
Datum: 25.07.2013
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 13. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 K 4853/11
ECLI: ECLI:DE:VGK:2013:0725.13K4853.11.00

Nachinstanz: Oberverwaltungsgericht NRW, 8 A 2071/13
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

1

Dem Kläger wurde auf seinen Antrag von dem seinerzeit zuständigen Beklagten unter dem 24. April 2002 eine Baugenehmigung zum Bau einer Windenergieanlage Typ ENERCON E-40 in C. (Gemarkung C. Flur 0 Flurstücke 00 und 00) erteilt. In der Genehmigung heißt es, dass die Baugenehmigung erlischt, „wenn nicht innerhalb von drei Jahren nach Erteilung der Genehmigung mit der Ausführung des Bauvorhabens begonnen oder die Bauausführung ein Jahr unterbrochen worden ist (§ 77 Abs. 1 BauO NRW):“ Auch nachdem die Baugenehmigung vom nunmehr zuständig gewordenen Staatlichen Umweltamt L. für den Baubeginn antragsgemäß bis zum 31. Dezember 2006 verlängert worden war, wurde diese Anlage in der Folgezeit nicht errichtet.

2

3

Auf einen entsprechenden Änderungsantrag des Klägers vom 7. Juni 2006 erteilte die zwischenzeitlich zuständig gewordene Bezirksregierung L. ihm mit Genehmigungsbescheid vom 25. Oktober 2007 die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage des Typs ENERCON E-48 mit einer Nabenhöhe von 64,60 m und einer Nennleistung von 800 kW an gleicher Stelle. In der Genehmigungsformel heißt es: „Der Bescheid erlischt, wenn nicht innerhalb von zwei Jahren nach der Zustellung mit der Errichtung der Anlage und innerhalb eines weiteren Jahres mit dem Betrieb der Windenergieanlage begonnen wird. Die Fristen können aus wichtigen Gründen verlängert werden.“ Mit einem Änderungsbescheid vom 20. November 2007 änderte die Bezirksregierung L. eine die Gesamthöhe betreffende Nebenbestimmung.

Nachdem ein Nachbar des Klägers Widerspruch gegen die Änderungsgenehmigung vom 25. Oktober 2007 eingelegt hatte, beantragten die seinerzeitigen Verfahrensbevollmächtigten des Klägers im Januar 2008 bei der Bezirksregierung L. die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit der Begründung, dass der Nachbarwiderspruch offensichtlich aussichtslos sei. Unter dem 5. Februar 2008 entsprach die Bezirksregierung L. diesem Antrag. Am 26. März 2008 erhob ein weiterer Nachbar Klage gegen die Änderungsgenehmigung vom 25. Oktober 2007 und stellte zugleich einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage, die beim erkennenden Gericht unter den Aktenzeichen 13 K 2211/08 und 13 L 444/08 geführt wurden. Zu diesen Verfahren wurde der Kläger beigeladen. Mit Beschluss vom 30. April 2008 stellte das erkennende Gericht die aufschiebende Wirkung der Klage bis zur gerichtlichen Entscheidung im anhängigen Eilverfahren her. Mit Beschluss vom 14. Juli 2008 lehnte das Gericht den Antrag des Nachbarn auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Die dagegen von dem Antragsteller jenes Verfahrens eingelegte Beschwerde wies das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein Westfalen mit Beschluss vom 30. September 2008 – 8 B 1215/08 – zurück. Die Klage nahm der Nachbar am 18. Juni 2009 zurück. 4

Mit Schreiben vom 3. Juni 2009 zeigte der Vater des Klägers den Baubeginn an. In einem mit „Chronik“ überschriebenen Vermerk des Beklagten ohne Datum ist festgehalten, dass durch die Überwachung wiederholt, zuletzt im Juni 2010, augenscheinlich kein Baubeginn festgestellt werden konnte. Bei einem Ortstermin zur Überprüfung des Standorts im Beisein von Herrn K. T., dem Vater des Klägers, am 30. März 2011 habe festgestellt werden können, dass „Bautätigkeiten im wesentlichen Rahmen (Fundamentarbeiten, etc.) nicht stattgefunden haben.“ Daraufhin teilte der Beklagte dem Kläger im April 2011 mit, dass die Genehmigung erloschen sei, weil die Windenergieanlage nicht bis zum 25. Oktober 2010 in Betrieb genommen worden sei. Zwar sei im Juni 2009 der Baubeginn angezeigt worden, bei einer Ortsbegehung am 30. März 2011 sei die Anlage jedoch noch nicht in wesentlichen Teilen errichtet gewesen. Verlängerungsanträge seien nicht gestellt worden und jetzt auch nicht mehr möglich. 5

