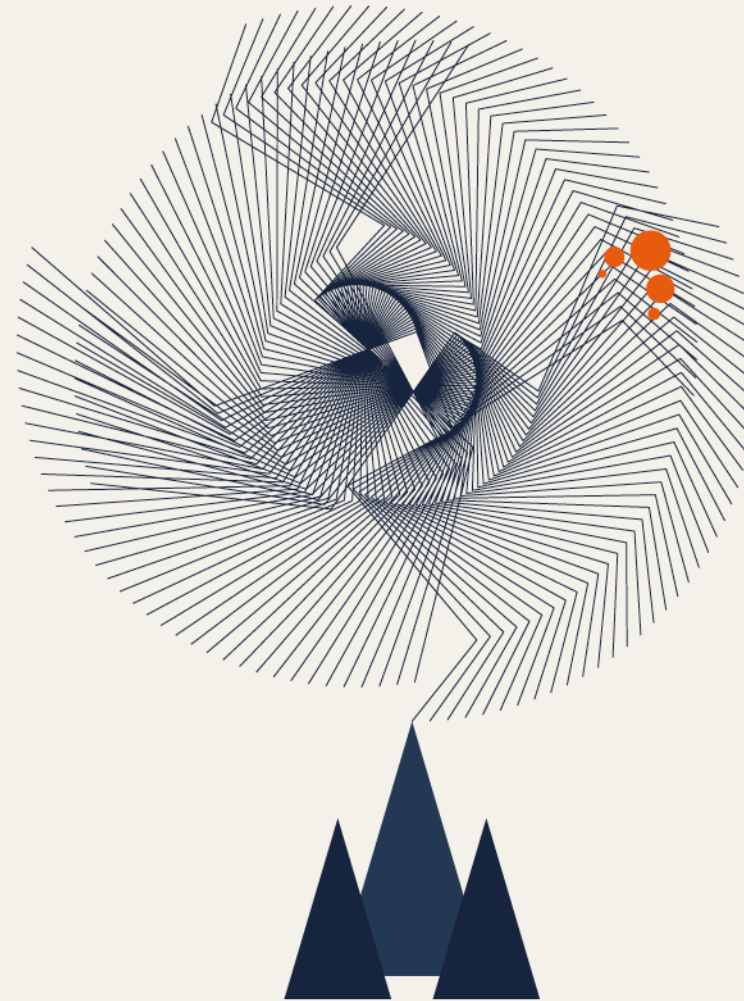


/ Die typenunabhängige BImSch- Genehmigung

Ein Zukunftsmodell für die Windenergie?

RAin Katharina Luther

Noerr LLP



Alicante
Berlin
Bratislava
Brüssel
Budapest
Bukarest
Dresden
Düsseldorf
Frankfurt/M.
Hamburg
London
Moskau
München
New York
Prag
Warschau

noerr.com

Noerr

/ Ablauf

- I. Ausgangssituation
- II. Die typenunabhängige Genehmigung
- III. Mögliche Problemkreise
- IV. Vorgaben des BImSchG und der 9. BImSchV
- V. Vorgaben in konzentrierten Entscheidungen
- VI. Das Bestimmtheitsgebot
- VII. Konkurrenzsituationen
- VIII. Ausschreibung nach dem EEG 2017
- IX. Vergleich mit der Windenergie auf See

/ Ausgangssituation

- Bereits im Genehmigungsantrag wird ein bestimmter Anlagentyp (Hersteller und Modell) angegeben
- Der Anlagentyp wird auch in dem späteren Genehmigungsbescheid bezeichnet
- Die Rechtsprechung ist hinsichtlich der Anforderungen an eine nachträgliche Änderung des Anlagentyps nicht einheitlich:
 - Zum Teil wird eine **Neugenehmigung** gefordert (§ 4 BImSchG) (vgl. OVG Münster, Urteil v. 25.02.2015, Az. 8 A 959/10)
 - Nach überwiegender Auffassung wird in Abhängigkeit von den anlagenbedingten Auswirkungen, eine **Änderungsanzeige** (§ 15 Abs. 1 BImSchG) (so z.B. VGH München, Beschluss v. 11.08.2016, Az. 22 CS 16.1052) oder eine **Änderungsgenehmigung** (§ 16 BImSchG) (OVG Koblenz, Urteil v. 03.08.2016, Az. 8 A 10377/16) verlangt.

/ Ausgangssituation

*„ Isoliert betrachtet stellt sich das Vorhaben, anstelle der zuvor genehmigten sieben Windenergieanlagen vom Typ EnerconE 66/18.70 (Rotordurchmesser 70 m, Nennleistung 1800 kW) nunmehr jeweils einen anderen, leistungsoptimierten Anlagentyp (Enercon E 70 E-4, Rotordurchmesser 71 m, 2000 kW) zu errichten, allerdings **nicht als Änderung, sondern als Neuerrichtung** dar. Der Ersatz von alten Windenergieanlagen durch leistungsstärkere neuere Anlagen richtet sich nach denselben rechtlichen Regeln wie die Neuerrichtung von Anlagen. Denn mit der Beseitigung einer alten Anlage erlischt deren Bestandsschutz. **Nichts anderes kann gelten, wenn die zunächst genehmigten Anlagen - wie hier - nie errichtet worden sind.** In beiden Fällen geht es um die Errichtung eines neuen und anders gearteten, von der bisherigen Genehmigung nicht umfassten Anlagentyps, der regelmäßig nur als Ganzes unter Verzicht auf die Realisierung der zuvor genehmigten Anlagen - und nicht im Wege einer Änderung derselben - errichtet werden kann.“*

(OVG Münster, Urteil v. 25.02.2015, Az. 8 A 959/10, Rn. 113 ff.-juris)

/ Ausgangssituation

*„Das Verwaltungsgericht ist in den angefochtenen Beschlüssen davon ausgegangen, dass erhebliche nachteilige Auswirkungen schon deshalb zu besorgen sind, weil der Antragsteller nicht nur einzelne Anlagenteile ändern, sondern eine gänzlich andere Anlage errichten will. **Es kann jedoch hier nicht ohne weiteres von der Änderung des Anlagentyps auf das Vorliegen einer wesentlichen Änderung geschlossen werden.** (...) Hier ist aufgrund des vorliegenden Kenntnisstands davon auszugehen, dass durch die Typänderung keine Schallimmissionen hervorgerufen werden, die sich nicht im Rahmen des nach den Genehmigungsbescheiden vom 17. November 2014 zulässigen Maßes halten würden. Demnach liegt jedenfalls gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 BImSchG keine genehmigungsbedürftige wesentliche Änderung vor.“*

(VGH München, Beschluss v. 11.08.2016, Az. 22 CS 16.1052, Rn. 41-juris)

/ Ausgangssituation

*„Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BImSchG liegt eine wesentliche – und damit genehmigungs- und nicht bloß nach § 15 BImSchG anzeigepflichtige – Änderung vor, wenn durch die Änderung (der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs) der Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein können. (...) Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist ein Genehmigungsverfahren immer bereits dann notwendig, wenn durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können; die bloße Möglichkeit solcher Auswirkungen reicht somit aus. Derart wesentliche Auswirkungen sind **regelmäßig bei** Verschiebungen des Standorts und **der Änderung des Anlagentyps von Windenergieanlagen** zu erwarten.“*

(OVG Koblenz, Urteil v. 03.08.2016, Az. 8 A 10377/16, Rn. 54 f. –juris)

