



**Niedersächsisches  
Oberverwaltungsgericht  
Beschluss**

**12 MS 89/22**

In der Verwaltungsrechtssache

1. Frau Michaela Hackmann
2. Herr Dirk Hackmann  
Bakumer Straße 140 a, 49393 Lohne (Oldenburg)

– Antragsteller –

Prozessbevollmächtigter:  
zu 1-2: Rechtsanwalt Bosack, Blaufeldener Straße 8, 74575 Schrozberg

gegen

Landkreis Vechta, vertreten durch den Landrat, Ravensberger Straße 20  
49377 Vechta

– Antragsgegner –

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Baumeister und andere, Königsstraße 51-53, 48143 Münster - 1296/22-

beigeladen:  
Windpark Krimpenfort GmbH & Co. KG, vertreten durch die Windpark Krimpenfort Ver-  
waltungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer, Krimpenforter Straße 10 A,  
49393 Lohne (Oldenburg)

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Berghaus und andere, Julianenburger Straße 31, 26603 Aurich -  
524/22/Br/Cr -

wegen immissionsschutzrechtlicher Genehmigung (Nachbarklage)  
- vorläufiger Rechtsschutz -

hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht - 12. Senat - am 8. August 2022 beschlossen:

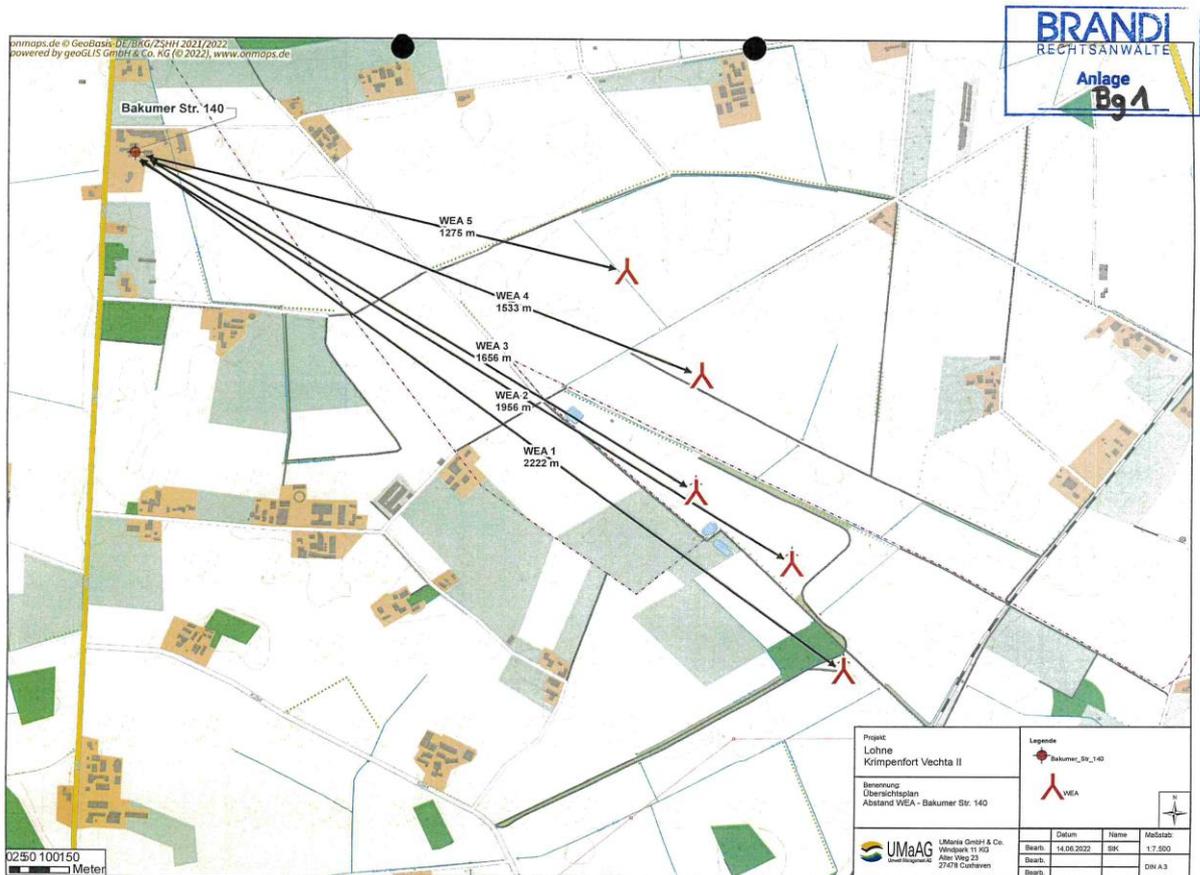
Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller vom 15. September 2021 i. d. F. vom 10. Februar 2022 gegen die Genehmigung des Antragsgegners vom 29. Juli 2021 i. d. F. vom 2. Februar 2022 wird wiederhergestellt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens; die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

Der Streitwert wird für das Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes auf 7.500 EUR festgesetzt.

## I.

Die Antragsteller wenden sich gegen eine erneut für sofort vollziehbar erklärte immissionsschutzrechtliche Genehmigung des Antragsgegners zur Errichtung und für den Betrieb einer Windenergieanlage (= WEA, 5) mit einer Gesamthöhe von 199,8 m und einer Nennleistung von bis zu 5 MW im Gebiet des Antragsgegners. Die Anlage soll im Bereich eines von der Stadt Vechta geplanten bzw. bereits dargestellten Sondergebiets „Windenergie“ - Vechtaer Mark - verwirklicht werden, das im Einvernehmen mit der Stadt Lohne an ein südlich in deren Gebiet gelegenes entsprechendes Sondergebiet anschließt, in dem bereits drei WEA (1 -3) verwirklicht sind. Südöstlich der hier umstrittenen WEA 5 ist (zeitlich vorrangig) eine weitere WEA (4) geplant, die von den Antragstellern im Parallelverfahren mit dem Aktenzeichen 12 MS 88/22 angegriffen wird. Die Antragsteller wohnen – nach den Angaben des Antragsgegners – in einer Entfernung von 1.264 m zur WEA 5; wegen der Einzelheiten wird auf die folgende Karte verwiesen:



Unter dem Aktenzeichen 12 MS 144/21 wandten sich die Antragsteller erstmals gerichtlich gegen den Sofortvollzug der ihnen zunächst nicht bekanntgegebenen Genehmigung in der Ausgangsfassung vom 29. Juli 2021. Nach I. (II.) schließt die Ausgangsgenehmigung eine Befreiung von dem „Bauverbot“ der – nach Aktenlage bereits im Jahr 1958, also noch unter Geltung des Reichsnaturschutzgesetzes erlassenen (= altrechtlichen) – LSG-Verordnung Nr. 93 „Waldbestand des Gutes Daren“ ein. Eine nähere Begründung für die Befreiung findet sich unter der „Nebenbestimmung IV. 42“ dieser Ausgangsgenehmigung. Danach sei die Befreiung für eine Zuwegung von der Kreisstraße Bokerner Damm zum Anlagenstandort erforderlich. „Nach eingehender Prüfung ... überwiegt ... das Interesse am Ziel des Ausbaus der Windenergie gegenüber sonstigen Interessen.“

Unter dem 29. September 2021 teilte der Antragsgegner im gerichtlichen Verfahren mit:

Wie die Antragstellerseite zutreffend in ihrem Antrag vom 16.09.2021 festgestellt hat, wurde ihr eine Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage zu Gunsten der Beigeladenen weder zugestellt, noch öffentlich bekannt gemacht.

Eine Bekanntmachung soll auch in absehbarer Zeit, zumindest aber solange nicht erfolgen, bis ein Verfahrensfehler nachgebessert worden ist. Der Verfahrensfehler ist aus einem Parallelverfahren bekannt geworden.

Die hier streitgegenständliche Windenergieanlage ist die 5. Windenergieanlage in unmittelbarer Nähe zu 4 weiteren anderen Windenergieanlagen, wobei 3 bereits rechtskräftig genehmigt sind und eine sich noch im Widerspruchsverfahren befindet.

Eine Bekanntgabe und somit eine wissentliche und willentliche Ausnutzung der Genehmigung wird solange nicht erfolgen, bis dieser Verfahrensmangel behoben ist.

Nach richterlichem Hinweis, dass – bei erfolgter Bekanntgabe gegenüber der Beigeladenen – allein durch die fehlende Bekanntgabe der Genehmigung den Antragstellern gegenüber das Rechtsschutzbedürfnis für ihren Antrag nicht entfalle, setzte der Antragsgegner am 14. Oktober 2021 die sofortige Vollziehung der Genehmigung vom 29. Juli 2021 aus. Zur Begründung verwies er darauf, dass nach dem richterlichen Hinweis im Parallelverfahren (12 MS 89/21) die Begründung für die standortbezogene Vorprüfung nicht nachvollziehbar sei; dies solle in einem ergänzenden Verfahren nachgeholt werden. Danach könne die sofortige Vollziehung ggf. wieder angeordnet werden. Daraufhin wurde das gerichtliche Verfahren für erledigt erklärt. Nach Aktenlage erfolgte die öffentliche Bekanntgabe der Genehmigung vom 29. Juli 2021 erst im Laufe des Februar 2022.

Auf den gesonderten Widerspruch der Beigeladenen als Vorhabenträgerin erließ der Antragsgegner unter dem 2. Februar 2022 einen sog. (Teil-)Abhilfebescheid. Darin wurde u. a. die Begründung für die o. a. Nebenbestimmung IV. 42 „ergänzt“. Zuvor war unter dem 1. Februar 2022 erneut eine standortbezogene Vorprüfung (auf 60 Seiten) erfolgt, die unverändert – auch bezogen auf den Eingriff in das Landschaftsschutzgebiet – eine erhebliche nachteilige Umweltauswirkung verneinte. Diese Prüfung war zusammen mit einem Entwurf des Bescheides vom 2. Februar 2022 zuvor dem Bevollmächtigten der Beigeladenen mit der Bitte „um Durchsicht und Rückmeldung“ übersandt worden. In der Annahme, durch die „neu durchgeführte UVP-Vorprüfung mit Ergänzung in der Baugenehmigung“ sei der zuvor bestehende Mangel „geheilt“ worden, wurde die sofortige Vollziehung dieses Bescheides erneut angeordnet. Eine Kopie des Bescheides vom 2. Februar 2022 wurde den Antragstellern am 8. Februar 2022 bekannt gegeben.

In dem sich anschließenden zweiten von den Antragstellern eingeleiteten Verfahren nach §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO (12 MS 63/22) erklärte der Antragsgegner, dass er

„die in dem Änderungsbescheid vom 02.02.2022 zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Beigeladenen vom 29.07.2021 wieder angeordnete[n] sofortige[n] Vollziehbarkeit gem. § 80 Abs. 4 VwGO aussetzt. Zwar wurde die Baustelle der Beigeladenen wegen begonnener abweichenden Bebauung im Rahmen einer Ortsbesichtigung am 13.05.2022 bereits stillgelegt. Da die schriftliche Bestätigung meiner Baubehörde aber noch aussteht, erfolgt eine eindeutige Aussetzung der Vollziehbarkeit mit diesem Schreiben. Ich habe am gestrigen Tage die in dieser Angelegenheit beauftragte Anwaltskanzlei angeschrieben und ihr mitgeteilt, dass der Antragsgegner die sofortige Vollziehbarkeit der erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 29.07.2021 in Gestalt des Änderungsbescheides vom 02.02.2022, erst wieder anordnen wird, wenn auch der in diesem Verfahren vom Oberverwaltungsgericht gerügte Verfahrensfehler, der nach wie vor fehlenden Umweltverträglichkeitsprüfung, nachgeholt wird.“

Das Verfahren 12 MS 63/22 wurde daraufhin ebenfalls in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Am 28. Juni 2022 zeigte die Beigeladene nach § 15 BImSchG eine geänderte Linienführung der Zuwegung an. Dazu wurde unter dem 30. Juni 2022 von der Sachbearbeiterin des Antragsgegners ein Vermerk verfasst. Da „insgesamt 421 qm weniger Fläche geschottert und 265 qm weniger Wald im LSG beeinträchtigt“ würden, seien „keine erheblichen Umweltauswirkungen zu erkennen“. Vielmehr handele es sich um eine „Besserstellung zum genehmigten Zustand“. Es sei gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 BImSchG keine Änderung der Genehmigung erforderlich; wegen der Einzelheiten wird auf den Vermerk Bezug genommen.

