

Übungsaufgabe 2 –mit planungsrechtlicher Ergänzung

Sie vertreten den Vorhabenträger A anwaltlich. Der Vorhabenträger möchte 12 Windenergieanlagen mit einer Nabenhöhe von 150 m Höhe und einem Rotordurchmesser von 90 m und je 3 MW elektrischer Leistung im Außenbereich der Gemeinde G im Bundesland Brandenburg errichten, dessen Bauordnung der des Landes Berlin wörtlich entspricht.

N ist Eigentümer eines Einfamilienhauses mit Garten im Bundesland Berlin, welches an die Gemeinde G angrenzt. Das Vorhaben des A liegt 900 m vom Haus des N entfernt. A hat mittlerweile einen Antrag auf Genehmigung seines Vorhabens gestellt. In einem Gesprächstermin hat die Genehmigungsbehörde A davon unterrichtet, dass sie bei der Umweltverträglichkeitsvorprüfung zu dem Ergebnis einer Erforderlichkeit der Umweltverträglichkeitsprüfung gekommen sei. A hatte einen Antrag auf Genehmigung seines Vorhabens am 01.12.2014 gestellt. Die zuständige Behörde hat das Vorhaben mit dem gesetzlich vorgegebenen Inhalt im Amtsblatt der Gemeinde G, im Amtlichen Anzeiger des Landkreises, als dem Verkündungsorgan der Genehmigungsbehörde, und in der örtlichen Tageszeitung, der Märkischen Allgemeinen am 23.12.2014 bekannt gemacht und vom 04.01. bis zum 04.02. 2015 in ihrer Behörde öffentlich ausgelegt.

N, der nur den Tagesspiegel liebt, erfährt von dem Vorhaben zufällig am 04.03. 2015. Er wendet sich an die Senatsverwaltung für Umwelt in Berlin und nimmt Einsicht in die über das Vorhaben ausgelegten Unterlagen.

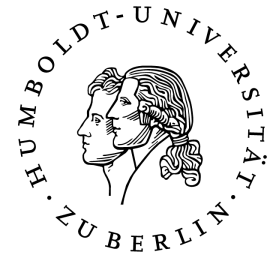
Daraus ergibt sich, dass die baurechtlichen Abstandsflächen eingehalten werden, es jedoch durch den Schattenwurf das Wohnhaus des N erheblich beeinträchtigt wird. Aus dem ausgelegten Gutachten der ergibt sich weiter, dass voraussichtlich in der unmittelbaren Umgebung der WEA und damit auch auf seinem Grundstück die Schallbelastung nachts über den Grenzwerten der TA-Lärm liegen kann. N erhebt schriftlich am 19.04.2015 seine Einwendung gegen das Vorhaben. Er wendet außerdem ein, dass Fledermäuse in dem Bereich ausweislich der ausgelegten Unterlagen einen Jagdkorridor haben und die Umsetzung des Vorhabens gegen das Tötungsverbot verstößt.

Mit Bescheid vom 30.04.2015 wird das Vorhaben des A von der zuständigen Behörde genehmigt und gleichzeitig die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung angeordnet. Als Anordnungsgrund für die sofortige Vollziehung wird das wirtschaftliche Interesse des A angegeben, das Bauvorhaben im Jahr 2015 abzuschließen, um eine höhere Einspeisevergütung und bessere Einspeisevergütungsbedingungen zu erhalten.

In einem formlosen Brief wird N am 30.04.2015 mitgeteilt, dass seine Einwendungen verspätet waren. N möchte gegen das Vorhaben sofort heute, am 04.05.2015 vorgehen. Er hat vor Ort festgestellt, dass bereits mit dem Fällen von Bäumen begonnen wird. Damit A keine vollendeten Tatsachen schaffen kann, möchte N außerdem einen sofortigen Baustopp erreichen.

Wie kann N das erreichen und ist sein Vorgehen Erfolg versprechend?

Gehen Sie davon aus, dass in einem Regionalplan der Vorhabenstandort als Windeignungsgebiet ausgewiesen ist und ein Flächennutzungsplan existiert, der eine landwirtschaftliche Nutzung in diesem Bereich vorsieht.



Lösung Fall 2

angelehnt an : Klausur 14 in v. Lewinski, Öffentlich-rechtliche Berater- und Anwaltsklausuren im Studium, 2007, S. 198ff.

N möchte gegen das Vorhaben sofort heute, am 04.05.2015 vorgehen. N möchte verhindern, dass A die WEA errichtet und betreibt. Er hat vor Ort festgestellt, dass bereits mit dem Fällen von Bäumen begonnen wird. N möchte verhindern, dass A vollendete Tatsachen schafft, deshalb möchte N einen sofortigen Baustopp erreichen.

