



RECHTSANWALT  
Armin Brauns

Kanzlei für öffentliches Baurecht  
öffentliches Planungsrecht  
und Immissionsschutzrecht



Mitglied im Anwaltverein

Fuggerstraße 20 A  
D-86911 Dießen am Ammersee

Telefon: 0 81 96/998 61 53  
Telefax: 0 81 96/998 61 59  
armin.brauns@t-online.de  
www.rechtsanwalt-armin-brauns.de  
Bürozeiten Mo-Fr: 8-12h  
Telefonsprechzeiten  
nach Vereinbarung

Rechtsanwalt Armin Brauns, Fuggerstr. 20 A, D-86911 Dießen am Ammersee

Markt Nandlstadt  
Herrn 1. Bürgermeister Gerhard Betz  
Rathausplatz 1  
85405 Nandlstadt



Ihr Zeichen:

mein Zeichen (bitte immer angeben):

16/23

Datum:

12.3.2023

**Stellungnahme zu den Windkraftanlagen auf Flur Nr. 1102 und 1117 der Gemarkung  
Airschwand  
Antrag auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid gemäß § 9  
BImSchG und Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB**

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Betz,

nachfolgend erhalten Sie eine rechtliche Bewertung des Antrags auf Erteilung eines  
immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids für die Änderung der bereits genehmigten  
Anlagen auf den oben genannten Grundstücken.

I.

Mit immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheiden des Landratsamtes Freising  
wurde auf den Flur Nr. 1102 und 1117 der Gemarkung Airschwand jeweils eine  
Windkraftanlage des Typs Nordex N 117/2400 mit einer Nabenhöhe von 141 m, einem  
Rotordurchmesser von 117 m und einer Gesamthöhe von ca. 199 m und einem  
Schallleistungspegel von ca. 105 dB(A) genehmigt.

Die Genehmigung für die Windkraftanlage auf Flur Nr. 1117 (WEA 2) ist zwischenzeitlich  
bestandskräftig bzw. rechtskräftig.

Das Bayerische Verwaltungsgericht München hat mit Urteil vom 15.12.2021 die Klage der  
Marktgemeinde Nandlstadt gegen die Windkraftanlage auf Flurstück 1102 (WEA 1)  
abgewiesen. Gegen diese ablehnende Entscheidung wurde Antrag auf Zulassung der  
Berufung zum Bayerischen Verwaltungsgerichtshof gestellt. Über diesen Antrag auf  
Zulassung der Berufung ist bislang nicht entschieden worden.

Nunmehr beantragt die Investorin beim Landratsamt Freising den Erlass von jeweils einem immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid gemäß § 9 BImSchG.

Auf den jeweiligen Flurstücken sollen nunmehr weitaus größere Windkraftanlagen mit höherer Leistung errichtet werden. Hierbei handelt es sich jeweils um Anlagen des Typs Enercon E 175 mit einer Nabenhöhe von 162 m, einem Rotordurchmesser von 175 m und einer Gesamthöhe von ca. 249,50 m sowie einer entsprechend erhöhten Nennleistung von 6 MW, also einer um das zweieinhalbfache erhöhten Nennleistung und einem Schallleistungspegel laut Datenblatt von 106,5 dB(A).

Im Vergleich zu den bislang genehmigten Windkraftanlagen weisen die nunmehr beantragten Windkraftanlagen eine Abweichung in der Höhe von 50 m und bezüglich des Rotordurchmessers von 58 m auf. Der Schallleistungspegel liegt um 1,5 dB(A) höher. Es handelt sich dementsprechend um eine maßgebende Änderung. Dies wird auch von den Kollegen der Kanzlei Kapellmann bestätigt, sodass es sich nicht um eine unwesentliche Änderung im Sinn des § 15 BImSchG handelt, sondern um eine wesentliche Änderung nach § 16 BImSchG mit dem entsprechend notwendigen Genehmigungsverfahren.

## II.

Das Landratsamt Freising hat den Markt Nandlstadt auf der Grundlage des § 36 Abs. 1 BauGB aufgefordert, über das gemeindliche Einvernehmen bezüglich der beiden Anträge auf immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid nach § 9 BImSchG (Änderungsbescheid) innerhalb der vom Gesetzgeber vorgesehenen Zweimonatsfrist zu entscheiden. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass diese Frist nicht verlängert werden kann und eine mögliche Versagung des gemeindlichen Einvernehmens innerhalb dieser Frist beim Landratsamt eingehen muss. Ansonsten gilt die Fiktion des Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB.

Die Gemeinde kann insbesondere aus entgegenstehenden Gründen der §§ 31, 33-35 BauGB das Einvernehmen versagen.

Im Nachfolgenden wird auf mögliche entgegenstehende Belange, die zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens führen können hingewiesen, wobei letztlich die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen dem Marktgemeinderat vorbehalten bleibt.

Vorliegend wurde seitens der Windkraftbetreiberin kein Antrag gemäß §§ 4 oder 16 BImSchG (Hauptsacheverfahren) gestellt, sondern ein Antrag auf immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid (§ 9 BImSchG).

Gegenstand dieses immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids sind grundsätzlich nur jene Rechtsfragen bzw. Tatsachenfeststellungen, die die Windkraftbetreiberin konkret beantwortet haben will.

Konkretisiert wird dies im anwaltlichen Schriftsatz der Kollegen Kapellmann vom 2.12.2022 auf Seite 1 und nochmals auf Seite 2.

Die Windkraftbetreiberin begehrt dementsprechend eine Entscheidung des Landratsamtes dahingehend, ob es sich bei den Anlagenstandorten weiterhin um ein grundsätzlich privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB handelt, ob das Vorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplans nicht widerspricht (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB) und ob öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB dem Vorhaben nicht entgegenstehen.

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass andere mögliche entgegenstehende Belange, insbesondere nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 2-6 BauGB dabei ausgeklammert bleiben sollen. Dies sind insbesondere auch die naturschutzrechtlichen Belange, Belange des Landschaftsschutzes, Belange des Bodenschutzes, Wasserschutz es, Denkmalschutzes usw. (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB).

Dessen ungeachtet muss aber darauf geachtet werden, dass im Fall der positiven Erteilung eines Vorbescheids nach § 9 BImSchG durchaus festgestellt wird, dass keine grundlegenden Belange dem Vorhaben entgegenstehen.

Auch bei Beschränkung des Prüfungsumfangs kann eine positive Entscheidung im weiteren Verfahren sowohl von den Behörden als auch von den Gerichten als grundsätzliches Einverständnis der Gemeinde gewertet werden, so wie dies in den bisherigen Klageverfahren von den Gerichten auch angewandt wurde. Dies muss bei der Entscheidung der Marktgemeinde über das gemeindliche Einvernehmen mit beachtet werden.

Dies wird auch von den Kollegen Kapellmann unter der Z. 2.1.2 des Schreibens vom 2.12.2022 so dargestellt.

1.

Grundsätzlich gilt in Bayern nach wie vor die sogenannte 10-H-Regelung des Art. 82 Abs. 1 Bayerische Bauordnung BayBO).

Hieraus resultiert eine sogenannte „Entprivilegierung“ der Fläche, sodass für diesen Bereich § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht gilt. Dies wird auch von den Kollegen Kapellmann unter Z. 2.2 des Schreibens vom 2.12.2022 ausgeführt.

Die beiden Windkraftanlagen stehen auch auf einer Freifläche und nicht im Wald, sodass die Änderungen/Ausnahmen, die die Bayerische Staatsregierung bezüglich Art. 82 Abs. 1 BayBO verfügt hat, im vorliegenden Fall nicht eingreifen.

Im vorangegangenen Verfahren bezüglich der ursprünglichen Windkraftanlagen war streitig, ob die 10-H-Regelung anwendbar ist oder nicht.

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung der ursprünglichen Anlagen erging wenige Tage vor Inkrafttreten der 10-H-Regelung. Das Gericht erster Instanz war der Ansicht, dass die 10-H-Regelung für diese ursprünglichen Anlagen nicht anwendbar ist.

Im vorliegenden Fall gehe ich davon aus, dass die 10-H-Regelung anzuwenden ist und dementsprechend ein planungsrechtlicher entgegenstehender Belang vorliegt.