Ohne vorherige Beteiligung und Anhörung der Antragsteller ordnete der Antragsgegner am 5. Juli 2022 dann wieder die sofortige Vollziehung an und gab dieses Schreiben der Beigeladenen, nicht aber den Antragstellern bekannt. Sie wurden vielmehr mit gesondertem Schreiben vom 7. Juli 2022, zugegangen am 11. Juli 2022, nur darüber informiert, dass die Abweichungen in der Bauweise nach Prüfung als unwesentlich eingestuft worden seien und deshalb die sofortige Vollziehung wieder angeordnet worden sei.

Am 13. Juli 2022 haben die Antragsteller den vorliegenden neuen, dritten Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gestellt, denen der Antragsgegner und die Beigeladene, die keinen eigenen Antrag stellt, entgegentreten.

## II.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller nach §§ 80a Abs. 1 und 3, 80 Abs. 5 VwGO ist zulässig (1) und begründet (2).

1. Da der Antragsgegner erneut die sofortige Vollziehung der Genehmigung angeordnet und über den Widerspruch der Antragsteller noch nicht entschieden hat, begehren die Antragsteller zutreffend die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs. Da der Antragsgegner trotz der abweichenden Verwirklichung der Zuwegungen keine Änderung der Genehmigung vom 29. Juli 2021 i. d. F. vom 2. Februar 2022 für erforderlich erachtet, richtet sich der Antrag zu Recht gegen diese Genehmigung zuletzt i. d. F. vom 2. Februar 2022.

Die Antragsteller sind auch antragsbefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO entsprechend).

Wird – wie hier – von einem Drittbetroffenen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung angegriffen, so ist er (u. a.) antragsbefugt, wenn er im Einwirkungsbereich der genehmigten Anlage wohnt (vgl. Senatsbeschl. v. 11.3.2019 -12 ME 105/18 -, juris, Rn. 24; Senatsurt. v. 24.10.2019 - 12 KS 127/17 -, juris, Rn. 139 f., jeweils m. w. N.). Dieser Einwirkungsbereich ist in untergesetzlichen Regelwerken teilweise ausdrücklich normiert, so etwa in Nr. 2.2 TA Lärm bzw. in Nr. 4.6.2.5 TA Luft unter „Beurteilungsgebiet“, das sich aufgrund seiner Funktion mit dem Einwirkungsgebiet deckt (Thiel, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand Dezember 2021, § 3 BImSchG, Rn. 28; Storr, in: Ule/Laubinger/Repkewitz, BImSchG, 242. Lieferung, Juni 2022, § 6 BImSchG, F 7; jeweils m. w. N.). Fehlt eine solche Regelung für eine Immissionsart, so ist entsprechend der allgemeinen Definition des Einwirkungsbereichs (vgl. Thiel, a. a. O., Rn. 26) auf denjenigen räumlichen Bereich abzustellen, in dem die Emissionen der Anlage noch einen relevanten, d. h. individualisierbaren Immissionsbeitrag liefern, ohne dass dieser dauerhaft sein muss. Bezogen auf den – als Immission i. S. d. BImSchG einzuordnenden (vgl. Jarass, BImSchG, 13. Aufl., § 3, Rn. 12, m. w. N.) – von sich drehenden Rotoren der WEA potenziell ausgehenden Schattenwurf liegen also diejenigen Grundstücke im Einwirkungsbereich, in denen ein solcher Schlagschatten wahrnehmbar auftreten kann. Ob dies der Fall ist, kann wiederum nicht stets gerichtlich selbst, sondern ggf. nur aufgrund vorliegender Gutachten beurteilt werden. Steht deren Richtigkeit nicht fest oder beziehen sie sich nicht ausdrücklich auf das Grundstück der Antragsteller, so ist dies im Rahmen der Zulässigkeit angemessen zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.9.2018 - 7 C 24/16 -, juris, Rn. 21). Eine gerichtliche Beweisaufnahme hierzu findet grundsätzlich – zumal im Eilverfahren – nicht statt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.7.2014 - 3 B 70/13 -, juris). Im Zweifelsfall ist vielmehr die Antragsbefugnis zu bejahen.

Hieran gemessen sind die Antragsteller jedenfalls wegen des von der WEA 5 ausgehenden Schattenwurfs antragsbefugt. Denn nach dem im Genehmigungsverfahren vor-

gelegten Gutachten vom 22. September 2020 ist ihr Wohngrundstück bei der angezeigten Betrachtungsweise vom Schlagschatten der WEA 5 betroffen (vgl. nachfolgende Karte aus diesem Gutachten); nach der ergänzenden Stellungnahme vom 1. August 2022 beträgt die insoweit maximal von der WEA 5 ausgehende Schattendauer 10,50 Stunden im Jahr. Für die Bejahung der Antragsbefugnis ist hingegen nicht erforderlich, dass insoweit weitergehend die für die Genehmigung maßgeblichen Richtwerte erreicht oder ohne Schutzvorkehrungen überschritten werden.

**Berechnung: Schattenwurfausbreitung Zusatzbelastung**



Dass die Antragsteller nach dem Vorbringen der Beigeladenen gegen einen höheren Betrag ggf. ihren Widerspruch zurücknehmen würden, führt nicht zur Unzulässigkeit des vorliegenden Antrages.

2. Der Antrag nach §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO ist auch begründet, weil die Anordnung der sofortigen Vollziehung schon nicht den formellen Anforderungen des §§ 80a Abs. 1 Nr. 1 (entsprechend), 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO genügt (a) und zudem wegen der – von den antragsbefugten Antragstellern rügefähigen – mutmaßlichen Rechtswidrigkeit der (erforderlichen) standortbezogenen Vorprüfung das Aussetzungsinteresse der Antragsteller das gegenläufige Interesse der Beigeladenen auch inhaltlich überwiegt (b).

Die formellen und materiellen Voraussetzungen für die – hier in entsprechender Anwendung von § 80a Abs. 1 Nr. 1 VwGO erfolgte – Wiederanordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsaktes mit sog. Doppel- oder Drittwirkung sind nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt.

a) Die Regelungen aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz sind insoweit nicht unmittelbar anwendbar, weil es sich bei der Anordnung nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um einen eigenständigen verfahrensrechtlichen Annex zu dem Verwaltungsakt handelt (vgl. nur Kopp/Schenke, VwGO, 27. Aufl., § 80, Rn. 78, m. w. N.)

aa) Hieran anknüpfend wird grundsätzlich auch eine Pflicht zur vorherigen Anhörung gemäß oder entsprechend § 28 VwVfG verneint.

Von dieser fehlenden Bindung an die einfach-rechtlichen Vorgaben des VwVfG bleiben allerdings die verfassungsunmittelbaren Verfahrensgarantien unberührt, zu denen u. a. das Gebot eines fairen Verfahrens zählt und aus dem sich ein Recht zur Anhörung ergeben kann. Ein solches ist daher jedenfalls zu bejahen, wenn ein Betroffener nicht (mehr oder jetzt) mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung rechnen muss (vgl. Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser, u. a., VwGO, 8. Aufl., § 80, Rn. 58; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 42. EL Februar 2022, VwGO, § 80, Rn. 259 zum Verbot von „Überraschungsentscheidungen“; weitergehend Schenke, a. a. O., Rn. 82, Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl., Rn. 732, m. w. N.). Ob dies bereits bei jeder erneuten Anordnung der Fall ist (vgl. Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl., § 80, Rn. 53), kann hier offen bleiben. Denn jedenfalls nach der o. a. ausdrücklichen Ankündigung des Antragsgegners, dass er

„die sofortige Vollziehbarkeit der erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 29.07.2021 in Gestalt des Änderungsbescheides vom 02.02.2022, erst wieder anordnen wird, wenn auch der in diesem Verfahren vom Oberverwaltungsgericht gerügte Verfahrensfehler, der nach wie vor fehlenden Umweltverträglichkeitsprüfung, nachgeholt wird.“

mussten die Antragsteller nicht damit rechnen, dass eine solche – nunmehr inhaltlich dritte – Anordnung ohne ihre vorherige Anhörung und Durchführung einer solchen Umweltverträglichkeitsprüfung erfolgen würde. Sie hätten also vorher zumindest dazu angehört werden müssen, was zu Unrecht unterblieben ist.

Ob und wie eine Nachholung dieses Verfahrensschrittes möglich ist, kann offen bleiben. In dem bloßen Austausch von Schriftsätzen in diesem Verfahren bei Fortdauer des angegriffenen Sofortvollzugs liegt sie jedenfalls nicht (vgl. BVerwG, Urt. v.

22.2.2022 - 4 A 7/20 -, juris, Rn. 25, m. w. N.), im Übrigen hat der Antragsgegner keine entsprechenden Maßnahmen unternommen.

bb) Zudem hätte die Anordnung vom 5. Juli 2022 auch den Antragstellern als drittbeeinträchtigten Widerspruchsführern förmlich bekanntgegeben werden müssen (vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl., § 80, Rn. 80). Auf dieses Erfordernis ist der Antragsgegner bereits in dem ersten vorangegangenen Parallelverfahren (12 MS 89/21) mit gerichtlicher Verfügung vom 10. August 2021 ausdrücklich hingewiesen worden. Auch eine solche Bekanntgabe ist jedoch – offenbar bewusst – unterblieben, indem die Antragsteller mit zeitlichem Verzug am 11. Juli 2022 lediglich über das Ergebnis in Kenntnis gesetzt worden sind. Die Möglichkeit der (erstmaligen) Kenntnisnahme von der am 5. Juli 2022 erfolgten Anordnung im gerichtlichen Verfahren ersetzt die gegenüber den Antragstellern mangels entsprechenden Bekanntgabewillens fehlende Bekanntgabe nicht (vgl. zu § 41 VwVfG: Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl., § 41, Rn.7a).

cc) Unabhängig von der Frage, ob es sich insoweit um einen formellen oder einen materiellen Mangel der Anordnung der sofortigen Vollziehung handelt, wird schließlich noch darauf hingewiesen, dass die dieser Anordnung offenbar zugrundeliegende Annahme unzutreffend ist, die für sofort vollziehbar erklärte Genehmigung i. d. F. vom 2. Februar 2022 erstrecke sich auch auf die geänderte Erschließung. Denn (solche) Erschließungsanlagen sind bereits grundsätzlich nicht von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG (vgl. Agatz, Windenergiehandbuch, Stand: Dezember 2021, S. 11; Hess. VGH, Beschl. v. 27.1.2022 - 3 B 1209/21 -, juris, Rn. 30 f.; Lange, in: Appel/Ohms/Saurer, BImSchG, § 13 BImSchG, Rn. 21, m. w. N; Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 97. EL Dezember 2021, § 13 BImSchG, Rn. 72 ff.) umfasst, und damit erst recht nicht von der Wirkung einer Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG; vielmehr bedarf es insoweit (je nach Umfang der Erschließungsanlagen) grundsätzlich einer gesonderten, hier aber nach Aktenlage fehlenden Baugenehmigung. Dies gilt insbesondere für die „Verlegung der Zuwegung auf den [bzw. im Bereich des] südlichen Teil der Straße Linnenkamp“ und damit in einen Bereich, der von der Stadt Vechta als anderweitige Kompensationsfläche genutzt wird.

b) Zu den materiellen Voraussetzungen an die Anordnung einer sofortigen Vollziehung nach vorheriger behördlicher Aussetzung hat das Bundesverwaltungsgericht (Beschl. v. 17.9.2001 - 4 VR 19/01 -, juris, Rn. 7) ausgeführt:

„Durch eine Aussetzung der Vollziehung erlegt sich die Behörde keine Bindungen auf, die es ihr für die Zukunft erschweren, die Möglichkeiten auszuschöpfen, die ihr der Gesetzgeber mit dem Wegfall der aufschiebenden Wirkung zubilligt. Freilich

wirkt die Aussetzung nach § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO, vorbehaltlich einer Befristung, grundsätzlich bis zu dem Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsaktes oder dem in § 80 b VwGO bestimmten Zeitpunkt. Die zuständige Behörde kann indes, soweit keine anderweitigen rechtlichen Bindungen bestehen, die Aussetzungsentscheidung ändern oder aufheben. Allerdings findet sich in § 80 Abs. 4 VwGO keine dem § 80 Abs. 7 Satz 1 VwGO entsprechende Regelung. Das bedeutet aber allenfalls, dass die Aussetzungsentscheidung nicht im Sinne dieser Vorschrift jederzeit geändert oder aufgehoben werden darf. Zu einer Neuurteilung berechtigen indes alle mal veränderte Umstände. Eine neue Sachlage, die die Behörde zum Anlass für eine Änderung oder eine Aufhebung der Aussetzung nehmen darf, ist jedenfalls auch dann gegeben, wenn das tatsächliche oder rechtliche Hindernis wegfällt, das im Zeitpunkt der Entscheidung einer sofortigen Vollziehung im Wege stand.“

aa) Legt man die letztgenannte Voraussetzung zugrunde, so ist schon zweifelhaft, ob der Antragsgegner überhaupt zu einer erneuten Anordnung berechtigt war.

Denn nach den eigenen Ausführungen in dem o. a. Schriftsatz aus dem vorangegangenen Verfahren 12 MS 63/22 hat der Antragsgegner den richterlichen Hinweisen im Parallelverfahren folgend das maßgebende Hindernis in der fehlenden Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung gesehen. Dieses Hindernis besteht aber fort.

bb) Selbst wenn man jedoch veränderte Umstände nicht für erforderlich erachtet bzw. annimmt, der Antragsgegner habe seine Ansicht zu dem maßgebenden Hindernis ändern und weiter annehmen dürfen, jedenfalls seine geänderte Vorprüfung sei ausreichend, so reicht die materielle Befugnis zur Erneuerung der Anordnung jedenfalls aber nicht weiter als bei einer erstmaligen Anordnung, darf also insbesondere dann nicht erfolgen, wenn der angegriffene Verwaltungsakt voraussichtlich an von dem Widerspruchsführer rügefähigen Mängeln leidet, die zur fehlenden Vollzugsfähigkeit des Verwaltungsakts führen (vgl. Schenke, a. a. O., Rn. 101). Dies ist hier jedoch wegen der erforderlichen standortbezogenen Vorprüfung der Fall, deren Ergebnis unverändert i. S. d. § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG nicht „nachvollziehbar“ ist (vgl. Senatsbeschl. v. 21.12.2020 - 12 ME 140/20 -, juris, Rn. 35 sowie BVerwG, Urt. v. 27.9.2018 - 7 C 24/16 -, juris, Rn. 37, zu den Folgen einer fehlerhaften Vorprüfung).

Die in Rede stehende WEA 5 bildet mit den südöstlich gelegenen WEA 1 bis 4 eine Windfarm i. S. d. § 2 Abs. 5 UVPG. Ihre Einwirkungsbereiche (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.4.2020 - 4 B 39/19 -, juris, Rn. 16) überschneiden sich, und zwischen ihnen besteht auch ein funktionaler Zusammenhang, da sich die drei ersten WEA in einer Konzentrationszone der Stadt Lohne (65. Änderung ihres Flächennutzungsplans aus dem Jahr 2016) befinden und die WEA 4 und 5 in einem (entsprechenden) Gebiet der Stadt Vechta liegen, das unmittelbar angrenzend bewusst im Einvernehmen mit der Stadt Lohne grenzüberschreitend als Ergänzung dargestellt bzw. zumindest geplant ist.

Für eine solche Windfarm mit mindestens drei (bis höchstens) sechs WEA ist entweder nach Nr. 1.6.3 der Anlage 1 zum UVPG unmittelbar oder hier i. V. m. § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 UVPG eine standortbezogene Vorprüfung nach § 7 UVPG durchzuführen.

Nach § 7 Abs. 2 Satz 2 UVPG wird die standortbezogene Vorprüfung als überschlägige Prüfung in zwei Stufen durchgeführt. In der ersten Stufe prüft die zuständige Behörde nach Satz 3 dieser Norm nur, ob bei dem Neuvorhaben besondere örtliche Gegebenheiten gemäß den in Anlage 3 Nummer 2.3 aufgeführten Schutzkriterien vorliegen. Bejahendenfalls prüft die Behörde nach Satz 5 dieser Norm auf der zweiten Stufe unter Berücksichtigung der in Anlage 3 aufgeführten Kriterien, ob das Neuvorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die die besondere Empfindlichkeit oder die Schutzziele des Gebietes betreffen und nach § 25 Absatz 2 bei der Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen wären. Auch in diesem sog. zweiten Prüfungsschritt einer standortbezogenen Vorprüfung sind damit gerade nicht alle vorhabenbedingten Umweltauswirkungen zu würdigen, sondern nur solche bezogen auf die in Nr. 2.3 der Anlage 2 zum UVPG a. F. (bzw. der Anlage 3 zum UVPG n. F.) bezeichneten besonders geschützten Gebiete (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.9.2019 - 7 C 5/18 -, juris, Rn. 30 ff.). Das ist nunmehr vom Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 Satz 5 UVPG (n. F.) klarstellt worden (vgl. BT-Drs. 18/11499, S. 78 f.; Tepperwien in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG, UmwRG, § 7 UVPG, Rn. 2). Nach § 7 Abs. 7 UVPG sind die Durchführung und das Ergebnis (auch) der standortbezogenen Vorprüfung zu dokumentieren.

Hieran gemessen ist das Ergebnis der vom Antragsgegner durchgeführten standortbezogenen Vorprüfung mutmaßlich nicht „nachvollziehbar“.

Ausführlich dokumentiert (und am 7. Februar 2022 bekannt gegeben) worden ist die unter dem 1. Februar 2022 erfolgte sog. Wiederholung der standortbezogenen Vorprüfung. Nach der Begründung zu der Anordnung vom 5. Juli 2022 sollen die nachträglichen Änderungen der Zuwegungen keine „Anpassung der standortbezogenen Vorprüfung“ erfordern. Danach ist für die gerichtliche Prüfung die Vorprüfung vom 1. Februar 2022 maßgebend. Geht man zugunsten des Antragsgegners (und der Beigeladenen) davon aus, dass das Vorhaben nicht in einer wesentlich geänderten Weise durchgeführt werden soll (vgl. zu dieser Grenze: BVerwG, Urt. v. 24.5.2018 - 4 C 4/17 -, juris, Rn. 21 f.), so spricht Vieles schon deshalb für die fehlenden Nachvollziehbarkeit dieser Vorprüfung, weil sie aus den folgenden Gründen im weiten Teilen Unerhebliches enthält, an anderer Stelle unvollständig ist, den Maßstab für die (potenzielle) Erheblichkeit einer nachteiligen Umweltauswirkung i. S. d. § 7 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 5 UVPG nicht bezeichnet und sich die Verneinung einer solchen Erheblichkeit jedenfalls zu Unrecht auch auf Kompensationsmaßnahmen stützt.

Unerheblich sind nach dem o. a. Maßstab zunächst die Ausführungen von Seite 6 bis 12 zu den sog. Nutzungskriterien. Die gebotene Prüfung der ersten Stufe erfolgt erst ab Seite 13 unten.

Bei Anwendung des weiten Vorhabenbegriffs i. S. d. § 2 Abs. 4 UVPG (vgl. BVerwG, Urt. v. 19.2.2015 - 7 C 10/12 -, juris, Rn. 27, Urt. v. 11.8.2016 - 7 A 1/15 -, juris, Rn. 34 f., sowie Urt. v. 11.7.2019 - 9 A 14/18 -, juris, Rn. 34 ff., jeweils noch zum UVPG a. F.) – insoweit zu Recht unter Einbeziehung der Auswirkungen der Erschließungsanlagen – wird dann auf Seite 19 Mitte sehr knapp und nur im Ergebnis zutreffend eine besondere örtliche Gegebenheit i. S. d. Nr. 2.3.4 der Anlage 3 zum UVPG bejaht, und zwar bezogen auf die „dauerhafte Errichtung eines Kurvenradius und die Verbreiterung des bestehenden Weges“ im LSG Nr. 93 „Waldbestand des Gutes Daren“ trotz des dort nach Aktenlage grundsätzlich bestehenden Veränderungs- und Bauverbots. Der diesbezügliche Verweis des Antragsgegners auf den Schutzgehalt des § 26 BNatSchG (unmittelbar) ist allerdings unzutreffend. Die altrechtliche Verordnung zum Schutz des „Waldbestand(es) des Gutes Daren“ aus dem Jahr 1958 ist noch unter Geltung des Reichsnaturschutzgesetzes erlassen worden, und insoweit gilt deshalb von den Regelungen des BNatSchG nach der Überleitungsvorschrift in § 45 Abs. 1 (Satz 3) NAGBNatSchG (nur) § 67 Abs. 1 und 3 BNatSchG „für Befreiungen von Geboten und Verboten für diese geschützten Teile von Natur und Landschaft ... entsprechend“. Der Verweis in Nr. 2.3.4 der Anlage 3 zum UVPG auf „Landschaftsschutzgebiete gemäß“ dem „§ 26“ BNatSchG dürfte sich aber nach seinem Sinn und Zweck auch auf solche fortgeltende, altrechtliche Landschaftsschutzgebiete beziehen, da kein Grund ersichtlich ist, insoweit nach der Rechtsgrundlage und dem Entstehungsjahr eines solchen Schutzgebiets zu differenzieren.

Inwieweit auch im vorliegenden Fall nach Nr. 2.3.6 der Anlage 3 zum UVPG i. V. m. § 29 BNatSchG, § 22 Abs. 3 NAGBNatSchG geschützte Wallhecken betroffen sind, ist unklar. Unter 4.1.1 (S. 28 f.) des Landschaftspflegerischen Begleitplans wird vorhabenbedingt nur die geplante erhebliche Beeinträchtigung einer „Strauch-Baumhecke“ beschrieben, unter 5.2.1 (S. 51) jedoch die Anlage einer Wallhecke „zum Ausgleich von Wallheckenverlusten“ vorgesehen. In der späteren Dokumentation vom 17. Mai 2022 über erfolgte Baumaßnahmen wird ein Rückschnitt einiger Bäume der vorhandenen Wallhecke abgebildet; dies wird in der folgenden Anordnung vom 7. Juni 2022 (unter Nr. 1.2) bestätigt. Welcher Dritte diese Maßnahmen statt der Beigeladenen vorgenommen haben soll, ist unklar.

Die weitere (Vor-)Prüfung des Antragsgegners zu Nr. 2.3.7 der Anlage 3 zum UVPG verlässt dann wiederum den gesetzlichen Rahmen, indem auf den Seiten 22 bis 41

nicht ein Eingriff in ein Biotop und seine schutzkonstituierenden Teile, sondern bezogen auf den Anlagenstandort allgemein Beeinträchtigungen von Vögeln und Fledermäusen untersucht werden.

Weshalb trotz der Feststellung, dass die nähere Nachbarschaft zur WEA nur dünn besiedelt sei, wegen des Vorhandenseins von Wohnnutzung im schalltechnischen Einwirkungsbereich (?) eine Besonderheit i. S. d. Nr. 2.3.10 der Anlage 3 zum UVPG bejaht wird, ist unverständlich.

Folgerichtig wird dann ein Eintritt in die zweite Prüfungsstufe für erforderlich erachtet, es folgt ab Seite 43 bis 48 aber keine solche nach dem o. a. Maßstab bezogen auf die (vermeintlich) besonders betroffenen beiden Gebiete. Inwieweit die sich anschließende Bewertung der Lärmimmissionen als unerheblich i. S. d. § 7 UVPG zutrifft, kann somit offen bleiben – solche waren hier gar nicht zu prüfen und zu bewerten. Ab Seite 52 geht es um die Auswirkungen auf das LSG Nr. 93, die zusammenfassend auf Seite 57 dahin bewertet werden, dass

„der Verlust von 2.840 qm forstlich genutztem Wald, 3.214 qm Acker, 800 qm Saumstrukturen, 175 qm Grabenstrukturen, 372 qm Strauch-Baum-Hecke, 36 qm Grasweg und dem Einzelbaum ... im Rahmen der Eingriffsregelung ausgeglichen [werden] und ... unter der Voraussetzung von Vermeidungs- und Minimierungsmaßnahmen keine erhebliche Beeinträchtigung der Fauna darstellen“.

Mit dem Bezug auf den Ausgleich von Verlusten werden dabei zu Unrecht (vgl. Nds. OVG, Urt. v. 8.7.2021 - 7 KS 87/18 -, juris, Rn. 49, m. w. N.) Kompensationsmaßnahmen einbezogen. Zudem wäre als maßgebender Bezugspunkt gerade die (rechtmäßige) Schutzbedürftigkeit des LSG Nr. 93 und nicht die „Fauna“ zu betrachten zu gewesen. Die Schutzbedürftigkeit wäre dabei anhand der rechtmäßig nach dem Reichsnaturschutzgesetz erlassenen Bestimmungen dieser Verordnung und nicht am Maßstab des § 26 BNatSchG zu bemessen gewesen. Soweit im Übrigen auf ein Überwiegen des Interesses am Ausbau der Windenergie gegenüber dem Schutz des Landschaftsschutzgebiets und die darauf beruhende Befreiung nach § 67 Abs. 1 BNatSchG abgestellt wird, wird damit die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens, nicht aber die davon zu unterscheidende, dieser Entscheidung vorgelagerte (potenzielle) Erheblichkeit der mit dem Eingriff in das Landschaftsschutzgebiet verbundenen nachteiligen Umweltauswirkung bewertet. Insoweit, d. h. bezogen allein auf die Schutzbedürftigkeit des LSG, wird aber keine Rechtsgrundlage für die vom Antragsgegner offenbar auch im Rahmen der Prüfung des § 7 Abs. 2 UVPG für rechtmäßig und wesentlich erachtete Gegenüberstellung des Eingriffs „in den Naturschutz und die Landschaft einerseits“ und der Förderung der Nutzung der Windenergie andererseits bezeichnet; sie ist auch nicht zu erkennen.

Schließlich ist die Prüfung auch im Übrigen nicht folgerichtig. Ausgehend von der vorherigen Annahme, dass zu dem hier zu prüfenden Vorhaben i. S. d. § 2 Abs. 4 UVPG auch die Erschließung der WEA 5 zählt, hätten dann nämlich bei der Vorprüfung nicht nur die insoweit unmittelbar mit dem Straßenbau verbundenen o. a. Eingriffe einbezogen werden müssen, sondern auch die insoweit nach Aktenlage zusätzlich notwendigen und unter dem 20. Januar 2022 gesondert genehmigten Maßnahmen zum Gewässer Ausbau durch Verrohrung und Verfüllung von Gräben (vgl. Senatsbeschl. v. 11.8.2017 - 12 ME 81/17 -, juris, Rn. 20 f., unter Bezug auf OVG Hamburg, Beschl. v. 23.6.2017 - 1 Bs 14/17 -, juris, Rn. 45 ff.; BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 - 9 A 31/10 -, juris, Rn. 24 ff.). Eine gesonderte Prüfung nach dem UVPG durch die Wasserbehörde findet dann insoweit nicht statt (vgl. § 31 UVPG i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 NUVPG). Die Verrohrung wird zwar auf Seite 11 der Vorprüfung bezogen auf das Schutzgut „Wasser“ noch angeführt, aber nicht mehr im Rahmen der Bewertung des Eingriffs in das Landschaftsschutzgebiet.

Unabhängig von diesen Mängeln in der tatsächlich erfolgten Prüfung konnte – nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand in diesem Verfahren – bei zutreffendem Verständnis auch nicht verneint werden, dass das Vorhaben der Beigeladenen mit dem Eingriff in das LSG Nr. 93 eine erhebliche nachteilige Umweltauswirkung i. S. d. § 7 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 5 UVPG haben kann. Bezugspunkt für die Beurteilung der Erheblichkeit ist zunächst allein der jeweilige Umweltbelang, nicht aber die Zulassungsfähigkeit des Vorhabens insgesamt (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 - 4 CN 11/03 -, juris, Rn. 23, Gatz, juris-BVerwG 22/2008 Anm. 2, Mitschang, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG, UmwRG, § 3 UVPG, Rn. 4, 5, m. w. N.) Die – zumal nur potenzielle – Erheblichkeit der nachteiligen Umweltauswirkung kann damit nicht mit der Begründung verneint werden, dass im Ergebnis der Schutz eines Landschaftsschutzgebiets der Genehmigungsfähigkeit der „Windenergieanlage“ doch nicht entgegenstehe, wie sich aus der insoweit vom Antragsgegner erteilten Befreiung ergebe. Die Erheblichkeit ist stattdessen nach dem Maßstab des Fachrechts bzw. materiellen Zulassungsrechts (vgl. das inzwischen rechtskräftige Senatsurt. v. 26.2.2020 - 12 LB 157/28 -, juris, Rn. 55, m. w. N.; Nds. OVG, Beschl. v. 11.10.2021 - 1 ME 110/21 -, juris, Rn. 23 unter Bezug auf BVerwG, Urt. v. 17.12.2013 - 4 A 1/13 -, juris, Rn. 37; BVerwG, Urt. v. 24.5.2018, a. a. O., Rn. 25; Mitschang, a. a. O., Rn. 7) zu bestimmen. Nach den vorherigen Ausführungen dürfte dies hier aber nicht § 26 BNatSchG, sondern noch §§ 1, 5 und 19 des Reichsnaturschutzgesetzes i. V. m. den Regelungen der Verordnung für das LSG Nr. 93 sein, die hier jedoch nicht vollständig vorliegt und auch nicht inzident auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen ist. Nach § 2 Abs. 1 der Landschaftsschutzgebiets-„Nachtragsverordnung zum Schutze von Landschaftsteilen im Gebiet der Gemeinde Bakum

und der Stadt Vechta vom 25. Juli 1958“ ist es verboten, innerhalb des (in der Landschaftsschutzkarte kenntlich gemachten) Gebiets „Veränderungen vorzunehmen, die geeignet sind, das Landschaftsbild oder die Natur zu beeinträchtigen“. Nach § 2 Abs. 2 fallen unter dieses Verbot u. a. neben der „Anlage von Bauwerken aller Art“ (a) auch die „Beseitigung oder Beschädigung der vorhandenen Hecken, Bäume und Gehölze außerhalb des geschlossenen Waldes ...“ (g). Die – vom Antragsgegner so bezeichnete – „dauerhafte Errichtung eines Kurvenradius und die Verbreiterung des bestehenden Weges“ einschließlich der damit verbundenen Rodungen verstößt damit mutmaßlich gegen das Verbot nach § 2 der Verordnung, wovon auch die Beteiligten übereinstimmend ausgehen. Eine einschlägige „Ausnahme“ (§ 4) von diesem Verbot in der Verordnung bezeichnet der Antragsgegner nicht und ist auch nicht ersichtlich. Eine Befreiung entsprechend § 67 Abs. 1 BNatSchG (i. V. m. § 45 Abs. 1 NAGBNatSchG) kommt insoweit nur aus anderen, nicht spezifisch landschaftsschutzrechtlichen Gründen in Betracht. Kann das Vorhaben der Beigeladenen nach diesen fachrechtlichen Spezialvorgaben also grundsätzlich nicht ohne eine solche Befreiung verwirklicht werden, sind erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen bezogen auf das Landschaftsschutzgebiet zu bejahen. Dass im überwiegenden öffentlichen Interesse am Ausbau der Windenergie eine Befreiung erteilt worden ist, ändert an der bewusst gerade an der Bewertung allein des Eingriffs in das Landschaftsschutzgebiet orientierten Bewertung als „erheblich“ i. S. d. § 7 UVPG ebenfalls nicht. Würde man sich von dem insoweit klaren Maßstab lösen, bliebe im Übrigen trotz der schwerwiegenden rechtlichen Folgen, insbesondere der Notwendigkeit, bei Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung die Öffentlichkeit im Genehmigungsverfahren zu beteiligen (vgl. allgemein § 18 UVPG), der stattdessen geltende Maßstab unklar (vgl. Agatz, a. a. O., S. 44, wonach es „immer noch völlig unklar sei, welches [genaue] Ausmaß an Umweltauswirkungen als erheblich anzusehen sei“). Soweit der Antragsgegner bzw. die Beigeladene geltend macht, nicht jede Baumaßnahme bzw. WEA in einem Landschaftsschutzgebiet habe eine erhebliche nachteilige Umweltauswirkung i. S. d. § 7 UVPG zur Folge, trifft dies nach den vorherigen Ausführungen im Übrigen zu, da gerade auf die Regelungen der jeweils einschlägigen Verordnung abzustellen ist (vgl. beispielhaft zu einem bezogen auf die Zulässigkeit von WEA in einem Landschaftsschutzgebiet gestaffelten sog. Schutzregime: Bayr. VGH, Urt. v. 27.10.2017 - 14 N 16/768 -, juris; Rn. 27 ff.). Dies gilt auch für etwaige darin enthaltene zulässige „Abweichungen“.

Da – von hier nicht einschlägigen Sonderfällen bereits absehbarer Änderungen bis spätestens zur Verwirklichung des Vorhabens oder des nachträglichen Wegfalls der Vorprüfungspflicht abgesehen – maßgeblich für die nach § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG geforderte gerichtliche Kontrolle der Vorprüfung grundsätzlich die Sach- und Rechtslage

im Zeitpunkt ihrer Erstellung sowie die von der Behörde für ihr Prüfergebnis gegebene Begründung sind (vgl. Tepperwien, in: Schink/Reidt/Mitschang, a. a. O., § 5 UVPG, Rn. 12 unter Bezug auf BVerwG, Urt. v. 18.12.2014 - 4 C 36/13 -, juris, Rn. 30, und m. w. N.) und die zuletzt am 1. Februar 2022 erfolgte o. a. Vorprüfung auch nicht selbst auf zukünftige Rechtsänderungen eingeht, ist für die gerichtliche Überprüfung dieser Vorprüfung die jüngst in Kraft getretene Einführung des § 26 Abs. 3 BNatSchG durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I. S. 1362) – wonach unter bestimmten Voraussetzungen Windenergieanlagen sowie „zugehörige Nebenanlagen“ in einem Landschaftsschutzgebiet nicht verboten sind – unerheblich.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1 und 3 VwGO. Es entsprach nicht der Billigkeit i. S. d. § 162 Abs. 3 VwGO, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG und entspricht Nrn. 7 Buchst. a, 17 Buchst. b) der Streitwertannahmen der mit Bau- und Immissionschutzsachen befassten Senate des Niedersächsischen Obergerichtsverwaltungsgerichts (vgl. bereits Beschl. v. 13.6.2022 in 12 MS 62/22).

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

Kurbjuhn

Meyer

Obelode

Beglaubigt  
Lüneburg, 09.08.2022

- elektronisch signiert -  
Isenberg  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle