße an. Sie vermag also die Dominanz des Aspektes der optisch bedrängenden Wirkung nur zu vermindern, aber nicht vollständig zu lösen. Daher wäre eine Rückkehr zum ursprünglichen, in der ersten Ausbauwelle geltenden Grundsatz in Erwägung ziehen, nach dem nur der absolute Nahbereich von Wohnhäusern vor optischen Wirkungen zu schützen ist und ab einer Entfernung von 300 m (oder einem Abstand in Höhe der Anlagengesamthöhe) keine unzumutbare optische Wirkung mehr gegeben ist⁷⁴. Der optische Anblick würde damit in seiner Gewichtung hinter die o.g. übergeordneten Interessen des Schutzes ökologisch wertvoller oder bisher unzerschnittener Räume sowie einer Gleichverteilung des Windenergieausbaus zurückgestellt und der Nachbarschutz durch die gewichtigeren Aspekte des Immissionschutz und des Gefahrenschutzes, die selbstverständlich weiterhin zu erfüllen sind, geregelt

werden. Möchte der Gesetzgeber keine Begrenzung der anwachsenden Abstände zur Wohnbebauung vornehmen, müssen zwangsläufig andere Gebiete, insbesondere Landschaftsschutzgebiete (siehe hierzu Nr. 5b und 8) und Wald in größerem Umfang genutzt und die dazu erforderlichen rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen werden.

5. Naturschutzrecht

a) Eingriffsregelung

In den meisten Bundesländern gibt es bereits Ersatzgeldregelungen für den von Windenergieanlagen verursachten Eingriff in das Landschaftsbild, die in einigen Ländern auch den Eingriff in den Naturhaushalt umfassen⁷⁵. Verschiedentlich wird jedoch kritisiert, ob diese Regelungen einen Verstoß gegen einen bundesrechtlich abweichungsfest definierten Vorrang der Naturalkompensation in Form von Ausgleich oder Ersatzmaßnahmen darstellen und ob die Bemessungsregelungen bundesrechtskonform seien, wenn sie nicht auf den realen, örtlichen Kosten einer fiktiven Naturalkompensation beruhen. Diese Kritik ist zwar letztendlich unberechtigt⁷⁶, kann jedoch durch eine Ergänzung in § 13 BNatSchG zweifelsfrei ausgeräumt werden, in der festgelegt wird, dass der Eingriff in Natur und Landschaft durch Windenergieanlagen stets durch ein Ersatzgeld zu kompensieren ist, das sich nach der Schwere des Eingriffs bemisst. Mit einer solchen Ergänzung wird nicht nur zweifelsfrei die Bundesrechtskonformität der bestehenden Länderregelungen hergestellt, sondern darüber hinaus erwirkt der bundesrechtliche abweichungsfeste Grundsatz umgekehrt auch in allen Ländern eine Ersatzgeldregelung, die neben dem Eingriff in das Landschaftsbild auch auf den Eingriff in den Naturhaushalt erstreckt wird. Optimal wäre darüber hinaus auch eine bundeseinheitliche Bemessungsregelung des Ersatzgeldes, die jedoch nach dem Scheitern der Bundeskompensationsverordnung nicht realisierbar erscheint. Die demnach als Landesregelungen umgesetzten Bemessungsregeln sollten dann so pauschaliert definiert werden, dass die häufig bei der Ausplanung des Projektes nach Genehmigungserteilung auftretenden Detailänderungen wie z.B. geringfügige Höhenänderungen, abweichende Lage oder Maße der für die Errichtung benötigten Baustellenflächen und der Zuwegung u.ä. abgedeckt sind und keine Neubilanzierung des Eingriffs und Ausgleichs erfordern. Die materiell wirkungslosen Kosten für den Landschaftsgutachter und das behördliche Änderungsverfahren können so in eine pauschaliert unter Berücksichtigung des Flexibilitätsrahmens erhöht angesetzte Ersatzgeldzahlung umgelenkt werden. Das insgesamt hohe Kompensationsaufkommen aus dem Windenergieausbau kann somit für die Umsetzung großer, kostenintensiver, qualitativ hochwertiger landschaftspflegerischer Entwicklungsmaßnahmen, Naturschutzmaßnahmen, Maßnahmen der Wasserrahmenrichtlinie⁷⁷ o.ä. deutlich wirksamer eingesetzt werden als bei Kompensation in Form zersplitterter geringwertiger Einzelmaßnahmen ohne übergreifende Konzepte und Zielsetzungen. Zugleich wird das Problem gelöst, dass es nicht sinnvoll ist, einerseits ständig weitere, in manchen Regionen kaum noch zu beschaffende große Flächenanteile zu Kompensationszwecken aus der Nutzung zu nehmen, wenn sich andererseits bestehende, auch hochrangige Schutzgebiete in einem schlechten Erhaltungszustand befinden, weil keine ausreichenden finanziellen Mittel zu ihrer Pflege und Entwicklung zur Verfügung stehen. Durch die Ausweitung des Ersatzgeldes auf den Eingriff in den Naturhaushalt können die gezahlten Gelder auch gezielt für Maßnahmen für die Avifauna verwendet und so mit einem ggf. implementierten Artenschutzprogramm (siehe unter Nr. 5c) verbunden werden. Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen werden auf diese Weise vereinfacht und verkürzt ohne landschaftsrechtliche Standards zu reduzieren, sondern es wird im Gegenteil ein hochwertigerer Ausgleich durch die akkumulierten Ersatzgelder erzielt. Durch die Lösung der unmittelbaren Verknüpfung zwischen Kompensation und Windenergieprojekt wird auch die Frage aufgelöst, ob die Kompensationsmaßnahmen über den Bestandszeitraum der Windenergieanlagen hinaus aufrecht zu erhalten sind und wenn ja, wem diese Pflicht obliegt. Darüber hinaus entfällt die Notwendigkeit der mitunter als unzureichend kritisierten behördlichen Überwachung von durch Anlagenbetreiber umgesetzten Kompensationsmaßnahmen.

Entsprechend der Regelung im BNatSchG sollte ebenfalls in § 200a BauGB explizit zugelassen werden⁷⁸, dass die Kompensationsverpflichtung im Rahmen von Bebauungsplänen auch durch Festsetzungen zur Zahlungsverpflichtung eines Ersatzgeldes bei Realisierung der baulichen Anlagen erfolgen kann, denn dies ist bisher rechtlich umstritten⁷⁹. Durch die Anwendung von Ersatzgeldzahlungen im Bebauungsplanverfahren kann die gemeindliche Planung wirkungsvoll entlastet werden.

Schließlich sollte in § 18 Abs. 1 BNatSchG das Wort „Bauleitplänen“ durch das Wort „Bebauungsplänen“ ersetzt werden, um dem derzeitigen Regelungswiderspruch zwischen § 18 Abs. 1 und 2 BNatSchG abzuweichen: Nach Abs. 1 soll im Rahmen der „Bauleitpläne“, d.h. auch bereits im Flächennutzungsplan die Eingriffsregelung abgearbeitet werden, nach Abs. 2 ist sie bei der Genehmigung eines privilegierten, durch Flächennutzungsplanung gesteuerten, Vorhabens aber weiterhin anzuwenden, da die Formulierung die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung nur in Bebauungsplangebieten außer Kraft setzt. Regelungsabsicht der beiden Absätze ist, in Bebauungsplangebieten die Bearbeitung der Eingriffsregelung vom Einzelzulassungsverfahren auf die Bebauungsplanebene vorzuverlagern. Der Regelungskonflikt durch die unterschiedliche Begriffswahl kommt also nur bei im Außenbereich privilegierten Anlagen, die durch den Flächennutzungsplan gesteuert werden und keines Bebauungsplans bedürfen, zum Ausdruck. Für Vorhaben, die nach § 35 BauGB zu beurteilen sind, möchte § 18 Abs. 2 aber offensichtlich weiterhin die Anwendung der Eingriffsregelung im Zulassungsverfahren beibehalten. Die vorgeschlagene Änderung dient also zur Klarstellung des Gewollten und entspricht der gerichtlichen Auslegung⁸⁰ der existierenden Regelung, so dass der gemeindlichen Planung Sicherheit gegeben wird.

b) Landschaftsschutzgebiete

Die großräumige Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten, die in manchen Regionen sogar pauschal den gesamten Außenbereich erfasst, schränkt die Nutzung von Windenergie und die diesbezügliche gemeindliche Planungshoheit stark ein. Bei der Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten wird ihre Relevanz für die Vollversorgung mit Erneuerbaren Energien bisher nur unzureichend beachtet und das öffentliche Interesse, die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB sowie das naturschutzrechtsinterne Ziel des § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG nicht mit dem ihnen zukommenden hohen Gewicht in die Entscheidung über die Schutzgebietsausweisung und die Ausgestaltung der Schutzregelungen eingestellt. Der bundesweite durchschnittliche Flächenanteil von Landschaftsschutzgebieten liegt bei ca. 25%, wobei der Anteil bundesland- und regionalspezifisch stark schwankt (zwischen 9% in Schleswig-Holstein und 42% in Nordrhein-Westfalen)⁸¹ und offensichtlich nicht unmittelbar mit der tatsächlichen landschaftsökologischen Wertigkeit korreliert. Diese unterschiedliche Ausweisungspraxis birgt die Gefahr von Fehlentscheidungen des Windenergieausbaus, wenn in manchen Regionen auch relativ geringwertige Flächen durch Landschaftsschutzgebietsausweisungen gesperrt werden, so dass der Windenergieausbau in andere Regionen ggf. auf Flächen, die absolut gesehen höherwertig sind, gelenkt wird. Hinzu kommt der verschiedentlich zu beobachtende Missbrauch von Landschaftsschutzgebietsausweisungen zur Verhinderung des Windenergieausbaus⁸². Sowohl das Verhältnis der Landschaftsschutzgebietsausweisung zur Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB als auch zur Konzentrationszonenplanung ist durch den Gesetzgeber nicht bewertet und nicht eindeutig geregelt⁸³. Die Rechtsprechung divergiert sowohl zwischen den Bundesländern, aber auch innerhalb der Bundesländer sehr stark: So ist bereits umstritten, ob für Windenergieanlagen repressive Verbote in Landschaftsschutzgebieten geschaffen werden dürfen, da diese nur etabliert werden dürfen, wenn von vornherein feststeht, dass der betreffende Vorhabentyp schlechthin stets dem Schutzzweck zuwiderläuft⁸⁴. Das OVG Niedersachsen sieht keinerlei Relativierung des Landschaftsschutzes durch die baurechtliche Privilegierung und das öffentliche Interesse an der Windenergie und stuft Landschaftsschutzgebiete als harte Tabuzonen in der Konzentrationszonenplanung ein⁸⁵. Der VerfGH München betont hingegen, dass der Landschaftsschutz keinen absoluten Vorrang hat und es kein bundes- oder landesrechtliches Gebot gibt, dass Flächen in Landschaftsschutzgebieten erst dann in Anspruch genommen werden dürfen, wenn sich außerhalb keine geeigneten, ausreichenden Flächen finden lassen, so

dass vor Inanspruchnahme von Landschaftsschutzgebieten für den Windenergieausbau keine Alternativenprüfungen oder Potenzialanalysen erforderlich sind⁸⁶. Die Bausenate des OVG Münster sehen die Gemeinden nicht nur als berechtigt, sondern sogar als verpflichtet an, Konzentrationszonen in Landschaftsschutzgebieten auch entgegen einer negativen Stellungnahme der Naturschutzbehörden auszuweisen⁸⁷, während der Immissionsschutzsenat des OVG Münster eine Konzentrationszonenausweisung in Landschaftsschutzgebieten nur im Einvernehmen mit der Naturschutzbehörde als zulässig einstuft⁸⁸ und somit ein Primat der Landschaftsplanung gegenüber der Bauleitplanung etabliert.

Sofern der Gesetzgeber daran interessiert ist, der von ihm gesetzten Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB eine ausreichende Durchsetzungskraft gegenüber landesrechtlichen oder kommunalen Ausweisungen von Landschaftsschutzgebieten zu sichern, müsste er hierzu also Regelungen im BauGB treffen. Sowohl zur quantitativen Flächenverfügbarkeit für den Windenergieausbau als auch zur Vermeidung von qualitativen Fehlentwicklungen sind zudem flankierende gesetzliche Regelungen in § 26 BNatSchG indiziert, die das generelle Erfordernis der Berücksichtigung des öffentlichen Interesses am Ausbau der Windenergie bei der Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten hervorhebt und Regionen mit überdurchschnittlich weiträumiger Ausweisungspraxis zu einer Zonierung und somit einer teilweisen Öffnung der Landschaftsschutzgebiete für Anlagen der Erneuerbaren Energien verpflichten⁸⁹. Bereits nach der bestehenden Rechtslage, aber nicht immer in der Verwaltungspraxis bewusst, ist gemäß § 4 Abs. 1 ROG, § 7 Abs. 3 Nr. 1 ROG, § 7 BauGB und § 4 BNatSchG sowie ggf. weiteren landesrechtlichen Anpassungspflichten⁹⁰ die Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten auf bau- oder raumplanerisch für die Windenergie ausgewiesenen Flächen ohne umfassende Freistellung von Windenergieanlagen von den Verboten der Schutzgebietsausweisung rechtswidrig.

c) Artenschutz

Die artenschutzrechtlichen Anforderungen sind in den vergangenen Jahren stetig angestiegen: Eine sehr aufwändige Kartierung und gutachterliche Betrachtung, die oftmals auf Anforderung der Naturschutzbehörden noch mehrmals nachgearbeitet wird, umfangreiche Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen, die auch erhebliche Abschaltzeiten umfassen, führen trotz alledem nicht zu einer gerichtsfesten Entscheidung, gesichertem Anlagenbetrieb und Akzeptanz in Naturschutzkreisen.

Die vielfach sog. „rechtliche Fehlkonstruktion des Artenschutzes“ betrifft nicht nur den Widerspruch zwischen dem materiellen Ziel der Populationserhaltung in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet und der rechtlichen individuenbezogenen Ausformung,⁹¹ sondern auch die Wahl des verwaltungsrechtlichen Mittels in Form (nur) eines Verbotstatbestandes. Ein Verbotstatbestand sanktioniert allein den Eintritt der Erfolgshandlung und ist somit rückwärts schadensregulierend gerichtet. Verbotstatbestände sind daher kein geeignetes verwaltungsrechtliches Instrument, um im Rahmen des prognostisch ausgerichteten Zulassungsrechts vorsorgend, sachgerecht und rechtssicher agieren zu können. Um diese Defizite auszugleichen und den Artenschutz in der Genehmigungspraxis leidlich handhabbar zu machen, wurden deshalb nach und nach die Verbotstatbestände sehr weit ausgelegt und ihnen naturschutzfachlich wünschenswerte Anforderungen und formale Funktionen beigemessen, die sich in der Verwendung der Begriffe Schutzmaßnahmen, Vorsorge, Minimierung von Beeinträchtigungen, Kumulation und programmatischen Ansätzen widerspiegeln, welche zwar sämtlich bekannte Instrumente des Umweltrechtes sind, aber gerade eben nicht vom Gesetzgeber eingesetzt wurden und in keinsten Weise durch die tatsächlich eingesetzten Verbotstatbestände gedeckt sind. Gerichte, Behörden und Gutachter schaffen sich somit ein eigenes Artenschutzrecht, um ausgehend von der Verbotstrias der Tötung, Störung und Zerstörung jegliche Beeinträchtigung von Tieren frei und umfassend nach fachlich wünschenswerten Maßstäben zu bearbeiten und Maßnahmen einschließlich ihrer Überwachung und nachträglicher Erhöhung zu fordern⁹². Dieses Vorgehen wird mit der der Behörde zustehenden naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative gerechtfertigt - allerdings berechtigt die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative gerade nicht zur Ausweitung oder Umgestaltung der gesetzlichen Regelungen auf das fachlich wünschenswerte Maß, sondern ist auf die fachliche Ausfüllung

des gegebenen rechtlichen Rahmens beschränkt⁹³. Die Diskrepanz zwischen dem geschriebenen und dem tatsächlich praktizierten Artenschutzrecht ist eine der wesentlichen Ursachen für die bestehende Rechtsunsicherheit und die Verzögerungen in Genehmigungsverfahren. Durch die Gewährung einer behördlichen Einschätzungsprärogative entsteht die paradoxe Situation, dass in Rechtsstreitverfahren die wichtigen materiellen Fragen, ob und wann ein Verbotstatbestand verletzt ist und welche Maßnahmen zu fordern sind, nicht wirklich geprüft werden und somit keine diesbezügliche Klärung oder Weiterentwicklung stattfindet, sondern stattdessen mitunter bizarre Diskussionen über absolute Details der Kartierung und die wortgenaue Formulierung von Nebenbestimmungen geführt werden⁹⁴, was für alle Beteiligten unberechenbar ist und den Eindruck von Unangemessenheit hinterlässt. Die Probleme im Bereich des Artenschutzes sind also sehr grundlegender Art und lassen sich nur durch die Schaffung eines grundsätzlich anderen Rechtsrahmens lösen. Der Artenschutz bedarf primär um seiner selbst willen dieser Überarbeitung und nur sekundär in Hinsicht auf den Windenergieausbau. Auch das BVerfG hat den Gesetzgeber ermahnt, seiner Verpflichtung zur (unter-)gesetzlichen Ausarbeitung seiner Wertung und zur Kontrolle einer einheitlichen Rechtsausübung nachzukommen⁹⁵.

Zur Standardisierung im Artenschutz ist klarzustellen, dass es nicht nur dort, sondern im gesamten Bereich des Umweltschutzes um die Beurteilung komplexer Wirkungen auf Lebewesen geht, die nicht durch eindeutige Naturgesetze determiniert sind, sondern mit Theorien, Wirkungsforschung und Epidemiologie erfasst werden, deren Ergebnisse eine Spannweite bis hin zu Widersprüchlichkeiten ausweisen und denen Unsicherheiten und Wissensdefizite immanent sind. Ebenso handelt es sich bei dem vielgenannten „Zielkonflikt“ zwischen dem individuenbezogenen Artenschutz und den Umweltvorteilen der Windenergie (die - was in der öffentlichen Diskussion kaum beachtet wird - nicht nur im Klimaschutz liegen, sondern auch in der Vermeidung einer breiten Palette von Luftschadstoffen und Reststoffen sowie den gravierenden Umweltfolgen, die mit der Förderung und dem Transport von Kohle, Öl, Gas und Uran verbunden sind) nicht um eine besondere oder neuartige Situation, sondern um ein Kernelement des Umweltschutzes, der sich durch seine vernetzte Betrachtung aller Umweltmedien und das Bewusstsein auszeichnet, dass eine Veränderung an einer Stelle des Systems Wechselwirkungen im gesamten System verursacht. Die Aufspaltung in Artenschutz einerseits gegen Klima-, Immissions- und Gewässerschutz andererseits ist dem Umweltschutz hingegen wesensfremd. Und schließlich muss sich der Umweltschutz wie alle anderen gesellschaftlichen Belange auch in eine gesamtheitliche Betrachtung einfügen. All dies sind also keine tragfähigen Argumente gegen eine Standardsetzung für den Artenschutz beim Windenergieausbau. Es ist gerade in dieser typischen Situationen des Umweltschutzes Aufgabe des Gesetzgebers, die Erkenntnislage zu bewerten und seine Normsetzungskompetenz unter Einbeziehung gesellschaftlicher Anforderungen und Zielsetzungen auszuüben, um seiner Verpflichtung, zwischen widerstreitenden Interessen und Belangen einen demokratisch legitimierten Ausgleich zu definieren, nachzukommen, indem er klare Rechtsgrundlagen und ein zugehöriges geeignetes untergesetzliches Regelwerk schafft.

