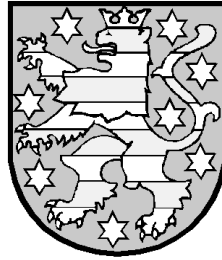

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 1. Senat -

1 EO 356/14

Verwaltungsgericht Weimar

- 4. Kammer -

4 E 361/14 We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der W_____ GmbH & Co. KG,
K_____, _____ B_____,
vertreten durch die Komplementärin M_____ GmbH,
diese vertreten durch die Geschäftsführer,
K_____, _____ M_____

Antragstellerin und Beschwerdeführerin

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Dr. Blanke u. a.,
Stephanitorsbollwerk 1, 28217 Bremen

gegen

den Kyffhäuserkreis,
vertreten durch die Landrätin,
Markt 8, 99706 Sondershausen

Antragsgegner und Beschwerdegegner

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Phillip-Gerlach und Teßmer,
Niddastraße 74, 60329 Frankfurt am Main

wegen

Immissionsschutzrechts
(hier: Beschwerde nach §§ 80, 80a VwGO)

hat der 1. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Hüscher, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hoffmann und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Jung

am 10. Februar 2015 **beschlossen**:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 12.05.2014 abgeändert und die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs vom 20.03.2013 gegen den Änderungsbescheid vom 01.03.2013 insoweit wiederhergestellt, als er sich gegen die darin geänderte Nebenbestimmung unter Abschnitt 3 Nr. 10.5 aus dem Genehmigungsbescheid vom 03.03.2010 richtet.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird unter gleichzeitiger Abänderung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung für beide Rechtszüge auf jeweils 15.000 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Anordnung von Abschaltzeiten für vier Windenergieanlagen.

Die (inzwischen umfirmierte) Antragstellerin erhielt am 03.03.2010 die immissionschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung von vier Windkraftanlagen (WKA) des Typs Enercon E-82 mit einem Rotordurchmesser von 82 m, einer Nabenhöhe von 108,38 m und einer Leistung von je 2,0 MW in den Gemarkungen Straußberg (WKA 14), Immenrode (WKA 15) und Großberndten (WKA 16 bzw. WKA 17). Die für sofort vollziehbar erklärte Genehmigung vom 03.03.2010 wurde „nach Maßgabe der im weiteren festgelegten Nebenbestimmungen“ erteilt. Im Abschnitt 3 (Nebenbe-

stimmungen) waren unter 10. „Naturschutzrechtliche Erfordernisse“ aufgeführt, wobei die Nummern 10.5 - 10.8 die Anforderungen zum Fledermausschutz betrafen. Nr. 10.5 im Bescheid vom 03.03.2010 enthielt ein Abschaltgebot für die Zeit vom 15.07. - 30.09. eines jeden Jahres von Sonnenuntergang bis 4 Stunden nach Sonnenuntergang, Nr. 10.6 Vorgaben für ein Totfundmonitoring mit in Nr. 10.7 geregelten Berichtspflichten; nach Nr. 10.8 konnten die festgelegten Abschaltzeiten nach Ablauf der dreijährigen Monitoringphase auf Antrag des Vorhabenträgers reduziert bzw. aufgehoben werden, wenn im Rahmen des Fledermausmonitorings der Nachweis gelinge, dass durch die 4 Windenergieanlagen am Standort keine erheblichen Beeinträchtigungen ziehender Fledermäuse verursacht würden. In den Gründen des Bescheids heißt es zu den Nebenbestimmungen u. a., sie seien in Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens der Genehmigungsbehörde erforderlich, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Voraussetzungen sicherzustellen.

Nachdem der auf einige Nebenbestimmungen des Genehmigungsbescheides, u. a. die Nummern 10.5 bis 10.8, beschränkte Widerspruch der Antragstellerin mit Widerspruchsbescheid des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 18.05.2011 im Wesentlichen als unbegründet zurückgewiesen worden war, erhob die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Weimar Klage gegen die Nebenbestimmungen unter den Nummern 10.5 bis 10.8 zum Fledermausschutz.

Während des unter dem Aktenzeichen 4 K 591/11 We anhängigen verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens hat der Antragsgegner die Nebenbestimmungen unter Abschnitt 3 Nr. 10.5 bis 10.8 aus dem Genehmigungsbescheid vom 03.03.2010 mit Änderungsbescheid vom 01.03.2013 im Wesentlichen wie folgt neu gefasst:

„10.5. Zur Vermeidung der Verletzung und Tötung von Individuen ziehender Fledermausarten sind die Windenergieanlagen (WEA)

- in der Zeit von 15.03. bis 20.05. eines jeden Jahres ab 1 Stunde vor Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang
- und
- in der Zeit vom 01.08. bis 31.10. eines jeden Jahres ab 3 Stunden vor Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang

abzuschalten, wenn in Gondelhöhe die Windgeschwindigkeit • 6m/s und die Temperatur • 10°C beträgt.

10.6 Die festgelegten Abschaltzeiten können auf Antrag des Betreibers reduziert bzw. aufgehoben werden, wenn im Ergebnis eines bioakustischen Höhenmonitorings (= Gondelmonitoring) ... über einen Zeitraum von mindestens 2 Jahren nachgewiesen werden kann, dass durch die 4 WEA keine signifikant erhöhten Tötungsrisiken für ziehende Fledermausarten verursacht werden.

