

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

## Der Windfarmbegriff im UVPG 2017 – rechtssicher und sach- gerecht?

# 28 | 13.09.2022

erstellt von  
**Ass. iur. Caroline Moog**  
**Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)**

## II Der Windfarmbegriff im UVPG 2017

Zitiervorschlag:

**Caroline Moog/Nils Wegner, Der Windfarmbegriff im UVPG 2017 – rechtssicher und sachgerecht?, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 28 vom 13.09.2022.**

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

**„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (Neu-Plan Wind)“**

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

**Stiftung Umweltenergierecht  
Friedrich-Ebert-Ring 9  
97072 Würzburg**

Telefon  
**+49 931 794077-0**

Telefax  
**+49 931 7940 77-29**

E-Mail  
**wegner@stiftung-umweltenergierecht.de**

Internet  
**www.stiftung-umweltenergierecht.de**

Vorstand  
**Dr. Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.**

Stiftungsrat  
**Prof. Dr. Monika Böhm  
Prof. Dr. Franz Reimer  
Prof. Dr. Markus Ludwigs  
Prof. Dr. Sabine Schlacke**

Spendenkonto  
**Sparkasse Mainfranken Würzburg  
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83  
BIC: BYLADEM1SWU**

# Inhaltsverzeichnis

A. Zusammenfassung	1
B. Hintergrund	2
C. Rechtslage vor 2017 und Intention der Novellierung	4
I. Rechtslage vor 2017	4
II. Intention der Novellierung	5
D. Komplexvorhaben vs. Kumulationsvorhaben – die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage	7
E. Die Abgrenzung der Windfarm als Vorhaben im Sinne des UVP-Rechts	9
I. Einwirkungsbereich und funktionaler Zusammenhang	9
II. Europarechtskonformität des funktionalen Zusammenhangs dem Grunde nach	9
III. Der funktionale Zusammenhang als begrenzendes Kriterium?	11
1. Funktionaler Zusammenhang im Falle der Belegenheit innerhalb derselben Konzentrationszone bzw. einem Gebiet nach § 7 Abs. 3 ROG	11
2. Funktionaler Zusammenhang auf sonstige Weise	14
a) Bestimmung des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise	14
aa) Keine Einbeziehung der Grenzfälle des Regelbeispiels	14
bb) Anwendbarkeit der Kriterien entsprechend § 10 Abs. 4 UVPG	16
b) Europarechtskonformität des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise	18
IV. Zwischenfazit	19
F. Feststellung der UVP-Pflicht bei Änderungsvorhaben	20
I. Neuerungen im Änderungsregime	20
II. Fallkonstellationen des Änderungsregimes	21
1. § 9 Abs. 1 UVPG	21
2. § 9 Abs. 2 UVPG	22
G. Fazit	25

## A. Zusammenfassung

Mit der Novelle des Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 eine Definition der Windfarm in § 2 Abs. 5 UVPG eingeführt. Dieser Windfarmbegriff ist Dreh- und Angelpunkt für die Bestimmung der UVP-Pflicht bzw. UVP-Vorprüfungspflicht im geltenden Recht. Mit der Definition sollte die Umweltverträglichkeitsprüfung von Windfarmen rechtssicherer und praktikabel ausgestaltet und bis dahin bestehende Streitfragen gelöst werden. Jedenfalls für die Einordnung der Windfarm als Komplexvorhaben und damit die Frage nach der maßgeblichen Rechtsgrundlage zur Bestimmung der UVP-Pflicht ist dies auch gelungen. Mit Blick auf das Merkmal des „funktionalen Zusammenhangs“ und weiterer Detailfragen des Windfarmbegriffs sind dagegen auch Fragen entstanden, die durch die neuere Rechtsprechung bislang nicht abschließend geklärt werden konnten. Insoweit konnten die Ziele der Gesetzesreform bislang nicht vollständig erreicht werden.

Die vorliegende Würzburger Studie zeigt vor diesem Hintergrund ein Verständnis des geltenden Windfarmbegriffes auf, das die gesetzgeberischen Ziele weitergehend umsetzen würde als dies in ihrer praktischen Handhabung bislang geschehen ist. Hierfür wird im Einzelnen das Verhältnis der verschiedenen Bestandteile der Windfarmdefinition geklärt, namentlich das Zusammenspiel des Regelbeispiels sowie des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise. Der so gewonnene Windfarmbegriff ist auch mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar, das pauschalierenden Betrachtungen aus Gründen der Praktikabilität Raum lässt, solange auch im Einzelfall eine Umgehung der UVP-Pflicht effektiv verhindert wird.

Jenseits dessen wird in der Studie das neu geschaffene Regime für Umweltverträglichkeitsprüfungen bei der Änderung von Windfarmen erläutert und dargestellt sowie zahlreiche Einzelfragen der gesetzlichen Neuerungen beantwortet.

### Kernergebnisse

- ▶ Mit der Legaldefinition von Windfarmen ordnet der Gesetzgeber diese klar als Komplexvorhaben ein und nimmt so die Unsicherheit hinsichtlich der anzuwendenden Rechtsgrundlage. Die Voraussetzungen einer Windfarm ergeben sich sodann abschließend aus § 2 Abs. 5 UVPG.
- ▶ Das Kriterium des funktionalen Zusammenhangs in § 2 Abs. 5 UVPG, das additiv neben der Voraussetzung sich überschneidender Einwirkungsbereiche besteht, dient der räumlichen Begrenzung von Windfarmen. Es ist konsequent im Sinne einer rechtssicheren und praktikablen Abgrenzung von Windfarmen auszulegen, um dem gesetzgeberischen Willen zur Umsetzung zur verhelfen. Europarecht steht dem nicht entgegen.
- ▶ Das in § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG normierte Regelbeispiel begründet die Fiktion eines funktionalen Zusammenhangs zwischen einzelnen Windkraftanlagen. Es ist restriktiv auszulegen um rechtssicher handhabbar zu sein.
- ▶ Die Offenheit des Auffangtatbestands des „funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise“ führt demgegenüber bis zur Klärung in der Rechtsprechung zu Rechtsunsicherheit. Bei der gewählten Umsetzungstechnik ist diese Offenheit jedoch europarechtlich erforderlich.
- ▶ Die durchaus komplexen, aber dennoch klar formulierten Vorgaben für Änderungsvorhaben nach § 9 UVPG schließen nicht nur Lücken im Änderungsregime und erfassen sämtliche Fallkonstellationen von Änderungsvorhaben. Die Vorschrift stellt auch klar, dass Bestandsvorhaben im Rahmen der UVP allein als Vorbelastung zu berücksichtigen sind.

# B. Hintergrund

Das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)<sup>1</sup> sieht unter bestimmten Voraussetzungen eine UVP-Vorprüfungspflicht und insoweit eine bedingte UVP-Pflicht oder gar eine unbedingte UVP-Pflicht von Windkraftvorhaben vor. Besteht die Pflicht, so ist die Umweltverträglichkeitsprüfung als unselbständiger Teil des immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahrens genehmigungsbedürftiger Windkraftanlagen durchzuführen<sup>2</sup> und wirkt verfahrenslenkend: Die Zulassung hat dann in einem förmlichen Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung zu erfolgen<sup>3</sup>. Das vereinfachte Verfahren, in dem eine Zulassung von Windkraftvorhaben ansonsten erfolgen kann<sup>4</sup>, ist dann versperrt. Fehler bei der Bestimmung der UVP-Pflicht eines Windkraftvorhabens führen zur Angreifbarkeit seiner Genehmigung und – soweit deren Heilung nicht möglich ist<sup>5</sup> – auch zu ihrer gerichtlichen Aufhebung<sup>6</sup>. Die rechtssichere Feststellung der UVP-Pflicht ist deshalb nicht zuletzt für die Träger von Windkraftvorhaben von zentraler Bedeutung. Da dies in der Vergangenheit vielfach nicht möglich schien, entschieden sich zahlreiche Antragsteller zuletzt für die Durchführung einer freiwilligen UVP nach § 7 Abs. 3 UVPG und nahmen Verfahrensverzögerungen zur Absicherung der Gerichtsfestigkeit der Genehmigungen in Kauf.

Zentraler Gesetzesbegriff für die Bestimmung der UVP-Pflicht ist derjenige der „Windfarm“. Um Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen, wurde mit der Novelle zur Modernisierung des Rechts der UVP vom 20. Juli 2017<sup>7</sup> in § 2 Abs. 5 S. 1 UVPG eine Legaldefinition des

Begriffes aufgenommen. Windfarmen sind danach

*„drei oder mehr Windkraftanlagen, deren Einwirkungsbereich sich überschneidet und die in einem funktionalen Zusammenhang stehen, unabhängig davon, ob sie von einem oder mehreren Vorhabenträgern errichtet und betrieben werden.“*

An die Errichtung und den Betrieb einer Windfarm in diesem Sinne knüpft die UVP-Pflicht bzw. -Vorprüfungspflicht für Neuvorhaben gemäß § 6 bzw. § 7 in Verbindung mit Ziff. 1.6 Anlage 1 UVPG an. Während danach bei Windfarmen aus 20 oder mehr Anlagen eine unmittelbare UVP-Pflicht besteht, ist bei sechs bis weniger als 20 Anlagen zur Bestimmung der UVP-Pflicht zunächst eine allgemeine, bei drei bis weniger als sechs Anlagen eine standortbezogene Vorprüfung durchzuführen. Zwei Anlagen oder eine Einzelanlage stellen dagegen keine Windfarm dar und können von vorne herein einer UVP-Pflicht als Neuvorhaben nicht unterliegen<sup>8</sup>. Bedeutung hat der Begriff aber nicht nur für Neuvorhaben. Zentral ist er auch für die Feststellung der UVP-Pflicht, wenn neu zu errichtende Anlagen zu Bestandsanlagen hinzutreten und dadurch die Umweltverträglichkeitsprüfung der Änderung einer Windfarm in Frage steht.

Gut fünf Jahre nach der Novellierung des UVPG und der Aufnahme der Windfarmdefinition in das Gesetz soll der vorliegende Beitrag aufzeigen, welche Rechtsfragen und Probleme sich durch ihre Einführung in der Praxis geklärt haben und welche

<sup>1</sup> Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. März 2021 (BGBl. I S. 540).

<sup>2</sup> § 4 UVPG.

<sup>3</sup> § 10 BImSchG i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 1, Ziff. 1.6 Anhang 1 4. BImSchV.

<sup>4</sup> Aber nicht muss: Der freiwillige Gang ins förmliche Verfahren steht den Antragstellern gemäß § 19 Abs. 3 BImSchG offen.

<sup>5</sup> Hierzu *Saurer*, Heilung von Verfahrensfehlern in umweltrechtlichen Zulassungsverfahren, NVwZ 2020, 1137 ff.; *Pauli/Hagemann*, Die UVP-Vorprüfung und deren Heilung, UPR 2018, 8 ff.; *Seibert*, Die Fehlerbehebung

durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG, NVwZ 2018, 97 ff.

<sup>6</sup> Zum Rechtsschutz gegen Fehler in der UVP *Külpmann*, Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand des Umweltrechtsschutzes, DVBl 2019, 140 ff.; *Held*, Umweltrechtliche Verfahrensfehler im Lichte der neuesten Rechtsprechung, DVBl 2016, 12 ff.; *Böhm*, Die gerichtliche Kontrolle von UVP-Fehlern, UPR 2014, 201 ff.

<sup>7</sup> Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung vom 20.07.2017, BGBl. I, S. 2808.

<sup>8</sup> Insoweit kommt auch nicht die freiwillige Durchführung einer UVP in Frage, vgl. § 7 Abs. 3 S. 1 UVPG. Siehe allerdings zum Vorhabenbegriff im Rahmen des Änderungsregimes nach § 9 UVPG unten unter F. II.

nach wie vor einer Lösung harren oder gar neu hinzugekommen sind. Konkret wird den folgenden Fragen nachgegangen:

- ▶ Welche Vorschriften des novellierten UVPG sind auf nachträglich erweiterte Windfarmen anzuwenden (dazu unter D.)?
- ▶ Wie wird der Definitionsbestandteil des funktionalen Zusammenhangs in der Rechtsprechungspraxis gehandhabt, welche Fragen, wie diejenige einer kaskadierenden Verkettung, wurden dadurch gelöst und welche Fragen neu aufgeworfen (dazu unter E)?
- ▶ Welche Neuerungen bringt das Änderungsregime des § 9 UVPG für Windkraftvorhaben mit sich (dazu unter F.)?

Bevor diese Fragen beantwortet werden, ist zunächst die Entwicklung der Rechtsanwendungspraxis bis 2017 zusammenfassend darzustellen und die Intention des Gesetzgebers für die windkraftrelevanten Änderungen im UVPG 2017 aufzuzeigen (C.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (G.).

## C. Rechtslage vor 2017 und Intention der Novellierung

### I. Rechtslage vor 2017

Vor der Novellierung des UVPG im Jahr 2017 fand sich der Windfarmbegriff allein in dessen Anhang 1 unter Ziffer 1.6. Weil die alte Fassung des UVPG eine Legaldefinition des Begriffs nicht enthielt, der Begriff aber zugleich schon damals zentral für die Bestimmung der Reichweite der Umweltverträglichkeitsprüfungen war, arbeiteten Rechtsprechung und Wissenschaft die Anforderungskriterien einer Windfarm heraus<sup>9</sup>.

Erstmalig war der Windfarmbegriff bereits in der UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG des Rates vom 3. März 1997 (ABl EG Nr. L 73 S. 5) verwendet und als „Anlage zur Nutzung von Windenergie zur Stromerzeugung“ beschrieben worden<sup>10</sup>. Weitere konkrete Anforderungen an eine Windfarm nennt die Richtlinie allerdings nicht. In seinem Urteil aus dem Jahr 2004 hat das Bundesverwaltungsgericht den Windfarmbegriff schließlich dahingehend konkretisiert, dass von einer Windfarm auszugehen sei, wenn drei oder mehr Windkraftanlagen einander räumlich so zugeordnet sind, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren<sup>11</sup>.

Der Begriff des Einwirkungsbereichs wurde seinerseits zwar bereits im Anhang 2 zum UVPG a. F. verwendet, war aber nicht legaldefiniert und bedurfte daher ebenfalls der weiteren Konkretisierung<sup>12</sup>. Neben dem räumlichen Bezug wies er insbesondere

einen Bezug zu den Schutzgütern auf, deren Betroffenheit im Rahmen der UVP geprüft wird<sup>13</sup>. Anhand dieser Bezüge sollten sich überschneidende Einwirkungsbereiche festgestellt und räumlich zusammenhängende Windkraftanlagen schutzgutbezogen definiert werden<sup>14</sup>. Das Kriterium erfüllte dementsprechend mehr eine verbindende als eine abgrenzende Wirkung, was jedoch nicht zuletzt dazu führte, dass die Praxis vor die Herausforderung gestellt wurde, mit äußerst weitläufigen Windfarmen umzugehen. Seine Zuspitzung fand dies in Konstellationen, in denen auch solche Windkraftanlagen zusammengefasst wurden, deren Einwirkungsbereiche sich zwar nicht unmittelbar gegenseitig überschneiden, die aber durch den Einwirkungsbereich einer weiteren, zwischen ihnen stehenden Windkraftanlage verbunden wurden<sup>15</sup>.

Von der Rechtsprechung wurde in der Folge zudem kein geeignetes Abschneidekriterium entwickelt, um solche Fälle „kaskadierender Verkettung“ handhabbar zu machen – wobei die Anwendung eines solchen mit Blick auf das Ziel der UVP, einen umfassenden Umweltschutz zu sichern, natürlich auf den ersten Blick auch nicht unproblematisch ist<sup>16</sup>. Die behördliche Praxis hingegen löste das Problem, indem sie anhand des Einzelfalls topographische oder bauliche Hindernisse oder – im Sinne einer Faustformel<sup>17</sup> – den Abstand von mehr als dem Zehnfachen des Rotordurchmessers heranzog, um Windfarmen räumlich zu

<sup>9</sup> Vgl. VG Dessau, Urt. v. 09.07.2001 – 1 A 499/01 –, juris Rn. 23; VG Oldenburg, Urt. v. 05.09.2002 – 4 A 3604/99 –, juris Rn. 26; VG Oldenburg (Oldenburg), Beschl. v. 17. Januar 2003 – 5 B 3766/02 –, juris Rn. 34; VG Halle, Urt. v. 14.05.2003 – 2 A 424/00 –, juris Rn. 28 ff.; VG Freiburg, Urt. v. 03.05.2004 – 2 K 2008/02 –, juris Rn. 19.

<sup>10</sup> Anhang II Nr. 3 i) der UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG des Rates vom 3. März 1997.

<sup>11</sup> BVerwG, NVwZ 2004, S. 1235 (1236).

<sup>12</sup> Ausführlich dazu Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 31 ff.; vgl. VGH München, NVwZ 2007, S. 1213 (1214); OVG Münster, Beschl. v. 30.03.2017 – 8 A 2914/15, juris Rn. 9.

<sup>13</sup> Vgl. etwa OVG Koblenz, NVwZ 2005, S. 1208 (1209); VGH München, NVwZ 2007, S. 1213 (1214).

<sup>14</sup> Vgl. etwa OVG Lüneburg, Urt. v. 01.06.2010 – 12 LB 32/07; VG Minden, Beschl. v. 18.03.2014 – 11 L 706/13; OVG Lüneburg, Urt. v. 18.05.2007 – 12 LB 8/07; *Wustlich*, Die Änderungen im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen, NVwZ 2005, S. 997 (1000); *Gellermann*, Die Windfarm im Lichte des Artikelgesetzes, NVwZ 2004, S. 1199 (1200).

<sup>15</sup> Ausführlich dazu Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 34 ff.

<sup>16</sup> So auch Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 37 f.

<sup>17</sup> Siehe in Bezug auf die jetzige Rechtslage *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24.

begrenzen und damit für die Verwaltungspraxis handhabbar zu machen<sup>18</sup>.

Eine weitere Quelle der Rechtsunsicherheit in Rechtsprechung, Literatur und Praxis im Rahmen der Änderung bzw. Erweiterung von Vorhaben bestand zudem schon damals in der Frage, welche Regelung zur Abgrenzung einer Windfarm Anwendung findet, wenn eine oder mehrere Windkraftanlagen zu Bestandsanlagen hinzugebaut werden<sup>19</sup>. Diese Unklarheit wurzelte in der Frage, ob es sich bei Windfarmen um kumulierende Vorhaben oder um ein Komplexvorhaben handelt und hatte sowohl Auswirkungen auf die Bewertung, ob überhaupt eine Windfarm vorliegt, als auch darauf, welche Verfahrensart (standortbezogene oder allgemeine Vorprüfung oder UVP) einschlägig ist. Verstand man die Windfarm als Komplexvorhaben, welches aus sich heraus bereits eine Mehrheit von Windkraftanlagen voraussetzt, und wendete die Regelungen über die Änderung und die Erweiterung von Anlagen, § 3e UVPG a. F., an, gelangte man eher zu einer UVP bzw. UVP-Vorprüfungspflicht. Der alternative Weg über die Regelungen zu kumulierenden Vorhaben nach § 3b Abs. 2 UVPG a. F. (analog) setzte nämlich zusätzlich zu den Voraussetzungen der Windfarm einen „engen Zusammenhang“ voraus. Da allein sich überlagernde Umweltauswirkungen diesen Anforderungen nicht genügen und der von einigen Gerichten vorausgesetzte „betrieblich-funktionale Zusammenhang“ zwischen Bestands- und

Neuanlagen bei Windkraftanlagen in vielen Fällen gerade nicht vorlag, grenzte der Weg über die Regelungen zu kumulierenden Vorhaben Windfarmen stärker ein oder führte überhaupt nur seltener zu deren Annahme und einer entsprechenden UVP- bzw. UVP-Vorprüfungspflicht<sup>20</sup>. Nicht einheitlich beurteilt wurde schließlich auch, ob Bestandsanlagen im Rahmen der UVP allein als Vorbelastung zu berücksichtigen waren oder ob sie selbst zum Gegenstand der Verträglichkeitsprüfung gemacht werden mussten, was ebenfalls einen erheblichen Einfluss auf den Prüfungsumfang hatte<sup>21</sup>.

## II. Intention der Novellierung

Insgesamt diente die Novelle 2017 der Anpassung des Bundesrechts an die Vorgaben der Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten<sup>22</sup>. Darüber hinaus nutzte der Gesetzgeber die Gelegenheit, um das Gesetz insgesamt zu vereinfachen, zu harmonisieren und anwenderfreundlicher auszugestalten<sup>23</sup>. Transparentere, klarere und vollzugstauglichere Vorschriften sollten Rechtssicherheit schaffen<sup>24</sup>. Der Inhalt und die Reichweite der Regelungen sollen für Anwender nun besser greifbar sein<sup>25</sup>. Dadurch sollen

<sup>18</sup> So etwa VG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2017 – 28 L 3169/17 –, juris Rn. 21, 36; OVG Münster, Urte. v. 18.05.2017 – 8 A 974/15, juris Rn. 47, 53, welches die genannten als potentielle Kriterien anspricht; OVG Münster, Beschl. v. 30.03.2017 – 8 A 2914/15, juris Rn. 50; in NRW wurde durch den Windenergieerlass klargestellt, dass eine über die unmittelbar verknüpften Anlagen hinausgehende Verkettung nicht erforderlich sei, Windenergie-Erlass vom 04.11.2015, 5.1.2, S. 38, abrufbar unter: <https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/PDFs/klima/windenergieerlass.pdf>; vgl. dazu auch *Fest/Fechler*, Neue Anforderungen an Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, NVwZ 2016, S. 1050 (1054); *Agatz*, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 34 ff.; *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24; in seinem Beschluss vom 23.07.2014 – 8 B 356/14, juris, nahm das OVG Münster aufgrund räumlicher Nähe eine Verkettung an; vgl. auch VGH München, Urte. v. 12.1.2007 – 1 B 05.337, juris.

<sup>19</sup> Vgl. etwa VG Oldenburg, Beschl. v. 23.01.2003 – 5 B 3767/02, welches die Vorschriften zu kumulierenden Vorhaben nach § 3b Abs. 2 UVPG a.F. anwandte; so auch VGH Kassel, Beschl. v. 14.05.2012 – 9 B 1918/11, juris;

VG Düsseldorf, Urte. v. 29.07.2004 – 4 K 3944/02, juris, wandte §§ 3b Abs. 2, 3c UVPG a.F. bei Vorliegen von Hinweisen auf einen Missbrauch durch Aufsplitterung an; OVG Weimar, Beschl. v. 02.09.2008 – 1 EO 448/08, juris entschied, dass es sich bei einer Windfarm um ein Komplexvorhaben handele und § 3b Abs. 2 UVPG a. F. keine Anwendung finden könne – stattdessen wandte es § 3b Abs. 3 UVPG a.F.; ebenfalls OVG Münster, Beschl. v. 24.06.2015 – 8 B 315/15, juris Rn. 18.

<sup>20</sup> Vgl. etwa VGH München, Beschl. v. 09.05.2016 – 22 ZB 15.2322, juris Rn. 25 entsprechend der Entscheidung BVerwG, Urte. v. 18.6.2015 – 4 C 4/14, juris; VGH München, Beschl. v. 02.11.2016 – 22 CS 16.2048, 22 CS 16.2049, juris; OVG Koblenz, Urte. v. 20.09.2018 – 8 A 11958/17, juris; *Agatz*, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 29.

<sup>21</sup> *Agatz*, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 33 f.; OVG Münster, Beschl. v. 24.06.2015 – 8 B 315/15, juris Rn. 34 ff.

<sup>22</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 1.

<sup>23</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 1, 56, 63.

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 56 f.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 56.

Genehmigungsverfahren erleichtert und beschleunigt sowie rechtliche Risiken und Unsicherheiten reduziert werden<sup>26</sup>.

Zum Erreichen dieser Zwecke bei der Zulassung von Windkraftvorhaben wurde der Windfarmbegriff als Dreh- und Angelpunkt für die Abgrenzung von Windfarmen und die Bestimmung der UVP- bzw. UVP-Vorprüfungspflicht nunmehr ausdrücklich normiert. Die Legaldefinition des Windfarmbegriffs in § 2 Abs. 5 UVPG soll die vorstehend beschriebenen Unklarheiten bei der Windfarmabgrenzung beseitigen und – insbesondere durch das additive Kriterium des funktionalen Zusammenhangs – zu einer rechtssicheren und restriktiveren Abgrenzung von Windfarmen als bislang führen<sup>27</sup>. Der Bundesrat hatte die Praktikabilität gerade des Merkmals des funktionalen Zusammenhangs zwar bezweifelt und sich für ein Abstellen allein auf den Einwirkungsbereich von Windkraftanlagen ausgesprochen<sup>28</sup>. Der Gesetzgeber war diesem Einwand allerdings letztlich nicht gefolgt<sup>29</sup>. Das Merkmal des Einwirkungsbereichs sollte aber seinerseits durch dessen explizite Definition in § 2 Abs. 11 UVPG anwenderfreundlicher, wenn auch gegenüber der bis dahin ergangenen Rechtsprechung unverändert ausgestaltet werden<sup>30</sup>. Andererseits sollte eine bessere Synchronisierung mit fachrechtlichen Vorgaben erreicht werden<sup>31</sup>.

Bislang bestehende Unstimmigkeiten bei Änderungsvorhaben wollte der Gesetzgeber schließlich durch eine Neugestaltung der Regelungen über die UVP-Pflicht bei Änderungsvorhaben in § 9 UVPG beseitigen. Dies unter anderem dadurch, dass nun auf die bislang nach § 3e UVPG a. F. notwendige komplizierte retrospektive Prüfung, ob die bereits vorhandene Windfarm nach heutigem Recht UVP-pflichtig gewesen wäre, verzichtet werden sollte<sup>32</sup>. Die Neufassung des § 9 UVPG soll so klarstellend sowie verfahrensvereinfachend wirken. Bei diesen Bemühungen um Vereinfachungen sollte schließlich gleichwohl sichergestellt werden, dass eine UVP-Pflicht nicht im Wege der Aufsplittung von Projekten umgangen werden kann, um den insofern bestehenden Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs zu genügen<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 57.

<sup>27</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11948, S. 20; *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24.

<sup>28</sup> BT-Drs., 18/11948, S. 2, 20 f.; *Hamacher*, in: *Schink/Reidt/Mitschang*, UVPG/UmwRG, 2018, § 2 UVPG, Rn. 55.

<sup>29</sup> Im Übrigen wurde der Windfarmbegriff im Gesetzgebungsverfahren jenseits der Entwurfsbegründung nicht vertieft thematisiert. Siehe allein die Kritik *Kments* an der systematischen Stellung der Regelung: *ders.*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Ausschuss-Drs. 18(16)543-A, S. 2.

<sup>30</sup> VGH München, Urt. v. 10.07.2019 – 22 B 17.124, juris Rn. 44; § 2 Abs. 11 UVPG definiert den Einwirkungsbereich nunmehr als „das geographische Gebiet, in dem Umweltauswirkungen auftreten, die für die Zulassung eines Vorhabens relevant sind“.

<sup>31</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11499, S. 76.

<sup>32</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 80 f.

<sup>33</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11499, S. 80 f. – der bisherige § 3c S. 5 UVPG a. F. diene der Umsetzung der Kumulations-Grundsätze des „Irland-Urteils“ des EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – C 392/96, juris Rn. 76. § 9 Abs. 2 S. 1 UVPG entspricht nunmehr diesem § 3c S. 5 UVPG a. F.

