

<b>Gericht:</b>	Hessischer Verwaltungsgerichtshof 9. Senat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	14.05.2019
<b>Aktenzeichen:</b>	9 B 2016/18
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 36 Abs 2 S 1 BauGB, § 35 Abs 3 Nr 5 BauGB, § 35 Abs 3 Nr 8 BauGB
<b>Zitiervorschlag:</b>	Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 14. Mai 2019 - 9 B 2016/18 -, juris

---

## **Windkraftanlagen im Außenbereich; Versagung des Einvernehmens durch Gemeinde; Natur- und Artenschutz**

### **Orientierungssatz**

1. Die Versagung des Einvernehmens einer Gemeinde in Bezug auf ein Vorhaben im Außenbereich kann und darf nur auf die Gründe der §§ 33, 35 BauGB gestützt werden.(Rn.10)
2. Die Gemeinde kann die Einhaltung sämtlicher nach § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB zu prüfender planungsrechtlicher Vorhaben durchsetzen (vergleiche VGH Kassel, Urteil vom 1. April 2014 - 9 A 2030/12 -). Dazu gehören auch die Belange des Natur- und Artenschutzes, § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB und die Belange der Funktionsfähigkeit von Radaranlagen, § 35 Abs. 3 Nr. 8 BauGB. (Rn.10)
3. Belange des Natur- und Artenschutzes sind bereits dann verletzt, wenn für den im Vorhabengebiet auftretenden Rotmilan durch die zu errichtenden Windkraftanlagen auch unter Berücksichtigung bestimmter Ablenkungsmaßnahmen ein erhöhtes Kollisions- und Tötungsrisiko besteht.(Rn.11)

### **Verfahrensgang**

vorgehend VG Kassel, 11. September 2018, 7 L 6222/17.KS, Beschluss  
Diese Entscheidung zitiert

### **Rechtsprechung**

Vergleiche Hessischer Verwaltungsgerichtshof 9. Senat, 1. April 2014, 9 A 2030/12

### **Tenor**

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Kassel vom 11. September 2018 - 7 L 6222/17.KS - abgeändert und die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin vom 16. Oktober 2017 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 06. Oktober 2017 wiederhergestellt.

Der Antragsgegner und die Beigeladene haben die Kosten des gesamten Verfahrens je zur Hälfte zu tragen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 30.000,-- € festgesetzt.

## **Gründe**

- 1 Die Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß § 146 Abs. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerde ist auch begründet.
- 2 Mit Bescheid vom 06. Oktober 2017 erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von zwei Windkraftanlagen (WKA) vom Typ Enercon E-115 mit einer Nennleistung von je 3 MW, einer Nabenhöhe von 149 m, einem Rotordurchmesser von 115,7 m und einer Gesamthöhe von 206,9 m auf den Grundstücken Gemeinde Willingen/Upland, Gemarkung Eimelrod, Flur 17, Flurstück 75 (WKA 2) und Flur 16, Flurstück 15 (WKA 4) und ersetzte gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB das verweigerte Einvernehmen der Antragstellerin. Außerdem ordnete der Antragsgegner die sofortige Vollziehung des Bescheides nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO für den Bescheid zur Genehmigung und Errichtung der Windkraftanlagen und für das Ersetzen des gemeindlichen Einvernehmens an.
- 3 Mit dem angegriffenen Beschluss hat das Verwaltungsgericht den Antrag der Antragstellerin gemäß §§ 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen die der Beigeladenen erteilte Genehmigung vom 06. Oktober 2017 sowie gegen die Ersetzung ihres gemeindlichen Einvernehmens wiederherzustellen, abgelehnt.
- 4 Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag sei unbegründet, da sich der Genehmigungsbescheid des Regierungspräsidiums Kassel vom 06. Oktober 2017 unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens als rechtmäßig erweise. Die Gemeinde habe ihr Einvernehmen zu Unrecht versagt. Zwar stellten die geplanten Windenergieanlagen raumbedeutsame Vorhaben dar, ein Widerspruch zu den Zielen der Raumordnung sei jedoch nicht gegeben. Die Windenergieanlagen würden voraussichtlich keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorrufen. Im Übrigen gehöre es nicht zum Aufgabenkreis einer Gemeinde, das Landschaftsbild und den Naturhaushalt vor Eingriffen zu schützen.
- 5 Die Antragstellerin macht geltend, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts könne sie im Rahmen ihrer Einvernehmensbeteiligung sowohl Belange des Natur- und Artenschutzes als auch Belange der Funktionsfähigkeit von Radaranlagen geltend machen und verweist zur Begründung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit der Genehmigung inhaltlich auf die Begründung der Einvernehmensversagung und auf die Antragsbegründung vom 17. April 2018.
- 6 Das Beschwerdevorbringen der Antragstellerin, das den Umfang der Überprüfung des angefochtenen Beschlusses erster Instanz durch den Senat im vorliegenden Rechtsmittelverfahren bestimmt und zugleich begrenzt (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), führt zur Abänderung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts.
- 7 Ob das überwiegende Interesse an der sofortigen Vollziehung des angegriffenen Verwaltungsaktes nach §§ 80 a Abs. 1 Nr. 1, 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4, Abs. 5 Satz 1 VwGO das Aufschubinteresse der Antragstellerin überwiegt, ist Gegenstand einer eigenständigen ge-

