

Gesetzlicher Rahmen zur Anwendung der LAI Hinweise

**Update Schallprognose: Anwendung der LAI-Hinweise in
Schleswig-Holstein**

**Neumünster,
26. Februar 2018**

**Dr. Andreas Hinsch
Fachanwalt für Verwaltungsrecht**

Gliederung

- 1. Grundlagen**
- 2. Schallimmissionsschutz bei WEA**
- 3. Genehmigungsverfahren**
- 4. Rechtsschutz**
- 5. Überwachung**

1. Grundlagen

Genehmigungsbedürftige Anlagen

Eine Windenergieanlage ist eine nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlage.

Damit geht nicht nur die formelle Pflicht der besonderen Genehmigungsnotwendigkeit einher, sondern es ergeben sich auch aus § 5 Abs. 1 BImSchG besondere Grundpflichten für den Betrieb der Anlage.

1. Grundlagen

Betreiberpflichten

Hervorzuheben hier ist die Schutzpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG und die Vorsorgepflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.

- **Schädliche Umwelteinwirkungen usw. sollen nicht hervorgerufen werden.**
- **Es soll Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen usw. getroffen werden, insbes. durch den Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen.**

Besonderheit dieser Pflichten ist ihre unmittelbare Geltung und ihr dynamischer Charakter.

1. Grundlagen

Wirkung der Grundpflichten

Diese Pflichten sind nicht nur bei der Genehmigungserteilung und/oder für nachträgliche Anordnungen zu beachten, sondern sie sind dauerhaft geltende Pflichten für den Anlagenbetreiber.

Nebenbestimmungen zur Genehmigung beschränken die Grundpflichten nicht.

Zudem haben diese Grundpflichten dynamischen Charakter. Der Anlagenbetreiber muss im Hinblick auf die Grundpflichten neue Erkenntnisse beim Betrieb der Anlage berücksichtigen.

2. Schallimmissionsschutz bei WEA

Die TA Lärm gilt für Windenergieanlagen als gewerbliche Anlagen nach § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG. Sie sind vom Anwendungsbereich der TA Lärm nicht ausgenommen (BVerwG, Urt. v. 29.08.2007, 4 C 2.07 – juris Rz. 13).

Für die Ausbreitungsrechnung sieht Nr. A.2.3.4 des Anhangs zur TA Lärm die Anwendung der DIN ISO 9613-2 vor. Die Schallausbreitungsrechnung „ist für jede Schallquelle und jede Oktave entsprechend DIN ISO 9613-2, Entwurf Ausgabe September 1997, Abschnitt 6 durchzuführen.“

Es ist (oder war) das sog. "Alternative Verfahren" nach Abschnitt 7.3.2 der DIN ISO 9613-2 anzuwenden, da dieses im Gegensatz zum frequenzselektiven Ausbreitungsrechnungsverfahren die Bodendämpfung für hoch liegende Schallquellen nicht überschätzt (so ausdrücklich noch: OVG Münster, Urt. v. 18.11.2002, 7 A 2141/00 - juris Rz. 108).

2. Schallimmissionsschutz bei WEA

TA Lärm - Bindungswirkung

Die TA Lärm hat die Funktion einen bundeseinheitlich gleichmäßigen und berechenbaren Gesetzesvollzug sicherzustellen.

Der Maßstab der TA Lärm für die Schädlichkeit von Geräuschen bindend insoweit sie:

a) Gebietsarten und Tageszeiten entsprechend ihrer Schutzbedürftigkeit bestimmten Immissionsrichtwerten zuordnet (Richtwerte)

b) Verfahren der Ermittlung und Beurteilung der Geräuschimmissionen

vorschreibt (BVerwG, Urt. v. 29.08.2007, 4 C 2.07 – juris Rz. 12).

2. Schallimmissionsschutz bei WEA

Abweichung von der TA Lärm

Für eine einzelfallbezogene Beurteilung der Schädlichkeitsgrenze ist Raum, als die TA Lärm insbesondere durch Kann-Vorschriften und Bewertungsspannen Spielräume eröffnet (BVerwG, Urt. v. 29. 08.2007, 4 C 2.07 – juris Rz. 12).

Sonst kam man nur abweichen, wenn die Regelungen TA Lärm aufgrund gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse den Vorgaben des Bundes-Immissionsschutzgesetzes nicht mehr entsprechen.

