



## Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Sonderausgabe / Juli 2005

# Änderungen im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen Lösung der Windfarmproblematik

von Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Die Genehmigungspraxis für Windenergieanlagen hatte sich nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2004, das den Begriff einer genehmigungspflichtigen Windfarm nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) unabhängig vom einzelnen Betreiber definierte, erheblich erschwert. Die neue Rechtsprechung führt dazu, dass eine Vielzahl von Windenergieanlagen ohne die eigentlich notwendige immissionsschutzrechtliche Genehmigung errichtet und betrieben werden. Auch in den laufenden Genehmigungsverfahren kam es zu erheblichen Problemen, die allerdings durch die obgerichtliche Rechtsprechung teilweise geklärt werden konnten.

Es wurde schon früh darüber nachgedacht, die Klärung dieser Fragen im Wege einer Gesetzesänderung zu erreichen. Die Umsetzung einer europäischen Richtlinie bot nun den entsprechenden Rahmen. Die neue gesetzliche Regelung wird zum 1. Juli 2005 in Kraft treten und durch eine Änderung der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) flankiert.

### 1. Neue Regelung

Kern der neuen Regelung ist, dass genehmigungsbedürftige Anlage im Sinne des BImSchG in Zukunft nicht mehr die Windfarm, sondern die einzelne Windenergieanlage ist. Diese Änderung führt dazu, dass Baugenehmigungen für die Errichtung von Windenergieanlagen zukünftig nicht mehr ausreichen. Ab dem 1. Juli 2005 wird für Windenergieanlagen einheitlich ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren durchgeführt.

Das Regelverfahren, in dem die Windenergieanlagen genehmigt werden sollen, ist das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG. Das Immissionsschutzrecht sieht keine feste Grenze mehr vor, ab der ein förmliches und aufwendiges Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 10 BImSchG erforderlich ist. Ein solches Verfahren ist allein dann durchzuführen, wenn für die Genehmigung der Windenergieanlage(n) die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist. Da diese jedenfalls bei einem Windpark mit 20 Windenergieanlagen durchgeführt werden muss, erfordert dies die Durchführung eines förmlichen Genehmigungsverfahrens,

das im Regelfall sieben Monate in Anspruch nehmen soll.

### 2. Überleitung

Eine weitere wichtige Neuerung ist, dass erteilte Baugenehmigungen als BImSch-Genehmigungen fortgelten. Teilweise wird davon gesprochen, dass die Baugenehmigungen "legalisiert" werden. Diesen Ansatz sollte man skeptisch betrachten, da die neue Regelung in § 67 Abs. 9 BImSchG allein den Rechtscharakter der Genehmigung ändert. Mögliche materielle Rechtswidrigkeiten haften der Genehmigung weiter an. Wie sich das Fehlen einer nach altem oder neuen Recht erforderlichen Genehmigung im förmlichen Verfahren auf die übergeleitete Genehmigung auswirkt, ist eine interessante Frage, die noch geklärt werden muss. Dies ist insbesondere vor den Hintergrund zu betrachten, dass in der Rechtsprechung davon ausgegangen wird, dass sich Nachbarn auf das Fehlen eines förmlichen Verfahrens nach dem BImSchG berufen können.

Jedenfalls wird das Problem beseitigt, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen, die nach dem Windfarmurteil des Bundesverwaltungsgerichts einer Genehmigungspflicht nach dem BImSchG unterliegen, formell illegal ist. Durch die Umwandlung dieser Genehmigungen in immissionsschutzrechtliche Genehmigungen wird sichergestellt, dass in den genehmigten Bestand nicht eingegriffen werden kann. Dies führt zur notwendigen Rechtssicherheit. Auch werden strafrechtliche Konsequenzen ausgeschlossen.

### 3. Konsequenzen für anhängige Genehmigungsanträge und Klagen

Anhängige Baugenehmigungsverfahren werden nach dem neu eingeführten § 67 Abs. 9 Satz 3 BImSchG weiter als Baugenehmigungsverfahren durchgeführt, sofern eine immissionsschutzrechtliche Genehmigungspflicht nach den alten Vorschriften nicht besteht, d. h. ein oder zwei Windenergieanlagen, die kein Bestandteil einer Windfarm sind, können weiter baurechtlich genehmigt werden, sofern ein Genehmigungsantrag anhängig ist. Die sodann erteilte Baugenehmigung gilt nach § 67 Abs. 9 Satz 4 i. V. m. Satz 1 BImSchG als BImSch-Genehmigung fort. Es ist also nicht erforderlich, das Baugenehmigungsverfahren in ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren überzuleiten.

