

**Abschrift**



**Eingegangen**

29. DEZ. 2017

Philipp-Gerlach & Teßmer  
Rechtsanwälte

**VERWALTUNGSGERICHTSHOF  
BADEN-WÜRTTEMBERG**

**B e s c h l u s s**

In der Verwaltungsrechtssache

1. Landesnaturschutzverband Baden-Württemberg e.V.,  
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Dr. Gerhard Bronner und die  
stellvertretenden Vorsitzenden, Olgastraße 19, 70182 Stuttgart,  
Az: Braunsbach-wea-orl6-antrag-LNV-NABU
  
2. Naturschutzbund Deutschland - Landesverband Baden-Württemberg  
e.V. -, vertr. d. d. Vorstandsvors. Johannes Enssle und d. stellvertr.  
Vors. Hans-Peter Kleemann, Tübinger Str. 15, 70178 Stuttgart, vertreten  
durch den Antragsteller Ziffer 1,

- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:  
Kanzlei Philipp-Gerlach • Teßmer,  
Niddastr. 74, 60329 Frankfurt/Main, Az: 2017|124  
- zu 1 -

gegen

Land Baden-Württemberg,  
vertreten durch das Landratsamt Schwäbisch Hall,  
Münzstraße 1, 74523 Schwäbisch Hall, Az: 33.2-106.11/AI

- Antragsgegner -  
- Beschwerdeführer -

beigeladen:  
EE Bürgerenergie Braunsbach GmbH & Co. KG,  
vertreten durch den Geschäftsführer,  
Weipertstraße 41, 74076 Heilbronn

- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:  
MASLATON,  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Holbeinstraße 24, 04229 Leipzig, Az: DrSi/Mi 473/13

wegen erteilter immissionsschutzrechtlicher Genehmigung  
hier: Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz

hat der 8. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Pfaundler, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Stuhlfauth und den Richter am Verwaltungsgericht Jerxsen

am 22. Dezember 2017

beschlossen:

Die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 15. März 2017 - 13 K 9193/16 - werden zurückgewiesen.

Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen jeweils die Hälfte der Kosten des Beschwerdeverfahrens. Ihre außergerichtlichen Kosten tragen sie jeweils selbst.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 15.000 € festgesetzt.

Die Anträge der Antragsteller auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe werden abgelehnt.

### **Gründe**

Die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen sind zulässig, aber nicht begründet. Die im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf die sich die Prüfung grundsätzlich zu beschränken hat (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), geben keinen Anlass, die vom Verwaltungsgericht getroffene Abwägungsentscheidung zu ändern.

1. Die von den Beschwerdeführern erstmals unter dem 18.07. bzw. 29.08.2017 erhobene Rüge, die Antragsteller hätten das Recht verwirkt, die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Widersprüche zu beantragen, ist nach Ablauf der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO erfolgt und schon deswegen unbeachtlich. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob ein

solches Antragsrecht überhaupt verwirkt werden kann (vgl. dazu Schoch, in: Schoch/ Schneider/Bier, VwGO, Stand: September 2011, § 80 Rn. 494 Fn. 2117 m.w.N.) und die Voraussetzungen hierfür erfüllt wären, was eher fernliegend erscheint.

2. a) Nach § 3c Satz 1 UVPG (i.V.m. Nr. 1.6.2 der Anlage 1) in der bis zum 28.07.2017 geltenden Fassung ist für die verfahrensgegenständliche Windenergieanlage (WEA) eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären.

Erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen, die die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich machen, liegen nicht erst dann vor, wenn die Umweltauswirkungen so gewichtig sind, dass sie nach Einschätzung der Behörde zu einer Versagung der Zulassung führen können. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung muss vielmehr durchgeführt werden, wenn Umweltauswirkungen bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens im Hinblick auf eine wirksame Umweltvorsorge nach § 12 UVPG zu berücksichtigen sind. Maßgeblich ist insoweit das materielle Zulassungsrecht. Dabei darf die Genehmigungsbehörde im Rahmen der Vorprüfung nicht bereits mit einer der Umweltverträglichkeitsprüfung vergleichbaren Prüftiefe „durchermitteln“ und damit unzulässigerweise die eigentliche Umweltverträglichkeitsprüfung unter Missachtung der für diese obligatorischen Öffentlichkeitsbeteiligung vorwegnehmen; sie ist vielmehr auf eine überschlägige Vorausschau beschränkt. Andererseits darf sich die Vorprüfung nicht in einer oberflächlichen Abschätzung spekulativen Charakters erschöpfen, sondern muss auf der Grundlage geeigneter und ausreichender Informationen erfolgen. Hierzu zählen auch vom Vorhabenträger eingeholte Fachgutachten, die gegebenenfalls durch zusätzliche Ermittlungen der Planfeststellungsbehörde ergänzt werden können. Bei der Frage, welche Unterlagen und Informationen als geeignete Grundlage einer überschlägigen Prüfung benötigt werden, kommt der Behörde ein Einschätzungsspielraum zu. Die aufgrund der Vorprüfung getroffene be-

hördliche Beurteilung zur UVP-Pflichtigkeit unterliegt nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle. Zu untersuchen ist, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben des § 3c UVPG a.F. durchgeführt worden und ob das Ergebnis nachvollziehbar ist (vgl. § 3a Satz 4 UVPG a.F.). Dabei sind nachträglich gewonnene Erkenntnisse, die die Auswirkungen in einem anderen Licht erscheinen lassen könnten, für die Tragfähigkeit des Prüfergebnisses und damit der verfahrenlenkenden Entscheidung über die Notwendigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung nicht maßgeblich (vgl. insgesamt BVerwG, Urteil vom 18.12.2014 - 4 C 36.13 -, juris, Rn. 28 ff.).

b) Nach diesen Maßstäben hat das Verwaltungsgericht zu Recht erhebliche Zweifel an der Nachvollziehbarkeit der Vorprüfung angenommen, die durch das Beschwerdevorbringen nicht ausgeräumt worden sind. Daher kann offen bleiben, ob nicht schon die zahlreichen im Genehmigungsverfahren eingeholten/vorgelegten und auch überarbeiteten Stellungnahmen (seitens der Beigeladenen) der gebotenen Beschränkung auf eine überschlägige Vorausschau und damit einer ordnungsgemäßen Vorprüfung zuwiderlaufen. Es erscheint allerdings mehr als zweifelhaft, ob die Ausführungen des Antragsgegners in seiner Beschwerdebegründung vom 19.04.2017 (auf S. 9 f., zu § 3a UVPG a.F.) und seine - vor allem das Interesse des Vorhabenträgers in den Blick nehmende - Vorgehensweise dem Umstand gerecht werden, dass die Vorprüfung nicht die eigentliche, zwingend mit einer Öffentlichkeitsbeteiligung verbundene Umweltverträglichkeitsprüfung vorwegnehmen darf (vgl. BVerwG, a.a.O.).

aa) Die - im Anschluss an den Aktenvermerk vom 02.02.2016 über das Ergebnis der allgemeinen Vorprüfung - gemachten weiteren Ausführungen im Genehmigungsbescheid vom 08.02.2016 reichen aller Voraussicht nicht aus, um den Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung plausibel zu machen. Zu den LUBW-Daten aus dem Jahr 2012 wird lediglich vermerkt, dass ein ca. 410 m von der WEA entferntes Rotmilan-Brutrevier nicht mehr nachweisbar sei, da kein Horstbaum mehr aufzufinden sei (S. 33 oben). Zwar geht insbesondere die Beigeladene in ihrer Beschwerdebegründung eingehend auf die Validität der aus dem Jahr 2012 vorliegenden Daten ein sowie darauf, welche

Bedeutung für deren Verwertbarkeit der Verlust eines Horstes habe. Ob diese Einwände berechtigt sind, wofür vor dem Hintergrund der hierzu gemachten Ausführungen der Beschwerdegegner insbesondere zum Nichtvorliegen erheblicher struktureller Änderungen an den Lebensstätten eher wenig spricht, mag hier dahinstehen.

Denn § 3c Satz 6 UVPG a.F. fordert, dass die der Vorprüfung zugrunde gelegten Unterlagen, die wesentlichen Prüfschritte und die dabei gewonnenen Erkenntnisse über nachteilige Umweltauswirkungen zumindest grob skizziert im Genehmigungsbescheid oder in einem zu den Verwaltungsakten genommenen Dokument niedergelegt sind (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 28.02.2013 - 7 VR 13.12 -, juris, Rn. 15 und vom 13.07.2017 - 7 B 1.17 -, juris, Rn. 9). Dem entspricht es nicht, wenn nunmehr erstmals (über den bereits zuvor erwähnten Verlust eines Horstbaumes hinaus) eine (erkennbare) Würdigung der Daten aus dem Jahr 2012 erfolgt. Eine solche enthielt weder der Aktenvermerk über die „Allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls nach § 3c UVPG“ vom 02.02.2016, der (nur) auf die Raumnutzungsanalyse in den Jahren 2013 und 2014 verwies und sich zu Daten aus 2012 nicht verhielt, noch die Begründung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Im Übrigen erscheint die seinerzeitige Bewertung wenig überzeugend, wenn einerseits von regelmäßigen Nutzungen und Befliegungen ausgegangen, dann aber ohne weitere Begründung gefolgert wird, hinsichtlich der Avifauna sei mit keinen erheblichen Beeinträchtigungen zu rechnen. Inwiefern, wie die Beschwerde geltend macht, von regelmäßigen Nutzungen nicht ausgegangen werden könnte, weil sie nur nach vorangegangener Bewirtschaftung der landwirtschaftlichen Flächen erfolgt seien, erschließt sich nicht. Selbst nur vorübergehende, aber wiederholt (nach bestimmten wiederkehrenden Ereignissen) vorkommende Aufenthalte dürften als regelmäßig zu bewerten sein. Erst recht ist nicht erkennbar, welche Bedeutung es für die Frage nach einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos haben soll, dass dessen Realisierung nicht ständig droht.

Die weiteren Ausführungen im Genehmigungsbescheid machen den Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung ebenso wenig plausibel. Die Aussage-

kraft der Raumnutzungsanalyse für 2013 und 2014 wird dahingehend relativiert, dass sie eine (auch im Jahr 2015 erschwerte) Horstkontrolle bzw. Revierkartierung nicht ersetzen könne. Die wiederholte Anwesenheit von 2 Rotmilan-Individuen wird zugrunde gelegt und ein Restrisiko für eine Nutzung zweier Horste im Jahr 2016 bejaht. Eine Begründung, warum dennoch eine Vorprüfung für ausreichend erachtet wird, fehlt jedoch. Allein der geltend gemachte Umstand, dass der Schwellenwert von 6 Anlagen nach Nr. 1.6.2 der Anlage 1 zum UVPG gerade erreicht wird, lässt das Absehen von einer Umweltverträglichkeitsprüfung jedenfalls nicht nachvollziehbar erscheinen.

Schließlich spricht auch die Beifügung der Nebenbestimmungen unter Nrn. 3.19 und 3.20 dafür, dass das Vorhaben eben doch nachteilige Umweltauswirkungen haben kann.

bb) Neben den aufgezeigten Ausführungen im Genehmigungsbescheid sowie im Aktenvermerk vom 02.02.2016 begründen auch weitere Unterlagen Zweifel an der Verneinung möglicher erheblicher nachteiliger Umweltauswirkungen durch die Genehmigungsbehörde, ohne dass die maßgeblichen Dokumentationen eine Auseinandersetzung erkennen lassen.

Eine Auseinandersetzung mit den Einwänden in der - auf Anfrage der unteren Naturschutzbehörde vom 24.02.2015 erstellten - Stellungnahme der LUBW vom 13.03.2015 erfolgt trotz deren besonderer Sachkunde (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 06.07.2016 - 3 S 942/16 -, juris, Rn. 46) nicht. Dies gilt ebenso für den Aktenvermerk des Landratsamts - Bau- und Umweltamt - vom 20.10.2015, in dem es heißt, eine „signifikante Erhöhung des Kollisionsrisikos für Einzelindividuen ist zunächst zu bejahen“, Vermeidungsmaßnahmen seien nicht wirksam und die - im Genehmigungsbescheid maßgeblich berücksichtigten - Ergebnisse der Raumnutzungsanalyse hätten aufgrund der besonderen Nähe im direkten Umfeld zur Fortpflanzungsstätte untergeordnete Bedeutung. Der Verweis auf die Zurückstellung von fünf Genehmigungsanträgen erklärt nicht die Abweichung von der noch am 20.10.2015 auch allein zur verfahrensgegenständlichen WEA vertretenen Risikobewertung. Dies gelingt auch nicht durch den Verweis auf die Stellungnahme vom 05.11.2015, die

vornehmlich auf die 2014 erstellte Raumnutzungsanalyse abhebt. Dass diese „fachlich nicht geeignet (ist), eine Nichtnutzung des Horstes zweifelsfrei auszuschließen“ (gemeint sein dürfte: Nutzung) und dass örtliche Brutreviere dann fälschlicherweise den nachbrutzeitlichen Wanderungsbewegungen zugeordnet werden könnten, wird auch noch (möglicherweise nur referierend) im Vermerk des Landratsamts - Bau- und Umweltamt - vom 16.12.2015 vertreten. Wegen dieser auch im Genehmigungsbescheid aufrecht erhaltenen Einschätzung zur begrenzten Aussagekraft der Raumnutzungsanalyse verhilft der Beschwerde auch nicht zum Erfolg, dass sie aus ihr eine nicht häufige Nutzung des unmittelbaren Gefahrenbereichs des Vorhabens ableitet.

c) Nach summarischer Prüfung ist danach von einem Erfolg der Widersprüche der Antragsteller auszugehen mit der Folge einer Aufhebung des Genehmigungsbescheids (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstb. b), Satz 2 UmwRG). Zwar kann, worauf die Beigeladene zu Recht hinweist, eine Umweltverträglichkeitsprüfung noch nachgeholt werden. Bislang jedoch ist weder damit begonnen worden noch kann der Ausgang einer solchen Prüfung abgeschätzt werden. Dem würde nicht ausreichend Rechnung getragen, wenn die aufschiebende Wirkung - wie von der Beschwerde beantragt - nur teilweise wiederhergestellt würde, obwohl nach vorläufiger Einschätzung des Senats von einem vollen Erfolg der Widersprüche der Antragsteller auszugehen ist. Die Möglichkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO bleibt davon unberührt.

Die Hinweise auf das öffentliche Interesse am Klimaschutz und die wirtschaftlichen Interesse der Beigeladenen geben keinen Anlass zu einer abweichenden Bewertung. Der Senat geht - wie bereits ausgeführt - schon nicht von offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache aus, sondern von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Obsiegens der Antragsteller. Das wirtschaftliche Interesse ist auch wegen der im Falle einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos drohenden irreversiblen Zustände geringer zu gewichten. Die Ausführungen zum Klimaschutz lassen zum einen außen vor, dass dieser nicht zwingend eine Realisierung gerade der verfahrensgegenständlichen WEA fordert. Zum anderen werden sie dem Umstand nicht gerecht, dass der

Artenschutz nicht etwa ein privater Belang der Antragsteller, sondern ebenfalls von hohem öffentlichen Interesse ist. Schon weil es sich auch um ein öffentliches Interesse handelt, lässt sich aus dem Zuwarten der Antragsteller mit der Beantragung der Wiederherstellung der aufschieben Wirkung nicht ableiten, dass das Interesse weniger gewichtig sei.

3. Wegen des rechtskräftigen Obsiegens der Antragsteller fehlt für den Antrag auf Prozesskostenhilfe nunmehr das Rechtsschutzbedürfnis (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25.08.2015 - 1 BvR 3474/13 -, juris, Rn. 9; Olbertz, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Januar 2002, § 166 Rn. 9 m.w.N.).

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 und 3, § 159 Satz 1 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO und § 162 Abs. 3 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1, § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 63 Abs. 2 Satz 1 GKG.

Der Senat orientiert sich bei der Festsetzung des Streitwerts an Nr. 34.4 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (vgl. zur Orientierungswirkung dieser Rubrik bei Klagen gegen immissionsschutzrechtliche Genehmigungen den Senatsbeschluss vom 24.10.2017 - 8 S 1450/16 -, juris, Rn. 7). Da nur eine WEA betroffen ist, ist eine Orientierung am unteren Rahmen, mithin 15.000 € angemessen. Eine Verdopplung des Streitwerts gemäß § 39 Abs. 1 GKG wegen zweier Antragsteller unterbleibt, weil ihre Interessen wirtschaftlich identisch sind. Der Senat sieht allerdings auch von der in Nr. 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs empfohlenen Halbierung des Streitwerts ab. Die von den Antragstellern geltend gemachten Beeinträchtigungen - insbesondere eine Verletzung des Tötungsverbots gemäß § 44 Abs. 1 BNatSchG - wären (dauerhaft) irreversibel. Dies ist in den Wirkungen einer Vorwegnahme der Hauptsache im Sinne von Nr. 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs gleichzustellen.



Der Beschluss ist unanfechtbar.

Pfaundler

Dr. Stuhlfauth

Jerksen

