

VERWALTUNGSGERICHT OSNABRÜCK



Az.: 3 B 5/17

BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

des A. , ,
A-Straße, A-Stadt,

Antragstellers,

Proz.-Bev.:

Rechtsanwälte B.,
B-Straße, B-Stadt, - -

g e g e n

den Landkreis Grafschaft Bentheim, vertreten durch den Landrat,
van-Delden-Straße 1-7, 48529 Nordhorn, - -

Antragsgegner,

Beigeladen:

Firma C., ,
C-Straße, C-Stadt,

Proz.-Bev.:

Rechtsanwälte D.,
D-Straße, D-Stadt, - -

Streitgegenstand: Umweltrecht

hat das Verwaltungsgericht Osnabrück - 3. Kammer - am 10. Mai 2017 beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des sich gegen die der Beigeladenen unter dem 27. Dezember 2016 erteilte Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von acht Windenergieanlagen des Typs Enercon E 115 in der Gemarkung Georgsdorf, Ost-West-Weg, (Aktenzeichen F.) richtenden Widerspruchs des Antragstellers vom 02.01.2017 sowie des sich gegen den Ergänzungsbescheid des Antragsgegners vom 06.03.2017 (Ergänzungsbescheid zur Genehmigungsurkunde vom 27. Dezember 2016 zum Az. F.), mit dem eine artenschutzrechtliche Ausnahme genehmigung vom Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG wegen eines signifikant erhöhten Kollisions- und Tötungsrisikos für den Mäusebussard beim Betrieb des Windparks Georgsdorf erteilt wurde, richtenden Widerspruchs des Antragstellers vom 10.03.2017 wird wiederhergestellt.

Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte.

Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

Der Streitwert wird auf 15.000 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller wendet sich gegen eine der Beigeladenen erteilte Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von acht Windenergieanlagen.

Die Beigeladene beantragte am 28. Juli 2016 (Eingang am 29. Juli 2016) beim Antragsgegner eine Genehmigung (Bl. 14 ff. der Beiakte 006) zur Errichtung und zum Betrieb von acht Windenergieanlagen des Typs Enercon E 115 mit einer Leistung von 3.000 kW, einer Nabenhöhe von 135,40 m und einem Rotordurchmesser von 115 m. Die Erstellung und Errichtung dieses Windparks Georgsdorf ist auf der im Rahmen der 16. Änderung des Flächennutzungsplans der Samtgemeinde G. ausgewiesenen Sonderbaufläche für Nutzung der Windenergie geplant. Die Sonderbaufläche, in der die Windenergieanlagen geplant sind, befindet sich nordwestlich der Ortslage Georgsdorf, östlich des Süd-Nord-Kanals und umfasst eine Gesamtfläche von ca. 80 ha. Im Norden wird das Sondergebiet durch den Ost-West-Weg begrenzt.

Auf der geplanten Windparkfläche befinden sich keine ausgewiesenen Schutzgebiete. Westlich und östlich, außerhalb des Plangebietes, schließt sich das Naturschutzgebiet beziehungsweise EU-Vogelschutzgebiet Dalum-Wietmarscher Moor und Georgsdorfer Moor an. Westlich des Windparks liegt das Naturschutzgebiet Hootmanns Meers und östlich davon das Naturschutzgebiet Dalum-Wietmarscher Moor. Alle Schutzgebiete weisen einen Abstand von mindestens 670 m zum Windpark auf. Die geplanten Windenergieanlagen sind mindestens 760 m vom Schutzgebiet entfernt.

Die Flächen, auf denen die Anlagen errichtet werden sollen, unterliegen einer intensiven landwirtschaftlichen Nutzung. Vorrangig handelt es sich dabei um ausgedehnte, intensiv durch Ackerbau bewirtschaftete Flächen. Besonders im Südosten werden die Ackerflächen von Gehölzen wie Hecken gesäumt. Für die Erschließungs-, Vorplatz- und Fundamentarbeiten ist insbesondere die Beseitigung von 160 lfm Wallhecke geplant.

Im Jahr 2015 befand sich ein besetzter Horst des Mäusebussards in einem Moorbirkenwald innerhalb der Fläche des geplanten Windparks, und zwar zwischen den geplanten Windenergieanlagen 4 und 5 im Abstand von jeweils ungefähr 200 m. Zudem bestand ein Brutverdacht für einen älteren Gehölzbestand etwa 500 m östlich der Windparkfläche. Zwei weitere Brutplätze wurden jeweils knapp außerhalb eines 1.000 m Radius um die Fläche des geplanten Windparks in kleineren Moorbirkenwäldern lokalisiert (Bl. 392, 450 der Beiakte 005).

Nach überschlägiger Prüfung wurde für das Vorhaben eine UVP-Pflicht im Einzelfall festgestellt (Bl. 48, 49 der Beiakte 001).

