

## Änderungsgenehmigung, Turbulenzen, Standsicherheit, UVP-Vorprüfung, Notwendigkeit Neugenehmigung

### OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 24. Januar 2023 – OVG 3a S 1/23

1. Für die Typänderung einer ursprünglich genehmigten, aber nicht schon errichteten Windenergieanlage kann bei Betrachtung des Einzelfalls eine Änderungsgenehmigung statt einer Neugenehmigung ausreichend sein. (Rn.6)
2. Nur wegen der tatsächlichen Probleme, Änderungen nach Errichtung der genehmigten Windkraftanlagen ohne einen Rückbau zu realisieren, sind Änderungen vor Ausnutzung der erteilten Genehmigung nicht per se ausgeschlossen. (Rn.8)
3. Es spricht vieles dafür, dass Kompensationsmaßnahmen bis hin zu Ersatzgeldzahlungen ausnahmsweise dann im Rahmen einer Vorprüfung Berücksichtigung finden können, wenn die zugrundeliegenden Umweltauswirkungen bereits in vorgelagerten Umweltprüfungen oder anderen rechtlich vorgeschriebenen Untersuchungen hinreichend geprüft wurden. (Rn.13)
4. Ob der Vorhabenträger Vermeidungsmaßnahmen selbst vorgeschlagen hat oder nicht, ist nicht erheblich. Bedeutsam ist allein, ob diese Maßnahmen rechtverbindlich für den Vorhabenträger festgesetzt sind. Ob er die im Genehmigungsbescheid festgesetzten Maßnahmen tatsächlich umsetzt, ist eine Frage der Vollzugskontrolle. (Rn.15)  
(amtliche Leitsätze)

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Beigeladenen (Unternehmen der Windenergiebranche) wurde am 21. September 2021 eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung für drei Windenergieanlage (WEA) erteilt. Mit der Änderungsgenehmigung gingen eine Typänderung von Vestas V150 zu Nordex N149, eine Erhöhung der Nennleistung von 4,5 MW auf 5,6 MW, eine Erhöhung der Nabenhöhe von 164 m auf 166 m und eine Vergrößerung des Rotordurchmessers von 149,1 m auf 150 m einher. Das im Genehmigungsverfahren vorgelegte Gutachten zu den Schallimmissionen stellte fest, dass eine Verbesserung gegenüber der ursprünglichen Genehmigung vorliege. Zudem lag der Genehmigung ein Turbulenzgutachten vom 13. August 2019 samt Plausibilitätsprüfung vom 30. März 2020 zugrunde. Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin von WEA, die sich in räumlicher Nähe zu den von der Änderungsgenehmigung umfassten WEA befinden. Sie wendete sich gegen die Änderungsgenehmigung vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg mit einem Eilantrag gem. § 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 Satz 1 VVGO.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Berlin-Brandenburg lehnte den Antrag ab; dieser sei zwar zulässig, aber unbegründet. (Rn. 1)

Das OVG ging darauf ein, dass i. R. d. Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse sowie dem Interesse der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehung und dem Aufschubinteresse des Antragstellers vorliegend schon § 63 BImSchG mit zu bedenken sei. Dieser sei im Zuge des Investitionsbeschleunigungsgesetzes<sup>1</sup> erlassen worden und impliziere eben gerade, dass Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Zulassung einer WEA keine aufschiebende Wirkung haben. Absicht der Regelung sei laut Gesetzesbegründung, dass Zulassungsverfahren beschleunigt werden, um so durch ein schnelleres Erreichen der Ausbauziele hinsichtlich der Windenergienutzung die Energiewende voranzutreiben.<sup>2</sup> Auch § 67 BImSchG widerspreche dem nicht. Folglich überwiege hier das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung. (Rn. 3 ff.)

Für die Frage, ob eine Änderungsgenehmigung ausreiche oder eine Neugenehmigung gebraucht werde, sei der Anlagenbegriff in § 1 der 4. BImSchV i. V. m. Nr. 1.6.2 des Anhang 1 zur 4. BImSchV entscheidend, denn eine wesentliche Änderung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BImSchG liege vor, wenn die Lage, die Beschaffenheit oder der Betrieb der Anlage

<sup>1</sup> Gesetz zur Beschleunigung von Investitionen v. 3.12.2020, [BGBl I v. 9.12.2020, S. 2694](#).

<sup>2</sup> BT-Drucks. 19/22139, S. 25.

geändert oder erweitert werden und dadurch für die Prüfung der Erfüllung der Betreiberpflichten erhebliche nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können. Vorliegend ließen alle Änderungen, die mit Änderung der WEA einhergingen, selbst in einer Kumulation den Charakter der ursprünglichen Genehmigung unter Einbeziehung von Nr. 1.6.2 des Anhang 1 zur 4. BImSchV nicht entfallen. Insbesondere sei die Änderungsgenehmigung einer WEA dann möglich, wenn die Ausgangsgenehmigung - wie vorliegend - noch nicht ausgenutzt worden sei. (Rn. 8 f.)

Die von der Antragstellerin angenommenen Produktionsverluste ihrer WEA aufgrund einer Erhöhung der Turbulenzintensität der streitgegenständlichen Änderungsgenehmigung, müssten ein mehr als nur unerhebliches Maß erreichen, um das Rücksichtnahmegebot zu verletzen. Dies sei vorliegend bei 4,02% Produktionsverlust nicht ersichtlich. (Rn. 11)

Das Gericht hielt fest, dass der Antragstellerin kein Aufhebungsanspruch aus § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b, Satz 2 UmwRG zustehe. Das Gericht prüfe hier lediglich, ob die UVP-Vorprüfung gem. § 7 UVPG durchgeführt wurde und im Ergebnis plausibel sei. Richtig sei in diesem Zusammenhang, dass innerhalb einer Vorprüfung untersuchte Kompensationsmaßnahmen (Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen) die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung grundsätzlich nicht entfallen lassen könnten. Schließlich könnten gem. § 7 Abs. 5 Satz 1 UVPG n.F. lediglich Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen zur Verneinung der Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht führen. Kompensationsmaßnahmen könnten dies nicht. Hierbei komme es im Übrigen nicht darauf an, ob der Vorhabenträger selbst die Vermeidungsmaßnahmen vorschlage. Wichtig sei nur, dass sie i. R. d. Genehmigung rechtsverbindlich umzusetzen seien. (Rn. 12 ff.)

## Fazit

In der vorliegenden Entscheidung wäre es wünschenswert gewesen, dass das OVG sich eindeutiger dahingehend positioniert, dass durch Änderungen, wie sie im vorliegenden Fall vorlagen, regelmäßig keine zusätzlichen erheblichen Umweltauswirkungen zu erwarten sind, die die Erheblichkeitsschwelle des § 9 Abs. 1 Nr. 2 UVPG überschreiten und damit zu einer UVP-Pflicht des Änderungsvorhabens führen. Vor dem Hintergrund, dass sich WEA in einem sehr schnellen Tempo technisch weiterentwickeln, käme der Annahme einer UVP-Pflicht in Konstellationen wie der Vorliegenden eine große Tragweite zu und führten so zu einer Entwertung des Beschleunigungspotenzials von § 16b Abs. 7 BImSchG. Im Ergebnis bleibt daher lediglich festzuhalten, dass in zukünftigen Rechtsprechungen zu beobachten ist, wie mit diesen Anforderungen umgegangen wird und ob sich diese Lesart des OVG Berlin-Brandenburg durchsetzt.

Aufgrund der vorliegenden Rechtsprechung des OVG ist Vorhabenträgern anzuraten, Maßnahmen der Vorprüfung auch in der Genehmigung festhalten zu lassen. Die Bestätigung des Gerichts, dass Kompensationsmaßnahmen sowie Ersatzgeldzahlungen ausnahmsweise im Rahmen einer UVP-Vorprüfung Berücksichtigung finden können, ist nachvollziehbar. Hier findet das OVG klare Worte und erlaubt dies für den Fall, dass die zugrundeliegenden Umweltauswirkungen bereits in vorgelagerten Umweltprüfungen oder anderen rechtlich vorgeschriebenen Untersuchungen hinreichend geprüft wurden.

Als positiv zu bewerten ist die Tatsache, dass das Gericht hier § 63 BImSchG auf Widersprüche anwendet, die zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits erhoben waren. Im Sinne der Vorschrift kommt folglich dem Widerspruch und der Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Zulassung einer WEA mit einer Gesamthöhe von 50 m keine aufschiebende Wirkung zu.<sup>3</sup> Darüber hinaus sieht das OVG Berlin-Brandenburg § 63 BImSchG auf Änderungsgenehmigungen für anwendbar. Zu betonen ist auch, dass das OVG i. R. d. Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse sowie dem Interesse der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehung und dem Aufschubinteresse des Antragstellers, § 63 BImSchG besondere Berücksichtigung einräumt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE235000580>

<sup>3</sup> So z. B. auch VGH Mannheim, Beschl. v. 21.1.2022 – 10 S 1861/21 (in Rundbrief 1/2022 besprochen).