DOMBERT RECHTSANWÄLTE

Aktuelle Hinweise der LAI zum Schallschutz bei WEA – Auswirkung auf laufende Verfahren? – 26. Windenergietage Rostock –

Rechtsanwalt Dr. Jan Thiele

Mangerstraße 26 | 14467 Potsdam | Tel.: 0331 - 62 04 270 | Fax: 0331 - 62 04 271 | post@dombert.de | www.dombert.de

Genehmigungs- und Verfahrensmanagement

- Betreuung von Planverfahren (Regional- und Bauleitplanung)
- Beratung in Genehmigungsverfahren für Industrie- und sonstige Anlagen (z.B. Erneuerbare Energien)
- Fachplanungen, z.B. Straße, Eisenbahn, Rohstoffe, Hochwasser, etc.

Ausgangslage

12/2016 Genehmigung für WEA

↓

Nachbarklage und Eilantrag

↓

Aussetzung Vollziehung der Genehmigung wegen Empfehlung LAI zum „Interimsverfahren“

(VG Düsseldorf, B. v. 25.09.2017 – 28 L 3809/17)

Was war passiert?

- Beschluss Bund/Länder Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI) 134. Sitzung am 5./6.09.2017:

Antrag des Ausschusses PhysE

1. Die LAI nimmt zur Kenntnis, dass im Ergebnis der Messungen, die von Schleswig-Holstein, LEE und BWE veranlasst wurden, keine Änderungen an dem Entwurf der Hinweise zum Schallimmissionsschutz an Windkraftanlagen erforderlich sind.
2. Die LAI empfiehlt den Ländern, die Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen mit Stand 30.06.2016 anzuwenden.
3. Die LAI bittet ihren Vorsitzenden, die Hinweise der ACK/UMK zur Kenntnisnahme vorzulegen.

16 : 1 (RP) : 0

Im weiteren Verfahren wird der angenommene Beschluss des Ausschusses PhysE nun der Umweltministerkonferenz vorgelegt im Falle eines erfolgreichen Beschlusses veröffentlicht.

„Interimsverfahren“

- bislang nach Nr. A.2.3.4 der Anlage zur TA Lärm Anwendung „Alternative Verfahren" der DIN ISO 9613-2
- Uppenkamp-Studie 2014: mit zunehmendem Abstand zu den WEA systematische Abweichungen zwischen den gemessenen und den nach dem „Alternativen Verfahren" berechneten Immissionspegeln
- Besonderheiten der Schallausbreitung bei hohen Quellen würden in dem „Alternativen Verfahren" nicht ausreichend abgebildet

„Interimsverfahren“

- *„Dokumentation zur Schallausbreitung – Interims-verfahren für Windkraftanlagen, Fassung 2015-05.1“*
  - Interimsverfahren beruht auf dem Modell der DIN ISO 9613-2, erweitert dessen Anwendungsbereich aber auf hochliegende Quellen
  - Verfahren verzichtet im Kern auf die Berücksichtigung von Bodendämpfungen und kann so zu höheren Immissionswerten führen

Es gilt:

$A_{gr} = -3$ dB

ANMERKUNG 6: Die Setzung des A_{gr} zu –3 dB ist die wesentliche Modifizierung des Schemas der DIN ISO 9613-2:1999-10. Sie berücksichtigt, dass es bei der Windkraftanlage als hochliegende Quelle zu lediglich einer Bodenreflexion kommt und deshalb die Ansätze der DIN ISO 9613-2:1999-10 nicht greifen können.

Problem

- LAI Beschluss **05./06.09.2017**

Anwendung „Interimsverfahren“ in laufenden Genehmigungsverfahren, in laufenden Klageverfahren, d.h. bei nicht bestandskräftigen Genehmigungen, und auf bestandskräftige Genehmigungen?

Betreiberpflichten § 5 BImSchG

- WEA sind so zu **errichten** und zu **betreiben**, dass *schädliche Umwelteinwirkungen, Nachteile oder Belästigungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sind*.
  - Davon kann ausgegangen werden, wenn den Antragsunterlagen ... *ohne verbleibende ernstliche Zweifel entnommen werden kann, dass der Betreiber die Pflichten erfüllen wird*.
  - Die Erfüllung der Pflichten muss für den Zeitpunkt der Inbetriebnahme sowie für die Dauer des Betriebs sichergestellt sein.

