
Datum: 15.07.2020
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 8 B 1600/19
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2020:0715.8B1600.19.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Arnsberg, 8 L 1540/19

Tenor:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Arnsberg vom 11. November 2019 - 8 L 1540/19 - mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Der Antrag der Beigeladenen auf Änderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Arnsberg vom 12. September 2017 - 8 L 571/17 - wird abgelehnt.

Die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers wird angeordnet.

Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers des Verfahrens in beiden Instanzen jeweils zur Hälfte und ihre eigenen außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

Der Antrag der Beigeladenen, ihr eine Frist zur Stellungnahme zum Schriftsatz des Antragstellers vom 10. Juli 2020 bis zum 31. Juli 2020 einzuräumen, wird abgelehnt.

Der Streitwert wird auch für das Verfahren in zweiter Instanz auf 30.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

1

2

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers ist begründet. Der Antrag der Beigeladenen auf Änderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Arnsberg vom 12. September 2017 - 8 L 571/17 - (nachgehend: Senatsbeschluss vom 27. November 2018 - 8 B 1170/17 -) wegen veränderter Umstände im Sinne von § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO hat weder vollständig noch teilweise Erfolg (dazu I. bis III.). Die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der unter dem Aktenzeichen 8 A 4529/19 anhängigen Klage des Antragstellers gegen die der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 30. Dezember 2016 zur Errichtung und zum Betrieb von sechs Windenergieanlagen ist vorsorglich anzuordnen (dazu IV).

I. Der Antrag der Beigeladenen nach § 80 Abs. 7 VwGO bleibt ohne Erfolg. 3

Nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO, der gemäß § 80a Abs. 3 Satz 2 VwGO bei Drittanfechtungen entsprechend gilt, kann jeder Beteiligte bei dem Gericht der Hauptsache die Änderung oder Aufhebung eines Beschlusses über Anträge nach § 80 Abs. 5 VwGO wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände beantragen. 4

Das Verfahren nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO dient nicht in der Art eines Rechtsmittelverfahrens der Überprüfung, ob die vorangegangene gerichtliche Eilentscheidung richtig ist. Es eröffnet vielmehr die Möglichkeit, einer nachträglichen Änderung der Sach- und Rechtslage oder zuvor schuldlos nicht geltend gemachten Umständen Rechnung zu tragen. Prüfungsmaßstab für die Entscheidung ist daher, ob nach der jetzigen Sach- und Rechtslage die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage geboten ist. Die dabei vorzunehmende Interessenabwägung ist regelmäßig in erster Linie an den Erfolgsaussichten des Verfahrens der Hauptsache auszurichten. Sind diese Erfolgsaussichten offen, sind die gegenläufigen Interessen unabhängig vom Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwägen. 5

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. März 2011 - 8 VR 2.11 -, juris Rn. 8 f., 11 f.; OVG NRW, Beschluss vom 1. April 2019 - 8 B 1013/18 -, juris Rn. 5. 6

Diese Interessenabwägung fällt zu Gunsten des Antragstellers aus, weil seine Klage auch nach derzeitigem Sach- und Streitstand mit voraussichtlich Erfolg haben wird 7

Dabei spricht zunächst nichts dafür, dass die Klage, wie die Beigeladene meint, wegen Missbrauchs der Verbandsklagerechte unzulässig sein könnte. Der Antragsteller ist unstreitig ein anerkannter Naturschutzverband und wendet sich als solcher mit der Rüge, dass der Antragsgegner fehlerhaft von der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) abgesehen und darüber hinaus gegen umweltbezogene Vorschriften verstoßen habe, gegen eine Genehmigung, auf die das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz Anwendung findet. Es mag sein, dass er von einer örtlichen Bürgerinitiative in vielfältiger Hinsicht unterstützt wird. Gleichwohl steht nicht ernstlich in Frage, dass sich der Antragsteller die im vorliegenden Verfahren sowie im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Bedenken inhaltlich zu eigen und in eigenem Namen geltend macht. Erst recht ist nicht zweifelhaft, dass die im vorliegenden Verfahren vom Prozessbevollmächtigten des Antragstellers eingereichten Schriftsätze ? dem Vertretungserfordernis gemäß § 67 Abs. 4 Satz 1 VwGO entsprechend - von diesem verantwortlich verfasst sind. 8

Die angefochtene Genehmigung ist weiterhin voraussichtlich rechtswidrig. Trotz der unter dem 26. August 2019 durch den Antragsgegner nachgeholten „Allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls gemäß § 3c UVPG“ ist derzeit davon auszugehen, dass sie mit einem absoluten Verfahrensfehler gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 UmwRG behaftet ist. 9

