

DOMBERT RECHTSANWÄLTE



Typenoffene Genehmigungen – Vorteile für die Ausschreibung?

26. Windenergietage – Warnemünde 2017

Rechtsanwalt Janko Geßner
 Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Mangerstraße 26 | 14467 Potsdam | Tel.: 0331 - 62 04 270 | Fax: 0331 - 62 04 271 | post@dombert.de | www.dombert.de

DOMBERT RECHTSANWÄLTE



Verfassungsrecht

Energiewirtschaft

Recht der Erneuerbaren Energien
 Energiewirtschaftsrecht

Planen und Bauen

Bauordnungs-, Bauplanungs-
 und Fachplanungsrecht

Öffentlicher Dienst

Umweltrecht

Abfallwirtschaftsrecht | Agrar-, Forst- und
 Jagdrecht | Emissionshandelsrecht
 Immissionsschutzgesetz

Staat und Verwaltung

Gesundheitsrecht | Kommunalrecht | Recht
 der Infrastruktur und der öffentl. Daseins-
 vorsorge | Recht des öffentl. Dienstes
 Schul-, Hochschul- und Prüfungsrecht
 Verfassungsrecht | Vergaberecht

DOMBERT RECHTSANWÄLTE



Genehmigungs- und Verfahrensmanagement

- **Betreuung von Planverfahren (Regional- und Bauleitplanung)**
- **Beratung in Genehmigungsverfahren für Industrie- und sonstige Anlagen (z.B. Erneuerbare Energien)**
- **Fachplanungen, z.B. Straße, Eisenbahn, Rohstoffe, Hochwasser, etc.**

DOMBERT RECHTSANWÄLTE

Inhalt

1. Aktuelle Genehmigungspraxis und Folgen
2. Typenoffene Genehmigung – Probleme?
3. Fazit



Teil 1

Aktuelle Genehmigungspraxis und Folgen

Ausgangslage

- § 36 Abs. 1 EEG: Genehmigung nach BImSchG muss drei Wochen vor Gebotstermin erteilt sein
- § 4 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 5 BImSchG, 4. BImSchV: Errichtung / Betrieb der Anlage bedarf der Genehmigung
- § 3 9. BImSchV: allgemeine Angaben zum Genehmigungsantrag, insbesondere auch Angaben über Art und Umfang der Anlage
- § 13 BImSchG: Genehmigung schließt andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere Baugenehmigung (z.B. Typenprüfung u.a.)

Bislang...

- Angabe eines exakten Anlagentyps (Hersteller und Typ) im Antrag erforderlich
- langwierige Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung und vielen Einwänden
- Genehmigungsbescheid beschränkt sich dann ausschließlich auf diesen – unter Umständen veralteten – Anlagentyp
- Durch Ausschreibungsverfahren nach EEG 2017 verzögert sich Baubeginn nach Erhalt der Genehmigung erheblich

Mögliche Folgen

- Modernere/effizientere Anlagentypen schon bei Zuschlag bzw. zur Zeit des Baubeginns verfügbar
- Kosten für aufwendiges Genehmigungsverfahren, obwohl ggf. kein Zuschlag, da WEA nicht mehr „wettbewerbsfähig“
- Errichtung eines anderen Anlagentyps: bedarf in der Regel zeitaufwendiger Verfahren wie Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG) oder sogar neuer Genehmigung (§ 4 BImSchG), bloße Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG) kaum akzeptiert

Lösungsansatz: „Typenoffene Genehmigungen“?

- Formulierung im Antrag: Errichtung / Betrieb WEA mit z.B.
 - *Nennleistung:* 2 MW bis max. 3,4 MW
 - *Rotordurchmesser:* 131 m bis max. 151 m
 - *Nabenhöhe:* 125 m bis max. 140 m
 - *Schalleistungspegel:* max. 104,6 dB(A)

- Vorteile: Festlegung des Anlagentyps erst nach Zuschlagserteilung und damit größere Flexibilität, um auf neue Technik reagieren zu können, höhere Chancen in der Ausschreibung für Projektierer



Quelle: www.denkmal-gutachter.de

Teil 2 Typenoffene Genehmigungen - Probleme

Quellen u.a.:

Workshop Fachagentur Windenergie an Land 18.10.2016

Pilotprojekt Hessen

Rechtsprechung

Beispiele? ABO Wind: Antrag WP Nentershausen im Juni 2017 beim RP Kassel eingereicht: Anlagentyp -> soll nach Erhalt der Genehmigung festgelegt werden (Eigendarstellung: www.abo-wind.com)



Workshop: Typenunabhängige Genehmigung von Windenergieanlagen an Land
18.10.2016 in Frankfurt am Main

Zusammenfassung und zentrale Ergebnisse

Auf dem von der Fachagentur Windenergie an Land veranstalteten Workshop zur typenunabhängigen Genehmigung von Windenergieanlagen an Land diskutierten ca. 30 Experten aus Genehmigungsbehörden, Ministerien und von Hochschulen. Themenfelder wurden aufwändige Schwingergärten und Rechtsunsicherheiten bei einem typenoffenen Verfahren.

