

Hessischer Verwaltungsgerichtshof
9. Senat



Hessischer Verwaltungsgerichtshof
Goethestraße 41 + 43 • 34119 Kassel
Aktenzeichen (Bitte stets angeben) **9 B 2223/20**

Rechtsanwälte
Prof. Dr. Martin Gellermann
Schlesierstraße 14
49492 Westerkappeln

Dienststellen-Nr. 0228
Ihr Zeichen GE/13-B/18
Durchwahl (0561) 50669 - 5035
Datum 15.01.2021

Sehr geehrte Damen und Herren,
in dem Verwaltungsstreitverfahren

Schutzgemeinschaft Deutscher Wald Landesverband Hessen e. V. ./ Land Hessen

erhalten Sie eine beglaubigte Abschrift des Beweisbeschlusses vom 14.01.2021.

Es wird um Rücksendung des elektronischen Empfangsbekennnisses gebeten.

Auf § 317, § 329 Abs. 1 Satz 2 ZPO wird hingewiesen.

Zugleich erhalten Sie anbei Doppel des Schriftsatzes vom 05.01.2021 zur Kenntnis.

Bitte beachten Sie, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit elektronische Empfangsbekennnisse (eEB) als xml-Datei (d. h. nicht mehr als Textdokument) an Ihr beA-Postfach übermittelt. Weitere Informationen hierzu finden Sie auf der Internetseite der Bundesrechtsanwaltskammer.

Mit freundlichen Grüßen
Auf Anordnung

Croll, Justizbeschäftigter

Hinweis:

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof versendet **seit 3. September 2018** Schriftstücke vorrangig an das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA).

Maschinell erstellt, ohne Unterschrift gültig.



HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Schutzgemeinschaft Deutscher Wald Landesverband Hessen e.V.,
vertreten durch den Vorstand,
dieser vertreten durch den Vorsitzenden Herrn Bernhard Krug,
Rathausstraße 56, 65203 Wiesbaden,

Antragstellers,

bevollmächtigt: Rechtsanwälte Prof. Dr. Martin Gellermann,
Schlesierstraße 14, 49492 Westerkappeln,

gegen

das Land Hessen,
vertreten durch das Regierungspräsidium Kassel,
Am Alten Stadtschloss 1, 34117 Kassel,

Antragsgegner,

beigeladen:

Windpark Bad Karlshafen GmbH & Co. KG,
vertreten durch die wpd windpark asset management GmbH,
diese vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Gernot Blanke und Dr. Hartmut Brösamle,
Stephanitorsbollwerk 3, 28217 Bremen,

bevollmächtigt: Blanke Meier Evers Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB,
Stephanitorsbollwerk 1, 28217 Bremen,

wegen Immissionsschutzrechts

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 9. Senat - durch

Vorsitzende Richterin am Hess. VGH Bohn,
Richter am Hess. VGH Sander,
Richterin am VG Lohr (abgeordnete Richterin)

am 14. Januar 2021 beschlossen:

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 19. Oktober 2017 (7 K 6271/17.KS) gegen den der Beigeladenen erteilten Genehmigungsbescheid des Antragsgegners vom 17. August 2017 zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen auf dem Flurstück 1/1 der Flur 1 in der Gemarkung Langenthal in 34388 Trendelburg wird wiederhergestellt.
2. Die Kosten des Verfahrens haben der Antragsgegner und die Beigeladene jeweils zur Hälfte zu tragen. Ihre außergerichtlichen Kosten tragen der Antragsgegner und die Beigeladene jeweils selbst.
3. Der Streitwert wird auf 7.500 € festgesetzt.

Gründe

Der Antragsteller begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner im Berufungsverfahren anhängigen Klage (9 A 2559/20) gegen die der Beigeladenen durch den Antragsgegner erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen (WEA).