Entsprechend ist bei anhängigen gerichtlichen Verfahren zu entscheiden. War nach altem Recht für das Vorhaben eine Baugenehmigung ausreichend, kann auch weiterhin auf eine solche Baugenehmigung geklagt werden. War unter Berücksichtigung des Windfarmurteils jedoch ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungserfordernis vorhanden, kann der Genehmigungsantrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung umgestellt werden, was auch notwendig ist. Eine solche Umstellung ist aber gerade nicht erforderlich, soweit es sich um ein Vorhaben handelt, das nach altem Recht baugenehmigt werden konnte. Die umstrittene Verpflichtung zur Erteilung der Baugenehmigung ist wegen der Überleitung weiterhin möglich, da auch eine nach dem Inkrafttreten der neuen Regelung erteilte Baugenehmigung als BImSch-Genehmigung gilt, soweit das Genehmigungsverfahren vor der Rechtsänderung begonnen wurde.

Problematisch könnten die Fälle sein, in denen auf Erteilung eines Bauvorbescheids geklagt wird. Ein Institut mit identischen Voraussetzungen kennt das Immissionsschutzrecht nicht. Der Vorbescheid nach § 9 BImSchG setzt insbesondere in positives vorläufiges Gesamturteil über das Gesamtvorhaben voraus, das in Einzelfällen nicht vorliegen wird, da entsprechende Feststellungen hierzu fehlen. Jedoch kann eine entsprechende Klageänderung durchaus möglich sein.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die nun gefundene Regelung sachgerecht ist. Erhebliche Probleme im Genehmigungsverfahren, wie sie bei der Umstellung durch das Artikelgesetz Mitte 2001 aufgetreten sind, wird es nicht geben, da die anhängigen Verfahren im wesentlichen fortgeführt werden können. Hier könnten unter Umständen sogar Erleichterungen eintreten. Der Gesetzgeber hat sich einer dringenden Änderung des Gesetzes auf Anstoß der Rechtsprechung schnell angenommen. Das Ergebnis entspricht den Interessen der am Genehmigungsverfahren Beteiligten.





## Kanzlei intern

### Kompetente Partner für Erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanzierer, Kommunen und Betreiber von Projekten zur Erzeugung Erneuerbarer Energien in allen rechtlichen Fragestellungen. Rechtsanwälte der Kanzlei Blanke Meier Evers sind seit 1991 im Bereich der Erneuerbaren Energien beratend tätig.

Besondere Expertise besteht unter anderem im Gesellschafts- und Steuerrecht, der Vertragsgestaltung, der Konzeption von Beteiligungsgesellschaften, der Projektfinanzierung sowie im gesamten Bau-, Planungs- und Einspeiserecht. Wir begleiten darüber hinaus international tätige Unternehmen bei Investitionen in Deutschland und Europa.

Wir korrespondieren auch in englisch, französisch, spanisch, italienisch, schwedisch und niederländisch.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit 19 Rechtsanwälte, von denen sich 11 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der Erneuerbaren Energien befassen. Als Ansprechpartner stehen Ihnen zur Verfügung:



- **Dr. jur. Gernot Blanke**  
Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Private Equity, Projektfinanzierungen
- **Dr. jur. Klaus Meier**  
Vertragsgestaltung, Projektfinanzierungen
- **Dr. jur. Volker Besch**  
Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht
- **Dr. jur. Kirstin Grotheer-Walter**  
Steuer- und Gesellschaftsrecht
- **Dr. jur. Andreas Hinsch**  
Öffentliches und privates Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Rainer Heidorn**  
Vertragsrecht, öffentliches Baurecht, Energierecht, Kommunalwirtschaftsrecht
- **Sven Martin Schindler**  
Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht, Recht der Erneuerbaren Energien in Spanien
- **Philip Loy, LL.M.**  
Steuer- und Gesellschaftsrecht
- **Dr. Marco Ferritto, LL.M.**  
Recht der Erneuerbaren Energien in Italien, Italienisches Baurecht
- **Dr. jur. Marcus Lemke**  
Öffentliches Baurecht, Naturschutzrecht
- **Achim Berge, LL.M., Advokat (Schweden)**  
Recht der Erneuerbaren Energien in Skandinavien, Schwedisches Recht

## Impressum

Verlag und  
Herausgeber:

Blanke Meier Evers  
Kurfürstenallee 23  
28211 Bremen

Tel: 0421 - 94 94 6 - 0  
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66  
Internet: [www.bme-law.de](http://www.bme-law.de)  
E-Mail: [info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. jur. Andreas Hinsch  
(Verantwortlicher)

Druck:

Schriftbild, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle