Titel:

Anordnung der sofortigen Vollziehung der Genehmigung für Windenergieanlage

Normenketten:

VwGO § 80 Abs. 5, § 80a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, § 146 Abs. 4

BlmSchG § 4, § 6 Abs. 1 Nr. 2, § 9, § 10 Abs. 6a, Abs. 9

BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 S. 1 Nr. 5

BNatSchG § 44 Abs. 1

BayBO Art. 82 Abs. 1, Art. 83 Abs. 1

BayVwVfG Art. 10 S. 2

Leitsätze:

1. Der Erlass eines Vorbescheids vor einer absehbaren Änderung der Rechtslage ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Genehmigungsbehörde ist nach Art. 10 S. 2 BayVwVfG im Allgemeinen und § 10 Abs. 6a und 9 BlmSchG im Besonderen gerade gehalten, „zügig“ zu entscheiden. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein gerichtlicher Augenschein zur Beurteilung der beeinträchtigenden Wirkung einer Windenergieanlage auf Denkmäler ist nicht generell unabdingbar, insbesondere dann nicht, wenn Visualisierungen und Fotoaufnahmen vorliegen. (Rn. 34) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Gerichtliche Anordnung der sofortigen Vollziehung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage, Beschwerden der Standortgemeinde und einer Nachbargemeinde, Wirkung eines Vorbescheids zur Frage der bauplanungsrechtlichen Privilegierung, entgegenstehende Belange des Naturschutzes (artenschutzrechtliches Tötungsverbot) und des Denkmalschutzes (verneint), Immissionsrechtlicher Vorbescheid, Aufklärungspflicht

Vorinstanz:

VG München, Beschluss vom 09.07.2020 – M 28 S 20.495

Fundstellen:

BayVBI 2021, 458

NuR 2021, 787

LSK 2020, 28631

BeckRS 2020, 28631

Tenor

I. Die Beschwerden werden zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Beigeladenen je zur Hälfte.

IV. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 60.000 Euro festgesetzt.

Gründe

1

Der Beigeladene zu 1 ist die Standortgemeinde einer von der Antragstellerin geplanten Windenergieanlage; der Beigeladene zu 2 ist eine Nachbargemeinde. Die Antragstellerin begehrt die gerichtliche Anordnung der sofortigen Vollziehung der ihr vom Antragsgegner erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb dieser Windenergieanlage, nachdem die Beigeladenen jeweils Klage gegen die Genehmigung erhoben haben.

2

Die Antragstellerin beantragte am 24. Oktober 2013 die Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids für den Neubau von zwei Windenergieanlagen im Gebiet des Beigeladenen zu 1. Sie stellte

dabei die Frage, ob Anlagen an den geplanten Standorten bauplanungsrechtlich nach § 35 des Baugesetzbuches (BauGB) zulässig seien, wenn Belange des Naturschutzes im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB nicht entgegenstünden, und ob von Seiten der Wehrbereichsverwaltung, des Luftamts, der Bundesnetzagentur oder des Deutschen Wetterdienstes etwas gegen das geplante Bauvorhaben spreche.

3

Mit Bescheid vom 29. Oktober 2014 erteilte der Antragsgegner „nach Maßgabe der in Ziffer 2 dieses Bescheides genannten Antrags-/Planunterlagen sowie der in Ziffer 3 dieses Bescheides genannten Voraussetzungen/Vorbehalte“ einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid für die zwei geplanten Windkraftanlagen. Es wurde „ebenfalls nach Maßgabe der Ziffern 2 und 3 dieses Bescheids“ festgestellt, dass „das privilegierte Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig ist (§ 35 Abs. 1 BauGB)“ und mit militärrechtlichen Belangen, mit Belangen der zivilen Luftfahrt, der Bundesnetzagentur sowie des Deutschen Wetterdienstes jeweils vereinbar sei. „Unter denselben Voraussetzungen/Vorbehalten“ wurde festgestellt, dass dem Vorhaben keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstünden. In Nr. 3 des Bescheids finden sich u.a. folgende „Voraussetzungen“ und „Vorbehalte“: Der Bescheid solle unbeschadet seiner Nr. 3.2 für ein immissionsschutzrechtliches „Vollgenehmigungsverfahren“ nur insoweit Bindungswirkung entfalten, „als die Genehmigungsvoraussetzungen im Vorbescheidsverfahren abschließend beurteilt wurden“ (Nr. 3.1). Eine Bindungswirkung des Vorbescheids für ein immissionsschutzrechtliches „Vollgenehmigungsverfahren“ sei zudem u.a. dann nicht gegeben, wenn sich herausstelle, dass „dem Vorhaben öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Nummern 2 bis 6 BauGB entgegenstehen im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB“. Die hiergegen vom Beigeladenen zu 1 erhobene Klage wurde mit Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 11. August 2015 abgewiesen (Az. M 1 K 14.5368). Im Berufungsverfahren (Az. 22 BV 15.2363) schlossen die Beteiligten des Rechtsstreits einen Vergleich dahingehend, dass der letzte Satz von Ziffer 1 des Bescheides, wonach „unter denselben Voraussetzungen/Vorbehalten (...) im Hinblick auf die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen festgestellt“ wird, „dass dem Vorhaben keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen“, gestrichen wird.