Zur Lösung der Situation speziell für den Artenschutz bei Windenergieanlagen sind drei Wege denkbar: die umfassende Ausarbeitung des normativen Rahmens, was derzeit unter dem Arbeitstitel „TA Artenschutz“ diskutiert wird, die Nutzung der im derzeitigen Rechtsrahmen enthaltenen Option einer generalisierten Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten für den Windenergieausbau oder der Verbleib im jetzigen System und Lösung über die sachliche und rechtlich zutreffende Anwendung der Verbotstatbestände und der Beurteilung der Windenergiesensibilität, ergänzt um technische Vermeidungsmaßnahmen.

Die umfassende Überarbeitung des normativen Rahmens ist zweifellos die hochwertigste Lösung, da sie sowohl die rechtlichen als auch die fachlichen Aspekte erfasst und beides optimal miteinander verbindet. Nur diese Lösung ist eine Lösung des ureigenen Artenschutzproblems, während die anderen beiden Ansätze nur das spezifische Windenergieproblem lösen. Allerdings ist dies auch die deutlich aufwändigste und anspruchsvollste Lösung und ist sicherlich nicht kurzfristig zu erreichen, sondern ein Projekt auf mehrere Jahre, noch

dazu mit der Gefahr, am fehlenden Einigungswillen der Bundesländer und des Bundes zu scheitern⁹⁶. Wie oben aufgezeigt, müssten zunächst die gesetzlichen Grundlagen überarbeitet werden, indem die materiellen Zielsetzungen des Artenschutzes definiert und die zu ihrem Erreichen geeigneten verwaltungsrechtlichen Instrumente (z.B. Schutz- und Vorsorgepflichten) gewählt werden. Dabei muss auch entschieden werden, ob kumulative Auswirkungen des Windenergieausbaus insgesamt zu berücksichtigen sind und wenn ja, wie diese in Einzelgenehmigungsverfahren oder aber durch programmatische Instrumente bearbeitet werden können - dies wäre ein Novum, denn bisher wurde eine solche bundesweite, kumulative Beurteilung noch für keine andere Art von Infrastruktur oder Industrieanlagen gefordert oder durchgeführt. Darüber hinaus braucht man gesetzliche Regelungen hinsichtlich des Umgangs mit der Fluktuation von Artvorkommen, d.h. mit der nachträglichen Ansiedelung, aber auch mit dem Wegzug von Arten im Umfeld von Anlagen, und dem Problem eingeschränkter Funktionsfähigkeit von artenschutzrechtlichen Maßnahmen durch Extremwetterlagen wie z.B. Dürre oder Starkregen. Hinzu kommen präzisierte Regelungen zur Ausnahmeerteilung und für die Abarbeitung von artenschutzrechtlichen Fragen auf der Planungsebene. Erst dann kann in einem zweiten Schritt mit der Ausarbeitung einer „TA Artenschutz“ begonnen werden, die, um eine ausreichende Bindungswirkung für die Vollzugsbehörden und Gerichte zu entfalten, als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift oder als Verordnung zu erlassen ist. Denn untergesetzliches Regelwerk kann das Gesetz nur im Detail ausarbeiten und präzisieren, nicht jedoch grundlegende gesetzliche Defizite kompensieren oder fehlende Rechtsgrundlagen ersetzen. Eine TA Artenschutz müsste eine Objektivierung der Beurteilung von populationsrelevanten Störungen (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) und Beschädigungen von Fortpflanzungs- und Ruhestätten (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) sowie eine Quantifizierung der Schwelle des signifikant erhöhten Tötungsrisikos und der methodischen Risikobestimmung (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) leisten und einen Katalog an Vermeidungs- und Kompensationsmaßnahmen mit attestierter Wirksamkeit enthalten. Darüber hinausgehende Vorsorge- und Minimierungsmaßnahmen im Sinne eines „Standes der Artenschutztechnik“ können nur dann in einer „TA Artenschutz“ niedergelegt werden, wenn zuvor im BNatSchG Vorsorgepflichten etabliert wurden. Zu allen Anforderungen müssen Ausnahmeregeln definiert und handhabbar ausgearbeitet werden. Schließlich muss eine Methodik entwickelt werden, wie sich im Rahmen der Planung artenschutzrechtlich wertvolle Flächen von für die Windenergie geeigneten Flächen differenzieren lassen; Kartierungen von Individuen, die den Charakter einer Momentaufnahme haben, haben sich hierzu in der Praxis als nicht ausreichend zielsicher und geeignet gezeigt.

Das Regelungsprogramm für eine „TA Artenschutz“ im Sinne einer echten Problemlösung ist also groß⁹⁷. Eine reine Umbenennung der derzeitigen Artenschutzleitfäden der Ländern in „TA Artenschutz“ würde hingegen nicht helfen, sondern lediglich zu einer Verfestigung der aktuellen problematischen Situation führen⁹⁸. Zu dem überwiegenden Teil der aufgeworfenen Fragestellungen existieren derzeit keine fachlichen Methoden und sind auch nicht in Aussicht, so dass bereits im Vorfeld überlegt werden sollte, ob es überhaupt eine realistische Perspektive gibt, die Bewertungsmethoden wie erforderlich zu entwickeln oder ob grundlegend andere Bewertungsansätze oder eine der folgenden alternativen Lösungen gewählt werden sollte. Durch verbesserte Standards kann zwar eine gewisse Erleichterung von Planungs- und Genehmigungsverfahren und eine erhöhte Rechtssicherheit erreicht werden, jedoch werden weiterhin umfangreiche Kartierungen und Gutachten, einschließlich potenzieller weiterer Prüfrunden auf Grund der Meldung über die Sichtung weiterer Vögel sowie Rechtsstreitverfahren zum Alltag gehören, so dass wesentliche Zeit- und Kosteneinsparungen nicht zu erwarten sind. Auch die Problematik fluktuierender Artvorkommen wird sich im unmittelbaren Verhältnis zu bestandsgeschützten, immobilien Anlagen nicht wirklich lösen lassen, so dass stets die Kritik von unzureichender Aktualität und Vollständigkeit der Erfassungen oder nicht ausreichender Reaktion auf Veränderungen des Arteninventars verbleiben wird. Ein schnelles und flexibles „adaptive management“, wie es in Naturschutzkreisen erwünscht ist, wird sich im Rahmen von „schwerfälligen“ Verwaltungsverfahren mit ihren Anforderungen an behördliche Sachverhaltsermittlung, Nachweispflicht und Ermessensausübung sowie der Einlegung von Rechtsbehelfen nicht realisieren lassen⁹⁹.

Als alternativer Regelungsansatz könnte die bereits jetzt in § 45 Abs. 7 Satz 4 BNatSchG enthaltene Möglichkeit zur generalisierten Ausnahme per Verordnung¹⁰⁰ genutzt werden. Vergleichbar den bekannten Kormoranverordnungen¹⁰¹ könnte für den definierten Bedarf an Windenergieanlagen (also nicht für eine unbegrenzte Zahl) eine generalisierte Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten im öffentlichen Interesse geregelt werden. Die Kormoranverordnungen haben bereits der obergerichtlichen Überprüfung standgehalten¹⁰² und werden grundsätzlich von der EU-Kommission akzeptiert¹⁰³. Auch der EuGH spricht nicht gegen eine nach allgemeinen Maßstäben zugelassene Ausnahme¹⁰⁴: In den behandelten Fällen der gezielten Entnahme einer bestimmten Menge an Exemplaren wurden die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Ausnahme im Rahmen des Erlasses einer übergeordneten Norm geprüft und bewertet, während die Zulassungsbehörde darauf hin nur noch Lizenzen im Sinne der Kontrolle der Einhaltung der definierten Mengen durch einen berechtigten Nutzerkreis erteilt, ohne die naturschutzrechtlichen Ausnahmeveraussetzungen im Sinne einer Einzelfallbewertung zu prüfen. Es macht rechtlich und tatsächlich keinen Unterschied, ob eine Verordnung als untergesetzliches Regelwerk die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme konkret und abschließend regelt und die Behörde verpflichtet, die Ausnahme ohne eine eigene Einzelfallbewertung zu erteilen, wenn die definierten Voraussetzungen erfüllt sind¹⁰⁵ oder ob die Ausnahme qua Verordnung gilt und die Behörde prüft, ob der konkret vorliegende Fall unter die Verordnung fällt und somit eine Ausnahme bereits gegeben ist. Eine generalisierte Ausnahme für den definierten Bedarf an Windenergie folgt auch der Forderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie zur Vereinfachung und Beschleunigung von Genehmigungsverfahren¹⁰⁶. Dabei ist es selbstverständlich, dass auch die Ausnahmegewährung durch Verordnung die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG unter Beachtung des Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG erfüllen muss¹⁰⁷. Das öffentliche Interesse ist nach überwiegender Meinung als ungeschriebener Ausnahmegrund in Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie hineinzulesen¹⁰⁸, darüber hinaus wird auch der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit mit Bezug auf die Bedeutung der Erneuerbaren Energien für die Versorgungssicherheit als zutreffend anzusehen sein¹⁰⁹. Die Diskussion¹¹⁰ über den Wertungswiderspruch, der sich aus Art. 9 Abs. 1 c)¹¹¹ und Art. 7 der Vogelschutzrichtlinie und einer postuliert fehlenden Ausnahmemöglichkeit für die im öffentlichen Interesse liegende Windenergie ergibt, ist keineswegs nur eine rechtstheoretische, sondern zeigt ebenfalls eine schwerwiegende rechtliche Fehlkonstruktion des Artenschutzes auf: So wäre es beispielsweise verboten, die Waldschnepfe als windenergiesensible Art durch Schallimmissionen zu stören und diesen Konflikt wegen eines - postuliert - fehlenden Ausnahmegrundes für die im öffentlichen Interesse liegende Windenergie durch die Erteilung einer Ausnahme zu lösen, während es europarechtlich und landesrechtlich in Nordrhein-Westfalen erlaubt ist, diesen Konflikt durch die Tötung der Waldschnepfe im Rahmen der Jagd zu beseitigen, was für den materiellen Artenschutz ein absurdes Ergebnis wäre.

Dass es zum Windenergieausbau in dem für eine Vollversorgung erforderlichen Umfang insgesamt¹¹² keine Alternative und damit keine „zufriedenstellende andere Lösung“ im Sinne des Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie¹¹³ gibt, liegt auf der Hand und ergibt sich auch zwingend aus den bereits definierten Ausbauzielen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie sowie den aktuellen Beschlüssen des „Green Deals“ der EU. Hier passt der Bezug auf die zur Erreichung der Ausbauziele planerisch ausgewiesenen Flächen perfekt, denn er determiniert nicht nur den quantitativen Bedarf, sondern auch das Erfordernis der Inanspruchnahme der konkreten Flächen, da diese unter Abwägung aller öffentlicher Belange als die konfliktärmsten - und damit auch im Sinne des Artenschutzes alternativlosen¹¹⁴ - Flächen ausgewählt wurden. Da derzeit allerdings die planerische Ausweisung von Flächen im für die Ausbauziele erforderlichen quantitativen Umfang noch nicht funktioniert (siehe hierzu unten Nr. 8), muss übergangsweise bis zur Etablierung einer umfassenden funktionierenden planerischen Bedarfssteuerung in Gebieten ohne planerische Ausweisungen auf den erforderlichen Flächenanteil Bezug genommen werden, der aus den Studien zu Ausbauszenarien abgeleitet wird; in diesem Fall sollte eine Rückausnahme für die hochrangigen Schutzgebiete vorgesehen werden (Natura2000, Naturschutzgebiete, Nationalparks). Die Bestimmtheits- und Kontrollanforderungen des Art. 9 Abs. 2 der Vogelschutzrichtlinie sind durch den Gegenstand der

Verordnung, d.h. den für die Vollversorgung benötigten Windenergieausbau und die von ihm ausgehenden typischen Auswirkungen, qualitativ und quantitativ definiert, eine Kontrolle, dass diese Begrenzungen nicht widerrechtlich oder unerkannt überschritten werden, ist offensichtlich durch die Genehmigungspflichtigkeit jeder Windenergieanlage und die tatsächliche Unmöglichkeit, „unerkannt“ eine ungenehmigte Windenergieanlage zu errichten, erfüllt. Die Ausnahme sollte sich grundsätzlich auf alle Vogelarten beziehen, da nur so eine Entlastung der Genehmigungs- und Planungsverfahren von aufwändigen Kartierungen, Artenschutzprüfungen und gerichtlichen Überprüfungen erzielt werden kann; für einzelne, extrem seltene Arten kann ggf. eine Rückausnahme vorgesehen werden. In der Begründung der Verordnung muss dargelegt werden, dass der gute Erhaltungszustand durch die gewährte Ausnahme nicht verschlechtert wird bzw. sich ein schlechter Erhaltungszustand nicht weiter verschlechtert. Dies kann für die nicht windenergiesensiblen Arten mit den bereits heute verwendeten Argumenten erfolgen: Ein Teil der Arten läuft auf Grund seines artspezifischen Verhaltens von vornherein keine Gefahr, von einer Windenergieanlage getötet oder gestört zu werden und ist hinsichtlich seiner Fortpflanzungs- und Ruhestätten sehr flexibel, so dass die Verbotstatbestände nicht verletzt sind und daher gar keine Ausnahme erforderlich ist. Für den anderen Teil der Arten begründet sich ihre Einstufung als „nicht windenergiesensibel“ bzw. „nicht planungsrelevant“ schon im heutigen Bewertungssystem mit ihrer großen Häufigkeit und dem Postulat, dass die betroffenen Arten auf Grund ihres stabilen Erhaltungszustandes potenzielle Beeinträchtigungen durch Windenergieanlagen ohne Weiteres verkraften können¹¹⁵ - dies entspricht gedanklich einer generalisierten, aber nicht als solcher deklarierten Ausnahme, so dass die verschiedentlich geäußerten Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit und der Europarechtskonformität einer generalisierten Ausnahme nicht nachvollziehbar sind bzw. im gleichen Maß für das aktuelle Bewertungsschema gelten müssten. Für die windenergiesensiblen Arten ist eine Analyse des Erhaltungszustands und seiner Entwicklung unter der gewährten Ausnahme vorzunehmen - beides lässt sich sehr viel besser im Rahmen einer einheitlichen, zentralen Bewertung vornehmen als unkoordiniert in jedem Einzelzulassungsverfahren¹¹⁶. Dabei ist herauszustellen, dass die generalisierte Ausnahme ganz überwiegend den Charakter einer überschießenden Ausnahme hat und nur in sehr wenigen Fällen tatsächlich ein Verbotstoß eintreten wird¹¹⁷, als Orientierungswert für eine fehlende Relevanz der geschätzten Verbotstoße könnte z.B. das für die gezielte Entnahme akzeptierte ORNIS-Kriterium¹¹⁸ von weniger als 1% der jährlichen Gesamtsterblichkeitsrate herangezogen werden. Zum Ausgleich dieser Beeinträchtigungen sowie darüber hinausgehend zur allgemeinen Unterstützung des guten Erhaltungszustandes wird ein Artenschutzprogramm¹¹⁹ und Monitoring in der Verordnung verankert, das mit einer analog zum Ersatzgeld konzipierten Artenschutzabgabe, die für die Errichtung von Windenergieanlagen zu leisten ist, finanziert wird (und ggf. zusätzlich mit Mitteln aus der landschaftsrechtlichen Ersatzgeldzahlung gespeist werden kann, siehe oben Nr. 5a). Die finanziellen Ressourcen, die derzeit in aufwändige Kartierungen und Artenschutzprüfungen der Einzelprojekte sowie in Vermeidungsmaßnahmen, die kaum positive Wirkungen auf den übergeordneten Erhaltungszustand haben, gesteckt werden, könnten also in die Artenschutzabgabe umgeleitet und so deutlich effektiver und flexibler, losgelöst von verwaltungsrechtlichen Zwängen für den materiellen Artenschutz eingesetzt werden. Die Gestaltung und Umsetzung des Monitorings und Artenschutzprogramms bietet Naturschutzverbänden die Möglichkeit, sich konstruktiv einzubringen und mitzuwirken, während sie derzeit auf die Nutzung des Klagerechts beschränkt sind.

Mit einer derart konzipierten Ausnahmeverordnung wird die Windenergie also nicht von ihrer Verantwortung freigestellt, sondern lediglich eine andere Form gewählt. Die Windenergie wird nicht „ungeprüft“ über den Artenschutz gestellt, sondern die Sachverhaltsermittlung, Bewertung, Entscheidung und das Maßnahmenprogramm werden lediglich von der Genehmigungsbehörde auf den Ordnungsgeber übertragen, was zur fachlichen Qualitätssicherung und Einheitlichkeit der Rechtsausübung führt. Gegenüber dem Regelungsansatz einer „TA Artenschutz“ benötigt die generalisierte Ausnahme nur einen geringen, auch kurzfristig umsetzbaren Regelungsaufwand und richtet den Fokus auf den fachlichen Artenschutz. Nur durch die generalisierte Ausnahme werden Planungs-, Genehmigungs- und Gerichtsverfah-

ren von umfangreichen, zeit- und kostenintensiven Prüfungen und Rechtsunsicherheiten entlastet, wohingegen für die Erteilung einer Ausnahme auf Grund einer Einzelprüfung im Genehmigungsverfahren der Prüfaufwand und die Rechtsunsicherheit nicht reduziert, sondern erhöht würde¹²⁰, da sowohl die normale Artenschutzprüfung als auch eine daran anschließende zusätzliche Ausnahmeprüfung durchzuführen wäre. Die artenschutzfachlich primär interessierenden populationsbezogenen Aspekte, die Beobachtung und Förderung des Erhaltungszustandes sowie kumulative, überregionale Effekte des Windenergieausbaus können unter dem derzeitigen BNatSchG rechtlich nur im Rahmen einer Ausnahme und fachlich deutlich besser durch eine zentralisierte Prüfung als durch Einzelprüfungen erfolgen. Die Entkoppelung¹²¹ von verwaltungsrechtlich nachgewiesenen Verbotsverstößen und fachlichen Artenschutzmaßnahmen erweitert die Maßnahmengestaltung sehr deutlich und ermöglicht so, mit dem gleichen Mitteleinsatz wirksamere Maßnahmen umzusetzen und diese einerseits flexibel außerhalb schwerfälliger verwaltungsrechtlicher Verfahren zu handhaben und andererseits dauerhaft, auch über den Bestand eines Windparks hinaus¹²² zu sichern. Ein Artenschutzprogramm „Windenergie“ ist zwar - das ist zu betonen - rechtlich nicht verpflichtet, Wirkungen anderer anthropogener Aktivitäten zu mindern, könnte jedoch durch die freie Gestaltung von Maßnahmen faktisch als Hebel genutzt werden, um dort Verbesserungen zu erzielen, wie z.B. durch Erdverkabelung von Stromtrassen oder Förderung ökologischen Landbaus. Darüber hinaus können die Mittel zur Pflege und Entwicklung von Natura2000 und anderen hochrangigen Schutzgebieten eingesetzt werden, die oftmals in einem schlechten oder verbesserungswürdigen Zustand sind, was einen schlechten Erhaltungszustand der dort lebenden Vogelarten nach sich zieht. Belässt man hingegen die Ausnahmeerteilung im Einzelgenehmigungsverfahren, wird ihre Erteilung ein sehr seltener Fall bleiben, da sie - wie bereits oben dargestellt - rechtlich und tatsächlich nur in sehr wenigen Fällen erforderlich ist. Eine Betrachtung und ein Monitoring populationsbezogener Wirkungen des Windenergieausbaus insgesamt würden also nicht stattfinden, ebenso könnte kein Artenschutzprogramm Windenergie gespeist werden und die Hebelwirkung für Maßnahmen zur Verbesserung des Erhaltungszustandes in Bezug auf andere anthropogene Beeinträchtigungen entfielen. Nur mit einer generalisierten Ausnahme lässt sich also der „win-win“-Effekt - Entlastung der Genehmigungs- und Planverfahren des Windenergieausbaus, Reduzierung von Gerichtsverfahren und gleichzeitig ein verbesserter materieller Artenschutz erzielen¹²³.