Er kann die Errichtung und den Betrieb verhindern, wenn er sich mit Erfolg gegen die Genehmigung wenden kann. Um einen sofortigen Baustopp zu erreichen, ist ein Rechtsbehelf gegen die Genehmigung allein nicht ausreichend. Zwar haben Widerspruch und Klage im Verwaltungsverfahren nach BImSchG aufschiebende Wirkung i.S.d. § 80 Abs. 1 VwGO. Die zuständige Behörde hat mit Genehmigungserteilung am 30.04.2015 die sofortige Vollziehbarkeit gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet, so dass die Rechtsbehelfe des N in der Hauptsache keine aufschiebende Wirkung haben.

Im Wege des Eilrechtsschutzes käme ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Betracht. Der Antrag hätte Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet wäre.

A. Einstweiliger Rechtsschutz

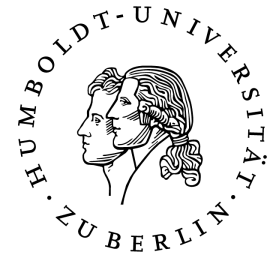
I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt und keine Verfassungsorgane beteiligt sind. streitentscheidende Norm ist § 6 BImSchG und ergänzend § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO, diese berechtigten ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt zur Erteilung der Anlagengenehmigung und zur Anordnung der sofortigen Vollziehung. Verfassungsorgane sind nicht beteiligt, folglich ist nach der modifizierten Subjekttheorie der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafter Antrag

N möchte verhindern, dass A WEA errichtet und betreibt. Deshalb muss er sich auch gegen die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung wenden. Die Genehmigung ist ein den Anlagenbetreiber begünstigender Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung. Gemäß § 80a Abs. 3 VwGO i.V.m. § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO, § 80 Abs. 5 VwGO kann sich ein Dritter gegen einen ihn belastenden, an einen anderen gerichteten begünstigenden Verwaltungsakt mit einem **Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung** an das **Verwaltungsgericht** wenden.

In der **Hauptsache** müsste N dafür rechtzeitig einen **Rechtsbehelf** eingelegt haben, damit der Verwaltungsakt nicht bestandskräftig und damit ohne weiteres vollziehbar geworden ist.



N begehrt die Aufhebung eines ihn belastenden, einen Dritten begünstigenden Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 VwVfG Bln. Gegen die Erteilung einer Genehmigung ist gemäß § 68 Abs. 1 VwGO grundsätzlich ein Widerspruchsverfahren in Form eines Anfechtungswiderspruchs, § 42 Abs. 1 S. 1 VwGO durchzuführen.

Ein Widerspruchsverfahren ist vor Klageerhebung allerdings gemäß § 70 VwVfG i.V.m. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO entbehrlich und damit unstatthaft, wenn der Verwaltungsakt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde erlassen wurde und nicht durch Gesetz die Durchführung eines Vorverfahrens vorgeschrieben ist. Das Bezirksamt ist nach § 2 ASOG i.V.m. Nr. 18 Abs. 1 ZustKatOrd nur für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen nach dem BImSchG zuständig. Für die Genehmigungserteilung ist damit die Senatsverwaltung für Umwelt gemäß § 2 ASOG i.V.m. Ziffer 10 zuständig, sie ist nach Art. 67 der Verfassung von Berlin die Hauptverwaltung und damit oberste Landesbehörde.

N müsste folglich in der Hauptsache innerhalb der Frist des § 74 VwGO Klage erhoben haben oder noch Klage erheben können. Nach § 74 Abs. 1 Alt. 2 VwGO muss Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden. Was Bekanntgabe ist, richtet sich nach § 41 VwVfG i.V.m. § 1 VwVfG Bln. Ein schriftlicher Verwaltungsakt wird nach § 41 Abs. 2 VwVfG schriftlich durch Übersendung per Post bekannt gegeben. Verwaltungsakt ist nach § 35 VwVfG nur die Entscheidung oder hoheitliche Maßnahme selbst, nicht die Information Dritter über die Entscheidung. Die Genehmigung wurde N nicht zugesandt.

[Hinweis: Die Genehmigung ist in einem förmlichen Verfahren nach § 10 BImSchG ergangen, so dass grundsätzlich auch nach § 10 Abs. 8 BImSchG eine öffentliche Bekanntgabe des Genehmigungsbescheides möglich gewesen wäre. Laut Sachverhalt ist keine öffentliche Bekanntgabe erfolgt; N erhält nur einen formlosen Brief in dem man ihm mitgeteilt, dass seine Einwendungen verspätet waren, der Genehmigungsbescheid wird ihm nicht zugestellt, wie es in § 10 Abs. 8 S. 1 BImSchG vorgesehen ist.] Eine Bekanntgabe ist damit nicht erfolgt.

N kann folglich ohne Einhaltung einer Klagefrist eine Anfechtungsklage erheben. Es hat jedoch die Verwirkungsgrenze von einem Jahr analog § 58 Abs. 2 VwGO einzuhalten. Damit müsste N innerhalb eines Jahres, ab dem Zeitpunkt, zu dem er von dem Verwaltungsakt bzw. seiner Betroffenheit hätte Kenntnis haben können Klage erheben. Mit der Mitteilung vom 30.04.2015 wäre hatte N Kenntnis davon, dass zu Gunsten des A eine Genehmigung ergangen ist. Ihm wäre es damit möglich gewesen, sich an die Genehmigungsbehörde zu wenden, um Kenntnis zu nehmen. Die Jahresfrist beginnt am Tag nach dem 30.04.2015. Folglich kann er noch bis zum 30.04.2016 Anfechtungsklage erheben.

Die Geltendmachung eines Antrages auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist damit bis zum 30.04.2016 statthaft.

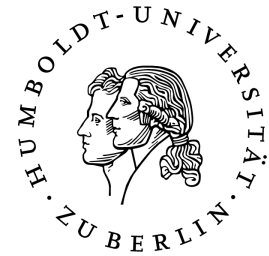
III. Keine Antragsfrist

Für den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist keine Antragsfrist einzuhalten.

IV. Antragsbefugnis

Nachbar im Sinne des BImSchG ist anders als im Baurecht nicht allein der unmittelbare Grundstücksnachbar, sondern jeder, der von einer Umwelteinwirkung i.S.d. BImSchG betroffen sein kann.

N muss analog § 42 Abs. 2 VwGO auch antragsbefugt sein. Das ist der Fall, wenn er geltend machen, als Nachbar in einem eigenen Recht verletzt zu sein. Nach der



Schutznormtheorie ist eine Norm drittschützend, wenn sie neben der Allgemeinheit auch den Interessen eines Dritten zu dienen bestimmt ist.

N macht geltend, vom Schattenwurf sowie von Schallbelastung des Grundstücks betroffen zu sein, weiterhin beruft er sich auf einen Verstoß gegen das Tötungsverbot von Tieren.

Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist eine Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die Pflichten aus § 5 und der Rechtsverordnungen aufgrund des § 7 BImSchG erfüllt sind. Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen nicht nur für die Allgemeinheit sondern ausdrücklich auch für die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG begründet damit Drittschutz. Folglich kann sich A auf eine Betroffenheit durch Schattenwurf und Schall berufen.

Fraglich ist, ob N den Verstoß der Genehmigung gegen das Tötungsverbot des § 44 BNatSchG auch als eine Verletzung "seiner Rechte" berufen kann.

Im Verwaltungsverfahren ist die Möglichkeit von „überindividuellem Rechtsschutz“ im Europäischen Umweltrecht angelegt. Die Aarhus-Konvention regelt den weiten Zugang zu den Gerichten in Umweltangelegenheiten. Die Aarhus-Konvention wurde von der Bundesrepublik Deutschland mit Gesetz vom 9. Dez. 2006 (BGBl II S. 1251) als Völkerrecht ratifiziert, sie wurde mit Ratifizierung durch die Europäischen Union zum geltenden zwischenstaatlichen Unionsrecht, welches in nationales Recht umzusetzen ist.

Nach Art. 9 der Aarhus-Konvention müssen innerstaatliche Rechtsvorschriften sicherstellen, dass jede Person, die der Ansicht ist, dass Vorschriften zur Öffentlichkeitsbeteiligung in Umweltverfahren nach der Aarhus-Konvention nicht vollständig eingehalten sind, das Recht auf eine gerichtliche Überprüfung des Verfahrens haben. Im vorliegenden Fall hat sich N nicht auf die Verletzung der Einhaltung von Öffentlichkeitsbeteiligungsvorschriften aus dem Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren berufen.

Eine Verletzung des naturschutzrechtlichen Tötungsverbotes ist nicht drittschützend.

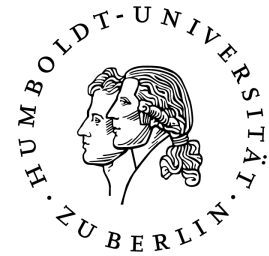
(Zur umstrittenen Umfang der Klagebefugnis bei der Verletzung von Umweltverfahrensvorschriften siehe: Gärditz, VwGO, 2013, § 42 Rn. 69 f. und ablehnend Wahl/Schütz in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 2014, § 42 Abs. 2 Rn. 214 jeweils mit weiteren Nachweisen zu Rechtsprechung und Rechtslehre; OVG NRW, Beschluss vom 23. Juli 2014, 8 B 356/14; VG Aachen, Beschluss vom 28.11.2014, 3 L 224/13; BVerwG 4. Senat, 27. Juni 2013, Az: 4 B 37/12)

V. Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist der Rechtsträger der Behörde, die den Verwaltungsakt und die Anordnung der sofortigen Vollziehung erlassen hat, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, also das Land Berlin.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

N könnte das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn er sich nicht zunächst an die Behörde wendet, die Vollziehung gemäß § 80a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 80 IV VwGO ausgesetzt hat. N ist nicht verpflichtet, vor dem gerichtlichen Antrag die abschlägige Entscheidung eines Antrags auf Aussetzung der Vollziehung durch den Antragsgegner abzuwarten, auch wenn § 80a III S. 2 VwGO auch auf § 80 VI VwGO verweist. Denn ein Vorverfahren ist



nach dem Wortlaut des § 80 IV VwGO ausschließlich in Fällen des § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO vorgesehen. § 80 a III S. 2 VwGO ist nach Zweck und Entstehungsgeschichte als Rechtsgrundverweisung zu verstehen. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt nicht wegen der Befugnis der Behörde, die Vollziehung des auf Antrag des N gemäß § 80a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 80 IV VwGO auszusetzen.

B. Begründetheit

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn die Vollziehungsanordnung formell rechtswidrig erlassen wurde oder das Interesse des N an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung das sofortige Vollzugsinteresse des A übersteigt.

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

Die Vollziehungsanordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ist schriftlich und eigenständig begründet worden. Die formellen Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO sind damit erfüllt.

II. Interesse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

Die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO ist wiederherzustellen i.S.d. § 80 Abs. 5, wenn bei summarischer Prüfung das Interesse des Einzelnen an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung das Interesse des Dritten oder der Allgemeinheit an der Anordnung der sofortigen Vollziehung übersteigt. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn sich die zu vollziehende Anordnung als offensichtlich rechtswidrig erweist und den N in nachbarschützenden Rechten verletzt (entsprechend § 113 Abs. 1 VwGO).

1. Rechtmäßigkeit der Genehmigung

a) Rechtsgrundlage

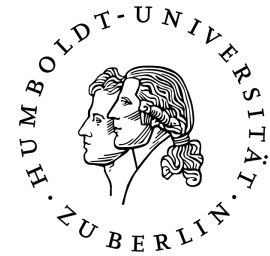
Rechtsgrundlage für die erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung wäre § 6 Abs. 1 BImSchG, wenn die Anlage des A genehmigungsbedürftig i.S.d. § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. 4. BImSchV wäre. A plant die Errichtung und den Betrieb von 12 Windkraftanlagen. Solche Anlagen sind gemäß § 1 4. BImSchV Anhang 1 Nr. 1.6. 2 BImSchV genehmigungsbedürftig im vereinfachten Genehmigungsverfahren. Damit ist § 6 Abs. 1 BImSchG die Rechtsgrundlage für die erteilte Genehmigung.

b) Formelle Rechtmäßigkeit der Genehmigung

Die **Zuständigkeit** ergibt sich aus § §1 Abs. 2, 2 Abs. 4 ASOG i.V.m. ZustKatOrd. Danach ist grundsätzlich gem. Nr. 10 Abs. 3 ZustKatOrd für die Ordnungsaufgaben nach dem BImSchG die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umweltschutz zuständig, wenn nicht die Bezirksämter gem. Nr. 15 Abs. 1 c, Nr. 18 Abs. 1 und 2 oder das Landesamt für Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz und technische Sicherheit Berlin gem. Nr. 24 Abs. 3 zuständig sind.

Die Anlage wurde von der zuständigen Senatsverwaltung genehmigt.

Weiterhin muss das Genehmigungsverfahren eingehalten worden sein. Für genehmigungsbedürftige Anlagen nach Nr. 1.6.2 mit dem Zusatz „V“ der 4. BImSchV ist ein Vereinfachtes Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG zulässig. Etwas anderes kann sich aber ergeben, wenn die Umweltverträglichkeitsvorprüfung nach § 3a UVG ergibt, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.



Das UVPG ist für Anlagen nach Anlage 1 UVPG anwendbar. Nach Nr. 1.6.2 Anlage 1 des UVPG ist für eine Windfarm mit Windenergieanlagen mit einer Höhe von mehr als 50 m bei 6 bis weniger als 20 Windenergieanlagen eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls nach § 3 c UVPG erforderlich. Danach ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen, wenn die zuständige Behörde bei einer überschlägigen Prüfung unter Berücksichtigung der Kriterien in Anlage 2 zu dem Ergebnis kommt, dass ein Vorhaben erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt haben kann. Laut Sachverhalt ist die Behörde zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist. Damit eine Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 9 UVPG zwingend erforderlich, dies führt dazu, dass ein förmliches Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG durchzuführen ist.