4

Am 12. Dezember 2017 beantragte die Antragstellerin die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb zweier Windkraftanlagen (Typ Nordex N 117/2400, Nabenhöhe 141 m, Rotordurchmesser 117 m, Gesamthöhe 199 m) auf den Grundstücken mit den FINr. 1102 und 1117 Gemarkung A ... im Gebiet des Beigeladenen zu 1.

5

Mit Schreiben vom 9. April 2018 bat die Antragstellerin darum, zunächst nur über die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage auf dem Grundstück FINr. 1102 (WEA 1) zu entscheiden.

6

Der Beigeladene zu 1 lehnte die Erteilung seines Einvernehmens mit Gemeinderatsbeschluss vom 9. Mai 2019 ab.

7

Mit Bescheid vom 22. August 2019 erteilte das Landratsamt unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlage WEA 1.

8

Die Beigeladenen zu 1 und die Beigeladene zu 2 erhoben am 19. bzw. 26. September 2019 Klage gegen den Bescheid vom 22. August 2019, über die noch nicht entschieden wurde (Verfahren M 28 K 19.4759 und M 28 K 19.4866).

9

Am 6. Februar 2020 beantragte die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht, die sofortige Vollziehung des Bescheides vom 22. August 2019 anzuordnen.

10

Mit Beschluss vom 9. Juli 2020 ordnete das Verwaltungsgericht die sofortige Vollziehung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 22. August 2019 an. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die im Rahmen des summarischen Verfahrens zu treffende Entscheidung des

Gerichts führe dazu, dass dem Antrag stattzugeben sei, weil die Klagen der Beigeladenen voraussichtlich erfolglos bleiben würden und das Interesse der Antragstellerin an der Anordnung der sofortigen Vollziehung das Interesse der Beigeladenen am Fortbestand der aufschiebenden Wirkung ihrer Klagen überwiege. Die vom Beigeladenen zu 1 geltend gemachten Bedenken gegen die nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i.V.m. Art. 67 BayBO erfolgte Ersetzung des kommunalen Einvernehmens würden nicht durchgreifen, denn der Beigeladene zu 1 habe dieses voraussichtlich rechtswidrig versagt; das Vorhaben sei gemäß § 35 BauGB bauplanungsrechtlich zulässig. Bei der strittigen Windenergieanlage handele es sich um ein gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes Vorhaben, wie mit Vorbescheid vom 29. Oktober 2014 bestandskräftig festgestellt worden sei. Dem Vorhaben stünden insbesondere keine Belange des Naturschutzes, des Denkmalschutzes oder der Landschaftspflege (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) entgegen; es verursache auch keine schädlichen Umwelteinwirkungen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB). Auch die Klage des Beigeladenen zu 2 bleibe voraussichtlich ohne Erfolg; die von ihm erhobenen Rügen seien im Wesentlichen identisch mit denen des Beigeladenen zu 1. Da diese bereits in der Sache nicht durchgreifen würden, brauche auf die Frage einer Verletzung des Beigeladenen zu 2 in eigenen Rechten nicht eingegangen zu werden. Bei der Bewertung der maßgeblichen Interessen in Bezug auf die Anordnung des Sofortvollzugs seien die Interessen der Antragstellerin höher zu bewerten als die der Beigeladenen.

11

Gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 9. Juli 2020 haben die Beigeladenen Beschwerde eingelegt. Sie beantragen jeweils sinngemäß,

12

unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses den Antrag der Antragstellerin auf Anordnung des Sofortvollzugs der Genehmigung vom 22. August 2019 abzulehnen.