Das Genehmigungsverfahren wurde am 22. September 2016 in den Graftschafter Nachrichten veröffentlicht (Bl. 58 der Beiakte 001). Sodann wurde es in der Samtgemeinde Neuenhaus in der Zeit vom 26. September 2016 bis 25. Oktober 2016 (Bl. 117 der Beiakte 001) öffentlich ausgelegt. Der Antragsteller erhob mit Schreiben vom 07. November 2016 (Bl. 126 ff. der Beiakte 001) diverse Einwendungen gegen die bean-

tragte Genehmigung. Die gegen das Vorhaben erhobenen Einwendungen wurden am 29. November 2016 in öffentlicher Sitzung erörtert (Bl. 144 f., 156 ff. der Beiakte 001).

Laut der Stellungnahme des Fachbereichs 2 des Antragsgegners (Untere Naturschutzbehörde) vom 21. Oktober 2016 (Bl. 105 ff. der Beiakte 001) sei eine Ausnahmege-
nehmigung für den Mäusebussard erforderlich, da für das zentral in der Windparkflä-
che (und später von WEA umgebene) vorhandene Brutpaar und deren Jungvögel von
einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko auszugehen sei.

Die Beigeladene reichte in Bezug auf diese Stellungnahme ergänzende Unterlagen
(Beiakte 004) ein – insbesondere zur artenschutzrechtlichen Ausnahmege-
nehmigung für den Mäusebussard aus Dezember 2016 (Bl. 180 ff. der Beiakte 004).

Vor Erteilung der Genehmigung reichte die Beigeladene eine Ablösevereinbarung mit
der Naturschutzstiftung Grafschaft Bentheim ein (Bl. 1 ff. der Beiakte 006). Danach
verpflichtet sich die Naturschutzstiftung insbesondere als Kompensation für die Anlage
von Wallhecken mit standortheimischen Gehölzen 320 lfm Wallhecke zur Verfügung zu
stellen.

Mit Genehmigungsurkunde vom 27. Dezember 2016 (Bl. 227 ff. der Beiakte 001) erteilte
der Antragsgegner der Beigeladenen die Genehmigung nach § 4 in Verbindung mit
§ 10 BImSchG zur Errichtung und zum Betrieb der acht Windenergieanlagen in der
Gemarkung Georgsdorf; es wurde die sofortige Vollziehung angeordnet. Es wurde
ausgeführt, dass die zu beseitigenden Wallhecken im Verhältnis von 1:2 zu kompensieren
seien und diese Kompensation von 160 lfm Wallhecken (Ersatz: 320 lfm Wall-
hecken) über die Naturschutzstiftung Grafschaft Bentheim abgelöst werde (Ziffer 37).
Zudem bestehe für das innerhalb der Windparkfläche kartierte Brutpaar des Mäuse-
bussards ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, weshalb eine artenschutzrechtliche
Ausnahmege-
nehmigung beantragt worden sei, die in einem gesonderten Verfahren
unter Berücksichtigung von geeigneten FCS-Maßnahmen erteilt werde (Ziffer 38).

Gegen diese Genehmigung legte der Antragsteller mit Schreiben vom 02. Januar 2017
(Bl. 30 f. der Beiakte 002) Widerspruch ein und beantragte die Anordnung des Sofort-

vollzugs wieder auszusetzen. Aufgrund des Hinweises in der Ziffer 38 der Genehmigung liege ein Verstoß gegen § 13 BImSchG vor. Des Weiteren stelle die getrennte Bescheidung des artenschutzrechtlichen Ausnahmeantrags einen Verstoß gegen die Pflicht zur Öffentlichkeitsbeteiligung dar. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht sei die Genehmigung rechtswidrig, da nach einem Urteil des EuGH eine Ausnahme nicht auf Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gestützt werden könne.

Die Beigeladene erhob mit Schreiben vom 23. Januar 2017 (Bl. 29 ff. der Beiakte 003) Widerspruch insbesondere gegen die Ziffer 38 der Genehmigung. Nach Durchführung der erheblichen Kompensationsmaßnahmen bestünden für die Annahme eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos keine ausreichenden Anhaltspunkte mehr und es bestehe keine Notwendigkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung. Zur Ausschließung eines Risikos einer erfolgreichen Anfechtung durch den Antragsteller sei die artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung vorsorglich beziehungsweise hilfsweise zu erteilen.

Der Antragsteller ersuchte am 20. Februar 2017 um einstweiligen Rechtsschutz. Sein ursprünglicher Antrag hat sich allein gegen die Genehmigung vom 27. Dezember 2016 gerichtet. Auf Antrag des Antragstellers hat das Gericht am 20. Februar 2017 im Weg der Zwischenverfügung angeordnet, dass die der Beigeladenen unter dem 27. Dezember 2016 von dem Antragsgegner erteilte Genehmigung vorläufig bis zu einer Entscheidung über den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nicht ausgenutzt und insbesondere mit den Erschließungsarbeiten nicht begonnen werden darf.