Die beiden Varianten „TA Artenschutz“ und „generalisierte Ausnahme“ erfordern ein Handeln des Gesetzgebers. Bleibt dies aus, verbleibt als dritte Option die Rückführung der Verwaltungspraxis auf den fachlichen und rechtlichen Rahmen des Störungs-, Beschädigungs- und Tötungsverbots¹²⁴ sowie die Entwicklung von technischen Vermeidungsmaßnahmen.

Für Fledermäuse existiert mit der über den ProBat-Algorithmus gesteuerten Abschaltung eine wirksame, rechtssichere¹²⁵ und in der Praxis leicht zu handhabende Vermeidungsmaßnahme mit begrenzten Energieertragsverlusten in Höhe von ca. 5%. Fledermausuntersuchungen sind also heute bereits regelmäßig nicht mehr erforderlich, wenn die sog. „worst case-Abschaltung“ vorn herein als Vermeidungsmaßnahme durch den Anlagenbetreiber vorgesehen wird¹²⁶. Die Wirksamkeit von Vermeidungsmaßnahmen für Vögel durch Ablenkung oder Umsiedelung ist hingegen umstritten, Langzeitabschaltungen in der Hellphase während der gesamten mehrmonatigen Anwesenheitszeit von schlaggefährdeten Vögeln sind unwirtschaftlich und machen das Projekt wegen der extrem hohen Energieertragsverluste sinnlos¹²⁷. Derzeit wird daher intensive Forschung und Entwicklung für radar- und kameragestützte Vogeldetektionssysteme betrieben¹²⁸, die sowohl den allgemeinen Erkenntnisstand über artspezifische Flugverhalten und eine eingehende, fallspezifische Raumnutzungsanalyse erbringen als auch gezielte, kurzzeitige Abschaltungen steuern sollen, wenn sich ein Vogel im Gefahrenbereich aufhält. Telemetriestudien haben bereits zuvor für den Uhu gezeigt, dass dieser überhaupt nur sehr selten und nur kurze Strecken fliegt und sich dann ganz überwiegend in Höhen von weniger als etwa 50 m bewegt¹²⁹. Bei Weihen und dem Turmfalken wurde in der PROGRESS-Studie ebenfalls eine überwiegende Flugaktivität in Höhen unterhalb des Rotorkreises beobachtet¹³⁰. Erste Ergebnisse aus den Testphasen der Vogeldetektionssysteme indizieren auch für den Rotmilan vorwiegend Flughöhen unterhalb von 80 m¹³¹ sowie allgemein die Fähigkeit diverser Vogelarten zum Ausweichen vor Wind-

energieanlagen¹³². Festigt sich dieser Wissensstand über das Flugverhalten spezifischer Arten, würde dies indizieren, dass für moderne Windenergieanlagen mit großem Freiraum zwischen Boden und unterem Rotorblattdurchgang kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt. Sind die Entwicklungsarbeiten von Vogeldetektionssystemen erfolgreich¹³³, kann ein Tötungsrisiko entweder auf Grund der einzelfallspezifischen Raumnutzungsanalyse ausgeschlossen werden oder aber das Abschaltssystem als wirksame Vermeidungsmaßnahme eingesetzt werden. Damit wird sich der Kreis der windenergiesensiblen Vogelarten verkleinern und für die als windenergiesensibel verbleibenden Vogelarten stände wie bei den Fledermäusen eine einfache und rechtssichere Abarbeitung des Tötungsverbots zur Verfügung. Maßnahmen zur Förderung des Erhaltungszustandes, wie sie bei der Variante „generalisierte Ausnahme“ in besondere Maß stättfände, werden dann allerdings aus dem Bereich der Windenergie nicht mehr generiert, selbst die auf bessere Nahrungsverfügbarkeit und Bereitstellung von Brutplätzen zielenden und damit auch teilweise populationswirksamen Vermeidungsmaßnahmen würden nicht mehr umgesetzt, da sie nicht mehr erforderlich sind. Bedingt durch die mit den Abschaltzeiten für Vögel und Fledermäuse verbundenen Stromertragsverluste steigt die Zahl der für die Erzeugung des für eine Vollversorgung mit Erneuerbarer Energie benötigten Windstroms erforderlichen Anlagen und somit die Zahl der in Anspruch genommenen Standorte. Abschaltzeiten fokussieren also - eng an der rechtlichen Vorgabe, rechtssicher und praktikabel - ausschließlich auf eine Reduzierung des individuellen (begrenzten, sich nur selten realisierenden) Tötungsrisikos, bringen dementsprechend aber keine materiellen Verbesserungen für den Erhaltungszustand der Population und sind mit der indirekt negativen - aber nach der bestehenden Rechtslage nicht zu kritisierenden - Wirkung einer höheren Anlagenzahl verbunden.

Die von allen Akteuren erwünschte zentrale Sammlung und Erschließung von Projektkartierungsdaten bietet zwar keine unmittelbare Hilfestellung für Genehmigungsverfahren, kann jedoch die Entwicklungen von Beständen störungsempfindlicher Arten in Windparks nachvollziehbar machen und somit die Basis für eine Neubewertung von Meidungs- und Verdrängungseffekten bilden. So zeigen Kartierungen im Rahmen von Erweiterungen oder Repowering von Windparks und Langzeitstudien¹³⁴ nicht selten ein stabiles Vorkommen bisher als meidend oder störungsempfindlich eingestufte Arten. Betriebsbedingte Verletzungen des Verbots der Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten sind bei Beachtung des rechtlichen Rahmens, nach dem nur die unmittelbare physische Einwirkung auf besetzte Fortpflanzungs- und Ruhestätten, nicht jedoch auf Nester, die jede Saison an anderer Stelle neu gebaut werden oder landwirtschaftliche Flächen, auf denen Nester angelegt werden können, relevante Handlungen sind¹³⁵, nicht zu befürchten. Ebenso ist das Störungsverbot nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht bereits mit Eintritt einer Störung verletzt, sondern nur dann, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population verschlechtert. Beide Verbote sind zudem nur dann verletzt, wenn keine Ausweichmöglichkeiten im Umfeld bestehen¹³⁶. Sollten diese hohen Schwellen im Einzelfall tatsächlich erreicht sein, muss als Ausgleich nur eine gleichwertige, aber keine höherwertige Lebensraumfunktion gesichert werden, d.h. für den Verlust einer landwirtschaftlichen Nutzfläche als Lebensraum muss auch nur eine solche zur Verfügung gestellt werden. Hier wird also deutlich, dass die Verbotstatbestände nur einen rudimentären Schutz vor schwerwiegenden Beeinträchtigungen bieten. Bei Beachtung des rechtlichen Rahmens und Einbeziehen des in den vergangenen 20 Jahren gewonnenen Erfahrungswissens, wird sich also wahrscheinlich auch in Bezug auf das Störungs- und Beschädigungsverbot der Katalog windenergiesensibler Arten verkleinern und zukünftig deutlich seltener Verbotsverstöße festgestellt werden, infolgedessen dann deutlich weniger oft als heute die für die lokale Population wertvollen Maßnahmen in Form von optimal gestalteten Habitaten umgesetzt werden.¹³⁷

Diese Lösungsvariante ist also insgesamt charakterisiert durch eine strikte, nüchterne Rückführung der Verwaltungspraxis auf das rechtlich gegebene Maß unter Einbeziehung neuer fachlicher Erkenntnisse und technischer Systeme. Die Rechtssicherheit und -konformität wird erhöht, der Aufwand für Genehmigungs- und Planverfahren reduziert, die kumulative und populationsbezogene Perspektive kommt durch den gesicherten Ausschluss der Beeinträchtigung von Individuen nicht zum Zug. Materiell gesehen verliert der Artenschutz bei dieser

Lösung jedoch die Chance, projektbezogene Maßnahmen zur Verbesserung von Habitaten und Nahrungsverfügbarkeit oder Maßnahmen zur Förderung des Erhaltungszustandes der Population im Zuge eines Artenschutzprogramms einer generalisierten Ausnahmeverordnung aus dem Windenergieausbau zu generieren.

6. Verkehrsrecht

a) Straßen

Standorte in der Nähe von Autobahnen, Bundes- und Landesstraßen besitzen sowohl in der Bevölkerung als auch bei den Gemeinden auf Grund der bestehenden Vorbelastung und der daraus resultierenden eingeschränkten Verwendbarkeit für andere Nutzungsarten eine hohe Akzeptanz für die Errichtung von Windenergieanlagen. Dieser Bereich sollte daher zur Förderung des Windenergieausbaus sowie zur Schonung unvorbelasteter Standorte im öffentlichen Interesse generell freigegeben werden. In der Verwaltungspraxis verweigern die zuständigen Straßenbaubehörden allerdings derzeit pauschal ihre Zustimmung zu Windenergieanlagen in den Anbaubeschränkungsbereichen an Straßen mit einer allgemeinen, nicht konkret einzelfallspezifisch begründeten Gefahrenbesorgnis. Die Rechtsprechung hat diese Praxis bereits als rechtswidrig deklariert und sieht grundsätzlich keine unzulässige Gefahrenlage durch die Errichtung von Windenergieanlagen in den Anbaubeschränkungsbereichen¹³⁸. Die Genehmigungsbehörden dürfen eine versagte Zustimmung der Straßenbaubehörde allerdings nicht ersetzen - auch wenn sie offensichtlich rechtswidrig versagt wurde¹³⁹. Eine gesetzliche Regelung in § 9 Abs. 3 FStrG und den entsprechenden Regelungen in den Straßen- und Wegegesetzen der Länder (z.B. § 25 StrWG NRW), dass für das Hineinragen des Rotors von Windenergieanlagen in den zustimmungspflichtigen Bereich an Straßen eine Zustimmung zu erteilen ist oder von vornherein keine Zustimmungspflicht besteht, würde die verfestigte Situation lösen und das Flächenpotenzial nutzbar machen. Anstatt der gesetzlichen Regelung könnte alternativ auch eine inhaltsgleiche verwaltungsinterne Anweisung der Bundes- und Landesministerien an ihre jeweiligen nachgeordneten Straßenbaubehörden erfolgen.

b) Luftverkehr

Die Einbindung der Aspekte der Bauschutzbereiche um Flughäfen und Landeplätze (§§ 12, 17 LuftVG) sowie der Luftfahrthindernisse außerhalb dieser Räume (§ 14 LuftVG) in das Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen ist ebenfalls in Form von bindenden verwaltungsinternen Zustimmungen geregelt. Hierbei ergeben sich einerseits zeitliche Verzögerungen, indem die vorgesehen Prüffristen durch die Luftfahrtbehörden z.T. sehr deutlich überzogen werden und zur Vermeidung des Eintritts der Zustimmungsfiktion die Zustimmung - rechtswidrig - versagt wird. Die langen Laufzeiten liegen allerdings weniger in der Verantwortung der Luftfahrtbehörden, sondern vielmehr in der Einholung der Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation. Die Beurteilung von Luftfahrthindernissen außerhalb von Bauschutzbereichen erfordert regelmäßig keine aufwändigen Prüfungen, so dass kein Erfordernis einer Verlängerung der gesetzlich vorgesehenen Zweimonatsfrist besteht. Da hier in der Regel auch keine besondere Gefahrenlage besteht, sondern lediglich Regelungen zur Hinderniskennzeichnung getroffen werden, kann den Genehmigungsbehörden in § 14 Abs. 1 LuftVG das Ersetzen einer lediglich zur Vermeidung des Eintritts der Zustimmungsfiktion versagten Zustimmung gewährt werden, um eine zügige Verfahrensführung zu gewährleisten.

Die Regelung des Anlagenschutzes in § 18a Abs. 1 und 1a LuftVG ist derzeit unübersichtlich und unbestimmt formuliert. Die Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse, der Ablauf und die Rechtswirkung der luftverkehrsrechtlichen Stellungnahme in anderen Zulassungsverfahren sowie die Regelung für den Fall, dass kein Zulassungserfordernis nach anderen Rechtsbereichen besteht, sind nicht klar und somit Gegenstand umstrittener Auslegungen. Die derzeitige Formulierung erweckt den Eindruck, dass das Votum der Luftfahrtbehörde, die

auf einer gutachterlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation basiert, die Tatbestandsdefinition des Begriffs „Störung“ darstellt¹⁴⁰, so dass die Frage, ob eine Störung vorliegt weder durch die Genehmigungsbehörde noch durch die Gerichte wirksam überprüft und anders beurteilt werden könnte, was rechtsstaatlich bedenklich ist. § 18a Abs. 1 und 1a LuftVG sollte daher regelungstechnisch an das System der Errichtung von Luftfahrthindernissen der §§ 12, 14, 17 LuftVG angepasst und somit ein einheitliches Regelungsregime, sowohl hinsichtlich des formalen Verfahrensablaufs als auch hinsichtlich der materiellen Maßstäbe über die Zulässigkeit der Bauvorhaben, etabliert werden. Durch die Regelung über eine bindende verwaltungsinterne Zustimmung wird der Bewertung der Luftfahrtbehörde weiterhin im Verwaltungsverfahren ein besonders Gewicht zugeordnet, aber zugleich die vollumfängliche gerichtliche Kontrolle eröffnet. Auf diese Weise wird sowohl der besonderen Qualifikation der Luftfahrtbehörde als auch dem Rechtsschutzbedürfnis der Windenergieanlagenbetreiber Rechnung getragen. Aus den Erkenntnissen des in den vergangenen Jahren durchgeführten WERAN-Forschungsprojektes ist nun ein Prognoseverfahren zur Bewertung der Störwirkung von Windenergieanlagen auf Flugsicherungsanlagen entwickelt worden,¹⁴¹ das derzeit (im Juni 2020) in die Genehmigungspraxis implementiert wird¹⁴². Dieses Verfahren sollte zur Konkretisierung der materiellen Beurteilung nach § 18a LuftVG in einer Verordnung nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 LuftVG verbindlich und transparent determiniert werden.

In der Diskussion um Anlagenschutzbereiche wird verbreitet ausgesagt, dass eine Vielzahl blockierter Projekte durch eine moderne, technisch sachgerechte Beurteilung der Störwirkung unmittelbar „freigegeben“ werden könne. In diesem Zusammenhang muss man sich jedoch bewusst machen, dass die betroffenen Projekte nach Klärung des Konfliktes mit den Flugsicherungsanlagen an anderen Aspekten wie z.B. der optisch bedrängenden Wirkung oder dem Arten- und Landschaftsschutz scheitern können. Der Verweis auf die Flächenpotenziale in Anlagenschutzbereichen rechtfertigt also nicht, die Arbeit an den anderen Konfliktbereichen des Windenergieausbaus einstellen zu können; im Gegenteil wird deutlich, dass ein umfassender, alle Aspekte einbeziehender Rechtsrahmen für den Windenergieausbau erforderlich ist.

c) Korrektiv für rechtswidrig versagte Zustimmungen

In der Verwaltungspraxis hat sich erwiesen, dass das Instrument der verwaltungsinternen Zustimmung eines Korrektivs bedarf, das in einigen Rechtsbereichen wie z.B. dem gemeindlichen Einvernehmen durch eine Ersetzensbefugnis der Genehmigungsbehörde realisiert ist¹⁴³. Im Bereich des Luftverkehrsrechts und des Straßenrechts fehlt eine derartige Ersetzensbefugnis, weil man der Zustimmungsbehörde eine besondere Fachkompetenz zuordnet¹⁴⁴. Da eine Ersetzensbefugnis in Bezug auf die sehr spezielle luftverkehrsrechtliche Materie, die ggf. mit Gefahren für die Öffentlichkeit verbunden ist, in aller Regel durch die Genehmigungsbehörde nicht ausgeübt werden kann und wird, wäre eine solche Befugnis in diesem Bereich kein wirksames Korrektiv. Hat die Genehmigungsbehörde aber keine Ersetzensbefugnis, ist es in Folge dessen weder sachgerecht, noch unter verantwortungs- und haftungsrechtlichen Aspekten angemessen, sie als Beklagte einzusetzen, wie es aber derzeitige Rechtslage ist¹⁴⁵. In § 44a VwGO sollte daher geregelt werden, dass Rechtsbehelfe gegen die Versagung verwaltungsinterner Zustimmungen, die für die für die Sachentscheidung zuständige Behörde Bindungswirkung ohne Ersetzensbefugnis entfalten, unmittelbar gegen die Versagung und damit gegen die die Versagung aussprechende Behörde zu richten sind. Damit kann auch im Luftverkehrsrecht, wo sich eine Ersetzensbefugnis als ungeeignetes Korrektiv für ein rechtswidriges Handeln der Zustimmungsbehörde zeigt, ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet werden und indirekt auf eine sachlich und rechtlich transparente und begründete, in den vorgesehenen Fristen abgegebene Stellungnahme der Luftfahrtbehörden hingewirkt werden. Zugleich kann das Klageverfahren hinsichtlich des Aufwandes der öffentlichen Verwaltung minimiert werden, da die Genehmigungsbehörde sowieso keinen nennenswerten Beitrag zum Streitstoff leisten kann. Im Genehmigungsverfahren kann die kritische luftverkehrsrechtliche Stellungnahme unmittelbar zu Verfahrensbeginn vorgezogen werden, das Genehmigungsverfahren während des skizzierten Klageverfahrens gegen die Luftfahrtbehörde ruhend gestellt und bei Klageerfolg analog zum sog. „steckenge-

bliebenen Genehmigungsverfahren“ fortgeführt werden. Durch die direkte Klageadressierung an die Luftfahrtbehörde erledigt sich zudem die rechtlich umstrittene Frage der Beiladungsfähigkeit und -pflichtigkeit der Luftfahrtbehörde nach dem Rechtsträgerprinzip in länderspezifisch unterschiedlichen Zuständigkeitskonstellationen und wird die potenzielle Schadensersatzhaftung der tatsächlich in der Verantwortung stehenden Behörde zugeordnet. Sofern keine gesetzliche Verpflichtung zur Erteilung von straßenrechtlichen Zustimmungen im Anbaubeschränkungsbereich etabliert wird (siehe Nr. 6a), sollte auch ein diesbezügliches analoges Korrektiv in § 44a VwGO aufgenommen werden.

