

Eingegangen

24. April 2017

8 B 1245/16
8 L 1257/16 Arnsberg

RA [REDACTED]

Beglaubigte Abschrift

Beschluss

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des [REDACTED]

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

g e g e n

den Kreis Siegen-Wittgenstein, vertreten durch den Landrat, Amt für Immissionschutz, Koblenzer Straße 73, 57072 Siegen, Az.: 63.6-Be,

Antragsgegner,

Beigeladene: Windpark Knippen UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG, vertreten durch die eNL Windpark Beteiligungs-UG (haftungsbeschränkt), diese vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Hartmut Müller, Am Kaltland 5, 57258 Freudenberg,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gaßner, Groth, Siederer & Coll., EnergieForum Berlin, Stralauer Platz 34, 10243 Berlin, Az.: Linden Energy GmbH [458/14] MB-MN,

wegen Immissionsschutzrechts - Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen
hier: Beschwerde im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes

hat der 8. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 12. April 2017

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Prof. Dr. Seibert,

die Richterin am Oberverwaltungsgericht Keller,

den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Neumann

beschlossen:

- 2 -

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Arnberg vom 4. Oktober 2016 geändert.

Die aufschiebende Wirkung des am 22. Dezember 2015 erhobenen Widerspruchs gegen die der Beigeladenen vom Antragsgegner am 27. August 2015 erteilte Genehmigung wird wiederhergestellt.

Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge jeweils zur Hälfte mit der Maßgabe, dass zwischen ihnen ein Ausgleich ihrer außergerichtlichen Kosten nicht stattfindet.

Der Streitwert wird für beide Rechtszüge auf 22.500,- € festgesetzt.

Gründe:

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg. Sie führt zur Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts. Der Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 27. August 2015 zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen wiederherzustellen, ist zulässig (dazu 1.) und begründet (dazu 2.).

1. Der Antrag ist zulässig. Insbesondere ist der Antragsteller analog § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt. Er kann geltend machen, dass der Genehmigungsbescheid ihn in seinen Rechten verletzt.

a) Der Antragsteller kann sich darauf berufen, dass die durchgeführte allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls über die UVP-Pflichtigkeit nicht dem Maßstab des § 3a Satz 4 UVPG genüge, weil sie nicht den Vorgaben von § 3c UVPG entsprochen habe und ihr Ergebnis nicht nachvollziehbar sei. Dieses Rügerecht ergibt sich aus § 4 Abs. 3 i. V.m. Abs. 1 Satz 1 und 2 UmwRG, der im Lichte des individualschützende Verfahrensrechte verleihenden Unionsrechts auszulegen ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 24. Juni 2015 - 8 B 315/15 -, I+E 2015, 134 = juris, Rn. 4 ff. m.w.N.

- 3 -

Der Antragsteller ist insoweit schon deshalb rügeberechtigt, weil angesichts der geringen Entfernung seines Wohnhauses zu einer der genehmigten Windenergieanlagen nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass ein zu seinen Lasten wirkender Verstoß gegen die drittschützende Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG vorliegt. Danach sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Mitglied der betroffenen Öffentlichkeit die Verletzung von UVP-Verfahrensvorschriften auch dann geltend machen kann, wenn es nur in einem Interesse, aber nicht in einem subjektiven Recht verletzt ist, kann daher hier offenbleiben.

b) Der sachliche Anwendungsbereich des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes ist eröffnet. Das drei Windenergieanlagen umfassende Vorhaben, für das der Antragsgegner eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls (§ 3c Satz 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 1.6.2 UVPG) vorgenommen hat, unterliegt jedenfalls dem Erfordernis einer standortbezogenen Vorprüfung des Einzelfalls gemäß § 3c Satz 2 i.V.m. Anlage 1 Nr. 1.6.3 UVPG. Danach ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen, wenn nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung trotz der geringen Größe oder Leistung des Vorhabens aufgrund besonderer örtlicher Gegebenheiten gemäß den in der Anlage 2 Nummer 2 aufgeführten Schutzkriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen zu erwarten sind, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären. Daher kann für den angefochtenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) UmwRG bestehen.