Mit Bescheid vom 17. August 2017 genehmigte der Antragsgegner der Beigeladenen die Errichtung und den Betrieb von drei WEA des Typs Vestas V 126 (Nennleistung: 3.450 kW, Nabhöhe: 149 m, Rotordurchmesser: 126 m, Gesamthöhe: 212 m) auf dem Flurstück 1/1 der Flur 1 in der Gemarkung Langenthal in 34388 Trendelburg und ordnete die sofortige Vollziehung dieses Bescheides an. Dagegen hat der Antragsteller am 19. Oktober 2017 Klage erhoben, die das Verwaltungsgericht Kassel mit Urteil vom 17. Februar 2020 abgewiesen hat (7 K 6271/17.KS). Der Antragsteller hat unter dem 8. Mai 2020 einen Antrag auf Zulassung der Berufung gegen dieses Urteil gestellt (9 A 1365/20.Z). Am 8. September 2020 hat der Antragsteller zudem den vorliegenden Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen den vom Antragsgegner zugunsten der Beigeladenen erteilten Genehmigungsbescheid vom

17. August 2017 für die Errichtung und den Betrieb der drei WEA gestellt. Der beschließende Senat hat in dem Berufungszulassungsverfahren die Berufung mit Beschluss vom 19. Oktober 2020 wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) zugelassen.

Der vorliegende Antrag des Antragstellers auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes hat Erfolg.

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof ist als Gericht der Hauptsache i. S. d. § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO für die Entscheidung über den Eilantrag zuständig. Dabei ist der beschließende Senat nicht auf die Prüfung der vom Antragsteller im Berufungszulassungsverfahren dargelegten Gründe beschränkt, denn nach Zulassung der Berufung nimmt der Senat als Gericht der Hauptsache eine zwar summarische, aber nicht auf die geltend gemachten Zulassungsgründe beschränkte Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage im zugelassenen Berufungsverfahren vor (vgl. Seibert in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Auflage 2018, § 124 Rn. 23, 39; BeckOK VwGO/Roth, 55. Ed. 1. Juli 2020, VwGO § 124 Rn. 19 ff.).

Der nach § 80a Abs. 3 i. V. m. § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO statthafte und auch im Übrigen zulässige Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der vom Antragsteller am 19. Oktober 2017 erhobenen Klage gegen die vom Antragsgegner der Beigeladenen erteilte und für sofort vollziehbar erklärte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 17. August 2017 ist begründet.

Gemäß § 80a Abs. 3 i. V. m. § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung der Klage eines Dritten ganz oder teilweise wiederherstellen, wenn das Interesse des Antragstellers am vorläufigen Nichtvollzug (Aussetzungsinteresse) das Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts (Vollzugsinteresse) überwiegt. Das Gericht nimmt im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO eine eigene Abwägung der widerstreitenden Vollzugs- und Aussetzungsinteressen der Beteiligten vor. Bei Konstellationen, in denen der angefochtene Verwaltungsakt der Beigeladenen eine Rechtsposition einräumt, die ihr der Antragsteller streitig macht, stehen sich nicht allein das öffentliche Vollzugsinteresse der Genehmigungsbehörde und das private Interesse des Antragstellers 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, das nicht von vornherein weniger gewichtig ist als das Interesse des Antragstellers. Dies führt letztlich dazu, dass Ausgangspunkt der Interessenabwägung eine – im Rahmen des Eilrechtsschutzes allein mögliche und gebotene – summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache ist (vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. Januar 2019 – 9 B 2455/18 –, juris Rn. 7; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 29. Januar 2019 – 10 S 1919/17 –, juris Rn. 4 m. w. N.).

Unter Beachtung dieser Grundsätze hat der vorliegende Antrag Erfolg.

Das Aussetzungsinteresse des Antragstellers überwiegt das Interesse des Antragsgegners und der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehung des angefochtenen Bescheides. Nach der im Rahmen des Eilverfahrens allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage erweist sich der Rechtsbehelf in der Hauptsache – hier der im zugelassenen Berufungsverfahren anhängigen Anfechtungsklage gegen den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid vom 17. August 2017 – gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 des Umweltrechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) als voraussichtlich begründet. Die der Beigeladenen erteilte Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der drei WEA ist aller Voraussicht nach rechtswidrig und verletzt den Antragsteller in seinen nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz rügefähigen Rechten. Sie verstößt wahrscheinlich gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften, die für die Genehmigung von Bedeutung sind, und der Verstoß berührt Belange, die zu den Zielen gehören, die die Vereinigung nach ihrer Satzung fördert.

