



OBERVERWALTUNGSGERICHT RHEINLAND-PFALZ

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsrechtsstreit

des ...,

- Antragsteller und Beschwerdeführer -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Engemann & Partner, Kastanienweg 9,
59555 Lippstadt,

g e g e n

den Landkreis Kusel,
vertreten durch den Landrat, Trierer Straße 49 - 51, 66869 Kusel,

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

beigeladen:

Firma ...,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Jeromin & Kerkmann, Rennweg 72,
56626 Andernach,

w e g e n immissionsschutzrechtlicher Genehmigung
hier: aufschiebende Wirkung

hat der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz in Koblenz aufgrund der Beratung vom 22. Februar 2019, an der teilgenommen haben

Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht Prof. Dr. Held
Richter am Oberverwaltungsgericht Müller-Rentschler
Richter am Oberverwaltungsgericht Graf

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Neustadt an der Weinstraße vom 19. Dezember 2018 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 7.500,00 € festgesetzt.

G r ü n d e

- 1 Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.
- 2 Die in der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen keine Abänderung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts.
- 3 Der Senat teilt die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass im Rahmen der nach §§ 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmenden Interessenabwägung das Interesse der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehbarkeit der ihr am 6. April 2017 erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung der Windenergieanlage Be 01 auf dem Flurstück Nr 900 in der Gemarkung B. das Aussetzungsinteresse des Antragstellers überwiegt.
- 4 1. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen kommt eine Zurückweisung der Beschwerde allerdings nicht bereits deshalb in Betracht, weil sich der Antragsteller mit dem zweiten Begründungsteil im Beschluss des Verwaltungsgerichts (B. [reine Interessenabwägung]) nicht auseinandergesetzt hat. Zum einen geht die Beschwerdebegründung durchaus auch auf Aspekte einer reinen Interessenabwägung ein

(vgl. S. 3 des Schriftsatzes vom 21. Januar 2019). Zum anderen handelt es sich bei dem zweiten Begründungsteil im Beschluss des Verwaltungsgerichts nicht um eine selbständig tragende Begründung für die Ablehnung des Eilantrags. Denn die Ausführungen unter B. sind ersichtlich nur für den Fall erfolgt, dass von offenen Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache auszugehen ist. Offene Erfolgsaussichten nimmt das Verwaltungsgericht entsprechend allgemeiner Praxis der Verwaltungsgerichte dann an, wenn auf der Ebene der Evidenzprüfung (offensichtliche Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts) eine eindeutige Aussage nicht möglich ist (vgl. S. 3 des Beschlusses des Verwaltungsgerichts; allgemein zu diesem Prüfungssystem: Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 80, Rn. 89 f). Mit der hiernach vorrangigen Feststellung des Verwaltungsgerichts, dass eine offensichtliche - ohne weiteres zum Erfolg des Eilantrags führende - Rechtsverletzung des Antragstellers durch die angefochtene Genehmigung nicht festzustellen sei (vgl. S. 4 des Beschlusses des Verwaltungsgerichts), hat sich der Antragsteller in der Beschwerde indes eingehend auseinandergesetzt.

- 5 2. Auch der Senat ist der Auffassung, dass dem Eilantrag nicht bereits wegen offensichtlicher Erfolgsaussichten der vom Antragsteller erhobenen Anfechtungsklage stattzugeben ist.
- 6 a) Entgegen der Auffassung des Antragstellers erweist sich die immissionschutzrechtliche Genehmigung vom 6. April 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. Mai 2018 nicht bereits deshalb als offensichtlich rechtswidrig und für den Antragsteller rechtsverletzend, weil die Behörde einen Anspruch des Antragstellers auf vorrangige Bescheidung seines Genehmigungsantrags vom 15. April 2014 übergangen hätte.
- 7 (1) Zwar kam dem Genehmigungsantrag des Antragstellers vom 15. April 2014 zunächst der Vorrang gegenüber dem von der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen am 20. Januar 2016 gestellten Antrag zu.
- 8 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Genehmigungsbehörde bei konkurrierenden, sich gegenseitig ausschließenden oder einschränkenden Vorhaben, eine sachgerechte und willkürfreie Entscheidung über die Reihenfolge der Bescheidung

zu treffen hat; dabei erweist sich der Gesichtspunkt der Priorität konkurrierender Anträge grundsätzlich als sachgerechtes Kriterium, sofern nicht besondere Umstände des Einzelfalls eine Abweichung hiervon rechtfertigen (vgl. OVG RP, Urteil vom 3. August 2016 – 8 A 10377/16.OVG –, BauR 2016, 2064 und juris, Rn. 49; Beschluss vom 18. Juni 2018 – 8 B 10260/18.OVG –, ZNER 2018, 473 und juris, Rn. 19; Beschluss vom 21. März 2014 – 8 B 10139/14.OVG –, BauR 2014, 1133 und juris, Rn. 21 [jeweils m.w.N.]; OVG NRW, Urteil vom 18. September 2018 – 8 A 18086/16 –, juris, Rn. 53; Gatz, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2013, Rn. 439; Agatz, Windenergie-Handbuch, 15. Aufl., Dezember 2018, www.windenergie-handbuch.de, S. 54 ff.; Sittig-Behm, in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Rn. 194 ff.). Hinsichtlich der Priorität eines Genehmigungsantrags wird man grundsätzlich auf den Zeitpunkt abzustellen haben, zu dem der Behörde vollständige und prüffähige Unterlagen vorliegen (vgl. OVG RP, Urteil vom 3. August 2016, a.a.O., juris, Rn. 49; OVG NRW, Urteil vom 18. September 2018, a.a.O., juris, Rn. 55). Im vorliegenden Fall liegt eine echte Konkurrenzsituation deshalb vor, weil sich die Verwirklichung der Vorhaben des Antragstellers und der Beigeladenen wegen der Nähe ihrer Standorte auf der Parzelle-Nr. 895/1 (Antragsteller) und der Parzelle-Nr. 900 (Beigeladene) gegenseitig ausschließen.

⁹ (2) Von der Frage der durch die frühzeitigere Antragstellung erworbenen Vorrangstellung ist aber die weitere Frage zu trennen, welche Konsequenzen sich aufgrund der im Genehmigungsverfahren angestellten Prüfungen ergeben. Denn der Anspruch auf vorrangige Bescheidung des zuerst gestellten Antrags verschafft keinen Anspruch auf dessen positive Bescheidung. Aus der rechtlichen Überprüfung des Antrags können sich Hindernisse ergeben, die der Genehmigungserteilung entgegenstehen. Ein solcher Fall liegt hier vor.

¹⁰ Dem steht auch die von dem Antragsteller zitierte Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen nicht entgegen. Mit der Formulierung, die für die Priorität maßgebliche Einreichung eines prüffähigen Genehmigungsantrags verlange nicht, dass die Unterlagen schon die Genehmigungsfähigkeit belegen müssten (vgl. OVG NRW, Urteil vom 18. September 2018, a.a.O., juris, Rn. 57), bezieht sich das Gericht allein auf den zeitlichen Anknüpfungspunkt für den aus dem Prioritätsprinzip herzuleitenden Vorrang bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen. Die Zuerkennung dieser Vorrangstellung dürfe nicht durch eventuell notwendige

Nachprüfungen zu einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen (etwa auch unter Mitwirkung anderer Stellen) in Frage gestellt werden (OVG NRW, a.a.O., juris, Rn. 57 und 59). Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat damit aber ersichtlich nicht ausgeschlossen, dass auch der vorrangig zu behandelnde Antrag im Genehmigungsverfahren einer eingehenden Prüfung zu unterziehen und dann zu bescheiden ist. Dies entspricht der Pflicht der Genehmigungsbehörde, einen Antrag unverzüglich zu bescheiden, sobald alle Umstände ermittelt sind (§ 20 Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV). Das Ergebnis der Prüfung kann auch in der Ablehnung eines Antrags bestehen, wenn nämlich ein unüberwindbares Hindernis für die Genehmigung vorliegt. Mit der Ablehnung des prioritär gestellten Antrags ist die Genehmigungsbehörde zugleich befugt, dem nachrangig gestellten Antrag stattzugeben, sofern er die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt. Denn die Verfahrensförderungspflicht gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV gilt auch zugunsten des zweiten Antragstellers. Aus Gründen der Verfahrensfairnis ist die Behörde in solchen Fällen allerdings gehalten, den betreffenden Antragsteller in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 1 Satz 3 der 9. BImSchV auf das festgestellte Genehmigungshindernis hinzuweisen und ihm eine Frist zu dessen Abwendung einzuräumen.

- 11 Letzteres ist hier geschehen. So hat der Antragsgegner den Antragsteller mit Schreiben vom 6. April 2016 darauf hingewiesen, dass für die geplante Windenergieanlage eine sog. Abstandsflächenbaulast gemäß §§ 9 und 86 LBauO eingetragen sein müsse und er um Vorlage der dazu erforderlichen Verpflichtungserklärung bis Ende Mai 2016 gebeten werde (vgl. den Ablehnungsbescheid vom 2. Februar 2018, Bl. 80 der Gerichtsakte des Hauptsacheverfahrens 3 K 882/18.NW; zum Abstandsflächengebot bei Windenergieanlagen: OVG RP, Beschluss vom 10. September 1999 – 8 B 11689/99.OVG –, ESOVGRP; Urteil vom 12. Mai 2011 – 1 A 11186/08.OVG –, NVwZ-RR 2011, 759 und juris, Rn. 76 ff.; Jeromin, LBauO, 4. Aufl. 2016, § 8, Rn. 148 f.).
- 12 Da das Genehmigungshindernis nach Verstreichen der gesetzten Frist nicht behoben war, durfte der Antragsgegner den erstgestellten Antrag (abschlägig) bescheiden. Dass hiermit zunächst noch zugewartet und dennoch bereits am 6. April 2017 die positive Genehmigungsentscheidung für das Vorhaben der Beigeladenen getroffen wurde, ist rechtlich nicht zu beanstanden, weil der Ablehnungsbescheid zu

Lasten des Antragstellers vom 2. Februar 2018 jedenfalls zum maßgeblichen Zeitpunkt für die rechtliche Beurteilung des Genehmigungsbescheids vom 6. April 2017, nämlich dem Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids vom 30. Mai 2018, vorgelegen hat.

- 13 (3) Soweit der Antragsteller geltend macht, die Genehmigung vom 6. April 2017 zugunsten der Beigeladenen sei deshalb rechtswidrig, weil die ihr zugrunde liegende Weigerung der Ortsgemeinde, anderen Interessenten als der Beigeladenen die für die Errichtung von Windenergieanlagen erforderlichen Baulasten zu bewilligen (vgl. das Schreiben des Ortsbürgermeisters vom 21. März 2016, Anlage K9 zur Klageschrift im Verfahren 3 K 882/18.NW), ihrerseits rechtswidrig sei, ergeben sich auch hieraus keine offensichtlichen Erfolgsaussichten seiner Anfechtungsklage.
- 14 Dies würde voraussetzen, dass die Genehmigungsbehörde in einem Fall, in dem das Genehmigungshindernis auf dem fehlenden Einverständnis Dritter beruht, verpflichtet wäre, mit der Bescheidung der anhängigen Anträge bis zur Ausräumung des Hindernisses zuzuwarten oder gar auf den Dritten einzuwirken, wie von dem Antragsteller vorgebracht. Dem ist nicht zu folgen. Wie das Verwaltungsgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, ist es Sache des Antragstellers, die für sein Vorhaben nötigen Einwilligungen einzuholen. Im vorliegenden Fall oblag es daher dem Antragsteller, die zur Eintragung einer Abstandsflächenbaulast notwendige Verpflichtungserklärung der Eigentümer der Nachbargrundstücke beizubringen. Im Falle ihrer Weigerung wäre er gehalten gewesen, die sich allenfalls aus dem Zivilrecht ergebenden Ansprüche geltend zu machen und erforderlichenfalls (zivil-)gerichtlich – mit der Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes – durchzusetzen (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14. Januar 2014 – 2 B 14076/13 –, NVwZ-RR 2014, 412 und juris, Rn. 10).
- 15 Eine Pflicht der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde, mit der Bescheidung der Anträge noch zuzuwarten, könnte im Hinblick auf die einmal erreichte Vorrangstellung des ersten Antragstellers aus Gründen der Verfahrensfairnis allenfalls dann erwogen werden, wenn die Abgabe der allein noch fehlenden Einverständniserklärung des Dritten unmittelbar bevorsteht. Ein solcher Fall lag hier indes nicht vor. Der Antragsteller hat sich im Anschluss an das Aufforderungsschreiben der Behörde vom 6. April 2016 nicht erklärt (vgl. den Ablehnungsbescheid vom 2.

Februar 2018, Bl. 80 der Gerichtsakte 3 K 882/18.NW). Er hat auch im Beschwerdeverfahren nicht vorgetragen, die Ortsgemeinde wegen der verweigerten Verpflichtungsgenehmigung in Anspruch genommen zu haben. Vor diesem Hintergrund war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, den Abschluss der laufenden Genehmigungsverfahren weiter hinauszuzögern.

- 16 Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob überhaupt Anhaltspunkte für das Bestehen der von dem Antragsteller geltend gemachten Ansprüche vorliegen. Denn die Bewilligung einer Baulast ist grundsätzlich freiwillig (vgl. Jeromin, a.a.O., § 86 Rn. 6). Soweit der Antragsteller insoweit allein auf Ansprüche gegen die Ortsgemeinde als Eigentümerin der Parzelle Nr. 900 und auf deren weitergehende rechtliche Bindungen abstellt (vgl. zur Binding der öffentlichen Hand an das Willkürverbot auch bei fiskalischem Handeln: BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. Juli 2016 -2 BvR 470/08-, NJW 2016, 3153 und juris, Rn. 30 f; BVerwG, Beschluss vom 10. November 2016 – 4 B 27/16-, SächsVBl. 2017, 71 und juris, Rn. 8), erscheint es zunächst zweifelhaft, ob der Antragsteller nicht auch von dem (Privat-) Eigentümer der Parzelle Nr. 850 die Verpflichtungserklärung gem. § 86 LBauO wird erstreiten müssen. Grundlage für diese Zweifel sind trotz des im Dezember 2014 von dem Eigentümer erklärten Einverständnisses mit dem Vorhaben des Antragstellers (vgl. Bl. 126 der Gerichtsakte 3 K 882/18.NW) die von der Beigeladenen im Hauptsacheverfahren geschilderten Absprachen zwischen ihr und diesem Eigentümer. Soweit der Antragsteller gegenüber der Ortsgemeinde den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als Eigentümerin ihres Außenbereichsgrundstücks oder eine Diskriminierung ihm gegenüber geltend macht, kann dem hier schon deshalb nicht weiter nachgegangen werden, weil insofern Stellungnahmen der Ortsgemeinde zu diesen Vorwürfen fehlen.
- 17 b) Soweit der Antragsteller ferner hinsichtlich der übrigen von ihm in erster Instanz geltend gemachten Rechtsverstöße durch die angefochtene Genehmigung vom 6. April 2017 (Überschreiten der Grenzen der Konzentrationszone im Flächennutzungsplan, fehlende Berücksichtigung des klägerischen Vorhabens auf der Parzelle Nr. 895/1 bei der UVP, unzumutbare Turbulenzwirkungen für die Bestandsanlage des Antragstellers V-66) die Auffassung des Verwaltungsgerichts rügt, maßgeblich seien insofern nur – hier nicht ersichtliche – Verstöße gegen drittschützende

Vorschriften, rechtfertigt auch dies keine Abänderung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts.

- 18 Denn das Verwaltungsgericht hat damit nur die sich aus § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO ergebenden Voraussetzungen für den Erfolg einer Drittanfechtungsklage wiedergegeben. Soweit der Antragsteller im Beschwerdeverfahren ausdrücklich die Nichtberücksichtigung seines Konkurrenzvorhabens in der Umweltverträglichkeitsprüfung rügt, ist bereits die objektive Rechtswidrigkeit nicht dargetan. Denn bereits nach seinem eigenen Vorbringen ist die Realisierung beider Windenergieanlagen ausgeschlossen, weshalb einer Verstärkung der Umweltauswirkungen durch das Vorhandensein zweier Anlagen nicht nachzugehen war. Das oben erörterte Konkurrenzverhältnis der parallelen Genehmigungsanträge ist nicht Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung.
- 19 3. Soweit der Antragsteller schließlich geltend macht, für den Erfolg des Eilantrags müsse „eine nicht ganz zu vernachlässigende Wahrscheinlichkeit für den Erfolg des Anfechtungsrechtsbehelfs“ genügen (vgl. S. 3 der Beschwerdebegründung im Schriftsatz vom 21. Januar 2019), spricht er die Kriterien für eine sog. reine Interessenabwägung für den Fall offener Erfolgsaussichten in der Hauptsache an.
- 20 Auch insofern teilt der Senat die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass hier das Vollzugsinteresse der Beigeladenen überwiegt. Zwar werden bei Errichtung der ihr genehmigten Windenergieanlage zunächst einmal Fakten geschaffen. Die Errichtung der Anlage aufgrund des Sofortvollzugs der Genehmigung geschieht allerdings auf das Risiko der Beigeladenen und kann bei einem Erfolg im Hauptsacheverfahren wieder rückgängig gemacht werden. Für die Interessenabwägung zulasten des Antragstellers spricht aber vor allem, dass für ihn bislang nur vage Aussichten auf eine Genehmigung seines Vorhabens bestehen. Demgegenüber droht der Beigeladenen wegen des bereits erfolgten Zuschlags für die Einspeisung von Strom die naheliegende Gefahr, im Falle der Verzögerung des Projekts Strafzahlungen gemäß § 55 Abs. 1 EEG 2017 ausgesetzt zu sein oder gar den Zuschlag gemäß § 36e Abs. 1 EEG 2017 gänzlich zu verlieren (vgl. hierzu die Antragserwiderung im Schriftsatz der Beigeladenen-Bevollmächtigten vom 6. Dezember 2018, S. 6; ferner OVG RP, Beschluss vom 4. Januar 2019 – 8 B 11435/18.OVG –, S. 5 d.U.).

- 21 Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2 und 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, dem Antragsteller auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, da diese sich durch die Stellung eines eigenen Antrags selbst einem Kostenrisiko ausgesetzt hat.
- 22 Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 47, 52 GKG.

gez. Prof. Dr. Held

gez. Müller-Rentschler

gez. Graf