



Beklagte Projekte in der Finanzierung

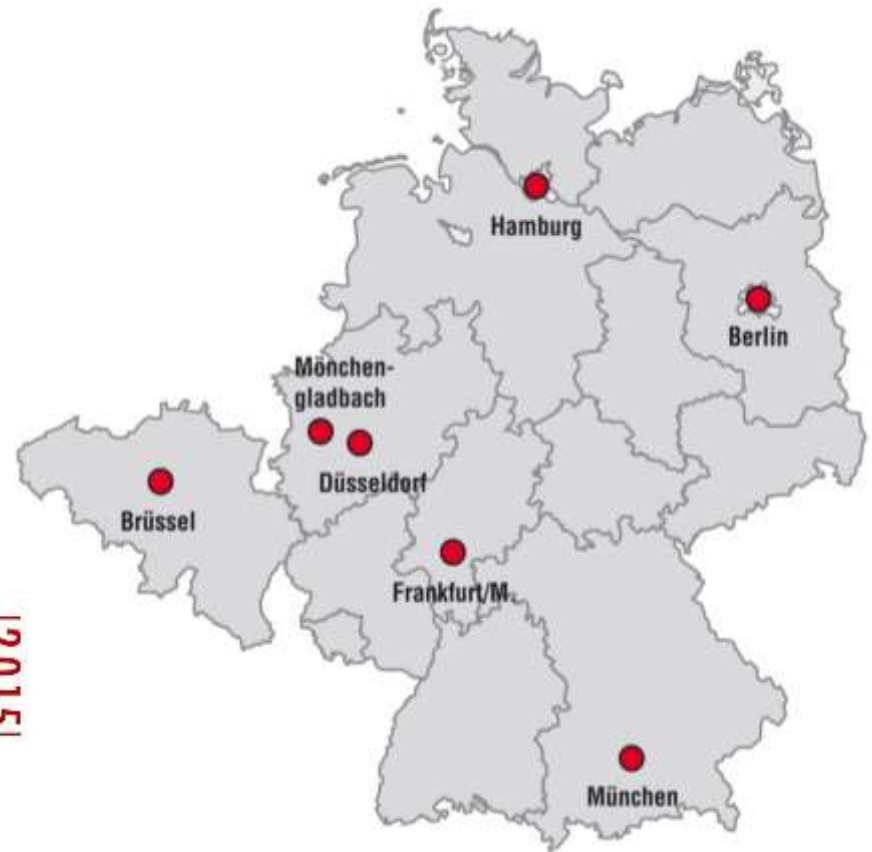
Spreewindtage 2018, Linstow, 07.11.2018

Dr. Bernd Wust, LL.M.

Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, München

Kapellmann im Überblick

- Gegründet 1974 durch Prof. Dr. Klaus Kapellmann
- Wurzeln im Bau- und Immobilienrecht, heute in allen wirtschaftsrelevanten Rechtsgebieten tätig
- Ca.135 Anwälte an 7 Standorten
- Kompetenzteam Erneuerbare Energien



"Kapellmann und Partner sind in ihrer heutigen Form das Ergebnis einer fast beispiellosen Erfolgsgeschichte." – Kanzleien in Deutschland 2014

Umfassende Beratung für Windprojekte

Öffentliches Recht

- Bauplanungs- und Raumordnungsrecht
- Genehmigungsverfahren
- Prozessführung

Grundstücksrecht

- Nutzungsverträge, Kaufverträge
- Dingliche Sicherung

EEG, Förderrecht

- Netzanschluss und Einspeisung
- Förderansprüche und Stromvermarktung
- Ausschreibungen

Baurecht

- Anlagenkaufverträge, GU-Verträge
- Baubegleitende Beratung und Gewährleistung
- Vergaberecht

Finanzierung

- Projektfinanzierung
- Prospektrecht, Bürgerbeteiligungsmodelle
- Risikobewertung

Transaktionen

- Projektrechtekauf, Anteilskauf
- Gesellschaftsrechtliche Strukturierung
- Due Diligence, Projektprüfungen

Wer klagt?

- Nachbarn / Anwohner
- Standortgemeinde
- Nachbargemeinde
- Konkurrent
- **Umweltverband**

Befund

- Klagen in der Errichtungsphase gab es schon immer
- Aber: Risiko aus Klagen von Umweltverbänden hat zugenommen

- 1 Ausweitung der Klagebefugnisse für Umweltverbände**
- 2 Strategien im Genehmigungsverfahren**
- 3 Strategien nach Genehmigungserteilung**

- UmwRG regelt im Wesentlichen Klagen von **anerkannten Umweltverbänden**
- Neufassung in Kraft seit **02.06.2017**
- Bereits dritte Novelle seit 2013 und 2015
- Hintergrund der neuen Novelle:
 - Umsetzung des **Präklusions-Urteils des EuGH v. 15.10.2017**
 - Anpassung an europa- und völkerrechtliche Vorgaben
 - Zugang zu Gerichten **außerhalb von UVP-pflichtigen Vorhaben**
 - Beschränkung der Kontrollreichweite auf Umweltvorschriften im Bereich der UVP-Pflichtigen vorhaben