Der Genehmigungsbescheid erweist sich nach derzeitigem Stand als rechtswidrig, da die materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 BImSchG wahrscheinlich nicht vorliegen. Nach dieser Vorschrift ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 und einer aufgrund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

Maßgeblich für die der Entscheidung des Senats zugrunde zu legende Sach- und Rechtslage ist auch in immissionsschutzrechtlichen Verfahren grundsätzlich der Zeit-

punkt des Erlasses des Genehmigungsbescheides. Damit bleiben spätere Änderungen zulasten des Betreibers außer Betracht, nachträgliche Änderungen zugunsten des Betreibers sind jedoch zu berücksichtigen (st. Rspr. des Senats, vgl. Urteil vom 1. April 2014 – 9 A 2030/12 –, ESVGH 64, 191, zit. nach juris Rn. 51; Beschluss vom 15. Oktober 2020 – 9 B 1347/20 –, Beschlussabdruck Seite 7, n. v., jeweils m. w. N.). Letzteres gilt auch für Änderungen der fachlichen Erkenntnisse, denn solche stellen keine bei der Genehmigungsanfechtung irrelevante nachträgliche Verschärfung der Sach- oder Rechtslage dar, sondern lediglich eine spätere Erkenntnis hinsichtlich der ursprünglichen Sachlage (BVerwG, Urteil vom 26. September 2019 – 7 C 5/18 –, juris, Rn. 42 f.; Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19 –, juris Rn. 81; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. März 2017 – 8 A 2915/15 –, juris Rn. 20 ff.).

Ob die Umweltverträglichkeits-Vorprüfung (UVP-Vorprüfung) vorliegend – wie der Antragsteller rügt – fehlerhaft erfolgt ist, kann dahinstehen, denn die Vorschriften des Habitat- und Artenschutzes sind unabhängig davon zu prüfen. Auch ein nicht UVP-pflichtiges Vorhaben muss den arten- und habitatschutzrechtlichen Belangen Rechnung tragen (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. September 2019 – 7 C 5/18 –, juris Rn. 41).

Dies zugrunde gelegt gelangt der Senat nach summarischer Prüfung zu der Auffassung, dass insbesondere in Bezug auf den Habitatschutz hinsichtlich des nördlich der Anlagenstandorte gelegenen FFH-Gebietes „Wälder um Beverungen“ (DE-4322-304) von einer Verletzung der für die Genehmigungsentscheidung bedeutsamen öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 34 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) auszugehen ist. Danach ergeben sich die Maßstäbe für die Verträglichkeit, soweit ein Natura 2000-Gebiet ein geschützter Teil von Natur und Landschaft i. S. d. § 20 Abs. 2 BNatSchG ist, aus dem Schutzzweck und den dazu erlassenen Vorschriften, wenn hierbei die jeweiligen Erhaltungsziele bereits berücksichtigt wurden. Ergibt die Prüfung der Verträglichkeit, dass das Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann, ist es unzulässig.

Der in unmittelbarer Nachbarschaft zu den geplanten WEA befindliche Teil des FFH-Gebietes „Wälder um Beverungen“ ist zugleich als Naturschutzgebiet „Buchenwälder zwischen Mühlenberg und Hasselburg“ (HX-007) i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG unter Schutz gestellt, sodass dessen Schutzzweck nach § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG

zu berücksichtigen ist. Zu diesen zu berücksichtigenden Schutzzwecken zählt u. a. der Rotmilan (vgl. http://nsg.naturschutzinformationen.nrw.de/nsg/de/fachinfo/gebiete/gesamt/HX_007, zuletzt abgerufen am 14. Januar 2021). Soweit der von der Beigeladenen beauftragte Gutachter Dipl.-Ing. Rainer Hozak in seiner Ergänzung zum artenschutzrechtlichen Fachbeitrag und zur FFH-Vorprüfung vom 18. Oktober 2016 ausführt, dass es sich bei der Art Rotmilan nicht um eine FFH-Anhang-II-Art handle und diese daher nicht zu den zu prüfenden maßgeblichen Arten einer FFH-Vorprüfung in einem FFH-Gebiet gehöre, verkennt er den Regelungsgehalt des § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG.