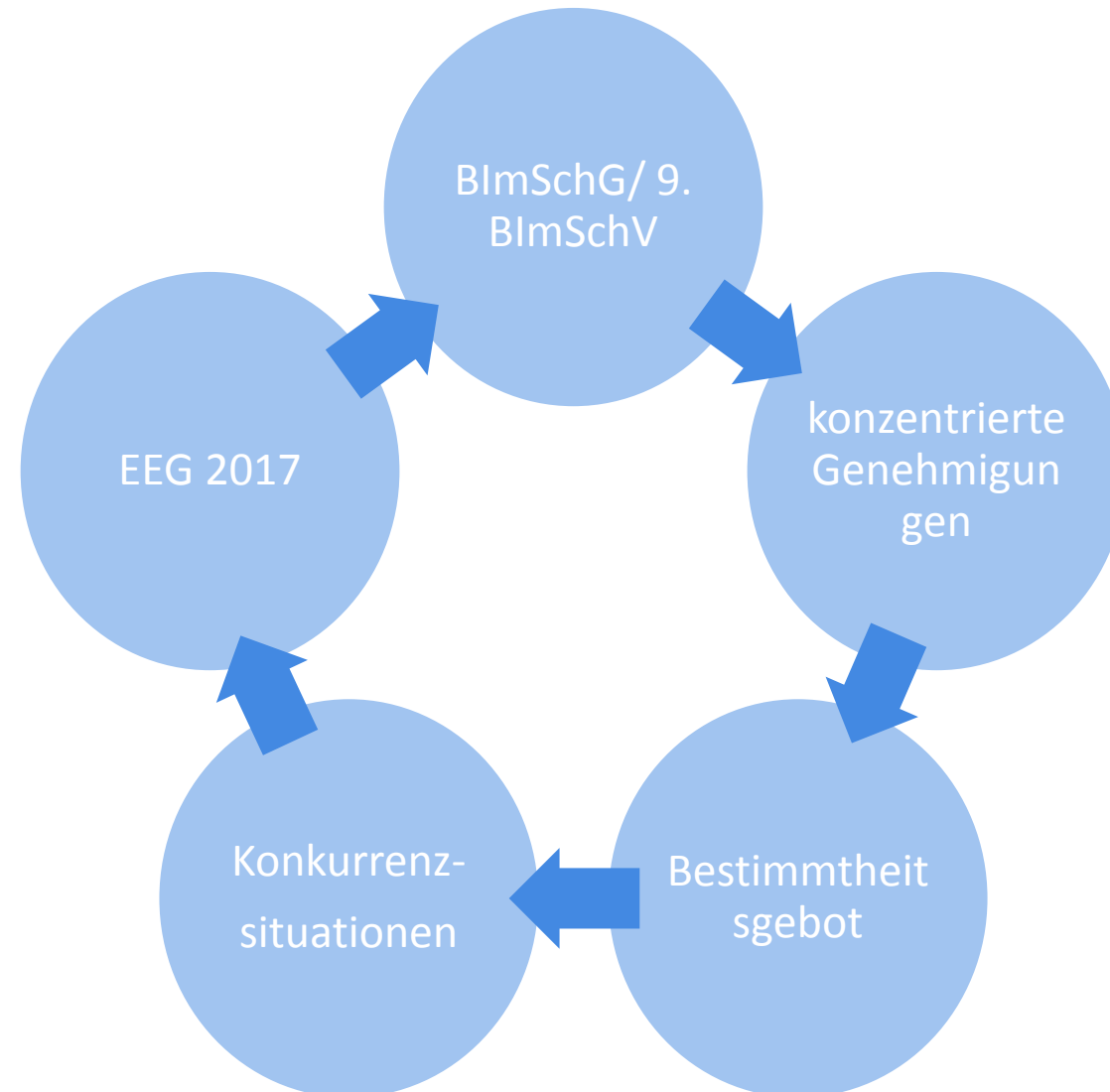
/ Ausgangssituation

- Probleme im Zusammenhang mit der frühen Festlegung auf einen Anlagentyp:
 - Die frühe Festlegung auf einen Anlagentyp lässt dem Projektentwickler wenig Raum, flexibel auf sich im Laufe des Genehmigungsverfahrens abzeichnende technische Änderungen/Fortschritte zu reagieren
 - Entsprechendes gilt für die Phase zwischen Genehmigungserteilung und Baubeginn
 - Bei einer späteren Änderung des Anlagentyps könnte nach § 36f EEG 2017 der Zuschlag entfallen
 - Notwendigkeit EU-konformer Ausschreibungen bei kommunaler Beteiligung an Windparkprojekten vor Festlegung auf einen bestimmten Anlagentyp
- Am 30.06.2017 hat die ABO Wind einen typenunabhängigen Genehmigungsantrag für einen Windpark beim Regierungspräsidium Kassel eingereicht. Soweit ersichtlich, wurde über diesen Antrag bislang nicht entschieden.