7. Klagerechte

Windenergieanlagen sind die am häufigsten und intensivsten beklagte Anlagenart der 4. BImSchV. Im Zuge der Forderung nach Abbau von Ausbauhemmnissen wird immer wieder eine Einschränkung der Klagerechte gefordert. Dies ist jedoch rechtsstaatlich nicht möglich und mit europäischem Recht unvereinbar, insbesondere was das Verbandsklagerecht betrifft. Unabhängig davon würde eine Beschränkung der Klagerechte - berechtigterweise - zum Verlust der Akzeptanz in dem breiten Teil der Bevölkerung führen, der der Windenergie positiv gegenüber steht. Denn aus der langjährigen Erfahrung der Verwaltungspraxis ist bekannt, dass es für die Anwohner von Windenergieanlagen, die grundsätzlich keine Probleme mit Windenergieanlagen in ihrer Nachbarschaft erwarten, wichtig ist zu wissen und zu erleben, dass sowohl die Behörden als auch die Gerichte präsent sind und „helfen“, sofern es im Einzelfall doch zu Problemen kommen sollte. Die große Vielzahl der Streitverfahren wird allerdings von dem Teil der Bevölkerung geführt, der der Windenergie grundsätzlich kritisch gegenüber steht, und dem Teil der Nachbarn, die gerade so weit von der Anlage entfernt wohnen, dass sie nicht mehr zu denjenigen gehören, die die verbreiteten, freiwillig von den Anlagenbetreibern geleisteten Geldzahlungen an Anwohner erhalten. Dies zeigt, dass weder ein wie auch immer gestaltetes „Windbürgergeld“ noch eine Mindestabstandsregelung die Zahl der Klageverfahren reduzieren wird, da es auch dann immer Anwohner gibt, die gerade nicht mehr zum Kreis der Begünstigten gehören. In den Klageverfahren wird den beiden genannten Motivationen entsprechend kaum mit Aspekten des Einzelfalls argumentiert, vielmehr wird eine grundsätzliche Fehlbewertung der Auswirkungen der Windenergie durch den Gesetzgeber postuliert, ein höherer Schutzstandard und Abweichungen vom geltenden Recht eingefordert (z.B. strengere Immissionsrichtwerte, Neubewertung des Infraschalls, Einhaltung großer pauschaler Mindestabstände, Berücksichtigung von Wertminderungen von Immobilien usw.). Die schiere Vielzahl der Verfahren zehrt in nicht unerheblichem Maße öffentliche Ressourcen bei Behörden und Gerichten, die nicht nur finanzieller Art sind, sondern bei Behörden auch Personalkapazitäten von der Erfüllung anderer Aufgaben, insbesondere der Anlagenüberwachung, abzieht. Gesucht ist also ein Lösungsansatz, der sowohl das Rechtsschutzbedürfnis der Menschen, die sich durch den Gesetzgeber nicht ausreichend vor den Auswirkungen von Windenergieanlagen geschützt fühlen, befriedigt, als auch dem Erfordernis der Schonung öffentlicher Ressourcen Rechnung trägt. Die Auseinandersetzung über die v.g. Grundsatzfragen bleibt bei der Bearbeitung auf der unteren Gerichtsebene mit den begrenzten Zeitkapazitäten, die wegen der hohen Fallzahlen für das Einzelverfahren verfügbar sind, an der Oberfläche - dies trifft auch auf die Klägerseite zu, da auch der einzelne Kläger mit seinen begrenzten Mitteln kaum eine große fachliche und rechtliche Eindringtiefe erreicht. Die aufgeworfenen Themen betreffen die grundrechtsrelevante Frage, ob der Gesetzgeber einen ausreichenden Schutz gewährleistet, zu deren Klärung sich die Verwaltungsgerichte eher nicht berufen fühlen, aber das Bundesverfassungsgericht und auch das Bundesverwaltungsgericht für die Kläger kaum zu erreichen ist. Hier besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen zahlenmäßig wenigen konventionellen Kraftwerken und großen Infrastrukturprojekten wie Autobahnen und Stromtrassen und der Vielzahl an Windenergieanlagen: Während die zahlenmäßig wenigen Großprojekte regelmäßig vertieft und umfassend auf der ober- und höchstrichterlichen Ebene geprüft werden, verbleiben die jeweils für sich genommen kleinen Projekte der Windenergie überwiegend auf der unteren Ebene. Eine schlichte Zuständigkeitsverlagerung der Vielzahl der Windenergieverfahren auf die oberen

Gerichtsebenen¹⁴⁶ ist allerdings keine sachgerechte Lösung, da die Kapazitäten der oberen Gerichtsebenen hierzu nicht ausgelegt sind und auch nicht die angestrebte Effizienzsteigerung erreicht würde. Es ist daher vielmehr zu überlegen, ob eine neuartige Klagemöglichkeit geschaffen werden kann, die es ermöglicht, in Form einer Sammel- oder Musterfeststellungsklage¹⁴⁷ losgelöst von den konkreten Einzelfällen Kritikpunkte am bestehenden gesetzlichen Schutz vor den Auswirkungen von Windenergieanlagen bzw. für Umweltverbände auch in Bezug auf den allgemeinen Umweltschutz direkt vor das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesverfassungsgericht zu tragen. Im Gegenzug könnten dann diese Grundsatzfragen aus den alltäglichen, einzelfallbezogenen Klageverfahren vor den Verwaltungsgerichten ausgeklammert werden. Die Vielzahl gleichartiger, nicht einzelfallbezogener Klagen auf der unpassenden unteren Gerichtsebene könnte so auf einzelne höchstrichterliche Verfahren umgelenkt, dabei die Ressourcen aller Beteiligten konzentriert und eine intensive, qualitativ hochwertige Befassung mit hoher Eindringtiefe in Bezug auf Grundsatzfragen realisiert werden - und schlussendlich eine bessere Befriedigung des Rechtsschutzbedürfnisses und des Wunsches nach Gehör erzielen, auch wenn die Schwelle für ein gerichtliches Abweichen von den gesetzlichen Standards¹⁴⁸ hoch liegt. Eine solche echte Verkürzung des Instanzenweges gezielt und ausschließlich für Grundsatzfragen liegt nicht nur im Interesse von Anwohnern und Umweltverbänden, sondern auch im Interesse von Behörden und Anlagenbetreibern, da im derzeitigen System oft jahre- oder jahrzehntelang auf höchstrichterliche Entscheidungen zu wichtigen Fragen gewartet werden muss und ungeklärte Grundsatzfragen ein wesentliches Problem alle Beteiligten in der Genehmigungspraxis darstellen.

8. Planungsrechtliche Steuerung

In der baurechtlichen Gesetzgebung wird die Philosophie verfolgt, im BauGB nur allgemeine Grundsätze zu regeln und die Konkretisierung und Detailanforderungen der Ausformung durch die Gesetzgebung zu überlassen. Dementsprechend hat es der Gesetzgeber auch in einem derart wichtigen Bereich wie der Planung von Flächen für die Windenergie bis heute unterlassen, einen der Bedeutung und Komplexität angemessenen, detaillierten, gut zu handhabenden Regelungskodex zu schaffen. Die durch die Rechtsprechung erfolgte Ausformung der Methodik der Konzentrationszonenausweisung ist zwar grundsätzlich geeignet, dem Abwägungsgebot strukturiert und nachvollziehbar Rechnung zu tragen und gesamtgesellschaftliche, überörtliche Interessen zu wahren. Rechtsausformungen durch die Rechtsprechung ist allerdings immanent, dass sie nach und nach, über einen langen Zeitraum gestreckt, bruchstückhaft als Antworten zu Einzelfragen und Einzelfällen erfolgen und somit unweigerlich nicht in dem Maße konsistent aus einem Guss sein können, wie es ein gesetzliches Regelungskonzept sein könnte. Das Ausmaß an Divergenz zwischen den Gerichten und die zeitliche Varianz und Widersprüchlichkeit der Entscheidungen eines Gerichts über dieselbe Fragestellung lässt inzwischen jedoch selbst bei weitgehender Zurückhaltung der politischen Willensbildung und Einsatz eines qualifizierten Planungsbüros und Rechtsbeistandes die Chance auf das Bestehen einer gerichtlichen Überprüfung kaum mehr realistisch erscheinen. Der Überblick über die Vielzahl der Einzelentscheidungen ist vielfach verloren gegangen und die Entscheidungen zu Einzelfragen lassen sich in der Praxis nicht mehr zu einem schlüssigen Plankonzept, das alle Anforderungen zugleich integriert, zusammenfügen. Dies ist nun an Hand der Entscheidungslage des OVG Münster zum Umgang mit Landschaftsschutzgebieten plakativ deutlich geworden: Während die Bausenate in ständiger, sehr deutlicher Rechtsprechung von den Gemeinden fordern, sich nicht an die negative Stellungnahme der Naturschutzbehörde gebunden zu fühlen und nicht nur abweichend davon Flächen für die Windenergie ausweisen zu dürfen, sondern sogar zu müssen, erlaubt der Immissionsschutzsenat eine Flächenausweisung in Landschaftsschutzgebieten nur im Einvernehmen mit der Naturschutzbehörde (siehe auch oben unter Nr. 5b). In Nordrhein-Westfalen daher nun keine rechtssichere Konzentrationszonenplanung mehr möglich ist, da offensichtlich nicht beide Anforderungen zugleich erfüllt werden können und ein Flächennutzungsplan potenziell sowohl durch die Bausenate als auch den Immissionsschutzsenat überprüft wird. Ein Handeln des Gesetzgebers ist daher nun definitiv unerlässlich. Die Entschiedenheit, der

Umfang und Detaillierungsgrad des gesetzgeberischen Eingriffs, der zur Überwindung der etablierten Rechtsprechung erforderlich ist, wird in der diesbezüglichen Diskussion allerdings unterschätzt¹⁴⁹; nur mit wenigen allgemeinen grundsatzartigen Einfügungen wird sich keine Veränderung der Rechtsprechung erreichen lassen. Allein die gesetzgeberische Feststellung, dass dem Planungsträger kein bestimmtes methodisches Konzept vorgegeben werden darf, eröffnet lediglich die Möglichkeit alternativer Planungsmethoden, verlagert ihre Entwicklung aber auf die Planungsträger und den Gutbefund und damit die abschließende Definition der Anforderungen wiederum auf die Gerichte. Eine wirksame gesetzliche Regelung wird also nicht umhin kommen, zumindest in einem gewissen Maß Konkretisierungen vorzunehmen, die selbstverständlich die allgemeinen rechtsstaatlichen und planungsrechtlichen Anforderungen müssen, d.h. insbesondere eine sachgerechte städtebauliche Abwägung und Begründung und die hierzu erforderlichen Sachverhaltsermittlungen und Beteiligungsverfahren. Die gesetzliche Regelung kann daher pragmatischerweise auf der von der Rechtsprechung entwickelten Methodik aufbauen, muss jedoch mit klaren flankierenden Regelungen die Variationsbreite der Rechtsprechung beschränken und explizit die wesentlichen problematischen Aspekte und inneren Widersprüche ausräumen, um zu einer Vereinfachung und Vereinheitlichung sowie Rechtssicherheit zu gelangen und überhaupt wieder echte planerische Gestaltung zu ermöglichen.

Im Gesetzestext ist also zunächst das grundlegende mehrschrittige Konzept über die pauschalierte Ausscheidung von harten und weichen Tabuzonen, die Abwägung der danach verbleibenden Potenzialflächen und die Prüfung auf substanziellen Raum mit ggf. folgender Überprüfung und Einschränkung der weichen Tabuzonen und der erneuten Abwägung der Potenzialflächen zu skizzieren¹⁵⁰. Im Anschluss daran muss dann für die in der Rechtsprechung umstrittenen oder unklaren Einstufungen sehr flächenrelevanter Kriterien Klarheit durch den Gesetzgeber geschaffen werden. So sollte festgelegt werden, dass die hochrangigen naturschutzrechtlichen Schutzgebiete (Natura2000, Naturschutzgebiete und Nationalparks) pauschalierend als harte Tabuzonen anzusetzen sind. Umgekehrt klärt in Bezug auf die geringwertigste, aber sehr flächenrelevante Schutzgebietskategorie der Landschaftsschutzgebiete eine Vorrangregelung der Bauleitplanung¹⁵¹ das bisher umstrittene Rechtsverhältnis¹⁵² und eröffnet der Gemeinde größere Planungsspielräume und eine echte Gesamt abwägung aller öffentlicher Interessen untereinander (und in Nordrhein-Westfalen auf Grund der aufgezeigten gegensätzlichen Rechtsprechung des OVG Münster überhaupt erst wieder die Möglichkeit einer Konzentrationszonenplanung). Dies ist vielen Gemeinden mit großer Flächendeckung von Landschaftsschutzgebieten heute nicht möglich, da sie nur die Flächen aufgreifen können, die die Naturschutzbehörde ihnen freigibt, so dass der Belang des Landschaftsschutzes sämtliche anderen öffentlichen Belange aussticht; mitunter muss sogar auf Planung und somit auf Steuerung verzichtet werden, wenn kein substanzieller Raum verbleibt. Diese Dominanz des Landschaftsschutzes reduziert vielerorts die Akzeptanz für die Windenergie, da die fehlende Möglichkeit der Gemeinde, andere öffentliche Belange angemessen im Verhältnis zum Landschaftsschutz zu gewichten bzw. überhaupt ihre Steuerungskompetenz wahrnehmen zu können, in den örtlichen Diskussionen vielfach fälschlicherweise der Windenergie angelastet wird. In Regionen mit geringem Flächenanteil an Landschaftsschutzgebieten, was eine Beschränkung des Schutzausweisung auf hochwertige Flächen indiziert, kann die Gemeinde diese Tatsache weiterhin im Rahmen ihrer Abwägung entsprechend berücksichtigen und Landschaftsschutzgebiete als Differenzierungskriterium für die Flächenauswahl heranziehen.

In ähnlicher Weise sollte den Gemeinden eine echte Abwägungsentscheidung in Bezug auf die optisch bedrängende Wirkung als originär bauplanungsrechtlichem Belang eingeräumt werden. Derzeit besteht zwar keine realistische Genehmigungsfähigkeit bei Abständen von weniger als dem Zweifachen der Anlagenhöhe (siehe oben Nr. 4b), allerdings muss die Gemeinde diesen Abstand trotzdem wegen des grundsätzlichen Charakters einer wertenden Einzelfallprüfung als weiches Tabukriterium ansetzen¹⁵³, obwohl sie selbst diese Wertung nicht vornehmen darf. Mit einer gesetzlich gewährten echten Abwägungsmöglichkeit dürfte die Gemeinde den Belang der optisch bedrängenden Wirkung abschließend abwägen, so

dass er dann auf der Ebene der Anlagengenehmigung nicht mehr als Genehmigungshindernis aktiviert werden darf¹⁵⁴. Wählt die Gemeinde einen begrenzten Abstand in der oben unter Nr. 4b) skizzierten Größenordnung, soll sie diesen als harte Tabuzone ansetzen dürfen. In Bezug auf die für die Einhaltung der Schallimmissionsrichtwerte erforderlichen Abstände scheint die Rechtsprechung noch orientierungslos, was primär aus verbreiteten Irrtümern über die Höhe der Schallemission moderner Windenergieanlagen und die Schallausbreitung resultiert¹⁵⁵. Nachdem zunächst der Immissionsschutz als „ungeeignet“ für die Bestimmung eines harten Tabus angesehen wurde¹⁵⁶, wurde der Ansatz allein eines weichen Tabuabstandes als „vorsorgender Immissionsschutz“ akzeptiert¹⁵⁷, nun allerdings in der jüngsten Rechtsprechung eine Verpflichtung zur Differenzierung des Immissionsschutzabstandes in einen harten und einen weichen Teil gefordert¹⁵⁸. Einen harten immissionsschutzrechtlichen Tabuabstand im eigentlichen Sinn gibt es allerdings gar nicht, da die Tagesimmissionsrichtwerte der TA Lärm bereits unmittelbar unter der Windenergieanlage eingehalten werden und nur ihre Überschreitung zu einer rechtlichen Unzulässigkeit der Windenergieanlage führt. Vorsorgender Immissionsschutz in Bezug auf den Nachtrichtwert kann wie oben unter Nr. 3 erläutert bei Windenergieanlagen kaum sinnvoll durch Abstandsvergrößerung betrieben werden. Vergrößerte Abstände erlauben lediglich einen weniger stark schallreduzierten Betrieb und/oder eine größere Zahl an Anlagen (was durchaus als städtebaulicher Belang angesehen werden kann) bzw. darüber hinaus die Installation schalltechnisch geringwertigerer Anlagen. Da die Schallemission von Windenergieanlagen von der Größen- und Leistungssteigerung entkoppelt ist und sich seit vielen Jahren in einem gleichbleibenden Bereich bewegt, ist es unproblematisch möglich, eine einheitliche Konvention für einen städtebaulich begründeten harten Immissionsschutzabstand zu definieren: Nimmt man entsprechend dem BVerwG eine einzelne Windenergieanlage als Maßstab¹⁵⁹ und wählt den niedrigsten Pegel, den man mit modernen Anlagen im schallreduzierten Betriebsmodus erreicht, beläuft sich der Abstand, der zur Einhaltung der Nachtimmissionsrichtwerte erforderlich ist, für den Außenbereich auf rund 60 m und für ein allgemeines bzw. reines Wohngebiet auf rund 200 m bzw. 400 m.

Die Flächenkategorien, die in der neuen gesetzlichen Regelung nicht als harte Tabuzonen deklariert sind und die nur in geringem Maße flächenrelevant sind (z.B. Straßen, Leitungen, Richtfunkstrecken, Hecken, kleinräumige geschützte Biotope und Landschaftsbestandteile), braucht die Gemeinde nicht auszuschließen¹⁶⁰. Dies unterstützt nicht nur die Rechtssicherheit, da es unmöglich ist, jeden Aspekt, der ggf. die Nutzung einer Teilfläche faktisch oder rechtlich hindert, auf der Maßstabebene der Flächennutzungsplanung zu erfassen, sondern auch die effiziente Flächennutzung, da kleinräumige Restriktionen jede größere zusammenhängende Fläche formal in Kleinteile zerschneiden würden, obwohl sie auf Grund der Abstände der Windenergieanlagen untereinander problemlos in einen Windpark integriert werden können. Schließlich wäre zu regeln, dass Flächen, die sich bei der Einzelfallprüfung der Potenzialflächen als rechtlich oder tatsächlich nicht nutzbar für die Windenergie erweisen, ebenfalls in der rechnerischen Flächenbilanz den harten Tabuzonen zuzurechnen sind, da der Ausschluss dieser Flächen nicht dem planerischen Willen der Gemeinde entspringt.

Mit einem weiteren Regelungsblock soll die effiziente Ausnutzung der ausgewiesenen Zonen sowie die Erschließung neuartiger Flächenpotenziale angereizt und die Ausweisung weiterer Flächen in Ergänzung zu einer bestehenden Konzentrationszonenplanung vereinfacht werden, um der Gemeinde größere Planungsspielräume zu eröffnen. So kann der Gemeinde die Möglichkeit eingeräumt werden, in ihrer Planung zu definieren, dass der Rotorkreis über die Zonengrenze hinausragen darf (vgl. oben Nr. 4a), wobei sie sich dann den dadurch gewonnenen Raum auf ihre Flächenbilanz anrechnen darf. Die ergänzende Ausweisung zusätzlicher Flächen soll durch einfache Positivausweisung mittels Flächennutzungs- oder Bebauungsplänen zulässig sein - der aktuelle § 249 Abs. 1 BauGB regelt dies leider alles andere als klar¹⁶¹. Die Möglichkeit einer Positivausweisung gilt auch in den o.g. Bereichen, die nach der neuen Regelung vereinfachend als harte Tabuzonen angesetzt werden dürfen, wenn diese Flächen nach näherer Prüfung für Windenergieanlagen geeignet sind. Ebenso kann die Gemeinde bereits nach heutigem Recht Flächen für die Windenergie auch im Innenbe-

reich oder in Sondergebieten wie z.B. Kläranlagen, Abfallentsorgungsbetrieben, Deponien, großflächige Industriegebieten oder Industriebrachen o.ä. durch Bebauungsplan ausweisen, wodurch dieses bisher ungenutzte Flächenpotenzial erschlossen und der Freiraum geschont werden kann (vgl. oben Nr. 4a). Ohne Weiteres ist auch eine Positivausweisung durch Bebauungsplan in den Bereichen möglich, die durch eine länderspezifische Entprivilegierungsregelung nach § 249 Abs. 3 BauGB oder mit einem eventuellen bundesrechtlichen im Zusammenhang mit der Privilegierungstatbestand neu eingeführten Mindestabstand belegt werden. Sämtliche dieser Positivausweisungen soll sich die Gemeinde nach der neu gestalteten planungsrechtlichen Regelung auf ihre Flächenbilanz und in der Prüfung auf substanziellen Raum anrechnen dürfen, womit ein Anreiz zur Ausweisung gesetzt werden kann. All diese Regelungen führen zu einer deutlichen Verbesserung des zahlenmäßigen Verhältnisses der ausgewiesenen Zonen zur Fläche nach Abzug der harten Tabuzonen. In diesem Zusammenhang kann auch geregelt werden, dass ein bestimmter Wert dieses Verhältnisses zwar das Erfordernis begründet, die Wahl der weichen Tabuzonen und die Abwägung der Potenzialflächen zu überprüfen und ggf. zu Gunsten der Windenergie anzupassen, aber nicht unmittelbar einen Verstoß gegen das Gebot, substanziell Raum zu schaffen, darstellt. Da das zahlenmäßige Verhältnis durch die Neuregelungen erheblich verbessert wird, kann hier der Orientierungswert aus der Rechtsprechung von 10%¹⁶² übernommen werden; er sollte jedenfalls nicht zu klein gesetzt werden, um Verhinderungsplanungen zu unterbinden.

