

Verwaltungsgericht Düsseldorf, 28 L 3809/17

Datum: 25.09.2017
Gericht: Verwaltungsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 28. Kammer
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 28 L 3809/17
ECLI: ECLI:DE:VGD:2017:0925.28L3809.17.00

Schlagworte: Alternatives Verfahren Interimsverfahren
Normen: VwGO § 80 Abs. 7 DIN ISO 9613-2 Nr. A.2.3.4 der Anlage zur TA Lärm
Leitsätze: Beschwerde- und Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO können (im Grundsatz) parallel angestrengt werden.

Die in der über Nr. A.2.3.4 der Anlage zur TA Lärm anzuwendenden DIN ISO 9613-2 enthaltenen Aussagen sind durch Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik überholt und die DIN ISO 9613-2 entfaltet deshalb keine Bindungswirkung mehr.

Stand der Technik der Ausbreitungsrechnung der Geräusche von Windkraftanlagen ist die Anwendung des Interimsverfahrens.

Tenor: **Der Antrag wird abgelehnt.**

Die Beigeladene zu 1) und der Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zu 1/2 mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen zu 2), die diese selbst trägt.

Der Streitwert wird auf 30.000 Euro festgesetzt.

Gründe	1
Der auf §§ 80 a Abs. 3 Satz 2 und 80 Abs. 7 VwGO gestützte Antrag der Beigeladenen zu 1),	2
den Beschluss der Kammer vom 19. Juni 2017 (28 L 1602/17) teilweise abzuändern und den Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung seiner Klage 28 K 1601/17 gegen die der Beigeladenen zu 1. von dem Antragsgegner erteilte Genehmigung vom 22. Dezember 2016 zur Errichtung und zum Betrieb von vier	3

- Windkraftanlagen wiederherzustellen, abzulehnen,
ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. 4
- Der Antrag ist zulässig. 5
- Nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO (i.V.m. § 80 a Abs. 3 Satz 2 VwGO) kann jeder Beteiligte die Änderung oder Aufhebung von Beschlüssen nach § 80 Abs. 5 VwGO wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände beantragen. 6
- Die Voraussetzungen des § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO sind gegeben. Es liegen veränderte Umstände im Sinne von § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO vor. Der Antragsgegner hat, nachdem die Kammer auf den Antrag des Antragstellers nach § 80 Abs. 5 VwGO auf Grund des Fehlens einer allgemeinen Vorprüfung zur Feststellung der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP-Pflicht) die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen die der Beigeladenen zu 1) erteilten Genehmigung vom 22. Dezember 2016 zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windkraftanlagen durch Beschluss vom 19. Juni 2017 wiederhergestellt hat, auf Betreiben der Beigeladenen zu 1) eine allgemeine Vorprüfung zur Feststellung der UVP-Pflicht nachgeholt. 7
- Es steht der Zulässigkeit nicht entgegen, dass die Beigeladene zu 1) – wie auch der Antragsteller – gegen den Beschluss der Kammer vom 19. Juni 2017 (28 L 1602/17) Beschwerde erhoben hat und die Beschwerde noch vor dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen anhängig ist (8 B 796/17). 8
- In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, in welchem Verhältnis das Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO zur Beschwerde nach § 146 Abs. 4 VwGO steht. 9
- Eingehend zum Meinungsstand mit umfänglichen Nachweisen Kamp, Das gerichtliche Abänderungsverfahren im einstweiligen Rechtsschutz, NWVBl. 2005, 248 (251 ff.). 10
- So wird erwogen, dass das Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO unzulässig ist, wenn der Beschluss nach § 80 Abs. 5 VwGO noch im Wege der Beschwerde anfechtbar oder ein Beschwerdeverfahren bereits eingeleitet ist, da dem Abänderungsantrag sonst das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehle. Auch im Beschwerdeverfahren sei der Vortrag veränderter Umstände in entsprechender Anwendung des § 128 Satz 2 VwGO zu berücksichtigen. Da in einem solchen Fall das Beschwerdeverfahren denselben Streitgegenstand wie das Abänderungsverfahren betreffe, bestünde ansonsten die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. 11
- So Bayerischer VGH, Beschluss vom 12. Mai 1987 - 26 CS 85 A.3154 -, BayVBl. 1988, 306; Thüringer VGH, Beschluss vom 3. Mai 1994 - 1 EO 156/93 -, NVwZ-RR 1995, 179; Sächsisches OVG, Beschluss vom 14. Juli 1995 - 1 S 138/95 -, NVwZ-RR 19 96, 423; VG Saarland, Beschluss vom 5. Juni 2012 - 5 L 497/12 -, Juris (Rdnr. 3); VG München, Beschluss vom 31. Januar 2012 - M 9 S7 12.457 -, Juris (Rdnr. 9 ff.); Puttler, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Auflage (2014), § 80 Rdnr. 185, Schmidt, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Auflage (2014), § 80 Rdnr. 103; Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Auflage (2017), Rdnr. 1175. 12

