

## Genehmigungsverfahren, Artenschutzleitfaden, Visualisierung des Orts- und Landschaftsbilds, richterliche Kontrolle naturschutzfachlicher Risikoabschätzungen

### OVG Lüneburg, Beschluss vom 24. September 2021 – 12 ME 45/21

1. ....
2. **§ 63 BImSchG n. F. findet auch auf zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits erhobene Widersprüche Anwendung, wenn ihnen zu diesem Zeitpunkt – und sei es auch nur als Folge einer vor der Rechtsänderung bekanntgegebenen behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung – keine aufschiebende Wirkung mehr zukommt.**
3. **Vermag der Beschwerdeführer einer Darlegungsbeschwerde eine entscheidungstragende Argumentation des Verwaltungsgerichts zu entkräften, ist zwar grundsätzlich von Amts wegen zu prüfen, ob sich die erstinstanzliche Entscheidung aus anderen als den ihr beigegebenen Gründen als richtig erweist. Diese Prüfung führt aber in gerichtlichen Verfahren über Darlegungsbeschwerden, die dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz unterfallen, nicht stets zu einer umfassenden obergerichtlichen Kontrolle des angefochtenen Verwaltungsaktes.**
4. **Die gerichtliche Prüfung der Selbstbindung an den nds. Artenschutzleitfaden kann im Grundsatz erst (nachrangig) dort einsetzen, wo allgemein anerkannte fachliche Erkenntnisse in solchem Maße fehlen, dass sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken darf, und diese Kontrolle dazu geführt hat, dass der artenschutzfachliche Standpunkt der Behörde gerichtlich als plausibel zu akzeptieren ist.**
5. **Es ist nicht richtig, unabhängig von ihrem Urheber oder Einsender alle der Behörde vorliegenden Unterlagen, insbesondere auch Sachverständigengutachten, die nicht zu den Antragsunterlagen zählen, für nach § 10 Abs. 1 Satz 2 der 9. BImSchV auslegungspflichtig zu halten, sofern sie einen Beitrag zur Beurteilung der im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren entscheidungserheblichen Sachverhalte leisten.**
6. **Es gibt keine feste Beweisregel, nach der die Frage, ob dem Vorhaben der Errichtung und des Betriebs einer über 200 m hohen Windenergieanlage der öffentliche Belang einer Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) entgegensteht, nur auf der Grundlage einer „bestmöglichen Visualisierung“ beurteilt werden könnte.**
7. **Die Grenzen der richterlichen Kontrolle naturschutzfachlicher Risikoabschätzungen der Genehmigungsbehörde entfalten bereits im gerichtlichen Eilverfahren eine Filterfunktion, die zu einer weitgehenden rechtlichen Unerheblichkeit gerade solcher naturschutzfachlichen Kontroversen führt, die noch nicht abschließend ausgetragen sind.  
(amtliche Leitsätze)**
8. **Eine Abweichung vom Regelfall des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB scheidet nicht von vornherein aus, wenn die Rotoren einer WEA Grenzen eines Vorranggebietes geringfügig überschreiten, und diese überschrittene Grenze des Vorranggebietes von keinem harten Tabu getragen wird.  
(redaktioneller Leitsatz)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Antragsteller (eine rechtsfähige und nach § 3 UmwRG bundesweit anerkannte Umweltvereinigung) wehrt sich gegen sechs Windenergieanlagen (WEA), die der Beigeladenen durch den Beklagten im Juni 2020 genehmigt wurden. Die Standorte der Anlagen befinden sich in der Nähe von Horsten und Brutplätzen folgender Vogelarten: Wiesenweihe, Rohrweihe, Kranich, Rotmilan und Feldlerche sowie in der Nähe von Fledermäusen.

Zunächst legte der Antragsteller gegen die Genehmigungen Widerspruch ein und beantragte beim Verwaltungsgericht (VG) Lüneburg vorläufigen Rechtsschutz gegen die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigungen, was dieses ablehnte. Daraufhin beantragte der Antragsteller sinngemäß beim Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg die aufschiebende

Wirkung der Klage gegen die Genehmigungen anzuordnen, wohingegen der Antragsgegner und die Beigeladenen beantragten die Beschwerde zurückzuweisen.

### Inhalt der Entscheidung

Die Beschwerde hatte teilweise Erfolg und die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers wurde angeordnet, soweit durch die drei angefochtenen Genehmigungen vom 9. Juni 2020 in der Fassung der Klarstellungsbescheide vom 22. bzw. 23. September 2020 und der Widerspruchsbescheide vom 28. April 2021 der Betrieb der WEA 3 sowie ein Nachtbetrieb (22:00 Uhr bis 06:00 Uhr) der WEA 1 und der WEA 6 zugelassen werden. Im Übrigen wurde der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt. Die weiter gehende Beschwerde des Antragstellers wird zurückgewiesen. Die Beschwerde sei zulässig, aber nur in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang begründet. (Rn. 69)

Das Gericht stellte in Bezug auf die immissionsschutzrechtliche Problematik klar, dass an die im Genehmigungsverfahren vorzulegende Schallimmissionsprognose hohe Anforderungen zu stellen seien, da sie unter Beachtung des § 5 BImSchG kein Risiko eingehen dürfe und Unsicherheiten ausschließen müsse. Folglich müsse sich auch aus der Genehmigung selbst genau ergeben, welche konkreten betrieblichen Tätigkeiten und Nutzungen zugelassen seien, um zu gewährleisten, dass die Begrenzung der Immissionen nicht nur auf dem Papier stehe. Dies vorausgesetzt, seien die vom Antragsgegner formulierten Nebenbestimmungen nicht ausreichend, um Überschreitungen von Immissionsrichtwerten auszuschließen, denn die Vermessung des zu genehmigenden Anlagentyps fehle und folglich müsse eine Abnahmemessung erbracht werden. (Rn. 83 ff.) Die vom Antragsgegner angewendete modifizierte Formel für die Ermittlung der oberen Vertrauensbereichsgrenze in der Schallimmissionsprognose widerspräche der gängigen Praxis zusätzlicher Einzelzuschläge von 2 dB (A) oder einem höheren Gesamtzuschlag von 4,6 dB (A). (Rn. 99)

Hinsichtlich des Artenschutzrechts wiederholte das Gericht seine bisherige Rechtsauffassung, dass nämlich der niedersächsische Artenschutzleitfaden weder normkonkretisierend sei, noch den Status einer Fachkonvention besitze und daher lediglich die Behörden, nicht jedoch die Gerichte binde. (Rn. 103 ff.) Das Verwaltungsgericht habe hier fälschlicherweise eine Bindung an den Artenschutzleitfaden angenommen und folglich die vom Antragsgegner vorgenommene Bewertung des Tötungsrisikos für den Mäusebussard nicht auf Plausibilität geprüft. Vielmehr hätte hier geprüft werden müssen, ob es eine allgemein anerkannte Fachmeinung zur „Windenergiesensibilität“ des Mäusebussards gebe. Das OVG ließ jedoch offen, ob der Artenschutzleitfaden in dem Sinne zu verstehen sei, dass für alle dort nicht als „windkraftsensibel“ aufgelisteten Vogelarten im Regelfall ein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG verneint werden müsse. (Rn. 101 ff.) Ergänzend ging das Gericht darauf ein, dass auch andere Gründe gegen die vom VG angenommene Selbstbindung an den Artenschutzleitfaden beständen. So sei immer zu klären, ob eine Selbstbindung bereits durch den Aussagegehalt des Leitfadens beschränkt werde. Gegen ein abschließendes Verständnis der Auflistung im Leitfaden könnten nämlich zwei Punkte sprechen: 1. Der Wortlaut, der besagt, dass die Festlegung der WEA-empfindlichen Vogel- und Fledermausarten als nicht abschließend zu betrachten sei und 2., dass es andere fachliche Übersichten gebe, die Vögel insbesondere als schlaggefährdet betrachte, die es nicht in die niedersächsische Liste „windenergiesensibler“ Tiere geschafft haben. Die pauschale Ausklammerung bestimmter Arten von jeglicher Möglichkeit der Prüfung, vor allem mit der bloßen Begründung eines guten Erhaltungszustands, sei daher kritisch. (Rn. 108 ff.) Nach Ansicht des OVG gebe es jedenfalls keine allseits anerkannte naturschutzfachliche Auffassung in Bezug auf die Schlaggefährdung des Mäusebussards durch WEA. (Rn. 113)

In Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung äußerte sich das Gericht dahingehend, dass die Regelungen des § 10 Abs. 3 Satz 2 BImSchG und des § 10 Abs. 1 Satz 2 und 3 der 9. BImSchV Anforderungen hinsichtlich der Unterlagen vorgeben, die der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind. Folglich solle die betroffene Öffentlichkeit frühzeitig und in effektiver Weise die Möglichkeit erhalten, sich an Verfahren zur Genehmigung neuer Anlagen zu beteiligen. Jedoch schließe dies aus, dass die betroffene Öffentlichkeit vorab über Bedenken und Meinungen zu unterrichten sei, die ein anderer Teil der betroffenen Öffentlichkeit geäußert habe. Dies spiegele sich auch in der grundsätzlichen Trennung von Antrag (sowie diesem beigefügten Unterlagen) und sonstigen behördlichen Unterlagen einerseits (§ 10 der 9. BImSchV) und Einwendungen (§ 12 der 9. BImSchV) andererseits wider. Folglich müssen in der Auslegung keine widersprüch-

lichen Stellungnahmen und Meinungen dargelegt werden, sondern es sei im Einzelfall zu entscheiden, welche Unterlagen auslegungspflichtig seien. Kriterium dafür sei ein wichtiger Beitrag der Unterlagen zum Verständnis des dem Genehmigungsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalts. (Rn. 120 f.)

Es stelle kein Genehmigungshindernis dar, dass die Rotoren einzelner WEA über die Grenzen des Vorranggebietes und über eine aus der Strichstärke der zeichnerischen Darstellung resultierende Marge von 25 m hinausragten, so das OVG. Sollte es rechtlich nicht möglich sein, innerhalb eines regionalen Raumordnungsprogrammes Grenzen eines Vorranggebietes für Windenergienutzung festzulegen, die von den Rotoren der Windenergieanlagen nicht oder zumindest nicht vollständig eingehalten werden müssten, dann hätte die Abwägung des Plangebers zu einem rechtswidrigen, weil unzulässigen Abwägungsergebnis geführt. Dann – so das OVG – läge aber ein (Ewigkeits-) Fehler des Abwägungsergebnisses vor, den es zu berücksichtigen gelte und der zur Unwirksamkeit der Konzentrationsflächenplanung insgesamt führe. Warum in diesem Fall die (unwirksame) Planung ein Genehmigungshindernis darstellen solle, lege der Antragsteller nicht dar. Ferner stellte das Gericht fest, dass bei kleinen Überschreitungen der Grenzen eines Vorranggebietes eine Abweichung vom Regelfall des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht von vornherein ausscheide, wenn die überschrittene Grenze des Vorranggebietes von keiner harten Tabuisierung getragen werde. (Rn. 122 ff.)

In Bezug auf die Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes, hielt das OVG fest, dass es keinen behördlichen Einschätzungsspielraum gebe, der gerichtlich überprüfbar sei. Vielmehr habe ein Verwaltungsprozess eben gerade keine feste Beweisregel, nach der die Frage einer Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes beurteilt werden könne. Dies sei lediglich anhand gerichtlicher Überzeugungsbildung mittels einer „bestmöglichen Visualisierung“ zu bewerten. (Rn. 131)

Darüber hinaus äußerte sich das Gericht zu den divergierenden Meinungen des Antragstellers und der Beigeladenen zum signifikant erhöhten Tötungsrisiko der Wiesenweihe, (Rn. 132 ff.) zur Frage einer Verletzung artenschutzrechtlicher Verbote in Bezug auf die Rohrweihe und ihr etwaiges zukünftiges Brutvorkommen, (Rn. 134 ff.) zur Frage eines artenschutzrechtlich relevanten, aktuellen Nutzungskonfliktes des Kranichs und seiner möglichen zukünftigen Brutstandorte, (Rn. 137 ff.) zur artenschutzrechtlichen Problematik mit dem Rotmilan, (Rn. 141 ff.) zur Verletzung des Tötungsverbots der Feldlerche nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG, (Rn. 146 ff.) sowie zu den artenschutzrechtlichen Erwägungen in Bezug auf Fledermäuse. (Rn. 162 ff.) Es stellte jedoch im Ergebnis fest, dass es eben gerade nicht die Aufgabe eines Eilverfahrens sei, grundsätzliche fachliche Kontroversen, wie sie die Verfahrensbeteiligten hier äußern und darlegen, abschließend zu bewerten. Es gelte lediglich in einer summarischen Prüfung herauszufinden, ob Entscheidungen der Behörde bzw. des Gerichts der ersten Instanz plausibel und vertretbar seien. Das OVG stellte daher in seinem 7. amtlichen Leitsatz fest, dass die Grenzen der richterlichen Kontrolle naturschutzfachlicher Risikoabschätzungen der Genehmigungsbehörde bereits im gerichtlichen Eilverfahren eine Filterfunktion entfalten würden, die zu einer weitgehenden rechtlichen Unerheblichkeit gerade solcher naturschutzfachlichen Kontroversen führe, die noch nicht abschließend ausgetragen seien. (Rn. 144) Sprich, das Gericht könne rechtlich keine fachwissenschaftlichen Konflikte lösen, die die Fachwissenschaft noch nicht abschließend gelöst habe.

## Fazit

Die Entscheidung stellt einen bunten Blumenstrauß an rechtlichen Problemen im Bereich der Genehmigung von Windenergievorhaben dar und zeigt wie komplex diese Verfahren sind. Hervorzuheben ist die Praxisrelevanz der Entscheidung in folgenden drei Bereichen: die Frage nach den auslegungspflichtigen Unterlagen, die Frage nach der Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes bei 200 m hoher Windenergieanlage und die Frage nach den Grenzen der richterlichen Kontrolle naturschutzfachlicher Risikoabschätzungen der Genehmigungsbehörde im Eilverfahren. In diesen Bereichen trifft das Gericht klare Töne und schafft es Behörden und Projektierern Maßstäbe an die Hand zu geben.

Ferner ist festzustellen, dass das OVG pragmatisch mit der Frage umgeht, unter welchen Bedingungen im Rahmen der regionalen Raumordnung eine Konzentrationszonenplanung zulässig ist, bei der lediglich der Mastfuß innerhalb eines Vorrang- oder Eignungsgebiets liegen muss („Rotor-out“-Planung). Aufgrund der maßstabsbedingten Detailunschärfe von Regionalplänen – diese sind nicht einmal parzellenscharf – sind genaue Grenzziehungen äußerst schwierig. In der

vorliegenden Entscheidung lässt das OVG diese Frage weitgehend offen und verweist schlicht darauf, dass die beantragten Anlagen erst recht zulässig seien, wenn das Planungskonzept des einschlägigen regionalen Raumordnungsprogramms unzulässig wäre.

In einer nachfolgenden Entscheidung ließ das OVG jedoch erkennen, dass es „Rotor out“-Planungen auf Ebene der regionalen Raumordnung nicht für grundsätzlich unzulässig hält.<sup>1</sup> Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches in seiner Grundsatzentscheidung 2004<sup>2</sup> entschied, dass sich im Bereich der Bauleitplanung alle Anlagenteile (und insofern auch das Rotorblatt) innerhalb des Plangebiets befinden müssen, erkennt das OVG Lüneburg jedoch auch in diesem Zusammenhang an.<sup>3</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml?doc.id=MWRE210003530&st=null&showdoccase=1>

---

<sup>1</sup> Vgl. Rn. 97 in OVG Lüneburg, Urt. v. 8.2.2022 - [12 KN 51/20](#).

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 – [4 C 3 04](#).

<sup>3</sup> Siehe hierzu Rn. 94 in OVG Lüneburg, Urt. v. 8.2.2022 - [12 KN 51/20](#).