/ Die typenunabhängige Genehmigung

- Die typenunabhängige Genehmigung würde (zunächst) keinen bestimmten Anlagentyp enthalten
- Es würde vielmehr ein bestimmter Rahmen genehmigt (z.B. bzgl. der zulässigen Gesamthöhe, der zulässigen Schallimmissionen etc.)
- Die Beurteilung der von dem Vorhaben zu erwartenden Auswirkungen würde auf Grundlage einer „worst-case“ Betrachtung erfolgen
- Die Festlegung auf einen bestimmten Anlagentyp, der sich in dem genehmigten Rahmen bewegt, würde erst nach Genehmigungserteilung, allerdings vor Ausnutzung der Genehmigung stattfinden
- Nach der Festlegung auf einen bestimmten Anlagentyp bezieht sich die Genehmigung nur noch auf diesen Anlagentyp

/ Mögliche Problemkreise



/ Vorgaben des BImSchG und der 9. BImSchV

- Das BImSchG regelt nicht, was Inhalt einer Genehmigung zu sein hat.
- Gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 der 9. BImSchV muss der Genehmigungsbescheid „die genaue Bezeichnung des Genehmigungsgegenstandes einschließlich des Standorts der Anlage sowie den Bericht über den Ausgangszustand“ enthalten.
- Für die Bezeichnung des Genehmigungsgegenstandes ist es in der Praxis üblich, auf die Genehmigungsunterlagen Bezug zu nehmen und diese damit zum Inhalt des Genehmigungsbescheids zu machen.
- Vorgaben zu den erforderlichen Genehmigungsunterlagen finden sich in § 3 und § 4a der 9. BImSchV. Eine genaue Typenbezeichnung wird hier nicht gefordert.
- Auch für andere genehmigungspflichtige Anlagen ist es nicht die Regel, dass ein genauer Anlagentyp bezeichnet wird. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb für Windenergieanlagen etwas anderes gelten soll.

/ Vorgaben des BImSchG und der 9. BImSchV

- Für die grundsätzliche Zulässigkeit einer typeunabhängigen Genehmigung sprechen auch die folgenden Regelungen:

- **§ 12 Abs. 2a BImSchG:**

„Die Genehmigung kann mit Einverständnis des Antragstellers mit dem Vorbehalt nachträglicher Auflagen erteilt werden, soweit hierdurch hinreichend bestimmte, in der Genehmigung bereits allgemein festgelegte Anforderungen an die Errichtung oder den Betrieb der Anlage in einem Zeitpunkt nach Erteilung der Genehmigung näher festgelegt werden sollen. Dies gilt unter den Voraussetzungen des Satzes 1 auch für den Fall, dass eine beteiligte Behörde sich nicht rechtzeitig äußert.“

- Die Präzisierung der Genehmigung erfolgt insoweit erst nachträglich.
- Voraussetzung ist jedoch, dass die Anlage dem Grunde nach genehmigungsfähig ist.

/ Vorgaben des BImSchG und der 9. BImSchV

➤ § 7 Abs. 1 S. 5 9. BImSchV:

„Die Behörde kann zulassen, dass Unterlagen, deren Einzelheiten für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage als solcher nicht unmittelbar von Bedeutung sind, insbesondere den Bericht über den Ausgangszustand nach § 10 Absatz 1a BImSchG, bis zum Beginn der Errichtung oder der Inbetriebnahme der Anlage nachgereicht werden können.“

➤ § 6 Abs. 2 BImSchG:

„Bei Anlagen, die unterschiedlichen Betriebsweisen dienen oder in denen unterschiedliche Stoffe eingesetzt werden (Mehrzweck- oder Vielstoffanlagen), ist die Genehmigung auf Antrag auf die unterschiedlichen Betriebsweisen und Stoffe zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen nach Absatz 1 für alle erfassten Betriebsweisen und Stoffe erfüllt sind.“

- Voraussetzung ist, dass die Genehmigungsfähigkeit für alle Stoffe und Betriebsweisen gegeben ist
- In der Literatur ist anerkannt, dass sich diese Möglichkeit nicht nur auf Mehrzweck- und Vielstoffanlagen beschränkt, sondern auch für andere Alternativentscheidungen besteht

/ Vorgaben in konzentrierten Entscheidungen

- Nach § 13 BImSchG schließt die BImSch-Genehmigung andere, die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein (Konzentrationswirkung).
- Das Genehmigungsverfahren ist insofern mit einem umfassenden materiellen Prüfungsmaßstab ausgestattet.
- Konzentriert werden insbesondere die folgenden Entscheidungen:
 - Straßenrechtliche Genehmigungen
 - Waldumwandlungsgenehmigung
 - Genehmigungen nach dem LuftVG
 - Naturschutzrechtliche Entscheidungen
 - Baugenehmigungen

/ Vorgaben in konzentrierten Entscheidungen

- Auch die konzentrierten Entscheidungen erfordern keine konkrete Typbezeichnung (z.B. in Bauvorlageerlassen/Bauvorlagenverordnungen).
- Relevant ist vielmehr die Absehbarkeit und Bestimmbarkeit der zu erwartenden Auswirkungen und deren zu erwartender Umfang. Hier ist nach dem worst-case Prinzip zu verfahren.
- Das naturschutzrechtliche Minimierungsgebot zwingt nicht dazu, unter mehreren möglichen Planungsalternativen die ökologisch günstigste zu wählen. Dieses zielt vielmehr darauf ab, aus dem Kreis der mit einem Eingriff definitionsgemäß verbundenen erheblichen oder nachhaltigen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft diejenigen zu unterlassen, die vermeidbar sind (vgl. z.B. BVerwG, Urteil v. 16.12.2004, Az. 7 B 7/14).
- Soweit anlagenspezifische Unterlagen erforderlich sind (z.B. die Typenprüfung bzgl. der Standsicherheit) kann mit aufschiebenden Bedingungen in dem Genehmigungsbescheid gearbeitet werden.
- Eine weitere Möglichkeit ist die Vereinbarung eines Auflagenvorbehalts nach § 12 Abs. 2a BImSchG.

/ Das Bestimmtheitsgebot

- Gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein.
- Dies erfordert, dass Reichweite und Umfang des Vorhabens unzweideutig zu erkennen sind, damit der Bauherr den Umfang der für ihn legalen Nutzung und Drittbetroffene das Maß der für sie aus der Genehmigung erwachsenden Betroffenheit zweifelsfrei feststellen können.
- Das VG Düsseldorf hat mit Urteil vom 26.03.2009 (Az. 11 K 1794/07) eine Baugenehmigung für zwei WEA u.a. wegen der fehlenden Typenbezeichnung für zu unbestimmt erachtet.

„Die streitgegenständliche Baugenehmigung (...) ist unbestimmt. Es fehlt bereits die genaue Typenbezeichnung der Windenergieanlagen und die Festlegung der Standorte der beiden Windkraftanlagen. Ebenso fehlt jede Regelung zum zulässigen Anlagenbetrieb. Aus dem (einseitigen) Bauschein selbst ergibt sich lediglich, dass 2 Windenergieanlagen des Typs Enercon E-66 in der Gemarkung G1, Flurstücke .../717 errichtet werden sollen. Die Typenbezeichnung ist unbestimmt, da es 3 Anlagen des Typs Enercon E-66, nämlich: E-66/15.66, E-66/18.70 und E-66/20.70 mit unterschiedlichem Rotordurchmesser und unterschiedlicher Nennleistung gibt.“

