



**Parlamentarischer
Beratungs- und Gutachterdienst
des Landtags NRW**

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
14. WAHLPERIODE

Information

14/127

alle Abg.

Gutachterliche Stellungnahme

Aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen

Mit diesem Gutachten wurde

Herr Professor Dr. Gerd Ketteler (Frage 1 und 2) und

Herr Professor Dr. Edmund Beckmann (Frage 3 und 4)

durch den Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienst beauftragt.

Betreuung: Andrea Glende, Sabine Trotzewitz

Datum: 9. November 2005

Mit dieser Ausarbeitung wurde der Parlamentarische Beratungs- und Gutachterdienst durch Herrn Minister a. D. Dr. Axel Horstmann MdL, SPD-Landtagsfraktion, beauftragt.

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes des Landtags Nordrhein-Westfalen sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung - auch auszugsweise - ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A.	Ausgangslage und Untersuchungsauftrag	5
B.	Einzelthemen	6
	1. Frage: Rechtliche Bedeutung des Windenergie-Erlasses NRW	6
I.	Rechtsqualität des Windkraftanlagen-Erlasses NRW	6
II.	Welche Steuerungsmöglichkeiten ergeben sich aufgrund des WKA-Erlasses bei der Windkraftnutzung?	7
III.	Besteht eine gesetzliche Pflicht zur Förderung der Windenergie mit Auswirkungen auf das Planungs- bzw. Anlagenzulassungsrecht?	8
	1. Pflicht zur Förderung der Windenergie aufgrund des BauGB	8
	2. Pflicht zur Förderung aufgrund des EEG	10
	3. Pflicht zur Förderung aus völker- und europarechtlichen Gründen	10
IV.	Ergebnis zu Frage 1	10
	2. Frage: Zulässigkeit pauschaler Abstandszonen zwischen Windenergieanlagen und sonstiger Bebauung?	11
I.	Zulässigkeit pauschaler Abstandszonen in der Planung (Regional- und Bauleitplanung).....	11
	1. Abstandsregelungen nach Maßgabe des WKA-Erlasses im Überblick.....	11
	2. Rechtliche Rahmenbedingungen zur Festlegung von Abständen aufgrund des vorbeugenden Immissionsschutzes	11
	a) Anlagengenehmigung und Vorsorge.....	11
	b) Planung und Vorsorge	12
	3. Zulässigkeit der Pauschalierung von Abständen zur Wohnbebauung aufgrund des vorbeugenden Immissionsschutzes	12
	a) Grundsätze	12
	b) Abstandsregelungen des WKA-Erlasses im Einzelnen	14
	c) Abstandszonen im Spiegel der Rechtsprechung	16
	d) Vereinbarkeit der Abstandsregelungen des WKA-Erlasses mit der Rechtsprechung	18
	4. Abstandszonen in den Verwaltungsvorschriften anderer Bundesländer.....	19
II.	Verfahren zur Genehmigung von Windkraftanlagen.....	20
	1. Immissionsschutzrechtliches Verfahren für Windkraftanlagen über 50 m Gesamthöhe	20
	2. Baurechtliches Genehmigungsverfahren für Windkraftanlagen bis 50 m Gesamthöhe.....	21
	3. Immissionsschutzrechtliche Anforderungen	21
III.	Ergebnis zu Frage 2	22

3. Frage: Welche rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten existieren, die Höhe von Windkraftanlagen zu regeln?	23
I. Grundsätze der Raumplanung.....	23
II. “Art und Maß der baulichen Nutzung”.....	24
1. Im Flächennutzungsplan / im Bebauungsplan / in der Genehmigung	24
2. Fortgeltung alter Bauleitpläne / neue Bauleitplanung / Anpassung	25
3. Geordnete städtebauliche Entwicklung.....	26
III. Regionalplanung.....	27
V. Ergebnis zu Frage 3	29
4. Frage: Wie stellt sich die Rechtslage in Bezug auf das sog. “Repowering” von Windkraftanlagen dar?	29
I. Definition und Abgrenzung	29
II. Genehmigung einer Windkraftanlage	30
1. Ausgangslage.....	30
2. Bestandsschutz	31
III. “Repowering”	31
IV. Ergebnis zu Frage 4	33
C. Zusammenfassung	35

A. Ausgangslage und Untersuchungsauftrag

Gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zählt ein Vorhaben, das der Nutzung der Windenergie dient, zu den im Außenbereich privilegierten Vorhaben, d. h. es ist bauplanungsrechtlich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist. Diese Privilegierung ist mit der flankierenden Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verknüpft, durch die in Flächennutzungs- oder Raumordnungsplänen die bauliche Entwicklung im Außenbereich planerisch gesteuert werden kann. Weiterhin ist eine Windkraftanlage als "dienendes" Nebenvorhaben zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert zulässig (sog. "mitgezogener" Betriebsteil); das gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht erfüllt sind.

Seit dem 01.07.2005 bedürfen gemäß Nr. 1.6 Spalte 2 des Anhangs der 4. BImSchV Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m einer Genehmigung nach dem BImSchG. Ein förmliches Genehmigungsverfahren (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) findet nur statt, wenn zur Genehmigung der Anlage eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe c der 4. BImSchV). Windkraftanlagen bis zu einer Gesamthöhe von 50 m bedürfen einer baurechtlichen Genehmigung. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung ist bei derartigen Anlagen nicht erforderlich.

Das Ministerium für Bauen und Verkehr, das Ministerium für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz sowie das Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes NRW haben am 21.10.2005 den Gemeinsamen Runderlass "Grundsätze für Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen – WKA-Erlass" herausgegeben, der an die Stelle des Windenergie-Erlasses vom 03.05.2002 tritt.

Mit Blick auf diese Neufassung ist der Parlamentarische Beratungs- und Gutachterdienst des Landtages NRW um eine gutachterliche Stellungnahme zu aktuellen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Windkraft gebeten worden, und zwar insbesondere zu folgenden Fragen:

- 1. Rechtliche Bedeutung des Windkraftanlagen-Erlasses NRW**
- 2. Zulässigkeit pauschaler Abstandszonen zwischen Windenergieanlagen und sonstiger Bebauung**
- 3. Frage: Welche rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten existieren, die Höhe von Windkraftanlagen zu regeln?**
- 4. Frage: Wie stellt sich die Rechtslage in Bezug auf das sog. "Repowering" von Windkraftanlagen dar?**

B. Einzelthemen

1. Frage: **Rechtliche Bedeutung des Windenergie-Erlasses NRW: Welche Rechtsqualität kommt dem Windenergie-Erlass NRW zu und welche Steuerungsmöglichkeiten ergeben sich daraus für die Windkraftnutzung in Nordrhein-Westfalen?**

I. **Rechtsqualität des Windkraftanlagen-Erlasses NRW**

Bei dem Windkraftanlagen-Erlass (im Folgenden: WKA-Erlass) handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift, die in abstrakt-genereller Form der Steuerung des Verwaltungshandelns nachgeordneter Behörden dient. Die Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsvorschriften stützt sich auf die Organisationsgewalt der beteiligten Ministerien.

Die Rechtsnatur von Verwaltungsvorschriften ist umstritten¹. Nicht streitig ist jedoch, dass sie verwaltungsinterne Regelungen darstellen. Verwaltungsvorschriften sind daher Innenrechtssätze, sie sind aber keine Gesetze i. S. des Art. 20 Abs. 3 GG und des Art. 97 Abs. 1 GG (Außenrechtssätze)².

Eine (begrenzte) Außenwirkung käme dem WKA-Erlass allerdings dann zu, wenn er als *normkonkretisierende* Verwaltungsvorschrift nach Maßgabe der Rechtsprechung des BVerwG – wie etwa die TA Luft oder die TA Lärm – anzusehen wäre³. Das ist jedoch nicht der Fall. Zum einen fehlt die zu fordernde gesetzliche Ermächtigung zum Erlass normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften, wie sie z. B. im § 48 BImSchG enthalten ist⁴, zum anderen erfolgt im WKA-Erlass keine Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch Standards, die entsprechend der Art ihres Zustandekommens in hohem Maße wissenschaftlich-technischen Sachverstand und allgemeine Folgenbewertungen verkörpern, wie es das BVerwG⁵ insbesondere mit Blick auf das Umweltrecht verlangt. Gegenstand des WKA-Erlasses sind zum überwiegenden Teil allgemeine Erläuterungen zur Rechtslage im Zusammenhang mit der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen, Hinweise auf Gesetzesänderungen und neuere Rechtsprechung, Interpretationshilfen bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie Handlungsanleitungen. Der WKA-Erlass ist daher als erläuternde bzw. *norminterpretierende* Verwaltungsvorschrift anzusehen, durch welche die Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen im Interesse einer Gleichbehandlung gesteuert werden soll.

¹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, § 24 Rn. 2; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, § 6 Rn. 41

² BVerfG, Beschluss vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83 – DVBl 1989, S. 94, 95; vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.11.1993 – 5 N 1.92 – BVerwG E 94, S. 335, 336 f.; BVerwG, Urteil vom 25.11.2004 – 5 CN 1.03 – DVBl 2005, S. 766, 767

³ BVerwG, Urteil vom 20.12.1999 – 7 C 15/98 – NVwZ 2000, S. 440 (TA Luft); BVerwG, Beschluss vom 09.04.2003 – 6 B 12.03 – GewArch 2003, S. 300, 301 (TA Lärm)

⁴ Jarass, JuS 1999, S. 105, 109; Remmert, JURA 2004, S. 728, 731

⁵ BVerwG, Beschluss vom 10.01.1995 – 7 B 112.94 – DVBl. 1995, S. 516 f.; Jarass, JuS 1999, S. 105, 108 f.; vgl. auch VG Münster, Urteil vom 08.03.2001 – 2 K 3122/99 – NWVBl. 2002, S. 72 ff. zum "Einzelhandelserlass NRW" vom 07.05.1996 (MBI. 1996, S. 922 ff.)

Für Gerichte ist der WKA-Erlass – mangels Außenwirkung - nicht verbindlich; er kann ggf. als "Orientierungshilfe" dienen⁶.

II. Welche Steuerungsmöglichkeiten ergeben sich aufgrund des WKA-Erlasses bei der Windkraftnutzung?

Nachgeordnete Behörden und Bedienstete haben aufgrund der dienstrechtlichen Gehorsamspflichten den WKA-Erlass zu beachten und anzuwenden (§ 58 LBG NRW)⁷. Die interne Bindung an eine Verwaltungsvorschrift besteht bis zu ihrer Aufhebung. Für den einzelnen Amtswalter, der eine anzuwendende Verwaltungsvorschrift für rechtswidrig hält, besteht die Möglichkeit zur Remonstration (§ 59 Abs. 2 LBG NRW)⁸.

Der konkrete Umfang der Bindungswirkung hängt in erster Linie davon ab, welchen Regelungsgehalt die jeweilige Verwaltungsvorschrift sich selbst beimisst⁹. Angesichts des Umfangs des WKA-Erlasses lässt sich die Frage nach den Möglichkeiten zur Steuerung der Windenergienutzung durch den Erlass nicht einheitlich beantworten. Soweit sich der WKA-Erlass darauf beschränkt, eine *Hilfestellung* bei der Planung und Zulassung von Windkraftanlagen zu geben und *planerische Spielräume aufzuzeigen* (Nr. 1 Abs. 1), ist seine innerrechtliche Steuerungskraft eher gering einzustufen. Ähnliches gilt hinsichtlich der Aussage, bei der Regional- und Bauleitplanung werde im Rahmen der planerischen Abwägung *empfohlen, i.d.R.* einen Mindestabstand von 1.500 m vorzugeben (Nr. 1 Abs. 7). Auch die besonders umstrittene Abstandsregelung in Nr. 8.1.1 des WKA-Erlasses ist angesichts der "vorsichtigen" Formulierung als Steuerungsinstrument ebenfalls nur schwach ausgebildet¹⁰.

In grundsätzlicher Hinsicht hat das OVG Münster¹¹ mit Blick auf den Windenergieanlagen-Erlass (1996) darauf hingewiesen, dass ein ministerieller Erlass der gemeindlichen Bauleitplanung keine Pflichten aufgeben könne, die über die sonst bestehenden rechtlichen Bindungen des BauGB und anderer Rechtsnormen hinausgingen; das ergibt sich insbesondere aus der Planungshoheit nach Art. 28 Abs. 2 GG.

Ob dem WKA-Erlass in der Verwaltungspraxis eine – über den Wortlaut hinausgehende – stärkere Verbindlichkeit zuerkannt wird, lässt sich allenfalls vermuten, derzeit aber weder verbindlich vorhersagen noch einheitlich beantworten.

⁶ OVG Münster, Beschluss vom 09.07.2003 – 7 B 949/03 – BauR 2003, S. 1712, 1713 zum Windenergie-Erlass NRW vom 03.05.2002. Der "Freizeitlärm-Erlass NRW" vom 15.01.2004 (MBI. 2004, S. 176) wird vom OVG Münster, Beschluss vom 14.01.2002 – 7 B 929/01 – als "Entscheidungshilfe mit Indizcharakter" bezeichnet.

