

Verwaltungsgericht Aachen, 6 L 319/09

Datum: 11.01.2009
Gericht: Verwaltungsgericht Aachen
Spruchkörper: 6. Kammer
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 6 L 319/09

Tenor: Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

2. Der Wert des Streitgegenstands wird auf 3.750,- EUR festgesetzt.

G r ü n d e : 1

Der sinngemäß gestellte Antrag, 2

die aufschiebende Wirkung der unter dem Aktenzeichen 6 K 1350/09 geführten Klage 3
gegen die Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 25. Juni 2009 wiederherzustellen
bzw. anzuordnen,

ist zulässig, aber unbegründet. 4

I. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ziffern 1 und 2 der Ordnungsverfügung 5
vom 25. Juni 2009 ist in formaler Hinsicht nicht zu beanstanden.

1. Ohne Erfolg wendet die Antragstellerin ein, es fehle an der insoweit erforderlichen 6
Anhörung. Eine gesonderte Anhörung vor Erlass der Anordnung der sofortigen
Vollziehung ist nicht erforderlich.

Vgl. insoweit Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 80 Rn. 81, mit weiteren 7
Nachweisen.

2. Der Antragsgegner hat die Anordnung der sofortigen Vollziehung in einer den 8
Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)
genügenden Weise begründet.

In der Begründung für die Vollziehungsanordnung hat die Behörde schlüssig, konkret und 9
substantiiert darzulegen, aufgrund welcher Erwägungen sie gerade im vorliegenden
Einzelfall ein besonderes privates und öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung
als gegeben ansieht und das Interesse des Rechtsbehelfsführers am Bestehen der
gesetzlich vorgesehenen aufschiebenden Wirkung ausnahmsweise zurückzutreten hat.

Vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Beschlüsse vom 31. Januar 2002 - 1 DB 2.02 -, 10
juris Rn. 7, und vom 18. September 2001 - 1 DB 26.01 -, juris Rn. 6;
Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW), Beschluss vom 13.
September 2006 - 8 B 1596/06 -; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 80 Rn.
97.

Darauf, ob die zur Begründung der Vollziehungsanordnung angeführten Gründe den Sofortvollzug tatsächlich rechtfertigen und ob die für die sofortige Vollziehung angeführten Gründe erschöpfend und zutreffend dargelegt sind, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

11

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 13. September 2006 - 8 B 1596/06 -, vom 29. Juli 2004 - 13 B 888/04 -, juris, vom 9. Juni 2004 - 18 B 22/04 -, juris, und vom 5. Juli 1994 - 18 B 1171/94 -, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVBl.) 1994, 424.

12

Die Abwägung, ob das Aussetzungsinteresse des Antragstellers die gegenläufigen Vollziehungsinteressen überwiegt, ist vielmehr Teil der eigenständigen gerichtlichen Interessenabwägung.

13

Vgl. zum Ganzen: OVG NRW, Beschluss vom 5. Juli 2006 - 8 B 212/06.AK -, juris.

14

Ausgehend von diesen Erwägungen ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ziffern 1 und 2 der im Streit stehenden Ordnungsverfügung ordnungsgemäß begründet. Der Antragsgegner hat im Hinblick auf den Einzelfall ausgeführt, die Antragstellerin würde bei Ausschöpfung der zulässigen Rechtsmittel gegenüber denjenigen, die die gesetzlichen Bestimmungen einhielten, eine nicht gerechtfertigte Besserstellung erfahren, weil sie bis zur Entscheidung über die Hauptsache aus einer formal ordnungswidrigen Nutzung der Windkraftanlage wirtschaftliche Vorteile ziehen würde. Dies müsse im öffentlichen Interesse ebenso verhindert werden wie eine Nachahmung durch Dritte. Damit hat der Antragsgegner zu erkennen gegeben, aufgrund welcher Überlegungen er gerade im Fall der Antragstellerin ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung als gegeben ansieht.

15

II. Die in materieller Hinsicht vorzunehmende Interessenabwägung fällt zum Nachteil der Antragstellerin aus.

16

Maßgebliches Kriterium innerhalb der Interessenabwägung sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Erweist sich der angefochtene Verwaltungsakt bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, überwiegt das Aussetzungsinteresse das Vollzugsinteresse. Stellt der Verwaltungsakt sich als offensichtlich rechtmäßig dar, überwiegt in der Regel das Vollzugsinteresse. Lässt sich hingegen bei summarischer Überprüfung eine Offensichtlichkeitsbeurteilung nicht treffen, kommt es entscheidend auf eine Abwägung zwischen den für eine sofortige Vollziehung sprechenden Interessen einerseits und dem Interesse des Betroffenen an einer Aussetzung der Vollziehung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren andererseits an. Die Erfolgsaussichten sind dabei auch unabhängig von einer fehlenden Offensichtlichkeit einzubeziehen. Je höher diese sind, umso größer ist das Interesse an der aufschiebenden Wirkung. Sind die Erfolgsaussichten demgegenüber gering, fällt das Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts stärker ins Gewicht.