1. Nach dieser Vorschrift steht eine durchgeführte Vorprüfung des Einzelfalls zur Feststellung der UVP-Pflichtigkeit, die nicht dem in § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG in der aktuellen Fassung (im Folgenden: n. F.) genannten Maßstab genügt, einer nicht durchgeführten Vorprüfung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b UmwRG gleich. Statt § 5 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 7 UVPG n. F. ist nach § 74 Abs. 1 UVPG n. F. vorliegend § 3a Satz 4 i. V. m. § 3c UVPG in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 24. Februar 2010 (BGBl. I S. 94; im Folgenden: UVPG a. F.) anwendbar, weil das Verfahren vor dem 16. Mai 2017 eingeleitet worden ist. 10

Die aufgrund der Vorprüfung getroffene behördliche Beurteilung der UVP-Pflichtigkeit ist gemäß § 3a Satz 4 UVPG a. F. gerichtlich nur eingeschränkt zu kontrollieren. Die Einschätzung, eine UVP solle unterbleiben, ist im gerichtlichen Verfahren betreffend die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens nur daraufhin zu überprüfen, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben des § 3c UVPG a. F. durchgeführt worden ist und ob das Ergebnis nachvollziehbar ist. Dementsprechend muss eine Vorprüfung überhaupt stattgefunden haben, und das Ergebnis darf keine Rechtsfehler aufweisen, die seine Nachvollziehbarkeit ausschließen. Diese Beschränkung verdeutlicht, dass der zuständigen Behörde für ihre prognostische Beurteilung ein Einschätzungsspielraum zusteht. Gefordert ist eine Plausibilitätskontrolle, bei der die von der Behörde für ihr Prüfergebnis gegebene Begründung zugrunde zu legen ist. Die Behörde darf einerseits nicht bereits im Rahmen der Vorprüfung mit einer der UVP vergleichbaren Prüftiefe „durchermitteln“ und damit die eigentliche UVP unter Missachtung der für diese obligatorischen Öffentlichkeitsbeteiligung vorwegnehmen. Sie ist vielmehr auf eine überschlägige Vorausschau beschränkt. Andererseits darf sich die Vorprüfung nicht in einer oberflächlichen Abschätzung spekulativen Charakters erschöpfen, sondern muss auf der Grundlage geeigneter und ausreichender Informationen erfolgen. Hierzu zählen auch vom Vorhabenträger eingeholte Fachgutachten, die durch zusätzliche Ermittlungen der Genehmigungsbehörde ergänzt werden können. 11

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Mai 2018 - 4 C 4.17 -, juris Rn. 18; OVG NRW, Beschluss vom 27. November 2018 - 8 B 1170/17 -, juris Rn. 70 ff., jeweils m. w. N. 12

Fehlen anerkannte naturschutzfachliche Maßstäbe, steht der Genehmigungsbehörde sowohl in Bezug auf die Erfassung der von dem zuzulassenden Vorhaben betroffenen Arten als auch hinsichtlich der Bewertung der Risiken, denen diese bei Realisierung des Vorhabens ausgesetzt sind, ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum zu. Die behördliche Einschätzungsprärogative greift dabei nur ein, wo trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse ein gegensätzlicher Meinungsstand fortbesteht und es an eindeutigen ökologischen Erkenntnissen fehlt. Demgegenüber ist für eine Einschätzungsprärogative kein Raum, soweit sich für die Bestandserfassung eine bestimmte Methode oder für die Risikobewertung ein bestimmter Maßstab durchgesetzt hat und gegenteilige Meinungen nicht mehr als vertretbar angesehen werden können. 13

Vgl. zur Prüfung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände: BVerwG, Beschluss vom 20. März 2018 ? 9 B 43.16 -, juris Rn. 47, m. w. N. 14

Letzteres ist gerichtlich voll überprüfbar. Existiert keine allgemein anerkannte fachliche Meinung, kann und muss das Gericht kontrollieren, ob die verwendeten Maßstäbe und Methoden vertretbar sind und die Einschätzung der Behörde plausibel ist. 15

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 ? 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14 -, juris Rn. 27 ff. 16

Zum fachlichen Standard einer Brutvogelkartierung gehört es, für jede Begehung Datum, Beginn und Ende sowie die Witterungsbedingungen zu dokumentieren.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 9. November 2017 - 3 A 4.15 -, juris Rn. 46. 18