⁷ Maurer (Fn. 1), § 24 Rn. 16 ff.; Jarass, JuS 1999, S. 105, 106

⁸ Jarass, JuS 1999, S. 105, 106; Remmert, JURA 2004, S. 728, 729

⁹ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 24.04.1995 – 7 B 172/94 – NVwZ-RR 1995, S. 565

¹⁰ Siehe hierzu noch nachfolgend unter Frage 2: I.3.b)bb). Anders z.B. der "Einzelhandelserlass NRW" vom 07.05.1996 (MBI. 1996, S. 922 ff.), der u.a. ausdrücklich von Weisungen spricht.

¹¹ Urteil vom 15.07.2002 – 7 A 860/01 – juris; Fickert/Fieseler, Baunutzungsverordnung, Kommentar, 10. Aufl., 2002, § 1 Rn. 41.3

Sofern eine Verwaltungsvorschrift – hier also der WKA-Erlass – die geltenden Gesetze zutreffend auslegt, kommt ihr keine eigenständige Bedeutung zu, da sie nur das näher erläutert, was ohnehin gilt¹².

Anders verhält es sich mit Verwaltungsvorschriften, die gegen das geltende Recht verstoßen. Während die nachgeordneten Behörden auch an rechtswidrige Verwaltungsvorschriften gebunden sind, solange sie nicht aufgehoben worden sind, gilt dies nicht für die Gerichte; insbesondere die norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften sind Gegenstand und nicht Maßstab richterlicher Kontrolle¹³, d. h. sie sind durch die Verwaltungsgerichte - denen die Auslegung von Gesetzen obliegt – vollständig überprüfbar¹⁴. Sofern ein Verwaltungsgericht Regelungen des WKA-Erlasses für rechtswidrig hält, wird es diese nicht anwenden.

III. Besteht eine gesetzliche Pflicht zur Förderung der Windenergie mit Auswirkungen auf das Planungs- bzw. Anlagenzulassungsrecht?

1. Pflicht zur Förderung der Windenergie aufgrund des BauGB

Nachdem das BVerwG¹⁵ im Jahre 1994 mit Blick auf das seinerzeit geltende Recht die Auffassung vertreten hatte, Windenergieanlagen seien im Außenbereich nicht privilegiert, ist mit Wirkung zum 01.01.1997 die nunmehr geltende Änderung des BauGB in Kraft getreten. Gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB¹⁶ ist ein Vorhaben, das der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient, im Außenbereich privilegiert zulässig, soweit öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Diese Privilegierung ist aber zugleich mit der flankierenden Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verknüpft, die es dem Planungsträger ermöglicht, die bauliche Entwicklung im Außenbereich planerisch zu steuern¹⁷. Nach dieser Vorschrift stehen öffentliche Belange einem Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB in der Regel¹⁸ auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermächtigt somit die Landesplanungsbehörden in Raumordnungsplänen¹⁹ und die Gemeinden in Flächennutzungsplänen²⁰, Konzentrationszonen für Windkraftanlagen positiv auszuweisen. Diese positive Standortzuweisung innerhalb eines Plangebietes beinhaltet zugleich eine Ausschlusswirkung mit Blick auf den übrigen

¹² Maurer (Fn. 1), § 24 Rn. 29

¹³ BVerfG, Beschluss vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83 – DVBl 1989, S. 94, 95

¹⁴ Maurer (Fn. 1), § 24 Rn. 17; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 1), § 6 Rn. 47; Remmert, JURA 2004, S. 728, 731

¹⁵ BVerwG, Urteil vom 16.06.1994 – 4 C 20/93 - NVwZ 1995, S. 64

¹⁶ Durch das EAG-Bau vom 24.06.2004 (BGBl. I 2004, S. 1359) ist die bisherige Nr. 6 des § 35 Abs. 1 BauGB zu Nr. 5 geworden. Die nachfolgend zitierte Rechtsprechung benennt durchweg die frühere Fassung, also § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 - NVwZ 2003, S. 733, 734; OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 - NVwZ 2002, S. 1135, 1136 f.

¹⁸ Die Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden: Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 - 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 737 f.; OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – NVwZ 2002, S. 1135, 1138; Jeromin, BauR 2003, S. 820, 823

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 4/02 – NVwZ 2003, S. 738 ff.; BVerwG, Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 3/02 – NVwZ 2003, S. 1261 ff.

²⁰ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733 ff.

Planungsraum²¹. Die mit der positiven Standortzuweisung verbundene Ausschlusswirkung darf aber nicht auf eine verkappte "Verhinderungsplanung" hinauslaufen, da sonst die mit der Gesetzesänderung beabsichtigte Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich konterkariert würde; nach der Wertung des Gesetzgebers lässt sich das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Plangebiets nur rechtfertigen, wenn der Planungsträger sicherstellt, dass sich die privilegierten Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen²². Die Planung muss daher *"für die Windenergienutzung in substanzieller Weise Raum schaffen"*²³.

Der Darstellung von Konzentrationszonen kommt nur dann die ihr zugedachte Ausschlusswirkung zu, wenn ihr ein schlüssiges (gesamträumliches bzw. städtebaulich begründetes) Planungskonzept zugrunde liegt, das sich auf das gesamte Plangebiet erstreckt und sowohl die Erwägungen aufzeigt, welche die positive Standortzuweisung begründen als auch die Gesichtspunkte benennt, die es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windkraftanlagen freizuhalten²⁴. Schützenswerte Belange, die der Windenergienutzung entgegenstehen können, sind z.B. der Fremdenverkehr, der Schutz von Natur und Landschaft sowie der Immissionsschutz²⁵. Welchen Belangen der Vorrang gebührt, kann nicht pauschal festgelegt, sondern nur im Einzelfall und vor Ort durch die Regional- oder Bauleitplanung abgewogen und entschieden werden²⁶.

Eine Verpflichtung, die Windenergie durch die Ausweisung von Konzentrationszonen im besonderen Maße zu fördern oder ihr einen wirtschaftlich optimalen Ertrag sicherzustellen, besteht für den Planungsträger nicht. Den Belangen der Windenergie kommt im Rahmen der Abwägung kein Vorrang oder auch nur ein besonders beachtliches Gewicht zu²⁷. Zwar sollte mit der Privilegierung der Windkraftanlagen in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB der Ausbau der Windenergie aus klimaschutz-, energie- und umweltpolitischen Gründen gefördert und der Anteil an erneuerbaren Energien an der Energieversorgung gesteigert werden²⁸, allerdings hat der Gesetzgeber durch § 35 Abs. 3 Satz 3 zugleich ein planerisches Steuerungsinstrument geschaffen: Die Privilegierungsentscheidung kommt nur nach Maßgabe der regionalen oder kommunalen Planungsvorstellungen zum Tragen. Nach Auffassung des BVerwG²⁹ verbietet

²¹ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 735; OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – NVwZ 2002, S. 1135, 1136 f.; Oerder, BauR 2005, S. 643, 644

²² BVerwG, Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 4/02 – NVwZ 2003, S. 738, 742; Heitsch, NuR 2004, S. 20, 22; B. Stürer/E. Stürer, NuR 2004, S. 341, 342

²³ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 735; BVerwG, Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 4/02 – NVwZ 2003, S. 738, 739; BVerwG, Urteil vom 21.10.2004 – 4 C 2/04 – NVwZ 2005, S. 211; kritisch zu dieser Formel: von Nicolai, ZUR 2004, S. 74, 77 f.

²⁴ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 736; BVerwG, Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 4/02 – NVwZ 2003, S. 738, 739; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 19.06.1996 – BT-Drs. 13/4978, S. 7; Rühl, UPR 2001, S. 413, 414

²⁵ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 736; OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – NVwZ 2002, S. 1135, 1137, 1139; Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Kommentar, 9. Aufl., 2005, § 35 Rn. 77; Stich, GewArch 2003, S. 8, 14

²⁶ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 736; OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – NVwZ 2002, S. 1135, 1137; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 19.06.1996 – BT-Drs. 13/4978, S. 6

²⁷ OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – NVwZ 2002, S. 1135, 1137, 1139; OVG Münster, Urteil vom 15.07.2002 – 7 A 860/01 – juris; Sächs. OVG, Urteil vom 07.04.2005 – 1 D 2/03 – juris; Stich, GewArch 2003, S. 8, 11

²⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 19.06.1996 – BT-Drs. 13/4978; BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 734

²⁹ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 735

es die Systematik, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einseitig unter dem Aspekt der Förderung der Windenergie zu betrachten.

2. Pflicht zur Förderung aufgrund des EEG

§ 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) benennt als Zweck des Gesetzes u. a., eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen, Natur und Umwelt zu schützen, die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern und dazu beizutragen, den Anteil erneuerbarer Energien an der Stromversorgung zu erhöhen. Bei dieser gesetzgeberischen Zielsetzung handelt es sich weniger um einen Rechts- als vielmehr um einen Programmsatz, aus dem sich mit Blick auf die Planung weder eine unmittelbar noch eine mittelbar wirkende Verpflichtung zur vorrangigen Förderung von Windkraftanlagen entnehmen lässt. Auch aus den übrigen Vorschriften des EEG ergeben sich keine besonderen Förderungspflichten.

Die Genehmigung einer Windkraftanlage nach § 6 BImSchG ist an die in § 5 BImSchG genannten Voraussetzungen geknüpft. Sofern sie vorliegen, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung (siehe hierzu nachfolgend Frage 2: II.3.). Das EEG verändert diese Genehmigungsvoraussetzungen nicht.

3. Pflicht zur Förderung aus völker- und europarechtlichen Gründen

Aus völker- und europarechtlichen Vorgaben lässt sich keine Pflicht ableiten, die Windenergie im Rahmen der Planung oder der Anlagengenehmigung vorrangig zu fördern. In diesem Zusammenhang ist auf die höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung³⁰ hinzuweisen, wonach weder das Kyoto-Protokoll noch die Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.09.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt der Windenergienutzung im Rahmen der Planung ein hervorgehobenes Gewicht zuweist.

IV. Ergebnis zu Frage 1

Bei dem WKA-Erlass handelt es sich um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, die für die nachgeordneten Behörden nach Maßgabe des Regelungsgehalts verbindlich ist. Gerichten kann der WKA-Erlass als "Orientierungshilfe" dienen.

Im Rahmen der Planung ist für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum zu schaffen; eine vorrangige Verpflichtung zur Förderung der Windenergie mit Auswirkungen auf das Planungs- und Anlagenzulassungsrecht ergibt sich allerdings weder aus dem BauGB noch aus dem EEG noch aus völker- und europarechtlichen Gründen.

³⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 4/02 – NVwZ 2003, S. 738, 740 f.; OVG Lüneburg, Urteil vom 28.10.2004 – 1 KN 155/03 - NVwZ-RR 2005, S. 162, 165

2. Frage: Zulässigkeit pauschaler Abstandszonen zwischen Windenergieanlagen und sonstiger Bebauung?

I. Zulässigkeit pauschaler Abstandszonen in der Planung (Regional- und Bauleitplanung)

1. Abstandsregelungen nach Maßgabe des WKA-Erlasses im Überblick

Der WKA-Erlass enthält sowohl mit Blick auf die Planung als auch auf die Genehmigung von Windkraftanlagen Hinweise hinsichtlich der gegenüber einer schützenswerten Wohnbebauung einzuhaltenden Abstände. Einleitend wird im Allgemeinen Teil (Nr. 1 Abs. 7) empfohlen, bei der Regional- und der Bauleitplanung im Rahmen der planerischen Abwägung im Sinne eines vorbeugenden Immissionsschutzes in der Regel einen Mindestabstand von 1.500 m zu einer schützenswerten Wohnbebauung vorzugeben. Im Hinblick auf die immissionsschutzrechtliche Zulässigkeit von Windkraftanlagen wird die Feststellung getroffen, dass bei einem Abstand von 1.500 m in der Regel keine schädlichen Umwelteinwirkungen vorliegen (vgl. Nr. 5.1 Abs. 2). Unter der Überschrift "8. Abstände" wird der Hinweis wiederholt, dass die nachfolgenden Ausführungen hinsichtlich der Abstände bei der Planung und/oder bei der Genehmigung einzelner Anlagen zu beachten seien. Nr. 8.1.1 enthält dann Aussagen zum vorbeugenden Immissionsschutz in der Planung und benennt erneut die Entfernung von 1.500 m als möglicherweise erforderlichen Abstand.

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich angesichts der Fragestellung auf die Abstandszonen zur Wohnbebauung, befasst sich also nicht mit den weiteren Abstandsregelungen des WKA-Erlasses (z.B. zu naturschutzrechtlich bedeutsamen Gebieten, Straßen etc.).