Mit Ergänzungsbescheid vom 06. März 2017 (Anlage 15 in der Beiakte 009) hat der Antragsgegner eine Ausnahme von den Verboten des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG wegen eines signifikant erhöhten Kollisions- und Tötungsrisikos für den Mäusebussard beim Betrieb des Windparks Georgsdorf erteilt. Diese Ausnahmegenehmigung werde Bestandteil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 27. Dezember 2016. Zur Begründung werden zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses angeführt. Diese Entscheidung ist am 08. März 2017 öffentlich bekannt gemacht und in der Zeit vom 09. bis 23. März ausgelegt worden (Anlage 15 in der Beiakte 009). Gegen den Ergänzungsbescheid hat der Antragsteller mit Schreiben vom 10. März

2017 Widerspruch eingelegt (Anlage 15a in der Beiakte 009). Mit Bescheid vom 22. März 2017 hat der Antragsgegner auf Antrag der Beigeladenen die sofortige Vollziehung des Ergänzungsbescheides angeordnet (Anlage 16 in der Beiakte 009). Der Antragsteller hat mit Schreiben vom 04. April 2017 (Anlage 17 in der Beiakte 009) beim Antragsgegner beantragt, den Sofortvollzug des Ergänzungsbescheides wieder auszusetzen. Diesen Antrag lehnte der Antragsteller mit Bescheid vom 06. April 2017 (Anlage 17a der Beiakte 009) ab.

Der Antragsteller trägt im Wesentlichen insbesondere vor, es sei bereits in formeller Hinsicht unzulässig, im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens die erforderliche Ausnahmegenehmigung durch einen Ergänzungsbescheid zu erlassen, da es ein ergänzendes Verfahren gerade nicht gebe. Es liege des Weiteren kein Antrag der Beigeladenen auf Erlass der Ausnahmegenehmigung vor. Es fehle auch an der erforderlichen Öffentlichkeitsbeteiligung in Bezug auf die Ausnahmegenehmigung, da die eingereichten Unterlagen erst nach Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung vorgelegen hätten. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung habe zu einem Zeitpunkt zu erfolgen, an dem noch alle Optionen offen seien. Darüber hinaus sei die Genehmigung in materieller Hinsicht rechtswidrig. Die Kompensation der Wallhecke im Verhältnis 1:2 stelle die beeinträchtigte Funktionen des Naturhaushaltes nicht in gleichwertiger Weise im Sinne von § 15 Abs. 2 BNatSchG wieder her, da Wallhecken als nach Zerstörung schwer regenerierbar – mit einer Regenerationszeit bis 150 Jahre – einzustufen seien. In Bezug auf den Mäusebussard sei im Rahmen der Ausnahmegenehmigung lediglich der Horst innerhalb der Windparkfläche berücksichtigt worden, aber nicht das zweite Paar innerhalb eines Radius von 1.000 m. Aufgrund der hohen Kollisionsgefährdung des Mäusebussards verschlechtere sich der Erhaltungszustand der Population, sodass auch die Voraussetzung des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG nicht vorliege.

Der Antragsteller beantragt,

die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs vom 02. Januar 2017 gegen die der Beigeladenen unter dem 27. Dezember 2016 erteilte Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von acht Windenergieanlagen des Typs Enercon E 115 in der Gemarkung Georgsdorf, Ost-West-Weg, Az. des Landkreises F. und seines Widerspruchs vom 10. März 2017 gegen den Ergänzungsbescheid des Antragsgegners vom 06. März 2017 (Ergänzungsbescheid zur Genehmigungsur-

kunde vom 27. Dezember 2016 zum Az. F.), mit dem eine artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung vom Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG wegen eines signifikant erhöhten Kollisions- und Tötungsrisikos für den Mäusebussard beim Betrieb des Windparks Georgsdorf erteilt wurde, wiederherzustellen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er trägt vor, die nachträgliche Bekanntmachung und Auslegung des Ergänzungsbescheides genüge den Anforderungen an die Öffentlichkeitsbeteiligung. Nach einem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. August 2008 – 9 VR 18/08 – gebe es das Simultanerfordernis der Genehmigungen im immissionsschutzrechtlichen Verfahren nicht und eine Ausnahmegenehmigung könne auch noch nachträglich erteilt werden. Aufgrund der Kompensation der Wallhecke sei deren Beseitigung rechtmäßig.