13

Zur Begründung tragen die Beigeladenen im Wesentlichen vor, die streitgegenständliche Windenergieanlage sei bereits deshalb nicht genehmigungsfähig, weil sie gemäß Art. 82 BayBO nicht gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB planungsrechtlich privilegiert sei. Dem stehe der kurz vor Inkrafttreten des Art. 82 BayBO in der aktuellen Fassung erlassene Vorbescheid vom 29. Oktober 2014 nicht entgegen. Ein vollständiger Antrag auf Genehmigung im Sinne von Art. 83 Abs. 1 BayBO sei nicht vor Ablauf des 4. Februar 2014 bei der zuständigen Behörde eingegangen. Ein Vorbescheid könne nicht die Rechtswirkungen des Art. 83 Abs. 1 BayBO auslösen, um die Hürde des Art. 82 Abs. 1 BayBO zu nehmen. Mit dem Vorbescheid vom 29. Oktober 2014 seien nur militärische Belange, Belange der zivilen Luftfahrt, der Bundesnetzagentur und des Deutschen Wetterdienstes geregelt worden. Aus dem Vorbescheid sei zu schließen, dass der Antragsgegner bei dessen Erlass mit der sogenannten planungsrechtlichen Prüfung die „bauplanungsrechtliche Privilegierung“ gemeint habe. Dies habe mit der planungsrechtlichen Zulässigkeit der öffentlichen Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 3 und 5 BauGB nichts zu tun. Aus dem Erlass des Vorbescheids kurz vor dem Inkrafttreten der Neufassung des Art. 82 Abs. 1 BayBO folge, dass entweder der Vorbescheid inhaltlich unzureichend sei und nicht hätte erlassen werden dürfen, oder dass der Vorbescheid nur Regelungen über militärische Belange sowie Belange des DWD und der Flugsicherungen enthalte. Dem Erlass des Vorbescheids habe entgegengestanden, dass die Auswirkungen der streitgegenständlichen Anlage infolge unzureichender Antragsunterlagen nicht ausreichend hätten beurteilt werden können. Dem streitgegenständlichen Vorhaben stünden Belange des Naturschutzes entgegen. Weder die Methodik noch die Ermittlungstiefe der artenschutzfachlichen Untersuchungen habe ausgereicht, um eine artenschutz- bzw. naturschutzrechtliche Prüfung durchzuführen. Auch stünden dem Vorhaben Belange des Denkmalschutzes entgegen. Weder der landschaftspflegerische Begleitplan noch das von der Antragstellerin beigebrachte Gutachten zu Umweltauswirkungen auf Kulturdenkmäler könnten die Denkmalwürdigkeit der Denkmäler im Einwirkungsbereich der Windenergieanlage beseitigen. Die Beigeladenen hätten entsprechende Nachweise vorgelegt. Das Verwaltungsgericht habe zudem nicht, wie geboten, eigene Wahrnehmungen beispielsweise durch einen Ortstermin gewonnen, sondern verlasse sich in unzureichender Weise auf die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen. Schließlich beinhalte das vorgelegte Brandschutzkonzept keine wirksamen Maßnahmen beim Abbrennen einer Windenergieanlage. Im Brandschutzkonzept fehlten auch weitere notwendige Angaben. Die von den Beigeladenen vorgebrachten Belange würden das öffentliche und das private Interesse der Antragstellerin überwiegen.

14

Der Antragsgegner beantragt,

15

die Beschwerden zurückzuweisen.

16

Es gehe nicht um die Frage, ob ein Vorbescheid die Rechtswirkungen des Art. 83 Abs. 1 BayBO auslösen könne, denn die Vorschrift sei zum Zeitpunkt seiner Erteilung nicht anwendbar gewesen. Es sei möglich gewesen, vor Inkrafttreten der 10 H-Regelung einen Vorbescheid zu erteilen und mit ihm die Zulässigkeit eines Vorhabens unter (bestimmten) bauplanungsrechtlichen Gesichtspunkten festzustellen. Damit seien die mit dem Vorbescheid entschiedenen Genehmigungsvoraussetzungen, insbesondere die bauplanungsrechtliche Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, abschließend beurteilt mit der Folge, dass die Genehmigungsbehörde im späteren Genehmigungsverfahren daran gebunden sei. Entgegen dem Vortrag der Beigeladenen liege der speziellen artenschutzfachlichen Prüfung die Methodik des Windenergieerlasses 2016 zugrunde. Der Vortrag des Beigeladenen zu 1 zum Rotmilan genüge nicht dem Darlegungsgebot. Im Übrigen sei die Erfassung des Rotmilans korrekt erfolgt. Der Windenergieerlass und die Arbeitshilfe des LfU „Vogelschutz und Windenergienutzung“ vom Februar 2017 würden keine Vorgaben zur Aufzeichnung konkreter Temperaturangaben erhalten. Der Windenergieerlass beschränke sich auf die Vorgabe guter Beobachtungsbedingungen. Die Behauptung, Raumnutzungskontrollen und Brutkontrollen seien gleichzeitig durchgeführt worden, sei nicht nachvollziehbar. Der Vortrag, die jeweilige Einsehbarkeit von den Fixpunkten aus sei nicht nachgewiesen, sei nicht hinreichend substantiiert. Die streitgegenständliche Anlage solle auf offenem Gelände errichtet werden, wie dies auch aus den genehmigten Lageplänen ersichtlich sei. Aus der Beschwerdebegründung gehe nicht hervor, welches konkrete Denkmal von der streitgegenständlichen Anlage im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs erheblich betroffen sein und warum sich das Gewicht eines (nicht benannten) Denkmals im Rahmen der nachvollziehbaren Abwägung gegen ein privilegiertes Vorhaben durchsetzen solle. Bezüglich der vorgelegten Potenzialkarte „Schutzgut Landschaftsbild und Landschaftserleben“ sei schon nicht hinreichend deutlich, welches Denkmal im Rahmen der Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB hätte gewürdigt werden sollen und aus welchen Gründen hier eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung vorliegen solle. Es sei nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen, welche planungsrechtlichen Belange durch behauptete Mängel des vorgelegten Brandschutzkonzeptes berührt sein könnten und inwieweit der Beigeladene zu 1 in seiner Planungshoheit verletzt sein könnte. Der Beigeladene zu 2 könne sich als Nachbargemeinde nicht auf bauplanungsrechtliche Belange stützen, die einem Vorhaben aufgrund seines Standorts in einer anderen Gemeinde nicht gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen dürften. Der Beigeladene zu 2 könne deshalb nicht geltend machen, dass das Vorhaben bauplanungsrechtlich nicht privilegiert sei und ihm öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB in Gestalt des Artenschutzes und des Denkmalschutzes entgegenstünden.

