7 K 78/11.KO

Verkündet am: 24.11.2011
gez. Schmoigl
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

VERWALTUNGSGERICHT KOBLENZ

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verwaltungsrechtsstreit

der Windfarm Rothenkopf GmbH & Co. KG, vertreten durch ihre Komplementärin THEOLIA Windpark Verwaltungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer Herrn Mike Moehlheinrich und Herrn Thomas Neumann, Ulmer Straße 4, 70771 Leinfelden-Echterdingen,

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Müller-Wrede & Partner, Leibnizstraße 53, 10629 Berlin,

g e g e n

den Landkreis Cochem-Zell, vertreten durch den Landrat, Endertplatz 2, 56812 Cochem,

- Beklagter -

w e g e n immissionsschutzrechtlicher Genehmigung

hat die 7. Kammer des Verwaltungsgerichts Koblenz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Oktober 2011, an der teilgenommen haben

Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Dr. Fritz
Richter am Verwaltungsgericht Theobald
Richter am Verwaltungsgericht Karst
ehrenamtlicher Richter Rentner Krämer
ehrenamtliche Richterin Hausfrau Lenzen

für Recht erkannt:

> Die Nebenbestimmung V.2. der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 10. Juni 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. Dezember 2010 wird aufgehoben.
>
> Der Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
>
> Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen eine naturschutzrechtliche Nebenbestimmung zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung betreffend die Errichtung und den Betrieb von zwei Windkraftanlagen.

Der Beklagte erteilte der Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Bescheid vom 10. Juni 2009 die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von zwei Windkraftanlagen der Marke ENERCON E-82 (Nabenhöhe 98,3 m, Rotordurchmesser 82 m) in der Gemarkung Illerich (Flur 1, Flurstück-Nr. 10/4, Flur 13, Flurstück-Nrn. 13/3 und 19/3 sowie Flur 14, Flurstück-Nrn. 1/6, 27 und 28). Der Genehmigung ist unter Ziffer V.2. folgende naturschutzrechtliche Nebenbestimmung beigefügt:

> „Zu Zeiten des Kranichzuges im Frühjahr und Herbst sind bei kritischen Wettersituationen bzw. schlechten Zugbedingungen (z. B. Nebel, starker Regen, starker Gegenwind) die Anlagen für die Dauer einer Zugwelle (etwa ab Mittag bis in die frühen Morgenstunden des nächsten Tages) abzuschalten und die Rotoren längs zur Zugrichtung auszurichten. Die dafür notwendigen Beobachtungen sind von einem Ornithologen zu koordinieren. ..."

Hintergrund dieser Nebenbestimmung ist das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 20. Dezember 2007 (Az.: 1 A 10937/06.OVG) betreffend die Genehmigung von Windkraftanlagen an südwestlich gelegenen Standorten in der Gemeinde Landkern. Das Oberverwaltungsgericht geht in den Entscheidungsgründen davon aus, dass im maßgeblichen Bereich ein Konfliktpotential im Rahmen eines vorhandenen bedeutsamen Schmalfrontzug-Korridors für den

Kranichzug gegeben ist. Hierbei nimmt das Gericht Bezug u. a. auf das im Rahmen der gerichtlichen Beweisaufnahme erstellte ornithologische Fachgutachten des Dipl.-Biologen Thomas Isselbächer sowie ein Gutachten des Dipl.-Ing. Thomas Grunwald vom 15. November 2004. Der Senat gelangte zu dem Ergebnis, dass potentielle Beeinträchtigungen des Kranichzuges durch geeignete Vermeidungsmaßnahmen - wie Kranich-Monitoring und Abschaltung der Windenergieanlagen - abgewendet werden können und damit insoweit entgegenstehende Belange des Vogelschutzes nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB auszuschließen seien.

Mit ihrem Widerspruch machte die Klägerin unter Bezugnahme auf ein Gutachten des Ingenieurbüros für Umweltplanung Schmal und Ratzbor vom 13. August 2010 (Naturschutzfachliches Gutachten zur fachlichen Angemessenheit von Abschaltzeiten für den Windpark Illrich II zum Schutz des Kranichs vor erheblichen Beeinträchtigungen) geltend, dass Kranichabschaltzeiten naturschutzfachlich nicht zu rechtfertigen seien. Auch das Artenschutzrecht nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) sei nicht einschlägig. Weder die Voraussetzungen des Tötungsverbotes noch des Störungsverbotes seien gegeben.

Der Kreisrechtsausschuss des Beklagten wies den Widerspruch durch Widerspruchsbescheid vom 21. Dezember 2010, den Bevollmächtigten der Klägerin zugestellt am 22. Dezember 2010, zurück. Ohne die angegriffene Nebenbestimmung V.2. seien die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Bundesimmissionsschutz (BImSchG) nicht sichergestellt, da Belange des Naturschutzes im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB entgegenstünden, worunter auch der Vogelschutz und damit der überregionale Vogelzug fiele. Die Anforderungen des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB stünden unabhängig neben den Anforderungen des Naturschutzrechts. Wesentliche Beeinträchtigungen des Vogelflugs könnten durch die streitgegenständlichen Anlagen nicht ausgeschlossen werden.

