

UVP-Vorprüfung, Fledermäuse, Abschaltzeiten, Abstandsfläche, Standortalternative, intendiertes Ermessen, Gebot der Rücksichtnahme

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 7. Juni 2023 – OVG 3a A 57/23

Dass die Genehmigung einer Windenergieanlage, bezogen auf Fledermäuse, keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen hat, ist plausibel, wenn die Windkraftanlage gemäß einer Nebenbestimmung in der Genehmigung im Zeitraum vom 15. Juli bis zum 15. September bei Windgeschwindigkeiten in Gondelhöhe unterhalb von 5,0 m/s und bei einer Lufttemperatur von 10°C im Windpark ohne Niederschlag eine Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang abzuschalten ist. (Rn.22) (amtlicher Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene beantragte beim Beklagten (Genehmigungsbehörde), ihr unter Gewährung einer Abweichung von den Vorgaben des Abstandsflächenrechts eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage (WEA) zu erteilen. Das Vorhabengrundstück grenzt unmittelbar an das Grundstück der Klägerin an. Die geplante WEA soll in unmittelbarer Nähe zur südlichen Grenze des Flurstücks der Klägerin so errichtet werden, dass die ungekürzten Abstandsflächen auf das Grundstück der Klägerin fielen. Der Beklagte gab im Amtsblatt bekannt, dass für das Vorhaben keine UVP-Pflicht bestehe und erteilte der Beklagte die immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Nach Nebenbestimmung Nr. 6.4 ist die WEA zum Schutz von Fledermäusen unter bestimmten Bedingungen im Zeitraum vom 15. Juli bis zum 15. September eine Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang abzuschalten. Zudem wurde dem Antrag der Beigeladenen zur „Reduzierung der Abstandsflächen (von 154,6 m auf 82,6 m) nach einer Ermessensausübung stattgegeben. Gegen die Genehmigung der zwei WEA legte die Klägerin Widerspruch ein. Als Eigentümerin des benachbarten Flurstücks machte sie geltend, dass sie dieses Grundstück für das Repowering einer WEA nutzen möchte. Mit Widerspruchsbescheid wies der Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Hiergegen wendete sich die Klägerin mit einer Anfechtungsklage vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg und beantragte, die Genehmigung aufzuheben. Der Beklagte und die Beigeladene beantragten, die Klage abzuweisen.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG wies die Klage ab. Diese sei zwar zulässig, aber unbegründet. (Rn. 17) Das Gericht hielt fest, dass für eine durchzuführende UVP-Vorprüfung nicht entscheidend sei, ob ein hinzutretendes kumulierendes Vorhaben gem. § 11 UVPG oder ein Änderungsvorhaben gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 UVPG vorliege. Allein aufgrund der Größen- und Leistungswerte der genehmigten WEA sei eine UVP-Pflicht nicht erreicht bzw. überschritten. Zudem habe hier die durchgeführte allgemeine Vorprüfung nicht ergeben, dass das Vorhaben zusätzlich erheblich nachteilige oder andere erheblich nachteilige Umweltauswirkungen hervorrufen könne. (Rn. 19) Das Gericht befand das Ergebnis der Vorprüfung, bezogen auf die Auswirkungen des Vorhabens, für plausibel. (Rn. 20)

Aufgrund der Nebenbestimmungen mit Abschaltungen der WEA ab eine Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang vom 15. Juli bis zum 15. September bei Windgeschwindigkeiten in Gondelhöhe unterhalb von 5,0 m/s und bei einer Lufttemperatur von 10°C ohne Niederschlag sei vorliegend durch den Beklagten nachvollziehbar die Auffassung vertreten worden, dass die WEA keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen in Bezug auf Fledermäuse haben könne. (Rn. 22) Hinsichtlich des Alters der Daten eines vorgelegten artenschutzfachlichen Gutachtens, hielt das OVG fest, dass diese auch sechs bis sieben Jahre alt sein können, wenn kein Nutzungs- und Strukturwandel stattgefunden habe und zudem keine wesentlichen Veränderungen der Standortbedingungen eingetreten seien. (Rn. 23) Ungeachtet dessen, sei vorliegend der Fledermausschutz alleine aufgrund der umfangreichen Abschaltungen genügend berücksichtigt. (Rn. 24)

Die Klägerin sei vorliegend auch nicht in ihren eigenen Rechten verletzt. Zwar haben bauordnungsrechtliche Abstandsflächen drittschützende Wirkung, jedoch seien gem. § 6 Abs. 11 i. V. m. § 67 BbgBO Abweichungen davon möglich,

wenn die Schutzziele der Abstandsflächen trotzdem berücksichtigt werden. Eine atypische Grundstückssituation sei dafür nicht notwendig. (Rn. 28 f.) Sowohl die formellen (Benachrichtigung der Nachbarn) als auch die materiellen Voraussetzungen einer solchen Abweichung seien hier gegeben. Schließlich seien Abstandsflächen dafür notwendig, ausreichende Belichtung und Belüftung sowie einen angemessenen „Sozialabstand“ und auch Brandschutz zu gewährleisten. Insbesondere die Kriterien der Belichtung, Belüftung und des Wohnfriedens würden bei WEA im Außenbereich jedoch keine Wichtigkeit haben, hielt das Gericht fest. (Rn. 32 f.) Zudem liege die Nutzung der Windenergie i. S. d. § 2 Satz 1 EEG 2023 im überragenden öffentlichen Interesse und diene der öffentlichen Sicherheit. In dieser Funktion sei sie in die vorliegende Schutzgüterabwägung einzustellen. Auch die Klägerin mache hier zwar Windenergienutzung auf ihrem Grundstück geltend, jedoch betreffe dies ein in der Zukunft liegendes Repowering-Vorhaben, das nicht die gleiche Wichtigkeit habe wie das Vorhaben des Beklagten, das eine aktuelle Neugenehmigung umfasse. Schließlich sei es auch ein öffentliches Interesse, dass die Klimaziele schnell erreicht werden. (Rn. 36 f.)

Fazit

Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der geltende § 6 Abs. 1 Satz 2 WindBG, festlegt, dass Daten „[...] zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag nicht älter als fünf Jahre sind. [...]“ ist es interessant, dass das OVG Berlin-Brandenburg in dieser Entscheidung daran festhält, dass Daten auch älter als fünf Jahre sein dürfen. Die Zulässigkeit der älteren Daten hatte sich in den letzten Jahren in der Rechtsprechung entwickelt. Es ist jedoch fraglich, ob sie nach Einführung des § 6 WindBG weiterhin berechtigt ist. Das OVG scheint die nun geltenden gesetzliche Einschränkung auf fünf Jahre –i. R. d. § 6 WindBG vorliegend nicht erkannt zu haben, denn es diskutiert diesen Zusammenhang nicht. Es bleibt folglich mit Interesse zu verfolgen, wie andere OVGs mit dieser Unstimmigkeit umgehen.

Zudem bestätigte das Gericht, dass die Abschaltungen von 15. Juli bis 15. September in der Nachtzeit ausreichend seien, um hinsichtlich des Schutzes von Fledermäusen keine erheblichen nachteilige Umweltauswirkungen der WEA zu bewirken. Dies gelte sogar, obwohl die streitige WEA innerhalb eines Flugkorridors für Fledermäuse errichtet werden sollte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Parameter in einem Erlass vom Mai 2023 für Brandenburg nun geändert haben.¹ Kap 2.3.1 des Erlasses sieht vor, dass der Abschaltzeitraum von WEA in Funktionsräumen besonderer Bedeutung die Zeit vom 1. April bis 31. Oktober eines Jahres umfasst. In Funktionsräumen allgemeiner Bedeutung wird der Abschaltzeitraum auf die Schwärm- und Zugzeiten vom 11. April bis 31. Mai und vom 1. Juli bis 15. Oktober eines Jahres beschränkt. Im Ergebnis sei – jedenfalls nach der notwendigen Plausibilitätsprüfung – sichergestellt, dass das Kollisions- und Tötungsrisiko für Fledermäuse gem. § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG hinreichend reduziert werde. Angesichts der teilweise erfolgten Standardisierung im Artenschutzrecht erscheint dies vertretbar und sorgt wegen des Abstellens auf die Vorgaben eines Landeserlasses für Rechtssicherheit.

Darüber hinaus sind die Ausführungen zu den Voraussetzungen einer Abweichung von den Abstandsflächen und Abständen gem. § 6 Abs. 11 i. V. m. § 67 BbgBO wichtig. Hier bestätigte das OVG nochmals, dass die bauordnungsrechtlichen Vorgaben bezüglich der Abstandsflächen für WEA eigentlich nicht notwendig seien. Es wäre wünschenswert, dass auf Bundesebene eine solche Ausnahme von den bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen für WEA im Außenbereich in der Musterbauordnung verankert werden würde.²

Des Weiteren zog das OVG in seiner Entscheidung i. R. d. Abwägung des Interesses des Vorhabenträgers an der Realisierung der geplanten WEA mit den Interessen der Grundstücksnachbarn, § 2 EEG 2023 heran und betonte nochmals, dass ein schneller Zubau von WEA notwendig sei um die Klimaziele zu erreichen. Interessant ist ebenso die Gegenüberstellung von aktuellen und zukünftigen Vorhaben im Rahmen von § 2 EEG, innerhalb derer das OVG eine klare Aussage traf. Die Nichtanwendbarkeit von § 2 EEG im Rahmen des Prioritätsprinzips ist eine ebenfalls begrüßenswerte Klarstellung.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE230050035/part/L>

¹ MLUK Brandenburg (2023): *Anlage 3 Anforderungen an den Umgang mit Fledermäusen im Rahmen von Planungs- und Genehmigungsvorhaben zu Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen im Bundesland Brandenburg (Fledermäuse und WEA)*.

² In Mecklenburg-Vorpommern ist dies schon geschehen, siehe [§ 6 Abs. 1 Satz 3 LBauO-MV](#).