Vom Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos wird jedenfalls dann nicht auszugehen sein, wenn die Auswertung des Gondelmonitorings den Schluss rechtfertigt, dass potenziell weniger als 2 Fledermäuse pro Jahr und einzelne Anlage durch den Anlagenbetrieb getötet werden.

Das Monitoring ist in Gondelhöhe der Anlagen WEA 16 u 17 durchzuführen...

Alternativ bleiben die verfügbaren Abschaltzeiten (siehe Nebenbestimmung 10.5) angeordnet.

10.7 Sofern die Möglichkeit nach 10.6. in Anspruch genommen wird, erfolgt nach Auswertung der Monitoring-Ergebnisse des 1. Monitoring-Jahres der Betrieb der Anlagen mit einem neuen, standörtlich angepassten Betriebsalgorithmus....

10.8 In Auswertung der Ergebnisse des 1. und 2. Monitorings erfolgt durch die UNB in Abstimmung mit Sachverständigen die Festlegung des endgültigen Betriebsalgorithmus....bei Vorbehalt der Fortführung des Monitorings im Falle erheblich voneinander abweichender Ergebnisse des 1. und 2. Monitoring-Jahres.“

Zur Begründung heißt es in dem Änderungsbescheid u. a., die strittigen Nebenbestimmungen seien aufgrund des anhängigen Verfahrens im Hinblick auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse zum Fledermausschutz angepasst worden. Der Vorhabenstandort liege in einem Bereich mit Zuggeschehen mehrerer Fledermausarten.

Gegen den Änderungsbescheid hat die Antragstellerin Widerspruch erhoben, über den bisher noch nicht entschieden worden ist.

Die nach Erlass des Änderungsbescheides in der Hauptsache auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage (hilfsweise Anfechtungsklage und höchst hilfsweise Verpflichtungsklage) umgestellte Klage 4 K 591/11 We hat das Verwaltungsgericht Weimar durch Urteil vom 09.04.2014 abgewiesen, nachdem ein zwischen den Beteiligten geschlossener gerichtlicher Vergleich fristgerecht widerrufen worden war.

Am 27.03.2014 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Weimar um vorläufigen Rechtsschutz gegen den vom Antragsgegner unter dem 06.03.2014 für sofort vollziehbar erklärten Änderungsbescheid nachgesucht.

Sie hat beantragt,

die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Antragsgegners vom 06.03.2014, mit der er die sofortige Vollziehung des Änderungsbescheids vom 01.03.2013 zur Änderung des Genehmigungsbescheids vom 03.03.2010 in Form des Widerspruchsbescheids des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 18.05.2011 anordnete, aufzuheben,

hilfsweise,

die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs vom 20.03.2013 gegen den Änderungsbescheid vom 01.03.2013 zur Änderung des Genehmigungsbescheids vom 03.03.2010 in Form des Widerspruchsbescheids des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 18.05.2011 insoweit wiederherzustellen, als dieser die Nebenbestimmung in Nr. 10.5 des Änderungsbescheides vom 01.03.2013 betrifft,

letzthilfsweise,

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO zu verpflichten, vorläufig den Betrieb der mit Genehmigungsbescheid vom 03.03.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 18.05.2011 genehmigten Windenergieanlagen ohne die zeitliche Beschränkung nach Nr. 10.5 des Änderungsbescheids vom 01.03.2013 zu gestatten.

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Hauptantrag sowie die Hilfsanträge abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht hat den Eilantrag durch Beschluss vom 12.05.2014 abgelehnt und zur Begründung u. a. ausgeführt:

Der Antrag sei im Rahmen des Verfahrens nach § 80 VwGO statthaft. In der Hauptsache sei gegen die in Abschnitt 3 Nr. 10.5 des Änderungsbescheides vom 01.03.2013 bestimmten Abschaltzeiten der (isolierte) Anfechtungswiderspruch gegeben. Vorliegend ergebe sich aus dem für die Abgrenzung zwischen einer „echten“ Auflage bzw. Nebenbestimmung und einer Inhaltsbestimmung maßgeblichen Erklärungswert des Genehmigungsbescheids, wie er sich bei objektiver Betrachtung aus der Sicht des Empfängers darstelle, dass es sich hier um eine echte Nebenbestimmung in Form der Auflage nach § 12 Abs. 1 BImSchG handele. Zwar solle die Antragstellerin nach Nr. 1 des Genehmigungsbescheides die immissionsschutzrechtliche Genehmigung „nach Maßgabe der im weiteren festgelegten Nebenbestimmungen erhalten“. Schon angesichts der Vielzahl der unter Abschnitt 3 erfolgten Nebenbestimmungen und deren Regelungsspektrum könne allein damit aber keine un-

trennbare Verknüpfung zwischen sämtlichen Nebenbestimmungen und der Genehmigung hergestellt werden. Auch angesichts der weiteren Begründung im Bescheid vom 03.03.2010, wonach „vorsorglich Abschaltzeiten“ während des maßgeblichen Fledermauszuges festzusetzen seien, sei die Bestimmung von Abschaltzeiten im vorliegenden Fall eindeutig als „echte“ Nebenbestimmung in Form der Auflage nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG zu qualifizieren.

Der Antrag auf Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung vom 06.03.2014 sei in diesem Rahmen auch zulässig. Der Antrag sei als Minus in dem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung enthalten. Entfalle die Vollziehungsanordnung, dann bewirke der eingelegte Rechtsbehelf, dass von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung eintrete. Die Beschränkung auf die Aufhebung der Vollziehungsanordnung im Fall einer Verletzung des Begründungserfordernisses gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO bringe lediglich den eingeschränkten Prüfungsumfang und die eingeschränkte Bindungswirkung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zum Ausdruck.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin genüge die Begründung der Vollziehungsanordnung in der Verfügung vom 06.03.2014 den Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Sie enthalte nicht nur abstrakte Erwägungen oder die bloße Wiederholung der Begründung des Änderungsbescheides vom 01.03.2013, sondern benenne vor dem Hintergrund des Regelungsgegenstandes und -zweckes der in Nr. 10.5 festgesetzten Abschaltzeiten hinreichend konkrete Umstände des Einzelfalles. Die Festsetzung von Abschaltzeiten diene der Beachtung des zwingenden artenschutzrechtlichen Tötungsverbots aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, mit dem der im öffentlichen Interesse liegende Artenschutz durchgesetzt werden solle; der im Zusammenhang mit dem Verbotstatbestand festgelegte Abschaltzeitraum für den Frühjahrszug habe unmittelbar bevorgestanden. Gerade im Bereich des Gefahrenabwehrrechts sei anerkannt, dass die Interessen, die den Erlass des Verwaltungsakts rechtfertigen, zugleich die Dringlichkeit der Vollziehung begründen könnten.

Bei der im Rahmen des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO gebotenen Interessenabwägung habe das Gericht zum einen zu würdigen, ob der Rechtsbehelf auch nach Maßgabe des eventuell glaubhaft gemachten tatsächlichen Vorbringens wahrscheinlich Erfolg haben werde. Zum anderen habe es das Gewicht der beteiligten Interessen und das konkrete Ausmaß ihrer Betroffenheit zu berücksichtigen. Nach summarischer Prü-

fung im vorliegenden Eilverfahren erscheine ein Erfolg des Rechtsbehelfs gegen die Nebenbestimmung 10.5 im Änderungsbescheid vom 01.03.2013 unwahrscheinlich:

Die Auflage zur Abschaltung der Windenergieanlagen beruhe auf § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG. Diese Bestimmung könne hier als Rechtsgrundlage für die Änderung der Abschaltzeiten mit Bescheid vom 01.03.2013 herangezogen werden, auch wenn die Änderung im Vergleich zur ursprünglichen Bestimmung im Bescheid vom 03.03.2010 wegen der Ausdehnung des Abschaltzeitraumes wie auch der Abschaltzeiten belastende Verschärfungen enthalte. Dabei könne offen bleiben, ob bzw. inwieweit auf § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG nachträgliche Auflagen oder deren Änderungen gestützt werden könnten. Jedenfalls dann, wenn der Anlagenbetreiber - wie die Antragstellerin im vorliegenden Fall - Rechtsmittel mit dem Ziel der Aufhebung einer von ihm für ungerechtfertigt gehaltenen Nebenbestimmung eingelegt habe, bestimme sich die Zulässigkeit einer weiteren belastenden Nebenbestimmung und dementsprechend auch der Verschärfung einer bereits angeordneten Nebenbestimmung nach den Grundsätzen für die Zulässigkeit einer sogenannten *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren, wenn sich dem maßgeblichen Fachrecht - wie hier - insoweit keine eigene Regelung zur Zulässigkeit der „*reformatio in peius*“ entnehmen lasse. Danach müsse derjenige, der einen ihn belastenden Verwaltungsakt anfechte, mit der Verschlechterung seiner Position rechnen, weil der angefochtene Verwaltungsakt nicht mehr Grundlage eines Vertrauensschutzes sein könne.

Nach summarischer Prüfung lägen hier die Voraussetzungen für eine Beauftragung nach §§ 12 Abs. 1 Satz 1, 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG vor, weil ohne die Auflage von Abschaltzeiten andere öffentlich-rechtliche Vorschriften dem Betrieb der Anlagen entgegenstünden. Ohne die in der Nebenbestimmung 10.5 des Änderungsbescheides vom 01.03.2013 geregelte Abschaltung der Windkraftanlagen erscheine das Vorhaben nicht mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BNatSchG vereinbar, weil der unbeschränkte Betrieb der Windkraftanlagen mit einer signifikanten Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos jedenfalls für die besonders geschützte Fledermausart Großer Abendsegler verbunden wäre und somit ohne Beauftragung gegen das Verletzungs- bzw. Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoßen würde.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie ihre erstinstanzlich gestellten Anträge weiterverfolgt.

II.

Die zulässige, insbesondere den Darlegungsanforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO genügende Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache im Wesentlichen Erfolg. Die grundsätzlich auf die dargelegten Gründe beschränkte Prüfung (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) ergibt, dass das Verwaltungsgericht es zwar zu Recht abgelehnt hat, die am 06.03.2014 ausgesprochene Anordnung der sofortigen Vollziehung des Änderungsbescheides vom 01.03.2013 aufzuheben (1.), dass dem auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Änderungsbescheid gerichteten Begehren aber entgegen der Auffassung der Vorinstanz im beantragten Umfang zu entsprechen ist (2.).

1. Der im Beschwerdeverfahren weiterverfolgte Hauptantrag der Antragstellerin ist zulässig (a), hat aber in der Sache auch im Beschwerdeverfahren keinen Erfolg (b).

a) Bei dem auf Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung gerichteten Hauptantrag der Antragstellerin handelt es sich um ein im Rahmen des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO zulässiges Begehren.

aa) Zunächst steht der Zulässigkeit des Antrags nicht entgegen, dass die Antragstellerin ihr Begehren in der Hauptsache mit einer auf Erteilung einer Genehmigung ohne die festgelegten Abschaltzeiten gerichteten Verpflichtungsklage verfolgen müsste. Der Senat geht mit der Vorinstanz davon aus, dass die mit dem Änderungsbescheid verfügte Festlegung von Abschaltzeiten (wie auch schon die durch sie geänderte Regelung im Abschnitt 3 unter Nr. 10.5 des Genehmigungsbescheides vom 03.03.2010) eine belastende Nebenbestimmung darstellt, gegen die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der der Senat folgt, grundsätzlich Anfechtungswiderspruch und Anfechtungsklage zulässig sind. Ob der Rechtsbehelf letztlich zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.11.2000 - 11 C 2.00 -, BVerwGE 112, 221 = NVwZ 2001, 429 = juris, insb. Leitsatz 1 und Rdn. 25).

Dies ist hier nicht der Fall. Zwar wird die Festlegung von Abschaltzeiten für Windkraftanlagen zum Schutz bestimmter Fledermaus- oder Vogelarten in Teilen der ver-

waltungsgerichtlichen Rechtsprechung als zeitliche Beschränkung des Anlagenbetriebs und damit als nicht selbständig anfechtbare inhaltliche Einschränkung der Genehmigung angesehen (so etwa OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15.03.2012 - OVG 11 S 72.10 -, NuR 2012, 370 = juris Rdn. 8, sowie VG Cottbus [als Vorinstanz], Beschluss vom 04.11.2010 - VG 4 L 341/09 - n. v.; für eine Einordnung als selbständig anfechtbare Auflage dagegen etwa VG Hannover, Urteil vom 22.11.2012 - 12 A 2305/11 -, NuR 2013, 65 = juris Rdn. 32; davon ohne Weiteres ausgehend auch VG Halle, Urteil vom 24.03.2011 - 4 A 46/10 -, juris Rdn. 16 und OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.03.2014 - 2 L 212/11 -, juris Rdn. 25 f.). Dem vermag der Senat aber jedenfalls für die streitgegenständliche Festlegung der Abschaltzeiten nicht zu folgen. Hier spricht vielmehr bei summarischer Prüfung alles dafür, dass es sich dabei um eine „echte“ Nebenbestimmung in Form der Auflage im Sinne des § 12 Abs. 1 BImSchG und der allgemeinen Regelung des § 36 Abs. 2 Nr. 4 ThürVwVfG handelt (zum zulässigen „Rückgriff“ auf die Begriffsbestimmungen in § 36 Abs. 2 [Thür]VwVfG vgl. etwa Jarass, BImSchG, Kommentar, 10. Aufl. 2013, § 12 Rdn. 2). Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Bei der Abgrenzung zwischen einer Nebenbestimmung im Sinne des § 36 Abs. 2 ThürVwVfG und einer Inhaltsbestimmung kommt es auf den Erklärungswert des Genehmigungsbescheids an, wie er sich bei objektiver Betrachtung aus der Sicht des Empfängers darstellt. Dabei ist die sprachliche Bezeichnung einer Regelung als Nebenbestimmung allein nicht entscheidend. Maßgebend ist vielmehr, ob die im Bescheid getroffene Regelung unmittelbar der Festlegung des Genehmigungsgegenstands dient, also das zugelassene Handeln des Betreibers räumlich und sachlich bestimmt und damit den Gegenstand der Genehmigung festlegt. Ist das der Fall, handelt es sich um eine Inhaltsbestimmung (so etwa: OVG NRW, Urteil vom 10.12.1999 - 21 A 3481/96 -, NVwZ-RR 2000, 671 = juris Rdn. 13 ff.; Nds. OVG, Urteil vom 14.03.2013 - 12 LC 153/11 -, NVwZ-RR 2013, 597 = juris Rdn. 52), die integrierender Bestandteil der in der „Hauptbestimmung“ der Genehmigung formulierten Rechtsgewährung ist (vgl. Mann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar [Loseblatt, Stand: 01.08.2014], § 12 BImSchG Rdn. 115). Demgegenüber regelt die Auflage zusätzliche Handlungs- oder Unterlassungspflichten, die zwar der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen dienen, aber zur Genehmigung hinzutreten und keine unmittelbare Wirkung für Bestand und Geltung der Genehmigung haben (so etwa Mann, a. a. O., Rdn. 115; ähnlich Fluck, DVBl. 1992, 862, 864).

Zu den behördlichen Regelungen, die den eigentlichen Gegenstand der Genehmigung betreffen und damit unabhängig von ihrer sprachlichen Bezeichnung als Inhaltsbestimmungen anzusehen sind, mögen etwa Regelungen der Genehmigung zur Anlagenkapazität, zum Standort der Anlage oder zu Emissionsbegrenzungen gehören (so etwa Mann, a. a. O., Rdn. 120 f.; ähnlich auch Fluck, a. a. O., S. 864 f., die Indizien für Inhaltsbestimmungen jeweils den Bestimmungen der 4. und 9. BImSchV entnehmen wollen). Darüber hinaus können auch andere Regelungen als Inhaltsbestimmungen angesehen werden, wenn sie für die Erfüllung und Sicherstellung der Genehmigungsvoraussetzungen als wesentlich anzusehen sind (so Mann, a. a. O., Rdn. 123 ff.; darauf abstellend auch OVG NRW, Urteil vom 10.12.1999 - 21 A 3481/96 -, juris Rdn. 18 und Nds. OVG, Urteil vom 14.03.2013 - 12 LC 153/11 -, a. a. O.). Denkbar ist auch, im Zweifel solche Regelungen der Genehmigung als Inhaltsbestimmungen anzusehen, die die Erfüllung der in § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG genannten immissionsschutzrechtlichen Vorgaben sicherstellen sollen, während sonstige Bestimmungen, die sich auf § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG beziehen, als „echte“ Nebenbestimmungen anzusehen sein könnten (vgl. dazu insb. Wasielewski in Koch u. a. [Hrsg.], GK-BImSchG [Loseblatt, Stand: September 2011], § 12 Rdn. 14 und 14a; vgl. auch Mann, a. a. O., Rdn. 128 f., der darin eine „Faustformel“ für eine erste Abgrenzung sieht).

Nach keinem der in Betracht kommenden Abgrenzungskriterien ist die streitgegenständliche Festlegung der Abschaltzeiten unabhängig von der durch die Genehmigungsbehörde gewählten Bezeichnung zwingend als Inhaltsbestimmung einzuordnen. Insbesondere lässt sich eine ihre isolierte Aufhebbarkeit ausschließende untrennbare Verknüpfung mit dem Genehmigungsbescheid nicht schon daraus herleiten, dass die Abschaltzeiten nach Auffassung des Antragsgegners erforderlich sind, um einen Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu vermeiden. Auch „echte“ Nebenbestimmungen dürfen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG nur beigelegt werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen.

In Fällen wie dem vorliegenden, in denen sich die an das jeweilige Vorhaben zu stellenden Anforderungen nicht zweifelsfrei entweder als Inhaltsbestimmungen oder als zur Genehmigung hinzutretende Nebenbestimmungen einordnen lassen, wird

man der Genehmigungsbehörde einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumen können und sie für befugt halten dürfen, selbst zu entscheiden, mit welchen Mitteln sie die Einhaltung der jeweiligen Genehmigungsvoraussetzungen gewährleisten will (für eine behördliche Kompetenz zur Abgrenzung der rechtlichen Instrumente etwa Kunert, UPR 1991, 249, 252). So kann die zuständige Genehmigungsbehörde etwa auch die Einhaltung der in § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG genannten weiteren Anforderungen, die sie untrennbar mit der Genehmigung verknüpft wissen möchte, als Inhaltsbestimmung kennzeichnen (zu diesem beschränkten Gestaltungsspielraum der Behörde etwa Fluck a. a. O., S. 867; Mann, a. a. O., Rdn. 130; Wasielewski, a. a. O., Rdn. 14a). Dies bedeutet aber umgekehrt auch, dass es jedenfalls in Zweifelsfällen in erster Linie Aufgabe der Genehmigungsbehörde ist, den Rechtscharakter der von ihr gewählten Regelung hinreichend deutlich zu bezeichnen (Fluck a. a. O.) und insbesondere zu verdeutlichen, dass eine Regelung von ihr - wie sie im vorliegenden Verfahren geltend macht - als Inhaltsbestimmung verstanden wird.

Letzteres ist hier nicht geschehen. Vielmehr hat der Antragsgegner die Festlegung der Abschaltzeiten bereits im Genehmigungsbescheid vom 03.03.2010 ausdrücklich als Nebenbestimmungen gekennzeichnet, die in Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens erforderlich seien, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Voraussetzungen sicherzustellen (vgl. Genehmigung, S. 17, 3. Absatz); dementsprechend wird im Widerspruchsbescheid des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 18.05.2011 (dort S. 4) ausdrücklich § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG als Rechtsgrundlage der Festlegung der Abschaltzeiten genannt. Auch im streitgegenständlichen Änderungsbescheid vom 01.03.2013 und in der am 06.03.2014 ausgesprochenen Anordnung seiner sofortigen Vollziehung ist ausdrücklich von einer Änderung bzw. Modifikation naturschutzrechtlicher Nebenbestimmungen die Rede. Gegen eine von der Behörde gewollte untrennbare Verknüpfung mit der eigentlichen Genehmigung spricht ferner, dass die nur vorsorglich festgesetzten Abschaltzeiten (vgl. Genehmigungsbescheid, S. 19) schon nach der ursprünglichen Genehmigung (dort Nr. 10.8) sowie auch nach dem Änderungsbescheid entfallen bzw. reduziert werden können (dort Nr. 10.6), wenn sich nach Durchführung eines sog. Monitorings herausstellen sollte, dass keine signifikant erhöhten Tötungsrisiken für ziehende Fledermausarten zu verzeichnen sind. Im Übrigen zeigt auch der Umstand, dass der Antragsgegner sich gehalten gesehen hat, den Änderungsbescheid für sofort vollziehbar zu erklären (also die Festlegung der Abschaltzeiten nicht als von der Anordnung der sofortigen

Vollziehung des Ausgangsbescheides erfasst angesehen hat), dass er selbst nicht von einer untrennbaren Verknüpfung mit dem Hauptinhalt der Genehmigung ausgegangen ist.

bb) Der Antrag auf Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung geht entgegen der Auffassung des Antragsgegners keineswegs über ein Begehren des vorläufigen Rechtsschutzes hinaus, sondern bleibt - wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat - hinter dem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zurück (vgl. dazu den angefochtenen Beschluss, S. 14 unten). Der auch im Beschwerdeverfahren aufrechterhaltenen gegenteiligen Auffassung des Antragsgegners, der Aufhebungsantrag beinhalte ein nur im Wege der Klage und nicht im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes zu verfolgendes Anfechtungsbegehren, liegt ersichtlich die Annahme zugrunde, dass es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung um einen anfechtbaren Verwaltungsakt handele. Dies trifft nicht zu. Die Aufhebung einer behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung kann unabhängig davon, ob diese überhaupt als Verwaltungsakt einzuordnen ist, nicht mit der Anfechtungsklage, sondern nur mit den Rechtsbehelfen der §§ 80 f. VwGO erreicht werden (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 30.11.1994 - 4 B 243.94 -, NVwZ-RR 1995, 299 = DÖV 1995, 384 = juris, insb. Leitsatz 1 und Rdn. 4; zur Frage der Verwaltungsaktsqualität der Anordnung vgl. ferner Funke-Kaiser in Bader u. a., VwGO, Kommentar, 6. Aufl. 2014, § 80 Rdn. 43 m. w. N. in FN 160).

b) Der somit statthafte und auch sonst zulässige Antrag bleibt aber erfolglos, da die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit einer noch den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO entsprechenden Begründung versehen worden ist. Auch das Beschwerdevorbringen der Antragstellerin rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Antragstellerin vertritt hierzu in ihrer Beschwerdebegründung (unter Hinweis auf obergerichtliche Rechtsprechung) die Auffassung, aus der Begründung einer Vollziehungsanordnung müsse immer hervorgehen, dass im Rahmen der Anordnung der sofortigen Vollziehung die beiderseitigen Interessen gegeneinander abgewogen worden seien. Dies sei hier nicht geschehen. Der Antragsgegner habe sich mit ihren Interessen hier überhaupt nicht auseinandergesetzt; zudem seien auch die Aspekte des öffentlichen Interesses an der Nutzung erneuerbaren Energien nicht einbezogen worden. Diese Einwände greifen nicht durch. Der Antragsgegner hat in der Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung ausgeführt, dass es einer Durchset-

zung der Abschaltzeiten bedürfe, um die Tötung von Angehörigen streng geschützter Fledermausarten zu vermeiden, deren Durchflug im Bereich der verfahrensgegenständlichen Anlagen ab dem 15.03. zu erwarten sei. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei verhältnismäßig, da keine milderer Mittel zur Verfügung stünden. Zugleich hat er darauf hingewiesen, dass die Anlagen nur bei Windgeschwindigkeiten von bis zu 6 m/s abzuschalten seien und die Abschaltung damit nicht die besonders ertragreichen Zeiten höherer Windgeschwindigkeiten betreffe. Damit hat er das Interesse der Antragstellerin an einem möglichst unbeschränkten Betrieb der Anlagen wie auch das öffentliche Interesse an der Förderung erneuerbarer Energien - noch - hinreichend in den Blick genommen, aber mit Rücksicht auf die gebotene Einhaltung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots dennoch ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Änderungsbescheides bejaht. Dies genügt noch den Anforderungen an die von § 80 Abs. 3 VwGO geforderte Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung, ohne dass es darauf ankommt, ob die Begründung in der Sache zutrifft.

2. Den auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die im Änderungsbescheid verfügte Modifikation der Nebenbestimmung unter Abschnitt 3 Nr. 10.5 aus dem Genehmigungsbescheid gerichteten (ersten) Hilfsantrag der Antragstellerin hat das Verwaltungsgericht demgegenüber zu Unrecht abgelehnt.

Bei der im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Vollzugsinteresse und dem Aussetzungsinteresse überwiegt hier das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin, denn ihr Widerspruch gegen den Änderungsbescheid hat entgegen der Auffassung der Vorinstanz voraussichtlich Erfolg. Die Antragstellerin macht in ihrer Beschwerdebegründung zu Recht geltend, dass der Antragsgegner nicht befugt war, die dem Genehmigungsbescheid zur Vermeidung von Beeinträchtigungen ziehender Fledermausarten beigefügten Abschaltzeiten nachträglich zu ändern.

Die im Bescheid vom 01.03.2013 verfügte Änderung der hier allein streitgegenständlichen Nebenbestimmung unter Abschnitt 3 Nr. 10.5 des Genehmigungsbescheides lässt sich nicht auf § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG stützen. Nach dieser Bestimmung, die eine für das Immissionsschutzrecht abschließende Regelung der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen enthält, kann die Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in

§ 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Die Anordnung einer Auflage nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG ist grundsätzlich nur zusammen mit der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung und damit nur im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung zulässig. Nach Erteilung der Genehmigung sind der zuständigen Immissionsschutzbehörde Einschränkungen des genehmigten Anlagenbetriebs nur noch unter den Voraussetzungen des § 17 BImSchG oder aufgrund eines Auflagenvorbehalts (vgl. § 12 Abs. 2a BImSchG) möglich (vgl. zum Vorstehenden etwa Hess. VGH, Beschluss vom 07.01.2002 - 2 TZ 3262/01 -, NVwZ-RR 2002, 340 = juris, insb. Rdn. 7 ff.; Jarass, BImSchG, Kommentar, 10. Aufl. 2013, § 12 Rdn. 3b). Dieses bereits nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG naheliegende Verständnis der Regelung wird durch ihre Entstehungsgeschichte bestätigt. In der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BT-Drs. 7/179, S. 35) heißt es hierzu:

„Die in § 12 genannten Nebenbestimmungen sind nur im Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung statthaft. Nach Erteilung der Genehmigung sind Beschränkungen nur im Rahmen des § 16 (Anm.: entspricht § 17 des Gesetzes) zulässig, nach dem unter den näher bezeichneten Voraussetzungen nachträgliche Anforderungen getroffen werden können.“

Allerdings ist nach der wohl überwiegend in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung, der auch das Verwaltungsgericht in seiner Entscheidung gefolgt ist, die Verschärfung einer bereits auf der Grundlage von § 12 BImSchG angeordneten Nebenbestimmung dann zulässig, wenn der Genehmigungsadressat sie angefochten hat (so etwa: Jarass, a. a. O.; OVG NRW, Beschluss vom 06.11.2012 - 8 B 441/12 -, NuR 2012, 870 = juris, insb. Leitsatz 1 und Rdn. 11 m. w. N.). Soweit diese Auffassung näher begründet wird, wird darauf verwiesen, dass sich in diesem Fall die Zulässigkeit einer weiteren belastenden Nebenbestimmung oder der nachträglichen Verschärfung einer bereits angeordneten Nebenbestimmung nach den Grundsätzen einer sog. *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren bestimme. Sofern sich dem maßgeblichen Fachrecht - wie dem Bundes-Immissionsschutzgesetz - keine Regelung zur Zulässigkeit der „*reformatio in peius*“ entnehmen lasse, richte sich deren Zulässigkeit nach den Grundsätzen über die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten. Danach müsse derjenige, der einen ihn belastenden Verwaltungsakt anfechte, mit der Verschlechterung seiner Position rechnen, weil der angefochtene Verwaltungsakt nicht mehr Grundlage eines Vertrauensschutzes sein könne (so insb. OVG NRW, a. a. O., Rdn. 11 ff.).

Ob dieser Auffassung grundsätzlich zu folgen sein könnte, mag dahinstehen. Die auf ein fehlendes schutzwürdiges Vertrauen des Anfechtenden abstellende Argumentation erweist sich hier jedenfalls deshalb als nicht tragfähig, weil im Zeitpunkt des Erlasses des Änderungsbescheides bereits das Klageverfahren gegen die dem Genehmigungsbescheid vom 03.03.2010 im Abschnitt 3 beigefügten Nebenbestimmungen 10.5 bis 10.8 anhängig war. Mit einer Verschlechterung seiner Rechtsposition nach den Grundsätzen der sog. *reformatio in peius* muss der Anfechtende aber nur bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens rechnen (vgl. dazu etwa den vom OVG NRW zitierten Beschluss des BVerwG vom 19.05.1999 - 8 B 61.99 -, NVwZ 1999, 1218 = juris Rdn. 9). Ist das Vorverfahren dagegen abgeschlossen und bereits ein verwaltungsgerichtliches Klageverfahren anhängig, muss der Kläger demgegenüber nicht mehr mit einer ihm nachteiligen Änderung des angefochtenen Bescheides rechnen. Eine „*reformatio in peius*“ ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zulässig. Das Verwaltungsgericht ist an das Klagebegehren gebunden und darf nicht darüber hinausgehen (vgl. § 88 VwGO); dies schließt auch die dem Kläger nachteilige Änderung des angefochtenen Verwaltungsakts aus (vgl. dazu etwa: BVerwG, Beschluss vom 10.05.1993 - 7 B 27.93 -, juris Rdn. 4; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28.04.2004 - 8 A 10366/04.OVG -, NVwZ-RR 2004, 723 = DÖV 2004, 889 = juris, insb. Leitsatz 2 und Rdn. 28; Schmid in Sodan/Ziekow, VwGO, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 88 Rdn. 16). Deshalb vermag der Umstand, dass die Antragstellerin die Nebenbestimmungen angefochten hatte, keine Ausnahme von dem Grundsatz zu rechtfertigen, dass § 12 BImSchG nachträgliche Verschärfungen von bzw. den nachträglichen Erlass zusätzlicher Nebenbestimmungen nicht erlaubt.

Die angeordneten Nebenbestimmungen lassen sich auch nicht auf § 17 BImSchG stützen. § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG erlaubt den Erlass von Anordnungen nach Erteilung der Genehmigung nur „zur Erfüllung der sich aus diesem Gesetz und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten“. Die Einhaltung der in § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG genannten anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, zu denen auch das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gehört, kann demgegenüber nicht mittels einer nachträglichen Anordnung durchgesetzt werden (fast einhellige Auffassung; vgl. etwa Hansmann/Ohms in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Band III [Loseblatt, Stand: 01.08.2014], § 17 BImSchG Rdn. 87, sowie Jarass, BImSchG, § 17 Rdn. 20, jeweils m. w. N.). Insoweit richtet sich die „Anpassung“ einer immissionsschutzrecht-

lich genehmigten Anlage an nachträgliche Änderungen oder auch neue Erkenntnisse nach dem jeweiligen Fachrecht (vgl. Jarass, a. a. O.; zum Verweis auf das einschlägige Fachrecht vgl. auch den dort zitierten Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG vom 14.01.2010 - 1 BvR 1627/09 -, NVwZ 2010, 771 = juris Rdn. 44 f.). Die vereinzelt in der Literatur unter Hinweis auf die Konzentrationswirkung der Genehmigung (§ 13 BImSchG) vertretene gegenteilige Auffassung (vgl. Wemdzio, NuR 2011, 464, 466) verkennt, dass die in § 13 BImSchG angeordnete Konzentration sich allein auf die Genehmigung bezieht und nach Genehmigungserteilung die Zuständigkeit zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften außerhalb des Immissionsschutzrechts wieder an die jeweiligen Fachbehörden zurückfällt (vgl. Jarass, BImSchG, § 13 Rdn. 25); dies kommt auch im oben zitierten Wortlaut des § 17 BImSchG hinreichend deutlich zum Ausdruck.

Ob der Antragsgegner berechtigt wäre, gegenüber der Antragstellerin auf der Grundlage einer naturschutzrechtlichen oder sonstigen Eingriffsermächtigung Abschaltzeiten für die immissionsschutzrechtlich genehmigten Windenergieanlagen festzusetzen, um ein erhöhtes Tötungs- und Verletzungsrisiko für bestimmte Fledermausarten zu vermeiden, hat der Senat im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden. Dies muss vielmehr einer Prüfung durch den Antragsgegner als zuständige Behörde vorbehalten bleiben. Der streitgegenständliche Bescheid vom 01.03.2013, durch den einzelne Nebenbestimmungen des Genehmigungsbescheides vom 03.03.2010 geändert worden sind, kann insbesondere nicht ohne Weiteres als eine selbständige naturschutzrechtliche Anordnung aufrechterhalten oder in eine solche umgedeutet werden.

Die Aufhebung des somit rechtswidrigen Änderungsbescheides würde voraussichtlich auch nicht daran scheitern, dass ohne entsprechende Nebenbestimmungen ein Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot zu befürchten wäre. Allerdings soll nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts die isolierte Aufhebung einer Nebenbestimmung wohl nur dann in Betracht kommen, wenn der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.11.2000 - 11 C 2.00 -, BVerwGE 112, 221 = juris Rdn. 25). Soweit diese Auffassung hier dahin zu verstehen sein sollte, dass die Aufhebung der einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid zu Unrecht nachträglich beigefügten und damit rechtswidrigen

Auflage nicht in Betracht kommt, wenn die - ursprünglich nicht mit einer entsprechenden Nebenbestimmung versehene - Genehmigung sich im Lichte neuerer Erkenntnisse oder aufgrund einer Änderung der Verhältnisse als rechtswidrig erweist, folgt der Senat ihr nicht. Eine dem Genehmigungsbescheid nachträglich ohne gesetzliche Grundlage beigefügte Auflage verletzt den Genehmigungsadressaten in seinen Rechten und ist deshalb auf seine Anfechtungsklage hin aufzuheben (so etwa - mit Kritik an der Rechtsprechung des BVerwG - Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 15. Aufl. 2014, § 36 Rdn. 62; eingehend dazu auch Störmer, DVBl. 1996, 81, 88 f.), ohne dass es darauf ankommen kann, ob die zuständige Behörde dem Genehmigungsbescheid ursprünglich eine entsprechende Nebenbestimmung hätte beifügen können oder müssen oder ob sie nunmehr berechtigt wäre, durch eine auf das einschlägige Fachrecht gestützte selbständige Anordnung gegen den Genehmigungsadressaten vorzugehen.

Abschließend weist der Senat darauf hin, dass die Aufhebung des streitgegenständlichen Änderungsbescheides im Hauptsacheverfahren zur Folge haben könnte, dass die durch ihn modifizierten bzw. ersetzten Nebenbestimmungen des Genehmigungsbescheides vom 03.03.2010, die mit Erlass des Änderungsbescheides zunächst ihre Wirksamkeit verloren hatten, möglicherweise „wiederaufleben“ bzw. wieder in Geltung treten (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 21.06.2007 - 3 C 11.06 -, BVerwGE 129, 66 = ThürVBl. 2007, 255 = juris Rdn. 18; zur Frage der Erledigung des ursprünglichen Bescheides und ihren Folgen vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 09.09.2008 - 3 B 37.08 -, NVwZ 2009, 530 = juris Rdn. 3 ff.).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen sind insgesamt dem Antragsgegner aufzuerlegen, da die Antragstellerin lediglich mit ihrem Feststellungsbegehren unterlegen ist, dass hinter dem auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gerichteten Begehren zurückbleibt oder jedenfalls nicht darüber hinausgeht.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1, 47 GKG. Die Antragstellerin hat die aufgrund der verfügbaren Abschaltzeiten zu erwartenden jährlichen Einnahmeverluste auf Nachfrage des Berichterstatters mit 30.000 €

beziffert. Dieser Betrag, der nicht überhöht scheint, war für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes auf die Hälfte zu ermäßigen.

Die Befugnis zur Abänderung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung folgt aus § 63 Abs. 3 GKG.

Hinweis:

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

Dr. Hüscher

Hoffmann

Dr. Jung