## D. Komplexvorhaben vs. Kumulationsvorhaben – die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage

Um die verfahrenlenkende Funktion der Umweltverträglichkeitsprüfung zu erfüllen, haben Zulassungsbehörden zu Beginn eines Zulassungsverfahrens für Windkraftanlagen gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 UVPG das Bestehen oder Nichtbestehen einer UVP-Pflicht nach den §§ 6 bis 14a UVPG festzustellen. Da sich die UVP-Pflicht allgemein auch weiterhin aus verschiedenen Vorschriften ergeben kann – für Neuvorhaben aus den §§ 6 und 7 UVPG, für Änderungsvorhaben aus § 9 UVPG und für kumulierende Vorhaben aus den §§ 10 bis 13 UVPG – hat die Behörde zunächst die maßgebliche Rechtsgrundlage der UVP-Pflicht zu bestimmen.

Im Mittelpunkt steht bei dieser Bestimmung der richtigen Rechtsgrundlage die Frage, unter welchen Voraussetzungen mehrere zu genehmigende oder bereits bestehende Windkraftanlagen eine Windfarm im Sinne des UVPG bilden. Dies wiederum hängt davon ab, ob es sich bei Windfarmen um ein Komplexvorhaben handelt oder diese im Wege der Kumulation nach § 10 UVPG zusammenzufassen sind<sup>34</sup>. Mit der Normierung der Legaldefinition einer Windfarm im UVPG hat der Gesetzgeber – wie sogleich gezeigt wird – hier für Rechtsklarheit gesorgt<sup>35</sup>.

Die Diskussion um die Einordnung von Windfarmen als Komplex- oder Kumulationsvorhaben rührt – wie bereits erwähnt – noch aus dem alten Recht her<sup>36</sup>. Unter Komplexvorhaben sind grundsätzlich solche Vorhaben zu verstehen, die aufgrund ihrer Natur und Begrifflichkeit aus

mehreren einzelnen Anlagen bestehen. Der Begriff Windfarm, wie er bereits in Ziff. 1.6 Anlage 1 zum UVPG a. F. verwendet wurde, implizierte bereits, dass es sich nicht lediglich um eine einzelne, sondern um mehrere für sich genommen selbständige Windkraftanlagen handelt, die so begrifflich zu einem Vorhaben im Sinne des UVPG zusammengefasst werden<sup>37</sup>. Eben in diesem Sinne definiert nun auch § 2 Abs. 5 UVPG die Windfarm ausdrücklich als mindestens drei Windkraftanlagen.

Dass diese mindestens drei Windkraftanlagen ihrerseits nicht erst dann eine Windfarm bilden, wenn für sie die Voraussetzungen einer Kumulation nach § 10 Abs. 4 UVPG vorliegen, ergibt sich nun ersichtlich daraus, dass mit § 2 Abs. 5 UVPG eine insoweit speziellere Regelung für den notwendigen Zusammenhang geschaffen wurde<sup>38</sup>. Zwar besteht mit der dortigen Inbezugnahme eines „funktionalen Zusammenhangs“ für die Frage der Zusammenfassung von Anlagen inhaltlich eine große Nähe zu den Kumulationsvorschriften. Mit der Konkretisierung des funktionalen Zusammenhangs in § 2 Abs. 5 UVPG anhand des Falls der gemeinsamen Belegenheit in einer Konzentrationszone bzw. in einem Gebiet nach § 7 Abs. 3 Raumordnungsgesetz<sup>39</sup> zeigt sich jedoch schon bei diesem Regelbeispiel ein Unterschied zu den Kumulationsvorschriften. Die Gesetzesbegründung bestätigt diese systematische Analyse. Danach werde für den nach § 2 Abs. 5 UVPG notwendigen

<sup>34</sup> Vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 28 f.; sowie Umweltbundesamt, Potenzial der Windenergie an Land – Studie zur Ermittlung des bundesweiten Flächen- und Leistungspotenzials der Windenergienutzung an Land, S. 6.

<sup>35</sup> Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 29; von den Gerichten werden überwiegend allein die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 UVPG geprüft, ohne auf die zusätzlichen Voraussetzungen der Kumulation einzugehen, vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 - 7 C 3.18, juris; VG Düsseldorf, Beschl. v. 27.6.2019 - 28 L 779/19, juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.3.2019 - 12 ME 105/18, juris; OVG Lüneburg, Urt. v. 18.10.2021 - 12 LB 110/19; VG Arnshausen, Urt. v. 16. November 2021 - 4 K 576/20.

<sup>36</sup> Siehe hierzu Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 27 f.

<sup>37</sup> Dieses Verständnis entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, wie er sich im Duden widerspiegelt. Danach ist Windfarm als Windpark und dieser wiederum als Gelände mit mehreren Windkraftanlagen zu verstehen, <https://www.duden.de/rechtsschreibung/Windfarm>.

<sup>38</sup> Arnold, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG/UmwRG, 5. Aufl. 2018, § 10 UVPG Rn. 27; OVG Lüneburg, Beschl. v. 11. 3.2019 - 12 ME 105/18, juris Rn. 36.

<sup>39</sup> Raumordnungsgesetz vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 3. Dezember 2020 (BGBl. I S. 2694) geändert worden ist.

Zusammenhang zwischen den Windkraftanlagen allein „auf ähnliche Kriterien abgestellt, wie sie nach § 10 Absatz 4 für die Kumulation von Vorhaben gelten“, nicht aber auf dieselben<sup>40</sup>. Der Normierung des § 2 Abs. 5 UVPG hätte es zudem nicht bedurft, wäre hinsichtlich des notwendigen Zusammenhangs § 10 Abs. 4 UVPG einschlägig. Eine Anwendung von § 10 Abs. 4 UVPG auf Windfarmen würde in der Folge dem Willen des Gesetzgebers, der in § 2 Abs. 5 UVPG auch seinen Ausdruck gefunden hat, zuwiderlaufen<sup>41</sup>.

Im Vergleich der Regelungsregime gelangt man bei einer Anwendung des § 2 Abs. 5 UVPG eher zu einer UVP- bzw. UVP-Vorprüfungspflicht, auch wenn schon hier der geforderte Zusammenhang gegenüber dem bisherigen Rechtsstand erheblich restriktiver ausgestaltet ist<sup>42</sup>. Es wird im Folgenden darzulegen sein, inwieweit dies noch mit dem in § 3 S. 2 UVPG formulierten Zweck des UVPG, mittels der Umweltverträglichkeitsprüfungen eine wirksame Umweltvorsorge zu erreichen, übereinstimmt<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> BT-Drs. 18/11499 S. 75; *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24.

<sup>41</sup> A. A. *Rolshoven/Ratzbor*, Windparkerweiterung: Erhöhte Anforderungen an die UVP wegen „kumulierender Umweltauswirkungen“, ZNER 2018, S. 505 (507) die auch unter dem neuen UVPG – noch mit Verweis auf den VGH München, Beschl. v. 23.04.2018 – 22 ZB 18.627 und 22 ZB 18.628 – für eine Anwendung der Vorschriften über kumulierende Vorhaben plädieren. Mit

seinem Urteil vom 10.07.2019 – 22 B 17.124, juris Rn. 61, äußert nunmehr aber auch der VGH München Zweifel daran, ob die Regelung über die UVP-Pflicht bei kumulierenden Vorhaben nach § 10 UVPG auf Windfarmen Anwendung findet.

<sup>42</sup> OVG Münster, Urt. v. 5.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 71 und hierzu unten unter E.III.

<sup>43</sup> So etwa auch BT-Drs. 18/11499 S. 60, 64.

## E. Die Abgrenzung der Windfarm als Vorhaben im Sinne des UVP-Rechts

Damit die jeweilige Behörde final entscheiden kann, welche Rechtsgrundlage im jeweiligen Fall zur Anwendung kommt – §§ 6, 7 UVPG für Neu- oder § 9 UVPG für Änderungsvorhaben – ist weiter zu prüfen, ob die gegenständlichen Windkraftanlagen gemeinsam mit Bestandsanlagen eine einheitliche Windfarm bilden und diese ändern (Änderung im Sinne von § 2 Abs. 4 Nr. 2 a) UVPG) oder ob ausschließlich ein Neuvorhaben (Vorhaben im Sinne von § 2 Abs. 4 Nr. 1 a) UVPG) vorliegt.

### I. Einwirkungsbereich und funktionaler Zusammenhang

Um den Schwierigkeiten der Praxis<sup>44</sup> mit dem Windfarmbegriff des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2004<sup>45</sup> zu begegnen, stellt der Windfarmbegriff in § 2 Abs. 5 UVPG nicht länger allein auf einen gemeinsamen Einwirkungsbereich der Anlagen ab. Kumulative Voraussetzung ist es vielmehr, dass neben dem gemeinsamen Einwirkungsbereich auch ein funktionaler Zusammenhang zwischen den Anlagen besteht<sup>46</sup>. Die begrenzende Wirkung folgt mithin allein aus dem additiven Merkmal des funktionalen Zusammenhangs, welches der Gesetzgeber mittels eines Regelbeispiels in § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG dahingehend konkretisiert, dass ein solcher „insbesondere“ dann angenommen werden kann, „wenn sich die Windkraftanlagen in derselben Konzentrationszone oder in einem Gebiet nach § 7 Abs. 3 des Raumordnungsgesetzes befinden.“<sup>47</sup> Liegt dieser Fall nicht

vor, soll laut der Gesetzesbegründung „auf ähnliche Kriterien abgestellt“ werden, „wie sie nach § 10 Absatz 4 für die Kumulation von Vorhaben gelten“<sup>48</sup>.

### II. Europarechtskonformität des funktionalen Zusammenhangs dem Grunde nach

Die Einführung eines additiven Kriteriums neben der Anforderung eines gemeinsamen Einwirkungsbereichs führt zwar zur Beschränkung der UVP-Pflicht. Und diese Beschränkung könnte wiederum zu einer Einschränkung der Eignung der UVP-Pflicht führen, einen umfassenden Umweltschutz durch Aufbereitung der umweltrelevanten Fragen für die fachrechtliche Entscheidung zu ermöglichen, was im Ausgangspunkt das Ziel des europäischen UVP-Rechts ist<sup>49</sup>. Dies steht jedoch gleichwohl mit den Anforderungen des Europarechts in Einklang<sup>50</sup>, das bei der Ausgestaltung des Anwendungsbereichs Praktikabilitätserwägungen auch dann zulässt, wenn dies seine Reichweite begrenzt.

Die Reichweite der UVP-Pflicht ist grundsätzlich in Art. 4 UVP-RL europarechtlich geregelt<sup>51</sup>. Danach haben für Windkraftanlagen als Anhang II-Vorhaben (Ziff. 3 lit. i Anhang II UVP-RL) allerdings die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 2 UVP-RL zu bestimmen, ob diese einer UVP zu unterziehen sind oder nicht. Diese Entscheidung können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 2 UVP-RL sowohl anhand einer

<sup>44</sup> Dazu bereits unter C. I.; ausführlich *Agatz*, *Windenergie Handbuch*, 18. Aufl. 2021, S. 34 ff.

<sup>45</sup> BVerwG, NVwZ 2004, S. 1235 (1236).

<sup>46</sup> *Agatz*, *Windenergie Handbuch*, 18. Aufl. 2021, S. 30 f.; Vgl. BT-Drs. 18/11948, S. 20; *Peters/Balla/Hesselbarth*, in: *HK-UVPG*, 4. Aufl. 2019, § 2, Rn. 24.

<sup>47</sup> Änderungsbedarf wegen der Änderungen durch das Wind-an-Land-Gesetz im BauGB, die am 1. Februar 2023 in Kraft treten, besteht insoweit nicht, da über den Verweis auf die Gebiete nach § 7 Abs. 3 ROG auch die künftig weiterhin relevanten Vorranggebiete erfasst sind.

<sup>48</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 75.

<sup>49</sup> Siehe Erwägungsgrund Nr. 2 Richtlinie 2011/92/EU.

<sup>50</sup> OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 77; siehe auch bereits BVerwG, Urt. v. 18.06.2015 – 4 C 4/14, juris Rn. 25.

<sup>51</sup> Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, Abl. EU vom 28.1.2012, L 26/1.

Einzelfallprüfung als auch anhand von festgelegten Schwellenwerten bzw. Kriterien oder gemäß Satz 3 auch in Kombination beider Methoden treffen. Mit der Zulässigkeit auch von Schwellenwerten wird aber schon auf dieser Ebene ein gewisser Spielraum der Mitgliedstaaten für Pauschalierungen bei der Ausgestaltung der UVP-Pflicht anerkannt, der Schwellenwerten regelungstechnisch stets zu eigen ist<sup>52</sup>. Systematisch wirkt sich die Zulassung von Schwellenwertentscheidungen auch auf die als gleichrangige Alternative zulässigen Einzelfallprüfungen in dem Sinne aus, dass hier ebenfalls Pauschalierungen möglich sind und nicht etwa eine gegenüber der Schwellenwerttechnik höhere Genauigkeit erzielt werden muss<sup>53</sup>. Anschaulich wird dies wiederum bei der Umsetzung standortbezogener Vorprüfungen für Windkraftvorhaben im deutschen UVPG, wonach hier unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität allein das Vorliegen formal ausgewiesener Schutzgebiete in den Blick zu nehmen ist und gerade nicht eine materielle Betrachtung der Sensibilität des Naturraums verlangt wird<sup>54</sup>.

Auch wenn den Mitgliedstaaten bereits bei der vorhabenbezogenen Bestimmung des Anwendungsbereichs der UVP-Pflicht ein Spielraum zukommt, so erschöpft sich die Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten doch nicht in diesen Festlegungen. Nach der Rechtsprechung des EuGH haben die Mitgliedstaaten vielmehr weiterhin sicherzustellen, dass die UVP-Pflicht auch nicht durch eine willkürliche Aufspaltung von Vorhaben unterlaufen wird<sup>55</sup>. Dies ist dadurch sicherzustellen, dass bei der Bestimmung der UVP-Pflicht von Einzelvorhaben auch kumulative Wirkungen berücksichtigt werden und so verhindert wird, dass sämtliche Projekte einer Art einer Umweltverträglichkeitsprüfung entzogen werden, obwohl sie „dicht beieinander durchgeführt werden“ und

„zusammengenommen erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt“ haben können<sup>56</sup>.

