



VERWALTUNGSGERICHT KOBLENZ

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verwaltungsrechtsstreit

w e g e n immissionsschutzrechtlicher Genehmigung

hat die 4. Kammer des Verwaltungsgerichts Koblenz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. November 2015, an der teilgenommen haben

Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Dr. Fritz
Richter am Verwaltungsgericht Hübler
Richter am Verwaltungsgericht Holly
ehrenamtlicher Richter Rektor i. R. Wittlich
ehrenamtliche Richterin Geschäftsführerin Arens

für Recht erkannt:

Das Verfahren wird eingestellt, soweit sich die Klage auf die Nebenbestimmung Ziffer 14.1 im Genehmigungsbescheid vom 29. August 2013 bezogen hat; die Nebenbestimmung Ziffer 14.3 wird aufgehoben; im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt 4/5, der Beklagte 1/5 der Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar; der Beklagte kann die Vollstreckung durch die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen Nebenbestimmungen zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage.

Mit Bescheid vom 29. August 2013 wurde der A*** GmbH, B***, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage (Vestas V 112, Nabenhöhe 119 m, Rotordurchmesser 112 m, Gesamthöhe 185 m, Nennleistung 3,0 MW) in der Gemarkung C*** Flur 5 Flurstück-Nrn. 27 und 28 erteilt. Es handelt sich um die sogenannte WEA 1 im „Windpark Elchweiler“. In der Folgezeit wurden folgende Bauherren- bzw. Betreiberwechsel angezeigt: Am 13. September 2013 auf die D*** GmbH & Co. KG, am 17. Juli 2014 auf die E*** GmbH & Co. KG, sowie am 21. April 2015 auf die jetzige Klägerin.

Der Genehmigung vom 29. August 2013 sind unter Ziffer 14 unter anderem folgende naturschutzrechtliche Nebenbestimmungen beigefügt:

14. Naturschutzrechtliche Nebenbestimmungen

Aufgrund der komplexen naturschutzfachlichen Zusammenhänge werden für eine bessere Nachvollziehbarkeit in den folgenden Nebenbestimmungen auch die Regelungen zu den WEA 2 - 5 aus der Stellungnahme der Unteren Naturschutzbehörde der Kreisverwaltung Birkenfeld vom 15.05.2013 übernommen, obwohl mit diesem Bescheid ausdrücklich nur die Errichtung und der Betrieb der WEA 1 genehmigt wird.

Das Vorhaben stellt gemäß § 14 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) einen Eingriff in die Landschaft dar.

Die vorgelegten naturschutzfachlichen Unterlagen mit allen vorgelegten Nachträgen, Änderungen und Ergänzungen werden Bestandteil der Genehmigung. Alle in den naturschutzfachlichen Unterlagen empfohlenen Vermeidungs- und Minimierungsmaßnahmen sind (soweit nicht in den untenstehenden Ausführungen weitergehende Maßnahmen beschrieben sind) verbindlich durchzuführen.

14.1 Gehölze

Gehölze dürfen ausschließlich in dem Maße gerodet oder zurück geschnitten werden, wie dies in den Antragsunterlagen dargestellt ist. In allen anderen Bereichen sind entsprechend den einschlägigen DIN-Vorschriften die in der Nachbarschaft vorhandenen Gehölze vor Baubeginn durch geeignete Maßnahmen vor Beeinträchtigungen zu schützen.

Alle Gehölzrückschnitte und Gehölzrodungen sind in der Zeit von 1. Oktober bis 28. Februar durchzuführen.

14.2 Nebenbestimmung zum Schutz von Fledermäusen

Die Windkraftanlagen sind derart zu betreiben, dass eine erhebliche Beeinträchtigung von Fledermauspopulationen dauerhaft sicher verhindert wird und dass eine erhebliche Störung heimischer Fledermausarten sicher vermieden wird. Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für Fledermäuse durch die Windkraftanlagen ist zu verhindern.