Wie der beschließende Senat bereits in seinem Berufungszulassungsbeschluss vom 19. Oktober 2020 (9 A 1365/20.Z, Seite 4 des Beschlussabdrucks) ausgeführt hat, befinden sich die Anlagenstandorte der geplanten WEA zwar außerhalb des FFH-Gebietes „Wälder um Beverungen“ und des Naturschutzgebietes „Buchenwälder zwischen Mühlenberg und Hasselburg“ (sog. Umgebungsvorhaben), gleichwohl liegen diese so nah an dem genannten Gebiet (ca. 90 m entfernt), dass aufgrund der von der Vorhabenträgerin vorgelegten Gutachten bau- und insbesondere betriebsbedingte erhebliche Beeinträchtigungen für die Schutzzwecke i. S. d. § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG nicht von vornherein ausgeschlossen werden können (vgl. BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 – 7 C 21/09 –, juris Rn. 40; anders bei einer Entfernung von ca. 2.000 m: Obergericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21. März 2013 – 2 M 154/12 –, juris). Dies gilt insbesondere deshalb, weil das Verwaltungsgericht hinsichtlich des im FFH-Gebiet, ca. 1.300 m nördlich der Anlagenstandorte, kartierten Rotmilanhorstes (in der Nähe der Weser an der Herstellerstraße/B 83; vgl. Karte 4a „Raumnutzung Rotmilan“ des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags vom 3. Mai 2016, Antragsunterlagen, Ordner Teil 2, Abschnitt 20, sowie Bl. 706 der Behördenakten, Bl. 575, 579 der Gerichtsakten) zutreffend darauf abgestellt hat, dass es dem aktuellen Stand der Wissenschaft entspricht, einen Mindestabstand von 1.500 m zwischen Rotmilanhorst und den WEA zu fordern (vgl. „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten“ der Länderarbeitsgemeinschaften der Vogelschutzwarten (LAG VSW) vom 15. April 2015, Seite 4 – Helgoländer Papier 2015, sowie aktuell auch „Fachliche Empfehlungen für avifaunistische Erfassung und Bewertung bei Windenergieanlagen-Genehmigungsverfahren – Brutvögel“ der Länderarbeitsgemeinschaften der Vogelschutzwarten (LAG VSW) vom 24. April 2020, Beschluss Nr. 19/02, Seiten 6, 9 ff.). Sollte dieser Mindestab-

stand unterschritten werden, bedarf es weitergehender gutachterlicher Untersuchungen etwa in Form einer Habitatpotentialanalyse oder, falls diese keine sicheren Rückschlüsse zum Raumnutzungsverhalten des Rotmilans im Einzelfall zulässt, einer Raumnutzungsanalyse (vgl. „Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA“ des Bundesamtes für Naturschutz - BfN).

Der Abstandsempfehlung von 1.500 m zwischen einem Rotmilanhorst und dem Standort einer WEA ist vorliegend zu folgen. Der Senat sieht keinen Anlass, von dem im Helgoländer Papier 2015 empfohlenen und auch von anderen Obergerichten zugrunde gelegten Mindestabstand von 1.500 m hinsichtlich des Rotmilans (vgl. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19 –, juris Rn. 69, 84; OVG Lüneburg, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 12 LB 118/16 –, juris Rn. 226, Urteil vom 10. Januar 2017 – 4 LC 198/15 –, juris Rn. 145; Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschluss vom 5. September 2017 – 2 A 316/16 –, juris Rn. 23; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. März 2017 – 8 A 2915/15 –, juris Rn. 19; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 27. Mai 2016 – 22 BV 15.1959 –, juris Rn. 32; a. A. aufgrund eigener landesweiter fachlicher Erkenntnisse: Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 6. August 2020 – 10 S 2941/19 –, juris Rn. 21) abzuweichen. Da es bisher für die Erfassung und Bewertung vorhabenbedingter Einwirkungen an gesetzlichen Vorgaben oder einer untergesetzlichen Maßstabsbildung durch verbindliche Festlegungen fehlt, müssen die Genehmigungsbehörden auf außerrechtliche naturschutzfachliche Maßgaben zurückgreifen, zu denen vor allem Fachkonventionen und Leitfäden gehören. Es ist Aufgabe der Gerichte zu überprüfen, ob diese den aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand widerspiegeln (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Juli 2020 – 9 B 5/20 –, juris Rn. 18 m. w. N.; Bick/Wulfert: „Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht“, NVwZ 2017, 346 (353), beck-online). Nach Auffassung des beschließenden Senats sind die Abstandsempfehlungen des Helgoländer Papiers 2015 daher grundsätzlich weiterhin anzuwenden (vgl. u. a. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19 –, juris Rn. 69, 84; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. März 2017 – 8 A 2915/15 –, juris Rn. 17). Dagegen stellt der von der Beklagten zugrunde gelegte Leitfaden „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von

Windkraftanlagen (WKA) in Hessen“ vom 29. November 2012 insoweit nicht die aktuell beste wissenschaftliche Erkenntnis dar.