Die Beigeladene beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie ist der Ansicht, es sei nicht zu beanstanden, dass die Ausnahmegenehmigung erst nach Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erteilt worden sei. Der Antragsgegner habe sich bei Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung Klarheit im Wege einer Vorabinschätzung – vergleichbar der Prüfung bei Erteilung eines Vorbescheides nach § 9 BImSchG – darüber verschafft, ob eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden könne. Die Öffentlichkeit sei durch den Ergänzungsbescheid auch nicht in unzulässiger Weise ausgeschlossen worden. Aufgrund der angenommenen Befugnis für anerkannte Naturschutzvereinigungen zur Erhebung von Rechtsbehelfen gegen artenschutzrechtliche Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG sei eine Verletzung von Verfahrensrecht nicht gegeben. Zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung bedürfe es keines Antrags ihrerseits, sondern die zuständige Behörde könne auch von Amts wegen eine Ausnahme zulassen.

Wegen des weiteren Vortrags der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, wegen des Sachverhalts im Übrigen wird auf die Gerichtsakte sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

II.

Der nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO statthafte und zulässige (I.) Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat in der Sache Erfolg (II.).

- I. Der Antragsteller ist insbesondere nach § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO in Verbindung mit § 2 Abs. 1 UmwRG antragsbefugt.

Nach § 2 Abs. 1 UmwRG kann eine nach § 3 UmwRG anerkannte inländische oder ausländische Vereinigung, ohne die Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen, Rechtsbehelfe nach Maßgabe der VwGO gegen eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG einlegen. Sie muss dazu geltend machen, dass eine solche Entscheidung oder deren Unterlassen Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen, Rechte Einzelner begründen und für die Entscheidung von Bedeutung sein können, widerspricht (Nr. 1) und sie in ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich der Förderung der Ziele des Umweltschutzes durch die Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG oder deren Unterlassen berührt ist (Nr. 2). Sie muss schließlich darlegen, dass sie zur Beteiligung in einem Verfahren nach § 1 Abs. 1 UmwRG berechtigt war und sich hierbei in der Sache gemäß den geltenden Rechtsvorschriften geäußert hat oder ihr entgegen den geltenden Rechtsvorschriften keine Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist (Nr.3).

Der Antragsteller ist eine nach § 3 UmwRG anerkannte Naturschutzvereinigung, die sich gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für ein UVP-pflichtiges Vorhaben wendet. Er macht geltend, dass die Genehmigung insbesondere dem gesetzlichen Artenschutz im Hinblick auf den Mäu-

seussard und Vorschriften zum Schutz von Wallhecken widerspreche. Zudem macht er geltend, in seinem satzungsmäßigen Aufgabenbereich der Förderung der Ziele des Umweltschutzes durch die Entscheidung berührt zu sein. Er war nach § 10 Abs. 3 Satz 4 BImSchG zur Beteiligung am Verfahren berechtigt und hat sich auch in der Sache geäußert. In Bezug auf die Ausnahmegenehmigung bestand für den Antragsteller entgegen den geltenden Vorschriften vor Erlass der Genehmigung keine Möglichkeit sich in Form von Einwendungen nach § 10 Abs. 3 Satz 4 BImSchG zu beteiligen.

- II. Nach § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO haben Klage und Widerspruch grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt ausnahmsweise unter anderem nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO in den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten von der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, besonders angeordnet wird.

Nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO kann das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wenn das private Aussetzungsinteresse das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts überwiegt. Maßgeblich hierfür sind auch die Erfolgsaussichten der Hauptsache, die das Gericht summarisch prüft. Stellt sich ein Verwaltungsakt nach der summarischen Überprüfung als (offensichtlich) rechtswidrig dar, überwiegt regelmäßig das private Aussetzungsinteresse des Antragstellers. Denn an der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes kann kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen. Ist hingegen der Verwaltungsakt (offensichtlich) rechtmäßig, überwiegt das öffentliche Vollzugsinteresse, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes besteht.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze überwiegt das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse, da die Genehmigung in Gestalt des Ergänzungsbescheids sich nach der gebotenen summarischen

Prüfung als rechtswidrig erweist und damit das Aussetzungsinteresse das sofortige Vollzugsinteresse des Antragsgegners überwiegt.

Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, die auf Grund ihrer Beschaffenheit oder ihres Betriebs in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft zu gefährden, erheblich zu benachteiligen oder erheblich zu belästigen, sowie von ortsfesten Abfallentsorgungsanlagen zur Lagerung oder Behandlung von Abfällen bedürfen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG einer Genehmigung. Durch diese Genehmigungspflicht wird die Behörde in jedem Einzelfall und früh genug eingeschaltet, um eine wirksame Präventivkontrolle zu ermöglichen

Nach Ziffer 1.6.2 des Anhangs 2 der auf Grundlage von § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG erlassenen Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) bedarf die streitgegenständliche Anlage einer Genehmigung. Das Genehmigungsverfahren ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Nr. 1c der 4. BImSchV nach § 10 BImSchG (förmliches Genehmigungsverfahren) durchzuführen, weil für die Zulassung der streitgegenständlichen Anlage eine UVP-Pflicht nach § 3c UVPG besteht.

Nach § 6 Abs. 1 BImSchG ist die Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden (Nr. 1), und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (Nr. 2). Die Genehmigung kann nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit die erforderlich sind, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen.

Die Genehmigung ist erst zu erteilen, wenn „sichergestellt“ ist, dass die Genehmigungsvoraussetzungen bei Durchführung des Vorhabens erfüllt werden. Dem dient nach § 12 Abs. 1 BImSchG auch die Festlegung von Nebenbestimmungen zur Genehmigung. Die Genehmigungsentscheidung muss somit die Feststellung der zuständigen Behörde enthalten, dass die entsprechend der Genehmigung errichtete Anlage sicher betrieben werden kann. Diese Feststellung muss endgültig sein, darf also nicht etwa nur auf einem „vorläufigen positiven Gesamturteil“ beruhen, das für die Erteilung eines Vorbescheids (§ 9 Abs. 1 BImSchG) oder einer Teilgenehmigung (§ 8 BImSchG) ausreichen würde. Deswegen ist es konsequent, wenn § 12 Abs. 3 BImSchG den Vorbehalt weiterer Auflagen nur ausnahmsweise, nämlich bei der Erteilung von Teilgenehmigungen für zulässig erklärt (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. Dezember 1991 – 21 B 2540/90 –, Rn. 8, juris; vgl. auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 19. Dezember 2013 – 12 LA 72/13 –, Rn. 11, juris, wonach die immissionsschutzrechtliche Genehmigung bestandskräftig feststellt, dass die Anlage mit den im Zeitpunkt ihrer Genehmigung geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist). Der Vorbescheid im Sinne von § 9 Abs. 1 BImSchG kann sich auch auf einzelne Genehmigungsvoraussetzungen beziehen. Die Genehmigung im Sinne von § 6 Abs. 1 BImSchG ist hingegen umfassend und endgültig. Die Genehmigungsvoraussetzungen können auch nicht durch Absprachen oder Ähnliches mit dem Antragsteller eingeschränkt werden (Jarass, BImSchG, 11. Auflage, § 6 Rn. 1).

Zum Zeitpunkt der Genehmigung vom 27. Dezember 2016 stand noch nicht sicher fest, dass die Voraussetzungen des § 6 BImSchG erfüllt sind. Zu den anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zählen insbesondere auch naturschutzrechtliche Regelungen wie die Vorgaben des Artenschutzes in § 44 BNatSchG (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1/12 –, BVerwGE 147, 118-127, Rn. 6). Zumindest aufgrund des nachgewiesenen Horstes des Mäusebussards innerhalb der Fläche des geplanten Windparks – also wild lebende Tiere der besonders geschützten Art – war eine Prüfung des besonderen Artenschutzes erforderlich. Es ist nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder

zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden können von den Verboten des § 44 BNatSchG im Einzelfall aus den in § 45 Abs. 7 BNatSchG genannten Gründen Ausnahmen zulassen.

Aufgrund des endgültigen Charakters der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung musste zum Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung feststehen, dass insbesondere auch die naturschutzrechtlichen Regelungen nicht entgegenstehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013, a. a. O., wonach artenschutzrechtliche Verbote, von denen weder eine Ausnahme noch eine Befreiung erteilt werden kann, einem immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigem Vorhaben stets zwingend entgegenstehen). Allerdings wurde zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ausweislich der Ziffer 38 der Genehmigung von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko für das innerhalb der Windparkfläche kartierte Brutpaar des Mäusebussards ausgegangen. Folglich musste bereits zu diesem Zeitpunkt eine Ausnahme genehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erteilt werden, weil nur in diesem Fall die naturschutzrechtlichen Regelungen der Errichtung und dem Betrieb der Windenergieanlagen nicht entgegenstehen.

Zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage führt auch nicht die mit Ergänzungsbescheid vom 06. März 2017 erteilte Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Wie bereits ausgeführt, müssen die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 BImSchG zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung vorliegen.

Diese rechtliche Erwägung kann neben dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 BImSchG auch auf die Konzentrationswirkung im Sinne von § 13 BImSchG gestützt werden. Die Genehmigung schließt demnach andere, die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen mit Ausnahme von Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördlichen Entscheidungen auf Grund atom-

rechtlicher Vorschriften und wasserrechtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen nach § 8 in Verbindung mit § 10 des Wasserhaushaltsgesetzes. Aufgrund dieser Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kann nicht später durch die Behörde noch eine weitere Genehmigung erlassen werden. Sinn und Zweck des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens und der in § 13 BImSchG spezifizierten Konzentrationswirkung ist es, das Verwaltungshandeln zu koordinieren und die Vorhabenzulassung zu beschleunigen. Durch die Konzentration werden die sonstigen Genehmigungsvorbehalte gerade nicht verdrängt (vgl. auch § 6 Abs. 1 Satz 2 BImSchG), sondern die sonstigen Genehmigungen werden in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung miterteilt (vgl. auch Jarass, a. a. O., § 13 Rn. 21). Aus diesem Grund muss bei ansonsten entgegenstehenden Vorschriften – wie hier § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG – die entsprechende Genehmigung – hier nach § 45 Abs. 7 BNatSchG – bereits mit der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erteilt werden.

Durch die Aufsplitterung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in einen ersten Teil der Genehmigung und einen zweiten Teil der Genehmigung (Ergänzungsbescheid) wird diese Intention des Gesetzgebers unterlaufen. Es ist gerade nicht nur eine grundsätzlich alle erforderlichen behördlichen Entscheidungen umfassende immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorhanden. Zwar wird die Ausnahmegenehmigung im Ergänzungsbescheid zum Bestandteil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erklärt, jedoch kann diese Erklärung auch nicht über den Umstand der Aufsplitterung hinweghelfen. Die Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BImSchG lag nicht zum Zeitpunkt der Genehmigung vom 27. Dezember 2016 vor, sondern erst später, obwohl sie bereits zum damaligen Zeitpunkt aufgrund des angenommenen signifikant erhöhten Tötungsrisikos erforderlich war.

Es besteht zwar nach § 17 Abs. 1 BImSchG die Möglichkeit, nach Erteilung Anordnungen zur Erfüllung der sich aus dem BImSchG und der aufgrund des BImSchG erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten zu treffen. Durch diese Anordnungen kann ein drohender Pflichtenverstoß verhindert oder ein andauernder Verstoß beendet werden (Jarass, a. a. O., §

17 Rn. 14). Gründe dafür können insbesondere sein, dass bestimmte Aspekte übersehen wurden, der Genehmigungsinhaber einzelne Auflagen nicht einhält, die Rechtslage oder die tatsächlichen Verhältnisse in der Umgebung der Anlage sich geändert haben oder neue Immissionsschutztechniken entwickelt wurden (Jarass, a. a. O., § 17 Rn. 1). Die nachträglichen Anordnungen haben gerade nicht den Zweck, bereits zum Zeitpunkt der Genehmigung bestehende Schwierigkeiten auszugleichen. Als Anordnungen im Sinne der Vorschrift sind zudem Weisungen zur Beschaffenheit der Anlage, zur Art und Weise des Anlagenbetriebs wie zu sonstigen Handlungen zu verstehen, die der Erfüllung immissionsschutzrechtlicher Normen dienen (Jarass, a. a. O., § 17 Rn. 25) – also gerade keine Genehmigungen, da diese bereits zum Genehmigungszeitpunkt vorliegen müssen. Die Vorschrift bezieht sich zudem nur auf Verstöße gegen immissionsschutzrechtliche Regelungen. Bei Verstößen außerhalb des Immissionsschutzrechts sind die nach den entsprechenden Vorschriften zuständigen Behörden wieder zuständig.

Zudem - insoweit begründungsalternativ und selbständig tragend - liegt ein Verstoß gegen die Öffentlichkeitsbeteiligung des förmlichen Genehmigungsverfahrens vor: Der Antrag und die vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen sowie die entscheidungserheblichen Berichte und Empfehlungen, die der Behörde im Zeitpunkt der Bekanntmachung vorliegen, sind gemäß § 10 Abs. 3 Satz 2 BImSchG nach der Bekanntmachung einen Monat zur Einsicht auszulegen. Weitere Informationen, die für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens von Bedeutung sein können und die der zuständigen Behörde erst nach Beginn der Auslegung vorliegen, sind nach § 10 Abs. 3 Satz 3 BImSchG der Öffentlichkeit nach den Bestimmungen über den Zugang zu Umweltinformationen zugänglich zu machen. Ob eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung geboten ist, richtet sich nach § 8 Abs. 2 der Neunten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Verordnung über das Genehmigungsverfahren (9. BImSchV). Demnach darf die Genehmigungsbehörde im Fall der Änderung des Vorhabens während des Genehmigungsverfahrens von einer zusätzlichen Bekanntmachung und Auslegung absehen, wenn in den nach § 10 Abs. 1 der 9. BImSchV auszulegenden Unterlagen keine Umstände dar-

zulegen wären, die nachteilige Auswirkungen für Dritte besorgen lassen (Satz 1). Betrifft das Vorhaben hingegen eine UVP-pflichtige Anlage, darf von einer zusätzlichen Bekanntmachung und Auslegung nur abgesehen werden, wenn keine zusätzlichen oder anderen erheblichen Auswirkungen auf die in § 1a der 9. BImSchV genannten Schutzgüter zu besorgen sind (Satz 3). § 1a der 9. BImSchV nennt unter anderem die Belange des Naturschutzes als Schutzgut.

Bereits zum Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung war bekannt, dass sich ein besetzter Horst des Mäusebussards innerhalb der Fläche des geplanten Windparks befindet, ein Brutverdacht etwa 500 m östlich der Windparkfläche besteht und zwei weitere Brutplätze jeweils knapp außerhalb eines 1.000 m Radius um die Fläche des geplanten Windparks nachgewiesen wurden. Diese Unterlagen wurden auch öffentlich bekannt gemacht und ausgelegt. Allerdings lagen die Stellungnahme des Fachbereichs 2 des Antragsgegners (Untere Naturschutzbehörde) vom 21. Oktober 2016 sowie die Ergänzungen des Antragstellers zu dieser schriftlichen Mitteilung noch nicht zum Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung vor. Aufgrund des angenommen signifikant erhöhten Tötungsrisikos und der daher erforderlichen Ausnahmegenehmigung hat sich das Vorhaben während des Genehmigungsverfahrens in rechtlicher Hinsicht geändert. Da für das Vorhaben eine UVP-Pflicht besteht, sind nicht nur die nachteiligen Auswirkungen für Dritte im Bereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG (immissionsschutzrechtliche Risiken) zu berücksichtigen, sondern alle Umweltauswirkungen (vgl. Jarass, a. a. O., § 10 Rn. 106). Das angenommene signifikant erhöhte Tötungsrisiko für den Mäusebussard hat erhebliche Auswirkungen auf die Belange des Naturschutzes, sodass eine zusätzliche Bekanntmachung und Auslegung erforderlich war.

Die öffentliche Bekanntmachung und Auslegung der Ausnahmegenehmigung fand allerdings zeitlich erst nach deren Erteilung im Genehmigungsbescheid und damit nicht rechtzeitig statt. Nur aufgrund der öffentlichen Bekanntmachung und Auslegung kann sich die Öffentlichkeit umfassend mit dem geplanten Vorhaben auseinandersetzen und gegebenenfalls auch Einwendungen erheben. Die rechtzeitig erhobenen Einwendungen kann die

Genehmigungsbehörde gemäß § 10 Abs. 6 BImSchG mit dem Antragsteller und denjenigen, die Einwendungen erhoben haben, erörtern. Die Möglichkeit, Einwendungen zu erheben, dient der Information der Genehmigungsbehörde und auch dem Schutz der von der Anlage potenziell Betroffenen (Jarass, a. a. O., § 10 Rn. 70). Aufgrund der nicht rechtzeitigen Bekanntmachung und Auslegung der zur Ausnahmegenehmigung vorliegenden Unterlagen konnte die Öffentlichkeit sich zu diesem Problemkreis zumindest nicht rechtzeitig äußern, da die Ausnahmegenehmigung bereits erlassen war. Damit wurde der Sinn der Öffentlichkeitsbeteiligung, offen gegensätzliche Positionen auszutauschen und die Informations- und Entscheidungsgrundlage der Genehmigungsbehörde zu vergrößern (vgl. Jarass, a. a. O., § 10 Rn. 78), verfehlt. Im Übrigen wurde entgegen der Vorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 2 und 3 BImSchG lediglich die Ausnahmegenehmigung selbst, aber nicht die diesbezüglichen Unterlagen der Beigeladenen sowie die entscheidungserheblichen Berichte und Empfehlungen – also insbesondere die Stellungnahme des Fachbereichs 2 des Antragsgegners (Untere Naturschutzbehörde) – ausgelegt.

Durch die Aufsplitterung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in Teilgenehmigungen konnte demzufolge die Öffentlichkeit nicht ordnungsgemäß am Verfahren beteiligt werden.

Eine Ergänzung ist zudem lediglich im Rahmen der Planergänzung nach § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG vorgesehen. Eine Ergänzung im Rahmen der Genehmigungserteilung nach dem BImSchG besteht aus den ausgeführten Gründen gerade nicht. Auf einen Planfeststellungsbeschluss und das daher anzuwendende Planergänzungsverfahren bezieht sich auch die vom Antragsgegner angeführte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. August 2008 – 9 VR 18/08 –, sodass daraus keine Schlussfolgerungen für ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren gezogen werden können.

Zwar handelt es sich bei dem Verfahren zur Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG nicht um ein reines Antragsverfahren, wes-

halb aufgrund des fehlenden Antrags der Beigeladenen die Ausnahmegenehmigung nicht rechtswidrig ist. Das Antragserfordernis muss sich nicht ausdrücklich aus der Norm ergeben, sondern kann auch dem Sinn und Zweck der Regelung entnommen werden. Insbesondere handelt es sich um reine Antragsverfahren, wenn allein das Interesse des Einzelnen Anlass für das Verfahren gibt. Eine Ausnahmegenehmigung kann allein aufgrund des Interesses des Einzelnen erteilt werden, aber auch aufgrund des öffentlichen Interesses (vgl. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 bis 5 BNatSchG) und damit auch von Amts wegen. Allerdings handelt es sich bei der Ausnahmegenehmigung um eine Ermessensentscheidung. Die Ermessensentscheidung ist nicht bereits intendiert (im Ergebnis auch so Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BNatSchG § 45 Rn. 19; a. A. VG Freiburg (Breisgau), Urteil vom 17. Februar 2009 – 3 K 805/08 –, Rn. 47, juris; Lau in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Auflage 2016, § 45 Rn. 13), das heißt nach § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG ist bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht nur eine Genehmigung gewollt und davon soll nur in besonders begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck der Vorschrift. § 44 Abs. 1 Abs. 1 BNatSchG statuiert ein grundsätzliches Tötungsverbot für wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten, um ein allgemeines Schutzsystem für bestimmte Tierarten zu schaffen (vgl. auch Erwägungsgründe der Richtlinie 92/43/EWG). Auch wenn Ausnahmen von diesem Tötungsverbot möglich sind, sind deren Voraussetzungen streng zu prüfen und es ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Im Fall der Annahme einer intendierten Ermessensentscheidung würde – auch wenn die Entscheidungsvoraussetzungen bereits in § 45 Abs. 7 BNatSchG aufgenommen wurden (so jedenfalls VG Freiburg /Breisgau, a. a. O.) – diese offene Abwägung nicht stattfinden und dadurch das eigentliche Ziel des Verbots nach § 44 Abs. 1 BNatSchG verfehlt werden. Durch die Ziffer 38 im Genehmigungsbescheid vom 27. Dezember 2016 wurde diese Ermessensentscheidung rechtswidrig vorweggenommen, da es darin heißt, die Ausnahmegenehmigung werde in einem gesonderten Verfahren unter Berücksichtigung von geeigneten FCS-Maßnahmen erteilt. Auch insoweit ist die getroffene Entscheidung daher rechtswidrig.

Aufgrund der sich nach summarischer Prüfung als rechtswidrig erweisenden Genehmigung überwiegt mithin das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das sofortige Vollzugsinteresse des Antragsgegners.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und Abs. 3 VwGO; die Beigeladene hat einen Antrag gestellt und hat daher ebenfalls die Kosten zu tragen. Hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen beruht die Kostenentscheidung auf § 162 Abs. 3 VwGO. Die Beigeladene hat keinen erfolgreichen Antrag gestellt, so dass eine Kostenerstattung nicht in Betracht kommt.

Die Streitwertfestsetzung erfolgt gemäß §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit den Ziffern 1.2 und 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (Beilage 2/2013 zu NVwZ-Heft 23/2013, S. 57 ff.). Der im Hauptsacheverfahren aufgrund erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung des Vorhabens mit voraussichtlichen Gesamtkosten in Höhe von ungefähr 24.000.000,00 € festzusetzende Streitwert von 30.000,00 € wurde für das hier vorliegende Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes auf die Hälfte reduziert.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist zur Hauptsache die Beschwerde an das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht statthaft. Sie ist innerhalb von 2 Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses bei dem

Verwaltungsgericht Osnabrück,
Hakenstraße 15,
49074 Osnabrück,

schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form einzulegen.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, schriftlich oder in elektronischer Form bei dem

Niedersächsischen Obergerverwaltungsgericht,
Uelzener Straße 40,
21335 Lüneburg,

einzureichen.

Der Antragsteller muss sich von einer zur Vertretung berechtigten Person oder Organisation als Bevollmächtigten vertreten lassen.

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde statthaft, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 € übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat. Sie ist nur zulässig, wenn sie innerhalb von 6 Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder nach anderweitiger Erledigung des Verfahrens bei dem

Verwaltungsgericht Osnabrück,
Hakenstraße 15,
49074 Osnabrück,

schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form eingelegt wird.

Hinweis:

Näheres zum Kreis der vertretungsberechtigten Personen und zu den Anforderungen an die Beschwerdebegründung entnehmen Sie bitte §§ 67, 146 Abs. 4 VwGO.

Bei der Verwendung der elektronischen Form sind besondere Voraussetzungen zu beachten (Nds. Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz).

Dr. Neuhäuser

Schweer

Roth