Allgemeines zum Fledermaus-Monitoring:

In einem Forschungsvorhaben des BMU (BRINKMANN et al. 2011) wurde ein Verfahren zur Vorhersage der Kollisionszahlen entwickelt und daraus mit Hilfe eines Rechenmodells ggf. abgeleitete Abschaltzeiten vorgeschlagen. Dieses Verfahren erstellt anlagenspezifische Betriebsalgorithmen, die der örtlichen Fledermausaktivität Rechnung tragen. Es vermeidet unnötige Abschaltzeiten und damit Betriebseinbußen.

- Das bioakustische Gondelmonitoring dient dazu, falls erforderlich, spezifisch für einen Windpark oder für einzelne Anlagen Zeiten mit erhöhter Fledermausaktivität an einem Standort zu bestimmen.
- Das Gondelmonitoring erlaubt ausreichende Rückschlüsse auf die Aktivität der Fledermäuse in Rotorhöhe.
- In Verbindung mit den Faktoren Jahreszeit, Klima, Windgeschwindigkeit, Niederschlag können Zeiten identifiziert werden, an denen mit einem erhöhten Schlagrisiko für Fledermäuse gerechnet werden muss.

Allerdings gilt, dass diese für WEA-Offenlandstandorte entwickelten Abschaltalgorithmen auf WEA im Wald nicht direkt übertragbar sind. Die für WEA im Offenland entwickelten Abschaltalgorithmen sind auf Waldstandorte zu spezifizieren, eine direkte Übertragbarkeit kann unzureichend sein. Die Anwendung des Vorsorgeprinzips ist zu beachten.

Eine Totfundsuche als Methode kann stark fehlerbehaftet sein und wird deshalb ausdrücklich nicht gefordert.

- 14.2.1** Die Windkraftanlagen WEA 2 und WEA 3 werden nach der Inbetriebnahme in den beiden nächstfolgenden Jahres- Aktivitätsperioden der Fledermäuse einem Fledermaus- Höhenmonitoring unterzogen. Falls WEA 2 und WEA 3 nicht errichtet werden, so sind die Nebenbestimmungen zum Höhenmonitoring auf anderen Anlagen, in Abstimmung mit der Unteren Naturschutzbehörde zu übertragen.

14.2.2 Der Gutachter für das Höhenmonitoring ist im Einvernehmen mit der Unteren Naturschutzbehörde zu beauftragen.

14.2.3 Für das Gondelmonitoring an den WEA gelten folgende Rahmenbedingungen und Zeitabläufe:

- Für die Anerkennung der Untersuchungen und der Algorithmen ist es unbedingt erforderlich, die im Forschungsvorhaben des BMU (vgl. BRINKMANN et al. 2011) verwendeten Methoden, Einstellungen und vergleichbar geeignete Geräte zu verwenden.
- Die Ermittlung der Fledermausaktivität erfolgt über automatische Aufzeichnungsgeräte mit der Möglichkeit der artgenauen Auswertung (Batcorder, Anabat oder ähnlich geeignete Geräte), die in der Gondel der WEA installiert werden.
- Das Gondelmonitoring erstreckt sich über zwei vollständige Fledermaus-Aktivitätsperioden, um beispielsweise witterungsbedingte Schwankungen im jahreszeitlichen Auftreten der Fledermäuse (einschl. phänologischer Unterschiede) zu erfassen.
- Die Erfassungsgeräte sind mindestens vom 1. April bis 31. Oktober zu betreiben. Die Erfassungen sollen grundsätzlich 24 Stunden pro Tag erfolgen. Sollen geringere Erfassungszeiten gewählt werden, so ist dies vor Beginn der Erfassungsperiode mit der Unteren Naturschutzbehörde abzustimmen.
- Für technische Details wie der Installation der Aufzeichnungsgeräte ist in jedem Fall die Hilfe eines Serviceteams des jeweiligen Herstellers nötig.