Für die bei einer solchen Kartierung darüber hinaus anzuwendenden Maßstäbe und Methoden gibt es, soweit ersichtlich, keine einheitliche, fachlich in jeder Hinsicht anerkannte Meinung. Es ist deshalb grundsätzlich sachgerecht, sich an dem von sachkundigen Fachbehörden (Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen und Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen) erstellten Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“ in der jeweils aktuellen Fassung (derzeit vom 10. November 2017; im Folgenden: Leitfaden 2017) als maßgeblicher Erkenntnisquelle für die Anforderungen an den Arten- und Habitatschutz zu orientieren. 19

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 6. August 2019 ? 8 B 409/18 -, juris Rn. 22, 34. 20

Die fachlichen Beurteilungskriterien dieses Leitfadens sind nicht nur bei der Ermittlung und Bewertung der Umweltauswirkungen einer Windfarm im Rahmen einer Artenschutz- oder FFH-Verträglichkeitsprüfung, sondern - um Wertungswidersprüche zu vermeiden - auch im Rahmen der UVP zu Grunde zu legen (Leitfaden 2017, Nr. 2.1, S. 8). Für die im Rahmen einer UVP-Vorprüfung anzulegenden fachlichen Standards kann nichts anderes gelten. 21

Zu den „Methoden der Bestandserfassung von WEA-empfindlichen Arten“ heißt es in Nr. 6 des Leitfadens 2017 (S. 24) ausdrücklich: „Erfassungstage und -zeiten sowie zum jeweiligen Zeitpunkt vorherrschende Witterungsverhältnisse sind tabellarisch zu dokumentieren.“ Nach Nr. 6.1 des Leitfadens 2017 muss eine Kartierung für die Brutvogelerfassung zur Morgendämmerung, spätestens zum Sonnenaufgang beginnen. Außerdem darf es weder starken Wind noch Regen geben. Letzteres gilt nach Nr. 6.3 auch für eine Raumnutzungsanalyse; außerdem muss es gute Thermik/Flugbedingungen geben und warm sein. Die Beobachtungszeiten sollen nach Nr. 6.3 des Leitfadens dabei drei bis fünf Stunden zu den täglichen Hauptaktivitätszeiten der Vogelarten betragen. 22

Wird eine UVP-Vorprüfung vollständig wiederholt, ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage grundsätzlich derjenige der aktuellen Vorprüfung. 23

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 17. September 2019 - 8 B 891/18 -, n. v., Beschlussabdruck, S. 6; siehe zur Pflicht, bei einer nachgeholt UVP/Vorprüfung die aktuelle Sachlage, insbesondere durch die bereits erfolgte Errichtung verursachte Beeinträchtigungen zu berücksichtigen, EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017 - C-196/16 und C-197/16 -, juris Rn. 41; BVerwG, Urteil vom 24. Mai 2018 - 4 C 4.17 -, juris Rn. 41; OVG NRW, Urteil vom 20. Dezember 2018 ? 8 A 2971/17 -, juris Rn. 72 ff. 24

2. Ausgehend vom Vorstehenden genügt die UVP-Vorprüfung des Antragsgegners vom 26. August 2019 nicht dem Maßstab des § 3a Satz 4 i. V. m. § 3c UVPG a. F. Die dafür herangezogenen Beurteilungsgrundlagen (dazu a)) tragen die Einschätzung, eine UVP sei nicht erforderlich, jedenfalls deshalb nicht, weil nicht erkennbar ist, dass die artenschutzrechtlichen Gutachten in jeder Hinsicht den allgemein anerkannten Standards entsprechen (dazu b)). 25