Der Senat hält unter Zugrundelegung eines Mindestabstands von 1.500 m hinsichtlich des Rotmilans auch an seinen weiteren Ausführungen in dem Berufungszulassungsbeschluss (9 A 1365/20.Z, Seite 4 f. des Beschlussabdrucks) fest, wonach die bei einer Unterschreitung der empfohlenen Mindestabstände erforderliche vertiefende Untersuchung etwa in Form einer den fachlichen Standards genügenden Habitatpotentialanalyse oder, falls diese hier nicht aussagekräftig sein sollte, einer Raumnutzungsanalyse (vgl. „Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA“ des BfN) hier nicht durchgeführt worden ist. Der in ca. 1.300 m Entfernung nördlich der Anlagenstandorte kartierte und innerhalb des FFH-Gebietes gelegene Rotmilanhorst war nicht Gegenstand derartiger Untersuchungen des Gutachters der Beigeladenen. Die durchgeführten Raumnutzungsanalysen im Rahmen des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags vom 3. Mai 2016 beziehen sich nämlich auf die beiden südlich der Anlagenstandorte befindlichen Rotmilanhorste außerhalb des FFH-Gebietes. Gleiches gilt für die in 2017 durchgeführten Nachkartierungen durch den Gutachter Hozak sowie für die Beobachtungen durch die Obere Naturschutzbehörde. Diese Außerachtlassung des nördlichen Rotmilanhorstes lässt sich nach den aktuellen fachlichen Standards nicht rechtfertigen. Die Aussagen des Gutachters Hozak in seiner Ergänzung zum artenschutzrechtlichen Fachbeitrag und der FFH-Vorprüfung vom 18. Oktober 2016, dass bezüglich des tradierten Rotmilanhorstes nördlich der Anlagenstandorte keine häufigen, regelmäßig genutzten Flugwege von dort oder dorthin bestanden hätten, die zu einer deutlich erhöhten Kollisionsgefährdung führen würden, sind ohne den fachwissenschaftlichen Standards entsprechende Untersuchungen nicht belastbar.

In dem Fachbeitrag über die FFH-Vorprüfung vom 4. Mai 2016 führt der Gutachter Hozak zudem lediglich aus, dass in deren Rahmen zu untersuchen sei, ob durch die Umsetzung des geplanten Vorhabens negative Auswirkungen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck der maßgeblichen Bestandteile der benachbarten Natura-2000-Gebiete zu erwarten seien (vgl. FFH-Vorprüfung vom 4. Mai 2016, Seite 1, Antragsunterlagen, Ordner Teil 2, Kapitel 20). Er verweist dann in Bezug auf das FFH-Gebiet „Wälder um Beverungen“ bei der Beurteilung der vorhabensbedingten Beeinträchtigungen jedoch nur pauschal darauf, dass im Rahmen seiner artenschutzrechtlichen Prüfung erhebliche Beeinträchtigungen durch das Vorhaben für die europäisch geschützten

Vogel- und Fledermausarten sowie die Wildkatze, ggf. unter Berücksichtigung von Vermeidungs- und Minimierungsmaßnahmen, sicher ausgeschlossen worden seien (vgl. FFH-Vorprüfung vom 4. Mai 2016, Seite 8 f., a. a. O.). Es fehlt dabei jedoch an einer nachvollziehbaren Darstellung, welche charakteristischen Arten hier konkret gefährdet sein könnten und an einer anschließenden eigenen, die Anforderungen des Habitatschutzes in den Blick nehmenden artspezifischen Prüfung. Zu einer solchen hätte – wie bereits ausgeführt – auch die Untersuchung des Rotmilanhorstes in ca. 1.300 m Entfernung nördlich der Anlagenstandorte innerhalb des FFH-Gebietes gezählt.

