

Aktuelle Rechtsfragen nach Erteilung der Genehmigung nach dem BImSchG

27. Windenergietage 2018 in Linstow

Kurzprofil BBH



Becker Büttner Held gibt es seit 1991. Bei uns arbeiten Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater – sowie Ingenieure, Berater und weitere Experten in unserer BBH Consulting AG. Wir betreuen über 3.000 Mandanten und sind die führende Kanzlei für die Energie- und Infrastrukturwirtschaft.

BBH ist bekannt als „die“ Stadtwerke-Kanzlei. Wir sind aber auch viel mehr. In Deutschland und auch in Europa. Die dezentralen Versorger, die Industrie, Verkehrsunternehmen, Investoren sowie die Politik, z.B. die Europäische Kommission, die Bundesregierung, die Bundesländer und die öffentlichen Körperschaften schätzen BBH.

- ▶ rund 250 Berufsträger, rund 550 Mitarbeiter
- ▶ Büros in Berlin, München, Köln, Hamburg, Stuttgart und Brüssel

Stefan Lepke



Herr Lepke befasst sich mit dem Recht der Erneuerbaren Energien und berät Anlagenbetreiber bei der Umsetzung von Vorhaben in den Bereichen Windenergie und Photovoltaik.

- ▶ Studium der Rechtswissenschaften in Kiel
- ▶ Masterstudium an der University of London
- ▶ Rechtsanwalt seit 2006; Legal Counsel für einen Zusammenschluss technischer Sachverständiger für Erneuerbare Energien von 2007 bis 2010
- ▶ Rechtsanwalt bei Kuhbier Rechtsanwälte (2010 bis 2012)
- ▶ Seit 2013 Rechtsanwalt bei BBH Hamburg
- ▶ Seit 2014 Geschäftsstelle Offshore Forum Windenergie