2.

Nach hiesigem Kenntnisstand hat die Marktgemeinde einen Aufstellungsbeschluss zur Ausweisung von Konzentrationsflächen mit gleichzeitiger Ausschlusswirkung nach den §§ 5 Abs. 2b i.V.m. 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gefasst.

Allerdings befindet sich die Planung gegebenenfalls noch im Frühstadium, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass es schon einmal eine entsprechende Planung gegeben hat, die nunmehr wieder aufgegriffen und fortgeführt werden soll.

Auch wenn derzeit keine in Kraft befindlichen Pläne im Sinn des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB bzw. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB vorliegen, besteht aber durchaus die Möglichkeit, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung über einen Änderungsantrag nach § 16 BImSchG entsprechende Pläne realisiert und in Kraft sein werden.

3.

Die Bevollmächtigten der Windkraftbetreiberin sind der Ansicht, die Neuregelung in § 16b Abs. 7 BImSchG bewirke wiederum die Privilegierung des Vorhabens. Durch die Genehmigung der bisherigen Anlagen sei bei einer Änderung des Vorhabens § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht mehr zu prüfen und damit auch nicht mehr Art. 82 Abs. 1 BayBO (10-H-Regelung).

Dies widerspricht jedenfalls der bisherigen Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, der bei einer Änderungsgenehmigung grundsätzlich die Prüfung der Privilegierung fordert.

Nach Ansicht der Bevollmächtigten der Windkraftbetreiberin sei diese Rechtsauffassung vor dem Hintergrund des „neuen“ § 16b Abs. 7 BImSchG nicht mehr aufrechtzuerhalten.

Hierfür gibt es aber weder Entscheidungen noch Kommentare, die diese Rechtsmeinung bestätigen.

Dementsprechend bleibt es nach hiesiger Ansicht bei der bisherigen gefestigten Rechtsansicht, sodass auch in einem Änderungsverfahren Art. 82 Abs. 1 BayBO i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB Prüfungsmaßstab sind.

Damit liegt derzeit keine Privilegierung der „neuen Anlagen“ vor und steht ein planungsrechtlicher Belang entgegen.

4.

Nicht nachvollziehbar sind die Rechtsausführungen der Bevollmächtigten der Windkraftbetreiberin unter Z. 2.4 (Ermessensreduzierung auf Null).

Diese Ausführungen beziehen sich auf die Neufassung des § 2 EEG, wonach Windkraftanlagen ein „überragendes“ öffentliches Interesse zuteil werden soll.

Es ist derzeit noch höchst umstritten, ob eine derartige Regelung nicht unionsrechtswidrig und auch verfassungswidrig ist.

Zum ersten Mal wird nun eingeräumt, dass durch diese Regelung eine Ermessensreduzierung auf Null vorliege.

Dies ist aber unter dem Gesichtspunkt der weiteren in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB zu prüfenden eventuellen entgegenstehenden Belange aus hiesiger Sicht rechtswidrig, weil

dadurch die gesamte bisherige Gesetzgebung, die nach wie vor gilt, ausgeschaltet wird und nicht mehr geprüft werden soll.

Nach Rechtsansicht der Kollegen würde die gesamte Zulässigkeitsprüfung von Windkraftanlagen reduziert auf § 2 EEG. Dies ist offensichtlich in dieser Form rechtswidrig. Bislang war auch von der Bundesregierung propagiert worden, dass diese „überragende“ Wertigkeit von Windkraftanlagen lediglich Bestandteil der Abwägungsentscheidung sein soll. Im vorliegenden Fall wird nun behauptet, dass mit dieser Regelung jedwede andere Prüfung ausscheidet.

Für diese Rechtsansicht gibt es keine Rechtsgrundlage und schon gar keine gerichtliche Entscheidung in dieser Richtung.

#### **Ergebnis:**

Insgesamt ist aus hiesiger Sicht die Rechtslage zu den gestellten Fragen und Anträgen der Windkraftbetreiberin ungeklärt.

Bei Würdigung der bisherigen Rechtsprechung stehen dem Vorhaben aus hiesiger Sicht planungsrechtliche Belange entgegen.

gez.  
Armin Brauns  
Rechtsanwalt