Eine Regelung zur erforderlichen Prüftiefe rundet die Präzisierung und Vereinfachung der Planung ab. Insbesondere ein Verzicht auf vertiefte artenschutzrechtliche Prüfungen durch Kartierungen bietet eine erhebliche finanzielle und zeitliche Entlastung der Planverfahren, zumal Kartierungen auf Grund ihres Charakters einer Momentaufnahme sowieso kaum dazu geeignet sind, naturschutzfachlich wertvolle Flächen von weniger wertvollen Flächen für den üblichen Planungshorizont einer Flächennutzungsplanung von 20 Jahren zu differenzieren. Sachgerechter erscheint eine Freihaltung von bei Naturschutzbehörden, Biologischen Stationen und ehrenamtlichem Naturschutz bekannten, wertvollen Lebensräumen, sofern diese nicht sowieso bereits naturschutzrechtlich unter Schutz stehen. Gibt es eine generalisierte artenschutzrechtliche Ausnahme (siehe oben Nr. 5c), so wäre die Planungsebene bereits darüber von einer vertieften (aber nicht von einer allgemeinen, der Planungsebene angemessenen) Artenschutzprüfung befreit und die Planverwirklichung in dieser Hinsicht sichergestellt. In Bezug auf nicht fristgemäße, unklare oder unsubstanzierte Stellungnahmen von Fachbehörden sollte eine Vermutungsregelung greifen, dass die betroffenen Belange der Windenergienutzung auf den ausgewählten Flächen nicht entgegenstehen.

Mit diesem Regelungspaket sind die wesentlichen Probleme und Unklarheiten aus der bisherigen Rechtsprechung gelöst. Darüber hinaus ergänzt eine passend strukturierte Planerhaltungsvorschrift die Verbesserung der Rahmenbedingungen. Nach der allgemeinen Planerhaltungsvorschrift sind Fehler im Abwägungsvorgang dann unerheblich, wenn sie sich nicht auf das Planergebnis ausgewirkt haben. Das Abwägungsergebnis von Konzentrationszonenplanungen ist in quantitativer Hinsicht gekennzeichnet durch die Schaffung von substanziellem Raum, in qualitativer Hinsicht durch die dafür ausgewählten Flächen, so dass nach aktueller Rechtslage Fehler, die sich auf eine der beiden genannten Aspekte auswirken können, zur Unwirksamkeit des Plans führen¹⁶³. Ein Verstoß gegen das quantitative Substanzgebot muss im Interesse des Windenergieausbaus weiterhin beachtlich sein. Ist das Substanzgebot erfüllt, sollen jedoch Fehler bei der Klassifizierung der Tabuzonen, der Wertung von Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange oder der Abwägung der Potenzialflächen dann unbeachtlich sein, wenn ein fehlerfreier Abwägungsvorgang denkbar ist, der zu den ausgewählten Flächen führt – denn dann könnte der Fehler durch ein ergänzendes Verfahren sowieso geheilt werden. Um eine derartige Prüfung und Erkenntnis im gerichtlichen Verfahren zu ermöglichen, bestehen allerdings erhöhte Dokumentationsanforderungen an das Planungskonzept. Damit werden die Schwelle und die Anforderungen für die gerichtliche Aufhebung von Plänen deutlich erhöht und vor allem die auf Unverständnis gestoßene Aufhebung von Plänen unterbunden, die klar erkennbar substanziellen Raum eingeräumt haben, aber an Fehlern im Plankonzept scheiterten. Den verschiedentlich geäußerten Forde-

rungen einer „Moratoriumsregelung“, d.h. des vollständigen Verbots der Errichtung von Windenergieanlagen bei Aufhebung eines Plans, sollte nicht gefolgt werden, denn dies würde es Gemeinden oder Planungsregionen ermöglichen, sich mit einer (beabsichtigt) rechtswidrigen, stetig wiederholten Verhinderungsplanung der Mitverantwortung für den Windenergieausbau vollständig und dauerhaft zu entziehen und die Lasten auf andere abzuwälzen.

Dem Wunsch, eine steuernde Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch mit einer anderen als der von der Rechtsprechung entwickelten und durch die oben skizzierten gesetzlichen Regelungen modifizierten und präzisierten Form vorzunehmen, kann durch eine entsprechende Öffnungsklausel Rechnung getragen werden. Eine solche Regelung gibt Raum für die Entwicklung alternativer Planungskonzepte. Allerdings ist zu beachten, dass auch alternative Planungskonzepte selbstverständlich an die allgemeinen rechtsstaatlichen und die grundsätzlichen planungsrechtlichen Anforderungen gebunden sind, d.h. an eine umfassende, alle Belange berücksichtigende sachgerechte und städtebaulich begründete Abwägung, sowohl in Bezug auf die Auswahl als auch auf den Ausschluss von Flächen, da die Wegnahme eines bestehenden Baurechts gerechtfertigt werden muss¹⁶⁴. Ebenso darf auch ein alternatives Plankonzept die bundesgesetzliche Privilegierung nicht konterkarieren und muss das besondere öffentliche Interesse an der Windenergie mit ausreichendem Gewicht in die Abwägung einstellen. Zur Erfüllung dieser beiden Grundbedingungen - Rechtfertigung sowohl der positiv ausgewiesenen Flächen als auch des Ausschlusses der sonstigen Flächen und Belassung eines der Privilegierung Rechnung tragenden Raums für die Windenergie - hat die Rechtsprechung ihre komplexe Planungssystematik entwickelt¹⁶⁵. Mit einer Öffnungsklausel kann also keine Umgehung des Abwägungs-, Begründungs- und Substanzgebots eröffnet werden, sondern lediglich alternative Wege zu ihrer Erfüllung. Da auch ein alternatives Plankonzept vollumfänglich der gerichtlichen Überprüfung unterliegt, muss der Träger der Planung selbst und von Grund auf neu die von ihm gewählte Methodik rechtfertigen. Die Entwicklung alternativer Planungsmethoden wird also zumindest zu Beginn mit einer erhöhten Rechtsunsicherheit verbunden und daher nicht für jeden Planungsträger der passende Weg sein. Eine gesetzliche Regelung, die sich allein darauf beschränkt, dass eine Konzentrationszonenplanung nicht nach einer bestimmten Methodik erfolgen muss, ist also für die Mehrheit der Gemeinden sicherlich wenig hilfreich, da sie damit wiederum - nun mit der Entwicklung einer neuen, gerichtsfesten Methodik - allein gelassen werden.

Veraltete, den heutigen Erfordernissen des Windenergieausbaus nicht mehr gerecht werdende Flächennutzungs- und Bebauungspläne stellen ein wesentliches Ausbauehemnis dar. Diese 15-20 Jahre alten Pläne blockieren nicht nur quantitativ, sondern oft auch qualitativ relativ konfliktarme Flächenpotenziale und führen so nicht nur zu mangelhafter Flächenverfügbarkeit, sondern auch zu Schief lagen bei der Verteilung von Lasten und der sachgerechten Standortwahl für den Windenergieausbau, was wiederum die Akzeptanz bei den Gemeinden, die aktiv einen Beitrag leisten, verringert. Die derzeit verbreiteten, als gesellschaftlich unerwünscht und negativ empfundenen Klagen gegen Flächennutzungspläne sind nach derzeitiger Rechtslage allerdings die einzige Möglichkeit, veraltete Planungen mit minimalen Flächenausweisungen in Bewegung zu bringen und Stillstände aufzulösen. Die für den Windenergieausbau notwendige Planungsdynamik sollte zur Akzeptanzerhaltung auf anderen Wegen, d.h. durch eigene, angemessene Planungsaktivität der Träger der Bauleitplanung gewährleistet werden. Hierzu ist eine Pflicht zur Überprüfung und Überarbeitung der bestehenden Planung in bestimmten, bestenfalls mit den zeitlich gestaffelten Ausbauzielen korrespondierenden Zeitabständen zu definieren und zu präzisieren¹⁶⁶, dass eine Planungspflicht jedenfalls dann besteht, wenn die installierte Windenergieleistung im Planungsgebiet rückläufig ist.

Mindestabstandsregelungen oder teilweise Entprivilegierung von Windenergieanlagen lösen weder die Probleme der auch dann weiterhin - gerade in den bereits heute im Fokus stehenden Regionen mit hohem Potenzialflächenanteil - verbleibenden Steuerungsnotwendigkeit noch unterstützen sie eine ausreichende Planungsdynamik für die Realisierung des Wind-

energieausbaus. Die bei teilweiser oder vollständiger Entprivilegierung erforderlichen reinen Positivplanungen für Windenergieanlagen sind lokalpolitisch kaum durchzusetzen und sind ebenfalls - wie aus der Erfahrung mit der klassischen Bauleitplanung bekannt - stets mit Rechtsunsicherheiten und einem hohen Aufhebungsrisiko behaftet, was die Bereitschaft für solche Planungen aber vor allem die Rechtssicherheit für Windenergieprojekte erheblich einschränkt. Möchte man also sowohl einen ausreichenden quantitativen Windenergieausbau erreichen als auch eine wirksame planerische Steuerung implementieren, ist die Beibehaltung der Privilegierung und somit eine gesetzliche Regelung der Planungsmethodik unter Verzicht auf die pauschale Sperrung bestimmter Abstandsbereiche unerlässlich. Mit der Entscheidung für eine Vollversorgung mit Erneuerbaren Energien kommt allerdings der Bedarfsplanung und Flächensicherung für die Windenergie heute eine zunehmende Bedeutung gegenüber der begrenzenden Steuerungsplanung zu. In anderen Daseinsbereichen wie Rohstoffabgrabungen einschließlich des Spezialfalls Braunkohle, Standorten für konventionelle Kraftwerke und Infrastrukturtrassen ist die Bedarfsplanung und ihre rechtliche Durchsetzung über die Planungshierarchie eine Selbstverständlichkeit. Wie in diesen klassischen Bereichen kann auch in Bezug auf den Windenergieausbau von den Gemeinden nicht erwartet werden, dass sie wissen, welches Maß an Windenergieausbau sie beitragen müssen, um eine bundesweite Vollversorgung zu gewährleisten, und dass sie diesen Beitrag freiwillig leisten. Die Transformation der Windenergieplanung von der Außenbereichsprivilegierung in Verbindung mit begrenzender Steuerungsplanung hin zu einer (Bundes-)Bedarfsplanung, die den bundesweiten Ausbaubedarf ermittelt und über die Planungshierarchie schrittweise auf Bundesländer, Regionen und Kommunen herunterbricht, konkretisiert und durchsetzt, sollte daher als Alternative zur derzeitigen, weitgehend auf Zufall basierenden Planung in Erwägung gezogen werden. Damit würde endlich das vielfach vermisste übergreifende Konzept der Energiewende erstellt werden, das auch eine Koordinierung zwischen Ausbau der Erzeugungsanlagen und Ausbau des Leitungsnetzes einschließlich Speicherkapazitäten und Power-to-X-Anlagen ermöglicht und einschließt. Der Windenergieausbau könnte der Leistungsfähigkeit der Regionen entsprechend verteilt werden, wobei es einzelnen Bundesländern, Regionen und Gemeinden nicht mehr möglich ist, sich aus der gesamtgesellschaftlichen Verantwortung für den Windenergieausbau zu entziehen und die Lasten auf andere abzuwälzen. Die Privilegierung könnte entfallen, da sie zur Durchsetzung des Windenergieausbaus nicht mehr benötigt wird, in Folge dessen wäre auch keine begrenzende Steuerungsplanung mehr erforderlich, so dass sich auch diese umfangreiche Problematik auflösen würde. Die Umsetzung des Windenergieausbaus über die Planungshierarchie ist der regelungs- und umsetzungstechnisch einfachste Weg, da er bereits langjährig etabliert und bekannt ist. Dies ist jedoch untrennbar mit dem politischen Umsetzungswillen und der Akzeptanz der Planungshierarchie auch für den Windenergieausbau verbunden, die den Regionen und Gemeinden auch gegen ihren Willen ein bestimmtes Ausbaukontingent zuweist. Die alleinige Aufhebung oder Einschränkung der Privilegierung ohne eine durchsetzungsfähige Bedarfsplanung über die Planhierarchie würde hingegen zu einer Abwärtsspirale führen, da immer weniger Gemeinden und Regionen bereit sein werden, zum Windenergieausbau beizutragen, je mehr Gemeinden und Regionen sich dieser Verantwortung bereits zuvor entzogen haben. Der angestrebte EEG-Koordinierungsmechanismus¹⁶⁷ ist zwar ein kleiner Schritt in Richtung auf ein bundesweites Ausbaukonzept, kann aber mit der derzeit vorgesehenen Unverbindlichkeit eine durchsetzungsfähige Bedarfsplanung und damit auch die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht ersetzen.

9. Behördenstruktur

Die Verbesserung von Behördenstrukturen kann sicherlich einen Beitrag zur Beschleunigung und Rechtssicherheit von Genehmigungen erbringen. Eine solche Verbesserung wird allerdings nicht allein durch die simple Reduzierung auf eine Genehmigungsbehörde pro Bundesland oder durch die Verlagerung auf eine andere Verwaltungsebene erreicht. Erst recht wird lediglich die Ausweitung der sog. „Einheitlichen Ansprechpartner“ auf den Bereich der Windenergie¹⁶⁸ keinerlei Verbesserung bringen, da diese nur die Funktion eines zentralen Brief-

kastens und Weiterleitung an die zuständigen Behörden übernehmen, die Schwierigkeiten und Probleme bei Windenergiegenehmigungen jedoch nicht darin liegen, dass die Antragsteller nicht wüssten, welche Art von Genehmigungen sie benötigen oder welches die hierzu zuständige Behörde ist.

Behördenstrukturen sind komplex und die Rahmenbedingungen in den Bundesländern sehr spezifisch, so dass hier nur cursorisch einige wesentliche Aspekte für eine leistungsstarke Umweltverwaltung aufgelistet werden können¹⁶⁹. Die Umweltverwaltung wurde in den vergangenen zwei Jahrzehnten systematisch geschwächt, da man sich davon Bürokratieabbau und Investitionsbeschleunigung versprach. Im gleichen Zeitraum stiegen die fachlichen, rechtlichen und gesellschaftlichen Ansprüche beim Vollzug des Umweltrechts und insbesondere bei der Windenergie jedoch stark an, so dass nun offensichtlich sein sollte, dass es leistungsstarke und kompetente Umweltbehörden braucht, um diesem Anspruch gerecht zu werden und zügige, aber zugleich rechtssichere und vom materiellen Umweltstandard hochwertige Genehmigung zu gewährleisten. Der Aufbau leistungsfähiger Strukturen benötigt Zeit und Sorgfalt, ihr Erhalt dauerhafte Pflege, so dass er zwar nicht als kurzfristige adhoc-Aktion taugt, aber auf die Agenda gesetzt werden sollte, wenn tatsächlich ein ausreichend gefestigter Wunsch und Wille zur Verbesserung der Umweltverwaltung gegeben sein sollte. Die Integration der Umweltbehörden in die Kreisverwaltungen/Landratsämter oder in die Bezirksregierungen/ Regierungspräsidien ist ursächlich für eine Marginalisierung der Umweltbehörde als lediglich sehr kleiner Teil dieser kommunalen bzw. staatlichen Bündelungsbehörden. Eine eigenständige Umweltverwaltung stärkt im Vergleich dazu die Wichtigkeit der Aufgabe und die Konzentration darauf, stärkt das Selbstverständnis und die Unabhängigkeit. Letztere wird ebenfalls dadurch unterstützt, dass die Leitung nicht durch eine politisch besetzte Position (Landrat/ Regierungspräsident) gestellt wird und zudem eine ausreichende Distanz zur Lokalpolitik geschaffen wird. Damit die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde die ihr gesetzesmäßig obliegende Letztentscheidungsbefugnis und die damit verbundene Korrektivfunktion auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss sie entweder als von den zu beteiligenden Fachbehörden separate, eigenständige Behörde konzipiert sein oder aber derart strukturiert sein, dass die Korrektivfunktion auch durch interne Kompetenzzuweisung sichergestellt ist. Gerade die fehlende Durchsetzungskraft der derzeitigen Genehmigungsbehörden gegenüber internen und externen Fachbehörden ist eine wesentliche Ursache für zeitliche Verzögerungen, Nachforderungsschleifen und fehlerhafte Genehmigungen. Die Genehmigungsbehörde braucht eine ausreichende Größe, die durch den Aufsichtsbezirk bestimmt wird, um kontinuierlich genügend Fallzahlen zu generieren und so ausreichendes Know-how auszubilden und stets aktuell zu halten. Aus demselben Grund sollte die Behörde nicht nur die Zuständigkeit für die Genehmigung, sondern auch für die Überwachung haben, da nur so eine Rückkoppelung aus dem Betrieb der Anlagen erfolgt und in die Verbesserung der Genehmigungsprozesse und -inhalte einfließen kann. Für die Akzeptanz der Windenergie bei Anwohnern und Umweltverbänden ist es von großer Wichtigkeit, dass auch für die Überwachung der Anlagen eine leistungsfähige Behörde eingesetzt wird. Für die quantitative Personalbemessung ist eine Verstärkung des Windenergieausbaus erforderlich, denn den ständigen, nicht kalkulierbaren Wechsel zwischen Phasen, in denen kaum ein Projekt beantragt wird und Belastungsspeaks wie im Jahr 2016 kann keine Personalplanung bewältigen. Bei unzeitigem Ausbau hat eine Umweltverwaltung Vorteile gegenüber einer reinen „Windenergiebehörde“, da andere Arbeitsbereiche als Puffer für Personalressourcen fungieren können. Das Qualifikationsniveau der Mitarbeiter muss hoch sein und sowohl den technischen als auch den rechtlichen Teil abdecken, denn das ausschließliche Angewiesensein auf externe Sachverständige oder Rechtsanwälte führt nicht nur zu zeitlichen Verzögerungen und umfangreicheren Nachforderungen, sondern auch zu mangelhafter Problemlösungskompetenz und sinkender Akzeptanz der Behörde in der Bürgerschaft und bei den Umweltverbänden. Auch hier profitiert eine auf Windenergie spezialisierte Arbeitseinheit innerhalb einer Umweltbehörde (eine solche Spezialisierung ist unerlässlich für ein hohes Qualifikationsniveau) von der breiteren Wissensbasis im Vergleich zu einer reinen „Windenergiebehörde“. Eine Mitarbeit der Genehmigungsbehörde bei der Fortentwicklung von Gesetzen und technischen Normen sollte selbstverständlich und anerkannter Bestandteil der regulären Arbeit sein und durch die vorgesetzten Behörden unterstützt werden. Das große Projekt einer Umstrukturie-

rung der Umweltverwaltung bzw. der Neustrukturierung einer „Windenergiebehörde“ lohnt also nur, wenn auch der Wille und die Ausdauer gegeben sind, die aufgezeigten Rahmenbedingungen zu schaffen. Unabhängig von Umstrukturierungsüberlegungen sollte neben der viel beschworenen Akzeptanz der Windenergie in der Bevölkerung auch der Akzeptanz der Windenergie bei den Fach- und Genehmigungsbehörden sowie bei den Bauleit- und Regionalplanungsbehörden Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Fazit

Dieses Dokument fokussiert auf die für die Flächenverfügbarkeit, die zeitlichen Abläufe, das materielle Umweltschutzniveau und die Akzeptanz wichtigsten Punkte. Ein vollumfänglicher Rechtsrahmen für den Windenergieausbau müsste über die in diesem Dokument bearbeiteten Themen weitere Aspekte sowohl aus den hier gelisteten Bereichen als auch aus weiteren Bereichen wie z.B. dem Wasser-, Arbeitsschutz- und Denkmalrecht erfassen. Auf Grund der hohen Dynamik sowohl der technischen Entwicklung der Windenergie als auch der konzeptionellen Ideen der Energiewende, aber auch der Rechtsprechung und des Erkenntnisstandes ist nicht nur eine grundlegende einmalige, sondern auch eine kontinuierliche Befassung des Gesetzgebers mit der Gestaltung und Fortentwicklung des Rechtsrahmens für den Windenergieausbau erforderlich. Eine Energieversorgung auf Basis von Erneuerbaren Energien unterscheidet sich in Hinsicht auf das Erfordernis eines geordneten Rechtsrahmens, der sowohl den Bedarf als auch Umweltstandards sichert, nicht von der Energieversorgung auf Basis konventioneller Energie, für die bereits derartige Rahmenbedingungen gegeben sind.