richtlichen Ermessensentscheidung. Das Gericht ist dabei nicht an die von der Behörde angeführten Gründe gebunden. Der angefochtene Verwaltungsakt räumt der Beigeladenen eine Rechtsposition ein, die ihr die Antragstellerin streitig macht. Bei Konstellationen dieser Art stehen sich nicht allein das öffentliche Vollzugsinteresse und das private Interesse an einer Beibehaltung des Status quo gegenüber. Eine vorläufige gerichtliche Regelung muss vielmehr auch das Interesse der durch den Verwaltungsakt begünstigten Beigeladenen an der Beibehaltung der ihr eingeräumten Rechtsposition berücksichtigen. Dieses Interesse ist nicht von vornherein weniger gewichtig als das Interesse der Antragstellerin. Dies führt letztlich dazu, dass bei der zu treffenden Interessenabwägung vor allem die erkennbaren Erfolgsaussichten der jeweiligen Klage von Bedeutung sind (vgl. Beschluss des Senats vom 20. Juli 2011 - 9 B 996/11 - mit weiteren Nachweisen).

- 8 Dabei ist entgegen der Auffassung des Antragsgegners auch der in der Beschwerdebeurteilung in Bezug genommene Vortrag aus der Antragschrift und die Begründung der Einvernehmensversagung einzubeziehen, denn damit hat sich das Verwaltungsgericht aufgrund der von ihm eingenommenen unzutreffenden Rechtsauffassung in der angegriffenen Entscheidung nicht auseinander gesetzt.
- 9 Die Antragstellerin macht zu Recht geltend, die erstinstanzliche Entscheidung sei insoweit fehlerhaft, als danach die Antragstellerin sich nicht auf öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und Nr. 5 BauGB - schädliche Umwelteinwirkungen und Belange des Natur- und Artenschutzes - berufen dürfe und das Verwaltungsgericht sich deshalb zu Unrecht nicht mit ihren diesbezüglichen Einwänden auseinandergesetzt habe.
- 10 § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB dient der Verfahrenskonzentration und verhindert, dass neben dem Genehmigungsverfahren ein weiteres kommunalaufsichtliches Verfahren zur Ersetzung des Einvernehmens erforderlich wird, wenn eine Gemeinde rechtswidrig ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB nicht erteilt hat (Hess. VGH, Beschluss vom 8. September 2010 - 3 B 1271/10 -, juris Rn. 5). Das für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung eines Vorhabens im Außenbereich erforderliche gemeindliche Einvernehmen dient der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit, die Gemeinde als sachnahe und fachkundige Behörde soll an der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen mitentscheidend beteiligt werden (BVerwG, Beschluss vom 11. August 2008 - 4 B 25.08 -, juris Rn. 5 f.). Die Erteilung des Einvernehmens durch die Gemeinde ist ähnlich wie seine Ersetzung durch die Genehmigungsbehörde eine rechtlich gebundene Entscheidung. Die Versagung des Einvernehmens in Bezug auf ein Vorhaben im Außenbereich kann - und darf auch nur - auf die Gründe der §§ 33, 35 BauGB gestützt werden. Die Gemeinde kann die Einhaltung sämtlicher nach § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB zu prüfender planungsrechtlicher Vorgaben durchsetzen (vgl. Urteil des Senats vom 1. April 2014 - 9 A 2030/12 -, juris Rn. 40 mit weiteren Nachweisen). Dazu gehören auch die von der Antragstellerin geltend gemachten Belange des Natur- und Artenschutzes, § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB, und die Belange der Funktionsfähigkeit von Radaranlagen, § 35 Abs. 3 Nr. 8 BauGB, wie die Antragstellerin in ihrer Beschwerde zu Recht ausführt.
- 11 Ausgehend von diesen Grundsätzen lässt sich auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragstellerin weder die offensichtliche Rechtswidrigkeit noch die offensichtliche Rechtmäßigkeit der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens und damit der durch den Antragsgegner erteilten Genehmigung feststellen. Das Aufschiebungsinteresse der Antragstellerin überwiegt nach der infolge dessen vorzunehmenden Abwägung gleichwohl das Interesse an der sofortigen Vollziehung der angegriffenen Genehmigung nach

§§ 80 a Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4, Abs. 5 Satz 1 VwGO, da die erhobene Anfechtungsklage gegen die Entscheidung voraussichtlich zumindest teilweise Erfolg haben wird. Die Antragstellerin hat nämlich in ihrer hier zu berücksichtigenden Antragschrift aufgezeigt, dass das in der angegriffenen Genehmigung bestimmte Vermeidungskonzept sich als ungeeignet erweist, dem dort festgestellten Kollisions- und Tötungsrisiko für den Rotmilan zu begegnen. Sie beruft sich deshalb zu Recht darauf, dass durch die Entscheidung des Antragsgegners Belange des Natur- und Artenschutzes im Sinne des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB bereits deshalb verletzt worden sind, weil für den im Vorhabengebiet auftretenden Rotmilan durch die beiden zu errichtenden WKA auch unter Berücksichtigung der in den Nebenbestimmungen Ziffern 6.7 bis 6.11 bestimmten Ablenkmaßnahmen ein erhöhtes Kollisions- und Tötungsrisiko besteht.

12 Der Antragsgegner hat in der angegriffenen Genehmigung auf der Grundlage der von der Beigeladenen eingeholten Fachgutachten festgestellt, dass sich für den Standort der WKA 2 nahezu im gesamten Untersuchungsbereich verstärkte Aktivitäten des Rotmilan in dem Zeitraum der Revierbesetzung, Eiablage und eigentlichen Brutzeit sowie insbesondere in der Zeit der Nestlings- und Ausflugsphase in den Monaten Juni und Juli, und zwar auch in dem südlichen und südöstlichen Bereich (Genehmigung S. 35, Bl. 39 der Gerichtsakte), ergeben haben.

13 Das dem zugrunde gelegte Fachgutachten Avifauna zum Windenergieprojekt Eimelrod (Gemeinde Willingen, Upland, Kreis Waldeck-Frankenberg) der ecoda Umweltgutachten Dr. Bergen & Fritz GbR vom 22. Dezember 2015 legt ausführlich dar, dass im Untersuchungsraum im Umkreis von 2000 m um die Standorte der geplanten WKA ein Brutplatz zwischen Sähre und Eimelrod festgestellt wurde, ein weiteres Rotmilanrevier wurde im Bereich Osternberg und Hülsenberg abgegrenzt, wo regelmäßig ein revieranzeigendes Paar beobachtet wurde, wenn auch trotz intensiver Nachsuche ein Rotmilanhorst nicht aufgefunden wurde (S. 29ff., Karte 3.6). An drei Terminen wurde eine größere Ansammlung von Rotmilanen erfasst, am 12.06.2014 hielten sich dort elf Individuen auf, ohne dass besondere landwirtschaftliche Aktivitäten stattgefunden hätten, am 24.07.2014 hielten sich im dem Bereich 13 Rotmilane auf, suchten dort über Grünland nach Nahrung und ruhten in Gehölzen, am 25.07.2014 wurden 28 rastende und fliegende Individuen gezählt. Auch im Jahr 2015 wurde der Brutplatz im Bereich Sähre genutzt und Rotmilane traten mit einer sehr hohen Stetigkeit in den von den einzelnen Beobachtungspunkten einsehbaren Räumen auf. Im Offenland östlich von Usseln, also in dem für beide WKA vorgesehenen Bereich, traten Rotmilane überwiegend bei der Jagd im offenen bis halboffenen Grünland auf. Weiter führt das Gutachten auf S. 30 aus, das Offenland zwischen Sähre und Eimelrod habe offenbar nicht nur für das ansässige Brutpaar eine hohe Bedeutung als Nahrungshabitat, sondern zudem auch für weitere Paare aus der Umgebung und auch für Nichtbrüter, am 11.06.2015 sei beispielsweise eine Ansammlung von zwölf Rotmilanen festgestellt worden. Auch im Jahre 2015 seien in allen Offenlandbereichen des Untersuchungsraums Rotmilane bei der Nahrungssuche beobachtet worden. Wie sich aus der Karte 3.8 des Ergebnisberichts zu der im Jahr 2015 durchgeführten Untersuchung zur Raumnutzung von Rotmilanen ergibt, fanden Flugbewegungen von etwa 10 Individuen im Umkreis von 250 m um die Standorte sowohl der geplanten WKA 2 als auch der geplanten WKA 4 statt, im Umkreis von 1000 m sogar Flugbewegungen von deutlich mehr als 10 Individuen (Karten 3.3 und 3.8 des Ergebnisberichts). Die besondere Bedeutung des als Standort für die WKA vorgesehenen Bereichs als Nahrungshabitat für zahlreiche Rotmilane ist unter Berücksichtigung dieser Untersuchungsergebnisse nicht zweifelhaft. Dabei erklärt sich die große Anzahl der beobachteten Individuen

zusätzlich aus der mit der Versagung des Einvernehmens der Antragstellerin vom 20. Februar 2017 vorgelegten Stellungnahme des NABU, Kreisverband Waldeck-Frankenberg, zu den geplanten drei Windkraftanlagen KB 32 zwischen Usseln und Eimelrod (Mühlentberg) vom 06. September 2016 (Bl. 319 BA) und vom 20. Februar 2017 (Bl. 326 BA), wonach es sich bei dem Horst des Rotmilans an der Sähre keinesfalls um einen Einzelbrutplatz handele. Vielmehr seien sechs bzw. zehn weitere Brutplätze in der Umgebung von 6.000 m bekannt.

- 14 Nach der Rechtsprechung des Senats kann neben dem Ausschlussbereich von 1.000 m um einen Rotmilanhorst auch ein Nahrungshabitat für mehrere Rotmilanpaare im Prüfbereich von 6.000 m um das Vorhaben zu einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko iSd § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und damit zum Ausschluss der Genehmigung für Windenergieanlagen führen (Hess. VGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 - 9 A 1540/12.Z -, juris). Der ständigen Rechtsprechung zufolge ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass sich eine Tötung von Exemplaren besonders geschützter Arten als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns darstellt, die auch in einem Unterlassen bestehen kann, sofern das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko verursacht (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 - 9 A 14.07- , BVerwGE 131,274 [301 f.], juris Rn. 91; m.w. Nachw.). Die dazu zu treffenden Feststellungen sind auch jedenfalls insoweit individuenbezogen, als es um das Risiko für die einzelnen Individuen geht, nicht um das für die gesamte Art (BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 - 4 C 12/07 -, juris Rn. 42). Angesichts der durch das vorgelegte avifaunistische Gutachten festgestellten hohen Frequentierung durch Rotmilane und der kartierten Flugbewegungen (Karte 3.8 und 3.9 des Ergebnisberichts) im Bereich beider Vorhaben, die zahlreiche Flüge von Rotmilanen über die Standorte der geplanten Windenergieanlagen hinweg aufzeigen, und wegen des fehlenden Meideverhaltens der Spezies ist angesichts der hier geplanten Höhe der Anlagen das Vogelschlag- und damit das Tötungsrisiko für Rotmilane als signifikant erhöht zu bewerten.
- 15 Demgegenüber erscheinen die von der Antragsgegnerin unter Ziffer 6.7 für die WKA 2 und die WKA 4 und Ziffern 6.9 bis 6.11 für die WKA 2 der Nebenbestimmungen vorgesehenen Maßnahmen als kaum praktikabel und außerdem auch als unzureichend. Zwar werden die in dem „Konzept zur Durchführung von Vermeidungsmaßnahmen zum Schutz von Rotmilanen zum Windenergieprojekt am Standort Eimelrod (Gemeinde Willingen, Upland, Landkreis Waldeck-Frankenberg) vom 26. Januar 2016 festgesetzten „erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen“ durch den angegriffenen Bescheid modifiziert und verschärft. Trotzdem ist für den Senat nicht ersichtlich, wie sichergestellt werden soll, dass das Konzept zur Durchführung von Vermeidungsmaßnahmen für die WKA einen wirksamen Schutz der Rotmilane gewährleistet, so dass erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit des Konzepts bestehen. Es ist schon nicht dargelegt, wie Einfluss genommen werden soll auf die Grundstückseigentümer bzw. Landwirte, die auf insgesamt 10 sog. Ablenkungsflächen (Karte 2.1 des Konzepts), die bisher als Ackerflächen für Wintergetreide oder Wintererbsen genutzt werden, Luzerne oder alternativ Klee gras anbauen und dies alle 5 Tage streifenweise mähen sollen. Außerdem ist auch nicht plausibel dargelegt, warum die Rotmilane nach Errichtung der WKA auf die bislang genutzten in unmittelbarer Nähe der Anlagen gelegenen und nach wie vor vorhandenen großflächigen Nahrungshabitate verzichten sollten. Es erscheint vielmehr plausibel, dass insbesondere von den südlich von der WKA 4 im unmittelbar an den 1000-m-Umkreis der WKA 4 angrenzenden Bereich Osternberg brütenden Individuen während der Zeit der Aufzucht von Jungvögeln näher gelegene Nahrungshabitate den entfernteren vorgezogen werden,

soweit und solange diese den diesbezüglichen Anforderungen der Art genügen, und für die bevorzugte Nutzung des Untersuchungsbereichs als Nahrungshabitat gibt es auch die mit dem vorgelegten Gutachten dargelegten hinreichenden Erkenntnisse.

- 16 Dass auch die Antragsgegnerin Zweifel an der Eignung der angeordneten Ablenkungsmaßnahmen hegt kommt bereits darin zum Ausdruck, dass sie für den Fall der Unwirksamkeit der Maßnahmen unter Ziffer 6.11 des Bescheides Nachbesserungen vorsieht. Maßnahmen zum Schutz der Rotmilane zur Vermeidung des erhöhten Kollisionsrisikos während dieser Probephase ergeben sich aus dem Bescheid jedoch nicht.
- 17 Auch die unter Ziffer 6.7 der Nebenbestimmungen des angegriffenen Genehmigungsbescheides sowohl für WKA 2 als auch für WKA 4 vorgesehenen Maßnahmen, wonach während der Anwesenheit von Rotmilanen in der Zeit vom 01.03. bis 30.09. die WKA ab dem Tag des Beginns der Bewirtschaftung der Flurstücke im Radius von 110 m um den Mastfuß für 3 Tage von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang abzuschalten sind, erscheint dem Senat als wenig praktikabel. Es ist auch für diese Maßnahme nicht schlüssig dargelegt, wie die Umsetzung der Maßnahme sichergestellt werden soll.
- 18 Ob die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens und damit die angegriffene Genehmigung sich aus diesem Grund insgesamt als offensichtlich rechtswidrig erweisen oder ob durch weitere Nebenbestimmungen mit Minderungs- und Vermeidungsmaßnahmen, insbesondere durch Abschaltzeiten während der Brut- oder vor allem der Nestlings- und Ausflugphase dem vom Antragsgegner selbst festgestellten Kollisions- und Tötungsrisiko in Bezug auf den Rotmilan wirksam begegnet werden kann, muss - da eine Entscheidung hierüber im erstinstanzlichen Eilverfahren nicht getroffen wurde - der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten bleiben. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin wiederherzustellen. Angesichts dieses Ergebnisses kommt es nicht mehr entscheidungserheblich darauf an, ob auch die weiteren von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdegründe vorliegen.
- 19 Die Entscheidung über die Kosten und den Streitwert des Verfahrens ergeben sich aus §§ 155, 162 Abs. 3 VwGO und §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 2 GKG.
- 20 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).