17

Die Antragstellerin beantragt gleichfalls,

18

die Beschwerden zurückzuweisen.

19

Der Vortrag der Beigeladenen zur Anwendbarkeit des Art. 83 BayBO sowie zur noch nicht abschließend möglichen Beurteilung der Belange des Natur- und Artenschutzes zum Zeitpunkt der Erteilung des Vorbescheids seien vorliegend nicht relevant. Allein die Frage der Privilegierung des Vorhabens gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sei durch den Vorbescheid abschließend und bestandskräftig entschieden worden. Die Beigeladenen hätten keine substantiierten Einwendungen gegen die Sachverhaltsbewertung durch das Verwaltungsgericht vorgebracht. Sie würden nicht darlegen, weshalb trotz der wenigen Beobachtungen und dem Fehlen eines Brutplatzes im engeren Prüfbereich entgegen der schlüssigen Bewertung der Behörde ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko in Bezug auf den Rotmilan bestehen solle. Da die streitgegenständliche Anlage im Offenland errichtet werden solle, seien der Anlagenstandort und seine Umgebung von den vorab im Detail mit der unteren und der höheren Naturschutzbehörde abgestimmten Fixpunkten bestens einsehbar. Der Windenergieerlass verlange nicht, dass konkrete Grad-Angaben zur Temperatur gemacht würden, zumal diese auch schwanken könnten. Es hätten an allen Tagen gute Beobachtungsbedingungen vorgelegen. Das Verwaltungsgericht habe sich sehr umfassend mit den denkmalschutzrechtlichen Fragen insbesondere im Zusammenhang mit der F ...kirche ... in H ... auseinandergesetzt. Der Vortrag der Beigeladenen sei aufgrund seiner Unsubstantiiiertheit nicht geeignet,

diese Bewertung infrage zu stellen. Hinsichtlich des Brandschutzkonzepts könne der Beigeladene zu 1 schon nicht in eigenen Rechten verletzt sein; die bauordnungsrechtlichen Vorschriften seien nicht von den Versagungsgründen des § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB umfasst. Der Beigeladene zu 2 könne sich als nach Nachbargemeinde nicht auf die behaupteten Rechtsverletzungen berufen.

20

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und die beigezogenen Behördenakten Bezug genommen.

II.

21

Die zulässigen Beschwerden der Beigeladenen sind unbegründet. Aus den innerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO dargelegten Gründen, auf die sich die Prüfung im Beschwerdeverfahren beschränkt (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), ergeben sich keine Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses des Verwaltungsgerichts.

22

1. Die Beigeladenen meinen, die streitgegenständliche Windenergieanlage sei gemäß Art. 82 BayBO nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bauplanungsrechtlich privilegiert zulässig. Bereits aus diesem Grund sei diese nicht genehmigungsfähig. Der Vorbescheid vom 29. Oktober 2014 ändere nichts daran, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 22. August 2019 an Art. 82 BayBO zu messen sei.

23

Das Verwaltungsgericht (Beschlussabdruck S. 11 f.) ist zur Bewertung gelangt, dass die strittige Windenergieanlage als im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes Vorhaben anzusehen ist. Dies sei mit dem Vorbescheid vom 29. Oktober 2014 festgestellt worden, der Bestandskraft erlangt habe. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung sei dabei die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Vorbescheidsantrag gewesen; damals habe die Entprivilegierung von Windenergieanlagen in Bayern nach Art. 82 Abs. 1 BayBO noch nicht gegolten. Entgegen der Auffassung des Beigeladenen zu 1 sei dieser Regelung keine Vorwirkung dergestalt zugekommen, dass bereits ab einem früheren Zeitpunkt keine Entscheidungen nach der bis dahin geltenden Rechtslage mehr zulässig gewesen wären. Damit komme es auch auf die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO nicht mehr an. Entgegen der Rechtsauffassung des Beigeladenen zu 1 verliere der bestandskräftige Vorbescheid seine Bindungswirkung auch nicht deshalb, weil sich zwischenzeitlich die Rechtslage geändert habe. Zu Recht verweise die Antragstellerin insoweit auf den Verweis in § 9 Abs. 3 BImSchG auf § 21 BImSchG, der keinen Sinn ergeben würde, wenn die Bindungswirkung bei einer späteren Änderung der Rechtslage eo ipso entfallen würde.