¹ Eine Kurzfassung mit Redaktionsstand Juli 2020 erscheint in der Zeitschrift für Umweltrecht Heft 11/2020. Konkrete Formulierungsvorschläge für Gesetzestexte und Begründungen finden sich in einem separaten, ebenfalls auf www.windenergie-handbuch.de verfügbaren Dokument. Alle Dokumente stellen ausschließlich die persönliche Meinung der Autorin dar.

² speziell in Bezug auf Windenergieanlagen: BVerwG, Beschluss vom 21.01.08 - 4 B 35.07, OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.11.16 - 12 ME 132/16, OVG Schleswig, Beschluss vom 31.08.16 - 1 MB 5/16, VGH München, Beschluss vom 08.06.15 - 22 CS 15.686

³ zur Problematik der UVP-Vorprüfung bei Windenergieanlagen siehe ausführlich Agatz, M.: Windenergie-Handbuch, 16. Ausgabe, 2019, Kapitel „Umweltverträglichkeitsprüfung“, S. 36 ff

⁴ zur Problematik des Windfarmbegriffs siehe ausführlich Agatz, M.: Windenergie-Handbuch, 16. Ausgabe, 2019, Kapitel „Umweltverträglichkeitsprüfung“, S. 24 ff sowie Agatz, M.: „Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie“ - Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsjugendtag, Richard Boorberg Verlag, Januar 2020

⁵ OVG Koblenz, Beschluss vom 06.07.17 - B 11015/17: einzelne WEA als Anlage im Sinne des BImSchG, OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.03.19 - 12 ME 105/18: mehrere WEA als gemeinsame Anlage im Sinne des § 1 Abs. 3 der 4. BImSchV, Windenergie-Erlass NRW, Ziffer 5.1.1: Gruppe der WEA eines Betreibers als Anlage im Sinne der 4. BImSchV

⁶ BR Drs 391/12

⁷ in diesem Sinne Hansmann/Röckinghausen in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019 Rn 2 zu Obergruppe 1 der 4. BImSchV; VGH Mannheim, Beschluss vom 17.12.19 - 10 S 823/19; Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz: Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzrecht - Anleitung zur Erstellung der Antragsunterlagen für Windenergieanlagen

⁸ siehe beispielsweise VG Köln, Urteil vom 19.05.16 - 13 K 4121/14 / OVG Münster, Urteil vom 25.02.15 - 8 A 959/10 versus VG Darmstadt, Beschluss vom 17.06.15 - 6 L 571/15.DA / OVG Koblenz, Urteil vom 03.08.16 - 8 A 10377/16 und Urteil vom 12.05.11 - 1 A 11186/08; die Genehmigungspflicht nach BImSchG auf den Kopf stellend: VGH München, Beschluss vom 11.08.16 - 22 CS 16.1052 i.V.m. VGH München, Beschluss vom 05.04.19 - 22 CS 19.281, wonach eine Kombination aus Anzeige nach § 15 BImSchG und vollumfänglicher baurechtlicher Neugenehmigung unter Prüfung aller öffentlich-rechtlicher Vorschriften erfolgen soll; Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz: Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzrecht - Anleitung zur Erstellung der Antragsunterlagen für Windenergieanlagen: in der Regel Neugenehmigung; Windenergieerlass Niedersachsen: Änderungsanzeige oder Änderungsgenehmigung; Windenergie-Erlass NRW: grundsätzlich Neugenehmigung, leichte Öffnung für Änderungsgenehmigung bei Typen vergleichbarer Anlagenklasse

⁹ Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 110 zu § 10 BImSchG und Rn 15 zu § 15 BImSchG, Reidt/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 35 zu § 16 BImSchG und Rn 24, 41 zu § 15 BImSchG, VG Trier, Beschluss vom 03.04.13 - 5 L 324/13

¹⁰ OVG Lüneburg, Beschluss vom 19.12.19 - 12 ME 168/19 - Die dortigen Überlegungen, die Änderung vor Ersterrichtung als eine „Änderung im laufenden Genehmigungsverfahren“ anzusehen, sofern noch ein Widerspruchsverfahren läuft, blenden aus, dass das Widerspruchsverfahren in einigen Bundesländern entfällt und somit das Landesrecht das immissionsschutzrechtliche Verfahrensrecht modifizieren würde, was jedoch nach § 73 BImSchG untersagt ist. Die Gleichsetzung von Heilung von im Rahmen eines Rechtsbehelfsverfahrens festgestellten Mängeln der Genehmigung und einer Änderung der Anlage setzt zwei vollständig verschiedene Sachverhalte gleich, wozu es ebenso weder im BImSchG noch im UmwRG eine Grundlage gibt. Darüber hinaus bleibt offen, wie mit Änderungen zu verfahren ist, wenn die Genehmigung im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilt wurde, so dass „schwebend“ bis zu einem Jahr nach Errichtung der Anlage noch ein Rechtsbehelfsverfahren eingeleitet werden kann, und ebenso, wie mit Änderungen an errichteten Anlagen, für die ein oft jahrelang dauerndes Rechtsstreitverfahren noch nicht abgeschlossen ist, zu verfahren ist - die Anwendung von §§ 15, 16 BImSchG wäre dann auch nach Errichtung der Anlage gesperrt. Dafür, dass die Wahl der Art des Genehmigungsverfahrens davon abhängt, ob überhaupt und wenn ja zu welchem Zeitpunkt ein Rechtsbehelf eingelegt wird, gibt es weder in § 15, 16 nach in § 13 BImSchG einen Anhaltspunkt. Der Rechtsbehelfsführer kann hingegen unproblematisch seine Rechte wahren, indem er die geänderte Fassung der Genehmigung schlicht zum Gegenstand seines laufenden Rechtsbehelfsverfahrens erklärt, wie dies in anderen Bundesländern übliche Gerichtspraxis ist - hierbei ist (entgegen dem OVG Lüneburg) zu beachten, dass auch die Kombination aus Anzeige nach § 15 BImSchG und Baugenehmigung die BImSchG-Genehmigung modifiziert und somit als „geänderte Fassung“ angesprochen werden kann.

¹¹ Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 7, 17 zu § 15 BImSchG; VGH München, Beschluss vom 08.06.15 - 22 CS 15.686

- ¹² Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 7, 8 zu § 16 BImSchG, Reidt/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 32, 33 zu § 16 BImSchG; VV BImSchG NRW, Ziffer 11.9; VGH München, Beschluss vom 08.06.15 - 22 CS 15.686, VGH München, Beschluss vom 15.10.12 - 22 CS 12.2110; zum Repowering durch eine sehr viel größere und leistungsstärkere Anlage als Neugenehmigung: OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.07.13 - 12 ME 37/13
- ¹³ OVG Münster, Urteil vom 09.12.09 - 8 D 12/08.AK; VG Minden, Beschluss vom 28.02.11 - 11 L 71/11; VG Darmstadt, Beschluss vom 17.06.15 - 6 L 571/15.DA; VG Trier, Beschluss vom 03.04.13 - 5 L 324/13; OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.07.13 - 12 ME 37/13
- ¹⁴ Reidt/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 171 zu § 16 BImSchG, Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 43 zu § 16 BImSchG, Giesberts in BeckOnline Kommentar Umweltrecht, 53. Edition, Rn 6 zu § 12 BImSchG
- ¹⁵ TA Luft Ziffer 3.5.3; VV BImSchG NRW Ziffer 11.10; Reidt/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 167, 168 zu § 16 BImSchG, Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 33 zu § 16 BImSchG; VGH Mannheim, Urteil vom 20.07.11 - 10 S 2102/09 bestätigt BVerwG, Urteil vom 24.10.13 - 7 C 36.11
- ¹⁶ speziell zur Beschränkung des Prüfumfanges bei Einsatz anderer Brennstoffe: OVG Münster, Urteil vom 03.12.08 - 8 D 19/07.AK
- ¹⁷ BVerwG, Urteil vom 21.08.96 - 11 C 9.95; BVerwG, Beschluss vom 30.10.87 - 7 B 176.87; BVerwG, Urteil vom 11.02.77 - IV C 9.75
- ¹⁸ gelöst wäre nur der Konflikt mit § 36f EEG, nachdem Änderungsgenehmigungen, nicht aber Neugenehmigungen für dasselbe Windenergieprojekt unschädlich für den erlangten EEG-Vergütungszuschlag sind
- ¹⁹ OVG Koblenz, Urteil vom 03.08.16 - 8 A 10377/16 bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 21.12.17 - 4 C 7.16
- ²⁰ siehe BT-Drs. 13/5100 und 13/3996, welche aber in der Kommentarliteratur genau gegensätzlich, nämlich als reine Freistellungsregelung von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht rezipiert werden, so Reidt/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 181 zu § 16 BImSchG, die zwar keine Änderung im Sinne des BImSchG, aber eine Zulassungspflicht nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften sehen, sowie Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 17 zu § 15 BImSchG, der den Austausch von Teilen und die Wiedererrichtung als anzeigepflichtige Änderung ansieht (woraus ebenfalls ein Zulassungserfordernis nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften folgt)
- ²¹ laut BT-Drs. 7/179: Vermeidung von Vorratsgenehmigungen und Inbetriebnahme von Anlagen zu einem späteren Zeitpunkt, in dem sich die tatsächlichen Verhältnisse verändert haben, Voraussetzung für Verlängerung ist die Gewährleistung der Ziele des § 1 BImSchG, insbesondere des Schutzes der Allgemeinheit und der Nachbarschaft (d.h. der Betreibergrundpflicht des § 5 Abs. 1 BImSchG); ebenfalls für die Beschränkung auf die immissionsschutzrechtlichen Pflichten und einem Verbot der allgemeinen Nachbesserung des Genehmigungsbescheides Hansmann/Ohms in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 37, 42 zu § 18 BImSchG
- ²² vgl. noch BVerwG, Urteil vom 28.10.10 - 7 C 2.10, das die Prüfung vorsieht, ob auf Grund möglicherweise veränderter rechtlicher oder tatsächlicher Rahmenbedingungen der Schutzzweck des BImSchG weiterhin erfüllt ist; im Gegensatz zu OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.09.19 - 11 B 24/16, das sowohl eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung der zu verlängernden Genehmigung nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung als auch eine vollumfängliche Prüfung der anderen Genehmigungsvoraussetzungen - konkret des Naturschutzrechts - fordert
- ²³ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.09.19 - 11 B 24/16; a.A. noch OVG Weimar, Urteil vom 17.06.15 - 1 KO 369/14
- ²⁴ BVerwG, Urteil vom 19.12.19 - 7 C 28.18
- ²⁵ Schack in BeckOnline Kommentar Umweltrecht, 53. Edition, Rn 28 zu § 18 BImSchG
- ²⁶ Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 12 zu § 12 BImSchG, Giesberts in BeckOnline Kommentar Umweltrecht, 53. Edition, Rn 4 zu § 12 BImSchG
- ²⁷ vgl. Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 49 zu § 12 BImSchG, der die skizzierte Lösung bereits nach heutigem Recht als zulässig ansieht
- ²⁸ VV BImSchG NRW Ziffer 6.2, Dietlein in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 41-43 zu § 9 BImSchG, Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 12 zu § 9 BImSchG
- ²⁹ für eine Gestaltungsmöglichkeit des Antragstellers: OVG Koblenz, Beschluss vom 21.03.14 - 8 B 10139/14, OVG Koblenz, Urteil vom 29.01.15 - 1 A 10676/14; für eine Gestaltungsmöglichkeit der Genehmigungsbehörde: Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 12, 14, 16, 21 zu § 9 BImSchG
- ³⁰ OVG Münster, Urteil vom 20.11.12 - 8 A 252/10, OVG Münster, Urteil vom 18.09.18 - 8 A 1886/16, OVG Münster, Urteil vom 21.04.20 - 8 A 311/19
- ³¹ vgl. Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 51 zu § 52 BImSchG, Hansmann/Röckinghausen in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 44 zu § 52 BImSchG
- ³² während die einschlägige Kommentarliteratur noch im Analogen verhaftet ist, siehe vorstehende Fußnote 29, bzw. lediglich bis zu „Datenträgern“ reicht: Schwertner in BeckOnline Kommentar Umweltrecht, 53. Edition, Rn 18 zu § 52 BImSchG
- ³³ zum direkten edv-technischen Zugriff der Behörde auf die Betriebsdaten von Windenergieanlagen: VG Aachen, Beschluss vom 13.07.18 - 6 L 859/18
- ³⁴ § 31 Abs. 5 BImSchG berechtigt zur Forderung der Daten in elektronischer Form und als automatische, digitale Übermittlung, siehe Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 23 zu § 31 BImSchG, Hansmann/Pabst in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 40 zu § 31 BImSchG jeweils m.w.N.
- ³⁵ Hansmann/Röckinghausen in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 38, 41 zu § 52 BImSchG, Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 39, 50 zu § 52 BImSchG
- ³⁶ zur Thematik der Rundung siehe ausführlich Agatz, M.: „Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie“ - Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, Richard Boorberg Verlag, Januar 2020
- ³⁷ Den Regelungswillen von Bund und Ländern verdeutlichen: Hinweise zur Auslegung der TA Lärm, in der Fassung des Beschlusses der 133. Sitzung der Bund/Länderarbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz am 22./23.03.2017; Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI): „Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen, Stand 30.06.16“
- ³⁸ siehe hierzu Referentenentwurf des Baulandmobilisierungsgesetzes vom 09.06.20
- ³⁹ DIN/VDI-Normausschuss Akustik, Lärminderung und Schwingungstechnik: Interimsverfahren zur Prognose der Geräuschimmissionen von Windkraftanlagen – Fassung 2015-05.1; aufgenommen in Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI): „Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen, Stand 30.06.16“ sowie in Folge davon per Erlass in den Bundesländern eingeführt
- ⁴⁰ die Anwendung des Interimsverfahrens ablehnend: OVG Koblenz, Urteil vom 20.09.18 - 8 A 11958/17, VGH Kassel, Beschluss vom 24.01.19 - 9 B 2455/18, VG Schleswig, Beschluss vom 27.01.20 - 6 B 47/19; keine Rechtspflicht zur Anwendung: OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.03.19 - 12 ME 105/18; Entfallen der Bindungswirkung als umstritten eingestuft: VGH München, Beschluss vom 07.05.18 - 22 ZB 17.2088, OVG Saarlouis, Beschluss vom 03.11.17 - 2 B 584/17; die Anwendung bejahend: VGH Mannheim, Beschluss vom 19.06.18 - 10 S 186/18
- ⁴¹ nämlich die Originalfassung der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI): „Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen, Stand 30.06.16“, die davon abweichende „Auslegung der LAI-Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen, Stand: 27.03.18“, behandelt auf der 26. Sitzung des Ausschusses Physikalische Einwirkungen (PhysE), unveröffentlicht sowie länderspezifische Regelungen, z.B. in NRW Anlage 4 zur Dienstbesprechung am 02.02.18: Einführung der neuen LAI-Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen Beantwortung von Zweifelsfragen, download unter: https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/PDFs/umwelt/gesundheit/lai-hinweise_fragen.pdf
- ⁴² zu den Praxisproblemen bei der Anwendung des Interimsverfahrens siehe ausführlich Agatz, M.: Windenergie-Handbuch, 16. Ausgabe, 2019, Kapitel Immissionsschutz: Schallimmissionen, Unterkapitel Bestimmung der Vor- und Zusatzbelastungsdaten und Prognosemodell, Kapitel Bescheiderstellung sowie Überwachung - Schall zu den Praxisproblemen bei der Anwendung des Interimsverfahrens siehe ausführlich Agatz, M.: Windenergie-Handbuch, 16. Ausgabe, 2019, Kapitel Immissionsschutz: Schallimmissionen, Unterkapitel Bestimmung der Vor- und Zusatzbelastungsdaten und Prognosemodell, Kapitel Bescheiderstellung sowie Überwachung - Schall
- ⁴³ DIN ISO 9613-2 (1999-10): Dämpfung des Schalls bei der Ausbreitung im Freien – Teil 2: Allgemeines Berechnungsverfahren (ISO 9613-2:1996)

⁴⁴ Der DIN/VDI-Normausschuss Akustik, Lärminderung und Schwingungstechnik (NALS) erhielt bereits im Jahr 2006 den Auftrag, ein spezielles Ausbreitungsmodell für Windenergieanlagen zu entwickeln - bis heute hat er allerdings noch keinen Entwurf für ein solches spezielles Ausbreitungsmodell vorgelegt.

⁴⁵ VDI 4101 Bl. 2 Entwurf April 2020: „Schallausbreitung im Freien unter Berücksichtigung meteorologischer und topographischer Bedingungen - Blatt 2 Windkraftanlagen“

⁴⁶ Ein solches wissenschaftliches Ausbreitungsmodell wird aber anscheinend vom NALS angestrebt; siehe hierzu sowie weiterführend zu den Anforderungen an ein für die Verwaltungspraxis geeignetes Berechnungsmodell: Agatz, M.: „Die Einführung der neuen LAI-Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen aus Sicht einer Unteren Immissionsschutzbehörde“, ZNER 2017, 469

⁴⁷ Fördergesellschaft Windenergie (FGW): TR1 - Bestimmung der Schallemissionswerte, Rev. 18, Stand 01.02.2008, DIN 61400-11: Windenergieanlagen - Teil 11: Schallmessverfahren Ed. 2 (März 2007) bzw. Ed. 3 (September 2013)

⁴⁸ zum Thema Dauermessstationen siehe ausführlich: Agatz, M.: Windenergie-Handbuch, 16. Ausgabe, 2019, Kapitel „Überwachung - Schall - Dauermessstationen“, S. 263f sowie Agatz, M.: „Zivilrechtlicher Abwehrensanspruch und öffentlich-rechtlicher Nachbarnschutz bei Windenergieanlagen im Vergleich“, ZNER 2019, 511

⁴⁹ Die Begründung der TA Lärm gibt keine weiterführenden Hinweise zum Messabschlag. Feldhaus, BImSchG, 27. Update 9/19 Rn 74-86 zu Ziffer 6.9 TA Lärm m.w.N. sieht den Messabschlag sogar als untrennbaren Bestandteil des Beurteilungsverfahrens an; hingegen Hansmann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 35-38 zu Nr. 6.9 der TA Lärm offener mit dem Versuch einer Differenzierung zwischen Abnahme- und Überwachungsmessungen

⁵⁰ so zieht das BVerwG, Urteil vom 29.08.07 - 4 C 2.07, Rn 19 explizit zur Begründung des Messabschlages den Eingriff in die bestandsgeschützte Genehmigung heran, ebenso geht es im verwiesenen Urteil des BVerwG vom 16.05.01 - 7 C 16.00 um eine nachträgliche, betriebseinschränkende Anordnung auf Grund heranrückender Wohnbebauung

⁵¹ BVerwG, Urteil vom 21.02.13 - 7 C 22.11

⁵² Radeisen in Boeddinghaus, BauO NRW - Kommentar Rn 120 zu § 6 BauO NRW, Spannowsky/Otto in BeckOK Bauordnungsrecht Nds, 10. Edition, Rn 23 zu § 5 NBauO, Pdk NW BauO NRW (Stand März 2015) Ziffer 11 zu § 6 Abs. 10 BauO NRW a.F., Gatz, S.: „Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage“, Rn 440, 441