2. Rechtliche Rahmenbedingungen zur Festlegung von Abständen aufgrund des vorbeugenden Immissionsschutzes

Der WKA-Erlass begründet die Festlegung der Abstandszonen von 1.500 m zu Wohngebieten ausdrücklich unter Hinweis auf den vorbeugenden Immissionsschutz (Nr. 1 Abs. 7, Nr. 8.8.1).

a) Anlagengenehmigung und Vorsorge

Windkraftanlagen sind Anlagen i.S. von § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG, die – soweit sie genehmigungsbedürftig sind (wie zumeist) – den Anforderungen nach § 5 BImSchG unterliegen. Falls eine Genehmigung nach dem BImSchG nicht erforderlich ist, sind im Rahmen der baurechtlichen Genehmigung die Anforderungen des § 22 BImSchG zu beachten. In beiden Fällen sind schädliche Umwelteinwirkungen zu vermeiden. Als schädliche Umwelteinwirkungen i.S. von § 3 Abs. 1 BImSchG kommen in erster

Linie Lärm (vgl. Nr. 5.1.1 WKA-Erlass) und Schattenwurf (vgl. 5.1.2 WKA-Erlass) in Betracht. Zu den Grundpflichten des Anlagenbetreibers gemäß § 5 Abs. 1 BImSchG zählt neben der Schutzpflicht u.a. die Vorsorgepflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG); umstritten ist hingegen, ob die Vorsorgepflicht auch bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen gilt, da sie in § 22 Abs. 1 BImSchG – anders als in § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG – nicht ausdrücklich erwähnt wird³¹.

b) Planung und Vorsorge

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass ein am Vorsorgeprinzip des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG orientierter Immissionsschutz im Rahmen der Planung berücksichtigt werden kann, sofern städtebauliche Gründe dies rechtfertigen³². Die Planung – als Instrument der Vorsorge – dient der Verhinderung potenziell schädlicher Umwelteinwirkungen. Das wirksamste planerische Mittel zur Bewältigung des Konfliktes zwischen störenden und schutzbedürftigen Nutzungen besteht in der räumlichen Trennung der unverträglichen Nutzungen (vgl. § 50 BImSchG), die durch die Herstellung ausreichender Abstände verwirklicht werden kann³³. Das Trennungsprinzip stellt einen *"elementaren Grundsatz städtebaulicher Planung"* dar³⁴.

3. Zulässigkeit der Pauschalierung von Abständen zur Wohnbebauung aufgrund des vorbeugenden Immissionsschutzes

a) Grundsätze

Bereits bei der Darstellung von Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie in der Bauleitplanung muss gewährleistet werden, dass durch die dort zulässigen Windkraftanlagen keine schädlichen Umwelteinwirkungen entstehen können, denn eine Gemeinde darf keinen Bebauungsplan aufstellen, der nicht vollzugsfähig ist, weil z.B. die für seine Verwirklichung erforderlichen Genehmigungen an den Anforderungen des BImSchG scheitern müssten³⁵.

Nach der vom BVerwG bestätigten Rechtsprechung des OVG Münster³⁶ bedarf es allerdings zur Berücksichtigung des Immissionsschutzes im Rahmen des Flächen-

³¹ Gegen die Anwendbarkeit der Vorsorgeprinzips: Jarass, BImSchG, 5. Aufl., 2002, § 22 Rn. 22; Rid/Hammann, NVwZ 1989, S. 200, 204. Für die Anwendbarkeit: Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., 2004, § 14 Rn. 206; Hansmann, NVwZ 1991, S. 829, 831 ff.

³² BVerwG, Beschluss vom 16.12.1988 – 4 NB 1/88 - NVwZ 1989, S. 664; BVerwG, Urteil vom 28.02.2002 – 4 CN 5/01 – NVwZ 2002, S. 1114, 1117; OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 - NVwZ 2002, S. 1135, 1139; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, Stand: 2004, § 50 Rn. 8; Fickert/Fieseler (Fn. 11), § 1 Rn. 41.4 ff.

³³ Hansmann, in: Landmann/Rohmer (Fn. 32), § 50 Rn. 34, 51 f.; Jarass, BImSchG (Fn. 31), § 50 Rn. 1, 9, 14; Fickert/Fieseler (Fn. 11), § 1 Rn. 45; vgl. "Abstandserlass NRW" – RdErl. vom 02.04.1998 (MBl. 1998, S. 744 ff.).

³⁴ BVerwG, Urteil vom 05.07.1974 – IV C 50.72 - DVBl 1974, S. 767, 775; Hansmann, in: Landmann/Rohmer (Fn. 32), § 50 Rn. 34

³⁵ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 - 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 736 f.; BVerwG, Urteil vom 12.08.1999 – 4 CN 4/98 – NVwZ 2000, S. 550

³⁶ Urteil vom 30.11.2001 - 7 A 4857/00 - NVwZ 2002, S. 1135, 1138 f. bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 - 4 C 15/01 - NVwZ 2003, S. 733, 736 f.; vgl. auch OVG Münster, Urteil vom 15.07.2002 - 7 A 860/01 - juris; Stich, GewArch 2003, S. 8, 14

nutzungsplanes nicht einer konkreten Prüfung der zukünftigen Immissionen in einer Dichte, wie sie etwa in einem Genehmigungsverfahren bei der Zulassung von Einzelvorhaben erforderlich ist. Wenn es – wie bei der Flächennutzungsplanung – um die Zuordnung verschiedener Nutzungsbereiche "in den Grundzügen" geht (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB), d. h. um ein eher grobes Raster, dann kann die flächenmäßige Zuordnung in zulässiger Weise auch daran orientiert werden, dass "mehr oder weniger pauschale Abstände zu jeder schützenswerten Bebauung angesetzt werden". Nach dieser Rechtsprechung kann die Größenordnung der Abstände daran ausgerichtet werden, dass problematische Immissionssituationen bei der Ansiedlung von emissionsträchtigen Anlagen generell ausgeschlossen werden, so dass sich die planende Gemeinde im Hinblick auf den gebotenen Immissionsschutz von vornherein "auf der sicheren Seite" befindet; sie ist mit Blick auf den vorbeugenden Immissionsschutz auch nicht gehalten, ihre Planung darauf zu beschränken, dass bei der Umsetzung ihrer planerischen Festlegung die einschlägigen Maßstäbe des Immissionsschutzrechts "gerade noch" eingehalten werden können.

Eine pauschalierende Festlegung der Abstände bei der Abgrenzung von Konzentrations- oder Vorrangzonen für Windkraftanlagen zu immissionsempfindlichen (Wohn-)Nutzungen im Rahmen der Flächennutzungsplanung erscheint nach der Auffassung des OVG Münster³⁷ überdies schon deshalb geboten, *"weil die Darstellung von Vorrangzonen im Flächennutzungsplan weder die Anzahl und Standorte der künftig zuzulassenden Windenergieanlagen noch die sonstigen für ihr Emissionsverhalten maßgeblichen Parameter (Höhe, Nennleistung, Typ u.a.m.) vorgibt. Ebenso wenig lässt sich etwa den Darstellungen des Flächennutzungsplans für Wohnbauflächen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BauNVO) der genaue Schutzmaßstab des (künftigen) Wohngebiets als allgemeines oder reines Wohngebiet entnehmen. Ferner gibt der Flächennutzungsplan die Grenzen der künftigen Wohnbebauung nicht gebäude- oder auch nur parzellenscharf vor, sondern lässt im Rahmen der Grenzen des Entwicklungsgebots nach § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB auch gewisse Abweichungen von den im Flächennutzungsplan dargestellten räumlichen Grenzen zu"*.

Gleiches gilt mit Blick auf die Regionalplanung. Auch hier ist es zulässig, dass der Planungsträger pauschale Abstände festlegt, die nicht auf konkreten Prüfungen zur Verträglichkeit einer Windkraftanlage im Einzelfall beruhen müssen³⁸.

Offen bleibt danach die Frage, an welchen Maßstäben sich der vorbeugende Immissionsschutz zu orientieren hat. Für das Bauplanungsrecht gibt es keine verbindlichen Lärmwerte³⁹. Im Rahmen der Anlagengenehmigung beurteilt sich die Frage, ob Lärmimmissionen einer Windkraftanlage als schädliche Umwelteinwirkungen anzusehen sind, nach der TA Lärm⁴⁰. Nach Auffassung des BVerwG⁴¹ ist allerdings im Hinblick auf die Bauleitplanung eine strikte Bindung an die TA Lärm abzulehnen; ihr kommt (nur) mittelbar rechtliche Bedeutung zu. Im Vorfeld schädlicher Umweltein-

³⁷ OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – NVwZ 2002, S. 1135, 1138 f.; OVG Münster, Urteil vom 15.07.2002 – 7 A 860/01 – juris

³⁸ Sächsisches OVG, Urteil vom 07.04.2005 – 1 D 2/03 – juris mit Blick auf die Ausweisung von Vorrang- und Eignungsgebieten für die Nutzung von Windenergie

³⁹ Berkemann, in: Spannowsky/Mitschang (Hrsg.), Lärmschutz in der Bauleitplanung und bei der Zulassung von Bauvorhaben, 2002, S. 157, 162

⁴⁰ OVG Münster, Urteil vom 18.11.2002 – 7 A 2127/00 – NWVBl. 2003, S. 176; OVG Münster, Beschluss vom 11.03.2005 – 10 B 2462/04 – NWVBl. 2005, S. 350, 351

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 737; BVerwG, Urteil vom 28.02.2002 – 4 CN 5/01 – NVwZ 2002, S. 1114, 1117

wirkungen ist es der Gemeinde danach gestattet *"durch ihre Bauleitplanung eigenständig gebietsbezogen das Maß des Hinnehmbaren zu steuern. (...) Abwägungsfehlerhaft ist eine solche am Vorsorgegrundsatz des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG orientierte Planung im Rahmen des Darstellungsprivilegs des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erst dann, wenn sie auch unter Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums, den der Gesetzgeber der Gemeinde zubilligt, städtebaulich nicht mehr begründbar ist"*.

Nach Ansicht des OVG Münster⁴² entspricht es dem vorbeugenden Immissionsschutz, *"wenn die Trennung der Flächen für emissionsträchtige und immissionsempfindliche Nutzungen daran ausgerichtet wird, dass die Schwelle der immissionsempfindlichen Nutzung noch Zumutbaren nicht nur mit Sicherheit erreicht, sondern nach Möglichkeit unterschritten wird"*. Danach ist auch nicht zu beanstanden, wenn die planende Gemeinde bei der Erarbeitung der immissionsschutzrelevanten Abstände neben den bereits vorhandenen Darstellungen von Bauflächen im Flächennutzungsplan auch beabsichtigte Neudarstellungen in die Überlegungen mit einbezieht, da sie künftige Entwicklungen mit Blick auf potenzielle Siedlungserweiterungsflächen, die der Sache nach nahe liegen, mitberücksichtigen kann. Eine Grenze des Gestaltungsspielraums ergibt sich – wie bereits dargelegt – nur bei fehlender (städtebaulicher bzw. gesamträumlicher) Vertretbarkeit⁴³.

Eine stärkere Einschränkung des gemeindlichen Planungsvorbehalts findet sich in der Rechtsprechung des 1. Senats des OVG Lüneburg, der die Auffassung vertreten hat, pauschalen Abstandszonen von 800 m bis 1.200 m um die Ortslagen bzw. Mindestabstände von 500 m zu Einzelhöfen und Weilern fehle eine städtebauliche Rechtfertigung⁴⁴. Ob und inwieweit das OVG Lüneburg an dieser Rechtsprechung festhält, erscheint zweifelhaft⁴⁵.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Festlegung von pauschalen Abständen zwischen emissionsträchtigen und immissionsempfindlichen Nutzungen im Rahmen der Planung aus Gründen des vorbeugenden Immissionsschutzes zulässig ist. Abwägungsfehlerhaft ist sie erst, wenn sie (städtebaulich bzw. gesamträumlich) nicht mehr begründbar ist.

b) Abstandsregelungen des WKA-Erlasses im Einzelnen

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Bestimmungen des WKA-Erlasses den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Zulässigkeit pauschaler Mindestabstände entsprechen.

⁴² OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001 – 7 A 4857/00 – NVwZ 2002, S. 1135, 1139; OVG Münster, Urteil vom 15.07.2002 – 7 A 860/01 – juris; Stich, GewArch 2003, S. 8, 14

⁴³ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 737; OVG Lüneburg, Urteil vom 28.10.2004 – 1 KN 155/03 – NVwZ-RR 2005, S. 162, 165; Sächsisches OVG, Urteil vom 07.04.2005 – 1 D 2/03 – juris

⁴⁴ OVG Lüneburg, Urteil vom 21.07.1999 – 1 L 5203/96 – NVwZ 1999, S. 1358

⁴⁵ OVG Lüneburg, Urteil vom 28.01.2004 – 9 LB 10/02 – juris

aa) Nr. 1 Abs. 7 des WKA-Erlasses (Allgemeines)

Die Aussagen in Nr. 1 Abs. 7 Satz 2 des WKA-Erlasses sind rechtlich nicht zu beanstanden; es handelt sich um die wörtliche Übernahme von Leitsatz 4 des Urteils des OVG Münster vom 30.11.2001⁴⁶. Es bestehen auch keine Bedenken hinsichtlich Nr. 1 Abs. 7 Satz 3, der in dieser Fassung den Entscheidungsgründen des Urteils des BVerwG vom 17.12.2002 entnommen worden ist⁴⁷.