Allein fraglich ist, ob die Bekanntmachung des Vorhabens nach § 10 Abs. 3 BImSchG eingehalten wurde. Nach dieser Vorschrift sind die Unterlagen des Antragstellers im amtlichen Veröffentlichungsblatt der Behörde und außerdem entweder im Internet oder in örtlichen Tageszeitungen, die im Bereich des Standortes der Anlage verbreitet sind, öffentlich bekannt zu machen. Die Behörde hat die Unterlagen im amtlichen Veröffentlichungsblatt und in der Märkischen Allgemeinen bekannt gemacht. Fraglich ist, ob mit der Veröffentlichung in der lokalen Zeitung dem Erfordernis genügt wurde, dass in verbreiteten örtlichen Tageszeitungen im Bereich des Anlagenstandortes zu veröffentlichen ist.

Der Wortlaut lässt insoweit keine klare räumliche Abgrenzung zu. Der Umfang der Veröffentlichungspflicht ergibt sich jedoch aus dem Zweck der Bekanntmachung. Danach muss jeder, der von den Umwelteinwirkungen der Anlage betroffen sein kann, gleichermaßen die Möglichkeit haben, sich am Verfahren zu beteiligen. Deshalb hätte die Bekanntmachung einer an der Landesgrenze Berlins errichteten Anlage auch in einer in Brandenburg und insbesondere im Einwirkungsgebiet verbreiteten Tageszeitung bekanntgemacht werden müssen. **Das Genehmigungsverfahren ist damit rechtswidrig.**

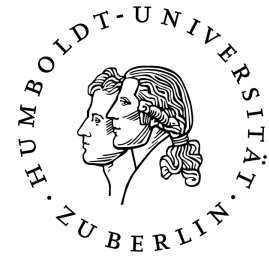
Eine Heilung des Fehlers kommt mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 VwVfG nicht in Betracht. Allerdings muss der Verwaltungsakt nicht allein wegen eines formellen Mangels aufgehoben werden, soweit er trotz des Fehlers materiell rechtmäßig ist (§ 46 VwVfG). Etwas anders kann nur gelten, wenn die Öffentlichkeitsbeteiligungsvorschrift des § 9 UVPG verletzt wäre, allerdings schreibt § 9 Abs. 1 UVPG nur eine Öffentlichkeitsbeteiligung die den Anforderungen des § 73 VwVfG entspricht vor. In § 73 VwVfG ist eine ortsübliche Bekanntmachung ausreichend, die Veröffentlichung in der regionalen Presse ist danach nicht zwingend erforderlich. **Folglich kommt eine Aufhebung der Genehmigung allein wegen der unzureichenden Bekanntmachung nicht in Betracht.**

c) Materielle Rechtmäßigkeit der Genehmigung

Eine Genehmigungserteilung setzt gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG voraus, dass die Pflichten aus § 5 BImSchG erfüllt werden und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften der Genehmigung nicht entgegenstehen.

Einhaltung der Pflichten des § 5 BImSchG

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können.



Nach § 3 Abs. 1 BImSchG sind schädliche **Umwelteinwirkungen** Immissionen, die nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen.

Immissionen sind physische Einwirkungen durch unwägbare Stoffe. Als schädliche Umwelteinwirkungen kommen hier der Schattenwurf und die Luftverunreinigung in Betracht.

1. Lärmbeeinträchtigung

Die Lärmbeeinträchtigung gehört zu den in § 3 Abs. 2 und IV BImSchG ausdrücklich benannten Umwelteinwirkungen.

Diese Umwelteinwirkungen müssten auch „**schädlich**“ sein. Der Begriff der Schädlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch die Immissionswerte der TA Luft als allgemeiner Verwaltungsvorschrift auf der Grundlage des § 48 S. 1 BImSchG präzisiert wird. Fraglich ist jedoch, ob die TA Lärm für die Behörden oder Gerichte verbindlich ist oder sie von den Vorgaben der TA Lärm auch abweichen können.

Verwaltungsvorschriften sollen einen gleichmäßigen Vollzug von Gesetzen ermöglichen und binden als Innenrecht grundsätzlich nur die Verwaltungsbehörden.

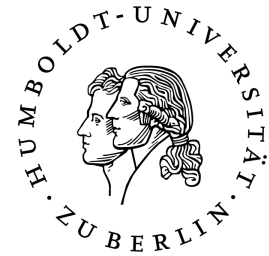
Gerichte können hingegen unbestimmte Rechtsbegriffe uneingeschränkt überprüfen. Damit hätte die TA Lärm lediglich die Wirkung eines antizipierten Sachverständigengutachtens und könnte zur Norminterpretation herangezogen werden.