Abschaltung im 1. Monitoring-Jahr:

01.04.-31.08. 1 h vor Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang

01.09.-31.10. 3 h vor Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang

- Abschaltung bei Windgeschwindigkeit < 6 m/s und ab 10 °C Temperatur (in Gondelhöhe)

Abschaltung im 2. Monitoring-Jahr:

- Auswertung des Monitorings des ersten Jahres für Vorschläge zum Algorithmus durch einen Sachverständigen und Vorlage bei der Naturschutzbehörde bis Ende Januar des Folgejahres
- Betriebszeitenbeschränkung: Festlegen des Algorithmus und der Abschaltwindgeschwindigkeit durch die Naturschutzbehörde aufgrund der Monitoring-Ergebnisse aus dem 1. Jahr (in den aktivitätsarmen Zeiten des 2. Jahres kann das Monitoring ohne Abschaltalgorithmus durchgeführt werden)

Ab 3. Jahr

Gültige Betriebszeiten-Regelung für alle WEA nach (neu) festgelegtem Algorithmus

- Auswertung des Monitorings und Vorschläge zum Algorithmus durch einen Sachverständigen und Vorlage bei der Naturschutzbehörde bis Ende Januar des Folgejahrs
- Betriebszeitenbeschränkung: Festlegen des Algorithmus und der Abschaltwindgeschwindigkeit durch die Naturschutzbehörde aufgrund der Monitoringergebnisse aus dem 1. + 2. Jahr

14.2.4 Die Steuerung hat so zu erfolgen, dass eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für Fledermäuse sicher vermieden wird. Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos ist dann anzunehmen, wenn pro Windenergieanlage 2 oder mehr Fledermäuse je Anlage und Jahr (Schwellenwert) getötet werden oder für mindestens eine Fledermausart die prognostizierten Tötungen über der Signifikanzschwelle für diese Art an diesem Standort liegen.

14.2.5 Die Steuerung hat weiterhin so zu erfolgen, dass eine erhebliche Beeinträchtigung von Fledermauspopulationen dauerhaft sicher verhindert wird und dass eine erhebliche Störung heimischer Fledermausarten sicher vermieden wird.

14.2.6 Mit der Auswertung des Monitorings sind auch das Betriebsprotokoll (als Nachweis für die Abschaltung) und die Ergebnisse der Klimadaten-Messung (als Grundlage für die Neufestlegung des Abschaltalgorithmus) vorzulegen.

14.2.7 Die Genehmigungsbehörde behält sich somit den Erlass nachträglicher Betriebsbeschränkungen (zeitlich beschränkte Abschaltalgorithmen) vor, soweit dies auf Grundlage der Ergebnisse des akustischen Monitoring naturschutzfachlich erforderlich ist.

14.2.8 Der Betreiber trägt dafür Sorge, dass der vereinbarte Betriebsalgorithmus auch nach der Monitoringphase eingehalten wird. Der Betreiber unterbreitet der Genehmigungsbehörde einen Vorschlag, wie dies nachgewiesen werden kann und unabhängig prüfbar ist.

14.2.9 Die Genehmigungsbehörde behält sich vor, im Bedarfsfall auch von sich aus Fledermaus-Monitoringuntersuchungen in den Gondeln der Windkraftanlagen durchführen zu lassen. Der jeweilige Betreiber der Windenergieanlagen wird verpflichtet, solche Untersuchungen zu dulden bzw. im notwendigen Umfang kostenfrei zu unterstützen.

14.3 Kranichabschaltung

Die Windkraftanlagen sind so zu betreiben, dass erhebliche Beeinträchtigungen ziehender Kraniche sicher verhindert werden. Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für Kraniche durch die

Windkraftanlagen ist zu verhindern. An den auf wenige Tage im Jahr begrenzten Haupt- bzw. Massenzugtagen des Kranichs im Frühjahr und Herbst sind, wenn während des voraussichtlichen Überflugs der Zugwelle am Standort der Windkraftanlage eine Wetterlage (z.B. starker Regen, starker Gegenwind, Nebel) herrscht, welche Flugbewegungen im Einwirkungsbereich der Anlagen und somit erhebliche Beeinträchtigungen ziehender Kraniche erwarten lassen, die Anlagen spontan für die Dauer der laufenden Zugwelle abzuschalten und die Rotoren längs zur Zugrichtung auszurichten.

Der Anlagenbetreiber trägt dafür Sorge, dass für diese "Kranichabschaltung" jeweils fundierte ornithologische Daten zu den Massenzugtagen sowie fundierte ortsbezogene Wetterdaten (vom Standort der Windkraftanlagen) verwendet werden.

Der Anlagenbetreiber legt der Unteren Naturschutzbehörde jährlich einen Bericht über die "Kranichabschaltung" (inklusive Betriebsprotokoll der betroffenen Tage) vor."

Am 10. Oktober 2013 legte der Betreiber D*** GmbH & Co. KG Widerspruch gegen verschiedene Nebenbestimmungen ein, darunter die Ziffern 14.1, 14.2.3, 14.2.4, 14.2.7 und 14.3. Mit Bescheid des Beklagten vom 14. Februar 2014 wurde dem Widerspruch teilweise abgeholfen, indes nicht gegen die im vorliegenden Verfahren streitigen Bestimmungen unter Ziffer 14.

Der Kreisrechtsausschuss beim Beklagten wies den Widerspruch hinsichtlich der noch streitigen Nebenbestimmungen durch Widerspruchsbescheid vom 14. Oktober 2014 zurück. Dabei führte er hinsichtlich der Nebenbestimmung 14.2.7 aus, dass diese keinen durchgreifend rechtlichen Bedenken begegne. „Denn diese hat – derzeit – keinen eigenen Regelungscharakter, sondern formuliert die ohnehin für den Widerspruchsgegner bestehende Möglichkeit, bei Eintreten bestimmter Umstände kraft Gesetzes ergänzende Regelungen zutreffen.“ Wegen der übrigen Begründung wird auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides Bezug genommen.

Die Klägerin hat am 14. November 2014 Klage hinsichtlich der Nebenbestimmungen Ziffern 14.1, 14.2.3, 14.2.4, 14.2.7 und 14.3 erhoben.

Sie geht von echten Nebenbestimmungen aus, die Gegenstand einer Anfechtungsklage sein können. Die Ziffer 14.1 habe sich durch die Errichtung und

Inbetriebnahme der WEA 1 Ende Dezember 2014 erledigt. Für die Ziffer 14.2.3 fehle es an der erforderlichen Rechtsgrundlage, die nicht in § 12 Abs. 1 Satz 1 des Bundesimmissionsschutzgesetzes – BImSchG – gesehen werden könne. Es liege eine Maßnahme der Eigenüberwachung vor, die ohne Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig sei. Das Höhenmonitoring verhindere keine Tötung von Fledermäusen und sei nicht geeignet, dem Tötungs- bzw. Verletzungsverbot entgegenzuwirken. Bei einem Betrieb der Anlage ohne Abschaltzeiten liege kein Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 des Bundesnaturschutzgesetzes – BNatSchG – vor. Es fehle an der erforderlichen signifikanten Risikoerhöhung, was sich aus den vorgelegten Gutachten ergebe. Die Nebenbestimmung Ziffer 14.2.4 sei zu unbestimmt, da die Klägerin nicht wisse, was genau zu tun sei, um eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos sicher zu vermeiden. Eine Signifikanz sei im Übrigen nicht bereits bei 2 Fledermäusen gegeben. Was die Nebenbestimmung Ziffer 14.2.7 anbelange, so sei die im Widerspruchsbescheid geäußerte Rechtsauffassung unzutreffend. Der Auflage bedürfe es bereits nicht vor dem Hintergrund der Ausführungen zu den Monitoring- und Abschaltauflagen. Es handele sich um einen Vorbehalt im Sinne des § 12 Abs. 2a BImSchG, der ohne Einverständnis der Klägerin nicht zulässig sei. Schließlich sei die Nebenbestimmung Ziffer 14.3 unbestimmt und auch fachlich unbegründet.

Die Klägerin beantragt,

1. den Genehmigungsbescheid des Beklagten vom 29.08.2013 in der Fassung des Teilabhilfebescheides vom 14.02.2014 und in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14.10.2014 hinsichtlich folgender Nebenbestimmungen
 - Ziff. 14.2.3 (Abschaltzeiten Fledermausschutz und Durchführung eines Gondelmonitorings)
 - Ziff. 14.2.4 (Steuerung der WEA zur Vermeidung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos für Fledermäuse durch Vorgabe von Schwellenwerten)
 - Ziff. 14.2.7 (Vorbehalt nachträglicher Betriebsbeschränkungen) und
 - Ziff. 14.3 (Abschaltung zum Schutz des Kranich)
- aufzuheben;

2. hilfsweise den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin die immissionschutzrechtliche Genehmigung für die beantragte Errichtung und den Betrieb der WEA des Typs Vestas V 112, 3,0 MW ohne die unter Ziff. 1. des Antrags angefochtenen Nebenbestimmungen zu erteilen;
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er ist dem Vorbringen der Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung der Argumentation im Widerspruchsbescheid entgegengetreten. Die Nebenbestimmungen Ziffern 14, 14.2 und 14.2.1 seien bestandskräftig geworden. Was die übrigen Nebenbestimmungen Ziffern 14.2.3, 14.2.4 und 14.3 anbelange, so seien die zum Fledermausschutz festgesetzten Maßnahmen im Wesentlichen bereits Teil des zur Genehmigung eingereichten Antrags gewesen. Auch das Kranichmonitoring bzw. die Kranichabschaltung seien bereits in den Antragsunterlagen als geeignete Maßnahme zum Schutz ziehender Kraniche beschrieben worden. Die Ausführungen in den Antragsunterlagen deckten sich weitgehend mit den Vorgaben der Unteren Naturschutzbehörde. Insoweit sei bereits das Rechtsschutzinteresse für die Klage infrage zu stellen. Im Übrigen wird auf die Klageerwiderung vom 10. Februar 2015 (Bl. 176 ff. d. GA) Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die sonstigen zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze Bezug genommen sowie 12 Ordner und 1 Heft Verwaltungs- sowie Widerspruchsakten und die nachfolgenden Gerichtsakten: 7 K 1112/12.KO, 4 L 792/13.KO, 4 K 1094/13.KO, 4 L 1169/13.KO, 4 L 120/14.KO, 4 K 481/14.KO, 4 K 505/14.KO, 4 L 905/14.KO, 4 K 918/14.KO und 4 L 951/14; diese Unterlagen sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Die Klägerin hat eine statthafte Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO erhoben. Denn bei den angefochtenen Nebenbestimmungen zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 29. August 2013 handelt es sich um Auflagen im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG, die selbständig anfechtbar sind. 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. VG Koblenz, Urteil vom 27. Oktober 2011, 7 K 78/11.KO).

Nach diesen Grundsätzen regeln die hier streitigen Nebenbestimmungen aus Sicht eines objektiven Bescheidempfängers lediglich Nebenpflichten oder Begleitpflichten zur eigentlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, nämlich der Errichtung und dem Betrieb der näher bezeichneten Windenergieanlage. Die dem Genehmigungsadressaten aufgegebenen Pflichten in Bezug auf Fledermaus- und Kranichschutz legen weder den Gegenstand noch den Umfang der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung fest. Durch die genannten Nebenbestimmungen wird der zugelassene Betrieb auch weder räumlich noch sachlich bestimmt.

Das Verfahren war hinsichtlich der Nebenbestimmung Ziffer 14.1 einzustellen, da die Klägerin ihre zunächst auch hierauf bezogene Klage nicht mehr weiter verfolgt hat. Damit liegt eine zumindest konkludente Klagerücknahme vor und das Verfahren ist gemäß § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen.

Was die Nebenbestimmungen Ziffern 14.2.3, 14.2.4 und 14.2.7 anbelangt, so ist derzeit keine Rechtsverletzung der Klägerin erkennbar. Die Kammer lässt offen, ob dies zur Unzulässigkeit der Klage mangels Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO führt oder eine Rechtsverletzung der Klägerin ausscheidet mit der Folge einer Unbegründetheit der Klage, da diese gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nur dann Erfolg haben kann, wenn die angefochtenen Nebenbestimmungen rechtswidrig sind und die Klägerin in ihren Rechten verletzen. Im Einzelnen sind für die Kammer die nachfolgenden Erwägungen maßgeblich:

Die angefochtenen Nebenbestimmungen zum Schutz von Fledermäusen Ziffern 14.2.3, 14.2.4 und 14.2.7 gelten ausweislich der (im Übrigen bestandskräftigen) Auflage Ziffer 14.2.1 nicht für die hier streitige WEA 1, sondern für die Windkraftanlagen WEA 2 und WEA 3, wie der eindeutige Wortlaut der Ziffer 14.2.1 belegt. Nichts anderes folgt aus der unter Ziffer 14 in Bezug genommenen Stellungnahme der Unteren Naturschutzbehörde vom 15. Mai 2013, die auf Seite 3 eine der Nebenbestimmung Ziffer 14.2.1 inhaltsgleiche Regelung enthält. Die WEA 1 ist von den entsprechenden Nebenbestimmungen zum Schutz von Fledermäusen derzeit nicht unmittelbar betroffen. Vielmehr bedarf es nach dem eindeutigen Wortlaut der Ziffer 14.2.1 eines eigenständigen Übertragungsaktes, der dann erst für den Rechtsschutz erhebliche und unmittelbare Beschwer bedeutet.

Der fehlende Regelungscharakter hinsichtlich der Nebenbestimmung Ziffer 14.2.7 folgt im Übrigen aus dem Widerspruchsbescheid. Dort heißt es auf Seite 17, dass die genannte Ziffer – derzeit – keinen eigenen Regelungscharakter hat, sondern die ohnehin für die Behörde bestehende Möglichkeit formuliert, bei Eintreten bestimmter Umstände kraft Gesetzes ergänzende Regelungen zu treffen. Hierin liegt eine Gestaltgebung im Sinne des § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, wonach Gegenstand der Anfechtungsklage der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt ist, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat.

Eine Rechtsverletzung für die Klägerin ergibt sich demgegenüber nicht aus der einleitenden Ziffer 14 (Naturschutzrechtliche Nebenbestimmungen). Diese macht zwar die vorgelegten naturschutzfachlichen Unterlagen mit allen vorgelegten Nachträgen, Änderungen und Ergänzungen zum Bestandteil der Genehmigung und bestimmt, dass alle in den naturschutzfachlichen Unterlagen empfohlenen Vermeidungs- und Minimierungsmaßnahmen – soweit nicht in den folgenden Ausführungen weitergehende Maßnahmen beschrieben sind – verbindlich durchzuführen seien. Auch wenn man berücksichtigt, dass die Ziffer 14 – einen eigenen Regelungscharakter angenommen – nicht mit Widerspruch angefochten und damit bestandskräftig wurde, vermag diese Ziffer für die hier streitige WEA 1 keine konkrete Rechtsbeeinträchtigung zu begründen. Dafür ist die bloße Bezugnahme auf die in den naturschutzfachlichen Unterlagen empfohlenen Maßnahmen zu unspezifisch und lässt konkrete, auch der Vollstreckung zugängliche Auflagen nicht erkennen.

In Bezug auf die Nebenbestimmung Ziffer 14.3 hat die Klage hingegen Erfolg. Diese Nebenbestimmung erweist sich wegen fehlender Bestimmtheit als formell rechtswidrig und verletzt die Klägerin von daher in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Sie war daher aufzuheben.

Die nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG dem Grunde nach zulässige Nebenbestimmung ist formell rechtswidrig, da sie nicht den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Verwaltungsaktes nach § 37 Abs. 1 VwVfG genügt. 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 zugrunde legen kann (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 15. Auflage 2014, § 37 Rdnr. 5). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

Nicht eindeutig im vorbezeichneten Sinne ist die Regelung im 2. Absatz der Ziffer 14.3 bereits insoweit, als die Abschaltung für diejenigen Tage angeordnet wird, „wenn während des voraussichtlichen Überflugs... eine Wetterlage (z.B. starker

Regen, starker Gegenwind, Nebel) herrscht, welche Flugbewegungen im Einwirkungsbereich der Anlagen und somit erhebliche Beeinträchtigungen ziehender Kraniche erwarten lassen,...“. Trotz der in Klammer gesetzten Beispiele für die Annahme einer „Wetterlage“ bleibt bereits im Ansatz unklar, welche Wettersituationen insgesamt und ansonsten noch gemeint sein können. Dies lässt sich weder der durch Ziffer 14 der Nebenbestimmungen in Bezug genommenen Stellungnahme der Unteren Naturschutzbehörde vom 15. Mai 2013 noch den bei den Verwaltungsakten befindlichen Sachverständigen-Stellungnahmen entnehmen. Auf Seite 6 des Schriftsatzes der Unteren Naturschutzbehörde vom 15. Mai 2013 findet sich die inhaltlich gleiche Formulierung wie in der Nebenbestimmung Ziffer 14.3, so dass hieraus keine weiteren Erkenntnisse zur näheren Bestimmung dieser Auflage abgeleitet werden können. Ebenso wenig lässt sich den vorgelegten Gutachten Näheres entnehmen. Das gilt zum einen für die „Ergebnisse der Erfassung von europäischen Vogelarten und Fledermäusen am Windenergiestandort Elchweiler, Verbandsgemeinde Birkenfeld, Landkreis Birkenfeld, Rheinland-Pfalz, im Jahr 2011“ von Henning (überarbeitete Fassung vom 17. Oktober 2012).

Der Gutachter führt auf Seite 15 folgendes aus:

„Der Kranich wurde während des Herbstzuges ebenfalls nachgewiesen. Zirka 300 Vögel überflogen den Planungsraum in Richtung Westen in mehreren Hundert Metern Höhe. Der Kranich wird in Rheinland-Pfalz regelmäßig auf dem Durchzug sowohl im Frühjahr als auch im Herbst beobachtet. Die Anzahl der rastenden Kraniche schwankt von Jahr zu Jahr aufgrund der bestehenden Witterungsverhältnisse. Regelmäßige Rastplätze können für den Kranich im Planungsraum jedoch ausgeschlossen werden, da aufgrund der Beobachtungsintensität sowie fehlende Nachweise ein traditioneller Rastplatz nicht nachgewiesen wurde.“

Angesichts der genannten Überflughöhe und des Ausschlusses von Rastplätzen kann hiernach bereits eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos vernachlässigt werden. Davon abgesehen ist auch eine für Kraniche gefährliche Wetterlage nicht beschrieben.

Eine Gefährdung mit konkreter Angabe der schädlichen Witterungsbedingungen kann zum anderen auch nicht der Artenschutzfachlichen Prüfung von Henning (überarbeitete Fassung vom 17. Oktober 2010) entnommen werden. Dieser stuft zunächst die Gefährdung des Kranichs aufgrund Kollision mit Windenergieanlagen

als „verschwindend gering“ ein und nimmt Bezug auf bisher in der Fundkartei dokumentierte 4 Schlagopfer. Darüber hinaus verweist er darauf, dass ein Durchfliegen größerer Kranich-Trupps durch Windparks bislang nicht beobachtet worden sei. „Vielmehr versuchen die Kraniche, die Windparks zu umfliegen oder zu überfliegen. An Freileitungen, Gebäuden und Abspannungen von Funkmasten sind mehrere Massenunfälle von ziehenden und rastenden Kranichen unter ungünstigen Sichtbedingungen (vor allem Nebel) dokumentiert ... Eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos ist somit für den Kranich mit Sicherheit auszuschließen. Sollte eine Prognoseunsicherheit bezüglich der oben getroffenen Aussagen für den Standort Elchweiler gesehen werden – insbesondere im Hinblick auf einen Verdichtungsraum des Kranichzuges südlich des Soonwaldes und entlang der Achse des Nahetales –, so sind Vermeidungsmaßnahmen möglich...“. Der Gutachter schlägt sodann für den Fall der Prognoseunsicherheit kurzzeitige Abschaltungen sowie Kranichzug-Monitoring vor und nennt „eine Wetterlage z.B. Niederschlag, Gegenwind, Nebel ..., welche Flugbewegungen im Einwirkungsbereich der Anlagen und somit erhebliche Beeinträchtigungen ziehender Kraniche erwarten lassen, ...“. Auch damit bleibt für den Anlagenbetreiber als Adressaten der Nebenbestimmung unklar, welche Wettersituationen insgesamt und ansonsten noch gemeint sein können.

Neben dieser Unbestimmtheit in Bezug auf die Wettersituation(en) allgemein, welche zu einer Abschaltung führen sollen, erweisen sich auch die im Klammerzusatz genannten Beispiele als unbestimmt. Die Bezeichnung „Nebel“ erfordert zunächst die Angabe einer Sichtweite, um dem Anlagenbetreiber die Möglichkeit zu geben, der Auflage nachzukommen. Daneben kommt es auch darauf an, in welcher Höhe sich der Nebel befindet. Gerade wenn, wie aus den vorgenannten Stellungnahmen ersichtlich, Kraniche in mehreren 100 m Höhe fliegen und versuchen, Windparks zu umfliegen oder zu überfliegen, ist eine Angabe dazu nötig, in welcher Höhe sich der Nebel befinden muss, um dem Zweck der Auflage genügen zu können. Diesbezüglich verweist die Kammer auch auf Erkenntnisse aus einem für das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz zum Aktenzeichen 1 A 10937/06.OVG erstellten Gutachten des Dipl.-Biologen T. Isselbacher vom 22. November 2007. Danach muss es sich, was ungünstige Wetterverhältnisse durch Nebel anbelangt, um „dichte Nebellagen“ oder „Hochnebel“ handeln. 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 Kranich ungünstiger Gegenwind anzunehmen ist (vgl. hierzu auch das in der mündlichen Verhandlung angesprochene Urteil der Kammer vom 27. Oktober 2011 – 7 K 78/11.KO, das eine vergleichbare Nebenbestimmung wie die hier streitige Ziffer 14.3 zum Gegenstand hat).

Die Notwendigkeit einer besonderen Spezifizierung sieht die Kammer auch mit Blick darauf, dass das Risiko einer Kranichgefährdung durch Kollision mit Windenergieanlagen nach der Sachverständigen-Stellungnahme von Henning (Artenschutzfachliche Prüfung... vom 17. Oktober 2012) „als verschwindend gering eingestuft werden“ kann. Der Gutachter führt unter anderem aus:

„Aufgrund der bisher vorliegenden sehr geringen Schlagopferzahlen (s.o.) sowie der Anzahl der Windenergieanlagen in Deutschland (mehr als 20.000) und den gemeldeten Zahlen überfliegender Kraniche (<http://www.kraniche.de>) ist eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos ausgeschlossen. Sollten Prognoseunsicherheiten bestehen, kann eine Abschaltung unter den gegebenen Bedingungen diese ausräumen.“

Gerade angesichts des geringen Gefährdungsrisikos (zum Begriff der signifikanten Steigerung des Tötungsrisikos siehe Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 8. Januar 2014 – 9 A 4/13 –, juris) sind hohe Anforderungen an die Beschreibung der kritischen Wetterlage geboten. Diesen Vorgaben wird die streitige Nebenbestimmung nicht gerecht.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO. Bei der Kostenteilung ist die aus Sicht der Klägerin hohe wirtschaftliche Bedeutung der Nebenbestimmung zum Schutz von Fledermäusen berücksichtigt worden.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wegen der Kosten beruht auf § 167 VwGO.

Rechtsmittelbelehrung

Soweit die Klage teilweise zurückgenommen und das Verfahren eingestellt wurde, ist diese Entscheidung gemäß § 92 Abs. 3 Satz 2 VwGO unanfechtbar.

Im Übrigen können die Beteiligten **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 in Rheinland-Pfalz (ERVLVO) vom 10. Juli 2015 (GVBl. S. 175) 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. Hübler

gez. Holly

Beschluss

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 50.000,-- € festgesetzt (§§ 52, 63 Abs. 2 GKG); die Kammer hat sich hierbei an der Empfehlung Ziffer 19.1.3 des Streitwertkataloges 2013 orientiert und den durch die angefochtenen Nebenbestimmungen möglichen Mehrkostenbetrag entsprechend geschätzt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung steht den Beteiligten und den sonst von der Entscheidung Betroffenen die **Beschwerde** an das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200,00 € übersteigt.

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn sie **innerhalb von sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung zur Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, eingelegt wird.

Die Beschwerde ist bei dem **Verwaltungsgericht Koblenz**, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz, schriftlich, in elektronischer Form oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen.

Die elektronische Form wird durch eine qualifiziert signierte Datei gewahrt, die nach den Maßgaben der Landesverordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in Rheinland-Pfalz (ERVLVO) vom 10. Juli 2015 (GVBl. S. 175) in der jeweils geltenden Fassung zu übermitteln ist.

gez. Dr. Fritz

gez. Hübler

gez. Holly