Nr. 1 Abs. 7 Satz 5 enthält die Empfehlung, bei der Regionalplanung und der Bauleitplanung im Rahmen der planerischen Abwägung eigenständig gebietsbezogen das Maß des Hinnehmbaren im Sinne des vorbeugenden Immissionsschutzes zu steuern; auch diese Aussage orientiert sich in der Wortwahl an dem Urteil des BVerwG vom 17.12.2002⁴⁸. Die weitere Vorgabe eines Mindestabstandes von in der Regel 1.500 m ist allerdings weder Gegenstand der Entscheidungsfindung des BVerwG noch der des OVG Münster. Nr. 1 Abs. 7 Satz 6 enthält die Äußerung einer – in allgemeiner Form gehaltenen – Rechtsauffassung, besitzt aber weder verhaltenssteuernden noch regelnden Aussagecharakter.

bb) Nr. 8.1 des WKA-Erlasses (Abstände)

Unter der Überschrift "*Vorbeugender Immissionsschutz in der Planung*" (Nr. 8.1.1) trifft der WKA-Erlass zunächst die Feststellung, dass sich bei der Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung die Abstände in der Größenordnung daran orientieren sollten, dass sie im Hinblick auf den Immissionsschutz "*auf der sicheren Seite*" liegen. Die Abstände können danach in Abhängigkeit von der Anlagenart, der Anlagenzahl und der Schutzwürdigkeit der betroffenen Gebiete (Richtwerte nach der TA Lärm) variieren. Auch diese Festlegung entspricht der Rechtsprechung und begegnet angesichts ihres generalisierenden Aussagegehalts keinen rechtlichen Bedenken.

Unter Berücksichtigung der Prognoseunsicherheit für Windkraftanlagen wird anschließend ein typischer Abstand von 1.500 m als Beispiel für ein Windfeld - bestehend aus 7 Windkraftanlagen der Zwei-Megawatt-Klasse - zu einem reinen Wohngebiet (Richtwert 35 dB(A)) angegeben. Ob es sich bei der Größenordnung von 1.500 m angesichts des gewählten Beispiels um einen "*typischen*" Abstand handelt, ist eine fachtechnisch zu beurteilende Frage.

Während die Fassung des Entwurfs vom 02.09.2005 die (umstrittene) Feststellung enthielt, der Abstand von 1.500 m könne auch bei anderen Wohngebieten angemessen sein, wird diese Aussage in der endgültigen Fassung vom 21.10.2005 eingeschränkt: Nr. 8.1.1 Abs. 2 Satz 2 bestimmt nunmehr, dass ein derartiger Abstand auch bei allgemeinen Wohngebieten erforderlich sein könne, wenn größere Anlagenfelder und weitere Vorbelastungen vorliegen. Aus dieser Regelung folgt zugleich,

⁴⁶ NVwZ 2002, S. 1135, 1136

⁴⁷ NVwZ 2003, S. 733, 737

⁴⁸ NVwZ 2003, S. 733, 737

dass bei anderen Gebietskategorien der BauNVO, die nach der TA Lärm einen geringeren Schutz genießen (z.B. Dorf- oder Mischgebiete) bzw. im Außenbereich der Abstand von 1.500 m – jedenfalls im Regelfall – nicht erforderlich ist. Durch diese Änderung wird – in stärkerem Maße als in der Entwurfsfassung – berücksichtigt, dass die Zumutbarkeit von Geräuschbelastungen gebietsspezifisch zu bestimmen ist, wobei insbesondere im Außenbereich für Wohnnutzungen ein vermindertes Schutzniveau gilt⁴⁹.

c) Abstandszonen im Spiegel der Rechtsprechung

Das grundlegende Urteil des OVG Münster vom 30.11.2001⁵⁰ ist zu dem Ergebnis gekommen, die gewählten Abstände seien mit Blick auf einen möglichst sicheren Immissionsschutz in rechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgewählt worden. Im konkreten Fall sind bei der Ausweisung einer Vorrangzone für Windkraftanlagen durch die Gemeinde die folgenden Abstände als *"nicht zu hoch gegriffen"* angegeben worden: 300 m zu Einzelgebäuden und Gehöften, 300 bzw. 500 m zu überwiegend außerhalb des Ortszusammenhangs liegender Wohnbebauung (je nach unterschiedlichen Himmelsrichtungen) sowie 500 bzw. 750 m zu überwiegend im Ortszusammenhang liegender Wohnbebauung (gleichfalls je nach unterschiedlichen Himmelsrichtungen)⁵¹. Das Gericht hat darüber hinaus die Feststellung getroffen, diese Abstände lägen weitgehend sogar noch unterhalb der Schwelle, die hinsichtlich einer Einhaltung der Nachtwerte für die unterschiedlichen Gebietskategorien als *"auf der sicheren Seite liegend"* anzusehen seien.

Am 15.07.2002 hat sich das OVG Münster⁵² in einem weiteren Verfahren mit der Darstellung von Vorrangzonen für Windenergie im Flächennutzungsplan unter dem Aspekt des Immissionsschutzes befasst. Dabei hat es die angesetzten Abstände zwischen 800 m und 100 m – je nach der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Bereiche – als im Rahmen der Abwägung gerechtfertigt angesehen, *"da sie jedenfalls regelmäßig ausschließen, dass erhebliche Belästigungen im Sinne des BImSchG auftreten können"*.

Im Urteil vom 19.05.2004 hat das OVG Münster⁵³ die Auffassung vertreten, dass Schutzabstände zu Siedlungsbereichen bzw. Außenbereichswohnbebauung so angesetzt werden können, dass sie auf der sicheren Seite liegen (hier: 500 bzw. 300 m). Zwar treffe es *"nach den dem Senat vorliegenden Erkenntnissen zu, dass Windkraftanlagen der heute marktüblichen Art durchaus (etwas) dichter als 300 m an Wohnnutzungen im Außenbereich heranrücken können, ohne dass die solchen Wohnnutzungen zukommende Zumutbarkeitsschwelle von 45 dB(A) nachts überschritten wird"*, allerdings erscheine es bei einer an den Maßstäben des Abwägungs-

⁴⁹ Ständige Rechtsprechung: BVerwG, Beschluss vom 17.07.2003 – 4 B 55/03 – NJW 2003, S. 3360, 3361; OVG Münster, Urteil vom 18.11.2002 – 7 A 2127/00 – NWVBl. 2003, S. 176, 177 f.; OVG Koblenz, Urteil vom 12.06.2003 – 1 A 11127/02 – ZUR 2003, S. 427, 428; Jarass, BImSchG (Fn. 31), § 3 Rn. 55 ff.; Koch/Maaß, NuR 2000, S. 69, 71

⁵⁰ NVwZ 2002, S. 1135, 1139 (bestätigt von BVerwG durch Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733)

⁵¹ Insoweit in NVwZ 2002, S. 1135, 1139 nicht abgedruckt; siehe aber Windenergie-Erlass vom 03.05.2002 (MBL 2002, S. 742) Nr. 3.2.2

⁵² Urteil vom 15.07.2002 – 7 A 860/01 - juris

⁵³ Urteil vom 19.05.2004 – 7 A 3368/02 – NuR 2004, S. 690 ff.

gebotes nach § 1 Abs. 7 BauGB auszurichtenden Planungsentscheidung sachgerecht, bei der Abstandswahl nicht bis an die Grenze des gerade noch Zumutbaren zu gehen. Dementsprechend sei auch nicht zu beanstanden, dass für größere Ansiedlungen, in denen z.B. ein reines Wohngebiet enthalten sein könne, ein deutlich größerer Abstand – hier 500 m – gewählt werde, um auch gegenüber solchen Wohnnutzungen möglichst auf der sicheren Seite zu liegen.

Mit Beschluss vom 22.09.2005 hat das OVG Münster⁵⁴ in einem Normenkontrollverfahren hinsichtlich eines Bebauungsplanes angesichts des Schutzes von Außenbereichsnutzungen zu Wohnzwecken gerügt, dass sich die Gemeinde nicht darauf beschränkt habe, im Bebauungsplan die Abstände zu den Standorten der Windkraftanlagen so festzusetzen, dass der gebotene Schutz vor unzumutbaren Immissionen, insbesondere durch Lärm, sicher gewahrt werde. Die Gemeinde habe sich vielmehr als berechtigt angesehen, ihre Planung im regionalplanerisch vorgegebenen Eignungsbereich auf *"vorbeugenden Immissionsschutz"* auszurichten und dementsprechend um jedes Gebäude mit Wohnnutzungen einen Abstandskreis von 500 m geschlagen. Solche Abstände seien nach den einschlägigen Erkenntnissen aber regelmäßig nicht erforderlich, um bei Windkraftanlagen – auch des neueren hohen Typs – die Schutzmaßstäbe für Außenbereichsbebauung zu wahren. Derartige Abstandsregelungen ließen die regionalplanerisch gewollte und mit bindender Wirkung für die Gemeinde festgelegte Eignung des betroffenen Bereichs für die Windenergienutzung weitgehend oder gar vollständig obsolet werden.

Ähnlich urteilt das Verwaltungsgericht Hannover⁵⁵, das eine generelle Abstandsforderung von 750 m von Windkraftanlagen zu Wohngebäuden im Außenbereich als Überbewertung des Schutzanspruchs des Wohnens ansieht. Das Verwaltungsgericht weist darauf hin, dass der Immissionsschutz gebietsspezifisch zu gewährleisten sei und daher auch bei der Bauleitplanung hinsichtlich des unterschiedlichen Schutzanspruchs differenziert werden müsse. Der Immissionsschutz reiche z.B. in einem reinen und allgemeinen Wohngebiet weiter als in einem Misch- oder Dorfgebiet. Einzelnen Wohngebäuden im Außenbereich könne nicht generell der Schutzanspruch eines reinen oder allgemeinen Wohngebietes zugebilligt werden, da dies zu Lasten der im Außenbereich privilegierten Nutzungen ginge und die vom Gesetzgeber gewollte Bevorzugung von privilegierten Nutzungen im Außenbereich aufheben würde. Eine städtebauliche Rechtfertigung, allen Wohngebäuden im Außenbereich den Schutzbereich eines reinen oder allgemeinen Wohngebietes zuzubilligen, gebe es nicht.

Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht⁵⁶ hat im Hinblick auf die Regionalplanung die Pauschalierung von Abständen zu Wohnhäusern grundsätzlich als gerechtfertigt angesehen und einen Abstand von 750 m im konkreten Fall zur Wohnbebauung nicht beanstandet. Es liege im satzungsgeberischen Ermessen des Plangebers, auf welche Weise der Schutzwürdigkeit der betroffenen Gebiete Rechnung getragen werde. *"Die Bemessung der Abstände muss nur auf sachgerechten raumplanerischen Erwägungen beruhen und der ggf. unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit der Gebiete Rechnung tragen"*.

⁵⁴ Beschluss vom 22.09.2005 – 7 D 21/04.NE – www.justiz-nrw.de

⁵⁵ Urteil vom 28.08.2003 – 4 A 2750/03 – www.dbovg.niedersachsen.de (rechtskräftig)

⁵⁶ Urteil vom 07.04.2005 – 1 D 2/03 - juris

Mit Blick auf die *"optisch bedrängende Wirkung"*, welche durch die Höhe einer Windkraftanlage in Verbindung mit den Drehbewegungen der Rotorblätter hervorgerufen werden kann, tendieren die Obergerichte übereinstimmend zu der Auffassung, bei einem Abstand von mehr als 300 m sei kein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme anzunehmen⁵⁷.

d) Vereinbarkeit der Abstandsregelungen des WKA-Erlasses mit der Rechtsprechung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Entfernung von 1.500 m aus Gründen des vorbeugenden Immissionsschutzes im Rahmen der Regional- oder Bauleitplanung als pauschaler Abstand gegenüber der Wohnnutzung – soweit bekannt – noch nicht Gegenstand ober- oder höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen ist. Die von der Rechtsprechung nicht beanstandeten Abstände (*"nicht zu hoch gegriffen"*) lagen durchweg unterhalb von 1000 m.

Dieser Rechtsprechung ist überdies die Tendenz zu entnehmen, bei der Wohnnutzung nach dem Grad der Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des betroffenen Gebiets zu differenzieren⁵⁸. Das ist nunmehr – gemessen an der Fassung des Entwurfs vom 02.09.2005 – in stärkerem Maße geschehen:

Nr. 8.1.1 Abs. 1 des WKA-Erlasses enthält ausdrücklich eine Differenzierung nach der Anlagenart, der Anlagenzahl sowie der Schutzwürdigkeit der betroffenen Gebiete unter Berücksichtigung der gebietsspezifischen Richtwerte der TA Lärm.

In Abs. 2 wird der Abstand von 1.500 m nicht mehr generell für alle Wohngebiete vorgesehen, sondern es gilt Folgendes:

- Die Abstandszone von 1.500 m zu einem reinen Wohngebiet bezieht sich auf die in Abs. 2 Satz 1 beschriebene konkrete Fallgestaltung; soweit deren Voraussetzungen nicht vorliegen, ist eine Einzelfallprüfung angezeigt.
- Gemäß Abs. 2 Satz 2 kann im Hinblick auf allgemeine Wohngebiete ein Abstand von 1.500 m erforderlich werden, wenn größere Anlagenfelder und weitere Vorbelastungen vorliegen. Diese Formulierung enthält keine Regelvermutung hinsichtlich des Mindestabstandes, sondern fordert eine Einzelfallprüfung geradezu heraus, denn sowohl die Begriffe *"größere"* Anlagenfelder als auch *"weitere Vorbelastungen"* machen eine genauere Untersuchung erforderlich.
- Sofern Dorf- oder Mischgebiete bzw. der Außenbereich betroffen sind, ist eine Einzelfallprüfung unverzichtbar, da insofern eine Regelung im WKA-Erlass fehlt.

Insgesamt ist somit festzuhalten, dass der WKA-Erlass keine pauschalen Mindestabstände zwischen Windkraftanlagen und schützenswerter Wohnnutzung verbindlich vorschreibt, sondern Raum für die erforderliche Prüfung des Einzelfalles belässt. Die

⁵⁷ OVG Münster, Beschluss vom 02.04.2003 – 10 B 1572/02 – NuR 2004, S. 252, 253; OVG Münster, Beschluss vom 21.01.2005 – 10 B 2397/03 – juris; OVG Koblenz, Urteil vom 12.06.2003 – 1 A 11127/02 – ZUR 2003, S. 427; OVG Lüneburg, Beschluss vom 04.04.2005 – 1 LA 76/04 – NVwZ-RR 2005, S. 521, 522

⁵⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.2003 – 4 C 15/01 – NVwZ 2003, S. 733, 736 f.; Sächsisches OVG, Urteil vom 07.04.2005 – 1 D 2/03 – juris; VG Hannover, Urteil vom 28.08.2003 – 4 A 2750/03 – www.dbovg.niedersachsen.de

generelle Einführung eines Mindestabstandes von 1.500 m stieße überdies auf rechtliche Bedenken.

4. Abstandszonen in den Verwaltungsvorschriften anderer Bundesländer

Der Schutz der Wohnbebauung vor den Auswirkungen von Windenergieanlagen ist auch Gegenstand von Verwaltungsvorschriften in anderen Bundesländern.

In Schleswig-Holstein gelten die "Grundsätze zur Planung von Windkraftanlagen" vom 25.11.2003⁵⁹. Durch diesen Gemeinsamen Runderlass sind insbesondere die bisher geltenden Abstandsregelungen für Windkraftanlagen von über 100 m Gesamthöhe geändert worden. Der Runderlass, der sich auf die Regionalplanung bezieht, differenziert mit Blick auf die Abstände zwischen Anlagen bis zu 100 m Gesamthöhe und solchen über 100 m Gesamthöhe. Angesichts der unterschiedlich hohen Schutzansprüche wird des Weiteren zwischen Einzelhäusern/ Siedlungssplittern (bis 4 Häuser), ländlichen Siedlungen und städtischen Siedlungen differenziert. Die Abstände betragen bei Einzelhäusern und Siedlungssplittern für Windkraftanlagen bis 100 m Gesamthöhe 300 m und über 100 m Gesamthöhe das 3,5-fache der Anlagenhöhe, bei ländlichen Siedlungen 500 m bzw. das 5-fache der Gesamthöhe und bei städtischen Siedlungen 1000 m bzw. das 10-fache der Anlagenhöhe⁶⁰. Ein Abstand von 1.500 m ergibt sich somit erst bei einer Windkraftanlage von 150 m Höhe bezogen auf städtische Siedlungen. Der Erlass weist allerdings ausdrücklich auch darauf hin, dass zur Sicherung künftiger Entwicklungsmöglichkeiten eine Kommune größere Abstände als die im Erlass genannten vorsehen kann.

In Mecklenburg-Vorpommern gelten die "Hinweise für die Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen"⁶¹ vom 20.10.2004 als Empfehlungen, die sich vorrangig an die Gemeinden als Träger der Planungshoheit richten. Als Empfehlungen für Mindestabstände bei der Bauleitplanung wird eine Ausrichtung der Abstände auf einen vorbeugenden Immissionsschutz ausdrücklich anerkannt (Nr. 5). Mit Blick auf Einzelhäuser und Splittersiedlungen im Außenbereich wird für Anlagen unter 100 m Gesamthöhe ein Mindestabstand von 500 m und bei Anlagen über 100 m Gesamthöhe ein Mindestabstand von 800 m empfohlen. Für reine Wohngebiete, allgemeine Wohngebiete, Kleinsiedlungsgebiete, Dorfgebiete und Mischgebiete wird bei Anlagen unter 100 m Gesamthöhe ein Mindestabstand von 800 m und bei Anlagen über 100 m Gesamthöhe ein Mindestabstand von 1000 m empfohlen.

In Niedersachsen gelten die "Empfehlungen zur Festlegung von Vorrang- oder Eigenschaftsgebieten für die Windenergienutzung"⁶² vom 26.01.2004, die sich an die

⁵⁹ Gemeinsamer Runderlass des Innenministeriums, des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Landwirtschaft und des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr vom 25.11.2003 – Amtsblatt Schleswig-Holstein 2003, S. 893 unter Bezugnahme auf den Runderlass vom 04.07.1995 – Amtsblatt Schleswig-Holstein 1995, S. 478

⁶⁰ Runderlass vom 25.11.2003 (Fn. 59), Nr. 3.2 und 3.3 sowie Anlage 2

⁶¹ Gemeinsame Bekanntmachung des Ministeriums für Arbeit, Bau und Landesentwicklung und des Umweltministeriums (WKA-Hinweise M-V) – www.am.mv-regierung.de (AmtsBl. M-V 2004, S. 966)

⁶² Niedersächsisches Ministerium für den ländlichen Raum, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz – Empfehlungen vom 26.01.2004

Träger der Regionalplanung richten. Die Empfehlungen gehen davon aus, dass bei der Entscheidungsfindung im Rahmen des Abwägungsvorgangs zu Gebieten mit Wohnbebauung von einem Mindestabstand von 1000 m auszugehen ist, wobei die festgelegten Abstände im Einzelfall aus dem Schutzbedürfnis angrenzender Nutzungen und den Raumfunktionen begründet werden müssen. Angesichts der unterschiedlichen raumbedeutsamen Bedingungen und der Verschiedenartigkeit der möglichen Anlagen zur Windenergienutzung wird eine allgemeinverbindliche Festlegung von Abstandsregelungen für die raumordnerische Standortvorsorge als nicht sachgerecht und dem raumordnerischen Abwägungsgebot der Regionalplanung als nicht angemessen angesehen.

II. Verfahren zur Genehmigung von Windkraftanlagen

1. Immissionsschutzrechtliches Verfahren für Windkraftanlagen über 50 m Gesamthöhe

Seit dem 01.07.2005 bedürfen gemäß Nr. 1.6 (Spalte 2) des Anhangs der 4. BImSchV Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m einer Genehmigung nach dem BImSchG⁶³. Den in diesem Zusammenhang auftretenden Übergangsproblemen wird durch die Regelung des § 67 Abs. 9 BImSchG Rechnung getragen⁶⁴.

Die Genehmigungspflicht nach dem BImSchG gilt damit praktisch für alle neu zu errichtenden Windkraftanlagen, da aufgrund des Standes der Technik niedrigere Anlagen heutzutage nur noch selten gebaut werden. Der Begriff der "Windfarm" hat somit im Immissionsschutzrecht (anders als bei der Umweltverträglichkeitsprüfung) keine eigenständige Bedeutung mehr⁶⁵.

Im Grundsatz findet das vereinfachte immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren auf Windkraftanlagen Anwendung (§ 2 Abs. 1 der 4. BImSchV). Ein förmliches Genehmigungsverfahren (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) findet statt, wenn zur Genehmigung der Anlage eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG durchzuführen ist (vgl. die Neufassung des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe c der 4. BImSchV). Gemäß §§ 3 b, 3 c i.V.m. Anlage 1 Nr. 1.6 des UVPG ist für Windfarmen mit 3 bis 5 Anlagen eine standortbezogene Vorprüfung, mit 6 bis 19 Anlagen eine allgemeine Vorprüfung und mit 20 oder mehr Anlagen eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich, sofern die Anlagen höher als 50 m sind⁶⁶. Es hängt somit von der UVP-Pflichtigkeit ab, ob ein förmliches Genehmigungsverfahren (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) oder das vereinfachte Genehmigungsverfahren durchgeführt werden muss.

⁶³ Art. 1 der Verordnung zur Änderung der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen und zur Änderung der Anlage 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 20.06.2005 - BGBl I S. 1687

⁶⁴ Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2003/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2003 zur Änderung der Richtlinie 96/82/EG des Rates zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen vom 25.06.2005 – BGBl. I S. 1865

⁶⁵ Wegen weiterer Einzelheiten zu den Änderungen im Genehmigungsverfahren für Windkraftanlagen vgl. Wustlich, NVwZ 2005, S. 996, 998

⁶⁶ Art. 2 – Änderung der Anlage 1 des UVPG (Fn. 63)

Die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG kommt sowohl dem förmlichen als auch dem vereinfachten Genehmigungsverfahren zu.

Baugenehmigungen für Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m, die bis zum 01.07.2005 erteilt worden sind, gelten gemäß § 67 Abs. 9 Satz 1 BImSchG als immissionsschutzrechtliche Genehmigungen.

2. Baurechtliches Genehmigungsverfahren für Windkraftanlagen bis 50 m Gesamthöhe

Windkraftanlagen sind bauliche Anlagen i.S. des § 29 BauGB und des § 2 BauO NRW. Nach § 63 Abs. 1 BauO NRW ist ein Baugenehmigungsverfahren durchzuführen, soweit die Windkraftanlage eine Gesamthöhe bis 50 m nicht überschreitet. Die Genehmigungsfreiheit i.S. von § 65 Abs. 1 Nr. 9 a BauO NRW findet auf Windkraftanlagen keine Anwendung. Gemäß § 75 Abs. 1 BauO NRW ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Da es sich bei Windkraftanlagen um Anlagen im Sinne des § 3 Abs. 5 BImSchG handelt, unterliegen sie – soweit sie nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig sind – den Anforderungen nach § 22 BImSchG, die auch im Rahmen des baurechtlichen Genehmigungsverfahrens zu beachten sind. Bei Anlagen bis 50 m Gesamthöhe ist – unabhängig von ihrer Zahl – eine Umweltverträglichkeitsprüfung nicht erforderlich (Anlage 1 Nr. 1.6 UVPG).

3. Immissionsschutzrechtliche Anforderungen

Sofern eine Windkraftanlage einer Genehmigung nach dem BImSchG bedarf, ist diese gemäß § 6 BImSchG zu erteilen, wenn u.a. sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG ergebenden Pflichten erfüllt werden und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Windkraftanlagen so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen nicht hervorgerufen werden können und dass Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen.

Windkraftanlagen, die keiner Genehmigung nach dem BImSchG bedürfen, sind gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, verhindert werden und die nach dem Stand der Technik unvermeidbaren schädlichen Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden.

Zur Beurteilung der Frage, ob die Lärmimmissionen einer Windkraftanlage als schädliche Umwelteinwirkungen anzusehen sind, ist die TA Lärm einschlägig⁶⁷. Auch wenn § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG ausdrücklich die Verpflichtung zur Vorsorge enthält, so verlangt diese Vorschrift nicht – ebenso wenig wie § 22 BImSchG –, dass jedes nur denkbare Risiko der Herbeiführung von schädlichen Umwelteinwirkungen ausgeschlossen sein muss. Derartige Risiken müssen (nur) mit hinreichender, dem Grund-

⁶⁷ OVG Münster, Urteil vom 18.11.2002 – 7 A 2127/00 – NWVBl. 2003, S. 176; Ohms, DVBl. 2003, S. 958, 961

satz der Verhältnismäßigkeit entsprechender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein⁶⁸.

Der WKA-Erlass trifft unter Nr. 5.1 Abs. 2 die Feststellung, dass bei einem Abstand von 1.500 m in der Regel keine schädlichen Umwelteinwirkungen vorliegen. Diese Vermutung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Aus ihr folgt aber nicht, dass bei geringeren Abständen im Regelfall vom Vorliegen schädlicher Umwelteinwirkungen auszugehen ist. Der Erlass geht daher zu Recht davon aus, dass dann eine Einzelfallprüfung stattzufinden hat. Sofern diese ergibt, dass keine schädlichen Umwelteinwirkungen vorliegen, ist – soweit die weiteren Genehmigungs-voraussetzungen des § 6 BImSchG gegeben sind – die Genehmigung zu erteilen, auch wenn der Mindestabstand von 1.500 m unterschritten wird.