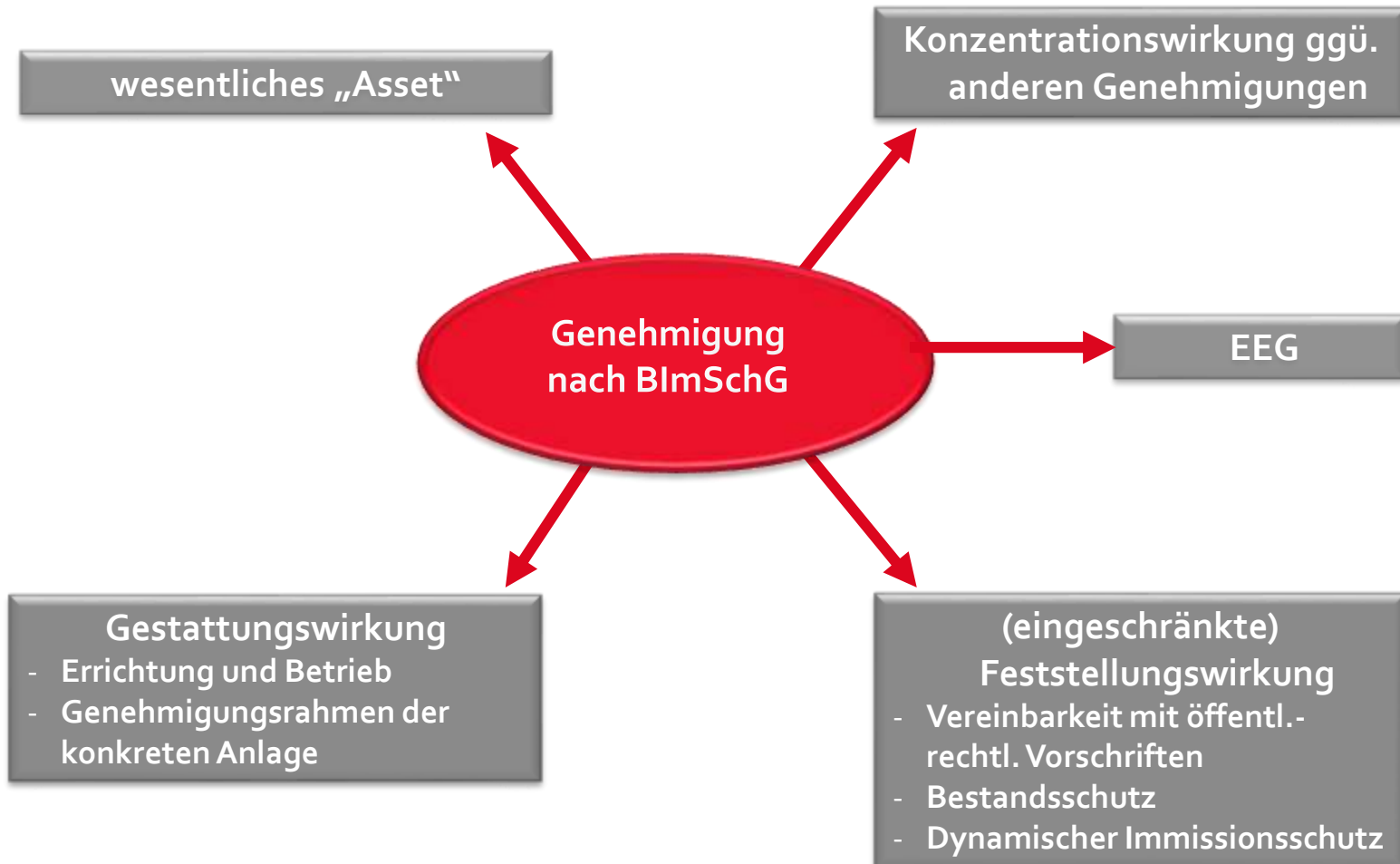
Rechtsanwalt · LL.M. (London) · Counsel

20355 Hamburg · Kaiser-Wilhelm-Str. 93 · Tel +49 (0)40 34 10 69-600 · stefan.lepke@bbh-online.de

Agenda

1. Bedeutung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung
2. Änderungsgenehmigung oder bloße Anzeige? – zum Wechsel des Anlagentyps einer Windanlage
3. Nachträgliche naturschutzrechtliche Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG nach Genehmigungserteilung?

1. Bedeutung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung



2. Änderungsgenehmigung oder bloße Anzeige?

- ▶ Wechsel des Anlagentyps mit und ohne Herstellerwechsel
- ▶ Rechtlicher Ausgangspunkt: Abgrenzung von § 15 zu § 16 BImSchG
zum Teil auch: Neugenehmigung



2.1 § 16 Abs. 1 BImSchG als Abgrenzungsnorm

▶ § 16 Abs. 1 BImSchG:

*„Die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage bedarf der Genehmigung, wenn durch die Änderung **nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können** und diese für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 **erheblich sein** können (**wesentliche Änderung**); [...]. Eine Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn durch die Änderung hervorgerufene nachteilige Auswirkungen offensichtlich gering sind und die Erfüllung der sich aus § 6 Abs.1 Nr. 1 ergebenden Anforderungen sichergestellt ist.“*

2.2 Voraussetzungen einer wesentl. Änderung

- ▶ Wesentliche Änderung, wenn
 1. *Möglichkeit nachteiliger Auswirkungen*
 - Kein sicherer Nachweis erforderlich (Prognose)
 - Aber: Darlegung konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte für die Auswirkungen
 2. *Auf die Schutzgüter nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG*
 - Nur Auswirkungen der Änderung auf immissionsschutzrechtliche Belange: Schall, Schatten, Turbulenzen, etc.
 - Nicht: auf sonstige Belange wie Standfestigkeit, Artenschutz, etc.
 3. *Erheblichkeit der Auswirkungen*
 - Keine bloß geringfügigen Auswirkungen

2.3 BayVGH Beschl. v. 11.08.16 – Sachverhalt

Sachverhalt BayVGH (Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052)

- *Wechsel des ursprünglich genehmigten Anlagentyps bei unveränderten Standorten und unveränderter Anzahl der WEA*
- *Vergleichbare Anlagenparameter*

	<i><u>vormals genehmigter Typ</u></i>	<i><u>neuer Typ</u></i>
Nabenhöhe	140,6 m	135 m
Rotordurchmesser	116,3 m	115,7 m
Gesamthöhe	199 m	195m
Nennleistung	2,4 MW	3 MW
Anzahl	unverändert	unverändert
Schalleistungspegel inkl. Zuschläge	107,1 dB(A) (offen) 103,6 dB(A) (schalloptimiert)	106,9 dB(A) (offen) 103,4 dB(A) (schalloptimiert)

- *Verfahrensgegenstand: Baueinstellung nach Baubeginn auf Basis von Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG*

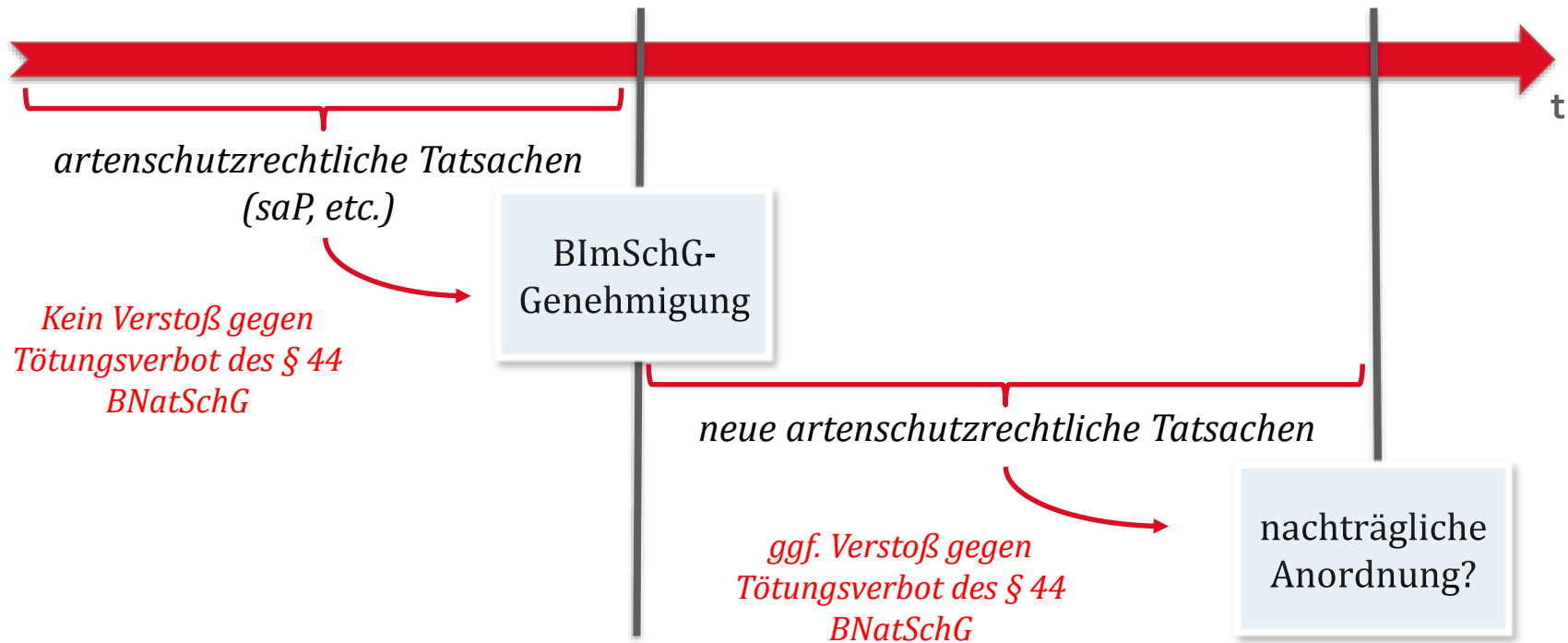
2.4 BayVGH Beschl. v. 11.08.16 – Entscheidung

Entscheidung BayVGH (Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052)

- Erhöhte Nennleistung des geänderten Anlagentyps begründet allein keine Änderungsgenehmigungsbedürftigkeit
- Bei der Prüfung der Änderungsgenehmigungsbedürftigkeit sind **auch weitere der Behörde bekannte Erkenntnisse** über die Auswirkungen eines bestimmten Anlagentyps **zu berücksichtigen**
Hier: behördeninterne Stellungnahme des techn. Immissionsschutzes über Einhaltung der Anforderungen auf Basis der vorgelegten Gutachten
- **Auswirkungen auf den Artenschutz** sind im Rahmen der Frage der Änderungsgenehmigungsbedürftigkeit **nicht zu prüfen**, da der Artenschutz kein Schutzgut im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist
- **Fazit:** Anzeige möglich, jedoch abhängig vom Einzelfall und der standortbezogenen Rechtsprechung

3. Nachträgliche naturschutzrechtliche Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG?

- ▶ Problematik (am Beispiel Artenschutzrecht)



- ▶ Behandlung nach der Genehmigung auftretender neuer oder veränderter artenschutzrechtlicher Tatsachen?

3.1 Beispiel für nachträgliche naturschutzrechtliche Anordnungen

▶ Beispiel

- Nachträgliche Anordnungen für Rotmilan, Schwarzstorch und Wespenbussard

Monat	Vogelart	Jan.	Feb.	März	April	Mai	Juni	Juli	Aug.	Sep.	Okt.	Nov.	Dez.
WEA	Rotmilan					10.05 bis 15.07.							
	Schwarzstorch					01.05. bis 31.07.							
	Wespenbussard							01.07. bis 15.08.					

→ Abschaltung über 3 1/2 Mo. jeweils täglich von 1 h vor Sonnenaufgang bis 1 h nach Sonnenuntergang

- Grundlage der Anordnungen

Rotmilan → *Veränderung in Abstandsvorgaben nach Helgoländer Papier II*

Schwarzstorch → *Lokalisierung des Horsts nachdem dieser zuvor nicht lokalisierbar war und „nur“ als Brutverdacht berücksichtigt wurde*

Wespenbussard → *neue Sichtungen*

- Bestehende Genehmigung bereits mit Betriebseinschränkungen bzw. Auflagenvorbehalten für Wiesenweihe und Fledermäuse versehen
- Folge: ca. 15 % weniger Windertrag pro Jahr

3.2 Rechtsgrundlage für naturschutzrechtliche Anordnungen in § 3 Abs. 2 BNatSchG?

- ▶ Mögliche Rechtsgrundlagen für naturschutzrechtliche Anordnungen
 - Ggfs. Auflagenvorbehalt in BImSchG-Genehmigung
 - § 12 BImSchG gilt nur für Nebenbestimmungen bei Genehmigungserteilung
 - § 17 BImSchG gilt nicht für naturschutzrechtlich veranlasste Anordnungen
 - Sonst: § 3 Abs. 2 BNatSchG als Generalklausel des Naturschutzrechts
so VG Oldenburg Beschl. v. 10.06.2011 – 5 B 1246/11 [sowie hierzu OVG Lüneburg Beschl. v. 25.07.2011 – 4 ME 175/11]

→ Rechtsgrundlage bisher nicht höchstrichterlich geklärt!

- ▶ § 3 Abs. 2 BNatSchG:

„Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden überwachen die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften und treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen, soweit nichts anderes bestimmt ist.“

→ Anordnung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG ≠ Auflage zur Genehmigung

3.3 Verhältnis zwischen nachträglicher Anordnung und bestehender Genehmigung



- ▶ BImSchG-Genehmigung enthält eine Entscheidung über die vom rechtmäßigen Betrieb ausgehenden naturschutzrechtlichen Auswirkungen (Feststellungswirkung)
- ▶ Problem: Aufbruch der Feststellungswirkung der Genehmigung über § 3 Abs. 2 BNatSchG mit der Folge eines auch naturschutzrechtlich (dynamisch) anpassbaren Genehmigungsinhalts?
 - Im Naturschutzrecht existiert keine dem § 17 BImSchG vergleichbare Norm
 - Wortlaut von § 3 Abs. 2 BNatSchG: „[...] soweit nichts anderes bestimmt ist“
 - Artenschutz grundsätzlich vorrangig auf der Ebene des Planungs- und Genehmigungsverfahrens abzuarbeiten (vgl. VG Oldenburg Beschl. v. 10.06.2011 – 5 B 1246/11)
 - Bestandsschutz (Vertrauensschutz) vs. Naturschutz
 - vgl. teilweise im Bauordnungsrecht: z.B. Art. 54 Abs. 4 BayBO: *Nachträgliche Maßnahmen nur bei erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit*

3.4 Verhältnis von nachträglicher Anordnung und Widerruf der Genehmigung

- ▶ Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG wegen nachträglich eingetretener (naturschutzrechtlicher) Tatsachen möglich
 - Widerruf grds. entschädigungspflichtig, nachträgliche Anordnungen nicht
- ▶ Umfangreiche **nachträgliche Anordnung als faktischer Widerruf** der Genehmigung?
 - § 21 BImSchG zieht die rechtliche Grenze für den Eingriff durch naturschutzrechtliche Anordnungen
 - Sobald nachträgliche Anordnungen einem vollständigen oder weitgehenden Entzug der durch die Genehmigung gewährten Rechtsposition (Art. 14 GG) gleichkommen, sind diese als (Teil-) Widerruf einzuordnen (vgl. OVG Münster NVwZ 1988, 173 für Kraftwerk)
 - Grenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn ein durchschnittlicher Betreiber die Anlage auf Basis des sich aus den Anordnungen ergebenden Betriebsumfangs nicht mehr wirtschaftlich betreiben kann

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.

Stefan Lepke, LL.M., BBH Hamburg
Tel +49 (0)40 341069-100
stefan.lepke@bbh-online.de
www.bbh-online.de