

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.] Stralauer Platz 34 | 10243 Berlin

Stadt Beeskow
Herrn Bürgermeister Frank Steffen
Berliner Straße 30
15848 Beeskowper E-Mail: frank.steffen@beeskow.de

Berlin, 16.11.2022

Unser Zeichen: 000613-20 /MB /CS

Dokumentenummer: 666884

Genehmigungsverfahren für die Errichtung von 4 Windenergieanlagen (WEA), Schreiben des LfU vom 28.09.2022 zur Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens, Ihr Schreiben vom 20.10.2022, unsere Telefonate

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Steffen,

Sie haben uns gebeten zu prüfen, ob die Stadt Beeskow das Einvernehmen im Genehmigungsverfahren gegenüber dem Landesamt für Umwelt (LfU) versagen kann, weil die Stadt Beeskow im Entwurf des Bebauungsplans geringere Höhen für die Anlagen vorgesehen hat und/oder ob sich dafür weitere Gründe ergeben.

Im Ergebnis ergibt sich u.E. nach den vorliegenden Informationen keine Befugnis der Stadt Beeskow, das gemeindliche Einvernehmen zu versagen. Die Stadt Beeskow sollte aber auf noch auf abschließend zu klärende Punkte zum Artenschutz hinweisen (vgl. unter II.3.).

Unabhängig davon ist nach den vorliegenden Informationen momentan offen, ob die Errichtung und der Betrieb der beantragten WEA genehmigungsfähig ist.

Im Einzelnen:

BerlinEnergieForum Berlin
Stralauer Platz 34
10243 Berlin
Tel. 030 726 10 26 0
Fax. 030 726 10 26 10
berlin@ggsc.de
www.ggsc.de**Berlin**Prof. Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Prof. Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Linus Viezens
Till Schwerkolt
Dr. Manuel Schwind
Dr. Benjamin Tschida
Franziska Kaschluhn
René Hermann
Daniela Weber
Gina Benkert
Stefanie Jauernik
Linda Reiche
Janna Birkhoff
Ida Oswald
Henriette Albrecht
Felix Anlauf
Felix Brannaschk, LL.M.
Sarah Hoesch
Maike Raether
Christian Steinhäuser, M.A.**Augsburg**Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Prof. Dr. Valentin Köppert, LL.M.

Eine Gemeinde kann ihr Einvernehmen versagen, wenn sich der Grund für die Verweigerung aus den bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 31, 33, 34, 35 BauGB ergibt (vgl. § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB).

Vorliegend kommen der sich in Aufstellung befindliche Bebauungsplan (I.) sowie weitere Gründe in Betracht (II.)

I. Bebauungsplanverfahren „Windpark Schneeberg“

Bisher liegt noch kein Satzungsbeschluss vor. In dem B-Plan ggf. festgesetzte Höhenbeschränkungen können daher keinen Versagungsgrund liefern.

Der Gesetzgeber hat für die Konstellationen von laufenden B-Planverfahren die Veränderungssperre gem. § 14 BauGB vorgesehen. Diese kann nach herrschender Meinung den Grund für eine Versagung des gemeindlichen Einvernehmens geben (*Dürr*, in: Prügelmann, BauGB, § 36 Rn. 47 m. w. N.). Die letzte verlängerte Veränderungssperre ist allerdings am 23.05.2021 abgelaufen.

Dennoch besteht grundsätzlich trotz einer erschöpfenden zweimaligen Verlängerung nach § 21 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 BauGB die Möglichkeit, eine neue Veränderungssperre zu beschließen (§ 17 Abs. 3 BauGB). Dafür müssen die Voraussetzungen für den Erlass der Veränderungssperre fortbestehen. Gerade bei einer mehrfachen Verlängerung müssen dafür besondere Umstände vorliegen, um den Anforderungen des Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG gerecht werden zu können (*Kment*, in: Jarass/Kment, BauGB, 3. Auflage 2022, § 17 Rn. 4). Je länger die Sperre bereits andauert, desto höher sind die Anforderungen, die an die Begründung besonderer Umstände zu stellen sind.

Vorliegend ließe sich immerhin die durch das Normenkontrollverfahren ausgelöste Rechtsunsicherheit anführen. Der Stadt Beeskow dürfte es insoweit zumutbar gewesen sein, das Verfahren zunächst auszusetzen. Andererseits ist offen, ob ein B-Plan aktuell überhaupt mit den regionalplanerischen Vorgaben vereinbar und die vorgesehenen Höhenbeschränkungen rechtlich zulässig wären (vgl. Stellungnahme [GGSC] vom 08.11.2022).

Allerdings würde die Stadt Beeskow sich bei einer weiteren Verlängerung der ursprünglich am 02.05.2017 erstmals erlassenen Veränderungssperre dem Risiko aussetzen, den betroffenen Unternehmen eine Entschädigung zahlen zu müssen. Dauert die Veränderungssperre länger als vier Jahre, wird eine Pflicht zur Entschädigung der Stadt Beeskow gem. § 18 Abs. 1 BauGB ausgelöst. Angesichts der bereits mit der Einleitung eines Genehmigungsverfahrens verbundenen hohen Kosten, dürfte sich hier bei einer weiteren

Verlängerung ein nicht unerhebliches wirtschaftliches Risiko für die Stadt Beeskow ergeben.

II. Sonstige Gründe für die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens

Möglicherweise könnte die Stadt Beeskow das gemeindliche Einvernehmen aus anderen Gründen versagen.

Das landesrechtliche Moratorium ist allerdings kein bauplanungsrechtlicher Grund, auf den sich die Stadt berufen kann (1.). Aufgrund der neuen Wertung des Gesetzgebers in § 2 EEG dürfte das Landschaftsbild als Versagungsgrund nicht ausreichend belastbar sein (2.). Wegen der durch die 4. Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes eingeführten Standardisierung der Artenschutzprüfung für Brutvögel dürfte gleiches auch für Gründe des Artenschutzes gelten (3.).

1. Moratorium ist kein Versagungsgrund für die Stadt Beeskow

Seit der Veröffentlichung im Amtsblatt am 20.07.2022 gilt das landesrechtliche Moratorium gem. § 2c Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung (RegBkPIG, Amtsblatt für Brandenburg, 33. Jhrg., Nr. 28, S. 622). Danach ist die Genehmigung raumbedeutsamer WEA in der gesamten Region zur Sicherung der in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung vorläufig unzulässig.

Das Moratorium nach § 2c Abs. 1 Satz 3 RegBkPIG ergibt keinen entgegenstehenden öffentlichen Belang i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB, auf den sich die Stadt Beeskow für eine Versagung ihres Einvernehmens berufen kann. Sinn und Zweck des gemeindlichen Einvernehmens ist die Sicherung der Planungshoheit der Gemeinde. § 2c Abs. 1 Satz 3 RegBkPIG dient allerdings der Sicherung der Regionalplanung. Das Moratorium ist damit kein Sicherungsinstrument einer Gemeinde.

Die Stadt Beeskow kann sich vorliegend auch nicht auf § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB berufen. Danach dürfen raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Um als widersprechendes Ziel der Raumordnung gelten zu können, muss der Raumordnungsplan allerdings sachlich und räumlich hinreichend konkret sein und über bloße Planaussagen hinausgehen (*BVerwG*, Urteil vom 20.01.1984 – Az. 4 C 70/79). Ein entsprechender Entwicklungsstand ist bei dem aktuell in Aufstellung befindlichen Teilregionalplan „Erneuerbare Energien“ momentan noch nicht erkennbar.

Im Übrigen steht aktuell nicht fest, ob und in welchem Umfang das Moratorium (noch) ein Genehmigungshindernis darstellt.

Nach letzten – allerdings nur mündlichen Informationen – des LfU soll das Land Brandenburg sogar planen, § 2c Abs. 1 Satz 3 RegBkPIG aufzuheben. Entsprechende Aktivitäten können wir allerdings aus den verfügbaren Medien nicht ableiten.

Im Übrigen prüft das LfU wohl regelmäßig auch ohne Antrag des Vorhabenträgers, ob eine Ausnahme nach § 2c Abs. 2 RegBkPIG zu erteilen wäre. Laut gemeinsamen Rundschreiben von August 2019 (Amtsblatt für Brandenburg, 30. Jhrg, Nr. 33, S. 819 ff.) fordert die Genehmigungsbehörde die gemeinsame Landesplanungsbehörde immer auf zu prüfen, ob eine Ausnahme zugelassen werden kann. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme liegen vor, wenn und soweit die Genehmigung der WEA nicht befürchten lässt, dass die Realisierung der WEA die in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung unmöglich macht oder wesentlich erschwert. Die Ausnahme ist sogar regelmäßig zuzulassen, wenn die beantragten WEA innerhalb eines vorgesehenen Eignungsgebiets liegen.

Nach den derzeit fehlenden Informationen über den zukünftigen Zuschnitt des neuen Teilregionalplanes lässt sich für uns momentan nicht ausreichend belastbar vorhersagen, wie die Chancen für die Erteilung einer solchen Ausnahme stehen.

2. Landschaftsbild

Die Stadt Beeskow könnte sich grundsätzlich auf Aspekte des Landschaftsbildes berufen. Das Landschaftsbild ist ein öffentlicher Belang gem. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB. Erforderlich ist eine Abwägung zwischen dem Zweck des Vorhabens und dem öffentlichen Belang, wobei die Privilegierung von Windrändern im Außenbereich durch den Gesetzgeber zu berücksichtigen ist (*BVerwG*, Urteil vom 22.09.2016 – Az. 4 C 2/16, BeckRs 2016, 55910, Rn. 38 m. w. N.). Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, dass gem. § 2 EEG die Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen. Es bedarf demnach überragend wichtiger Gründe, um die Genehmigung unter Berufung auf das Landschaftsbild zu versagen (vgl. auch Stellungnahme [GGSC] vom 08.11.2022, Seite 4 ff.).

Wie bereits ausgeführt, ergeben sich nach den bisherigen Untersuchungsergebnissen keine ausreichend belastbaren Anhaltspunkte dafür, dass Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes der Genehmigung der WEA entgegenstehen. Dies gilt

für das Genehmigungsverfahren auch deshalb, weil als Ausgleich entsprechende Kompensationszahlungen vorgesehen sind (vgl. UVP-Bericht unter Ziffer 11.1.4, Seite 45 ff.).

3. Artenschutz

Der Artenschutz ist ebenfalls ein öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 Satz 5 BauGB, auf den sich die Stadt Beeskow grundsätzlich berufen kann.

Möglicherweise verstößt die Errichtung und der Betrieb der beantragten WEA gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot aus § 44 Abs. 1 BNatSchG.

Nach dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag kommen zwei geschützte Brutvogelarten im Gebiet der geplanten vier WEA (drei Rotmilan- und ein Weißstorchpaar) vor.

Mit der Novelle des BNatSchG hat der Gesetzgeber mögliche Verstöße gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot standardisiert. Insoweit gelten für Brutvogelvorkommen drei Zonen mit unterschiedlichen Beeinträchtigungswirkungen durch eine WEA (Nahbereich, Zentraler Prüfbereich, Erweiterter Prüfbereich).

Zwei Rotmilane brüteten im sogenannten „Erweiterten Prüfbereich“ (von 1.200 – 3.500 m). Dasselbe gilt für ein Weißstorchpaar (1.000 – 2.000 m).

Der Gesetzgeber knüpft an diese Einstufung die Vermutung, dass in der Regel das Tötungs- und Verletzungsverbot durch den Betrieb nicht verletzt ist. Ein anderes Ergebnis ergibt sich nur dann, wenn die Aufenthaltswahrscheinlichkeit der Exemplare in dem vom Rotor überstrichenen Bereich aufgrund artspezifischer Habitatnutzung deutlich erhöht und die Erhöhung nicht durch Schutzmaßnahmen hinreichend verringert werden kann (§ 45b Abs. 4 BNatSchG).

Gegen dies Vermutung sprechende Anhaltspunkte müsste die Genehmigungsbehörde ermitteln bzw. vortragen. Entsprechende Anhaltspunkte liegen uns aufgrund der übersandten Unterlagen nicht vor.

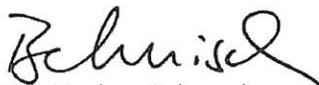
Ein weiteres Rotmilanpaar brütet im sogenannten „Zentralen Prüfbereich“ (500 – 1200 m). Danach ist in der Regel das Tötungs- und Verletzungsverbot verletzt, es sei denn die zunächst anzunehmende Risikoerhöhung lässt sich hinreichend durch anerkannte Schutzmaßnahmen mindern (§ 45b Abs. 3 BNatSchG).

Als entsprechende Maßnahmen sind nach dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag eine angepasste Betriebsweise während der Mahd der Grünflächen im Umland sowie eine Lenkungsfläche vorgesehen (a.a.O., S. 39 f.). Für derartige Maßnahmen ergibt sich gem. § 45b Abs. 3 BNatSchG eine Regelvermutung, dass bei Durchführung dieser Abschaltmaßnahme das Kollisionsrisiko ausreichend vermindert wird. Diese Maßnahmen sind zwar nicht direkt zugunsten des Rotmilans vorgesehen. Es dürfte aber davon auszugehen sein, dass entsprechende Abschalt- und Ablenkungsmaßnahmen auch das zunächst anzunehmende erhöhte Kollisionsrisiko für das Rotmilanpaar verringert.

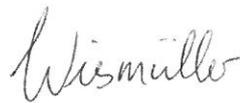
Gegen diese Vermutung sprechende Anhaltspunkte liegen nicht vor.

Hinsichtlich des innerhalb des Zentralen Prüfbereiches liegenden Rotmilanbrutplatzes bietet es sich an, dem LfU mitzuteilen, dass abschließend zu prüfen wäre, dass die vorgesehenen Abschalt- und Ablenkungsmaßnahmen auch zugunsten des Rotmilanbrutpaares wirken.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Markus Behnisch
Rechtsanwalt



Lea Wiesmüller
Rechtsanwältin