§ 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG

Nr. 1

Zulassungs-
entscheidungen
mit **UVP-Pflicht**

Nr. 4

Pläne und
Programme mit
SUP-Pflicht

- B-Pläne
- FNP

Nr. 5

Entscheidungen
unter Anwendung
**umweltbezogener
Rechts-
vorschriften**

- 1-2 WEA
- 3-20 WEA bei neg.
Vorprüfung

Nr. 6

**Überwachungs-
und
Aufsichts-
maßnahmen**
zur Einhaltung
umweltbezogener
Rechtsvorschriften

Neu: Umfängliche
Rügemöglichkeit

Rüge beschränkt auf „umweltbezogene Rechtsvorschriften“

Beschränkung auf satzungsmäßigen Aufgabenbereich der Umweltvereinigung

- **Entscheidungen der Behörde (z.B. Genehmigungen)**
- **NEU: Unterlassungen (§ 1 Abs. 1 S. 2 UmwRG)**
 - Z.B. unterlassene Überwachungs- und Aufsichtsmaßnahmen
- **Mögliche Angriffspunkte**
 - Materiell-rechtliche Fehler, z.B.
 - Verstoß gegen artenschutzrechtliches Störungs- oder Tötungsverbot
 - Unzureichende Kartierung
 - Verfahrensfehler
 - Fehlende / fehlerhafte UVP
 - Fehler bei der Öffentlichkeitsbeteiligung
 - Sonstige Verfahrensfehler

- **Bislang § 2 Abs. 3 UmwRG a.F.: Materielle Präklusion**
 - *Ausschluss von Einwendungen im Gerichtsverfahren, die bereits im Verwaltungsverfahren hätten erhoben werden können, und dort nicht erhoben wurden*
 - EuGH, Urteil vom 15.10.2015: Unzulässige Beschränkung von Art. 9 Abs. 2 AK

- **Streichung im UmwRG 2017**
- Weiterhin Geltung für das behördliche Verfahren (§ 10 Abs. 3 S. 6 BImSchG)
- Weiterhin bei Flächennutzungsplänen (§ 7 Abs. 3 UmwRG)

Deutliche Erhöhung des Risikos aus Klagen

- Jede Verletzung von umweltbezogenen Vorschriften kann gerügt werden
- Handlungen und Unterlassungen
- Keine materielle Präklusion
- Hinzu kommen Unsicherheiten außerhalb des UmwRG, z.B.
 - unklare Anforderungen an Umweltverträglichkeitsprüfung (z.B. OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.05.2018 - 12 ME 25/18 zur Einziehung von Bestandswindparks)

Risiken aus Klagen reduzieren

Im Genehmigungsverfahren

- **Ordentliche Planung und gute Kommunikation mit allen Beteiligten**
- Wegen Wegfall der Präklusion: Anreize schaffen, um Risiko von „*überraschende Einwendungen im Gerichtsverfahren*“ zu reduzieren (soweit sachgerecht)
 - Längere Auslegung, Veröffentlichung von Unterlagen im Internet
 - Zusätzliche (formlose) Hinweise auf Auslegung geben
 - Aktive Beteiligung der Verbände

Risiken aus Klagen reduzieren

Im Genehmigungsverfahren

- **Problem: Kein Anlaufen der Klagefristen im vereinfachten Verfahren**
 - Möglichen Widerspruchsführern Genehmigung förmlich durch Behörde zustellen lassen
 - Freiwillige Öffentliche Bekanntmachung (§ 21a der 9. BImSchV) (Rechtlich wohl irrelevant)
 - Frühzeitig sichtbar mit Bau beginnen, um Verwirkungstatbestand zu schaffen
 - **Oder direkt freiwilliges förmliches Verfahren nach § 10 BImSchG**
 - > Klare Frist für alle

Risiken aus Klagen reduzieren

Im Genehmigungsverfahren

- „Freiwillige“ UVP nach § 7 Abs. 3 UVPG?

*„Die Vorprüfung nach den Absätzen 1 und 2 entfällt, wenn der **Vorhabenträger die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung beantragt** und die zuständige Behörde das Entfallen der Vorprüfung als **zweckmäßig erachtet**.“*

- Wann ist Entfall der Vorprüfung „zweckmäßig“?
 - Wenn ohnehin Anhaltspunkte für UVP-Pflicht vorliegen
 - Nicht bei offenkundigen fehlenden Umweltauswirkungen
- Vorteile:
 - Transparenz
 - Kein Aufhebungsrisiko wegen unterlassener UVP
- Nachteile: Zeitaufwand + Kosten (förmliches Verfahren)

- **Hilft die Verschärfung der Klagebegründungsfrist?**
 - **§ 6 UmwRG: Tatsachen und Beweismittel** müssen vom Kläger 10 Wochen nach Klageerhebung vorgelegt werden
 - Gilt nicht für die rechtliche Begründung
 - Später vorgebrachte Beweismittel sind zurückzuweisen, wenn Verzögerung nicht genügend entschuldigt wird (Verzögerung irrelevant, keine Belehrung erforderlich)
 - Aber: Amtsermittlungsgrundsatz nach § 86 VwGO bleibt
 - Gericht muss dem möglichen Fehler also trotzdem nachgehen

- **Missbrauchsklausel (§ 5 UmwRG)**

„Einwendungen, die eine Person oder eine Vereinigung im Sinne des § 4 Absatz 3 Satz 1 erstmals im Rechtsbehelfsverfahren erhebt, bleiben unberücksichtigt, wenn die erstmalige Geltendmachung im Rechtsbehelfsverfahren **missbräuchlich** oder **unredlich** ist.“

- **Praktisch wohl hohe Hürde**

- Erklärung im Verfahren, dass keine Einwendungen bestehen (faktischer Rechtsmittelverzicht)
- Bekannte Einwendungen werden nicht erhoben? (vgl. VG Potsdam, Beschluss v. 07.07.2017 – 4 L 148/17: Missbrauch abgelehnt)

Risiken aus Klagen reduzieren

Im gerichtlichen Verfahren

- **Bei Klagen: Strenge Fehleranalyse**
- **Heilungsoptionen prüfen**
 - Heilung von Fehlern war bereits bislang im Einzelfall grundsätzlich möglich

- **Bis wann kann ein Fehler geheilt werden?**

Grundsatz § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO:

Gericht hebt Genehmigung auf, wenn sie

- im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung rechtswidrig ist und
- den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt

→ **Heilung** nur bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung

Neu: „Genehmigungserhaltung“

- § 4 Abs. 1b UmwRG

*Eine Verletzung von **Verfahrensvorschriften** führt nur dann zur Aufhebung der Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 2b oder 5, wenn sie nicht durch **Entscheidungsergänzung** oder ein **ergänzendes Verfahren** behoben werden kann.*

- § 7 Abs. 5 S. 1 UmwRG

*Eine Verletzung **materieller Rechtsvorschriften** führt nur dann zur Aufhebung der Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 2b oder 5, wenn sie nicht durch **Entscheidungsergänzung** oder ein **ergänzendes Verfahren** behoben werden kann.*

Rechtsfolge der Erhaltungsvorschriften:

Gericht hebt Bescheid nicht auf, sondern

- verpflichtet zur Ergänzung oder
- erklärt in nur für nicht vollziehbar, bis Heilung erfolgt ist.
- Keine vollständige Kassation bei heilbaren Fehlern!
- Ob ein Ergänzung / ergänzendes Verfahren möglich ist, richtet sich nach dem jeweiligen Fachrecht
 - > Heilungsoptionen prüfen und hilfsweise vorschlagen
 - > Soweit möglich in der Kalkulation berücksichtigen

Heilung von Fehlern

Welche Fehler können geheilt werden?

- **Heilungsmöglichkeit ist einzelfallabhängig**
- **Materiell-rechtliche Fehler**
 - Nachträgliche Auflagen und Nebenbestimmungen?
- **Verfahrensfehler**
 - UV-Vorprüfung: Nachholung / Ergänzung grundsätzlich möglich (ständige Rspr.: BVerwG, Urt. v. 20.08.2008 – 4 C 11/07; OVG NRW, Beschl. v. 08.02.2018 – 8 B 1620/17)
 - UVP
 - Vollständige Nachholung einer UVP in der Regel ausgeschlossen (OVG NRW, B.v. 30.08.2017 - 8 A 493/16)
 - UVP nach Errichtung zulässig (VG Arnsberg, Urt. v. 17.10.2017 - 4 K 2130/16, allerdings mit komplett neuer Genehmigung)
 - Behebung eines „weniger schweren Fehlers“ einer UVP grundsätzlich möglich (OVG NRW, B.v. 08.02.2018 – 8 B 1630/17)

Fazit: Was kann aus Sicht der Finanzierung getan werden?

- Bei Projekten im vereinfachten Verfahren auf Bekanntmachung ggü. Potentiellen Klägern hinwirken
- Bei Klagen: Genau Fehleranalyse und Folgenbewertung
- Heilungsmöglichkeiten zumindest hilfsweise prüfen und finanziell bewerten

Herzlichen Dank!



Dr. Bernd Wust, LL.M.

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Lehrbeauftragter an der Hochschule Deggendorf

Josephspitalstraße 15

80331 München

Tel.: +49 (89) 242 168 -43

Fax: +49 (89) 242 168-60-61

Mobil: +49 151 40203799

E-Mail: bernd.wust@kapellmann.de