Dieses Ziel wurde bei Windfarmen in Deutschland bislang fraglos durch das Abstellen allein auf einen gemeinsamen Einwirkungsbereich der Anlagen erreicht, weil dies in strenger Weise zu einer Betrachtung kumulativer Auswirkungen führt. Verlangt ist eine solche strenge Sichtweise durch das Europarecht in der Auslegung durch den EuGH aus dem Jahr 1999 aber nicht, so dass es auch dem additiven Kriterium des funktionalen Zusammenhangs nicht entgegensteht. Die Pflicht zur Berücksichtigung kumulativer Auswirkungen ändert nämlich nichts an der grundsätzlichen Projektbezogenheit auch des europäischen UVP-Rechts<sup>57</sup>. Die Einbeziehung kumulativer Auswirkungen dient der Vermeidung eines Rechtsmissbrauchs, steht der projektbezogenen Betrachtung im Grundsatz aber nicht entgegen. Das Kriterium des funktionalen Zusammenhangs zielt auf die Bewahrung genau dieser projektbezogenen Betrachtung ab und soll die allein auf den Einwirkungsbereich abstellende Betrachtung ein Stück weit zurückführen, ohne dabei die europarechtlich missbilligten Missbrauchsmöglichkeiten zu eröffnen. Dass diese Überlegungen auf Windfarmen, die schon im europäischen Recht als Komplexvorhaben eingeordnet werden, nicht übertragbar sein könnten, ist dementsprechend nicht ersichtlich.

Während danach der funktionale Zusammenhang dem Grunde nach ein auch europarechtlich zulässiges Kriterium zur Begrenzung von Windfarmen für den Zweck der Bestimmung der UVP-Pflicht darstellt, entscheidet sich dessen Weite und damit im Gegenschluss seine beschränkende Wirkung erst in seinem konkreten Verständnis<sup>58</sup>. Erst nach dessen Klärung wird noch einmal auf die Frage zurückzukommen sein, ob auch das hier vertretene Verständnis des funktionalen Zusammenhangs mit

<sup>52</sup> Europäische Kommission, Die Auslegung der Definitionen der in den Anhängen I und II der UVP-Richtlinie aufgeführten Projektkategorien, 2015, S. 6; EuGH, Urt. v. 21.03.2013 – C-244/12 – Salzburger Flughafen GmbH = NVwZ 2013, S. 707 (708); zu den Grenzen des Spielraums EuGH, Urt. v. 2. Mai 1996 – C-133/94 –, juris Rn. 40 ff.; Wegener, Die UVP-Pflichtigkeit sog. Anhang II-Vorhaben, NVwZ 1997, S. 462 (463), zu Art. 4 Abs. 2 UVP-RL 85/337/EWG.

<sup>53</sup> Wegener, Von Windfarmen, dem Umfang standortbezogener UVP-Vorprüfungen und

Schallimmissionsprognosen nach dem sog. Interimsverfahren, NuR 2018, S. 388 (391 f.).

<sup>54</sup> BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 – 7 C 5/18, juris Rn. 35 ff.

<sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – C-392/96, juris Rn. 76.

<sup>56</sup> EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – C-392/96, juris Rn. 76, 79.

<sup>57</sup> BVerwG, Urt. v. 18.06.2015 – 4 C 4.14, juris Rn. 25; OVG Münster, Urt. v. 5.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 78.

<sup>58</sup> Hierzu sogleich unter E. III.

den europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist<sup>59</sup>.

### III. Der funktionale Zusammenhang als begrenzendes Kriterium?

Sowohl das Regelbeispiel in § 2 Abs. 5 UVPG zur Konkretisierung des funktionalen Zusammenhangs als auch die Bestimmung dieses Zusammenhangs auf sonstige Weise wirft Fragen auf. Offen bleibt zum einen, wie genau der Verweis des Regelbeispiels auf die raumplanerischen Ausweisungen zu verstehen ist (hierzu unter III. 1.) und zudem, welche weiteren „ähnlichen“ Kriterien einen funktionalen Zusammenhang zwischen Windkraftanlagen begründen können (hierzu unter III.2.).

#### 1. Funktionaler Zusammenhang im Falle der Belegenheit innerhalb derselben Konzentrationszone bzw. einem Gebiet nach § 7 Abs. 3 ROG

Ein funktionaler Zusammenhang wird gemäß § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG insbesondere dann angenommen, wenn sich die Windkraftanlagen in derselben Konzentrationszone oder einem Gebiet nach § 7 Abs. 3 des Raumordnungsgesetzes befinden. Regelungstechnisch handelt es sich hierbei um ein Regelbeispiel<sup>60</sup>. Bei seinem Vorliegen ist vom Bestehen eines funktionalen Zusammenhangs zwischen den betreffenden Windkraftanlagen auszugehen. Umgekehrt kann bei seinem Nichtvorliegen nicht automatisch auf das Fehlen eines funktionalen Zusammenhangs geschlossen werden, da das Regelbeispiel gerade keinen abschließenden Charakter besitzt („insbesondere“).

Inhaltlich wird auf die Belegenheit der Windkraftanlagen innerhalb derselben

Konzentrationszone bzw. im selben Gebiet nach § 7 Abs. 3 ROG abgestellt. Mit dem hier erstmals normierten Begriff der Konzentrationszone wird auf Planungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Bezug genommen, wie sie bislang zur Steuerung von Windenergievorhaben eingesetzt wurden. Gemeint sind hiermit Gebietsausweisungen auf Raumordnungs- oder Flächennutzungsplanebene, innerhalb derer Windkraftanlagen raumplanerisch konzentriert werden sollen, um das übrige Plangebiet hiervon freizuhalten<sup>61</sup>. Während die in den Zulassungsverfahren zu beachtende bodenrechtliche Ausschlusswirkung solcher Ausweisungen unmittelbar aus § 35 Abs. 3 S.3 BauGB folgt<sup>62</sup>, werden entsprechende Gebiete raumordnerisch entweder als Eignungsgebiete nach § 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ROG oder als Vorranggebiete mit den Wirkungen von Eignungsgebieten nach § 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, S. 2 ROG festgelegt<sup>63</sup>. Auf Flächennutzungsplanebene erfolgt ihre Darstellung entweder als Flächen für die Windenergie (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 2b) BauGB) oder aber als Sondergebiet für die Windenergie. Auch andere Bezeichnungen sind verbreitet<sup>64</sup>. Mit den alternativ im Regelbeispiel in Bezug genommen Gebieten nach § 7 Abs. 3 ROG sind zudem raumordnerische Festlegungen als Vorrang- und Vorbehaltsgebiete gemeint (§ 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 – 2 ROG), mithin also auch solche Festlegungen, die gerade keine Konzentrationswirkung im Sinne von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB besitzen und teils endabgewogene Zielvorgaben (Vorranggebiete<sup>65</sup>) oder allein Grundsätze der Raumordnung (Vorbehaltsgebiete<sup>66</sup>) darstellen, die an die Ebene der Bauleitplanung gerichtet sind. Hierunter werden auch künftige Gebietsausweisungen für die Windenergie erfasst werden können, soweit in Folge des Wind-an-Land-Gesetzes<sup>67</sup> eine Konzentrationszonenplanung mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nach §

<sup>59</sup> Hierzu unter E. III. 2. b).

<sup>60</sup> Dies ergibt sich aus der Formulierung „insbesondere“; siehe auch BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 – 7 C 5/18, juris Rn. 23.

<sup>61</sup> Umfassend hierzu siehe etwa Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019; Thomann, Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, 2018.

<sup>62</sup> BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 – 4 C 2/04, juris Rn. 12.

<sup>63</sup> Wagner, Klimaschutz durch Raumordnung, 2018, S. 349 ff.

<sup>64</sup> Siehe die kritische Würdigung bei Thomann, Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, 2018, S. 359 f.

<sup>65</sup> Hofmann, in: Kment, ROG, 2019, § 7 Rn. 54.

<sup>66</sup> H. M., siehe nur Hofmann, in: Kment, ROG, 2019, § 7 Rn. 61.

<sup>67</sup> Siehe hierzu Kment, Eine neue Ära beim Ausbau von Windenergieanlagen, NVwZ 2022, 1153 ff; Benz/Wegner, Das Wind-an-Land-Gesetz, ZNER 2022, 367 ff.

245e BauGB nur noch für eine Übergangszeit stattfinden wird.

In Fällen der gemeinsamen Belegenheit von Windkraftanlagen in derselben Zone bzw. denselben Gebieten wird laut den

Gesetzesmaterialien ein funktionaler Zusammenhang fingiert<sup>68</sup>. Als kumulative Voraussetzung für das Vorliegen einer Windfarm soll es gegenüber dem Kriterium des gemeinsamen Einwirkungsbereichs beschränkend wirken und so für eine erhöhte Praktikabilität bei der Durchführung ggf. erforderlicher Umweltverträglichkeitsprüfungen sorgen<sup>69</sup>. Eine zugleich angestrebte höhere Rechtssicherheit soll dadurch erreicht werden, dass die in Bezug genommenen planerischen Ausweisungen relativ klare und für die Praxis leicht zu erfassende Grenzen aufweisen, so dass das Bestehen eines funktionalen Zusammenhangs zwischen Windkraftanlagen grundsätzlich mit einem Blick festgestellt werden kann<sup>70</sup>.

Die begrenzende Wirkung des Regelbeispiels gegenüber einer Zusammenfassung von Windkraftanlagen allein über einen gemeinsamen Einwirkungsbereich dürfte auch in der Praxis im Regelfall eintreten. Gleichwohl hängt diese Wirkung von der Größe der jeweiligen Konzentrationszone bzw. vom jeweils erfassten Gebiet nach § 7 Abs. 3 ROG ab, die seinerseits in der Praxis ganz erheblich variiert. Auch wenn in den Ländern Konzentrationszonen in aller Regel eine Mindestgröße aufweisen sollen, um zumindest für drei Windkraftanlagen Platz zu bieten, so ist dies doch rechtlich keine Anforderung an solche Zonen. Rechtlich möglich sind vielmehr auch Konzentrationszonen für lediglich zwei oder gar eine einzelne Anlage<sup>71</sup>. Umgekehrt besteht auch „nach oben hin“ keine Größenbegrenzung. Konzentrationszonen und auch die übrigen Gebiete können im Einzelfall eine ganz erhebliche Ausdehnung besitzen, so dass es im Einzelfall auch möglich sein wird, dass zwei Windkraftanlagen sich zwar noch in

derselben Konzentrationszone oder demselben Gebiet nach § 7 Abs. 3 ROG befinden, sich ihre Einwirkungsbereiche aber aufgrund der Entfernung ihrer Standorte nicht überschneiden. In diesen Fällen wird das Regelbeispiel mithin nicht begrenzend wirken. Der funktionale Zusammenhang wird dann vielmehr allein über den in diesen Fällen ausnahmsweise engeren Einwirkungsbereich der Anlagen begrenzt. Generell wird damit die mit dem Regelbeispiel bezweckte Steigerung der Praktikabilität der Windfarmabgrenzung aber nicht in Frage gestellt.

Gleichwohl stellt sich jedoch die Frage, ob mithilfe des Regelbeispiels die Abgrenzung von Windfarmen auch rechtssicher vorgenommen werden kann. Drei Voraussetzungen sind hierfür näher zu betrachten:

- ▶ Erstens sollte idealerweise der funktionale Zusammenhang gegenüber dem Kriterium des gemeinsamen Einwirkungsbereichs auch im Interesse der Rechtssicherheit die engere Anforderung darstellen, da anderenfalls doch der gemeinsame Einwirkungsbereich windfarmbegründend wirkt und bei dessen genauer Bestimmung bestehende Unsicherheiten zum Tragen kommen würden. Wie gesehen, dürfte diese Voraussetzung aber zumindest regelmäßig erfüllt sein.
- ▶ Zweitens sollte die Prüfung des Vorliegens einer Konzentrationszone bzw. eines Gebietes nach § 7 Abs. 3 ROG nicht dadurch erschwert sein, dass inzident die Rechtmäßigkeit der Flächendarstellung bzw. Gebietsausweisung festzustellen ist, die bei Konzentrationszonenplänen vielfach in Frage steht<sup>72</sup>. Die regelmäßige Notwendigkeit einer solchen Prüfung stünde dem Ziel der Rechtssicherheit entgegen<sup>73</sup>. Hier wird jedoch ein Grundproblem der gewählten Regelungstechnik einer Anknüpfung an eine bestimmte planungsrechtliche Situation ersichtlich<sup>74</sup>: Stellt man zur Entlastung der

<sup>68</sup> BT-Drs. 18/11948, S. 21; Appold, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 97.

<sup>69</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11948, S. 20 f.

<sup>70</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11499, S. 1, 56; BT-Drs. 18/11948, S. 20; A-gatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2019, S. 30.

<sup>71</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, juris Rn. 24.

<sup>72</sup> Siehe nur Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, ZfBR 2016, S. 548 ff. sowie ZfBR 2019, S. 230 ff.

<sup>73</sup> Hier würden sich zudem im Detail zahlreiche Fragen stellen, u. a., ob eine rein formell begründete Rechtswidrigkeit erheblich ist, ob die Rechtswidrigkeit dann unbeachtlich ist, wenn Fehlerfolgenvorschriften jedenfalls die Fehlerfolge der Nichtigkeit ausschließen oder ob nach einzelnen materiellen Fehlern zu differenzieren ist.

<sup>74</sup> Diese Regelungstechnik ist auch in anderen Zusammenhängen erwogen worden und führte hier zu ähnlichen Problemen, vgl. zu Überlegungen einer

Rechtsanwendung allein darauf ab, ob eine Konzentrationszone bzw. ein Gebiet nach § 7 Abs. 3 ROG rechtswirksam ausgewiesen ist, mithin der zugrunde liegende Plan nicht durch den Planungsträger selbst oder gerichtlich aufgehoben wurde, so werden Windkraftanlagen auch über rechtswidrige, aber rechtswirksame Ausweisungen miteinander zu einer Windfarm verklammert. Dies ist jedoch im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen. Eine Ausnahme könnte allenfalls im Interesse des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Verwaltung für Konzentrationsplanungen erwogen werden, die offensichtlich rechtswidrig sind, auch wenn sie noch nicht bereits aufgehoben wurden. Allerdings würde man auch damit erneute Auslegungsunsicherheiten schaffen<sup>75</sup>. Pläne, die bereits aufgehoben wurden, sollten dagegen nicht mehr herangezogen werden, um einen funktionalen Zusammenhang zu begründen. Die vom Gesetzgeber vorgesehene Fiktionswirkung des Regelbeispiels kann von ihnen nicht ausgehen. Dass die Pläne ggf. nicht wegen Fehler bei der räumlichen Abgrenzung der Konzentrationszone, sondern etwa allein aufgrund formeller Mängel aufgehoben wurden, sollte insoweit unerheblich sein<sup>76</sup>.

- ▶ Drittens scheint es dagegen in zeitlicher Hinsicht möglich, nicht allein auf bereits rechtswirksame Pläne abzustellen, sondern auch Planentwürfe ausreichen zu lassen, soweit sie bereits einen ausreichenden Rechtsboden für die gesetzliche Fiktion darstellen. Hiervon könnte man parallel zu den Anwendungsvoraussetzungen für die Untersagung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 ROG dann ausgehen, wenn jedenfalls ein von dem zuständigen

Organ beschlossener Zielentwurf vorliegt<sup>77</sup>. Zwar kann sich dieser in der Folge von Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligungen noch ändern. Für die Anknüpfung der gesetzlichen Fiktionswirkung des Regelbeispiels scheint dies jedoch hinnehmbar, ohne dass damit dessen rechtssichere Anwendbarkeit zu weitgehend beschränkt würde. In Zukunft könnte insoweit auch an die im Raumordnungsgesetz geplante Definition von „in Aufstellung befindlichen Zielen der Raumordnung“ angeknüpft werden. In beiden Fällen wäre letztlich entscheidend, dass die Kriterien zur Bestimmung ausreichend weit fortgeschrittener Planentwürfe hinreichend rechtssicher bestimmbar sind.

Nach der bisherigen Rechtsprechung zur Bestimmung des Regelbeispiels ist es zudem nicht nur unerheblich, ob eine der im Zulassungsverfahren betrachteten Bestandsanlagen bereits zu einem Zeitpunkt errichtet wurde, in dem eine entsprechende Planausweisung noch nicht vorlag, diese der Errichtung vielmehr zeitlich nachfolgte. Vielmehr soll es der Annahme des Regelbeispiels auch nicht entgegenstehen, wenn die für die Verklammerungswirkung maßgebliche Konzentrationszone erst nach der verfahrenslenkenden behördlichen Entscheidung über das Bestehen einer UVP-Pflicht rechtswirksam geworden ist<sup>78</sup>. Dies entspricht zwar dem – für die Drittanfechtungssituation im Immissionsschutzrecht streitigen<sup>79</sup> – Grundsatz, wonach eine veränderte Sach- und Rechtslage noch bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung zu berücksichtigen ist. Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies auch für Änderungen gelten kann, die allein den Anknüpfungspunkt einer

---

planungsrechtlich begründeten Präqualifikation als Bedingung für die Teilnahme an Ausschreibungsverfahren nach dem EEG *Wegner*, Planungsrechtliche Präqualifikationen auch für die Ausschreibung der Förderung von Windenergie?, *EnWZ* 2015, S. 301 (305 ff.).

<sup>75</sup> Auch dies ist allerdings nicht frei von Zweifeln, da auch die offensichtliche Rechtswidrigkeit den Plänen nur selten „auf die Stirn geschrieben steht“. Im Zweifelsfall dürften Antragsteller in solchen Fällen ohnehin zur freiwilligen UVP tendieren.

<sup>76</sup> Nach hier vertretener Ansicht sollten diese Fälle jedoch auch jenseits des Regelbeispiels nicht für die Begründung eines funktionalen Zusammenhangs herangezogen werden. Hierzu sogleich unter III. 2. a) aa).

<sup>77</sup> Vgl. *Goppel*, in: *Spannowsky/Runkel/Goppel*, ROG, 2. Aufl. 2018, § 12 Rn. 21. Auf Flächennutzungsplanebene bedarf es dagegen eines Aufstellungsbeschlusses, der hier Voraussetzung für die Zurückstellung von Baugesuchen nach § 15 Abs. 3 BauGB ist.

<sup>78</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 – 7 C 7/18, juris Rn. 25; im Anschluss hieran auch OVG Münster, Urt. v. 5.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 83 f.

<sup>79</sup> Siehe allgemein zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Bestimmung der Sach- und Rechtslage im Immissionsschutzrecht *Riese*, in: *Schoch/Schneider*, *VwGO*, 39. EL 2020, § 113 Rn. 254. Für eine Berücksichtigung späterer Änderungen allein soweit diese vorteilhaft für den Antragsteller sind OVG Münster, Beschl. v. 20.11.2020 – 8 A 4256/19.

gesetzlichen Fiktionswirkung betreffen. Soweit sich nach der ursprünglichen behördlichen Entscheidung nur deren Grundlage durch Inkrafttreten einer Konzentrationszonenplanung eingestellt hat, nicht aber neue Umstände aufgetreten bzw. erkannt wurden, die auf das Vorliegen eines tatsächlichen funktionalen Zusammenhangs schließen lassen, so spricht einiges dafür, dass dies die ursprüngliche Abgrenzung der Windfarm unberührt lässt.

Über das auf diese Weise eher eng verstandene Regelbeispiel des § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG lassen sich diejenigen Fälle rechtssicher identifizieren, in denen unter der Voraussetzung gleichzeitig sich überschneidender Einwirkungsbereiche in jedem Fall eine Windfarm vorliegt. Wegen der Offenheit von § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG zur Begründung des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise ist damit allerdings die Weite der Verklammerungswirkung des funktionalen Zusammenhangs noch nicht abschließend bestimmt.

### 2. Funktionaler Zusammenhang auf sonstige Weise

Jenseits der Fälle des Regelbeispiels kann ein funktionaler Zusammenhang gemäß § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG auch auf sonstige Weise begründet werden. Zu klären ist, welche Fälle hierunter zu fassen sind. Dabei ist zum einen zu prüfen, ob diejenigen Fälle, die im Interesse eines rechtssicheren und praktikablen Verständnisses des Regelbeispiels nicht unter dieses selbst gefasst wurden, nunmehr über den funktionalen Zusammenhang auf sonstige Weise doch noch eine Verklammerungswirkung begründen. Zum anderen ist zu klären, inwieweit die allein in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende Vorstellung, dass zur Bestimmung „auf ähnliche Kriterien abgestellt [werden könne], wie sie nach § 10 Absatz 4 für die Kumulation von Vorhaben gelten“<sup>80</sup> sich tatsächlich umsetzen lässt (zu beiden Aspekten unter a)). Im Anschluss ist noch einmal die Europarechtskonformität des gewählten Verständnisses zu überprüfen (dazu unter b)).

#### a) Bestimmung des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise

##### aa) Keine Einbeziehung der Grenzfälle des Regelbeispiels

Die zuvor aufgeführten, letztlich aber von der Anwendung des Regelbeispiels ausgeklammerten Grenzfälle können den funktionalen Zusammenhang auch nicht auf sonstige Weise begründen. Ein funktionaler Zusammenhang auf sonstige Weise könnte zwar zunächst im Einzelfall angenommen werden, wenn eine Konzentrationszonenplanung oder eine Gebietsausweisung nach § 7 Abs. 3 ROG wegen Rechtswidrigkeit gerichtlich aufgehoben wurde oder aber – umgekehrt – zwar noch rechtswirksam ist, ihre Rechtswidrigkeit jedoch offensichtlich ist. Der Einbeziehung solcher Fälle, die aus Gründen der Rechtssicherheit nach hier vertretener Auffassung nicht unter das Regelbeispiel selbst zu fassen sind, liegt der Gedanke zugrunde, dass die Rechtswidrigkeit solcher Ausweisungen eine Vielzahl an Gründen haben kann, die mit der Eignung der Gebietsausweisung als Grundlage für eine Verklammerungswirkung in keinem Zusammenhang stehen muss. Dies allerdings wirft die vorgelagerte Frage auf, welcher Umstand der Gebietsausweisungen Grundlage ihrer Verklammerungswirkung ist.

Die Gesetzesmaterialien geben hierzu keine explizite Auskunft. Klärungsbedürftig ist, ob für die potentiellen Gründe einer Verklammerung allein Erwägungen der Rechtssicherheit bestimmend gewesen sind oder sich auch eine inhaltliche Begründung für die Annahme eines funktionalen Zusammenhangs bei Belegenheit im gleichen Gebiet angeben lässt, auf deren Grundlage dann auch auf Grenzfälle geschlossen werden kann, die den funktionalen Zusammenhang und damit auch die Verklammerungswirkung gleichwohl begründen sollen.

Eine solche inhaltliche Begründung ist jedoch nicht ersichtlich – insbesondere nicht als einheitliche Begründung für alle durch das Regelbeispiel erfassten Fälle. So ließe sich noch für rechtswirksame und rechtmäßig ausgewiesene Konzentrationszonen erwägen, ob nicht bei ihrem Vorliegen davon

<sup>80</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 75.

ausgegangen werden könnte, dass außerhalb ihrer Grenzen liegende Windkraftanlagen jedenfalls nur noch für einen mittelfristigen Zeitraum dort betrieben werden können und der Standort aufgrund der dort bestehenden Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im Regelfall nicht repoweringfähig ist, so dass auf deren Einbeziehung bei der Entscheidung über das Vorliegen oder den Zuschnitt einer Windfarm pauschalierend verzichtet werden könnte<sup>81</sup>. Eine solche, angesichts der erheblichen Betriebsdauer von Windkraftanlagen und den mit ihnen verbundenen Umweltauswirkungen schon für sich genommen fragliche Begründung lässt sich jedoch – jedenfalls nach dem gegenwärtig noch gültigen Recht<sup>82</sup> – schon nicht auf die ebenfalls vom Regelbeispiel erfassten Vorrang- und Vorbehaltsgebiete nach § 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 ROG übertragen, da ihnen eine Ausschlusswirkung fehlt, auf die sich bei dieser Argumentation die Zäsurwirkung der Grenzen von Konzentrationsplanungen aber gerade stützen würde. Zudem ließe sich die Überlegung auch nicht auf offensichtlich rechtswidrige oder gar bereits gerichtlich aufgehobene Konzentrationszonenplanungen übertragen, da hier jedenfalls die Ausschlusswirkung der Gebietsausweisungen in gerichtlichen Verfahren zumindest inzidenter unberücksichtigt bleiben wird oder gar bereits entfallen ist<sup>83</sup>.

Angesichts der deutschlandweiten Häufigkeit von Anlagen außerhalb der genannten Gebiete<sup>84</sup> kann auch die gleichwohl vorhandene faktische Steuerungswirkung, die solche Ausweisungen aufgrund ihrer planerischen Vorleistung ohne rechtliche Ausschlusswirkung fraglos besitzen<sup>85</sup>, nicht zum Anknüpfungspunkt einer pauschalierenden Betrachtung gemacht werden und ein Außerachtlassen von Anlagen außerhalb dieser Gebiete inhaltlich rechtfertigen. Schließlich folgt auch aus der Art und

Weise, wie die erfassten Gebietsausweisungen planerisch vorgenommen werden, in keiner Weise, dass sich die Einwirkungsgebiete der in ihnen platzierten Anlagen mit denen außerhalb der Gebiete liegenden Anlagen nicht überschneiden und insoweit nicht zu kumulativen Wirkungen führen könnten.

Dies zeigt, dass für den Gesetzgeber bei der Wahl der genannten Gebiete als Anknüpfungspunkt für eine Verklammerungswirkung eine sachliche Begründung nicht im Vordergrund stand. Insoweit ist es nur konsequent, dass die Gesetzgebungsmaterialien hier allein eine Fiktion eines funktionalen Zusammenhangs erblicken<sup>86</sup>. Das Regelbeispiel erfasst in diesem Sinne gerade nicht nur Fälle, in denen ein funktionaler Zusammenhang tatsächlich vorliegt und deshalb eine Umgehung der UVP-Pflicht vorläge, verklammerte man die betrachteten Anlagen nicht. Vielmehr fasst das Regelbeispiel Vorhaben allein aufgrund ihrer planerisch begründeten (relativen) Nähebeziehung zusammen, um insoweit die Ermittlung eines tatsächlichen funktionalen Zusammenhangs zu erübrigen und damit eine rechtssichere und praktikable Rechtsanwendung zu ermöglichen.

Folgt man aber der Überlegung, dass der Konzeption des Regelbeispiels allein Überlegungen der Praktikabilität und Rechtssicherheit zugrunde liegen und nur bei Vorliegen des Regelbeispiels die Ermittlung eines tatsächlichen funktionalen Zusammenhangs erübrigt werden sollte, so spricht dies nicht nur dafür, das Regelbeispiel selbst in der oben dargestellten Weise restriktiv zu verstehen. Vielmehr muss dann auch verhindert werden, dass die so erreichte Rechtssicherheit und Praktikabilität dadurch wieder verloren geht, dass die dort ausgeschlossenen Fälle nunmehr zur Begründung des funktionalen

<sup>81</sup> Diese Argumentation ließe sich auch auf die künftige Steuerung von Windenergievorhaben entsprechend der Neuregelungen des Wind-an-Land-Gesetzes (WaLG) im Grundsatz übertragen, da auch hier eine konzentrierende Wirkung erreicht wird und außerhalb der sog. Windenergiegebiete die Privilegierung der Windenergie bei Erreichen der entsprechenden Flächenbeitragswerte gem. § 249 Abs. 2 BauGB in der Fassung des WaLG außer Kraft tritt. Zu beachten ist aber, dass nach § 245e Abs. 3 BauGB in der Fassung des WaLG noch bis zum Jahr 2030 auch außerhalb der Flächenkulisse Repoweringprozesse planungsrechtlich zugelassen werden sollen.

<sup>82</sup> Für die Zukunft ließe sich die Argumentation aufgrund der Änderungen durch das Wind-an-Land-Gesetz durchaus jedenfalls auf Vorranggebiete übertragen.

<sup>83</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2019, 494 f. und dort auch die Anmerkung von *Kerkmann*.

<sup>84</sup> Siehe UBA, Analyse der Kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, *Climate Change* 38/2019, S. 68 ff.

<sup>85</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, juris Rn. 31.

<sup>86</sup> BT-Drs. 18/11948, S. 21.

Zusammenhangs auf sonstige Weise herangezogen werden. Insoweit sollten Fälle, in denen Konzentrationszonenausweisungen bzw. die Ausweisung von Vorrang- und Vorbehaltsgebieten nach § 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 ROG im Zeitpunkt der Entscheidung über die Durchführung einer UVP bereits gerichtlich aufgehoben wurden oder aber solche, in denen die Ausweisungen offensichtlich rechtswidrig sind, nicht zur Begründung eines funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise herangezogen werden.

Mit der bezweckten Wirkung des Regelbeispiels dürfte es hingegen vereinbar sein, einen funktionalen Zusammenhang auf sonstige Weise sowohl mit solchen Bestandsanlagen anzunehmen, die sich isoliert in der Nähe von erfassten Gebietsausweisungen befinden als auch wenn eine Verklammerung von Anlagen allein deshalb angenommen wird, weil sich diese in zwei oder mehr räumlich benachbarten Gebieten im Sinne von § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG befinden. Der VGH München hat dies in einer Entscheidung mit der Erwägung getan, dass die im konkreten Fall streitgegenständlichen sowie eine weitere Anlage in drei benachbarten Gebieten zweier unterschiedlicher Regionalplangebiete lägen, diese Gebiete jedoch einen „zusammenhängenden Raum“ bildeten<sup>87</sup>. Die Trennung der Gebiete dürfte zudem „im Wesentlichen durch die Lage in den Gebieten von zwei unterschiedlichen Regionalen Planungsverbänden bedingt sein“. Insoweit liegt der Entscheidung die Annahme zugrunde, dass die Gebiete auch als einheitliches Gebiet für die Windkraftnutzung hätten ausgewiesen werden können, wenn nicht die Zufälligkeit administrativer Gebietsgrenzen dies verhindert hätte. Zudem ging der VGH davon aus, dass zwischen den Anlagen ein funktionaler Zusammenhang bestehe, weil Umstände vorlägen, aus denen sich ein die Vorhaben koordinierendes und dem Betreiber zurechenbares Verhalten hinreichend verlässlich ableiten lasse, was wiederum für die Annahme eines funktionalen Zusammenhangs ausreiche.

### bb) Anwendbarkeit der Kriterien entsprechend § 10 Abs. 4 UVPG

Schon die vorstehend angeführte Entscheidung des VGH München zeigt, dass sich ein funktionaler Zusammenhang auf sonstige Weise jedenfalls im Einzelfall auch dann begründen lässt, wenn Anlagen nicht bereits über das Vorliegen des Regelbeispiels nach § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG und dessen Fiktionswirkung verklammert werden. Erste Rechtsprechung hat, entsprechend der Gesetzesmaterialien, zur Begründung des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise auf ähnliche Kriterien abgestellt wie sie bei § 10 Abs. 4 UVPG zur Bestimmung des funktionalen und wirtschaftlichen Zusammenhangs zur Anwendung kommen<sup>88</sup>. Die hierzu geltenden Grundsätze, die in der Rechtsprechung zu § 3b UVPG a. F. entwickelt wurden, dürften sich trotz der Unterschiede im Wortlaut zwischen § 2 Abs. 5 UVPG („funktionaler Zusammenhang“) und § 10 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 UVPG („funktional und wirtschaftlich aufeinander bezogen“) grundsätzlich auf die Frage des funktionalen Zusammenhangs nach § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG anwenden lassen<sup>89</sup>.

Erforderlich zur Begründung des funktionalen Zusammenhangs ist danach ein gemeinsamer betrieblicher oder wirtschaftlicher Zweck, der etwa in einem Ineinandergreifen von Betriebsabläufen bei den Vorhabenträgern oder deren planvolles und koordiniertes Vorgehen auf andere Weise zum Ausdruck kommt<sup>90</sup>. Als Kriterien wurden hier in der Vergangenheit im Rahmen von § 3b Abs. 2 S. 2 UVPG a. F. insbesondere gemeinsame technische oder bauliche Anlagen herangezogen, gemeinsame Grundstücke oder ein gemeinsamer Maschinen- und Gerätepark. Die Kriterien sollen eine willkürliche Aufspaltung von Vorhaben im Sinne der Rechtsprechung des EuGH verhindern. Insoweit handelt es sich um Kriterien, deren Vorliegen eine solche Aufspaltung indizieren (und nicht fingieren) und Anlass bieten, die fraglichen Vorhaben für die Zwecke der Windfarmabgrenzung

<sup>87</sup> VGH München, Urt. v. 10.07.2019 – 22 B – 17.124, juris Rn. 46; vgl. so nun auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 02.08.2022 – 12 MS 88/22, juris Rn. 36; in diese Richtung auch *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24.

<sup>88</sup> OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 73; VG Arnberg, Urt. v. 16.11.2021 – 4 K 576/20, juris Rn. 41 ff.

<sup>89</sup> So auch VGH München, Urt. v. 10.07.2019 – 22 B 17.124, juris Rn. 46.

<sup>90</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 83; OVG Münster, Urt. v. 5.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 75.

gleichwohl zusammenzufassen. Es geht um die Verhinderung von Willkür und Rechtsmissbrauch, nicht um ein weiteres Indiz für die Möglichkeit kumulativer erheblicher Umwelteinwirkungen, deren Vorliegen durch das Erfordernis des gemeinsamen Einwirkungsbereichs erfasst wird. Dieser reicht gerade nicht zur Erfüllung des zusätzlichen Erfordernisses des funktionalen und wirtschaftlichen Zusammenhangs aus<sup>91</sup>. Der notwendige enge Zusammenhang im Sinne des § 10 Abs. 4 UVPG soll dagegen nicht vorliegen, wenn die Vorhaben „beziehungslos und gleichsam zufällig nebeneinander verwirklicht werden“<sup>92</sup>. Auch dies ist auf § 2 Abs. 5 UVPG übertragbar.

Geht man von dem vorstehend erläuterten Normzweck aus, der auch § 2 Abs. 5 UVPG auf die Verhinderung von Missbrauch und Willkür ausrichtet, so ist klar, dass ein funktionaler Zusammenhang nicht schon dadurch begründet wird, dass im Rahmen der Zulassung der neuen Windkraftanlage(n) die Umweltauswirkungen von Bestandsanlagen fachrechtlich als Vorbelastung zu berücksichtigen sind<sup>93</sup>. Hier wird allein in anderer Weise auf den Gesichtspunkt kumulativer Umwelteinwirkungen abgestellt, was aber nur unter dem Merkmal der sich überschneidenden Einwirkungsbereiche zu verorten ist<sup>94</sup>. Auf einen gemeinsamen betrieblichen oder wirtschaftlichen Zweck der Anlagen lässt sich insoweit nicht schließen.

Dagegen kommt das Kriterium der Betreiberereinheit durchaus zur Begründung des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise in Betracht und stellt ein gewichtiges Indiz hierfür dar. Entgegen dem OVG Münster ist die Formulierung in § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG, wonach die Einbeziehung einer Windkraftanlage zu einer Windfarm unabhängig davon sei, ob „sie von

einem oder mehreren Vorhabenträgern errichtet und betrieben werden“ nicht in dem Sinne zu verstehen, dass dieser Belang für die Windfarmabgrenzung überhaupt nicht von Bedeutung ist<sup>95</sup>. Die Formulierung schließt vielmehr allein aus, dass schon aufgrund des Auseinanderfallens der Betreiber ein funktionaler Zusammenhang ausgeschlossen wird. Es dürfte sich insoweit allein um eine etwas missverständliche Gesetzesformulierung handeln, die allerdings kaum bezwecken dürfte, insoweit inhaltlich einen Unterschied zu § 10 Abs. 4 UVPG zu begründen, wo klarer zum Ausdruck kommt, dass die Betreiberidentität lediglich keine Anforderung zur Begründung des engen Zusammenhangs ist<sup>96</sup>.

Jenseits der Betreiberidentität sind auch die Kriterien der gemeinsamen betrieblichen Einrichtung und des betriebswirtschaftlichen Zusammenhangs für Windkraftanlagen generell einschlägig. Fraglich ist hier allerdings, unter welchen Umständen bei Windkraftanlagen vom Vorliegen dieser Kriterien auszugehen ist. In Erwägung gezogen werden in der Rechtsprechung etwa die Nutzung gemeinsamer Leitungstrassen oder auch Umspannwerke.<sup>97</sup> Diese wird man jedoch jedenfalls dann nicht heranziehen können, wenn sie Teil des allgemeinen Stromnetzes sind und insoweit von einer Vielzahl an Anlagen in einer bestimmten Gegend genutzt werden. Diese Gemeinsamkeit ist kaum geeignet ein planvolles Zusammenwirken der Betreiber der Windkraftanlagen im oben genannten Sinne zu belegen. Zudem würde das so verstandene Kriterium auch kaum noch eine gegenüber der Anforderung des gemeinsamen Einwirkungsbereichs begrenzende Wirkung besitzen<sup>98</sup>. Anders mag dies dann sein, wenn die Anlagen an ein

<sup>91</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 20.09.2018 – 8 A 11958/17, juris Rn. 78; BVerwG, Urt. v. 17.12.2015 – 4 C 4/14, juris Rn. 18.

<sup>92</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 83; vgl. hierzu aus der früheren Rechtsprechung BVerwG, Urt. v. 17.12.2015 – 4 C 7/14, juris Rn. 18; BVerwG, Urt. v. 18.06.2015 – 4 C 4/14, juris Rn. 25.

<sup>93</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 19.09.2019 – 28 K 3594/17, juris Rn. 87; VG Arnberg, Urt. v. 16. November 2021 – 4 K 576/20, Rn. 47.

<sup>94</sup> OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 85.

<sup>95</sup> So aber OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 894/17, Rn. 85; in diesem Sinne wohl auch Hamacher, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 1. Aufl. 2018, § 2 Rn. 56.

<sup>96</sup> Vgl. die Formulierung von § 10 Abs. 4 S. 1 UVPG sowie hierzu *Tepperwien*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 1. Aufl. 2018, § 10 Rn. 4. Dafür, dass die abweichende Formulierung in § 2 Abs. 5 UVPG keine inhaltliche Abweichung markieren soll, spricht auch, dass in den Gesetzesmaterialien diese Formulierung der Windfarmdefinition in direkten Zusammenhang mit den Kriterien nach § 10 Abs. 4 UVPG gestellt wird, was deren Parallelität betont, vgl. BT-Drs. 18/11499, S. 75.

<sup>97</sup> OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 86; zur Nutzung gemeinsamer Einspeisungskabel siehe bereits OVG Koblenz, Urt. v. 20.09.2018 – 8 A 11958/17, juris Rn. 83.

<sup>98</sup> Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 30 f.

gemeinsames sog. Einspeisenetz<sup>99</sup> angeschlossen sind, das den Strom der Anlagen zum nächsten Netzverknüpfungspunkt des allgemeinen Stromnetzes transportiert.

Als gemeinsame betriebliche Einrichtung könnte man zudem Systeme ansehen, die eine sog. „bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung“ von Windkraftanlagen gewährleisten sollen, wie sie nach § 9 Abs. 8 EEG 2023 verpflichtend sind. Zu beachten ist aber, dass – je nach verwendeter Technologie<sup>100</sup> – mitunter mittels einer einzelnen Einrichtung die Bedarfsgerechtigkeit der Beleuchtung von einer Vielzahl an Anlagen in einem Gebiet von erheblicher Ausdehnung erreicht wird. Würde man deren gemeinsame Verwendung aber bereits für die Begründung eines funktionalen Zusammenhangs ausreichen lassen, würde das Kriterium des funktionalen Zusammenhangs entgegen seiner systematischen Stellung eine beschränkende Wirkung hier kaum oder gar nicht entfalten. Dies steht zwar der Annahme eines funktionalen Zusammenhangs auf dieser Grundlage nicht generell entgegen, dürfte jedoch eine stärker differenzierende Betrachtung im Einzelfall gebieten.

Jenseits der vorgenannten Kriterien ist es zudem aufgrund der offenen Formulierung von § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG möglich, den funktionalen Zusammenhang über die Fälle des Regelbeispiels als Voraussetzung für die Zusammenfassung von Windkraftanlagen zu einer Windfarm hinaus auf andere Weise zu begründen. Insoweit bleibt die weitere Entwicklung insbesondere in der Rechtsprechung abzuwarten. Hierbei wird jedoch zu beachten sein, dass ein weites Verständnis dazu geeignet ist, das gesetzgeberische Ziel einer Beschränkung der Zusammenfassung von Windkraftanlagen zu unterlaufen. Insoweit wird die Rechtsprechung einen Ausgleich zwischen dem bundesgesetzgeberischen Ziel und der europarechtlichen Vorgabe zur Verhinderung einer willkürlichen Aufspaltung von Vorhaben finden müssen.

### b) Europarechtskonformität des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise

Die vorstehende restriktive Bestimmung des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise führt auch nicht dazu, dass die Anforderung des funktionalen Zusammenhangs als additives Kriterium neben dem gemeinsamen Einwirkungsbereich doch noch europarechtswidrig wird. Wie dargelegt<sup>101</sup> steht dieses Kriterium dem Grunde nach mit den europarechtlichen Vorgaben für die Umweltverträglichkeitsprüfung im Einklang, weil auch dieses einen Projektbezug aufweist<sup>102</sup>, der durch das additive Kriterium des funktionalen Zusammenhangs gestärkt wird, ohne dadurch eine willkürliche Aufspaltung von Vorhaben zu ermöglichen und kumulative Auswirkungen zu weitgehend zu vernachlässigen. Dies wird auch durch das dargelegte Verständnis des funktionalen Zusammenhangs nicht wieder in Frage gestellt.

Rechtstechnisch werden die europarechtlichen Anforderungen vielmehr auch danach in zwei Schritten eingehalten: Über das Regelbeispiel der gemeinsamen Belegenheit von Windkraftanlagen in Konzentrationszonen bzw. Gebieten nach § 7 Abs. 3 ROG gemäß § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG wird bereits in einem ersten Schritt eine Verklammerung von Anlagen vorgesehen, die in einem raumplanerisch begründeten räumlichen Zusammenhang zueinander. Auch wenn man das Regelbeispiel und seine Fiktionswirkung aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit eng versteht und mögliche Grenzfälle aus diesen Gründen auch nicht über den funktionalen Zusammenhang auf sonstige Weise einbeziehen sollte, so wird doch über dessen Ausfüllung mithilfe verschiedener Kriterien sichergestellt, dass Windkraftanlagen, deren Errichtung und Betrieb in einem betrieblichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht durch Aufspaltung aus dem Anwendungsbereich des UVPG herausfallen. Nicht zuletzt ist dies auch dadurch möglich, dass der kumulative Zusammenhang auf sonstige Weise nicht abschließend definiert ist und damit den Gerichten die Möglichkeit belässt, auf sonstige Umstände

<sup>99</sup> Zum Begriff des Einspeisenetzes vgl. die Überlegungen bei BWE, Bewertung von Einspeisenetzen, Kurzstudie, 2011, abrufbar unter: <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/studie/1903>.

<sup>101</sup> Hierzu bereits unter E. II.

<sup>102</sup> OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 78.

abzustellen, die ein planvolles und koordiniertes Vorgehen der Betreiber fraglicher Vorhaben zum Ausdruck bringen.

#### IV. Zwischenfazit

Damit das gesetzgeberische Ziel erreicht wird, die Abgrenzung von Windfarmen als Grundlage für die Bestimmung ihrer UVP-Pflicht sowie die UVP von Windfarmen selbst praktikabler und rechtssicherer als bislang auszugestalten, ist insbesondere das Regelbeispiel des § 2 Abs. 5 UVPG eher eng zu verstehen. Nur auf diese Weise fungiert das Merkmal des funktionalen Zusammenhangs gegenüber dem weiten Kriterium sich überschneidender Einwirkungsbereiche signifikant beschränkend.

Bei den Anwendungsfällen des Regelbeispiels handelt es sich um Fälle, in denen ein funktionaler Zusammenhang zwischen den Windkraftanlagen fingiert wird. In ihrer Reichweite geht die Regelung über die Anforderung des Europarechts hinaus. Sie erfasst damit durchaus Anlagen, die unter dem Gesichtspunkt eines funktionalen Zusammenhangs eher zufällig nebeneinander liegen und deren Zusammenfassung nicht deshalb erforderlich ist, weil ansonsten eine Umgehung der Anforderungen des UVP-Rechts drohte. Da aber auch bei ihnen sich überschneidende Einwirkungsbereiche gleichartiger Vorhaben gegeben sein müssen, ist ihre Zusammenfassung unter dem Gesichtspunkt der Umweltrelevanz fraglos gerechtfertigt.

Jenseits der Fälle des eher eng zu verstehenden Regelbeispiels ist der funktionale Zusammenhang zwischen Windkraftanlagen anhand von ähnlichen Kriterien wie bei § 10 Abs. 4 UVPG zu bestimmen. Dabei ist im Einzelfall zu prüfen, ob das jeweilige Kriterium angesichts der technischen und betriebswirtschaftlichen Besonderheiten bei Windkraftanlagen in hinreichender Weise einen funktionalen Zusammenhang zwischen den Anlagen indiziert, der ihre Zusammenfassung als Windfarm rechtfertigt. Die Unbestimmtheit des funktionalen Zusammenhangs bietet die notwendige Flexibilität für Rechtsprechung, behördliche

Praxis und Wissenschaft, um auch Einzelfällen gerecht zu werden und in effektiver Weise eine Umgehung der UVP-Pflicht zu verhindern. Zugleich birgt die offene Formulierung allerdings die Gefahr, dass bei sehr weitem Verständnis des funktionalen Zusammenhangs auf sonstige Weise die begrenzende Funktion der Anforderung ausgehebelt wird. In der Rechtsprechung sind bereits erste Tendenzen in diese Richtung erkennbar. Zudem führt die offene Fassung bis zu ihrer Klärung in der Rechtsprechung – die auch fünf Jahre nach der Reform andauert – zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Es bleibt letztlich noch unklar, in welchen Fällen von einem funktionalen Zusammenhang, deshalb von einer Verklammerungswirkung und dadurch von einem Bestehen einer UVP-Pflicht oder UVP-Vorprüfungspflicht auszugehen ist.

Ob es aufgrund dieser zunächst verbleibenden Unsicherheit gerechtfertigt ist, vorsorglich die Abgrenzung der Windfarmen allein über das Merkmal sich überschneidender Einwirkungsbereiche und damit deutlich größer vorzunehmen als es nunmehr im Gesetz vorgesehen ist<sup>103</sup>, ist eine Frage der individuellen Risikoabschätzung, die sich mit voranschreitender Judikatur dynamisch verändern wird. Das Vorgehen ist zumindest im Zusammenwirken von Antragstellern und Behörden möglich, führt jedoch zu einer Durchführung von UVP-Prüfungen und -Vorprüfungen, die gesetzlich nicht gefordert sind und macht damit Verfahren aufwändiger und zeitintensiver als nötig.

<sup>103</sup> Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 31; vgl. dazu auch OVG Münster, Urt. v. 18.05.2017 - 8 A 870/15, juris Rn. 41.

## F. Feststellung der UVP-Pflicht bei Änderungsvorhaben

Kommt die Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Windfarm allein aus den neu zu errichtenden Windkraftanlagen besteht, so handelt es sich im Sinne von § 2 Abs. 4 Nr. 1 a) UVPG um ein Neuvorhaben nach §§ 6, 7 UVPG. Setzt sich die Windfarm dagegen sowohl aus neu beantragten Anlagen als auch aus Bestandsanlagen zusammen, handelt es sich um ein Änderungsvorhaben im Sinne einer Erweiterung nach § 2 Abs. 4 Nr. 2a) UVPG. Letztere sind aufgrund des erreichten Stands des Windkraftausbaus inzwischen praktisch von erheblicher Relevanz<sup>104</sup>. Die UVP-Pflicht richtet sich hier abschließend nach § 9 UVPG<sup>105</sup>. Diesen hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 ebenfalls völlig neu gestaltet, um Widersprüche zu beseitigen, Lücken zu schließen und nunmehr sämtliche hier relevante Fallkonstellationen ausdrücklich zu erfassen<sup>106</sup>.

### I. Neuerungen im Änderungsregime

Mit der Neufassung der Vorschriften zur UVP-Pflicht bei Änderungsvorhaben in § 9 UVPG bedient der Gesetzgeber praktische Bedürfnisse<sup>107</sup>. Die Norm bündelt zum einen die bislang in den §§ 3e, 3b Abs. 3 und 3c S. 5 UVPG a. F. verstreuten Regelungen und Grundsätze zu Änderungs- und Erweiterungsvorhaben<sup>108</sup>. Zum anderen klärt sie die Frage, wie Bestandsvorhaben im Rahmen der UVP einzuordnen sind. Klare Konturen sollen zudem die Anwendung der Vorschrift weniger fehleranfällig machen und vereinfachen und dadurch den

zeitlichen Aufwand für die Prüfung der UVP-Pflicht reduzieren<sup>109</sup>.

§ 9 UVPG unterscheidet insgesamt drei Vorhabenbegriffe:

- ▶ „Vorhaben“ meint das Bestands-/Basisvorhaben im Sinne von § 2 Abs. 4 Nr. 1 UVPG, d. h. die bestehenden Windkraftanlagen<sup>110</sup>;
- ▶ der Begriff der „Änderungsvorhaben“ stammt aus § 2 Abs. 4 Nr. 2 UVPG und bezieht sich auf die Änderung, d. h. hier Erweiterung, meint also allein die hinzutretenden Windkraftanlagen<sup>111</sup>;
- ▶ „geändertes Vorhaben“ meint sämtliche bestehenden sowie hinzutretende Windkraftanlagen<sup>112</sup> als Einheit. Dieser Begriff ergänzt insoweit die Definition in § 2 Abs. 4 UVPG.

Geregelt ist in § 9 UVPG allerdings allein die UVP-Pflicht des Änderungsvorhabens. Eine UVP-Pflicht des Bestandsvorhabens anlässlich seiner Erweiterung bzw. eine UVP-Pflicht des geänderten Vorhabens insgesamt kennt das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung hingegen nicht. Die Bestandsanlagen sind allein im Rahmen der fachrechtlichen Prüfungen als Vorbelastung zu berücksichtigen. Dies gilt auch für Anlagen im Sinne von § 9 Abs. 5 UVPG, die von der UVP-Pflicht von Änderungsvorhaben ausgenommen sind<sup>113</sup>. § 9 Abs. 5 UVPG entspricht dem bisherigen § 3b Abs. 3 S. 3 UVPG a.F. und gewährt solchen Anlagen Bestandsschutz, die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der UVP-Änderungs-Richtlinie 1997 am 14. März 1999 zum errichteten Bestand gehörten –

<sup>104</sup> Vgl. bereits Umweltbundesamt, Potenzial der Windenergie an Land – Studie zur Ermittlung des bundesweiten Flächen- und Leistungspotenzials der Windenergienutzung an Land, 2013, S. 6.

<sup>105</sup> Zur Unanwendbarkeit der Kumulationsregelungen siehe oben unter D.

<sup>106</sup> Agatz, Windenergie Handbuch, 18. Aufl. 2021, S. 29 f.

<sup>107</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 58.

<sup>108</sup> *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 1; etwas ausführlicher zu den Inhalten der Normen *Tepperwien*, in: Schink/Reidt/Mitschang, 2018, § 9 Rn. 1; vgl. auch OVG Münster Beschl. v. 23.10.2017 – 8 B 705/17,

juris Rn. 21, dort erwägt der Senat eine UVP-Pflicht nach allen hier genannten Normen.

<sup>109</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 71.

<sup>110</sup> *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 5 f.

<sup>111</sup> Vgl. *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 3, 8.

<sup>112</sup> Vgl. *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 9.

<sup>113</sup> *Tepperwien*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 1. Aufl. 2018, § 9 Rn. 10.

einschließlich solcher Anlagen, die zu diesem Zeitpunkt zwar noch nicht errichtet aber bereits genehmigt waren<sup>114</sup>.

## II. Fallkonstellationen des Änderungsregimes

Im Rahmen der Prüfung, ob das Änderungsvorhaben einer UVP-Pflicht unterliegt, unterscheidet § 9 UVPG in einem ersten Schritt zwischen Bestandsvorhaben, für die bereits eine UVP durchgeführt wurde (§ 9 Abs. 1 UVPG) und solchen, für die eine UVP bislang tatsächlich unterblieben ist (§ 9 Abs. 2 UVPG). Hierbei entfällt die noch nach § 3e Abs. 1 UVPG a. F. notwendige und aufwendige retrospektive Prüfung, ob das zu ändernde Bestandsvorhaben nach heutigem Recht bereits einer UVP-Pflicht unterlag oder nicht und deshalb die Durchführung einer solchen Prüfung normativ angezeigt war<sup>115</sup>.

Innerhalb der beiden Absätze unterteilt die Regelung die Änderungsvorhaben in solche, die der unbedingten UVP-Pflicht unterliegen (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 1, jeweils in Verbindung mit Anlage 1 Spalte 1) und solchen, bei denen die UVP-Pflicht von der Bewertung der Umweltauswirkungen im Rahmen einer Vorprüfung abhängt (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 sowie § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 jeweils in Verbindung mit Anlage 1 Spalte 2)<sup>116</sup>.

### 1. § 9 Abs. 1 UVPG

Wird ein Vorhaben, für welches eine UVP bereits durchgeführt wurde, erweitert, treten also neue Windkraftanlagen zu einer bereits bestehenden Windfarm hinzu, so ist § 9 Abs. 1 UVPG anzuwenden. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UVPG schreibt die unbedingte Durchführung einer UVP vor, wenn das Änderungsvorhaben (= zu errichtende Neuanlage) allein den in Anlage 1 Ziffer 1.6 festgelegten Größenwert, also zwanzig oder mehr

**Tabelle 1: Übersicht über die Differenzierungen des § 9 UVPG**

Rechtsnorm	Bestimmung der UVP-Pflicht anhand	Gegenstand UVP
<b>§ 9 Abs. 1 S. 1 Vorhaben, für die eine UVP bereits durchgeführt wurde</b>		Änderungsvorhaben
<b>Nr. 1</b>	des <b>Änderungsvorhabens</b> ; wenn „allein die Änderung“ den maßgeblichen Wert überschreitet	
<b>Nr. 2</b>	einer allgemeinen Vorprüfung des <b>Änderungsvorhabens</b>	
<b>§ 9 Abs. 2 S. 1 Vorhaben, für die noch keine UVP durchgeführt wurde</b>		Änderungsvorhaben
<b>Nr. 1</b>	des <b>geänderten Vorhabens</b> ; wenn dieses den maßgeblichen Wert erstmalig überschreitet	
<b>Nr. 2</b>	des <b>geänderten Vorhabens</b> ; wenn der Wert für die Vorprüfung erstmalig oder erneut überschritten wird und diese ergibt, dass die Änderung erhebliche Umweltauswirkungen hervorrufen kann	

Windkraftanlagen, erreicht oder überschreitet. Für Änderungsvorhaben, die den Größenwert in der Anlage 1 Ziffer 1.6 hingegen nicht erreichen (neunzehn Anlagen

<sup>114</sup> Maßgeblich ist insoweit die Änderungsrichtlinie, in der Windfarmen erstmals als Vorhaben im Anhang der Richtlinie genannt wurden, vgl. *Tepperwien*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 1. Aufl. 2018, § 9 Rn. 9.

<sup>115</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 58, 80.

<sup>116</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 58.

oder weniger), ist nach § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UVPG immer eine allgemeine UVP-Vorprüfung durchzuführen. Der Regelung liegt die Annahme zugrunde, dass auch kleine Änderungen oder Erweiterungen von Vorhaben, für die bereits eine UVP durchgeführt wurde, eine erhebliche Umweltauswirkung zur Folge haben können<sup>117</sup>. Ergibt die Vorprüfung, dass die Änderung zusätzliche erhebliche nachteilige oder andere erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen hervorrufen kann, so besteht für das Änderungsvorhaben eine UVP-Pflicht. Wie allgemein im Rahmen von § 9 UVPG wird auch hier im Rahmen der UVP allein das Änderungs- bzw. Erweiterungsvorhaben Gegenstand der UVP. Das Basisvorhaben ist demgegenüber lediglich als Vorbelastung einzuordnen und im Rahmen der fachrechtlichen Prüfung entsprechend zu berücksichtigen<sup>118</sup>.

Entgegen dem sonst geltenden Verständnis, dass das UVPG allein die Windfarm als UVP-pflichtiges Vorhaben kennt, nicht aber einzelne oder zwei einzelne Windkraftanlagen, begründet § 9 Abs. 1 Nr. 2 UVPG auch für diese einzelnen Anlagen als Änderungsvorhaben<sup>119</sup> zunächst eine allgemeine Vorprüfung und daraus resultierende eine UVP-Pflicht. Eine Begrenzung nach unten, wie sie bei Neuvorhaben anzunehmen ist, gilt im Rahmen des Änderungsregimes nicht. Wäre dies anders, würde mithin die Erweiterung von Windfarmen um eine oder zwei zusätzliche Anlagen nicht erfasst, wäre eine Umgehung der UVP-Pflicht durch Aufspaltung von Vorhaben möglich, die aber gerade vermieden werden soll.

### 2. § 9 Abs. 2 UVPG

Absatz 2 des § 9 UVPG gilt für die Änderung oder Erweiterung von Vorhaben, die – gleich aus welchem Grund – ohne Durchführung einer UVP zugelassen<sup>120</sup> und für die

auch nicht aufgrund einer früheren Änderung eine UVP durchgeführt wurde.

Nach § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UVPG bedarf das Änderungsvorhaben (= zu errichtende Neuanlage) eines solchen Vorhabens einer UVP, wenn das geänderte Vorhaben den in Ziffer 1.6 der Anlage 1 aufgeführten Wert für die unbedingte UVP-Pflicht erstmals erreicht oder überschreitet, d. h., wenn die nun aus Alt- und Neuanlagen entstandene Windfarm zwanzig oder mehr Anlagen umfasst. Die Ermittlung des Wertes erfolgt mithin durch die Summierung der bereits errichteten oder genehmigten Windkraftanlagen mit den durch das Änderungsvorhaben hinzutretenden Anlagen<sup>121</sup>.

Gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UVPG – der dem bisherigen § 3c S. 5 UVPG a. F. entspricht – bedarf schließlich die Änderung eines ursprünglich ohne UVP zugelassenen Vorhabens nunmehr einer UVP des Änderungsvorhabens, wenn das geänderte Vorhaben durch das Änderungsvorhaben den in der Anlage 1 festgelegten Prüfwert (drei bzw. sechs Windkraftanlagen) für die standortbezogene oder allgemeine Vorprüfung erstmals oder erneut erreicht oder überschreitet und die Vorprüfung ergibt, dass die Änderung erhebliche Umweltauswirkungen hervorrufen kann. Mit der Regelung werden auch solche Vorhaben erfasst, die wiederholt geändert wurden, eine UVP aber nicht durchgeführt wurde, weil die jeweilige Vorprüfung ergab, dass die hinzutretende Änderung keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen hervorrufen könne<sup>122</sup>.

Auf Altanlagen, die für sich genommen nicht nur die Werte für die Vorprüfung, sondern sogar die Größenwerte für die unbedingte UVP-Pflicht erreichen oder überschreiten, kann ebenfalls § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UVPG Anwendung finden, wenn etwa bei ihrer Zulassung das UVPG noch nicht in Kraft getreten oder eine UVP-Pflicht noch

<sup>117</sup> *Tepperwien*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 1. Aufl. 2018, § 9 Rn. 4; *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 6 – das Gesetz macht die Pflicht zur Durchführung einer allgemeinen Vorprüfung gerade nicht davon abhängig, ob mit der Änderung eine Bagatellschwelle erreicht oder überschritten wird.

<sup>118</sup> *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 9; BT-Drs. 18/11499, S. 80.

<sup>119</sup> Auch Änderungsvorhaben sind „Vorhaben“, § 2 Abs. 4 UVPG.

<sup>120</sup> *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 9; *Tepperwien*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 1. Aufl. 2018, § 9 Rn. 6; so auch VG Schleswig, Beschl. v. 03.04.2020 – 6 B 51/19, 52/19, juris Rn. 20.

<sup>121</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 80; *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 9.

<sup>122</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 80.

nicht vorgesehen war<sup>123</sup>. In diesem Fall liegt auch dann ein „erneutes Überschreiten“ vor, wenn die Änderung keine Auswirkung auf die Anzahl der Windkraftanlagen hat<sup>124</sup>.

Unter § 9 Abs. 2 UVPG fallen danach also sämtliche Konstellationen, in denen – unabhängig vom Grund – noch keine UVP durchgeführt wurde. Ein Grund kann daher auch sein, dass es sich bei dem Bestandsvorhaben lediglich um einzelne Windkraftanlagen handelt, die naturgemäß noch keiner UVP unterzogen wurden.

Auch diese müssen von § 9 UVPG erfasst sein, um eine Umgehung der UVP-Pflicht zu vermeiden. Auch im Rahmen von § 9 Abs. 2 UVPG bezieht sich der Vorhabenbegriff insoweit – abweichend von seiner Bedeutung außerhalb des Änderungsregimes – nicht allein auf Windfarmen, sondern auch auf einzelne Windkraftanlagen.

**Tabelle 2: Zuordnung von Fallkonstellationen**

Fallkonstellationen	Anzuwendende Norm			
	§ 9 Abs. 1 UVPG		§ 9 Abs. 2 UVPG	
	S. 1 Nr. 1	S. 1 Nr. 2	S. 1 Nr. 1	S. 1 Nr. 2
Windfarm <b>mit</b> durchgeführter UVP + <b>≥ 20</b> Windkraftanlagen	X			
Windfarm <b>mit</b> durchgeführter UVP + <b>≥ 3</b> Windkraftanlagen, <b>&lt; 20</b> Windkraftanlagen		X		
1 – 2 Windkraftanlagen <b>mit</b> durchgeführter UVP + <b>≥ 20</b> Windkraftanlagen	X			
1 – 2 Windkraftanlagen <b>mit</b> durchgeführter UVP + <b>≥ 3</b> Windkraftanlagen, <b>&lt; 20</b> Windkraftanlagen		X		
Windfarm <b>mit</b> durchgeführter UVP + <b>1 – 2</b> Windkraftanlagen		X		

<sup>123</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 81.

<sup>124</sup> BT-Drs. 18/11499, S. 81; denkbar wäre etwa der Fall des Repowerings, die Anzahl der WEA ändert sich nicht, aber die technischen Daten.

Windfarm <b>ohne</b> UVP + ≥ 20 Windkraftanlagen <sup>125</sup>			X	
Windfarm ohne UVP + ≥ 3 Windkraftanlagen, < 20 Windkraftanlagen <sup>126</sup>				X
Windfarm ohne UVPG + 1 – 2 Windkraftanlagen <sup>127</sup>				X
1 – 2 Windkraftanlagen ohne UVP + ≥ 20 Windkraftanlagen			X	
1 – 2 Windkraftanlagen ohne UVP + ≥ 3 Windkraftanlagen, < 20 Windkraftanlagen <sup>128</sup>				X
1 – 2 Windkraftanlagen + 1 – 2 Windkraftanlagen (insg. aber min. 3 WKA) <sup>129</sup>				X

<sup>125</sup> Es sei denn, die Bestandsanlage besteht aus 20 und mehr WEA, für die dennoch keine UVP durchgeführt wurde, dann § 9 Abs. 2 Nr. 2 UVPG.

<sup>126</sup> Es sei denn, Bestandsanlage und Änderungsvorhaben erreichen oder überschreiten gemeinsam erstmals den Grenzwert der 20 WEA, dann § 9 Abs. 2 Nr. 1 UVPG.

<sup>127</sup> Wie Fn. 126.

<sup>128</sup> Wie Fn. 126.

<sup>129</sup> Die Konstellation entspricht im Grunde der Konstellation „Windfarm ohne UVPG + 1 – 2 Windkraftanlagen“, sie wird hier allerdings separat aufgeführt, um zu verdeutlichen, dass Vorhaben i. S. d. Änderungsregimes nicht zwingend eine Windfarm sein müssen.

## G. Fazit

Mit der Novellierung des UVPG im Jahr 2017 und der Einführung der Definition des Windfarmbegriffs in § 2 Abs. 5 UVPG wollte der Gesetzgeber die Anwenderfreundlichkeit und Praktikabilität bei der Abgrenzung von Windfarmen als Grundlage zur Bestimmung ihrer UVP-Pflicht bzw. UVP-Vorprüfungspflicht<sup>130</sup> und der Durchführung der UVP verbessern<sup>131</sup>. Dies ist ihm grundsätzlich auch gelungen, denn zahlreiche der bis dahin existierenden Probleme vermochte die Novellierung zu lösen.

So hat der Gesetzgeber mit der Normierung des Windfarmbegriffs klargestellt, dass es sich bei Windfarmen um Komplexvorhaben handelt und damit die Unsicherheit hinsichtlich der anzuwendenden Rechtsgrundlage beseitigt. Unsicherheiten verbleiben dagegen bislang noch beim additiven Kriterium des funktionalen Zusammenhangs. Erst bei eher restriktivem Verständnis des Regelbeispiels nach § 2 Abs. 5 S. 2 UVPG ermöglicht dieses in den allermeisten Fällen eine Beschränkung der bisherigen Windfarmabgrenzung. Die praktischen Schwierigkeiten eines behördlichen Umgangs mit weitläufigen Windfarmen würden so effektiv adressiert. Insoweit weist die bisherige Rechtsprechung jedoch Tendenzen auf, die dem zuwiderlaufen, indem das Regelbeispiel eher weit verstanden und damit seine Begrenzungswirkung relativiert wird.

Notwendig ist dies jedoch auch mit Blick auf das Europarecht nicht. Durch ihre verbleibende Offenheit (funktionaler Zusammenhang auf sonstige Weise) genügt die Begriffsbestimmung auch bei restriktiver Auslegung der europarechtlichen Anforderung, eine willkürliche Aufspaltung von Vorhaben und damit ein Unterlaufen der UVP-Pflicht zu verhindern. Dass der Anwendungsbereich der Umweltverträglichkeitsprüfung damit durchaus beschränkt

wird, ist Folge der gesetzgeberischen Entscheidung für eine stärkere Betonung der Praktikabilität und Rechtssicherheit der Windfarmabgrenzung. Es muss abgewartet werden, inwieweit die Rechtsprechung dieses gesetzgeberische Ziel in Zukunft konsequenter seiner Auslegung zugrunde legt und damit die bislang verbleibende Offenheit der Windfarmdefinition, d. h. des funktionalen Zusammenhangs, im Sinne einer praktikablen und rechtssicheren Rechtsanwendung einhegen wird.

Mit der Einführung des § 9 UVPG ist es dem Gesetzgeber schließlich gelungen, sämtliche für Windkraftvorhaben denkbare Fallkonstellationen mittels einer zwar auf den ersten Blick komplexen, aber durchaus klar formulierten Regelung zu erfassen. Unter anderem stellt § 9 UVPG klar, dass allein das Änderungsvorhaben Gegenstand der UVP bzw. UVP-Vorprüfung und die Bestandsanlage nur als materielle Vorbelastung in die Prüfung einzubeziehen ist.

Trotz der aufgezeigten Möglichkeiten, auf Grundlage des geltenden Rechts die gesetzgeberischen Ziele einer rechtssicheren und anwenderfreundlicheren Anwendung des UVP-Rechts für Windenergievorhaben zu erreichen, geht die Diskussion zudem längst weiter<sup>132</sup>. Vor dem Hintergrund der noch einmal in der jüngsten EEG-Reform angehobenen Ausbauziele sowie der aktuellen Versorgungskrise werden zusätzliche Beschleunigungspotenziale auch für das UVP-Recht, insbesondere durch eine Beschränkung seines Anwendungsbezugs, diskutiert<sup>133</sup>. Die vorliegende Studie klammert diese Rufe nach einer Weiterentwicklung des Rechtsrahmens aus, kann aber durchaus Grundlage für die weitere Diskussion sein und zeigt mögliche Anknüpfungspunkte für klärende oder neue gesetzgeberische Regelungen auf.

<sup>130</sup> BT-Drs. 18/11499 S. 1, 58.

<sup>131</sup> BT-Drs. 18/11948 S. 20 f.

<sup>132</sup> Siehe zu weiteren Klärungsvorschlägen etwa *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für die Windenergie ZUR 2020, 584 (584 f.).

<sup>133</sup> *Schmidt/Sailer*, Reformansätze zum Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien

zum Umweltenergierecht Nr. 25 vom 28.01.2022, S. 63 ff.; BWE, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, Oktober 2021, S. 16 f., zu Vorschlägen für eine Anpassung der Anforderungen an die UVP für Repoweringvorhaben siehe Seite 15; Stiftung Klimaneutralität, *Bringewat/Scharfenstein*, Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, Mai 2021, S. 20 f.

Kontakt

**Stiftung Umweltenergierecht**  
**Friedrich-Ebert-Ring 9**  
**97072 Würzburg**

**T: +49 931 794077-0**

**F: +49 931 7940 77-29**

**[info@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:info@stiftung-umweltenergierecht.de)**  
**[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)**

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

**„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das  
Planungs- und Genehmigungsrecht bei der  
Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der  
Windenergie an Land (Neu-Plan Wind)“**



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages