



Bayerisches Verwaltungsgericht Regensburg

In der Verwaltungsstreitsache

bevollmächtigt: Rechtsanwalt *****

- Antragsteller -

gegen

Freistaat Bayern

vertreten durch das Landratsamt Neumarkt i. d. OPf.
Nürnberger Str. 1, 92318 Neumarkt i. d. OPf.

- Antragsgegner -

beigeladen:

bevollmächtigt: *****

beteiligt:

Regierung der Oberpfalz als Vertreter des öffentlichen Interesses
Emmeramsplatz 8, 93047 Regensburg

wegen

immissionsschutzrechtlicher Genehmigung (Windkraftanlagen)
hier: Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht Regensburg, 7. Kammer, ohne mündliche
Verhandlung

am 26. September 2016

folgenden

B e s c h l u s s :

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.
- III. Der Streitwert wird auf 30.000,-- Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller wendet sich als Standortgemeinde gegen die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für zwei Windkraftanlagen.

Am 15.12.2011 beantragte die Beigeladene die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zwei Windkraftanlagen (WKA) Typ REpower (nun Senvion) 3.2M/114/143m mit einer Gesamthöhe von 200 m auf den Grundstücken Fl.Nrn. 1663 (WKA 1) und 695 (WKA 2) der Gemarkung ***** im Gemeindegebiet des Antragstellers. Die Grundstücke befinden sich nördlich der Bundesautobahn A6 und östlich eines bestehenden Windparks im Nachbarlandkreis.

Das Landratsamt leitete daraufhin die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange ein und bat mit Schreiben vom 2.1.2012 den Antragsteller, gem. § 10 Abs. 5 BImSchG zu dem Vorhaben bis spätestens 1.3.2012 Stellung zu nehmen und ggf. über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Mit am 29.2.2012 beim Landratsamt eingegangenen Schreiben beantragte der Antragsteller unter Bezugnahme auf einen Beschluss des Marktrates vom 23.2.2012 zur Ausweisung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan die Zurückstellung des Antrages. Eine Versagung des gemeindlichen Einvernehmens erfolgte nicht. Über den Zurückstellungsantrag wurde im Folgenden vom Antragsgegner nicht entschieden.

Nach Ablauf eines Jahres bat der Antragsgegner mit Schreiben vom 8.3.2013 den Antragsteller gem. § 10 Abs. 5 BImSchG erneut, zu dem Vorhaben bis spätestens 13.5.2013 Stellung zu nehmen und ggf. über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Mit Schreiben vom 22.04.2013, eingegangen beim Antragsgegner am 24.4.2013, verweigerte der Antragsteller das gemeindliche Einvernehmen zum Genehmigungsantrag. Zur Begründung wurde auf die bestehende, im Flächennutzungsplan ausgewiesene Konzentrationszone „*****“ verwiesen. Für weitere Windenergiestandorte lasse der Antragsteller keine Ausnahme zu.

Mit Bescheid vom 26.3.2014 lehnte der Antragsgegner den Antrag auf immissionsschutzrechtliche Genehmigung der beiden Windkraftanlagen ab. Auf Klage der Vorhabensträgerin hin hob das Verwaltungsgericht Regensburg den Ablehnungsbescheid auf und verpflichtete den Antragsgegner, über den Genehmigungsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden (U.v. 25.3.2015, Az. RO 7 K 14.683). Den Darstellungen von Flächen für die Windenergie im Flächennutzungsplan des Antragstellers komme keine

Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu. Im Übrigen sei die Sache nicht spruchreif. Der vom Antragsteller gestellte Antrag auf Zulassung der Berufung blieb erfolglos (BayVGH, B.v. 13.7.2015, Az. 22 ZB 15.1330).

Mit Bescheid vom 7.3.2016 erteilte der Antragsgegner nach Anhörung des Antragstellers zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung der beiden Windkraftanlagen unter verschiedenen Nebenbestimmungen. Es wurden Abweichungen nach Art. 63 Abs. 1 BayBO von den nach Art. 6 Abs. 5 BayBO erforderlichen Abstandsflächen für die Windkraftanlagen 1 und 2 erteilt und die Abstandsflächentiefe jeweils auf 80,00 m reduziert. Der Antragsgegner ordnete auf Antrag der Beigeladenen hin die sofortige Vollziehung der Entscheidungen an und begründete dies (Ziffer II.6 der Bescheidsgründe). In Ziffer II.5 der Bescheidsgründe wird zur Umweltverträglichkeitsprüfung ausgeführt, es sei eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalles gemäß § 3 c Satz 1 UVPG durchzuführen. Das Landratsamt habe nach überschlägiger Prüfung des Sachverhalts und unter Berücksichtigung der in Anlage 2 zum UVPG aufgeführten Kriterien sowie unter Berücksichtigung der im Genehmigungsverfahren vorliegenden Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange und Gutachten festgestellt, dass durch das Vorhaben keine nach § 12 UVPG zu berücksichtigenden erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen zu erwarten seien. Eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehe nicht. Die Feststellung werde im Amtsblatt des Landkreises und in der örtlichen Tagespresse bekanntgegeben.

Am 31.3.2016 ließ der Antragsteller gegen den Bescheid Klage erheben, über die noch nicht entschieden ist (Az. RO 7 K 16.496). Am 25.7.2016 ließ er vorliegenden Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz mit dem Antrag stellen,

die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die der Beigeladenen von dem Antragsgegner erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 7.3.2016 herzustellen.

Zur Begründung wird u.a. vorgebracht, der vom Antragsgegner angeordnete Sofortvollzug liege weder im öffentlichen noch im überwiegenden Interesse der Beigeladenen. Nachdem die zur Beurteilung des gemeindlichen Einvernehmens notwendigen Unterlagen erst im Zuge des neuen Verfahrensabschnittes durch die Beigeladene vorgelegt worden seien, hätte der Antragsgegner den Antragsteller erneut formell im Rahmen des § 36 BauGB beteiligen müssen, was hier nicht erfolgt sei. Es sei vom Antragsgegner lediglich die Frage gestellt worden, ob es bei der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens bleiben würde. Der Antragsteller sei schon im früheren Verfahren nicht unter konkretem Hinweis insbesondere auf die Fristen des § 36 BauGB zu einer Stellungnahme aufgefordert worden und zum damaligen

Zeitpunkt hätten noch nicht mal dem Antragsgegner die für die Beurteilung nach § 36 BauGB notwendigen Unterlagen vorgelegen. Dem Vorhaben würden naturschutzrechtliche/artenschutzrechtliche Belange entgegenstehen. Entgegen den Ausführungen der allgemeinen Vorprüfung nach UVPG vom 8.9.2015 sowie der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung, Stand 8.9.2015, werde von der genehmigten Maßnahme ein bzw. mehrere Schwarzstorchhorste betroffen. Sowohl die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung als auch die vorgelegte allgemeine Vorprüfung des Einzelfalles nach UVPG entspreche nicht notwendigen Standards. Die Ortsteile ***** und ***** des Antragstellers würden in rechtswidriger Weise von Lärmbelastung durch die beiden gegenständlichen Windkraftanlagen betroffen. An nahezu sämtlichen untersuchten Immissionsorten seien bereits auf Grund der Vorbelastung die möglichen Kontingente ganz oder nahezu ganz ausgereizt. Darüber hinaus werde unterstellt, dass ein benachbartes Unternehmen zu bestimmten Zeiten den LKW-Verkehr einstellen müsse. In der Realität würde es zu massiven Überschreitungen der höchstzulässigen Nachtimmissionswerte kommen oder aber die Anlagen müssten weitestgehend zumindest zur Nachtzeit (ein Drittel der Tagesproduktion) stillgelegt werden. Dem Vorhaben stünde auch Art. 82 Abs. 1 BayBO entgegen. Der Antragsgegner sei fehlerhaft der Ansicht, dass hier die Stichtagsregelung zum 4.2.2014 Raum greife. Am 4.2.2014 hätten dem Antragsgegner nicht sämtliche zur Beurteilung notwendigen Unterlagen vollständig vorgelegen. Die Prüfung der Vollständigkeit orientiere sich an § 7 der 9. BImSchV. Es sei bekannt, dass die Vollständigkeit nicht die Vorlage sämtlicher abschließender Unterlagen zum Gegenstand habe. Gleichwohl müssten aber wichtige, für das Genehmigungsverfahren notwendige Unterlagen zu diesem Zeitpunkt der Behörde vorliegen. Dazu gehörten jedenfalls Untersuchungen zum Schallimmissionsschutz und Schattenwurf. Die entsprechenden Unterlagen datierten erst vom 26.11.2015. Ebenfalls vom 26.11.2015 datiere das Gutachten zur Ermittlung der Geräuschsituation in der Nachbarschaft auf der Basis von Schallimmissions- und Schallemissionsmessungen der Firma *****. Die allgemeine Vorprüfung nach UVPG sei in aktualisierter Version auch erst am 8.9.2015 vorgelegt worden, ebenso der landschaftspflegerische Begleitplan. Gleiches gelte für die Brandschutznachweise vom 27.7.2015 und 7.9.2015. Die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung entspreche bis heute nicht den Standards des Windkraftenerlasses. Der Antragsgegner nehme mit seiner Anordnung der sofortigen Vollziehung vom 7.3.2016 auch nur eine unzureichende Bewertung der Interessen des Antragstellers vor. Es würden hier einseitig die Interessen der Beigeladenen in den Vordergrund geschoben. Der Gesetzgeber weise der Anordnung der sofortigen Vollziehung Ausnahmecharakter zu. Ein etwaiges öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung scheide hier aus. Lediglich der Hinweis auf die Notwendigkeit alternativer Energien genüge zur Bewirkung eines Sofortvollzuges nicht. Der ungezügelter und forcierte Ausbau der Windenergie solle nach den jüngsten Entscheidungen der Bundesregierung nicht aufrechterhalten werden. Der Investor habe Zeit bis Ende 2018, nach den Vorschriften des EEG die Anlage in Betrieb zu nehmen

und dann auch noch die Vorzüge des EEG 2014 zu erhalten. Das Argument der wirtschaftlichen Verschlechterung liege deshalb nicht vor. Dieser Vortrag betreffe zudem einzig und allein das unternehmerische Risiko.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung wird u.a. zum Formfehler nach § 36 BauGB ausgeführt, die Erstbeteiligung des Antragstellers sei mit Schreiben vom 2.1.2012 erfolgt. Aus dem Anschreiben gehe hervor, dass dem Antragsteller ein Satz Antragsunterlagen, ein Gutachten der Firma ***** sowie eine spezielle artenschutzrechtliche Prüfung zur Entscheidung vorgelegt worden seien. Der Antragsteller sei aufgefordert worden, nach § 10 BauGB als Träger öffentlicher Belange zum Vorhaben Stellung zu nehmen sowie nach § 36 BauGB über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Die Frist für die Kommune habe zwei Monate betragen. Richtig sei, dass § 36 BauGB in dem Schreiben nicht ausdrücklich genannt worden sei. Dies erscheine jedoch unschädlich, da der Markt über das gemeindliche Einvernehmen innerhalb der gesetzten Frist entschieden habe. Es sei davon auszugehen, dass die Kommune die Beteiligung zur Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen als solche erkannt habe und somit eine ordnungsgemäße Beteiligung des Marktes erfolgt sei. Am 8.3.2013 sei der Antragsteller erneut beteiligt und gebeten worden, über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Dazu seien die Antragsunterlagen zum damals aktuellen Stand übersandt worden. Nach Abschluss des Klageverfahrens RO 7 K 14.683 sei der Antragsteller zum Ersetzen des gemeindlichen Einvernehmens angehört worden. Die Antragsunterlagen seien dem Antragsteller in der damals aktuellen Fassung erneut zur Entscheidung vorgelegt worden. Die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung (saP) sei erstmals am 25.5.2011 erstellt und am 28.9.2011 abgeändert worden. Auf Grund der Stellungnahme der hauptamtlichen Fachkraft für Naturschutz vom 10.2.2012 sei die saP entsprechend den Vorgaben des Winderlasses angepasst und mit Schreiben vom 21.5.2013 beim Landratsamt zu den Antragsunterlagen eingereicht worden. Artenschutzrechtliche Belange seien geprüft und Daten zum Schwarzstorch ergänzt worden. Nach Abschluss der Verwaltungsstreitsache RO 7 K 14.683 sei die untere Naturschutzbehörde (UNB) mit Schreiben vom 12.10.2015 erneut beteiligt und die mit Schreiben vom 23.9.2015 eingereichte saP vorgelegt worden. Die UNB habe eine komplette Neuerstellung der saP nach Winderlass aus fachlicher Sicht als nicht erforderlich erachtet, da auf der Grundlage der vorhandenen Verbreitungsdaten sowie von Potentialabschätzungen und worst-case-Annahmen keine Verbotstatbestände hinsichtlich der relevanten Arten nach Anlagen 2 bis 4 des Windkrafterlasses zu erwarten seien. Die Existenz von Schwarzstörchen in der Nähe der Windkraftanlagen, sowohl was die Standorte angeht (innerhalb des

3.000 m-Radius) als auch den zeitlichen Rahmen (mit großer Wahrscheinlichkeit auch im Jahr 2015) werde seitens des Antragstellervertreeters lediglich behauptet. Im Übrigen sei die Fixierung auf die angeführten Radien hinfällig. Entscheidend sei, ob der Vogel tatsächlich oder potentiell vom Horst zum Nahrungshabitat über die geplanten Windenergieanlagen fliegen würde. Gemäß den Ausführungen der saP sei dies nachweislich nicht der Fall, was aus Sicht der hauptamtlichen Fachkraft für Naturschutz schlüssig sei. Diese Vorgehensweise sei durch den Winderlass 9.4.1. abgedeckt. Zur Schallbelastung wird ausgeführt, aus den Auflagen des streitgegenständlichen Bescheides sei ersichtlich, dass bei der Festsetzung der Emissionsrichtwertanteile an unterschiedlichen Immissionsorten verschiedene Zeiten betrachtet worden seien. Dem Antragsteller gelinge es nicht, eine nicht zulässige Lärmbelastung nachzuweisen. Gründe würden nicht angeführt; es würden lediglich Behauptungen geäußert, die die vorliegenden Gutachten und Stellungnahmen jedoch nicht im Ansatz erschüttern könnten. Auf Grund einer höheren Vorbelastung in der Zeit von 4.00 Uhr bis 6.00 Uhr als in der übrigen Nachtzeit von 22.00 Uhr bis 4.00 Uhr seien für den Betrieb der Windkraftanlagen entsprechende Emissionsrichtwertanteile für die Zeiträume von 22.00 Uhr bis 4.00 Uhr und von 4.00 Uhr bis 6.00 Uhr festgesetzt worden. Im Hinblick auf die 10-H-Regelung wird ausgeführt, entgegen der Rechtsauffassung des Antragstellers seien die Antragsunterlagen zum Stichtag 4.2.2014 vollständig gewesen. Die Feststellung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen sei in jedem Einzelfall zu prüfen und obliege der zuständigen verfahrensführenden Behörde. Unschädlich sei, wenn sich im Rahmen der Behördenbeteiligung ergebe, dass die eingereichten Antragsunterlagen zu ergänzen seien. Die vom Antragsgegner thematisierten Untersuchungen zum Schallimmissionsschutz und Schattenwurf, LBP, Brandschutznachweis, saP hätten allesamt vor dem 4.2.2014 beim Landratsamt vorgelegen. Die Unterlagen seien aktualisiert und ergänzt worden. Entscheidend komme es darauf an, dass aus Sicht des Vorhabensträgers am 4.2.2014 keine weiteren Aktionen notwendig gewesen seien, damit die Genehmigungsbehörde das Verfahren fortführe. Die Unterlagen zur allgemeinen Vorprüfung nach UVPG datierten vom 4.9.2015. Dies sei für die Beurteilung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen unschädlich. Bei der UVP handele es sich um ein eigenständiges, vom immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren abgekoppeltes Verfahren.

Der Beigeladene beantragt ebenfalls,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Beteiligung des Antragstellers entspreche den Anforderungen des § 36 BauGB. Der Antragsteller habe über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens am 16.12.2015 entschieden. Es sei nicht erforderlich, dass die Genehmigungsbehörde die zu beteiligende

Gemeinde unter Hinweis auf die Frist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB ausdrücklich zur Stellungnahme auffordere. Die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung sei entsprechend den Anforderungen des Winderlasses ergänzt worden. Der Behörde stehe ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum zu und zwar sowohl hinsichtlich der Ermittlung des Bestandes der geschützten Arten als auch hinsichtlich der Bewertung der Gefahren für die ermittelten geschützten Tierarten. Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gerade für den Schwarzstorch sei nicht anzunehmen. Ganz unabhängig von etwaigen Abständen zwischen dem Horst des Vogels und den Windkraftanlagen bestehe ein erhöhtes Tötungsrisiko grundsätzlich dann nicht, wenn die geschützte Vogelart tatsächlich oder potentiell vom Horst zum Nahrungshabitat gar nicht über die geplante Windkraftanlage fliegen müsse. Es liege auch kein Verstoß gegen § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB vor. Eine Überschreitung der Grenzwerte werde schon nicht von der Genehmigung gedeckt, da diese unter Nr. 3.2. der Nebenbestimmungen die einzuhaltenden Grenzwerte festlege. Überdies behauptet der Antragsteller vollkommen unsubstantiiert, dass Überschreitungen während der Nachtzeit zu erwarten seien. Der Antragsgegner sei auch zutreffend von der Nichtanwendbarkeit der 10-H-Regelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO ausgegangen. Wären die Antragsunterlagen nicht vollständig gewesen, hätte die Genehmigungsbehörde gar nicht die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange durchführen können. Dass im Rahmen der Trägerbeteiligung üblicherweise Nachforderungen an die vorgelegten Unterlagen kämen, entspreche der gängigen Praxis. Es sei Sache der entscheidenden Behörde zu beurteilen, ob die Verfahrensunterlagen vollständig seien oder nicht. Die Beigeladene habe im Hinblick auf die vorgesehene mehrfache Degression der Einspeisevergütung ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, von der Genehmigung Gebrauch zu machen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtakte sowie die vorgelegten Behördenakten und die beigezogenen Gerichtsakten in den Klageverfahren RO 7 K 14.683 und RO 7 K 16.496 verwiesen.

II.

Der nach § 80 a Abs. 3 i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO zulässige Antrag hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landratsamt hat in formeller Hinsicht die Anordnung des Sofortvollzugs im Bescheid vom 7.3.2016 in einer den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO genügenden Art und Weise begründet. Es hat unter Ziffer II.6 der Bescheidsgründe dargelegt, weshalb aus Sicht der Behörde dem öffentlichen Interesse und dem Interesse der Beigela-

denen am sofortigen Vollzug der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Vorrang vor dem Interesse etwaiger Kläger, die zum Zeitpunkt des Bescheiderlasses noch nicht feststanden, eingeräumt wird. An den Inhalt der Begründung sind dabei keine zu hohen Anforderungen zu stellen (Schmidt in Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 43). Das Landratsamt hat dabei maßgeblich auf den Beitrag der Windenergieanlagen zur nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung und des Klimaschutzes sowie auf die wirtschaftlichen Interessen der Beigeladenen abgestellt. Dies ist nicht zu beanstanden. Das Gesetzesziel ist gemäß § 1 EEG auch nach wie vor, die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern und den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch stetig und kosteneffizient zu erhöhen. Im Hinblick auf betroffene Rechte Dritter hat die Behörde darauf verwiesen, dass nach dem durchgeführten Genehmigungsverfahren davon auszugehen ist, dass eine Beeinträchtigung Dritter durch Immissionen nicht zu erwarten sei. Ob die dargelegten Erwägungen tatsächlich die Anordnungen des Sofortvollzugs rechtfertigen, kann im Hinblick auf die Erfüllung der formellen Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO offen bleiben. Insoweit prüft das Gericht nicht die Entscheidung der Behörde nach, sondern trifft eine eigene Ermessensentscheidung.

2. Nach § 80 Abs. 5 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die aufschiebende Wirkung einer Klage im Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ganz oder teilweise wiederherstellen. Es hat bei der Entscheidung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuwägen zwischen dem von der Behörde geltend gemachten Interesse an der sofortigen Vollziehung ihres Bescheids sowie dem Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs. Bei dieser Abwägung sind auch die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen. Ergibt die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO allein erforderliche summarische Prüfung, dass der Rechtsbehelf offensichtlich erfolglos sein wird, tritt das Interesse des Antragstellers regelmäßig zurück. Erweist sich dagegen der angefochtene Bescheid schon bei cursorischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, besteht kein Interesse an dessen sofortiger Vollziehung. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht hinreichend absehbar, verbleibt es bei einer allgemeinen Interessenabwägung. Im Rahmen der bei Anträgen nach § 80a Abs. 3 VwGO bestehenden Dreiecksverhältnisse ist von besonderem Gewicht, ob die in der Hauptsache anhängige Drittklage, die von der Verletzung eigener Rechte abhängt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO), Aussicht auf Erfolg hat (Schmidt in Eyermann, a.a.O., § 80a VwGO Rn. 6). Bei Klagen gegen UVP-pflichtige oder UVP-vorprüfungspflichtige Vorhaben ist zu beachten, dass der dargestellte Prüfungsmaßstab durch § 4a Abs. 3 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) modifiziert wird. Die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung setzt nach § 4a

Abs. 3 UmwRG voraus, dass die Rechtmäßigkeit der verfahrensgegenständlichen Behördenentscheidung ernstlichen Zweifeln begegnet. Diese Vorschrift modifiziert den im Rahmen der Hauptsacheproggnose anzulegenden Maßstab, während das Erfordernis einer umfassenden Interessenabwägung unberührt bleibt (BayVGH, B.v. 17.2.2016 – 22 CS 15.2562 – juris Rn. 21, BVerwG, B.v. 16.9.2014 – 7 VR 1.14 – NuR 2014, 782 Rn. 11; B.v. 16.10.2014 – 7 VR 2.14 u. a. – juris Rn. 10; B.v. 23.1.2015 – 7 VR 6.14 – NuR 2015, 257 Rn. 8).

Unter Berücksichtigung dieses Maßstabs muss das Suspensivinteresse des Antragstellers zurücktreten, weil nach summarischer Prüfung Rechte des Antragstellers durch den streitgegenständlichen Bescheid nicht verletzt werden (§ 113 Abs. 1 VwGO). Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bescheids im Rahmen einer Drittanfechtungsklage ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung.

- a) Aus der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 36 Abs. 2 BauGB im angefochtenen Bescheid ergibt sich keine Rechtsverletzung des Antragstellers.
- aa) Im Rahmen der summarischen Prüfung ist bereits davon auszugehen, dass vorliegend das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 Satz 2 1. Alt. BauGB (der immissionsschutzrechtliche Antrag ist anders als im baurechtlichen Verfahren bei der Genehmigungsbehörde zu stellen) als erteilt gilt, weil der Antragsgegner den Antragsteller bereits mit Schreiben vom 2.1.2012 nach § 36 BauGB zur Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens beteiligt hat und der Antragsteller das Einvernehmen nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens verweigert hat.

Mit Schreiben vom 2.1.2012 hat der Antragsgegner den Antragsteller gebeten, „gemäß § 10 Abs. 5 BImSchG zu dem Vorhaben bis spätestens 01. März 2012 Stellung zu nehmen und ggf. über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden“. Beigefügt waren nach den aufgeführten Anlagen „1 Satz Antragsunterlagen (Zweitschrift), 1 Gutachten *****, 1 Naturschutzfachliches Gutachten saP“.

Das Schreiben vom 2.1.2012 stellt ein Ersuchen im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB dar, (auch) über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Zweifel ergeben sich zwar daraus, dass das Schreiben insoweit die Einschränkung „ggf.“ enthält. Ein Ersuchen im Sinne von § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB muss grundsätzlich wegen der daran ggf. geknüpften Folge der Einvernehmensfiktion aus Gründen der Rechtssicherheit eindeutig als solches formuliert sein; die Gemeinde muss erkennen können, dass und in welcher Hinsicht die Frist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB ausgelöst wird. Ob dieses Er-

fordernis gewahrt ist, hängt maßgeblich davon ab, wie das Schreiben nach dem Empfängerhorizont der Gemeinde verstanden werden musste (vgl. BayVGh, B.v. 25.8.2015, Az. 22 CS 15.1683 – juris Rn. 25). Der Antragsteller musste hier aus den Gesamtzusammenhängen und der gängigen Verwaltungspraxis erkennen, dass das Schreiben auch eine Beteiligung nach § 36 BauGB enthält und das Wort „ggf.“ eine bloße Floskel ohne konkreten Bedeutungsgehalt darstellt und nicht im dem Sinn zu verstehen ist, dass eine Äußerung zum gemeindlichen Einvernehmen von weiteren Umständen oder dem Willen der Gemeinde abhängt. Einer Gemeinde ist grundsätzlich bekannt, dass auch im immissionsschutzrechtlichen Verfahren eine Entscheidung der Gemeinde über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens erforderlich ist und sie hierzu von der Genehmigungsbehörde unter Übersendung der Antragsunterlagen beteiligt wird. Einer besonderen Nennung einer Frist oder eines Hinweises auf die Fiktionswirkung bedarf es dabei grundsätzlich nicht, da diese rechtlichen Gegebenheiten einer Gemeinde schon im Hinblick auf die Häufigkeit derartiger Verfahren und des Umstandes, dass selbständige Gemeinden über entsprechendes Fachpersonal zu verfügen haben, bekannt sein müssen. Für den Antragsteller musste hier daher auch durch die ausdrücklich Nennung des Wortes „Einvernehmen“ erkennbar sein, dass von Seiten der Genehmigungsbehörde auch eine Äußerung im Rahmen des § 36 BauGB erwartet wird. Der Antragsteller hat schließlich auch innerhalb der 2-Monatsfrist die Angelegenheit am 23.2.2012 im Gemeinderat in bauplanungsrechtlicher Hinsicht behandelt und nicht nur eine Äußerung nach § 10 Abs. 5 BImSchG als Träger öffentlicher Belange abgegeben. Dass der Antragsteller (nur) die Beantragung der Zurückstellung des Antrags im Hinblick auf Planungen von Konzentrationszonen für Windkraft beim Antragsgegner beschlossen hat, mag darauf zurückzuführen sein, dass Versagungsgründe aufgrund der damaligen planungsrechtlichen Situation nicht ersichtlich waren. Denn im Falle der planungsrechtlichen Unzulässigkeit des Vorhabens hätte es an sich eines Zurückstellungsantrags gar nicht bedurft. Es mag aber auch sein, dass der Antragsteller irrtümlich davon ausging, im Falle eines Zurückstellungsantrags bedürfe es keiner Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen mehr. Darauf kommt es letztlich nicht an. Bei verständiger Würdigung der Gesamtumstände ist davon auszugehen, dass der Antragsteller davon ausgehen musste, durch das Schreiben vom 2.1.2012 aufgefordert zu sein, nicht nur als Träger öffentlicher Belange zum Vorhaben Stellung zu nehmen, sondern auch i.S.d. § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden.

Nach den vorgelegten Akten des Antragsgegners ist die 2-Monatsfrist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB abgelaufen, ohne dass der Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner innerhalb der 2-Monatsfrist das gemeindliche Einvernehmen verweigert hätte. Ein Zustellungs- oder Zugangsnachweis für das Schreiben vom 2.1.2012 befindet sich zwar

nicht in den Akten, allerdings hat der Antragsteller am 23.2.2012 die Angelegenheit im Gemeinderat behandelt, so dass davon auszugehen ist, dass der Antragsteller das Schreiben erhalten hat. Nachdem der Antragsteller erst aufgrund der erneuten Beteiligung durch den Antragsgegner mit Schreiben vom 8.3.2013 (auch dieses Schreiben enthält im Hinblick auf die Aufforderung zur Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen die Floskel „ggf.“, ohne dass sich deren konkrete Bedeutung erschließt) mit Beschluss vom 4.4.2013 über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens entschieden hat, war zu diesem Zeitpunkt die durch die Beteiligung mit Schreiben vom 2.1.2012 in Lauf gesetzte Fiktionsfrist bereits abgelaufen. Der mit Schreiben vom 29.2.2012 gestellte Zurückstellungsantrag unterbricht die Fiktionsfrist nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB nicht. Denn die Fiktionsfrist wird nicht schon mit einem Zurückstellungsantrag, sondern erst mit dem Zurückstellungsbescheid unterbrochen (vgl. BVerwG, U.v. 26.3.2015, 4 C 1/14 – juris; VG München, U.v. 11.8.2016, M 1 K 14.5368 – juris). Ein Antrag auf Zurückstellung im Sinne des § 15 BauGB und die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen sind grundsätzlich zu trennen. Im Zurückstellungsantrag kann daher auch nicht gleichzeitig eine konkludente Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens gesehen werden. Dies ergibt sich schon daraus, dass ein Zurückstellungsantrag gerade auch bei bauplanungsrechtlicher Zulässigkeit eines Vorhabens ein taugliches Mittel zur Sicherung der Planungshoheit ist, in diesem Fall aber die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens rechtlich unzulässig ist.

Der Einwand des Antragstellers, die im Rahmen der Beteiligung nach § 36 BauGB mit Schreiben vom 2.1.2012 (bzw. Schreiben 8.3.2013) vorgelegten Genehmigungsunterlagen seien unvollständig gewesen, ist hier unerheblich. Nach den Angaben des Antragsgegners wurden jeweils die maßgeblichen Antragsunterlagen vorgelegt. Unabhängig davon ist das Recht auf Beteiligung im Baugenehmigungsverfahren, das der Gesetzgeber der Gemeinde zum Schutz der Planungshoheit einräumt, mit der Obliegenheit verbunden, gegenüber dem Bauherrn oder der Baugenehmigungsbehörde auf die Vervollständigung des Bauantrags hinzuwirken. Kommt die Gemeinde dieser Mitwirkungslast nicht innerhalb von zwei Monaten ab dem gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB maßgeblichen Zeitpunkt nach, gilt ihr Einvernehmen als erteilt (vgl. BayVGH v. 25.8.2015, a.a.O., unter Verweis auf BVerwG, U.v. 16.9.2004 – 4 C 7.03 – BVerwGE 122, 13/18). Dieser Grundsatz gilt im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren in gleicher Weise, und zwar sogar dann, wenn die Unvollständigkeit der der Gemeinde zur Verfügung gestellten Unterlagen zwischen den Beteiligten unstreitig ist (OVG NW, B.v. 21.12.2010 – 8 B 1426/10 – BauR 2011, 1296/1298). Die nachträgliche Ergänzung bzw. Aktualisierung der Genehmigungsunterlagen macht schon aus Vertrauensschutzgründen ein er-

teiltes Einvernehmen jedenfalls dann nicht hinfällig, wenn damit keine Änderung des Vorhabens als solchem verbunden ist.

Soweit in der erneuten Beteiligung des Marktes durch den Antragsgegner mit Schreiben vom 8.3.2013 davon die Rede ist, die Beteiligung des Marktes sei nunmehr für ein Jahr ausgesetzt, ergibt sich aus den Akten schon nicht, ob, wann und wie dies im Verfahren, insbesondere vor Ablauf der Fiktionsfrist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB, geschehen ist. Unabhängig davon kann die zweimonatige Einvernehmensfrist durch die Verfahrensbeteiligten nicht einvernehmlich verlängert und auch ein als erteilt geltendes Einvernehmen von der Gemeinde nachträglich nicht widerrufen oder zurückgenommen werden (BVerwG, U.v. 12.12.1996 – 4 C 24.95 – juris).

Nach Aktenlage ist damit die Fiktion nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB eingetreten.

- bb) Auch wenn man aber davon ausgeht, dass das Schreiben vom 2.1.2012 im Hinblick auf die Aufforderung zur Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen nicht eindeutig war und daher keine Fiktionswirkung eingetreten ist, ist die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch den Antragsgegner nicht zu beanstanden.

Ungeachtet der Frage, ob die Vorschrift des Art. 67 BayBO im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren überhaupt anwendbar ist, wurden dessen Verfahrensanforderungen für die Ersetzung des baurechtlichen Einvernehmens beachtet. Insbesondere wurde der Antragsteller mit Schreiben vom 8.12.2015 zur beabsichtigten Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens unter Fristsetzung angehört, § 67 Abs. 4 S. 1 BayBO, Art. 28 BayVwVfG. Dem Antragsteller wurden hierbei nochmals die aktualisierten und ergänzten Antragsunterlagen übersandt. Soweit der Antragsteller rügt, er hätte nochmals zunächst formell nach § 36 BauGB beteiligt werden müssen, weil im Rahmen der Beteiligung mit Schreiben vom 8.3.2016 ihm nicht die vollständigen bzw. aktuellen Antragsunterlagen vorgelegen hätten, so greift dies nicht durch. Der Antragsteller hat mit Beschluss vom 4.4.2013 das gemeindliche Einvernehmen verweigert. Soweit nach seiner Auffassung die vorgelegten Unterlagen nicht ausreichten, hätte er dies nach dem Vorstehenden gegenüber dem Antragsgegner rügen müssen. Zudem ergibt sich nicht, dass die damals vorliegenden Unterlagen für eine bauplanungsrechtliche Beurteilung zum damaligen Zeitpunkt nicht ausreichend gewesen wären. Des Weiteren hatte der Antragsteller aufgrund der aktuellen Unterlagen die Gelegenheit, nochmals über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens zu entscheiden, seine Ablehnung jedoch aufrecht erhalten, und damit erneut die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens ver-

sagt. Eine Rechtsverletzung des Antragstellers im Hinblick auf Verfahrensrechte ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich.

Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB ist nur ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen zu ersetzen. Das Einvernehmen der Gemeinde darf nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden, d.h. aus bauplanungsrechtlichen Gründen versagt werden, § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Die Voraussetzungen des § 35 BauGB können dabei von der Gemeinde umfassend geltend gemacht werden (vgl. BVerwG v. 20.5.2010 - Az. 4 C 09 - juris).

- (1) Der bauplanungsrechtlichen Beurteilung ist zugrunde zu legen, dass das Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert ist und die sog. 10-H-Regelung des Art. 82 BayBO aufgrund der Übergangsregelung in Art. 83 Abs. 1 BayBO nicht greift. Maßgeblich ist insoweit, ob vor Ablauf des 4.2.2014 ein vollständiger Genehmigungsantrag bei der Behörde eingegangen ist.

Für die Vollständigkeit der Antragsunterlagen ist darauf abzustellen, ob der Antrag den gesetzlichen Anforderungen der 9. BImSchV entspricht (vgl. auch Anwendungshinweise des StMIBV zur 10-H-Regelung). Demnach ist von Folgendem auszugehen: Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV sind dem Antrag über die nach § 3 der 9. BImSchV erforderlichen Angaben hinaus auch die Unterlagen beizufügen, die zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen maßgeblich sind. Die Genehmigungsbehörde hat nach Eingang des Antrags und der Unterlagen unverzüglich, in der Regel innerhalb eines Monats, zu prüfen, ob die Unterlagen den Anforderungen des § 3 9. BImSchV und die Unterlagen den Anforderungen der §§ 4 bis 4e 9. BImSchV entsprechen. Die zuständige Behörde kann nach § 7 Abs. 1 9. BImSchV die Frist in begründeten Ausnahmefällen einmal um zwei Wochen verlängern. Sind der Antrag oder die Unterlagen nicht vollständig, so hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller unverzüglich aufzufordern, den Antrag oder die Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen. Die Behörde kann zulassen, dass Unterlagen, deren Einzelheiten für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage als solcher nicht unmittelbar von Bedeutung sind, (...), bis zum Beginn der Errichtung oder der Inbetriebnahme der Anlage nachgereicht werden können. Ob die Unterlagen vollständig sind, hat abschließend allein die Genehmigungsbehörde zu entscheiden. Ihr steht dabei ein gewisser Ermessensspielraum zu, da sie Art und Umfang ihrer Prüfungen nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmt (Dietlein in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 80. EL Mai 2016; Rn. 9 zu § 7 9. BImSchV).

Dies zugrunde legend ist vorliegend davon auszugehen, dass die Unterlagen am 4.2.2014 im Sinne des Art. 83 Abs. 1 BayBO vollständig waren. Der Antragsgegner hat zur Frage der Vollständigkeit der Antragsunterlagen dahingehend Stellung genommen, dass die Unterlagen zum Schallschutz und zum Schattenwurf, der landschaftspflegerische Begleitplan, der Brandschutznachweis und die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung allesamt zum 4.2.2014 vorlagen und aus seiner Sicht die Unterlagen vollständig waren. Der Antragsgegner hat insoweit auf eine Aufstellung auf Bl. 315 der Behördenakten (Ordner 1/2 Verfahren) zu nachgereichten/ergänzten Unterlagen verwiesen. Danach wurden ein „Gutachten Naturschutz saP“ und ein „Schallgutachten“ am 15.12.2011, „2 Gutachten saP“ am 8.3.2013, ein „Brandschutznachweis“, ein „Gutachten Lärm und Schattenwurf *****“, ein „Landschaftspflegerischer Begleitplan *****“ sowie eine „saP *****“ am 16.5.2013 ein- bzw. nachgereicht. Entsprechendes ergibt sich auch aus dem Vorlageschreiben der Beigeladenen vom 21.5.2013 (Bl. 327 Ordner 1/2). Dass in den vorgelegten Antragsunterlagen teilweise nur mehr die aktualisierten Unterlagen enthalten sind, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die alten Unterlagen gegen die aktualisierten ausgetauscht wurden.

Die für die Beurteilung maßgeblichen Unterlagen lagen damit am 4.2.2014 vor. Insbesondere hat aber der Antragsgegner auch nicht entsprechend den Vorgaben des § 7 der 9. BImSchV den Beigeladenen unverzüglich aufgefordert, fehlende Unterlagen nachzureichen. Der Beigeladene durfte daher davon ausgehen, dass er das seinerseits Erforderliche für die Bearbeitung des Antrages getan hat. Soweit das Schreiben des Beigeladenen vom 21.5.2013 den Hinweis enthält, dass die Erstellung der Einzelstatik noch nicht beauftragt war und im Falle der Genehmigungsfähigkeit darum gebeten werde, als Auflage in den Bescheid aufzunehmen, dass die Einzelstatik vor Baubeginn vorgelegt werden muss, führt dies nicht dazu, dass die Unterlagen als unvollständig anzusehen sind. Denn der Antragsgegner hat dies akzeptiert und nicht beanstandet. Auch ein Bodengutachten hielt der Antragsgegner für die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit offenbar nicht für erforderlich und hat insoweit als Auflage in den Bescheid unter Ziffer 3.6.3 aufgenommen, dass ein solches (erst) im Rahmen der Überwachung der Bauausführung dem überwachenden Büro bzw. dem Prüfstatiker zur Verfügung gestellt werden muss. Dies kann nicht zu Lasten der Beigeladenen gehen. Dem Antragsgegner kommt, wie ausgeführt, ein Ermessensspielraum zu, welche Unterlagen er im Genehmigungsverfahren für erforderlich hält. § 7 Abs. 1 S. 5 der 9. BImSchV lässt es auch ausdrücklich zu, dass Unterlagen nachgereicht werden können, soweit sie für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage als solcher nicht unmittelbar von Bedeutung sind. Ebenso ist unschädlich, dass Unterlagen ergänzt und infolge von Verfahrensverzöge-

rungen aktualisiert werden müssen oder dass sich Nachforderungen aus der Fachstellenbeteiligung ergeben.

Soweit gerügt wird, dass die Unterlage zur allgemeinen Vorprüfung nach UVPG in aktualisierter Form erst am 8.9.2015 vorgelegt worden sei, ist darauf zu verweisen, dass die Errichtung von zwei Windkraftanlagen für sich genommen nicht UVP-pflichtig bzw. -vorprüfungspflichtig ist und hier ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG durchgeführt wurde. Gemäß § 24 Satz 1 der 9. BImSchV sind im vereinfachten Genehmigungsverfahren § 4 Abs. 3, die §§ 8 bis 10a, 11a Abs. 4, 12, 14 bis 19 und die Vorschriften, die die Durchführung der Umweltverträglichkeitsprüfung betreffen, nicht anzuwenden.

Die Notwendigkeit der Vorlage von Unterlagen für eine standortbezogene oder allgemeine Vorprüfung der UVP-Pflicht kommt daher nur in Betracht, wenn die beiden WKA als Einheit zusammen mit schon vorhandenen Anlagen den Tatbestand des § 3b Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 3c Satz 5 UVPG (nachträglich kumulierende Vorhaben) erfüllen. Davon ist hier nach Aktenlage nicht auszugehen. Denn allein eine räumliche Nähe reicht hierfür nicht aus. Gemäß § 3 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 UVPG ist hierfür erforderlich, dass bei technischen Anlagen (zu denen WKA gehören) ein „enger Zusammenhang“ besteht, was erfordert, dass die Anlagen (erstens) auf demselben Betriebs- oder Baugelände liegen und (zusätzlich zweitens) mit gemeinsamen betrieblichen oder baulichen Einrichtungen verbunden sind (vgl. BayVGh B.v.12.9.2016 – 22 ZB 16.785 - juris). Hierzu müssen die Anlagen in einem räumlich-betrieblichen Zusammenhang bzw. in einem funktionalen und wirtschaftlichen Bezug zueinander stehen, z.B. dergestalt, dass die Anlagen technisch miteinander verknüpft oder wirtschaftlich in einer Weise verbunden sind, dass der von ihren Betreibern verfolgte ökonomische Zweck nur mit Rücksicht auf den Bestand und den Betrieb der jeweils anderen Anlagen sinnvoll verwirklicht werden kann (vgl. BayVGh, B.v. 12.9.2016 – 22 ZB 16.785; B. v. 26.7.2016 – 22 ZB 15.2326, BVerwG, U.v. 18.6.2015 – 4 C 4/14; U.v. 17.12.2015 – 4 C 7.14 – jew. juris). Dass dies vorliegend im Hinblick auf weitere Windkraftanlagen der Fall wäre, ergibt sich nicht. Dem angefochtenen Bescheid ist vielmehr zu entnehmen, dass die westlich der streitgegenständlichen Anlagen befindlichen Anlagen auf dem Gebiet der Gemeinde O. im Eigentum einer „***** eG und Co KG“ stehen. Dies spricht gegen den beschriebenen Zusammenhang der Anlagen und die Notwendigkeit einer standortbezogenen oder allgemeinen UVP-Vorprüfungspflicht. Jedenfalls bedarf es insoweit einer rechtlichen Bewertung durch die Behörde, so dass es vorliegend zumindest einer weiteren Aufforderung der Behörde zur Vorlage entsprechender Unterlagen bedurft hätte, nachdem das beantragte Vorhaben für sich genommen keiner UVP-Vorprüfungspflicht unterliegt. Hinzu kommt, dass nach

den Antragsunterlagen weitere Anlagen im Umfeld erst im Verlauf des bereits im Jahr 2011 eingeleiteten Genehmigungsverfahrens errichtet wurden und zumindest zu Beginn des Verfahrens nicht sämtlich vorhanden waren.

- (2) Dem Vorhaben stehen keine Belange des Naturschutzes i.S.d. § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB entgegen, wozu auch die artenschutzrechtlichen Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG zählen. Der Antragsteller macht insoweit geltend, im ***** Forst befinde sich ein Schwarzstorchhorst und dieser liege nach Kenntnis des Antragstellers innerhalb des 3000 m-Radius entsprechend den Abstandskriterien des sog. Helgoländer Papiers 2. Dieser Einwand greift nicht durch. Es wurde im einstweiligen Rechtsschutzverfahren schon nicht dargelegt, woraus der Antragsteller die Kenntnis nimmt, dass der Abstand des Schwarzstorches zu einem Horst im ***** Forst unter 3000 m und damit innerhalb des engeren Prüfbereichs gem. Anlage 2 zum Windkrafterlass vom 20.12.2011 - WKE 2011 - (bzw. Anlage 3 zum WKE vom 19.7.2016) liegt. Insbesondere ergibt sich dies nicht aus der vom Antragsteller im Klageverfahren vorgelegten Stellungnahme des Landesbundes für Vogelschutz vom 18.8.2015. Auch die vom Antragsteller vorgelegte spezielle artenschutzrechtliche Prüfung (saP) geht davon aus, dass sich im ***** Forst ein Horst des Schwarzstorches befindet, jedoch in einer Entfernung von mehr als 6 km von der nächstgelegenen Anlage aus (S. 34). Dass diese Annahme falsch wäre, hat der Antragsteller in keiner Weise substantiiert dargetan. Die untere Naturschutzbehörde hat in ihrer Stellungnahme vom 10.2.2012 auf Schwarzstorch- und Baumfalken-Brutvorkommen im ***** Forst in Entfernungen von 4,5 bis 8,5 km hingewiesen und den Beigeladenen um Überarbeitung der saP auf Basis des zwischenzeitlich vorliegenden Windkrafterlasses vom 20.12.2011 gebeten. Die nachfolgend überarbeitete saP kommt unter Annahme des Horstplatzes im ***** Forst zu dem Ergebnis, dass trotz dieses Vorkommens im weiteren Prüfbereich gem. Anlage 2 des WKE 2011 nicht von einem erhöhten Tötungsrisiko im Sinne des § 44 BNatSchG auszugehen ist und hat hierbei insbesondere berücksichtigt, dass sich in der Nähe der Windkraftanlagen kein für den Schwarzstorch geeignetes Nahrungshabitat befindet, sondern insoweit vor allem die Bachtäler und Feuchtwälder des ***** und des ***** Baches südlich der BAB 6 in Betracht kommen. Eine Überquerung der BAB 6 in Richtung Norden zu weiter entfernten Nahrungshabitaten sei relativ unwahrscheinlich.

Die untere Naturschutzbehörde teilt diese Einschätzung (Stellungnahmen vom 14.6.2013 und vom 12.2.2016). Dies ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zu beanstanden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei der Prognose, ob die Errichtung von Windkraftanlagen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für eine besonders geschützte Tierart nach sich ziehen wird, so dass der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1

Nr. 1 BNatSchG eingreift, und bei der Entscheidung, wie eine artenschutzrechtliche Prüfung, die der Ermittlung eines solchen Genehmigungshindernisses dient, im Einzelnen durchzuführen ist, der öffentlichen Verwaltung ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. z.B. BayVGH v. 17.2.2016 – 22 CS 15.2562 unter Verweis auf BVerwG, U.v. 9.7.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 Rn. 64 – 67). Von dieser Einschätzungsprärogative hat das Landratsamt in Anlehnung an den Windkrafteerlass Bayern Gebrauch gemacht. Derartige naturschutzfachliche Einschätzungen sind von den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinzunehmen, sofern sie im konkreten Einzelfall vertretbar sind und sie nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden (BVerwG, U.v. 9.7.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 Rn. 65). Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich in solchen Fällen darauf, ob die rechtlichen Grenzen des behördlichen Einschätzungsspielraums gewahrt sind (BVerwG, U.v. 9.7.2008 a.a.O. Rn. 67).

Dass die Annahmen nicht plausibel sind, ergibt sich nicht. Für die Richtigkeit spricht vielmehr auch der Umstand, dass unmittelbar westlich der Anlagen im Nachbarlandkreis entsprechende Windkraftanlagen genehmigt werden konnten und die Anlagen auf intensiv landwirtschaftlich genutzten Flächen nahe der Autobahn errichtet werden sollen. Es wurde vom Antragsteller auch nicht näher dargelegt, inwieweit Vorgaben des Windkrafteerlasses nicht eingehalten wären, nachdem insbesondere für ein tatsächliches Vorkommen des Schwarzstorches im engeren Prüfbereich keine konkreten Anhaltspunkte benannt wurden. Zwar ist nach dem Windkrafteerlass auch bei Vorkommen im weiteren Prüfbereich eine nähere Betrachtung erforderlich. Es muss jeweils orts- und vorhaben-spezifisch entschieden werden, ob das Tötungsrisiko im Prüfbereich signifikant erhöht ist. Dazu muss plausibel dargelegt werden, ob es im Bereich der geplanten Anlagen zu höheren Aufenthaltswahrscheinlichkeiten kommt oder der Nahbereich der Anlagen, z.B. bei Nahrungsflügen, signifikant häufiger überflogen wird (vgl. S. 42 WKE 2011). Dem ist die untere Naturschutzbehörde durch die Nachforderung einer näheren Betrachtung in der saP im Hinblick auf den Schwarzstorch nachgekommen und hält die zuletzt vorgelegte saP insgesamt aufgrund der vorhandenen Verbreitungsdaten sowie von Potenzialabschätzungen und worst-case-Annahmen ausreichend für die Einschätzung, dass Verbotstatbestände hinsichtlich der relevanten Arten nach Anlagen 2 – 4 des WKE nicht zu erwarten ist. Dies ist nach dem Vorstehenden nicht zu beanstanden.

- (3) Dem Vorhaben stehen auch Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB im Hinblick auf die Schallbelastung der Ortsteile ***** und ***** nicht entgegen. In Ziffer 3.2.1 der Nebenbestimmungen des angefochtenen Bescheids sind zahlreiche Nebenbe-

stimmungen zum Lärmschutz im Bescheid aufgenommen, insbesondere in Ziffer 3.2.1.5 höchstzulässige Beurteilungspegel an den maßgeblichen Immissionsorten in **** und **** festgelegt. Die angeordneten Nebenbestimmungen gehen zurück auf das im Verfahren vorgelegte schalltechnische Gutachten des Ing.Büros ****, zuletzt in der Fassung vom 26.11.2015. Der Umweltschutzingenieur des Antragsgegners hält die Ergebnisse des Gutachtens für nachvollziehbar und kommt auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis, dass nach der TA Lärm an den maßgeblichen Immissionsorten keine schädlichen Umwelteinwirkungen durch die streitgegenständlichen Windkraftanlagen zu erwarten sind, wenn die WKA 2 in dem Zeitraum von 4.00 Uhr bis 6.00 Uhr derart schallreduziert betrieben wird, dass der vom Gutachter berücksichtigte Schallleistungspegel in Höhe von 98,5 dB(A) in dieser Zeit nicht überschritten wird. Eine entsprechende Auflage findet sich Ziffer 3.2.1.4 i.V.m. den in der Tabelle unter Ziffer 3.1 festgelegten Anlagedaten bzw. Schallleistungspegel.

Durchgreifende Einwände gegen diese fachlichen Stellungnahmen wurden nicht vorgebracht. Der Einwand, an nahezu sämtlichen Immissionsorten seien aufgrund der Vorbelastung die möglichen Kontingente ganz oder nahezu ganz ausgeschöpft, ist nicht nachvollziehbar. Es ergibt sich auch nicht und wird nur pauschal behauptet, dass Vorbelastungen unzureichend berücksichtigt worden seien. Das Gutachten kommt vielmehr zu dem Ergebnis, dass auch unter Berücksichtigung der Vorbelastung jedenfalls bei einem reduzierten Betrieb der WKA 2 in der Zeit zwischen 4.00 Uhr und 6.00 Uhr die einschlägigen Immissionsrichtwerte an den jeweiligen Immissionsorten eingehalten werden können. Diese Beschränkung ist aufgrund von Vorbelastungen am Immissionsort 3 durch in dieser Zeit abfahrende LKWs eines Unternehmens erforderlich. Der Bescheid berücksichtigt daher gerade die bestehenden Vorbelastungen in der bisherigen Form. Auch die Behauptung, ein benachbartes Unternehmen müsse den LKW-Betrieb einstellen, ist demnach nicht nachvollziehbar. Die Einschränkung des ansässigen Betriebs im Hinblick auf die LKW-Anfahrten vor 6.00 Uhr wäre nach dem Gutachten vielmehr Voraussetzung, um auf den reduzierten Betrieb der WKA 2 in der Zeit von 4.00 Uhr bis 6.00 Uhr zu verzichten. Dies ist aber gerade nicht Bescheidsgegenstand. Der vom Antragsteller angesprochene verminderte Referenzertrag durch den reduzierten Betrieb ist ebenso pauschal behauptet und nicht entscheidungserheblich.

- b) Die Klage hat voraussichtlich auch im Hinblick auf die gerügte Fehlerhaftigkeit der allgemeinen UVP-Vorprüfung keine ausreichende Aussicht auf Erfolg, wenn man zugunsten des Antragstellers unterstellt, dass er sich als Standortgemeinde überhaupt auf UVP-Recht berufen kann. Denn wie ausgeführt unterliegt das streitgegenständliche Vorhaben der Errichtung von zwei Windkraftanlagen schon gar nicht der allgemeinen oder

standortbezogenen UVP-Vorprüfungspflicht (vgl. Nrn. 1.6.2 bzw. 1.6.3 der Anlage 1 zum UVPG), nachdem die Voraussetzungen für die Annahme nachträglich kumulierender Vorhaben nicht gegeben sind.

Zum anderen bestehen aber auch keine durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf eine Fehlerhaftigkeit der von Seiten des Antragsgegners durchgeführten allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalles nach § 3 c Satz 1 UVPG. Demnach ist für ein Vorhaben, welches einer (hier unterstellten) allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalles unterliegt, eine Umweltverträglichkeitsprüfung nur durchzuführen, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 zum UVPG aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären. Im Rahmen dieser Beurteilung kommt der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu; die gerichtliche Kontrolle ist insoweit grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt (vgl. BVerwG v. 27.06.2013, Az. 4 C 1/12; v. 02.03.2008, Az. 9 A 3/06). Der insoweit vom Antragsgegner vorgenommenen Einschätzung, die in Ziffer 5 der Gründe des Genehmigungsbescheids dokumentiert ist, lag die Unterlage des Landschaftsarchitekten ***** vom 8.9.2015 sowie die im Verfahren vorgelegten Gutachten und die Äußerungen der Fachstellen (z.B. UNB vom 12.2.2016, wonach mit der Unterlage vom 8.9.2015 zur UVP-Vorprüfung Einverständnis besteht; immissionsschutzfachliche Stellungnahme vom 15.12.2015, wonach keine schädlichen Umwelteinwirkungen zu erwarten sind) zugrunde. Anhaltspunkte dafür, dass der Beurteilungsspielraum vorliegend seitens des Landratsamtes überschritten wurde, sind nicht ersichtlich.

- c) Es werden schließlich auch Rechte des Antragstellers aus Art. 6 BayBO im Hinblick auf die Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen nicht verletzt. Nach den Antragsunterlagen (Lagepläne Bl. 59, 60 des Ordners 2/2 - Antrag) ist der Antragsteller Eigentümer von Grundstücken (Wegeflächen) im Bereich der bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen gem. Art. 6 Abs. 5 Satz 1 BayBO. Der Antragsgegner hat insoweit aber in Ziffer 1.2 des Bescheids Abweichungen nach Art. 63 Abs. 1 BayBO durch Reduzierung der Abstandsflächen auf jeweils 80 m zugelassen und insoweit die Ermessensentscheidung in Ziffer 3.3 der Bescheidsgründe unter Hinweis auf die Rechtsprechung (BayVGH v. 28.7.2009 – 22 BV 08.3427) und die ministeriellen Hinweise dargelegt. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

Insgesamt ist nach alledem festzustellen, dass die Klage des Antragstellers aller Voraussicht nach erfolglos bleiben wird. Es ist daher sachgerecht, den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzulehnen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Es entsprach der Billigkeit, die Kosten der Beigeladenen, die unter Eingehung eines Kostenrisikos (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO) einen eigenen Antrag zur Sache gestellt hat, gemäß § 162 Abs. 3 VwGO für erstattungsfähig zu erklären.

Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus §§ 52, 53 Gerichtskostengesetz.

Rechtsmittelbelehrung

(1) Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die Beschwerde an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu. Die **Beschwerde** ist innerhalb von **zwei Wochen** nach Bekanntgabe der Entscheidung **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** einzulegen (Hausanschrift: Haidplatz 1, 93047 Regensburg; Postfachanschrift: Postfach 110165, 93014 Regensburg). Die Frist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeht (Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 340148, 80098 München).

Die Beschwerde ist **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe der Entscheidung **zu begründen**. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, **beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof** einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander setzen. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

Allen Schriftsätzen sollen jeweils 4 Abschriften beigelegt werden.

Hinweis auf Vertretungszwang: Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich alle Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt bereits für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird, die aber noch beim Verwaltungsgericht vorgenommen werden. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder die anderen in § 67 Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO sowie in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich auch durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; Einzelheiten ergeben sich aus § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO.

(2) **Streitwertbeschwerde:** Gegen die Festsetzung des Streitwerts steht den Beteiligten die **Beschwerde** an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,- EUR übersteigt, oder wenn die Beschwerde zugelassen wurde.

Die Beschwerde ist innerhalb von **sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** (Hausanschrift: Haidplatz 1, 93047 Regensburg; Postfachanschrift: Postfach 110165, 93014 Regensburg) einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Allen Schriftsätzen sollen jeweils 4 Abschriften beigelegt werden.

Mages
Präsident

Straubmeier
Richter am Ver-
waltungsgericht

Dr. Motsch
Richter am Ver-
waltungsgericht