



RA Thorsten Deppner Grolmanstr. 39 10623 Berlin

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg
11. Senat
Hardenbergstr. 31
10623 Berlin

Über den elektronischen Rechtsverkehr (beA)

30. Juni 2021

Mein Zeichen: TD19-023

Beschwerdebegründung

In der Verwaltungsstreitsache

Naturschutzbund Deutschland (NABU) Landesverband Brandenburg e.V. u.a. ./. Landes-
amt für Umwelt
– OVG 11 S 78/21 –

begründe ich die Beschwerde vom gestrigen Tage gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Cottbus vom 29. Juni 2021 – VG 5 L 224/21 – wie folgt:

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag zu Unrecht abgewiesen. Indem das Verwaltungsgericht lediglich eine offene Interessenabwägung durchgeführt hat, ist es von einem unzutreffenden Prüfungsmaßstab ausgegangen (dazu I). Auch an der Art und Weise der Durchführung der Interessenabwägung bestehen erhebliche Bedenken (dazu II).

I. Unzulässigkeit einer bloßen Interessenabwägung

Das Verwaltungsgericht hat seine Abweisungsentscheidung lediglich auf eine Interessenabwägung gestützt, da es die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als offen angesehen hat. Der im Sinne der Effektivität des Rechtsschutzes gebotenen Orientierung der Eilentscheidung am materiellen Recht (dazu 1) wird der Beschluss, der auf jegliche Auseinandersetzung mit der Rechtmäßigkeit der verfahrensgegenständlichen Zulassung des vorzeitigen Beginns verzichtet, nicht gerecht (dazu 2).

1. Orientierung der Eilentscheidung am materiellen Recht

Es ist allgemein anerkannt, dass die Prüfung der Begründetheit eines Eilantrags nach § 80 Abs. 5

VwGO maßgeblich an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache, d. h. an der Rechtmäßigkeit des verfahrensgegenständlichen Verwaltungsakts auszurichten ist. Für die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts, der erkennbar rechtswidrig ist, ist weder ein öffentliches Interesse noch ein schutzwürdiges Interesse des Begünstigten anzuerkennen. Nur wenn es nicht möglich ist, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts im Eilverfahren zu beurteilen, ist eine offene Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei dürfen die Gerichte nicht vorschnell von der fehlenden Möglichkeit einer Beurteilung der Rechtmäßigkeit ausgehen. Dies kommt in erster Linie bei Unsicherheiten im Tatsächlichen in Betracht. Rechtsfragen sind dagegen auch im Eilverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO grundsätzlich vollständig zu überprüfen; ein bloßes „Anprüfen“ genügt keineswegs (*Schoch* in Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand 39. EL Juli 2020, § 80 Rn. 401; *Hoppe* in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 80 Rn. 102; *Gersdorf* in BeckOK-VwGO § 80, 57. Ed. Stand 01.10.2019, Rn. 176). Zwar ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, bei großem Zeitdruck im Sinne einer summarischen Prüfung einzelne rechtliche Gesichtspunkte nicht abschließend zu beurteilen. Doch wird das Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel der Beschleunigung des Eilverfahrens und der gebotenen hinreichenden Rechtmäßigkeitskontrolle in unzulässiger Weise einseitig zugunsten letzterer aufgelöst, wenn sich das Gericht nicht einmal ansatzweise mit den maßgeblichen Rechtsfragen auseinandersetzt.

Allein dieser Prüfungsmaßstab entspricht den Vorgaben höherrangigen Rechts hinsichtlich eines effektiven Rechtsschutzes. Für Individualkläger ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG, dass die Entscheidung über einen Eilantrag grundsätzlich am materiellen Recht orientiert sein muss. Zwar ist eine Vollprüfung nur in Ausnahmefällen geboten, wenn andernfalls schwere irreparable Nachteile drohen. Eine bloße Folgenabwägung kommt jedoch erst in Betracht, wenn sich das Gericht trotz genügend intensiver Durchdringung der Sach- und Rechtslage zu einer Beurteilung der Rechtmäßigkeit nicht in der Lage sieht (BVerfG [K], Beschluss vom 26. Juni 2018 – 1 BvR 733/18). Diese Grundsätze zur Effektivität des Rechtsschutzes im Eilverfahren aus Art. 19 Abs. 4 GG haben die Gerichte auch zu beachten, wenn sie über die mit dem UmwRG eingeführten (wenn auch nicht von Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen) Rechtsbehelfe anerkannter Umweltvereinigungen entscheiden (offengelassen von BVerfG [K], Beschluss vom 12. Juli 2018 – 1 BvR 1401/18). Dies legt ein Vergleich mit dem Rechtsmittelrecht nahe: Art. 19 Abs. 4 GG fordert zwar nicht die Einführung eines Instanzenzugs; eröffnet das Prozessrecht aber eine weitere Instanz, so gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG in diesem Rahmen die Effektivität des Rechtsschutzes (BVerfGE 104, 220). Daneben ist die praktische Wirksamkeit der Verbandsklagerechte auch unionsrechtlich garantiert, insbesondere von Art. 11 der UVP-Richtlinie (2011/92/EU) und Art. 25 der Industrieemissions-Richtlinie (2010/75/EU). Auch wenn die Ausgestaltung des Gerichtsverfahrens im Einzelnen Sache der Mitgliedsstaaten ist, dürfen die innerstaatlichen Regelungen die Ausübung der unionsrechtlich garantierten Verbandsklagerechte

nicht praktisch unmöglich machen (EuGH, Urteil vom 12. Mai 2011 – C-115/09 Rn. 43). Zudem darf der Schutz dieser Rechte nach dem Äquivalenzgrundsatz nicht weniger günstig ausgestaltet sein als der innerstaatlicher Rechtsbehelfe. Jedenfalls deshalb sind die Erwägungen zur Effektivität des Eilrechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG auf Verbandsklagen nach dem UmwRG zu übertragen.

2. Vollständig fehlende Auseinandersetzung des Verwaltungsgerichts mit der materiellen Rechtslage

Der angegriffene Beschluss des Verwaltungsgerichts begründet die bloße Durchführung einer Interessenabwägung mit zahlreichen sich stellenden „komplexen Tatsachen- und Rechtsfragen“. Es ist jedoch nicht erkennbar, dass eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der verfahrensgegenständlichen Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 8a BImSchG von Unsicherheiten im Tatsächlichen abhinge, die nur durch eine im Eilverfahren nicht statthafte Beweiserhebung ausgeräumt werden können. Tragend dürfte vielmehr die Erwägung gewesen sein, die Rechtsfragen seien zu komplex, um im Eilverfahren beantwortet zu werden. Dabei setzt sich die Begründung des Beschlusses freilich nicht im Ansatz mit der Rechtmäßigkeit der der Beigeladenen erteilten 15. Zulassung des vorzeitigen Beginns auseinander und legt in keiner Weise dar, welche offenen Rechtsfragen im Eilverfahren nicht geklärt werden könnten. Das Verwaltungsgericht *behauptet* vielmehr – auf gerade einmal einer Seite – die Rechtmäßigkeit lasse sich im Eilverfahren nicht beurteilen.

Hinsichtlich der störfallrechtlichen Fragen beschränkt sich das Verwaltungsgericht auf die Feststellung, die Kammer neige der Einschätzung zu, dass den in den Gutachten von Müller-BBM aufgeführten Zielvorgaben keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenstünden, wobei zugleich eingeräumt wird, dass die Vollständigkeitsprüfung durch den Antragsgegner nicht abgeschlossen ist. Damit fehlt es aber gerade an einer hinreichenden Tatsachengrundlage für eine positive Genehmigungsprognose, weshalb die Voraussetzung des § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG für die Erteilung der Zulassung vorzeitigen Beginns offensichtlich nicht vorliegt.

Auch was die Frage der Berücksichtigung der geänderten Antragsunterlagen bei der Entscheidung über den Eilantrag betrifft, fehlt jegliche Auseinandersetzung mit der Rechtsfrage des maßgeblichen Zeitpunkts. Das Verwaltungsgericht führt hierzu aus, grundsätzlich habe die Widerspruchsbehörde während des Vorverfahrens eintretenden Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage zu berücksichtigen; Einschränkungen könnten sich allerdings aus Besonderheiten des materiellen Rechts ergeben, welche eine Abweichung von diesem Grundsatz geböten. Es fehlen jedoch jegliche Ausführungen, warum eine Abweichung gerade im Immissionsschutzrecht in Betracht kommen soll – was mit Blick auf den nur sehr eingeschränkten Bestandsschutz ausgesprochen fern liegt. Der vom Verwaltungsgericht selbst zitierte Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. November 2006 – 10 B

19/06 (Rn. 3) verweist darauf, dass das Bundesverwaltungsgericht in früheren Entscheidungen eine Abweichung von der Maßgeblichkeit der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch im Fall eines Drittwiderspruch gegen eine Baugenehmigung angenommen hat, dies aber mit Blick auf § 17 BImSchG gerade nicht auf den Fall eines Drittwiderspruchs gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung übertragen hat (BVerwGE 65, 313 [315 ff.]). Umso mehr gilt dies für die nach § 8a Abs. 2 BImSchG frei widerrufliche Zulassung des vorzeitigen Beginns. Die Rechtsfrage der Berücksichtigung nachträglich während des Widerspruchsverfahren eintretender Änderungen der Sach- und Rechtslage im Immissionsschutzrecht ist damit keineswegs als offen anzusehen, sondern vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt. Mit der Frage, ob die angegriffene Zulassung für die zugelassene Dauer der Funktionstests einen Dauer-Verwaltungsakt darstellt, dessen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen über die gesamte Dauer der zugelassenen Funktionstests vorliegen müssen, setzt sich das Verwaltungsgericht erst gar nicht auseinander.

Die Antragsteller haben insbesondere auch zur Frage des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts im Schriftsatz vom 29. Juni 2021, dem Verwaltungsgericht zugegangen um 12:52 Uhr, in Auseinandersetzung mit den Antragserwiderungen ausführlich vorgetragen. Die Berichterstatterin hatte auf mein Schreiben vom 28. Juni 2021 hin gegenüber meiner Mitarbeiterin telefonisch eine Frist für die Stellungnahme zu den Antragserwiderungen bis 13 Uhr eingeräumt. Gleichwohl hat es das Verwaltungsgericht nicht für nötig gehalten, diesen Vortrag noch in Erwägung zu ziehen. Das PDF-Dokument des Beschlusses datiert von 11:10 Uhr, die digitale Signatur ebenfalls. Die Daten sowie der Telefonvermerk meiner Mitarbeiterin zum Gespräch mit der Berichterstatterin können auf Anforderung des Senats zur Verfügung gestellt werden. Damit hat das Verwaltungsgericht nicht nur den gebotenen effektiven Rechtsschutz, sondern auch das rechtliche Gehör der Antragsteller (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt.

Das Beschwerdegericht wird die Anträge nunmehr unter Berücksichtigung des genannten Schriftsatzes inhaltlich eingehend zu prüfen haben. Hinsichtlich der Frage des Wegfalls der positiven Genehmigungsprognose wegen der geänderten Antragsunterlagen scheidet eine bloße Interessenabwägung nach den dargelegten Erwägungen offensichtlich aus. Aber auch die Frage, ob eine positive Genehmigungsprognose im Sinne des § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG trotz der Defizite bei den Nachweisen zur Erfüllung der störfallrechtlichen Anforderungen bejaht werden kann, lässt sich im Eilverfahren, auch mit Blick auf die umfassenden Darlegungen in den Schriftsätzen der Beteiligten, durchaus beantworten. Die Antragsteller sind selbstverständlich bereit, auf Nachfragen des Beschwerdegerichts ergänzend vorzutragen.

II. Unzutreffende Erwägungen in der Interessenabwägung

Das Verwaltungsgericht geht in seiner Entscheidung davon aus, dass das Suspensivinteresse der Antragsteller deswegen geringer zu bewerten sei, weil diese

„zur Begründung der Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes Gründe geltend machen, die sie bereits bei einer möglichen Anfechtung der vorhergehenden Zulassungen des vorzeitigen Beginns der betroffenen Anlagenteile hätten geltend machen können, und sie bereits vormals die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs hätten beantragen und damit einen Baustopp herbeiführen können. Diese Annahme erfolgt maßgeblich vor dem Hintergrund, dass der Antragsgegner zugunsten der Beigeladenen bereits mehrfach Zulassungen des vorzeitigen Beginns erteilt hat - davon inbegriffen die Errichtung derjenigen Betriebseinheiten, worauf sich die verfahrensgegenständlichen Funktionstests beziehen -, die Antragsteller diese Zulassungen des vorzeitigen Beginns jedoch nicht angefochten haben.“ (S. 10 der Beschlussausfertigung)

Die Antragsteller hätten eine Anfechtung unterlassen und stattdessen

„zugewartet, bis die Beigeladene bereits große Teile des Vorhabens errichtet und die wesentlichen Anlagen und Geräte installiert hat, sie demnach ihre Investitionen im großen Umfang und mangels erteilter Genehmigung nach § 4 BImSchG auf eigenes Risiko bereits getätigt hat.“ (S. 11 der Beschlussausfertigung)

Dabei verkennt das Verwaltungsgericht, dass sich die Antragsteller unverzüglich nachdem sie Kenntnis vom Inhalt der nach § 13 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 der 9. BImSchV eingeholten Sachverständigengutachten des nach § 29b Abs. 1 BImSchG anerkannten Sachverständigen Dr. Peter Pollmeier des Büros Müller-BBM zu Störfallsicherheit vom 5. Mai 2021 (Anlagen ASt 7 und 8) und der vom Antragsgegner dennoch erteilten 14. Zulassung des vorzeitigen Beginns Teil B vom 27. Mai 2021 hatten, mit dem als

– Anlage ASt 15 –

beigefügten Schreiben an den Antragsgegner und das Umweltministerium wandten. Das Schreiben wurde von den Adressaten unverzüglich auch an die Beigeladene weitergeleitet. Als Reaktion auf das Schreiben kam es am 10. Juni 2021 zu einem Gespräch zwischen den Antragstellern und dem Umweltminister Axel Vogel sowie dem Leiter der Abteilung 5 des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und Klimaschutz, Herrn Axel Steffen. Erst nachdem diese Versuche einer Einigung außerhalb des Rechtswegs zu keiner Veränderung der Haltung des Antragsgegners bzw. seiner Aufsichtsbehörde führten, sahen sich die Antragsteller gehalten, förmlich Widerspruch zu erheben. Und auch hier versuchten sie, durch den – für die Zulässigkeit des gerichtlichen Eilverfahrens nicht erforderlichen – Antrag nach § 80 Abs. 4 VwGO dem Antragsgegner noch die Gelegenheit zu geben, ein gerichtliches Verfahren zu vermeiden.

Den Antragstellern kann weder zum Vorwurf gemacht werden, dass sie erst die Bestätigung der von ihnen erhobenen Einwände gegen die Störfallvorsorge durch einen unabhängigen, nach § 29b Abs. 1 BImSchG anerkannten Sachverständigen zum Anlass nahmen, die positive Genehmigungsprognose in diesem Punkt als erschüttert anzusehen noch kann ihnen vorgehalten werden, die Beigeladene „ins offene Messer“ laufen gelassen zu haben. Der Beigeladenen waren die Bedenken der Antragsteller bereits aufgrund deren Einwendungen, erst Recht aber nach der ausführlichen Thematisierung im Erörterungstermin wohlbekannt. Ihr war bewusst – und das betonen sowohl Antragsgegner als auch Beigeladene gegenüber der Öffentlichkeit immer wieder –, dass sie die allein auf Zulassungen nach § 8a BImSchG gestützten Errichtungsmaßnahmen „auf eigenes Risiko“ durchführt. Dann kann aber den Antragstellern nicht vorgehalten werden, erst nach der Bestätigung ihrer Befürchtungen durch eine unabhängige Stelle davon auszugehen, dass nun auch rechtlich die erforderliche positive Genehmigungsprognose erschüttert sei. Vielmehr zeigt das auf Vermeidung einer gerichtlichen Auseinandersetzung gerichtete Verhalten der Antragsteller, dass ihnen an einer gütlichen Klärung der Streitpunkte gelegen war.

Keine Abschriften anbei, da Übermittlung über den elektronischen Rechtsverkehr.

[signiert mittels qualifizierter elektronischer Signatur]

Thorsten Deppner
Rechtsanwalt