c) Es besteht auch die konkrete Möglichkeit, dass die in § 4 Abs. 1 UmwRG genannten UVP-Verfahrenserfordernisse verletzt sind, weil die Vorprüfung nicht dem Maßstab des § 3a Satz 4 UVPG genügt, vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 UmwRG. Es kommt nach dem Vortrag des Antragstellers in Betracht, dass bei der Vorprüfung die möglichen Auswirkungen der Windenergieanlagen auf das UVP-Schutzgut „Tiere“ i.S.d. § 2

- 4 -

Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UVPG nicht ausreichend berücksichtigt worden sind, weil der Sachverhalt nicht zutreffend bzw. umfassend erfasst worden ist.

2. Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 4a Abs. 3 UmwRG ist § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO im Anwendungsbereich des Umweltrechtsbehelfsgesetzes mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen oder wiederherstellen kann, wenn im Rahmen einer Gesamtabwägung ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen.

a) Der Vorschrift des § 4a Abs. 3 UmwRG ist nicht eindeutig zu entnehmen, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad für das Vorliegen „ernstlicher Zweifel“ als Prüfungsmaßstab konkret anzuwenden ist. § 4a Abs. 3 UmwRG macht die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, ob die aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt wird, von einer Gesamtabwägung abhängig; die erheblichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts sind lediglich Bestandteil dieser notwendigen Gesamtabwägung. Dabei kommt es nicht auf einen bestimmten, für alle Fälle gleichen Wahrscheinlichkeitsgrad der rechtlichen Bedenken an. Vielmehr kann hier auch ein schwächerer Grad der Bedenken etwa ergänzt oder verstärkt werden durch den Umstand, dass besonders gravierende, möglicherweise irreversible Folgen drohen, wenn das Vorhaben vor Unanfechtbarkeit der Genehmigung verwirklicht wird. Insoweit gilt, dass der Sofortvollzug umso eher auszusetzen ist, je berechtigter und gewichtiger die Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Entscheidung sind. Ist ein voraussichtlicher Erfolg in der Hauptsache offensichtlich, wird sich ein privates oder öffentliches Vollzugsinteresse nur ausnahmsweise durchsetzen können. Ausgehend von diesen Grundsätzen kommt eine Aussetzung des Sofortvollzuges nicht stets erst dann in Betracht, wenn das Verwaltungsgericht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgeht, dass die Klage in der Hauptsache begründet ist. Vielmehr können im Rahmen einer Gesamtabwägung begründete Zweifel ausreichen, die die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung in Frage stellen. Insbesondere bei komplexen und komplizierten Verfahren können sich offene Erfolgsaussichten auch ohne detaillierte Prüfungen ergeben.

- 5 -

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23. Juli 2014 - 8 B 356/14 -, DVBl. 2014, 1415 = juris Rn. 62 ff., m.w.N.; s. auch Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 30. März 2017, C-196/16 und C-197/16, Rn. 40 f.

b) Auf dieser Grundlage fällt die Gesamtabwägung nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand zu Lasten des Antragsgegners aus. Bei summarischer Prüfung sprechen gewichtige Tatsachen für einen wahrscheinlichen Erfolg des Antragstellers in der Hauptsache. Es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Genehmigungsbescheids des Antragsgegners vom 27. August 2015. Demgegenüber überwiegende Interessen des Antragsgegners oder der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehung sind nicht dargelegt.

Gemäß § 4 Abs. 3 und Abs. 1 Satz 2 UmwRG kann der Antragsteller die Aufhebung einer Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG unter anderem verlangen, wenn eine durchgeführte Vorprüfung des Einzelfalls über die UVP-Pflichtigkeit nicht dem Maßstab von § 3a Satz 4 UVPG genügt, die Vorprüfung also nicht entsprechend den Vorgaben von § 3c UVPG durchgeführt worden ist oder wenn das Ergebnis nicht nachvollziehbar ist. So liegt der Fall hier.

