

VG Oldenburg  
26.02.2009  
5 A 4836/06

**Windenergieanlage, Betreiber, Nachbar, Auflage, Nachträgliche Anordnung, TA Lärm, Lärm-schutz**

**Lärmschutzrichtwerte sind auch von den Betreibern von Windenergieanlagen auf eigenen benachbarten Wohngrundstücken einzuhalten**

BlmSchG § 3  
BlmSchG § 5 I  
BlmSchG § 17  
TA Lärm

#### **T a t b e s t a n d:**

Die Klägerin wendet sich gegen eine Nebenbestimmung in einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage, mit der ihr der Beklagte aufgibt, die Anlage zur Nachtzeit schallreduziert zu betreiben, sowie gegen eine nachträgliche Anordnung gleichen Inhalts für eine bereits erstellte Windenergieanlage.

Am 26. Januar 2004 beantragte die Klägerin nach Erteilung eines Bauvorbescheids eine Baugenehmigung zum Neubau einer Windenergieanlage. Am 15. November 2004 stellte sie diesen Antrag um in einen Antrag nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz. Mit Bescheid vom 18. August 2005 erteilte der Beklagte der Klägerin die begehrte Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage des Typs Enercon E-58 / 10.58 mit einer Gesamthöhe von 99,79 Metern und einer Leistung von 1000 kW auf dem Grundstück F. 21. Der Genehmigungsbescheid wurde unter "B1. Immissionsschutzrechtliche Auflagen Nr. 3" mit folgender Nebenbestimmung versehen:

"An den in dem schalltechnischen Gutachten 0623-04-L2 des IEL festgelegten Immissionsorten IP 1 bis IP 4 sowie am IP 7 ist ein nächtlicher Immissionsrichtwert von 45 dB(A), am Immissionsort IP 5 ist ein nächtlicher Immissionsrichtwert von 40 dB(A) einzuhalten. Hierzu ist es erforderlich, sowohl die zu errichtende Windenergieanlage (WEA 4) als auch die durch Sie bereits betriebene Windenergieanlage (WEA 1; E-40/6.44) schallreduziert zu betreiben. Durch Absenkung der Drehzahl in der Zeit von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr ist sicherzustellen, dass sowohl die zu errichtende WEA 4 als auch die betriebene WEA 1 einen Schalleistungspegel von 90,0 dB(A) nicht überschreitet. Über die Zeiten der Drehzahlabenkung sind Aufzeichnungen zu führen, die der Genehmigungsbehörde auf Verlangen vorzulegen sind."

Bei den von der Nebenbestimmung umfassten Immissionsorten IP 1 und IP 2 handelt es sich um den landwirtschaftlichen Betrieb und ein zugehöriges Wohngebäude der Gesellschafter der Anlagenbetreiberin.

Gegen diese Nebenbestimmung legte die Klägerin unter dem 16. September 2005 einen auf die in den oben genannten Betreibergebäuden festgelegten Immissionspunkte IP 1 und IP 2 beschränkten Widerspruch ein. Sie begründete den Widerspruch damit, dass an den Betreiberstandorten der nächtliche Immissionsrichtwert von 45 dB(A) nicht eingehalten werden müsse. Mit der Nebenbestimmung würden die Betreiber selbst gegen ihren Willen mit einer Schallschutzauflage belegt. Für den Schutz der Betreiber durch die jeweilige Anlage fehle jedoch eine Rechtsgrundlage. Nach den §§ 3 bis 6 Bundesimmissionsschutzgesetz (BlmSchG) würden nur die Nachbarschaft und die Allgemeinheit vor schädlichen Umwelteinwirkungen und erheblichen Beläs-

tigungen geschützt. Eine Ermächtigungsgrundlage für die belastende Nebenbestimmung gegenüber den Betreibern sei nicht ersichtlich. Auch die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm) diene nur dem Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft, sei also auf Betreibergebäude nicht anwendbar. Der Schutz der Anlagenbetreiber sei nicht Zweck des BImSchG. Nach der TA Lärm sei auch ein nächtlicher Pegel von 50 dB(A) unproblematisch.

