

**Würzburger Berichte zum  
Umweltenergierecht**

**Ausschreibungen für Strom  
aus Windenergieanlagen an Land:  
Neuer Koordinierungsbedarf zwischen  
„EEG 3.0“ und BImSchG-Verfahren**

**Diskussionspapier**

erstellt von

*Katharina Merkel, LL.M. (Aberdeen)*

und

*Dr. Hartmut Kahl, LL.M. (Duke)*

unter Mitarbeit von

*Thorsten Müller*

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Optimierende Wege zur Integration erneuerbarer Energien  
(OptWIEE)“ [FKZ: 03MAP304]

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

**# 17**

30.10.2015

**Zitiervorschlag:** Katharina Merkel/Hartmut Kahl, Ausschreibungen für Strom aus Windenergieanlagen an Land: Neuer Koordinierungsbedarf zwischen „EEG 3.0“ und BImSchG-Verfahren, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 17 vom 30.10.2015.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail merkel@stiftung-umweltenergierecht.de

kahl@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet [www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Eckpunkte der Ausschreibungen für Windenergie an Land .....</b>	<b>2</b>
I. Materielle und finanzielle Präqualifikation .....	2
II. Realisierungsfristen nach Zuschlag .....	3
<b>C. Das Verfahren nach BImSchG .....</b>	<b>4</b>
I. Ablauf und Charakteristika der Verfahren .....	4
1. Förmliches Verfahren .....	5
2. Vereinfachtes Verfahren .....	6
II. Befristung der Genehmigung .....	7
1. Zulässigkeit der Befristung .....	7
2. Fristverlängerung .....	9
III. Drittschutz gegen Genehmigungserteilung .....	10
1. Drittschutz im förmlichen Verfahren .....	11
2. Drittschutz im vereinfachten Verfahren .....	13
3. Insbesondere: Drittschutz von Verbänden .....	14
4. Verkürzung der Anfechtungsfrist durch Genehmigung im förmlichen Verfahren ..	14
5. Einstweiliger Rechtsschutz und Vollziehbarkeit der Genehmigung.....	15
<b>D. Das Verhältnis der Verfahren auf Anlagengenehmigung und auf Erteilung der finanziellen Förderung .....</b>	<b>17</b>
I. Koordinierungsbedarf .....	17
II. Keine Koordinierungspflicht .....	18
<b>E. Lösungsansätze zur Risikominimierung.....</b>	<b>19</b>
I. Abwarten der Bestandskraft und Wahl des förmlichen Verfahrens.....	20
II. Erneute Teilnahme am Ausschreibungsverfahren .....	21
III. Fristhemmung .....	22
IV. Gleichlauf der Verlängerung von BImSchG-Genehmigung und Förderzuschlag .....	24
<b>F. Fazit.....</b>	<b>26</b>

## A. Einleitung

Das für 2016 angekündigte neue „EEG 3.0“ wird aller Voraussicht nach die Förderung von Strom aus Windenergieanlagen an Land auf Ausschreibungen umstellen. Das neulich dazu veröffentlichte Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) zu „Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen“<sup>1</sup> sieht insoweit u. a. vor, dass nur solche Windenergieprojekte am Ausschreibungsverfahren teilnehmen können, die bereits über eine Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) verfügen<sup>2</sup>.

Diese sog. „späte Ausschreibung“ für Windenergieanlagen an Land<sup>3</sup> verlangt also, dass Bewerber zunächst das Genehmigungsverfahren nach BImSchG vollständig durchlaufen, bevor sie sich um eine finanzielle Förderung des genehmigten Vorhabens bewerben können. Da die Umsetzung des Windenergieprojekts nach Erteilung eines Zuschlags im Ausschreibungsverfahren einem gestuften System gesetzlicher Fristen unterliegen soll, deren Verstreichen die Fälligkeit von Pönalen bzw. den Verlust des Anspruchs auf finanzielle Förderung auslösen soll, könnten Projektierer in Schwierigkeiten geraten, falls Dritte die noch nicht bestandskräftige Genehmigung nach BImSchG im Wege des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage angreifen und der Rechtsstreit die Realisierung verzögern sollte. Wartet der Projektierer hingegen die Bestandskraft und damit die Unanfechtbarkeit seiner Genehmigung ab, bevor er an dem Ausschreibungsverfahren teilnimmt, verpasst er ggf. mehrere Ausschreibungsrunden und eröffnet zudem während dieser sensiblen Wartezeit Dritten eine besonders günstige Konstellation für ggf. lediglich strategisch motivierte Klagen.

Das vorliegende Diskussionspapier möchte diese Konstellation adressieren, indem es den Koordinierungsbedarf zwischen „EEG 3.0“ und BImSchG aufzeigt und mögliche Lösungsoptionen diskutiert. Im Folgenden wird daher zunächst der Inhalt des Eckpunktepapiers bezüglich der Förderung von Windenergieanlagen an Land – insbesondere mit Blick auf die dort vorgeschlagenen Realisierungsfristen – dargestellt (dazu B.). Danach wird das Genehmi-

---

<sup>1</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/ausschreibungen-foerderung-erneuerbare-energien-anlage,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.10.2015, wie auch alle anderen im Folgenden aufgeführten Internetquellen).

<sup>2</sup> Ebd. S. 4; siehe auch *Fülbier/Wegner/Sailer*, Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“, in: Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 3, Februar 2015; *Wegner*, Planungsrechtliche Präqualifikationen auch für die Ausschreibung der Förderung von Windenergie?, *EnWZ* 7/2015, S. 301-309; *Fülbier*, Genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte für materiell-rechtliche Präqualifikationen beim künftigen Ausschreibungsmodell für Windenergieanlagen an Land, *EnWZ* 2015, S. 343-348.

<sup>3</sup> Vgl. dazu und zur alternativen sog. „frühen Ausschreibung“ sowie den jeweiligen Vor- und Nachteilen *Kleemann et al.*, Ausschreibungen für erneuerbare Energien – Wissenschaftliche Empfehlungen (Juli 2015), S. 47 ff., abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/ausschreibungen-eeg,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>

gungsverfahren nach dem BImSchG in seinen Grundzügen einschließlich der dort üblichen Befristungspraxis und bestehenden Drittanfechtungsmöglichkeiten erläutert (dazu C.). Anschließend werden das Verhältnis des Verfahrens nach dem BImSchG und des Ausschreibungsverfahrens beleuchtet und Risiken für Projektierer herausgearbeitet (dazu D.). Schließlich diskutiert und unterbreitet das Diskussionspapier verschiedene Vorschläge, wie sich die beschriebenen Risiken durch eine Koordinierung zwischen dem Immissionsschutzrecht und den im Eckpunktepapier vorgeschlagenen Realisierungsfristen minimieren lassen könnten (dazu E.).

## **B. Eckpunkte der Ausschreibungen für Windenergie an Land**

Da die einzelnen Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien unterschiedliche Rahmenbedingungen aufweisen, erachtet das BMWi die Einführung eines einheitlichen, technologieübergreifenden Ausschreibungsdesigns<sup>4</sup> nicht für sinnvoll<sup>5</sup>. Stattdessen sollen Ausschreibungen eingeführt werden, die auf die spezifischen Gegebenheiten der jeweiligen Stromerzeugungstechnologie zugeschnitten sind. Dies spiegelt sich insbesondere in den Anforderungen an die sog. Präqualifikationsbedingungen wieder.<sup>6</sup>

### **I. Materielle und finanzielle Präqualifikation**

Um eine möglichst hohe Realisierungswahrscheinlichkeit bezuschlagter Windenergieprojekte zu garantieren, sieht das Eckpunktepapier sowohl materielle und finanzielle Qualifikationsanforderungen<sup>7</sup> als auch ein System von zeitlich gestuften Pönalen sowie abschließend den Wegfall der Förderberechtigung vor<sup>8</sup>.

Für Windenergieanlagen an Land schlägt das Eckpunktepapier eine höhere materielle Qualifikation in Form des Erfordernisses einer Genehmigung nach BImSchG und – im Gegenzug – eine geringere finanzielle Präqualifikation vor. Für Windenergieanlagen an Land soll somit

---

<sup>4</sup> Wie es von den Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 der Europäischen Kommission, ABl. v. 28.06.2014, C 200/1, eigentlich als Regelfall vorgesehen ist, vgl. Rn. 126; dazu *Pause*, Die Beihilfeleitlinien der Kommission für den Energie- und Umweltbereich – eine kritische Würdigung, in: Müller/Kahl (Hrsg.), Erneuerbare Energien in Europa, 2015, S. 236.

<sup>5</sup> *BMWi*, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 4.

<sup>6</sup> Vgl. zur Möglichkeit der Anknüpfung von Präqualifikationsbedingungen an planungsrechtliche Gegebenheiten bei der Ausschreibung von Strom aus PV-Freiflächenanlagen einerseits und Strom aus Windenergieanlagen an Land andererseits *Wegner*, Planungsrechtliche Präqualifikationen auch für die Ausschreibung der Förderung von Windenergie?, *EnWZ* 2015, S. 301-309.

<sup>7</sup> Zu Funktion, allgemeinen Ausgestaltungsoption und Wirkungen vgl. *Kleemann et al.*, Ausschreibungen für erneuerbare Energien – Wissenschaftliche Empfehlungen (Juli 2015), S. 19 ff.

<sup>8</sup> *BMWi*, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 4, 8 ff.

eine sog. „späte Ausschreibung“<sup>9</sup> durchgeführt werden. Das bedeutet, dass nur solche Projekte an der Ausschreibung der finanziellen Förderung teilnehmen dürfen, die als materielle Präqualifikationsbedingung bereits über eine Genehmigung nach dem BImSchG verfügen<sup>10</sup>. Offen bleibt, ob es sich um eine noch anfechtbare oder um eine bestandskräftige Genehmigung handeln muss<sup>11</sup>; daher ist davon auszugehen, dass es dem Bieter insoweit selbst überlassen bleiben soll, wie er mit dem Risiko umgeht, beklagt zu werden. Da die erfolgte Einholung einer Genehmigung unabhängig davon aber bereits von einer hinreichenden Realisierungswahrscheinlichkeit des Gebots zeugt, soll im Gegenzug nur eine vergleichsweise geringe finanzielle Sicherheit in Höhe von 30 EUR pro kW installierter Leistung gefordert werden<sup>12</sup>.

## II. Realisierungsfristen nach Zuschlag

Hinsichtlich des zeitlichen Rahmens strebt das Eckpunktepapier an, dass die Windenergievorhaben innerhalb von zwei Jahren ab Zuschlagserteilung errichtet werden<sup>13</sup>. Wird die Windenergieanlage nicht innerhalb von 24 Monaten nach Zuschlagserteilung in Betrieb genommen, soll zunächst eine erste Teilpönale in Höhe von 10 €/kW anfallen<sup>14</sup>. Eine weitere Teilpönale in derselben Höhe soll nach 28 Monaten, also bei einer Verspätung von vier Monaten fällig werden. Ist das Vorhaben auch 32 Monate nach der Zuschlagserteilung noch nicht realisiert, soll die restliche Sicherheit als Pönale zu zahlen sein<sup>15</sup>. Ist die Anlage selbst nach 36 Monaten seit Erteilung des Zuschlags noch nicht errichtet und in Betrieb genommen, soll die Förderberechtigung entzogen werden<sup>16</sup>. Werden nur Teile der bezuschlagten Menge in Betrieb genommen, soll auch die Pönale nur anteilig anfallen und die Förderbe-

---

<sup>9</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 4.

<sup>10</sup> Ebd., S. 9.

<sup>11</sup> Das das BMWi beratende Konsortium um *Ecofys* empfiehlt im Begleitbericht zum Eckpunktepapier, die Bestandskraft der Genehmigung nicht zur Voraussetzung zu erklären: „Als materielle Qualifikation sollte ein Genehmigungsbescheid nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz verlangt werden. Die Bestandskraft der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung („BImSchG-Genehmigung“) ist dabei keine Voraussetzung.“, *Kleemann et al.*, Ausschreibungen für erneuerbare Energien, Wissenschaftliche Empfehlungen (Juli 2015), S. 5. Vgl. zur Bedeutung der Bestandskraft für die Aussagekraft hinsichtlich der Realisierungswahrscheinlichkeit *Fülbier/Wegner/Sailer*, Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“, in: Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 3, Februar 2015, S. 56 ff.

<sup>12</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Juli 2015), S. 9.

<sup>13</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 4.

<sup>14</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 9.

<sup>15</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 9.

<sup>16</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 9.

rectigung nur anteilig entzogen werden<sup>17</sup>. Eine vorzeitige Rückgabe der Förderberechtigung durch den Bieter soll die Pönale nicht senken<sup>18</sup>.

## C. Das Verfahren nach BImSchG

Sobald eine Windenergieanlage an Land eine Gesamthöhe von mehr als 50 m aufweist, ist diese nach BImSchG genehmigungsbedürftig<sup>19</sup>. Genehmigungsbedürftige Windenergieanlagen sind nach BImSchG genehmigungsfähig, wenn sie keine schädlichen Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren sowie keine erheblichen Nachteile und Belästigungen hervorrufen<sup>20</sup> und auch die Anforderungen der von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG erfassten weiteren behördlichen Entscheidungen erfüllen.

### I. Ablauf und Charakteristika der Verfahren

Das Genehmigungsverfahren nach BImSchG gibt es in zweierlei Ausprägung: Das sog. förmliche Verfahren nach § 10 BImSchG und das sog. vereinfachte Verfahren nach § 19 BImSchG. Per Verordnung ist für jede genehmigungsbedürftige Anlagenart die durchzuführende Verfahrensart festgelegt<sup>21</sup>. Für Windenergieanlagen gilt, dass das förmliche Verfahren durchzuführen ist, sobald die Errichtung von 20 oder mehr Anlagen beantragt wird<sup>22</sup> oder wenn für die zu errichtenden Anlagen die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) besteht<sup>23</sup>. Anderenfalls wird das vereinfachte Verfahren durchgeführt<sup>24</sup>, wobei der Vorhabenträger auf Antrag auch in das förmliche Verfahren wechseln kann<sup>25</sup>.

---

<sup>17</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 9.

<sup>18</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 9.

<sup>19</sup> § 4 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG i. V. m. § 1 der 4. BImSchV und Nr. 1.6 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV; vgl. zum Genehmigungsverfahren auch schon *Fülber/Wegner/Sailer*, Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“, in: Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 3, Februar 2015, S. 32 ff.

<sup>20</sup> § 6 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG.

<sup>21</sup> Siehe § 2 Abs. 1 4. BImSchV i.V.m. Spalte c im Anlagenkatalog des Anhangs 1 zur 4. BImSchV.

<sup>22</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) 4. BImSchV i.V.m. Ziffer 1.6.1 Anhang 1 zur 4. BImSchV

<sup>23</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) 4. BImSchV. Zur UVP-Pflichtigkeit siehe Nr. 1.6 der Anlage 1 zum UVPG sowie insbesondere zum dort verwendeten Begriff der „Windfarm“ *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Auflage 2013, S. 179 f.

<sup>24</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Ziffer 1.6.2 Anhang 1 zur 4. BImSchV.

<sup>25</sup> § 19 Abs. 3 BImSchG.

## 1. Förmliches Verfahren

Der Ablauf des förmlichen Genehmigungsverfahrens richtet sich nach § 10 BImSchG i. V. m. der 9. BImSchV. Das Verfahren<sup>26</sup> beginnt in der Regel mit einem Beratungsgespräch bei der Genehmigungsbehörde. Darauf aufbauend stellt der Projektierer seinen Antrag auf Vorhabengenehmigung, den die Behörde auf Vollständigkeit prüft. Anschließend wird das Vorhaben öffentlich bekanntgemacht und die Antragsunterlagen werden öffentlich ausgelegt. Werden auf dieser Informationsbasis von der Öffentlichkeit Einwendungen gegen das Vorhaben erhoben<sup>27</sup>, werden diese in einem gesonderten Termin erörtert. Nach Abschluss der Sachprüfung erteilt die zuständige Behörde ggf. die Genehmigung und macht diese öffentlich bekannt<sup>28</sup>. Der Genehmigungsbescheid ist dem Antragsteller und allen Personen, die Einwendungen vorgebracht haben, förmlich zuzustellen<sup>29</sup>. Darüber hinaus ist der Bescheid öffentlich bekanntzumachen, wenn nicht schon die Zustellung im Wege öffentlicher Bekanntmachung erfolgte<sup>30</sup>. Die Genehmigungsbehörde kann die Zustellung an Drittbetroffene durch eine öffentliche Bekanntmachung ersetzen<sup>31</sup>. Eine öffentliche Bekanntmachung erfolgt dadurch, dass der verfügende Teil<sup>32</sup> des Genehmigungsbescheides einschließlich der Information, wo und wann der Bescheid und seine Begründung eingesehen werden können, im amtlichen Veröffentlichungsblatt der Behörde und außerdem im Internet oder in örtlichen Tageszeitungen veröffentlicht wird; gleichzeitig ist eine Ausfertigung des gesamten Bescheides für zwei Wochen zur Einsicht auszulegen<sup>33</sup>.

Über den Genehmigungsantrag ist innerhalb von sieben Monaten ab Vollständigkeit der Antragsunterlagen zu entscheiden<sup>34</sup>, wobei die Behörde einen letztlich faktisch kaum kontrollierbaren Spielraum hat, diesen Zeitpunkt zu bestimmen und auch noch nach diesem Zeitpunkt das Verfahren verlängern kann, wenn keine Entscheidungsreife vorliegt<sup>35</sup>. Im Ergebnis

---

<sup>26</sup> Siehe für eine ausführliche Beschreibung des Genehmigungsverfahrens *Schoppen*, in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen (Hrsg.), Grundriss zum Energierecht (2. Aufl. 2015), Kap. 25, Rn. 40 ff.; *Ruppel*, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015), Kap. 2, Rn. 5 ff.

<sup>27</sup> § 10 Abs. 3 Satz 4 BImSchG; die Vorschrift berechtigt jedermann, Einwendungen zu erheben, auch Verbände und juristische Personen des öffentlichen Rechts, *Jarass*, BImSchG Kommentar, 10. Auflage. 2013, § 10, Rn. 71.

<sup>28</sup> § 10 Abs. 7, 8 BImSchG.

<sup>29</sup> § 10 Abs. 7 Satz 1 BImSchG.

<sup>30</sup> § 10 Abs. 7 Satz 2, Abs. 8 BImSchG.

<sup>31</sup> § 10 Abs. 8 Satz 1 BImSchG.

<sup>32</sup> Inhalt der Genehmigung, der die getroffenen Regelungen in örtlicher und sachlicher Hinsicht für Drittbetroffene verständlich umschreibt, *Jarass*, BImSchG Kommentar, 10. Auflage 2013, § 10, Rn. 123.

<sup>33</sup> § 10 Abs. 8 Satz 2 – 4 BImSchG.

<sup>34</sup> § 10 Abs. 6a Satz 1, HS. 1 BImSchG.

<sup>35</sup> Entsprechend heißt es in § 10 Abs. 6a Satz 2 und 3 BImSchG: „Die zuständige Behörde kann die Frist um jeweils drei Monate verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. Die Fristverlängerung soll gegenüber dem Antragsteller begründet werden.“



sind daher regelmäßig wesentlich längere Bearbeitungszeiträume zu beobachten, die im Schnitt 23 Monate betragen<sup>36</sup>.

## 2. Vereinfachtes Verfahren

Schneller läuft hingegen das vereinfachte Verfahren nach § 19 BImSchG ab, für dessen Durchführung der Gesetzgeber der Genehmigungsbehörde eine Verfahrenssollfrist von drei Monaten ab Vollständigkeit der Antragsunterlagen vorgegeben hat<sup>37</sup>, dessen mittlere Verfahrensdauer realiter aber auch 16 Monate beträgt<sup>38</sup>. Die Durchführung des vereinfachten Verfahrens stellt die Ausnahme zur Regel des förmlichen Verfahrens dar und dient der Vermeidung eines unangemessenen Verwaltungsaufwandes bzw. der Entlastung des Antragstellers<sup>39</sup>. Voraussetzung für die Anwendung des vereinfachten Verfahrens ist, dass dieses – hinsichtlich der schädlichen Umwelteinwirkungen und sonstigen Gefahren sowie der erheblichen Nachteile und erheblichen Belästigungen, wie sie von den zu genehmigenden Anlagen typischerweise hervorgerufen werden – mit dem Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft zu vereinbaren ist<sup>40</sup>.

Das vereinfachte Verfahren dürfte heute der Regelfall der Genehmigung von Windenergieanlagen sein und unterscheidet sich vom förmlichen Verfahren dadurch, dass bestimmte in § 19 Abs. 2 BImSchG genannte Verfahrensvorschriften – insbesondere hinsichtlich der Öffentlichkeitsbeteiligung und der Bekanntmachung der Genehmigung – nicht anzuwenden sind.

Zum einen unterbleibt im vereinfachten Verfahren die Öffentlichkeitsbeteiligung<sup>41</sup>, so dass weder Antrag noch Unterlagen bekannt gemacht oder ausgelegt werden; ein Erörterungstermin findet ebenfalls nicht statt. Einwendungen sind weder möglich noch geboten, weshalb insoweit bei möglichen Klagen auch keine Präklusion für diejenigen eintritt, die keine Einwendungen erhoben haben<sup>42</sup>. Das schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, der Genehmigungsbehörde Bedenken vorzutragen, die diese im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes berücksichtigen muss<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> Pietrowicz/Quentin, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Fachagentur Windenergie an Land, Januar 2015, S. 29 (bezogen auf Vorhaben mit UVP-Pflicht), abrufbar unter <http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/dauer-kosten-wea-projektierung.pdf>.

<sup>37</sup> § 10 Abs. 6a Satz 1, HS. 2 BImSchG.

<sup>38</sup> Pietrowicz/Quentin, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Fachagentur Windenergie an Land, Januar 2015, S. 29 (bezogen auf Vorhaben ohne UVP-Pflicht).

<sup>39</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 19, Rn. 1.

<sup>40</sup> § 19 Abs. 1 Satz 1 BImSchG; Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 19, Rn. 2.

<sup>41</sup> § 19 Abs. 2 BImSchG.

<sup>42</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 19, Rn. 14; zur Europarechtswidrigkeit der derzeitigen Präklusionsregelung des § 73 Abs. 4 VwVfG, § 2 Abs. 3 UmwRG im Anwendungsbereich von Art. 11 RL 2011/92 und Art. 25 RL 2010/75 siehe EuGH, Urteil vom 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 75 ff.

<sup>43</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 19, Rn. 14.

Zum anderen muss der nach Durchführung des vereinfachten Verfahrens ergehende Genehmigungsbescheid den Personen, die Bedenken vorgetragen haben, nicht zugestellt werden. Eine Zustellung auch an sie kann für den Genehmigungsinhaber jedoch sinnvoll sein, um kürzere Rechtsbehelfsfristen für Drittanfechtungen in Lauf zu setzen (dazu sogleich). Der Vorhabenträger besitzt insofern zwar auch einen Anspruch auf öffentliche Bekanntmachung<sup>44</sup>, die kürzeren Rechtsbehelfsfristen dürfte das aber nicht in Lauf setzen, weil § 10 Abs. 8 BImSchG, der den Lauf der Fristen regelt, im vereinfachten Verfahren nicht anwendbar ist<sup>45</sup>. Will man die Fristen für die Drittanfechtung verkürzen, ersetzt die grundsätzlich mögliche öffentliche Bekanntmachung der Genehmigung also nicht die Zustellung an diejenigen Dritten, die Bedenken gegen das Vorhaben vorgetragen haben, solange man sich (nur) im vereinfachten Verfahren befindet.

## II. Befristung der Genehmigung

Nicht nur im künftigen Ausschreibungsdesign gibt es Realisierungsfristen; auch in BImSchG-Genehmigungen sind diese schon bisher allgemein üblich. So werden immissionsschutzrechtliche Genehmigungen in der Praxis regelmäßig nur befristet erteilt<sup>46</sup>, wobei zwischen einer Frist für den Beginn der Errichtung und einer Frist zur Inbetriebnahme differenziert werden kann<sup>47</sup>. Diese Praxis soll verhindern, dass Genehmigungen vorsorglich beschafft, aber nicht ausgenutzt werden<sup>48</sup>. Die konkrete Fristsetzung steht im Ermessen der Behörde<sup>49</sup>. Sie entscheidet sowohl über das „Ob“ der Fristsetzung, als auch über die Details der Befristung wie etwa ihre Dauer, die Anknüpfung an bestimmte Errichtungs- und Inbetriebnahmeschritte sowie eine Differenzierung nach Anlageteilen.

### 1. Zulässigkeit der Befristung

Begrenzt wird die Ausübung des behördlichen Ermessens durch das Kriterium der Angemessenheit der Fristsetzung. Die Dauer einer Frist kann als angemessen angesehen werden, wenn der Betreiber in der Lage ist, in technisch und wirtschaftlich vertretbarer Weise die Errichtung oder den Betrieb der Anlage innerhalb der gesetzten Frist vorzunehmen<sup>50</sup>. Eine Fristsetzung gilt umgekehrt als unangemessen kurz, wenn sie der Genehmigungsinhaber

---

<sup>44</sup> § 21a der 9. BImSchV.

<sup>45</sup> § 19 Abs. 2 BImSchG.

<sup>46</sup> Siehe § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG.

<sup>47</sup> In der Regel wird die Behörde anordnen, dass die BImSchG-Genehmigung erlischt, wenn nicht binnen drei Jahren in Betrieb genommen wird, vgl. das Formulierungsbeispiel bei *Agatz*, Windenergie Handbuch, 10. Ausgabe 2013, S. 107.

<sup>48</sup> *Hansmann/Ohms*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 2; *Jarass*, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 3.

<sup>49</sup> *Jarass*, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 3.

<sup>50</sup> *Schack*, in: BeckOK UmweltR, Edition 36 2015, § 18 BImSchG, Rn. 9; *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Bd. III, § 18 BImSchG, Rn 17; *Jarass*, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 3.

überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen einhalten kann<sup>51</sup>. Die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers darf nicht übermäßig eingeschränkt werden<sup>52</sup>. Die Angemessenheit richtet sich nach dem Umfang des Vorhabens und den damit verbundenen tatsächlichen und technischen Schwierigkeiten<sup>53</sup>. Sie ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der Interessen des Antragstellers sowie der Verhinderung der Beschaffung von Vorratsgenehmigungen zu beurteilen<sup>54</sup>. Zusammenfassend gilt somit, dass die Ausnutzung der Genehmigung auch im Rahmen des zukünftigen Ausschreibungsdesigns gewährleistet bleiben muss<sup>55</sup>.

Die Frist beginnt grundsätzlich am Tag nach der Bekanntgabe der Genehmigung zu laufen<sup>56</sup>, nicht erst mit Unanfechtbarkeit oder sofortiger Vollziehbarkeit der Genehmigung<sup>57</sup>. Der Behörde steht es jedoch frei, einen anderen Zeitpunkt für den Fristbeginn festzulegen, beispielsweise die Unanfechtbarkeit der Genehmigung<sup>58</sup>.

Die Anforderungen an den fristwahrenden Beginn der Errichtung oder des Betriebs der Anlage werden unterschiedlich beurteilt. Unstreitig ist, dass rein symbolische Handlungen wie ein erster Spatenstich ebenso wenig als ausreichend gelten wie betriebliche Maßnahmen, denen ein gewisser Grad an Intensität fehlt wie beispielsweise ein kurzer Probelauf<sup>59</sup>. Eine eher strenge Sichtweise fordert für die Annahme des Beginns, dass der Betreiber wesentliche Teile der Anlage tatsächlich errichtet beziehungsweise in Betrieb genommen haben muss<sup>60</sup>. Diese Auffassung wird in der Literatur aber als zu restriktiv<sup>61</sup> bzw. für das Immissionsschutzrecht als nicht überzeugend<sup>62</sup> abgelehnt. Zur Wahrung der Frist dürfte es daher genügen, wenn mit den in der Fristsetzung genannten Maßnahmen in einer Art und Weise begonnen

---

<sup>51</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 5; Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, (48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 17 m. w. N.

<sup>52</sup> Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 17.

<sup>53</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 5.

<sup>54</sup> Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 17.

<sup>55</sup> Allgemein dazu Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 17.

<sup>56</sup> § 31 Abs. 2 VwVfG; Schack, in: BeckOK UmweltR, Edition 36 2015, § 18 BImSchG, Rn. 9; Hansmann, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Bd. III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. § 19; Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 6.

<sup>57</sup> H.M. nach Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 18 m. w. N.: die Gegenansicht stützt sich auf das Argument, dass § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG nicht das Erlöschen einer Genehmigung bezwecken könne, von der ihr Inhaber keinen Gebrauch machen konnte.

<sup>58</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 6 unter Verweis auf HessVGH, ZUR 2003, 98; BayVGH, NVwZ-RR 2006, 457.

<sup>59</sup> Schack, in: BeckOK UmweltR, Edition 36 2015, § 18 BImSchG, Rn. 10.

<sup>60</sup> OVG Münster, Urteil vom 7.6.1967, DÖV 69, 220 und Urteil vom 4.6.1980; Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Kommentar Band III, § 18 BImSchG Rn. 20 (48. EL 2006) m. w. N.

<sup>61</sup> Schack, in: BeckOK UmweltR, Edition 36 2015, BImSchG § 18 Rn. 10.

<sup>62</sup> Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 20.

wurde, die auf die Ernsthaftigkeit der Genehmigungsausnutzung schließen lassen, es sei denn, die Anordnung der Fristsetzung verlangt weitergehende Maßnahmen<sup>63</sup>. Demnach muss der Betreiber Maßnahmen durchführen, die er nicht oder nur mit erheblichen wirtschaftlichen Verlusten rückgängig machen kann<sup>64</sup>.

## 2. Fristverlängerung

Eine befristet erteilte Genehmigung erlischt, wenn innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde gesetzten angemessenen Frist nicht mit der Errichtung oder dem Betrieb der Anlage begonnen worden ist<sup>65</sup>. Die Genehmigungsbehörde kann die Frist aber auf Antrag aus wichtigem Grund verlängern, wenn hierdurch der Zweck des BImSchG, Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur- und sonstige Sachgüter vor schädlichen Umwelteinwirkungen zu schützen<sup>66</sup>, nicht gefährdet wird<sup>67</sup>. Die Fristverlängerung in Form eines Verwaltungsakts steht demnach grundsätzlich im Ermessen der Behörde<sup>68</sup>.

Die negativen Folgen eines Rechtsverlusts durch Erlöschen der Genehmigung stellen keinen wichtigen Grund zur Fristverlängerung dar, da das Erlöschen der Genehmigung die Regelfolge des Fristablaufs darstellt und damit in jedem Fall einträte<sup>69</sup>. Maßgeblich ist vielmehr, ob besondere Umstände dafür gesorgt haben, dass die gesetzte Frist nicht eingehalten werden konnte<sup>70</sup>. Als wichtiger Grund für eine Fristverlängerung sind Umstände anerkannt, die dem Betreiber die Einhaltung der Frist nicht oder nur unter erheblichen Nachteilen gestatten<sup>71</sup>. Nach Ansicht des VGH München liegt

*„ein wichtiger Grund für die Verlängerung von Fristen für die Ausübung einer immissionsschutzrechtlichen Rechtsposition [...] vor, wenn der Inhaber oder Eigentümer **rechtlich** oder **tatsächlich** gehindert war, die Errichtung oder den Betrieb der Anlage zu beginnen oder fortzuführen“.*<sup>72</sup>

---

<sup>63</sup> Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 21; Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 6 unter Verweis auf BayVGH, UL-ES § 13 Nr.15 (2009), 4.

<sup>64</sup> Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 21; Schack, in: BeckOK UmweltR, Edition 36 2015, § 18 BImSchG, Rn. 10.

<sup>65</sup> § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG.

<sup>66</sup> § 1 BImSchG.

<sup>67</sup> § 18 Abs. 3 BImSchG.

<sup>68</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 20; BVerwGE 124, 156/162 f = NVwZ 2005, 1425; VGH BW, NVwZ-RR 1994, 572.

<sup>69</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 18; Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 36.

<sup>70</sup> Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 36.

<sup>71</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 18; NdsOVG, 12 LA 45/13 v. 6.3.14 Rn.14; Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Bd. III, 48. EL 2006, § 18 BImSchG, Rn. 36.

<sup>72</sup> BayVGH, ZUR 2009, 499, 501, Hervorhebungen durch die Verfasser.

Die Einbeziehung von tatsächlichen Umständen bedeutet, dass im Einzelfall eine Zumutbarkeitserwägung anzustellen ist<sup>73</sup>. Als Hinderungsgründe des Genehmigungsinhabers kommen beispielsweise in Betracht:

- Unklarheiten über die Eigentumsverhältnisse nach Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge<sup>74</sup>,
- höhere Gewalt<sup>75</sup>,
- unternehmerische Gesichtspunkte und wirtschaftliche Umstände<sup>76</sup> oder
- persönliche Schicksalsschläge des Genehmigungsinhabers wie lange Krankheiten<sup>77</sup>.

Die Frist kann auch wiederholt verlängert werden<sup>78</sup>. Da die Fristverlängerung als Verwaltungsakt mit Drittwirkung eingestuft wird, ist diese ggf. durch Dritte im Klageweg anfechtbar<sup>79</sup>.

Einen Sonderfall, der für dieses Diskussionspapier von besonderem Interesse ist, stellt die Anfechtung der Genehmigung und die daraus resultierende Verhinderung ihrer Ausnutzung<sup>80</sup> dar. In diesem Fall ist das ansonsten grundsätzlich bestehende Ermessen der Behörde hinsichtlich des „Ob“ der Fristverlängerung regelmäßig auf null reduziert<sup>81</sup>. Das heißt, die Behörde wird dann regelmäßig verlängern.

### III. Drittschutz gegen Genehmigungserteilung

Wie bereits mehrfach angedeutet, können Dritte unter bestimmten Bedingungen gegen die Erteilung einer Genehmigung klagen. In denjenigen Bundesländern, in denen ein Vorverfahren noch zwingend ist, muss vor Klageerhebung zunächst allerdings noch das behördliche Widerspruchsverfahren durchlaufen werden<sup>82</sup>. Klage- bzw. widerspruchsbefugt ist jeder, der geltend machen kann, durch die Genehmigung in eigenen subjektiven Rechten verletzt zu sein<sup>83</sup>.

Dies ist regelmäßig bei Nachbarn der Fall, die sich auf eine drittschützende Norm berufen können. Im Fall der Genehmigung von Windenergieanlagen entfalten beispielsweise die ma-

---

<sup>73</sup> BayVGH, ZUR 2009, 499, 501.

<sup>74</sup> Schack, in: BeckOK UmweltR, Edition 36 2015, § 18 BImSchG, Rn. 15.

<sup>75</sup> Schack, in: BeckOK UmweltR, Edition 36 2015, § 18 BImSchG, Rn. 15.

<sup>76</sup> BayVGH, ZUR 2009, 499, 501.

<sup>77</sup> Schack, in: BeckOK UmweltR, Edition 36 2015, § 18 BImSchG, Rn. 15 m.w.N.

<sup>78</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 20.

<sup>79</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 20.

<sup>80</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 18.

<sup>81</sup> BayVGH, ZUR 2009, 499, 3. Leitsatz: „Eine Ermessensreduzierung auf null kommt regelmäßig dann in Betracht, wenn es dem Genehmigungsinhaber aufgrund der aufschiebenden Wirkung des von einem Dritten eingelegten Rechtsmittels unmöglich war, den Betrieb der Anlage fortzuführen.“; auch HessVGH, ZUR 2003, 98.

<sup>82</sup> § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO. Siehe die Übersicht der länderspezifischen Reformen zur Einschränkung der Anwendbarkeit des Widerspruchsverfahrens bei *Beaucamp/Ringermath*, Empfiehlt sich die Beseitigung des Widerspruchsverfahrens?, DVBl 2008, 426 ff.

<sup>83</sup> § 42 Abs. 2 VwGO.

teriellen Zulassungsanforderungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr.1 BImSchG drittschützende Wirkung<sup>84</sup>: Demnach 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. Zu den von Windenergieanlagen ausgehenden schädlichen Umwelteinwirkungen, auf die sich Nachbarn zur Begründung ihrer Klagebefugnis berufen können, zählen typischerweise Lärm, Schattenwurf oder eine optisch bedrängende Wirkung<sup>85</sup>. Unabhängig von der Klagebefugnis Drittbetroffener gibt es aber auch eine spezifische Klagebefugnis für Verbände, die sich nicht extra auf den Drittschutz berufen müssen, sondern insoweit Privilegien genießen (dazu sogleich).

Für das Bestandskräftigwerden einer Genehmigung – also den Zeitpunkt des Eintritts ihrer Unanfechtbarkeit – ist entscheidend, welche Fristen für die Drittanfechtung laufen. Wie oben bereits erwähnt, ist hier zwischen dem Fristenlauf im vereinfachten und förmlichen Verfahren zu unterscheiden. Grundsätzlich gilt, dass eine Genehmigung vom Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens durch ordnungsgemäße Bekanntgabe bzw. Zustellung<sup>86</sup>, in Ausnahmefällen aber auch erst vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme oder des Kennenmüssens an, bis zum Eintritt ihrer Bestandskraft durch Ablauf der Rechtsbehelfsfristen anfechtbar ist. Die Frist für die Einlegung eines Rechtsbehelfs beträgt regelmäßig einen Monat nach Zustellung des Widerspruchsbescheids bzw., soweit ein Widerspruchsverfahren nicht erforderlich ist, nach Bekanntgabe des angegriffenen Verwaltungsakts<sup>87</sup>. Im vereinfachten Verfahren können Betroffene aber auch ein Jahr lang Zeit haben, eine Genehmigung anzufechten<sup>88</sup>.

### 1. Drittschutz im förmlichen Verfahren

Die Frist für die Geltendmachung eines Rechtsbehelfs gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung beginnt im Falle der Einlegung eines Widerspruchs mit der Bekanntgabe des Genehmigungsbescheids<sup>89</sup> bzw. im Falle der Erhebung einer Anfechtungsklage mit der Zustellung des Widerspruchbescheides<sup>90</sup> und läuft jeweils einen Monat<sup>91</sup>.

---

<sup>84</sup> Sittig, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 2, Rn. 170; Wulfhorst, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Bd. I, 48. EL 2006, § 12 UVPG, Rn. 56.

<sup>85</sup> Müller, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 1, Rn. 97 ff.

<sup>86</sup> § 74 Abs. 1 VwGO.

<sup>87</sup> § 74 Abs. 1 VwGO.

<sup>88</sup> Rechtsgedanke des § 58 Abs. 2 VwGO.

<sup>89</sup> § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO; die Bekanntgabe richtet sich nach §§ 41, 43 Abs. 1 VwVfG und setzt als *Individualbekanntgabe* voraus, dass der Adressat die Möglichkeit erhält, vom Inhalt des Verwaltungsakts Kenntnis zu nehmen, Leisner-Egensperger, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2014, § 43, Rn. 44 f.; daneben existieren die *öffentliche Bekanntgabe* nach § 41 Abs. 3, 4 VwVfG und die *förmliche Bekanntgabe mittels Zustellung*, § 41 Abs. 5 VwVfG, als Sonderformen der Bekanntgabe, Fröhlich, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2014, § 41, Rn. 27.

<sup>90</sup> § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO; unter einer *Zustellung* ist die gewollte, in gesetzlich bestimmter Form vorzunehmende und zu beurkundende körperliche Übergabe des Widerspruchbescheides zu verstehen, Brenner, in:

Im förmlichen Verfahren ist der Genehmigungsbescheid sowohl dem Antragsteller als auch Dritten, die Einwendungen gegen das Projekt vorgetragen haben, förmlich zuzustellen<sup>92</sup>. Darüber hinaus ist der Bescheid durch Auslegung öffentlich bekannt zu machen und zwei Wochen zur Einsichtnahme auszulegen<sup>93</sup>. Danach gilt er auch gegenüber Dritten, die *keine* Einwendungen erhoben haben, als zugestellt<sup>94</sup>, so dass die Anfechtungsfrist für alle Außenstehenden zu laufen beginnt<sup>95</sup>. Mit Ablauf der Monatsfrist erwächst der Genehmigungsbescheid in Bestandskraft und ist nicht mehr angreifbar.

Die Zustellung des Genehmigungsbescheids an den Antragsteller und die Personen, die rechtzeitig Einwendungen erhoben haben, richtet sich nach den Vorschriften des einschlägigen Verwaltungszustellungsgesetzes. Erfolgt die Zustellung unter Verletzung des gesetzlich vorgeschriebenen (Zustellungs-)Verfahrens, berührt dieser Mangel zwar nicht die Wirksamkeit der Genehmigung, der Lauf der Rechtsbehelfsfristen wird jedoch gehindert<sup>96</sup>. Dasselbe gilt für die öffentliche Bekanntmachung gegenüber Dritten.

Wurde der Genehmigungsbescheid Dritten nicht oder nicht ordnungsgemäß bekanntgegeben, beginnt die Rechtsbehelfsfrist nicht zu laufen<sup>97</sup>. Um dem Projektierer dennoch Rechtssicherheit zu bieten, wird das unbefristete Widerspruchs- und Klagerecht des Drittbetroffenen zeitlich dann allerdings durch das Institut der Verwirkung begrenzt: Hat der Dritte auf andere Weise als durch Bekanntgabe zuverlässige Kenntnis vom Verwaltungsakt erlangt oder hätte er diese erlangen müssen, dann ist er so zu behandeln, als ob ihm der Verwaltungsakt ohne Rechtsbehelfsbelehrung bekannt gegeben worden wäre, so dass im Ergebnis eine Jahresfrist gilt<sup>98</sup>.

---

Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 4. Auflage 2014, § 74, Rn. 15; als solche stellt die Zustellung eine besonders qualifizierte Form der Bekanntgabe dar und richtet sich nach Verwaltungszustellungsgesetz, *Fröhlich*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2014, § 41, Rn. 87.

<sup>91</sup> §§ 70 Abs. 1, 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO.

<sup>92</sup> § 10 Abs. 7 Satz 1 BImSchG; *Ruppel*, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 2, Rn. 13 und 77; *Jarass*, BImSchG Kommentar, 10. Aufl. 2013, § 10, Rn. 121.

<sup>93</sup> § 10 Abs. 7 Satz 2, 3, Abs. 3 Satz 3, Abs. 8 Satz 2, 3 BImSchG.

<sup>94</sup> § 10 Abs. 8 Satz 5 BImSchG.

<sup>95</sup> *Ruppel*, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 2, Rn. 13; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Bd. II, 76. EL 2015, § 10 BImSchG, Rn. 261 a; *Jarass*, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, Rn. 123.

<sup>96</sup> *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Bd. II, 76. EL 2015, § 10 BImSchG, Rn. 258; *Jarass*, BImSchG Kommentar, 10. Auflage 2013, § 10, Rn. 121.

<sup>97</sup> BVerwGE 44, 294, LS 1: „Ist dem Nachbarn die Baugenehmigung, durch die er sich beschwert fühlt, nicht amtlich bekanntgegeben worden, so läuft für ihn weder in unmittelbarer noch in analoger Anwendung der VwGO §§ 70 und 58 Abs 2 eine Widerspruchsfrist.“

<sup>98</sup> Siehe BVerwGE 44, 294, LS 2: „Hat er jedoch gleichwohl sichere Kenntnis von der Baugenehmigung erlangt oder hätte er sie erlangen müssen, so kann ihm nach Treu und Glauben die Berufung darauf versagt sein, daß sie ihm nicht amtlich mitgeteilt wurde. Dann läuft für ihn die Widerspruchsfrist nach VwGO § 70 iVm § 58 Abs 2 so, als sei ihm die Baugenehmigung in dem Zeitpunkt amtlich bekannt geworden, in dem er von ihr sichere Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.“ sowie BVerwG, NJW 1974, 1260; BVerwG, NJW 1988, 839; *Meissner*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO Kommentar, 28. Ergänzungslieferung 2015, § 74, Rn. 50. Von einer Verwirkung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben kann ausgegangen werden, wenn der Dritte trotz vorhandener Kenntnis oder ihm zurechenbarer Möglichkeit der Kenntniserlangung erst zu einem derart

## 2. Drittschutz im vereinfachten Verfahren

Im vereinfachten Verfahren stehen dem Dritten grundsätzlich die gleichen Rechtsschutzmöglichkeiten wie im förmlichen Verfahren zu. Da im vereinfachten Verfahren jedoch eine Bekanntgabe der Genehmigung an Dritte nicht vorgesehen ist, wird die im vereinfachten Verfahren ergangene Genehmigung gegenüber betroffenen Dritten nicht wirksam<sup>99</sup>, so dass auch keine Frist für einen Rechtsbehelf zu laufen beginnt<sup>100</sup>. Im Gegensatz zum förmlichen Verfahren ist im vereinfachten Verfahren keine Ersetzung der Bekanntgabe durch eine öffentliche Bekanntmachung möglich<sup>101</sup>. Das bedeutet, dass selbst in dem Fall, dass im vereinfachten Verfahren eine öffentliche Bekanntmachung erfolgt, diese keine Rechtsbehelfsfristen in Gang setzt<sup>102</sup>.

Die einzige zeitliche Begrenzung des Widerspruchs- bzw. Klagerechts Dritter erfolgt hier über das Institut der Verwirkung: Drittbetroffene verirken ihr Recht auf Einlegung eines Rechtsbehelfs auch im vereinfachten Verfahren spätestens dann, wenn sie mehr als ein Jahr zuverlässige Kenntnis von der Genehmigung hatten oder hätten haben müssen und trotzdem keinen Rechtsbehelf eingelegt haben<sup>103</sup>.

Fraglich ist, wann im Fall von Windenergieprojekten von einer Kenntniserlangung des Dritten auszugehen ist. Vor Baubeginn gestaltet sich der Nachweis des Kennens bzw. des Kennenmüssens Dritter schwierig. Eine bloße Information des Investors in den ortsüblichen Zeitungen, dass er die beantragte Genehmigung erhalten habe, soll nicht geeignet sein, die Rechtswirkung einer förmlichen Zustellung durch die Genehmigungsbehörde herbeizuführen<sup>104</sup>. Anders verhält sich dies ggf. aber bei öffentlich publizierten Auskünften oder Mitteilungen der beteiligten Behörden<sup>105</sup>.

---

späten Zeitpunkt einen Rechtsbehelf einlegt, dass weder die Behörde noch der Begünstigte mit einer Anfechtung rechnen mussten: Nach Auffassung etwa des VG Koblenz rechnen die betroffene Behörde und der Begünstigte dann nicht mehr mit einer Widerspruchserhebung, „wenn ein Berechtigter unter Verhältnissen untätig bleibt, unter denen jedermann vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen hätte.“, VG Koblenz, Teilurteil vom 16.07.2015 – 4 K 118/15.KO Rn. 45. Damit kann die Verwirkung in Abhängigkeit von den spezifischen Besonderheiten des Einzelfalls auch schon vor Ablauf der obengenannten Jahresfrist eintreten, siehe auch BVerwG, NVwZ 1991, 1182.

<sup>99</sup> § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG.

<sup>100</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 19, Rn. 23.

<sup>101</sup> § 10 Abs. 8 Satz 5 BImSchG gilt im vereinfachten Verfahren gemäß § 19 Abs. 2 BImSchG nicht; siehe zur Problematik auch *Fülbier*, Genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte für materiell-rechtliche Präqualifikationen beim künftigen Ausschreibungsmodell für Windenergieanlagen an Land, EnWZ 2015, 343, 347.

<sup>102</sup> VG Ansbach, Urteil und Beschluss vom 30.11.2011 – AN 11 K 11.01826, AN 11 S 11.01825, Rn. 41 (zitiert nach Juris).

<sup>103</sup> Ruppel, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 2, Rn. 13; Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 19, Rn. 23.

<sup>104</sup> Ruppel, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 2, Rn. 13.

<sup>105</sup> Siehe etwa OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 03.11.2014 - 1 B 10905/14, 1 B 11015/14, Rn. 12. Dort heißt es, die Genehmigungserteilung sei „aber zweifellos dadurch öffentlich bekannt geworden, dass der Ortsbürgermeister (...) die Bürger dieses Ortes durch regelmäßige Gemeindebriefe über den jeweiligen Verfahrensstand informiert hatte und dass das aufgrund der Rodungen angefallene Holz an die Bürger der Umgebung verkauft



### 3. Insbesondere: Drittschutz von Verbänden

Der Rechtsschutz von Verbänden richtet sich nach den Vorschriften des Umweltrechtsbehelfsgesetzes (UmwRG). Anerkannte<sup>106</sup> Umweltschutzvereinigungen können – ohne Geltendmachung der Verletzung einer drittschützenden Norm – gegen die förmliche Genehmigung von Anlagen klagen, soweit die Genehmigung ihren satzungsgemäßen Aufgabenbereich berührt und die Vereinigung während des Genehmigungsverfahrens Einwendungen vorgebracht hat<sup>107</sup>. Insoweit wird entsprechenden Verbände auch ein Klagerecht gegen Genehmigungen von Windenergieanlagen eingeräumt. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass aufgrund von Entwicklungen auf europäischer Ebene jüngst eine Novelle des UmwRG verabschiedet wurde, die zu einer Ausweitung der Klagemöglichkeiten von Umweltverbänden führt und die Angreifbarkeit u. a. von Windenergieprojekten möglicherweise nochmals erhöhen wird. Derzeit setzt das Klagerecht von anerkannten Umweltvereinigungen voraus, dass diese einen Widerspruch zwischen umweltschützenden Rechtsvorschriften und erteilter Genehmigung sowie eine Betroffenheit in ihrem satzungsmäßigen Aufgabenbereich der Förderung von Umweltschutzziele geltend macht und dass sich die Vereinigung am Genehmigungsverfahren beteiligt hat<sup>108</sup>. Das novellierte UmwRG sieht nun eine Ausweitung der Rechtsschutzmöglichkeiten von Umweltvereinigungen insofern vor, als dass künftig auch Verfahrensfehler in der Umweltverträglichkeitsprüfung rügefähig sein sollen, zudem soll die Darlegungslast für die fehlende Entscheidungserheblichkeit von Verfahrensfehlern zukünftig bei der Behörde liegen<sup>109</sup>. Das normative Risiko für Windprojektierer beklagt zu werden, dürfte dadurch steigen.

### 4. Verkürzung der Anfechtungsfrist durch Genehmigung im förmlichen Verfahren

Fällt ein Projekt grundsätzlich in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens, hat der Antragsteller dennoch die Wahl, die geplante Anlage im förmlichen Verfahren genehmi-

---

*worden war. Diese Vorgänge hätten dem Antragsteller Veranlassung sein müssen, darauf zu schließen, dass eine Genehmigung erteilt worden sein muss (...)*“.

<sup>106</sup> Die Anerkennung richtet sich nach § 3 UmwRG.

<sup>107</sup> § 2 Abs. 1 i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 2 Abs. 3 UmwRG.

<sup>108</sup> § 2 UmwRG.

<sup>109</sup> Siehe die Gesetzesinitiative der Bundesregierung in BT-Drs. 18/5927 vom 07.09.2015, die am 15.10.2015 abschließend im Bundestag behandelt wurde; zum Gang der Beratung auch im Bundesrat siehe den Vorgangsa-blauf, abrufbar unter

[http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/bt?rp=http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/searchProcedures/simple\\_search.do?nummer=18/5927%26method=Suchen%26wahlperiode=%26herausgeber=BT](http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/bt?rp=http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/searchProcedures/simple_search.do?nummer=18/5927%26method=Suchen%26wahlperiode=%26herausgeber=BT). Neben dieser punktuellen Änderung strebt das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit eine große Novelle des UmwRG und anderer Vorschriften zur Anpassung an europa- und völkerrechtliche Bestimmungen an, über die sich die zuständigen Ressorts seit März 2015 abstimmen, siehe *Sangenstedt*, Neues vom Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG), Vortrag im Rahmen der Tagung „Der Rechtsschutz im Umweltrecht in der Praxis“ am 9. und 10. Juli 2015 in Berlin, abrufbar unter <http://www.ufu.de/media/content/files/Fachgebiete/Umweltrecht/Umweltverbandsklage/Dr.%20Christof%20Sangenstedt%2C%20Matthias%20Sauer%20-%20Neues%20vom%20Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz%20%28UmwRG%29%2C%20Powerpoint.pdf>.

gen zu lassen, um die vorteilhaften Rechtswirkungen eines förmlichen Verfahrens<sup>110</sup> herbeizuführen:

- Höherer Grad an Rechtssicherheit (Geltung der Monatsfrist ab Zustellung),
- Kreis möglicher Kläger eingeschränkt und bekannt (Präklusion von Einwendungen) und
- frühzeitige Erkennbarkeit und Fassbarkeit möglicher Klageansätze (Erörterungstermin).

So besteht bspw. die einzige Möglichkeit des Projektierers, die Widerspruchs- bzw. Klagefrist von einem Jahr auf einen Monat zu verkürzen, darin, bei der Genehmigungsbehörde nach § 19 Abs. 3 BImSchG die Durchführung eines förmlichen Verfahrens ausdrücklich zu beantragen. Die Geltendmachung des Rechtsanspruchs auf Durchführung eines förmlichen Verfahrens bietet sich insbesondere in Fällen an, in denen mit einer Vielzahl von Einwendungen bzw. Widersprüchen zu rechnen ist, da die Geltendmachung des Anspruchs dazu führt, dass mit Ablauf der Einwendungsfrist alle Einwendungen gegen die Genehmigungserteilung ausgeschlossen sind, die nicht auf besonderen privatrechtlichen Titels beruhen<sup>111</sup>.

Der Antrag auf Durchführung des förmlichen Verfahrens ist gleichzeitig mit dem Genehmigungsantrag zu stellen<sup>112</sup>; ein späterer Wechsel in das förmliche Verfahren ist nicht mehr möglich<sup>113</sup>. Anschließend gelten die Vorschriften und Rechtswirkungen des förmlichen Verfahrens. Lehnt die Behörde die beantragte Durchführung eines förmlichen Verfahrens ab, kann der Antragsteller dagegen mit der Verpflichtungsklage vorgehen<sup>114</sup>.

## 5. Einstweiliger Rechtsschutz und Vollziehbarkeit der Genehmigung

Die Tatsache, dass eine Genehmigung fristgemäß angefochten wurde, heißt aber nicht zwingend, dass eine angefochtene Genehmigung nicht vollziehbar wäre.

Ein Verwaltungsakt wird vollzogen, wenn durch die Handlung eines Privaten rechtliche oder tatsächliche Folgerungen aus ihm gezogen werden, die auf die Verwirklichung seines jeweiligen Inhalts gerichtet sind<sup>115</sup>. Möchte ein Dritter den Vollzug – hier die Errichtung der genehmigten Windenergieanlagen – verhindern, muss er Widerspruch bzw. Anfechtungsklage einlegen, denn diese entfalten eine sog. aufschiebende Wirkung<sup>116</sup>. Aufschiebende Wirkung bedeutet, dass sich der Verwaltungsakt vorläufig, bis zur Entscheidung über den Widerspruch bzw. die Anfechtungsklage, in einer Art Schwebezustand befindet und vom Genehmi-

---

<sup>110</sup> Ruppel, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 2, Rn. 8, 11 ff.

<sup>111</sup> Sog. Präklusion von Einwendungen nach § 10 Abs. 3 BImSchG; siehe auch Ruppel, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 2, Rn. 12.; Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 19, Rn. 9.

<sup>112</sup> § 3 S.2 der 9. BImSchV.

<sup>113</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Kommentar Umweltrecht, Bd. II, 76. EL 2015, § 19 BImSchG, Rn. 46 f., der die praktische Bedeutung des § 19 Abs. 3 BImSchG bisher noch als „*verhältnismäßig gering*“ einstuft.

<sup>114</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 19, Rn. 21.

<sup>115</sup> Puttler, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 4. Auflage 2014, § 80, Rn. 39.

<sup>116</sup> § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

gungsinhaber nicht verwirklicht werden darf<sup>117</sup>. Die Genehmigung verliert ihre Vollzugsfähigkeit. Mit anderen Worten darf der Anlagenbetreiber von der Genehmigung zunächst keinen Gebrauch mehr machen und ggf. angefangene Arbeiten sind einzustellen<sup>118</sup>.

Um trotz einer Drittanfechtung vollziehen zu können, kann der Genehmigungsinhaber bei der Behörde aber einen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung stellen<sup>119</sup>. Diesen Antrag kann er – quasi vorsorglich – auch schon vor Erteilung der Genehmigung stellen<sup>120</sup>, etwa zusammen mit seinem Genehmigungsantrag. Dies ist besonders dann zu empfehlen, wenn – wie bei Windenergieprojekten üblich – mit der Einlegung von Rechtsbehelfen durch Dritte von vornherein zu rechnen ist. Beurteilt die Behörde das Vollzugsinteresse der Genehmigung positiv – etwa weil sie dem eingelegten Rechtsbehelf keine Erfolgsaussichten einräumt – ordnet sie die sofortige Vollziehung an<sup>121</sup>.

Der Dritte, der den Rechtsbehelf eingelegt hat, kann dann bei der Behörde einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung stellen<sup>122</sup> oder – da dies für ihn in der Regel wenig erfolgsversprechend sein dürfte – im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eine gerichtliche Überprüfung der Behördenentscheidung herbeiführen<sup>123</sup>. Das Verwaltungsgericht prüft dann die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Behörde und stellt ggf. eine eigene Interesseabwägung an, um die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen oder aber die sofortige Vollziehung aufrechtzuerhalten<sup>124</sup>.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann aber auch direkt durch das Gericht erfolgen<sup>125</sup>, das in einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage u.a. die Erfolgsaussichten der Drittanfechtung in der Hauptsache prüft: Kommt das Gericht zu der Auffassung, dass die Drittanfechtungsklage in der Hauptsache voraussichtlich keinen Erfolg haben wird, ordnet es regelmäßig die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung an<sup>126</sup>. Gegen alle Beschlüsse des Verwaltungsgerichts im einstweiligen Rechtsschutz kann Beschwerde zum OVG eingelegt werden<sup>127</sup>.

Auf diese Weise kann es also BImSchG-Genehmigungen geben, die zwar von Dritten angefochten worden sind, aber aufgrund eines erfolgreichen Antrags des Genehmigungsinhabers

---

<sup>117</sup> *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 4.Auflage 2014, § 80, Rn. 34.

<sup>118</sup> *Jarass*, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 6, Rn. 53.

<sup>119</sup> § 80a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.

<sup>120</sup> *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 4. Auflage 2014, § 80a, Rn. 9.

<sup>121</sup> Siehe *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 4. Auflage 2014, § 80a, Rn. 10: „Je geringer die Erfolgswahrscheinlichkeit des Rechtsbehelfs in der Hauptsache, desto geringer ist auch das Interesse des Belasteten zu werten.“

<sup>122</sup> § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO.

<sup>123</sup> § 80a Abs. 3 VwGO.

<sup>124</sup> Siehe im Einzelnen *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 4. Auflage 2014, § 80a, Rn. 27 ff.

<sup>125</sup> § 80a Abs. 3 VwGO. Umstritten ist in der Literatur freilich noch immer, ob man vorher (erfolglos) einen Antrag bei der Behörde stellen muss; zum Streitstand ausführlich und im Ergebnis ablehnend *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 4.Auflage 2014, § 80a, Rn. 16 ff.

<sup>126</sup> *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 4.Auflage 2014, § 80a, Rn. 27 ff..

<sup>127</sup> § 146 Abs.4 VwGO.

auf sofortige Vollziehung gleichwohl bis zur Entscheidung in der Hauptsache vollziehbar sind. In diesen Fällen darf der Genehmigungsinhaber trotz Drittanfechtung weiterbauen. Stellt der Genehmigungsinhaber hingegen keinen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung oder bleibt dieser letztlich erfolglos, ist die angefochtene Genehmigung weiterhin nicht vollziehbar. Der Investor darf die Genehmigung nicht ausnutzen und muss mit der Realisierung des genehmigten Vorhabens bis zur Entscheidung in der Hauptsache zuwarten, was – zumal, wenn es in die zweite Instanz geht – mehrere Jahre dauern kann. Die mit dem Zuschlag der Förderung verbundene Realisierungsfrist, wie sie das Eckpunktepapier vorsieht, wird er dann schlechterdings nicht einhalten können.

## **D. Das Verhältnis der Verfahren auf Anlagengenehmigung und auf Erteilung der finanziellen Förderung**

Werden die Vorschläge des Eckpunktepapiers umgesetzt, müssen Projektierer zukünftig vor ihrer Bewerbung im Ausschreibungsverfahren das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren durchlaufen. Im Erfolgsfall hält der Bewerber am Ende eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die regelmäßig befristet erteilt wird, deren Fristsetzung aber im Fall der Anfechtung durch Dritte in der Regel seitens der Behörde verlängert werden muss.

Demgegenüber steht die Förderzusage der im Ausschreibungsverfahren erfolgreichen Projektierer, die im Fall der Nichteinhaltung der vorgeschlagenen Realisierungsfrist verloren geht. Dabei gelten die Realisierungsfristen nach dem Eckpunktepapier als starr: Eine Verlängerung ist bisher nicht vorgesehen – auch nicht für Fälle, in denen Dritte das Projekt anfechten und die Verzögerung daher nicht aus der Risikosphäre des Projektierers stammt<sup>128</sup>.

### **I. Koordinierungsbedarf**

Wie oben bereits erwähnt, lässt das Eckpunktepapier des BMWi offen, ob die für die Teilnahme am Förderverfahren vorzulegende Genehmigung nach BImSchG bestandskräftig sein muss. Damit verlagert sich das Projektrisiko auf den potentiellen Bewerber.

Wartet er die Bestandskraft der Genehmigung ab, verpasst er möglicherweise eine Ausschreibungsrunde – im Falle einer tatsächlichen Klage gegen sein Projekt angesichts der Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren auch mehrere – und damit die Chance, sich einen Anspruch auf finanzielle Förderung zu sichern. Durch ein Zuwarten risikoscheuer Bewerber würde sich zudem das Teilnehmerfeld verkleinern, so dass sich auch der Wettbewerbsdruck

---

<sup>128</sup> Vgl. auch *Kleemann et al.*, Ausschreibungen für erneuerbare Energien, Wissenschaftliche Empfehlungen (Juli 2015), S. 35 f., die eine Differenzierung bei den Pönalen wegen „zusätzlichem administrativen Prüfungsaufwand für die ausschreibende Stelle, Umgehungsgefahren und hoher Rechtsunsicherheit sowie Prozessrisiken für beide Seiten“ ablehnen.

verringerte und damit die Preisstruktur, denn ohne entsprechenden Wettbewerb treten keine Knappheitspreise auf. Außerdem entsteht dann auch bereits vor der Teilnahme an der Ausschreibung das Risiko, ggf. aus nur strategischen Gründen beklagt zu werden. Im schlimmsten Fall kann der Projektierer auch nach einer erfolgreich abgewehrten Klage seine Genehmigung nicht mehr sinnvoll nutzen, da die genehmigten Windenergieanlagen aufgrund eines möglicherweise mehrjährigen Klageverfahrens durch die Instanzen nicht mehr dem Stand der Technik entsprechen und damit ein Gebot aufgrund der schlechteren Wirtschaftlichkeit erheblich verringerte Aussichten auf Erfolg haben würde.

Bewirbt der Genehmigungsinhaber sich hingegen mit einer anfechtbaren immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren, läuft er Gefahr, dass Dritte die Genehmigung anfechten und der Rechtsstreit die Einhaltung der vorgeschlagenen Realisierungsfristen vereitelt, so dass Pönalen fällig werden bzw. der Förderanspruch untergeht. Ist die Genehmigung nach BImSchG bei Vorlage im Gebotsverfahren noch nicht bestandskräftig, kann sie – wie eben gesehen – je nach Lauf der Anfechtungsfrist während des Ausschreibungsverfahrens und auch noch danach von Dritten angegriffen werden. Stellt der Projektierer insoweit keinen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung oder bleibt dieser erfolglos, kann die Verzögerung des Baubeginns oder schlimmstenfalls die Nichtumsetzung des Vorhabens innerhalb der vom BMWi vorgeschlagenen Fristen zur Realisierung des Projektes zu empfindlichen finanziellen Einbußen des Bewerbers führen, ohne dass ihn hierfür ein Verschulden träfe. In Abhängigkeit von der Höhe der Pönale könnte dieser Umstand zu einer Abschreckung potentieller Bieter führen und der Entwicklung von Wettbewerb in den Ausschreibungsrunden schaden, wenn deshalb weniger Bieter an der Auktion teilnehmen als es Genehmigungsinhaber gibt.

## **II. Keine Koordinierungspflicht**

Kann diese Konstellation durch das BImSchG hinreichend adressiert werden? Wohl kaum. Das BImSchG statuiert zwar ein Koordinierungsgebot, das die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde in den Fällen, in denen neben der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung noch verwaltungsrechtliche Zulassungen nach anderen Fachgesetzen vorgeschrieben sind, zu einer vollständigen Koordination und Abstimmung mit anderen Genehmigungsbehörden im Zulassungsverfahren sowie im Rahmen der Inhalts- und Nebenbestimmungen verpflichtet<sup>129</sup>. So verlangt das Koordinierungsgebot etwa, das fachgesetzlich geforderte Verfahren zeitlich parallel bzw. mit hinreichender Überlappung zum immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren durchzuführen und beide Verfahren vollständig inhalt-

---

<sup>129</sup> § 10 Abs. 5 Satz 2 BImSchG; näher *Jarass*, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 10, Rn. 48 ff. sowie *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar Band II, 76. EL 2015, § 10 BImSchG, Rn. 103 ff.).

lich aufeinander abzustimmen<sup>130</sup>. Der Anwendungsbereich des Koordinierungsgrundsatzes erstreckt sich dabei auch auf Zulassungsverfahren für die Errichtung und den Betrieb der immissionsschutzrechtlich relevanten Anlage nach anderen Gesetzen, soweit diese nicht bereits vom Konzentrationswirkung<sup>131</sup> des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens erfasst werden und das konkurrierende Verfahren nicht seinerseits die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einschließt<sup>132</sup>.

Damit verpflichtet das Koordinierungsprinzip aber gerade nicht zur Koordination und Abstimmung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens und des Ausschreibungsverfahrens zur Erlangung der finanziellen Förderung. Hat der Projektierer die Genehmigung nach BImSchG erwirkt, bestehen keine weitergehenden Genehmigungs- oder Zulassungserfordernisse in Bezug auf Errichtung und Betrieb der Anlage. Ob der Investor das Projekt mit oder ohne finanzielle Förderung errichtet, steht ihm frei. Allerdings hat der Gesetzgeber anerkannt, dass der Betrieb solcher Anlagen derzeit ohne finanzielle Förderung nicht rentabel ist und hat daher das Verfahren zur Ausschreibung der finanziellen Förderung eingerichtet. Ob sich aus diesem energiepolitischen und im Gesetz ausgedrückten Wunsch nach Zubau erneuerbarer Energien und Klimaschutz jedoch ein Anspruch auf Verfahrenskoordination herleiten lässt, erscheint aufgrund der Wortlautgrenze des § 10 Abs. 5 S. 2 BImSchG, die sich auf die „Zulassung nach anderen Gesetzen“ beschränkt, mehr als zweifelhaft.

Von einer Koordinierungsaufgabe der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde im Verhältnis zum Ausschreibungsverfahren bzw. zur Einhaltung eines zeitlichen Gleichlaufs der zu koordinierenden Verfahren kann somit nicht ausgegangen werden.

## **E. Lösungsansätze zur Risikominimierung**

Nachdem festgestellt wurde, dass zwar ein Bedarf zur Koordinierung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens und des Ausschreibungsverfahrens besteht, aber kein die Genehmigungsbehörde bindendes Koordinierungsgebot hergeleitet werden kann, fragt sich, welche Maßnahmen Projektierer ergreifen können, um ihr Risiko im Rahmen der skizzierten Rechtslage zu minimieren, und v.a. welche Lösungsansätze de lege ferenda für das „EEG 3.0“ geeignet sind, einen möglichst hohen Abstimmungsgrad der Verfahren herzustellen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und eine abschließende Bewertung kommen dafür etwa folgende Optionen in Betracht, die im Folgenden kurz vorgestellt und bewertet werden sollen:

---

<sup>130</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 10, Rn. 51 ff.; Schoppen, in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen (Hrsg.), Grundriss zum Energierecht, 2. Auflage 2015, Kap. 25, Rn. 41.

<sup>131</sup> § 13 BImSchG.

<sup>132</sup> Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Auflage 2015, § 10, Rn. 49.

## I. Abwarten der Bestandskraft und Wahl des förmlichen Verfahrens

Zunächst könnte der Projektierer die Bestandskraft der BImSchG-Genehmigung abwarten, bevor er an einer Ausschreibungsrunde teilnimmt. Dann hätte er nach Zuschlagserteilung die Sicherheit, nicht mehr beklagt zu werden und fristgerecht realisieren zu können. Zur Verkürzung der Zeit, während der seine Genehmigung angefochten werden kann, könnte er zudem – schon vorsorglich beim Stellen des Genehmigungsantrags – das förmliche Genehmigungsverfahren wählen.

Die Durchführung eines förmlichen Verfahrens erhöht nämlich die Rechtssicherheit gegenüber dem vereinfachten Verfahren erheblich. Das förmliche Verfahren dauert zwar länger und stellt sowohl für die Behörde als auch für den Antragsteller einen höheren Aufwand dar, die Zustellung der anschließenden Entscheidung an Dritte bzw. deren Ersetzung durch eine öffentliche Bekanntmachung führen jedoch dazu, dass der Beginn der Anfechtungsfrist eindeutig feststeht und die Frist bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit des Genehmigungsbescheides lediglich einen Monat beträgt. Dadurch verringert sich die Zeit der Unsicherheit für den Projektierer, in der er mit einer Drittanfechtung rechnen muss<sup>133</sup>. Wird während dieses Monats Widerspruch eingelegt oder Klage erhoben, aber auf Antrag des Projektierers gleichwohl die sofortige Vollziehung der Genehmigung angeordnet, kann er das eigene Risiko bzgl. der Umsetzung der Investitionsmaßnahme besser einschätzen<sup>134</sup>. In der Theorie sprechen folglich die Vorteile des förmlichen Verfahrens für die Ausübung des Anspruchs des Projektierers auf Genehmigung im förmlichen Verfahren.

In der Praxis stellt sich jedoch die Frage, ob die personelle Ausstattung der Behörden auch tatsächlich einen Wechsel der Antragsteller in das förmliche Verfahren zulässt. Falls zukünftig alle Projektierer auch von Vorhaben mit weniger als 20 Windenergieanlagen oder ohne UVP-Pflicht faktisch angehalten sind, ein förmliches Verfahren anzustreben, würde dies einen erheblichen administrativen Mehraufwand erfordern, der gesetzlich derart bisher nicht vorgesehen ist und sich heute angesichts des vereinfachten Verfahrens als überwiegend genutztem Verfahrenstypus auch nicht in der Personalausstattung und im Verwaltungsablauf der Genehmigungsbehörden widerspiegelt. Insoweit könnten die Behörden auf das Verlangen des Projektierers, ins förmliche Verfahren zu gehen, mit einer strukturellen Zurückhaltung reagieren, die die für Projekte unverzichtbare konstruktive Zusammenarbeit zwischen Antragsteller und Genehmigungsbehörde bereits vor Beginn des Genehmigungsverfahrens beeinträchtigen könnte. Zudem könnte es zu einer nicht nur marginalen Erhöhung der Verfahrensdauer kommen. Hier wäre daher jedenfalls noch zu klären, ob und unter welchen Zeitvorgaben die Genehmigungsbehörden in der Rechtswirklichkeit tatsächlich in der Lage sind, eine deutlich höhere Anzahl an förmlichen Verfahren durchzuführen.

Zudem werden auch im Fall der Wahl des förmlichen Verfahrens die grundsätzlichen Schwierigkeiten nicht gelöst. Durch ein Zuwarten auf den Eintritt der Bestandskraft könnte zu stra-

---

<sup>133</sup> Ruppel, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, Kap. 2, Rn. 13.

<sup>134</sup> Ruppel, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen 2015, Kap. 2, Rn. 13.

tegisch motivierten Klagen seitens Dritter geradezu eingeladen werden. Darüber hinaus stellt die Wartezeit verlorene Zeit dar: Während der Monatsfrist könnte der Projektierer ggf. bereits an der aktuellen Ausschreibungsrunde teilnehmen oder nur auf zusätzliches eigenes Risiko mit der Anlagenerrichtung beginnen. Jedenfalls erschiene es konzeptionell widersprüchlich, wenn das gesetzlich festgelegte Ausschreibungsdesign ausdrücklich keine Bestandskraft der BImSchG-Genehmigung fordert, über die Ausgestaltung der Realisierungsfristen aber faktisch dazu führt, das die Bieter die Bestandskraft gleichwohl abwarten müssen.

## **II. Erneute Teilnahme am Ausschreibungsverfahren**

Bei der Gestaltung des Ausschreibungsdesigns könnte man auch in Betracht ziehen, Projektierer wiederholt am Ausschreibungsverfahren teilnehmen zu lassen.

Das Eckpunktepapier sieht insoweit die Durchführung von drei bis vier Ausschreibungsrunden pro Jahr vor, um eine kontinuierliche Projektentwicklung zu ermöglichen und lange Wartezeiten nach Genehmigungserteilung zu vermeiden<sup>135</sup>. Um diese Kontinuität und Investitionssicherheit zu gewährleisten, sollen Bieter, die in einer Runde keinen Zuschlag erhalten, auch kurzfristig an der nächsten Auktion teilnehmen können<sup>136</sup>. Ergänzend könnte man Investoren, die nach Einholung der BImSchG-Genehmigung einen Zuschlag im Ausschreibungsverfahren erhalten, im Anschluss aber außer Stande sind, die Realisierungsfristen für das Vorhaben einzuhalten, die Möglichkeit eröffnen, nach Verlängerung der BImSchG-Genehmigung erneut am Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. Die erneute Zulassung des gleichen Projekts würde zumindest die Wahrscheinlichkeit erhöhen, die geplante Zubau- menge einzuhalten, wenn auch mit zeitlicher Verzögerung.

Gegen die erneute Teilnahmemöglichkeit spricht jedoch, dass die genehmigten Projekte während des Abwartens der nächstmöglichen Ausschreibungsrunde aufgrund der Ungewissheit über die Förderzusage vermutlich nicht vorangetrieben würden. Auch ist fraglich, ob das Projekt in der ursprünglichen Gestalt nach mehreren Jahren in einer späteren Ausschreibungsrunde gegen zeitnäher geplante und kalkulierte Konkurrenzprojekte überhaupt noch einigermaßen erfolversprechend bestehen könnte. Dies umso mehr, wenn man erneut die Leistung einer Sicherheitspönale verlangen würde. Zudem könnte die Möglichkeit einer erneuten Teilnahme am Ausschreibungsverfahren durch das faktische Entstehen einer strukturell angelegten Wartezeit das Risiko rein strategisch motivierter Drittanfechtungen erhöhen.

---

<sup>135</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 8.

<sup>136</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – Eckpunktepapier (Stand Juli 2015), S. 9.



### III. Fristhemmung

In Anlehnung an die Regelungen des Baurechts könnte man im Ausschreibungsdesign eine Fristhemmung für den Fall vorsehen, dass außerhalb der Risikosphäre des Genehmigungsinhabers liegende Ereignisse, wie etwa eine Klageerhebung, die Fristwahrung vereiteln.

Baugenehmigungen, die keiner individuellen behördlichen Befristung unterliegen, erlöschen nämlich nach den Landesbauordnungen in der Regel, wenn nicht innerhalb von zwei bis vier Jahren nach Erteilung der Genehmigung mit der Ausführung des Projekts begonnen wurde. Eine Verlängerung dieser Frist um bis zu zwei Jahre ist grundsätzlich auf Antrag des Bauherren, der vor Ablauf der gesetzlichen Frist bei der Bauaufsichtsbehörde gestellt wird, möglich. Die Entscheidung über die Verlängerung der Geltungsdauer einer Baugenehmigung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Hat sich die Sach- und Rechtslage jedoch seit der Erteilung der Genehmigung nicht verändert, dürfte die Behörde zur Verlängerung verpflichtet sein<sup>137</sup>.

In Hessen etwa erlischt eine ungenutzte Baugenehmigung nach drei Jahren<sup>138</sup>. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass diese Erlöschensfrist gehemmt wird, wenn der Bauherr durch nicht aus seiner Risikosphäre stammende Ereignisse oder Umstände an der Ausführung des genehmigten Bauvorhabens gehindert wird<sup>139</sup>. Die Hemmung der Frist bewirkt, dass die Zeit, während der der Fristablauf gehemmt ist, auf die Dreijahresfrist nicht angerechnet wird<sup>140</sup>. Wird die Baugenehmigung etwa von einem Dritten angegriffen, und die aufschiebende Wirkung der Drittanfechtung aufgrund der im Baurecht gesetzlich angeordneten sofortigen Vollziehbarkeit<sup>141</sup> erst durch die Behörde oder das Gericht angeordnet, so wird der Lauf der Erlöschensfrist gehemmt<sup>142</sup>. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage des Dritten hindert den Bauherrn von Gesetzes wegen<sup>143</sup> an der Ausnutzung seiner Genehmigung. Dieser Umstand fällt nicht in die Risikosphäre des Genehmigungsinhabers und soll ihm deshalb auch nicht zum Nachteil gereichen.

In Bayern hat die Hemmung der Erlöschensfrist im Fall der Erhebung von Anfechtungsklagen Dritter sogar Eingang in den Gesetzestext der Landesbauordnung gefunden<sup>144</sup>. Demnach hemmt die Einlegung eines Rechtsbehelfs den Lauf der Geltungsfrist der Baugenehmigung bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit der Genehmigung. Der Zeitraum, während dem der Lauf der Frist gehemmt ist, wird nicht in die Geltungsfrist eingerechnet, so dass die Geltungs-

---

<sup>137</sup> Siehe oben C. II. 2. und BayVGH, ZUR 2009, 499, 3. Leitsatz: „Eine Ermessensreduzierung auf Null kommt regelmäßig dann in Betracht, wenn es dem Genehmigungsinhaber aufgrund der aufschiebenden Wirkung des von einem Dritten eingelegten Rechtsmittels unmöglich war, den Betrieb der Anlage fortzuführen.“

<sup>138</sup> § 64 Abs. 7 Satz 1 Hessische Bauordnung.

<sup>139</sup> Hornmann, in: ders. (Hrsg.), HBO Kommentar, 2. Auflage 2011, § 64, Rn. 142.

<sup>140</sup> Hornmann, in: ders. (Hrsg.), HBO Kommentar, 2. Auflage 2011, § 64, Rn. 142 m. w. N.

<sup>141</sup> § 212a BauGB.

<sup>142</sup> Hornmann, in: ders. (Hrsg.), HBO Kommentar, 2. Auflage 2011, § 64, Rn. 143.

<sup>143</sup> § 80 a VwGO.

<sup>144</sup> Art. § 69 Abs. 1, 2. HS Bayerische Bauordnung.

frist bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit nicht weiterläuft<sup>145</sup>. Der Zweck der Regelung besteht darin, den Projektierer nicht mittelbar durch einen drohenden Fristablauf dazu zu drängen, mit der Bauausführung zu beginnen, obwohl eine Drittanfechtung schwebt und das Risiko besteht, im Fall des Unterliegens die realisierten Anlagenteile wieder abbauen zu müssen.<sup>146</sup> Die befristete Geltungsdauer soll bewirken, dass die Vereinbarkeit eines Vorhabens mit den gesetzlichen Bestimmungen einer erneuten Prüfung unterzogen wird, wenn seit der Genehmigungserteilung eine bestimmte Zeitspanne verstrichen ist, ohne dass der Bauherr mit der Ausführung begonnen hat<sup>147</sup>. Diese Regelung läuft jedoch leer, wenn die Baugenehmigung aufgrund einer Drittanfechtung noch keine Bestandskraft erreichte, sondern sich vielmehr „noch im Kontrollbereich der Behörde“<sup>148</sup> befindet. Die Geltungsfrist einer Baugenehmigung wird jedoch nicht unterbrochen, wenn ein Rechtsbehelf unstatthaft oder offensichtlich unzulässig ist<sup>149</sup>. Im Allgemeinen zielt das gesetzliche Erlöschen der Baugenehmigung<sup>150</sup> auf Fälle ab, in denen ein Bauherr die Verwirklichung seines Projektes aus Gründen unterlässt, die allein in seiner Risikosphäre liegen<sup>151</sup>. Umgekehrt soll die Baugenehmigung nicht erlöschen, wenn außerhalb des Einwirkungsbereichs des Bauherrn liegende Umstände einer Ausnutzung der Genehmigung entgegenstehen<sup>152</sup>. Wirtschaftliche Überlegungen, die den Bauherrn von der Umsetzung eines Vorhabens abhalten, zählen jedoch nicht zu den außerhalb seiner Person liegenden Hindernissen, so dass die Geltungsdauer der Genehmigung nicht gehemmt wird<sup>153</sup>.

Bei einer Übernahme des aus dem Baurecht entlehnten Modells der Fristhemmung in das Ausschreibungsdesign wäre freilich zu prüfen, wie sich dies auf den tatsächlichen Realisierungszeitraum, das Erreichen des Zielkorridors und die Administrierbarkeit der Ausschreibungen auswirken würde:

Um den Ausnahmecharakter einer Fristhemmung und die grundsätzliche Geltung Regelfrist für die Realisierung zu unterstreichen, könnte man etwa nach vollzugsfähigen und nicht vollzugsfähigen Genehmigungen differenzieren. Sollte eine angefochtene Genehmigung (trotz entsprechender Anträge auf sofortige Vollziehbarkeit) nicht vollziehbar sein, könnte die Fristhemmung für den Genehmigungsinhaber jedenfalls eine naheliegende Möglichkeit sein, die gerichtliche Entscheidung abzuwarten ohne den Förderzuschlag wieder zu verlieren.

Hingegen wären Inhaber von vollziehbaren Genehmigungen, die trotz der ausstehenden Entscheidung des Gerichtes in der Hauptsache tatsächlich schon ihre Anlagen errichten dürfen, prima facie weniger stark auf eine Hemmung der Realisierungsfrist angewiesen. Aller-

---

<sup>145</sup> Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung Kommentar, 120. EL 2015, Art. 69, Rn. 50.

<sup>146</sup> Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung Kommentar, 120. EL 2015, Art. 69, Rn. 53.

<sup>147</sup> Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung Kommentar, 120. EL 2015, Art. 69, Rn. 53.

<sup>148</sup> Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung Kommentar, 120. EL 2015, Art. 69, Rn. 53.

<sup>149</sup> Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung Kommentar, 120. EL 2015, Art. 69, Rn. 53.

<sup>150</sup> Art. 69 Abs. 1 Bayerische Bauordnung.

<sup>151</sup> Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung Kommentar, 120. EL 2015, Art. 69, Rn. 61.

<sup>152</sup> Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung Kommentar, 120. EL 2015, Art. 69, Rn. 61 m. w. N.

<sup>153</sup> Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung Kommentar, 120. EL 2015, Art. 69, Rn. 63 m. w. N.

dings könnten sie mit der Inanspruchnahme einer Hemmung die mit den gestuften Bauabschnitten einhergehenden Investitionsentscheidungen jeweils besser abschätzen und insbesondere sich abzeichnende Entwicklungen und Rechtsauffassungen des Hauptsacheverfahrens besser einbeziehen, wie dies schon bisher üblich ist. Die einzelnen Bauabschnitte bzw. Investitionsentscheidungen wären dann nicht primär durch die Einhaltung der Realisierungsfrist getrieben, sondern könnten sich – wie bisher – zeitlich stärker an den genuinen Risiken der Drittanfechtung ausrichten.

Daneben könnte auch eine einfachere Administrierbarkeit dafür sprechen, die Hemmung sowohl vollziehbaren als auch nicht vollziehbaren Projekten zu ermöglichen. Dann müsste die Bundesnetzagentur (BNetzA), als die Behörde, die die Einhaltung der Realisierungsfrist vermutlich überwachen wird, an dieser Stelle nicht nach verschiedenen Fallgruppen differenzieren und der Nachweis für die Inanspruchnahme der Fristhemmung ließe sich einheitlich auf das Kriterium der Drittanfechtung konzentrieren.

#### **IV. Gleichlauf der Verlängerung von BImSchG-Genehmigung und Förderzuschlag**

Schließlich liegt es nahe, die Wertungen des Gesetzgebers in Bezug auf die Fristen zur Nutzung der BImSchG-Genehmigungen auch auf die Realisierungsfristen der zukünftigen EEG-Ausschreibungen anzuwenden<sup>154</sup>. Beiden Konstellationen liegt der identische Sachverhalt zu Grunde, dass der Staat ein Recht gewährt und für dessen Ausnutzung eine Frist setzt. Während der Gesetzgeber im Falle des BImSchG aber auf Drittanfechtungen derart reagiert, dass er die Frist verlängert und den Rechteinhaber damit nicht schlechter stellt als ohne Drittanfechtung, fehlt diese Konsequenz bisher in dem vom BMWi vorgeschlagenen Design für die zukünftigen Ausschreibungen.

Da insoweit aber keine Pflicht der Immissionsschutzbehörde und der BNetzA als Herrin der Ausschreibungsverfahren zur Koordinierung des Genehmigungsverfahrens und des Ausschreibungsverfahrens besteht, fragt sich, wie die Regime der Realisierungsfristen in beiden Verfahren so aufeinander abgestimmt werden könnten, dass die Projektrealisierung im Ergebnis nicht durch die Trennung der jeweiligen Kompetenzen beeinträchtigt wird.

Ein weitgehender Gleichlauf könnte erreicht werden, wenn mit erfolgter Verlängerung der BImSchG-Genehmigung gleichzeitig ein Anspruch auf Verlängerung des Förderzuschlags entsteht. Kann der Genehmigungsinhaber innerhalb der ihm in der BImSchG-Genehmigung vorgegebenen Frist wegen einer Drittanfechtung nicht realisieren, ist er immissionsschutzrechtlich faktisch ohnehin gezwungen, bei seiner Genehmigungsbehörde eine Verlängerung zu beantragen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Genehmigungsbehörde einen Fristverlängerungsantrag grundsätzlich restriktiv prüft und somit eine ernsthafte behördliche Kontrolle

---

<sup>154</sup> Siehe *Agatz*, Thesenpapier: Braucht man bei Annahme der BImSchG-Genehmigung als Präqualifikation noch zusätzlich Pönalen?, MKULNV NRW, Juni 2015, nicht veröffentlicht, S. 4.

stattfindet, die verhindert, dass durch reines Eigenverschulden verzögerte Projekte einen weiteren zeitlichen Realisierungsaufschub bekommen. Bei dem daran anknüpfenden Anspruch auf Verlängerung der Förderzusage müsste also durch die BNetzA keine erneute Sachprüfung auf Seiten des EEG stattfinden und auch ein spezifischer und schwer zu fassender Verschuldensmaßstab für Verzögerungen wäre im Ausschreibungsdesign nicht erforderlich.

Auch hier wäre – wie schon beim Instrument der Fristhemmung – zu überlegen, ob es sinnvoll erscheint, zwischen beklagten Projekten, die aufgrund der aufschiebenden Wirkung nicht vollziehbar sind, und solchen, bei denen der Projektierer die Vollziehbarkeit behördlich und/oder gerichtlich durchgesetzt hat, zu differenzieren. Die oben aufgeführten Argumente sind hier entsprechend zu werten. Insbesondere spräche auch hier die leichtere Administrierbarkeit gegen eine Differenzierung nach vollziehbaren und nicht vollziehbaren Genehmigungen.

Hinsichtlich der Umsetzung des Vorschlags sind dann nämlich mit vergleichsweise geringem administrativem Zusatzaufwand aufseiten der BNetzA zwei Varianten vorstellbar:

Zum einen wäre es denkbar, die Verlängerungsentscheidung der Genehmigungsbehörde nach BImSchG von Amts wegen an die BNetzA weiterzuleiten und ggf. mit einer automatischen (Echtzeit-)Verlängerung des Förderzuschlags zu verknüpfen.

Zum anderen könnte man die Übermittlung der verlängerten BImSchG-Genehmigung an die BNetzA in Verbindung mit einem Antrag auf Verlängerung des Förderzuschlags in das Benehmen des Projektierers stellen. Da bereits die Verlängerung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nur auf Antrag des Projektierers erfolgt, spräche nichts dagegen, auch die Verlängerung der Förderzusage in die Verantwortung des Investors zu stellen. Der erfolgreiche Bieter hätte dann bei erfolgter Verlängerung der BImSchG-Genehmigung einen gesetzlichen Anspruch auf gleichlaufende Verlängerung der Realisierungsfrist im „EEG 3.0“, müsste diesen Anspruch mit einem Antrag an die BNetzA geltend machen und die Voraussetzung etwa durch Vorlage (einer Kopie) des Verlängerungsbescheides der BImSchG-Behörde nachweisen.

In beiden Fällen hätte die BNetzA jedenfalls einen vollständigen Überblick über den Umfang der bezuschlagten Projekte mit verlängerter Realisierungsfrist und – im Gegensatz zur Hemmung – projektscharf jeweils auch ein konkretes Datum für das Ende der verlängerten Frist. Das heißt, sie müsste die zeitlichen Korridore für die tatsächliche Realisierung auch der beklagten bezuschlagten Projekte gut einschätzen können und kann dies auch bei der Festsetzung der Volumina der jeweiligen Ausschreibungsrunden berücksichtigen, sofern dies das Ausschreibungsdesign vorsieht.

## F. Fazit

Mit Einführung des „EEG 3.0“ entsteht ein neuer Koordinierungsbedarf zwischen den Realisierungsfristen in den Genehmigungen nach BImSchG und denen des Ausschreibungsverfahrens, der insbesondere durch das Risiko von Drittanfechtungen gegen die Genehmigung geprägt wird. Eine gegenseitige Koordinierungspflicht der beteiligten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde bzw. der BNetzA existiert jedoch bisher nicht und ist aufgrund der unterschiedlichen Kompetenzordnung auch nur schwer vorstellbar. Damit obliegt die Minimierung des Risikos der nicht rechtzeitigen Realisierung – etwa in Folge einer Drittanfechtung der Genehmigung – dem Projektierer selbst bzw. dem zukünftigen gesetzlichen Ausschreibungsdesign.

Letztlich muss der Gesetzgeber im Rahmen des „EEG 3.0“ für die Realisierungsfristen der Windenergie an Land einen Mittelweg finden zwischen der Erzielung bestmöglicher Knappheitspreise durch ein möglichst großes Bieterfeld, das auch Projekte mit BImSchG-Genehmigungen umfasst, die noch nicht bestandkräftig sind und auch nach Zuschlagserteilung noch angefochten werden können, und einer möglichst hohen und v.a. fristgemäßen Realisierungsquote der bezuschlagten Mengen. Steht Letzteres im Vordergrund, wäre es naheliegend, wenn bei Eintritt in das Ausschreibungsverfahren möglichst nur Projekte zum Zuge kommen, bei denen das Risiko, beklagt zu werden, durch ein Abwarten der Bestandskraft der BImSchG-Genehmigung faktisch schon ausgeschlossen ist. Allerdings erschiene es konzeptionell widersprüchlich, wenn das gesetzlich festgelegte Ausschreibungsdesign ausdrücklich keine Bestandskraft der BImSchG-Genehmigung fordert, über die Ausgestaltung der Realisierungsfristen aber faktisch dazu führt, dass die Bieter die Bestandskraft gleichwohl abwarten müssen.

Um erfolgreichen Bietern während der Realisierungsfrist einen zumutbaren Umgang mit dem Drittanfechtungsrisiko zu ermöglichen, schlägt das vorliegende Diskussionspapier daher eine ausdrückliche Adressierung des Problems im künftigen Ausschreibungsdesign vor und hält insbesondere zwei Optionen für sachgemäß:

- Die Einführung einer dem Baurecht entlehnten Fristhemmung bei Anfechtung der BImSchG-Genehmigung oder
- die Herstellung eines Gleichlaufs der Fristen durch Einführung eines Verlängerungsanspruchs für Förderzusagen, wenn auch die BImSchG-Genehmigung verlängert wurde.

Im Sinne einer möglichst schlanken Administrierbarkeit und der besseren Beurteilungsfähigkeit der Risiken von einzelnen Bauabschnitten und Investitionsentscheidungen müsste insoweit auch nicht zwischen vollziehbaren und nicht vollziehbaren Genehmigungen unterschieden werden.

Gegenüber der Fristhemmung hätte die Option eines Gleichlaufs der Realisierungsfristen in EEG und BImSchG den Vorteil, dass die BNetzA keine eigene Sachprüfung anstellen müsste,

sondern die schon getroffene und sorgfältig geprüfte Fristverlängerungsentscheidung der BImSchG-Behörde faktisch eins zu eins übernehmen könnte. Der BNetzA würde in diesem Fall projektscharf jeweils auch ein konkretes Datum für das Ende der verlängerten Frist vorliegen. Das heißt, sie könnte die zeitlichen Korridore für die tatsächliche Realisierung der bezuschlagten, aber beklagten Projekte gut einschätzen und dies – sofern gewollt – auch bei der Festsetzung der Volumina künftiger Ausschreibungsrunden berücksichtigen. Im Ergebnis dürfte dies die faktischen Risiken der Projektrealisierung realitätsnah adressieren und durch die eingeräumte Flexibilität auch das tatsächliche Effektivitätspotenzial des neuen „EEG 3.0“ erhöhen.