VG Düsseldorf 25.09.2017 – 28 L 3809/17

„Mit dem Beschluss der LAI… geht die Kammer davon aus, dass

die in der über Nr. A.2.3.4 der Anlage zur TA Lärm anzuwendenden **DIN ISO 9613-2 enthaltenen Aussagen durch Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik überholt sind und die DIN ISO 9613-2 deshalb keine Bindungswirkung mehr entfaltet.**

Stand der Technik der Ausbreitungsrechnung der Geräusche von Windkraftanlagen ist die Anwendung des Interimsverfahrens.“

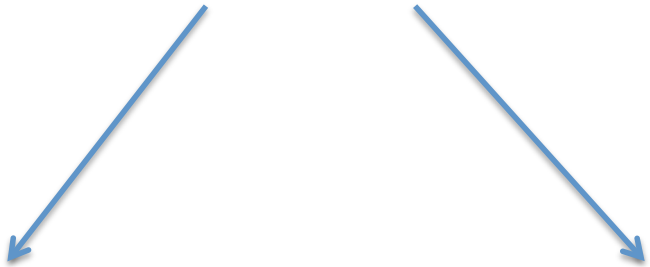
Konsequenz => rückwirkende Anwendung?

VG Düsseldorf 28 L 3809/17:

„Die Berücksichtigung der sich in der Empfehlung der LAI widerspiegelnden Erkenntnisfortschritte widerspricht nicht dem Grundsatz, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei einer auf Aufhebung einer Genehmigung nach dem BImSchG gerichteten Anfechtungsklage und sonach zugleich im vorausgehenden Eilverfahren der Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ist und spätere Änderungen zu Lasten des Betreibers außer Betracht zu bleiben haben.“

Kritik

Falschannahmen



1. Zeitpunkt der Entscheidung 2. neuer Stand der Technik

Zeitpunkt der Behördenentscheidung

BVerwG, 02.07. 1998 – 11 B 30/97

„Das bedeutet, dass – gemäß § 86 Abs. 1 VwGO von Amts wegen – zu ermitteln war, ob die der behördlichen Sicherheitsbeurteilung zugrundeliegenden Sicherheitsannahmen auf einer ausreichenden Datenbasis beruhten und **dem im Zeitpunkt der Behördenentscheidung gegebenen Stand von Wissenschaft und Technik** Rechnung tragen.“

OVG NRW 09.12.2016 – 8 A 442/16

„Das heißt, der Erkenntnisstand bei Erlass der TA Luft 2002 und dessen seinerzeitige technische Umsetzung müssen mit dem jetzigen Stand der Technik verglichen werden, um beurteilen zu können, ob sich in diesem Sinne wesentliche Änderungen ergeben haben. ...

Diese Voraussetzungen müssen **bei Erlass der nachträglichen Anordnung** nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG **erfüllt sein**. **Dieser Zeitpunkt ist maßgeblich für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage.**“

OVG Bln-Bbg 11.12.2014 – OVG 11 A 23.13

„Zwar entfällt die der TA Lärm als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift für die Verwaltungsbehörden zukommende Bindungswirkung nach außen dann ...

Dafür, dass ein solcher Fall **im maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigungserteilung** bereits vorlag, ist vorliegend nichts ersichtlich.“

Als neuer Stand der Technik durchgesetzt?

- Zeitpunkt der behördlichen Prüfung und Erteilung der Genehmigung (hier Dezember 2016)
- TA Lärm „normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift mit Bindungswirkung (BVerwG, st. Rspr.)

- neuer Erkenntnisgewinn (Interimsverfahren) erst mit einer auf der Grundlage von §§ 48, 51 BImSchG erlassenen Änderung der TA Lärm verbindlich?

Keine „rückwirkende“ Anwendung

OVG Münster 29.06.2017 – 8 B 1233/16:

„... aufgrund des erreichten Erkenntnisstands nicht anzunehmen ist, dass das alternative Verfahren nach DIN ISO 9613-2 durch neue gesicherte Erkenntnisse überholt wäre und die auf seiner Grundlage erstellten Schallimmissionsprognosen nicht mehr verwertbar wären.“

Bestätigt durch

OVG Koblenz 17.10.2017 – 8 B 11345717.OVG:

„Nicht begründet ist der weitere Vorwurf, es habe keine ordnungsgemäße Prognose der Schallausbreitung stattgefunden, weil neuere wissenschaftliche Erkenntnisse zum Schallausbreitungsverhalten bei hohen Windenergieanlagen nicht berücksichtigt worden seien, obwohl die „herkömmliche Formel für die Schallausbreitungsberechnung“ nach dem sog. alternativen Verfahren nach DIN-ISO 9613-2 „falsch“ sei.“

OVG Koblenz 17.10.2017 – 8 B 11345717.OVG

„… dass jedenfalls derzeit keine hinreichende Veranlassung besteht, die Bindungswirkung der TA-Lärm sowie der darin in Bezug genommenen DIN-ISO 9613-2 in Frage zu stellen.

Zumindest in Eilverfahren ist vielmehr weiter davon auszugehen, dass eine Schallprognose auf der „sicheren Seite“ liegt, wenn sie entsprechend der TA-Lärm in Verbindung mit DIN-ISO 9613-2 erstellt worden ist, weil es bisher einen Erkenntnisfortschritt, der die Bindungswirkung der TA-Lärm sowie der darin in Bezug genommenen DIN-ISO 9613-2 entfallen lässt, nicht gibt.“

So auch VG Münster, 27.09.2017 – 10 L 1324/17

Außerdem ...

- Empfehlung der LAI bedarf noch der „Bestätigung“ durch ACK/UMK Mitte November 2017
- Risikoabwägung im laufenden Verfahren:
  - **Ergänzung zum Schallgutachten unter Berücksichtigung Interimsverfahren => Nachweis, dass Richtwerte nach der TA Lärm eingehalten**
  - **ggf. Änderung der Genehmigung => Nebenbestimmungen mit schallreduziertem Betrieb**

VG Düsseldorf 25.10.2017 – 28 L 4963/17

- Antrag auf Abänderung nach § 80 Abs. 7 VwGO:

Der Beschluss der Kammer vom 19. Juni 2017 (28 L 1602/17) wird teilweise abgeändert und der Antrag des Antragstellers, auch soweit er auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage 28 K 1601/17 gegen die der Beigeladenen zu 1) von dem Antragsgegner erteilte Genehmigung vom 22. Dezember 2016 zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windkraftanlagen gerichtet ist, abgelehnt.

Folgen für Bestandsanlagen

- „**dynamische Betreiberpflichten**“: die Pflicht, die **nach dem Stand der Technik** vermeidbaren schädlichen Umwelteinwirkungen zu verhindern.
- Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist hinsichtlich ihres Inhalts durch die dynamischen Betreiberpflichten sowie durch die Möglichkeiten der Stilllegung, Untersagung und Beseitigung (vgl. § 20 BImSchG) und der nachträglichen Anordnung (vgl. § 17 BImSchG) von vorne herein beschränkt
- (VG Augsburg, Urteil vom 26. Februar 2015 – Au 5 K 14.988 –, Rn. 29, juris)

Nachträgliche Anordnung § 17 BImSchG

„Zur Erfüllung der sich aus diesem Gesetz und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten können nach Erteilung der Genehmigung Anordnungen getroffen werden.“

- zur Durchsetzung immissionsschutzrechtlicher Pflichten

Einschränkung Betriebszeit

„Nach Erteilung der Genehmigung sind Einschränkungen des genehmigten Anlagenbetriebs auf der Grundlage des § 17 Abs. 1 BImSchG möglich. Dabei darf sich die Anordnung nach § 17 Abs. 1 BImSchG allein auf das „Wie“ des Anlagenbetriebs beschränken und hat das „Ob“ des weiteren Betriebs unberührt zu lassen; die nachträgliche Anordnung setzt also voraus, dass die Anlage weiter betrieben werden kann. Dies schließt die Einschränkung der Betriebszeiten ... nicht aus.“

(VG Neustadt (Weinstraße), Urteil vom 09. Dezember 2015 – 3 K 1130/15.NW –, Rn. 44, juris)

Nachmessungen

- § 26 BImSchG:

„Die zuständige Behörde kann anordnen, dass der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage Art und Ausmaß der von der Anlage ausgehenden Emissionen sowie die Immissionen im Einwirkungsbereich der Anlage durch eine der von der zuständigen Behörde eines Landes bekannt gegebenen Stellen ermitteln lässt, wenn zu befürchten ist, dass durch die Anlage schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden.“

VG Frankfurt/Oder U. v. 18.01.2017

„Die in §§ 28, 26 BImSchG der Behörde eingeräumten Entscheidungskompetenzen sollen gerade sicherstellen, dass die Betreiberpflichten aus dem BImSchG, insbesondere nach § 5 BImSchG, eingehalten werden. Hierzu soll die Behörde auch Überprüfungen anordnen können, um prüfen zu können, ob die in den Antragsunterlagen vom Genehmigungsinhaber bzw. befassten Gutachter behaupteten Emissionswerte der genehmigten Anlagen eingehalten werden.“

(VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 18. Januar 2017 – 5 K 1387/14 –, Rn. 41, juris)

Teilwiderruf § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG

- Eine erteilte rechtmäßige Genehmigung darf, auch nachdem sie unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden,
  - wenn die Genehmigungsbehörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Genehmigung nicht zu erteilen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde.
- Die zuständige Behörde kann dabei auf verschiedenen Wegen Kenntnis von der geänderten Tatsachenlage erhalten (Hinweise Dritter, Ermittlungen von Amts wegen etc.).
- Ausgleich des Vermögensnachteils

Verwaltungspraxis

DOMBERT RECHTSANWÄLTE

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Für Rückfragen wenden Sie sich bitte an
Rechtsanwalt Dr. Jan Thiele

Mangerstraße 26
14467 Potsdam
Tel.: 0331 – 62 04 27
Fax: 0331 – 62 04 27
post@dombert.de
www.dombert.de