

# Anfrage Nr. 293 zur Verhältnismäßigkeit von Abschaltauflagen bei Windenergieanlagen

## *Frage*

Kann eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine Windenergieanlage an Land versagt werden, weil sie aufgrund artenschutzrechtlicher Belange nur mit umfassenden Abschaltauflagen erteilt werden kann und die geplante Anlage ihr „Betriebsziel“ deshalb nicht erreichen könnte, beziehungsweise ein „wirtschaftlicher Betrieb“ nicht möglich wäre?

## *Antwort*

Uns ist bislang keine Entscheidung bekannt, in der ein Gericht eine Genehmigung einer Windenergieanlage aufgrund umfangreicher Abschaltauflagen für rechtswidrig erklärt hat. Nach unserer Kenntnis wird in Genehmigungsverfahren zum Teil das Argument einer fehlenden Wirtschaftlichkeit genutzt, um die Genehmigungsfähigkeit der konkreten Windenergieanlagenprojekte in Frage zu stellen. Neben der angesprochenen artenschutzrechtlichen Langzeitabschaltung werden im Zusammenhang mit der Wirtschaftlichkeit auch geringe Windhöflichkeit, komplette Nacht-Abschaltung aus Schallschutzgründen oder die fehlende Möglichkeit des Anschlusses an das Stromnetz thematisiert.

Ob eine Anlage wirtschaftlich betrieben werden kann, spielt allerdings im Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen regelmäßig keine Rolle. Die Wirtschaftlichkeit ist keine Genehmigungsvoraussetzung. Sie kann damit grundsätzlich auch keinen Versagungsgrund für die immissionsschutzrechtliche Genehmigungserteilung darstellen.

Auch das Baurecht setzt für die Nutzung der Windenergie objektiv lediglich voraus, dass die Anlage unter Ausnutzung von natürlichen Luftbewegungen betrieben wird. Ob die Anlage für den Betreiber auch einen „wirtschaftlichen Nutzen“ hat, ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 35 Abs. 1 Nr. 5 Baugesetzbuch (BauGB; „Nutzung“, nicht: „Nutzen“) keine Voraussetzung einer Privilegierung. (Bayerischer VGH, Beschluss vom 27. August 2013 – 22 ZB 13.926 –, Rn. 11, juris)

Die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens liegt im Unternehmerrisiko. Für eine baurechtliche Privilegierung genügt, dass ein Vorhaben nach Art und Umfang grundsätzlich geeignet ist, mit Gewinnerzielungsabsicht geführt zu werden; ein Rentabilitätsnachweis ist nicht erforderlich. (VG Aachen, Beschluss vom 28. Mai 2020 – 6 L 1399/19, Rn 164 mit Verweis auf BayVGH, Urteil vom 18. Juli 2013 – 22 B 12.1741 –, juris Rn. 19, und Beschluss vom 27. Mai 2015 – 22 ZB 15.630 –, juris Rn. 11). Daher kann die Behörde die Genehmigung auch nicht verweigern, weil der Betrieb, nach ihrer Einschätzung nicht wirtschaftlich wäre. Zudem hängt die Wirtschaftlichkeit einer Windenergieanlage von zahlreichen weiteren Faktoren (Anlagentyp, Einkaufspreis, Finanzierungsmodalitäten, Strompreisen und Jahreswetterlagen) und maßgeblich von der Höhe der Einspeisevergütung ab. (OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 04. Juli 2012 – 10 D 47/10.NE –, Rn. 50, juris) Es kann daher nicht der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde obliegen, bei komplexen Industrieanlagen wie den Windenergieanlagen zu beurteilen, ob die Anlage wirtschaftlich betrieben werden kann.

Ob die Investitionen für die Stromerzeugung durch eine Windenergieanlage im Außenbereich (einschließlich des zur Stromeinspeisung erforderlichen Anschlusses) wirtschaftlich oder energiepolitisch sinnvoll sind, ist auch keine von der Bauaufsichtsbehörde im Baugenehmigungsverfahren zu entscheidende Frage. (so bereits BVerwG, Beschluss vom 05. Januar 1996 – 4 B 306/95 –, juris 2. Leitsatz) Es wäre mit Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG schwerlich zu vereinbaren, wenn die Bauaufsichtsbehörde ohne gesicherte Rechtsgrundlage mittelbar hier eine Kontrolle wirtschaftlicher Vernunft übernehmen dürfte. (BVerwG, Beschluss vom 05. Januar 1996 – 4 B 306/95 –, Rn. 7, juris)

Wir haben zu dieser Thematik bereits vor einiger Zeit eine Antwort erteilt. Sie finden sie auf unserer Internetseite mit den entsprechenden Urteilsquellen und unter folgendem Link: [KNE-Antwort 230 Fehlende Wirtschaftlichkeit der Windenergieanlagen durch Abschaltauflagen als Ablehnungsgrund für eine Genehmigung](#)

### **Hintergrund zu unserer Antwort: Rechtsmäßigkeitserfordernisse an Abschaltauflagen als Nebenbestimmungen in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung**

Im Folgenden gehen wir zusätzlich auf die besonderen Gesichtspunkte ein, die in Bezug auf Abschaltauflagen zu berücksichtigen sind.

Zunächst hat der Antragsteller nach § 6 Abs. 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) einen Anspruch auf Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Voraussetzung für die Erfüllung dieses Anspruchs ist unter anderem, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, und damit auch das besondere Artenschutzrecht, nicht entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Kann die Einhaltung des besonderen Artenschutzrechts nur durch Nebenbestimmungen gewährleistet werden, so sind diese Nebenbestimmungen auch zu erlassen. Das heißt im Umkehrschluss, dass die Genehmigung gemäß § 6 BImSchG nur dann wegen Fehlens der Genehmigungsvoraussetzungen versagt werden darf, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen nicht durch Nebenbestimmungen sichergestellt werden können.

### **Rechtsgrundlage für Nebenbestimmungen für den Betrieb einer Windenergieanlage**

Rechtsgrundlage für den Erlass von Nebenbestimmungen ist § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG. Im Rahmen von § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG verbleibt der Behörde allerdings regelmäßig nur ein Auswahlermessen zwischen den konkret möglichen Bedingungen und Auflagen (BeckOK UmweltR/Giesberts, 55. Ed. 1.7.2020, BImSchG § 12 Rn. 14). Ob die Behörde Auflagen erlässt (Entschließungsermessen) hängt davon ab, ob die Genehmigungsfähigkeit durch den Erlass von Auflagen hergestellt werden kann. Dieses Entschließungsermessen ist damit in der Regel beschränkt.

Im Hinblick auf das Auswahlermessen, ist die Frage relevant welche Nebenbestimmung die Behörde zur Einhaltung der Vorschriften des besonderen Artenschutzrechts auferlegt und wie die Behörde die Nebenbestimmung konkret ausgestaltet. Allerdings hat die Behörde auch hier nur einen geringen Gestaltungsspielraum, denn § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG verlangt als Rechtmäßigkeitserfordernis, dass Bedingungen und Auflagen *erforderlich* sind. Hierin liegt ein Verweis auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot. Nebenbestimmungen unterliegen daher dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das bedeutet sie müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein.

## Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Fraglich ist, ob auch solche Nebenbestimmungen, die umfangreiche Abschaltauflagen vorsehen, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

*Geeignet* sind Nebenbestimmungen, wenn sie, den mit ihnen angestrebten Zweck erreichen können. Dies impliziert, dass ihre Umsetzung tatsächlich möglich sein muss. Eine Bedingung oder Auflage ist dann ungeeignet und damit rechtswidrig, wenn mit der Nebenbestimmung das angestrebte Ziel nicht erreicht werden kann, insbesondere dann, wenn dem Vorhabenträger die Erfüllung der Bedingung oder Auflage aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist (Landmann/Rohmer UmweltR/Mann, 92. EL Februar 2020, BImSchG § 12 Rn. 143 m. w. N.). Die finanzielle Überforderung des Antragstellers ist allerdings kein Fall der tatsächlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit. Sofern der Antragsteller eine ihn außergewöhnlich stark belastende Nebenbestimmung aus in seiner Person liegenden Gründen wirtschaftlich nicht verkraften kann, muss die Anordnung der Maßnahme dennoch erfolgen, wenn dies zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich ist. (Landmann/Rohmer UmweltR/Mann, 92. EL Februar 2020, BImSchG § 12 Rn. 146 m. w. N.) Damit spielt die Frage, ob die Anlage auch mit umfangreichen Abschaltauflagen wirtschaftlich betrieben werden kann, für die Frage der *Geeignetheit* der Abschaltauflagen keine Rolle.

Im Sinne der *Erforderlichkeit*, muss die gewählte Nebenbestimmung das mildeste Mittel sein, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Das bedeutet, es darf kein mildereres, den Anlagenbetreiber weniger belastendes, aber ebenso wirksames Mittel geben. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, dem Antrag des Anlagenbetreibers auf Änderung einer Nebenbestimmung nachzukommen, sofern das vorgeschlagene Mittel zur Erreichung des von der Behörde verfolgten Zwecks ebenso gut geeignet ist. (Jarass BImSchG, 13. Aufl. 2020 Rn. 11, BImSchG § 12 Rn. 11 m. w. N.) Es wäre beispielsweise denkbar, dass der Antragsteller vorschlägt, ein technisches System zur Vermeidung von Vogelkollision (soweit dies als Schutzmaßnahme anerkannt ist) zu installieren, das ihm erlaubt, die Windenergieanlage mit einem reduzierten Abschaltkonzept laufen zu lassen.

Letztlich muss die konkrete Auflage auch *angemessen*, das heißt verhältnismäßig im engeren Sinne sein, was der Fall ist, wenn der mit der Auflage verbundene Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Auflage verfolgten Zweck steht. (Landmann/Rohmer UmweltR/Mann, 92. EL Februar 2020, BImSchG § 12 Rn. 142) Die Grenze bilden hier allerdings bereits die artenschutzrechtlichen Verbote. Sie stellen zwingendes Recht dar, von dem nur abgewichen werden darf, wenn die Voraussetzungen für eine Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) oder Befreiung (§ 67 BNatSchG) vorliegen. (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1/12 – Rn. 5) Im Bereich des abwägungsfesten Artenschutzes sind daher geeignete und erforderliche Nebenbestimmungen in der Regel auch angemessen.

## Literaturverzeichnis

Giesberts, L., & Reinhardt, M. (2020). BeckOK Umweltrecht (53.). C.H. Beck-Verlag.

Jarass, H. D. (2015): BImSchG - Bundesimmissionschutzgesetz. Kommentar unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionschutzverordnungen, der TA Luft sowie der TA Lärm (11th ed.). C.H. Beck Verlag.

Landmann/Rohmer, Beckmann, M., Durner, W., Mann, T., & Röckinghausen, M. (2019): UmweltR - Umweltrecht - Kommentar. 92. Ergänzungslieferung: Vols. I-IV. C.H. Beck-Verlag.

## **Gerichtliche Entscheidungen**

BVerwG, Beschluss vom 05. Januar 1996 – 4 B 306/95.

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 04. Juli 2012 – 10 D 47/10.NE.

Bayerischer VGH, Beschluss vom 27. August 2013 – 22 ZB 13.926

VG Aachen, Beschluss vom 28. Mai 2020 – 6 L 1399/19.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben in diesem Dokument wurden nach bestem Wissen zusammengestellt. Sie geben den zum Antwortzeitpunkt aktuellen Kenntnisstand wieder. Das KNE schließt eine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen – außer für Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit – aus. Dies betrifft insbesondere die Haftung für eventuelle Schäden, die durch die Nutzung der Informationen entstehen.

## **Zitervorschlag:**

KNE (2020): Anfrage Nr. 293 zur Verhältnismäßigkeit von Abschaltauflagen bei Windenergieanlagen. Antwort vom 10. Dezember 2020.