

## Rechtsprechung der niedersächsischen Justiz

### Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens für Windenergieanlagen

**Im Rahmen eigener Prüfung der von einem Sachverständigen als Verwaltungshelfer erarbeiteten Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen eines Vorhabens muss die Genehmigungsbehörde sich mit den Fragen auseinandersetzen, ob zu den von dem Sachverständigen vorgenommenen Bewertungen sowie seinen wesentlichen im Verwaltungsverfahren umstrittenen Wirkungsprognosen rechtmäßige Alternativen bestehen und warum sie diesen nicht den Vorzug gegenüber den entsprechenden Einschätzungen des Sachverständigen gibt.**

**Die behördliche Prüfung muss zudem nach Ausmaß, wesentlichem Inhalt und Ergebnis vor dem Ergehen des Genehmigungsbescheides in den Verwaltungsvorgängen schriftlich dokumentiert werden.**

OVG Lüneburg 12. Senat, Beschluss vom 11.02.2019, 12 ME 219/18,  
ECLI:DE:OVGNI:2019:0211.12ME219.18.00

§ 13 Abs 1 S 4 BImSchV 9, § 20 Abs 1a S 1 BImSchV 9, § 20 Abs 1b S 1 BImSchV 9

VERFAHRENSGANG

vorgehend VG Stade, 27. November 2018, Az: 2 B 673/18, Beschluss

TENOR

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Stade - 2. Kammer - vom 27. November 2018 teilweise geändert:

Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 26. März 2018 gegen die Genehmigung vom 9. Dezember 2016 in der Fassung des Abhilfebescheids vom 11. Juli 2017, des Festsetzungsbescheids vom 22. August 2017 und des Widerspruchsbescheids vom 23. Februar 2018 wird vollumfänglich wiederhergestellt.

Die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen werden zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Antragstellers tragen im ersten Rechtszug der Antragsgegner sowie die Beigeladene jeweils zur Hälfte und im zweiten Rechtszug zu einem Fünftel bzw. zu vier Fünfteln. Ihre jeweiligen eigenen außergerichtlichen Kosten tragen die letztgenannten Beteiligten selbst.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für den zweiten Rechtszug auf 10.000,- EUR festgesetzt.

GRÜNDE

I.

- 1 Die Beteiligten streiten um die von dem Verwaltungsgericht bezogen auf drei von vier Windenergieanlagen des Windparks E. (vgl. Bl. 254 der Gerichtsakte - GA -) wiederhergestellte aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen die entsprechende immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung in der Fassung ihr nachfolgender Bescheide.
- 2 Der Antragsgegner genehmigte der „Muttergesellschaft“ der Beigeladenen durch Bescheid vom 9. Dezember 2016 (Bl. 23 ff. Bd. I GA zu 12 ME 242/17) unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Errichtung und den Betrieb von vier Windenergieanlagen mit einer Gesamtbauhöhe von jeweils 196 m. Gegen diese Genehmigung erhob der Antragsteller, eine anerkannte Umweltvereinigung im Sinne des § 3 UmwRG, am 9. Januar 2017 Widerspruch (Bl. 1 der Beiakte - BA - 1).

- 3 Der Genehmigungsbescheid vom 9. Dezember 2016 enthielt unter III. 7.8 (Bl. 31 [Rückseite] Bd. I GA zu 12 ME 242/17) unter anderem eine naturschutzrechtliche Bedingung, die auf den Widerspruch der Beigeladenen mit dem (Widerspruchs- und) Abhilfebescheid des Antragsgegners vom 11. Juli 2017 (Bl. 363 f. Bd. II GA zu 12 ME 242/17) geändert wurde. Er enthielt darüber hinaus unter III. 7.18 die Bestimmung, dass die Kompensationsverpflichtung für die Eingriffe in das Schutzgut „Landschaftsbild“ über eine Ersatzzahlung nach § 15 Abs. 6 BNatSchG erbracht werde, sowie unter III. 7.19 den Vorbehalt der Festsetzung dieser Ersatzzahlung in einem gesonderten Bescheid (Bl. 32 Bd. I GA zu 12 ME 242/17). Diesen gesonderten Bescheid erließ der Antragsgegner unter dem 22. August 2017 (Bl. 441 f. Bd. II GA zu 12 ME 242/17) gegenüber der Beigeladenen.
- 4 Der Antragsteller versuchte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs vom 9. Januar 2017 gegen die Ursprungsfassung der Genehmigung vom 9. Dezember 2016 zu erstreiten. Nachdem ihm im ersten Rechtszug vorläufiger Rechtsschutz bezogen auf drei der vier Windenergieanlagen gewährt worden war, blieb er auf die Beschwerde der Beigeladenen in zweiter Instanz insgesamt erfolglos. Denn der beschließende Senat verneinte das Rechtsschutzinteresse für eine Anfechtung der inzwischen durch den Abhilfe- sowie den Festsetzungsbescheid modifizierten Genehmigung in ihrer ursprünglichen Fassung und dementsprechend auch das Rechtsschutzbedürfnis für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen den Sofortvollzug dieser erledigten Ursprungsgenehmigung (Nds. OVG, Beschl. v. 26.1.2018 - 12 ME 242/17 -, RdL 2018, 127 ff., hier zitiert nach juris, Rn. 30). Außerdem machte er die Beteiligten in seiner damaligen Entscheidung (a. a. O., juris, Rn. 31) nochmals darauf aufmerksam, dass die Streitsache Rechtsfragen aufwerfe, die an die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen nach § 20 Abs. 1a Satz 1 und Abs. 1b Satz 1 der 9. BImSchV anknüpften. Bereits in der Eingangsverfügung des Senatsvorsitzenden im Beschwerdeverfahren 12 ME 242/17 war nämlich der Hinweis enthalten gewesen, es sei aufgefallen, dass die „Zusammenfassende Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen“ nach den §§ 11, 12 UVPG a. F. (richtig sei aber wohl: § 20 Abs. 1a und 1b der 9. BImSchV) extern an den TÜV Nord Umweltschutz vergeben worden sei und man dessen Ausführungen nahezu vollständig in den Genehmigungsbescheid übernommen habe. In der Literatur werde allerdings die Ansicht vertreten, dass die „Bewertung“ im Sinne des § 12 UVPG a. F. „Behördensache“ und nicht Aufgabe der „auf Behördenseite eingeschalteten Gutachter“ sei (vgl. Peters/Balla, UVPG, 3. Aufl. 2006, § 12 Rn. 6).
- 5 Nachdem er bereits mit anwaltlichem Schriftsatz vom 17. Januar 2018 (in BA 1 zu 2 B 673/18) die Bescheide vom 11. Juli 2017 und 22. August 2017 in seinen Widerspruch einbezogen hatte, hat der Antragsteller am 12. Februar 2018 erneut einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, diesmal seines geänderten Widerspruchs, gestellt (Bl. 1 ff. GA). Diesen Widerspruch hat der Antragsgegner sodann mit Widerspruchsbescheid vom 23. Februar 2018 (in BA 1 zu 2 B 673/18) als unzulässig zurückgewiesen. Der Antragsteller hat daraufhin am 26. März 2018 Klage (2 A 984/18) erhoben und mit Schriftsatz vom 9. April 2018 (Bl. 143 f. GA) seine Anträge im Eilverfahren entsprechend umgestellt.
- 6 Das Verwaltungsgericht hat dem Hauptantrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung seiner Klage wiederherzustellen, erneut nur hinsichtlich der Windenergieanlagen 2 bis 4 stattgegeben und ihn sowie den Hilfsantrag, die aufschiebende Wirkung der Klage festzustellen, im Übrigen, d. h. bezogen auf die Anlage 1, abgelehnt.
- 7 Zur Begründung hat es im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:
- 8 (1.) Der Hauptantrag sei zulässig.
- 9 (a) Der erhobenen Klage komme bislang keine aufschiebende Wirkung zu. Denn der angeordnete Sofortvollzug wirke fort, da das geänderte Vorhaben gegenüber dem ursprünglich genehmigten Vorhaben kein „aliud“ sei.
- 10 (b) Der Hauptantrag sei nicht in Ermangelung eines zulässigen Rechtsbehelfs unzulässig, dessen aufschiebende Wirkung angeordnet werden könnte. Denn die zur Hauptsache erhobene Anfechtungsklage sei zulässig. Der Antragsgegner begründe seine abweichende Ansicht damit, dass das Anwaltsschreiben vom 18. Januar 2018, nach dem sich der eingelegte Widerspruch nunmehr gegen den Genehmigungsbescheid vom 9. Dezember 2016 in der Fassung des Abhilfebescheids vom 11. Juli 2017 und des Festsetzungsbescheids vom 22. Juli 2017 richte, nicht die einmonatige Widerspruchsfrist des § 70 VwGO wahre. Auf die vorliegende verfahrensrechtliche Situation sei jedoch wegen gleicher Interessenlage die zu Planfeststellungsbeschlüssen ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (u. a. Urte. v. 18.3.2009 - BVerwG 9 A 31.07 -, juris [Rnm. 21 ff.]) zu übertragen, wonach im Fall einer Änderung solcher Beschlüsse die Klagefrist des § 74 VwGO nicht zu beachten sei. Nach dieser Judikatur habe das

Verschmelzen eines festgestellten Plans und seiner nachträglichen Änderungen zu einem einzigen Plan in der durch den Änderungsbeschluss erreichten Gestalt zur Folge, dass sich der Planfeststellungsbeschluss in seiner Ursprungsfassung prozessual erledige und das Rechtsschutzinteresse für ein gegen ihn gerichtetes Klagebegehren entfalle. Wolle der Betroffene weiterhin Rechtsschutz gegen die Planung erreichen, bleibe ihm also auch in solchen Fällen keine andere Wahl, als gegen die Entscheidung in ihrer geänderten Fassung vorzugehen. Diese Verfahrenslage unterscheide sich im Hinblick auf die Zielsetzungen [der Rechtsbehelfsfristen] des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO [bzw. hier des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO] wesentlich von der Situation vor Erhebung der Klage [bzw. des Widerspruchs]. Der Betroffene habe mit der Erhebung des Rechtsbehelfs bereits zum Ausdruck gebracht, dass er den Verwaltungsakt nicht hinnehmen wolle. Solange er auf dessen Änderung nicht mit einer Erledigungserklärung reagiere, sei davon auszugehen, dass sein vorher dokumentierter Abwehrwille fortbestehe und sich nunmehr gegen die veränderte Entscheidung richte, in welcher der ursprüngliche Verwaltungsakt inhaltlich – wenn auch modifiziert – weiterwirke. Eine vergleichbare Unsicherheit, ob der Betroffene den Eintritt der Bestandskraft aufhalten wolle, wie sie vor Erhebung des Rechtsbehelfs bestehe und durch § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO [bzw. § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO] zeitlich begrenzt werden solle, sei hier also nicht gegeben. Deshalb wäre es unbillig, einem Kläger [bzw. Widerspruchsführer] die Last aufzuerlegen, sein Klagebegehren [bzw. Widerspruchsbegehren] während des Rechtsstreits [bzw. Widerspruchsverfahrens] ständig unter Kontrolle zu halten und auf Änderungsbeschlüsse [bzw. ändernde Bescheide], die unter Umständen nicht einmal etwas an den mit dem ursprünglichen Verwaltungsakt verbundenen Einwirkungen auf seine Rechtssphäre änderten, zu reagieren. Der Antragsteller habe nicht nur durch seinen Widerspruch, sondern auch durch das vorangegangene Eilverfahren dokumentiert, dass er sich gegen den Genehmigungsbescheid vom 9. Dezember 2016 wenden wolle. Sein Schreiben vom 18. Januar 2018, mit dem die entsprechende Klarstellung erfolgt sei, habe den Antragsgegner auch vor Ergehen des Widerspruchsbescheids erreicht, denn dieser nehme ausdrücklich auf das Schreiben Bezug.

- 11 (c) Der Antrag sei nicht wegen einer entgegenstehenden Bindungswirkung des Senatsbeschlusses vom 26. Januar 2018 - 12 ME 242/17 - unzulässig, da dieser keine Sach-, sondern eine Prozessentscheidung sei. Durch ihn sei allenfalls bindend festgestellt, dass ohne Einbeziehung der ergangenen weiteren Bescheide für den Antragsteller das Rechtsschutzinteresse fehle. Diese Situation liege nicht mehr vor. Davon ausgehend stelle der vorliegende Antrag entgegen der Auffassung der Beigeladenen keinen Antrag im Sinne des § 80 Abs. 7 VwGO dar. Vielmehr handele es sich um einen erneuten Antrag auf der Grundlage des § 80 Abs. 5 VwGO. Die prozessuale Situation sei insoweit derjenigen vergleichbar, in der erst nach einem ersten Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes für einen zweiten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung die Voraussetzungen des § 80 Abs. 6 VwGO erfüllt würden.
- 12 (2.) Der Hauptantrag des Antragstellers sei auch zum Teil begründet.
- 13 (a) Es führe zwar zu keiner Fehlerhaftigkeit des angegriffenen Bescheides, dass der Antragsgegner nicht selbst eine zusammenfassende Darstellung der Umweltauswirkungen des Vorhabens erstellt habe. Das entsprechende Erfordernis habe sich aus § 11 UVPG a. F. ergeben und sei nunmehr in § 24 UVPG vorgesehen, der einen wesentlichen Teil der Vorgängerbestimmung übernommen habe. Das rechtfertige die Annahme, dass das Gesetz auch in seiner aktuellen Fassung zwar das bloße Aneinanderreihen der Planunterlagen, behördlicher Stellungnahmen und sonstiger Schriftstücke nicht ausreichen lasse, es aber ausreichend sei, auf eine – wie hier vom TÜV erstellte – Zusammenfassung Bezug zu nehmen und sich diese zu eigen zu machen.
- 14 (b) Inhaltlich habe die Kammer weiterhin [teilweise] ernstliche Zweifel an der „Schlüssigkeit“ der angegriffenen behördlichen Genehmigungsentscheidung und nehme insoweit Bezug auf ihren Beschluss vom 21. November 2017 - 2 B 601/17 - (Bl. 665 ff. Bd. I GA zu 12 ME 242/17) im vorausgegangenen Eilverfahren.
- 15 (aa) Nach den dortigen Ausführungen sei dem Antrag hinsichtlich der Anlagen 2 bis 4 zu entsprechen: Der Antragsgegner habe für die Beurteilung der Zulässigkeit des Vorhabens kein im Sinne des § 3a Satz 4 UVPG (a. F.) nachvollziehbares Ergebnis gefunden, soweit – anders als für die Anlage 1 – für die Anlagen 2 bis 4 zum Schutz der Fledermäuse keine Abschaltzeiten vorgesehen seien. Darauf könne sich der Antragsteller berufen, weil die Abschaltzeiten gewährleisten sollten, dass das Tötungsverbot im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in dem erforderlichen Umfang beachtet werde. Die Anlagen 2 bis 4 sollten etwa halbkreisförmig in einem nach Nord-West zeigenden „Bogen“ errichtet werden (vgl. Bl. 84 Bd. I GA zu 12 ME 242/17). Zum Teil innerhalb, zum Teil außerhalb des Bogens befinde sich ein Waldbestand, der sich nach Süd-Osten fortsetze und an dessen Südrand mehrere Teiche lägen. Eine Mehrzahl von Fledermausarten befinde sich in diesem Teichgebiet. Nordwestlich der genannten drei Anlagen solle die Anlage 1 errichtet werden, wobei sich in diesem Bereich Ackerflächen, unterbrochen durch

Heckenstrukturen, befänden. Diese Heckenstrukturen seien der Grund für den Einsatz der Abschaltregelung für die Anlage 1. Sei dieses aber der Fall, so sei nicht nachvollziehbar, dass es für die Anlagen 2 bis 4 an Abschaltregelungen fehle. Denn die gefährdeten Tiere gelangten nicht gleichsam „aus dem Nichts“ zu der Anlage 1, sondern orientierten sich bei ihren Flugbewegungen an den angesprochenen Heckenstrukturen. Davon ausgehend müssten sie die Gefährdungsbereiche der Anlagen 3 und 4 passieren. Denn diese Anlagen lägen zwischen dem dargestellten Wald-/Teichgebiet und der Anlage 1. Eine entsprechende Überlegung gelte für die Anlage 2.

- 16 In dieser die Anlagen 2 bis 4 betreffenden Einschätzung sehe sich das Gericht nunmehr durch die Stellungnahme der F. GmbH vom 7. Dezember 2017 bestätigt.
- 17 (bb) Demgegenüber halte die Kammer hinsichtlich der Anlage 1 an ihrer Auffassung fest, nach der die verfügbaren Abschaltregelungen ausreichend seien, und beziehe sich auch insoweit auf ihren Beschluss vom 21. November 2017: Das Tötungsverbot werde erst dann verletzt, wenn sich durch ein Vorhaben das Tötungsrisiko in signifikanter Weise erhöhe. Der Antragsgegner habe für die Anlage 1 in Ziffer 7.4 der Nebenbestimmungen zum Schutz der Fledermäuse die dort ersichtlichen Abschaltzeiten vorgesehen. Diese Abschaltregelungen seien nach Auffassung der Kammer ausreichend.
- 18 Durchgreifende Erwägungen, die weitreichendere Abschaltzeiten erfordern würden und in jenem ersten Eilverfahren nicht gewürdigt worden wären, seien nicht ersichtlich.
- 19 Der Antragsteller könne sich auch [weiterhin] nicht erfolgreich darauf berufen, es habe Defizite bei der (Brut-)Vogelerfassung gegeben mit der Konsequenz, dass die Genehmigung gegen das Tötungsverbot hinsichtlich verschiedener Vogelarten verstoße. Die auf fachgutachtliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Behörde unterlägen gerichtlicher Prüfung nur dahin, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar seien und nicht auf einem unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhten.
- 20 (3.) Der Hilfsantrag sei abzulehnen, da der Klage wie sich aus den obigen Ausführungen (unter I. 1. a) ergebe, im Hinblick auf die Anlage 1 keine aufschiebende Wirkung zukomme.
- 21 Gegen die teilweise Versagung vorläufigen Rechtsschutzes durch die gerichtliche Entscheidung erster Instanz richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, gegen einen zeitlichen Ausschnitt der teilweisen Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bzw. gegen diese insgesamt richten sich die Beschwerden des Antragsgegners bzw. der Beigeladenen.
- 22 Der Antragsteller beantragt (Bl. 256 GA),
- 23 unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Beschlusses die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die der Beigeladenen erteilte Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windenergieanlagen vom 9. Dezember 2016 in der Fassung des Widerspruchs- und Abhilfebescheides vom 11. Juli 2017, des Bescheids über die Festsetzung des Ersatzgeldes vom 22. August 2018 und des Widerspruchsbescheides vom 23. Februar 2018 (2 A 984/18) auch hinsichtlich der Windkraftanlage (WEA) Nr. 1 wiederherzustellen.
- 24 Der Antragsgegner beantragt (Bl. 171 GA),
- 25 den Beschluss dahingehend abzuändern, dass die hinsichtlich der Windenergieanlagen 2 bis 4 ausgesprochene Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit der Befristung versehen wird, dass sie nur im Zeitraum vom 1. April bis 30. September eines jeden Jahres in der Zeit zwischen (ab) einer Stunde vor Sonnenuntergang und (bis) Sonnenaufgang greift,
- 26 hilfsweise
- 27 dahingehend abzuändern, dass die hinsichtlich der Windenergieanlagen 2 bis 4 ausgesprochene Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit der Befristung versehen wird, dass sie erst ab dem 1. April 2019 greift
- 28 und den Eilantrag auch insoweit abzulehnen.
- 29 Die Beigeladene beantragt (Bl. 174 f., 380 GA),
- 30 1. den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Stade vom 27. November 2017 zu ändern und den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers

gegen die angefochtene Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windenergieanlagen vom 9. Dezember 2016 in der Fassung des Widerspruchs- und Abhilfebescheides vom 11. Juli 2017, des Bescheides über die Festsetzung des Ersatzgeldes vom 22. August 2017 und des Widerspruchsbescheides vom 23. Februar 2018 in vollem Umfang abzulehnen,

- 31 2. hilfsweise, den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Stade vom 27. November 2018 zu ändern und die sofortige Vollziehung der angefochtenen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windenergieanlagen vom 9. Dezember 2016 in der Fassung des Widerspruchs- und Abhilfebescheides vom 11. Juli 2017, des Bescheides über die Festsetzung des Ersatzgeldes vom 22. August 2017 und des Widerspruchsbescheides vom 23. Februar 2018 mit der Maßgabe anzuordnen, dass deren Nebenbestimmungen Nr. III. 7.4 bis Nr. III. 7.7 und Nr. III. 7.9 auch bei dem Betrieb der Windenergieanlagen 2 bis 4 zu beachten sind,
- 32 3. der Beigeladenen durch Erlass einer Zwischenverfügung für die Dauer dieses Beschwerdeverfahrens vorläufig zu gestatten, den mit der Genehmigung vom 9. Dezember 2016 in der Fassung des Widerspruchs- und Abhilfebescheides vom 11. Juli 2017, des Bescheides über die Festsetzung des Ersatzgeldes vom 22. August 2017 und des Widerspruchsbescheides vom 23. Februar 2018 zugelassenen Betrieb der Windenergieanlagen 2 bis 4 unter Anwendung der Nebenbestimmungen Nr. III. 7.4 bis Nr. III. 7.7 und Nr. III. 7.9 dieser Genehmigung auf die Windenergieanlagen 2 bis 4 wiederaufzunehmen.
- 33 4. Die Beschwerde des Antragstellers „abzulehnen“.

## II.

- 34 Die zulässige Beschwerde des Antragstellers ist begründet, die Beschwerden der übrigen Beteiligten sind in den Haupt- und Hilfsanträgen unbegründet. Der begehrten Zwischenentscheidung des Senats (Antrag zu 3. der Beigeladenen) bedarf es nicht mehr.
- 35 **1.** Die Beschwerde des Antragstellers ist begründet. Denn wie sich aus den dargelegten Beschwerdegründen des Antragstellers (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) ergibt, ist der angefochtene Beschluss der Vorinstanz teilweise abzuändern und dem Antragsteller auch bezogen auf die Windenergieanlage 1 vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren, weil sein Eilantrag (auch) insoweit zulässig und begründet ist.
- 36 Der im Beschwerdeverfahren partiell weiterverfolgte Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 80a Abs. 3 Satz 1, 80 Abs. 5 VwGO) ist gemäß den § 8 Abs. 1 Satz 1 UmwRG und § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) UmwRG i. V. m. § 2 Abs. 6 Nr. 1 UVPG sowohl in seiner Zulässigkeit als auch in seiner Begründetheit grundsätzlich unter Heranziehung der aktuellen Fassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes zu beurteilen.
- 37 **a)** Das Begehren des Antragstellers nach Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist mit dem erstinstanzlichen Hauptantrag zulässig. Das gilt daher auch insoweit, als der Antragsteller diesen Hauptantrag bezogen auf die Windenergieanlage 1 mit seiner Beschwerde weiterverfolgt.
- 38 **aa)** Der Antragsteller ist als anerkannter Umweltverband (§ 3 UmwRG) gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 Buchst. a) UmwRG antragsbefugt, da er geltend macht, die sofort vollziehbare Genehmigung widerspreche als Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) UmwRG solchen Rechtsvorschriften, die für sie von Bedeutung sein könnten, sie berühre ihn in seinem satzungsgemäßen Aufgabenbereich der Förderung der Ziele des Umweltschutzes und er sei in dem Verfahren über den Antrag auf ihre Erteilung zur Beteiligung berechtigt gewesen.
- 39 **bb)** Die Auffassung der Beigeladenen (Beschwerdebegründungsschrift vom 13.12.2018, 3. Teil, unter B. I. 1. a), Bl. 187 ff. [191 f.]), es sei wegen verspäteter Einbeziehung der Bescheide des Antragsgegners vom 11. Juli 2017 und 22. August 2017 in den Widerspruch des Antragstellers zu einer Bestandskraft der angefochtenen Fassung der Genehmigung gekommen, verdient keine Zustimmung. Vielmehr folgt der Senat den oben unter I. 1. b) wiedergegebenen Erwägungen der Vorinstanz, in denen die maßgeblichen Vergleichspunkte, die eine Übertragung der insoweit zu Planfeststellungsbeschlüssen ergangenen Judikatur rechtfertigen, hinreichend dargestellt werden. Namentlich die demgegenüber von der Beigeladenen hervorgehobenen Unterschiede zwischen einem Planfeststellungsverfahren und einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind in dem – auch hier vorliegenden Fall – der wiederholten Modifikation einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht maßgeblich. Es kommt für die grundsätzliche Vergleichbarkeit der Interessenlage auch nicht darauf an, ob und wie im Einzelfall

der jeweilige Widerspruchsführer von einer die Genehmigung (lediglich) modifizierenden behördlichen Entscheidung Kenntnis erlangte. Denn die einschränkende Auslegung des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO, die (nur) für Konstellationen einer solchen Modifikation generell geboten ist, knüpft in ihrer Generalität gerade nicht an die Umstände der Bekanntgabe im Einzelfall an.

- 40 **cc)** Der Senat folgt ebenfalls dem Verwaltungsgericht, soweit es aufgrund der oben unter I. 1. c) wiedergegebenen Überlegungen das wiederholte Eilverfahren nicht an die Restriktionen des § 80 Abs. 7 VwGO gebunden gesehen hat. Denn des Schutzes des § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO vor einer sachwidrigen Wiederholung von Eilanträgen bedarf es in der gegebenen Fallgestaltung nicht.
- 41 **b)** Das Begehren des Antragstellers nach Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist mit dem erstinstanzlichen Hauptantrag begründet. Das gilt daher auch insoweit, als der Antragsteller diesen Hauptantrag bezogen auf die Windenergieanlage 1 mit seiner Beschwerde weiterverfolgt.
- 42 Denn nach derzeitigen Sachstand ist davon auszugehen, dass die zur Hauptsache erhobene Klage dergestalt teilweise Erfolg haben wird, dass sie zumindest (vgl. § 4 Abs. 1b Satz 1 UmwRG) zu der gerichtlichen Feststellung führt, die Genehmigung vom 9. Dezember 2016 in der hier angefochtenen Fassung sei bezogen auf alle vier Windenergieanlagen – und damit auch hinsichtlich der Windenergieanlage 1 – rechtswidrig und nicht vollziehbar. Überwiegendes spricht nämlich dafür, dass die Klage in dem soeben umrissenen Umfang zulässig und gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 UmwRG auch begründet ist. Letzteres gilt, weil sich die Klage gegen eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) UmwRG richtet (**aa**), die gegen Rechtsvorschriften verstoßen dürfte, die für diese Entscheidung von Bedeutung sind (**bb**), der Verstoß nicht gemäß § 4 Abs. 1a UmwRG i. V. m. § 46 VwVfG folgenlos bleibt (**cc**) und Belange berührt, die zu den Zielen gehören, die der Antragsteller nach seiner Satzung fördert (**dd**), und weil außerdem bei der angefochtenen Genehmigungsentscheidung eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestanden hat (**ee**).
- 43 **aa)** Die angefochtene Genehmigung ist eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) UmwRG, weil nach den gemäß § 74 Abs. 1 UVPG insoweit weiterhin maßgeblichen Vorschriften der §§ 3a, 3c i. V. m. Nr. 1.6.3 der Anlage 1 UVPG a. F. aufgrund einer standortbezogenen Vorprüfung des Einzelfalls eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehen konnte.
- 44 **bb)** Die angefochtene Genehmigungsentscheidung dürfte gegen Rechtsvorschriften verstoßen, die für diese Entscheidung von Bedeutung sind.
- 45 Das Genehmigungsverfahren ist gemäß § 25 Abs. 1a der 9. BImSchV weiterhin nach den Vorschriften der Verordnung über das Genehmigungsverfahren in der bis zum 16. Mai 2017 gültigen Fassung – 9. BImSchV a. F. – zu beurteilen, die ihrerseits gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) der 9. BImSchV a. F. anzuwenden war, weil die geplanten Windenergieanlagen zu den in der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) genannten Anlagen zählten. Denn ihre jeweiligen Gesamthöhen sollten mehr als 50 m betragen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 der 4. BImSchV a. F. i. V. m. Anhang 1 Nr. 1.6 und 1.6.2).
- 46 Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 der 9. BImSchV a. F. war die von allen Beteiligten für erforderlich erachtete (siehe im Folgenden unter ee) Umweltverträglichkeitsprüfung – anders als die standortbezogene Vorprüfung – für die vier umstrittenen Windenergieanlagen (nur) nach den Vorschriften der 9. BImSchV a. F. durchzuführen. Denn die 9. BImSchV a. F. enthielt abschließende Regelungen über die in einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren durchzuführende Umweltverträglichkeitsprüfung, sodass ein ergänzender Rückgriff auf die Verfahrensvorschriften des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung ausschied (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.9.2016 - BVerwG 7 C 1.15 -, NVwZ-RR 2017, 229 ff. [230, Rn. 14, m. w. N.]).
- 47 Gemäß § 20 Abs. 1a Satz 1 der 9. BImSchV a. F. hatte folglich der Antragsgegner als Genehmigungsbehörde auf der Grundlage der nach den §§ 4 bis 4e der 9. BImSchV a. F. beizufügenden Unterlagen, der behördlichen Stellungnahmen nach den §§ 11 und 11a der 9. BImSchV a. F., der Ergebnisse eigener Ermittlungen sowie der Äußerungen und Einwendungen Dritter eine zusammenfassende Darstellung der zu erwartenden Auswirkungen des Vorhabens auf die in § 1a der 9. BImSchV a. F. genannten Schutzgüter zu erarbeiten, und zwar einschließlich der Wechselwirkung, sowie der Maßnahmen, mit denen erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Schutzgüter vermieden, vermindert oder ausgeglichen werden, einschließlich der Ersatzmaßnahmen bei nicht ausgleichbaren, aber vorrangigen Eingriffen in Natur und Landschaft. Gemäß § 20 Abs. 1b Satz 1 der 9. BImSchV a. F. hatte er sodann möglichst innerhalb eines Monats nach Erarbeitung der zusammenfassenden Darstellung auf deren Grundlage und nach den für seine Entscheidung maßgeblichen Rechts- und

Verwaltungsvorschriften die Auswirkungen des Vorhabens auf die in § 1a der 9. BImSchV a. F. genannten Schutzgüter zu bewerten. Diese vorgenommene Bewertung hatte er schließlich bei der Entscheidung über den Antrag nach Maßgabe der hierfür geltenden Vorschriften zu berücksichtigen (§ 20 Abs. 1b Satz 3 der 9. BImSchV a. F.).

- 48 Ausweislich eines Vermerks vom 8. November 2016 (in BA 4) vergab der Antragsgegner jedoch „in Anbetracht der zeitlichen Bedrängnis“ sowie nach dem Motto „bekannt und bewährt“ durch ein Schreiben vom selben Tage (in BA 3) die Aufgabe, eine zusammenfassende Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen des Vorhabens zu fertigen, an den TÜV (G. GmbH & Co KG in H.). Dieser hatte zuvor (neben anderen Sachverständigen) ein Angebot erstellt, in dem er 15 Arbeitstage in Ansatz brachte. Nachdem die damalige Vorhabenträgerin mit Schreiben vom 9. November 2016 (in BA 4) – wie erwartet und dem TÜV vom Antragsgegner bereits mit der Auftragserteilung angekündigt – das Vorhaben um die ursprünglich vorgesehene fünfte Windenergieanlage reduziert hatte, erhielt der TÜV zwei Ordner der Verwaltungsvorgänge. Am 5. Dezember 2016 traf die Ausarbeitung des TÜV, „Zusammenfassende Darstellung der Umweltauswirkungen gemäß § 11 UVPG und Bewertung der Umweltauswirkungen gemäß § 12 UVPG ...“ bei dem Antragsgegner ein (in BA 3). Dort wurde sie in zwei Exemplaren von unterschiedlichen Mitarbeitern gelesen und mit der Bemerkung „ein paar Schreibfehler korrigieren“ versehen bzw. mit dem undatierten Vermerk: „Bis auf ein paar kleine Rechtschreibkorrekturen kann die Bewertung geteilt und übernommen werden.“ Als am 6. Dezember 2016 die von dem TÜV zurückgereichten Verwaltungsvorgänge eingingen, wurde auf dem Begleitschreiben (in BA 4) nochmals ein Vermerk angebracht: „1) OK, kann übernommen werden, kleine Rechtschreibkorrekturen, 2) Rechnung begleichen“. Unter dem 8. Dezember 2016 ging im Nachgang zu der Ausarbeitung eine E-Mail der verantwortlichen Sachbearbeiterin des TÜV bei dem Antragsgegner ein (in BA 3), in der es unter anderem hieß: „Im Fall E. hat mich die Einschränkung der Rastvogelkartierung auf den Kranich gewundert. Letztendlich ist aber ja nur relevant, dass die UNB damit einverstanden war. Wir sehen es schon als unsere Aufgabe, eine gewisse Kontrolle der Daten nochmal durchzuführen und eben nicht nur zu übernehmen, was in der UVS usw. steht. Das hat aber natürlich Grenzen, wenn es um die Basisdaten geht, da müssen wir übernehmen, was vorhanden ist.“ In einer nachträglichen Stellungnahme vom 2. Januar 2018 (Bl. 921 Bd. IV GA zu 12 ME 242/17) führte der Antragsgegner zu seinem damaligen Vorgehen unter anderem aus, die Erstellung einer „Zusammenfassenden Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen nach den §§ 11 und 12 UVPG“ [a. F.] sei „sehr umfangreich und im laufenden Geschäftsbetrieb personell und qualitativ nicht leistbar“. Nach § 13 Abs. 1 Satz 4 der 9. BImSchV [a. F.] könnten Sachverständige als Verwaltungshelfer herangezogen werden, wenn zu erwarten sei, dass hierdurch das Genehmigungsverfahren beschleunigt werden könne. So sei hier verfahren worden. Nach interner inhaltlicher Prüfung sei formlos entschieden worden, dass der von dem TÜV erstellte Text nach geringfügigen Änderungen „mitgetragen“ und entsprechend den Vorschriften des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung in den Genehmigungsbescheid habe übernommen werden können.
- 49 Vor dem Hintergrund dieses Akteninhalts beanstandet der Antragsteller in seiner Beschwerde begründungsschrift vom 25. Dezember 2018 unter III. (Bl. 295 f. GA) die oben unter I. 2. a) wiedergegebene Auffassung des Verwaltungsgerichts, nach der die „Zusammenfassende Darstellung der Umweltauswirkungen“ den Anforderungen entspreche. Er kritisiert, die nahezu vollständige Übernahme der Ausführungen des TÜV in den Genehmigungsbescheid vom 9. Dezember 2016 widerspreche dem Grundsatz, dass die Bewertung im Sinne des § 12 UVPG a. F. „Behördensache“ und nicht Aufgabe auf Behördenseite eingeschalteter Gutachter sei. Die Bewertung sei das Kernstück der Umweltverträglichkeitsprüfung. Sie habe nach den Vorgaben der umgesetzten europäischen Richtlinie die subjektive Verarbeitung der eingeholten Informationen durch die Behörde selbst sicherzustellen. Dieser Arbeitsschritt könne denotwendig nicht auf Dritte übertragen werden. Wenn der Akteninhalt keinerlei Hinweise auf eine kritische Prüfung durch die Behörde gebe, liege zumindest ein relativer Verfahrensfehler im Sinne des § 4 Abs. 1a UmwRG vor.
- 50 Demgegenüber meint die Beigeladene unter Teil 3. B. I. 4. a) ihrer Beschwerde begründungsschrift vom 13. Dezember 2018 (Bl. 212 GA) sowie unter B. III. ihrer Beschwerdeerwiderung vom 28. Januar 2019 (Bl. 395 f. GA), der Antragsgegner habe den an seine Umweltverträglichkeitsprüfung zu stellenden Anforderungen entsprochen, da er die von dem TÜV erstellte Unterlage und Bewertung nicht unkritisch übernommen habe. Dies habe er mit Schriftsatz vom 4. Januar 2018 in dem vorangegangenen Eilverfahren (Bl. 920 f. Bd. IV GA zu 12 ME 242/17) plausibel dargelegt.
- 51 Der Antragsteller dürfte zu Recht beanstanden, dass das Verwaltungsgericht die Umweltverträglichkeitsprüfung des Antragsgegners für rechtens gehalten hat.
- 52 Anders als das Baugesetzbuch, welches in § 4b Satz 1 BauGB ausdrücklich vorsieht, dass einem Dritten

als Verwaltungshelfer (vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 251) die Erstellung des zur Begründung eines Bauleitplanentwurfs zählenden Umweltberichts (§ 2a BauGB) übertragen werden kann, welcher der hier umstrittenen Ausarbeitung des TÜV vergleichbar ist, enthalten weder das Bundesimmissionsschutzgesetz noch die 9. BImSchV a. F. eine Spezialregelung darüber, ob und inwieweit behördenexterne Sachverständige gerade bei der Erledigung der in § 20 Abs. 1a Satz 1 und Abs. 1b Satz 1 der 9. BImSchV a. F. genannten Aufgaben herangezogen werden können. Da es – im Gegensatz zu etwa § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 i. V. m. § 6 SächsUVPg – für das Bundesrecht an einer gesetzlichen Grundlage für eine eigenverantwortliche Tätigkeit beliehener Sachverständiger fehlt, ist allenfalls eine Mitarbeit als Verwaltungshelfer zulässig. Als Rechtsgrundlage für eine solche Mitarbeit kommt – neben dem vom Antragsgegner hier zu Recht nicht herangezogenen § 2 Abs. 2 Satz 3 Nr. 5 der 9. BImSchV a. F. (Projektmanager) – zwar § 13 Abs. 1 Satz 4 der 9. BImSchV [a. F.] in Betracht. Der Verordnungsgeber hatte bei der Einführung dieser Norm aber wohl nur die Übernahme untergeordneter Aufgaben im Sinne einer Zuarbeit – wie etwa die Sichtung und Ordnung von Einwendungen oder die Vorbereitung eines Erörterungstermins – vor Augen (vgl. Feldhaus, 9. BImSchV, 1. Aufl. 2007, § 13 Rn. 2). Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass Gegenstand eines nach § 13 Abs. 1 Satz 4 der 9. BImSchV a. F. eingeholten Gutachtens sogar Rechtsfragen sein dürften (vgl. Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Stand: Juli 2018, 9. BImSchV § 13 Rn. 4), kann sich doch gleichwohl aus dem Gegenstand übertragener Arbeiten und/oder der Art der Einführung der Arbeitsergebnisse in das Genehmigungsverfahren ergeben, dass keine Verwaltungshilfe vorliegt, sondern die Grenze zur unzulässigen faktischen Beleihung überschritten wird – und damit zugleich ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vorliegt (vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 134).

- 53 Da der Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als gebundene Entscheidung in Verbindung mit der Berücksichtigungspflicht des § 20 Abs. 1b Satz 3 der 9. BImSchV a. F. dazu führt, dass die Bewertung der Umweltauswirkungen die Entscheidung der Genehmigungsbehörde, soweit es um die Frage nach schädlichen Umweltauswirkungen geht, weitgehend indiziert (vgl. Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Stand: Juli 2018, 9. BImSchV § 20 Rn. 10), spricht einiges dafür, in der Bewertung der Umweltauswirkungen gemäß § 20 Abs. 1b Satz 1 der 9. BImSchV a. F. – und in vergleichbaren Bewertungen gemäß § 12 UVPg a. F. (vgl. Peters/Balla, UVPg, 3. Aufl. 2006, § 12 Rn. 6) – eine genuine Hoheitsaufgabe zu sehen, welche die Genehmigungsbehörde – zumindest in der Regel – ausschließlich durch eigene Bedienstete wahrzunehmen hat. Denn wird eine Bewertung vom zuständigen Bediensteten lediglich auf Plausibilität überprüft und müsste sie, falls dieser ihr nicht folgt, entweder von ihm selbst oder – im Zweifel wiederum kostenträchtig – von dem externen Sachverständigen neu vorgenommen werden, so kann dies dazu führen, dass in der Praxis tendenziell nur noch diesem Sachverständigen gefolgt wird (vgl. Sonderforschungsgruppe Institutionenanalyse u. a., Abschlussbericht zum Vorhaben Evaluation des UVPg des Bundes, Darmstadt/Göttingen/Kassel 2008, S. 236, unter 6.4.5.3). Umgekehrt besteht aber auch die Gefahr, dass eine unter Zeitdruck nicht mehr ergebnisoffene Behörde einem an Folgeaufträgen interessierten externen Sachverständigen vorab bedeutet, zu welchem Ergebnis seine Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen tunlichst gelangen möge. Verfasste dieser daraufhin eine gezielt auf die faktisch feststehende behördliche Entscheidung abgestimmte Darstellung und Bewertung, so kehrte sein vorauseilender Gehorsam die Stufenfolge der Umweltverträglichkeitsprüfung geradezu um. Die extern erstellte Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen wäre weder sachorientiert, noch könnte sie auf die behördliche Willensbildung Einfluss nehmen. Sie wäre lediglich eine anspruchsvolle Schreibearbeit und allenfalls geeignet, extreme Defizite ihr vorausgegangener Abschnitte des Verfahrens aufzudecken – nämlich dann, wenn es sich für den externen Sachverständigen als nicht möglich erwiese, in fachlich noch vertretbarer Weise eine nachträgliche „Rechtfertigung“ für die bereits auf anderer Grundlage vollzogene Willensbildung der Behörde zu schaffen. Schließlich ist zu bedenken, dass es für einen Behördenmitarbeiter in aller Regel viel einfacher als für einen externen Sachverständigen ist, bei Bediensteten anderer amtlicher Stellen weitere Informationen und Erläuterungen einzuholen oder zusätzliche Ermittlungen zu erwirken, um so, falls dies angezeigt ist, das Verwaltungsverfahren partiell in einen der Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen vorgelagerten Abschnitt zurückzuführen. Es ist bezeichnend, dass die E-Mail der Sachbearbeiterin des TÜV vom 8. Dezember 2016 Interpretationen der unklaren Grenzen der ihr insoweit zugedachten Rolle enthält.
- 54 Unter anderem die Fragen des Umgangs mit entdeckten Defiziten des vorliegenden Materials sprechen im Übrigen dafür, dass bereits eine durch sachverständige Verwaltungshelfer vorgenommene Erarbeitung der Darstellung der Umweltauswirkungen im Sinne des § 20 Abs. 1a Satz 1 der 9. BImSchV a. F. problematisch ist. Denn diese Darstellung bildet nicht nur die Grundlage der Bewertung, in ihr findet auch die eigentliche Risikoabschätzung statt (vgl. Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Stand: Juli 2018, 9. BImSchV § 20 Rn. 6), zu der die Wirkungsprognosen zählen, deren Abgrenzung von Bewertungen nicht



nur schwierig sein kann (vgl. Beckmann, in: Hoppe/Beckmann [Hrsg.], UVPG, 4. Aufl. 2012, § 12 UVPG Rn. 20), sondern in denen sich auch behördliche Beurteilungsspielräume naturschutzfachlicher Art niederschlagen.

- 55 Vor diesem Hintergrund ist die Beauftragung externer Sachverständiger mit der in den Behördenbetrieb nicht eingebundenen Erarbeitung der Darstellung und – erst recht – der Bewertung von Umweltauswirkungen kein „Königsweg“ der Verfahrensbeschleunigung, sondern entspricht im Grundsatz nicht dem Sinn und Zweck der Umweltverträglichkeitsprüfung. Soweit eine derartige Verwaltungshilfe als Notbehelf solcher Genehmigungsbehörden zulässig sein mag, die für Belastungsspitzen personell und fachlich unzureichend ausgestattet sind, dürfen daher an die Übernahme von einerseits Bewertungen der Umweltauswirkungen eines Vorhabens im Sinne des § 20 Abs. 1b Satz 1 der 9. BImSchV a. F. und andererseits umstrittenen Wirkungsprognosen als Teil der Darstellung der Umweltauswirkungen im Sinne des § 20 Abs. 1a Satz 1 der 9. BImSchV a. F. keine geringen Anforderungen gestellt werden. Denn der Genehmigungsbehörde obliegt auch im Falle der Verwaltungshilfe weiterhin eine eigene Sichtung, Prüfung und rechtliche Durchdringung des Materials sowie der darauf aufbauenden Ausarbeitungen eines externen Sachverständigen. Im Rahmen dieser Prüfung muss sie sich insbesondere erkennbar mit den Fragen auseinandersetzen, ob zu den von dem externen Sachverständigen vorgenommenen Bewertungen der Umweltauswirkungen sowie seinen wesentlichen im Verwaltungsverfahren umstrittenen Wirkungsprognosen rechtmäßige Alternativen bestehen und warum sie diesen nicht den Vorzug gegenüber den entsprechenden Einschätzungen des Sachverständigen gibt. Die behördliche Prüfung muss zudem nach Ausmaß, wesentlichem Inhalt und Ergebnis vor dem Ergehen des Genehmigungsbescheides in den Verwaltungsvorgängen schriftlich dokumentiert werden, weil es ansonsten an den rechtsstaatlichen Voraussetzungen für ihre gerichtliche Kontrolle und dafür fehlt, der Genehmigungsbehörde die übernommenen Ausarbeitungen des externen Sachverständigen nicht nur formal im Außenverhältnis zuzurechnen, sondern sie auch materiell als Element eigener willkürfreier behördlicher Willensbildung zu betrachten.
- 56 Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass die im vorliegenden Falle vorgenommenen undatierten Vermerke den Anforderungen nicht genügen, die hiernach an die Dokumentation einer ordnungsgemäßen Überprüfung der (einschließlich Literaturverzeichnis) immerhin 55-seitigen Ausarbeitung des TÜV – die ihrerseits das Ergebnis mehrtägiger Arbeit war – zu stellen sind. Deshalb dürfte bis auf weiteres davon auszugehen sein, dass eine solche ordnungsgemäße Überprüfung nicht stattgefunden hat und die aus der von dem TÜV erarbeiteten Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen in den Genehmigungsbescheid übernommenen Passagen nicht als Elemente eigener willkürfreier Willensbildung der Genehmigungsbehörde betrachtet werden können. Damit dürften die Verfahrensschritte des § 20 Abs. 1a Satz 1 und Abs. 1b Satz 1 der 9. BImSchV a. F. nicht ordnungsgemäß durchlaufen sein.
- 57 **cc)** Dieser Verfahrensmangel ist zwar kein absoluter Verfahrensfehler im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UmwRG, weil es dafür jedenfalls am Vorliegen der Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchst. c) UmwRG fehlt. Es kann jedoch im hiesigen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht davon ausgegangen werden, dass der damit gegebene relative Verfahrensfehler gemäß § 4 Abs. 1a Satz 1 UmwRG i. V. m. § 46 VwVfG folgenlos bleiben wird. Das wäre nämlich nur dann der Fall, wenn bereits aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage hinreichend sicher festgestellt werden könnte, dass der Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache offensichtlich nicht beeinflusst hat (vgl. OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 25.7.2017 - 8 B 10987/17 -, NuR 2018, 45 ff., hier zitiert nach juris, Rn. 14). So liegt es hier aber nicht.
- 58 Da im vorliegenden Falle der Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als gebundene Entscheidung in Verbindung mit der Berücksichtigungspflicht des § 20 Abs. 1b Satz 3 der 9. BImSchV a. F. dazu führt, dass die – verfahrensfehlerhafte – Bewertung der Umweltauswirkungen die Entscheidung der Genehmigungsbehörde, soweit es um die Frage nach schädlichen Umweltauswirkungen geht, weitgehend indiziert (vgl. Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Stand: Juli 2018, 9. BImSchV § 13 Rn. 10), ließe sich die konkrete Möglichkeit, dass die angefochtene Entscheidung ohne den genannten Verfahrensfehler anders ausgefallen wäre, nämlich nur ausschließen, wenn dies aus dem materiellen Umweltrecht, hier insbesondere dem Artenschutzrecht, herzuleiten wäre. Im Hauptsacheverfahren müsste das Verwaltungsgericht hierzu von Amts wegen unter Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnismöglichkeiten, insbesondere der vorliegenden Akten und Planunterlagen, aber auch sonst erkennbarer oder naheliegender Umstände, untersuchen, ob die konkrete Möglichkeit besteht, dass namentlich die vom Antragsteller beanstandeten artenschutzrechtlichen Wirkungsprognosen und Wertungen, und damit die Genehmigungsentscheidung selbst, ohne den Verfahrensfehler bei der Umweltverträglichkeitsprüfung anders ausgefallen wären; ließe sich diese konkrete Möglichkeit nicht ausschließen, griffe die Kausalitätsvermutung nach § 4 Abs. 1a Satz 2 UmwRG zu Lasten des

Antragsgegners ein (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.6.2016 - BVerwG 9 B 65.15 -, NVwZ 2016, 1257 ff., hier zitiert nach juris, Rn. 5 und 21 f.; OVG Rh.-Pf., a. a. O., juris, Rn. 13). Derart umfassende Untersuchungen lassen sich jedoch im Eilverfahren nicht durchführen, und die konkrete Möglichkeit einer anderen Entscheidung ist regelmäßig nicht auszuschließen, wenn die Genehmigungsbehörde – wie vorliegend – eine naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative für sich in Anspruch nehmen musste, sodass ihre Entscheidung rechtlich und naturschutzfachlich nicht offensichtlich alternativlos war. Eine solche Alternativlosigkeit ist im hiesigen Falle schon im Hinblick darauf nicht zu erkennen, dass unter den Beteiligten über die Fachgerechtigkeit sowohl der Auflagen zum Fledermausschutz als auch der Bestandserfassung der Avifauna ein nachvollziehbarer Streit besteht. Weder betreffend die Umweltauswirkungen insgesamt noch bezogen auf bestimmte zeitlich einzugrenzende Umweltauswirkungen kann daher im Eilverfahren die konkrete Möglichkeit einer anderen behördlichen Genehmigungsentscheidung ausgeschlossen werden. Damit ist aus der Perspektive des Eilverfahrens (vorläufig) die Vermutung des § 4 Abs. 1a Satz 2 UmwRG maßgeblich.

- 59 **dd)** Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass der voraussichtlich zu bejahende Rechtsverstoß gegen § 20 Abs. 1a Satz 1 und Abs. 1b Satz 1 der 9. BImSchV a. F. Belange berührt, die zu den Zielen gehören, die der Antragsteller nach § 2 Satz 1 und 2 Buchst. d) seiner Satzung fördert.
- 60 **ee)** Es kann aus der standortbezogenen Vorprüfung des Einzelfalls gefolgert werden, deren Ergebnis der Antragsgegner unter 25. Januar 2016 (in BA 3) festhielt, dass bei der angefochtenen Genehmigungsentscheidung eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestanden hat. Dies wird auch von keinem Beteiligten in Zweifel gezogen. Insbesondere ist weder geltend gemacht noch ersichtlich, dass sich an dem Erfordernis deshalb etwas geändert hätte, weil das Vorhaben später auf vier Windenergieanlagen reduziert wurde.
- 61 **2.** Die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen sind mit den Haupt- und Hilfsanträgen unbegründet.
- 62 Wie unter **II. 1. a)** ausgeführt, ist der erstinstanzliche Hauptantrag des Antragstellers – ungeachtet der mit der Beschwerde der Beigeladenen dagegen erhobenen Einwände – bezüglich aller vier Windenergieanlagen zulässig. Er erweist sich auch aus anderen als den der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung beigegebenen Gründen, nämlich den soeben unter **II. 1. b)** genannten, als insgesamt begründet. Diese Gründe sind dem Antragsgegner und der Beigeladenen unter anderem aus der Beschwerdebegründung des Antragstellers bekannt, sodass es keines zusätzlichen richterlichen Hinweises auf ihre mögliche Relevanz bedurfte. Es kommt nach alledem nicht darauf an, ob die von dem Antragsgegner und der Beigeladenen mit ihren Beschwerden dargelegten Bedenken gegenüber den Erwägungen durchgreifen, aus denen das Verwaltungsgericht den Eilantrag hinsichtlich der Anlagen 2 bis 4 uneingeschränkt für begründet gehalten hat.
- 63 **3.** Gleichwohl gibt der Senat folgende weitere Hinweise:
- 64 **a)** Der oben unter **I. 1. b) bb)** umrissene Verfahrensmangel könnte sich möglicherweise dadurch beheben lassen, dass der Antragsgegner in einem ergänzenden Verfahren eine ordnungsgemäße Prüfung – also nicht etwa nur die Dokumentation einer vorangegangenen Prüfung – der von dem TÜV erarbeiteten zusammenfassenden Darstellung der Umweltauswirkungen und Bewertung der Umweltauswirkungen ergebnisoffen nachholt und dokumentiert. Soweit er der Ausarbeitung des TÜV dann nicht oder nicht vollständig zu folgen vermag, muss das ergänzende Verfahren auch auf den in § 20 Abs. 1b Satz 3 der 9. BImSchV a. F. genannten Verfahrensschritt erstreckt und nach dessen Wiederholung ein ergänzender Bescheid erlassen werden, der dem Ergebnis des ergänzenden Verfahrens inhaltlich Rechnung trägt – selbst wenn dieses nur in einer Änderung der nach § 21 Abs. 1 Nr. 5 der 9. BImSchV a. F. zu gebenden Begründung bestünde. Auf die Bekanntgabe eines solchen Ergänzungsbescheides dürften dieselben Regeln anzuwenden sein wie auf diejenige des Genehmigungsbescheides in seiner Ursprungsfassung (vgl. Nds. OVG, Beschl. v. 28.5.2018 - 12 ME 25/18 -, RdL 2018, 275 ff., hier zitiert nach juris, Rn. 31).
- 65 **b)** Sollte das ergänzende Verfahren zu einer Behebung des Verfahrensmangels führen, bedarf es grundsätzlich (vgl. jedoch § 80b Abs. 1 VwGO) eines Verfahrens nach den §§ 80a Abs. 3 Satz 2, 80 Abs. 7 VwGO, um die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers einzuschränken oder zu beseitigen.
- 66 **c)** Da der Beschluss des Verwaltungsgerichts allein mit der durch die Beschwerdeentscheidung des Senats geänderten Begründung Rechtskraft erlangt, dürfte die Vorinstanz in einem etwaigen Verfahren nach den §§ 80a Abs. 3 Satz 2, 80 Abs. 7 VwGO zunächst die Heilung des oben unter **II. 1 b) bb)** genannten Verfahrensmangels und bei deren Bejahung erneut die Frage zu prüfen haben, ob und in


welchem Umfang dem Antragsteller aus anderen Gründen vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren ist.

- 67 **d)** Wenn das Verwaltungsgericht in einem Verfahren nach den §§ 80a Abs. 3 Satz 2, 80 Abs. 7 VwGO nochmals die Erfolgsaussichten der Klage zur Hauptsache einzuschätzen haben sollte, dürfte der Maßstab, anhand dessen die Berechtigung von Einwänden zu prüfen ist, die gegen die Bewältigung von artenschutzrechtlichen Problematiken durch den Antragsgegner erhoben werden, nicht dem § 3a Satz 4 UVPG (a. F.) zu entnehmen sein (vgl. insoweit auch: BVerwG, Urt. v. 28.11.2017 - BVerwG 7 A 17.12 -, NVwZ 2018, Beilage Nr. 1, S. 29 ff., hier zitiert nach juris, Rnrr. 32 f.). Vielmehr dürften diejenigen Maßstäbe anzulegen sein, die für die gerichtliche Überprüfung artenschutzrechtlicher Entscheidungen einer Genehmigungsbehörde entwickelt worden sind (vgl. Nds. OVG, Urt. v. 25.10.2018 - 12 LB 118/16 -, juris, Rnrr. 211 f.).
- 68 **e)** Sofern das Verwaltungsgericht in einem Verfahren nach den §§ 80a Abs. 3 Satz 2, 80 Abs. 7 VwGO auch anhand dieser Maßstäbe erneut die Überzeugung gewinnen sollte, dass die Einwände des Antragstellers gegen die umstrittene Genehmigung voraussichtlich teilweise berechtigt sind, nämlich insoweit, als von einem Betrieb der Windenergieanlagen 2 bis 4 rechtswidrige Gefahren für Fledermäuse ausgehen, dürfte es sich damit zu befassen haben, ob diesen Gefahren hinreichend durch eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage begegnet werden kann, die sich gemäß den §§ 80a Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 80 Abs. 5 Satz 5 VwGO lediglich auf bestimmte Zeiträume erstreckt (vgl. Funke-Kaiser, in: Bader, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80 Rn. 113). Der Senat hat keine Zweifel, dass dies aus Gründen der Verhältnismäßigkeit rechtlich geboten wäre, wenn sich eine Rechtswidrigkeit der Genehmigung tatsächlich und lediglich aus zu bestimmten Jahres- und Tageszeiten von den Windenergieanlagen 2 bis 4 für Fledermäuse ausgehenden Betriebsgefahren ergeben sollte. Ließen sich für das Verwaltungsgericht – etwa anhand der Arbeitshilfe „Naturschutz und Windenergie“ des Niedersächsischen Landkreistages, S. 26, unter 4.4.2. – Zeiträume ermitteln, in denen ein Betrieb auch der Windenergieanlagen 2 bis 4 eindeutig mit keinem signifikanten Tötungsrisiko für Fledermäuse verbunden wäre, so dürften diese Zeiträume dann von der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers auszunehmen sein (vgl. auch: Nds. OVG, Urt. v. 25.10.2018 - 12 LB 118/16 -, juris, Rnrr. 199, 206 und 215).
- 69 **4.** Der Kostenausspruch beruht auf § 154 Abs. 2 und Abs. 3 i. V. m. § 155 Abs. 1 Satz 1 sowie § 162 Abs. 3 VwGO. Die im zweiten Rechtszug angefallenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Antragstellers werden dem Antragsgegner und der Beigeladenen nicht im selben Verhältnis auferlegt, weil der Antragsgegner mit seiner eigenen Beschwerde bezogen auf die Windenergieanlagen 2 bis 4 lediglich eine Reduktion des Zeitraums aufschiebender Wirkung der Klage um - in etwa - 1/4 der jährlichen Betriebszeit erstrebt hat.
- 70 **5.** Die Streitwertfestsetzung stützt sich auf die §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 45 Abs. 1 und Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 2 sowie 52 Abs. 1 GKG. Sie orientiert sich an den Vorschlägen unter den Nrn. 1.2 und 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NordÖR 2014, 11).

III.

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

---

 Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie **genau dieses Dokument** verlinken möchten:  
<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&doid=MWRE190000586&psml=bsndprod.psmi&max=true>