



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 7 B 42.12  
OVG 8 D 38/08.AK

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 26. Juni 2013  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Nolte  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Krauß und Brandt

beschlossen:

Die Beschwerden des Beklagten und der Beigeladenen  
gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des  
Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-  
Westfalen vom 12. Juni 2012 werden zurückgewiesen.

Der Beklagte und die Beigeladene tragen die Gerichts-  
kosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers je  
zur Hälfte. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre außer-  
gerichtlichen Kosten selbst.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwer-  
deverfahren auf 10 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger, ein anerkannter Umwelt- und Naturschutzverein, wendet sich gegen den Vorbescheid zur Errichtung und zum Betrieb des Steinkohlekraftwerks D. Nach Durchführung eines Scoping-Termins im Mai 2005 beantragte das beige-

ladene Energieversorgungsunternehmen im Januar 2006 den Vorbescheid, der am 31. Januar 2007 erteilt wurde. In der Fassung des durch Widerspruchsbescheid vom 13. März 2007 neu gefassten Tenors umfasst der Vorbescheid das vorläufige positive Gesamturteil für das Vorhaben dahingehend, dass der Errichtung und dem Betrieb des Steinkohlekraftwerks keine unüberwindlichen Hindernisse im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen entgegenstehen. Darüber hinaus erstreckt sich der Vorbescheid unter Berücksichtigung des Gesamtanlagenkonzepts auf folgende Genehmigungsvoraussetzungen:

- Anforderungen der Luftreinhaltung, des Lärm- und Erschütterungsschutzes, der Abfallentsorgung der Energieeffizienz, die sich aus § 5 BImSchG aufgrund von Rechtsvorschriften nach § 7 BImSchG ergeben;
- Zulässigkeit des Eingriffs in Natur und Landschaft hinsichtlich des Eintrags von Luftschadstoffen.

Weitere Feststellungen wurden mit Bescheid vom 16. März 2011 aufgehoben, nachdem der für den Kraftwerksstandort erlassene Bebauungsplan durch Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 3. September 2009 - 10 D 121.07/NE - (DVBl 2009, 1385; nachfolgend Beschluss vom 16. März 2010 - BVerwG 4 BN 66.09 - Buchholz 406.25 § 50 BImSchG Nr. 7) rechtskräftig für unwirksam erklärt worden war.

- 2 Mit Urteil vom 12. Juni 2012 hat das Oberverwaltungsgericht der Klage stattgegeben und den Vorbescheid, soweit noch Gegenstand des Verfahrens, aufgehoben: Die Klage sei zulässig. Die Vorschriften des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes seien nach der Übergangsvorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 1 anwendbar, weil das Verfahren mit der Antragstellung erst nach dem 25. Juni 2005 eingeleitet worden sei. Die Klage sei auch begründet. Der Vorbescheid verstoße gegen Rechtsvorschriften, die der Kläger rügen könne. Zum einen sei eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung, die eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Genehmigungsfähigkeit der Gesamtanlage voraussetze, nicht möglich, weil der für die Errichtung des Kraftwerks erforderliche Bebauungsplan fehle. Der Kläger könne den Verstoß gegen das Planungserfordernis jedenfalls deswegen rügen, weil das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz insoweit durch die Vorschriften der unmittelbar anwendbaren Aarhus-Konvention ergänzt werde. Zum anderen sei der Vorbescheid auch deshalb rechtswidrig, weil keine ordnungsgemäße FFH-

Verträglichkeitsprüfung durchgeführt worden sei. Dieser Mangel betreffe sowohl die Feststellung der Zulässigkeit des Eingriffs in Natur und Landschaft hinsichtlich des Eintrags von Luftschadstoffen, der die Feststellung der FFH-Verträglichkeit des Vorhabens in dieser Hinsicht mit einschlieÙe, als auch das vorläufige positive Gesamturteil. Die von der Beigeladenen mittlerweile vorgelegte FFH-Verträglichkeitsuntersuchung könne nicht herangezogen werden, da die abschließende Bewertung durch die zuständige Behörde noch fehle; diese könne durch eine eigene Feststellung des Senats nicht ersetzt werden.

- 3 Das Oberverwaltungsgericht hat die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Hiergegen richten sich die Beschwerden des Beklagten und der Beigeladenen.

## II

- 4 Die auf sämtliche Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO gestützten Beschwerden haben keinen Erfolg. Die in Anspruch genommenen Zulassungsgründe sind entweder nicht hinreichend dargelegt oder liegen nicht vor.
- 5 1. Hinsichtlich der Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit der Klage werfen die Beschwerden als rechtsgrundsätzlich bedeutsam die Frage auf, ob ein Verfahren bereits mit der Durchführung eines Scoping-Termins oder erst mit dem Eingang des Antrags bei der zuständigen Behörde im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 UmwRG eingeleitet worden ist.
- 6 Diese Frage kann schon deshalb nicht zur Zulassung einer Revision führen, weil sie die Auslegung von Übergangsrecht betrifft. Fragen, die sich nur aufgrund von auslaufendem, ausgelaufenen und insbesondere Übergangsrecht stellen, verleihen einer Rechtssache regelmäßig keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Denn die Grundsatzrevision soll Fragen zur Auslegung des geltenden Rechts mit Blick auf die Zukunft richtungweisend klären (stRspr, vgl. Beschlüsse vom 7. Oktober 2004 - BVerwG 1 B 139.04 - Buchholz 402.240 § 7 AusIG Nr. 12 und vom 5. Oktober 2009

- BVerwG 6 B 17.09 - Buchholz 442.066 § 24 TKG Nr. 4). Auf die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannten Ausnahmen können die Beschwerdeführer sich nicht berufen. Weder gibt es eine Nachfolgebestimmung, bei der sich die streitigen Fragen in gleicher Weise stellen (siehe dazu Beschluss vom 8. August 2012 - BVerwG 7 B 29.12 - juris Rn. 2 m.w.N.), noch legen die Beschwerdeführer dar, dass die Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen für einen nicht überschaubaren Personenkreis in nicht absehbarer Zukunft weiterhin von Bedeutung ist (stRspr, Beschlüsse vom 20. Dezember 1995 - BVerwG 6 B 35.95 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 9 und vom 8. August 2012 - BVerwG 7 B 1.12 - juris Rn. 8). Anhaltspunkte für eine erhebliche Zahl von Altfällen zeigen die Beschwerdeführer substantiiert nicht auf. Der Hinweis auf den Zulassungsbeschluss des Senats vom 19. Januar 2010 im Verfahren BVerwG 7 B 26.09 ersetzt diesen Vortrag nicht. Zwar hat der Senat im anschließenden Revisionsverfahren mit Beschluss vom 10. Januar 2012 - BVerwG 7 C 20.11 - (NVwZ 2012, 448) dem Gerichtshof der Europäischen Union im Vorabentscheidungsverfahren auch eine Frage der Unionsrechtskonformität der Übergangsvorschrift vorgelegt. Die jeweils zugrunde liegenden Fallkonstellationen sind jedoch nicht deckungsgleich; im Übrigen zeichnet sich der vorliegende Fall durch ganz besondere Umstände aus, so dass von einer fallübergreifenden Bedeutung der aufgeworfenen Frage nicht ohne weiteren Vortrag ausgegangen werden kann.

- 7 2. Auch das auf die Erwägungen des Oberverwaltungsgerichts zur Begründetheit der Klage bezogene Beschwerdevorbringen rechtfertigt die Zulassung der Revision nicht.
- 8 a) Das Urteil stützt sich insoweit auf mehrere selbstständig tragende Begründungen. Die Revision kann in dieser Situation nur dann zugelassen werden, wenn hinsichtlich jeder dieser Begründungen ein Zulassungsgrund geltend gemacht wird und vorliegt (stRspr, vgl. etwa Beschlüsse vom 9. März 1982 - BVerwG 7 B 40.82 - Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 209, vom 11. April 2003 - BVerwG 7 B 141.02 - NJW 2003, 2255 <2256> und vom 8. August 2008 - BVerwG 9 B 31.08 - Buchholz 110 § 137 Abs. 1 VwGO Nr. 33). Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor.

- 9 b) Das Oberverwaltungsgericht hat den angefochtenen Vorbescheid als rechtswidrig erachtet, weil zum einen der für eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung erforderliche Bebauungsplan fehle und weil zum anderen keine ordnungsgemäße FFH-Verträglichkeitsprüfung durchgeführt worden sei. Das Fehlen der FFH-Verträglichkeitsprüfung mache sowohl die mit dem Vorbescheid getroffene Feststellung der Zulässigkeit des Eingriffs in Natur und Landschaft hinsichtlich des Eintrags von Luftschadstoffen als auch die vorläufige positive Gesamtbeurteilung rechtswidrig. Auch hinsichtlich der letzteren Ausführungen zu den Rechtsfolgen der fehlenden FFH-Verträglichkeitsprüfung handelt es sich, wovon die Beteiligten übereinstimmend ausgehen, um zwei selbstständig tragende Begründungsstränge, weil sie beide jeweils die Rechtswidrigkeit des gesamten Vorbescheids nach sich ziehen. Eine isolierte Aufhebung allein der abschließenden Feststellung des Vorliegens von Genehmigungsvoraussetzungen kommt nämlich nicht in Betracht, da die vorläufige positive Gesamtbeurteilung als Teil des Regelungsgegenstands des Vorbescheids an die Bejahung der zur Prüfung gestellten Genehmigungsvoraussetzungen anknüpft und auch darauf bezogen ist.
- 10 c) Gegen die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zur Rechtswidrigkeit der im Vorbescheid getroffenen Feststellung der Zulässigkeit des Eingriffs in Natur und Landschaft hinsichtlich des Eintrags von Luftschadstoffen wenden sich die Beschwerdeführer allein mit einer Verfahrensrüge, um so im erstrebten Revisionsverfahren die von ihnen als zutreffend erachtete Auslegung des Vorbescheids zu erreichen; auf diese Auslegung hat der Senat im Beschwerdeverfahren keinen Zugriff. Mit diesem Vorbringen dringen sie indessen nicht durch, so dass es auf die umfangreichen (Grundsatz- und Divergenz-)Rügen, die sich auf die weiteren tragenden Begründungserwägungen im angefochtenen Urteil beziehen, nicht mehr ankommt.
- 11 Zu Unrecht rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung der Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) durch eine Überraschungsentscheidung. Eine unzulässige Überraschungsentscheidung liegt nur vor, wenn das Gericht einen bislang nicht erörterten rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt

punkt zur Grundlage seiner Entscheidung macht und damit dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte (stRspr, vgl. etwa BVerfG, Kammerbeschluss vom 5. April 2012 - 2 BvR 2126/11 - NJW 2012, 2262 Rn. 18 m.w.N.; BVerwG, Urteile vom 27. Januar 2011 - BVerwG 7 C 3.10 - NVwZ 2011, 696 Rn. 11 und vom 21. Februar 2013 - BVerwG 7 C 4.12 - NVwZ-RR 2013, 462 Rn. 20). So liegen die Dinge hier nicht.

- 12 Das Oberverwaltungsgericht hat die im Tenor des Vorbescheids getroffene Feststellung über die Zulässigkeit des Eingriffs in Natur und Landschaft hinsichtlich des Eintrags von Luftschadstoffen so ausgelegt, dass sie insoweit die Feststellung der FFH-Verträglichkeit des Vorhabens mit einschlieÙe. Mit diesem Verständnis des Regelungsgehalts des Vorbescheids hat das Oberverwaltungsgericht den Rahmen der Auslegungsmöglichkeiten, die in den verfahrensgegenständlichen Unterlagen und im Vorbringen der Beteiligten angelegt waren und auf die ein kundiger Prozessbevollmächtigter sich folglich einstellen musste, nicht überschritten. Demnach bedurfte es keines ausdrücklichen vorherigen Hinweises an die Beteiligten.
- 13 Die Beschwerdeführer meinen, dass die Wortwahl im Tenor und auch die Begründung dem vom Oberverwaltungsgericht vertretenen Verständnis entgegenstehe. Der Eingriff in Natur und Landschaft beziehe sich zwingend auf die Eingriffsregelung in §§ 18 f. BNatSchG 2002 (§§ 14 f. BNatSchG 2009), während die FFH-Verträglichkeit in § 34 BNatSchG ohne Bezug auf diese Begrifflichkeit geregelt sei. Die Beschwerdeführer hatten indessen keine Veranlassung, von einer so begründeten Auslegung der betreffenden Feststellung als einzig vertretbarer oder doch allein naheliegender auszugehen.
- 14 Die Begründung des Vorbescheids, die nunmehr auf dessen Tenor in der Fassung des Widerspruchsbescheids bezogen ist, lässt nicht erkennen, dass dieser eine solche strikte Unterscheidung zugrunde legt. Unter Ziffer VI.3.2 (S. 30 ff.) wendet sich die Begründung der fachgesetzlichen Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen zu und kommt bei der Behandlung von Einwen-

dungen zum Schluss, dass sonstige öffentliche Belange dem Vorbescheid nicht entgegenstünden, insbesondere seien die Genehmigungsvoraussetzungen im Hinblick auf Emissionen und Immissionen gegeben; vom Vorhaben gingen keine schädlichen Umweltauswirkungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft aus (S. 32). In diesem Zusammenhang führt die Begründung weiter aus, dass die Immissionsbelastung durch Luftschadstoffe im nächstgelegenen FFH-Gebiet „L.“ durch die Voruntersuchung im Grundsatz geprüft und bewertet worden sei mit dem Ergebnis, dass dieses Gebiet nicht erheblich betroffen sei; Anhaltspunkte für eine erhebliche Betroffenheit anderer FFH-Gebiete gebe es nicht. Abschließend wird festgehalten, dass Belange des Naturschutzes dem Vorhaben nicht entgegenstehen (S. 32 f.). Diese Prüfung erfolgt ohne ausdrückliche Erwähnung der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen im Bundesnaturschutzgesetz. Es liegt hiernach jedenfalls nicht fern, dass die Belange des Naturschutzes bezogen auf die Luftschadstoffe nicht nur die allgemeine naturschutzrechtliche Eingriffsregelung nach §§ 18 f. BNatSchG 2002 (§§ 14 f. BNatSchG 2009), sondern auch die Sonderregelung über die Natura 2000-Gebiete in §§ 31 ff. BNatSchG erfassen. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass die durch Bescheid vom 16. März 2011 aufgehobene Feststellung der „Zulässigkeit des Eingriffes in Natur und Landschaft hinsichtlich baulicher Maßnahmen auf der Grundlage des Bebauungsplanes Nr. 105 der Stadt D.“ auch ausweislich der Begründung (Ziff. VI.5.2.6.2; S. 109 ff.) mit ihren Erwägungen zu den Kompensationsflächen eindeutig auf die Vorschriften der §§ 18 f. BNatSchG 2002 (§§ 14 ff. BNatSchG 2009) bezogen ist.

- 15 Das vom Oberverwaltungsgericht im angefochtenen Urteil vertretene Verständnis des Vorbescheids hat der Kläger schon in seiner Klagebegründung vom 9. August 2008 (S. 115 ff., 123 f. <GA S. 141 ff., 149 f.>) zugrunde gelegt. Im Schriftsatz vom 16. April 2012 ist er darauf nochmals in allgemeiner Form zurückgekommen (S. 5 f. <GA S. 1039 f.>). In der Klageerwiderung des Beklagten vom 27. Februar 2009 wird in dieser Hinsicht festgehalten, dass bezüglich des abschließend feststellenden Teils des Vorbescheids eine vollständige und umfassende Prüfung vorzunehmen sei (S. 53 <GA S. 250>). Bei der „Auswirkungsbetrachtung und Bewertung von Luftschadstoffen“ wird sodann das FFH-Gebiet in den Blick genommen (S. 64 ff. <GA S. 261 ff.>). Entsprechendes gilt



für die Klageerwiderung der Beigeladenen vom 7. April 2009 (S. 44, S. 53 f. <GA S. 434, 443 f.>). Im Anschluss an den Antrag der Beigeladenen vom 16. April 2012 auf Änderung des Vorbescheids hat die Beigeladene mit Schriftsatz vom 23. April 2012 allerdings die Auffassung vertreten, dass „im Vorbescheid in der derzeit aktuellen Fassung (...) die FFH-Verträglichkeit lediglich im Rahmen der positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung als gegeben bestätigt, nicht aber verbindlich festgestellt“ werde (S. 13 <GA S. 1113>; so auch Schriftsatz vom 15. Mai 2012, S. 2 <GA S. 1340>). Ungeachtet dieser Einlassung war das Oberverwaltungsgericht indessen nicht gehalten, die Frage der Auslegung des Vorbescheids ausdrücklich zum Gegenstand einer gerichtlichen Erörterung zu machen. Denn die nunmehr beantragte verbindliche Feststellung der FFH-Verträglichkeit geht jedenfalls über eine auf die Einwirkungen auf dem Luftpfad bezogene Feststellung hinaus.

- 16 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 und 3, § 159 Satz 1, § 162 Abs. 3 VwGO und § 100 Abs. 1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG.

Dr. Nolte

Krauß

Brandt