Hintergrund

Im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) wird nach diesem Verfahren bereits im Genehmigungsantrag ein bestimmter Anlagentyp festgelegt, der durch im späteren Genehmigungsbescheid bezeichnet wird. Eine Änderung des Anlagentyps während des Verfahrens ist möglich, erhöht aber den Aufwand. Nach Abschluss des Verfahrens erfordert eine Änderung des Anlagentyps – in Abhängigkeit von der Ernstlichkeit der Änderung – eine Änderungsantrags (§ 13 BImSchG), eine Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG) oder sogar eine Neugenehmigung (§ 4 BImSchG). Behördenvertreter äußerten, dass diese Verfahren bereits heute einen großen Aufwand bedeuten.

Vor dem Hintergrund der Ausschreibungen, die mit dem EEG 2017 eingeführt werden, ist zu erwarten, dass sich der Zeitraum zwischen Genehmigungsbescheid und Baubeginn von Windenergieanlagen künftig verlängern und der Bedarf nach Flexibilität in Bezug auf den Anlagentyp zunehmen wird. Gründe dafür können die notwendige Anpassung an wirtschaftliche Rahmenbedingungen und die Weiterentwicklung der Anlagentechnik sein. Dies kann zu einer steigenden Anzahl an Änderungsanträgen den Anlagentyp betreffend führen. Durch eine typenunabhängige Genehmigung könnte zukünftig mehr Flexibilität im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens erreicht werden. Die Problematik verschärft sich, da ein Zuschlag durch eine wesentliche Änderung erlöslos bleibt.

Ein weiterer Aspekt ist die Notwendigkeit einer EU-konformen Ausschreibung bei kommunaler Beteiligung an Windenergieanlagen. Diese müsste vor der Festlegung auf einen Anlagentyp, folglich nach heutigem Verfahren bereits vor der Einreichung der Genehmigungsunterlagen durchgeführt werden. Zu diesem Zeitpunkt stehen jedoch weder die Genehmigungsfähigkeit noch die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen eines Projektes fest. Zudem dürfte die Bindungswirkung der Gebote zu gering sein, den Ablauf eines Genehmigungsverfahrens zu überdauern.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise Windenergieanlagen an Land ohne Typenfestlegung genehmigt werden können. Bei einer solchen „typenunabhängigen“ („auch „typenfreien“ oder „typenoffenen“) Genehmigung wird anstelle eines konkreten Anlagentyps die Windenergieanlage durch Beschreibung zentraler Parameter dargestellt. Inhaltlich der genehmigten Grenzen kann der Genehmigungsinhaber den zu bauenden Anlagentypen zu einem späteren Zeitpunkt wählen und festlegen. Dies ermöglicht dem Vorhabenträger, den vor Baubeginn besterfüllbaren Anlagentyp zu wählen, der innerhalb der genehmigten Grenzen liegt. Mit diesen alternativen Vorgehen würden zudem die Windenergieverfahren an die sonst im Immissionsschutzrecht übliche Genehmigungspraxis für andere genehmigungsbedürftige Anlagen angepasst.

Seite 1 von 4

www.fachagentur-windenergie.de

Problem Bestimmtheit

Eine Baugenehmigung muss **Inhalt, Reichweite und Umfang** der genehmigten Nutzung **eindeutig erkennen** lassen, damit der **Bauherr** die Bandbreite der für ihn legalen Nutzungen und **Drittbetroffene** das Maß der für sie aus der Baugenehmigung erwachsenen **Betroffenheit** zweifelsfrei feststellen können.

Eine solche dem Bestimmtheitsgebot genügende Aussage muss dem **Bauschein selbst** - ggf. durch Auslegung - entnommen werden können, wobei die mit Zugehörigkeitsvermerk versehenen Bauvorlagen bei der Ermittlung des Erklärungsinhalts der Baugenehmigung herangezogen werden müssen

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20. September 2007 - 10 A 4327/05 -, BauR 2008, 81 m.w.N.; VG Potsdam, Urteil vom 09. Oktober 2013 – 4 K 336/12 –, Rn. 24, juris

Problem Bestimmtheit

- Genehmigung für WEA muss (abschließend) hinreichend bestimmt sein (§ 37 Abs. 1 VwVfG)
- Grund u.a.: Bauherr/Dritte sollen aus dem Inhalt der Genehmigung die exakten Auswirkungen der WEA entnehmen können → Wichtig für Rechtsschutz!
- Genügt die Angabe von Parametern in Form von Intervallen oder Maximalparametern diesem Bestimmtheitsanfordernis?

„Worst-case“-Betrachtung

- Frage: Ist die Anlage bei Erreichung der angegebenen Höchstwerte trotzdem genehmigungsfähig?
- Wenn ja, größtmögliche Auswirkung für Dritte eindeutig erkennbar → kein Verstoß gegen § 37 Abs. 1 VwVfG?
- Aber: hinreichend bestimmte Formulierung der Genehmigung mit Nebenbestimmungen als große Herausforderung -> umfangreiches Auflagenprogramm, Auflagenvorbehalte, Bedingungen (z.B. Typenprüfung vor Baubeginn) u.a. erforderlich -> kritisch

Trennung Genehmigung/Ausführung

§ 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 ... bis zum Beginn der Errichtung oder der Inbetriebnahme der Anlage nachgereicht werden können.

- > **Trennung zwischen Genehmigungsplanung (für einen typenoffenen Rahmen) im BImSch-Verfahren und Ausführungsplanung für einen konkreten Anlagentyp**
- > **ggf. in Kombination mit vorbehaltener Baufreigabe nach Vorlage der Ausführungsplanung**

Einzelfragen – Konkurrierende Planungen

- Blockade von **Schallkontingenten**
 - bei „worst-case“-Betrachtung wird i.d.R. zu viel blockiert (Bevorratung)
 - Benachteiligung von konkurrierenden Planungen
 - Genehmigung: müsste deshalb zügige Freigabe der ungenutzten Kontingente vorsehen (oder dürfte keine Sperrwirkung entfalten) -> klärungsbedürftig
- Gefährdung der **Standicherheit**
 - derzeit nur anlagenspezifische Turbulenzgutachten möglich
 - Gewährleistung der Standicherheit nur durch nachträglichen Auflagenvorbehalt möglich (§ 12 Abs. 2a BImSchG)
 - Behörde behält sich mögliche Betriebseinschränkungen vor

- Eingriffe in **Natur und Landschaft**
 - Beachtung Minimierungsgebot -> klärungsbedürftig
 - Auswirkung auf die Natur hängt von spezifischer Anlage und deren Montagetechnik ab
 - z.B. Nebenbestimmung: Vorlage und Freigabe eines Ausführungsplans vor Eingriff

- **Abstandsflächen**
 - Eintragung von max. Abstandsflächen: unnötige Baulasten
 - Eintragung erst nach Wahl des Anlagentyps sinnvoll
 - Vorlage Baulasterklärungen des Eigentümers für „worst-case“ und notarielle Vollmacht für Projektierer, auf das tatsächliche Maß reduzieren zu können

Rechtsprechung – VG Düsseldorf

Die streitgegenständliche Baugenehmigung vom ... ist unbestimmt. Es fehlt bereits die **genaue Typenbezeichnung** und die Festlegung der Standorte **der beiden Windkraftanlagen**. Ebenso fehlt jede Regelung zum zulässigen Anlagenbetrieb. Aus dem (einseitigen) Bauschein selbst ergibt sich lediglich, dass zwei 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.

Rechtsprechung – VG Düsseldorf

Die Unbestimmtheit der Baugenehmigung führt im vorliegenden Fall zu ihrer **Aufhebung**. Eine Baugenehmigung ist als nachbarrechtswidrig aufzuheben, wenn Bauschein und genehmigte Bauvorlagen hinsichtlich nachbarrechtsrelevanter Baumaßnahmen **unbestimmt** sind und infolgedessen ... eine **Verletzung von Nachbarrechten** nicht auszuschließen ist.

... können die Windkraftanlagen mangels Regelung auch nachts mit Volleistung, deren Höhe nicht einmal geregelt ist, betrieben werden... Da die Genehmigung (auch) keine Regelung zum Schlagschatten trifft, insbesondere keine Abschaltautomatik vorgesehen ist, ist sie auch insoweit **in nachbarrechtsrelevanten Belangen unbestimmt**.

(VG Düsseldorf Urt. v. 26.3.2009 – 11 K 1794/07, BeckRS 2010, 52993, beck-online)

Rechtsprechung – VG Aachen

Nach § 23 Abs. 1 der 9. BImSchV muss der Antrag auf Erteilung eines Vorbescheids ... insbesondere die bestimmte Angabe, für welche Genehmigungsvoraussetzungen oder für welchen Standort der Vorbescheid beantragt wird, enthalten. Danach sind neben diesen konkret benannten Angaben somit verpflichtend und unabdingbar auch die in § 3 der 9. BImSchV genannten allgemeinen Angaben... Hierzu zählen nach § 3 Satz 1 Nr. 4 der 9. BImSchV insbesondere auch **Angaben über Art und Umfang der Anlage**. Dies steht im Übrigen auch im Einklang mit der Formulierung des § 9 Abs. 1 BImSchG selbst, in dem von "der Anlage" bzw. "der geplanten Anlage" die Rede ist.

Rechtsprechung – VG Aachen

Diese Formulierungen deutet die Kammer dahin gehend, dass der Antrag eine **konkrete Anlage** betreffen muss, deren **Art**, aber vor allem auch deren **Umfang bereits feststeht**. Denn nur dann kann ... mit Bindungswirkung für das Genehmigungsverfahren eine Vorentscheidung getroffen werden und nur dann ist der Genehmigungsbehörde die erforderliche positive vorläufige Gesamtbeurteilung überhaupt nur möglich....

Hieran fehlt es aber, wenn bei einem Antrag auf Erteilung eines Vorbescheids ... der **konkrete Anlagentyp offen** gelassen und lediglich - wie hier - eine nicht unerhebliche und eine Vielzahl verschiedener Anlagentypen betreffende **Bandbreite möglicher Rotordurchmesser, Nabenhöhen und Nennleistungen** einer erst im ... Genehmigungsverfahren zu konkretisierenden Anlage angegeben wird. Eine abschließende ... Prüfung ist bei einem derart offenen Antrag nicht möglich.

VG Aachen, Urteil vom 30. April 2015 – 6 K 454/14 –, Rn. 43, juris

Weitere Ideen?

- **Mehrzweck-(Rahmen-)genehmigung**, § 6 Abs. 2 BImSchG, oder Alternativgenehmigung: Genehmigungsvoraussetzungen müssen für jede Alternative erfüllt, Genehmigung für jede Alternative ausreichend bestimmt sein -> allenfalls Wahl zwischen verschiedenen konkreten Anlagentypen (bisher kritisch beurteilt)
- **Teilgenehmigung**, § 8 BImSchG: möglicher Gegenstand Errichtung einer Anlage oder Teile einer Anlage oder Betrieb -> tatsächliche Trennung, nicht rechtliche Trennung (Planungsgenehmigung / Baugenehmigung)
- **Vorbescheid**, § 9 BImSchG: reicht nicht für Ausschreibung

Weitere Ideen?

- **Konzeptgenehmigung:**
 - Eignung des Standorts wird im Rahmen einer Teilgenehmigung mit bindender Wirkung festgestellt
 - „Konzept“ der Anlage Gegenstand der Teilgenehmigung, obwohl es nicht um den „Teil einer Anlage“, sondern um deren „grundlegende Auslegungsmerkmale“ geht
 - in Fachliteratur abgelehnt -> nur als Konzeptvorbescheid zulässig

vgl. aber OVG Lüneburg, B. v. 05. 02.1981 – 7 B 87/77 –, juris; *Rengeling*, „Die Konzeptgenehmigung und das vorläufige positive Gesamturteil in der ersten atomrechtlichen Teilgenehmigung“, NVwZ 1982, 217

Pilotprojekt Hessen

- interner Ergebnisbericht: nach geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen nicht umsetzbar!
- Dennoch: Lösung weiterhin angestrebt, weiterer Prüfbedarf

Fazit

- Typenoffene Genehmigungen: nach den derzeitigen rechtlichen Rahmenbedingungen kaum (nicht) erreichbar
- Möglicher Ansatz: Trennung zwischen typenoffener Genehmigungs- und typenkonkreter Ausführungsplanung
- größerer Umfang der Genehmigungen (Nebenbestimmungen!) und komplexere Verfahren aufgrund Variantenbetrachtungen zu erwarten
- Gefahr erfolgreicher Drittanfechtungen: derzeit hoch
- „Ruf nach dem Gesetzgeber“



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Für Rückfragen wenden Sie sich gerne an
Rechtsanwalt Janko Geßner
Tel. 0331-6204272

Mangerstraße 26
14467 Potsdam
Tel.: 0331 - 62 04 270
Fax: 0331 - 62 04 271
post@dombert.de
www.dombert.de