17

Gemessen an diesen Maßstäben überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der angegriffenen Ordnungsverfügung. Zum einen spricht bei summarischer Überprüfung Überwiegendes dafür, dass die Verfügung rechtmäßig ist und die Klage daher keine Aussicht auf Erfolg hat (dazu 1.). Zum anderen fielen die Interessenabwägung auch bei unterstellten offenen Erfolgsaussichten der Klage zum Nachteil der Antragstellerin aus (dazu 2.).

18

19

1. Es spricht Überwiegendes dafür, dass die Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 25. Juni 2009 formell und materiell rechtmäßig ist. a) Zwar fehlt es an der von § 28 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (VwVfG NRW) vorgeschriebenen Anhörung, ohne dass ersichtlich ist, dass von ihr nach § 28 Abs. 2 VwVfG NRW hätte abgesehen werden oder sie § 28 Abs. 3 VwVfG NRW zufolge hätte unterbleiben dürfen. Dieser Fehler vermag dem Eilantrag allerdings nicht zum Erfolg zu verhelfen, weil er gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG NRW bis zum Abschluss der ersten Instanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens geheilt werden kann. Die Nachholung der Anhörung muss durch den Antragsgegner selbst geschehen; die Anhörung durch das Gericht ist nicht ausreichend.

Vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 45 Rn. 26 f.

20

b) Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung der "weiteren Errichtung" der in Rede stehenden Windkraftanlage (im Folgenden nach ihrer Bezeichnung in den Verwaltungsvorgängen des Antragsgegners: Windkraftanlage 5) in Ziffer 1 - worunter wohl das Verbot der Montage neuer Rotorblattflügel nach einem Blitzeinschlag zu verstehen ist - und für die Untersagung des Betriebs der Windkraftanlage in Ziffer 2 ist § 20 Abs. 2 Satz 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG).

21

Diese Vorschrift, der zufolge die zuständige Behörde anordnen soll, dass eine Anlage, die ohne die erforderliche Genehmigung errichtet, betrieben oder wesentlich geändert wird, stillzulegen oder zu beseitigen ist, ist auf die vorliegende Fallgestaltung anwendbar.

22

§ 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG ist auf alle im Zeitpunkt ihrer Errichtung oder wesentlichen Änderung immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen anwendbar. Auf eine Genehmigungsbedürftigkeit nach anderen Gesetzen - z. B. nach dem Bau- oder Wasserrecht - ist nicht abzustellen.

23

Vgl. Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 20 Rn. 34; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, BImSchG, Loseblatt, Stand März 1999, § 20 Rn. 40; Verwaltungsgericht (VG) Aachen, Urteil vom 28. November 2005 - 6 K 1259/03 -, juris Rn. 31.

24

Die am 9. Juni 1999 baugenehmigte und nach dem Akteninhalt noch im Jahr der Erteilung der Baugenehmigung errichtete Windkraftanlage 5 war im Zeitpunkt ihrer Errichtung zwar nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig.

25

Welche Anlagen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen, bestimmt sich nach § 4 Abs. 1 Sätze 1 und 3 BImSchG i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 1 der Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen - 4. BImSchV -). Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 der 4. BImSchV bedürfen die Errichtung und der Betrieb der im Anhang der Verordnung genannten Anlagen einer Genehmigung, soweit den Umständen nach zu erwarten ist, dass sie länger als während der zwölf Monate, die auf die Inbetriebnahme folgen, an demselben Ort betrieben werden. Das Genehmigungserfordernis für Windkraftanlagen (mit einer Leistung ab 300 kW) wurde durch die Verordnung zur Neufassung und Änderung von Verordnungen zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 24. Juli 1985 (BGBl. I S. 1586) in Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV zunächst begründet, durch die Verordnung zur Änderung der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen vom 24. März 1993 (BGBl. I S. 383) jedoch wieder aufgehoben. Erst durch das Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1950) - also nach Errichtung der Windkraftanlage 5 - wurde das Genehmigungserfordernis für Windkraftanlagen in Windfarmen mit mindestens drei Windkraftanlagen durch die Wiederaufnahme einer Nr. 1.6 in den Anhang zur 4. BImSchV erneut geschaffen.

26

Die fehlende immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit im Zeitpunkt der Errichtung der Windkraftanlage 5 steht der Anwendbarkeit des § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG indes nicht entgegen. Im Hinblick auf Windkraftanlagen ist nämlich zu beachten, dass gemäß § 67 Abs. 9 Satz 1 BImSchG Baugenehmigungen für Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern, die bis zum 1. Juli 2005 erteilt worden sind, als Genehmigungen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz gelten. Die Bestimmung ist zwar in erster Linie eine Reaktion des Gesetzgebers auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2004 - 4 C 9.03 -,

27

Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 121, 182 = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2004, 1235 = juris,

28

zum Begriff der Windfarm i. S. der seinerzeitigen Fassung der Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV und soll Rechtsunsicherheiten hinsichtlich bestehender Anlagen beseitigen, die aufgrund einer Baugenehmigung in einer Windfarm betrieben werden. Der Gesetzgeber wollte den mit Blick auf die Genehmigung von Windkraftanlagen bei Anwendung des bisher maßgeblichen Begriffs der Windfarm entstandenen Abgrenzungsproblemen entgegen und mit der Übergangsregelungen in § 67 Abs. 9 BImSchG "Reibungsverluste" vermeiden.

29

Vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 14. September 2005 - 8 B 96/05 -, NWVBl. 2006, 78 = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungsreport (NVwZ-RR) 2006, 244 = juris Rn. 12; Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, Loseblatt, BImSchG, Stand September 2007, § 67 Rn. 49 (jeweils unter Hinweis auf die Begründung des Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Bundestags-Drucksache 15/5443, S. 3 f.).

30

Auf der Linie dieser Vereinfachungsintention des Gesetzgebers liegt es aber, nach § 67 Abs. 9 Satz 1 BImSchG als immissionsschutzrechtlich genehmigt geltende Windkraftanlagen einheitlich zur Durchsetzung des formellen Genehmigungserfordernisses auch dem immissionsschutzrechtlichen Überwachungsinstrumentarium zu unterwerfen. Dies hat zur Folge, dass § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG im - vorliegend eröffneten - Anwendungsbereich des § 67 Abs. 9 Satz 1 BImSchG auch für solche Windkraftanlagen gilt, für die ursprünglich eine Baugenehmigung erteilt wurde.

31

Vgl. insoweit auch VG Aachen, Urteil vom 23. Januar 2008 - 6 K 807/06 -, juris Rn. 173 f.; Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 20 Rn. 34; offen gelassen von OVG NRW, Beschluss vom 14. September 2005 - 8 B 96/05 -, NWVBl. 2006, 78 = NVwZ-RR 2006, 244 = juris Rn. 27.

32

33

Zu demselben Ergebnis gelangt man unter Heranziehung der Überleitungsvorschrift des § 67 Abs. 2 Satz 1 BImSchG. Dieser verpflichtet den Betreiber einer beim Inkrafttreten der 4. BImSchV bereits errichteten Anlage, die - erstmals - dem Katalog der immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen unterfällt, zur Anzeige der Anlage bei der zuständigen Behörde. Mit dieser Regelung wird zugleich eine Überleitung auf das neue Recht in dem Sinne bewirkt, dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nur dann erforderlich sein soll, wenn die Altanlage wesentlich geändert wird (vgl. § 16 BImSchG). Diese Rechtsfolge ist nur für den vom Gesetz stillschweigend angenommenen Regelfall gerechtfertigt, dass der Anlagenbetreiber sich gesetzestreu verhalten, also eine für die Errichtung und den Betrieb bisher erforderliche bauaufsichtliche Genehmigung eingeholt hat. Auf die Überprüfung einer - potentiell mit Immissionen verbundenen - Anlage in einem auf den Schutz vor Immissionen gerichteten Genehmigungsverfahren wollte der Gesetzgeber in der Überleitungsvorschrift des § 67 Abs. 2 BImSchG jedenfalls nicht bei solchen bereits errichteten und betriebenen Anlagen verzichten, für die ein nach bisherigem Recht erforderliches, auch einer solchen Zielsetzung (vgl. § 22 BImSchG) dienendes bauaufsichtliches Genehmigungsverfahren nicht durchgeführt worden war. Die in Rede stehende Bestimmung bezweckt nämlich, dass nach dem Inkrafttreten einer Verordnung nach § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG die Rechtslage für den Betreiber einer Anlage nicht dadurch verschlechtert wird, dass er mit der nach bisherigem Recht rechtmäßig errichteten Anlage nachträglich einer neuen Genehmigungspflicht unterworfen wird. Von diesem Ausgangspunkt her stellt die in Rede stehende Vorschrift bislang bauaufsichtlich genehmigungsbedürftige, aber nicht genehmigte Anlagen vom immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürfnis nicht frei. Denn Vertrauensschutz, dass Errichtung und Betrieb einer Anlage in Bezug auf schädliche Umwelteinwirkungen einer behördlichen Überprüfung in einem bestimmten - dem immissionsschutzrechtlichen - Genehmigungsverfahren nicht unterliegen, verdient derjenige nicht, der seine Anlage einer solchen Überprüfung in dem bisher - auch - einer solchen Überprüfung dienenden bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren gesetzwidrig entzogen hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er bewusst das bauaufsichtliche Genehmigungserfordernis umgangen hat oder ob er davon ausgegangen ist, die Anlage sei genehmigungsfrei. Entscheidend ist, dass bei Anlagen, für die das Gesetz auch zur Verhinderung oder Beschränkung schädlicher Umwelteinwirkungen eine präventive Kontrolle in Form eines Genehmigungsverfahrens vorschreibt, ein Verzicht auf die Durchführung eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens nur dann gerechtfertigt ist, wenn die vor Einführung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungserfordernisses erforderliche bauaufsichtliche Genehmigung auch tatsächlich erteilt worden ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. September 1993 - 7 C 13.93 -, NVwZ-RR 1994, 438 = juris Rn. 9, mit weiteren Nachweisen. 34