Den Widerspruch wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 22. September 2006 als unbegründet zurück. Durch das im Genehmigungsverfahren vorgelegte schalltechnische Gutachten werde prognostiziert, dass an den Wohnhäusern der Anlagenbetreiber (Immissionsorte IP 1 und IP 2) bei mit Nenndrehzahl betriebenen Anlagen Schallpegel von 49 dB(A) bzw. 53 dB(A) auftreten werden. Bei einem einzurechnenden Sicherheitszuschlag von 2 dB(A) würden bei Nenndrehzahlbetrieb sogar Beurteilungspegel von 51 dB(A) bzw. 55 dB(A) vorliegen. Betreiber der Windenergieanlagen könnten zwar schon begrifflich weder der Nachbarschaft noch der Allgemeinheit zugeordnet werden, da der Betreiber selbst Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft über den Betrieb der Anlage sei und sich daher durch Herunterfahren oder Abschalten der Anlage umfassend selbst schützen könne. Der Betreiber unterliege daher nicht dem Schutzbereich des § 5 BImSchG. Dies gelte aber nur für die Betreiber selbst, nicht jedoch für die engeren Familienangehörigen. Die Ehepartner und Kinder könnten nicht zu den Betreibern gezählt werden, da sie weniger Einflussnahmemöglichkeiten auf die Ausübung der Verfügungsgewalt gegenüber dem Anlagenbetrieb hätten. Engere Familienangehörige müssten danach dem Kreis der Nachbarschaft zugeordnet werden, ohne dass ihnen jedoch Schutz in dem Umfang zustehe, wie er gegenüber sonstigen Nachbarn notwendig sei. Ihnen könnten höhere Immissionen zugemutet werden, solange eine Gefährdung der Gesundheit auszuschließen sei. Nach Untersuchungen des Instituts für Arbeitsmedizin der Universität D. führten nächtliche Schallbelastungen von mehr als 48 dB(A) zu vermehrten Aufwachreaktionen und damit zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Der weitere Familienkreis des Betreibers ebenso wie Feriengäste und Mieter gehörten zur Nachbarschaft und genossen den vollen Schutzanspruch des BImSchG. Der Betrieb der Anlage sei daher durch die Auflage aus Schallschutzgründen auf die Einhaltung eines Immissionsrichtwertes nachts von 45 dB(A) zu begrenzen gewesen.

Am 25. Oktober 2006 hat die Klägerin Klage erhoben, mit der sie ihr Begehren weiter verfolgt. Sie trägt vor: Das Immissionsschutzrecht diene nicht dem Schutz des Betreibers. Dieser habe schon keinen Schutzanspruch, so dass sich die Frage eines Verzichts gar nicht stelle. Der belastenden Nebenbestimmung mangle es deshalb an einer Rechtsgrundlage. Als Betreiber fielen die Gesellschafter der Klägerin weder unter den Begriff der Nachbarschaft noch unter die Allgemeinheit, welche durch die §§ 3 bis 6 BImSchG geschützt würden. Im Übrigen sei selbst gegenüber Wohnräumen Dritter in Gewerbegebieten nach der TA Lärm ein Schalldruckpegel von 50 dB(A) zur Nachtzeit nach Nr. 6.1 b) TA Lärm zulässig. Wenn überhaupt eine Schutzpflicht gemäß dem BImSchG und der TA Lärm gegenüber dem Betreiber und seiner Familie bestünde, so könne diese nicht weitergehen als die Schutzpflicht gegenüber einem Dritten als Nachbarn. Ein Wert von 45 dB(A) könne keinesfalls verlangt werden. Da sowohl nach der Verkehrslärmschutzverordnung ein Schallpegel von 54 dB(A) zur Nachtzeit in Kern-, Dorf und Mischgebieten zulässig sei als auch durch die Arbeitsstättenverordnung ein Beurteilungspegel von dauerhaft 55 dB(A) erlaubt sei, könne eine Gesundheitsbeeinträchtigung jedenfalls nicht schon bei einem Wert von 45 dB(A) entstehen. Im Übrigen seien in den Gebäuden der Betreiber sämtliche Schlafzimmer auch der Kinder und der Feriengäste auf der Westseite und damit der Windenergieanlage abgewandten Seite untergebracht. In diesen Räumen könnten nachts, gleichgültig bei welchen Windgeschwindigkeiten, die Windenergieanlagen überhaupt nicht gehört werden. Unzutreffend seien auch die Ausführungen des Beklagten im Widerspruchsbescheid, wonach der weitere Familienkreis des Betreibers, wie auch Mieter und Feriengäste, zur Nachbarschaft im Sinne des Immissionsschutzrechts gehörten und den vollen Schutzanspruch genossen. Wer sich etwa aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages oder gar als Familienmitglied oder kurzzeitiger Besucher mit Einverständnis des Betreibers dort aufhalte, genieße keinen stärkeren Schutz als der Eigentümer selbst. Deshalb sei im Bau- und Immissionsschutzrecht auch nur der Grundstückseigentümer als Dritter widerspruchs- und klagebefugt und nicht der lediglich schuldrechtlich Berechtigte. Die Feriengäste würden selbstverständlich vor der Anmietung auf die Nähe zu den Windenergieanlagen hinge-

wiesen. Im Übrigen werde im Genehmigungsverfahren grundsätzlich das Betreiberwohngebäude nicht als Immissionspunkt angesehen und begutachtet.

Die Klägerin beantragt,

1. den Beklagten zu verpflichten, ihr eine dem Bescheid vom 18. August 2005 entsprechende Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage ohne die Auflage zu erteilen, an den Betreibergebäuden (IP 1, IP 2) einen Immissionsrichtwert von 45 dB(A) zur Nachtzeit einzuhalten und dazu die genehmigte Windenergieanlage WEA 4 von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr nur mit einem Schalleistungspegel von bis 90 dB(A) zu betreiben und den Bescheid vom 18. August 2005 sowie den Widerspruchsbescheid vom 22. September 2006 aufzuheben, soweit sie dem entgegenstehen, wobei auf die Ausnutzung der Baugenehmigung vom 2. September 2008 verzichtet wird,

2. die im Genehmigungsbescheid des Beklagten vom 18. August 2005 unter "B1. Immissionsschutzrechtliche Auflagen Nr. 3" enthaltene Auflage, soweit danach an den Betreibergebäuden (IP 1, IP 2) ein Immissionsrichtwert von 45 dB(A) zur Nachtzeit einzuhalten ist und dazu die von ihr bereits betriebene Windenergieanlage WEA 1 von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr nur mit einem Schalleistungspegel von bis 90 dB(A) zu betreiben ist, sowie den Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 22. September 2006 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie erwidert: Die fragliche Nebenbestimmung sei eine modifizierende Auflage. Eine isolierte Anfechtung dieser Auflage sei ausgeschlossen. Der gestellte Verpflichtungsantrag sei zwar zulässig, aber unbegründet. Rechtsgrundlage der modifizierenden Auflage sei § 12 BImSchG i.V.m. §§ 4, 5 und 6 BImSchG. Danach könne die Genehmigung mit einer Auflage verbunden werden, um die Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Unter den im BImSchG und der TA Lärm verwandten Begriff der Nachbarschaft fielen auch die Mieter und Feriengäste. Die Mieter und Feriengäste könnten nicht durch einen schuldrechtlichen Vertrag auf den Lärmschutz verzichten, da dieser als öffentlicher Belang des BImSchG privatrechtlichen Verzichtserklärungen nicht zugänglich sei. Auch die an den Immissionsstandorten lebenden Familienangehörigen der Betreibergesellschaften seien dem Kreis der Nachbarn zuzuordnen und damit schutzbedürftig. Es komme sogar in Betracht, den Betreiber der Anlage selbst in den Schutzbereich der BImSchG einzubeziehen. Auf das subjektive Lärmempfinden der Gesellschafter der Klägerin komme es nämlich nicht an.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten verwiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Klage ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung für den Betrieb der Windenergieanlage (WEA) 4 ohne die im Bescheid vom 19. August 2005 geregelte Schallreduzierung (1). Ebenso ist die im Bescheid vom 18. August 2005 enthaltene nachträgliche Anordnung des schallreduzierten Betriebs der WEA 1 rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (2).

(1) Die Klage bezüglich der uneingeschränkten Genehmigung der WEA 4 ist als Verpflichtungsklage auf Erlass eines Genehmigungsbescheides ohne die Immissionsschutzaufgabe B1. Nr. 3 zulässig. Bei der im streitgegenständlichen Bescheid enthaltenen Immissionsschutzaufgabe handelt

es sich um eine sog. modifizierende Auflage, für die eine selbständige Anfechtbarkeit in der Rechtsprechung grundsätzlich ausgeschlossen wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984 - 4 C 70.80 - juris). Modifizierende Auflagen zeichnen sich dadurch aus, dass sie den Inhalt eines Verwaltungsaktes selbst betreffen. Der Adressat des Verwaltungsaktes erhält statt der an sich beantragten Begünstigung eine inhaltlich modifizierte. So liegt es hier. Der Klägerin wurde zwar die begehrte Genehmigung zum Bau einer weiteren Windenergieanlage erteilt, allerdings wird ihr die Einhaltung bestimmter Schallpegel und Lärmobergrenzen vorgeschrieben. Diese sich auf den (Leistungs-) Umfang der Anlage und den Betrieb beziehende Vorgabe ist trotz Bezeichnung "Auflage" als Inhaltsbestimmung zu werten (vgl. Jarass, BImSchG, 6. Aufl., § 12 Rn. 4). Die erstrebte unmodifizierte Begünstigung kann sie nur im Wege einer Verpflichtungsklage herbeiführen.

Die Klage hat in der Sache allerdings keinen Erfolg. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erlass der von ihr beantragten unmodifizierten Genehmigung für die WEA 4. Sie wird durch die Aufnahme der Immissionsschutzaufgabe B 1. 3. nicht in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO), ohne dass den hilfsweise gestellten Beweisanträgen weiter nachgegangen werden musste.

Anspruchsgrundlage einer Verpflichtung auf Erteilung der Genehmigung ohne die beanstandete Nebenbestimmung ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 BImSchG, welche im Genehmigungsverfahren der §§ 4, 10 BImSchG i.V.m. Nr. 1.6 Spalte 2 des Anhangs der 4. BImSchV erfüllt sein müssen. Nach § 6 Abs. 1 BImSchG ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigung unter anderem zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die Pflichten nach § 5 BImSchG erfüllt werden. Danach sind Anlagen so zu errichten und betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG). Die Entscheidung über die Erteilung einer Genehmigung ist eine gebundene Entscheidung. Damit kommt die inhaltliche Modifikation der begehrten Genehmigung im Wege einer modifizierenden Auflage nur in Betracht, wenn das Vorhaben in der ursprünglich beantragten Ausführung nicht genehmigungsfähig wäre und die Genehmigungsfähigkeit allein durch die inhaltliche Modifikation hergestellt werden kann.

Dies ist hier der Fall. Die eine Genehmigungsvoraussetzung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 des BImSchG bildende Schutz- und Gefahrenabwehrpflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG wäre im Falle der Erteilung der unbeschränkten Genehmigung verletzt. Ohne die vom Beklagten in die Genehmigung aufgenommene Modifizierung würden von der WEA 4 schädliche Umwelteinwirkungen aufgrund überhöhter Schallimmissionen ausgehen.