⁵³ vgl. VG Köln, Urteil vom 19.05.16 - 13 K 4121/14

⁵⁴ einschlägig für die Erstreckung eines Gebäudes auf das Nachbargrundstück ist hingegen § 4 Abs. 2 MBO sowie die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften, ob hiervon auch der sog. Überbau des Luftraums von Nachbargrundstücken erfasst wird, ist bereits umstritten (bejahend: Hahn in Boeddinghaus, BauO NRW 2016 - Kommentar, Rn 44 zu § 4 BauO NRW mit Verweis auf Rechtsprechung des OVG Lüneburg, ablehnend Spannowsky/Uechtritz in BeckOK Bauordnungsrecht BW, 8. Edition, Rn 18 zu § 4 LBO BW); dem klaren Wortlaut des § 4 Abs. 2 MBO entsprechend ist aber unumstritten, dass der Überbau des Luftraums durch *bauliche Anlagen* allein dem Zivilrecht unterliegt (Hahn in Boeddinghaus, BauO NRW 2016 - Kommentar, Rn 44 zu § 4 BauO NRW, Pdk NW BauO NRW (Stand März 2015) Ziffer 2 zu § 4 Abs. 2 BauO NRW a.F., siehe auch LT-Drs. 17/2166 S. 100 Begründung zu § 4 Abs. 2 BauO NRW)

⁵⁵ OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.02.14 - 12 ME 221/13, VGH München, Beschluss vom 07.10.19 - 22 CS 19.1355

⁵⁶ Das Abstandsflächenrecht ist bei Windenergieanlagen obsolet: Gatz, S.: „Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage“, Rn 441, 705

⁵⁷ Ziffer 7.3.2 BayWEE: 1x Gesamthöhe zzgl. Exzentrizität; § 6 Abs. 13 BauO NRW: 0,5x GH ab Turmmittelpunkt; § 6 Abs. 5 HBO (Hessen): zunächst 0,4x GH, nun 0,2x GH zzgl. Exzentrizität; § 5 Abs. 5, 7 LBO (BW): 0,4x NH im Außenbereich und 0,125x NH in Gewerbe- und Industriegebieten jeweils ab Außenwand des Turms sowie mindestens Rotorradius; siehe darüber hinaus auch Fn 58

⁵⁸ z.B. Ziffer 3.4.4.2 Windenergie-Erlass Nds: im Außenbereich: $A_{M(0,5 H)} = (e^2 + (0,8944 \cdot R)^2)^{1/2} + 0,5 (H_N + 0,4472 \cdot R)$, in Gewerbe- und Industriegebieten: $A_{M(0,25 H)} = (e^2 + (0,9701 \cdot R)^2)^{1/2} + 0,25 (H_N + 0,2425 \cdot R)$; § 6 Abs. 5 SächsBO i.V.m. Ziffer 6.4 VwVSächsBO: im Außenbereich: 0,4x (NH+0,5613xR), in Gewerbe- und Industriegebieten: 0,2x (NH+0,5613xR)

⁵⁹ obiter dictum des BVerwG, Urteil vom 21.10.04 - 4 C 3.04; ohne Auseinandersetzung übernommen: OVG Lüneburg, Urteil vom 08.05.12 - 12 LB 265/10, als Zweifelsfrage offen gelassen: OVG Münster, Beschluss vom 30.03.17 - 8 A 2914/15

⁶⁰ DEWI – UL International GmbH: „Rotorkreis innerhalb oder außerhalb der Konzentrationszone: Welchen Einfluss hat dies auf den Flächenbedarf einer Windenergieanlage?“, Wilhelmshaven, Juni 2015

⁶¹ Grundsatzentscheidung des OVG Münster, Urteil vom 09.08.06 - 8 A 3726/05, inzwischen von allen anderen OVG übernommen

⁶² siehe hierzu das zur Grundsatzentscheidung (Fn 61) zugehörige Eilverfahren OVG Münster, Beschluss vom 02.04.03 - 10 B 1572/02

⁶³ zur Historie der Entstehung und Details der Rechtsprechung zur optischen Wirkung sowie der Verschränkung mit der Konzentrationszonenplanung und den Flächenbedarf für den Windenergieausbau siehe ausführlich Agatz, M.: „Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie“ - Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, Richard Boorberg Verlag, Januar 2020

⁶⁴ ermittelt auf Basis der EEG-Referenzerträge, abzurufen unter <https://wind-fgw.de/themen/referenzertraege>, als Durchschnittswert bei Vergleich von Anlagentypen der genannten Größenklassen; der Prozentsatz stellt einen Orientierungswert zur Verdeutlichung der Größenordnung des Ertragsverhältnisses dar; da die veröffentlichten Referenzerträge die neuesten, derzeit errichteten Anlagentypen noch nicht erfassen und bereits die nächste Anlagengeneration absehbar in die Genehmigungsverfahren kommt, wird das Ertragsverhältnis der typischen „150 m-Anlage“ bzw. „100 m-Anlage“ zu modernen Anlagentypen stetig weiter abnehmen

⁶⁵ auf diesen Konflikt weist auch das UBA in einer aktuellen Studie zu den Auswirkungen der derzeit politisch diskutierten Mindestabstände zur Wohnbebauung hin: „Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen“ - Umweltbundesamt, Position März 2019, S. 21

⁶⁶ Navigant / Fraunhofer IEE (im Auftrag des BMWi): „Wissenschaftliche Fundierung der Beratungen zu Abstandsregelungen bei Windenergieanlagen an Land“, Oktober 2019 (Abbildung 15)

⁶⁷ OVG Münster, Beschluss vom 29.06.17 - 8 B 187/17

⁶⁸ siehe Gatz, S.: „Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage“, Rn 368 letzter Satz

⁶⁹ Hübner, G. und Pohl, J.: „Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? Ein umweltpsychologischer Studienvergleich“, veröffentlicht durch die Fachagentur Windenergie an Land, Berlin 2015

⁷⁰ vgl. OVG Münster, Ur. v. 12.06.12 - 8 D 38/08.AK: Wohngebiet im Abstand von 300 m vom Steinkohlekraftwerk Datteln mit einem 180 m hohen Kühlturm

⁷¹ Kommission für Anlagensicherheit: „Leitfaden: Empfehlungen für Abstände zwischen Betriebsbereichen nach der Störfall-Verordnung und schutzbedürftigen Gebieten im Rahmen der Bauleitplanung – Umsetzung § 50 BImSchG“, 2. überarbeitete Fassung November 2010

⁷² vgl. das bauordnungs- und nachbarschaftsrechtliche Abstandsflächenregime zwischen 0,1H und 0,5H bzw. vollständig abstandslos siehe z.B. § 6 Abs. 1, 5 und 12 BauO NRW

⁷³ Liste der technischen Baubestimmungen, Anlage A 1.2.8/6, in den Bundesländern jeweils durch Erlass oder Verwaltungsvorschrift eingeführt, so beispielhaft für NRW: Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen NRW (VV TB NRW), SMBl. NRW 2323; Die Formel geht auf das WECO-Forschungsprojekt zurück, siehe Seifert, H.: „Risk analysis of ice throw from wind turbines“, Vortrag, Boreas VI-Tagung, April 2003

⁷⁴ Fn 62, OVG Münster, Ur. v. 18.11.02 - 7 A 2127/00; VG Münster, Beschl. v. 19.12.02 - 7 L 1585/02

⁷⁵ siehe z.B. Ziffer 8.2.2.1 Windenergie-Erlass NRW, Ziffer 8.3.3 i.V.m. Anlage 2 Windenergie-Erlass Bayern, Erlass des MELUND: „Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bei Windkraftanlagen“, Amtsblatt SH 2018, 62

⁷⁶ OVG Lüneburg, Urteil vom 10.01.17 - 4 LC 198/15, OVG Lüneburg, Urteil vom 16.12.09 - 4 LC 730/07, VGH München, Beschluss vom 03.07.14 - 22 ZB 14.652; Gellermann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 49, 50 zu § 15 BNatSchG

- ⁷⁷ siehe z.B. Förderrichtlinie Naturschutz NRW
- ⁷⁸ aktuelle Ergänzung: siehe hierzu eine inhaltlich entsprechend gestaltete Regelung im Referentenentwurf des sog. Baulandmobilisierungsgesetz Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 131. EL Oktober 2018, Rn 1, 2 zu § 200a BauGB, OVG Münster, Urteil vom 07.02.1997 - 7a D 134/95.NE; OVG Münster, Urteil vom 06.08.03 - 7a D 100/01.NE
- ⁸⁰ BVerwG, Beschluss vom 26.04.06 - 4 B 7.06, im Anschluss daran Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Auflage 2019, Rn 24 zu § 1a BauGB und Rn 117, 194 zu § 35 BauGB, Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 135. EL September 2019, Rn 18c zu § 5 BauGB
- ⁸¹ alle Zahlenangaben zu LSG nach BfN: <https://www.bfn.de/themen/gebietsschutz-grossschutzgebiete/landschaftsschutzgebiete.html>; Zahlenangaben beziehen sich auf den Anteil an der Gesamtfläche, der Flächenanteil am Außenbereich liegt dementsprechend deutlich höher, für NRW bei mehr als 60%
- ⁸² vgl. z.B. die beiden Fälle des OVG Schleswig, Urteil vom 21.12.17 - 1 KN 8/17 und Urteil vom 14.05.20 - 1 KN 5/19
- ⁸³ zum Konflikt zwischen dem Windenergieausbau und Landschaftsschutzgebieten siehe ausführlich Agatz, M.: „Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie“ - Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, Richard Boorberg Verlag, Januar 2020
- ⁸⁴ repressive Verbote bejahend: OVG Bautzen, Urteil vom 30.08.16 - 4 C 7/15, (durchgehende) repressive Verbote verneinend: OVG Schleswig, Urteil vom 21.12.17 - 1 KN 8/17 und Urteil vom 14.05.20 - 1 KN 5/19
- ⁸⁵ OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.09.16 - 12 LA 145/15; OVG Lüneburg, Urteil vom 26.02.20 - 12 KN 182/17
- ⁸⁶ VerfGH München, Entscheidung vom 27.09.13 - Vf 15-VII/12
- ⁸⁷ OVG Münster, Urt. vom 17.01.19 - 2 D 63/17.NE, OVG Münster, Urteil vom 06.03.18 - 2 D 95/15.NE; OVG Münster, Urteil vom 09.09.19 - 10 D 36/17.NE
- ⁸⁸ OVG Münster, Urteil vom 21.04.20 - 8 A 311/19
- ⁸⁹ bereits nach heutiger Rechtslage tendierend zu dieser Verpflichtung OVG Schleswig, Urteil vom 14.05.20 - 1 KN 5/19
- ⁹⁰ z.B. § 7 Abs. 3 LNatSchG NRW
- ⁹¹ Gatz, S.: „Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage“, Rn 278
- ⁹² siehe hierzu ausführlich Agatz, M.: „Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie“ - Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, Richard Boorberg Verlag, Januar 2020 sowie Agatz, M.: „Aktuelle Fragen und Anforderungen zum Artenschutz aus Sicht einer Genehmigungsbehörde“ - Vortrag beim BfN-Fachkolloquium am 26.11.19
- ⁹³ vgl. BVerwG, Urteil vom 21.11.13 - 7 C 40.11
- ⁹⁴ siehe beispielhaft VGH München, Beschluss vom 05.11.19 - 22 CS 19.1568; VG Arnberg, Urteil vom 29.05.18 - 4 K 3836/17
- ⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 23.10.18 - 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14; sowie die ausführliche juristische Auseinandersetzung von Reinhardt, M.: „Umweltschutz ist wesentlich - Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Standardsetzung mit unbestimmten und unbestimmbaren Rechtsbegriffen“ - NVwZ 2019, 195
- ⁹⁶ vgl. z.B. die am fehlenden Einigungswillen gescheiterte Bundeskompensationsverordnung sowie Beschluss der 55. Amtschefkonferenz vom 21.05.15, TOP 12 über die Abstandsempfehlungen der LAG VSW
- ⁹⁷ zu den Anforderungen an eine umfassende Neugestaltung des Artenschutzes für den Windenergieausbau siehe ausführlich Agatz, M.: „Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie“ - Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, Richard Boorberg Verlag, Januar 2020 sowie Agatz, M.: „Aktuelle Fragen und Anforderungen zum Artenschutz aus Sicht einer Genehmigungsbehörde“ - Vortrag beim BfN-Fachkolloquium am 26.11.19
- ⁹⁸ siehe z.B. BfN: „Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA“, der lediglich eine Zusammenfassung der verschiedenen in der aktuellen Verwaltungspraxis durchgeführten Prüfschritte ist ohne verbindliche Festlegungen zu treffen und die Frage der Signifikanzschwelle weiter offen lässt
- ⁹⁹ zu den Anforderungen an nachträgliche Anordnungen siehe OVG Lüneburg, Urteil vom 13.03.19 - 12 LB 125/18
- ¹⁰⁰ Der Gesetzgeber will hiermit explizit die Möglichkeit einer abstrakt-generellen Regelung eröffnen: BT-Drs. 16/5100 und 16/6780.
- ¹⁰¹ z.B. Kormoran-VO-NRW, NKormoranVO, Landesverordnung zur Abwendung von Schäden durch Kormorane (SH), Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung Bayern
- ¹⁰² OVG Magdeburg, Urteil vom 22.11.17 - 2 K 127/15
- ¹⁰³ Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission: „Great Cormorant - Applying derogations under article 9 of the birds directive 2009/147/EG (2013)“, Seite 15; sowie allgemein Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission: „Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (Februar 2007)“, Kapitel III.2.1
- ¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 21.06.18 - C-557/15; EUGH, Urteil vom 08.06.06 - C-60/05; EuGH, Urteil vom 10.10.19 - C-674/17 in den Entscheidungen kritisiert der EuGH (nur) Mängel bei der Gestaltung und Begründung der Ausnahmeregelung, nicht jedoch die Möglichkeit, Ausnahmen per Verordnung zu regeln; vgl. auch zur Zulässigkeit und Vorteilhaftigkeit von generalisierten FFH-Verträglichkeitsprüfungen (und habitatschutzrechtlichen Ausnahmen) als Ersatz für Prüfungen in Einzelgenehmigungsverfahren: EuGH, Urteil vom 07.11.18 - C-293/17 sowie die zugehörigen Schlussanträge vom 25.07.18
- ¹⁰⁵ gegen derartige Regelungen im Rahmen einer TA Artenschutz oder Erlassen der Länder werden soweit ersichtlich im derzeitigen Diskurs keine Bedenken erhoben, vgl. z.B. die angestrebte Erlassregelung zur generellen Erteilung von Ausnahmen in Schleswig-Holstein, vorgestellt auf dem KNE-Fachgespräch „Artenhilfsprogramme und Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG“ am 24.01.10, sowie zur Verpflichtung der Behörde zur Ausnahmeerteilung Sailer, F.: „Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung“ - Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020
- ¹⁰⁶ Das öffentliche Interesse begründet die Erneuerbare-Energien-Richtlinie EU 2018/2001, Erwägungsgrund 2: „Das für 2030 im Bereich erneuerbarer Energie angestrebte verbindliche Ziel der Union und die diesbezüglichen Beiträge der Mitgliedstaaten [...] zählen zu den Elementen, denen die Union bei ihrer Energie- und Umweltpolitik eine übergeordnete Bedeutung beimisst.“ Eine Entlastung und Straffung der Genehmigungsverfahren für Erneuerbare-Energien-Anlagen entspricht den Zielen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie EU 2018/2001, siehe z.B. Erwägungsgründe 45, 50, 51, Art. 15 Abs. 1, Art. 16
- ¹⁰⁷ Gellermann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 31 zu § 45 BNatSchG; Lütke/Ewers, BNatSchG, 2. Auflage 2018, Rn 64 zu § 45 BNatSchG
- ¹⁰⁸ die Ausnahmemöglichkeit für Windenergieanlagen in Bezug auf Vögel ausdrücklich bejahend: VGH Kassel, Beschluss vom 06.11.18 - 9 B 765/18, OVG Münster, Urteil vom 04.07.12 - 10 D 47/10.NE; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 10.11.15 - 10 A 7/13; BfN: „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“ - Bonn, 27.03.20; siehe auch Fn 110
- ¹⁰⁹ vgl. die Einstufung der Trinkwasserversorgung als Belang der öffentlichen Sicherheit durch die Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission: „Great Cormorant - Applying derogations under article 9 of the birds directive 2009/147/EG (2013)“, Seite 12; die Nennung der öffentlichen Sicherheit als möglicher Ausnahmegrund für Windenergieanlagen im Leitfaden der EU-Kommission „Entwicklung der Windenergie und Natura2000“, Seite 20; die Abwendung von Gefahren durch Kapazitätsengpässe bei der Luftfahrt: BVerwG, Beschluss vom 22.06.15 - 4 B 59.14; sowie die Betonung der Bedeutung der Erneuerbaren Energien für die Versorgungssicherheit in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie EU 2018/2001, Erwägungsgrund 3
- ¹¹⁰ siehe hierzu beispielhaft für zahlreiche Literatur: Bick, U., Wulfert, K.: „Artenschutzrechtliche Ausnahmen für Vogelarten“, NuR (2020), 42, 250-252; Gellermann, M.: „Windkraftnutzung im Lichte der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG“, NuR (2020), 42, 178-181; Sailer, F.: „Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung“ - Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020
- ¹¹¹ zur Vermeidung diese Wertungswiderspruchs wird auch die weite Auslegung des Art.9 Abs. 1 c) VS-RL und damit die Subsumtion von Vorhaben, die im öffentlichen Interesse liegen, unter eine „vernünftige Nutzung“ vertreten, siehe Frenz/Lau in Frenz/Müggenborg BNatSchG, 2. Auflage 2016, Rn 29 zu § 45 BNatSchG sowie Sailer, F.: „Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung“ - Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020
- ¹¹² Die generalisierte Ausnahme des Windenergieausbaus insgesamt hindert einerseits den Verweis eines Projektes von einer Konzentrationszone auf eine andere Zone und überwindet andererseits auch die Zweifelsfrage, ob an den einzelnen, typischerweise kleinen Windenergieprojekten ein ausreichendes

öffentliches Interesse bestehen kann, das artenschutzrechtliche Aspekte überwiegen und eine Einzelausnahme begründen kann; ein überwiegendes Interesse auch für die typischerweise kleinen Anlagen der Erneuerbaren Energien in Bezug auf die hochrangigen Schutzziele der Wasserrahmenrichtlinie bereits bejahend: EuGH, Urteil vom 04.05.16 - C-346/14

¹¹³ die „Alternativenprüfung“ ist also keineswegs lediglich verengend im Sinne von „Standortalternativen“ zu verstehen, sondern hat eine umfassende Bewertung im Sinne einer „zufriedenstellenden Lösung“ vorzunehmen, vgl. Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission: „Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (Februar 2007)“, Kapitel III.2.2

¹¹⁴ zur Berücksichtigung aller, nicht nur artenschutzrechtlicher Aspekte siehe BVerwG, Urteil vom 28.03.23 - 9 A 22.11, juris Rn 105, 136; VGH Kassel, Beschluss vom 06.11.18 - 9 B 765/18; zum Bezug auf die Konzentrationszonenplanung vgl. OVG Koblenz, Beschluss vom 27.04.17 - 8 B 10738/17 zur Befreiung von Verboten einer Landschaftsschutzverordnung

¹¹⁵ Verwaltungsvorschrift zur Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 92/43/EWG (FFH-RL) und 2009/147/EG (V-RL) zum Artenschutz bei Planungs- oder Zulassungsverfahren (VV-Artenschutz NRW)

¹¹⁶ vgl. zur Vorteilhaftigkeit von generalisierten FFH-Verträglichkeitsprüfungen (und habitatschutzrechtlichen Ausnahmen) als Ersatz für Prüfungen in Einzelgenehmigungsverfahren: EuGH, Urteil vom 07.11.18 - C-293/17 sowie die zugehörigen Schlussanträge vom 25.07.18

¹¹⁷ Einstufung von Vogelschlag an Windenergieanlagen als sehr seltenes Ereignis: PROGRESS-Studie: „Ermittlung von Kollisionsraten von (Greif-)Vögeln und Schaffung planungsbezogener Grundlagen für die Prognose und Bewertung des Kollisionsrisikos durch Windenergieanlagen“ – FKZ 0325300 A-D; sowie Leitfaden der EU-Kommission „Entwicklung der Windenergie und Natura2000“, Seite 39