Das Ergebnis der Vorprüfung, wie es sich aufgrund der vom Antragsgegner gegebenen, maßgeblichen Begründung des Prüfergebnisses,

vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Dezember 2011 - 9 A 31.10 -, BVerwGE 141, 282 = juris Rn. 29; OVG NRW, Beschlüsse vom 23. Juli 2014 - 8 B 356/14 -, DVBl. 2014, 1415 = juris Rn. 66, und vom 24. Juni 2015 - 8 B 315/15 -, I+E 2015, 134 = juris, Rn. 40, m.w.N.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 29. August 2013 - 4 ME 76/13 -, ZUR 2013, 683 = juris Rn. 31,

In der Dokumentation vom 12. August 2015 darstellt, ist nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht entsprechend den Vorgaben von § 3c UVPG durchgeführt worden.

Der Antragsgegner verweist in der Begründung seiner Vorprüfung vom 12. August 2015 hinsichtlich des Schutzgutes „Tiere“ im Wesentlichen - zulässigerweise - auf

- 6 -

das Ergebnis der von der Beigeladenen im Genehmigungsverfahren vorgelegten Artenschutzprüfung aus Dezember 2014 einschließlich der dort aufgeführten Vermeldungs- und Ausgleichsmaßnahmen. Die Artenschutzprüfung nimmt wiederum auf das avifaunistische Gutachten der „Planungsgruppe grün“ vom 24. September 2014 Bezug.

Die Qualitätskriterien der Nummer 2.2 der Anlage 2 zum UVPG – Reichtum, Qualität und Regenerationsfähigkeit von Wasser, Boden, Natur und Landschaft des Gebiets – seien in der ebenfalls vorgelegten Vorprüfung des Einzelfalls des Dipl.-Ing. (FH) Meyer aus Dezember 2014 und – nach der nachträglichen Verschiebung der Standorte der WEA 1a und 3 – vom 12. März 2015 umfassend betrachtet worden. Danach seien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen nicht zu erwarten.

Hinsichtlich der in Nummer 2.3 der Anlage 2 aufgeführten Schutzkriterien – Belastbarkeit der Schutzgüter unter besonderer Berücksichtigung unter anderem von Natura 2000-Gebieten und Naturschutzgebieten – weist der Antragsgegner darauf hin, dass sich in einem Radius von mehr als 350 m um die geplanten Anlagenstandorte keine Natura 2000-Gebiete befänden. Die im Rahmen der 21. Änderung des Flächennutzungsplans der Stadt Freudenberg zur Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergie erfolgte Verträglichkeitsprüfung sei zu dem Ergebnis gekommen, dass auch aus Artenschutzgründen eine größere Pufferzone nicht erforderlich sei.

Die möglichen Auswirkungen des Vorhabens insbesondere auf die windenergiesensiblen Vogelarten Rotmilan und Schwarzstorch sind jedoch – wie vom Antragsteller gerügt – nur unzureichend aufgeklärt; der Sachverhalt ist damit unzutreffend erfasst worden, vgl. § 4a Abs. 2 Nr. 1 UmwRG.

(1) Der für den Schwarzstorch - maximal - betrachtete Untersuchungsraum von 2.000 m ist gemessen an den im maßgeblichen Zeitpunkt der Abfassung der Begründung der Vorprüfung vom 12. August 2015 bereits vorhandenen, einschlägigen naturschutzfachlichen Erkenntnissen unzureichend dimensioniert. Sowohl nach dem Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“ der Fachministerien des

- 7 -

Landes Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom 12. Dezember 2013, der auch in den Windenergie-Erlass des Landes Nordrhein-Westfalen vom 4. November 2015 aufgenommen wurde, als auch nach den Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten vom 15. April 2015 (LAG-VSW),

vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 23. Juli 2014 - 8 B 356/14 -, DVBl. 2014, 1415 = juris Rn. 73 ff., vom 24. Juni 2015 - 8 B 315/15 -, I+E 2015, 134 = juris, Rn. 27 ff., und vom 30. März 2017 - 8 A 2915/15 -,

ist hinsichtlich des Schwarzstorchs für das Untersuchungsgebiet um den geplanten Standort einer Windenergieanlage bzw. für den gebotenen Mindestabstand ein Radius von 3.000 m sachgerecht.