26

a) Zu den Beurteilungsgrundlagen gehören ausweislich der Dokumentation zur UVP-Vorprüfung neben eigenen Informationen des Antragsgegners u. a. die „Studie zur Allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls“ vom 29. April 2016 in der ergänzten Fassung vom 23. August 2019, erstellt von F. Umweltgutachten, Dr. C. & Fritz GbR (im Folgenden: F.). Diese Studie (S. 30) nimmt zum Aspekt „Fauna“ u. a. Bezug auf einen Ergebnisbericht Avifauna vom 18. März 2016 von F. . Dieser Ergebnisbericht (S. 10) beruht auf Begehungen zur Erfassung von Brutvögeln im Frühjahr/Sommer 2013 sowie auf einer erneuten Kartierung von Greifvogelhorsten Ende Januar 2016. Außerdem verweist die Studie zur Allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls“ vom 23. August 2019 (S. 34) auf weitere Stellungnahmen von F. zu Brutplätzen des Rotmilans vom 20. Oktober 2016, vom 19. Dezember 2016, vom 22. Dezember 2016, vom 14. Juli 2017, vom 20. Juli 2017 und vom 23. Januar 2018 sowie auf eine Raumnutzungsanalyse betreffend den Rotmilan im Frühjahr/Sommer 2017, die in einem Untersuchungsbericht von F. ebenfalls vom 20. Juli 2017 dargestellt ist. Die genannte „Studie zur Allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls“ vom 23. August 2019, der Ergebnisbericht Avifauna vom 18. März 2016 und der Untersuchungsbericht zur Raumnutzungsanalyse vom 20. Juli 2017 führen im jeweiligen Literaturverzeichnis den Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“ vom 12. November 2013; im Folgenden: Leitfaden 2013) an, der hinsichtlich der oben genannten methodischen Vorgaben (Dokumentation von Datum, Beginn, Ende und der Witterungsbedingungen bei jeder Begehung) dem Leitfaden 2017 entspricht.

b) Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand sind die Ergebnisse der Raumnutzungsanalyse aus dem Jahre 2017 für den Rotmilan nicht methodisch fehlerfrei ermittelt. Wie der Antragsteller mit seiner Beschwerde rechtzeitig geltend gemacht hat, fehlen die nach den Leitfäden 2013 und 2017 erforderlichen Angaben zu den Witterungsverhältnissen während der Vogelbeobachtungen. Die zunächst ebenfalls fehlenden täglichen Aufenthaltszeiten im Untersuchungsraum während dieser Raumnutzungsanalyse hat der Gutachter während des Beschwerdeverfahrens durch eine eidesstattliche Versicherung vom 7. Februar 2020 nachgeliefert.

27

Die Angaben zu Witterungsverhältnissen sind keine bloße und ggf. entbehrliche Formalie. Die fachlichen Vorgaben zu geeigneten Jahres- und Tageszeiten sowie zu geeigneten Witterungsbedingungen sollen vielmehr gewährleisten, dass die Beobachtungen unter solchen äußeren Bedingungen erfolgen, die ein möglichst realistisches Bild zum Vorkommen von Vögeln in einem bestimmten Untersuchungsraum ergeben, um deren Gefährdung hinreichend verlässlich abschätzen zu können. Die Dokumentation dient der Nachvollziehbarkeit der Untersuchungen. Die ordnungsgemäße Dokumentation der Bedingungen, unter denen die Beobachtungen, auf die die Behörde ihre Vorprüfung letztlich stützt, gewonnen wurden, ist eine wesentliche Voraussetzung für die Bewertung ihrer Plausibilität.

28

Bei den fehlenden Angaben zum Wetter handelt es sich entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts (Urteil vom 10. Oktober 2019 - 8 K 710/17 -, S. 45, 40 des Urteilsabdrucks) nicht um Rohdaten, die in einem Gutachten grundsätzlich nicht einzeln, sondern in aufbereiteter Form vorgelegt werden. Eine kurze Bezeichnung der Wetterbedingungen, wie sie etwa in Tabelle 2.1 des Ergebnisberichtes Avifauna vom 18. März 2016 von F. für jeden Beobachtungstag erfolgt ist, erfordert keine Übermittlung von Rohwetterdaten, sondern fasst diese Daten (dort: Temperatur, Windstärke, Bewölkung, Sonne, Niederschlag) für den jeweiligen Tag hinreichend aussagekräftig zusammen.

29

30

Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Daten trotz des Dokumentationsmangels in der Sache methodengerecht gewonnen wurden, sind nicht ersichtlich. Die Annahme des Verwaltungsgerichts (Urteil vom 10. Oktober 2019 - 8 K 710/17 -, S. 45, 40 des Urteilsabdrucks), die ansonsten methodengerechte Erfassung lege nahe, dass der Gutachter auch hinsichtlich der Witterungsverhältnisse methodengerecht gearbeitet habe, trägt nicht. In den Gutachten und Stellungnahmen von F. , die die Raumnutzungsanalyse aus dem Jahre 2017 betreffen, finden sich keine konkreten Anhaltspunkte für diese Annahme. Der Gutachter Dipl.-Biol. G. hätte die insoweit inhaltsgleichen Vorgaben der Leitfäden 2013 und 2017 zu den Witterungsverhältnissen kennen und ebenso beachten müssen, wie er es in Tabelle 2.1 seines Ergebnisberichtes Avifauna vom 18. März 2016 getan hat, zumal er den Leitfaden 2013 in seinem Untersuchungsbericht vom 20. Juli 2017 zur Raumnutzungsanalyse des Rotmilans als eine von zwei Literaturnachweisen angeführt hat. Bei einer solchermaßen unzureichenden Dokumentation der Untersuchungen durch den von der Beigeladenen beauftragten Gutachter obliegt es zudem nicht dem Antragsteller, Mutmaßungen darüber anzustellen, inwiefern das methodische Vorgehen hinsichtlich der nicht dokumentierten Umstände (gleichwohl) den fachlichen Standards entsprechen könnte.

Das Fehlen der Angaben ist nicht deswegen unschädlich, weil, worauf das Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 10. Oktober 2019 (S. 46 des Urteilsabdrucks) hinweist, der Antragsgegner die Witterungsverhältnisse an den Erfassungstagen aus allgemein zugänglichen Wetterdatenbanken auch im Nachhinein jederzeit hätte kontrollieren können. Unabhängig davon, inwieweit dies für das Vorhabengebiet hinreichend verlässlich möglich gewesen wäre, ist hier weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass dies geschehen wäre.

31

Der Dokumentationsmangel für die Raumnutzungsanalyse zum Rotmilan wird nicht durch die Bestandserfassungen zu Brutvögeln im Jahre 2013 behoben, weil auch diese ihrerseits nicht vollständig den methodischen Vorgaben der Leitfäden entsprechen: Die Tabelle 2.1 im Ergebnisbericht Avifauna von F. vom 18. März 2016 (dort S. 10) enthält keine Angaben zu Beginn und Ende der täglichen Kartierung. Ungeachtet dessen, inwiefern Rückschlüsse aus anderen Daten überhaupt in Betracht kommen können, liegen jedenfalls hier keine solchen Umstände vor, aus denen sich auf den Beginn und das Ende der Kartierungen schließen lassen könnte. Da eine Brutvogelkartierung nach Nr. 6.1 der Leitfäden 2013 und 2017 in der Morgendämmerung, spätestens zum Sonnenaufgang beginnen soll, bestehen etwa bei der Kartierung am 23. Juli 2013 mit Temperaturen zwischen 28 und 35°C auch mit Rücksicht auf die in diesem Zeitraum gerichtsbekannt außergewöhnlich hohen Temperaturen durchgreifende Zweifel daran, dass diese Zeitvorgaben eingehalten worden sind.

32

Solche zeitlichen Angaben sind keine überflüssigen Formalien. Um ein aussagekräftiges Bild zum Vorkommen relevanter Vogelarten im Vorhabengebiet zu erhalten, müssen diese möglichst zu ihren jeweiligen Hauptaktivitätszeiten beobachtet werden, wobei sich die Zeiten überschneiden können.

33

Vgl. dazu etwa OVG NRW, Beschluss vom 4. Oktober 2017 - 8 B 976/17 -, juris Rn. 35 ff., zu einem Gutachten, für das Rotmilan und Schwarzstorch gemeinsam beobachtet worden waren: „Im Übrigen dürfte die Tatsache, dass die Kartierung des Rotmilans nicht vor 8 Uhr begann und nur an einem Termin länger als bis 14 Uhr dauerte, einer ausreichenden Sachverhaltsermittlung in Bezug auf den Schwarzstorch auch in zeitlicher Hinsicht entgegenstehen. Nach den – in Nr. 6.1 des Leitfadens Habitatschutz in Bezug genommenen – Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands (Südbeck u. a., 2005, S. 167) ermöglicht dies zwar eine Beobachtung der Flugbalz, nicht aber der – vor 6.30 Uhr

34

erfolgenden – morgendlichen Abflüge und der – nach 20 Uhr stattfindenden – abendlichen Einflüge. Dass Schwarzstörche, die sich möglicherweise morgens bzw. vormittags im Vorhabengebiet aufhielten, jedenfalls bei ihrem Rückflug von den Rotmilan-Kartierern gesehen worden wären, erscheint daher [...] keineswegs gesichert. [...] Die in Nr. 6.3 des Leitfadens Habitatschutz enthaltene Empfehlung, den Untersuchungsaufwand so zu optimieren bzw. zu minimieren, dass die Erhebungen der Raumnutzung mit den Erfassungstagen zu den Brutvögeln kombiniert werden, bedeutet nicht, dass neben dem Erfassungstag gleichzeitig auch Standort, Umfang und genauer (Tages?)Zeitpunkt der Erhebungen regelmäßig synchronisiert werden können.“

Angesichts dessen kann hier offen bleiben, ob nicht schon das ausgehend von den vorliegenden Untersuchungsberichten, insbesondere nach dem F. -Untersuchungsbericht vom 20. Juli 2017, festgestellte regelmäßige Vorkommen von Rotmilanen im Untersuchungsgebiet (Rotmilan-Sichtungen an allen acht Beobachtungstagen, und zwar bis zu vier Individuen gleichzeitig) Anlass hätte sein müssen, Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen - wie etwa in Bezug auf den Schutz der Fledermäuse (vgl. Nebenbestimmung B. 7.14 des Genehmigungsbescheids vom 30. Dezember 2016 i. V. m. Nr. 5.3.2. des Landschaftspflegerischen Begleitplans vom 29. April 2016 i. d. F. vom 1. Dezember 2016) - zum Inhalt entsprechender Nebenbestimmungen zu machen. Solche Maßnahmen dürften im Rahmen einer UVP-Vorprüfung nach § 3c Satz 3 UVPG a. F. grundsätzlich berücksichtigt werden.

35

Unabhängig von den vorstehend aufgezeigten methodischen Defiziten in Bezug auf die Raumnutzung durch Rotmilane wurden im Jahr 2013 Brutvögel nur in einem Umkreis von bis zu 2.000 m um die Anlagenstandorte herum kartiert und Großvogelhorste nur in einem Umkreis von 1.000 m um die Anlagen herum erfasst (S. 9 des Ergebnisberichts Avifauna vom 18. März 2016), während der in Anhang 2 des Leitfadens 2017 (ebenso Leitfaden 2013) empfohlene Radius des Untersuchungsgebiets für die vertiefende Prüfung bzw. der Radius des maximal möglichen Einwirkungsbereichs für Brutvorkommen des Schwarzstorchs 3.000 m beträgt. Damit ist insbesondere ungeklärt, ob und ggf. in welchem Umfang Schwarzstörche den Bereich zwischen dem 2.000 m-Radius und dem 3.000 m-Radius um die Anlagenstandorte herum nutzen sowie ob sich im Bereich zwischen dem 1.000 m-Radius und dem 3.000 m-Radius um die Anlagenstandorte herum Schwarzstorchhorste befinden. Ob die Kartierung für den Schwarzstorch unter Anwendung der in Nr. 11 des Leitfadens 2017 genannten Übergangsregelung gleichwohl – abgesehen von den fehlenden Angaben zu den Tageszeiten – verwertbar wäre, weil die Untere Landschaftsbehörde des Antragsgegners gegenüber dem Gutachter der Beigeladenen mit E-Mail vom 27. Februar 2013 den Untersuchungsrahmen auf 2.000 m und die Erfassung von Groß-/Greifvogelhorsten auf einen Umkreis von 1.000 m begrenzt hat, ob diese Übergangsregelung einen Zeitraum von mehr als sechs Jahren zwischen der Absprache und der vollständigen Wiederholung der UVP-Vorprüfung überbrücken könnte und ob Anhaltspunkte für die Annahme bestanden, dass von weitergehenden Untersuchungen kein entscheidungsrelevanter Erkenntnisgewinn zu erwarten war, ist ggf. im Hauptsacheverfahren zu klären.

36

II. Der Senat kann bei der im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen Interessenabwägung offen lassen, ob der vorliegende Verfahrensfehler durch eine Entscheidungsergänzung oder ein ergänzendes Verfahren behoben werden kann (§ 4 Abs. 1b Satz 1 UmwRG); dies wird ggf. im Hauptsacheverfahren zu klären sein (vgl. Urteil des VG Arnsberg vom 10. Oktober 2019 - 8 K 710/17 -, das Rechtsmittelverfahren ist beim Senat anhängig unter dem Aktenzeichen 8 A 4529/19). Auch falls im Hauptsacheverfahren die Aufhebung der angegriffenen Genehmigung nicht in Betracht kommt, würde dieser

37

Verstoß jedenfalls zur Feststellung der Rechtswidrigkeit und Außervollzugsetzung der Genehmigung zum Zwecke der Durchführung eines ergänzenden Genehmigungsverfahrens führen. Die Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 5 VwGO, die auch Gegenstand des Abänderungsverfahrens nach § 80 Abs. 7 VwGO ist, entspricht der im Hauptsacheverfahren derzeit jedenfalls erreichbaren Feststellung der Nichtvollziehbarkeit.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 1. April 2019 - 8 B 1013/18 -, juris Rn. 47. 38

III. Unabhängig von der Frage einer Teilbarkeit der angefochtenen Genehmigung kommt es nicht in Betracht, im Rahmen der allgemeinen Interessenabwägung nach § 80 Abs. 5 und 7 VwGO trotz des Verfahrensfehlers den Betrieb einzelner Anlagen oder den Betrieb zu bestimmten Jahres- oder Tageszeiten vorläufig zuzulassen. 39

Vgl. unter Hinweis auf die Einschätzungsprärogative der Genehmigungsbehörde bei der Frage der materiell-rechtlichen Vereinbarkeit von Nebenbestimmungen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG OVG NRW, Beschlüsse vom 6. August 2019 - 8 B 409/18 -, juris Rn. 62 ff., und vom 1. April 2019 - 8 B 1013/18 -, juris Rn. 39 ff. 40

Dem steht hier der Zweck der UVP-Vorprüfung entgegen. Sie hat eine verfahrenssteuernde Funktion. Mit ihr wird eine weichenstellende Entscheidung darüber getroffen, ob die Verwaltungsentscheidung ohne eingehende UVP ergehen darf, oder ob es hinreichend Anlass dafür gibt, eine UVP durchzuführen. In diesem Fall ist eine ordnungsgemäße Öffentlichkeitsbeteiligung wesentliches Element der Sachverhaltsaufklärung (§ 9 UVPG a. F., § 18 UVPG n. F.). Die Öffentlichkeitsbeteiligung als Schutzgut der UVP-Vorprüfung, 41

vgl. Seibert, NVwZ 2019, 337 (343), 42

hat nicht nur den Zweck, die Akzeptanz des Vorhabens zu erhöhen. Sie trägt vielmehr auch zu einer umfassenden Ermittlung und Bewertung des Sachverhalts und damit einer erhöhten Richtigkeitsgewähr der Verwaltungsentscheidung bei. 43

Vgl. Hagmann, in: Hoppe u. a., UVPG, UmwRG, 5. Aufl. 2018, § 18 UVPG Rn. 5; Winkler, in: Hoppe u. a., UVPG, UmwRG, 5. Aufl. 2018, UVPG Einleitung Rn. 3 ff.; Erwägungsgründe Nr. 7 und 16 der Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten. 44

Auch wenn sich das festgestellte Defizit nur auf einen Teil der UVP-Vorprüfung bezieht, ist davon mithin die Verwaltungsentscheidung insgesamt betroffen. Dem steht auch nicht der Rechtsgedanke des § 46 VwVfG entgegen. Diese Vorschrift ist auf Fehler i. S. v. § 4 Abs. 1 UmwRG nicht anwendbar, 45

vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 2011 - 9 A 23.10 -, juris Rn. 17, 46

wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 4 Abs. 1a Satz 1 UmwRG ergibt. 47

IV. Die Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der unter dem Aktenzeichen 8 A 4529/19 beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen anhängigen Klage des Antragstellers gegen die der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 30. Dezember 2016 zur Errichtung und zum Betrieb von sechs Windenergieanlagen beruht auf § 80b Abs. 2 VwGO. 48

Diese Anordnung erfolgt vorsorglich. Es ist nicht hinreichend sicher geklärt, ob dann, wenn das Verwaltungsgericht nach einem klageabweisenden Urteil seinen vorher ergangenen Beschluss, dass die aufschiebende Wirkung der Klage wiederhergestellt wird, geändert und den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage abgelehnt hat, eine stattgebende Beschwerdeentscheidung des Senats in einem Verfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO dieselben Folgen (aufschiebende Wirkung während des zweitinstanzlichen Verfahrens) hat wie eine Entscheidung des Senats nach § 80b Abs. 2 VwGO.

Vgl. zum Verhältnis zwischen § 80 Abs. 7 VwGO und § 80b Abs. 2 VwGO: Nds. OVG, Beschlüsse vom 8. August 2018 - 7 MS 54/18 -, juris Rn. 4, und vom 5. Dezember 2008 - 1 ME 93/08 -, juris Rn. 4; OVG NRW, Beschluss vom 23. Mai 2003 - 1 B 411/03 -, juris Rn. 5 ff.; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018 § 80b Rn. 23; Funke-Kaiser, in: Bader u. a., VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80b Rn. 6. 50

Daher versteht der Senat mit Blick auf das Rechtsschutzziel des Antragstellers, dass die aufschiebende Wirkung seiner Klage während des zweitinstanzlichen Verfahrens wiederhergestellt wird, den im Beschwerdeverfahren gestellten Antrag des Antragstellers, unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Arnberg vom 11. November 2019 die aufschiebende Wirkung seiner Klage wiederherzustellen, dahingehend, dass damit sinngemäß auch beantragt wird, die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der Klage nach § 80b Abs. 2 VwGO anzuordnen. Dieses Verständnis beruht auf folgenden Erwägungen: 51

Wenn eine Anfechtungsklage, die aufschiebende Wirkung hatte, im ersten Rechtszug abgewiesen worden ist, endet die aufschiebende Wirkung nach § 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels. Die gilt nach Satz 2 der Vorschrift auch dann, wenn die aufschiebende Wirkung durch das Gericht wiederhergestellt worden ist, es sei denn, die Behörde hat die Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit ausgesetzt. 52

Das gegen ein klageabweisendes Urteil gegebene Rechtsmittel i. S. v. § 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Antrag auf Zulassung der Berufung, wenn das Verwaltungsgericht die Berufung nicht zugelassen hat. 53

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 13. August 2019 ? 6 VR 3.19 -, juris Rn. 8, und Urteil vom 27. Februar 2014 - 5 C 1.13 D -, juris Rn. 22. 54

Ausgehend vom Vorstehenden hätte die vom Verwaltungsgericht Arnberg durch Beschluss vom 12. September 2017 - 8 L 571/17 - zunächst wiederhergestellte aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage des Antragstellers jedenfalls am 8. April 2020 geendet. Das Verwaltungsgericht hat die Anfechtungsklage des Antragstellers durch Urteil vom 10. Oktober 2019 - 8 K 710/17 - abgewiesen. Dieses Urteil ist dem Antragsteller am 8. November 2019 zugestellt worden, so dass die Frist zur Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung gemäß § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO am 8. Januar 2020 abgelaufen ist. Der im vorliegenden Verfahren angefochtene Beschluss des Verwaltungsgerichts Arnberg vom 11. November 2019 - 8 L 1540/19 - hat den Beschluss vom 12. September 2017 - 8 L 571/17 - geändert und die aufschiebende Wirkung der Klage bereits vorher beendet. 55

Das im vorliegenden Verfahren verfolgte und sich aus dem Antrag sowie der dazu vorgelegten Begründung im Schriftsatz vom 12. Dezember 2019 ergebende Rechtsschutzziel des Antragstellers ist es, die aufschiebende Wirkung seiner Klage für die Dauer des zweitinstanzlichen Verfahrens und damit auch über die in § 80b Abs. 1 VwGO genannte Frist hinaus wiederherzustellen, um den weiteren Vollzug der angefochtenen 56

immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu verhindern. Im Rahmen einer interessengerechten Auslegung des Beschwerdeantrags (vgl. §§ 88, 122 Abs.1 VwGO) wird diesem Ziel des Antragstellers jedenfalls dadurch Rechnung getragen, dass der im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag zugleich als Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO verstanden wird.

Da ein Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO nicht fristgebunden ist und die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung auch angeordnet werden kann, nachdem die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage gemäß § 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO bereits beendet war, 57

vgl. BVerwG, Beschluss vom 13. August 2019 - 6 VR 3.19 -, juris Rn. 10, 58

ist der so verstandene Antrag zulässig. 59

Er ist auch begründet. Da für die Entscheidung über einen Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO - wie sich schon aus der Verweisung in § 80b Abs. 3 VwGO ergibt - die gleichen Grundsätze wie für eine Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO gelten, 60

vgl. BVerwG, Beschluss vom 13. August 2019 - 6 VR 3.19 -, juris Rn. 11, 61

nimmt der Senat zur Begründung Bezug auf die Ausführungen unter I. bis III. 62

V. Der Antrag der Beigeladenen, ihr eine Frist zur Stellungnahme zum Schriftsatz des Antragstellers vom 13. Juli 2020 bis zum 31. Juli 2020 einzuräumen, wird abgelehnt. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, ist der genannte Schriftsatz, der sich auf die Auswirkungen des Vorhabens auf das Landschaftsbild bezieht, für die Entscheidung im vorliegenden Verfahren nicht relevant. 63

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 154 Abs. 1 und 3, 159 Satz 1 VwGO i. V. m. § 100 Abs. 1 ZPO. 64

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG. Der Senat orientiert sich an Nr. 19.2 i. V. m. Nr. 2.2.2 und Nr. 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs 2013 und setzt bis zum Erreichen einer Obergrenze in Höhe von 30.000 Euro im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes für jede streitgegenständliche Windenergieanlage einen Streitwert in Höhe von 7.500 Euro fest. 65

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