¹¹⁸ siehe hierzu EuGH, Urteil vom 08.06.06 - C-60/05, EuGH, Urteil vom 15.12.05 - C-344/03; zum Ganzen auch Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission: „Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (Februar 2007)“, Kapitel III.2.1 Rn 33 und III.2.3

¹¹⁹ vgl. Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission: „Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (Februar 2007)“, Kapitel III.2.3.b) Rn 54ff

¹²⁰ vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 25.10.18 - 12 LB 118/16

¹²¹ ebenfalls den Gedanken einer Entkoppelung von konkretem Einzelvorhaben und Maßnahmenumsetzung über den Weg einer „Beverrattung von Maßnahmen“ verfolgend: Lau, M., Wulfert, K., Müller-Pfannenstiel, K.: „Möglichkeiten der Maßnahmenbevrattung im besonderen Artenschutzrecht aus rechtlicher und fachlicher Sicht“, NuR (2019), 41, 721-731

¹²² bei Bindung von Maßnahmen an konkrete Windenergieprojekte kann keine Sicherung und Erhaltung von Maßnahmen über die Dauer des Bestandes der Windenergieanlagen hinaus gefordert werden, siehe Fellenberg, F.: „Ewige Bindung?“, NuR (2016), 38, 749-756; die trotzdem erhobene behördliche Forderung einer unbegrenzten Sicherung stellt ein Praxisproblem dar

¹²³ Die generalisierte Ausnahme wäre daher die passgenaue rechtliche Umsetzung der umweltpolitisch diskutierten Auflösung des vermeintlichen Konfliktes zwischen Windenergieausbau und Artenschutz, siehe z.B.: „Was heißt hier bitte Vogelschredder?“ - Interviewgespräch zwischen MdB Oliver Krischer und NABU-Präsident Jörg-Andreas Krüger, Spiegel-Online 09.02.20; DNR, BUND, NABU, DUH, WWF, Greenpeace, Germanwatch: Thesenpapier zum naturverträglichen Ausbau der Windenergie vom 30.01.20

¹²⁴ zum Ausmaß der Abweichung der derzeitigen Verwaltungspraxis vom rechtlichen Rahmen des BNatSchG siehe ausführlich Agatz, M.: „Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie“ - Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, Richard Boorberg Verlag, Januar 2020 sowie Agatz, M.: „Aktuelle Fragen und Anforderungen zum Artenschutz aus Sicht einer Genehmigungsbehörde“ - Vortrag beim BfN-Fachkolloquium am 26.11.19

¹²⁵ OVG Koblenz, Urteil vom 20.09.18 - 8 A 11958/17, OVG Lüneburg, Urteil vom 25.10.18 - 12 LB 118/16

¹²⁶ Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“, Fassung 10.11.17, Kapitel 8, Nr. 2.b)2; VG Arnberg, Urteil vom 10.10.19 - 8 K 710/17; VG Düsseldorf, Urteil vom 19.09.19 - 28 K 3594/17

¹²⁷ durch die Rechtsprechung sind aber (ausreichend bemessene) Abschaltzeiten als geeignete und wirksame Vermeidungsmaßnahme für Vögel anerkannt, z.B. VGH München, Beschluss vom 23.01.20 - 22 CS 19.2297, OVG Münster, Beschluss vom 01.01.19 - 8 B 1013/18

¹²⁸ Fachagentur Windenergie an Land: „Technische Systeme zur Vermeidung von Kollisionen von windenergieanlagen sensiblen Fledermaus-/Vogelarten“ - Dokumentation des Workshops am 30.05.18 in Kassel; KNE: „Vogelschutz an Windenergieanlagen - Detektionssysteme als Chance für einen naturverträglichen Windenergieausbau?“ - Dokumentation zur KNE-Fachkonferenz am 15./16.5.19 in Kassel; KNE: „10 Fragen - 10 Antworten zu Detektionssystemen“, Stand 27.02.20

¹²⁹ Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“, Fassung 10.11.17, Anhang 1; Miosga, O. et al.: „Besonderes Uhu-Höhenflugmonitoring im Tiefland – Dreidimensionale Raumnutzungskartierung von Uhus im Münsterland“ - Natur in NRW 40(3), 35-39; Grünkom, T. & Welcker, J.: „Erhebung von Grundlagendaten zur Abschätzung des Kollisionsrisikos von Uhus an Windenergieanlagen im nördlichen Schleswig-Holstein“ - Forschungsprojekt im Auftrag des Landesverbandes Eulenschutz e.V. und des MELUND Schleswig-Holstein, Husum, August 2019

¹³⁰ PROGRESS-Studie: „Ermittlung von Kollisionsraten von (Greif-)Vögeln und Schaffung planungsbezogener Grundlagen für die Prognose und Bewertung des Kollisionsrisikos durch Windenergieanlagen“ – FKZ 0325300 A-D

¹³¹ Swiss Birdradar Solution AG: Endberichte Raumnutzungsanalyse Großvögel für die Windparks Dörentrup (Bericht vom 22.12.19) und Osterburg (Bericht vom 16.03.20), auf Anforderung beim Auftraggeber FEFA Ingenieurbüro für erneuerbare Energien erhältlich

¹³² KNE: „Vogelschutz an Windenergieanlagen - Detektionssysteme als Chance für einen naturverträglichen Windenergieausbau?“ - Dokumentation zur KNE-Fachkonferenz am 15./16.5.19 in Kassel

¹³³ Die Swiss Birdradar Solution AG in Kooperation mit FEFA Ingenieurbüro für erneuerbare Energien strebt zum Herbst 2020 die Validierung ihres Systems entsprechend dem Anforderungskatalog des KNE: „Anforderungen an eine fachlich valide Erprobung von technischen Systemen zur bedarfsgerechten Betriebsregulierung von Windenergieanlagen“ an

¹³⁴ siehe z.B. ARSU GmbH, Positionen 06/2014: „13 Jahre später: Wie entwickeln sich die Wiesenvogelbestände im Windpark Hinrichsfehn?“ nach der die Entwicklung „windenergiesensibler“ Vogelarten in und im Umfeld Windparks nicht anders verläuft als im selben Landschaftsraum außerhalb des Umfeldes von Windenergieanlagen

¹³⁵ Hinsch, A.: „Windenergienutzung und Artenschutz: Verbotsvorschriften des § 44 BNatSchG im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren“ – ZUR 4/2001, 191; Gatz, S.: „Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage“; Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten – Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015) im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land, November 2015; Windenergie-Erlass Niedersachsen; Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg: Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen – Juli 2015; VG Aachen, Beschluss vom 02.09.16 - 6 L 38/16; OVG Lüneburg, Urteil vom 10.01.17 - 4 LC 198/15

¹³⁶ Windenergie-Erlass Niedersachsen; Hinsch, A.: „Windenergienutzung und Artenschutz: Verbotsvorschriften des § 44 BNatSchG im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren“ – ZUR 4/2001, 191; OVG Lüneburg, Urteil vom 28.01.10 - 12 LB 243/07, VG Aachen, Beschluss vom 02.09.16 - 6 L 38/16; OVG Lüneburg, Urteil vom 10.01.17 - 4 LC 198/15

¹³⁷ so ist es heute übliche Praxis, als Reaktion auf die Kartierung eines Wiesenvogelbrutplatzes auf einer Ackerfläche innerhalb des artspezifischen Radius ein großflächiges, extensives, geschütztes Grünland mit Blänke als artenschutzrechtliche Kompensationsmaßnahme zu fordern, obwohl diese Forderung - zumindest nicht unmittelbar ohne weitere Prüfung oder Begründung - eine Rechtsgrundlage in § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG findet

- ¹³⁸ OVG Münster, Urteil vom 28.08.08 - 8 A 2138/06; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 23.05.19 - 8 K 774/17; VG Frankfurt/Oder, Urteil vom 19.06.19 - 5 K 1030/18; ebenso VG Münster 10 K 4609/16 Protokoll der mündlichen Verhandlung (anschließend Erledigung der Sache); vgl. auch PdK NW StrWG NRW (Stand September 2017) Ziffern 3.10 - 3.13 zu § 25 Abs. 2 StrWG NRW
- ¹³⁹ Jarass, BImSchG, 12. Auflage 2017, Rn 11 zu § 13 BImSchG; Seibert in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 108, 112 zu § 13 BImSchG; PdK NW StrWG NRW (Stand September 2017) Ziffern 3.1.2, 3.16.3 und 3.19.1 zu § 25 Abs. 2 StrWG NRW
- ¹⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 07.04.16 - 4 C 1.15; OVG Lüneburg, Urteil vom 03.12.14 - 12 LC 30/12; OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.15 - 12 ME 39/14
- ¹⁴¹ Forschungsnachricht der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB) vom 06.12.19: „Neues Bewertungstool für die Wechselwirkung von Drehfunkfeuern und Windenergieanlagen entwickelt“, abgerufen zuletzt am 05.04.10
<https://www.ptb.de/cms/de/ptb/fachabteilungen/abt2/aktuelleforschung2/forschungsnachrichten.html>
- ¹⁴² Pressemitteilung des BMWi vom 14.05.20: „Methodik zur Bewertung von Funknavigationsanlagen durch Windenergieanlagen verbessert“, abgerufen zuletzt am 17.05.20
- ¹⁴³ § 36 Abs. 2 BauGB, § 73 BauO NRW; Seibert in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 109 zu § 13 BImSchG
- ¹⁴⁴ Seibert in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, Rn 106 zu § 13 BImSchG, vgl. auch Fn 140
- ¹⁴⁵ vgl. PdK NW StrWG NRW (Stand September 2017) Ziffern 3.1 und 3.19.1 zu § 25 Abs. 2 StrWG NRW
- ¹⁴⁶ so BMWi: „Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land - Aufgabenliste zur Schaffung von Akzeptanz und Rechtssicherheit für die Windenergie an Land“ und bdeW-Positionspapier: „Maßnahmen zum Abbau von Hemmnissen für den weiteren Ausbau der Windenergie an Land“ sowie Referentenentwurf des Kohleausstiegsgesetzes vom 11.11.19
- ¹⁴⁷ vgl. die im Zuge des sog. „Dieselskandals“ eingeführte zivilrechtliche Musterfeststellungsklage: Gesetz zur Einführung einer zivilprozessrechtlichen Musterfeststellungsklage vom 12.07.18, BGBl. I S. 1151
- ¹⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 28.02.02 - 1 BVR 1676/01 in Bezug auf ein vorausgegangenes verwaltungsgerichtliches Verfahren; BVerfG, Beschluss vom 17.02.1997 - 1 BVR 1658/96 in Bezug auf ein vorausgegangenes zivilrechtliches Verfahren; BVerfG, Beschluss vom 29.07.09 - 1 BVR 1606/08 speziell in Bezug auf Schallimmissionen
- ¹⁴⁹ z.B. Fachagentur Windenergie an Land: „Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung - drei Vorschläge zur Diskussion“
- ¹⁵⁰ BVerwG, Urteil vom 17.12.02 - 4 C 15.01; BVerwG, Urteil vom 13.12.12 - 4 CN 1.11; BVerwG, Urteil vom 31.01.2013 - 4 CN 1.12; BVerwG, Beschluss vom 30.01.19 - 4 BN 4.18
- ¹⁵¹ Ein solche Regelung gab es bis in die 1970er Jahre hinein in § 5 Abs. 6 BBauGB 1960, BGBl. I Nr. 30/1960 S. 341: „Soweit dies für die städtebauliche Entwicklung der Gemeinde erforderlich ist und nicht überwiegende Belange des Natur- und Landschaftsschutzes entgegenstehen, können für Flächen, die dem Landschaftsschutz unterliegen, Nutzungsregelungen nach Abs. 2 Nr. 1 bis 8 getroffen werden. Mit Inkrafttreten eines Bebauungsplans treten in seinem Geltungsbereich Regelungen, die dem Landschaftsschutz dienen, insoweit außer Kraft, als sie der Durchführung des Bebauungsplans entgegenstehen.“
- ¹⁵² BVerwG, Urteil vom 17.12.02 - 4 C 15.01; OVG Münster, Urteil vom 09.09.19 - 10 D 36/17.NE; OVG Münster, Urteil vom 06.03.18 - 2 D 95/15.NE; OVG Münster, Urteil vom 20.01.20 - 2 D 100/17.NE; OVG Koblenz, Urteil vom 10.03.20 - 8 A 11546/19; OVG B.-Brandenburg 2 A 4.19 vom 23.05.19 versus VG Arnsberg, Urteil vom 18.12.18 - 4 K 8500/17 bestätigt durch OVG Münster, Urteil vom 21.04.20 - 8 A 311/19; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.02.11 - 2 A 2.09; OVG Lüneburg, Urteil vom 28.01.10 - 12 LB 243/07; OVG Lüneburg, Urteil vom 26.02.20 - 12 KN 182/17; siehe auch ausführlich Agatz, M.: „Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie“ - Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, Richard Boorberg Verlag, Januar 2020
- ¹⁵³ z.B. OVG Münster, Urteil vom 17.01.19 - 2 D 63/17.NE, einzig die 2-fache Anlagenhöhe als hartes Tabukriterium anerkennend: OVG Lüneburg, Urteil vom 26.10.17 - 12 KN 119/16; OVG Lüneburg, Urteil vom 13.07.17 - 12 KN 206/15
- ¹⁵⁴ zur abschließenden Abwägung auf Planungsebene, die die nachfolgende Genehmigungsebene bindet, vgl. BVerwG, Urteil vom 20.05.10 - 4 C 7.09
- ¹⁵⁵ Entgegen der Annahme der Gerichte gehen weder die Windrichtung noch die Windgeschwindigkeit in die Ausbreitungsrechnung nach TA Lärm ein, ist der Schalleistungspegel von WEA mit hoher Nennleistung nicht höher als der von WEA mit niedriger Nennleistung und sind moderne WEA nicht tonhaltig, z.B.: BVerwG, Urteil vom 17.12.02 - 4 C 15.01; OVG Münster, Urteil vom 05.07.17 - 7 D 105/14.NE, NRWE, Rn 46; OVG Koblenz, Urteil vom 16.05.13 - 1 C 11003/12; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.05.19 - 2 A 4.19; VGH München, Beschluss vom 11.12.13 - 22 CS 13.2122
- ¹⁵⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 24.02.11 - 2 A 2.09; OVG Münster, Ur. v. 01.07.13 - 2 D 46/12.NE; OVG Koblenz, Ur. v. 16.05.13 - 1 C 11003/12
- ¹⁵⁷ VGH München, Beschluss vom 11.12.13 - 22 CS 13.2122; OVG Münster, Urteil vom 19.05.04 - 7 3368/02; OVG Lüneburg, Urteil vom 08.11.05 - 1 B 133/04; OVG Bautzen, Urteil vom 19.07.12 - 1 C 40/11
- ¹⁵⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.05.19 - 2 A 4.19; OVG Lüneburg, Urteil vom 07.02.20 - 12 KN 75/18
- ¹⁵⁹ BVerwG, Urteil vom 13.12.18 - 4 CN 3.18
- ¹⁶⁰ vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 23.06.16 - 12 KN 64/14; OVG Münster, Urteil vom 14.03.19 - 2 D 71/17.NE; OVG Greifswald, Urteil vom 03.04.13 - 4 K 24/11; Windenergie-Erlass NRW Ziffer 8.1 und 8.2.2.2; Fachagentur Windenergie an Land: „Steuerung der Windenergie im Außenbereich durch Flächennutzungsplan im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB“ – Hintergrundpapier, Februar 2015
- ¹⁶¹ zur auch in dieser Hinsicht kontroverse Rechtsprechung vgl. OVG Münster 2 D 22/15.NE vom 17.05.17 (sowie in anderem Zusammenhang für die Möglichkeit des Hinzutretens von Positivflächen zu einer Konzentrationszonenplanung sprechend: BVerwG 4 CN 3.18 vom 13.12.18) versus OVG Lüneburg 12 KN 64/17 vom 19.06.19; OVG Lüneburg 12 KN 75/18 vom 07.02.20
- ¹⁶² Als Ursprungsquelle wird regelmäßig das VG Hannover, Urteil vom 24.11.11 - 4 A 4927/09 zitiert, wo sich allerdings der Wert von 10% nicht findet, sondern lediglich 3,6% als „niedrig“ und 20% als „zu hoch“ deklariert wird und zudem auf die landkreisweit ausgewiesenen Vorrangflächen als Orientierung Bezug genommen wird (woraus sich ein nicht explizit genannter, rechnerischer Wert von 9% ergeben würde). Die Setzung des Wertes von 10% muss somit wohl eher dem OVG Münster zugeschrieben werden, der diese Zahl als wahrscheinliches Fehlzeit erstmals im Urteil vom 22.09.15 - 10 D 82/13.NE und dann fortgesetzt in Folgeentscheidungen nennt und sich so zu eigen gemacht hat.
- ¹⁶³ OVG Münster, Urteil vom 06.03.18 - 2 D 95/15.NE; OVG Münster, Urteil vom 20.01.20 - 2 D 100/17.NE; OVG Münster, Urteil vom 14.03.19 - 2 D 71/17.NE; OVG Lüneburg, Urteil vom 05.03.18 - 12 KN 144/17
- ¹⁶⁴ BVerwG, Urteil vom 17.12.02 - 4 C 15.01; BVerwG, Urteil vom 13.12.12 - 4 CN 1.11; BVerwG, Urteil vom 31.01.2013 - 4 CN 1.12
- ¹⁶⁵ BVerwG, Ur. v. 17.12.02 - 4 C 15.01; BVerwG, Ur. v. 13.12.12 - 4 CN 1.11; BVerwG, Beschl. v. 30.01.19 - 4 BN 4.18
- ¹⁶⁶ Bereits nach heutigem Recht können sich qualifizierte, gewichtige Gründe, insbesondere bei Betroffenheit überörtlicher Rauminteressen und Interessen anderer Gemeinden zu einer Planungspflicht nach § 1 Abs. 3 BauGB verdichten, vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 136. EL Oktober 2019, Rn 39, 39a zu § 1 BauGB; vgl. auch § 5 Abs. 1 Satz 3 BauGB 2004: „Der Flächennutzungsplan soll spätestens 15 Jahre nach seiner erstmaligen oder erneuten Aufstellung überprüft und, soweit nach § 1 Abs. 3 Satz 1 erforderlich, geändert, ergänzt oder neu aufgestellt werden.“
- ¹⁶⁷ BT-Drs 19/20148, Beschlussempfehlung c)II. (Seite 14)
- ¹⁶⁸ vgl. Referentenentwurf des BMU vom 11.08.20 zur Änderung der 9. BImSchV zwecks Umsetzung des Art. 16 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie EU 2018/2001
- ¹⁶⁹ zu strukturellen Problemen und Reformen der Umweltverwaltung sei auf die zahlreiche diesbezügliche Literatur verwiesen, z.B. Öko-Institut e.V.: „Umweltrecht ohne Umsetzer? Die Strukturformen in den Umweltverwaltungen ausgewählter Bundesländer und ihre Herausforderungen (Hintergrundbericht sowie zugehöriges Policy Papier mit Handlungsempfehlungen zu Baden-Württemberg, Hessen und Niedersachsen)“ – Darmstadt/Berlin, 2008; Sachverständigenrat für Umweltfragen: „Umweltverwaltungen und Reformdruck“ – Berlin, 2007; Ebinger, Falk: „Vollzug trotz Reform?“ – Verwaltungsarchiv 1/2009; Ebinger, F. & Bogumil, J.: „Grenzen der Subsidiarität. Verwaltungsreform und Kommunalisierung in den Ländern.“ – Beitrag in „Lokale Politikforschung heute“ – Wiesbaden, 2008; Bauer et al.: „Modernisierung der Umweltverwaltung - Reformstrategien und Effekte in den Bundesländern“ – edition sigma, Berlin, 2007