Die Vorprüfung setzt sich ferner gemessen an diesen neueren Erkenntnissen nicht ausreichend mit den in der Artenschutzprüfung vom Dezember 2014 wiedergegebenen Angaben Dritter zu Brutplätzen von Rotmilanen auseinander. Einer solchen Auseinandersetzung hätte es jedenfalls angesichts der im Mai und Juni 2015 eingegangenen Stellungnahmen des Kreises Olpe, des Landkreises Altenkirchen, der Verbandsgemeinde Kirchen sowie des Naturschutzbundes bedurft. Danach bestehen erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass sich in einer Entfernung von ca. 1.100 bis 1.350 m von den Windenergiestandorten WEA 1a bzw. WEA 3 Brutstätten des Rotmilans befinden könnten, etwa im Raum Wenden-Löffelberg und bei Friesenhagen-Hünerkamp nahe der Biggequelle. Der Leitfaden 2013 empfiehlt als Radius für das Untersuchungsgebiet der ASP Stufe II für den Rotmilan zwar nur einen Abstand von 1.000 m, die aktuelleren Abstandsempfehlungen der LAG-VSW in der Fassung vom 15. April 2015 sehen jedoch einen Mindestabstand von 1.500 m zwischen Brutplatz und Windenergieanlagen vor.

Sowohl der Leitfaden als auch die Abstandsempfehlungen der LAG-VSW sind vor dem 12. August 2015 veröffentlicht worden. Die Vorprüfung hatte sich daher an diesen Erkenntnissen auszurichten. Die bereits zuvor abgeschlossene Artenschutzprüfung hätte anhand weiterer, ggf. eigener Untersuchungen angereichert werden müssen, was nicht geschehen ist. In dem avifaunistischen Gutachten wird lediglich aus-

- 8 -

geführt, dass der Leitfaden vom 12. Dezember 2013 für bestimmte Arten eine Erweiterung des Untersuchungsraums fordere, er sei aber erst nach der Kartierung veröffentlicht worden.

(2) Ungeachtet der Relevanz neuer fachlicher Standards ist auch die Behauptung in den artenschutzrechtlichen Gutachten, es habe „keinerlei Hinweise auf irgendeine mögliche Nutzung des Luftraumes durch WEA-empfindliche Vogelarten“ gegeben, so dass kein Anlass bestanden habe, ein aufwändigeres Beobachtungsprogramm durchzuführen, angesichts des Umstands, dass jenseits der Stadt- und Landesgrenze - innerhalb des 2.000 m-Radius - Flächen des Vogelschutzgebiets und FFH-Gebiets „Westerwald“ liegen, nicht nachvollziehbar. Aus der Begründung des Entwurfs der 21. Änderung des Flächennutzungsplans vom März 2015 geht hervor, dass der überwiegende Teil der jenseits der Stadtgrenze, die zugleich die Landesgrenze zu Rheinland-Pfalz bildet, in der angrenzenden Verbandsgemeinde Kirchen gelegenen Flächen des Vogelschutzgebiets und FFH-Gebiets „Westerwald“ als Natura 2000-Gebiet ausgewiesen ist. Dessen Schutzzweck liege „vor allem auch“ in den dort vorkommenden Vogelarten begründet. Es sei für das Land Rheinland-Pfalz eines der wichtigsten Brutvorkommen u.a. des Rotmilans und des Schwarzstorchs. Nach dem Entwurf des Umweltberichts zu dem Entwurf der 21. Änderung des Flächennutzungsplans sollen ernst zu nehmende Hinweise auf Vorkommen bzw. Raumnutzungen von windenergieempfindlichen Vogelarten, u.a. des Rotmilans bestehen. Dasselbe gilt mit Blick auf die Feststellung in dem avifaunistischen Gutachten, nur knapp außerhalb des 2.000 m-Radius - nördlich von Römershagen - befinde sich ein Rotmilanhorst, von dem aus Nahrungsflüge bis an das - die Windenergiestandorte umfassende - Waldgebiet heran erfolgen.