Die seinerzeitigen Verfahrensbevollmächtigten des Klägers vertraten demgegenüber die Auffassung, dass die Genehmigung nicht erloschen sei. Zwar sei zunächst die sofortige Vollziehung der Genehmigung angeordnet worden, danach habe sich jedoch ein Eilverfahren bis zum Oberverwaltungsgericht angeschlossen und die Klage sei erst im Juni 2009 zurückgenommen worden. Zuvor sei die Frist gehemmt gewesen, daher müsse die Anlage erst bis zum Juni 2012 in Betrieb genommen werden. Der Kläger habe bereits erhebliche Aufwendungen getätigt, zudem gebe es Lieferschwierigkeiten beim Hersteller der Anlage. Nachdem der Kläger persönlich in einem Schreiben vom 20. Juni 2011 erläutert hatte, dass durch die Nachbarklagen eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstanden sei und er deshalb wegen des drohenden erheblichen Vermögensschadens zunächst von einem Baubeginn 6

abgesehen habe, und er sich verwundert gezeigt hatte, dass angeblich kein Antrag auf Fristverlängerung gestellt worden sei, bat er um Entscheidung über den von ihm gestellten Verlängerungsantrag. Unter dem 18. Juli 2011 übersandten die seinerzeitigen Verfahrensbevollmächtigten kommentarlos ein mit „Abschrift“ überschriebenes Schreiben des Klägers an den Beklagten mit dem Datum des 15. Oktober 2010 und dem Betreff „Genehmigung vom 25.10.2007 Verlängerungsantrag Windradanlage“ sowie dem Antrag „die Verlängerung meiner vorgenannten Genehmigung um weitere zwei Jahre, somit bis zum 31.10.2012.“

Mit Bescheid vom 1. August 2011 stellte der Beklagte „aufgrund unterschiedlicher Rechtsauffassungen im Interesse der Rechtsklarheit und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen“ fest, dass die immissions(schutz)rechtliche Genehmigung vom 25. Oktober 2007 gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erloschen sei. Zur Begründung wird in dem Bescheid angeführt, dass entgegen den Ausführungen im Tenor der Genehmigung vom 25. Oktober 2007 nicht spätestens nach zwei Jahren mit dem Bau der Anlage und nicht nach einem weiteren Jahr mit dem Betrieb der Anlage begonnen worden sei. Zwar sei seinerzeit gegen den Bescheid Rechtsmittel eingelegt worden, aufgrund der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Bezirksregierung L. vom 5. Februar 2008 habe mit der Errichtung und dem Betrieb der Anlage begonnen werden dürfen. Ein Antrag auf Fristverlängerung liege dem Beklagten nicht vor und sei nicht Gegenstand des bisherigen Schriftverkehrs und der bisherigen Auseinandersetzungen gewesen. Der Kläger habe auch keinen Nachweis über den Eingang eines solchen Antrags vorgelegt. Daher sei auch nicht über einen solchen Verlängerungsantrag zu entscheiden gewesen.

Am 31. August 2011 hat der Kläger Klage erhoben, mit der er die Fortgeltung der erteilten Genehmigung erreichen will. Zur Begründung macht er im wesentlichen geltend: Nach der Erhebung der Nachbarklage habe er den Bau der Anlage wegen der Ungewissheit hinsichtlich der Rechtmäßigkeit verschoben. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung habe er nicht ausnutzen können, weil der Nachbar einen Eilantrag gestellt und das Verwaltungsgericht eine Zwischenregelung getroffen habe. Die Klage sei erst im Juni 2009 zurückgenommen worden; erst von diesem Zeitpunkt habe er risikolos mit dem Bau beginnen können. Damals seien aber schon 20 Monate verstrichen gewesen, so dass ihm für den Bau und die Inbetriebnahme nur noch 16 Monate verblieben seien. Da die Anlage in der restlichen Zeit nicht betriebsbereit hergestellt werden können, habe er einen Verlängerungsantrag für weitere zwei Jahre bis zum 31. Oktober 2012 gestellt, den er mit den eingetretenen Verzögerungen und dem unverhältnismäßigen Kostenrisikos bei einem Baubeginn vor dem rechtskräftigen Abschluss der Streitverfahren begründet habe. Wegen der großen Bedeutung der Genehmigungsverlängerung habe er „den Verlängerungsantrag vom 15. Oktober 2010 nicht per Post an den Beklagten geschickt, sondern seinem Vater, Herrn K. T. , übergeben, damit dieser als Zeuge ihn persönlich zustellt“. Sein Vater habe den Verlängerungsantrag am späten Nachmittag des 16. Oktober 2010 in den Hausbriefkasten des Beklagten in C1. H. , B. S. 0, eingeworfen.

Die Genehmigung sei – entgegen dem unzulässigerweise nachgeschobenen Vortrag des Beklagten - weder im Jahr 2009 noch 2010 erloschen, weil fristgemäß mit dem Bau begonnen worden sei. Bis zum 25. Oktober 2009 seien die Kranstellfläche und deren Zuwegung zum Wirtschaftsweg fertiggestellt gewesen, wie sich aus dem Angebot des Tiefbauunternehmens I2. vom 19. September 2007 ergebe. Es seien ca. 600 qm etwa 0,50 m ausgehoben, das Erdreich verteilt und Recyclingschotter als Schwerlastbefestigung eingebaut und verdichtet worden, wie sich aus dem Schreiben der Firma I1. vom 23. Dezember 2011 ergebe. Außerdem seien etwa 450 m Kabelgraben hergestellt worden, wie

sich ebenfalls aus dem Schreiben der Firma I. vom 23. Dezember 2011 und deren Angebot vom 18. September 2008 ergebe. Auch sei die Trafostation für die Stromeinspeisung – allerdings von dem Energieversorgungsunternehmen – bis zum 25. Oktober 2009 gebaut worden. Schließlich seien entsprechend dem weiteren Angebot der Firma I. vom 19. September 2007 die Positionen „Oberboden abtragen“ und „Baugrube ausschachten“ teilweise ausgeführt worden. Allein die für diese Arbeiten aufgewandten Kosten von ca. 45.000 € sprächen für die erforderliche Ernsthaftigkeit der Absicht zur Ausnutzung der erteilten Genehmigung.

Der Kläger beantragt, 10

- 1. den Feststellungsbescheid des Beklagten vom 1. August 2011 aufzuheben, 112
- 2. den Beklagten zu verpflichten, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 25. Oktober 2007 für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage gemäß Antrag vom 15. Oktober 2010 um zwei Jahre - gerechnet ab Zustellung des Verlängerungsbescheides - zu verlängern, 13

hilfsweise, 14

den Beklagten zu verpflichten, den Verlängerungsantrag vom 15. Oktober 2010 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden. 15

Der Beklagte beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Zur Begründung beruft er sich auf den angegriffenen Feststellungsbescheid und macht zusammenfassend geltend: Es könne letztlich dahingestellt bleiben ob der Kläger rechtzeitig mit den Bauarbeiten begonnen habe; jedenfalls sei der Betrieb der Anlage nicht rechtzeitig aufgenommen worden. Auch ein Verlängerungsantrag sei nicht fristgerecht eingereicht worden. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf den sonstigen Inhalt der Streitakte sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten (6 Ordner). 19

Entscheidungsgründe 20

Die Klage ist hinsichtlich beider Klageanträge zulässig, aber nicht begründet. 21

Das gilt zunächst für den Klageantrag zu 1. 22

Die vom Kläger zulässigerweise erhobene Anfechtungsklage ist nicht begründet, weil der Feststellungsbescheid des Beklagten vom 1. August 2011 rechtmäßig ist und der Kläger deshalb nicht in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO –). Die vom Beklagten in dem angegriffenen Bescheid getroffene Feststellung ist rechtmäßig; die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 25. Oktober 2007 ist erloschen. 23

Die vom Beklagten getroffene Feststellung bedarf wegen des Vorbehalts des Gesetzes einer Ermächtigungsgrundlage, weil der Beklagte etwas feststellt, was der Kläger gerade nicht für 24

rechtens hält,

vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 22. Oktober 2003 – 6 C 23.02 – Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 119, 123, 124. 25

Eine solche Ermächtigungsgrundlage muss allerdings nicht ausdrücklich vorliegen; vielmehr reicht es aus, wenn sie durch Auslegung zu ermitteln ist; 26

vgl. BVerwG, Urteile vom 24. Oktober 2002 – 7 C 9.02 -, BVerwGE 117, 133, 134, und vom 22. Oktober 2003 – a.a.O. S. 125. 27

Diese Ermächtigungsgrundlage findet sich hier in § 18 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 2002 (BGBl. I S. 3830), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juni 2012 (BGBl. I S. 1421), wonach die (immissionsschutzrechtliche) Genehmigung erlischt, wenn innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde gesetzten angemessenen Frist nicht mit der Errichtung oder dem Betrieb der Anlage begonnen worden ist. Wenn die Genehmigungsbehörde danach ermächtigt ist, für den Beginn der Errichtung und des Betriebs der Anlage eine angemessene Frist zu setzen, muss sie auch berechtigt sein, die Einhaltung der von ihr gesetzten Frist zu überwachen und gegebenenfalls durch Bescheid festzustellen, 28

für den Fall des § 18 Abs. 2 BImSchG vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Oktober 2002 a.a.O. S. 135. 29

Denn ausgehend von dem Zweck der Vorschrift, der u.a. darin besteht, das Gebrauchmachen von einer erteilten Genehmigung an die zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung herrschenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse anzubinden, 30

vgl. Hansmann/Ohms in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. III, § 18 BImSchG, Rdnr. 2, 31

liegt die Klärung, der Frage, ob von einer Genehmigung noch Gebrauch gemacht werden darf oder ob sie erloschen ist, im Interesse aller Beteiligten. 32

Vorliegend trifft die Feststellung des Beklagten zu; die Genehmigung vom 25. Oktober 2007 ist erloschen, weil innerhalb der von der Genehmigungsbehörde gesetzten Frist nicht mit der Errichtung der Anlage begonnen worden ist. Die seinerzeit zuständige Bezirksregierung L. hatte im Tenor ihres Genehmigungsbescheides in Ausübung ihrer Befugnis nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG bestimmt, dass der Bescheid erlischt, wenn nicht innerhalb von zwei Jahren nach der Zustellung mit der Errichtung der Anlage begonnen wird. Der genaue Tag der Zustellung des Bescheides ist nicht bekannt; da der Bescheid jedoch ausweislich eines Absendeverkehrs auf dem Übersendungsschreiben an den Kläger vom 29. Oktober 2007 am 30. Oktober 2007, einem Dienstag, an ihn abgesandt worden ist, kann angenommen werden, dass der Kläger den Bescheid auch unter Berücksichtigung des Allerheiligen-Feiertags am 1. November spätestens am 2. November 2007 erhalten hat. 33

Ausgehend vom Beginn der Frist Anfang November 2007 ist die zweijährige Frist für den Baubeginn Anfang November 2009 abgelaufen. Innerhalb dieser Frist ist nicht mit der Errichtung der Windenergieanlage begonnen worden. Das steht zur Überzeugung des Gerichts fest. 34

Vielfach wird für den Beginn der Bauarbeiten gefordert, dass wesentliche Teile der Anlage tatsächlich errichtet sein müssen, um die Rechtsfolgen des § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zu vermeiden,	35
vgl. dazu Hansmann/Ohms a.a.O., Rdnr. 20 mit weiteren Nachw..	36
Sieht man den Zweck des § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zudem darin, die Beschaffung von Genehmigungen auf Vorrat zu verhindern, kommt es für den Baubeginn darauf an, ob der Genehmigungsinhaber Handlungen vorgenommen hat, aus denen die Ernsthaftigkeit der Ausnutzung der Genehmigung in dem Bereich, für den ihm die Frist gesetzt worden ist, geschlossen werden kann. Danach muss er am vorgesehenen Standort nicht oder nur mit für ihn erheblichen wirtschaftlichen Verlusten rückgängig zu machende Maßnahmen durchgeführt haben,	37
vgl. nochmals Hansmann/Ohms, a.a.O., mit weiteren Nachw., Scheidler in Feldhaus, Bundes-Immissionsschutzrecht, Stand März 2013, § 18 BImSchG, Rdnr. 23.	38
Nach beiden Ansichten kann vorliegend ein Beginn der Bauarbeiten nicht festgestellt werden.	39
Soweit der Kläger insoweit geltend macht, dass im Sommer 2009 ein Stück der Zufahrt vom Wirtschaftsweg zum vorgesehenen Anlagenstandort befestigt worden sei, was durch das Angebot der Straßen- und Tiefbaufirma I. vom 19. September 2007 und das Bestätigungsschreiben desselben Unternehmens vom 23. Dezember 2011 belegt werde, kann darin noch kein Beginn der Bauarbeiten gesehen werden. Vielmehr handelt es sich dabei um den Bau vorbereitende Maßnahmen; durch die Herrichtung des Wirtschaftsweges und der Zuwegung zum vorgesehenen Anlagenstandort wird die Errichtung der Windenergieanlage überhaupt erst möglich gemacht. Damit wird die erteilte Genehmigung aber noch nicht ausgenutzt; die Zufahrt zum Anlagenstandort ist nämlich nicht Teil der Genehmigung.	40
Nichts anderes gilt für die vom Kläger weiter hervorgehobene Vorbereitung oder Herstellung der Kranstellfläche, wozu sich das Angebot der Firma I. vom 18. September 2007 wie auch das weitere Angebot vom 18. September 2008 sowie das bereits erwähnte Bestätigungsschreiben vom 23. Dezember 2011 verhalten. Dabei mag hier auf sich beruhen, wie die einzelnen Angebote und das Bestätigungsschreiben sich hinsichtlich der Kranstellfläche zueinander verhalten. Denn jedenfalls handelt es sich bei der Herrichtung der Stellfläche für den Kran (vgl. dazu die Planzeichnung unter Register 4 der Beiakte 3) ebenfalls nicht um den Beginn der Errichtung der Windenergieanlage selbst, sondern wiederum nur um eine vorbereitende Maßnahme, die nötig ist, damit der Baukran, mit dessen Hilfe dann die Anlage errichtet werden soll, den Anlagenstandort überhaupt erst erreichen und errichtet werden kann. In dem Antrag auf Erteilung der Genehmigung werden unter Register 1 der Genehmigungsunterlagen (Beiakte 1) der Wegebau und die Kranstellfläche demgemäß auch in dem Abschnitt „Infrastruktur“ behandelt.	41
Weiter hat der Kläger geltend gemacht, dass die Baugrube für das Fundament der Windenergieanlage ausgehoben bzw. damit begonnen worden sei. Den schriftlichen Unterlagen der Straßen- und Tiefbaufirma I. können insoweit nur teilweise Bestätigungen entnommen werden. In den Angeboten vom 19. September 2007 und 18. September 2008 ist von einer Baugrube für das Fundament keine Rede. In dem weiteren Angebot vom 19. September 2007 (Anlage K 8 zum Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 28. Dezember 2011) ist zwar unter dem Betreff „Herstellung des Fundamentaushubs für eine Windkraftanlage Typ E-48“ auch eine Position „900 cbm Baugrube ausschachten und Aushub	42

seitlich lagern“ enthalten; nach dem Bestätigungsschreiben vom 23. Dezember 2011 sind diese Arbeiten jedoch nur teilweise ausgeführt worden. Nach den Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung soll die Baugrube etwa 1 m tief ausgehoben worden sein. Diese Tiefe kann den schriftlichen Unterlagen der Firma I. nicht entnommen werden. Auch auf den Fotos Bl. 47 und 48 der Beiakte 1 kann keine Baugrube dieser Tiefe ausgemacht werden. Zwar kann auf dem Foto auf Bl. 47 oben eine muldenartige Vertiefung erahnt werden, diese ist aber nicht 1 m, sondern nur wenige cm „tief“. Eine derartige ursprüngliche Tiefe kann auch nicht angenommen werden, wenn man berücksichtigt, dass die Fotos ausweislich des eingedruckten Datums am 30. März 2011 aufgenommen worden sind, während die Erdarbeiten im Sommer/Herbst 2009 ausgeführt worden sein sollen, als zwischenzeitlich etwa 1 ½ Jahre oder etwas mehr vergangen sind. Zwar dürfte es zutreffen, dass die Baugrube zwischenzeitlich von Unkraut überwachsen ist; es kann aber nicht angenommen werden, dass die ursprünglich etwa 1 m tiefe Baugrube so eingefallen ist, dass nach 1 ½ Jahren nur noch eine kleine Mulde vorhanden ist. Eine solche Veränderung wird auch nicht dadurch plausibel, dass eine Schicht aus Recyclingmaterial eingebracht worden und das Gelände uneben ist. Betrachtet man das obere Foto auf Bl. 47 der Beiakte 1, kann nicht ernsthaft angenommen werden, dass mit der dort nach 1 ½ Jahren aufgenommen Baugrube „wesentliche Teile“ der Windenergieanlage tatsächlich errichtet worden sind. Es ist auch nicht so, dass die ergriffenen Baumaßnahmen nicht oder nur mit für den Kläger erheblichen wirtschaftlichen Verlusten rückgängig gemacht werden können. Die heute nur noch als Mulde vorhandene Baugrube kann vielmehr mit einigen wenigen cbm Erdreich verfüllt werden. Ein Beginn der Bauarbeiten kann daher auch insoweit nicht festgestellt werden.

Es kommt hinzu, dass nur solche Errichtungsarbeiten als Baubeginn angesehen werden können, an die zum maßgeblichen Zeitpunkt noch als Grundlage für den Weiterbau angeknüpft werden kann. An der heute als solche kaum noch erkennbaren Baugrube kann schließlich nicht ohne weiteres „weitergebaut“ werden. Die Baugrube müsste erneut ausgehoben werden und damit müsste erneut mit der Errichtung der Anlage begonnen werden.

43

Ob es bei dem Zeitpunkt für die weiterzuführenden Errichtungsarbeiten auf den Zeitpunkt des Fristablaufs oder wie bei Anfechtungsklage auf den Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides oder auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ankommt, mag hier auf sich beruhen. Denn auch wenn man insoweit auf den frühesten Zeitpunkt des Fristablaufs im Sommer 2009 abstellen wollte, wäre zu berücksichtigen, dass die Baugrube zu diesem Zeitpunkt – selbst bei einem Aushub von 1 m – nicht einmal zur Hälfte ausgeschachtet gewesen wäre. Nach den Angaben in der Anlagenbeschreibung unter Register 5, die Bestandteil der Genehmigung ist, weist das Betonfundament eine Gesamthöhe von 2,20 m auf, von der allerdings 15 cm über die Oberkante der Geländeaufschüttung hinausragen. Berücksichtigt man zudem, dass die Ausschachtung nicht auf die genaue Höhe des Fundaments beschränkt werden kann und zudem eine Grundierung mit Schotter (s. Angebot der Firma L. vom 19. September 2007) eingebaut werden muss, wird deutlich, dass die Ausschachtung eine Tiefe von deutlich mehr als 2 m aufweisen muss. Vor diesem Hintergrund erweist sich die vom Kläger in der mündlichen angeführte Ausschachtungstiefe von etwa 1 m als nur wenig mehr als ein „erster Spatenstich,“ aus dem aber nicht auf die Ernsthaftigkeit der Ausnutzung der Genehmigung geschlossen werden kann.

44

Der Bau der Trafostation am Ortsrand stellt ebenfalls keinen Beginn der Errichtung der Windenergieanlage dar, was der Kläger wohl auch nicht geltend machen will. Die Station ist nicht etwa Teil der Windenergieanlage und ist zudem auch nicht vom Kläger, sondern vom

45

zuständigen Energieversorgungsunternehmen aufgestellt worden.

Schließlich führt der Kläger die Verlegung eines 400/450 m langen Einspeisekabels mit einer Telekommunikationsleitung für die vorgesehene Fernüberwachung vom vorgesehenen Anlagenstandort zur Trafostation als Beginn der Bauarbeiten an. Dazu verhalten sich das Angebot der Firma I. vom 18. September 2008 und das Bestätigungsschreiben vom 23. November 2011. Auf dem oberen Foto auf Bl. 48 der Beiakte 1 soll ein Rest dieses Kabels zu sehen sein. Aber auch diese Arbeiten scheiden als Beginn der Errichtung der Anlage aus, weil das Kabel nicht Teil der Windenergieanlage ist; daher wird mit der Verlegung des Kabels nicht die Genehmigung ausgenutzt. Das zeigt recht plastisch schon der unter Register 5 des Genehmigungsantrags dargestellte „Verfahrensablauf einer ENERCON WEA“, wonach „Kabel/Freileitung“ jenseits der „Grenze WEA“ dargestellt sind. Vor allem aber folgt dies aus Ziffer 4. der „Hinweise zum Immissionsschutz“ auf S. 19 der Genehmigung selbst. Danach sind Stromkabelverlegungen derzeit nicht Gegenstand des Antrags; hierfür ist vielmehr ein gesonderter Antrag bei der Unteren Landschaftsbehörde nach dem Landschaftsgesetz NRW zu stellen. Dann ist die Verlegung eines solchen Kabels aber nicht Gegenstand der Genehmigung nach § 4 BImSchG und taugt daher nicht als Beginn der Ausnutzung der Genehmigung. 46

Damit steht fest, dass bis zum Ablauf der in der Genehmigung gesetzten Frist von zwei Jahren Anfang November 2009 durch keine der vom Kläger geschilderten Arbeiten mit der Errichtung der Windenergieanlage begonnen worden ist. Da auch für die Zeit danach keine weiteren baulichen Maßnahmen vom Kläger geschildert worden sind, kann die Frist nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG nur eingehalten worden sein, wenn diese nach § 18 Abs. 3 BImSchG aus wichtigem Grund verlängert worden ist. 47

Die Frist ist vom Beklagten bislang nicht verlängert worden. Eine Verlängerung kann aber auch nach Fristablauf noch erteilt werden, wenn der Verlängerungsantrag rechtzeitig vor dem Ablauf der Frist gestellt worden ist, 48

vgl. etwa Jarass, BImSchG, 7. Auflage, § 18 Rdnr. 13 mit weiteren Nachw.. 49

Der Kläger behauptet, dass er am 16. Oktober 2010 einen vom 15. Oktober 2010 datierenden Verlängerungsantrag gestellt habe. Zu diesem Zeitpunkt war die für den Baubeginn gesetzte Frist von zwei Jahren aber bereits abgelaufen; die Frist hatte – wie bereits dargelegt – mit der Zustellung des Genehmigungsbescheides Anfang November 2007 zu laufen begonnen und endete daher Anfang November 2009. Entgegen der ursprünglich geäußerten Auffassung des Klägers betrug die Frist für den Baubeginn nicht drei Jahre, sondern nur zwei Jahre. Das geht aus der Formulierung im Tenor des Genehmigungsbescheides unmissverständlich hervor, wonach zur Vermeidung des Erlöschens des Bescheides „innerhalb von zwei Jahren nach der Zustellung mit der Errichtung der Anlage und innerhalb eines weiteren Jahres mit dem Betrieb der Windenergieanlage begonnen“ werden muss. Möglicherweise ist der Kläger im Hinblick darauf von einer dreijährigen Frist für den Baubeginn ausgegangen, weil nach der ursprünglichen Baugenehmigung für den Bau einer Windenergieanlage des früher vorgesehenen Typs ENERCON E-40 vom 24. April 2002 „innerhalb von drei Jahren nach Erteilung der Genehmigung mit der Ausführung des Bauvorhabens begonnen“ werden musste. Diese Art der Befristung ist in den auf den Änderungsantrag des Klägers vom 7. Juni 2006 ergangenen Genehmigungsbescheid aber ersichtlich nicht übernommen worden. 50

Entgegen der Auffassung des Klägers war der Lauf der Frist auch nicht deshalb gehemmt oder hat später zu laufen begonnen, weil er erst nach der Rücknahme der Klage im anhängig gewesenen Nachbarrechtsstreit am 18. Juni 2009 die Anlage risikolos habe errichten können. 51

Denn bis zu diesem Zeitpunkt habe er zeitweise aus Rechtsgründen gar nicht bauen dürfen oder jedenfalls sei ihm ein Baubeginn vor dem Eintritt der Bestandskraft des Genehmigungsbescheides aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar gewesen. Diese Ansicht überzeugt nicht. Es ist heute allgemein anerkannt, dass die nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG gesetzte Frist nicht erst dann beginnt, wenn die Genehmigung unanfechtbar ist oder ihre sofortige Vollziehung angeordnet wurde,

Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 22. April 2002 – 2 TG 713/02 -, Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2003, 97, 98; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 13. Mai 2005 – 22 A 96.40091 -, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport (NVwZ-RR) 2006, 457, 458; Jarass, a.a.O., § 18, Rdnr. 3, Scheidler, a.a.O., § 18, Rdnr. 21, Hansmann/Ohms, a.a.O., § 18 Rdnr. 18. 52

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG schlechterdings nicht das Erlöschen einer Genehmigung bezwecken könne, von der der Genehmigungsinhaber keinen Gebrauch machen könne. Die überwiegend vertretene Auffassung führt aber auch nicht dazu, dass das genehmigte Vorhaben nicht realisiert werden kann und der Genehmigungsinhaber seine Genehmigung nicht ausnutzen kann. Vielmehr stellt die mangelnde Ausnutzbarkeit einer Genehmigung einen wichtigen Grund für einen Antrag auf Verlängerung der Frist nach § 18 Abs. 3 BImSchG dar, dem die Genehmigungsbehörde in Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens entsprechen kann, in aller Regel im Wege der Ermessensreduzierung wird entsprechen müssen, 53

vgl. etwa Hansmann/Ohms, a.a.O., Scheidler a.a.O., Scheuing/Wirths in Koch/Pache/Scheuing, Gemeinschafts-kommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, § 18, Rdnr. 48. 54

Die Frist verlängert sich aber nicht „automatisch“ um die Zeiten der mangelnden Ausnutzbarkeit oder beginnt gar erst mit dem Eintritt der Bestandskraft. 55

Vorliegend kann letztlich auch dahingestellt bleiben, ob zumindest die Zeiten, in denen der Genehmigungsinhaber aus Rechtsgründen an der Ausnutzung der Genehmigung gehindert war, zu einer Hemmung der Frist führen. Denn selbst wenn man diese Zeiten unberücksichtigt ließe, wäre der Verlängerungsantrag nicht rechtzeitig vor dem Ablauf der Zwei-Jahresfrist gestellt worden. Nach dem Zugang der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 25. Oktober 2007 Anfang November 2007 hätte der Kläger- rechtlich gesehen – mit der Errichtung der der Anlage beginnen können. Daran wäre er auch nicht durch den Eingang des Widerspruchs des Nachbarn N. am 12. November 2007 gehindert gewesen, weil diesem Widerspruch keine aufschiebende Wirkung zukam, da er nach dem zur damaligen Zeit noch geltenden Ausführungsgesetz zur VwGO unzulässig war. Der Nachbar war nämlich im seinerzeitigen Verwaltungsverfahren förmlich beteiligt worden, so dass er gegen den Genehmigungsbescheid unmittelbar hätte Klage erheben können. Erst recht war der Kläger zu den Errichtungsarbeiten berechtigt, nachdem die Bezirksregierung L. auf seinen Antrag vom 24. Januar 2008 unter dem 5. Februar 2008 die sofortige Vollziehung des Genehmigungsbescheides vom 25. Oktober 2007 angeordnet hatte. Daran änderte sich zunächst auch nichts, als der weitere Nachbar I. am 26. März 2008 bei dem erkennenden Gericht Klage erhob (13 K 2211/08) und einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (13 L 444/08) stellte. Erst als das Gericht mit Beschluss vom 30. April 2008 die aufschiebende Wirkung der Klage des Nachbarn bis zur Entscheidung des Gerichts im Eilverfahren wiederherstellte, war es dem Kläger aus Rechtsgründen verboten, mit der Errichtung der Anlage zu beginnen bzw. eine begonnene Errichtung fortzusetzen. Dieses Verbot endete mit dem Beschluss des Gerichts vom 14. Juli 2008, mit dem das 56

Gericht den Eilantrag des Nachbarn I3. ablehnte. Fortan konnte der Kläger – wiederum allein rechtlich betrachtet – mit der Errichtung der Anlage beginnen. Daran änderte sich auch nichts dadurch, dass der Nachbar gegen diesen Beschluss Beschwerde einlegte, da die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. Mit dem Beschluss des Obergerverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 30. September 2008 (8 B 1215/08), wurde diese Situation nicht verändert, da die Beschwerde des Nachbarn durch diesen Beschluss zurückgewiesen wurde. Aus Rechtsgründen war der Kläger daher nur während der Geltung des Zwischenbeschlusses des erkennenden Gerichts in der Zeit vom 30. April 2008 bis zum 14. Juli 2008, also für etwa 2 ½ Monate, an der Bauausführung gehindert. Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung für diese Zeit der rechtlichen Unzulässigkeit von Errichtungsarbeiten eine Hemmung der Frist annehmen wollte, wäre der Verlängerungsantrag vom 15./16. Oktober 2010 verspätet gestellt worden, da die Frist dann 2 ½ Monate nach Anfang November 2009, also Mitte Januar 2010, abgelaufen wäre. In den verbleibenden Zeiten hätte der Kläger mit der Errichtung der Anlage beginnen bzw. diese fortsetzen können. Wenn dem Kläger das wirtschaftliche Risiko einer Fehlinvestition für den Fall der Aufhebung der Genehmigung in dem noch bis zum 18. Juni 2009 anhängigen Hauptsacheverfahren zu hoch gewesen wäre, hätte er bis zum Ablauf der Zweijahresfrist Anfang November 2009 einen Verlängerungsantrag nach § 18 Abs. 3 BImSchG stellen können, dem angesichts aller Umstände des Falles wohl zu entsprechen gewesen wäre. Das hat er nach seinen Angaben aber erst knapp ein Jahr später getan. Auf die zwischen den Beteiligten streitige Frage, ob der Verlängerungsantrag vom 15./16. Oktober 2010 bei dem Beklagten eingegangen ist, kommt es daher nicht an.

Bleibt der Klageantrag zu 1. somit ohne Erfolg, so gilt dies auch für den Klageantrag zu 2., und zwar sowohl für den Hauptantrag als auch für den Hilfsantrag. 57

Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Verlängerung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 25. Oktober 2007 um zwei Jahre – gerechnet ab Zustellung des Verlängerungsbescheides. Zwar können nach § 18 Abs. 3 BImSchG die Fristen nach Abs. 1 – wie dargelegt – aus wichtigem Grunde verlängert werden, wenn hierdurch der Zweck des Gesetzes nicht gefährdet wird. Voraussetzung für eine solche Verlängerung ist jedoch – wie ebenfalls bereits dargestellt – , dass der Verlängerungsantrag aus Gründen der Rechtssicherheit vor dem Ablauf der von der Behörde gesetzten Frist gestellt wird. Das war aber gerade nicht der Fall; die Frist war bereits Anfang November 2009 abgelaufen, als der Verlängerungsantrag nach den Behauptungen des Klägers am 16. Oktober 2010 gestellt wurde. 58

Auch dem auf eine Bescheidung des Verlängerungsantrags gerichteten Hilfsantrag muss der Erfolg versagt bleiben, da Ermessensfehler des Beklagten nicht ersichtlich sind. Da der Kläger nach der Behauptung des Beklagten einen Verlängerungsantrag nicht gestellt hat, war der Beklagte vor dem Hintergrund seiner im Ergebnis zutreffenden Auffassung, dass der Kläger vor dem Ablauf der für den Beginn der Errichtung seitens der Behörde gesetzten Frist nicht mit der Errichtung der Anlage begonnen hatte, zur Klärung der Frage, ob ein Verlängerungsantrag des Klägers zu bescheiden sei, nicht zu weiteren Ermittlungsmaßnahmen verpflichtet. 59

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. 60

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. 61

§§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. 62

63

Anlass, die Berufung nach § 124a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 oder 4 VwGO zuzulassen, bestand nicht.