Diese Sicht verkennt jedoch, dass die Einschätzung der Schädlichkeit einer Risikobeurteilung und damit auch einer Wertung zu Grunde liegt, die der politischen Verantwortung unterliegen muss (Gewaltenteilung). Der TA Lärm kommt damit normkonkretisierender Charakter zu. Die TA Lärm ist damit wie einer Rechtsnorm zu behandeln. Soweit keine aktuellen Erkenntnisse im Einzelfall eine Nichtanwendung rechtfertigen.

Da laut Sachverhalt die Immissionswerte überschritten werden, verfehlt die Genehmigung die objektiv-rechtlichen Anforderungen.

2. Schattenwurf

Umwelteinwirkungen sind nach § 3 Abs. 1 BImSchG „Immissionen“ sind auf Sachgüter einwirkende Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme und Strahlen (also Zufügung unwägbarer Stoffe). Der Schattenwurf ist keine derartige physische Einwirkung, sondern nur eine Folge des Entzugs von Licht. Negative Immissionen, also die Verhinderung der Einwirkung unwägbarer Stoffe, sind im Grundsatz keine Immissionen. Etwas anderes gilt jedoch im Falle eines periodischen Licht-Schattenwurfs, und im Falle einer Blendwirkung durch das Drehen der Rotoren (Diskoeffekt). In diesem Fall wird durch den Rhythmus der Rotorbewegung eine qualitative Veränderung der natürlichen Lichteinfallbedingungen bewirkt (OVG NRW, Beschluss vom 3.9.1999, 10B1283/99). Ab wann Schattenwurf die Erheblichkeitsschwelle überschreitet, obliegt der gerichtlichen Beurteilung. Als Orientierung dienen die Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windenergieanlagen der Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz. Danach darf der Schattenwurf von Windenergieanlagen nicht länger als 30 Stunden pro Jahr und 30 Minuten am Tag auf ein Wohnhaus wirken. Bei Überschreitung dieser Dauer



müssen die Windenergieanlagen abgeschaltet werden, solange ihr Schatten auf den Immissionspunkt fällt. N hat seine Betroffenheit bisher nicht ausreichend begründet. Nicht jeder Schattenwurf erfüllt die Beeinträchtigungsschwelle. Soweit er nicht darlegen kann, dass auf seinem Grundstück die allgemein anerkannte Beschattungsdauer überschritten wird, kann N sich nicht mit Erfolg auf eine Verletzung der Schattenwurfsgrenze berufen.

Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften

Die Genehmigungserteilung setzt nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG voraus, dass „andere öffentlich-rechtliche Vorschriften“ eingehalten sind. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung entfaltet gem. § 13 BImSchG „Konzentrationswirkung“.

Es müssten folglich auch die Regelungen des Naturschutzrechts und des Baurechts eingehalten sein.

1. Tötungsverbot § 44 BNatSchG

Nach § 44 Abs. 1 BNatSchG ist es verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten zu töten. Nach § 44 Abs. 5 BNatSchG liegt ein Verstoß gegen das Verbot des Absatzes 1 Nummer 3 und im Hinblick auf damit verbundene unvermeidbare Beeinträchtigungen wild lebender Tiere auch gegen das Verbot des Absatzes 1 Nummer 1 nicht vor für nach § 15 zulässige Eingriffe in Natur und Landschaft die nach den Vorschriften des Baugesetzbuches zulässig sind, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Soweit erforderlich, können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden. N hat nicht vorgetragen, dass Eingriffs- und Ausgleichsregelungen des § 15 BNatSchG nicht getroffen wurden. Eine spezifische Verletzung des § 44 lässt sich damit nicht erkennen.

2. Bauplanungsrecht

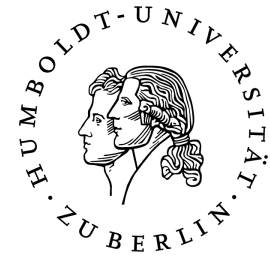
Das Vorhaben müsste auch bauplanungsrechtlich zulässig sein. Das Vorhaben wurde in einem Gebiet ohne Bebauungsplan errichtet, die Zulässigkeit richtet sich damit nach **§§ 34 oder 35 BauGB**.

Um ein Vorhaben im Innenbereich, i.S.d. **§ 34 BauGB**, handelte es sich, wenn das Vorhaben in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil liegt. Ein Ortsteil ist im Zusammenhang bebaut, wenn der Baukomplex nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und im Gegensatz zur Splittersiedlung Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist.

Hier befindet sich das Vorhabengrundstück laut Sachverhalt im Außenbereich.

Das Vorhaben ist als privilegiertes Vorhaben i.S.d. **§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB** zulässig. Die Zulässigkeit richtet sich also nach § 35 Abs. 1 BauGB. Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange i.S.d. Abs. 3 nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist.

Als beeinträchtigende Belange ist gem. § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB die im Flächennutzungsplan vorgesehene Nutzung für landwirtschaftliche Zwecke zu berücksichtigen. Die Errichtung von Windenergieanlagen entspricht nicht der Festsetzung des Flächennutzungsplanes.



Nach § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB stehen öffentliche Belange raumbedeutsamen Vorhaben nach Absatz 1 nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Die Flächennutzungsplanung der Gemeinden ist kein Belang, der im Rahmen der Regionalplanung einer Abwägung zugeführt werden kann. Folglich verstößt die Festsetzung gegen den Flächennutzungsplan. Fraglich ist, ob eine Anpassungspflicht aus § 1 Abs. 4 BauGB hergeleitet werden kann.

Grundsätzlich sind Regionalpläne bei der Aufstellung und Änderung von Bauleitplänen zu beachten. Ob Flächennutzungspläne nicht anwendbar oder nichtig werden, wenn sie den übergeordneten Planungsregelungen widersprechen, ist umstritten.

Nach einer Auffassung verpflichtet § 1 Abs. 4 BauGB die Gemeinde zur Anpassung an die Ziele der Raumordnung nicht nur, wenn sie Bauleitpläne aus eigenem Entschluss und allein aus städtebaulichen Gründen aufstellt oder ändert; sie muss auch dann planerisch aktiv werden, wenn allein geänderte oder neue Ziele der Raumordnung eine Anpassung der Bauleitpläne erfordern. (BVerwG, Beschluss vom 08.03.2006, 4 BN 56/059). Danach kann ein Bauleitplan, der der Anpassungspflicht des § 1 Abs. 4 BauGB nicht entspricht, nichtig sein.

Nach anderer Auffassung besteht nur unter sehr engen Grenzen eine Pflicht an ein Legislativorgan wie eine Kommune, ein Satzungsverfahren einzuberufen. Das kann nur dann der Fall sein, wenn der Bauleitplan funktionslos wird und auch in Zukunft nicht mehr umgesetzt werden kann.

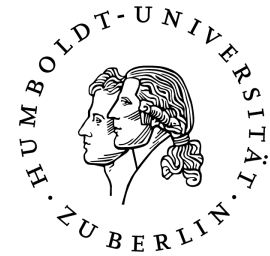
Der Regelungszweck des § 1 Abs. 4 BauGB liegt in der Gewährleistung umfassender materieller Konkordanz zwischen der übergeordneten Landesplanung und der gemeindlichen Bauleitplanung. So dass viel für eine Nichtigkeit des Flächennutzungsplans, jedenfalls für eine Nichtanwendbarkeit spricht.

Je nach Entscheidung ist der Verstoß gegen die Festsetzung im Flächennutzungsplan beachtlich oder nicht beachtlich. Zum Streitstand: Vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 11. Aufl. 2009, § 1 Rn. 42, m. w. N.

Damit verstößt das Vorhaben nicht gegen Bauplanungsrecht. Das Vorhaben ist materiell baurechtmäßig.

3. Bauordnungsrecht

Wegen des Schattenwurfs ist dabei auch an die Einhaltung des Abstandsflächenrechts der Bauordnung aus § 6 BauO zu denken. Nach § 6 gelten die Abstandsflächen für Gebäude. Das sind nach § 2 BauO selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und zu deren Schutz oder zum Schutz von Tieren oder Sachen dienen. Windkraftanlagen dienen der Erzeugung von Windenergie, nicht dem Schutz von Sachen. Von ihnen gehen aber Wirkungen wie von Gebäuden aus. Danach sind nach § 6 Abs. 9 die Abstandsflächenregelungen entsprechend anwendbar. Nach § 6 Abs. 5 BauO bemisst sich die Tiefe der Abstandsfläche mit 0,5 h, wobei die Höhe berechnet wird nach den jeweiligen Ausführungsbestimmungen für die Abstandsberechnung von Windkraftanlagen (etwa: die Höhe der WEA bis zur Nabe plus den Turbinendurchmesser. Im Baurecht begründen die Abstandsflächenregelungen den Umfang der nachbarlich gebotenen Rücksichtnahme und die Sicherung der nachbarlichen Interessen an einer ausreichenden Belichtung und Belüftung des



Grundstücks. Da diese vorliegend eingehalten werden, ist der Schattenwurf rechtlich nicht erheblich.

Im Ergebnis ist die Genehmigung wegen fehlerhafter Bekanntmachung und wegen Überschreitung der Werte der TA-Luft rechtswidrig.

2. Verletzung des N in eigenen Rechten

N müsste durch die Rechtswidrigkeit der Genehmigung auch in eigenen Rechten verletzt sein.

a) Rechtsverletzung in Folge fehlerhafter Bekanntmachung

Die Verletzung der Bekanntmachungspflicht des § 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG verletzt den N in eigenen Rechten, wenn die verletzte Norm – zumindest auch – dem Schutz der betroffenen Interessen des Nachbarn zu dienen bestimmt ist (Schutznormtheorie).

Verfahrensvorschriften räumen in der Regel Betroffenen nicht unabhängig von einer materiellen Betroffenheit eine Rechtsposition ein, danach würde § 10 Abs. 3 BImSchG lediglich über die Gestaltung des Genehmigungsverfahrens die Einhaltung der materiellen Schutzvorschriften absichern.

Etwas anderes gilt dann, wenn die Verfahrensvorschrift als „vorgezogener Grundrechtsschutz“ durch behördliches Verfahren wirkt. Davon ist beispielsweise im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, wegen auszugehen. Dort soll wegen des hohen Gefährdungspotentials auch ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften subjektive Rechte verletzen. Eine Vergleichbare Gefährdungssituation liegt hier nicht vor. § 10 Abs. 3 BImSchG begründet damit keinen Drittschutz.

Selbst wenn man einen drittschützenden Charakter des § 10 Abs. 3 BImSchG annimmt, müsste dieser Verfahrensfehler sich auch auf die materielle Rechtsposition des N ausgewirkt haben. Anhaltspunkte dafür, dass die Behörde bei Vermeidung des Verfahrensfehlers zu Gunsten des A entschieden hätte, sind nicht ersichtlich.

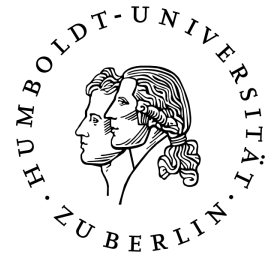
b) Rechtsverletzung wegen Überschreitung der TA-Lärm-Werte

Drittschützend könnten die in Nr. 4 der TA Lärm festgelegten Grenzwerte sein. Diese konkretisieren gem. § 48 Nr. 1 BImSchG Anforderungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen i.S.d. § 1 BImSchG. Schädliche Umwelteinwirkungen sind gem. § 3 Abs. 1 BImSchG ausdrücklich Immissionen, die auch wegen ihrer Gefahren, Nachteile und Belästigungen für die Nachbarschaft zu berücksichtigen sind. Damit sind die Grenzwerten der TA Luft drittschützend.

N müsste auch zum geschützten Personenkreis gehören. Nachbar i.S.d. Immissions-schutzes ist – unabhängig vom Abstand zur Anlage – wer tatsächlich im Einwirkungsbereich der Immissionen liegt. N wird vorliegend sowohl vom Schattenwurf als auch von den Luftschadstoffen betroffen. Da das Wohngrundstück des N betroffen ist, ist eine persönliche Bindung zum Einwirkungsort gegeben.

c) Rechtsverletzung wegen Verstoß gegen Naturschutz- und Bauplanungsrecht

Die Vorschriften des § 44, 15 BNatSchG sind nicht drittschützend. Die vorliegend betroffenen Belange der Übereinstimmung mit der Flächennutzungsplanung besitzen keine drittschützende Wirkung. Zwar können Nachbarn i.S.d. Baurechts einen Gebietserhaltungsanspruch geltend machen. N ist aber kein Nachbar im



baurechtlichen Sinne. Da er nicht Eigentümer eines Grundstück im Landwirtschaftlichen Flächennutzungsplangebiet und Bebauungsplangebiet ist. Drittschutz gewährt dabei nur eine Bebauungsplangebietserhaltung.

d) Präklusion § 10 Abs. 3 S. 3

Eine Rechtsverletzung des N läge jedoch dann nicht vor, wenn N mit seinen Einwendungen ausgeschlossen wäre. Laut Sachverhalt hat N die Einwendungsfrist des § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG nicht eingehalten. Aus Gründen der Effektivität des Rechtsschutzes Art. 19 Abs. 4 GG kann N nur dann mit seinen Einwendungen ausgeschlossen sein, wenn die Verfahrensvoraussetzungen eingehalten sind. Dies war vorliegend nicht der Fall, so dass N sich den Einwendungsausschluss nicht entgegenhalten lassen muss.

Die Genehmigung des A ist damit wegen Verstoßes gegen die TA-Lärm rechtswidrig und verletzt den N in drittschützenden Interessen. Folglich überwiegt gegenwärtig das Interesse des N auf Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen das Interesse des A am sofortigen Vollzug seiner Genehmigung. An der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes besteht kein öffentliches Interesse.

Der Antrag des N ist begründet und hat damit Aussicht auf Erfolg.