- Differenzierend wird das Abänderungsverfahren neben dem Beschwerdeverfahren für zulässig erachtet, wenn die veränderten oder ohne Verschulden nicht geltend gemachten Umstände nicht innerhalb der Begründungsfrist nach § 146 Abs. 4 S. 1 VwGO vorgetragen werden konnten. 13
- Vgl. Saurenhaus, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage (2016) § 80 Rdnr. 74, und (im Grundsatz) Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Auflage (2014), Rdnr. 139. 14
- Die Kammer geht jedoch von einem Wahlrecht für das Vorgehen nach § 80 Abs. 7 VwGO oder § 146 Abs. 4 VwGO und davon aus, dass Beschwerde- und Abänderungsverfahren (im Grundsatz) parallel angestrengt werden können. 15
- So OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 23. September 2004 - 8 B 11561/04 -, Juris (Rdnr. 3 und 4); Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblattwerk (Stand: Oktober 2016), § 80 Rdnr. 551 ff., m. w. N.; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, 23. Auflage (2017), § 80 Rdnr. 194. Ein Wahlrecht bejahend, jedoch eine Nebeneinander von Abänderungsverfahren und Beschwerdeverfahren ablehnend Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Auflage (2014), § 80 Rdnr. 67 a. 16
- Der Wortlaut des § 80 Abs. 7 VwGO gibt nichts dafür her, dass das Abänderungsverfahren voraussetzt, dass das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO bereits unanfechtbar abgeschlossen ist. Auch die Entstehungsgeschichte belegt, dass der Rechtsbehelf nach § 80 Abs. 7 VwGO unabhängig von einer Beschwerdemöglichkeit besteht. Zwar wurde er ursprünglich in § 80 Abs. 6 Satz 2 VwGO i. d. F. vom 21. Januar 1960 (BGBl. I S. 17) offensichtlich – auch – als Korrektiv dafür eingeführt, dass gemäß § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO stattgebende Entscheidungen nach § 80 Abs. 5 VwGO unanfechtbar waren. Jedoch blieb die Möglichkeit des Abänderungsantrags unabhängig von den späteren Änderungen der Regelungen über die Beschwerde bestehen. Weder die Einführung der unbeschränkten Beschwerde gegen Beschlüsse nach § 80 Abs. 5 VwGO noch die Zwischenschaltung eines Beschwerdezulassungsantrages gemäß §§ 146 Abs. 4, 124 Abs. 2 VwGO i. d. F. des Gesetzes vom 1. November 1996 (BGBl. I S. 1626) noch die Neufassung durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3987), das jetzt in § 146 Abs. 4 VwGO die Beschwerde gegen Beschlüsse des Verwaltungsgerichts in Verfahren nach §§ 80, 80 a und 123 VwGO wieder unmittelbar zulässt, waren für den Gesetzgeber Anlass, die Regelung über das Abänderungsverfahren in § 80 Abs. 7 VwGO zu ändern. Dies lässt den Schluss zu, dass es sich bei Beschwerde und Abänderung um zwei nebeneinander stehende Rechtsbehelfe handelt. 17
- Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 23. September 2004 - 8 B 11561/04 -, Juris (Rdnr. 3). 18
- Gegen eine Beschränkung des Abänderungsverfahrens im Verhältnis zum Beschwerdeverfahren spricht zudem die Unsicherheit, in welchem Umfang neue Sachverhaltselemente (auch nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist) im Beschwerdeverfahren Berücksichtigung finden (können). 19
- Hierzu im Einzelnen Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Auflage (2014), Rdnr. 138. 20

- Auch im Übrigen überzeugt es nicht, ein Rechtsschutzbedürfnis für ein Abänderungsverfahren dann zu verneinen, wenn die für ein solches Verfahren vorausgesetzte Veränderung der Umstände während der Beschwerdefrist eingetreten ist und mit der Beschwerde geltend gemacht werden kann. Denn die Beschwerde ist keineswegs geeignet, gegenüber dem Abänderungsantrag zu einer leichteren und schnelleren Änderung der im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO ergangenen Entscheidung zu führen. Entscheidend fällt ins Gewicht, dass über einen Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO stets das Gericht der Hauptsache entscheidet, dem der Streitstoff präsent ist. Dagegen kann das Verwaltungsgericht, auch wenn es Gericht der Hauptsache ist, im Beschwerdeverfahren nicht auf die vorgetragene Veränderung der maßgeblichen Umstände reagieren, da gemäß § 146 Abs. 4 Satz 5 VwGO eine Entscheidung über die Abhilfe oder Nichtabhilfe nicht mehr ergeht. Die Frage, ob veränderte Umstände i.S.v. § 80 Abs. 7 VwGO vorliegen und zu einer anderen Beurteilung führen, ist aber sehr viel leichter von dem Verwaltungsgericht, das den Beschluss nach § 80 Abs. 7 VwGO gefasst hat und als Gericht der Hauptsache mit dem Prozessstoff vertraut ist, zu beantworten. 21
- Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 23. September 2004 - 8 B 11561/04 -, Juris (Rdnr. 4). 22
- Gegen diese Auffassung spricht im Ergebnis auch nicht – wie eingewandt wird – die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. Zwar kann es zu einer Konkurrenz zwischen den Verfahren und abweichenden Entscheidungen kommen. Notfalls kann jedoch mittels einer Beschwerde gegen die Entscheidung nach § 80 Abs. 7 VwGO die Rechtssicherheit (wieder)hergestellt werden. 23
- Vgl. Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblattwerk (Stand: Oktober 2016), § 80 Rdnr. 554. 24
- Der Antrag ist jedoch unbegründet. 25
- Der Entscheidungsmaßstab im Abänderungsverfahren entspricht demjenigen im vorangegangenen Verfahren nach § 80a Abs. 3 i. V. m. § 80 Abs. 5 VwGO. Die sonach gebotene Interessenabwägung fällt (weiterhin) zu Lasten der Beigeladenen zu 1) aus, da bei der im Eilverfahren möglichen und gebotenen summarischen Prüfung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Erfolg des Antragstellers zu erwarten ist. Es bestehen ungeachtet dessen, dass der Antragsgegner auf Betreiben der Beigeladenen zu 1) die – wie im Einzelnen im Beschluss der Kammer vom 19. Juni 2017 (28 L 1602/17) ausgeführt – erforderliche allgemeine Vorprüfung zur Feststellung der UVP-Pflicht nachgeholt hat, ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Genehmigung vom 22. Dezember 2016, da diese gegen die den Antragsteller als Nachbar der Windkraftanlagen schützende Vorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG verstößt. Demgegenüber überwiegende Interessen des Antragsgegners oder der Beigeladenen zu 1) an der sofortigen Vollziehung der Genehmigung sind nicht dargelegt oder ersichtlich. 26
- Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. Diese Bestimmung ist für Nachbarn drittschützend. 27
- Vgl. OVG NRW, Urteile vom 25. Februar 2015 - 8 A 959/10 -, Juris (Rdnr. 85), und 9. 28

Dezember 2009 - 8 D 6/08.AK -, Juris (Rdnr. 62).

Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne dieses Gesetzes sind gemäß § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Immissionen im Sinne dieses Gesetzes sind nach § 3 Abs. 2 BImSchG auf Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur- und sonstige Sachgüter einwirkende Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme, Strahlen und ähnliche Umwelteinwirkungen. 29

Die Erfüllung der Grundpflichten des § 5 Satz 1 Nr. 1 BImSchG ist "sichergestellt", wenn schädliche Umwelteinwirkungen, Nachteile oder Belästigungen mit hinreichender, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sind. Davon kann ausgegangen werden, wenn den Antragsunterlagen bei Anlegung praktischer Maßstäbe ohne verbleibenden ernstlichen Zweifel entnommen werden kann, dass der Betreiber die Pflichten erfüllen wird. Die Erfüllung der Pflichten muss für den Zeitpunkt der Inbetriebnahme sowie für die Dauer des Betriebs sichergestellt sein. Zweifel gehen grundsätzlich zu Lasten des Betreibers. Ob und inwieweit dies der Fall ist, hängt vom Grad der Wahrscheinlichkeit schädlicher Umwelteinwirkungen sowie Art und Nachhaltigkeit der Zweifel ab. Unsicherheiten werden zum Teil über die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeitsprognose aufgefangen. Wie weit sich daher Zweifel zu Lasten des Betreibers auswirken, hängt auch vom Grad der Wahrscheinlichkeit ab. Überdies lassen sich Unsicherheiten nicht selten durch geeignete Nebenbestimmungen kompensieren. 30

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 4. Juni 2013 - 8 A 318/11 -; VG Aachen, Urteil vom 6 K 421/15 -, Juris (Rdnr. 61); Jarass, BImSchG, 11. Auflage (2015), § 6 Rdnr. 11 f. 31

Nach dieser Maßgabe verstößt die Genehmigung vom 22. Dezember 2016 gegen die den Antragsteller schützende Vorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Bei der im Eilverfahren (nur) möglichen und gebotenen summarischen Prüfung kann nicht hinreichend wahrscheinlich ausgeschlossen werden, dass von den genehmigten Windkraftanlagen schädlichen Umwelteinwirkungen in Form von Lärm ausgehen. 32

In Bezug auf die von den Windkraftanlagen ausgehenden Lärmimmissionen ist die TA Lärm maßgeblich. Nach Nr. 3.2.1 Abs. 1 TA Lärm ist der Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) sichergestellt, wenn die Gesamtbelastung am maßgeblichen Immissionsort die Immissionsrichtwerte der TA Lärm nicht überschreitet. Für im Außenbereich liegende Immissionsorte – wie dem Hausgrundstück des Antragstellers – ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass diese nur die Einhaltung der Immissionsrichtwerte für Mischgebiete (Nr. 6.1 Buchstabe c) TA Lärm) von 45 dB(A) (nachts) verlangen können. 33

Ständige Rechtsprechung, vgl. OVG NRW, Beschluss vom 11. Oktober 2005 - 8 B 110/05 -, Juris (Rdnr. 25), Urteil vom 18. November 2002 - 7 A 2127/00 -, NVwZ 2003, 756 (757), und Beschluss vom 3. September 1999 - 10 B 1283/99 -, NVwZ 1999, 1360. 34

Abweichend von der vom Antragsteller vertretenen Ansicht ist vorliegend nicht auf geminderte Immissionsrichtwerte – von 35 dB(A) oder 40 dB(A) – abzustellen, weil sein Hausgrundstück im Landschaftsschutzgebiet liegt. 35

Die Ausweisung eines Landschaftsschutzgebietes begünstigt den Antragsteller 36

allenfalls faktisch. Ein ihn im Sinne eines Abwehrenspruchs schützender Regelungsgehalt (im Sinne einer höheren Schutzbedürftigkeit der im Schutzgebiet vorzufindenden Wohnbebauung gegenüber Lärmimmissionen) kommt der Schutzgebietsausweisung jedoch nicht zu. Die Schutzzwecke liegen im öffentlichen Interesse, nicht im Interesse der im Schutzgebiet vorzufindenden Wohnbebauung.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 10. Mai 2017 - 8 B 1081/16 -, Juris (Rdnr. 27), und 17. Januar 2012 - 8 A 1710/10 -, Juris (Rdnr. 13). 37

Nach summarischer Prüfung ist ausgehend von dem im Genehmigungsverfahren vorgelegten Schallgutachten der D. Engineering GmbH vom 16. September 2016 nicht auszuschließen, dass der in der TA Lärm festgelegte Grenzwert von 45 dB(A) (nachts) am Wohnhaus des Antragstellers überschritten wird. 38

In dem Schallgutachten der D. F.----- GmbH vom 25. Mai 2016, das auf der Grundlage der TA Lärm sowie des nach Nr. A.2.3.4 des Anhangs zur TA Lärm anzuwendenden „Alternativen Verfahrens“ nach DIN ISO 9613-2 erstellt worden ist und die Einhaltung der in der Nacht geltenden Richtwerte nach der TA Lärm untersucht, wird an dem ~ 551 Meter von der nächstgelegenen Windkraftanlage HH 1 entfernt liegenden Nachbarhaus (Wilhelmstraße 84) des Antragstellers (Immissionsort Hü-03) die Gesamtbelastung mit einem Beurteilungspegel von 44 dB(A) prognostiziert. Als Vorbelastung wurden die drei Windkraftanlagen der Beigeladenen zu 2) sowie die im Süden des Windparks liegende Windkraftanlage "M. " des Typs Enercon E-115 berücksichtigt. Das Wohnhaus des Antragstellers ist ~ 665 Meter von der Windkraftanlage HH 1 entfernt. Die Abstände zu den weiteren Windkraftanlagen der Beigeladenen zu 1) belaufen sich auf 811 Meter (WEA HH 2), 981 Meter (WEA HH 3) und 1.055 Meter (WEA HH 4). Die drei Windkraftanlagen der Beigeladenen zu 2) sowie die im Süden des Windparks liegende Windkraftanlage "M. " des Typs Enercon E-115 sind mehr als 2.000 Meter von dem Wohnhaus des Antragstellers entfernt. 39

Die Gerichte sind (im Eilverfahren) bisher davon ausgegangen, dass eine Schallprognose dann „auf der sicheren Seite“ liegt, wenn sie – wie hier – entsprechend dem Regelwerk der TA Lärm sowie der in Bezug genommenen DIN ISO 9613-2 erstellt worden ist. 40

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8. Juli 2016 - 8 B 635/15 -; VG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. September 2016 - 28 L 1759/16 -, Juris (Rdnr. 73), und 12. Juli 2017 - 28 L 2208/17 -. 41

Der TA Lärm kommt, soweit sie für Geräusche den unbestimmten Rechtsbegriff der schädlichen Umwelteinwirkungen konkretisiert, eine im gerichtlichen Verfahren zu beachtende Bindungswirkung zu. Die Bindungswirkung der TA Lärm einschließlich der über Nr. A.2.3.4 der Anlage zur TA Lärm anzuwendenden DIN ISO 9613-2 entfällt jedoch dann, wenn gesicherte Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik den der TA Lärm zugrunde liegenden Einschätzungen, Bewertungen und Prognosen den Boden entziehen. 42

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 29. Juni 2017 - 8 B 1233/16 - und 17. Juni 2016 - 8 B 1018/15 -, Juris (Rdnr. 21 ff.), m. w. N., sowie Urteil vom 9. Dezember 2016 - 8 A 442/16 -, Juris (Rdnr. 69 f.), m. w. N. 43

Dies ist hier mit Blick auf die Ergebnisse der vom Landesamt für Natur, Umwelt und 44

Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (LANUV NRW) in Auftrag gegebene Untersuchung des Sachverständigenbüros V. & Partner vom 11. November 2014 (V. -Studie 2014) und dem (im Wesentlichen) aus diesem Grund im September 2017 von der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) gefassten Beschluss, den Ländern zu empfehlen, die Hinweise des LAI zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen mit Stand 30. Juni 2016 anzuwenden, welche als Prognoseverfahren für die Ausbreitungsrechnung der Geräusche von Windkraftanlagen das vom Normenausschuss Akustik, Lärminderung und Schwingungstechnik (NALS) erarbeitete Interimsverfahren verwendet, der Fall.

Die LAI hatte in den Hinweisen zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen aus dem Jahr 2005 für die Schallausbreitungsrechnung von Windenergieanlagen das nach Nr. A.2.3.4 der Anlage zur TA Lärm anzuwendende „Alternative Verfahren“ der DIN ISO 9613-2 empfohlen. Durch die V. -Studie 2014 hat das LANUV die Schallausbreitung von Windenergieanlagen untersuchen lassen, um die Qualität der Geräuschimmissionsprognosen hoher Anlagen zu überprüfen und gegebenenfalls zu verbessern. Die Studie ist im Kern zu den Ergebnissen gelangt, dass mit zunehmendem Abstand zu den Windkraftanlagen systematische Abweichungen zwischen den gemessenen und den nach dem "Alternativen Verfahren" berechneten Immissionspegeln auftreten. Die Besonderheiten der Schallausbreitung bei hohen Quellen werden in dem "Alternativen Verfahren" nicht ausreichend abgebildet. Die LAI hat daraufhin einen Arbeitskreis mit der Überprüfung und Überarbeitung der Hinweise zum Schallimmissionsschutz beauftragt, welcher im Jahr 2016 den Entwurf der überarbeiteten Hinweise vorlegte, der das vom Normenausschuss Akustik, Lärminderung und Schwingungstechnik (NALS) erarbeitete Interimsverfahren, welches die DIN ISO 9613-2 ergänzt, als Prognoseverfahren verwendet. Im Einzelnen heißt es hierzu in den Hinweisen:

„Die Schallimmissionsprognose ist gemäß Nr. A 2 der TA Lärm nach der DIN ISO 9613-2 durchzuführen. Die DIN ISO 9613-2 gilt für die Berechnung der Schallausbreitung bei bodennahen Quellen (bis 30 m mittlere Höhe zwischen Quelle und Empfänger; s. Kapitel 9, Tabelle 5). Zur Anpassung des Prognoseverfahrens auf hochliegende Quellen hat der Normausschuss Akustik, Lärminderungen und Schwingungstechnik (NALS) auf Basis neuerer Untersuchungsergebnisse und auf Basis theoretischer Berechnungen ein „Interimsverfahren“ veröffentlicht. Für WKA als hochliegende Schallquellen (> 30 m) sind diese neueren Erkenntnisse im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen. Die Immissionsprognose ist daher nach der „Dokumentation zur Schallausbreitung - Interimsverfahren zur Prognose der Geräuschimmissionen von Windkraftanlagen, Fassung 2015-05.1“ – sowohl für Vorbelastungsanlagen als auch für neu beantragte Anlagen – frequenzselektiv durchzuführen.“

Das "Interimsverfahren" verzichtet in Abgrenzung zum "Alternativen Verfahren" im Kern auf die Berücksichtigung von Bodendämpfungen und kann so zu höheren Immissionswerten führen. Nachdem die Ergebnisse weiterer Messungen kein Erfordernis von Änderungen an dem Entwurf der Hinweise zum Schallimmissionsschutz an Windkraftanlagen gezeigt hatten, hat die LAI in ihrer 134. Sitzung am 5./6. September 2017 in Husum beschlossen, den Ländern zu empfehlen, die Hinweise des LAI zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen mit Stand 30. Juni 2016 anzuwenden. Die Hinweise sollen der Amtschef- und Umweltministerkonferenz zur Kenntnisnahme vorgelegt werden.

- Die Rechtsprechung ist bisher davon ausgegangen, dass die V. -Studie 2014 (noch) keinen gesicherten Erkenntnisfortschritt darstellt, der die Bindungswirkung der TA Lärm sowie der DIN ISO 9613-2 entfallen ließe. 48
- Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 29. Juni 2017 - 8 B 1233/16 -, 8. Juli 2016 - 8 B 653/15 - und 17. Juni 2016 - 8 B 1015/15, 8 B 1016/15, 8 B 1017/15 und 8 B 1018/15 -, Juris (Rdnr. 20); VGH Bad.-Württemberg, Beschluss vom 23. Februar 2016 - 3 S 2225/15 -, Juris (Rdnr. 66); Bayerischer VGH, Beschlüsse vom 18. Februar 2016 - 22 ZB 15.2412 -, Juris (Rdnr. 26 ff., 57), und vom 10. August 2015 - 22 ZB 15.1113 -, Juris (Rdnr. 10 ff.); VG Minden, 22. Mai 2017 - 11 L 2085/16 -, Juris (Rdnr. 69); VG Düsseldorf, Urteile der Kammer vom 9. November 2016 - 28 K 2549/15 - und 3. April 2017 - 28 K 5145/15 -, sowie Beschlüsse vom 23. September 2016 - 28 L 1759/16 -, Juris (Rdnr. 73 ff.) und 12. Juli 2017 - 28 L 2208/17 -. 49
- Mit dem Beschluss der LAI, den Ländern zu empfehlen, die Hinweise des LAI zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen mit Stand 30. Juni 2016 anzuwenden, geht die Kammer davon aus, dass die in der über Nr. A.2.3.4 der Anlage zur TA Lärm anzuwendenden DIN ISO 9613-2 enthaltenen Aussagen durch Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik überholt sind und die DIN ISO 9613-2 deshalb keine Bindungswirkung mehr entfaltet. Stand der Technik der Ausbreitungsrechnung der Geräusche von Windkraftanlagen ist die Anwendung des Interimsverfahrens. 50
- Zwar mag es, worauf der Antragsgegner hinweist, üblich sein, die Kenntnisnahme der Umweltministerkonferenz abzuwarten, bevor eine Empfehlung der LAI in die Verwaltungspraxis eingeführt wird, und ebenso mag "das weitere Vorgehen im Ministerium erst nach der Kenntnisnahme der Hinweise durch die Umweltministerkonferenz festgelegt" werden und bis dahin die alte Erlasslage gelten. Dies hat jedoch keinen Einfluss darauf, was Stand der Technik ist. Der Stand der Technik – wie er zur Überzeugung der Kammer vorliegend durch die Hinweise der LAI wiedergespiegelt wird – bedarf keiner "(rechtsverbindlichen) Umsetzung" durch die Politik und Verwaltung. 51
- Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. August 1978 - 2 BvL 8/77 -, Juris (Rdnr. 108). 52
- Die Berücksichtigung der sich in der Empfehlung der LAI widerspiegelnden Erkenntnisfortschritte widerspricht nicht dem Grundsatz, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei einer auf Aufhebung einer Genehmigung nach dem BImSchG gerichteten Anfechtungsklage und sonach zugleich im vorausgehenden Eilverfahren der Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ist und spätere Änderungen zu Lasten des Betreibers außer Betracht zu bleiben haben. 53
- Vgl. BVerwG, Beschluss vom 23. April 1998 - 4 B 40.98 -, Juris (Rdnr. 3). 54
- Genauso wie dagegen nachträgliche Änderungen zu Gunsten des Betreibers Berücksichtigung finden, sind auch nachträglich gewonnene Erkenntnisse hinsichtlich der ursprünglichen Sachlage zu berücksichtigen. 55
- OVG NRW, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 8 A 340/09 -, Juris (Rdnr. 18), und Urteil vom 18. Mai 2017 - 8 A 870/15 -, Juris (Rdnr. 54). 56
- Um solche späteren Erkenntnisse hinsichtlich der ursprünglichen Sachlage handelt es sich bei der Neubewertung des Stands der Technik, da dieser – wie ausgeführt – 57

gerade keiner Rechtsumsetzung bedarf.

Sonach kann eine Überschreitung des Grenzwertes von 45 dB(A) am Wohnhaus des Antragstellers auf Grund der Ergebnisse des Schallgutachtens der D. F.----- GmbH vom 25. Mai 2016 nicht ausgeschlossen werden. Denn nach den auf der Grundlage des „Alternativen Verfahrens“ nach DIN ISO 9613-2 erstellten Berechnungen wird an dem ~ 551 Meter von der nächstgelegenen Windkraftanlage HH 1 entfernt liegenden Nachbarhaus (X.-----straße 84) des Antragstellers (Immissionsort Hü-03) die Gesamtbelastung mit einem Beurteilungspegel von 44 dB(A) prognostiziert und liegt sonach nur 1 dB (A) unter dem Grenzwert. Zugleich sind in der Berechnung Bodendämpfungsfaktoren zwischen 0,85 (WEA HH 1) und 3,95 (Windkraftanlage "M. ") angenommen worden, was – wie ausgeführt – gerade eine der Schwächen des „Alternativen Verfahrens“ nach DIN ISO 9613-2 ist. Zwar sind die Abstände der Windkraftanlagen zum Wohnhaus des Antragstellers – wie im Einzelne vorstehend ausgeführt – größer als zum Immissionsort Hü-03. Da jedoch nach den Ergebnissen der V. -Studie 2014 gerade mit zunehmendem Abstand systematische Abweichungen zwischen den gemessenen und den nach dem „Alternativen Verfahren“ berechneten Immissionspegeln auftreten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Grenzwerte am Wohnhaus des Antragstellers eingehalten werden.

Die Festsetzung der Höchstgrenzen der Schalleistungspegel der Windkraftanlagen und der Hinweis auf die Einhaltung der Lärmrichtwerte nach der TA Lärm in den Nebenbestimmungen zu der Genehmigung vom 22. Dezember 2016 stellen die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte am Wohnhaus des Antragstellers nicht – wie die Beigeladene zu 1) annimmt – im Sinne einer "Nachsteuerungsmöglichkeit" sicher. Die Festsetzungen und die Pflichten zum Nachweis der Einhaltung der Festsetzungen knüpfen an die Emissionen der Windkraftanlagen an. Sollten diese nicht eingehalten werden, würden die Windkraftanlagen nicht genehmigungskonform betrieben. Das ließe – worauf die Beigeladene zu 1) zu Recht hinweist – die Rechtmäßigkeit der erteilten Genehmigung unberührt und wäre eine Frage der Anlagenüberwachung.

Vgl. Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 12. Juli 2013 - 12 LA 174/12 -, Juris (Rdnr. 24); VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 6. Juli 2015 - 8 S 534/15 -, Juris (Rdnr. 44).

Durch einen schallreduzierten Betrieb können in solchen Fällen die Vorgaben der Genehmigung eingehalten werden.

Werden hingegen die Immissionsgrenzwerte bei Einhaltung der in den Nebenbestimmungen der Genehmigung (in Gestalt der zulässigen Schalleistungspegel) festgesetzten Emissionsgrenzwerte überschritten, weil die der Genehmigung zu Grunde gelegte Berechnung der Immissionen und die darauf gründende Festsetzung der zulässigen Emissionen fehlerhaft war, erfolgt der Betrieb genehmigungskonform. Die Genehmigung genügt dann jedoch nicht den Vorgaben des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG und ist damit rechtswidrig. Dem kann nicht allein im Wege eines "Nachsteuerns" durch einen schallreduzierten Betrieb begegnet werden. Vielmehr bedarf es der Änderung der Genehmigung.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 3 VwGO sowie § 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 2) sind nicht aus Gründen der Billigkeit dem Beigeladenen zu 1) und / oder dem Antragsgegner aufzuerlegen, da die Beigeladene zu 2) keinen Antrag gestellt und sich sonach nicht dem Kostenrisiko

aus § 154 Abs. 3 VwGO ausgesetzt hat.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. Sie ist an den Ziffern 1.5, 19.2 i. V. m. 2.2.2 und 1.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (NVwZ-Beilage 2013, 58) und der im Beschluss vom 28. März 2017 – 8 E 928/16 - (Juris) aufgezeigten Streitwertpraxis des 8. Senates des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen orientiert. Ausgehend von einem Streitwert in Höhe von 15.000,- Euro im Klageverfahren und von 7.500,- Euro im einstweiligen Rechtsschutzverfahren für jede angegriffene Windenergieanlage ergibt sich ein Streitwert von 30.000,- Euro, der zugleich mit der vom 8. Senates des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen bestimmten Obergrenze in Höhe von 60.000,- Euro im Hauptsachverfahren und in Höhe von 30.000,- Euro im Eilrechtsschutzverfahren übereinstimmt. 64