Außerdem mangelt es dem in Bezug genommenen artenschutzrechtlichen Fachbeitrag vom 3. Mai 2016 des Gutachters Hozak (a. a. O.) an der erforderlichen Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit hinsichtlich der Ausführungen zum Prüfbereich und Untersuchungsgebiet. Es erschließt sich dem Senat unter anderem nicht, dass zum einen auf Seite 7 des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags auf die Einhaltung der empfohlenen Abstandsradien der LAG VSW (2007, 2015), also auf das Helgoländer Papier 2015, verwiesen und ausgeführt wird, dass bei Unterschreitung der dort empfohlenen Abstandsradien zu Horsten, Revierzentren oder sonstigen Rast- und Ruheplätzen der WEA-empfindlichen Arten nach der aktuellen Rechtsprechung eine Raumnutzungsuntersuchung notwendig sei, um den Nachweis zu führen, dass das Eintreten von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen nicht gegeben sei. Zum anderen wird dann auf Seite 8 des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags angegeben, dass Horste störungsempfindlicher Vogelarten im Frühjahr 2012 in Wald- und Gehölzbeständen in einem Radius bis 3 km um die Anlagen erfasst worden seien und dass die lokalisierten Horste im Bereich bis 1.000 m Abstand nach Beginn der Brutperiode daraufhin überprüft worden seien, ob sie tatsächlich als Neststandorte für Großvögel dienen. Auf Seite 16 des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags wird weiter ausgeführt, dass im 500 m bis 1.000 m-Puffer um die WEA-Standorte planungsrelevante Brut- und Rastvögel aufgenommen worden seien. Im Hinblick auf die zugrunde zulegende Abstandsempfehlung für den Rotmilan von 1.500 m sind diese sich widersprechenden Angaben zu der Frage, ob weitergehende Untersuchungen in Form einer Raumnutzungsanalyse für die festgestellten Rotmilanhorste erforderlich sind, im vorliegenden artenschutzrechtlichen Fachbeitrag für den Senat nicht nachvollziehbar.

Die von der Beigeladenen in Bezug genommene und seit dem 1. Januar 2021 in Kraft getretene Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie“ des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz sowie des Hessi-

schen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen vom 17. Dezember 2020 (VwV 2020; öffentlich bekanntgemacht im Staatsanzeiger für das Land Hessen vom 4. Januar 2021, Seite 13 ff.), die für den Rotmilan einen Mindestabstand vom Brutvorkommen zur WEA von nur 1.000 m empfiehlt, rechtfertigt keinen anderen Befund. Bei der VwV 2020 handelt es sich nach den eigenen Angaben in deren Einleitung und Zielsetzung (vgl. Seite 4 der VwV 2020) lediglich um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, die gegenüber Gerichten keine Bindungswirkung entfaltet (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 23/18 –, juris Rn. 18, Urteil vom 14. Oktober 2015 – 6 C 17/14 –, juris Rn. 34 m. w. N.; BVerfG, Beschluss vom 26. September 1978 – 1 BvR 525/77 –, juris Rn. 37).

Zwar sieht auch das Helgoländer Papier 2015 vor, dass es erforderlich sein kann, die Empfehlungen landesspezifischen Gegebenheiten anzupassen, weil sich die naturräumlichen Gegebenheiten, die Flächennutzung sowie das vorkommende Artenspektrum in den Bundesländern voneinander unterscheiden (vgl. Helgoländer Papier 2015, Seite 2). Dies gilt aber nur für nachvollziehbar begründete Einzelfälle. Es sind vorliegend jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, hier von den im Helgoländer Papier 2015 empfohlenen Mindestabständen abzuweichen. Die in der VwV 2020 enthaltene Begründung für die dort vorgenommene Herabsetzung des empfohlenen Mindestabstands u. a. für den Rotmilan überzeugt den Senat nicht. In der VwV 2020 wird im Wesentlichen ausgeführt, dass von der im Helgoländer Papier 2015 eingeräumten Möglichkeit, die Abstandsempfehlungen landesspezifischen Gegebenheiten anzupassen, Gebrauch gemacht worden sei. Das Land Hessen habe für eine typische, häufig vom Rotmilan genutzte strukturreiche Landschaft eine dreijährige telemetrische Rotmilan-Studie beauftragt. Diese sei im Vogelschutzgebiet Vogelsberg durchgeführt worden. Sie habe aufgezeigt, dass 60 % der Flugbewegungen des Rotmilans während des Zeitraums mit enger Horstbindung innerhalb einer 1.000 m-Distanz um den Horst erfolgten. Durch den hohen Anteil an Wald-Grünlandkomplexen und kleinstrukturierter Landschaft in Hessen mit einer im Bundesvergleich überdurchschnittlich günstigen Nahrungshabitatstruktur sei in der Regel von einer höheren Revierdichte und damit von kleineren Aktionsradien auszugehen als in waldarmen und ackerdominierten Regionen (vgl. VwV 2020, Seite 58 f.). Es wird jedoch nicht nachvollziehbar dargelegt, aus welchen Gründen die Ergebnisse dieser auf die Region Vogelsberg bezogenen Studie auf das gesamte Bundesland Hessen und insbesondere auf den hier relevanten Standort der WEA in Nordhessen übertragbar sind. Es ist insbesondere nicht nachvollziehbar,