2. Schallimmissionsschutz bei WEA

Erkenntnisfortschritt

Nicht jeder wissenschaftliche Erkenntnisfortschritt, sondern solcher, der die Bundesregierung als Vorschriftengeber bei einer neuen Wertung auch unter Berücksichtigung ihres Entscheidungsspielraums zu einem anderen Ergebnis bringen muss (OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.12.2014 – 11 A 23.13 – juris Rz. 84).

Sog. Reduktion des Regelungsspielraums des Verordnungsgebers, was meint: Er kann nicht anders!

2. Schallimmissionsschutz bei WEA

Spielraum des Normgebers

Dem Normgeber steht bei der Festlegung der Immissionsrichtwerte und auch bei der Bestimmung des Rechenverfahrens zur Ermittlung der Immissionsbelastung ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. zur 16.BImSchV: BVerwG, Urt. v. 29.09.2017, 3 A 1.16 – juris Rz. 62).

Festsetzung der Richtwerte nach Nr. 6.1 TA Lärm und das Prognosemodell stehen im untrennbaren Zusammenhang, vgl. oben.

Mit welcher Sicherheit soll die Einhaltung der Richtwerte erreicht werden? Das ist Grundentscheidung des Normgebers!

2. Schallimmissionsschutz bei WEA Ideologie des Immissionsschutzes

Mythologisieren der Richtwerte:

- „Auf der sicheren Seite“ – Seite von was?
- Praktische Probleme bei der Zwischenwertbildung

In der ganzen Diskussion sind die Richtwerte „gesetzt“ (vgl. Erlass des MELUND v. 31.01.2018, S. 1 „Um die Einhaltung der Richtwerte (...) zu gewährleisten“) zu Recht?

Die Richtwerte nach Nr. 6.1 TA Lärm sind keine Grenzwerte; Erhöhung um 5 dB(A) ist im Einzelfall zulässig.

Die Grenzwerte z.B. der 16.BImSchV sind höher, es besteht die Möglichkeit des Normgebers der Anpassung generell oder für Anlagentypen nach oben; ohne das die Vorgaben den BImSchG verletzt werden.

Die Richtwerte basieren auf einer – nicht notwendigen (Gesundheitsschutz) – dynamischen Setzung der TA Lärm (vgl. Begründung in BR-Drs. 254/98).

▪

2. Schallimmissionsschutz bei WEA

Ideologie des Immissionsschutzes

Bagatellisierung des Ermittlungs- und Bewertungsverfahrens:

- **Sicherheitszuschläge für Serienstreuung, Prognoseverfahren, etc.,**
- **Erweiterter Einwirkungsbereich, in Abweichung von Nr. 2.2 TA Lärm,**
- **Beschränkung der Anwendung der Irrelevanzregelungen.**

Das Prognoseverfahren - gerade für WEA - ist Spielball der Verwaltungspraxis, zu Recht?

Praktischer Grund ist klar, die Setzung der Richtwerte ist als außerfachliche Vorgabe leicht zu akzeptieren. Die Vorgabe eines – natürlich fachlich bewertbaren und mit Unsicherheiten und Fehlern behafteten – technisch-wissenschaftlichen Verfahrens nicht. Das kann jeder Akustiker besser als der Normgeber.

2. Schallimmissionsschutz bei WEA Ideologie des Immissionsschutzes

Das Prognoseverfahren ist, wie die Richtwerte eine Entscheidung der TA Lärm und damit genauso verrückbar oder unverrückbar, wie die Richtwerte.

Fazit:

Immissionsschutz-Ideologie hat mit Immissionsschutz-Recht nicht zu tun.

2. Schallimmissionsschutz bei WEA Besonderheiten in Schleswig-Holstein

Bestimmend für die Verwaltungspraxis ist das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts vom 22.01.2009 (12 A 19/08), danach ist eine vorsorgliche Beaufschlagung errechneter Immissionsrichtwerte wegen Prognoseunsicherheiten eines Lärmgutachtens mit den verbindlichen Vorgaben der TA Lärm nicht vereinbar.

- Kein Rechtsmittel der Landesverwaltung, keine obergerichtliche Klärung.
- Seitdem wird auf Sicherheitszuschläge verzichtet, und die Sicherstellung der IRW über nachträgliche Messungen geklärt.
- Es gibt seitdem bis heute keine verwaltungsgerichtliche Kritik an der so durchgeführten Ermittlung von Schallimmissionen: Die Nachbarrechte sind sichergestellt.