Die aufgenommene Inhaltsbestimmung findet ihre Rechtsgrundlage in §§ 12 i.V.m. 5, 6 BImSchG. Sie stellt hinreichend sicher, dass von der WEA 4 keine schädlichen Umwelteinwirkungen in Form von Geräuschen hervorgerufen werden.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Messung und Bewertung der Lärmauswirkungen von Windkraftanlagen in Anlehnung an die Regelungen der auf der Grundlage des § 48 BImSchG erlassenen TA Lärm (vom 26. August 1998, GMBl. S. 503) zu erfolgen hat und für die Beurteilung der Zumutbarkeit von Lärmimmissionen die in Nr. 6.1 der TA Lärm aufgeführten Immissionsrichtwerte einschlägig sind. Die TA Lärm entfaltet als allgemeine Verwaltungsvorschrift normkonkretisierende Wirkung und legt ein einheitliches Ermittlungs- und Beurteilungssystem zur Feststellung der maßgeblichen Geräuschkenngößen sowie bestimmte Immissionsrichtwerte als Zumutbarkeitsmaßstab fest. Sie ist für die Verwaltungsbehörde und auch für die Verwaltungsgerichte grundsätzlich verbindlich (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 17. September 2007 - 12 ME 38/07 - juris m.w.N. und Urteil vom 14. Februar 2007 - 12 LC 37/07 - juris). Welche Beeinträchtigungen dabei als erheblich im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG einzustufen sind, bemisst sich danach, was die Betroffenen an Immissionen nicht mehr hinzunehmen brauchen, weil sie unzumutbar sind. Dabei sind auch die Gebietsart und Vorbelastungen von Bedeutung. Es ist insoweit auf die bauplanungsrechtlich geprägte objektive Grundstückssituation abzustellen (Jarass, BImSchG, 6. Aufl., § 3 Rn. 47 ff.).

Für die Beurteilung von Lärmimmissionen durch die Windenergieanlagen ist für das im Außenbereich gelegene Grundstück der Klägerin auf die Immissionsrichtwerte für Mischgebiete nach der TA Lärm 1998 abzustellen (vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 22. Mai 2003 - 5 B 837/03 - V.n.b. mit Verweis auf OVG Münster, Beschluss vom 9. Juli 2002 - 10 B 669/02 m.w.N. - juris; siehe auch Hinsch, ZUR 2008, 567, 570). Nr. 6.1.c TA Lärm sieht als Immissionsrichtwerte tags 60 dB(A) und nachts 45 dB(A) vor. Auf die Frage, ob nach der Arbeitsstättenverordnung oder nach der Verkehrslärmverordnung in anderen Zusammenhängen höhere Lärmpegel zumutbar sind, kommt es hier entgegen der Auffassung der Klägerin aufgrund der anderen Schutzbereiche dieser Rechtsverordnungen nicht an.

Nach Nr. 3.2.1 TA Lärm ist durch eine Prüfung festzustellen, ob die vorgenannte Schutzpflicht sichergestellt ist, was grundsätzlich dann der Fall ist, wenn die Gesamtbelastung am maßgeblichen Immissionsort die Immissionsrichtwerte nach Nr. 6 nicht überschreitet. Dabei ist nach Nr. 2.4 Abs. 3 TA Lärm Gesamtbelastung die Belastung eines Immissionsorts, die von allen Anlagen hervorgehoben wird, für die die TA Lärm gilt. Diese Gesamtbelastung ergibt sich aus der bestehenden Vorbelastung und der Zusatzbelastung der zu beurteilenden Anlage, vgl. Nr. 2.4 Abs. 1 und 2 TA Lärm. Der hier berücksichtigte Messpunkt (Immissionspunkt - IP - ) IP 2 wurde zu Recht in die Inhaltsbestimmung des Bescheids einbezogen, auch wenn dort lediglich ein Betreiberhepaar selbst wohnt (dazu sogleich). Denn der IP 2 ist anhand des Wortlauts von Nr. 2.3 TA Lärm ein maßgeblicher Immissionsort, der im Einwirkungsbereich der Anlage liegt und daher in die Prüfung einbezogen werden durfte.

