

Wird mit der begehrten Regelung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO die Hauptsache vorweggenommen, liegt ein Anordnungsgrund nur dann vor, wenn ohne die begehrte Anordnung schwere und unzumutbare, später nicht wieder gut zu machende Nachteile entstünden, zu deren Beseitigung eine nachfolgende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.

Eine endgültige, unumkehrbare Rechtsvereitelung im eigentlichen Sinne scheidet mit Blick auf das möglicherweise baldige Inkrafttreten eines neuen § 9 Abs. 1a Satz 2 BImSchG (BT-Drs. 20/14777, BR-Drs. 46/25) jedenfalls dann aus, wenn die daneben verbleibenden Anträge auf Vollgenehmigung nach § 6 BImSchG und auf Erteilung eines Vorbescheids nach § 9 Abs. 1 BImSchG auch unter Berücksichtigung absehbarer Änderungen der Rechtslage weiterhin realistische Erfolgsaussichten haben.

BImSchG §§ 6, 9 Abs. 1, Abs. 1a, 10 Abs. 6a, Abs. 9

LPIG NRW § 36a

VwGO § 123 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3

OVG NRW, Beschluss vom 7.2.2025 - 22 B 92/25.AK -.

Die Antragstellerin begehrte im Wege eines Eilantrages die Verpflichtung des Antragsgegners zur Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides nach § 9 Abs. 1a BImSchG für die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen. Ihren Antrag begründete sie mit einer befürchteten Rechtsvereitelung mit Blick auf das möglicherweise baldige Inkrafttreten eines neuen § 9 Abs. 1a Satz 2 BImSchG sowie das bevorstehende Inkrafttreten von § 36a LPIG NRW. Das OVG lehnte den Antrag ab.

Aus den Gründen:

Der Antrag der Antragstellerin,

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den gemäß § 9 Abs. 1a BImSchG unter dem Aktenzeichen N01 mit Datum

vom 6.9.2024 beantragten immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid betreffend die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen des Typs Nordex N175 mit einer Nabenhöhe von 179 m, einem Rotordurchmesser von 175 m, einer Gesamthöhe von 267 m und jeweils 6,8 MW Nennleistung auf dem Gebiet der Gemeinde W. an den Standorten Gemarkung V., Flur 16, Flurstück 44 und Flur 17, Flurstück 13 zu erteilen,

hat keinen Erfolg.

Die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung liegen nicht vor.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Dies erfordert die Glaubhaftmachung der tatsächlichen Voraussetzungen sowohl eines Anordnungsanspruchs als auch eines Anordnungsgrundes (§ 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO).

Wird mit der begehrten Regelung - wie hier mit der in Rede stehenden Verpflichtung zur Erteilung des Vorbescheids nach § 9 Abs. 1a BImSchG - die Hauptsache vorweggenommen, gelten gesteigerte Anforderungen an das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs, indem ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit dafür sprechen muss, dass der mit der Hauptsache verfolgte Anspruch begründet ist. Überdies kommt eine Vorwegnahme der Hauptsache nur in Betracht, wenn ohne die begehrte Anordnung schwere und unzumutbare, später nicht wieder gut zu machende Nachteile entstünden, zu deren Beseitigung eine nachfolgende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre. Dabei ist dem jeweils betroffenen Grundrecht und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen. Droht dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und

rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs - einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn nicht ausnahmsweise überwiegende gewichtige Gründe entgegenstehen.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 23.5.2019 - 1 BvR 1724/18 -, NVwZ 2019, 1506 = juris Rn. 22, und vom 15.8.2002 - 1 BvR 1790/00 -, NJW 2002, 3691 = juris Rn. 13, 18; OVG NRW, Beschlüsse vom 20.5.2021 - 8 B 1967/20 -, NWVBl. 2021, 386 = juris Rn. 7 ff., vom 22.2.2021 - 1 B 2015/20 -, juris Rn. 42, und vom 15.10.2014 - 12 B 870/14 -, juris Rn. 3 ff.

Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang, ob der für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderliche Grad der Erfolgsaussichten in der Hauptsache in Bezug auf den geltend gemachten Anspruch auf der Grundlage der Erkenntnismöglichkeiten des Senats im Rahmen der hier nur möglichen summarischen Prüfung erfüllt wäre, wofür indes Einiges sprechen mag. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die von Seiten der Bezirksregierung Arnsberg mit Schreiben vom 14.10.2024 geäußerten raumordnungsrechtlichen Bedenken. Selbst wenn dem sogenannten „Ziel 17 - Freiraumschutz“ des Regionalplans L., Teilabschnitt Kreis U. und P., in seiner aktuellen Fassung eine Zielqualität beizumessen wäre, was durchaus zweifelhaft erscheint, müsste damit die Frage eines Widerspruchs des geplanten Vorhabens zu diesem Ziel (vgl. § 35 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BauGB) nicht geklärt werden. Zu berücksichtigen wäre in diesem Zusammenhang, dass die Antragstellerin die von der Bezirksregierung Arnsberg für erforderlich erachtete „Auseinandersetzung mit diesem o. g. Ziel“ mit ihrem Schreiben an den Antragsgegner vom 16.12.2024 vorgenommen hat.

Denn jedenfalls hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass der darüber hinaus erforderliche Anordnungsgrund besteht. Ein solcher ergibt sich namentlich weder mit Blick auf das möglicherweise baldige Inkrafttreten eines neuen § 9 Abs. 1a Satz 2 BImSchG mit dem Gesetz für mehr Steuerung und Akzeptanz beim Windenergieausbau (BT-Drs. 20/14777, BR-Drs. 46/25) noch angesichts des bevorstehenden Inkrafttretens von § 36a LPlIG NRW mit dem Fünften Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes Nordrhein-Westfalen (LT-Drs. 18/12683, Vorabdruck 18/89).

Eine endgültige, unumkehrbare Rechtsvereitelung im eigentlichen Sinne zulasten der Antragstellerin scheidet hier schon deshalb aus, weil diese selbst ausweislich ihrer Antragsschrift (dort Seiten 23 f.) den erstrebten Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG - zutreffend - lediglich als einen Zwischenschritt („keine endgültige Legalisierung der geplanten WEA“, „keine endgültige Vorwegnahme der Legalisierung der beiden WEA“) hin zu der von ihr letztlich begehrten Vollgenehmigung, deren Beantragung „parallel schon mit erheblichem Aufwand“ vorbereitet werde, betrachtet. Insofern mag allenfalls im formellen Sinne von einer endgültigen Rechtsvereitelung gesprochen werden können.

Hinsichtlich des eigentlichen Ziels der Vollgenehmigung ist hier namentlich zu berücksichtigen, dass die Vorhabenstandorte - wie die Darstellung in der Anlage AST 2 zur Antragsschrift zeigt - in unmittelbarer Nähe zu dem Windenergiebereich X. des Entwurfs zur 19. Änderung des Regionalplans L., Teilabschnitt Kreis U. und P., liegen. Vor diesem Hintergrund kommt zum einen eine Einbeziehung der Standorte in die Gebietskulisse des Regionalplanentwurfs noch in Betracht. Zum anderen erweist sich aber auch die Erteilung einer Vollgenehmigung für ein nichtprivilegiertes Vorhaben im Sinne des § 249 Abs. 2 BauGB als durchaus realistische - wenn nicht gar hier nach den örtlichen Verhältnissen naheliegende - Perspektive.

Vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 16.5.2023 - 7 D 423/21.AK -, BauR 2023, 1353 = juris Rn. 63, Beschlüsse vom 5.2.2025 - 8 B 1091/24.AK -, Beschlussausfertigung S. 11 ff. (zur Veröffentlichung vorgesehen), und vom 26.9.2024 - 22 B 727/24.AK -, NVwZ 2025, 98 = juris Rn. 50 ff.

Hinzu kommt im Rahmen der - auch von der Antragstellerin in ihrer Antragsschrift (dort Seite 13) unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung hervorgehobenen - Interessenabwägung, dass eine Ablehnung des auf den erstrebten Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG gerichteten Antrags im einstweiligen Rechtsschutz auch deshalb nicht derart schwer wiegt, weil es sich dabei um eine Regelung handelt, die erst seit dem 9.7.2024 gilt (BGBl. I Nr. 225) und die die Erteilung eines Vorbescheids für Windenergieanlagen aus Gründen des Klimaschutzes unter erleichterten Voraussetzungen ermöglicht. Insofern handelt es sich um einen im Immissionsschutzrecht auch bisher nicht bekannten Ausnahmetatbestand, ohne den es - soweit ersichtlich -

nicht zu unzumutbaren Erschwernissen des Genehmigungsverfahrens gekommen ist. Selbstständig verbleibt der Antragstellerin indes das Regelinstrumentarium des Bundes-Immissionsschutzgesetzes - nämlich nicht nur der Antrag auf Vollgenehmigung nach § 6 BImSchG, sondern auch derjenige auf Erteilung eines Vorbescheids nach § 9 Abs. 1 BImSchG.

Soweit die Antragstellerin zudem Einwände gegen die Verfassungsmäßigkeit der (möglichen) Neuregelung des § 9 Abs. 1a Satz 2 BImSchG sowie derjenigen des § 36a LPIG NRW erhebt (vgl. Antragschrift Seiten 11 und 26 ff.), bleibt es ihr unbenommen, diese auch in einem etwaigen Hauptsacheverfahren geltend zu machen, so dass ein endgültiger Verlust des Anspruchs, insbesondere hinsichtlich einer Vollgenehmigung, die die (mögliche) Neuregelung des § 9 Abs. 1a Satz 2 BImSchG nicht erfasst, auch unter diesem Gesichtspunkt - nicht zuletzt unter Berücksichtigung des Antragsvorbringens - jedenfalls nicht unausweichlich erscheint.

Im Übrigen kann die Antragstellerin ihre wirtschaftlichen Interessen auch nach Inkrafttreten der in Rede stehenden Gesetze jedenfalls in der Gestalt eines Schadensersatzanspruchs gegen den Antragsgegner weiterverfolgen, falls ihr - wie sie meint - zu Unrecht vor Erlass der geplanten Neuregelungen die Erteilung des begehrten Vorbescheides verweigert worden ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 1.7.2021 - 7 B
1116/21.AK -, juris Rn. 5.

In diesem Zusammenhang kann dann auch zugunsten der Antragstellerin berücksichtigt werden, dass die gesetzliche Frist des § 10 Abs. 6a und Abs. 9 BImSchG i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 4 der 9. BImSchV - drei Monate nach Eingang der vollständigen Unterlagen, den der Antragsgegner hier am 16.9.2024 förmlich bestätigt hat - bereits seit längerem abgelaufen ist. Dass der Antragsgegner eine Entscheidung in dieser Frist objektiv nicht hätte treffen können, liegt auch unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Antragserwiderung vom 6.2.2025 jedenfalls nicht auf der Hand. Die im Raum stehenden „erheblichen Kosten in Höhe von fast 200.000 Euro“, die die Antragstellerin für das Vorbescheidsverfahren nach § 9 Abs. 1a BImSchG (nutzlos) aufgewandt haben will, hat sie bisher allerdings nicht substantiiert, zumal ihr wie festgestellt ohnehin die Verfahren auf Erteilung einer Vollgenehmigung nach § 6

BImSchG bzw. eines Vorbescheids nach § 9 Abs. 1 BImSchG verbleiben. Unbeschadet dessen ist allein die Höhe eines drohenden Schadens jedenfalls in Fallkonstellationen wie der vorliegenden kein Anhaltspunkt dafür, dass dieser nicht wiedergutmachen wäre. Dass der Antragsgegner ggf. nicht in der Lage wäre, auch höhere Schadensersatzsummen aufzubringen, ist nicht zu erkennen. Die Höhe des Kostenrisikos liegt damit allein in seiner Sphäre.