24

Die Beigeladenen stellen nicht substantiiert in Frage, dass der Vorbescheid vom 29. Oktober 2014 die bauplanungsrechtliche Privilegierung der streitgegenständlichen Windenergieanlage festgestellt hat. Damit steht auch nicht in Widerspruch, dass im Vorbescheid noch nicht abschließend festgestellt wurde, dass dem Vorhaben der Antragstellerin keine öffentlichen Belange (§ 35 Abs. 3 BauGB) im Sinne von § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehen, wie die Beigeladenen betonen. Das Verwaltungsgericht ist auch bei seiner Prüfung nicht davon ausgegangen, dass durch den Vorbescheid bereits geklärt worden wäre, ob die von den Beigeladenen im Wesentlichen thematisierten öffentlichen Belange nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 3 und 5 BauGB dem Vorhaben der Antragstellerin entgegenstehen.

25

Für die verbindliche Feststellung der bauplanungsrechtlichen Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im bestandskräftigen Vorbescheid vom 29. Oktober 2014 spricht im Übrigen zum einen der Ausschluss der Bindungswirkung des Vorbescheids für den Fall, dass sich herausstellen sollte, dass „dem Vorhaben öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 [Satz 1] Nummern 2 bis 6 BauGB entgegenstehen im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB“ (Nr. 3.2, 1. Spiegelstrich des Vorbescheides). Die Privilegierungstatbestände nach § 35 Abs. 1 Nrn. 1 bis 8 BauGB dagegen werden in Nr. 3.2 des Bescheids gerade nicht genannt. Auch dies spricht dafür, dass die bauplanungsrechtliche Privilegierung zu demjenigen Inhalt gehört, der mit dem Vorbescheid bindend (vgl. Nr. 3.1) geregelt werden sollte. Zum anderen wurde auch in der Bescheidsbegründung (S. 5 unter II.) klargestellt, dass der Vorbescheid die Frage der grundsätzlichen

bauplanungsrechtlichen Privilegierung des Vorhabens der Antragstellerin beantworten sollte. Der Vorbescheid ist bestandskräftig. Dass die Frage der bauplanungsrechtlichen Privilegierung eine einzelne Genehmigungsvoraussetzung im Sinne von § 9 Abs. 1 BImSchG betrifft, die einer Klärung durch einen Vorbescheid zugänglich ist, haben die Beigeladenen nicht konkret in Frage gestellt.

26

Dies bedeutet, dass bei der Prüfung im nachfolgenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren jedenfalls davon auszugehen war, dass es sich um ein nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes Vorhaben handelt, das gemäß § 35 Abs. 1 BauGB im Außenbereich zulässig ist, wenn öffentliche Belange (§ 35 Abs. 3 BauGB) nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist (vgl. BayVGH, B.v. 23.8.2016 - 22 CS 16.1266 - juris Rn. 22). Der Vorbescheid nimmt mit verbindlicher Wirkung einen Ausschnitt aus dem feststellenden Teil einer etwaigen späteren Anlagengenehmigung vorweg (vgl. BVerwG, U.v. 25.6.2020 - 4 C 3/19 - juris Rn. 23; U.v. 30.6.2004 - 4 C 9.03 - juris Rn. 36); dies betrifft vorliegend die Feststellung der bauplanungsrechtlichen Privilegierung des streitigen Vorhabens. Woraus sich ergeben könnte, dass diese Frage zum Zeitpunkt der Erteilung der angefochtenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung dennoch erneut zu überprüfen gewesen wäre, wie die Beigeladenen annehmen, ist nicht ersichtlich. Entsprechend ist auch nicht erkennbar, inwieweit es vorliegend auf die Anwendbarkeit des Art. 83 Abs. 1 BayBO ankommen könnte. Die von den Beigeladenen zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 15. Juli 2016 - 22 BV 15.2169 - betrifft die vorliegend nicht einschlägige Frage, ob Art. 83 Abs. 1 BayBO bei der Entscheidung über Vorbescheidsanträge anwendbar ist, also auch für einen begehrten Vorbescheid Vertrauensschutz beansprucht werden kann. Zu den Rechtswirkungen eines Vorbescheids nach § 9 Abs. 1 BImSchG verhalten sich Art. 82 und 83 BayBO nicht.

27

Inwiefern eine Feststellung insbesondere der bauplanungsrechtlichen Privilegierung im Vorbescheid „inhaltlich unzureichend“ und deshalb rechtlich unzulässig gewesen wäre, wie die Beigeladenen meinen, wird in der Beschwerdebegründung nicht konkret und nachvollziehbar aufgezeigt. Auch ist der Erlass eines Vorbescheids vor einer absehbaren Änderung der Rechtslage aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Genehmigungsbehörde ist nach Art. 10 Satz 2 BayVwVfG im Allgemeinen und § 10 Abs. 6 a und 9 BImSchG im Besonderen gerade gehalten, „zügig“ zu entscheiden (vgl. BayVGH, B.v. 18.04.2016 - 22 ZB 15.2625 - juris Rn. 19 f.). Der Vorbescheid ist gegenüber dem Beigeladenen zu 1 bestandskräftig geworden, wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat. Betreffend den Beigeladenen zu 2 ergibt sich nicht aus der Beschwerdebegründung und ist auch sonst nicht ersichtlich, inwieweit er überhaupt in eigenen Rechten betroffen sein könnte, wenn in der angefochtenen Genehmigung zu Unrecht von der bauplanungsrechtlichen Privilegierung des streitgegenständlichen Vorhabens ausgegangen worden sein sollte.

28

2. Die Beigeladenen machen geltend, dem streitgegenständlichen Vorhaben der Antragstellerin stünden Belange des Naturschutzes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) entgegen, insbesondere das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 BNatSchG. Die der angefochtenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zugrundeliegenden naturschutzfachlichen Untersuchungen zu dieser Fragestellung entsprächen nicht den Anforderungen der „Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen“ (Windenergie-Erlass - BayWEE) vom 19. Juli 2016 (AllIMBI 2016, 1642); sie seien nicht ausreichend, um das Tötungsrisiko namentlich für den Rotmilan zu beurteilen.

29

a) Die Beigeladenen rügen, die Beurteilung, ob während der durchgeführten Erfassung von Flugbewegungen die gebotenen guten Thermik- bzw. Flugbedingungen herrschten, erfordere Aufzeichnungen zur Wetterlage und Temperaturen, woran es hier fehle. Deshalb sei die Bewertung des Verwaltungsgerichts fehlerhaft, wonach die vorliegenden Angaben - es habe sich um einen warmen, warm-kühlen oder heißen Tag gehandelt - die Voraussetzungen nach Anlage 5 zum BayWEE 2016 erfüllten. Die von den Beigeladenen wiedergegebene Aussage im angefochtenen Beschluss ist aber insoweit unvollständig, als das Verwaltungsgericht die vorgenannten Angaben im Erhebungsprotokoll gerade auch deshalb für ausreichend angesehen hat, als für jede Beobachtungszeit explizit auch Angaben zur Thermik gemacht worden seien (Beschlussabdruck S. 16). Welche Angaben die Beigeladenen mit dem Stichwort „Wetterlage“ meinen, ist unklar. Das Verwaltungsgericht weist auch richtig darauf hin, dass nicht ersichtlich

ist, woraus sich das zwingende Erfordernis ergeben sollte, während der Beobachtungen herrschende Temperaturen zu messen und zu dokumentieren. In der Anlage 5 zum BayWEE 2016 (dort Satz 16) heißt es lediglich, die Beobachtungen müssten bei guten Beobachtungsbedingungen, also an warmen Tagen mit guten Thermik- bzw. Flugbedingungen stattfinden. Gleichermaßen sind in der beispielhaften Beschreibung der Untersuchungstage nach Tabelle 1 auf S. 12 der Arbeitshilfe des LfU „Vogelschutz und Windenergienutzung“ (Stand Februar 2017) zur Erfassung der Wetterverhältnisse keine Temperaturangaben genannt. Auch im Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 30. Juni 2017 - 22 B 15.2365 -, auf das die Beigeladenen Bezug nehmen, steht die von ihnen angenommene Anforderung nicht. In dieser Entscheidung (juris Rn. 73) wird ausgeführt, dass die sachliche Gebotenheit der Vorgabe, dass während der Beobachtungszeiten „warmes Wetter“ sowie „gute Thermik-/Flugbedingungen“ herrschen „müssen“, unmittelbar einleuchtet. Im dortigen Fall dienten u.a. Temperaturangaben dazu, die Eignung der Beobachtungstage zu prüfen. Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch in dieser Entscheidung nicht geäußert, dass Temperaturangaben für diese Prüfung unverzichtbar sind und andere Kriterien dafür nicht geeignet sein können.

30

Die Beigeladenen behaupten in diesem Zusammenhang lediglich, unter Beachtung der Bedingungen laut Anlage 5 des WEE 2016 reduziere sich die Zahl der Beobachtungsstunden pro Beobachtung, weshalb die notwendige Stundenzahl bei weitem nicht erfüllt werde. Diese Behauptung wird nicht nachvollziehbar begründet. Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass zwei Beobachter an 18 Tagen jeweils 6 Stunden Kartierzeit absolviert haben und damit die Mindestbeobachtungszeit je Beobachtungspunkt gemäß Anlage 5 des BayWEE (dort Satz 18) erfüllt wurde (Beschlussabdruck S. 15). Die Beigeladenen haben nicht aufgezeigt, welche der Beobachtungsstunden oder -tage nicht berücksichtigungsfähig sind.

31

b) Weiter meinen die Beigeladenen, teilweise hätten dieselben Personen parallel zur Raumnutzungskontrolle Brutkontrollen durchgeführt, weshalb die Zahl der Beobachtungsstunden zu reduzieren sei. Diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Die Beigeladenen zeigen nicht nachvollziehbar auf, woraus sich ergeben könnte, dass während eines Teils der als Beobachtungszeit verzeichneten Zeiträume Brutkontrollen stattgefunden haben. Allein der Umstand, dass dieselben Personen an denselben Tagen sowohl Flugbeobachtungen wie auch Brutkontrollen durchgeführt haben (vgl. Erhebungsprotokolle in Anhang A zum Kartierbericht 2017), lässt nicht darauf schließen, dass während der angegebenen Beobachtungsstunden zugleich auch Brutkontrollen durchgeführt wurden.