Nach diesen Grundsätzen wird nach der maßgeblichen Schallimmissionsprognose des Ingenieurbüros für Energietechnik und Lärmschutz (... GmbH) vom 4. März 2004, die im Genehmigungsverfahren fachlich geprüft wurde, der maßgebliche Immissionsrichtwert durch den Betrieb der WEA 1 und WEA 4 bei Ausnutzung des vom Gutachter zugrunde gelegten, bereits reduzierten Schallleistungspegels von 98 dB(A) nachts an den betroffenen Immissionspunkten überschritten. Am Immissionspunkt IP 1 (Hof der Betreiber) liegt der Beurteilungspegel bei 48 dB(A), am Altenteiler der Betreiber (IP 2) bei 51 dB(A) und am Hof der (hier nicht verfahrensbeteiligten) Betreiber der WEA 2 (IP 6) liegt der Wert bei 49 dB(A). An den betreiberfremden Immissionspunkten (IP 3 bis IP 5 und IP 7) wird der jeweils zulässige Immissionswert von 45 dB(A) bei einem auf 98 dB(A) reduzierten Betrieb eingehalten. Um die Grenzwerte auch an den betreibereigenen Immissionspunkten nicht zu überschreiten, ist es erforderlich, die WEA 1 und WEA 4 während der Nachtzeit noch in weiterem Umfang schallreduziert zu betreiben. Einzuhalten ist ein Schallleistungspegel von maximal 90 dB(A) (vgl. die Stellungnahme des IEL vom 31. August 2004, Bl. 4 d. Beiakte A). Bei einer Überschreitung dieses Schallleistungspegels und des Betriebs der WEA 4 nach der vom Gutachter für die betreiberfremden Immissionspunkte vorgesehenen Nennleistung von 98 dB(A) wird durch die Grenzwertüberschreitung die immissionsrechtliche Schutzpflicht an IP 1, IP 2 und IP 6 verletzt. Zugleich liegen auch die Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift der Nr. 3.2.1 Abs. 2 TA-Lärm nicht vor, da die Zusatzbelastung am IP 1 44,5 dB(A) beträgt (Blatt 126 der Beiakte B) und damit den Immissionsrichtwert von 45 dB(A) nicht um mindestens 6 dB(A) unterschreitet, gleiches gilt für die Zusatzbelastung am IP 2, die sogar 49,9 dB(A) beträgt. Einzig die Zusatzbelastung am IP 6 unterschreitet mit 36,7 dB(A) den Immissionsrichtwert von mindestens 6 dB(A). Die Unterschreitung an diesem einzigen Immissionspunkt genügt jedoch nicht, um insgesamt eine Ausnahme für die gesamte Anlage zuzulassen. Erforderlich (und nach Auskunft des Herstellers E. vom 27. August 2004 auch technisch möglich, vgl. Bl. 5 d. Beiakte A) ist daher eine weitere Drosselung des Leistungspegels in der Nacht auf 90 dB(A).

Daraus ergibt sich, dass ohne die Modifizierung in der Genehmigung, nämlich die Aufforderung zum Herunterfahren des Leistungspegels der Anlage zur Nachtzeit auf 90 dB(A), der maßgebliche Immissionsrichtwert von 45 dB(A) an den Punkten IP 1 und IP 2 überschritten würde. Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Beurteilung der voraussichtlichen Lärmbelastung ergeben sich nicht. Da selbst nach dem Vortrag der Klägerin am IP 1 im Schriftsatz vom 20. Februar 2009 ein Schallpegel von 48 dB(A) erreicht wird, war dem schriftsätzlich angekündigten und in der mündlichen Verhandlung hilfsweise gestellten Beweisantrag zur Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Immissionswerte bei Berücksichtigung von Gebäudeabschirmungen durch

Bewuchs und das Nachbargebäude nicht nachzugehen. Denn selbst nach dem eigenen Vorbringen wird der zulässige Grenzwert von 45 dB(A) überschritten. Der Beweisantrag ist daher als unerheblich abzulehnen. Gleiches gilt für den hilfsweise gestellten Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens dahingehend, dass die Anlagen von den Bewohnern der Immissionspunkte gar nicht zu hören seien, da das entstehende Windgeräusch das Anlagengeräusch vollständig überdecke. Zum einen kommt es auf das subjektive Empfinden nicht an (vgl. hierzu VG Oldenburg, Urteil vom 26. November 1997 - 4 A 3716/95 - V.n.b.), sondern darauf, dass objektiv der Grenzwert überschritten wird. Zum anderen trägt die Klägerin selbst nicht vor, dass der zulässige Schallgrenzwert unterschritten wird, sondern behauptet nur dessen Überlagerung, was aber zugleich das Bestehen des von den WEA hervorgerufenen Lärms bestätigt. Der weitere hilfsweise gestellte Beweisantrag zu der Tatsache, dass die Zahl der Nachtjahresstunden, in denen die Nennleistung annähernd erreicht wird und damit der maximale Schall abstrahlen kann, gering und im Sommer noch kleiner als im Winter ist, war ebenfalls abzulehnen. Denn diese Tatsache kann als wahr unterstellt werden, ohne dass sie entscheidungserheblich wäre. Denn auch wenn die Stundenanzahl, in denen eine Lärmpegelüberschreitung tatsächlich erfolgen würde, gering wäre, ändert dies nichts daran, dass die Möglichkeit einer solchen Überschreitung von vornherein ausgeschlossen werden muss.

Ohne die Inhaltsbestimmung stünde der Erteilung der Genehmigung daher wegen der Überschreitung des zulässigen Grenzwertes von 45 dB(A) eine Verletzung von § 5 BImSchG entgegen.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ändert sich an dem einzuhaltenden Grenzwert von 45 dB(A) auch dadurch nichts, dass an den betroffenen Immissionspunkten IP 1 und IP 2 lediglich die Betreiber der Anlagen wohnen. Diese Punkte sind zutreffend als Immissionspunkte im Sinne der TA Lärm herangezogen worden (vgl. zu den maßgeblichen Immissionsorten Hinsch, ZUR 2008, 567, 572). Zwar ist der Klägerin insoweit zuzustimmen, dass sich die Betreiber freiwillig einer Eigenbeschallung durch ihre Windenergieanlagen aussetzen und sich als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft über den Betrieb der WEA selbst umfassend schützen können. Dennoch sind auch die Betreiber, die im Einwirkungsbereich einer Anlage wohnen, als Nachbarn im Sinne des BImSchG einzuordnen. Denn der Begriff des Nachbarn ist nicht dahingehend auszulegen, dass damit die Nachbarschaft des Anlagenbetreibers gemeint ist. Auszugehen ist vielmehr von der Anlage selbst und ihren Nachbarn, also all denjenigen, die eine besondere persönliche oder sachliche Bindung zu einem Ort im Einwirkungsbereich aufweisen (BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 1982 - 7 C 50.78 - juris). Maßgeblich für eine Schutzbeanspruchung ist, ob eine Betroffenheit von den Einwirkungen der Anlage feststellbar ist (vgl. Jarass, BImSchG, 6. Aufl., § 3 Rn. 32 ff.). Zu den Nachbarn zählen zunächst die Eigentümer und Bewohner der im Einwirkungsbereich gelegenen Grundstücke (Jarass, BImSchG, 6. Aufl., § 3 Rn 35). Dafür spricht, dass der Schutz des BImSchG anlagenbezogen ist und der Nachbarschaftsbegriff daher weiter auszulegen ist als im Baurecht, in welchem die drittschützenden Normen grds. an die Grundstückseigentumsverhältnisse anknüpfen und nicht jeder irgendwie Betroffene Abwehransprüche geltend machen kann (vgl. etwa Schlichter, NVwZ 1983, 641, 646). Bei konsequenter Fortführung dieses Gedankens sind alle Personen, die in einer persönlichen oder sachlichen Bindung zu den Auswirkungen der Anlage stehen und tatsächlich von diesen betroffen sind, automatisch der Nachbarschaft zuzuordnen und dem Schutz des BImSchG unterstellt. Dies gilt hier auch und wegen der unmittelbaren räumlichen Nähe gerade für die Betreiber der WEA. Diese sind nicht nur als Grundstückseigentümer, sondern auch als Bewohner der in Sichtweite zu den Anlagen gelegenen Häuser Nachbarn der Anlage. Nur darauf, also die Nähe zur WEA, kann es aufgrund der anlagenbezogenen Schutzrichtung des BImSchG ankommen. Eine geringere Schutzwürdigkeit für den Betreiber sieht das BImSchG nicht vor (ebenso VG Oldenburg, Urteil vom 26. November 1997 - 4 A 3964/95 - V.n.b.). Daraus folgt zwingend, dass auch für die Betreiber selbst der geltende maximale Grenzwert von 45 dB(A) nachts einzuhalten ist.

Die von der Klägerin vertretene Auffassung, eine Verletzung der Pflichten aus § 5 BImSchG gegenüber sich selbst sei für den Betreiber nicht denkbar (so auch Windenergiehandbuch des Staatlichen Umweltamtes H., Stand Dezember 2006, <http://www.stua-he.nrw.de/download/pdfs/windenergie/windenergiehandbuch.pdf>, S. 32 f.), ist anhand der immissionsschutzrechtlichen Sys-

tematik und der Schutzrichtung nicht nachvollziehbar und kann auch nicht dadurch gestützt werden, dass das BImSchG den Betreiber nicht als eigene Gruppe neben den Nachbarn und der Allgemeinheit nennt. Da nämlich nach den obigen Ausführungen der Betreiber als Grundstückseigentümer und insbesondere dann, wenn er überdies im Einwirkungsbereich der Anlage wohnt, selbst Nachbar ist, erübrigt sich eine solche Differenzierung.

Auf diesen Immissionsschutz können die Betreiber auch nicht verzichten. Da ihnen grds. die Schutzrechte des BImSchG zustehen, wäre entgegen ein Verzicht die einzige Möglichkeit trotz der Grenzwertüberschreitungen eine nebenbestimmungsfreie Genehmigung zu erhalten. Allerdings sind die Anforderungen des Immissionsschutzes grds. nicht disponibel (Nds. OVG, Beschluss vom 10. Februar 2004 - 7 LA 231/03 - juris). Dies gilt sowohl für Drittbetroffene als auch für die Anlagenbetreiber (in diese Richtung weist auch das Nds. OVG im Beschluss vom 22. Januar 1999 - 1 L 5538/97 - abrufbar unter <http://www.dbovg.niedersachsen.de/index.asp>, da es dort dem Betreiber einer Anlage ausnahmsweise die geringfügige Überschreitung des Lärmrichtwerts zumutet, was wiederum dafür spricht, dass grundsätzlich auch für diesen die Grenzwerte maßgeblich sein müssen). Lediglich in Ausnahmefällen ist es möglich, dass Betroffene durch privatrechtliche Verzichtserklärungen wirksam auf ihre Schutzrechte aus dem Immissionsschutzrecht verzichten können. Solche Verzichtserklärungen können dann bedeutsam sein, wenn sie sich nicht auf den Verzicht auf Abwehrrechte beschränken, sondern objektiv zu einer Konfliktlösung führen. Eine solche Zustimmung kann dann weiterführend sein, wenn sie alle künftigen Konflikte entfallen lässt und dadurch auch künftige Konfliktlösungen verlässlich entbehrlich macht (so BVerwG, Beschluss vom 23. Januar 2002 - 4 BN 3/02 - juris mit dem Beispiel, dass der öffentliche Belang der Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen beispielsweise dadurch überwunden werden könne, dass sich der Eigentümer des einzigen in der näheren Umgebung des störenden Vorhabens vorhandenen Wohnhauses zu dessen Abbruch bereit finde; im Ergebnis auch VG Oldenburg, Urteile vom 26. November 1997 - 4 A 3716/95 - und 4 A 3964/95 - V.n.b.). Entscheidend muss jedoch sein, dass der Konflikt selbst tatsächlich gelöst ist. Der Verzicht auf Abwehransprüche kann lediglich ein Indiz für das Vorhandensein einer Konfliktlösung sein, niemals aber selbst die Konfliktlösung darstellen (BVerwG, a.a.O.). Eine derartige Konfliktlösung ist hier nicht möglich.

Die Gesellschafter der Klägerin wollen weiterhin in ihren Wohngebäuden wohnen. Überdies ist nicht ausgeschlossen, dass zu einem zukünftigen Zeitpunkt die Betreibereigenschaft wechselt und andere Personen auf den Grundstücken wohnen. Auch anderweitige Schallschutzmaßnahmen, die den Konflikt endgültig und dauerhaft lösen könnten, sind nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich. Damit ist die Aufgabe ihrer Schutzrechte durch die Betreiber nicht möglich.

Betroffen sind hier überdies neben den Betreibern deren Kinder und mögliche Ferienwohnungsgäste, was bereits wegen deren Schutzbedürftigkeit für sich genommen zur Rechtmäßigkeit der Anforderung der Schallbegrenzung führt. Denn diese sind unzweifelhaft Nachbarn (die Gäste jedenfalls für den Zeitraum, in welchem sie sich in den betreffenden Gebäuden bzw. im Einwirkungsbereich der Anlage aufhalten). Da wie bereits ausgeführt die Anforderungen des Immissionsschutzes nicht zur Disposition stehen (so auch Nds. OVG, Beschluss vom 10. Februar 2004 - 7 LA 231/03 - juris; VG Oldenburg, Urteil vom 26. November 1997 - 4 A 3964/95 - V.n.b.), können die Ferienwohnungsbesucher entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht durch privatrechtliche Verzichtserklärungen wirksam auf ihre Schutzrechte aus dem Immissionsschutzrecht verzichten, da dadurch nicht die nach dem Bundesverwaltungsgericht geforderte endgültige Konfliktlösung erzielt würde (BVerwG, Beschluss vom 23. Januar 2002 - 4 BN 3/02 - juris). Zumindest hinsichtlich letzterer gilt, dass vermutlich nicht stets dieselben Feriengäste in den Ferienwohnungen Urlaub machen und daher bereits von vornherein (also im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage der Erteilung der Genehmigung), selbst wenn ein Verzicht möglich wäre, nicht auf die Einhaltung des Grenzwertes von 45 dB(A) verzichtet werden könnte.

Des Weiteren leben die Kinder der Betreiber in dem Gebäude IP 1. Diese sind ebenfalls Nachbarn, unabhängig von der Frage, ob sie Verfügungsgewalt über die Anlage haben. Denn selbst diese würde nach dem zu den Betreibern Ausgeführten an ihrer Schutzbedürftigkeit nichts ändern. Und

auch sie können entgegen der Auffassung der Klägerin nicht auf die Einhaltung der Grenzwerte verzichten.

Eine anderweitige Möglichkeit der Einhaltung der zulässigen Richtwerte ist nicht ersichtlich; Maßnahmen wie etwa der Einbau schallreduzierter Fenster oder eine Abhilfe auf andere Weise wurden von den Beteiligten wie ausgeführt nicht angesprochen. Der vorgetragene Pflanzenbewuchs trägt bereits nach den eigenen Ausführungen der Klägerin nicht dazu bei, dass der Wert von 45 dB(A) ständig eingehalten wird.

Festzuhalten ist daher, dass die in der Genehmigung vom 18. August 2006 enthaltene Modifizierung des nächtlichen Betriebs der WEA 4 mit einem maximalen Schalleistungspegel von 90 dB(A) die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen schafft und sich aus Immissionsschutzgründen als geboten erweist. Die ursprünglich beantragte Ausführung des Vorhabens ohne diese Modifizierung war nicht genehmigungsfähig. Ohne die Inhaltsbestimmung läge ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG vor, so dass der Klägerin kein Anspruch auf Erteilung dieser - dann rechtswidrigen - unbeschränkten Genehmigung zustehen kann.

(2) Soweit sich die Klage gegen die geforderte Schallbegrenzung der WEA 1 richtet, ist sie zulässig, aber unbegründet. Die nachträgliche Anordnung der Beklagten gegenüber der Klägerin, die Immissionsbegrenzungen von nachts 45 dB (A) auch für die WEA 1 nicht zu überschreiten, ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Diese nachträgliche Anordnung stellt einen eigenständig anfechtbaren Verwaltungsakt dar und konnte daher im Wege der Anfechtungsklage angegriffen werden.

Rechtsgrundlage für die nachträgliche Anordnung ist § 17 Abs. 1 Satz 2 BImSchG. Dieser eigenständige Verwaltungsakt, der ausschließlich die bereits betriebene WEA 1 betrifft, ist formell rechtmäßig. Er genügt (noch) den Bestimmtheitsanforderungen, auch wenn die nachträgliche Anordnung nicht als solche bezeichnet ist, sondern nach außen den Anschein der Zugehörigkeit zu der neu erteilten Genehmigung erweckt. Bei verständiger Würdigung ist der gesamte Bescheid aber dahingehend auslegungsfähig, dass die Regelungen für die WEA 1 und die WEA 4 unabhängig voneinander Rechtswirkungen entfalten sollen. Dass die Rechtsgrundlage nicht ausdrücklich genannt ist, ist unschädlich, da diese jedenfalls unter "B.2. Immissionsschutzrechtliche Hinweise" Erwähnung findet. Auch ist vor Erlass der nachträglichen Anordnung keine ausdrückliche Anhörung der Klägerin gemäß § 28 VwVfG erfolgt. Allerdings war diese hier der Sache nach schon entbehrlich, da die Klägerin spätestens durch das Schreiben des Beklagten vom 12. Mai 2005 (Bl. 80 d. Beiakte A) Kenntnis davon hatte, dass auch bei der WEA 1 eine Schallreduzierung erforderlich ist. Sie konnte daher Anhörungsrechte wahrnehmen und tat dies, vertreten durch Herrn J., ausweislich eines Vermerks des Beklagten am 19. Mai 2005 (Bl. 83 d. Beiakte A), indem sie vortrug, die Absenkung von 50 dB(A) auf 45 dB(A) nicht nachvollziehen zu können.

Auch in materieller Hinsicht ist die Anordnung rechtmäßig. § 17 Abs. 1 Satz 2 BImSchG lässt nachträgliche Anordnungen zu, wenn festgestellt wird, dass die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft nicht ausreichend vor schädlichen Umwelteinwirkungen oder sonstigen Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen durch die in Rede stehende Anlage geschützt ist. Voraussetzung ist daher, dass durch die Anlage konkret bzw. belegbar und nicht nur potentiell schädliche Umwelteinwirkungen ausgelöst werden, dass also der Anlagenbetreiber gegen die Schutz- und Abwehripflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG oder eine diese Pflicht konkretisierende Norm verstößt (vgl. Jarass, BImSchG, 6. Aufl., § 17 Rn. 12). Eine schädliche Umwelteinwirkung durch Geräusche und eine dadurch verursachte erhebliche Lärmbelästigung im Sinne dieser Bestimmung liegt gemäß §§ 3, 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG wie oben bereits ausgeführt regelmäßig dann vor, wenn die Richtwerte der TA Lärm überschritten werden. Dies ist beim Betrieb der WEA 1 im Außenbereich der Fall, wenn der für dieses Baugebiet vorgesehene Immissionsrichtwert von 45 dB(A) zur Nachtzeit überschritten wird. Eine Überschreitung dieses Werts liegt ausweislich des Gutachtens des IEL vom 4. März 2004 an den Immissionspunkten IP 1 und IP 2 vor, wenn die WEA 1 nicht schallreduziert mit einem Schalleistungspegel von 90 dB(A) betrieben wird.



Überschreitet demnach der Betrieb der WEA 1 die in der TA Lärm festgelegten Grenzwerte jedenfalls nachts, so hat der Beklagte auch zu Recht die nachträgliche Anordnung erlassen. § 17 Abs. 1 Satz 2 BImSchG schreibt vor, dass die Behörde nachträgliche Anordnungen treffen "soll". Anerkanntermaßen sind derartige "Soll-Vorschriften" so zu verstehen, dass im Regelfall bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von der gesetzlichen Rechtsfolge Gebrauch zu machen ist und die Behörde nur in Ausnahmefällen bzw. atypischen Situationen davon absehen darf (vgl. Jarass, BImSchG, 6. Aufl., § 17 Rn. 50).

Für einen Ausnahmefall oder eine atypische Situation sind vorliegend aber keine Anhaltspunkte ersichtlich. Der von der Klägerin vorgetragene Einwand, durch die vorgeschriebene Schallreduzierung werde ihr Immissionsschutz geradezu gegen ihren Willen aufgedrängt, ist angesichts des mit der nachträglichen Anordnung verfolgten Schutzes der Nachbarschaft, zu welcher die Gesellschafter der Klägerin gehören, aus den unter 1) genannten Gründen entkräftet. Zwar kann ein atypischer Umstand durchaus dadurch begründet werden, dass der Betroffene in die Beeinträchtigung einwilligt (vgl. Jarass, BImSchG, 6. Aufl., § 17 Rn. 50). Dieser Verzicht auf den Schutz vor erheblichen Immissionen ist hier jedoch wie ausgeführt nicht möglich, weil die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte endgültige Konfliktlösung (vgl. BVerwG, Beschluss vom 23. Januar 2002 - 4 BN 3/02 - juris) nicht gesichert ist. Ohne diese, die WEA 1 betreffende Maßnahme wäre im Übrigen die Genehmigungsfähigkeit der WEA 4 in Frage gestellt. Der Beklagte hatte daher keine andere Möglichkeit, als die streitige Auflage zu erlassen, um die offensichtlich gewollte Genehmigung der WEA 4 nicht versagen zu müssen.