dass die in der VwV 2020 beschriebenen Modifikationen bezüglich des Rotmilans, die lediglich auf der am Vogelsberg in Mittelhessen durchgeführten Studie basieren, auf fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen beruhen, die sich methodisch auf das ganze Bundesland Hessen übertragen lassen und daher landesweit Geltung beanspruchen können und somit eine Art „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ für das gesamte Bundesland Hessen darstellen könnten (vgl. dazu Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 2. Juni 2020 – 22 CS 20.841 –, juris Rn. 14 m. w. N.). Denn mit dem Vogelsberg ist ein einzelner Landschaftsraum mit einer günstigen Habitatqualität separat in den Blick genommen worden, der auf die naturräumlichen Gegebenheiten in anderen Landesteilen keine belastbaren Rückschlüsse zulässt. Dass gebietsspezifischen Besonderheiten in den einzelnen Regionen Hessens hinreichend Rechnung getragen wurde, ist der in Bezug genommenen Begründung nach der VwV 2020 nicht schlüssig zu entnehmen. Es ist daher für den Senat derzeit nicht ersichtlich, dass die Empfehlungen der VwV 2020 zu den Mindestabständen flächendeckend den besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand für Hessen wiedergeben und ein Abweichen von den Abstandsempfehlungen des Helgoländer Papiers 2015 bezüglich der hier streitigen WEA rechtfertigen könnten.

Der aller Voraussicht nach festzustellende Verstoß gegen § 34 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BNatSchG berührt auch Belange, die zu den Zielen gehören, die der Antragsteller nach § 2 Abs. 1 der Satzung der Schutzgemeinschaft Deutscher Wald - SDW - Landesverband Hessen e.V. fördert, denn danach setzt er sich für den Schutz, die Erhaltung und Wiederherstellung der natürlichen Lebensräume unter besonderer Berücksichtigung des Waldes und der Tier- und Pflanzenarten als Bestandteile unserer Lebensgrundlagen ein (vgl. <https://www.sdwhessen.de/uber-uns/satzung/>; Stand: 14. Januar 2021).

Auf diesen Verstoß kann sich der Antragsteller als nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. § 3 UmwRG anerkannte Naturschutzvereinigung auch nach § 2 Abs. 1 UmwRG berufen.

Dahinstehen kann danach, ob durch das streitgegenständliche Vorhaben auch eine Verletzung der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu besorgen ist. Für den Senat ist nach derzeitigem Stand nicht nachvollziehbar, ob die der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zugrunde gelegten artenschutzrechtlichen Untersuchungen fachlichen Standards entsprechen.

Die Ausführungen des Gutachters Hozak in dem artenschutzrechtlichen Fachbeitrag vom 3. Mai 2016 sind nach derzeitigem Stand in der gewählten Darstellungsweise nicht nachvollziehbar. So erschließen sich einige der von dem Gutachter Hozak gezogenen Schlussfolgerungen in der Tabelle Nr. 4 „Vorkommen aller nachgewiesenen Vogelarten im Untersuchungsgebiet und ihr Status im Betrachtungsbereich“ (vgl. Seite 16 ff. des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags vom 3. Mai 2016, a. a. O.) und der Tabelle Nr. 5 „Vorkommen artenschutzrelevanter Arten im Bereich des Vorhabens und ihr Erhaltungszustand sowie Abschichtung aufgrund ihrer ökologischen Ansprüche und Wirkprozesse durch die geplanten WEA“ (vgl. Seite 27 ff. des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags vom 3. Mai 2016, a. a. O.) bei (Vogel-)Arten mit einem ungünstigen/schlechten Erhaltungszustand in Hessen und einem potentiell eintretenden Verbotstatbestand nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG, der eine tiefere Prüfung notwendig mache, nach der gewählten Darstellungsweise nicht.

Diese entspricht insbesondere nicht den Vorgaben des vom Gutachter Hozak in Bezug genommenen „Leitfadens für die artenschutzrechtliche Prüfung in Hessen“, 2. Fassung (Mai 2011), wonach nur für die vereinfachte Prüfung von Vogelarten mit einem günstigen Erhaltungszustand in Hessen eine Darstellung der Betroffenheiten in tabellarischer Form entsprechend dem Muster im Anhang 2 des Leitfadens vorgesehen ist (vgl. Leitfaden, Seite 28). Bei den Vogelarten mit einem ungünstigen oder schlechten Erhaltungszustand in Hessen schreibt der Leitfaden hingegen eine ausführliche Art-für-Art-Betrachtung mit Hilfe des als Anhang 1 abgebildeten Musterbogens für die artenschutzrechtliche Prüfung vor, der die Ergebnisse der einzelnen relevanten Prüfungsschritte artbezogen und nachvollziehbar wiedergibt (vgl. Leitfaden, Seite 29). Warum der Gutachter Hozak diese in der planenden Praxis üblichen Bögen nicht verwendet hat, legt er in seinem artenschutzrechtlichen Fachbeitrag nicht dar (vgl. Seite 25 f. des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags vom 3. Mai 2016, a. a. O.).

Zudem erscheinen die von dem Gutachter Hozak gewählten Darstellungen etwa im Hinblick auf den Grauspecht nicht nachvollziehbar und plausibel. In den Tabellen Nr. 4 und Nr. 5 wird bezüglich des Grauspechtes angegeben, dass es sich um einen nach dem Bundesnaturschutzgesetz streng geschützten Brutvogel handele, der sowohl ausweislich der Roten Liste Deutschlands als auch ausweislich der Roten Liste Hessens als stark gefährdet eingestuft und dessen Erhaltungszustand für Hessen als ungünstig/schlecht (U2, roter Bereich) eingeordnet werde. In der Tabelle Nr. 5 (vgl. Seite 32) wird in der Spalte „WEA-Empfindlichkeit“ keine Eintragung (K: kollisionsgefährdet; S:

Störung der lokalen Population; L: Risiko für Fortpflanzungs- und Ruhestätten; M: Meideverhalten) vorgenommen. In der Spalte für die potentiellen Verbotstatbestände wird jedoch hinsichtlich § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ein „(+)“ angegeben (+: potentiell eintretend, tiefergehende Prüfung notwendig). Die in der nächsten Spalte folgende Begründung lautet dann: „Art als wahrscheinlicher Brutvogel in lichtem Buchenaltbestand ca. 300 m südlich von geplanten WEA-Standorten im Wald nachgewiesen. Es ist nicht damit zu rechnen, dass durch das Vorhaben Beeinträchtigungen für Art einhergehen. Artenschutzrechtliche Verbotstatbestände sind für diese Art auszuschließen.“ Diese pauschalen Schlussfolgerungen erschließen sich dem Senat im Rahmen der hier gebotenen summarischen Prüfung nicht.

Des Weiteren erscheint es dem Senat nicht plausibel, dass hinsichtlich der Hohltaube in den zuvor genannten Tabellen potentielle Verbotstatbestände verneint werden und in den Nebenbestimmungen des Genehmigungsbescheids vom 17. August 2017 das Aufhängen von Nistkästen nur für den Waldkauz vorgeschrieben, aber keine derartige Regelung zur Hohltaube getroffen wird, während in der Begründung des Genehmigungsbescheides dann jedoch ausgeführt wird, dass die Lärmempfindlichkeit der Hohltaube dahingehend berücksichtigt werde, dass auch für die Hohltaube Nistkästen in nicht verlärmten Waldbereichen zur Verfügung gestellt würden und die für den Waldkauz in ausreichender Anzahl aufzuhängenden Nistkästen auch für die Hohltaube ein zusätzliches Bruthöhlen-Angebot darstelle (vgl. Seite 31 des Genehmigungsbescheids).

Die beschriebenen Darstellungsmängel in dem artenschutzrechtlichen Fachbeitrag beziehen sich auch auf weitere, unter anderem von dem Antragsteller in Bezug genommene planungsrelevante Vogelarten (etwa die Spechtarten).

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 154 Abs. 1 und 3, 159 Satz 1 VwGO i. V. m. § 100 der Zivilprozessordnung (ZPO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 53 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. 52 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes (GKG) i. V. m. den Nrn. 1.2, 1.5 Satz 1, 19.2 i. V. m. 2.2.2 der Empfehlung des Streitwertkatalogs 2013 für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 31. Mai / 1. Juni 2012 und am 18. Juli 2013 beschlossenen Änderungen (abgedruckt bei Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 26. Auflage 2020, Anh. § 164 Rn. 14; abrufbar unter <https://www.bverwg.de/user/data/media/streitwertkatalog.pdf>).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Bohn

Sander

Lohr

Beglaubigt:

Kassel, den 15.01.2021

Croll

Justizbeschäftigter

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