2. Schallimmissionsschutz bei WEA Besonderheiten in Schleswig-Holstein

Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht (Beschl. v. 31.07.2015, 1 MB 14/15 – juris Rz. 23):

Die Anwendung des alternativen Verfahrens funktioniert jedenfalls im Nahbereich von < 500 m sowohl im Mitwind- als auch im Gegenwindbereich gut; die Messdaten auf der einen Seite und die Ergebnisse der Ausbreitungsrechnungen auf der anderen Seite drifteten erst mit zunehmendem Abstand auseinander.

Angesichts dessen gibt es, wenn Standort der Windenergieanlage im Nahbereich unter 500m zum Grundstück der Schallbetroffenen liegt, nichts, was die Ausbreitungsrechnung nach DIN ISO 9613-2 überhaupt in Frage gestellt.

2. Schallimmissionsschutz bei WEA Stand der Rechtsprechung

Trotz der – bekannten – Probleme bei der Ermittlung wegen der hochliegenden Quellen, ist die Anwendung der TA Lärm und des in Bezug genommenen Prognoseverfahrens in der Rechtsprechung bislang völlig unbestritten.

Grund: Es fehlt ein gesicherter Erkenntnisfortschritt.

Nun anders? Was hat sich getan?

2. Schallimmissionsschutz bei WEA Aktuelle Entwicklungen

Uppenkamp-Studie aus 2014

Veröffentlichung des NALS: Interimsverfahren aus 2015

LAI Hinweise aus 2016

**LAI Beschluss mit Empfehlung zur Anwendung des
Interimsverfahrens, September 2017**

UMK Kenntnisnahme, November 2017

Umsetzung in 7 Ländern, bis Februar 2017

Umsetzung in einer Mehrzahl der Länder, steht aus.

Umsetzung in allen Ländern, steht aus.

2. Schallimmissionsschutz bei WEA Anwendung der LAI-Hinweise

Hat sich der Beurteilungsspielraum der Bundesregierung auf das Interimsverfahren verengt:

- **Ja, weil ersichtlich empirisch korrekter? Nein, entscheidend ist, ob die Anwendung zu schändlichen Umwelteinwirkungen nach dem BImSchG führen würde.**
- **Ja, weil Richtwerte ggf. überschritten? Nein, Zirkelschluss: Das die Richtwerte sind – wie das Prognoseverfahren – eine Setzung der TA Lärm.**
- **Nein, weil im Nahbereich die Berechnung nach den alternativen Verfahren noch verlässlich.**
- **Nein, weil Umsetzung in der Verantwortung des Normgebers, eine bundesweite Verwaltungspraxis, ist nicht gesichert.**

„... keine anerkannte Standardmethode und keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse ...“ (BVerwG, Urt. v. 06.04.2017, 4 A 16.16 – juris Rz. 48). Das Interimsverfahren ist keine anerkannte Standardmethode und will es nicht sein.

3. Genehmigungsverfahren Haltung in anderen Bundesländern

Es liegen Erlasse aus Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Brandenburg, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Baden-Württemberg und Hessen vor. Konsens:

- **Anwendung der neuen LAI-Hinweise in**
 - **neuen und**
 - **laufenden Genehmigungsverfahren**

- **Auch für die Vorbelastung aus vorhandenen Bestandsanlagen**

3. Genehmigungsverfahren Haltung in anderen Bundesländern

Die Begründung für die Veränderung:

Hessen (MUKLV v. 22.11.2017): Gesicherte neue Erkenntnisse der Wissenschaft und Technik.

Sachsen-Anhalt (MULE v. 23.11.2017): Neue LAI-Hinweise sind Stand der Technik.

Nordrhein-Westfalen (MULNV v. 29.11.2017): Beschreibung die Beratungen der LAI und die Inhalte der entsprechenden Hinweise.

Brandenburg (MLEUL v. 14.12.2017): Das Prognosemodell nach der TA Lärm findet für hochliegende Quellen keine Anwendung. Neuer Stand der Erkenntnisse zu den Anforderungen an die Geräuschimmissionen von Windenergieanlagen.

Baden-Württemberg (MUKE v. 22.12.2017): Neue Erkenntnisse zum Prognoseverfahren.

Mecklenburg-Vorpommern (MLU v. 10.01.2018): Keine.

Schleswig-Holstein (MELUND v. 31.01.2018): Beschreibung des Beschlusses der LAI .

