

## Windenergieanlagen in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung\*

Von Dr. Andreas Middeke Richter am Verwaltungsgericht, Münster

*Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit ausgesuchten Problemen, die sich bei der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen im Planungsrecht und im Immissionsschutzrecht ergeben und zu denen die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung Anlass hatte, Stellung zu nehmen. Gerade die jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung waren der Grund, das Konfliktfeld der überregionalen Ausweisung von Windeignungsbereichen zu den örtlich dargestellten Konzentrationszonen und den von Windenergieanlagen ausgehenden Umwelteinwirkungen – namentlich die geltend gemachten optisch bedrängenden Wirkungen auf die Umgebungsbebauung – zu beleuchten.*

### A. Vorbemerkung

Die Nutzung des Windes als Energiequelle gibt es schon solange es Windmühlen gibt. Mit der Verknappung fossiler Brennstoffe und deren Verteuerung wurde der Einsatz alternativer – regenerativer – Energieformen kommerziell immer interessanter. In der Folge des Stromeinspeisungsgesetzes<sup>1</sup> von 1991 und des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)<sup>2</sup> im Jahr 2001 kam es zu einem Bauboom von Windenergieanlagen (WEA). Parallel dazu wurde der technische Maschinenbau auf diesem Gebiet weiterentwickelt. Waren es ehemals nur kleinere Windräder bis 500 KW/h mit 50 m Nabenhöhe und 40 m Rotordurchmesser, werden heute in der Bundesrepublik Deutschland schon Großanlagen mit Masthöhen von über 90 m über dem Meeresspiegel und einem Rotordurchmesser von 116 m und bis zu 5 MW/h errichtet. Der Wachstumsmarkt ist im Landesinnern jedoch begrenzt,<sup>3</sup> weshalb die Bundesländer mit Küstenanbindung die Nutzung der Windenergie auf das offene Meer (Offshore) verlagern.<sup>4</sup> Obwohl es nach einer statistischen Auswertung Ende 2006 ca. 20000 Onshore-Anlagen gab,<sup>5</sup> betrug der Anteil regenerativen

Stroms von WEA im Jahr 2006 nur 5 % am gesamten Endenergieverbrauch der Bundesrepublik Deutschland.<sup>6</sup> Gleichwohl wird die Windkraft in Deutschland weiter als Wachstumsmarkt und als Klimaschutzträger propagiert. Nach einer Studie der Deutschen Bank Research ist Deutschland mit 28 % Weltmeister bei der Windenergienutzung im globalen Vergleich. Der Bau dieser Anlagen in die freie Landschaft, ihre Dimensionen und Konzentration in bestimmten windgeeigneten Gebieten findet infolge unterschiedlicher Einstellungen der Entscheidungsträger und Nachbarn nicht überall ungeteilte Zustimmung. Im Folgenden soll ein kurzer Abriss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gegeben werden, die sich vielfältig mit Fragen zum Bau und zur Errichtung von WEA beschäftigen musste und weiterhin muss.

### B. Errichtung und Betrieb

Bis zur Rechtsänderung am 1. Juli 2005 bedurfte die Errichtung einer WEA einer Baugenehmigung.<sup>7</sup> Während zunächst nur vereinzelte WEA beantragt wurden, führten die Subventionierung der Anlagen und der Preisanstieg der fossilen Brennstoffe zu einem Antragsboom mit der Folge, dass ganze Windfarmen<sup>8</sup> beantragt wurden. Bei diesen Windfarmen kamen jedoch immer mehr immissionsschutzrechtliche Gesichtspunkte zum Tragen, so dass die Errichtung und der Betrieb einer Windfarm einer immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung unterworfen wurde,<sup>9</sup> unabhängig davon, ob sich die WEA alle auf einem Betriebsgrundstück befinden und/oder alle WEA von einem Betreiber betrieben werden. Heute gilt das immissionsschutzrechtliche Genehmigungserfordernis für alle Anlagen, die über 50 m hoch sind, was nach den Ausführungen zuvor heute den Regelfall darstellt. Ältere Verfahren, die noch unter dem Regelungsregime des Baurechts begonnen wurden, sind allerdings nach den geänderten Vorschriften des Immissionsschutzrechtes zu Ende zu führen.<sup>10</sup>

Genehmigt werden kann eine WEA nach §§ 4 ff. BImSchG dann, wenn schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen weder für die Allgemeinheit noch für die Nachbarschaft hervorgerufen werden. Allerdings recht-

\* Überarbeitete Fassung eines Vortrages vor der Vereinigung deutscher, italienischer und französischer Verwaltungsrichter (VERDIF) am 26. 10. 2007 in Lecce, Italien; zugleich gewidmet meinem verehrten Lehrer Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling zur Vollendung des 70. Lebensjahres. Der Verf. ist Richter am Verwaltungsgericht Münster und Lehrbeauftragter an der Katholischen Fachhochschule Nordrhein-Westfalen – Abteilung Münster.

1 Vom 7. 12. 1990 (BGBl. I S. 2633).

2 Vom 1. 4. 2000 (BGBl. I S. 305), geändert durch das Gesetz vom 22. 12. 2003 (BGBl. I S. 3074). Die novellierte Fassung des EEG vom 21. 7. 2004 (BGBl. I S. 1918) ist am 1. 8. 2004 in Kraft getreten.

3 Vgl. zum sog. Repowering (Ersetzung alter durch neue leistungstärkere WEA) Wustlich, Das Recht der Windenergie im Wandel – Teil 1 –, ZUR 2007, 16 (20).

4 Zur Offshore-Windenergienutzung vgl. Runge/Schomerus, Klimaschutz in der Strategischen Umweltprüfung – am Beispiel der Windenergienutzung in der Ausschließlichen Wirtschaftszone, ZUR 2007, 410 ff.

5 Wustlich (Fußn. 3) geht noch von 18.000 Anlagen im Jahre 2005 aus.

6 BMU (Hrsg.), Entwicklung erneuerbarer Energien in Deutschland im Jahre 2006, Stand: Juni 2007 = <http://www.erneuerbare-energien.de/inhalt/39830/20010/>.

7 Vgl. bspw. § 63 BauO NRW.

8 BVerwG, U. v. 30. 6. 2004 – 4 C 9.03 –, BauR 2004, 1745 = NVwZ 2004, 1235. Von einer Windfarm spricht man dann, wenn mindestens drei WEA räumlich einander so zugeordnet sind, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren und zwar unabhängig von der Zahl der Betreiber.

9 BVerwG, U. v. 21. 10. 2004 – 4 C 3.04 –, ZfBR 2005, 191.

10 Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 4. BImSchV i. V. mit Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV.

fertigt nicht jede »schädliche Umwelteinwirkung« die Ablehnung der Errichtung einer WEA oder deren Stilllegung nach Betriebsaufnahme. Immissionen sind nur dann »schädlich«, wenn sie die Grenze der Zumutbarkeit von Umwelteinwirkungen und damit das Maß der gebotenen Rücksichtnahme überschreiten. Ob und inwieweit die Zumutbarkeitsgrenze überschritten wird, richtet sich a) nach der Art und Weise der Umwelteinwirkung sowie b) nach der konkreten Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit der betroffenen Rechtsgüter, die sich ihrerseits c) nach der bebauungsrechtlichen Prägung der Situation und nach den tatsächlichen oder planerischen Vorbelastungen bestimmen.<sup>11</sup>

### C. Planungsrechtliche Grundlagen

WEA sind schon nach ihrer Zweckrichtung auf freie Flächen und Erhebungen und damit auf den Außenbereich angewiesen (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB).<sup>12</sup> Im Außenbereich ist ein Bauvorhaben aber u. a. nur dann zulässig, wenn der geplanten WEA öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Öffentliche Belange in diesem Sinne können u. a. sein: widersprechende Darstellungen in einem Landschaftsplan oder einem Flächennutzungsplan, Belange des Naturschutzes oder der Landschaftspflege oder das Hervorrufen schädlicher Umwelteinwirkungen. Ob dies der Fall ist, ist grundsätzlich im Wege einer »nachvollziehenden« Abwägung zu ermitteln.<sup>13</sup> Damit hat der Gesetzgeber den Außenbereich nicht generell für privilegierte Bauvorhaben freigegeben, sondern die Zulässigkeit privilegierter Vorhaben in diesen Bereich unter das Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs im Wege einer Einzelfallprüfung gestellt.<sup>14</sup>

Um die unterschiedlichen, teils gegenläufigen Nutzungen im Außenbereich in ein ausgeglichenes Verhältnis zu bringen, werden der Gesamttraum der Bundesrepublik Deutschland und seine Teilräume durch zusammenfassende, übergeordnete Raumordnungspläne gesichert, geordnet und entwickelt.<sup>15</sup> Dabei schaffen die Bundesländer unter Beachtung der übergeordneten Raumordnungsgrundsätze<sup>16</sup> die überörtlichen Rechtsgrundlagen durch einen auf das Landesgebiet bezogenen Raumordnungsplan und mehrere Regionalpläne.<sup>17</sup> Auf der Ebene der Regionalpla-

nung werden u. a. Festlegungen zur Raum-, Freiraum- und Infrastruktur formuliert, deren Grobgliederung auf der Ebene der kommunalen Bauleitplanung durch die dort anzusiedelnde Feinsteuerung konkretisiert werden.