Die Klägerin hat am 24. Januar 2011, einem Montag, Klage erhoben, zu deren Begründung sie im Wesentlichen vorträgt: Die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Koblenz, die bisher im Konfliktfall zwischen avifaunistischen

Belangen und der Privilegierung der Windkraftnutzung stets auf § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB abgestellt habe, sei mit der aktuellen Rechtsprechung nicht zu vereinbaren. Vielmehr seien die spezifischeren artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote, namentlich § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG, in den Blick zu nehmen. Auf der Grundlage von aktuellen naturschutzfachlichen Erkenntnissen seien weder das Störungsverbot noch das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG verletzt. Für eine Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB könne insoweit nichts anderes gelten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 13. Dezember 2001 - 4 C 3/01 -) seien der planungsrechtliche Naturschutzbegriff und der Naturschutzbegriff des Bundesnaturschutzgesetzes grundsätzlich identisch.

Die Klägerin beantragt,

a) die Nebenbestimmung V.2. der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 10. Juni 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. Dezember 2010 aufzuheben,

b) hilfsweise den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die beantragten zwei Windkraftanlagen ohne eine entsprechende Nebenbestimmung (vgl. Hauptantrag) zu erteilen,

c) nochmals hilfsweise, Beweis zu erheben über die Frage,

welche Auswirkungen von dem genehmigten Windkraftvorhaben insbesondere auf ziehende Kraniche ausgehen, und zwar durch Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er ist dem Vorbringen der Klägerin unter Vertiefung seiner im Widerspruchsbescheid vertretenen Rechtsauffassung entgegengetreten. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seien im Rahmen der Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB der jeweils eigenständige Charakter der bauplanungsrechtlichen und der naturschutzrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Außenbereichsvorhabens zu beachten. Die Standorte der streitgegenständlichen Windkraftanlagen in Illerich stellten eine Erweiterung des durch die Windkraftanlagen in Landkern entstandenen Sperrriegels innerhalb des Hauptvogel-

zugkorridors dar. Die Klägerin betreibe zwei weitere Windkraftanlagen in der Gemarkung Illerich, welche ihrerseits schon eine Erweiterung des Sperrriegels bedeuteten. Der Annahme von wesentlichen Beeinträchtigungen des Vogelzugs stehe das Gutachten Schmal und Ratzbor nicht entgegen. Dieses sei Herrn Wolf (geb. Isselbächer) vom Landesamt für Umwelt, Wasserwirtschaft und Gewerbeaufsicht in Mainz zur Stellungnahme vorgelegt worden. Unter Einbeziehung dieser Stellungnahme stehe fest, dass nach dem derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse wesentliche Beeinträchtigungen durch die streitgegenständlichen Anlagen nicht ausgeschlossen werden könnten. Da sich deren Standorte in einem bedeutenden Vogelzugkorridor befänden, seien die Nebenbestimmungen erforderlich, um durch geeignete Vermeidungsmaßnahmen sicherzustellen, dass Beeinträchtigungen des Kranichzugs abgewendet werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze sowie die Verwaltungsakten des Beklagten (2 Ordner), die Akte des Kreisrechtsausschusses W 110/09 und 3 Bände Gerichtsakten 1 K 1987/05.KO und 1 A 10937/06.OVG nebst beiliegenden Gutachten Grunwald und Isselbächer.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und im Hauptantrag begründet.

Die Klägerin hat eine statthafte Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO erhoben. Denn bei der Nebenbestimmung V. 2. der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 10. Juni 2009 handelte es sich um eine Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG, die selbständig anfechtbar ist. Eine Auflage stellt nach herrschender Rechtsansicht einen Verwaltungsakt dar, der allerdings an den Hauptverwaltungsakt, dem er beigefügt ist, gebunden und insoweit akzessorisch ist. Es liegt keine sogenannte modifizierende Auflage vor, welche als untrennbarer Bestandteil einer Genehmigung nur im Wege einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Genehmigung ohne Nebenbestimmung angegriffen werden kann.

Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen einer selbständig anfechtbaren Auflage und einer die erteilte Genehmigung näher gestaltenden Inhaltsbestimmung ist der Erklärungswert des Genehmigungsbescheides, wie er sich bei objektiver Betrachtung aus Sicht des Empfängers darstellt; die sprachliche Bezeichnung der Regelung ist nicht entscheidend. Eine (echte) Auflage ist eine Nebenbestimmung, durch die dem Genehmigungsinhaber ein selbständiges Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird, deren Einhaltung also für Bestand und Wirksamkeit der Genehmigung ohne unmittelbare Bedeutung ist und selbständig erzwungen werden kann. Sie enthält regelmäßig Nebenpflichten zum Betrieb der Anlage. Demgegenüber führt die sogenannte modifizierende Auflage der Genehmigung keine zusätzliche Pflicht hinzu, sondern begrenzt den Genehmigungsgegenstand und legt dessen Umfang fest (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10. Dezember 1999 - 21 A 3481/96 -, NVwZ-RR 2000, 671; Jarass, BImSchG, 8. Auflage 2010, § 12 Rdnrn. 4 f.).

Nach diesen Grundsätzen regelt die Nebenbestimmung V. 2. aus Sicht eines objektiven Bescheidempfängers lediglich eine Nebenpflicht oder Begleitpflicht zur eigentlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, nämlich der Errichtung und dem Betrieb der beiden näher bezeichneten Windkraftanlagen. Die dem Genehmigungsadressaten aufgegebenen Pflichten in Bezug auf den Kranichzug legen weder den Gegenstand noch den Umfang der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung fest. Durch die genannte Nebenbestimmung wird der zugelassene Betrieb weder räumlich noch sachlich bestimmt.

Die auch im Übrigen zulässige Klage hat mit dem Hauptantrag Erfolg. Denn die Nebenbestimmung V. 2. ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Die nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG dem Grunde nach zulässige Nebenbestimmung erweist sich als formell rechtswidrig. Denn sie genügt nicht den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Verwaltungsaktes nach § 37 Abs. 1 VwVfG. Danach muss ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Hinreichende Bestimmtheit eines Verwaltungsaktes bedeutet, dass der Inhalt der

getroffenen Regelung insbesondere für den Adressaten so vollständig, klar und unzweideutig erkennbar sein muss, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann, und dass auch die mit dem Vollzug betraute Behörde den Inhalt des Verwaltungsaktes etwaigen Vollstreckungsmaßnahmen oder sonstigen weiteren Entscheidungen zugrundelegen kann (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage 2010, § 37 Rdnr. 5). An diesen Voraussetzungen fehlt es hier.

Das gilt bereits für Satz 1 der Regelung, wonach „zu Zeiten des Kranichzuges ... bei kritischen Wettersituationen bzw. schlechten Zugbedingungen (z.B. Nebel, starker Regen, starker Gegenwind) die Anlagen ... abzuschalten ..." sind. Trotz der in Klammer gesetzten Beispiele für die Annahme einer kritischen Wettersituation bleibt bereits im Ansatz unklar, welche Wettersituationen insgesamt und ansonsten noch gemeint sein können. Dies ist auch aufgrund der vorliegenden sachverständigen Stellungnahmen – so sie überhaupt in Bezug genommen werden können – nicht festzustellen. Hinzu kommt die Unbestimmtheit der im Klammerzusatz genannten Beispiele. Die Bezeichnung „Nebel" bleibt ohne Angabe einer Sichtweite unbestimmt. Daneben kommt es auch darauf an, in welcher Höhe sich der Nebel befindet. So heißt es in einem für das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz zum Aktenzeichen 1 A 10937/06.OVG erstellten Gutachten des Diplom-Biologen T. Isselbächer vom 22. November 2007 hinsichtlich ungünstiger Wetterverhältnisse durch Nebel, dass es sich um „dichte Nebellagen" oder „Hochnebel" handeln muss. Demgegenüber ist die bloße Bezeichnung „Nebel" in der angegriffenen Nebenbestimmung zu unspezifisch. Das Gleiche gilt für die Bezeichnung „starker Gegenwind". Eine ausreichend bestimmte Auflage setzt hier die Angabe einer Mindestwindgeschwindigkeit voraus, ab der ein für den Kranichflug ungünstiger Gegenwind anzunehmen ist.

Unklar bleiben damit auch die Grundlagen für die in den folgenden Sätzen der Nebenbestimmung V.2. genannten Koordinierungsaufgaben eines Ornithologen.

Die Nebenentscheidungen folgen aus § 154 Abs. 1, § 167 VwGO.

Rechtsmittelbelehrung

Die Beteiligten können **innerhalb eines Monats** nach Zustellung des Urteils die **Zulassung der Berufung** durch das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz **beantragen**. Dabei müssen sie sich durch einen Rechtsanwalt oder eine sonstige nach Maßgabe des § 67 VwGO vertretungsbefugte Person oder Organisation vertreten lassen.

Der Antrag ist bei dem **Verwaltungsgericht Koblenz**, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz, schriftlich oder in elektronischer Form zu stellen. Er muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb **von zwei Monaten** nach Zustellung des Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz, schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen.

Die elektronische Form wird durch eine qualifiziert signierte Datei gewahrt, die nach den Maßgaben der Landesverordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten vom 9. Januar 2008 (GVBl. S. 33) in der jeweils geltenden Fassung zu übermitteln ist.

Die Berufung kann nur zugelassen werden, wenn

1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,

2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,

3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,

4. das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder

5. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

gez. Dr. Fritz gez. Theobald gez. Karst

Beschluss

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5.000 € festgesetzt (§§ 52 Abs. 1, 63 Abs. 2 GKG).

Die Festsetzung des Streitwertes kann nach Maßgabe des § 68 Abs. 1 GKG mit der **Beschwerde** angefochten werden.

gez. Dr. Fritz gez. Theobald gez. Karst

Verwaltungsgericht 7 Koblenz

Ausgefertigt

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Verwaltungsgerichts Koblenz