32

c) Die komplette Einsehbarkeit des gesamten Prüfbereichs ist nach Auffassung der Beigeladenen nicht nachgewiesen worden. Der Standort der streitgegenständlichen Windkraftanlage liege nahe dem Wald, wodurch die Sicht im Bereich Südwest bis Nord/Nordost erheblich eingeschränkt werde, weshalb nach Anlage 5 des BayWEE 2016 zwei Beobachtungspunkte nicht ausreichend gewesen seien. Dadurch wird die Bewertung des Verwaltungsgerichts, es sei kein Grund zu erkennen, dass die vom BayWEE 2016 als grundsätzlich hinreichend angesehene Zahl von zwei Beobachtungspunkten vorliegend nicht ausreichend sein könnte (Beschlussabdruck S: 15 f.), nicht in Frage gestellt. Bei guter Einsehbarkeit des Geländes sollten gemäß Anlage 5 zum BayWEE 2016 (dort Sätze 8 und 9) wenigstens zwei Fixpunkte gewählt werden, bei größeren oder unübersichtlichen Untersuchungsgebieten müssen es gegebenenfalls mehr sein. Die Zahl der Fixpunkte ist abhängig von der Topographie, Waldbedeckung, Ausdehnung und Anordnung in einem Untersuchungsgebiet. Die Beigeladenen haben nicht dargelegt, weshalb alleine eine - nicht näher definierte - Nähe des Anlagenstandortes zu Wald das Untersuchungsgebiet vorliegend unübersichtlich macht, unabhängig von den weiteren vorgenannten Kriterien. Im Kartierbericht 2017 (dort S. 5) wurde zudem ausgeführt, dass sich die Fixpunkte außerhalb der 250 m-Umkreise an exponierten, gut überschaubaren Stellen befunden hätten, von denen aus insbesondere die gesamten Gefahrenbereiche vollständig hätten eingesehen und Flüge präzise hätten verortet werden können. Es trifft also nicht zu, dass die Einsehbarkeit des Anlagenstandorts und seiner Umgebung nicht begründet worden wäre. Der bei den Antragsunterlagen befindliche Übersichtslageplan mit Höhenlinien vom 17. Juli 2017 (Antragsunterlage Nr. 4, Anlage 2.1) macht eine exponierte Lage der beiden Fixpunkte, deren Lage sich aus den Abbildungen in der Raumnutzungsanalyse 2017 ergibt, im Übrigen plausibel. Im Nordwesten des Standorts der streitgegenständlichen Anlage - im Bereich des nördlichen Fixpunkts - ist eine Erhebung mit 505 m.ü.M. verzeichnet; auch im Süden - westlich des früheren Anlagenstandorts WEA 2 und im Bereich des südlichen

Fixpunktes - ist ebenfalls eine noch über 500 m.ü.M. liegende kreisförmige Erhebung erkennbar. Die Beigeladenen haben der Beschreibung der Fixpunkte durch den Gutachter der Antragstellerin auch nicht widersprochen; sie haben lediglich bemängelt, dass das Verwaltungsgericht den Vortrag der Antragstellerin übernommen habe.

33

3. Nach Auffassung der Beigeladenen steht dem Vorhaben der Antragstellerin der öffentliche Belang des Denkmalschutzes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) entgegen.

34

Der diesbezügliche Vortrag der Beigeladenen entspricht bereits nicht dem Darlegungserfordernis nach § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO. Die Beschwerdebegründung geht nicht auf die ausführlich begründete Bewertung des Verwaltungsgerichts ein, wonach die F ...kirche ... in H ... aufgrund ihrer Bedeutung und ihrer denkmal- bzw. landschaftsbezogenen Wirkung nicht geeignet sei, eine Ablehnung des privilegierten Vorhabens zu rechtfertigen (Beschlussabdruck S. 18 bis S. 24). Das Verwaltungsgericht hat sich in diesem Zusammenhang insbesondere auch mit Stellungnahmen des Landesamtes für Denkmalpflege und Vorbelastungen durch bestehende und genehmigte Bebauung auseinandergesetzt; dabei hat es u.a. im Genehmigungsverfahren vorgelegte Visualisierungen und Fotoaufnahmen berücksichtigt. Die Beigeladenen beschränken sich im Wesentlichen auf die Kritik, das Verwaltungsgericht habe von ihnen vorgelegte Nachweise versucht dadurch „zu neutralisieren“, dass die einzelnen Denkmäler in ihrer Denkmalwürdigkeit herabgesetzt würden. Der Umstand allein, dass das Verwaltungsgericht der Einschätzung des Landesamtes für Denkmalpflege im Ergebnis nicht gefolgt ist, erweckt keine Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung. Auch ist ein gerichtlicher Augenschein zur Beurteilung der beeinträchtigenden Wirkung einer Windenergieanlage auf Denkmäler nicht generell unabdingbar, insbesondere dann nicht, wenn Visualisierungen und Fotoaufnahmen vorliegen.

35

Die Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses wird durch die Darlegungen der Beigeladenen auch nicht in Frage gestellt, soweit sich das Verwaltungsgericht bei seiner Bewertung auf das von der Antragstellerin im Genehmigungsverfahren vorgelegte Gutachten zu den Umweltauswirkungen auf Kulturdenkmäler vom 23. Juni 2018 (Antragsunterlage Nr. 12, Anlage 4) stützt. Das Verwaltungsgericht hat die gutachterlichen Ausführungen erkennbar nachvollzogen. Es führt aus (Beschlussabdruck S. 24 f.), dass das Gutachten in einem ersten Schritt ermittle, welche landschaftsprägenden Denkmäler, welche Ensembles und raumbedeutsamen Denkmäler in Siedlungen und welche Einzeldenkmäler im Nahbereich überhaupt in einem relevanten Zusammenhang zur Wirkung der geplanten Windenergieanlage stünden, und prüfe sodann in einem zweiten Schritt die Frage der erheblichen Beeinträchtigung des jeweiligen Denkmals. Die Beigeladenen zeigen nicht auf, dass dieses Gutachten Fehler enthält oder inwieweit dessen Aussagen durch die von den Beigeladenen vorgelegten Unterlagen konkret in Frage gestellt werden. Es ist auch grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein Verwaltungsgericht seiner Bewertung wie hier ein aus seiner Sicht nachvollziehbares Gutachten zugrunde legt und seine Bewertung lediglich knapp begründet, nachdem sich die Beigeladenen aus seiner Sicht nicht hinreichend mit diesen gutachterlichen Ausführungen auseinandergesetzt und weitere Denkmäler, die im Gutachten nicht enthalten sind, nicht substantiiert benannt haben. Die Beigeladenen haben auch im Beschwerdeverfahren nicht aufgezeigt, welche konkreten Denkmäler entgegen den Aussagen im Gutachten durch die streitgegenständliche Windenergieanlage erheblich beeinträchtigt werden. Sie beziehen sich nur in pauschaler Weise auf die von ihnen vorgelegten Unterlagen. Unabhängig davon hat auch das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege seine ablehnende Stellungnahme gegenüber der streitgegenständlichen Windenergieanlage mit deren Auswirkungen auf die Kirche in H ... begründet (vgl. z.B. Stellungnahmen vom 6.12.2018 und vom 8.1.2019, Bl. 752 und 782 der Behördenakte), nicht dagegen mit Auswirkungen auf weitere Denkmäler.

36

4. Schließlich haben die Beigeladenen geltend gemacht, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei die Frage des Brandschutzes eine kommunale Angelegenheit. Das vorgelegte Brandschutzkonzept beinhalte keine wirksamen Maßnahmen beim Abbrennen einer Windenergieanlage.

37

Diese Ausführungen genügen wiederum nicht dem Darlegungserfordernis gemäß § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO. Die Beigeladenen haben sich nicht mit den Erwägungen im angefochtenen Beschluss (S. 27)

auseinandergesetzt, wonach weder der Kreisbrandrat des Landkreises Freising, noch der 1. Kommandant der Freiwilligen Feuerwehr N ... ein von den Genehmigungsunterlagen abweichendes Brandschutzkonzept gefordert hätten und die vom Kreisbrandrat geforderten Maßnahmen als Nebenbestimmungen in den Genehmigungsbescheid aufgenommen worden seien. Entsprechende Auflagen zum Brandschutz wurden unter Nr. IV.12. des angefochtenen Bescheides verfügt. Die Beigeladenen behaupten lediglich, dass keine wirksamen Maßnahmen für den Fall des Abbrennens der Windenergieanlage getroffen worden seien, ohne Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit zusätzlicher Auflagen zu benennen. Im Übrigen ergibt sich aus den Darlegungen der Beigeladenen nicht und ist auch sonst nicht erkennbar, inwieweit die Erfüllung ihrer Selbstverwaltungsaufgaben im Zusammenhang mit dem Brandschutz - ggf. - trotz der verfügten Brandschutzauflagen oder durch einen zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung noch unzureichenden Brandschutznachweis konkret beeinträchtigt würde (vgl. hierzu z.B. BVerwG, U.v. 28.2.2019 - 3 A 4/16 - juris Rn. 27). Unabhängig davon sind gemäß Nrn. 13.1.2 und 13.1.3 des angefochtenen Genehmigungsbescheides mit der Baubeginnsanzeige die Bescheinigung „Brandschutz I“ eines Prüfsachverständigen über die Vollständigkeit und Richtigkeit des Brandschutznachweises und mit der Anzeige der Fertigstellung bzw. der Nutzungsaufnahme die Bescheinigung „Brandschutz II“ über die ordnungsgemäße Ausführung vorzulegen.

38

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Der Streitwert bemisst sich nach § 47 Abs. 1 Satz 1, § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG i.V.m. Nrn. 1.1.3, 1.5, 19.3 des Streitwertkatalogs.