Mit Blick auf den Schattenwurf, der als "ähnliche Umwelteinwirkung" i.S. des § 3 Abs. 3 BImSchG anzusehen ist, enthält der WKA-Erlass unter Nr. 5.1.2 Abs. 3 die Feststellung, dass bei einem Abstand von mehr als 1.300 m zu einer Windkraftanlage keine Schattenprobleme auftreten. Sofern dieser Abstand allerdings unterschritten wird, hat ebenfalls eine Prüfung des Einzelfalles stattzufinden, ob der Schattenwurf sich als schädliche Umwelteinwirkung erweist⁶⁹.

Bei Windkraftanlagen bis zu 50 m Gesamthöhe ist im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens den Anforderungen des § 22 BImSchG in gleicher Weise Rechnung zu tragen.

III. Ergebnis zu Frage 2

Aus Gründen des vorbeugenden Immissionsschutzes sind pauschale Abstandsregelungen in der Planung grundsätzlich zulässig. Abwägungsfehlerhaft sind sie erst dann, wenn sie (städtebaulich bzw. gesamträumlich) nicht mehr begründbar sind. Die von der Rechtsprechung gebilligten Abstände lagen durchweg unterhalb von 1.000 m. Der WKA-Erlass schreibt einen pauschalen Mindestabstand von 1.500 m zu jeglicher Wohnbebauung nicht verbindlich fest.

Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m bedürfen seit dem 01.07.2005 einer Genehmigung nach dem BImSchG. Das förmliche Genehmigungsverfahren (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) findet nur statt, sofern zur Genehmigung der Windkraftanlage eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Windkraftanlagen bis zu 50 m Gesamthöhe bedürfen einer Baugenehmigung; eine Umweltverträglichkeitsprüfung ist hier nicht erforderlich.

Da bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Genehmigung nach dem Immissionsschutzrecht bzw. dem Baurecht zu erteilen ist, muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine schädliche Umwelteinwirkung vorliegt. Sofern das nicht der Fall ist, ist die Genehmigung – soweit keine sonstigen Versagungsgründe vorliegen – zu erteilen, auch wenn der Abstand von 1.500 m unterschritten wird.

⁶⁸ BVerwG, Urteil vom 17.02.1978 – 1 C 102/76 – BVerwGE 55, S. 250, 254; OVG Münster, Beschluss vom 26.04.2002 – 10 B 43/02 – NWVBl. 2003, S. 29; Ohms, DVBl. 2003, S. 958, 960 f

⁶⁹ Vgl. zum Immissionsschutz bei Windkraftanlagen: Ohms, DVBl. 2003, S. 958 ff.

3. Frage: Welche rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten existieren, die Höhe von Windkraftanlagen zu regeln?

I. Grundsätze der Raumplanung

Die Grundsätze und die Ziele der Landes-Raumordnung werden in NRW gem. § 12 Landesplanungsgesetz (LPIG NRW) u.a.

- im Landesentwicklungsprogramm,
- im Landesentwicklungsplan
und
- in den Regionalplänen bzw. regionalen Flächennutzungsplänen

dargestellt.

Dabei sollen diese sog. Raumordnungspläne nach § 13 Abs. 2 LPIG NRW "Festlegungen zur Raumstruktur" (Hervorhebung durch Verfasser) nach Maßgabe des Raumordnungsgesetzes des Bundes enthalten (vgl. § 7 Abs. 2 ROG).

Im Gegensatz dazu vollzieht sich die Raumplanung vor Ort durch die sog. Bauleitplanung der Gemeinden nach dem Baugesetzbuch (vgl. § 1 Abs. 2 BauGB); und zwar durch

- den Flächennutzungsplan bzw. Teilflächennutzungsplan (= vorbereitender Bauleitplan)
und
- den Bebauungsplan (endgültiger Bauleitplan).

Dabei wird in den Flächennutzungsplänen in der Regel "für das ganze Gemeindegebiet die sich aus der beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung ergebende Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in Grundzügen" dargestellt (vgl. § 5 BauGB).

Die Bebauungspläne, die wiederum aus den Flächennutzungsplänen zu entwickeln sind, enthalten hingegen Konkretisierungen bzw. Festsetzungen, insbesondere im Hinblick auf "die Art und das Maß der baulichen Nutzung" (vgl. §§ 8 und 9 BauGB).

Bei der Errichtung von Windkraftanlagen im Außenbereich ist zu beachten, dass "öffentliche Belange" einem Vorhaben nicht entgegenstehen dürfen. Solche "öffentlichen Belange" stehen einem Vorhaben der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Ziff. 5 BauGB regelmäßig bereits dann entgegen, soweit hierfür "an anderer Stelle" im Gemeindegebiet durch Darstellungen im Flächennutzungsplan (1. Alternative) oder als verbindliches Ziel der Raumordnung (2. Alternative) eine Ausweisung von Windkraftanlagen erfolgt ist (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB).⁷⁰ Eine derartige Ausweisung von Windkraftanlagen "an anderer Stelle" setzt allerdings ein schlüssiges Plankonzept voraus⁷¹. Darauf stellt auch der WKA-Erlass in Ziff. 3.3.1 zutreffend ab. In diesem

⁷⁰ OVG Münster, Urteil vom 6. Juni 2005 - 10 D 145/04.NE – BauR 2005 S. 1577 ff. - 1580 -.

⁷¹ BVerwG, Urteil vom 17. Dez. 2002 - 4 C 15/01 – NVwZ 2003 S. 733 ff. = BauR 2003 S. 829 ff. - 837 -; ergänzend wird auf die Ausführungen zu Frage 1 hingewiesen.

Zusammenhang ist ergänzend hervorzuheben, dass auch ein Flächennutzungsplan konkrete und differenzierende Darstellungen enthalten und vor allem öffentliche Belange formulieren kann.⁷² Bezogen auf die Windenergie bedeutet dies, dass eine Gemeinde somit über einen Flächennutzungsplan ihre Vorstellungen über den Standort von Windenergieanlagen steuern kann.

Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden bestehen jedoch nicht nur bezogen auf den Standort, sondern auch hinsichtlich “der Art und des Maßes” solcher Windenergieanlagen. Darauf wird im Folgenden einzugehen sein.

II. “Art und Maß der baulichen Nutzung”

1. Im Flächennutzungsplan / im Bebauungsplan / in der Genehmigung

“Art und Maß der baulichen Nutzung” können in Flächennutzungsplänen dargestellt und in Bebauungsplänen festgesetzt werden (vgl. § 5 Abs. 2 Ziff. 1 BauGB “Art der Bodennutzung” bzw. § 9 Abs. 1 Ziff. 1 BauGB “Art und Maß der baulichen Nutzung”).

Unter der “Art der baulichen Nutzung” werden u.a. Bauflächen (z.B. Wohnbauflächen, gewerbliche Flächen, etc.) sowie Baugebiete (reine Wohngebiete, Mischgebiete, Industriegebiete, etc.) verstanden. Diese sind in der Baunutzungsverordnung (BauNVO) näher erläutert und definiert.

Im Unterschied zur “Art der baulichen Nutzung” umfasst der hier interessierende Begriff des “Maßes der baulichen Nutzung” beispielsweise die Anzahl der Geschossflächen eines Gebäudes, aber auch und vor allem die Höhe von baulichen Anlagen.

Dies bedeutet somit, dass in Flächennutzungsplänen und in Bebauungsplänen Angaben zur Höhe von baulichen Anlagen - und damit von Windkraftanlagen - dargestellt bzw. festgesetzt werden können (vgl. § 16 Abs. 1 BauNVO).⁷³

Die Zulässigkeit der Festsetzung von Höhen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen und in Bebauungsplänen wird vom WKA-Erlass in Ziff. 3.3.2 ebenso gesehen. Dabei kann die Darstellung der Höhe einer WKA insbesondere zur Berücksichtigung der Belange des Umweltschutzes und der Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes sinnvoll sein.⁷⁴

Während nach den vorstehenden Überlegungen - in Übereinstimmung mit den Feststellungen des Erlasses - somit davon auszugehen ist, dass in Flächennutzungsplänen und in Bebauungsplänen die Höhe einer Windkraftanlage begrenzt werden kann, ist hier (und wiederholend weiter unten) noch aufzuzeigen, dass eine solche

⁷² So schon Stürer/Stürer, NuR 2004 S. 341 ff. - 346/7 -.

⁷³ OVG Münster, Urteil vom 27. Mai 2004 - 7 a D 55/03 - NuR 2005 S. 266 f.: “Ferner sieht die BauNVO Regelungen zum Maß der baulichen Nutzung vor” - 267 -; ebenso BVerwG, Urteil vom 21. Okt. 2004 - 4 C 3/04 - ZfBR 2005 S. 191 ff. = BauR 2005 S. 498 ff.: zur Festsetzung einer WKA im BPl. auf eine maximale Höhe von 55 m.

⁷⁴ So u.a. Fickert/Fieseler, Baunutzungsverordnung, Kommentar, 2002, 10. Aufl., § 16 Rdnr. 1, 6 und 14; vgl. auch OVG Münster, Beschluß vom 2. Apr. 2003 - 7 B 235/03 - BauR 2003 S. 1019 ff. - 1020 -.

Begrenzung der Höhe zusätzlich in der einzelnen Genehmigung für eine Windenergieanlage enthalten ist.

Jede einzelne Anlage bedarf der Genehmigung. Im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens wird schon aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und der Bestimmtheit von Verwaltungsakten zu fordern sein, dass in der Genehmigung ein detail der Umfang - und damit auch die Höhe - einer Anlage festgelegt wird.

So z.B. die Genehmigung zum Bau einer WKA im Stadtgebiet der Stadt Hattingen vom 5. Febr. 2001; hier: "Errichtung einer Windenergieanlage Typ Enercon E-66 / 1500 kW 65,8 m SRT" in Verbindung mit dem Zusatz "die Bauvorlagen sind Bestandteil der Genehmigung".

Nach der Rechtsprechung des OVG Münster zur Bestimmtheit von Verwaltungsakten im Allgemeinen und im Besonderen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen kann auf eine derartige Regelung im Detail nicht verzichtet werden. Die konkrete Windenergieanlage war bzw. ist somit auch hinsichtlich ihrer Höhe Gegenstand der Genehmigung.⁷⁵

Damit steht fest, dass

- in Flächennutzungsplänen
- in Bebauungsplänen
- und
- in einzelnen Genehmigungen

Aussagen zur Höhe von Windenergieanlagen getroffen werden können bzw. enthalten sind.

Zu beachten ist darüber hinaus, dass sich weitere Höhenvorgaben zusätzlich aus anderen spezialgesetzlichen Regelungen ergeben können; wie z.B. nach dem Luftverkehrsgesetz.

Dieses Ergebnis wiederum hat Auswirkungen auf eine zukünftige Entwicklung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen.

2. Fortgeltung alter Bauleitpläne / neue Bauleitplanung / Anpassung

Wurde in bisherigen Flächennutzungsplänen und/oder Bebauungsplänen die Höhe von Anlagen ausgewiesen, so gilt diese Darstellung bzw. Festsetzung selbstverständlich weiter fort. Denn ein Flächennutzungsplan ist verbindlich zu verabschieden. Ein Bebauungsplan erlangt mit seiner Veröffentlichung Rechtskraft.

Wird nun von einer Gemeinde eine neue Bauleitplanung durchgeführt, so gelten die obigen Ausführungen. D.h.: Es besteht die grundsätzliche städtebauliche Möglich-

⁷⁵ OVG Münster, Urteil vom 18. Nov. 2002 - 7 A 2127/00 – NWVBl. 2003 S. 176 ff. = ZfBR 2003 S. 275 ff.; grds. zur Bestimmtheit bei WKA allgemein: OVG Münster, Beschluss vom 26. Apr. 2002 - 10 B 43/02 – NWVBl. 2003 S. 29 f. = BauR 2002 S. 1507 ff..

keit, über das "Maß der baulichen Nutzung" die Höhe von Windenergieanlagen darzustellen bzw. festzusetzen.

Wurde bereits in der Vergangenheit eine Genehmigung ausgesprochen, so hat diese Genehmigung im erteilten Umfange Geltung; damit auch hinsichtlich der Höhe der Anlage. Dies folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Bestandskraft von Verwaltungsakten. Mit anderen Worten: Die "alten" Genehmigungen genießen grundsätzlich Bestandsschutz im positiven wie im negativen Sinne. Die Höhe der Anlage ist - wie bereits erwähnt - über die Genehmigung festgelegt.

An dieser Stelle kann bei einer Fortgeltung alter Pläne die Problematik nicht abschließend gelöst werden, ob und inwieweit Darstellungen in Flächennutzungsplänen bzw. Festsetzungen in Bebauungsplänen funktionslos werden können; etwa weil eine wirtschaftlich tragfähige Nutzung (z.B. wegen der Höhenbegrenzung der Anlage) nicht mehr sinnvoll ist.⁷⁶

Eine solche atypische besondere Situation wird man auf jeden Fall nur einzelfallbezogen entscheiden können. Zudem sei der wiederholende Hinweis auf die Rechtsprechung erlaubt, dass die Gemeinden "nicht eine besondere Pflicht zur Förderung der Windenergie" haben.⁷⁷ Ebenso wenig sind sie verpflichtet, einen "wirtschaftlich optimalen Ertrag der Windenergienutzung sicherzustellen".⁷⁸

Hier zeigt die Neuregelung des § 5 Abs. 1 S. 3 BauGB eine Möglichkeit der Korrektur auf. Danach sind Flächennutzungspläne nunmehr nach einer Zeitspanne von 15 Jahren einer Überprüfung zu unterziehen. Sollte sich ein Flächennutzungsplan und/oder ein Bebauungsplan als funktionslos erweisen, so könnte und müsste dies spätestens nach dieser Zeitspanne erkannt und evtl. behoben werden.

3. Geordnete städtebauliche Entwicklung

Wenn man sich das gefundene Ergebnis noch einmal in Erinnerung ruft, dass die Höhe einer Windenergieanlage in Flächennutzungsplänen und in Bebauungsplänen festgelegt werden kann, so darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, dass eine gemeindliche Bauleitplanung sich natürlich immer an städtebaulichen Erfordernissen orientieren muss (§ 1 Abs. 3 BauGB).

Bauleitplanung der Gemeinden bedeutet Planung vor Ort. Die konkreten gemeindlichen Gegebenheiten müssen in die Überlegungen einbezogen werden. Eine - ohne städtebauliche Gründe - festgelegte Höhe von Windenergieanlagen dürfte (gerichtlichen) Widerspruch hervorrufen. Denn mit dem Bundesverwaltungsgericht ist bei der Bauleitplanung vor Ort immer eine städtebaulich gerechtfertigte "gemeindegebietsbezogene Betrachtung" angezeigt.⁷⁹

⁷⁶ OVG Münster, Urteil vom 27. Mai 2004 - 7 a D 55/03 - NuR 2005 S. 266 f., und VGH München, Urteil vom 25. März 2004 - 25 N 01.308 - NuR 2005 S. 256 ff..

⁷⁷ OVG Münster, Urteil vom 30. Nov. 2001 - 7 A 4857/00 - NVwZ 2002 S. 1135 ff.

⁷⁸ Vgl. Fn. 77; bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 17. Dez. 2002 - 4 C 15/01 - NVwZ 2003 S. 733 ff. = BauR 2003 S. 829 ff.; besonders deutlich OVG Lüneburg, Urteil vom 28. Okt. 2004 - 1 KN 155/03 - NuR 2005 S. 597 ff.: "Der Windenergieerzeugung kommt weder aus völkerrechtlichen noch aus europarechtlichen Gründen ... ein hervorgehobenes Gewicht zu" - 600 - = NVwZ-RR 2005 S. 162 ff.; vgl. ebenso die Ausführungen zu Frage 1

⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 17. Dez. 2002 - 4 C 15/01 - NVwZ 2003 S. 733 ff. = BauR 2003 S. 829 ff. - 837 -.

Ist eine solche konkrete Betrachtung der gemeindlichen Gegebenheiten vorgenommen und die Höhe von Anlagen festgelegt worden, so kann dagegen dann im Ergebnis nichts vorgebracht werden.

Denn: Über § 1 Abs. 7 BauGB sind die "öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen." Mit anderen Worten: Das Interesse von Investoren an möglichst wirtschaftlich ausgerichteten Anlagen ist im Rahmen der Planung mit den sonstigen öffentlichen Belangen abzuwägen. Wurde eine sachgerechte Entscheidung für eine bestimmte Höhe der Anlagen getroffen, dann ist die getroffene Abwägungs-Entscheidung der Gemeinde zu beachten. Es gilt das sog. Einschätzungs- und Bewertungsvorrecht des Plangebers - also der Gemeinde -.

Nachdem nun feststeht, dass über eine gemeindebezogene Planung im

- Flächennutzungsplan
- und/oder im Bebauungsplan
bzw. zusätzlich
- in der einzelnen Genehmigung

eine Festlegung der Höhe von Windkraftanlagen erfolgen kann, soll zu Frage 3 "Welche Steuerungsmöglichkeiten existieren, die Höhe von Windkraftanlagen zu regeln?" ergänzend untersucht werden, ob dies auch über die sog. Regionalplanung erreicht werden kann.

Soweit ersichtlich ist dazu bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Stellung genommen worden.

III. Regionalplanung

Regionalplanung bedeutet: Planung des Raumes oberhalb der gemeindlichen Ebene und somit auf Landesebene. Sie vollzieht sich – wie bereits erwähnt –

- im Landesentwicklungsprogramm,
- im Landesentwicklungsplan
und
- in den Regionalplänen.

Auszugehen ist dabei davon, dass der Gesetzgeber der Planung auf Landesebene die Aufgabe zuschreibt, Festlegungen zur "R a u m s t r u k t u r" zu treffen (vgl. § 13 Abs. 2 Landesplanungsgesetz [LPIG NRW]).

Dies kann geschehen durch die Ausweisung von

- sog. Vorranggebieten,
- sog. Vorbehaltsgebieten
und
- sog. Eignungsgebieten.

Die Regionalplanung hat sich dabei im Rahmen ihrer Ermächtigungsgrundlage - d.h. ihres Aufgabenfeldes - zu bewegen. "Die Raumordnungspläne müssen sich im Aufgabenrahmen ... halten."⁸⁰

Dazu gilt Folgendes:

Die Gesetze sehen eine klare Aufgabenverteilung der an der Planung beteiligten Träger vor. Wie bereits erwähnt, obliegt den Gemeinden die Planungshoheit vor Ort = Bauleitplanung durch Flächennutzungsplan und Bebauungsplan (1). Auf der nächst höheren Ebene obliegt den Ländern die Landesplanung (2). Der Bund hat die Aufgabe der Bundesraumordnung (3).

Dabei wurde vom Gesetzgeber weiter bestimmt, dass das "Maß der baulichen Nutzung" - also die Höhe von Windenergieanlagen - in der Bauleitplanung vor Ort festgelegt werden soll. Damit trifft der Gesetzgeber eine klare Aussage, dass die Anordnung von Höhen baulicher Anlagen gerade nicht in der Landesplanung oder gar in der Bundesraumordnung erfolgen soll.

Dies verbietet sich zusätzlich unter dem Aspekt des sog. gemeindefreundlichen Verhaltens. Danach sind der Bund und die Länder verpflichtet, sich nicht in die den Gemeinden zustehenden Aufgaben einzumischen. Dies gilt vorliegend um so mehr, als kraft Gesetzes - nämlich der Baunutzungsverordnung - die Gemeinden berechtigt sind, die Höhen von Windkraftanlagen festzulegen. Im Umkehrschluss folgt daraus: Diese Aufgabe ist eben nicht der Raumordnung auf Bundes- und/oder Landesebene zugewiesen.

Das spricht eindeutig gegen die Möglichkeit, auf Bundes- oder der gesamten Landesebene die Höhe von Windenergieanlagen festzulegen.

Denkbar wäre eine solche Festlegung - wenn überhaupt - allenfalls auf der Ebene der Regionalplanung.

Aber auch hier wird man beachten müssen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen vom 19. Juli 2001⁸¹ und 17. Dez. 2002⁸² mit Blick auf Art. 14 GG Bedenken aufgezeigt hat.

Eine "raumordnerische Steuerung" bedarf immer einer Rechtfertigung. Erst recht bedarf eine sog. "raumordnerische Feinsteuerung" wie eine Höhenfestsetzung einer besonderen Legitimation. Mit anderen Worten: Es würde eine unzulässige "raumordnerische Feinsteuerung" im Sinne der Rechtsprechung und Literatur (so u.a. Nicolai⁸³) bedeuten, wenn man die Möglichkeit eröffnete, auf Bundes-, Landes- oder auf Regionalebene die Höhe von Windkraftanlagen festzusetzen.

⁸⁰ Hoppe, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 1986, Rdnr. 462, 463.

⁸¹ BVerwG, Urteil vom 19. Juli 2001 - 4 C 4/00 - NVwZ 2002 S. 476 ff..

⁸² BVerwG, Urteil vom 17. Dez. 2002 - 4 C 15/01 - NVwZ 2003 S. 733 ff. = BauR 2003 S. 828 ff..

⁸³ Konsequenzen aus den neuen Urteilen des BVerwG zur raumordnerischen Steuerung von Windenergieanlagen, ZUR 2004 S. 74 ff. - 78 -.

Das OVG Lüneburg⁸⁴ spricht von einer Raumplanung, die sich über eine "Planung der Planung" hinaus entwickeln würde. Dies führe zu einer unzulässigen "Vorverlagerung ... weg von der Bauleitplanung in die Raumplanung."

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Eine raumordnerische Steuerung der Höhe von Windkraftanlagen auf Bundes- oder Landesebene würde den gesetzlichen Handlungsrahmen sprengen.

Sie würde zudem die für die Ebene der Bauleitplanung vor Ort vorgesehene und notwendig vorzunehmende differenzierte Betrachtung der unterschiedlichen Betroffenheit je nach Art des Gebiets (z.B. allgemeines Wohngebiet, Mischgebiet etc.) außer Acht lassen müssen.

Aus alledem folgt, dass erhebliche Bedenken bestehen, in Raumordnungsplänen die maximale Höhe von Windenergieanlagen festzuschreiben.

Davon scheint auch der WKA-Erlass auszugehen. Höhenbegrenzungen werden (nur) im Kapitel der "Bauleitplanung" - also Flächennutzungsplanung und Bebauungsplanung - angesprochen.

V. Ergebnis zu Frage 3

Abschließend kann damit festgehalten werden, dass dem Grunde nach die Möglichkeit besteht, die Höhe von Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen und in Bebauungsplänen darzustellen bzw. festzusetzen.

In anderen (übergeordneten) Raumplänen dürfte eine maximale Festlegung einer Höhenangabe ausscheiden. Dies würde der Raumplanung als einer nur den Rahmen setzenden Gebietsausweisung zuwider laufen.

4. Frage: Wie stellt sich die Rechtslage in Bezug auf das sog. "Repowering" von Windkraftanlagen dar?

I. Definition und Abgrenzung

Beim "Repowering" soll von folgender Definition ausgegangen werden:

"Repowering meint den Ersatz älterer Windkraftanlagen durch neuere und leistungsfähigere Anlagen"; wobei das angegebene Ziel eine bessere Ausnutzung der verfügbaren Standorte in Verbindung mit der Erhöhung der installierten Leistung bei gleichzeitiger Reduktion der Anzahl der Anlagen sein soll.⁸⁵

⁸⁴ Urteil vom 28. Okt. 2004 - 1 KN 155/03 - NuR 2005 S. 597 ff. - 598 - = NVwZ-RR 2005 S. 162 ff., vgl. dazu auch VG Münster, Urteil vom 08.03.2001 - 2 K 3122/99 - NWVBl. 2002 S. 72 ff., das zu dem viel stringenteren Einzelhandelserlass NRW vom 07. Mai 1996 feststellt, dass diesem Erlass nicht die Qualität eines "Ziel"s der Raumordnung zukommen kann, sondern lediglich norminterpretierende Bedeutung.

⁸⁵ So der Bundesverband WindEnergie e.V., www.wind-energie.de "Repowering"

(Nicht Gegenstand der Untersuchung kann die Frage sein, ob durch ein sog. "Repowering" die vom Bundesverband WindEnergie e.V. angestrebten Ziele tatsächlich erreicht werden können oder sollten.)

Der WKA-Erlass nimmt zum "Repowering" bei Ziff. 4.4 insoweit Stellung, als er ausführt, "Repowering ist innerhalb der rechtlichen Rahmenbedingungen möglich."

Um die gestellte Frage beantworten zu können, sind zunächst einmal die obigen Ausführungen zum Inhalt einer Genehmigung für eine Windkraftanlage in Erinnerung zu rufen.

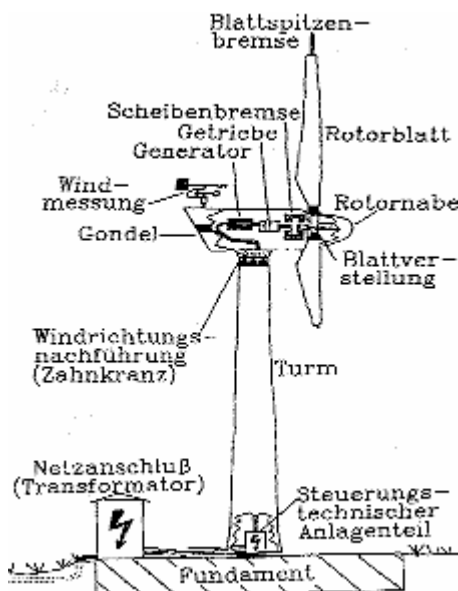
II. Genehmigung einer Windkraftanlage

1. Ausgangslage

Wie bereits bei den Fragen 2 und 3 ausgeführt, sind bauordnungs- und immissionschutzrechtliche Genehmigungen u.a. unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes zu erteilen. Dies beginnt mit der Typenbezeichnung (z.B. "Enercon E-66 / 1500 kW 65,8 m SRT") geht über Grenzabstandsberechnungen bis hin zu Standsicherheitsnachweisen.⁸⁶

Schaubild

über die Bestandteile einer Genehmigung (ohne Standsicherheitsnachweis, ohne Schallgutachten, etc)



Wie aus dem Schaubild zu ersehen ist, ist eine solche oder vergleichbare einzelne Anlage Bestandteil der behördlichen Überprüfung und Genehmigung. Dies wiederum

⁸⁶ Vgl. u.a. Jarass, BImSchG (Fn. 31), § 16 Rdnr. 5 ff..

hat Auswirkungen auf die Frage der Zulässigkeit eines "Repowering"; u.a. auch unter dem Aspekt des Bestandsschutzes.

2. Bestandsschutz

Rechtsgrundlage für den Bestandsschutz ist im Kern die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Bestandsschutz bedeutet danach, dass die legale bauliche Substanz und die legal ausgeübte Nutzung sowie Reparaturarbeiten einer Anlage geschützt sind. Daraus folgt zwangsläufig, dass es einen sog. Bestandsschutz bei einer genehmigten Anlage nur im genehmigten Umfang geben kann.

Der Bestandsschutz gilt vor allem natürlich dann, wenn die Windenergieanlage bereits errichtet wurde.

Daraus folgt allerdings weiter, dass in dem Falle, in dem die Windkraftanlage beseitigt wird, die erteilte Genehmigung dem Grunde nach keine Rechtswirkungen mehr haben kann (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG NRW). Zu Recht wird daher von Folgendem auszugehen sein: "Wird eine Anlage ausgetauscht, dann geht der Bestandsschutz verloren".⁸⁷

Schon im Jahre 1977 hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Änderung einer Anlage festgestellt, dass über den Bestandsschutz hinaus keine weitere Änderung des vorhandenen Bestands gerechtfertigt ist. Es sei vielmehr nun auf alle Immissionen abzustellen, die mit der Änderung ursächlich neu verbunden sind.

Wie ebenfalls bereits erwähnt, gelten die bisher erteilten Genehmigungen als Genehmigungen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG -, und zwar für Anlagen über 50 m Gesamthöhe (§ 67 Abs. 9 BImSchG). Für Anlagen unter 50 m Gesamthöhe sind es weiterhin Genehmigungen nach der Bauordnung - BauO NRW.⁸⁸

Diese Anlagen haben somit Bestandsschutz in dem genehmigten Umfang. Eine Änderung der wesentlichen Genehmigungsgrundlagen hätte den Wegfall des Bestandsschutzes zur Folge.

III. "Repowering"

Wird nun eine Windkraftanlage ersetzt, so wird in aller Regel davon auszugehen sein, dass diese - unabhängig davon, wo sie steht - mehr als 50 m Gesamthöhe haben wird. Dies wiederum hat zur Folge, dass sie nun kraft Gesetzes dem Regime des Bundes-Immissionsschutzgesetzes unterliegt (vgl. Anhang Nr. 1.6 der 4. BImSchV).

⁸⁷ So zutreffend u.a. Jarass, BImSchG (Fn. 31), § 16 Rdnr. 26.; BVerwG, Urteil vom 11. Febr. 1977 - IV C 9/75 - DVBl 1977 S. 770 ff.

⁸⁸ Vgl. wegen weiterer Einzelheiten hierzu auch Wustlich, NVwZ 2005 S. 996 ff. - 999f. -.

Gem. § 15 Abs. 1 BImSchG ist die

- Änderung der Lage,
- Änderung der Beschaffenheit
oder
- Änderung des Betriebs

einer genehmigungsbedürftigen Anlage schriftlich anzuzeigen.

Dies gilt immer dann, wenn sich die Änderung auf die in § 1 BImSchG genannten Schutzgüter auswirken kann wie z.B.

- den Schutz von Menschen, Tieren und Pflanzen,
- den Schutz von Boden, Wasser und der Atmosphäre.

Anders ausgedrückt: Die Änderung der Rahmenbedingungen wie Lage, Beschaffenheit oder Betrieb einer Windenergieanlage können und dürfen schon kraft Gesetzes nicht vernachlässigt werden.

Weiter wird nun zu beachten sein, dass in der Regel mit einem "Repowering" bereits seiner Definition nach eine "wesentliche" Änderung der Anlage im Sinne des § 16 BImSchG verbunden sein wird, die zu einer Genehmigungsbedürftigkeit führt.

Es wird zudem ausgeschlossen sein, dass lediglich nur Teile einer Anlage ersetzt oder ausgetauscht werden sollen, die keine Genehmigungsbedürftigkeit nach sich ziehen würden (vgl. § 16 Abs. 5 BImSchG).

Vielmehr dürfte es so sein, dass mit einem "Repowering" wenn auch nicht eine Änderung der örtlichen Lage, so doch eine Änderung der Beschaffenheit und/oder des Betriebs der genehmigten Anlage verbunden sein wird.

Also wird man davon ausgehen können, dass bei einem "Repowering" nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden "können". Dieses "Können" reicht aus.

Die Fragen der Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit stellen sich somit - wie bereits oben angedeutet - zu Recht neu. Denn entscheidend wird immer sein, ob durch die veränderte Ausführung der Anlage die Möglichkeit besteht, dass "zusätzliche nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können".⁸⁹

Im Zweifelsfalle liegen die Voraussetzungen der sog. Bagatellgrenze (= die Grenze, die eine erneute Beurteilung nicht erforderlich macht) nicht vor (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 BImSchG).

Denn nach ständiger Rechtsprechung muss die Prognose der Behörde "auf der sicheren Seite liegen".⁹⁰ Aus diesem Grunde ist die Stadt Hattingen im Beispielsfall davon ausgegangen, dass mit der Weiterentwicklung des Typs "Enercon E-66 / 1500 kW 65,8 m SRT" hin zum Typ "Enercon E-70 E4" wegen der geänderten Leistungs-

⁸⁹ So auch Sellner, in: Landmann/Rohmer (Fn. 32), § 16 Rdnr. 91.; vgl. zum Abschattungseffekt durch eine neue Anlage: OVG Münster, Beschluss vom 1. Febr. 2000 - 10 B 1831/99 - BRS 63 Nr. 150.

⁹⁰ So bereits OVG Münster, Urteil vom 18. Nov. 2002 - 7 A 2127/00 - ZfBR 2003 S. 275 ff. - 279 - = NWVB1 2003 S. 176 ff..

daten die bestehende Genehmigung nicht mehr abgedeckt ist und eine neue baurechtliche Genehmigung erforderlich ist.

Was im Bereich des öffentlichen Baurechts gilt, muss um so mehr im Bereich des Immissionsschutzes Geltung beanspruchen. Nämlich: Wird eine Anlage in wesentlichen Punkten geändert, so verliert sie ihre Legitimation. Hierzu wird man der Ansicht von Jarass folgen können und müssen, dass eine Neuerrichtung immer dann angenommen werden kann, wenn die neue Anlage die bisherigen Größen- und Leistungskriterien überschreitet.⁹¹

Zu diesem Problembereich wird nur rudimentär im WKA-Erlass Stellung bezogen, wenn der Erlass von "technischer Erneuerung" spricht.

Mit einem "Repowering" wird in aller Regel eine neue rechtliche Betrachtung angezeigt sein. Davon scheint das Bundesverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen vom 30. Juni 2004 und vom 21. Okt. 2004⁹² auszugehen. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch den Umstand, dass im Anhang Nr. 1.6 der 4. BImSchV als Anknüpfungsmerkmal für die Genehmigungsbedürftigkeit einer Windenergieanlage nunmehr lediglich darauf abgestellt wird, dass es sich um "Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern" handelt.

Eine weitere gesetzliche Bestätigung findet sich in § 1 Abs. 5 der 4. BImSchV. Danach ist bei einer Überschreitung der bisherigen **L e i s t u n g s g r e n z e** und/oder der bisherigen **A n l a g e n g r ö ß e** die **g e s a m t e** Anlage (Hervorhebung durch Verfasser) einer Überprüfung zu unterziehen.

Hierzu darf ergänzend u.a. auf die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 21. Aug. 1996 verwiesen werden. Danach ist es - vereinfacht ausgedrückt - so, dass die Bindungswirkung einer alten Genehmigung in aller Regel entfällt. Die Behörde muss die Frage beantworten, "ob der Inhalt der alten Genehmigung ausreicht, um die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen auch nach der Änderung der Anlage zu gewährleisten."⁹³

So liegt es auch beim "Repowering". Insofern ist der Begriff "Repowering" unter Berücksichtigung der aufgezeigten rechtlichen Rahmenbedingungen missverständlich; suggeriert er doch, dass es auch rechtlich lediglich um eine "Optimierung" gehe. Dies wird jedoch unter rechtlichen Gesichtspunkten in aller Regel nicht der Fall sein. Es wird die gesamte neue Anlage zu beurteilen sein.

Dies bedeutet: Der Gesetzgeber geht dem Grunde nach von einer Genehmigungspflicht aus. Beim "Repowering" dürfte eine "wesentliche Änderung" im Sinne des § 16 BImSchG vorliegen.

IV. Ergebnis zu Frage 4

Der WKA-Erlass enthält zum "Repowering" lediglich Andeutungen. Ein "Repowering" ist daher weder nach dem Erlass noch aus sonstigen Gründen ausgeschlossen.

⁹¹ Jarass, BImSchG (Fn. 31), § 16 Rdnr. 6.

⁹² Urteil vom 30. Juni 2004 - 4 C 9/03 - ZfBR 2005 S. 73 ff. und Urteil vom 21. Okt. 2004 - 4 C 3/04 - BauR 2005 S. 498 ff. = NVwZ 2005 S. 208 ff.

⁹³ BVerwG, Urteil vom 21. Aug. 1996 - 11 C 9/95 - NVwZ 1997 S. 161 ff. - 163-.

Beim "Repowering" wird es sich in aller Regel um eine Änderung im Sinne des öffentlichen Bau- bzw. Immissionsschutzrechts handeln mit der Folge einer grundsätzlichen Genehmigungsbedürftigkeit nach § 4 Abs. 1 BImSchG in Verbindung mit der 4. BImSchV.

C. Zusammenfassung

1.

Bei dem WKA-Erlass handelt es sich um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, die für die nachgeordneten Behörden nach Maßgabe des Regelungsgehalts verbindlich ist. Gerichten kann der WKA-Erlass als "Orientierungshilfe" dienen.

Im Rahmen der Planung ist für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum zu schaffen. Eine vorrangige Verpflichtung zur Förderung der Windenergie mit Auswirkungen auf das Planungs- und Anlagenzulassungsrecht ergibt sich allerdings weder aus dem Baugesetzbuch noch aus dem Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien noch aus völker- und europarechtlichen Gründen.

2.

Aus Gründen des vorbeugenden Immissionsschutzes sind pauschale Abstandsregelungen in der Planung grundsätzlich zulässig. Abwägungsfehlerhaft sind sie erst dann, wenn sie (städtebaulich bzw. gesamtträumlich) nicht mehr begründbar sind. Die von der Rechtsprechung gebilligten Abstände lagen durchweg unterhalb von 1.000 m. Der WKA-Erlass schreibt einen pauschalen Mindestabstand von 1.500 m zu jeglicher Wohnbebauung nicht verbindlich fest.

Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m bedürfen seit dem 01. 07. 2005 einer Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz. Das förmliche Genehmigungsverfahren (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) findet dabei nur statt, sofern zur Genehmigung der Windkraftanlage eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Windkraftanlagen bis zu 50 m Gesamthöhe bedürfen einer Baugenehmigung; eine Umweltverträglichkeitsprüfung ist hier nicht erforderlich. Da bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Genehmigung nach dem Immissionsschutzrecht bzw. nach dem öffentlichen Baurecht zu erteilen ist, muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine schädliche Umwelteinwirkung vorliegt. Sofern dies nicht der Fall ist, ist die Genehmigung zu erteilen, auch wenn der Abstand von 1.500 m unterschritten wird.

3.

Die Festsetzung einer maximalen Höhe von Windkraftanlagen wird in der Regel nur im Rahmen der örtlichen Bauleitplanung - also im Flächennutzungsplan und/oder im Bebauungsplan - in Betracht kommen. Eine Festlegung in den übergeordneten Raumplänen dürfte ausscheiden.

4.

Ein "Repowering" ist auch in Zukunft grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Mit einem "Repowering" wird sich jedoch die Frage der Genehmigungsfähigkeit der Windenergieanlage im Einzelfall neu stellen.