3. Genehmigungungsverfahren

Fazit

Die Erlasse binden die Verwaltung intern, ohne Berechnung im Interimsverfahren keine – vollständigen – Antragsunterlagen.

Effizienter Rechtsschutz des Betreibers – kaum möglich.

Gefahr des Nachbarrechtsschutzes.

Fazit: Eine entsprechende Berechnung ist jedenfalls praktisch erforderlich.

4. Rechtsschutz

Das Verwaltungsgerichts Düsseldorf (Beschl. v. 25.09.2017 – 28 L 3809/17) geht davon aus, dass das Interimsverfahren unmittelbar auch für anhängige Nachbarstreitverfahren Anwendung findet, weil

- **LAI Hinweise sind „Stand der Technik“,**
- **eine normative Umsetzung des Interimsverfahrens in die TA Lärm nicht erforderlich,**
- **entscheidungserheblicher Zeitpunkt der Anfechtungsklage eines Dritten sei Zeitpunkt der Genehmigungserteilung, aber nachträglich gewonnenen Erkenntnisse über einen tatsächlichen Sachverhalt.**

Jedenfalls in der Begründung kaum überzeugend.

4. Rechtsschutz

Die meisten Obergerichte drücken sich vor einer Entscheidung (OVG Münster, Beschl. v. 30.01.2018 – 8 B 1060/17; OVG Lüneburg, Beschl. v. 08.02.2018, 12 ME 7/18), weil Abstand zum Richtwert ohnehin bei 5 bzw. 4 dB(A).

Allein hat jüngst der VGH Mannheim (Beschl. v. 25.01.2018 – 10 S 1681/17) im Eilverfahren angenommen, das die Beurteilung nach den Interimsverfahren zu erfolgen hat, weil

- Anwendungsbereich der DIN ISO 9613-2 ist auf „bodennahe Schallquellen“ beschränkt,**
- Entscheidung der LAI und UMK**
- Und Landes-Erlass der sofortige Anwendung vorsieht.**

4. Rechtsschutz

Zeitpunkt

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten angefochtenen Behördenentscheidung Bezug zu nehmen (str. a.A. OVG Münster: Genehmigungserteilung).

In SH: Widerspruchsentscheidung des LLUR.; damit wird sich eine Vielzahl der Fälle erledigt haben, denn jedenfalls vor dem September 2017/November 2017/Januar 2018 entfaltete die TA Lärm mit dem Verweis auf die DIN ISO 9613-2 noch eine Bindungswirkung (so OVG Lüneburg, Beschl. v. 08.02.2018 – 12 ME 7/18).

4. Rechtsschutz

Fazit

Entscheidend ist nicht, inwieweit das Verfahren nach der DIN ISO 9613-2 den aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik widerspiegelt, sondern ob das Interimsverfahren die neue Standardmethode ist, fraglich vgl. oben.

Ist das der Fall, dürfte einer Anwendung des Verfahrens auch auf aktuell anhängige Nachbarstreitverfahren grundsätzlich nichts entgegenstehen, vgl. auch MELUND, S. 3.

**Neue Berechnung nach LAI-Hinweisen erforderlich?
Praktisch häufig ja; rechtlich nein, keine Rechtsgrundlage.**

5. Überwachung Problemstellung

Was kann dem Betreiber einer (bestandkräftig) genehmigten Anlage passieren?

- **Nachträgliche Messauflage (Immissionen/Emissionen), §§ 26, 28 BImSchG**
- **Eingriff den Anlagenbetrieb (nächtliche Abregelungen/Abschaltungen), § 17 BImSchG**
- **(Teil-)Rücknahme der Genehmigung für den Nachtbetrieb, § 22 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG**

5. Überwachung

Exkurs: Abnahmemessung

Die Genehmigungsbescheide des LLUR sehen regelmäßig folgende (vereinfacht) Auflage vor:

„Spätestens ein Jahr nach Inbetriebnahme der Windkraftanlage ist ein Nachweis in Form einer Schallemissionsmessung einer nach § 29b des Bundes-Immissionsschutzgesetzes bekannt gegebenen Messstelle vorzulegen, dass der festgesetzte Schalleistungspegel nicht überschritten wird.“

Reine Messung zur Kontrolle der festgesetzten Emissionen, es gibt keinen Bezug zu den Immissionen und damit auch keine Notwendigkeit der Ausbreitungsrechnung (vgl. so auch der Erlass des MELUND, S. 2). Trotz neuer Hinweise wird das – regelmäßig – zu erfüllen sein.

5. Überwachung Bedeutung des Prognosemodells?

Fast überall keine konkreten Aussagen zu Überwachungsmaßnahmen; nur in NRW-Erlass aus Dezember 2017 der Hinweis, das Abnahme- und Überwachungsmessungen nach dem alten Verfahren durchzuführen sind.

Valide Erläuterung (-)

Konsequent nur Schleswig-Holstein (MELUND, S. 2): „Bei der Überwachung und zur Prognose, (...) sind auch bei Bestandsanlagen (...) LAI-Hinweise zum Schallimmissionsschutz anzuwenden.“

5. Überwachung Überwachungsmessungen

Bei einer genehmigungsbedürftigen Anlage möglich

- **Alle 3 Jahre, ohne besonderen Anlass, § 28 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG**
- **Sonst (§ 26 Abs. 1 BImSchG) „wenn zu befürchten ist, dass durch die Anlage schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden.“ Das kann mit den neuen Hinweisen der Fall sein.**

Was kann/soll gemessen werden?

Die von der Anlage ausgehenden Emissionen sowie die Immissionen im Einwirkungsbereich der Anlage.

Max. Emissionen der Anlagen sind valid und bekannt, kein – regelmäßiges – Bedürfnis für eine Messung.

Immissionsmessungen?

5. Überwachung Eingriff in den Betrieb

Nachträgliche Anordnung nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BImSchG

- Anwendungsbereich, wahrscheinlich in SH häufig (-), weil Regelung zu den SLP regelmäßig Inhaltsbestimmung (A.I. „Genehmigung“) der Genehmigung. Unzulässig ist: Eingriff in die „Substanz der Genehmigung“, „ihren Kernbereich“.
- Sonst SLP als Nebenbestimmung, Voraussetzungen (Feststellung von „schädlichen Umwelteinwirkungen“); Einwirkungsbereich, Irrelevanzregelungen, Messabschlag.

5. Überwachung Eingriffsermessen

- **Gebundenes (Entschließungs-)Ermessen („soll“);**
- **Aber umfängliche Ermessungsvorgaben durch die TA Lärm (Nr. 5.1 Abs. 1 und 2) zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit, z.B. sind zu berücksichtigen:**
 - vorhandene Fremdgeräusche,
 - Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme,
 - Anzahl der betroffenen Personen,
 - Stand der Technik zur Lärminderung,
 - Aufwand im Verhältnis zur Verbesserung der Immissionssituation im Einwirkungsbereich der Anlage,
 - Betriebsdauer der Anlage,
 - technische Besonderheiten der Anlage,
- **Weitere Einschränkungen (Beispielsfall der Atypik) aus Nr. 5.1 Satz 3 TA Lärm.**
- **Auswahlermessen wg. Störer, durch Nr. 5.3 TA Lärm bestimmt.**

(Teil-)Widerruf der Genehmigung

§ 21 Abs. 1 BImSchG: Eine nach diesem Gesetz erteilte rechtmäßige Genehmigung darf, ganz oder teilweise, nur widerrufen werden,

- **Nr. 3: Wenn die auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen die Genehmigung nicht zu erteilen wäre (-), weil faktische Rechtsänderung?**
- **Nr. 4: Wenn auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, die Genehmigung nicht zu erteilen, soweit der Betreiber von der Genehmigung noch keinen Gebrauch gemacht hat ...**

Rechtsfolge: Ermessen.

Widerruf nur in Jahresfrist, Entschädigung des Betreibers.

Gilt nicht, bei Drittanfechtung (§ 21 Abs. 7 BImSchG).

Fazit

- **Es spricht viel dafür, dass das Interimsverfahren aktuell nicht anzuwenden ist.**
- **Wird im Genehmigungsverfahren eine Prognose nach dem Interimsverfahren verlangt, sollte der Antragsteller dem dennoch nachkommen.**
- **Im Nachbaranfechtungsfall ist die Auswirkung der Anwendung zu überprüfen und deren Relevanz zu ermitteln.**
- **Sollte es tatsächlich Überwachungsmaßnahmen geben, ist sehr genau der Einzelfall (und die rechtlichen Schwellen) zu betrachten.**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

BLANKE MEIER EVERS
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Große Johannisstraße 9
20457 Hamburg
Tel.: +49 40 4321 876-0
Fax: +49 40 4321 876-11
info@bme-law.de
www.bme-law.de