Die Regionalpläne legen auf der Grundlage des Landesentwicklungsprogramms und des Landesentwicklungsplans in einem groben Raster die überörtlichen Ziele der Raumordnung für alle raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen fest. Die Wirkung einer WEA auf die räumliche Entwicklung ergibt sich dabei aus ihren Dimensionen (Nabenhöhe, Rotordurchmesser, Gesamthöhe), aus ihrem konkreten Standort oder aus ihren Auswirkungen auf bestimmte Ziele der Raumordnung.<sup>18</sup> Ab einer Gesamthöhe von mehr als 50 m wird von einer Raumbedeutsamkeit von WEA ausgegangen.<sup>19</sup> Um einer »Verspargelung« der Landschaft durch jeweils vereinzelt genehmigte WEA und damit der Entstehung einer ungeordneten Vielzahl von singulären WEA entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber es den Regionalplanern und örtlichen Gemeinden ermöglicht, bestimmte Bereiche als Eignungs- oder Vorranggebiete für die Windenergienutzung auszuweisen mit der Folge, dass die Zulässigkeit von WEA an anderer Stelle im Plangebiet grundsätzlich ausgeschlossen ist (sog. Konzentrationszonen).<sup>20</sup> Diese Konzeption des Gesetzgebers führt zu einer gebietsexternen Ausschlusswirkung für WEA an anderer Stelle im Gemeindegebiet.<sup>21</sup> M.a.W.: Mittels der Regionalpläne kann die Planungsmittelbehörde die Zulässigkeit von WEA an anderer Stelle steuern und in der Regel verhindern. Die Errichtung von WEA im gemeindlichen Außenbereich steht damit unter dem Planungsvorbehalt, dass Festlegungen für Standorte von WEA in anderen gemeindlichen Bereichen nicht erfolgt sind. An die planungsrechtlich ausgewiesenen Windleistungsbereiche sind jedoch strenge inhaltliche Anforderungen zu stellen. Insbesondere muss ein solcher Plan auf einem schlüssigen gesamtäumlichen Planungskonzept beruhen, welches den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots und der Windkraft ausreichend Rechnung trägt.<sup>22</sup> Er muss sicherstellen, dass sich die Windkraft in den ausgewählten Bereichen tatsächlich gegen konkurrierende Nutzungen durchsetzt.<sup>23</sup> Eine normative Gewichtungsvorgabe, der zufolge ein Planungsträger der Windkraft im Sinne einer speziellen Förderungspflicht bestmöglich Rechnung zu tragen habe, ist den gesetzlichen Regelungen jedoch nicht zu entnehmen.

11 Vgl. BVerwG, U. v. 14. 1. 1993 – 4 C 19.90 –, NVwZ 1993, 1184, 1185.

12 Zur Standortveränderung siehe *Wustlich* (Fußn. 3), ZUR 2007, 16 (21); zur Zulässigkeit von WEA innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils vgl. *Stich*, Bauplanungs- und umweltrechtliche Probleme der Errichtung und des Betriebs von Windkraftanlagen sowie der Aufstellung von Bebauungsplänen für Windfarmen, *GewArch* 2003, 8 ff.

13 Vgl. BVerwG, U. v. 13. 12. 2001 – 4 C 3.01 – BauR 2002, 751; U. v. 27. 1. 2005 – 4 C 5.04 –, BVerwGE 122, 364 = BauR 2005, 987 = NVwZ 2005, 578.

14 Vgl. BVerwG, U. v. 19. 6. 1991 – 4 C 1189 –, BRS 52 Nr. 78 = NVwZ-RR 1992, 401; U. v. 22. 5. 1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = BRS 47 Nr. 5 = NVwZ 1988, 54.

15 § 1 Abs. 1 ROG.

16 § 2 ROG.

17 §§ 8 und 9 ROG.

18 BVerwG, U. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02 –, BauR 2003, 1165 (1166).

19 Nr. 2.2 des Gem. RdErl. d. Ministeriums für Bauen und Verkehr NRW über die Grundsätze für Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WEA – Erlaß); vgl. auch OVG NRW, U. v. 28. 11. 2007 – 8 A 4744/06 –, wonach eine Gesamthöhe von über 100 m jedenfalls Indizwirkung für die Raumbedeutsamkeit einer WEA hat, m. w. N..

20 Zur Qualifizierung eines Eignungsbereiches vgl. OVG NRW, B. v. 22. 9. 2005 – 7 D 21/04.NE –.

21 BVerwG, U. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02 –, NVwZ 2003, 738 = BauR 2003, 1165.

22 OVG NRW, U. v. 19. 9. 2006 – 10 A 973/04 –, U. v. 6. 9. 2007 – 8 A 4566/04 –.

23 OVG NRW, U. v. 6. 9. 2007 – 8 A 4566/04 – n. v.

Den auf Regionalebene festgelegten Windeignungsbereichen kommt neben einer Steuerungsfunktion für die Ansiedlung von WEA als Ziele der Raumordnung auch eine Bindungswirkung für die kommunale Bauleitplanung, also für den örtlichen Planungsgeber zu.<sup>24</sup> Dies betrifft aber nur die gewählten und zugeschnittenen Flächen, die für die Nutzung der Windenergie in substanzieller Weise Raum schaffen sollen. Unbeplante Flächen, also solche, bei denen es an einer abschließenden raumordnerischen Entscheidung des Trägers der Raumordnung fehlt (sog. weiße Flächen) stehen der Ausschlusswirkung nicht entgegen.<sup>25</sup> Soweit Zonen als Vorranggebiete für WEA durch den überörtlichen Regionalplan ausgewiesen werden, kann die getroffene Abwägungsentscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren je nach Ausgestaltung des Landesrechts direkt angegriffen und/oder jedenfalls inzident überprüft werden. Da die Raumordnung Planungscharakter hat und die regionalen Raumordnungspläne daher Abwägungsprodukte sind, unterliegen sie in materieller Hinsicht den in der Rechtsprechung zum Abwägungsgebot entwickelten Grundsätzen.<sup>26</sup> Die Abwägungsfehler können sich bei den Regionalplänen zur Festsetzung von Windeignungsbereichen nicht nur auf die damit verbundene Zielsetzung für das gesamte Plangebiet beziehen, sondern sich auch auf die (Nicht-) Ausweisung eines konkreten Vorranggebietes oder dessen Abgrenzung zu anderen Gebieten beschränken, was je nach Bedeutung des Fehlers im Verhältnis zur Gesamtplanung eine bloße Teilunwirksamkeit der Zielaussage nach sich ziehen kann.<sup>27</sup> Auf der Regionalebene ist der Bezirksplanungsrat nicht gehalten, die konkreten Auswirkungen der im Planungsgebiet möglicherweise entstehenden WEA gleichsam vorhabenbezogen schon abschließend zu beurteilen. Insoweit ist es ausreichend, wenn er die Planungsentscheidung unter raumstrukturellen und raumfunktionalen Aspekten trifft.<sup>28</sup> Den Anforderungen des Abwägungsgebotes ist jedenfalls dann Genüge getan, wenn für den Träger der Regionalplanung objektiv vorhersehbar ist, dass auf der nachfolgenden örtlichen Planungsebene noch mit Reduzierungen der ausgewiesenen Windeignungsbereiche zu rechnen sein wird und er diesen Umstand in seine Abwägungsentscheidung vor dem Hintergrund, dass auch dann noch ein dem Planungsziel hinreichender Bereich substanzieller Windkraftnutzung verbleibt, mit eingestellt hat.<sup>29</sup> Die planerische Letztentscheidung bleibt damit den örtlichen Planungsträgern auf Gemeindeebene vorbehalten.

Sofern diese durch Flächennutzungsplan eine Ausweisung für WEA an einer Stelle im Gemeindegebiet vorse-

hen, stehen der Errichtung einer WEA außerhalb dieser dargestellten Konzentrationszone ebenso wie der in Regionalplänen öffentliche Belange entgegen.<sup>30</sup> Beschränkt der örtliche Planungsgeber die Errichtung und den Betrieb von WEA auf einen oder mehrere Bereiche im Gemeindegebiet, ist der Bau von WEA außerhalb dieser Konzentrationszone unzulässig, sofern dem Flächennutzungsplan ein schlüssiges gesamträumliches Konzept zugrunde liegt, welches wiederum den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots gerecht wird.<sup>31</sup> Hierbei ist es einer Gemeinde nicht verwehrt, erst auf Anträge zum Bau und Betrieb einer oder mehrerer WEA mit der Änderung und Aufstellung von Bauleitplänen zu reagieren. Es kommt nur darauf an, ob eine bestimmte Planung – auch wenn sie durch den Bauwunsch für eine WEA ausgelöst worden sein mag, um dieses konkrete Vorhaben zu verhindern – für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. § 1 Abs. 3 BauGB erkennt die gemeindliche Planungshoheit an und räumt der Gemeinde ein Planungsermessen ein. Für die Aufstellung von Bauleitplänen reicht es aus, dass dies nach der planerischen Vorstellung der Gemeinde gerechtfertigt ist.<sup>32</sup> Die Darstellung oder Änderung eines Flächennutzungsplans darf sich jedoch nicht allein auf die Verhinderung von WEA richten, in dem die Gemeinde die Flächennutzungsplanung als Mittel benutzt, um unter dem Deckmantel der Steuerung WEA in Wahrheit zu verhindern (sog. »Feigenblatt«-Planung).<sup>33</sup> Wo die Grenze zur Verhinderungsplanung verläuft, lässt sich abstrakt nicht bestimmen. Auch wenn die Darstellung von Konzentrationszonen im Ergebnis zu einer Art Kontingentierung der Anlagenstandorte führt, liegt eine »Verhinderungsplanung« nicht vor.<sup>34</sup> Beschränkt sich die Gemeinde darauf, eine einzige Konzentrationszone auszuweisen, so ist dies für sich genommen ebenfalls noch kein Indiz für einen fehlerhaften Gebrauch der Planungsermächtigung.<sup>35</sup> Vielmehr muss die Planung zur Vermeidung von Nutzungskonflikten und/oder zur Feinsteuerung der verschiedenen Nutzungen im Außenbereich erfolgen. Eine detaillierte Planung, wie sie bei einem Bebauungsplan erfolgt, ist dabei (noch) nicht erforderlich. Wichtig ist aber, dass die Gemeinde alle für eine Vorrangzone in Betracht kommenden Flächen bei ihrer Abwägung mit einbezieht. Beschränkt sie sich im Ergebnis allein auf eine Teilfortschreibung eines Flächennutzungsplans durch Wegfall von Konzentrationszonen für WEA, muss die Gemeinde erneut in eine Abwägung der für und gegen die wegfallende(n) Fläche(n) bzw. beibehaltenen Standorte sprechenden Belange eintreten und dabei das Gemeinde-

24 OVG NRW, U. v. 28. 1. 2005 – 7 D 35/03.NE –, ZUR 2005, 324 (326).

25 BVerwG, B. v. 28. 11. 2005 – 4 B 66/05 –, NVwZ 2006, 339 = BauR 2006, 495.

26 BVerwG, U. v. 27. 1. 2005 – 4 C 5/04 –, NVwZ 2005, 578 (580).

27 OVG Hessen, U. v. 6. 7. 2005 – 8 A 11033/04 –, NVwZ-RR 2006, 242.

28 OVG NRW, U. v. 6. 9. 2007 – 8 A 4566/04 –.

29 OVG NRW, a.a.O.

30 § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

31 Vgl. BVerwG, U. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 = BauR 2003, 828 = NVwZ 2003, 365.

32 Vgl. BVerwG, U. v. 18. 12. 1990 – 4 NB 8.90 –, in: BRS 50 Nr. 9; OVG NRW, U. v. 4. 6. 2003 – 7 a D 131/02.NE –.

33 Vgl. OVG NRW, U. v. 19. 5. 2004 – 7A3368/02 –, NuR 2004, 690; U. v. 19. 6. 2007 – 8 A 2677/06 –.

34 BVerwG, U. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02 –, BVerwGE 118, 33; B. v. 12. 6. 2006 – 4 B 49.06 –, ZfBR 2006, 679.

35 Vgl. BVerwG, U. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01 –, in: BauR 2003, 828 (832); U. v. 21. 10. 2004 – 4 C 2.04 –, BauR 2005, 503 (504).

gebiet erneut in den Blick nehmen.<sup>36</sup> So können im Flächennutzungsplan immissionsschutzrechtlich erforderliche Schutzabstände zu benachbarten Wohnbauten rund um eine WEA im Rahmen der Vorsorge berücksichtigt werden.<sup>37</sup> Weist ein Flächennutzungsplan eine Konzentrationszone aus und knüpft er die Zulässigkeit künftiger WEA jedoch an konkrete Bedingungen – wie bspw. auf eine bis zu 1 MW beschränkte Leistung oder ausschließlich pitchgesteuerte Anlagen zuzulassen – ist der Flächennutzungsplan unwirksam, weil die Gemeinde nach dem Vorstehenden nur berechtigt ist, die Art der Bodennutzung in ihren Grundzügen darzustellen, nicht aber weitergehende Voraussetzungen für den Betrieb einer WEA wie Leistung und/oder Anlagentechnik vorzugeben.<sup>38</sup> Grundsätzlich können Gemeinden die im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszonen erst durch einen Bauungsplan einer weiteren Feinsteuerung – etwa durch Begrenzung der Anlagenhöhe oder der Leistung oder der Standortfestlegung – unterziehen.<sup>39</sup> Ein Vertrauensschutz der WEA-Betreiber, dass die im Regionalplan ausgewiesenen Windeignungsbereiche auch auf kommunaler Planungsebene als Vorrangzone übernommen werden, besteht nicht.<sup>40</sup>

Hier offenbart sich ein Konfliktfeld zwischen den Planungsebenen, da die in Regionalplänen als grobe Raster ausgewiesenen Windeignungsbereiche von den Gemeinden oftmals nach örtlicher Prüfung räumlich verändert, eingeschränkt oder ganz weggeplant werden. Dies ist aber nicht ohne weiteres möglich, da der örtliche Planungsgeber an die übergeordneten Grundsätze der Raumplanung gebunden ist.<sup>41</sup> Diese Bindungswirkung wird verkannt, wenn die auf regionalplanerischer Ebene getroffene Festlegung, dass der ausgewiesene Bereich grundsätzlich für Windenergienutzungen geeignet ist örtlich begrenzt und der Eignungsbereich einer weiteren eigenständigen Prüfung unterzogen wird, ob und in welchem räumlichen Umfang diese Eignung nach den planerischen Vorstellungen der Ortsgemeinde letztlich bejaht werden kann.<sup>42</sup> Der Regionalplan darf also nicht durch die nachvollziehende Bauleitplanung der Kommunen ausgehöhlt werden. Wo aber die Grenze zwischen der noch zulässigen zur schon unzulässigen Einschränkung bzw. Wegplanung verläuft, ist in der Rechtsprechung offen. Dass es bei der späteren Flächennutzungsplanung noch zu Verkleinerungen bis hin zum vollständigen Wegfall einzelner Eignungsbereiche kommen kann, muss vom Regionalrat schon bei der Ent-

scheidung über den Regionalplan erkannt und »mitbedacht« worden sein. Wenn er deshalb die Eignungsbereiche so großzügig auswählt und zuschneidet, dass der Windkraft auch nach Berücksichtigung der immissionsschutzrechtlichen Abstände noch ausreichende Entfaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, wird das von der Rechtsprechung akzeptiert.<sup>43</sup> Bleiben aber nicht einmal 10 % der ursprünglich von der Regionalplanung vorgesehenen Windeignungsbereiche über, orientiert sich die örtliche Flächennutzungsplanung nicht mehr an der allgemeinen Größenordnung und der annähernden räumlichen Lage des festgelegten Eignungsbereiches des Regionalplans und demzufolge an den übergeordneten Zielen der Raumordnung,<sup>44</sup> mit der Folge, dass ein solcher Bauleitplan nichtig ist.

Werden die übergeordneten Ziele der Raumordnung durch Verkleinerung der Windvorrangzonen berührt, kann dieser Mangel durch ein sog. Zielabweichungsverfahren behoben/geheilt werden.<sup>45</sup> Dies geschieht in der Weise, dass der örtliche Planungsgeber sich mit seiner Planung noch einmal an den Regionalrat wendet und dessen Plazet für die vorgenommene Änderung der ausgewiesenen Windvorrangzone einholt. Dass das Zielabweichungsverfahren nur aufgrund eines ausdrücklichen, förmlichen Antrags durchgeführt werden kann, ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen. Es sind auch keine Gründe erkennbar, dass eine diesbezügliche Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Zielabweichungsverfahrens oder aus anderen Gründen geboten sein könnte.<sup>46</sup> Jedenfalls kann ein solcher Mangel durch nachträgliche Antragstellung oder Genehmigung geheilt werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG). Einer Begründung für das Zielabweichungsverfahren bedarf es nicht, da dieses die Gemeinden begünstigt, indem ihnen mit dem Zielabweichungsverfahren die volle gemeindliche Planungshoheit zurückgegeben wird. Rechte Dritter werden hierdurch nicht verletzt, weil ihnen gegenüber der Regionalplan irrelevant ist und sich die planungsrechtliche Beurteilung für sie nach dem Flächennutzungsplan richtet. Die Durchführung von Zielabweichungsverfahren führt ferner nicht zu einem Steuerungsverlust des Regionalplans, denn es verhindert, dass sich die kommunale Planung im Widerspruch zur Regionalplanung entwickelt und auf diese Weise im Laufe der Zeit die Kongruenz von Regional- und gemeindlicher Planung verloren geht. Mit dem Zielabweichungsverfahren wird sichergestellt, dass sich die Kommunen nicht über die sie verbindlichen Raumordnungsziele hinwegsetzen können, sondern dass auf regionaler Planungsebene eine Anpassung der Regionalplanung an die veränderten Bedürfnisse auf kommunaler Ebene erreicht wird. Dem oftmals angeführten Argument, dass der Regionalplan durch kommunale Wegplanungen ausgehöhlt werde, tritt die Rechtsprechung entgegen, indem sie als Bezugsgröße nicht auf das betroffene Gemeindegebiet, sondern auf den räumlichen

36 OVG NRW, U. v. 19. 6. 2007 – A 2677/06 –.

37 OVG NRW, U. v. 6. 9. 2007 – 8 A 4566/04 –; B. v. 27. 11. 2007 – 8 A 2272/07 –.

38 Vgl. OVG NRW, U. v. 4. 12. 2006 – 7 A 568/06 – und U. v. 28. 11. 2007 – 8 A 4744/06 –.

39 BVerwG, B. v. 25. 11. 2003 – 4 BN 60.03 –, BRS 66 Nr. 115; vgl. auch OVG NRW, U. v. 30. 10. 2006 – 7 D 68/06.NE –, n. v.; für eine Höhenbegrenzung in Konzentrationszonen auch durch Flächennutzungspläne VG Münster, U. v. 5. 5. 2006 – 10 K 3361/04 –; OVG NRW, U. v. 19. 5. 2004 – 7 A 3368/02 –, NuR 2004, 690.

40 Vgl. OVG NRW, B. v. 27. 11. 2007 – 8 A 2272/07 –.

41 § 1 Abs. 4 BauGB.

42 OVG NRW, B. v. 22. 9. 2005 – 7 D 21/04.NE –.

43 OVG NRW, U. v. 6. 9. 2007 – 8 A 4566/04 –.

44 OVG NRW, B. v. 22. 9. 2005 – 7 D 21/04.NE –; ebenso U. v. 19. 9. 2006 – 10 A 973/04 –.

45 Vgl. bspw. §§ 19 a a. F. jetzt: 24 LPIG NRW.

46 OVG NRW, B. v. 21. 11. 2007 – 8 A 289/07 –.

Geltungsbereich des Regionalplans abstellt. In Relation zu der Größe des Regionalplangebiets sind die Zielabweichungen bisher noch nicht von solchem Gewicht gewesen, dass die Grundzüge der Planung berührt und in der weiteren Folge eine erneute Gesamtabwägung erforderlich gewesen wäre.<sup>47</sup>

Eine weitere Möglichkeit der Fehlerbehebung besteht mit dem sog. Planergänzungsverfahren. Hierdurch kann eine Gemeinde den Flächennutzungsplan, in dem sie eine Konzentrationszone für die Windenergie fehlerhaft, bspw. wegen unrichtiger Abwägung, festgesetzt hat, berichtigen und diesen rückwirkend in Kraft setzen.<sup>48</sup> Die gesetzlich angeordnete rückwirkende Inkraftsetzung hat zur Konsequenz, dass die Ablehnung einer ursprünglich für die Errichtung einer WEA beantragte Genehmigung nicht rechtswidrig war. Durch das ergänzende Planerhaltungsverfahren sollen nämlich Fehler, mit denen ein Flächennutzungsplan behaftet war, geheilt werden. Die Heilung bewirkt, dass der Flächennutzungsplan mit der rückwirkenden Inkraftsetzung so anzusehen ist, als ob er von Anfang rechtswirksam gewesen wäre.

#### D. Schädliche Umwelteinwirkungen und Schutzbedürftigkeit

Bei einzelnen wie bei mehreren WEA können sich aus dem Standort, der Anlage selbst wie auch aus dem Zusammenspiel mit anderen Vorbelastungen nachteilige Effekte für die Umgebung, namentlich die Umwelt (Fauna) und die dort siedelnden Anwohner ergeben. Im einzelnen kann es sich um akustische, optische oder sonstige Beeinträchtigungen handeln, die unter dem Kriterium der Zumutbarkeit untersucht werden müssen, die wiederum zugleich Einfluss auf die Schutzbedürftigkeit der konfligierenden Umweltnutzungen hat. Letztlich ist eine Abwägung der widerstreitenden Nutzungsinteressen im Einzelfall am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmen.

##### 1. Lärm als Umwelteinwirkung

Bei einer WEA können sowohl von den Rotorblättern als auch von dem Getriebe Geräusche im Betriebszustand hervorgerufen werden. Für die Beurteilung der Frage, ob derartige Lärmemissionen schädliche Umwelteinwirkungen darstellen, werden sog. normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften herangezogen. Einschlägig ist hier die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA-Lärm). Da WEA im Allgemeinen im Außenbereich errichtet werden, haben sie nach der Rechtsprechung die nach der TA

Lärm für Mischgebiete geltenden Grenzwerte von 60 dB (A) tagsüber und 45 dB (A) nachts einzuhalten.<sup>49</sup> Damit ist den Bewohnern im Außenbereich aber ein von WEA ausgehender deutlich höherer Lärmpegel als in einem innerörtlichen Wohnbereich zuzumuten. Auch wenn es sich bei dem Außenbereich um ein aus Gründen des Landschafts- und/oder des Naturschutzes festgesetztes Schutzgebiet handelt, ergibt sich für die dort lebenden Bewohner keine höhere, besondere Schutzwürdigkeit.<sup>50</sup>

Bereits im vormaligen Baugenehmigungsverfahren waren die von einer oder mehreren WEA ausgehenden Schallimmissionen durch eine Prognose zu ermitteln, die den Genehmigungsunterlagen beizufügen war. Hierfür bedienen sich die Anlagenbetreiber und/oder Bauherren privater Sachverständigenbüros, die diese Schallimmissionen durch computergestützte Rechenmodelle prognostizieren. Unterschiede hinsichtlich der Lärmimmissionen von WEA können sich dabei aus unterschiedlich benutzten Getrieben und der Steuerung der Rotorblätter ergeben. Je nachdem, ob eine Anlage pitch- oder stallgesteuert ist, können unterschiedliche Lästigkeitszuschläge bei der Prognoseermittlung oder später als tonhaltige Geräusche bei der Messung mit in Rechnung zu stellen sein. Dabei sind mögliche Probleme, die von dem Typus der WEA ausgehen oder bei Referenzmessungen aufgetreten sind, bei der Prognose mit einem üblicherweise anzusetzenden Sicherheitszuschlag von 2,0 dB (A) zu berücksichtigen, um für die messtechnische Überwachung der Anlage »auf der sicheren Seite« zu liegen.<sup>51</sup> Die Prognoseunsicherheit in Höhe von 2,0 dB (A) setzt sich aus Sicherheitszuschlägen wegen einer möglichen Produktionsseriensteuerung, wegen einer möglichen Messungenauigkeit und wegen der Unsicherheit des Prognoseverfahrens zusammen.<sup>52</sup> Für die Vergabe von Zuschlägen auf die Schallprognosen kommt es nicht so sehr auf das exakte Geräusch als ton-, impuls- oder informationshaltig an, sondern darauf, ob das Geräusch in seiner störenden Auffälligkeit neben den anderen Grundtönen deutlich wahrnehmbar ist. Ein Lästigkeitszuschlag für das Drehgeräusch der Rotorblätter (Rotorblattschlaglagen) ist im Nennleistungsbetrieb nicht vorzunehmen. Bei der Berechnung der Schallimmissionsprognose kann es Probleme durch großzügiges Auf- und/oder Abrunden der Werte geben. In der Rechtsprechung ist aber geklärt, dass der maßgebliche Grenzwert aus der TA Lärm, der erst nach Abrundung des rechnerisch ermittelten Beurteilungspegels eingehalten werden würde, nicht mehr auf der zuvor erwähnten »sicheren Seite« der Prognose liegt und dem gemäß nicht sicher eingehalten würde.<sup>53</sup> Eine Genehmigungserteilung wäre in diesem Fall feh-

47 OVG NRW, B. v. 21. 11. 2007 – 8 A 2272/07 – und – 8 A 289/07 –.

48 § 214 Abs. 4 BauGB; vgl. auch BVerwG, B. v. 14. 11. 2005 – 4 BN 51.05 –, BauR 2006, 478 = ZfBR 2006, 164; siehe auch *Kuchler/Spieler*, Ergänzendes Verfahren gem. § 214 Abs. 4 i. d. F. des EAG Bau, KommJur 2006, 51 ff.; *Uechtritz*, Die Änderungen im Bereich der Fehlerfolgen und der Planerhaltung nach §§ 214 ff. BauGB, ZfBR 2005, 11 ff.; *Quaas*, Neustrukturierung der Planerhaltungsbestimmungen in §§ 214 ff. BauGB, BauR 2004, 1541 ff.; *Finkelnburg*, Die Änderungen des Baugesetzbuchs durch das Europaanpassungsgesetz Bau, NVwZ 2004, 897 ff.

49 OVG NRW, B. v. 13. 7. 2006 – 8 B 39/06 –; U. v. 18. 11. 2002 – 7 A 2127/00 –, BauR 2003, 517.

50 OVG NRW, U. v. 6. 8. 2003 – 7a D 100/01.NE –, NuR 2004, 321 (322).

51 OVG NRW, B. v. 26. 2. 2003 – 7 B 2434/02 –, BauR 2003, 1361 = BRS 66 Nr. 176.

52 OVG NRW, B. v. 20. 10. 2005 – 8 B 158/05 –, ZNER 2005, Nr. 4, 342 ff.; vgl. auch OVG NS, U. v. 18. 5. 2007 – 12 LB 8/07 –, ZNER 2007, 229.

53 OVG NRW, B. v. 20. 10. 2005 – 8 B 158/05 –, ZNER 2005, 342 ff.

lerhaft. Die Plausibilität der Prognose ist im Genehmigungsverfahren von der Behörde und im Gerichtsverfahren von dem Gericht, ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, zu prüfen. Allerdings kann der einzuhaltende Schalleistungspegel, der von der WEA nicht überschritten werden darf, in der Genehmigung festgeschrieben werden. Die Vorgabe der Einhaltung bloßer Richtwerte allein reicht nicht aus.<sup>54</sup> Erst wenn die Grenzwerte – sei es bereits bei der Schallimmissionsprognose oder erst bei einer nachvollziehenden örtlichen Messung – überschritten werden, sind die von einer oder mehreren WEA ausgehenden Lärmimmissionen nicht mehr zumutbar. Für die Einhaltung des Nachtwerts kommt es darauf an, dass der Wert während des regulären Betriebs auch in der lautesten Nachtstunde nicht überschritten wird. Maßgeblich sind insoweit bei pitchgesteuerten WEA die bei Nennleistungsbetrieb zu erwartenden Immissionen. Um den vorgeschriebenen Richtwert von 45 dB (A) nachts einzuhalten, kann es erforderlich sein, die WEA zur Nachtzeit nur in einem leistungsreduzierten Betrieb und nur mit einem maximalen Schalleistungspegel zu fahren. Eine derartige Leistungsreduzierung ist bei pitchgesteuerten WEA ohne weiteres und ohne zusätzliche Lärmimmissionen realisierbar. Durch Aufnahme einer technischen Regelung – nämlich Nachtabschaltung bei Überschreiten des Werts von 95 % der Nennleistung – durch eine Nebenbestimmung zur Betriebsgenehmigung werden die betroffenen nachbarlichen Rechte gewahrt.<sup>55</sup>

## 2. Optische Umweltbeeinträchtigungen

Bei Sonnenschein können an einer WEA, ähnlich wie auch bei anderen spiegelnden Flächen, störende Reflexionen des Sonnenlichts auftreten. Diese werden aufgrund der betriebsbedingt bewegten Rotorflügel als bewegte Reflexionen wahrgenommen. Man spricht insoweit von Lichtreflexionen/Lichtblitzen/Disco-Effekt. Früher war dies ein bekanntes Phänomen, das wiederholt zu Gerichtsentscheidungen geführt hat.<sup>56</sup> Heute haben die WEA-Betreiber reagiert und die Rotorblätter mit matten Farbanstrichen versehen, die die Reflexionen minimieren.<sup>57</sup> In die gleiche Kategorie gehört die sog. Nachtbefeuerung.<sup>58</sup> Ragen WEA über 100 m in den Nachthimmel hinein, müssen diese infolge ihrer Größen in der Dunkelheit mit rotierenden/blinkenden Lichtzeichen für die Flugzeuge ausgestattet werden. Auch diese blinkenden Lampen führten zu Prozessen, da sich Nachbarn hierdurch belästigt fühlten. Werden WEA in der Nähe von Verkehrs-Flughäfen errichtet, müssen sie die besonderen baurechtlichen Bestimmungen des LuftVG beachten. Danach genügen sie jedenfalls dann den Anforderungen des bauplanungsrechtlichen

Rücksichtnahmegebots, wenn sie die aus luftverkehrsrechtlicher Sicht gebotenen Mindestabstände zu den Platzrunden einhalten und auch ansonsten kein Flugsicherheitsrisiko darstellen, welches zu einer Aufgabe oder wesentlichen Beschränkung der Platznutzung zwingt.<sup>59</sup>

Optische Beeinträchtigungen können sich auch aus den Schattenbewegungen der Rotorblätter ergeben. Verbindliche Richtwerte für die Annahme einer Unzumutbarkeit durch den von einer Windenergieanlage ausgehenden Schattenwurf bestehen allerdings nicht. In der Rechtsprechung werden unzumutbare Belästigungen durch Schattenwurf im Sinne einer Faustformel (worst-case-Betrachtung) dann angenommen, wenn an dem betroffenen Standort des benachbarten Wohnhauses an mehr als 30 Stunden im Jahr oder mehr als 30 Minuten am Tag Schattenwurf durch die rotierenden Rotorblätter zu erwarten sind,<sup>60</sup> wobei auch eine wertende Betrachtung gefordert wird, die über die bloßen Einwirkzeiten hinaus die Umstände des Einzelfalls in den Blick nimmt.<sup>61</sup> Um das Problem der Überschreitung des höchst zulässigen Schattenwurfs zu beseitigen, werden die Genehmigungen heute mit inhaltlich hinreichend bestimmten Nebenbestimmungen versehen, wonach die WEA mit einer Abschaltautomatik auszustatten und diese so zu programmieren ist, dass die Einwirkung von beweglichem Schatten auf das Nachbargrundstück vollständig ausgeschlossen wird. Diese selbsttätigen Schattenabschaltungen sind so zu programmieren, dass die Anlagenstandorte und die zu schützenden schattenbeaufschlagten Flächen (z. B. Fenster und Terrassen) an den Immissionsorten genau ermittelt und in die Steuerung eingegeben werden. Beeinträchtigungen durch periodischen Schattenwurf sind demnach heute nicht mehr zu befürchten.

Zu den optischen Beeinträchtigungen, die von WEA ausgehen können, gehört auch die von den in der Nachbarschaft einer WEA lebenden Anwohnern empfundene Bedrängung durch den Umfang und die Höhe des Mastes, den Getriebekörper und die Rotorblätter. Ist die WEA so groß und mächtig, dass es für das benachbarte Grundstück und seiner Bewohner zu einer erdrückenden oder erschlagenden Wirkung kommt, kann die WEA rücksichtslos sein. Ob eine derartige Wirkung von einer WEA auf eine Nachbarbebauung ausgeht, ist stets anhand aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Für die Frage, ob eine WEA im Einzelfall unzumutbar bedrängend wirkt, sind allerdings andere Kriterien als im Baurecht maßgebend. Die Baukörperwirkung einer WEA unterscheidet sich von

54 Zum Vorstehenden: OVG NRW, B. v. 23. 9. 2002 – 7 B 1283/02 –, BauR 2003, 217 = BRS 65 Nr. 71.

55 OVG NRW, B. v. 9. 3. 2005 – 10 B 2384/04 –.

56 OVG NRW, B. v. 4. 11. 1999 – 7 B 1339/99 –, juris; B. v. 22. 10. 1996 – 10 B 2385/96 –, BRS 58 Nr. 177; OVG SH, U. v. 20. 7. 1995 – 1 L 181/94 –, juris; .

57 OVG NS, U. v. 18. 5. 2007 – 12 LB 8/07 –, ZNER 2007, Nr. 2, 229; OVG RP, U. v. 6. 3. 2002 – 8 C 11470/01 –, BRS 65 Nr. 55.

58 Vgl. § 12 ff. LuftVG.

59 OVG NS, U. v. 18. 7. 2007 – 12 LC 56/07 –, juris; OVG RhPf, U. v. 16. 1. 2006 – 8 A 11271/05 –, NVwZ 2006, 844; vgl. dazu auch *Maslaton*, Berücksichtigung des öffentlichen Belangs Luftverkehr bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, NVwZ 2006, 777 ff.

60 Vgl. OVG NRW, B. v. 27. 7. 2005 – 7 A 707/04 –, B. v. 14. 6. 2004 – 10 B 2151/03 –, NWVBl. 2005, 194; OVG MV, B. v. 8. 3. 1999 – 3 M 85/98 –, BRS 62 Nr. 109; OVG RP, U. v. 20. 2. 2003 – 1 A 11406/01 –, NVwZ-RR 2003, 619.

61 Vgl. OVG NRW, B. v. 14. 6. 2004 – 10 B 2151/03 –, NWVBl. 2005, 194; OVG Nds., U. v. 18. 5. 2007 – 12 LB 8/07 –, ZNER 2007, 229.

derjenigen klassischer Bauwerke, die durch ihre Baukörpermasse eine erdrückende Wirkung auf die Umgebung ausüben können. Eine WEA wirkt weniger durch die Bau-masse als vielmehr durch ihre Höhe und die Rotorbewegung. Der in der Höhe wahrzunehmenden Drehbewegung des Rotors kommt dabei eine entscheidende Bedeutung zu. Zum einen lenkt der Rotor durch die Bewegung den Blick auf sich und schafft eine Art »Unruheelement«, weil ein bewegtes Objekt die Aufmerksamkeit in höherem Maße erregt als ein statisches; eine Bewegung wird selbst dann noch registriert, wenn sie sich nicht direkt in der Blickrichtung des Betroffenen, sondern seitwärts von dieser befindet. Eine nur durch Phasen relativer Windstille unterbrochene ständige, nach Windstärke in der Umdrehungsgeschwindigkeit differierende Bewegung im Blickfeld oder am Rande des Blickfeldes kann schon nach kurzer Zeit, erst recht auf Dauer unerträglich werden. Ein sich bewegendes Objekt zieht den Blick nahezu zwangsläufig auf sich. Es kann Irritationen hervorrufen und die Konzentration auf andere Tätigkeiten wegen der steten, kaum vermeidbaren Ablenkung erschweren.<sup>62</sup> Zum anderen vergrößert die Drehbewegung des Rotors die optischen Dimensionen einer WEA deutlich und bestimmt sie. Gebäudegleiche Abmessungen hat somit allein die Fläche, die der Rotor bestreicht. Die optischen Auswirkungen einer Windkraftanlage sind um so erheblicher, je größer die Anlage ist und je höher der Rotor angebracht ist. Die Einzelfallabwägung, ob eine solche Anlage bedrängend auf die Umgebung wirkt, hat sich daher in einem ersten Schritt an der Höhe der Anlage zu orientieren. Ferner ist bei der Einzelfallbewertung auf den Rotordurchmesser abzustellen. Je größer der Rotordurchmesser und damit auch die durch die Drehbewegung der Rotorblätter abgedeckte Fläche ist, desto größer ist auch die von der Anlage ausgehende optische Einwirkung. Die bloße Möglichkeit, die WEA vom Wohnhaus des Nachbarn wahrzunehmen, reicht für eine Beeinträchtigung nicht aus. Denn das Gebot der Rücksichtnahme vermittelt dem Nachbarn keinen Anspruch auf eine von technischen Bauwerken freie Aussicht.<sup>63</sup> Für die Würdigung im Einzelfall hat die Rechtsprechung grobe Anhaltswerte entwickelt.<sup>64</sup>

a) Beträgt der Abstand zwischen einem Wohnhaus und einer Windkraftanlage mindestens das Dreifache der Gesamthöhe (Nabenhöhe +  $\frac{1}{2}$  Rotordurchmesser) der geplanten Anlage, dürfte die Einzelfallprüfung überwiegend zu dem Ergebnis kommen, dass von dieser Anlage keine optisch bedrängende Wirkung zu Lasten der Wohnnutzung ausgeht. Bei einem solchen Abstand treten die Baukörperwirkung und die Rotorbewegung der Anlage so weit in den Hintergrund, dass ihr in der

Regel keine beherrschende Dominanz und keine optisch bedrängende Wirkung gegenüber der Wohnbebauung zukommt.

- b) Ist der Abstand geringer als das Zweifache der Gesamthöhe der Anlage, dürfte die Einzelfallprüfung überwiegend zu einer dominanten und optisch bedrängenden Wirkung der Anlage gelangen. Ein Wohnhaus wird bei einem solchen Abstand in der Regel optisch von der Anlage überlagert und vereinnahmt. Auch tritt die Anlage in einem solchen Fall durch den verkürzten Abstand und den damit vergrößerten Betrachtungswinkel derart unausweichlich in das Sichtfeld, dass die Wohnnutzung überwiegend in unzumutbarer Weise beeinträchtigt wird.
- c) Beträgt der Abstand zwischen dem Wohnhaus und der Windkraftanlage aber das Zwei- bis Dreifache der Gesamthöhe der Anlage, bedarf es regelmäßig einer besonders intensiven Prüfung des Einzelfalls.

Während also die Fälle a) und b) Indizwirkung für oder gegen eine optisch bedrängende Wirkung haben, sind im Fall c) in einem zweiten Schritt die örtlichen Verhältnisse in die Einzelfallbewertung einzustellen. Für die Beantwortung der Frage, ob von einer WEA eine optisch bedrängende Wirkung auf eine benachbarte Wohnbebauung ausgeht, kommt es darauf an, wie die planungsrechtliche Lage des Wohnhauses des Nachbarn, der sich optisch von einer WEA bedrängt sieht, ist. Derjenige, der sich im Außenbereich ansiedelt, muss grundsätzlich mit der Errichtung von in diesem Bereich privilegierten WEA und ihren optischen Auswirkungen rechnen.<sup>65</sup> Zwar entfällt der grundsätzliche Schutzanspruch nicht im Außenbereich, jedoch vermindert er sich dahin, dass dem Betroffenen eher Maßnahmen zuzumuten sind, durch die er den Wirkungen einer privilegierten WEA ausweicht oder sich vor ihnen schützt (beispielsweise durch Anpflanzungen von Hecken oder Verdichtung eines schon vorhandenen Bewuchses). Je nach Grundstücksgröße und vorhandenem Baumbestand können im Einzelfall Ausweichmöglichkeiten bestehen, die zu nutzen dem Nachbarn möglich und zumutbar sind, um sowohl den direkten Anblick auf die WEA zu vermeiden als auch die Sonne im Freien zu genießen. M.a.W., ob infolge der Grundstücksgröße und des vorhandenen Baumbestandes eine Möglichkeit der Bewohner zum Ausweichen besteht. Im Einzelfall kann es von Bedeutung sein, ob dem betroffenen Nachbarn zureichende und zumutbare Abschirmungsmöglichkeiten, etwa durch Heckenbepflanzungen oder Bäume zur Verfügung stehen. Neben der planungsrechtlichen Situation und der Grundstücksgröße ist auch die konkrete Anordnung des Gebäudes und der schutzbedürftigen Räumlichkeiten sowie deren Fenster und die Lage der Terrassen u.ä. zur WEA zu berücksichtigen. Dabei sind nicht nur Wohn- und Wirtschaftsgebäude, sondern – ebenfalls im Eigentum der Betroffenen stehende – weitere Wohnnutzungen (wie bspw. ein Altenteilerhaus) von Bedeutung. Relevanz für eine bedrängende Wirkung hat auch, ob sich die Aufenthalts- und Wohnräume in direkter Blickrichtung auf die WEA befin-

62 OVG NRW, U. v. 29. 8. 1997 – 7 A 629/95 –, NWVBl. 1998, 115.

63 OVG NRW, B. v. 17. 1. 2007 – 8 A 2042/06 –, n. v.

64 OVG NRW, U. v. 9. 8. 2006 – 8 A 3726/05 –, = DVBl. 2006, 1532 = BauR 2007, 74; nachgehend: BVerwG, B. v. 11. 12. 2006 – 4 B 72.06 – NVwZ 2007, 336 = BauR 2007, 674; OVG NRW, B. v. 22. 3. 2007 – 8 B 2283/06 –, RdL 2007, 156; B. v. 25. 7. 2007 – 8 B 259/07 –, n. v.; vgl. auch OVG RP, NVwZ 2005, 1208, wonach bei Einhaltung des nach der Raumordnung empfohlenen Abstands von 500 m keine erdrückende Wirkung anzunehmen ist.

65 OVG NRW, B. v. 12. 1. 2006 – 8 A 2285/03 –,

den. Erheblich ist ferner, ob die WEA in Hauptblickrichtung eines Wohnhauses liegt oder sich seitwärts von diesem befindet. Auch die Hauptwindrichtung kann zu berücksichtigen sein, da es von der mit der Windrichtung wechselnden Stellung des Rotors abhängt, wie häufig in welcher Größe die vom Rotor bestrichene Fläche von einem Wohnhaus wahrgenommen wird. Von Belang kann ferner die topographische Situation einschließlich vorhandener Waldgebiete sein. Je nachdem, ob die WEA oder das bewohnte Nachbargrundstück sich in einer Berg- oder Tallage befinden, kann die Schutzbedürftigkeit der Anwohner unterschiedlich sein. Waldgebiete oder Bäume können zu der WEA jedenfalls einen partiellen Sichtschutz bieten. Auch vorhandene (andere optische) Vorbelastungen (bspw. andere WEA, Strommasten oder ähnliche Bauwerke) sind in die Einzelfallbetrachtung mit einzustellen und vermindern ggf. den Schutzanspruch des Betroffenen.<sup>66</sup>

### 3. Sonstige Umweltbeeinträchtigungen

a) Durch die Errichtung und den Betrieb von 100 m hohen WEA und darüber kann des weiteren die Optik der Landschaft, der Naturschutz und der Erholungswert des Außenbereichs für die Bevölkerung und die dort lebende Fauna beeinträchtigt werden. Ob die Schwelle zur Verunstaltung überschritten ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab.<sup>67</sup> Maßgeblich dafür sind wiederum die Höhe und die anlagentypische Drehbewegung der Rotorblätter, wenn sie einen groben Eingriff in die wegen ihrer Schönheit und Funktion besonders schutzwürdigen Umgebung darstellen, was von einer wertenden Betrachtung abhängt.<sup>68</sup> Eine Verunstaltung ist beispielsweise in einem Fall bejaht worden, als in einer Mittelgebirgslandschaft an exponierter Stelle WEA unmittelbar in das Blickfeld einer bislang unbeeinträchtigten Fernsicht traten und durch ihre Rotoren eine optische Unruhe in das ansonsten ruhige Landschaftsbild brachten, wodurch die »ästhetisch wertvolle Einzigartigkeit« massiv beeinträchtigt wurde.<sup>69</sup> Das beeinträchtigte Gebiet muss dabei nicht förmlich unter Natur- oder Landschaftsschutz stehen. Auch nicht unter förmlichen Naturschutz gestellte Bereiche können durch die großvolumigen WEA verunstaltet werden. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege stehen einem Vorhaben der Windenergie aber auch dann entgegen, wenn dieses in nicht durch eine Ausnahmegenehmigung oder Befreiung zu behebender Weise in Widerspruch zu einer gültigen Landschaftsschutzverordnung steht.<sup>70</sup> Stehen in einem Gemeindegebiet nahezu alle Außenbereichsflächen förmlich unter Landschaftsschutz, muss die Kommune der Windenergie nicht in gleicher Weise Raum für Flächen geben, wie dies in anderen struk-

turierten Gemeinden möglicherweise geboten sein kann. Umgekehrt kann der Erholungswert einer bisher unberührten Landschaft durch die erstmalige Genehmigung einer 100 m hohen WEA so beeinträchtigt werden, dass der Genehmigung Belange des Landschaftsschutzes entgegenstehen, was allerdings von den Gegebenheiten des Einzelfalles abhängt, die in die nachvollziehende Abwägung mit eingeflossen sein müssen.<sup>71</sup> Es reicht dabei aus, wenn eine WEA nur aus einigen, nicht unerheblichen Sichtbereichen die Landschaft verunstaltet, auch wenn dies aus anderen Sichtfenstern möglicherweise nicht der Fall ist.<sup>72</sup>

b) Neben diesen Belangen kann als Unterfall des Naturschutzes auch der öffentliche Belang des Vogelschutzes einem Vorhaben auf Einrichtung einer Konzentrationszone oder der Errichtung einer WEA entgegenstehen.<sup>73</sup> Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn das betreffende Gebiet eine hohe avifaunistische Wertigkeit im Sinne der EG-Vogelschutzrichtlinie<sup>74</sup> genießt oder eine bedrohte Vogel- oder Tierart dort ihren Lebensraum hat und »Schlachtopfer« der Rotoren wird.<sup>75</sup>

c) In jüngerer Zeit kommt nunmehr wiederholt der Einwand von Landwirten, die von ihnen betriebene Pferdezucht und Pferdehaltung werde durch eine genehmigte WEA unzumutbar beeinträchtigt. Die Pferde würden, wenn sie sich auf der Koppel im Einwirkungsbereich der Rotorblätter befänden, scheuen und durchgehen, weil sie von den Drehbewegungen der Rotorflügel erschreckt würden. Nach wissenschaftlichen Erkenntnissen handelt es sich bei Pferden jedoch um »Gewöhnungstiere, für die all das, was sich in der Luft abspielt, völlig irrelevant ist – also auch das Drehen der Rotoren.« Gerade hochgezüchtete Pferde sind oftmals ganz anderen Belastungen und extremen Reizen ausgesetzt. In einer Befragung sind die Erfahrungen bei 424 Pferden mit WEA zusammengetragen worden. Nur in elf Fällen (d. h. 2,6 %) sind überhaupt bemerkbare Reaktionen aufgetreten, jedoch ist i. d. R. eine baldige Gewöhnung erfolgt. In keinem Fall sind heftige Reaktionen wie »Steigen« oder »Durchgehen« aufgetreten. Insgesamt sind die von WEA ausgehenden Reize für Pferde im Vergleich zu sonstigen ortsüblichen Reizen im Außenbereich als unerheblich zu erachten.<sup>76</sup> Angesichts dessen geht auch die obergerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass die akustischen und optischen Wirkungen

71 Vgl. OVG NRW, U. v. 19. 9. 2006 – 10 A 973/04 –; VG Freiburg, U. v. 18. 10. 2005 – 1 K 1928/04 –, NuR 2006, 260.

72 Vgl. OVG NRW, U. v. 4. 12. 2006 – 7 A 568/06 –, n. v.

73 Vgl. dazu auch *Wustlich* (Fußn. 3), ZUR 2007, 16 (22).

74 RiL 79/409/EWG ABl. EG 1979 Nr. L 103 S. 1; zuletzt geändert ABl. EU 2003 Nr. L 236 S. 667; vgl. dazu *Gellermann/Schreiber*, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren, 2007.

75 VG Saarland, U. v. 19. 9. 2007 – 5 K 58/06 –, juris; VG Stuttgart, U. v. 3. 5. 2005 – 13 K 5609/03 –, NuR 2005, 673.

76 Vgl. *Seddig*, Gutachten »Windenergieanlagen und Pferde« vom 17. 11. 2004, Fakultät für Biologie, Universität Bielefeld, S. 16, unter: [http://www.wind-energie.de/fileadmin/dokumente/Themen\\_A-Z/Wild-%20und%20Nutztiere/Studie\\_Pferde\\_Gutachten.pdf](http://www.wind-energie.de/fileadmin/dokumente/Themen_A-Z/Wild-%20und%20Nutztiere/Studie_Pferde_Gutachten.pdf); vgl. ebenso *Rustige*, in: Landwirtschaftliches Wochenblatt vom 21. 3. 2002; Schulze Niehues in: *Neue Energie* 2002, 110.

66 Vgl. OVG NRW, B. v. 25. 7. 2007 – 8 B 259/07 –, n. v.

67 Vgl. BVerwG, B. v. 18. 3. 2003 – 4 B 7.03 –, BauR 2004, 295.

68 Vgl. BVerwG, B. v. 15. 11. 2001 – 4 B 69.01 –, BauR 2002, 1051 (1052).

69 Vgl. OVG NRW, U. v. 18. 11. 2004 – 7 A 3329/01 –, NVwZ-RR 2006, 176.

70 Vgl. BVerwG, 2. 2. 2000 – 4 B 104.99 –, BauR 2000, 312; OVG NRW, B. v. 5. 9. 2006 – 8 A 1971/04 –.

einer WEA auf das Verhalten von Pferden nicht rücksichtslos ist. Vielmehr ist der Pferdehalter im Rahmen seiner Obliegenheiten verpflichtet, Vorsorge gegen etwaige Unfallgefahren zu treffen, in dem er die Pferde behutsam an die WEA gewöhnt. Danach ist es grundsätzlich möglich, dass sich Pferde, jedenfalls wenn sie dauerhaft auf einer Anlage im Einwirkungsbereich einer WEA gehalten werden, an die von dieser ausgehenden akustischen und optischen Wirkungen gewöhnen können.<sup>77</sup>

d) Im Winter kann es mitunter zu Eisabwurf im Nahbereich von WEA durch gefrierende Feuchtigkeit auf den Rotorblättern kommen, was zu Sicherheitsproblemen der Anlagen führen kann. Wie weit die Eisstücke fliegen, hängt vom Betriebszustand der WEA, der Windrichtung und der Windstärke ab. Nach einer Umfrage des DNR wurden Eisstücke in einer Entfernung von 120 m gefunden.<sup>78</sup> Der in Deutschland vorgeschriebene Mindestabstand zu Bebauungen liegt aber deutlich dar-

über. Nicht hiervon erfasst sind jedoch die an WEA vorbeiführenden (öffentlichen und/oder privaten) Straßen. Da Eissensoren an den Rotorflächen und technische Einrichtungen zur Unwuchtkontrolle sowie zur Überwachung von Leistungskennlinien bei Vereisungsgefahr unter 2 Grad zu einer automatischen Abschaltung der WEA führen, dürfte die Gefahr, von abplatzenden Eisstücken getroffen zu werden, im allgemeinen Lebensrisiko liegen.

## F. Zusammenfassung

Die vorstehenden Problemlagen verdeutlichen, dass mit der Errichtung und dem Betrieb von WEA nicht nur positive Seiten wie die regenerative Energiegewinnung verbunden sind, sondern auch negative Erscheinungen, die gerade im Hinblick auf die Umgebung und den im Umkreis einer WEA lebenden Anwohnern zu Rechtsstreitigkeiten führen. Die verschiedenen Rechtsprobleme rund um die WEA stehen im Spannungsgeflecht zwischen Planung, Umweltschutz, Energiegewinnung und Nachbartschutz.

77 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14. 3. 2006 – 8 A 3505/05 – juris; Beschluss vom 17. 5. 2002 – 7 B 665/02 –, NVwZ 2002, 1133; Bay. VGH, Beschluss vom 24. 6. 2002 – 26 CS 02.636 –, juris; B. v. 2. 8. 2007 – 8 B 643/07 –.

78 BT-Drs. 16/2105, S. 3.

# Vom Beruf unserer Zeit für eine europäisierte Gesetzgebung

– Das Umweltgesetzbuch und seine Einbettung in das Umweltrecht der Europäischen Union –

Von Dr. Peter Szczekalla, Osnabrück\*

*Nach langen Vorarbeiten und insbesondere kompetenzzielten Änderungen des Grundgesetzes im Zuge der so genannten Föderalismusreform 2006 liegt nunmehr ein erster Referentenentwurf für ein Umweltgesetzbuch vor. Der Beitrag führt in dieses ambitionierte Gesetzgebungsprojekt und seine Entwicklungsgeschichte ein. Darüber hinaus geht er insbesondere der Frage nach, ob und wie sich der Entwurf in das Umweltrecht der Europäischen Union einfügt. Dabei werden auch mögliche Wechselwirkungen zwischen nationalem und gemeinschaftlichem Umweltrecht beleuchtet.*

## I. Einleitung: Der Referentenentwurf 2007 zum UGB und weitere Regelungs-Vorhaben

Unter dem 19. November 2007 hat das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Bundesumweltministerium – BMU) einen Referentenentwurf zum Umweltgesetzbuch (UGB) fertig gestellt und den Ressorts zugeleitet.<sup>1</sup> Dieser Entwurf ist zwar innerhalb der

Bundesregierung noch nicht abgestimmt. Außerdem können sich im Zuge der laufenden Abstimmung zwischen den betroffenen Bundesministerien bei den Regelungen noch (möglicherweise erhebliche) Änderungen ergeben. Gleichwohl ist es sinnvoll, sich schon jetzt mit den geplanten Vorschriften zu befassen, die mutmaßlich auf Jahrzehnte hinaus das deutsche Umweltrecht entscheidend prägen werden und die bereits im Frühsommer 2008 in die parlamentarischen Beratungen gehen sollen<sup>2</sup>.

Zum so genannten Regelungspaket »UGB 2009«, welches aus insgesamt sechs Büchern bestehen wird, werden dabei des Weiteren die Verordnung über Vorhaben nach dem Umweltgesetzbuch (Vorhaben-Verordnung) und die Verordnung über Umweltbeauftragte (Umweltbeauftragtenverordnung) gehören. Unter dem 17. 12. 2007 ist zudem der – ebenfalls noch nicht abgestimmte – Referentenentwurf für ein Einführungsgesetz zum Umweltgesetzbuch (EG UGB) veröffentlicht worden,<sup>3</sup> mit welchem die Anpassung aller berührten Rechtsvorschriften an das künftige Umweltgesetzbuch im Wege eines Artikelgesetzes erfolgen soll.

In der nächsten, 17. Legislaturperiode sollen außerdem weitere Materien des Umweltrechts in das UGB auf-

\* Der Beitrag ist dem Hauptschriftleiter dieser Zeitschrift und meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, zum 70. Geburtstag am 25. 2. 2008 gewidmet. Der Verf. ist Redaktionsassistent dieser Zeitschrift und Lehrbeauftragter an der Universität Osnabrück (<http://szczekalla.instfsr-os.de>).

<sup>1</sup> Im Internet herunterladbar u. a. unter [<http://www.bmu.de/umweltgesetzbuch/downloads/doc/40448.php>]. S. dazu auch schon B. Stüer, DVBL 2007, 1544 ff.

<sup>2</sup> Vgl. S. Lottemoser, UPR 2007, 401 (401 f., 403).

<sup>3</sup> Im Internet herunterladbar u. a. unter [<http://www.bmu.de/umweltgesetzbuch/downloads/doc/40716.php>].