

VERWALTUNGSGERICHT MINDEN

Beschluss
9 L 1003/04

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Thomas Mock, Clemens-August-Straße 6,
53639 Königswinter, für den Antragsteller

gegen den Landrat des Kreises xxx als Antragsgegner,
Beigeladene: xxx
Prozessbevollmächtigte: xxx

wegen Drittanfechtung einer Baugenehmigung zur Errichtung einer
Windenergieanlage hat die 9. Kammer des Verwaltungsgerichts Minden am 23.
Dezember 2004 durch den
Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Osthoff,
den Richter am Verwaltungsgericht Schomann,
den Richter am Verwaltungsgericht Riazi
beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der Widerspruch der Antragsteiler vom 26. August 2002 gegen die dem Rechtsvorgänger der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung vom 17. Dezember 2001 in der Fassung der Nachtragsbaugenehmigung vom 03. Dezember 2003 und des Änderungsbescheides vom 20. Januar 2004 aufschiebende Wirkung hat.
2. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller je zur Hälfte. Ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen der Antragsgegner und die Beigeladene jeweils selbst.
3. Der Streitwert wird auf 3.500,00 € festgesetzt.

Gründe:

Der unter Berücksichtigung von § 122 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 88 VwGO und § 86 Abs. 3 VwGO dahin gehend auszulegende Antrag der Antragsteller vom 30. November 2004,

festzustellen, dass ihr Widerspruch vom 26. August 2002 gegen die dem Rechtsvorgänger der Beigeladenen vom Antragsgegner erteilte Baugenehmigung vom 17. Dezember 2001 in der Fassung der Nachtragsbaugenehmigung vom 03. Dezember 2003 und des Änderungsbescheides vom 20. Januar 2004 aufschiebende Wirkung hat,

hat Erfolg.

Der Antrag ist analog § 80 Abs. 5 VwGO zulässig. Denn es ist zwischen den Beteiligten umstritten, ob der Widerspruch der Antragsteller vom 26. August 2002 aufschiebende Wirkung hat

- vgl. zur analogen Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO in den Fällen faktischen Vollzugs: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 13. Auflage, München 2003, § 80 Rn.

181; OVG NRW, Beschluss vom 03. September 1992 -14 B 684/92, NVwZ-RR 1993, 269 -.

Der Antrag ist auch begründet.

Der Widerspruch der Antragsteller vom 26. August 2002 gegen die dem Rechtsvorgänger der Beigeladenen vom Antragsgegner erteilte Baugenehmigung vom 17. Dezember 2001 in der Fassung der Nachtrags-Baugenehmigung vom 03. Dezember 2003 und des Änderungsbescheides vom 20. Januar 2004 hat aufschiebende Wirkung.

Die gemäß § 212 a Abs. BauGB kraft Gesetz zunächst nicht bestehende aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 26. August 2002 gegen die Baugenehmigung vom 17. Dezember 2001 ist mit Beschluss des Obergerverwaltungsgerichts des Landes Nordrhein-Westfalen vom 04. August 2003 - 10 B 700/03 - angeordnet worden. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung erfasst dabei nicht nur die Baugenehmigung in ihrer ursprünglichen, sondern auch in ihrer durch die Nachtragsbaugenehmigung vom 03. Dezember 2003 und den Änderungsbescheid vom 20. Januar 2004 geänderten Fassung. Die Modifikation der Baugenehmigung kann allenfalls Anlass für eine Abänderungsentscheidung nach § 80 Abs. 7 VwGO sein.

Der Antragsgegner bzw. die Beigeladene können dem nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass mit der Nachtragsbaugenehmigung und dem Änderungsbescheid den seitens des Obergerverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluss vom 04. August 2003 geäußerten Bedenken Rechnung getragen wurde und damit eine erneute Baufreigabe erfolgt ist, die allenfalls zum Gegenstand eines neuen Rechtsmittelverfahrens gemacht werden kann.

Zwar ist im Falle der durch Nachtragsbaugenehmigungen zugelassenen rechtserheblichen Änderung des Bauvorhabens, durch die die Nachbarrechtsverletzungen ausgeräumt werden bzw. ausgeräumt werden sollen, über die Nachbarrechtswidrigkeit des geänderten Bauvorhabens nicht im Abänderungsverfahren zu entscheiden. Dies gilt jedoch nur, wenn zwischen dem ursprünglichen und dem geänderten Bauvorhaben nach der Verkehrsanschauung keine Identität mehr besteht und somit ein anderer Streitgegenstand gegeben ist

- vgl. OVG NRW, Beschluss vom 03. Juni 1996 -11 B 1276/96, NVwZ-RR 1997, 447 (448) -.

Die nachträgliche Änderung von Nebenbestimmungen einer Baugenehmigung, nachdem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO erfolgt ist, die die Baugenehmigung lediglich modifiziert, lässt hingegen den Streitgegenstand unberührt und kann daher nur Anlass für eine Abänderungsentscheidung nach § 80 Abs. 7 VwGO sein

- vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. Dezember 2002 -10 B 435/02, NWVBl. 2004, 307 (308); OVG Bautzen, Beschluss vom 15. Juli 1999 - 1 S 308/99, NVwZ-RR 2000, 582 (583) -.

Letzteres ist hier der Fall. Die mit Baugenehmigung vom 17. Dezember 2001

genehmigte Windenergieanlage wird durch die mit Nachtragsbaugenehmigung vom 03. Dezember 2003 und mit Änderungsbescheid vom 20. Januar 2004 ausgesprochene Änderung, Hinzufügung bzw. Streichung der Nebenbestimmungen MA 8 bis MA 12 nicht in ihrer Identität verändert, weil sich diese Nebenbestimmungen vor allem auf den Schallschutz beziehen, ohne dass dadurch die geplante Windenergieanlage vom Typ ENERCON E-66/18.70 in ihrem Wesen verändert würde.

Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 04. August 2003 ist auch nicht von Amts wegen gemäß § 80 Abs. 7 Satz 1 VwGO zu ändern. Der Antragsgegner war zu der vorgenommenen Änderung der Baugenehmigung vom 17. Dezember 2001 bereits nicht zuständig. Vielmehr war er darauf beschränkt, nach Ermessen gemäß den §§ 48 Abs. 1 Satz 1, 50 VwVfG NRW darüber zu entscheiden, ob die Baugenehmigung vom 17. Dezember 2001 zurückgenommen wird. Denn die von den Antragstellern angefochtene Baugenehmigung war objektiv rechtswidrig. Die von der Beigeladenen geplante Windenergieanlage hätte im Immissionsschutzverfahren genehmigt werden müssen, weil sie Teil einer Windfarm im Sinne von Nr. 1.6 - Spalte 2 - des Anhangs 4. BImSchV ist. Von einer Windfarm ist auszugehen, wenn sie aus mindestens drei Windenergieanlagen besteht, die einander so zugeordnet sind, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren

- vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2004 - BVerwG 4 C 9.03, NVwZ 2004, 1235t -.

So liegt es hier. Denn die bereits auf den Grundstücken Gemarkung Meierberg, Flur 2, Flurstücke 41 bzw. 66 errichteten Windenergieanlagen vom Typ Vestas V80-2,0 MW und die geplante Windenergieanlage der Beigeladenen sind räumlich so zugeordnet, dass sich ihre schallimmissionsrelevanten Einwirkungsbereiche überschneiden. Bereits die am 30. November 2001 von der Beigeladenen erstellte Schallprognose zeigt, dass sich die 45 dB (A)-Isofonlinien der jeweiligen Windenergieanlagen überschneiden. Zudem belegt die Schallprognose vom 14. Oktober/19. November 2003 - deren Richtigkeit hier unterstellt -, dass sich die Lärmimmissionen der drei Windenergieanlagen an allen untersuchten Immissionspunkten, zu denen auch das Wohnhaus der Antragsteller gehört, summieren. So liegt bezogen auf das Wohnhaus der Antragsteller die Einzelbelastung durch die bereits errichteten Windenergieanlagen bzw. durch die geplante Windenergieanlage bei 42,2 dB (A) bzw. 38,4 dB (A), während die Gesamtbelastung aller drei Windenergieanlagen bei 43,7 dB (A) liegt.

Auch wenn nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen der Nachbar sich nicht mit Erfolg darauf berufen kann, dass eine Windenergieanlage statt im Baugenehmigungsverfahren im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG hätte genehmigt werden müssen

- vgl. OVG NRW, Beschluss vom 01. Juli 2002 - 10 B 788/02, NWVBl. 2003, 54 (55 f.) -,

ist zu berücksichtigen, dass durch eine Änderung des Beschlusses des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 04. August 2003 dahingehend, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entfällt, ein Rechtszustand hergestellt würde, der, wäre die Windenergieanlage im vereinfachten

Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG genehmigt worden, nicht bestünde. Denn der Widerspruch gegen eine Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz hat gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung, weil es an einer § 212 a BauGB entsprechenden Vorschrift im Bundesimmissionsschutzgesetz fehlt.

Über dies hinaus ist nach dem derzeitigen Erkenntnisstand auch nicht ersichtlich, dass der am Haus der Antragsteller nachts maßgebliche Lärmrichtwert von 45 dB (A) mit der erforderlichen Gewissheit eingehalten wird. Zwar wird dieser Wert nach der Schallprognose vom 14. Oktober/19. November 2003 eingehalten. Diese Prognose geht jedoch von einer falschen Tatsachengrundlage aus.

Die Schallprognose vom 14. Oktober/19. November 2003 berücksichtigt nicht, dass die angefochtene Baugenehmigung eine Tonhaltigkeit der geplanten Windenergieanlage zulässt

- vgl. zu dieser Problematik vertiefend; OVG NRW, Beschluss vom 04. August 2003 - 10 B 700/03, S. 4 ff.

Der Antragsgegner hat in der Nebenbestimmung MA 8 den maximalen Schallleistungspegel - was unter Beachtung von Nr. 2.10 TA Lärm und A. 2.5.2 des Anhangs der TA Lärm fehlerhaft ist - einschließlich Ton- und Impulshaltigkeitszuschläge nachts auf 102,3 dB (A) begrenzt und eine Verfahrensweise für die Berücksichtigung von Tonzuschlägen festgelegt.

Gleiches gilt in Bezug auf die bereits errichteten Windenergieanlagen des Typs Vestas V80-2.0 MW. Obwohl auch die für diese Windenergieanlagen erteilte Baugenehmigung vom 11. Dezember 2001 unter der Nebenbestimmung MA 10 eine Tonhaltigkeit dieser Windenergieanlagen zulässt, ist dies in der Schallprognose vom 14. Oktober/19. November 2003 nicht berücksichtigt worden. Angesichts dessen besteht auch aus diesem Grund kein Anlass von der seitens des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluss vom 04. August 2003 vorgenommenen Interessenabwägung nunmehr zum Nachteil der Antragsteller abzuweichen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 154 Abs. 1, 159 Satz 1, 154 Abs. 3 VwGO, 100 Abs. 1 VwGO.