

Kurze rechtswissenschaftliche Skizzierung von Optionen des Bundes im Zusammenhang mit der Genehmigung von Kleinwindanlagen (KWEA) und der Einflussnahme auf Höhenvorgaben und auf Emissionswerte

1. Frage: Welche Einflussmöglichkeiten hat der Bund, Kleinwindanlagen in einer bestimmten Höhe verfahrensfrei zu stellen?

Das Baurecht in Deutschland ist im Baugesetzbuch (BauGB), in den Bauordnungen der Länder und in der Baunutzungsverordnung (BauNVO) geregelt. Während das BauGB die Bodennutzung steuert, dient das Bauordnungsrecht der Gefahrenabwehr. Die BauNVO macht inhaltliche Vorgaben darüber, wie einzelne Nutzungsarten zuzuordnen sind und welche Dichte der Bebauung als städtebaulich noch vertretbar angesehen werden kann. Für das Bauordnungsrecht sind die Länder zuständig, für das Bauplanungsrecht der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG.¹

Fragen zur Genehmigung von Vorhaben und deren Freistellung vom Genehmigungsverfahren sind dem Bauordnungsrecht zuzuordnen und werden daher in den Landesbauordnungen geregelt. Einige Länder haben Kleinwindanlagen ausdrücklich verfahrensfrei gestellt:²

- Baden-Württemberg: WEA mit einer Höhe bis zu 10 m (§ 50 Abs. 1 LBO BW i.V.m. Nr. 22 Anh.)
- Sachsen-Anhalt: WEA bis 10 m Nabenhöhe im Außenbereich (§ 60 Abs. 1 Nr. 4f) BauO LSA)
- Saarland: WEA bis zu 10 m Höhe, gemessen von der Geländeoberfläche bis zum höchsten Punkt der vom Rotor bestrichenen Fläche (§ 61 Abs. 1 Nr. 3c LBO Saarland)

Dem Bund ist es kompetenzrechtlich nicht möglich, den Ländern eine Verfahrensfreistellung für Kleinwindanlagen vorzuschreiben. Seine Einflussnahme beschränkt sich auf das Hinwirken auf Änderungen der Musterbauordnung (MBO). Die regelmäßig fortgeschriebene MBO sorgt für eine gewisse Übereinstimmung der Landesbauordnungen, weil sich viele Län-

¹ BVerfGE 3, 407 - Baurechtsgutachten.

² S. auch den Gesetzentwurf der bayerischen Staatsregierung vom 03.02.2009, Kleinwindkraftanlagen mit einer Gesamthöhe bis zu 10 m verfahrensfrei zu stellen (LT-Drucksache 16/375, S. 6). Lt. Begründung dient dies der Klarstellung. Bisher fielen derartige Anlagen - in Anlehnung an Abs. 1 Nr. 4a - unter den Auffangtatbestand des Art. 57 Abs. 1 Nr. 14e (LT-Drucksache 16/375, S. 13).

der an ihr orientieren. Sie wird von einer Sachverständigenkommission der Arbeitsgemeinschaften der für das Bauwesen zuständigen Minister der Länder (ARGEBAU) erarbeitet. Die letzte Entscheidung über die Genehmigungsregelungen der Landesbauordnungen – und damit auch für die Verfahrensfreistellung – liegt aber bei den Ländern.

2. Frage: Welche Regelungsmöglichkeiten hat der Bund, Kleinwindanlagen im BauGB und in der BauNVO zu begünstigen? (kurze nicht abschließende Skizzierung erster Überlegungen)

- Der Bund könnte die BauNVO – einer Rechtsverordnung auf Grund der Ermächtigung des § 9a BauGB – ergänzen, indem er Kleinwindanlagen für bestimmte Gebietstypen als zulässig zu erklären. Allerdings sind die Planungsbehörden nach § 1 Abs. 5 BauNVO ermächtigt, diese typisierenden gebietlichen Umschreibungen im Sinne ihrer örtlichen Besonderheiten abzuändern. Kommunen könnten daher im Bebauungsplan festsetzen, dass die Nutzungsart „Kleinwindanlagen“ nicht zulässig ist oder nur ausnahmsweise zugelassen werden kann.
- Der Bund könnte den Planvorbehalt des § 35 Abs. S. 3 auf bestimmte Anlagenhöhe beschränken, so dass er erst ab einer bestimmten Anlagengröße einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 entgegengehalten werden kann. Kleinwindanlagen bis zu dieser Höhe stünden dann Konzentrationszonen in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen ausdrücklich nicht entgegen. Bei Zielfestlegungen zu WEA in Raumordnungsplänen reduziert sich auch heute schon der Planvorbehalt auf raumbedeutsame Anlagen.³ Da den untergeordneten Anlagen eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 schon nach der aktuellen Gesetzeslage, Darstellungen einen Flächennutzungsplans oder die Ziele der Raumordnung nicht entgegengehalten werden können, wird deutlich, dass der Bund spezielle Formen der Kleinwindanlagen besser stellen will.
- Der Bund könnte – gerade mit Blick auf die Anlagen im Außenbereich aus den Anfangszeiten der Windenergienutzung – eine Regelung schaffen, die einen gewissen Bestandsschutz gewährleistet. Zu denken ist hier zum einen an verbesserte Ausgangslage

³ Nds.OVG Urt. v. 11.07.2007 - 12 LC 18/07; *Ostkamp, Carolin* (2006): Planerische Steuerung von Windenergieanlagen. Zugleich ein Beitrag zu Inhalt und Folgen des bauplanungsrechtlichen Darstellungsprivilegs. Hamburg. S. 200.

für ein Repowering oder für eine Begünstigung von KWEA i.S.v. § 35 Abs. 4 BauGB. Zu den besonderen Kriterien eines erweiterten Bestandsschutz mit Blick auf das Repowering – im Sinne eines Ersatzes durch größere, leistungsstärkere Anlagen – finden sich bei *Klinski* Vorschläge, die auf die Möglichkeit eines Ersatzbaus in unmittelbarer Nähe oder auf eine Reservierung von Vorrang- und Eignungsgebieten für Repoweringanlagen hinauslaufen.⁴ Parallel oder alternative dazu könnte der Bund KWEA insofern begünstigen, dass WEA durch neue effektivere und geräuschärmere Anlagen durch KWEA bis zu einer bestimmten Höhe ersetzt werden können. Das wäre dann eine weitere Form des „Repowerings“.

Um damit nicht das berechnete planerische Interesse an einer Konzentration der Anlagen und einem „Aufräumen der Landschaften“ zu unterlaufen, müsste der Bestandsschutz für KWEA auf Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB beschränkt werden. Der Eigentümer einer alten WEA könnte dann entscheiden, ob er auf große, leistungsstarke Anlagen setzen will oder – falls er einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb führt – eine kleine moderne KWEA aufstellen will. Die Begünstigung von KWEA i.S.v. § 35 Abs. 4 BauGB hat zur Folge, dass einem Vorhaben bestimmte öffentliche Belange nicht entgegengehalten werden können. Dazu gehören: Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans (Abs. 3 Nr. 1) oder eines Landschaftsplans (Abs. 3 Nr. 2), Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert (Abs. 3 Nr. 5) und – für WEA allerdings unerheblich – Befürchtung der Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung (Abs. 3 Nr. 7). Alle anderen öffentlichen Belange können dem Antrag auf Zulassung eines begünstigten Vorhabens entgegengehalten werden.⁵

⁴ *Klinski, Stefan* (2005): Überblick über die Zulassung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien. Der rechtliche Anforderungsrahmen für die Nutzung der verschiedenen Arten von erneuerbaren Energien zu Zwecken der Strom-, Wärme und Gasversorgung. Berlin., S. 44; *ders. et al.* (2007): Entwicklung einer Umweltstrategie für die Windenergienutzung an Land und auf See. Forschungsbericht 203 41 144. Im Auftrag des Umweltbundesamtes. Dessau. (2007), S. 55f.

⁵ BVerwG BBauBl. 1994, 493.

3. Frage. Welche Möglichkeiten hat der Bund, Emissionswerte für Kleinwindanlagen vorzuschreiben?

Bei WEA unter 50m Gesamthöhe handelt es sich um nach Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) genehmigungsfreie Anlagen i.S.d. § 22 BImSchG. Nach § 23 BImSchG ist die Bundesregierung ermächtigt, in einer Rechtsverordnung (RVO) vorzuschreiben, dass die Errichtung, die Beschaffenheit und der Betrieb nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen bestimmten Anforderungen zum Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen genügen müssen. Da der Bund im Bereich des Immissionsschutzes ausdrücklich für die Luftreinhaltung und die Lärmbekämpfung eine eigene Gesetzgebungskompetenz hat (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG), kann er Regelungen für Lärmimmissionen in einer solchen RVO festschreiben. Das Schutzniveau des § 22 BImSchG darf durch eine RVO nach § 23 BImSchG nicht unterschritten werden.⁶ In der RVO können auch Anforderungen in der Form von Emissionsgrenzwerten festgelegt werden. Emissionsgrenzwerte für Geräusche können als Schalleistung oder als Schalldruckpegel in einer bestimmten Entfernung von der Anlage angegeben werden.⁷ Gestaffelt nach dem Wert können die Anlagen dann in der RVO für einzelne Baugebietstypen der BauNVO als grundsätzlich zulässig anerkannt werden, soweit öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

Markkleeberg, 17. April 2009

⁶ *Hansmann* in Landmann, Robert; Rohmer, Gustav (Loseblatt): Umweltrecht, Band 1, Bundes-Immissionsschutzgesetz-Kommentar. Stand: 54. Lfg. August 2008. § 23, Rn. 14.

⁷ *Hansmann* Fn. 6. § 23, Rn. 17.