



Genehmigungsverfahren, Änderungen der Sach- und Rechtslage, Tötungsverbot, Bindungswirkung des Vorbescheids

OVG Koblenz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19.OVG

2. Für die Bestandserfassung und für die Ermittlung des Tötungsrisikos des Rotmilans durch Windenergieanlagen haben sich keine bestimmten Maßstäbe und Methoden im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14 –) derart durchgesetzt, dass eine hiervon abweichende Vorgehensweise als nicht mehr vertretbar anzusehen wäre. (...)

3. Der gerichtlichen Entscheidung über eine Klage gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung zugrunde zu legen. Spätere Änderungen zulasten des Anlagenbetreibers bleiben außer Betracht; nachträgliche Änderungen zugunsten des Betreibers sind jedoch ebenso zu berücksichtigen wie nachträglich gewonnene Erkenntnisse hinsichtlich der ursprünglichen Sachlage.

**4. Zur Einstufung des Wespenbussards als nicht windkraftsensibler Art.
(amtliche Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene beantragte Ende 2011 eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb dreier Windenergieanlagen, welchen sie hinsichtlich einer Anlage im späteren Verfahren zurücknahm. Geplant waren diese Anlagen an einem Standort, der sich in einer durch einen Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszone befand. Nach gerichtlicher Aufhebung der Konzentrationszone beantragte und erhielt die Beigeladene 2013 einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid hinsichtlich der baurechtlichen Zulässigkeit der Anlage. Der neue Flächennutzungsplan aus 2015 sieht für den Standort keine Konzentrationszone mehr vor. Ende 2016 erteilte die Beklagte der Beigeladenen die beantragte Genehmigung, welche artenschutzrechtliche Nebenbestimmungen zum Schutz von Wespenbussard und Schwarzstorch beinhaltet; letzterer hat sich mittlerweile an einem entfernten Standort angesiedelt.

Der Kläger, eine Naturschutzvereinigung, erhob sowohl gegen den Vorbescheid als auch die Genehmigung erfolglos Widerspruch. Das VG Koblenz¹ hingegen hob die Genehmigung in der Gestalt der Anfang 2018 ergangene Änderungsgenehmigung auf. Insbesondere sah das Gericht einen Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Störungs- und Tötungsverbot als gegeben an. Beigeladene und Beklagte begehren nunmehr im Wege der Berufung die Aufhebung des ergangenen Urteils.

Inhalt der Entscheidung

Das OVG Koblenz hob das Urteil aufgrund der zulässigen und begründeten Berufung auf.

Die Klage war nach Ansicht des OVG Koblenz unbegründet, da die Genehmigung insbesondere nicht gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoße. Zunächst ging das Gericht vorliegend von einem Erkenntnisdefizit von Wissenschaft und Praxis aus, sodass die Einschätzung der Fachbehörde maßgeblich sei. Diese habe sich vom Grundsatz her am naturschutzfachlichen Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in Rheinland-Pfalz und dem Leitfaden „Raumnutzungsanalyse Rotmilan– Untersuchungs- und Bewertungsrahmen für Windenergieanlagen“ orientiert. Die Behörde sei jedoch nicht strikt an die dort statuierten Leitlinien gebunden. Eine zwingende Verbindlichkeit nähme diese nicht für sich in Anspruch. Insbesondere sofern die reale Raumnutzung andere Schlüsse zulasse, könne diese eine Abweichung rechtfertigen. Zudem träfen die landesrechtlichen Vorgaben nicht zu allen relevanten Parametern Aussagen;

¹ [VG Koblenz](#), Urt. v. 11.4.2019 – 4 K 269/18.KO.

so besonders hinsichtlich der Schwellenwerte, für eine hohe Nutzungshäufigkeit oder zu Aufenthaltszeiten und kritischen Flughöhen. In diesen Bereichen verfüge die zuständige Behörde ebenfalls über Handlungsspielräume. Ähnliche Freiräume gewähre auch das Helgoländer Papier, welches lediglich „Abstandsempfehlungen“ gebe. (Rn. 53 ff.)

Das Gericht betont, dass zu den berücksichtigungsfähigen Änderungen der Sach- und Rechtslage nur diejenigen zählen, die sich zu Gunsten des Anlagenbetreibers auswirkten; so u.a. auch nachträglich gewonnene Erkenntnisse zur ursprünglichen Sachlage, wie bspw. die Ergebnisse der Raumnutzungsanalysen aus 2016 und 2020. Diese ergäben, dass von den genehmigten Anlagen kein signifikantes Tötungsrisiko für den Rotmilan ausgehe. (Rn. 80 ff.) Zum gleichen Ergebnis kommt das Gericht ebenfalls hinsichtlich des Schwarzstorches. Auch hier lägen nachträgliche, berücksichtigungsfähige Erkenntnisse vor. Spätestens zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung sei nämlich eine mehr als fünfjährige Nichtbesetzung des Horsts gegeben; sowohl in Bezug auf dessen letztmalige Nutzung als Brutstätte im Jahre 2012 als auch auf die Besetzung durch ein Nichtbrüterpaar im Jahre 2014. (Rn. 103 ff.) Daneben bestehe auch bezüglich des Wespenbussards kein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Ihn habe der Beklagte beanstandungsfrei als nicht windkraftsensiblen Art eingestuft und folgerichtig insoweit von einer Raumnutzungsanalyse abgesehen. (Rn. 119 ff.)

Ebenso wenig verstoße die Genehmigung gegen § 6 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 Satz 3 BauGB. Dem Vorhaben stünden insbesondere nicht die Darstellungen des Flächennutzungsplans aus 2015 entgegen. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit sei bereits durch den Vorbescheid aus 2013 abschließend entschieden worden. Dessen Bindungswirkung sei auch nicht durch die Standortverschiebung einer Windenergieanlage um 14 m entfallen. Diese sei objektiv geringfügig, da sie weniger als 10 % der Gesamthöhe der Anlage betrage. (Rn. 122 ff.)

Auch mit Blick auf die Zielfestsetzung Z 163g des Landesentwicklungsprogramms in der Fassung der 3. Teilfortschreibung aus Juli 2017 begegne die Genehmigung keinen rechtlichen Bedenken. Danach sollen Anlagen nur an solchen Standorten errichtet werden, an denen der Bau von mindestens drei Windenergieanlagen planungsrechtlich möglich sei. Die streitgegenständlichen Anlagen stünden bereits im räumlichen Verbund mit den bereits vorhandenen Windenergieanlagen. (Rn. 134 ff.)

Fazit

Aufbauend auf der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative² waren bereits mehrerer Oberverwaltungsgerichte mit dem signifikant erhöhten Tötungsrisiko windkraftsensibler Arten befasst. Hierbei zeigt sich bislang eine diverse Rechtsprechung. Zentrale Leitfrage ist hierbei zum einen, ob das Gericht eine eigene Prüfung der signifikanten Tötungsgefahr vornehmen kann, weil hinsichtlich einer konkreten Fachfrage ein hinreichend gesicherter Fachstand in Wissenschaft und Praxis besteht. Verneint man diese, folgt daraus eine faktische Grenze gerichtlicher Kontrolle und damit eine Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit zur Fachbehörde. Hierbei ist in einem zweiten Schritt die Bindung der Fachbehörde in ihrer Beurteilung an die landesrechtlichen Vorgaben zu prüfen.³ Auch in diesem Punkt zeigt sich die Diversität der Rechtsprechung und der Gestaltung von artenschutzrechtlichen Leitfäden bzw. Erlassen. Diese stärken grundsätzlich eine einheitliche Rechtsanwendung. Das hinterfragt auch der OVG Koblenz nicht grundsätzlich. Fraglich bleibt dennoch, wie mit Leitfäden umzugehen ist, wenn sich im Zuge dynamischer Anlagenentwicklung neue Fragen zu Standards und Methoden ergeben. Das Gericht nennt in diesem Zusammenhang u.a. die Frage nach kritischen Flughöhen; denn steigt die Anlagenhöhe vergrößert sich regelmäßig der rotorfreie Bereich, wodurch das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle sinken kann.⁴

Das Oberverwaltungsgericht befasst sich darüber hinaus mit der Bindungswirkung eines auf Bauplanungsrecht bezogenen Vorbescheids. Eine Frage war dort, inwiefern Standortverschiebungen⁵ die Verbindlichkeit

² Grundlegend dazu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, Rn. 28 (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

³ Ein Abweichungsbefugnis verneinend: OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2019 – 12 ME 57/19 (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen); VGH München, Urt. v. 10.8.2020 – 15 N 19/1377 (in Rundbrief [3/2020](#) besprochen).

⁴ Zur Korrelation Anlagenentwicklung und Tötungsrisiko: Ecoda, Modellhafte Untersuchungen zu den Auswirkungen des Repowerings von Windenergieanlagen auf verschiedene Vogelarten am Beispiel der Hellwegbörde, 2012, [S. IX-22 f.](#)

⁵ Besonders relevant im Kontext der Änderungsgenehmigung und -anzeige (siehe: Agatz, Windenergiehandbuch, 16. Aufl. 2016, [S. 19 f.](#); FA Wind, Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land – Wissenswertes für Genehmigungsbehörden, 2018, [S. 17](#)) und hinsichtlich der Bindungswirkung eines Bauvorbescheids (OVG Lüneburg, Urt. v. 8.5.2012 – 12 LB 265/10, [Rn. 41](#)).

eines Vorbescheids beeinträchtigen. Diese sieht das OVG Koblenz weiterhin als gegeben an, da die Verschiebung in Relation zur Anlagenhöhe unterhalb von 10 % liegt und damit geringfügig sei. In diesem Kontext beschäftigt sich das Gericht in verknappter Form mit einer Zielfestlegung hinsichtlich derer Windenergieanlagen nur an solchen Standorten errichtet werden dürfen, an denen der Bau von mindestens drei Anlagen im räumlichen Verbund planungsrechtlich möglich sind.⁶

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&show-doccase=1&doc.id=MWRE200004810&doc.part=L>

⁶ Zur Nichtigkeit einer harten Tabuzonenfestlegung, welche dann greift, wenn auf eine Fläche nicht mindestens drei Windenergieanlagen errichtet werden könne: BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18 (in Rundbrief [2/2019 besprochen](#)).