Eine solche Situation ist hier - wie noch im Einzelnen darzulegen sein wird - gegeben, weil Errichtung und Betrieb der Windkraftanlage 5 an ihrem derzeitigen Standort nicht von dem Baugenehmigung vom 9. Juni 1999 gedeckt sind. 35

Die Voraussetzungen für eine Stilllegungsanordnung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG sind bei summarischer Prüfung gegeben. Die Windkraftanlage 5 ist ohne die erforderliche Genehmigung errichtet und betrieben worden (dazu aa.). Die Antragstellerin hat sie daher als ihre Betreiberin stillzulegen (dazu bb.). Dieser Ausspruch des Antragsgegners ist unter Ermessensgesichtspunkten nicht zu beanstanden (dazu cc.). 36

aa) Die Windkraftanlage 5 ist ohne die erforderliche Genehmigung errichtet und betrieben worden. 37

Die erforderliche Genehmigung fehlt nicht nur dann, wenn die Genehmigung noch nicht wirksam erteilt worden ist, sondern auch, wenn die Anlage nicht entsprechend der Genehmigung errichtet und betrieben wird. Vor allem im Hinblick auf die Alternative der "wesentlichen Änderung" liegt diese Voraussetzung vor, wenn die Lage und 38

Beschaffenheit der Anlage oder die Art und Weise des Anlagenbetriebs nicht durch eine wirksame Genehmigung gedeckt ist, wobei unwesentliche Abweichungen unberücksichtigt bleiben.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2000 - 11 C 1.00 -, BVerwGE 112, 123 = NVwZ 2001, 569 = juris (zu § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 des Atomgesetzes); Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 20 Rn. 35; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, BImSchG, Loseblatt, Stand März 1999, § 20 Rn. 43 ff. 39

Unwesentlich sind - wie sich aus der Wertung des § 16 Abs. 1 Satz 2 BImSchG ergibt - nur solche Abweichungen von der Genehmigung, die keine nachteiligen Auswirkungen auf die Schutzgüter des § 1 BImSchG haben können bzw. deren nachteilige Auswirkungen offensichtlich gering sind und die für die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG - die Erfüllung der sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten - offensichtlich nicht relevant sind, weil deren Vorliegen sichergestellt ist. 40

Vgl. dazu Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 16 Rn. 8 ff. 41

Die nachteiligen Auswirkungen müssen nicht sicher auftreten, da dies gerade im Rahmen eines (Änderungs-)Genehmigungsverfahrens geprüft werden soll. Die Wesentlichkeit der Abweichung kann nicht von der Frage abhängen, ob die Schutzgüter des Bundes-Immissionsschutzgesetzes im konkreten Fall tatsächlich beeinträchtigt sein können oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Abweichung Anlass zu einer erneuten Prüfung der Genehmigungsfrage gibt. Nachteilige Auswirkungen fehlen davon ausgehend erst dann, wenn sie ohne vernünftigen Zweifel ausgeschlossen werden können. Im Zweifelsfall bzw. dann, wenn erst nähere Prüfungen erforderlich sind, ist die Abweichung wesentlich. 42

Vgl. BVerwG, Urteil vom 6. Juli 1984 - 7 C 71.82 -, BVerwGE 69, 351 = NVwZ 1985, 23 = juris Rn. 14; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Bay. VGH), Urteil vom 13. Mai 2005 - 22 A 96.40091 -, NVwZ-RR 2006, 456 = juris Rn. 60; Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 16 Rn. 10 und 12. 43

Dies gilt auch für Standortabweichungen. 44

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. August 2008 - 4 B 25.08 -, NWVBl. 2009, 95 = NVwZ 2008, 1347 = juris Rn. 11; OVG NRW, Urteil vom 18. August 2009 - 8 A 613/08 -, juris Rn. 72 (jeweils im Hinblick auf § 36 Abs. 1 Satz 1 des Baugesetzbuchs). 45

Gemessen an diesen Maßstäben fehlt es für die Windkraftanlage 5 an der erforderlichen Genehmigung: Ihr Standort weicht von dem mit der Baugenehmigung vom 9. Juni 1999 genehmigten Standort ab; die Abweichung ist auch wesentlich. 46

(1) Welchen Inhalt eine Genehmigung hat, ergibt sich primär aus dem Genehmigungsbescheid bzw. aus dem in dem Bescheid zum Ausdruck gekommenen objektiven Willen der Genehmigungsbehörde unter Heranziehung der Genehmigungsunterlagen. 47

Vgl. BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1989 - 7 C 35.87 -, BVerwGE 84, 220 = NVwZ 1990, 963 = juris Rn. 22; Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 6 Rn. 37; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, BImSchG, Loseblatt, Stand März 1999, § 20 Rn. 45. 48

Der Baugenehmigungsbescheid vom 9. Juni 1999 selbst regelt nicht, an welchem konkreten Standort auf dem Grundstück Gemarkung F., Flur, Flurstück, die Windkraftanlage 5 errichtet werden darf. Er nimmt aber Bezug auf die als zugehörig gekennzeichneten Bauvorlagen und erlaubt die Verwirklichung des Vorhabens lediglich 49

entsprechend dieser Vorgaben. Mit den Genehmigungsunterlagen ist ein mit einem Grünstempel versehener und zum Gegenstand der Genehmigung gemachter Lageplan eingereicht worden (siehe Blatt 52 der Beiakte, Heft I), dem sich der vorgesehene Standort der Windkraftanlage 5 entnehmen lässt. Die Errichtung der Anlage ist somit nur an dieser Stelle genehmigt.

Von diesem genehmigten Standort weicht die Windkraftanlage 5 ab. Sie ist etwa 35 Meter nördlich von ihm errichtet worden, wie eine Überprüfung durch den Antragsgegner am 31. Oktober 2001 ergeben hat. Dies stellt die Antragstellerin weder vorprozessual noch im gerichtlichen Verfahren in Abrede. Ihr Geschäftsführer stellte bei dem Antragsgegner schon am 21. Februar 2002 einen neuerlichen Antrag auf Baugenehmigung mit den veränderten Standortkoordinaten (der mit Bescheid vom 5. Mai 2004 wegen unvollständiger Antragsunterlagen abgelehnt wurde) und teilte dem Antragsgegner zudem mit Schreiben vom 28. März 2003 mit, dass es "aufgrund von schlechten Wettergegebenheiten" zu einer "leichten Diskrepanz [zwischen dem] realen Standort" und dem genehmigten Standort gekommen sei.

(2) Die Standortabweichung ist wesentlich, weil sie für die Erfüllung der sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ergebenden Anforderungen relevant sein kann.

Dabei kann offen bleiben, ob die Möglichkeit einer nachteiligen Auswirkung der Standortabweichung auf die Erfüllung der Pflichten aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG bereits deswegen gegeben ist, weil durch die Standortverschiebung erneuter Anlass zur Prüfung der Frage besteht, ob von der Windkraftanlage 5 schädliche Umwelteinwirkungen für die Nachbarschaft in der westlich gelegenen Ortslage F. und in der östlich gelegenen Ortslage G. in Gestalt von Geräuschimmissionen und Schattenwurf ausgehen.

Dessen ungeachtet kann jedenfalls nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden, dass die Standortabweichung sonstige Gefahren i. S. d. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. BImSchG hervorruft, weil sie zu einer Verringerung des Abstands zu den in unmittelbarer Nähe in der Gemarkung F. errichteten Windkraftanlagen 3 und 6 - so ihre Bezeichnung in den Verwaltungsvorgängen des Antragsgegners - führt und dadurch deren Standsicherheit beeinträchtigen könnte.

Eine Orientierungshilfe dafür, in welchen Abständen Windkraftanlagen zueinander errichtet werden dürfen, bietet Nr. 5.3.2 des sog. Windkraftanlagen-Erlasses - Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Bauen und Verkehr - VI A 1 - 901.3/202 -, des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz - VII 8 - 30.04.04 - und des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie - IV A 3-00-19 - vom 21. Oktober 2005.

Vgl. insoweit auch OVG NRW, Beschluss vom 9. Juli 2003 - 7 B 949/03 -, juris Rn. 6 (zu den bauordnungsrechtlichen Vorgaben zur Standsicherheit).

Danach ist ein ausreichender Abstand von Windkraftanlagen untereinander und zu anderen vergleichbar hohen Bauwerken erforderlich. Für Anlagen, die - wie vorliegend - nach der noch bis zum 31. Dezember 2005 anwendbaren "Richtlinie für Windkraftanlagen - Einwirkungen und Standsicherheitsnachweis für Turm und Gründung" in der Fassung von Juni 1993,

vgl. insoweit den Runderlass des Ministeriums für Bauen und Wohnen vom 8. Februar 1996 - II B 3-474.203 -, Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen S. 465,

50

51

52

53

54

55

56

57

58

ausgelegt sind, gilt weiterhin, dass bei Abständen von weniger als fünf Rotordurchmessern in Hauptwindrichtung Auswirkungen auf die Standsicherheit der Anlagen zu erwarten sind und der Antragsteller der hinzukommenden Anlagen mittels eines Gutachtens nachzuweisen hat, dass die Standsicherheit nicht beeinträchtigt ist.

Dass der vorgenannte Mindestabstand zwischen der Windkraftanlage 5 und der Windkraftanlage 6 nicht eingehalten sein könnte, ergibt sich aus dem Widerspruch, den die Betreiberin der Windkraftanlage 6 am 10. Januar 2000 gegen die Baugenehmigung vom 9. Juni 1999 erhob. In der Widerspruchsbegründung heißt es, ausweislich einer vor Ort vorgenommenen Nachmessung sei der in Hauptwindrichtung vorgelagerte tatsächliche - d. h. von der Baugenehmigung abweichende - Standort der Windkraftanlage 5 von der Windkraftanlage 6 lediglich 184,7 Meter - mithin rund vier Rotordurchmesser - entfernt. Dieses Vorbringen hat die Betreiberin der Windkraftanlage 6 in ihrem weiteren Schreiben an den Antragsgegner vom 19. Oktober 2001 wiederholt und mit der Vorlage eines "Gutachtens zur Erhöhung der Turbulenzintensität des Windes durch eine vorgelagerte Windenergieanlage" der X. H. GmbH vom 4. Mai 2001 substantiiert.

Darüber hinaus erscheint nach Kartenlage - auch wenn diese einander nicht in Hauptwindrichtung zugeordnet sind - der Abstand der Windkraftanlage 5 zu der Windkraftanlage 3 problematisch, der unterhalb des Abstands zwischen den Windkraftanlagen 5 und 6 liegen dürfte.

bb) Da die Windkraftanlage 5 ohne die erforderliche Genehmigung errichtet und betrieben worden ist, hat die Antragstellerin sie als ihre Betreiberin stillzulegen.

Betreiber einer Anlage ist derjenige, der die Anlage in seinem Namen, auf seine Rechnung und in eigener Verantwortung führt, d. h. derjenige, der unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter rechtlicher, wirtschaftlicher und tatsächlicher Gegebenheiten bestimmenden Einfluss auf die Errichtung, die Beschaffenheit und den Betrieb der Anlage ausübt.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 27. November 2008 - 8 B 1476/08 -, NVwZ-RR 2009, 71 = juris Rn. 16. Übt eine juristische Person des privaten Rechts den bestimmenden Einfluss auf die Anlage aus, ist diese der Anlagenbetreiber, nicht etwa der Geschäftsführer, der Vorstand oder ein sonstiges Organ der juristischen Person.

Vgl. Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 3 Rn. 84.

Daran gemessen hat die Antragstellerin als Betreiberin der Windkraftanlage 5 diese stillzulegen, so dass der Antragsgegner die Ordnungsverfügung vom 25. Juni 2009 zu Recht - wie aus dem Adressfeld der Verfügung hervorgeht - an diese gerichtet hat. Soweit der Antragsgegner in der Begründung der Verfügung ausführt, der Geschäftsführer der Antragstellerin sei "auch richtiger Adressat" der Maßnahme, ist dies zwar inhaltlich unzutreffend, ändert aber nichts an der aus der Sicht eines objektiven Empfängers nach Treu und Glauben,

vgl. insoweit etwa BVerwG, Beschluss vom 30. Januar 2008 - 7 B 47.07 -, juris Rn. 6,

- und auch aus der Sicht der Antragstellerin selbst - rechtmäßigen Adressierung.

cc) Die Stilllegungsanordnung des Antragsgegners ist unter Ermessensgesichtspunkten nicht zu beanstanden.

Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG soll die Behörde bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen die Anlage stilllegen. Mit diesem "Soll-Befehl" wird die Behörde verpflichtet, regelmäßig bereits bei formeller Illegalität einzugreifen und nur in atypischen Fällen - ausnahmsweise - nach Ermessen zu entscheiden, ob aus Gründen der

Verhältnismäßigkeit von einer Stilllegung abzusehen oder ein milderer Mittel anzuwenden ist. Ein atypischer Fall liegt etwa vor, wenn die Behörde begründeten Anlass für die Annahme hat, die Anlage entspreche so, wie sie betrieben wird, den immissionsschutzrechtlichen Anforderungen. Dies erfordert allerdings keine umfangreichen und zeitraubenden Ermittlungen der Behörde über die materielle Genehmigungsfähigkeit der Anlage. Bestehen Zweifel an der materiellen Genehmigungsfähigkeit, gehen diese zu Lasten des Anlagenbetreibers.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1989 - 7 C 35.87 -, BVerwGE 84, 220 = NVwZ 1990, 963 = juris Rn. 29 f., Beschluss vom 4. November 1992 - 7 B 160.92 -, juris Rn. 3, und Urteil vom 28. Januar 1992 7 C 22.91 -, BVerwGE 89, 357 = NVwZ 1992, 192 = juris Rn. 14; VG Aachen, Urteil vom 28. November 2005 - 6 K 1259/03 -, juris Rn. 70.

Ausgehend hiervon war das Anstellen von Ermessenserwägungen entbehrlich, weil kein atypischer Fall vorliegt.

Die Windkraftanlage 5 ist an ihrem derzeitigen, von der Baugenehmigung vom 9. Juni 1999 divergierendem Standort nicht offensichtlich genehmigungsfähig. Wie dargelegt, lässt sich aus derzeitiger Sicht ohne weitergehende Ermittlungen insbesondere nicht beurteilen, ob der Betrieb der Windkraftanlage 5 die Standsicherheit der Windkraftanlagen 3 und 6 gefährdet und solchermaßen die Pflicht aus § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. BImSchG nicht erfüllt.

Mit dem Vorbringen, es handele sich nicht um einen typischen Fall des "Schwarzbaus", weil sie im Besitz einer Baugenehmigung sei und die Anlage lediglich nicht an dem genehmigten Standort errichtet habe, zeigt die Antragstellerin keinen atypischen Fall auf, der eine Stilllegungsanordnung nur nach vorhergehender Ermessensbetätigung gestattete. Ob eine Anlage gänzlich ohne die erforderliche Genehmigung errichtet wird oder unter wesentlicher Abweichung von einer erteilten Genehmigung, ist aus der Sicht des immissionsschutzrechtlichen Überwachungsinstrumentariums ohne Belang. In beiden Fällen geht es darum zu verhindern, dass das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung dadurch unterlaufen wird, dass vorab ohne behördliche Prüfung vollendete Tatsachen geschaffen werden.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 9. Dezember 1983 - 7 C 68.82 -, NVwZ 1985, 305 = juris Rn. 8, vom 29. September 1993 - 7 C 13.93 -, NVwZ-RR 1994 = juris Rn. 9, und vom 28. Januar 1992 - 7 C 22.91 -, BVerwGE 89, 357 = NVwZ 1992, 192 = juris Rn. 14; VG Aachen, Urteil vom 28. November 2005 - 6 K 1259/03 -, juris Rn. 30; Jarass, BImSchG, 7. Auflage 2007, § 20 Rn. 33.

Ein atypischer Fall folgt auch nicht daraus, dass die Windkraftanlage 5 seit ca. zehn Jahren betrieben wird. Die Antragstellerin kann sich auf Vertrauensschutz schon deswegen nicht berufen, weil der Antragsgegner dem Geschäftsführer der Antragstellerin die Nutzung der Windkraftanlage 5 bereits mit Ordnungsverfügung vom 30. Januar 2002 auf (bau-)ordnungsrechtlicher Grundlage unter Anordnung der sofortigen Vollziehung und Androhung eines Zwangsgeldes untersagt hatte.

Vgl. zur Möglichkeit der Annahme eines atypischen Falles aus Gründen des Vertrauensschutzes: BVerwG, Beschluss vom 30. Januar 2008 - 7 B 47.07 -, juris Rn. 9; Bay. VGH, Beschluss vom 13. Februar 1997 - 22 CS 96.919 -, juris Rn. 15; Obergerverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 2. August 1993 - 2 M 13/93 -, juris Rn. 23.

In der Folge setzte der Antragsgegner mit Bescheiden vom 22. September 2003, vom 23. März 2004, vom 20. Januar 2005, vom 6. Juni 2005 und vom 1. Dezember 2005 Zwangsgelder fest, um die zwischenzeitlich bestandskräftige Nutzungsuntersagung zu vollstrecken. Bei dieser Sachlage durfte die Antragstellerin, die sich das Wissen ihres Geschäftsführers - des vormaligen Betreibers - um die formelle Illegalität der

Windkraftanlage gemäß § 166 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zurechnen lassen muss, nicht darauf vertrauen, die Anlage weiter betreiben zu können, auch wenn seit der letzten Zwangsgeldfestsetzung bis zum Erlass der streitgegenständlichen Ordnungsverfügung etwa dreieinhalb Jahre vergangen sind. Eine Stilllegungsverfügung ist ein grundstücks- und anlagebezogener Verwaltungsakt, der quasi als "Annex" auch auf den Einzelrechtsnachfolger - hier die Antragstellerin - übergeht.

Vgl. dazu Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 17. Juni 1997 - 14 TG 2673/95 -, NVwZ 1998, 1315 = juris Rn. 17, mit weiteren Nachweisen. 78

c) Die in Ziffern 4 und 5 der Ordnungsverfügung vom 25. Juni 2009 ausgesprochenen Zwangsgeldandrohungen erweisen sich bei summarischer Betrachtung gleichfalls mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als rechtmäßig. Sie stehen mit den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 Satz 2, 60, 63 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen in Einklang. 79

2. Die Interessenabwägung fielen auch bei unterstellt offenen Erfolgsaussichten der Klage zum Nachteil der Antragstellerin aus. 80

Auf der einen Seite ist zugunsten der Antragstellerin zu berücksichtigen, dass sie ein wirtschaftliches Interesse am Weiterbetrieb der Windkraftanlage 5 hat. 81

Auf der anderen Seite fällt ins Gewicht, dass die Windkraftanlage 5 nicht an dem genehmigten Standort errichtet worden ist und daher ab Inbetriebnahme damit gerechnet werden musste, dass der Antragsgegner auf die Standortabweichung zur Durchsetzung des formellen Genehmigungsrechts, zur Gleichbehandlung mit rechtstreuen Vorhabenträgern und zur Verhinderung von Nachahmungseffekten mit einer Stilllegungsverfügung reagieren würde. Da die Standortabweichung dem Geschäftsführer der Antragstellerin frühzeitig bekannt war und der Antragsgegner im Januar 2002 überdies eine Untersagungsverfügung gegen ihn erließ, die in Bestandskraft erwuchs, war ein etwaiges Vertrauen in den Fortbestand des Anlagenbetriebs spätestens ab diesem Zeitpunkt nicht mehr schützenswert. Zum Nachteil der Antragstellerin ist weiterhin in Rechnung zu stellen, dass der veränderte Standort der Windkraftanlage 5 - wie dargelegt - einen erneuten immissionsschutzrechtlich Prüfbedarf aufwirft, weil ihr Betrieb an diesem Standort zu einer Gefährdung der Standsicherheit der nächstgelegenen Windkraftanlagen 3 und 6 führen könnte. Aus diesen Gründen müssen die privaten Interessen der Antragstellerin an dem Weiterbetrieb der Anlage hinter dem öffentlichen Interesse an ihrer sofortigen Stilllegung zurückstehen. Es ist der Antragstellerin unbenommen, beim Antragsgegner einen Genehmigungsantrag zu stellen, um die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsfähigkeit der Windkraftanlage 5 an ihrem derzeitigen Standort überprüfen zu lassen. 82

Vgl. zum Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Beachtung der Genehmigungspflicht aus bauordnungsrechtlicher Sicht etwa: Bay. VGH, Beschluss vom 30. August 2007 - 1 CS 07.1253 -, juris Rn. 28. 83

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. 84

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 1 und 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Sie berücksichtigt, dass in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes wegen des lediglich vorläufigen Charakters der begehrten Entscheidung der Auffangstreitwert des § 52 Abs. 2 GKG, von dem hier im Hinblick auf die Stilllegungsanordnung mangels anderweitiger Anhaltspunkte auszugehen ist, regelmäßig lediglich zur Hälfte angesetzt wird. Die angedrohten Zwangsgelder bringt die Kammer zusätzlich orientiert an Nr. 1.6.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung von Juli 2004 (Deutsches Verwaltungsblatt 2004, 1525 = NVwZ 2004, 1327) einmalig mit einem Viertel, d. h. mit 1.250,- EUR, in Ansatz. 85