/ Das Bestimmtheitsgebot

- Diese Problematik stellt sich jedoch bei der offenen Genehmigung nicht gleichermaßen, da ein bestimmter Rahmen genehmigt wird, mit dessen Ausschöpfung ein etwaig Drittbetroffener zu rechnen hat.
- (P) Für Drittbetroffene könnte es schwieriger sein, ihre Betroffenheit zu bestimmen, wenn sie bspw. nur im oberen Bereich des genehmigten Rahmens betroffen wären, nicht jedoch im unteren.
 - Die maximal mögliche Auswirkung ist ebenfalls mitgenehmigt und somit Bestandteil des verfügenden Teils der Genehmigung (worst-case).
 - Der hinreichenden Bestimmtheit steht es nicht entgegen, dass der Antragsteller ggf. hinter dem maximal Genehmigten zurückbleibt. Es besteht kein Anspruch auf Ausschöpfung des genehmigten Rahmens.
 - Soweit nach Erhebung der Klage eine Festlegung auf einen Anlagentyp erfolgt, bei dem keine Betroffenheit besteht, erledigt sich die Klage nachträglich. Gemäß § 161 Abs. 2 S. 1 VwGO ergeht die Kostenentscheidung in diesem Fall unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes.

/ Konkurrenzsituationen

- (P) Dem Antragsteller wird die Möglichkeit eröffnet, mit seiner Genehmigung das verfügbare Emissionskontingent auszuschöpfen, auch wenn er es schlussendlich nicht benötigt.
- (P) Notwendig einzuhaltende Abstandsflächen wegen Turbulenzen können sich bei bestimmten Anlagentypen vergrößern.
- Damit kann Wettbewerbern die Möglichkeit genommen werden, weitere Anlagengenehmigungen zu erhalten.
- Dieser Einwand trägt nicht, soweit durch entsprechende Regelungen im Genehmigungsbescheid sichergestellt wird, dass ein nicht benötigtes Kontingent Flächen nach Festlegung auf einen bestimmten Anlagentyp wieder verfügbar wird.
- Der Umstand, dass das Kontingent/die Fläche bis zur Festlegung auf einen bestimmten Anlagentyp nicht zur Verfügung steht, führt nicht zur Rechtswidrigkeit der typunabhängigen Genehmigung. Das BImSchG schützt nicht vor Konkurrenz durch andere Antragsteller.

/ Konkurrenzsituationen

- Es gilt der Prioritätsgrundsatz

„Im Grundsatz geht der Senat bei der Frage, in welcher Reihenfolge planerisch bereits verfestigte Projekte in die Summationsbetrachtung einzubeziehen sind, in ständiger Rechtsprechung von dem "Prioritätsprinzip" aus und stellt für die zeitliche Reihenfolge auf den Zeitpunkt der Einreichung eines prüffähigen, d.h. vollständigen Genehmigungsantrages ab.“

(OVG Münster, Urteil v. 20.07.2017, Az. 8 B 396/17, Rn. 11-juris)

- (!) Der Vorrang eines Vorhabens entfällt bei wesentlichen Änderungen des zuerst beantragten Vorhabens

„Indes ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass der Vorrang zugunsten der zuerst beantragten bzw. genehmigten Anlage entfällt, sobald dieses erste Vorhaben später wesentlich geändert wird. Gründe der Chancengleichheit und der Vermeidung von Umgehungen des Prioritätsgrundsatzes verlangen hier eine neue Reihung der konkurrierenden Vorhabenträger.“

(OVG Koblenz, Urteil v. 03.08.2016, Az. 8 A 10377/16, Rn. 51-juris)

/ Ausschreibung nach dem EEG 2017

- Gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 müssen WEA an Land, auf die sich das Gebot bezieht, mit den erforderlichen Daten drei Wochen vor dem Gebotstermin als genehmigt an das Register gemeldet worden sein.
- Die für die Meldung erforderlichen Daten ergeben sich aus der Anlage zur Marktstammdatenregisterverordnung (MaStRV).
- Angaben zum Hersteller und zum Anlagentyp sind danach nur bei bereits in Betrieb genommenen Anlagen erforderlich.
- Erforderlich sind indes Angaben zu der Nabhöhe des Horizontalläufers, dem Rotordurchmesser sowie der Höhe des Vertikalläufers.
- Grundsätzlich dürfte jedoch nichts dagegen sprechen, hier den genehmigten Rahmen anzugeben und die Registrierung nach der endgültigen Festlegung zu ändern.
- Sinn und Zweck des § 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 ist es, Transparenz bezüglich der Wettbewerbssituation zu schaffen (BT-Drs. 18/8860, S. 206). Hierfür dürften genaue anlagespezifische Angaben nicht erforderlich sein (ggf. Abstimmung mit BNetzA).

/ Vergleich mit der Windenergie auf See

- Im Bereich der Offshore-Windenergie entspricht es der gängigen Praxis, dass der Anlagentyp nicht bereits im Planfeststellungsbeschluss festgelegt wird.
- Auch in den hier maßgeblichen Regelungen zum Planfeststellungsverfahren gibt es keine ausdrückliche Regelung, die eine solche Praxis zulässt.
- Gemäß § 73 Abs. 1 S. 1 VwVfG hat der Vorhabenträger der Anhörungsbehörde „den Plan“ einzureichen. Nach Satz 2 besteht der Plan aus Zeichnungen und Erläuterungen, die das Vorhaben, seinen Anlass und die von den Vorhaben betroffenen Grundstücke und Anlagen erkennen lassen.
- § 47 Abs. 1 WindseeG ergänzt § 73 Abs. 1 S. 1 VwVfG in Bezug auf die notwendigen Unterlagen.
- Eine Typenbezeichnung wird hier nicht gefordert. Der Plan muss indes eine solche Detailschärfe haben, dass er sowohl im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung seiner Anstoßfunktion gerecht wird als auch für die Behörde inhaltlich feststellungsfähig sein.

/ Vergleich mit der Windenergie auf See

- Mit Urteil vom 12.06.2014 (Az. 19 K 504/12) hat das VG Hamburg entschieden, dass die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Offshore-Windparks nicht wegen einer fehlenden Typenbezeichnung unbestimmt ist. Der Bestimmtheit werde durch die Nebenbestimmung hinreichend Rechnung getragen, wonach der Anlagentyp mit seinen konkreten Spezifikationen rechtzeitig vor Errichtung nach verbindlicher Festlegung zu benennen ist.

„Ist nicht von den einzelnen WEA, sondern von der Windfarm auszugehen (vgl. vorstehend aa)), bestehen gegen die Bestimmtheit der von der Beklagten an die Beigeladene erteilten Genehmigung unter dem hier allein maßgeblichen Gesichtspunkt des Drittschutzes keine Bedenken. (...) Nach Ziff. 1 des Bescheides (BA S. 3) ist Gegenstand der Genehmigung die Errichtung von xx WEA, deren technische Eckdaten - einschließlich einer Nennleistung von jeweils 5 bis 7 Megawatt - die Nebenbestimmung Ziff. 6.3 regelt (BA S. 7). (...) Der angefochtene Bescheid sorgt (...) bereits durch seine Nebenbestimmungen für eine Konkretisierung. Nach Ziff. 6.3 ist der Anlagentyp mit seinen konkreten Spezifikationen rechtzeitig vor Errichtung nach verbindlicher Festlegung zu benennen.(...).“

/ Vergleich mit der Windenergie auf See

- WEA auf See sind erst mit der am 31.01.2012 in Kraft getretenen Fassung der Seeanlagenverordnung planfeststellungsbedürftig geworden.
- Zuvor wurden sie in einem Verfahren nach der Seeanlagenverordnung genehmigt, das deutliche Parallelen zum BImSch-Verfahren aufwies.
- Auch im Rahmen diese Genehmigungsverfahrens wurde keine Festlegung auf einen bestimmten Anlagentyp verlangt.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Katharina Luther

Rechtsanwältin
Senior Associate

+49 69 971477446
katharina.luther@noerr.com

Kompetenzen

- Energierecht
- Öffentliches Baurecht
- Umweltrecht
- Projektentwicklung

Werdegang

- Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz
- Referendariat am OLG Hamburg
- Seit 2014 bei Noerr

Sprachen

- Deutsch
- Englisch
- Spanisch