(3) Es spricht schließlich Erhebliches für die Annahme, dass der in der vorgelegten Artenschutzprüfung angewandte Standard für die Einschätzung des tatsächlichen Risikos - nämlich u.a. für die Vogelarten Rotmilan und Schwarzstorch zunächst einen Untersuchungsraum mit einem Radius von 500 m und dann einen erweiterten Radius von 2.000 m um jeden Standort der Windenergieanlagen zu betrachten - nach der später erfolgten Änderung des Vorhabens nicht eingehalten wurde.

- 9 -

Wegen der Bestandserfassung verweist die Artenschutzprüfung auf das avifaunistische Gutachten der „planungsgruppe grün“ vom 24. September 2014. Danach ist die Erfassung der Brutvögel zwischen Februar und Juli 2013 in einem Radius von 500 m um die ursprünglich geplanten vier Anlagenstandorte durch Untersuchungen des Dipl. Ing. Haafke von dem Büro „NEULAND plan und rat“ erfolgt. Die Ermittlung störungsempfindlicher Arten sowie kollisionsgefährdeter Greif- und Großvogelarten habe dann in einem Umkreis von 2.000 m stattgefunden.

Nach der später erfolgten Änderung der Standorte der Windenergieanlagen im Jahr 2014 sowie der - nach Abfassung des Artenschutzberichts erfolgten - weiteren Verschiebung des Standorts der Anlage WEA 1a nach Norden im ersten Quartal 2015 decken die durchgeführten Untersuchungen schon den 500 m-Radius nicht vollständig ab. So wird der Bereich westlich der Anlage WEA 1a nur bis zu einem Abstand von 400 m abgedeckt, vgl. Abbildung 3 des Gutachtens.

Auch der Radius von 2.000 m ist - wie der Antragsteller, der Kreis Olpe und der Landkreis Altenkirchen gerügt haben - nicht umfassend betrachtet worden. Die Ermittlung erfolgte nach den Angaben in dem Gutachten offenbar allein von zwei erhöhten - nordwestlich und südöstlich der Anlagenstandorte gelegenen - Punkten aus. Ausweislich der Abbildung 4 des Gutachtens erreichen die von diesen Punkten aus gegebenen Sichtbeziehungen den erweiterten Radius von 2.000 m um die Anlagenstandorte nur teilweise. Die von der UVP-Vorprüfung vorausgesetzte Untersuchung dieses Umfelds auf Vorkommen störungsempfindlicher Arten ist daher nur unvollständig durchgeführt worden ist.

(4) Nach alledem kann offen bleiben, ob die bereits im Juli 2013 abgeschlossenen Untersuchungen der Brutvögel und Horste sowie die im März 2014 beendete Beobachtung der Rast- und Zugvögel geeignet waren, eine hinreichend aktuelle Grundlage für die im August 2015 abgeschlossene UVP-Vorprüfung zu bieten. Erhebliche Gründe für ein Absehen von einer Kartierung der Brutvögel in den Jahren 2014 oder 2015 sind nicht erkennbar.

Auch die weiteren Fragen, ob das benachbarte - als Natura 2000-Gebiet ausgewiesene - Vogelschutzgebiet und FFH-Gebiet „Westerwald“ ausreichend in die Vorprü-

- 10 -

fung einbezogen wurde, und ob angesichts der Entfernung zwischen den Standorten der WEA 1a und der WEA 2 und dem Vogelschutzgebiet Westerwald von etwa 1.000 m aufgrund der besonderen örtlichen Gegebenheiten nach den in der Nummer 2 der Anlage 2 des UVPG aufgeführten Schutzkriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen auf den Rotmilan und den Schwarzstorch zu erwarten sind, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen gewesen wären, müssen nicht abschließend erörtert werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 3 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung nebst Änderung der Streitwertfestsetzung erster Instanz beruht auf den §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 63 GKG. Der Senat orientiert sich dabei an den Ziffern 19.2 und 2.2.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Der danach im Hauptsacheverfahren für jede der drei Windenergieanlagen festzusetzende Streitwert von 15.000,- EUR,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 28. März 2017 – 8 E
928/16 –,

ist im Hinblick auf die Vorläufigkeit der erstrebten Regelung in Anlehnung an Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs auf die Hälfte zu reduzieren.

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

Prof. Dr. Seibert

Keller

Dr. Neumann



Beglaubigt
Beuker, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle