

**Würzburger Studien zum
Umweltenergierecht**

**Planungs- und genehmigungsrechtliche
Anknüpfungspunkte als materielle
Präqualifikationsmerkmale einer
Ausschreibung für Windenergie an Land
im „EEG 3.0“**

erstellt von

Viktoria Fülbier

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Frank Sailer

unter Mitarbeit von

Thorsten Müller

Entstanden im Rahmen der Forschungsvorhaben:

„Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien“ (IRSEE – FKZ 0325599B)

„Windenergierecht – Planung, Genehmigung und Förderung im Föderalismus“ (WindPlan – FKZ 03MAP307)

Gefördert durch:



3

Februar 2015

ISSN 2365-7138

Stiftung

Umweltenergierecht

Zitiervorschlag: Viktoria Fülbier/Nils Wegner/Frank Sailer, Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 3, Februar 2015.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail fuelbier@stiftung-umweltenergierecht.de

wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

sailer@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

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

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz und Prof. Dr. Franz Reimer

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

A. Untersuchungsergebnisse	1
B. Einleitung und Hintergrund	3
I. Ausschreibung im EEG 2014 und Marktanalyse	3
II. Identifizierung von Präqualifikationsbedingungen	6
C. Vorüberlegungen	7
I. Vergleichbarkeit mit Rechtslage bei Photovoltaik-Freiflächenanlagen	8
II. Zusammenhang zwischen Planungs- und Genehmigungsrecht	10
III. Rolle einzelner Akteure	14
IV. Zwischenergebnis	15
D. Planungsrecht	16
I. Fälle im Außenbereich ohne windenergiespezifische Planvorgaben	22
II. Fälle im Außenbereich mit windenergiespezifischen Planvorgaben	24
III. Fälle im Plangebiet eines qualifizierten Bebauungsplans	27
IV. Zwischenergebnis Planungsrecht	29
E. Genehmigungsrecht	32
I. Auswirkungen der räumlichen Gesamtplanung auf das Genehmigungsverfahren	32
II. Ablauf des Genehmigungsverfahrens	34
1. Das förmliche Genehmigungsverfahren	35
2. Das vereinfachte Verfahren	41
3. Die Teilgenehmigung	41
4. Der Vorbescheid	43
III. Vorüberlegungen zu Präqualifikationsbedingungen im Genehmigungsrecht	45
IV. Rechtliche Gesichtspunkte bei der Festlegung von Präqualifikationsbedingungen	47
1. Erstellung der Voruntersuchungen	48
2. Frühe Genehmigungsphase	49
a) Antragsstellung	50
b) Vollständigkeitsbestätigung	52
c) Öffentliche Bekanntmachung	53
3. Späte Genehmigungsphase	55

Anknüpfungspunkte für die Präqualifikation bei Ausschreibungen für Windenergie an Land

4.	Die Teilgenehmigung.....	58
	a) Vorläufige, positive Gesamtbeurteilung	59
	b) Gestattender Teil.....	60
5.	Der Vorbescheid	61
V.	Zwischenergebnis Genehmigungsrecht	63

A. Untersuchungsergebnisse

- Allein der bestandskräftige Genehmigungsbescheid gibt – selbst im vereinfachten Genehmigungsverfahren – eine entsprechende Rechtssicherheit und ist zugleich ein Indiz für die höchste Realisierungswahrscheinlichkeit und für einen starken Realisierungswillen des Vorhabenträgers. Er ist für die Realisierung zwingend notwendig. Es besteht kein Ausfallrisiko durch eine Genehmigungsversagung mehr. Mit dem Genehmigungsbescheid ist auch die planungsrechtliche Flächenverfügbarkeit gegeben. Ein zusätzliches Anknüpfen an planungsrechtliche Konstellationen erübrigt sich damit.
- Der Genehmigungsbescheid stellt jedoch einen sehr späten Zeitpunkt im Projektierungsprozess dar. Zwar sind die Genehmigungskosten im Verhältnis zu den gesamten Investitionskosten eher untergeordnet¹, so dass sich durch eine entsprechende Präqualifikation das Kostenrisiko in der Regel nicht wesentlich erhöhen dürfte. Allerdings sind dann die Dauer des Genehmigungsverfahrens² und die dadurch bedingten Verzögerungen zu berücksichtigen, bis ein Vorhabenträger an einer Ausschreibungsrunde teilnehmen kann. Dies könnte vor allem Auswirkungen auf die Einführungsphase der Ausschreibung haben, dürfte sich im Laufe der Zeit jedoch dann zunehmend relativieren.
- Andere Anknüpfungspunkte im Bereich der räumlichen Gesamtplanung oder des Genehmigungsverfahrens weisen jedenfalls im Verhältnis zum Genehmigungsbescheid eine zum Teil erheblich geringere Indizwirkung auf bzw. erlauben überhaupt keine Rückschlüsse auf die Realisierungswahrscheinlichkeit oder den Realisierungswillen. So haben etwa die untersuchten Fallkonstellationen im Planungsrecht für die planungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit eine durchaus abgestufte Indizwirkung. Hier wären dann aber zumindest Kombinationen mit weiteren Bedingungen im Ausschreibungsverfahren denkbar, die gegebenenfalls aber auch noch zu entwickeln sind. Auf diese Weise könnte eine geringere Indizwirkung durch andere Elemente des Ausschreibungsdesigns (z.B. erhöhte Sicherheiten, Fristen, Pönalen) bis zu einem gewissen Grad kompensiert werden (siehe Zwischenergebnisse).
- Das bestehende Präqualifikationsdesign für PV-Freiflächenanlagen mit seiner Anknüpfung an einen Bebauungsplan lässt sich nicht auf die Windenergie übertragen. Anders als bei

¹ Von den insgesamt anfallenden Investitionskosten entfällt der Großteil (73 - 78%) auf die Hauptinvestitionskosten (WKA, Transport, Installation). Die Investitionsnebenkosten (Fundament, Erschließung, Planung, Netz-anbindung, Sonstiges) betragen demgegenüber lediglich 22 - 27 %. Vgl. dazu *Deutsche Windguard*, Kostensituation der Windenergie an Land in Deutschland, November 2013, S. 2, abrufbar unter: <http://www.wind-energie.de/sites/default/files/attachments/press-release/2013/kosten-der-windenergie-sinken-weiter/kostensituation-der-windenergie-land-deutschland-zusammenfassung.pdf> (Aufruf vom 15.01.2015).

² Im Mittel etwa 17 Monate, vgl. *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, abrufbar unter http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA-Wind_Analyse_Dauer_und_Kosten_Windenergieprojektierung_01-2015.pdf, S. 28.

PV-Freiflächenanlagen, bei denen durch einen Bebauungsplan zunächst ein entsprechendes „Baurecht“ geschaffen werden muss, reicht bei Windenergieanlagen grundsätzlich bereits die gesetzliche Außenbereichsprivilegierung für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Anlage aus. Es bedarf hier keines Bebauungsplans, was sich auch in seiner bislang geringen praktischen Bedeutung für die Windenergie niederschlägt³. Bei Windenergie fehlt es daher an einem zwingenden Planungsschritt, an dem angeknüpft werden könnte. Ein Bebauungsplan als Präqualifikation würde in der Praxis somit zu einem Mehr an Planungskosten und Planungszeit führen und wäre dabei nicht einmal notwendige Voraussetzung für die Genehmigung.

- Bei der Windenergie findet eine Flächensteuerung in den allermeisten Fällen nicht über die Bebauungsplanebene, sondern über die Regionalplan- und/oder Flächennutzungsplanebene statt. Zwar gäbe es bei einer Anknüpfung einer Präqualifikation an Windenergie-Ausweisungen entsprechende positive Signale der Planungsträger. Zum einen ist aber die Situation in den einzelnen Bundesländern und Planungsregionen zum Teil sehr unterschiedlich. Zum anderen würde ein Anknüpfen an diese Planungsebenen auch die damit verbundenen Unsicherheiten zugleich in das Ausschreibungssystem tragen, z.B. fortlaufende Planänderungen durch Planungsträger oder Aufhebungen durch Gerichte. Die höheren Planungsebenen sind gekennzeichnet durch eine hohe Abstraktionsebene, eine erhebliche Dauer von Planaufstellungs- und -änderungsverfahren sowie durch die Gebietsgröße und die damit betroffene Anzahl an Vorhaben, was gerade im Falle von Planaufhebungen durch Gerichte erhebliche Auswirkungen haben kann⁴.
- Im Falle einer an die räumliche Gesamtplanung angeknüpften Präqualifikation müssten jedenfalls die verschiedenen planungsrechtlichen Konstellationen in der heutigen Projektierungspraxis berücksichtigt werden und verschiedene Möglichkeiten nebeneinander eröffnet werden, um nicht einzelne davon vom Ausschreibungsverfahren auszuschließen. Trotz Alternativität der Anknüpfungspunkte muss die Filterfunktion jedoch gewahrt werden. Für die Zulässigkeit der Anlage kommt es letztlich nur darauf an, dass dem Vorhaben „kein Planungsrecht entgegensteht“.
- Aufgrund der zum Teil erheblichen Vorlaufzeiten in den Planungs- und Genehmigungsverfahren sollten jedenfalls im Falle von planungs- und genehmigungsrechtlichen Präqualifikationsbedingungen diese möglichst frühzeitig festgelegt und kommuniziert werden. Dabei sollte auch immer die Rolle der verschiedenen Akteure in diesen Verfahren im Blick behalten werden, da z.B. aufgrund der starken Stellung der staatlichen Stellen in den Verfahren nur wenig auf den Realisierungswillen des Vorhabenträgers geschlossen werden kann.

³ *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 23.

⁴ Jüngst etwa OVG Schleswig, Urteil vom 21.01.2015 – 1 KN 6/13 u.a., das in Schleswig-Holstein die Teilfortschreibung des Regionalplans 2012 für die Planungsräume I und III zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung für unwirksam erklärte.

B. Einleitung und Hintergrund

I. Ausschreibung im EEG 2014 und Marktanalyse

Mit der grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes⁵ (EEG) im Sommer 2014 wollte der Gesetzgeber die Voraussetzungen dafür verbessern, den Anteil erneuerbarer Energien an der deutschen Stromversorgung weiter stetig zu erhöhen und – über Zwischenziele – im Jahr 2050 schließlich mindestens 80 Prozent des Bruttostromverbrauchs mithilfe erneuerbarer Energien abzudecken⁶. Mit dem Ziel, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energiewende möglichst gering zu halten und die der Energiewende zugeschriebene Kostendynamik hinsichtlich der Strompreise für Verbraucher abzubremesen, wird im EEG 2014 unter anderem der Grundsatz verankert, bis spätestens 2017 die Ermittlung der finanziellen Förderung erneuerbarer Energien von der bislang gesetzlichen Festsetzung von Fördersätzen auf das wettbewerbliche Instrument der Ausschreibungen umzustellen (§ 2 Abs. 5 EEG 2014)⁷:

„Die finanzielle Förderung und ihre Höhe sollen für Strom aus erneuerbaren Energien und aus Grubengas bis spätestens 2017 durch Ausschreibungen ermittelt werden. Zu diesem Zweck werden zunächst für Strom aus Freiflächenanlagen Erfahrungen mit einer wettbewerblichen Ermittlung der Höhe der finanziellen Förderung gesammelt. Bei der Umstellung auf Ausschreibungen soll die Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erhalten bleiben.“

Ergänzt wird dies durch eine entsprechende Übergangsvorschrift für Windenergieanlagen, die bis Ende 2016 nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigt und bis Ende 2018 in Betrieb genommen wurden, § 102 Nr. 3 EEG 2014:

„Nachdem die finanzielle Förderung im Sinne des § 2 Absatz 5 auf Ausschreibungen umgestellt worden ist, besteht auch ohne eine im Rahmen einer Ausschreibung erhaltene Förderberechtigung ein Anspruch nach § 19 Absatz 1 für Anlagenbetreiber von allen anderen Anlagen, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen und vor dem 1. Januar 2017 genehmigt oder zugelassen und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind; dies gilt nicht für die Betreiber von Freiflächenanlagen.“

Die Einführung von Ausschreibungen für die Förderung von Photovoltaik-Freiflächenanlagen ist im EEG 2014 bereits im Sinne eines Pilotverfahrens vorgesehen (§§ 2 Abs. 5 Satz 2, 55 EEG

⁵ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien, EEG 2014, BGBl. 2014 Teil I Nr. 33, 24.07.2014, S. 1066 ff.

⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung für das EEG 2014, BT-Drs. 18/1304, S. 1.

⁷ BT-Drs. 18/1304, S. 2; vgl. zu Ausschreibungen im EEG 2014 Kahles, Ausschreibungen als neues Instrument im EEG 2014, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 6 vom 16.07.2014; zu den damit einhergehenden offenen Fragen Kahl/Kahles/Merkel, Rechtlicher Klärungsbedarf zu Ausschreibungsmodellen bei der Förderung erneuerbarer Energien, Version 1.0, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 7 vom 16.07.2014.

2014), das durch die am 28. Januar 2015 vom Bundeskabinett beschlossene „Verordnung zur Ausschreibung der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen (Freiflächenausschreibungsverordnung – FFAV)“⁸ noch im ersten Halbjahr 2015 umgesetzt werden soll. Für die übrigen erneuerbare-Energien-Sparten sollen im Laufe des 1. Quartals 2015 zunächst Marktanalysen erstellt werden, auf deren Grundlage bis zum Sommer 2015 Eckpunkte für eine Ausschreibung formuliert werden. Ein entsprechender Gesetzentwurf soll sodann bis Ende 2015 vorliegen, das „EEG 3.0“ schließlich bis Herbst 2016. Eine erste Ausschreibungsrunde soll möglichst noch Ende 2016 erfolgen.

Der bisherige jährliche Brutto-Zubau von Windenergie an Land war zum Teil stark volatil und betrug von 2000 bis 2013 durchschnittlich rund 2 Gigawatt.

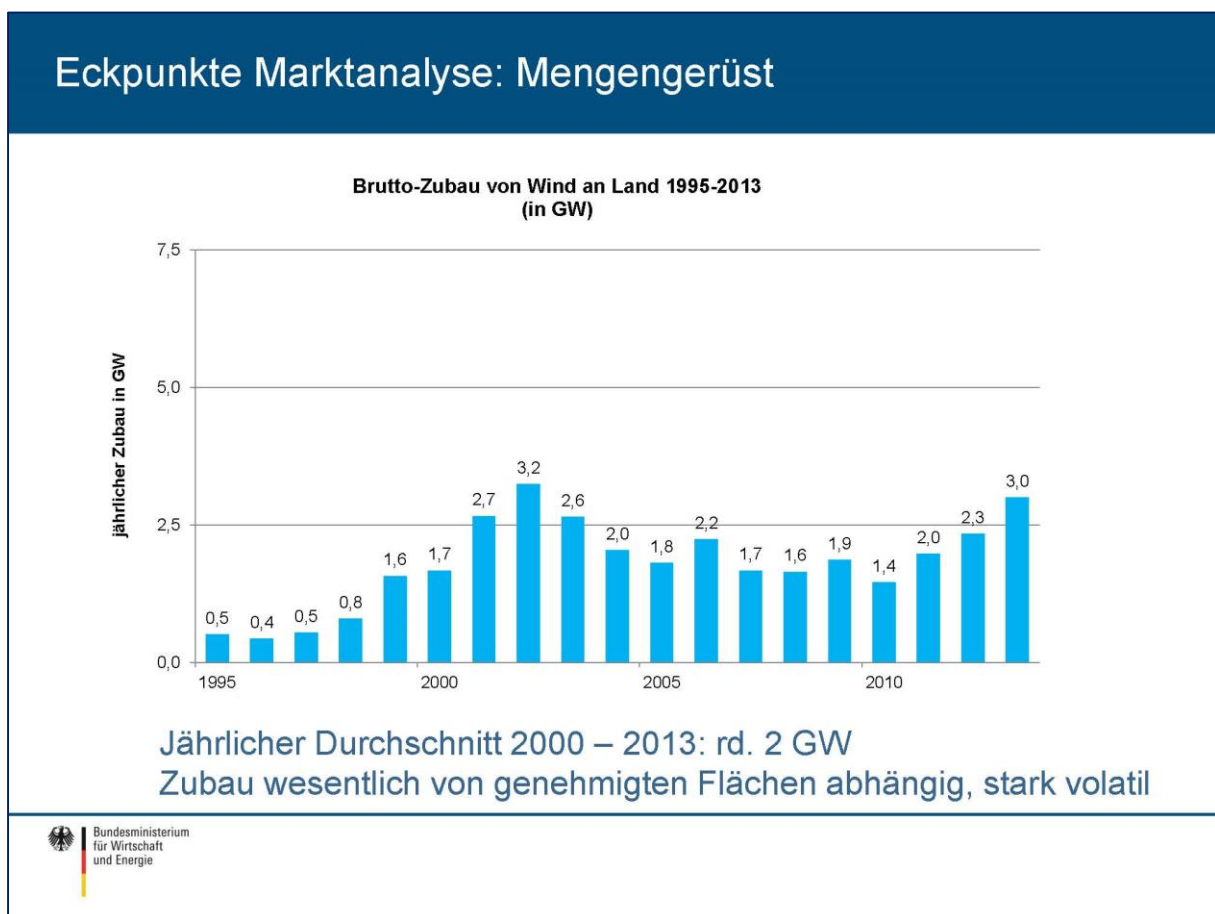


Abb. 1: Brutto-Zubau von Windenergieanlagen an Land 1995-2013, Quelle: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

§ 3 Nr. 1 EEG 2014 legt als künftigen Ausbaupfad für die Windenergie an Land eine Steigerung der installierten Leistung um 2.500 Megawatt pro Jahr (netto) fest:

⁸ Abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/verordnung-zur-einfuehrung-von-ausschreibungen-der-finanziellen-foerderung-fuer-freiflaechenanlagen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>; die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt steht noch aus.

„Die Ziele nach § 1 Absatz 2 Satz 2 sollen erreicht werden durch eine Steigerung der installierten Leistung der Windenergieanlagen an Land um 2 500 Megawatt pro Jahr (netto)“.

Um die Ausbauziele sicherzustellen soll der Neubau 2016 bis 2035 bei rund 4 bis 4,5 Gigawatt liegen.

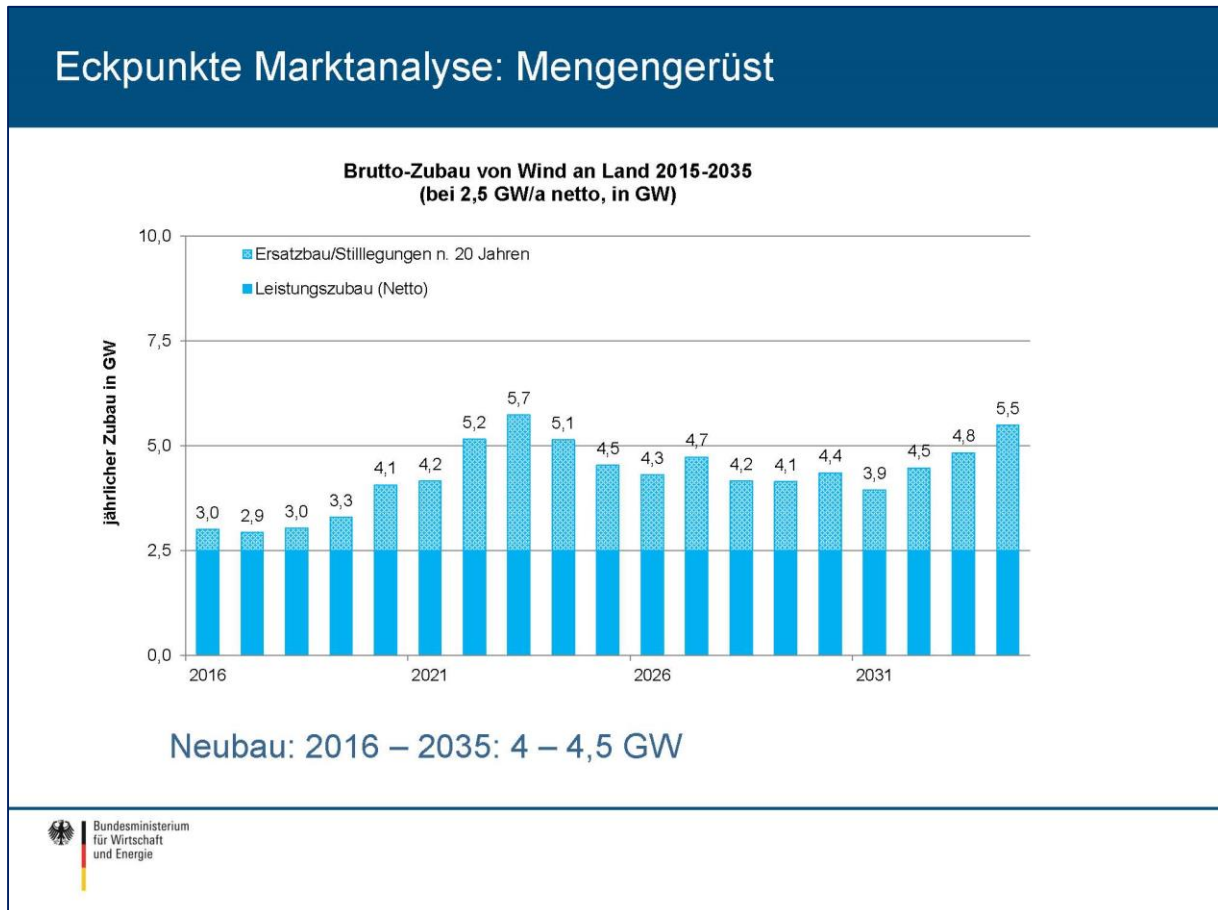


Abb. 2: Brutto-Zubau von Windenergieanlagen an Land 2015-2036, Quelle: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Die Ausgestaltung von Ausschreibungen der Förderung von Windenergie befindet sich noch im Diskussionsprozess. Die *Stiftung Umweltenergierecht* ist vom Bundeswirtschaftsministerium gebeten worden, im Rahmen ihrer Forschungsvorhaben zum Recht der Windenergienutzung die allgemeinen planungs- und genehmigungsrechtlichen Grundlagen für die Windenergie im Hinblick auf mögliche Anknüpfungspunkte für Präqualifikationsmerkmale zu untersuchen und so die Erstellung der Marktanalyse zu unterstützen. Hintergrund ist, dass gerade auch die stark schwankenden Planungszyklen in den Ländern großen Einfluss auf das Angebot an Flächen und den Zeitpunkt ihrer „Zurverfügungstellung“ haben und es eine Vielzahl von Hemmnissen gibt, die sich erst in einigen Jahren in den Zubauzahlen bemerkbar machen.

Die vorliegende *Würzburger Studie zum Umweltenergierecht* stellt das vorläufige Ergebnis dieses Analyseprozesses zum Gesamtplanungsrecht der Raumordnungs- und Bauleitplanung einerseits und zum Genehmigungsrecht andererseits dar. Dabei ist es nicht Ziel der Studie, spätere Präqualifikationsmerkmale zu bestimmen, sondern vielmehr lediglich den diesbezüglichen politischen Entscheidungsprozess aus rechtlicher Sicht zu unterstützen. Neben dieser rechtlichen Betrachtung wurde im Rahmen der Marktanalyse von der *Fachagentur Windenergie an Land e.V.* zudem eine Untersuchung zu Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land durchgeführt⁹; zwischen beiden Projekten erfolgte während der Bearbeitung ein Austausch.

II. Identifizierung von Präqualifikationsbedingungen

Mögliche Gesichtspunkte bei der Festlegung von Präqualifikationsbedingungen im Planungs- und Genehmigungsrecht

- Indizwirkung von Anknüpfungspunkten für die Realisierungswahrscheinlichkeit von Vorhaben und den Realisierungswillen des Vorhabenträgers
- Auswirkungen auf Angebotsmenge und -vielfalt
- Auswirkungen auf Akteursstruktur der Vorhabenträger
- Berücksichtigung der verschiedenen rechtlichen Gebietskulissen
- Praktikabilität
 - Erfüllungsaufwand für Vorhabenträger
 - Prüfaufwand für Ausschreibungsstelle

Präqualifikationsbedingungen müssen von Vorhabenträgern nachgewiesen werden, um überhaupt an einer Ausschreibung teilnehmen zu können. Die Bandbreite möglicher Anknüpfungspunkte – angefangen von der bloßen Projektidee über das Genehmigungsverfahren bis hin zur Errichtung der Anlage – ist dabei sehr weit.

Bei der hier zugrunde liegenden Untersuchung planungs- und/oder genehmigungsrechtlicher Anknüpfungspunkte für mögliche Präqualifikationsbedingungen stehen deren Indizfunktion für die Realisierungswahrscheinlichkeit des Vorhabens sowie den Realisierungswillen des Vorhabenträgers im Vordergrund. Realisierungswahrscheinlichkeit ist dabei als objektives Kriterium für die planungs- und genehmigungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens zu verstehen und ist von der subjektiven Risikoeinschätzung des Vorhabenträgers hinsichtlich der Realisierung eines Vorhabens unabhängig. Je höher die Anforderungen an Präqualifikationsbedingungen sind, desto stärker könnte auf die Realisierungswahrscheinlichkeit für das Vorhaben sowie

⁹ *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015.

auf den Realisierungswillen des Vorhabenträgers, d.h. die Ernsthaftigkeit, mit der das Vorhaben verfolgt wird, geschlossen werden. Die Anzahl nachträglicher Ausfälle kann so möglicherweise vermindert werden und zugleich dabei helfen, sicherzustellen, dass eine möglichst hohe Zahl an Vorhaben tatsächlich auch realisiert wird. Je geringer dagegen die Anforderungen ausgestaltet werden, desto höher könnten wiederum Angebotsmenge und -vielfalt ausfallen, was entsprechende Auswirkungen auf die Höhe der finanziellen Förderung („Zuschlagswert“) haben kann. Dabei sollte auch berücksichtigt werden, dass bestimmte Präqualifikationsbedingungen sowohl Auswirkungen auf die Akteursstruktur der Ausschreibungsteilnehmer haben als auch bestimmte Vorgehensweisen im Rahmen der Projektentwicklung bevorzugen und andere dadurch möglicherweise benachteiligen könnten. Das Ausschreibungsdesign sollte daher z.B. die verschiedenen rechtlichen Gebietskulissen weitestmöglich berücksichtigen (z.B. Vorhaben im Außenbereich einerseits und Vorhaben im Planbereich andererseits). Bei sehr kostenintensiven Anforderungen sollte zudem bedacht werden, dass diese zu einer Verteuerung der Projektrealisierung führen und damit die erhofften Einspareffekte einer wettbewerblichen Zuteilung der Förderung wieder aufwiegen könnten. Daneben könnten auch Praktikabilitäts Gesichtspunkte wie der Erfüllungsaufwand für den Vorhabenträger und der Prüfaufwand für die Ausschreibungsstelle bei der Auswahl von Präqualifikationsbedingungen eine nicht unwesentliche Rolle bei der Festlegung von Präqualifikationsbedingungen spielen.

Im Rahmen dieser Studie werden zunächst einige grundsätzliche Überlegungen angestellt, die sowohl im Rahmen der Betrachtung des Planungs- als auch des Genehmigungsrechts von Relevanz sind (C.). Anschließend werden – vor allem im Hinblick auf die Realisierungswahrscheinlichkeit und den Realisierungswillen –

- aus dem Bereich der räumlichen Gesamtplanung (D.)
 - o allgemeine Grundlagen und
 - o bestimmte planungsrechtliche Grundkonstellationen für die Windenergie (D. I.-III.)
- aus dem Bereich des Genehmigungsrechts (E.)
 - o allgemeine Grundlagen
 - o Teilschritte der Genehmigungsverfahren (E. II. 1.-2.)
 - o und die Instrumente der Verfahrensstufung (E. II. 3.-4.)

untersucht und einer Bewertung unterzogen.

C. Vorüberlegungen

Die maßgeblichen Unterschiede zwischen den rechtlichen Anforderungen an Photovoltaikfreiflächenprojekte einerseits und Windenergieprojekte andererseits (I.) verdeutlichen die Notwendigkeit technologiespezifischer Präqualifikationsbedingungen. Die Zusammenhänge von Planungs- und Genehmigungsrecht (II.) und eine kurze Betrachtung der unterschiedlichen Rol-

len der in Planungs- und Genehmigungsverfahren beteiligten Akteure (III.) liefern weitere Erkenntnisse, die hinsichtlich des Realisierungswillens des Vorhabenträgers und der Realisierungswahrscheinlichkeit von Projekten relevant sein können.

I. Vergleichbarkeit mit Rechtslage bei Photovoltaik-Freiflächenanlagen

Die planungs- und genehmigungsrechtliche Situation von Windenergieanlagen ist nicht mit der von PV-Freiflächenanlagen vergleichbar, insbesondere da es sich bei Windenergieanlagen um im Außenbereich privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB handelt.

Das Bundeskabinett hat am 28. Januar 2015 die vom Bundeswirtschaftsministerium vorgelegte Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen für die finanzielle Förderung von Photovoltaik-Freiflächenanlagen – Verordnung zur Ausschreibung der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen (Freiflächenausschreibungsverordnung – FFAV) – beschlossen. Die Verordnung bedarf nicht der Zustimmung des Bundestages oder des Bundesrates und soll im Februar 2015 mit der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten¹⁰. Neben einer finanziellen Sicherheit haben danach potentielle Teilnehmer der Ausschreibung gem. § 6 Abs. 4 FFAV einen Nachweis über das Vorliegen planungsrechtlicher Voraussetzungen zu erbringen:

„Den Geboten müssen jeweils die folgenden Nachweise beigefügt werden:

1. die Kopie

- a) eines Beschlusses über die Aufstellung oder Anwendung eines Bebauungsplans nach § 2 des Baugesetzbuchs, der zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Freiflächenanlage beschlossen worden ist,*
- b) eines Offenlegungsbeschlusses nach § 3 Absatz 2 des Baugesetzbuchs, der zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Freiflächenanlage ergangen ist, oder*
- c) eines beschlossenen Bebauungsplans im Sinne des § 30 des Baugesetzbuchs, der zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Freiflächenanlage aufgestellt oder geändert worden ist,*

[...]

Anknüpfungspunkte sind bei PV-Freiflächenanlagen damit verschiedene Schritte des zeitlich gestreckten Planaufstellungsverfahrens sowie der Bebauungsplan selbst. Das Vorliegen eines beschlossenen Bebauungsplans gem. § 30 BauGB kann nachgewiesen werden (Nr. 1c). Ausreichend ist jedoch auch bereits der Nachweis eines Offenlegungsbeschlusses im zeitlichen Vorgang zur Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 3 Abs. 2 BauGB (Nr. 1b) oder auch schon das Vor-

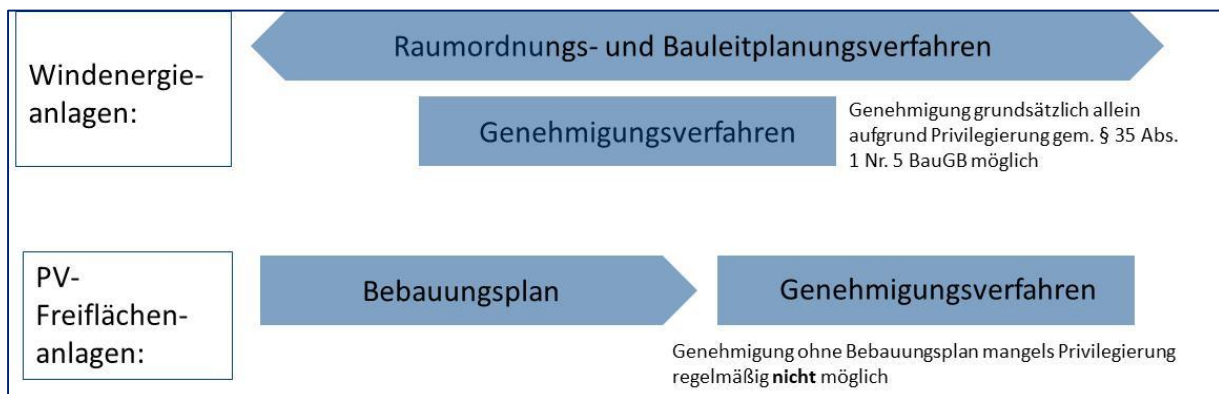
¹⁰ Abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/verordnung-zur-einfuehrung-von-ausschreibungen-der-finanziellen-foerderung-fuer-freiflaechenanlagen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

Anknüpfungspunkte für die Präqualifikation bei Ausschreibungen für Windenergie an Land

liegen eines bloßen Planaufstellungs- oder -änderungsbeschlusses gem. § 2 BauGB, der zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Freiflächenanlage beschlossen worden ist (Nr. 1a).

Hintergrund für die Anknüpfung an einen Bebauungsplan bzw. bestimmte Fortschritte eines Aufstellungsverfahrens im Falle von PV-Freiflächenanlagen ist, dass Freiflächenanlagen mangels bauplanungsrechtlicher Privilegierung im Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 BauGB praktisch¹¹ nur bei Vorliegen eines entsprechenden Bebauungsplanes überhaupt baurechtlich und damit auch genehmigungsrechtlich zulässig sind. Hinzu kommt, dass das Vorliegen eines Bebauungsplans für diese auch bislang schon im EEG zur Voraussetzung der Förderung gemacht wurde (vgl. § 32 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2012), mithin die Bedingung seines Vorliegens für die Förderung nur zeitlich in den Bereich der Präqualifikation vorgezogen wird.

Anders als bei Windenergieanlagen, deren Realisierung auf Grundlage eines Bebauungsplans nur eine – wohl selten genutzte¹² – Möglichkeit unter mehreren darstellt, werden bei PV-Freiflächenanlagen durch die Anknüpfung des FFAV an das Bebauungsplanrecht nicht bestimmte planungsrechtliche Realisierungsmöglichkeiten gegenüber anderen bevorzugt. Dies aber wäre bei einer alleinigen Übertragung der in dem FFAV gewählten Anknüpfungspunkte auf Projekte der Windenergie der Fall. Als gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierte Vorhaben bedarf ihre Realisierung grundsätzlich keinerlei vorangehender planerischer Aktivitäten¹³. Wo planerische Ausweisungen zur räumlichen Steuerung der Windenergie erfolgen, dienen sie der Bewältigung des durch die allgemeine gesetzliche Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich erzeugten Koordinierungsbedarfs und führen in der Praxis zumeist zu einer räumlichen Beschränkung ihrer Zulässigkeit. Eine alleinige Anknüpfung einer Präqualifikation an das Instrument des Bebauungsplans würde dem Außenbereichsregime des § 35 BauGB die Bedeutung nehmen.



¹¹ Rechtlich ist zwar eine Genehmigung über § 35 Abs. 2 BauGB theoretisch möglich, aufgrund der bestehenden Restriktionen – unzulässig sind solche Vorhaben bereits, wenn sie öffentliche Belange nur beeinträchtigen – praktisch jedoch kaum denkbar. Vgl. hierzu auch *Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis*, 2. Aufl. 2013, S. 159 f.

¹² Vgl. die diesbezüglichen Ergebnisse der Studie der *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015.

¹³ Näher hierzu sogleich unter C. II.

II. Zusammenhang zwischen Planungs- und Genehmigungsrecht

Kennzeichnung des Verhältnisses von Planungs- und Genehmigungsrecht durch

- Grundsätzliche Unabhängigkeit der Planungen von konkreten Vorhaben
- Genehmigungsfähigkeit von WEA allein aufgrund planeretzender gesetzlicher Regelungen
- Reaktionsmöglichkeiten der Planungsträger auf konkrete Vorhaben durch Planungen und Plansicherungsinstrumente mit Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens
- Erst das Vorliegen einer Genehmigung hindert die Auswirkung veränderter Planungsgrundlagen auf ein Vorhaben

Das Planungsrecht hat die Funktion der Koordinierung der in einem späteren Genehmigungsverfahren zu bewältigenden konkreten, rechtsverbindlichen Entscheidungen über Zulässigkeit und Unzulässigkeit bestimmter Bodennutzungen. Es hilft bei der Sicherung der Ziele des Allgemeinwohls und der Vereinbarkeit gegenläufiger Interessen mit dem Mittel der vorausschauenden Planung¹⁴. Aufgabe des Genehmigungsverfahrens ist demgegenüber die Prüfung der Zulässigkeit einer konkreten Anlage an einem konkreten Standort anhand der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften und Planungen.

¹⁴ Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. 2009, Einleitung, Rn. 5.

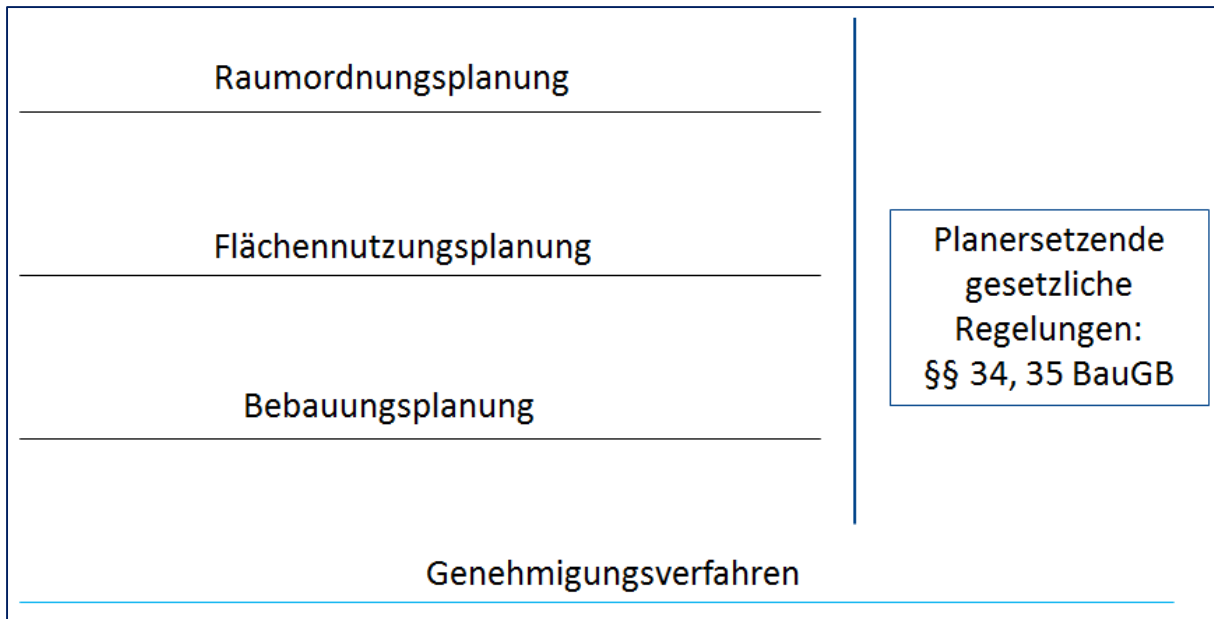


Abb. 4: Planungsebenen

Aufgrund fehlender Außenbereichsprivilegierung sowie der Verknüpfung der Förderung von Freiflächenanlagen mit dem Vorliegen eines Bebauungsplanes über das EEG muss zunächst durch eine Gemeinde ein Bebauungsplan geschaffen werden, bevor das – gegebenenfalls bereits parallel geführte – Genehmigungsverfahren zum Abschluss gebracht werden kann. Der dadurch möglicherweise entstehende Eindruck, Planungs- und Genehmigungsverfahren verhielten sich zueinander in einem bestimmten zeitlichen Verhältnis, täuscht über ihren eigentlichen normativen Zusammenhang hinweg. Verfahren der Gesamtplanung (überörtliche Raumordnungsplanung und örtliche Bauleitplanung) sind grundsätzlich und ihrer koordinativen Funktion entsprechend unabhängig von konkreten Vorhaben¹⁵.

¹⁵ Ausnahme: vorhabenbezogener Bebauungsplan gem. § 12 BauGB.

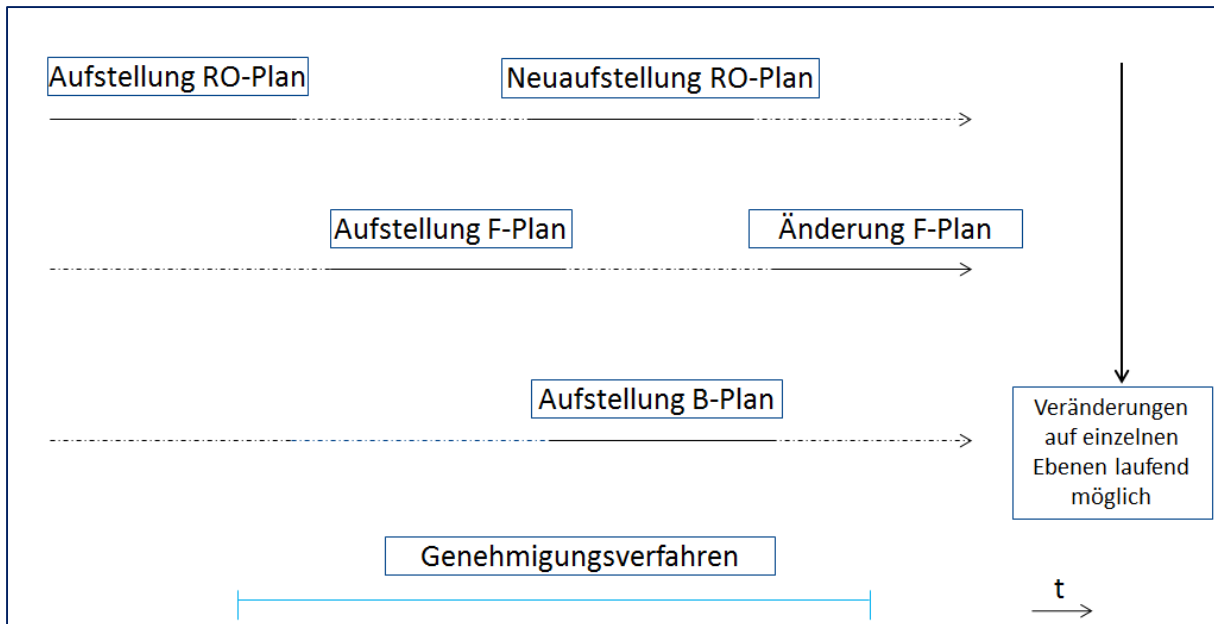


Abb. 5: Zeitliche Dynamik der Gesamtplanung

Das Raumordnungsgesetz sieht ausdrücklich in § 7 Abs. 1 Satz 1 ROG vor, dass die Inhalte seiner Planwerke auf einen mittelfristigen Zeitraum hin anzulegen sind, in dem sie die räumliche Entwicklung gestalten sollen¹⁶. Sie bilden den Rahmen, der durch weitere Planungsschritte und Genehmigungsverfahren ausgefüllt wird. Nichtsdestotrotz können sie durch die Planungsträger gerade auch als Reaktion auf den durch konkrete Vorhaben ausgelösten neuen Koordinationsbedarf angepasst werden. Mittels der für alle Planungsebenen vorhandenen Plansicherungsinstrumente¹⁷ kann dann die Durchsetzung von dem Vorhaben entgegenstehender Vorgaben erreicht werden, da sie – vereinfacht ausgedrückt – die Entscheidung über ein Vorhaben bis zum Inkrafttreten des jeweiligen Planes verhindern. Genehmigungsrechtlich ist grundsätzlich diejenige planungsrechtliche Situation maßgeblich, die zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung vorliegt¹⁸. Vor diesem Zeitpunkt liegende planungsrechtliche Änderungen müssen deshalb stets berücksichtigt werden. Erst mit dem Eintritt der Bestandskraft erteilter Genehmigungen werden diese gegen Veränderungen der planungsrechtlichen Situation durch ihre Legalisierungswirkung geschützt¹⁹. Hier zeigt sich, dass die Indizfunktion planungsrechtlicher Anknüpfungspunkte für die Realisierungswahrscheinlichkeit von Vorhaben

¹⁶ Dies soll einen Zeitraum von etwa 25 Jahren umfassen, *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 7 Rn. 7. In den Landesgesetzen finden sich aber teils deutlich kürzere Fristen, innerhalb derer eine Anpassung der Pläne an veränderte Umstände stattfinden muss. Die Rechtsfolgen bei Zeitablauf weichen voneinander ab, vgl. § 6 Abs. 6 HLPIG (8 Jahre für Regionalpläne); § 4 Abs. 8 HLPIG (10 Jahre für den Landesentwicklungsplan); § 5 Abs. 7 NROG für Regionalpläne.

¹⁷ Vgl. § 14 ROG, §§ 14, 15 BauGB. Vgl. hierzu auch sogleich Abb. 6.

¹⁸ Für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 6 Rn. 4.

¹⁹ Diese Wirkung geht über die formelle Bestandskraft der Genehmigung mit Ablauf der Rechtsbehelfsfristen hinaus und ist der materiellen Bestandskraft zuzurechnen. Sie verwehrt staatlichen Stellen gegen das Vorhaben in der Reichweite der Genehmigungswirkung vorzugehen, soweit diese nicht aufgrund besonderer Vorschriften aufgehoben oder geändert werden kann, vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 14. Aufl. 2013, § 43 Rn. 29, 31.

lediglich relativ ist, bedeutet dies doch, dass eine einmal erreichte planungsrechtliche Situation sich schon vor Abschluss eines Vorhabens erneut ändern kann.

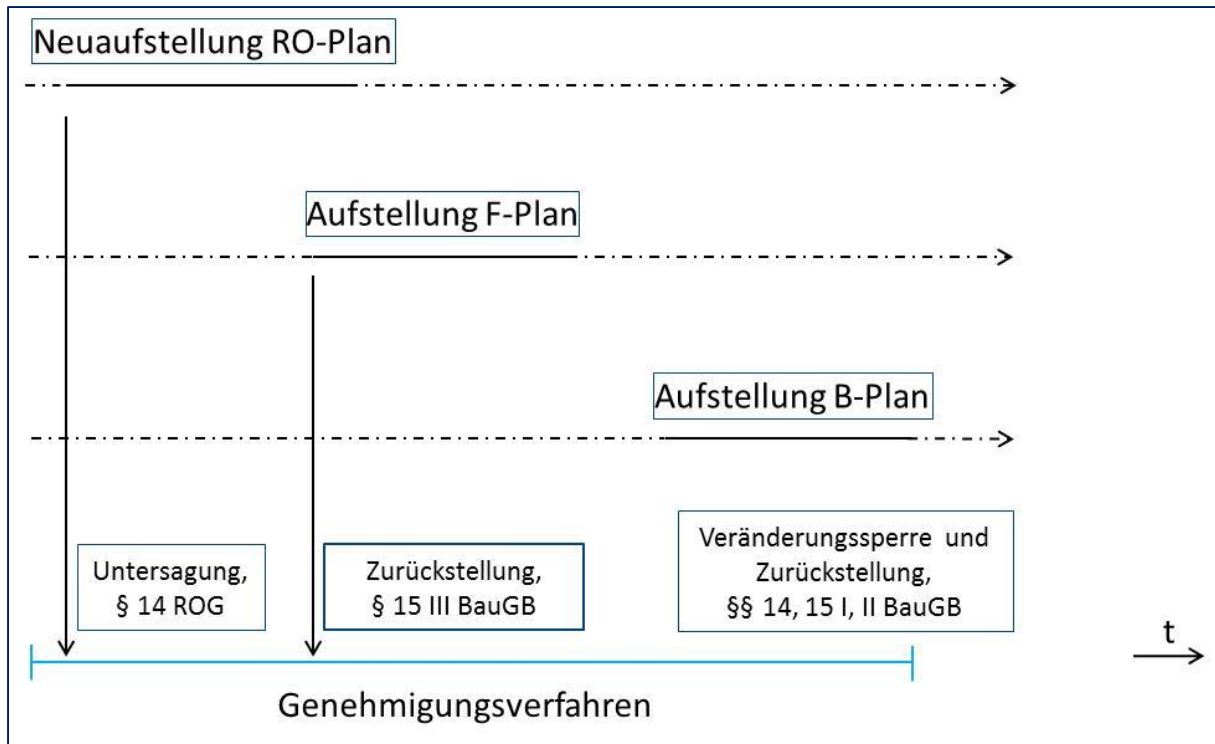


Abb. 6: Planungssicherungsinstrumente in der Gesamtplanung

Weiterhin ist zu beachten, dass die Existenz der planeretzenden Vorschrift des § 35 BauGB dazu führt, dass es einer vorangehenden planerischen Aktivität unter dem Gesichtspunkt der Genehmigungsfähigkeit von privilegierten Vorhaben in der Regel nicht bedarf. § 35 BauGB enthält ein grundsätzlich vollständiges, wenn auch nicht allen Problemlagen gerecht werdendes Entscheidungsprogramm bereits auf Gesetzesebene. Genehmigungsverfahren werden dann ohne jede vorangehende Planung mit spezifischen Vorgaben für das Vorhaben allein auf Grundlage der gesetzlichen Regelungen durchgeführt. Planerisches Handeln ist deshalb nur dann erforderlich²⁰, wenn bereits Festsetzungen existieren, die die Realisierung des Vorhabens verhindern oder entgegenstehende Belange im Wege der planerischen Abwägung überwunden werden sollen. Allein das Fehlen spezifisch planerischer Festlegungen für ein Windenergievorhaben erlaubt jedenfalls nicht den Schluss auf einen Mangel an Realisierungswahrscheinlichkeit.

²⁰ Der ungeschriebene Belang des Planungserfordernisses gem. § 35 Abs. 3 BauGB ist zumindest für Windenergievorhaben nicht einschlägig und wird deshalb hier nicht näher behandelt, vgl. Hinsch, in: Schulz, Handbuch Windenergie 2014, Kap. 3 Rn. 152.

III. Rolle einzelner Akteure

Soll planungs- und genehmigungsrechtlichen Anknüpfungspunkten für Präqualifikationsbedingungen eine gewisse Indizfunktion für den Realisierungswillen des Vorhabenträgers zukommen, stellt sich die Frage, welche Handlungs- und Einflussmöglichkeiten den Vorhabenträgern überhaupt zur Verfügung stehen. Eine rechtliche Betrachtung kann hier nur die formell vorgesehenen Einflussmöglichkeiten einbeziehen. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein nicht unerheblicher Teil der Verständigung zwischen Vorhabenträgern und staatlichen Stellen auf informelle Weise erfolgt²¹.

Die Verfahren der planerischen Rechtssetzung werden rechtlich klar von staatlichen Akteuren dominiert. Sie leiten die Verfahren ein, wählen die relevanten Gesichtspunkte aus, wägen diese untereinander ab und erlassen die Pläne nach Maßgabe der hierfür relevanten Gesetze. Der Einfluss von Vorhabenträgern ist hier auf die Abschnitte der Öffentlichkeitsbeteiligung²² oder auf informelle Zugänge zu den Planungsträgern beschränkt. Für die Bauleitplanung wird auch materiell-rechtlich klargestellt, dass ein Anspruch auf die Aufstellung von Bauleitplänen weder besteht noch begründet werden kann, § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB. Dies gilt aber in gleicher Weise auch für die Pläne der Raumordnung. Vorhabenträger werden auf die Mittel des „nach-sorgenden“ Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten verwiesen, die ihrerseits jedoch auf Planvorgaben mit Außenwirkung sowie im Übrigen auf eine bloße Rechtskontrolle staatlicher Planungen beschränkt sind und die planerische Freiheit des jeweiligen Planungsträgers zu respektieren haben²³. Hierbei gelang es Vorhabenträgern in der Vergangenheit zwar in zahlreichen Fällen, für sie nachteilige Planfestsetzungen erfolgreich gerichtlich anzugreifen²⁴. Solcherlei pathologische Fälle stellen aber dennoch nicht den Normalfall dar und eignen sich insoweit nicht als Grundlage für gesetzliche Regelungen.

Hiervon weicht in gewissem Maße die Rollenverteilung in den relevanten Genehmigungsverfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (näher unter E.) ab. Dieses wird nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag eines Vorhabenträgers hin eingeleitet (§ 10 Abs. 1 Satz 1 BImSchG). Bei Immissionsschutz- und baurechtlichen Genehmigungsvorbehalten handelt es

²¹ Zum Informellen Verwaltungshandeln des Staates und seinen Grenzen allgemein *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 15 Rn. 14 ff. Im Grunde handelt es sich hier um eine rechtssoziologische Fragestellung, die ohne empirische Untersuchungen nicht umfänglich zu beantworten ist. Die hier vorgenommene Beleuchtung der relevanten gesetzlichen Regelungen kann nur einen Anhaltspunkt für die tatsächlichen Verhältnisse geben, erlaubt aber keine validen Schlussfolgerungen.

²² Im Rahmen der Auslegungen ist es Jedermann möglich, Stellungnahmen abzugeben, vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BauGB; § 10 Abs. 1 Satz 1 ROG sowie die jeweiligen Landesvorschriften.

²³ Zur Kontrolldichte der Gerichte *Kopp/Schenke/Schenke*, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 47 Rn. 115.

²⁴ Einen Überblick zu den gerade in den letzten Jahren relevanten Auseinandersetzungen um sog. Windkonzentrationszonen geben *Hendler/Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, *DVBl* 2014, S. 1369 sowie *Tyczewski*, Konzentrationszonen für Windkraftanlagen rechtssicher planen – Illusion oder Wirklichkeit? *BauR* 2014, S. 934.

sich um präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt²⁵. Dem Antragsteller steht hier ein entsprechender Anspruch auf Erteilung der Genehmigung bei Vorliegen aller Genehmigungsvoraussetzungen zu, ohne dass der Genehmigungsbehörde ein eigener Entscheidungsspielraum zukommt²⁶. Sie ist auf die Anwendung des zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung geltenden Rechts beschränkt. Der Vorhabenträger kann durch Beibringen aller notwendigen Verfahrensunterlagen die Voraussetzungen für eine Bescheidung grundsätzlich selbst schaffen. Nichtsdestotrotz besitzt die handelnde Behörde im Wesentlichen die Kontrolle über das Verfahren²⁷, Rechtsschutz gegen einzelne Verfahrenshandlungen bzw. Unterlassungen sind selbständig nicht vorgesehen, § 44a VwGO. Hinzu kommt, dass die Planungsträger auch während des Genehmigungsverfahrens die Möglichkeit behalten, auf Vorhaben, die der Umsetzung ihrer planerischen Vorstellungen entgegenstehen, mit Neu- oder Änderungsplanungen und der Anwendung von Sicherungsinstrumenten zu reagieren.

Trotz der gegenüber dem Planungsrecht stärkeren Stellung von Vorhabenträgern im Genehmigungsverfahren ist auch diese relativ schwach, solange es an einer verfahrensabschließenden Entscheidung fehlt oder die Verwaltung nicht völlig untätig bleibt. In beiden Rechtsbereichen ist es deshalb schwierig, in typisierender Weise einen Zusammenhang zwischen Handlungen von Vorhabenträgern und der Schaffung einer einem Vorhaben günstigen rechtlichen Situation herzustellen. Das normierte Verfahrensrecht ist zwar nicht blind für die im Bereich des informellen Handelns liegende Zusammenarbeit zwischen staatlichen Institutionen und sieht eine solche teils explizit²⁸, teils implizit²⁹ vor. Deren genauer Ablauf und die daraus erwachsenden Konsequenzen für die Position des jeweiligen Akteurs sind jedoch mit rechtlichen Kategorien nur schwierig und wenn, dann nur im negativen Sinne³⁰ zu erfassen.

IV. Zwischenergebnis

Aus dem Vergleich mit der Rechtslage für Photovoltaik-Freiflächenanlagen ergibt sich, dass eine schlichte Übertragung von Anknüpfungspunkten auf die Situation für Windenergieanlagen nicht angemessen, vielmehr die Notwendigkeit einer technologiespezifischen Wahl der

²⁵ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 4 Rn. 42.

²⁶ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 6 Rn. 42, der auch darauf hinweist, dass sich angesichts der Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen die tatsächlichen Unterschiede zu einer Ermessensentscheidung jedoch in Grenzen halten, Rn. 43.

²⁷ Derer bedarf sie auch, um dem Untersuchungsgrundsatz gem. § 24 VwVfG gerecht zu werden.

²⁸ Vgl. die in § 13 ROG ausdrücklich vorgesehene raumordnerische Zusammenarbeit u.a. mit der Wirtschaft, *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 1 Rn. 80.

²⁹ Damit kommunale Planungsträger von den gem. § 1 Abs. 6 Nr. 8 a) BauGB in der Bauleitplanung zu berücksichtigenden Belangen der Wirtschaft überhaupt erfahren und diese angemessen bewerten können, muss ein gewisser Austausch zwischen Kommunen und Wirtschaftsakteuren stattfinden. Dies geht über eine Beteiligung im Rahmen konkreter Aufstellungsverfahren hinaus.

³⁰ Bspw. wenn es aufgrund informeller Kontakte zu unzulässigen Vorfestlegungen und in der Folge zu einem Abwägungsausfall im Sinne der planungsrechtlichen Abwägungsfehlerlehre kommt. Zu den Grenzen informellen Verwaltungshandelns allgemein *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 15 Rn. 21; Zu „Genehmigungsabsprachen“ im immissionsschutzrechtlichen Verfahren *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 18.

Anknüpfungspunkte für Präqualifikationsmerkmale besteht. Die rechtlichen Verknüpfungen von Planungs- und Genehmigungsrecht verbieten hierbei die isolierte Betrachtung bloß eines der beiden Rechtsbereiche und fordern zur Zusammenschau auf. Der Begriff der Realisierungswahrscheinlichkeit ist in beiden Gebieten auf die Wahrscheinlichkeit der Vorhabengenehmigung als Bedingung für ihre Realisierung bezogen. Planerische Konstellationen können dabei nur Indiz für die planungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit als Teilbedingung der weiteren Bedingungen umfassenden Vorhabengenehmigungsfähigkeit besitzen. Für andere Voraussetzungen der Projektverwirklichung können Planungs- und Genehmigungsrecht keine Indizwirkung haben. Gleichzeitig ist es in beiden Bereichen, trotz im Einzelnen unterschiedlich stark ausgeprägter Rollen der Vorhabenträger, schwierig, in typisierender Weise vom Erreichen einer bestimmten Planungssituation³¹ oder eines bestimmten Stadiums im Genehmigungsverfahren auf den Realisierungswillen von Vorhabenträgern zu schließen. Insoweit wird die Indizwirkung planungs- und genehmigungsrechtlicher Anknüpfungspunkte für die Realisierungswahrscheinlichkeit von Vorhaben im Vordergrund der weiteren Betrachtungen stehen.

D. Planungsrecht

Differenzierung zwischen drei Grundkonstellationen für WEA

- Vorhaben im Außenbereich ohne windenergiespezifische Vorgaben
- Vorhaben im Außenbereich mit windenergiespezifischen Vorgaben
- Vorhaben im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplans

Explizit auf Windenergieprojekte bezogene normative Vorgaben können sich sowohl auf der raumordnerischen Ebene der Regionalplanung³² als auch in den Planwerken der kommunalen Bauleitplanung befinden. Die Planungskaskade der Gesamtplanung – von der hochstufigen Landesplanung bis zur gemeindlichen Bauleitplanung – bewirkt eine fortlaufende Konkretisierung raumbezogener Belange³³.

³¹ Eine Ausnahme bildet insoweit der vorhabenbezogene Bebauungsplan, vgl. unten D. III.

³² Die wenigen auch in landesweiten Raumordnungsplänen auffindbaren Aussagen mit Bedeutung für Windenergievorhaben bedürfen hier keiner näheren Betrachtung.

³³ *Spannowsky*, Aufgabe und Kompetenz des Bundes zur Konkretisierung der bundesgesetzlichen Grundsätze der Raumordnung durch einen Raumordnungsplan nach § 17 Abs. 1 ROG, UPR 2013, S. 54.

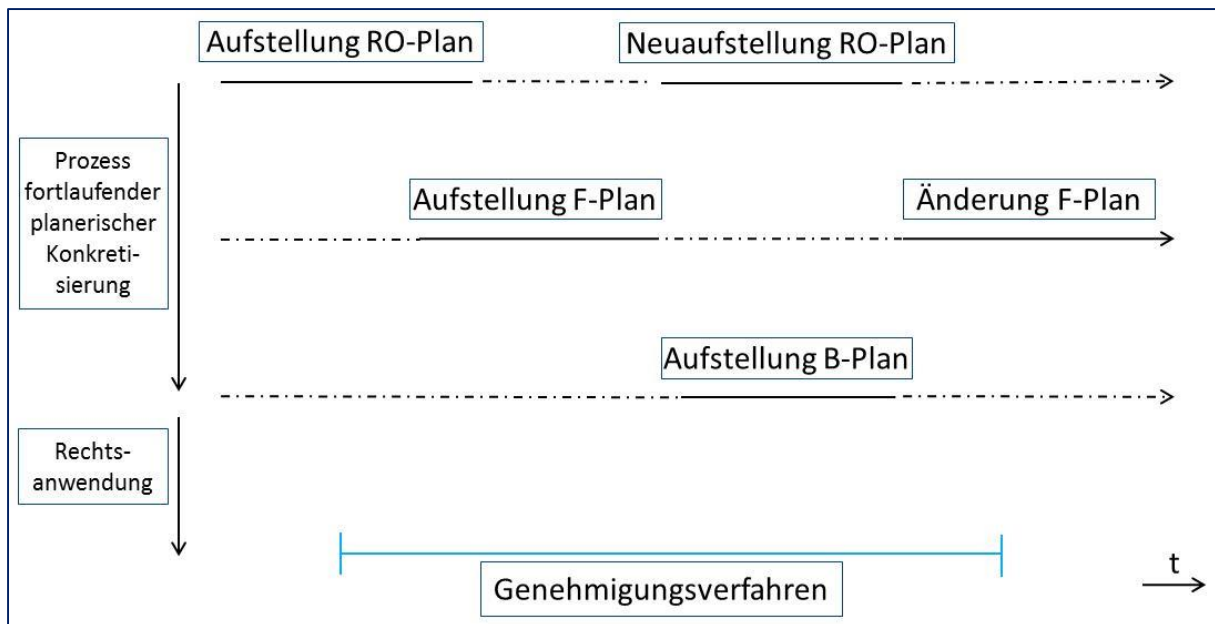


Abb. 7: Planerische Konkretisierung und Rechtsanwendung

Dabei unterliegt die jeweils untere Ebene einer Bindung an die obere(n) Planungsebene(n)³⁴ – über das Gegenstromprinzip³⁵ sind aber auch Entwicklungen der unteren Ebenen von den oberen aufzunehmen. Trotz der rechtlichen Bindungswirkungen besteht auf jeder Planungsebene eine planerische Freiheit, die nicht nur mit der Verkleinerung des Planungsmaßstabes gegenüber der vorangehenden Ebene und der damit verbundenen räumlichen Konkretisierung von Ausweisungen einhergeht, sondern auch zur Erfüllung der den einzelnen Ebenen zugewiesenen spezifischen Aufgaben und der Koordinierung der dort jeweils relevanten Belange erforderlich ist³⁶. Hiervon abweichend hat der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des § 35 BauGB den letzten Schritt planerischer Konkretisierung durch ein typisierendes Zulassungsregime ersetzt, jedoch rückgebunden an höherrangige planerische Vorgaben insbesondere gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB (Darstellungen des Flächennutzungsplans), gemäß Satz 2 (Bindung an Ziele der Raumordnung) und gemäß Satz 3 (regelmäßiger Ausschluss von Vorhaben außerhalb von Konzentrationszonen). Vereinfachend bedeutet dies, je geringer die planerischen Vorgaben sind, desto größer ist die planerische Freiheit der nachfolgenden Ebenen. Gleichzeitig wächst damit aber auch die Gefahr von erst im Genehmigungsverfahren zu Tage tretenden Konflikten mit anderen Belangen, die nicht bereits zuvor vorausschauend mit den Mitteln der Planung bewältigt worden sind.

³⁴ Die Ausgestaltung dieser Wirkung zwischen den einzelnen Ebenen unterscheidet sich erheblich. Findet sich zwischen Landesentwicklungsplan und Regionalplan einerseits, § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG, sowie Flächennutzungsplan und Bebauungsplan andererseits, § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB, ein „Entwicklungsgebot“, so besteht im Verhältnis der Ziele der Raumordnung zur Bauleitplanung das in zeitlicher Hinsicht und der Sache nach striktere Anpassungsgebot, § 1 Abs. 4 BauGB.

³⁵ Allgemein, § 1 Abs. 3 ROG. Speziell für den Regionalplan vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG.

³⁶ Vgl. einerseits § 1 Abs. 1, Abs. 2 BauGB sowie andererseits § 1 Abs. 1 ROG.

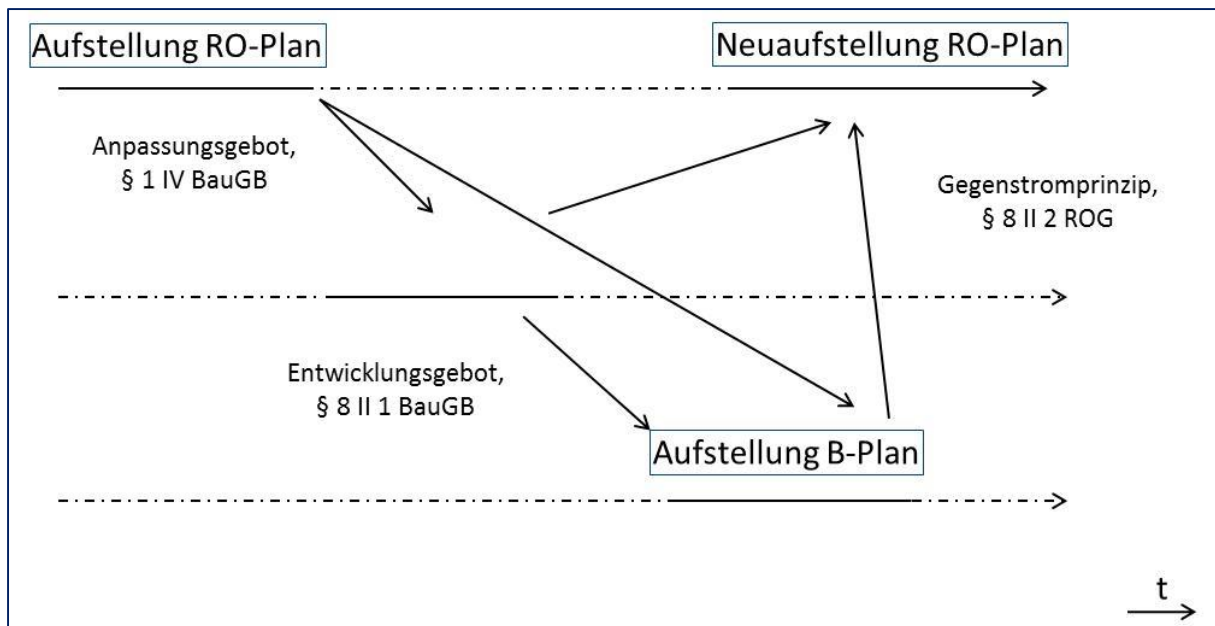


Abb. 8: Verschränkungen der Planungsebenen

Mit Blick auf konkrete Vorhaben sind die planerischen Vorgaben, in welchem Umfang sie auch vorhanden sind, im Rahmen der hier relevanten bauplanungsrechtlichen Zulassungsregime der §§ 30, 35 BauGB abzuarbeiten. Hiervon ausgehend soll im Folgenden für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen zwischen Vorhaben im Außenbereich i.S.v. § 35 BauGB ohne das Vorhandensein weiterer windenergiespezifischer Ausweisungen (dazu unter I.), solchen im Außenbereich mit windenergiespezifischen Ausweisungen (dazu unter II.) sowie Vorhaben im Plangebiet eines qualifizierten Bebauungsplans i.S.v. § 30 BauGB (dazu unter III.) unterschieden werden³⁷. Die planungsrechtlichen Anforderungen von Vorhaben der ersten beiden Konstellationen ergeben sich aus § 35 BauGB. Ihnen ist gemein, dass hier die mediatisierende Wirkung eines Bebauungsplanes fehlt und Genehmigungsbehörden deshalb auch die Vorgaben der Raumordnung und Flächennutzungsplanung gem. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bzw. Abs. 3 Sätze 2 und 3 BauGB zu prüfen haben³⁸. Die Ausdifferenzierung der Außenbereichsfälle in zwei Unterfälle rechtfertigt sich zum einen dadurch, dass dies die gesetzliche Grundsystematik widerspiegelt, wonach es spezifischer Ausweisungen von Windenergievorhaben nicht bedarf, um auf der Grundlage des § 35 BauGB zu einer planungsrechtlichen Zulässigkeit zu gelangen – die zweite Fallgruppe erscheint insoweit als Ausnahmefall. Windenergiespezifische planerische Vorgaben führen zudem zu einer starken räumlichen Differenzierung der Zulässigkeit von Windenergievorhaben in Abweichung zur grundsätzlichen Außenbereichsprivilegierung, so dass auch insoweit eine Unterscheidung gerechtfertigt ist. Ist ein Be-

³⁷ § 34 BauGB, der den planungsrechtlichen Innenbereich betrifft, ist nur für die hier nicht im Fokus der Betrachtung stehenden Kleinwindanlagen relevant, vgl. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, S. 160.

³⁸ Vgl. § 35 Abs. 3 Sätze 2 und 3 BauGB für die Raumordnung sowie § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 3 für die Flächennutzungsplanung.

Anknüpfungspunkte für die Präqualifikation bei Ausschreibungen für Windenergie an Land

bauungsplan dagegen vorhanden (Konstellation III.), so sind im Rahmen seiner Aufstellung bereits die Vorgaben der Raumordnung aufgrund des Anpassungsgebotes des § 1 Abs. 4 BauGB und des Flächennutzungsplanes als Entwicklungsgrundlage des Bebauungsplanes zu beachten gewesen. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit ergibt sich dann insgesamt aus den Festsetzungen des Bebauungsplans i.V.m. § 30 BauGB. Einer erneuten Prüfung der Vorgaben höher-rangiger Planungsebenen bedarf es nicht³⁹.

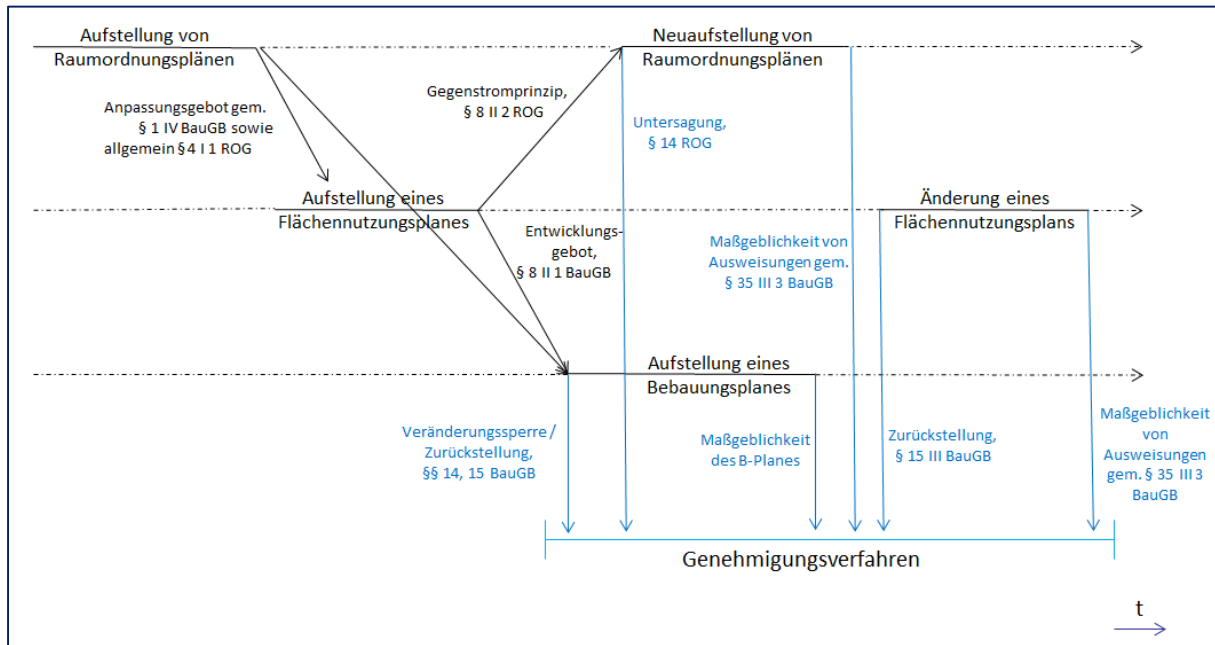


Abb. 9: Gesamtübersicht Planung und Genehmigung

Während bei der konkreten Auswahl von Präqualifikationsbedingungen auch die einzelnen Verfahrensschritte der Planungsverfahren in den Blick zu nehmen sind (vgl. die folgenden Abbildungen), um die Möglichkeit einer Anknüpfung an zeitlich vor dem fertigen Planwerk liegende Verfahrensschritte zu diskutieren, sollen im Rahmen dieses Papiers lediglich die Grundfälle und die Konsequenzen für hieran anknüpfende Präqualifikationsbedingungen betrachtet werden.

³⁹ Ob Behörden überhaupt eine Prüfungskompetenz oder sogar eine weitergehende Verwerfungskompetenz für Bebauungspläne, Flächennutzungspläne und Planwerke in Gesetzes- und Verordnungform zusteht, wird nicht einheitlich beurteilt, *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 1945 f., *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 4 Rn. 60 ff.

Anknüpfungspunkte für die Präqualifikation bei Ausschreibungen für Windenergie an Land

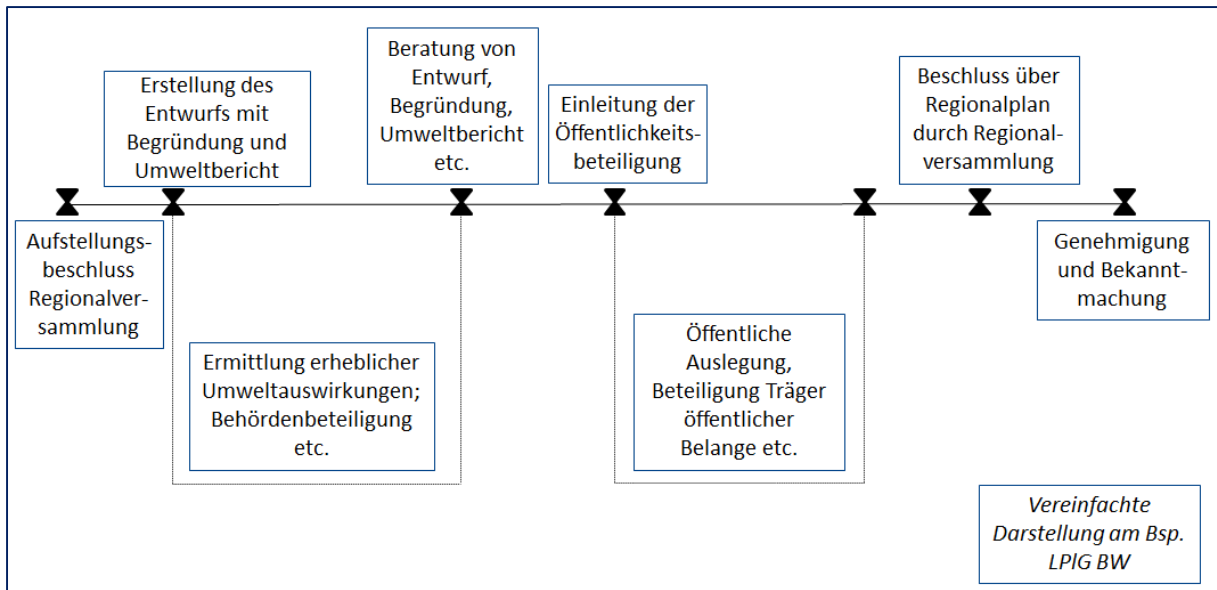


Abb. 10: Teilschritte Aufstellungsverfahren Regionalplan

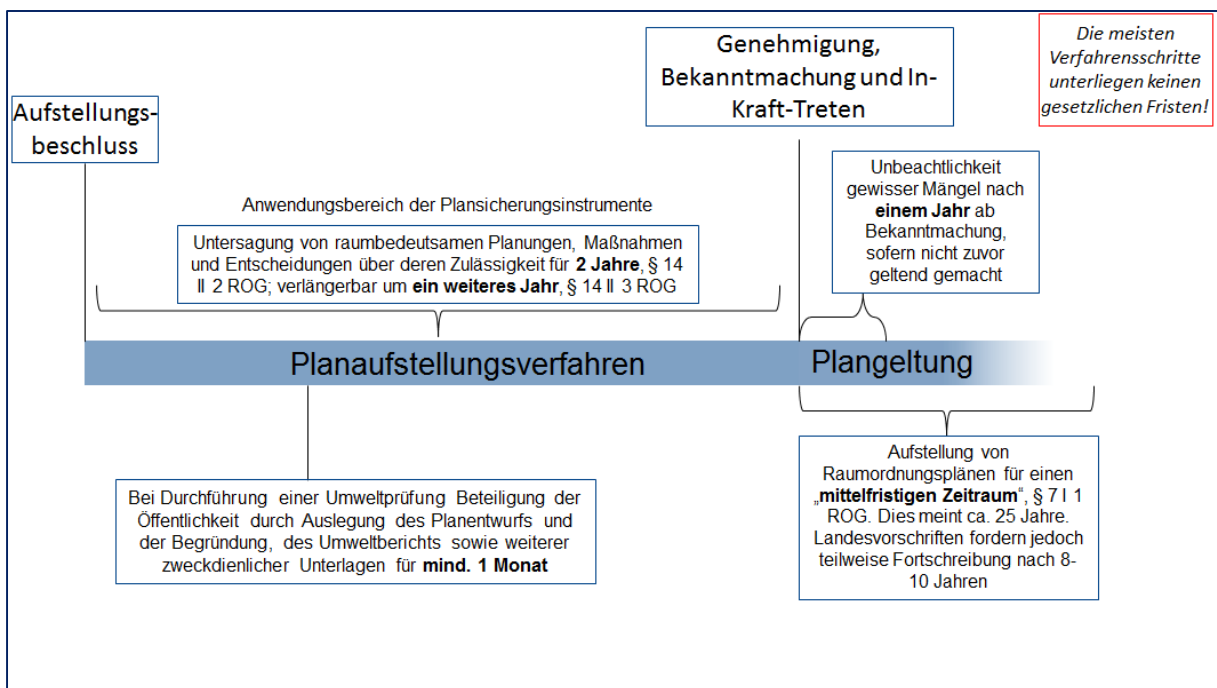


Abb. 11: Gesetzliche Fristen in der Raumordnungsplanung

Anknüpfungspunkte für die Präqualifikation bei Ausschreibungen für Windenergie an Land

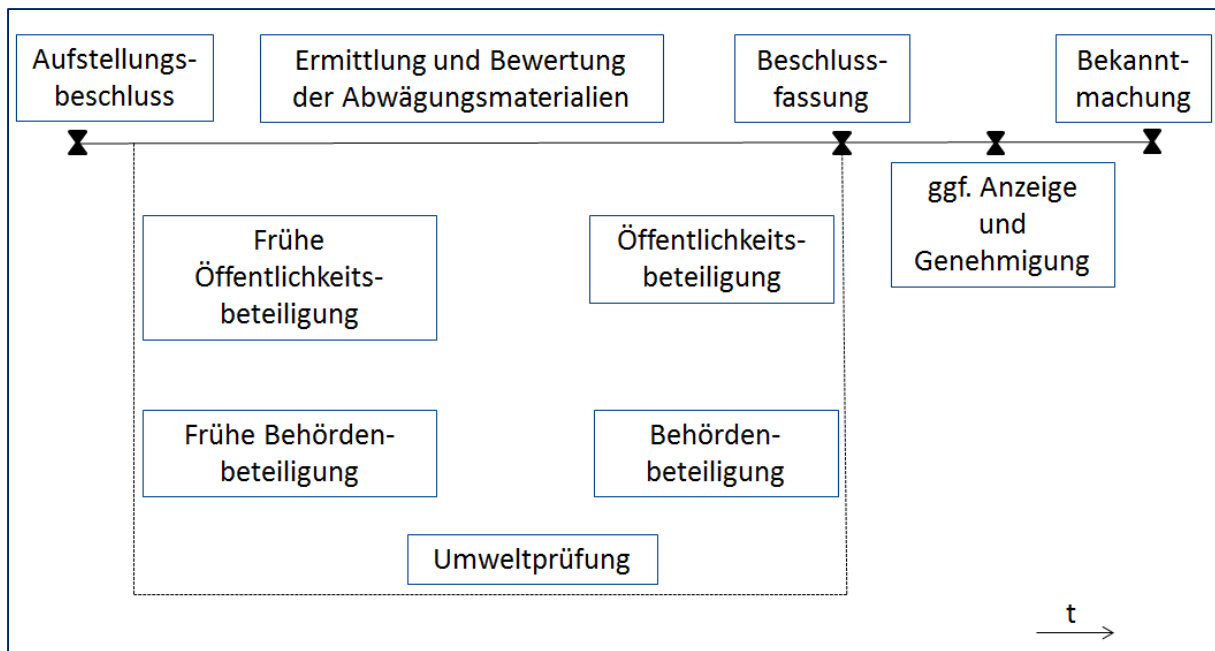


Abb. 12: Teilschritte Aufstellungsverfahren Bauleitplan

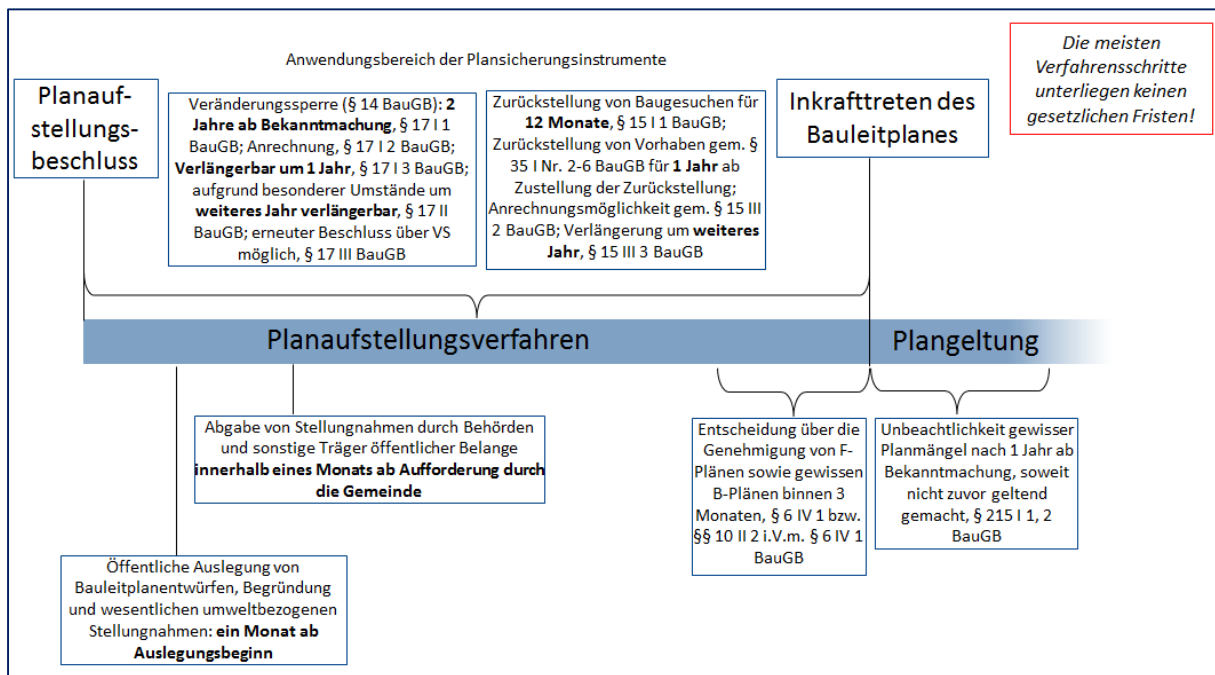


Abb. 13: Gesetzliche Fristen in der Bauleitplanung

I. Fälle im Außenbereich ohne windenergiespezifische Planvorgaben

Anknüpfung an Vorhaben im Außenbereich ohne windenergiespezifische Planvorgaben

- (+) Erhöhte Durchsetzungsfähigkeit von WEA als privilegiertes Vorhaben gegenüber anderen öffentlichen Belangen
- (-) Möglichkeit entgegenstehender öffentlicher Belange mindert Realisierungswahrscheinlichkeit, da keine windenergiebezogene vorgelagerte planerische Konfliktbewältigung
- (-) Möglichkeit der Durchsetzung eines entgegenstehenden Planungswillens einer Gemeinde
- (-) Wahl als alleiniger Anknüpfungspunkt führt zum Ausschluss von Vorhaben der anderen Konstellationen von Ausschreibungsverfahren

Windenergieanlagen sind an zahlreichen Standorten im Außenbereich planungsrechtlich zulässig, ohne dass es einer auf das Vorhaben bezogenen planerischen Ausweisung bedürfte. Dieses vom Bundesgesetzgeber gewollte Ergebnis zur Förderung des Ausbaus der Windenergie wurde mit der seit 1996⁴⁰ bestehenden Privilegierung von Windenergievorhaben gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB erreicht. Damit der planungsrechtliche Außenbereich grundsätzlich von Bebauung frei gehalten wird und damit spezifische Außenbereichsfunktionen gewahrt werden⁴¹, sind im Regelfall (sonstige) Vorhaben bereits dann unzulässig, wenn sie öffentliche Belange bloß beeinträchtigen. Für privilegierte Vorhaben wie Windenergieanlagen nimmt der Gesetzgeber eine solche Beeinträchtigung jedoch in Kauf und stattet sie mit dem Privileg aus, dass sie nur dann nicht im Außenbereich bauplanungsrechtlich zulässig sind, wenn ihnen öffentliche Belange tatsächlich entgegenstehen oder ihre Erschließung nicht gesichert ist. Scheitert die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens ausnahmsweise und trotz Privilegierung doch an entgegenstehenden öffentlichen Belangen, so kann eine Zulassung noch durch Überplanung des jeweiligen Gebietes mit einem Bebauungsplan ermöglicht werden. In dessen Aufstellungsverfahren können dann gewisse Belange im Rahmen einer Abwägung überwunden werden. Soweit dies nicht möglich ist, kann eine Abänderung höherrangiger Planungsgrundlagen erforderlich sein.

Auch wenn höherrangige Pläne für eine bestimmte Fläche keine windenergiespezifischen Vorgaben machen, besteht über die Zulässigkeit eines Windenergievorhabens an einem konkreten Standort im Außenbereich erst nach Prüfung der in § 35 Abs. 3 BauGB genannten sowie weiterhin anerkannten ungeschriebenen öffentlichen Belange Klarheit. Von Bedeutung sind

⁴⁰ Eingeführt durch Gesetz vom 30.07.1996, BGBl. I S. 1189 zunächst als Nr. 7.

⁴¹ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 114. EL 2014, § 35 Rn. 13.

hier insbesondere die Belange der Nr. 1 (Darstellungen des Flächennutzungsplans)⁴², der Nr. 2 (Darstellungen eines Landschaftsplans), der Nr. 3 (Schaffung oder Ausgesetztsein von schädlichen Umwelteinwirkungen), der Nr. 5 (insbesondere Belange des Natur- und Denkmalschutzes sowie das Landschaftsbild) sowie der Nr. 8 (Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen). Diese Belange können durch Windenergievorhaben beeinträchtigt werden und – wenn dies nicht bspw. durch Nebenbestimmungen zu einer Genehmigung verhindert werden kann – diesen auch entgegenstehen und damit eine Realisierung an einem konkreten Standort verhindern. In dem Maße, wie dies tatsächlich der Fall ist, wird der Aussagegehalt des bloßen Vorliegens einer Außenbereichsprivilegierung allein für die Wahrscheinlichkeit der späteren Realisierung eines Vorhabens und damit die Indizfunktion einer Präqualifikationsbedingung geschmälert.

Die Privilegierung von Windenergievorhaben im Außenbereich besteht von Gesetzes wegen ganz allgemein und ohne jedes Zutun eines Vorhabenträgers. Ihr Vorliegen bietet damit grundsätzlich kein Differenzierungskriterium gegenüber anderen Windenergievorhaben im Außenbereich. Im Gegensatz zur eingeschränkten Privilegierung der Biomasse in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB unterliegen alle Windenergieanlagen im Außenbereich gleichermaßen der Privilegierung. Etwas anderes gilt lediglich seit neuestem in Bayern unter Geltung der neu eingeführten 10-H-Abstandsregelung nach Art. 82 Abs. 1 BayBO⁴³, die eine Entprivilegierung von Windenergievorhaben auf den erfassten Außenbereichsflächen bewirkt und mithin zu einer Unterscheidung privilegierter und nicht privilegierter Außenbereichsvorhaben führt. Bundesweit dürfte aber das Vorliegen einer Außenbereichsprivilegierung allein nicht als einziger Anknüpfungspunkt für eine mögliche Präqualifikation in Betracht kommen, sondern allenfalls als eine von mehreren alternativen Möglichkeiten. Anderenfalls würden auch die übrigen bauplanungsrechtlichen Grundfälle (z.B. Vorhaben im Bebauungsplangebiet) als Grundlage für Vorhabengenehmigungen faktisch entwertet, wäre auf diesen Wegen eine Förderung nach dem EEG im Rahmen von Ausschreibungsverfahren dann nicht mehr zu erlangen.

⁴² Gemeint sind Darstellungen, die nicht auf die Schaffung einer Windkonzentrationszone abzielen und unter § 35 Abs. 3 Satz 3 fallen.

⁴³ Hierzu ausführlich *Fülbier/Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen, ZUR 2015, Heft 3 (i.E.). Auch andere Bundesländer können aufgrund der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB noch bis zum 31. Dezember 2015 vergleichbare Gesetze einführen. Bislang hatte dies jedoch lediglich der Freistaat Sachsen eingehender erwogen. Allgemein hierzu *Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, S. 108 ff; *Fülbier/Grüner/Sailer/Wegner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 8 vom 29.07.2014.

II. Fälle im Außenbereich mit windenergiespezifischen Planvorgaben

Anknüpfung an Vorhaben im Außenbereich mit windenergiespezifischen Planvorgaben

- (+) Durchführung einer planerischen Konfliktbewältigung erhöht Genehmigungswahrscheinlichkeit auf Positivflächen
- (-) Aufgrund räumlich differenzierter Indizwirkung ist die Bildung von Unterfällen erforderlich > erhöhter Prüfaufwand zur Feststellung der Präqualifikation
- (-) Mögliche Änderung der Planungsgrundlagen derzeit gerade auch aufgrund gerichtlicher Entscheidungen
- (-) Wahl als alleiniger Anknüpfungspunkt führt zum Ausschluss von Vorhaben der anderen Konstellation von Ausschreibungsverfahren

Auch die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vorhaben dieser Fallgruppe richtet sich nach § 35 BauGB. Im Unterschied zur vorherigen Gruppe sollen hier jedoch nur Fälle erfasst sein, die sich in Gebieten höherrangiger Pläne mit explizit windenergiebezogenen – positiven wie negativen – Aussagen befinden. Diese existieren – je nach Bundesland – sowohl auf Regionalplan- als auch auf Flächennutzungsplanebene. Sie dienen der räumlichen Steuerung der Standorte von Windenergieanlagen zur Koordinierung mit anderen raumbeanspruchenden Vorhaben und Nutzungen und erfüllen dabei sowohl die Funktion der Freihaltung von Flächen für Zwecke der Windenergie als auch – wegen der Privilegierung solcher Anlagen im gesamten Außenbereich – des Ausschlusses der Windenergie auf sensiblen Flächen der Plangebiete.

Der Sache nach geht es um die planerische Ausweisung bzw. Darstellung von Flächen innerhalb derer Windenergievorhaben in der Regel zulässig sein sollen und ein verstärktes Gewicht im Konflikt mit konkurrierenden Belangen erhalten. Ergänzt werden kann diese positive Wirkung um eine negative außerhalb der bezeichneten Flächen, wo Windenergievorhaben in der Regel unzulässig sein sollen.

Eine Verbindung der positiven Wirkungen für Vorhaben auf bestimmten Flächen mit den negativen Wirkungen für das restliche Plangebiet kann mithilfe sog. Konzentrationszonenplanungen erreicht werden. Instrumentell geschieht dies auf Raumordnungsebene durch die Ausweisung von Eignungsgebieten (§ 8 Abs. 7 Satz 1 ROG) oder Vorranggebieten mit den Wirkungen von Eignungsgebieten (§ 8 Abs. 7 Satz 2 ROG) in der Form letztabgewogener Ziele der Raumordnung. Auf Flächennutzungsplanebene können Flächen für Windenergieanlagen dargestellt und zugleich der gemeindliche Wille zur Erzeugung einer Ausschlusswirkung für das

übrige Plangebiet zum Ausdruck gebracht werden⁴⁴. Die Ausschlusswirkung für konkrete Vorhaben ergibt sich in beiden Fällen unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, wonach sie „in der Regel“ unzulässig sind. Nachfolgende Planungen sind aufgrund der allgemeinen Regeln weitgehend an die planerischen Vorgaben gebunden⁴⁵.

Die Intensität der positiven Wirkung für Vorhaben innerhalb einer Konzentrationszone sowie auf Flächen für die Windenergie ohne gleichzeitige Ausschlusswirkung für das restliche Plangebiet ist abhängig von der konkreten planerischen Vorgabe. Auf Regionalplanungsebene ist insoweit insbesondere zwischen den Ausweisungen von Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebieten i.S.v. § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1-3 ROG zu unterscheiden⁴⁶ und auch auf Flächennutzungsplanebene bedarf es einer Betrachtung der jeweiligen Darstellung, da die Gemeinden hier nicht an einen numerus clausus an Darstellungsmöglichkeiten gebunden sind⁴⁷. Planungsträger auf nachfolgenden Ebenen können in der Folge konkurrierenden Nutzungen auf den betroffenen Flächen entweder gar nicht oder nur noch unter bestimmten Bedingungen, d.h. bei entsprechend hohem Gewicht der entgegenstehenden Belange, den Vorzug geben. Für konkrete Vorhaben steht mit solchen Planaussagen zwar noch nicht fest, dass ihre Genehmigung nicht doch in einem Genehmigungsverfahren unter Verweis auf entgegenstehende öffentliche Belange abgelehnt werden kann. Die positiven Planaussagen besitzen jedoch für das Genehmigungsverfahren eine gewisse vorgeifende Wirkung, da sie in der Abwägung mit anderen Belangen formuliert wurden. Für Ziele der Raumordnung formuliert dies § 35 Abs. 3 Satz 2 2. Hs. BauGB, wonach diejenigen Belange, die bereits im Rahmen der planerischen Ausweisung der Ziele abgewogen wurden, dem Vorhaben nicht entgegenstehen. Eine vergleichbare Regelung i.S.e. Bindung der Genehmigungsbehörde an die Abwägungsentscheidung des Planungsträgers besteht zwar nicht auch für Darstellungen auf Flächennutzungsplanebene, eine Prüfung entgegenstehender Belange hat jedoch auch hier stattgefunden⁴⁸ und begründet zumindest eine Argumentationslast der Behörde und eine Form tatsächlicher Bindung. In der Reichweite ihrer vorgeifenden Wirkung besteht mithin eine erhöhte Aussicht auf die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens im Gebiet einer solchen Planaussage und insoweit auch eine erhöhte Realisierungswahrscheinlichkeit. Liegt ein Vorhaben außerhalb eines solchen Gebietes, fehlt ihm lediglich die erhöhte Durchsetzungsfähigkeit, mangels Ausschlusswirkung der Planvorgabe bedeutet dies aber, anders als bei Konzentrationszonen, keine regelmäßige Unzulässigkeit. Dieser Fall ist vielmehr identisch mit den Fällen der ersten Fallgruppe (Vorhaben

⁴⁴ Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, S. 54 f.

⁴⁵ Eine „Abweichungsmöglichkeit“ besteht nur, soweit sie sich aus der Konkretisierung des Planungsmaßstabes ergibt.

⁴⁶ Ob den Ländern darüber hinaus ein Selbstfindungsrecht hinsichtlich weiterer Flächenkategorien zusteht, ist umstritten, in der Praxis freilich bislang nicht von Bedeutung, Vgl. mit Nachweisen Goppel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 7 Rn. 71.

⁴⁷ Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 5 Rn. 11.

⁴⁸ BVerwGE 124, 132-147 Rn. 35 ff. (37); Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 114. EL 2014, § 35 Rn. 130, 124a.

im Außenbereich ohne windenergiespezifische Vorgaben) und könnte mit Blick auf eine Präqualifikationsbedingung in gleicher Weise behandelt werden.

Aus den unterschiedlichen positiven wie negativen Auswirkungen der Planvorgaben auf die Realisierungswahrscheinlichkeit von Vorhaben dieser Fallgruppe, abhängig von ihrem genauen Standort, folgt, dass eine weitere Differenzierung der Fälle nötig wäre, um sie zum Anknüpfungspunkt einer Präqualifikation zu machen. Im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer Präqualifikation müsste danach differenziert werden, ob sich ein Vorhaben innerhalb eines für Windenergie grundsätzlich vorgesehenen Gebietes, in einem von der Ausschlusswirkung einer Ausweisung betroffenen oder in einem insoweit neutralen Gebiet befindet.

Die alleinige Anknüpfung einer Präqualifikation an einen oder mehrere Unterfälle dieser Fallgruppe würde aber, wie dies auch schon für die erste Fallgruppe beobachtet wurde, zum Ausschluss der Vorhaben anderer Fallgruppen von den Ausschreibungsverfahren führen⁴⁹. Damit ginge einher, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, Windenergievorhaben im Außenbereich grundsätzlich zu privilegieren und die Beschränkung der Privilegierung an planerische Aktivitäten zu knüpfen, im Ergebnis umgekehrt würde. Zwar wären Vorhaben weiterhin auch ohne planerisches Tätigwerden aufgrund und im Rahmen der planerisetzenden Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bauplanungsrechtlich zulässig, diese Vorhaben wären jedoch mangels Vorliegens entsprechender Aussagen in Regional- und Flächennutzungsplanung nicht zur Teilnahme an Ausschreibungsverfahren berechtigt und könnten folglich keine EEG-Förderung erhalten⁵⁰. Damit müsste neben diesen Varianten jedenfalls auch das bloße Vorliegen der Außenbereichsprivilegierung anerkannt werden.

Für die Eignung dieser Fallgruppe als Anknüpfungspunkt für Präqualifikationen ist es weiterhin von Bedeutung, dass nicht nur die Änderung planerischer Grundlagen bis zum Abschluss eines Genehmigungsverfahrens möglich ist, sondern dass gerade in jüngerer Vergangenheit die planerische Ausweisung von Konzentrationszonen in Regional- und Flächennutzungsplänen in einer erheblichen Zahl von Fällen durch Gerichtsentscheidungen aufgehoben wurden⁵¹. Konsequenz einer solchen Entscheidung ist es, dass im gesamten Plangebiet – bei Ausweisungen auf Flächennutzungsplanebene innerhalb eines Gemeindegebietes, bei Ausweisungen auf Regionalplanebene innerhalb einer ganzen Planungsregion – sowohl die negative Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als auch die unterschiedlichen positiven Wirkungen entfallen. Damit tritt jedoch nicht etwa automatisch eine Art „Realisierungssperre“ in diesen Gebieten ein. Vielmehr ist die planungsrechtliche Zulässigkeit weiterhin wohl auf Grundlage von

⁴⁹ Vgl. oben im Rahmen der ersten Fallgruppe zur gleichen Problematik, D.I.

⁵⁰ Wie oben bereits ausgeführt gilt daneben auch hier, dass die Anknüpfung einer Präqualifikation an lediglich einen Zulassungspfad andere Wege faktisch ausschließen würde.

⁵¹ Die Rechtsprechung hat in den letzten Jahren zahlreiche Anforderungen an eine derartige Ausschlusswirkung formuliert, um einen Missbrauch dieser Gestaltungsmöglichkeit zu verhindern, vgl. grundlegend BVerwGE 117, 287 zum schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzept sowie BVerwGE 145, 231; BVerwG, Urteil vom 11.04.2013 – 4 CN 2/12, NVwZ 2013, S. 1017 (Tabuzonen); zuletzt OVG Schleswig, Urteil vom 21.01.2015 – 1 KN 6/13 u.a.; vgl. weiterhin die unter Fn. 24 genannten Aufsätze.

§ 35 BauGB zu beurteilen⁵². Es handelt sich dann um Vorhaben der ersten Fallgruppe mit dem dort erörterten Grad an Realisierungswahrscheinlichkeit⁵³.

III. Fälle im Plangebiet eines qualifizierten Bebauungsplans

Anknüpfung an Vorhaben mit B-Plan

- (+) Planerische Konfliktbewältigung mit Blick auf konkrete Vorhaben führt zu hoher Genehmigungswahrscheinlichkeit
- (+) Zwar Möglichkeit der Änderung der Planungsgrundlagen; aber unwahrscheinlich, da bereits gemeindliche Planung und drohender Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinde
- (-) Wahl als alleiniger Anknüpfungspunkt führt zum Ausschluss von Vorhaben der anderen Konstellationen von Ausschreibungsverfahren

Vorhaben mit vorhabenbezogenem B-Plan

- (+) Neben hoher Genehmigungswahrscheinlichkeit auch ein starkes Indiz für den Realisierungswillen des Vorhabenträgers
- (-) Instrument nur anwendbar, wenn Vorhabenträger im Rechtssinne „bereit und in der Lage“

Liegt ein Windenergievorhaben im Plangebiet eines qualifizierten Bebauungsplans, so richtet sich seine bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 30 BauGB. Der Bebauungsplan ist der verbindliche, auf Vollzug und nicht auf weitere Konkretisierung ausgerichtete Bauleitplan der Kommune und enthält parzellenscharfe Festsetzungen, für die eine Abwägung aller berührten und erkennbaren öffentlichen und privaten Belange stattgefunden hat. Entsprechend macht § 30 Abs. 1 BauGB die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nur davon abhängig, dass die Erschließung des Vorhabens gesichert ist und es den Festsetzungen des Plans nicht widerspricht.

⁵² Anders kann dies jedoch in Fällen sein, in denen Altplanungen aufgrund der Unwirksamkeit der neuen Planung wieder aufleben.

⁵³ Dies gilt zumindest formal. In der Sache könnte danach unterschieden werden, aufgrund welchen Mangels die Planung für unwirksam erklärt wurde. Soweit die Abwägung hiervon nicht betroffen war, könnte wohl davon ausgegangen werden, wenn auch ohne die rechtliche Bindung einer Regel entsprechend § 35 Abs. 3 Satz 2 Hs 2 BauGB, dass den Vorhaben in den zunächst ausgewiesenen Gebieten keine Belange entgegenstehen. Andere Planungsträger sind jedoch bis zur Aufstellung eines neuen Planes oder dem Gebrauch eines Plansicherungsinstrumentes für eine Neuaufstellung darin frei, hier eigene Vorstellungen zu verwirklichen.

Zwar sollte, wie bereits ausgeführt⁵⁴, der Bebauungsplan nicht als alleiniger Anknüpfungspunkt für Präqualifikationsbedingungen herangezogen werden, da er dann den eigentlichen Zulassungspfad über § 35 BauGB faktisch ausschließen würde. Als einer von mehreren Anknüpfungspunkten käme er aber in Betracht, da sein Vorliegen eine hohe Realisierungswahrscheinlichkeit für ein Vorhaben bedeutet. Zu beachten ist insoweit, dass zwar auch ein Bebauungsplan mit der Ausweisung eines bestimmten Standorts für ein Windenergieprojekt bis zum Abschluss eines Genehmigungsverfahrens noch abänderbar ist. Ein gewisser Schutz gegen Änderungen vermittelt hier aber § 39 BauGB, der zumindest den durch die Planänderung verursachten Vertrauensschaden von Eigentümern und Nutzungsberechtigten in gewissem Umfang ersatzfähig macht. Zudem kann schon deshalb von einer geringeren Änderungsanfälligkeit solcher Planungen ausgegangen werden, da die Gemeinde diese ja selbst vorgenommen und das Vorhaben damit selbst zum Gegenstand ihrer städtebaulichen Entwicklungsvorstellungen gemacht hat. Die derzeit geringe praktische Bedeutung für die Genehmigung von Windenergieanlagen könnte zudem bei einer Einschränkung der Außenbereichsprivilegierung durch Nutzung der neuen Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB, wie etwa durch den in Bayern seit dem 21.11.2014 geregelten 10-H-Abstand, zukünftig zunehmen⁵⁵.

Der Bebauungsplan kann auch als vorhabenbezogener Bebauungsplan erlassen werden, § 12 BauGB. Es handelt sich dann nicht um eine „Angebotsplanung“ der Gemeinde, sondern die Bestimmung der Zulässigkeit eines konkreten Vorhabens auf der Grundlage eines Durchführungsvertrages zwischen Gemeinde und Vorhabenträger. Die gegenseitigen vertraglichen Bindungen spiegeln den Willen zur Projektverwirklichung wider⁵⁶ und erhöhen insoweit auch die Wahrscheinlichkeit der Vorhabenrealisierung. Im Hinblick auf eine mögliche Anknüpfung einer Präqualifikation stellt sich aber die Frage, ob vor Erteilung eines Zuschlags von der gesetzlich geforderten Bereitschaft und Fähigkeit des Vorhabenträgers zur Durchführung der vereinbarten Vorhaben- und Erschließungsmaßnahmen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB: „bereit und in der Lage“) ausgegangen werden kann. Hieran könnten insoweit Zweifel bestehen, als dass der Vorhabenträger diese Bereitschaft regelmäßig von der Wirtschaftlichkeit des Vorhabens und damit vom Zuschlag abhängig machen wird und ggf. hiervon auch seine finanzielle Fähigkeit zur Durchführung abhängt.

Neben dem Merkmal des „in der Lage seins“ kommt der Voraussetzung der Bereitschaft zur Durchführung in der bisherigen Rechtsprechung regelmäßig keine eigenständige Bedeutung zu, wird sie wohl doch bereits durch den Abschluss des Durchführungsvertrages hinreichend dokumentiert. Zur Durchführung in der Lage soll der Vorhabenträger sein, wenn er die hierfür

⁵⁴ Vgl. oben, C. I.

⁵⁵ Vgl. *Fülbier/Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen, ZUR 2015, Heft 3 (i.E.); *Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, 108 ff.

⁵⁶ Die Gemeinde kann bei der Vertragsgestaltung die Durchführung des Projekts auch durch Vertragsstrafen oder Bürgschaften weitergehend absichern. Umgekehrt besteht ein Anspruch des Vorhabenträgers auf Erlass des Bebauungsplanes nicht, wohl aber sind in diesem Fall Ansprüche auf Schadensersatz möglich, *Mitschang*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, 12. Aufl. 2014, § 12 Rn. 18, 22.

erforderlichen finanziellen, rechtlichen und fachlichen Fähigkeiten mitbringt⁵⁷. Die Prüfung setze eine Prognose voraus, knüpfe aber an bestehende Indizien an, wobei auf die Abläufe der zugrundeliegenden Prozesse Rücksicht zu nehmen sei⁵⁸. Bei der Übertragung dieser Grundsätze auf die Auswirkungen des Ausschreibungsmodells wird es darauf ankommen, ob das mit einem solchen verbundene Maß an Unsicherheit über das „Ob“ und „Wie“ einer finanziellen Förderung und auch den Zeitpunkt ihres Beginns noch eine hinreichende Prognose über die Durchführung des Projekts und damit einen Schluss auf die hierzu nötige Fähigkeit des Vorhabenträgers zulässt oder nicht. Aus der Funktionsweise des Ausschreibungsmodells könnte hier des Weiteren das Problem erwachsen, dass dieses zum Erreichen wettbewerblicher Effizienzgewinne eine Vielzahl von Angebotsabgaben voraussetzt. Bei einer Anknüpfung der Präqualifikationsbedingung an einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan könnten so aber zahlreiche Bebauungspläne auf Grundlage von Durchführungsverträgen aufgestellt werden müssen, obwohl am Ende der jeweiligen Ausschreibungsrunde ggf. nur ein Teil der Bieter eine Förderung erhalten wird. Erst bei späteren Runden könnten zunächst nicht berücksichtigte Projekte ebenfalls zum Zuge kommen, dabei aber bereits die gem. § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB für die Durchführung des Vorhabens gesetzte Frist überschreiten und gem. § 12 Abs. 6 Satz 1 BauGB eine Aufhebung des Bebauungsplans provozieren.

Ohne die aufgeworfenen Fragen abschließend im Rahmen dieses Diskussionspapiers beantworten zu können, zeigen die Ausführungen, dass das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplans zwar einerseits durch die starken kooperativen Elemente eine besondere Gewähr für die spätere Realisierung von Vorhaben geben kann, es andererseits aus Rechtsgründen aber unklar erscheint, ob dieses im Rahmen von Ausschreibungsverfahren überhaupt angewendet werden könnte. Zudem würden damit Vertrags- sowie Planungskosten/-zeit gefordert, die für eine Zulässigkeit von Windenergieanlagen eigentlich nicht erforderlich sind. Sowohl der Vertrag als auch der Bebauungsplan sind grundsätzlich keine Genehmigungsvoraussetzung. Eine Ausnahme würden aber für Fällen gelten, in denen einer Genehmigung ausnahmsweise doch öffentliche Belange nach § 35 BauGB entgegenstünden.

IV. Zwischenergebnis Planungsrecht

Bei einer Anknüpfung von Präqualifikationsbedingungen an bestimmte Planungssituationen (z.B. Vorhaben innerhalb einer Konzentrationszonenplanung) müsste zunächst vor allem berücksichtigt werden, dass sich die Planungssituation – durch die Planungsträger selber, aber vor allem durch die Gerichte⁵⁹ – fortlaufend ändern kann. Diese Unsicherheiten – vor allem

⁵⁷ OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 15.02.2006 – 3 K 35/04, juris Rn. 34; VGH Bayern, Urteil vom 20.04.2011 – 15 N 10.1320, juris Rn. 78.

⁵⁸ VGH Bayern, Urteil vom 20.04.2011 – 15 N 10.1320, juris Rn. 79 ff.

⁵⁹ Jüngst etwa OVG Schleswig, Urteil vom 21.01.2015 – 1 KN 6/13 u.a., das in Schleswig-Holstein die Teilfortschreibung des Regionalplans 2012 für die Planungsräume I und III zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung für unwirksam erklärte.

auf der Ebene der Regional- und Flächennutzungsplanung – würden über entsprechende planungsrechtliche Präqualifikationen daher auch in das Ausschreibungssystem getragen.

Würde zudem eine Präqualifikation ausschließlich an eine der hier aufgezeigten Fallkonstellationen anknüpfen (z.B. nur Vorhaben im Gebiet eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans), wären Vorhaben der übrigen Konstellationen (z.B. Vorhaben im Außenbereich) von der Ausschreibung ausgeschlossen. Zwar wären weiterhin alle Vorhaben planungsrechtlich grundsätzlich genehmigungsfähig, da die Präqualifikationsbedingung jedoch dann nicht den Zugang zum Ausschreibungsverfahren eröffnen würde, erhielten solche Vorhaben keine Förderung nach dem EEG. Dies könnte nur durch eine Schaffung alternativ zu erfüllender Präqualifikationen unter Einbeziehung aller Fallgruppen verhindert werden.

Bei typisierender Betrachtungsweise besitzen die untersuchten Fallkonstellationen eine abgestufte Indizwirkung hinsichtlich der planungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit von Vorhaben. Am stärksten ist diese für Vorhaben im Gebiet eines qualifizierten Bebauungsplanes (**Konstellation III**). Eine Anknüpfung an das Vorliegen eines Bebauungsplanes erscheint zwar grundsätzlich möglich. Gemäß § 30 BauGB ergäbe sich allein aus seinen Festsetzungen und dem Vorliegen der Erschließungsvoraussetzungen die planerische Zulässigkeit, eine Prüfung weiterer Planwerke wäre mithin nicht erforderlich. Neben den bereits genannten Gründen spricht gegen eine alleinige Anknüpfung an das Vorliegen eines Bebauungsplanes aber auch, dass damit eine Vielzahl an Bebauungsplänen kosten- und zeitaufwendig geschaffen werden müsste, wo bislang Genehmigungen allein schon aufgrund gesetzlicher Grundlagen, insbesondere der Außenbereichsprivilegierung, ergehen können. Ob das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes im Rahmen von Ausschreibungsmodellen sinnvoll anwendbar ist und damit die Indizwirkung dieses Instruments für die Realisierungswahrscheinlichkeit und den Realisierungswillen nutzbar gemacht werden kann, erscheint daher zumindest bei einer ersten Betrachtung fraglich.

Die Indizwirkung von spezifisch windenergiebezogenen Planvorgaben in Flächennutzungs- und Regionalplänen (**Konstellation II**) hat eine demgegenüber abgeschwächte, wenn auch immer noch deutliche Indizwirkung für die planungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit von Vorhaben. Diese ist jedoch selbst bei typisierender Betrachtung abhängig von der konkreten Lage des Vorhabens im Plangebiet, so dass eine weitere Differenzierung nach Fällen innerhalb von Gebieten für die Windenergie (1) und außerhalb solcher Gebiete, jeweils mit Ausschlusswirkung (2) und ohne Ausschlusswirkung (3) vorgenommen werden müsste. Nur im ersten Unterfall spricht die Indizwirkung für eine planungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit. Im zweiten Fall spricht sie gar dagegen. Der dritte Unterfall ist wiederum mit der Konstellation I identisch und kann entsprechend behandelt werden.

Die Fallgruppe von Außenbereichsvorhaben in Plangebietern ohne windenergiespezifische Vorgaben (**Konstellation I**) besitzt gegenüber den anderen beiden Gruppen eine nur abgeschwächte Indizwirkung für die Realisierungswahrscheinlichkeit von Vorhaben. Sie gründet sich letztlich auf die bloße Außenbereichsprivilegierung von Windenergievorhaben nach § 35

Abs. 1 Nr. 5 BauGB, die für sich genommen aber auch bereits eine erhöhte Durchsetzungsfähigkeit der Vorhaben bewirkt (planersetzende Vorschrift). Die Zulässigkeit konkreter Vorhaben ist jedoch vom Nicht-Vorliegen schwerer wiegender öffentlicher Belange abhängig. Zwar besteht die Außenbereichsprivilegierung allgemein und nicht – wie etwa bei der Biomasse – nur für bestimmte Anlagen im Außenbereich, jedoch müsste hier zumindest das Nicht-Vorhandensein windenergiespezifischer Planvorgaben von der Ausschreibungsstelle geprüft und/oder vom Vorhabenträger nachgewiesen werden. Erschwert werden könnte die Prüfung zudem für Vorhaben in den Ländern, welche von der neuen Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB Gebrauch machen, wie etwa in Bayern aufgrund der dort eingeführten 10-H-Abstandsregelung. Hier gäbe es dann einen Außenbereich mit und ohne Privilegierungswirkung.

Würde für eine Präqualifikation wiederum an alle Grundkonstellationen (**Konstellation I-III**) angeknüpft (gegebenenfalls auch unter Ausschluss von nur einem oder wenigen Unterfällen), könnte die Präqualifikation ihre Filterfunktion verlieren. Dann wären kaum noch Fälle denkbar, die die Präqualifikationsbedingung nicht erfüllten. Die genauen Konsequenzen der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten bedürften aber noch der weitergehenden Untersuchung. Die hier vorgenommene typisierende Betrachtung und die Formulierung weiterer planungsrechtlicher Präqualifikationsvoraussetzungen bis hin zur Bedingung vom „Fehlen entgegenstehenden Planungsrechts“ dürfte letztlich zu einem Prüf- und Nachweisaufwand führen, der bislang nur im Genehmigungsverfahren selbst bewältigt wird. Beispielsweise wären dann auch Fälle zu prüfen, in denen sich Vorhaben zwar außerhalb von Konzentrationszonen befinden, wo grundsätzlich eine Ausschlusswirkung für Windenergievorhaben gilt. Gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stehen aber auch diesen Vorhaben öffentliche Belange nur „in der Regel“ entgegen. Im Ausnahmefall mögen also auch diese Anlagen zulässig sein.

Eine geringere Realisierungswahrscheinlichkeit bei bestimmten Anknüpfungspunkten könnte möglicherweise durch eine **Kombination** mit weiteren Bedingungen teilweise ausgeglichen werden. Werden etwa bereits bestimmte Anknüpfungspunkte im Planungsrecht, so zum Beispiel die Lage des Vorhabens in einer Windkonzentrationszone, als ausreichende Präqualifikation erachtet, würde dies den Vorhabenträgern eine recht frühzeitige Teilnahme an Ausschreibungsverfahren erlauben. Andere Anknüpfungspunkte, deren Vorliegen alleine nicht als hinreichend erachtet werden, könnten in Kombination mit dem Erreichen bestimmter Verfahrensstadien im Genehmigungsrecht (Erhöhung der zunächst nur geringen Realisierungswahrscheinlichkeit) oder aber in Verbindung mit einer bestimmten Sicherheitsleistung (als Indiz für den Realisierungswillen des Vorhabenträgers) die hinreichende Qualifikation und so die Zulassung zum Ausschreibungsverfahren bedeuten. Bei wieder anderen Anknüpfungspunkten im Planungsrecht könnte im Falle einer geringen Genehmigungswahrscheinlichkeit – wie etwa bei Lage des Vorhabens außerhalb einer Konzentrationszone im Bereich eines Ausschlussgebietes – über das Vorliegen einer Vorhabengenehmigung ausgeglichen werden. Die hier nur beispielhaft dargestellten Kombinationsmöglichkeiten hinsichtlich der Auswirkungen gerade einer solchen Kombination von Anknüpfungspunkten und auch finanziellen Voraussetzungen

bedürften aber noch der weiteren Untersuchung. Jedenfalls dürfte die Komplexität des Ausschreibungsdesigns dadurch aber deutlich steigen.

E. Genehmigungsrecht

Das Genehmigungsverfahren dient – anders als die Bauleitplanung und Raumordnungsplanung – nicht der Koordinierung unterschiedlicher Belange auf abstrakter Ebene mit dem Ziel, einen Ausgleich der durchaus widersprüchlichen Interessen und Konflikte zu schaffen. Aufgabe und Funktion des Genehmigungsverfahrens ist vielmehr die Prüfung der Zulässigkeit einer konkreten Anlage an einem konkreten Standort anhand der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften und Planungen. Der Anspruch auf Erteilung der Genehmigung ist im immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren (oder auch im Baugenehmigungsverfahren) ein gebundener Anspruch. Der Vorhabenträger hat ein einklagbares Recht auf Erteilung der Genehmigung, soweit die Voraussetzungen für ihre Erteilung vorliegen.

I. Auswirkungen der räumlichen Gesamtplanung auf das Genehmigungsverfahren

Windenergieanlagen können unabhängig von bereits erfolgten oder in Aufstellung befindlichen Raumordnungs- oder Bauleitplänen genehmigt werden, sie sind im Außenbereich gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert zulässig (siehe hierzu bereits oben D.I.). Nur im Falle von bereits bestehenden Planvorgaben, die der Realisierung von Windenergieanlagen im Einzelfall entgegenstünden, bedürfte es für die Zulässigkeit dann vorher noch entsprechender Planänderungen.

Existieren jedoch für den anvisierten Projektstandort entsprechende Pläne (Regional-, Flächennutzungs- oder Bebauungsplan) mit Vorgaben für die Windenergie, können sich gewisse Synergieeffekte ergeben. Zunächst kann die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bei Anlagen, die der UVP-Pflicht unterliegen, abgeschichtet werden, § 14f Abs. 3 Satz 3 UVPG. Voraussetzung dafür ist, dass der zugrundeliegende Plan der Entscheidung über die Zulässigkeit von Windenergieanlagen einen Rahmen setzt (z.B. Festlegungen über den Standort, § 14b Abs. 3 UVPG). Dann soll zur Vermeidung von Mehrfachprüfungen der Untersuchungsrahmen der strategischen Umweltprüfung so gewählt werden, dass sich die UVP-Prüfung bei der Anlagenzulassung auf zusätzliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen sowie Aktualisierungen und Vertiefungen beschränkt, § 14f Abs. 3 Satz 3 UVPG. So können beispielsweise Untersuchungen zum Schutz der entsprechenden Habitate oder zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung schon auf Planebene jedenfalls hinsichtlich der flächenbezogenen Merkmale geprüft werden, so dass auf der Genehmigungsebene nur noch die Prüfung der vorhabenbezogenen Merkmale verbleiben. Dies kann das Genehmigungsverfahren, für den ein solcher Plan vorliegt, im Einzelfall beschleunigen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass je nach Plan die

Prüfungstiefe der einzelnen Belange, der Gebietsumfang (und damit regelmäßig der Umfang der umweltbezogenen Belange) sowie die Planungszeiträume unterschiedlich ausfallen. Eine pauschale Vermutung zugunsten einer verkürzten Dauer des Genehmigungsverfahrens bei Vorliegen eines beliebigen Planes lässt sich daher nicht aufstellen. Erste Erkenntnisse der Untersuchung der Fachagentur Windenergie an Land e.V. deuten zudem an, dass jedenfalls der Bebauungsplan bei der Genehmigung von Windenergieanlagen eine eher untergeordnete Rolle spielt⁶⁰. Darüber hinaus scheinen Windkraftvorhaben am zügigsten auf Flächen mit bestehendem Flächennutzungsplan verwirklicht zu werden (Ø 36 Monate vom Projektstart bis zur Genehmigung)⁶¹. Auf unbeplanten Flächen liegt die Zeitspanne deutlich darüber (Ø 49 Monate)⁶², wohingegen es auf Flächen mit Regional- und Flächennutzungsplan (Ø 55 Monate)⁶³ und Flächen nur mit Regionalplan (Ø 75 Monate)⁶⁴ am längsten bis zum Erhalt der Genehmigung dauert. Dabei scheint das Vorliegen eines Regionalplans auch eher verzögernden Einfluss auf die Dauer des Genehmigungsverfahrens selbst zu haben, was im Übrigen für das Vorliegen einer beliebigen Planung im Hinblick auf die „Planungsphase“⁶⁵ von Windenergieanlagen⁶⁶ zutrifft.

Ferner kann das konkrete Vorhaben durch hinreichend konkrete Planung „abgesichert“ werden. Bereits auf Planebene sind sämtliche öffentliche sowie private Belange abzuwägen (§ 1 Abs. 7 BauGB, § 7 Abs. 2 ROG). Dazu sind im Planverfahren die Träger öffentlicher und privater Belange zu beteiligen (§§ 3, 4 BauGB, § 10 ROG). Ihre Stellungnahmen und Einwendungen dienen dem Planungsträger dazu, die betroffenen Belange zutreffend zu bewerten (z.B. § 4a Abs. 1 BauGB). Sofern die Belange abschließend abgewogen wurden, können sie bei der Entscheidung über die Vorhabenzulassung nicht wieder als Genehmigungshindernis aktiviert werden. Diese Rechtsfolge ergibt sich für Ziele der Raumordnung schon aus dem Gesetz, § 35 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB. Der Grundsatz wird jedoch auf diejenigen Pläne übertragen, die abschließend abgewogene Festsetzungen treffen, so etwa auf die Konzentrationszonenplanung bei

⁶⁰ *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 17, 18, 21.

⁶¹ *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 33, Tabelle 13.

⁶² *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 33, Tabelle 15.

⁶³ *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 32, Tabelle 12.

⁶⁴ *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 32, Tabelle 14.

⁶⁵ „Planungsphase“ verstanden als diejenige Phase, in der der Projektierer das Vorhaben plant und vorbereitet, vgl. *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 2.

⁶⁶ Vgl. die Angaben bei *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 30 ff., Tabellen 12 – 15.

Flächennutzungsplänen sowie vorhabenbezogene Bebauungspläne⁶⁷. Und selbst Flächennutzungspläne ohne Konzentrationszonenplanung werden entsprechend behandelt⁶⁸. Folge dieser Rechtsprechung ist, dass Stellungnahmen und Einwendungen betroffener Dritter, die schon auf Planebene geltend gemacht wurden, im Genehmigungsverfahren bei der Zulassungsentscheidung nicht noch einmal berücksichtigt werden dürfen. Sie sind quasi „verbraucht“. Sofern also das Vorhaben den Planvorgaben entspricht, ist es gegenüber diesen Belangen jedenfalls geschützt.

II. Ablauf des Genehmigungsverfahrens

Windenergieanlagen brauchen grundsätzlich gemäß § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. der 4. BImSchV eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Nur für Anlagen mit einer Anlagenhöhe bis 50 Meter bedarf es einer Baugenehmigung. Für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren sieht das BImSchG zwei verschiedene Verfahrensarten vor: das förmliche Verfahren nach § 10 BImSchG und das vereinfachte Verfahren nach § 19 BImSchG. Welches Verfahren zur Anwendung kommt, richtet sich zunächst nach der Nr. 1.6 des Anhangs 1 der 4. BImSchV. Demnach müssen „Anlagen zur Nutzung von Windenergie mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern und 20 oder mehr Windkraftanlagen“ oder bei bestehender UVP-Pflicht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1c 4. BImSchV) im förmlichen Verfahren genehmigt werden. Anlagen mit weniger als 20 Windenergieanlagen können im vereinfachten Verfahren genehmigt werden, wobei § 19 Abs. 3 BImSchG dem Antragssteller gestattet, dennoch das förmliche Verfahren zu wählen.

⁶⁷ Für die Konzentrationszonenplanung: BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 – 4 C 7/09, juris Rn. 46; für einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 03.07.2014 – 11 B 5.13, juris Rn. 18.

⁶⁸ So BVerwGE 124, 132, 147.

Anknüpfungspunkte für die Präqualifikation bei Ausschreibungen für Windenergie an Land

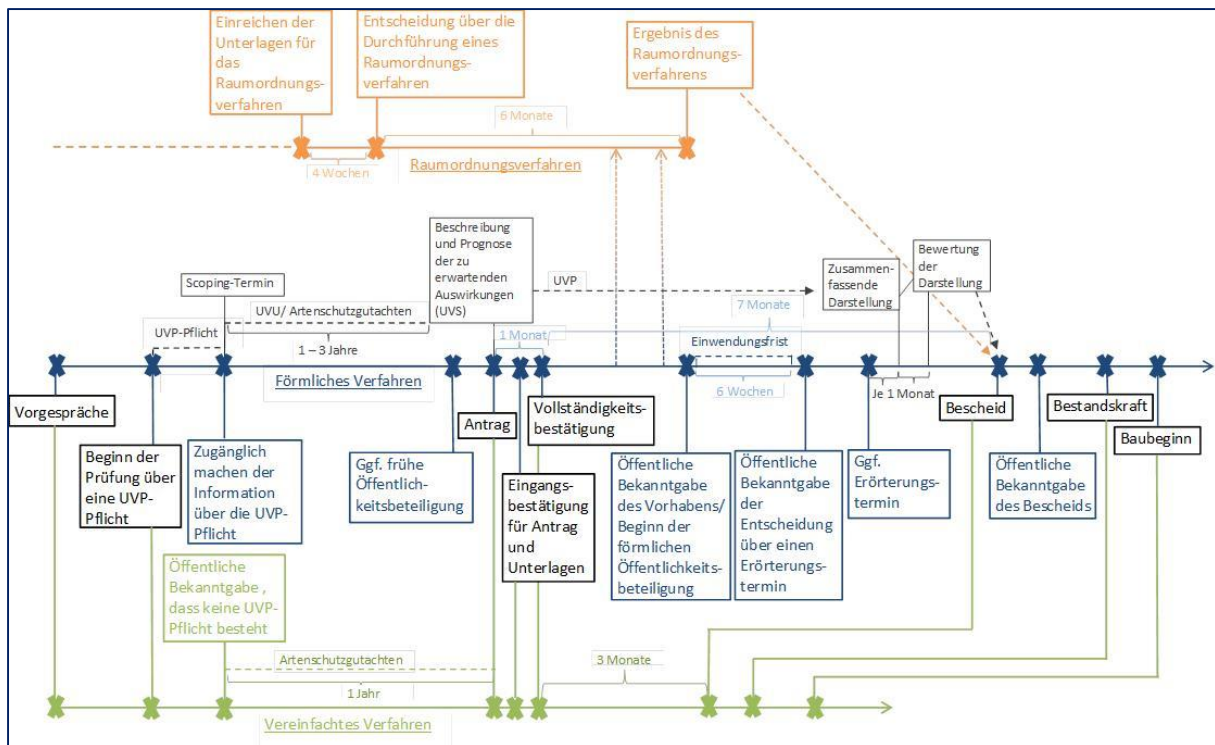


Abb. 14: Übersicht über das Genehmigungsverfahren

1. Das förmliche Genehmigungsverfahren

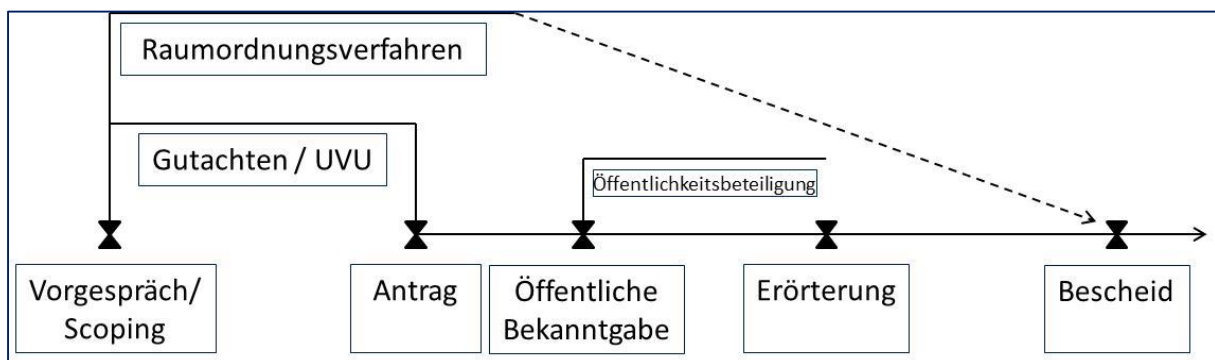


Abb. 15: Genehmigungsverfahren nach BImSchG (Grobübersicht)

Das förmliche Verfahren beginnt in der Regel mit einem **Vorgespräch**, in dem Anlagenbetreiber und Genehmigungsbehörde abklären, welche Unterlagen für die Entscheidung über den Antrag notwendig sind, § 2 Abs. 2 9. BImSchV:

„Sobald der Träger des Vorhabens die Genehmigungsbehörde über das geplante Vorhaben unterrichtet, soll diese ihn im Hinblick auf die Antragstellung beraten und mit ihm den zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens sowie sonstige für die Durchführung dieses Verfahrens erhebliche Fragen erörtern. Sie kann andere Behörden hinzuziehen, soweit dies für Zwecke des Satzes 1 erforderlich ist. Die Erörterung soll insbesondere der Klärung dienen,

1. welche Antragsunterlagen bei Antragstellung vorgelegt werden müssen,

2. welche voraussichtlichen Auswirkungen das Vorhaben auf die Allgemeinheit und die Nachbarschaft haben kann und welche Folgerungen sich daraus für das Verfahren ergeben,
 3. welche Gutachten voraussichtlich erforderlich sind und wie doppelte Gutachten vermieden werden können,
 4. wie der zeitliche Ablauf des Genehmigungsverfahrens ausgestaltet werden kann und welche sonstigen Maßnahmen zur Vereinfachung und Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens vom Träger des Vorhabens und von der Genehmigungsbehörde getroffen werden können,
 5. ob eine Verfahrensbeschleunigung dadurch erreicht werden kann, daß der behördliche Verfahrensbevollmächtigte, der die Gestaltung des zeitlichen Verfahrensablaufs sowie die organisatorische und fachliche Bestimmung überwacht, sich auf Vorschlag oder mit Zustimmung und auf Kosten des Antragstellers eines Projektmanagers bedient,
 6. welche Behörden voraussichtlich im Verfahren zu beteiligen sind.
- Bei UVP-pflichtigen Vorhaben gilt ergänzend § 2a.“

Regelmäßig werden nämlich verschiedene Verfahrensschritte schon im Vorfeld der eigentlichen Antragstellung absolviert, wozu die Behörde dann beratend tätig werden soll. Insbesondere werden die verschiedenen Gutachten und die diesbezügliche Datenerhebung im Vorfeld durchgeführt. So ist etwa regelmäßig ein Vogel-/Fledermausgutachten den Unterlagen beizufügen⁶⁹, dessen Daten über einen Zeitraum von in der Regel mindestens einem Jahr erhoben werden müssen. Sind Auswirkungen auf besonders geschützte Arten zu erwarten, kann die Datenerhebung aber auch bis zu drei Jahre dauern. Es fällt also zum Teil schon ein Großteil der aufzuwendenden Zeit für eine Genehmigung im Vorfeld des eigentlichen Genehmigungsverfahrens an. Regelmäßig wird allerdings die **Prüfung der UVP-Pflicht** zu Beginn dieses Prozesses durchgeführt werden, denn danach richtet sich nicht nur zum Teil die Verfahrensart, sondern auch entscheidend, welche Unterlagen dem Antrag beizufügen sind und wie intensiv die Datenerhebung erfolgen muss.

Im Anschluss an diese genehmigungsrechtliche „Planungsphase“ folgt die schriftliche **Antragstellung** durch den Vorhabenträger mit regelmäßig einem Großteil der erforderlichen Unterlagen bei der Genehmigungsbehörde, § 10 Abs. 1 BImSchG:

„Das Genehmigungsverfahren setzt einen schriftlichen Antrag voraus. Dem Antrag sind die zur Prüfung nach § 6 erforderlichen Zeichnungen, Erläuterungen und sonstigen Unterlagen beizufügen. Reichen die Unterlagen für die Prüfung nicht aus, so hat sie der Antragsteller auf Verlangen der zuständigen Behörde innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen.“

⁶⁹ Vgl. etwa die Anleitung zur Erstellung der Antragsunterlagen für Windenergieanlagen des Landes Hessen vom 16.04.2014, S. 60, abrufbar unter http://www.hlug.de/fileadmin/downloads/luft/Anleitung_Antragsunterlagen_Windenergie_Mai_2014.pdf; siehe auch Agatz, Windenergie Handbuch, 10. Aufl. 2013, S. 92.

Den Eingang des Antrags hat die Behörde „unverzüglich“ zu bestätigen, § 6 9. BImSchV:

„Die Genehmigungsbehörde hat dem Antragsteller den Eingang des Antrags und der Unterlagen unverzüglich schriftlich zu bestätigen.“

Die **Eingangsbestätigung** ist kein Verwaltungsakt, sondern eine schlichte Verfahrenshandlung⁷⁰. Sie bescheinigt dabei lediglich den Eingang des Antrags, nicht etwa die Vollständigkeit der Antragsunterlagen. Die Entscheidungsfrist nach § 10 Abs. 6a BImSchG wird dadurch noch nicht in Gang gesetzt.

Nach Antragseingang hat die Behörde „in der Regel“ innerhalb eines Monats die **Vollständigkeit** der Antragsunterlagen zu prüfen und gegebenenfalls fehlende Unterlagen nachzufordern, § 7 9. BImSchV:

„Die Genehmigungsbehörde hat nach Eingang des Antrags und der Unterlagen unverzüglich, in der Regel innerhalb eines Monats, zu prüfen, ob der Antrag den Anforderungen des § 3 und die Unterlagen den Anforderungen der §§ 4 bis 4e entsprechen. Die zuständige Behörde kann die Frist in begründeten Ausnahmefällen einmal um zwei Wochen verlängern. Sind der Antrag oder die Unterlagen nicht vollständig, so hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller unverzüglich aufzufordern, den Antrag oder die Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen.“

Die Frist soll gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 9. BImSchV höchstens drei Monate betragen. Kommt der Antragsteller der Aufforderung nicht nach, soll die Behörde den Antrag nach Fristablauf ablehnen, § 20 Abs. 2 Satz 2 9. BImSchV.

Trotz Unvollständigkeit der Unterlagen hat die Genehmigungsbehörde aber zunächst mit dem Verfahren fortzufahren und Teilprüfungen vorzunehmen, soweit dies nicht wegen der fehlenden Unterlagen ausgeschlossen ist, § 7 Abs. 1 Satz 4 9. BImSchV⁷¹:

„Teilprüfungen sind auch vor Vorlage der vollständigen Unterlagen vorzunehmen, soweit dies nach den bereits vorliegenden Unterlagen möglich ist.“

Im Gegensatz zum Antragseingang ist hinsichtlich der Vollständigkeit der Unterlagen keine ausdrückliche Bestätigung im Gesetz vorgesehen. Sie erfolgt gleichwohl konkludent. Sind Antrag und Unterlagen vollständig, hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller lediglich unter Benennung der zu beteiligenden Behörden über den weiteren Verfahrensablauf „zu unterrichten“, § 7 Abs. 2 9. BImSchV:

„Sind die Unterlagen vollständig, hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller über die voraussichtlich zu beteiligenden Behörden und den geplanten zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens zu unterrichten.“

⁷⁰ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 40; Kutscheid/Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band IV, 73. EL 2014, § 6 9. BImSchV Rn. 5.

⁷¹ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 43.

Ausreichend ist jedoch, der in diesem Verfahrensstadium mögliche Überblick über die Unterlagen⁷². Anforderungen an Unterlagen, die sich aufgrund des Erkenntnisfortschritts erst zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens ergeben, bleiben davon unberührt.

Sind die Unterlagen vollständig, so hat die Behörde zudem das Vorhaben **öffentlich bekanntzumachen**, § 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG:

„Sind die Unterlagen des Antragstellers vollständig, so hat die zuständige Behörde das Vorhaben in ihrem amtlichen Veröffentlichungsblatt und außerdem entweder im Internet oder in örtlichen Tageszeitungen, die im Bereich des Standortes der Anlage verbreitet sind, öffentlich bekannt zu machen.“

Notwendig sind aber lediglich die zur Auslegung erforderlichen Unterlagen, § 8 Abs. 1 S. 1 9. BImSchV. Der Bezugspunkt der Vollständigkeit ist hier also ein anderer als bei § 7 9. BImSchV. Erforderlich sind diejenigen Unterlagen, die die Angaben über die Auswirkungen der Anlage auf die Nachbarschaft und die Allgemeinheit enthalten, § 10 Abs. 1 S. 1 9. BImSchV. Dazu zählen etwa die artenschutzrechtlichen Gutachten, aber auch Schallprognosen oder Schattenwurfgutachten. Daneben sind weitere sonstige behördliche Unterlagen, die Auswirkungen der Anlagen auf die Nachbarschaft oder die Allgemeinheit enthalten, auszulegen, soweit die Behörde zum Zeitpunkt der Auslegung darüber verfügt, § 10 Abs. 1 S. 2 9. BImSchV. Unterlagen, die keine Angaben zu den Auswirkungen auf die Nachbarschaft und die Allgemeinheit enthalten, können daher auch nach der öffentlichen Bekanntmachung, jedoch innerhalb der Frist nach § 7 Abs. 1 9. BImSchV, nachgefordert werden.

Die **Beteiligung der Behörden** ist spätestens mit der öffentlichen Bekanntmachung einzuleiten, § 11 S. 1 9. BImSchV:

„Spätestens gleichzeitig mit der öffentlichen Bekanntmachung des Vorhabens fordert die Genehmigungsbehörde die Behörden, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird, auf, für ihren Zuständigkeitsbereich eine Stellungnahme innerhalb einer Frist von einem Monat abzugeben.“

Die **Öffentlichkeitsbeteiligung** beginnt mit der öffentlichen Bekanntmachung. Eine Woche später sind die relevanten Unterlagen (siehe oben) zur Einsicht auszulegen, § 9 Abs. 2 9. BImSchV. Die Auslegungsfrist beträgt einen Monat, § 10 Abs. 3 S. 2 BImSchG. Einwendungen können bis zwei Wochen nach Ende der Auslegungsfrist erhoben werden, § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG.

⁷² Roßnagel, in: Koch/Pache/Scheuing, GK-BImSchG, 13. EL 2003, § 10 Rn. 235.

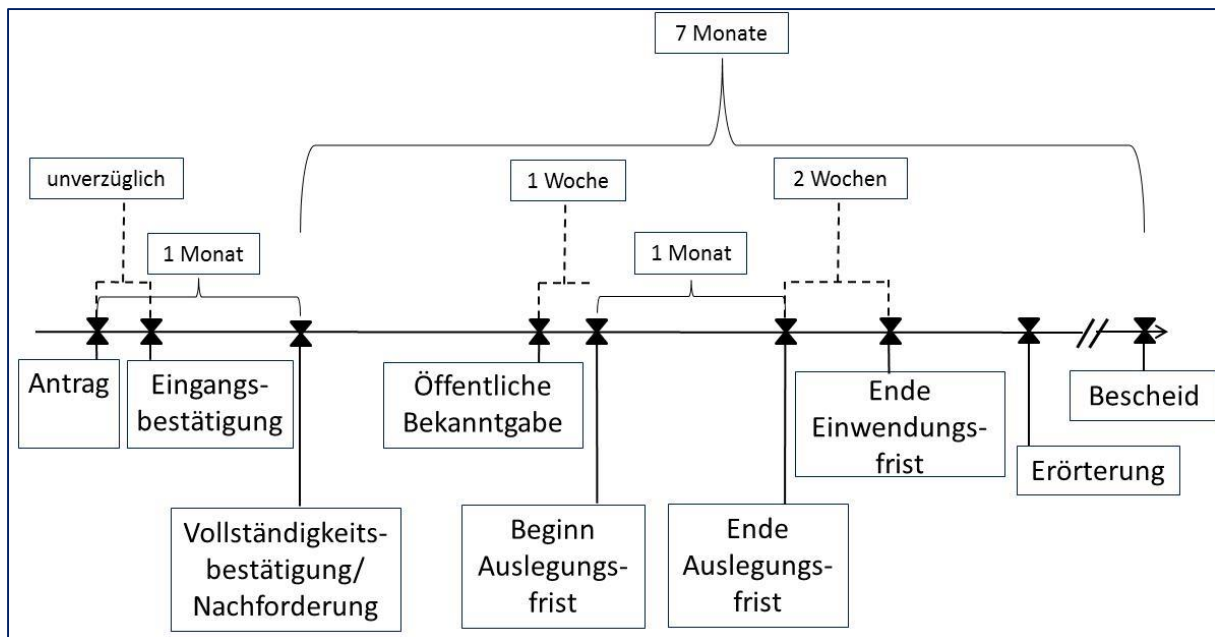


Abb. 16: Gesetzliche Fristen im Genehmigungsverfahren

Im Anschluss hieran können die Einwendungen bei einem **Erörterungstermin** besprochen werden, § 10 Abs. 6 BImSchG:

„Nach Ablauf der Einwendungsfrist kann die Genehmigungsbehörde die rechtzeitig gegen das Vorhaben erhobenen Einwendungen mit dem Antragsteller und denjenigen, die Einwendungen erhoben haben, erörtern.“

Die Durchführung liegt im Ermessen der Behörde, sie entscheidet nach Ablauf der Einwendungsfrist, § 12 Abs. 1 S. 2 9. BImSchV. Die Entscheidung ist **öffentlich bekannt** zu machen, § 12 Abs. 1 S. 3 9. BImSchV. Findet ein Erörterungstermin statt, muss die Behörde dessen Abschluss abwarten und darf nicht vorher entscheiden⁷³. Wenn der Erörterungstermin abgebrochen wurde, ist ein Zeitraum von mindestens einem Monat einzuhalten, um eine entsprechende Substantiierung der noch nicht erörterten Einwendungen zu ermöglichen, § 18 Abs. 5 Satz 3 9. BImSchV⁷⁴.

Im Anschluss an den Erörterungstermin oder den Verzicht auf diesen hat die Behörde das Vorhaben abschließend zu prüfen⁷⁵. Sind weitere Sachfragen zu klären, kann die Behörde auch zu diesem Zeitpunkt noch weitere gutachterliche Stellungnahmen einfordern⁷⁶. Dies gilt selbst dann, wenn sie die Vollständigkeit der Unterlagen bereits bestätigt hat, denn die Sachprüfung

⁷³ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 119.

⁷⁴ „Personen, deren Einwendungen noch nicht oder noch nicht abschließend erörtert wurden, können innerhalb eines Monats nach Aufhebung des Termins ihre Einwendungen gegenüber der Genehmigungsbehörde schriftlich erläutern; hierauf sollen die Anwesenden bei Aufhebung des Termins hingewiesen werden“.

⁷⁵ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 231; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 110.

⁷⁶ Dietlein, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 231; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 110.

erfolgt erst zu diesem Zeitpunkt wie sich aus § 20 der 9. BImSchV ergibt⁷⁷. Sind alle für die Beurteilung des Antrags bedeutsamen Umstände ermittelt, hat die Genehmigungsbehörde **unverzüglich zu entscheiden**, § 20 Abs. 1 S. 1 9. BImSchV. Spätestens sieben Monate nach Vollständigkeit der Unterlagen soll jedoch der **Bescheid** „in der Regel“ ergehen, § 10 Abs. 6a BImSchG:

„Über den Genehmigungsantrag ist nach Eingang des Antrags und der nach Absatz 1 Satz 2 einzureichenden Unterlagen innerhalb einer Frist von sieben Monaten, in vereinfachten Verfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten, zu entscheiden. 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.“

Die **Verfahrensfrist** beginnt folglich erst dann zu laufen, wenn die Antragsunterlagen – selbst wenn sie nicht auszulegen sind – vollständig eingereicht wurden. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die entsprechende Unterrichtung nach § 7 Abs. 2 9. BImSchV über die zu beteiligenden Behörden und das weitere Verfahren erfolgt⁷⁸.

Gemäß § 10 Abs. 6a Satz 2 BImSchG kann die **Frist um drei Monate verlängert** werden, wenn eine fristgemäße Entscheidung nicht möglich ist, wenn die Prüfung des Antrags mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist oder der Antragsteller eine Verfahrensverzögerung verursacht hat, was vor allem dann in Betracht kommt, wenn nachträglich Änderungen am eingereichten Antrag vorgenommen wurden⁷⁹. Eine **mehrfache Fristverlängerung** ist dabei zwar grundsätzlich auch möglich, vom Sinn und Zweck der Regelung her aber nur in seltenen Ausnahmefällen zulässig⁸⁰. Würde die Frist nicht eingehalten oder unzulässigerweise verlängert, würde die Behörde rechtswidrig handeln. Der Antragsteller könnte in diesem Fall sofort Verpflichtungs- bzw. Bescheidungsklage erheben⁸¹. Eine fingierte oder stillschweigende Genehmigung kommt hier nicht in Betracht⁸². In der Praxis wird es für den Vorhabenträger gleichwohl mit Schwierigkeiten verbunden sein, den Beginn der Frist sicher zu bestimmen, insbesondere da die Behörden die Vollständigkeit der Unterlagen häufig nicht bestätigen.

Der verfügende Teil des Bescheids sowie die Rechtsbehelfsbelehrung sind **öffentlich bekannt** zu machen, § 10 Abs. 7 Satz 2, Satz 3 i.V.m. Abs. 8 Satz 2 BImSchG. Darüber hinaus ist der vollständige Bescheid dem Antragsteller sowie Dritten, die Einwendungen erhoben haben,

⁷⁷ Roßnagel, in: Koch/Pache/Scheuing, GK-BImSchG, 13. EL 2003, § 10 Rn. 235.

⁷⁸ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 241; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 117.

⁷⁹ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 117; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 242.

⁸⁰ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 117; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 242.

⁸¹ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, S. 825; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 118; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 244.

⁸² Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 118.

zuzustellen, § 10 Abs. 7 Satz 1 BImSchG. Die Zustellung an Dritte kann durch die öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden, § 10 Abs. 8 S. 1 BImSchG. In diesem Fall ist der vollständige Bescheid zwei Wochen lang zur Einsicht auszulegen, § 10 Abs. 8 Satz 3 BImSchG.

Nach einem Monat, mit Ablauf der Widerspruchs- bzw. Anfechtungsfrist, ist der Bescheid **bestandskräftig**, § 74 Abs. 1 VwGO. Widerspruch oder Anfechtungsklage sind nun nicht mehr statthaft.

2. Das vereinfachte Verfahren

Im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG entfallen bestimmte Verfahrensschritte, insbesondere die Umweltverträglichkeitsprüfung sowie die Öffentlichkeitsbeteiligung, § 19 Abs. 2 BImSchG. Zudem beträgt die Frist, innerhalb der über den Genehmigungsantrag zu entscheiden ist, lediglich drei Monate, § 10 Abs. 6a Satz 1 BImSchG. Die übrigen Verfahrensschritte des förmlichen Verfahrens werden jedoch nach den oben aufgeführten Grundsätzen durchlaufen⁸³. Im Unterschied zum förmlichen Verfahren besteht bei einem Genehmigungsbescheid im vereinfachten Verfahren jedoch das Risiko, dass dieser meist erst mit großem zeitlichen Abstand zur Genehmigungserteilung in Bestandskraft erwächst (siehe dazu insbesondere im Hinblick auf eine Anknüpfung als Präqualifikationsmerkmal unten E.IV.3.).

3. Die Teilgenehmigung

Eine Teilgenehmigung ist eine abschließende, verbindliche Beurteilung über die Genehmigung einzelner Teile eines Gesamtprojekts. Sie hat verfügende Wirkung hinsichtlich dieses Vorhabenteils (Möglichkeit von Errichtung bzw. Betrieb) sowie lediglich feststellende Wirkung hinsichtlich des Gesamtvorhabens (grundsätzliche Genehmigungsfähigkeit). Damit ist sie – ebenso wie der Vorbescheid – Teil eines gestuften Zulassungsverfahrens⁸⁴, das zum einen dem Antragsteller Rechts- und Investitionssicherheit vermitteln und zum anderen das Verfahren beschleunigen soll⁸⁵. Die Bedeutung für Windenergieanlagen dürfte bislang gering sein.

Der Vorhabenträger kann statt der Errichtung und des Betriebs der Gesamtanlage entweder nur die Errichtung der gesamten Anlage oder auch nur eines Teils der Anlage oder aber die Errichtung und den Betrieb nur eines Teils der Anlage teilgenehmigen lassen, § 8 Abs. 1 BImSchG:

⁸³ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 19 Rn. 12; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 19 BImSchG Rn. 33.

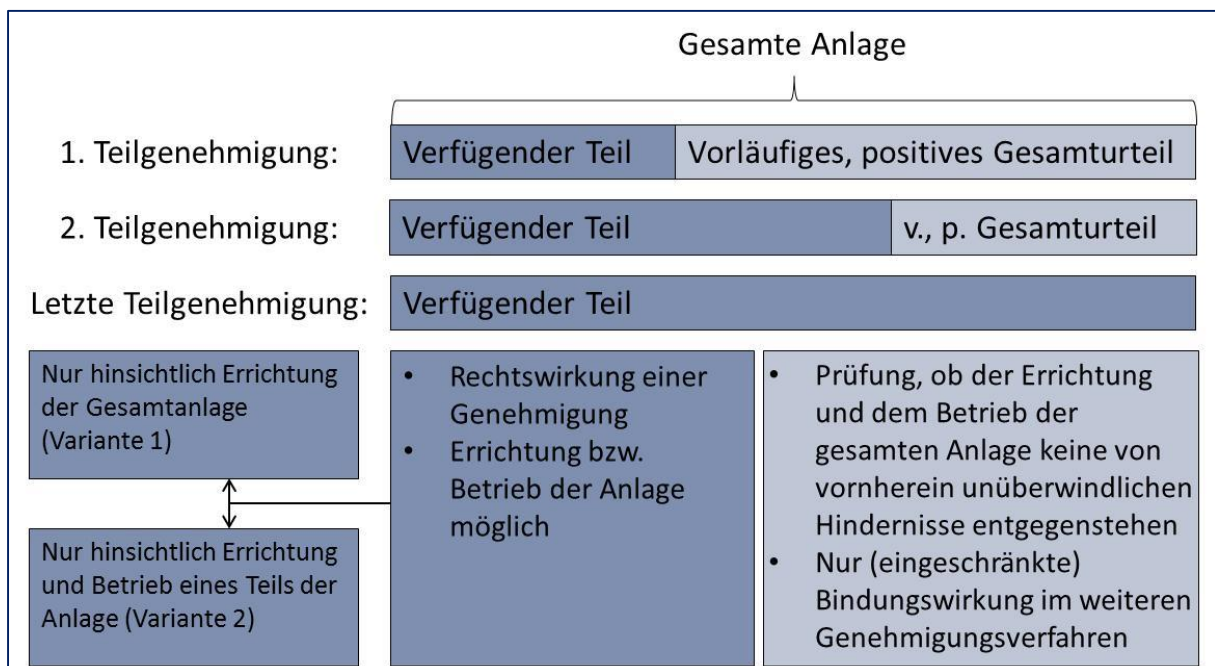
⁸⁴ Koch, Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 180; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 BImSchG Rn. 1; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 8 Rn. 1.

⁸⁵ Koch, Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 180; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 Rn. 12 f.

„Auf Antrag soll eine Genehmigung für die Errichtung einer Anlage oder eines Teils einer Anlage oder für die Errichtung und den Betrieb eines Teils einer Anlage erteilt werden, wenn

1. ein berechtigtes Interesse an der Erteilung einer Teilgenehmigung besteht,
2. die Genehmigungsvoraussetzungen für den beantragten Gegenstand der Teilgenehmigung vorliegen und
3. eine vorläufige Beurteilung ergibt, dass der Errichtung und dem Betrieb der gesamten Anlage keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen entgegenstehen.“

Ergänzend zum Vorhabenteil muss jedoch zusätzlich hinsichtlich der übrigen Genehmigungsvoraussetzungen eine vorläufige, positive Gesamtbeurteilung der Genehmigungsbehörde ergeben, dass der Errichtung und dem Betrieb der gesamten Anlage keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen, § 8 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG. Daneben braucht der Vorhabenträger ein „berechtigtes Interesse“ an der Erteilung einer Teilgenehmigung, § 8 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Dies ist materiell-rechtliche Voraussetzung für die Erteilung einer Teilgenehmigung⁸⁶ und von der Genehmigungsbehörde zu prüfen. Regelmäßig wird ein berechtigtes Interesse bei umfangreichen Planungen anerkannt, die zweckmäßigerweise in Teilschritten vorgenommen werden, aber auch zeitliche oder Kostenvorteile können eine Rolle spielen⁸⁷.



⁸⁶ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 BImSchG Rn. 65.

⁸⁷ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 8 Rn. 7; Enders, in: Giesberts/Reinhardt, Beck'scher Onlinekommentar Umweltrecht, 33. EL 2014, § 8 Rn. 10.

Abb. 17: Inhalt und Rechtswirkung der Teilgenehmigung

Eine Vollgenehmigung kann auf diese Weise – begrenzt lediglich durch Sachumstände und den Grundsatz der sachgerechten Verfahrensgestaltung⁸⁸ – grundsätzlich in beliebig viele Teilgenehmigungen aufgeteilt werden. Anders als der Vorbescheid entfaltet der verfügende Teil der Teilgenehmigung auch Gestattungswirkung. Errichtung bzw. Betrieb des Anlagenteils kann also realisiert werden. Das vorläufige, positive Gesamturteil ist dagegen feststellender Natur, bindet aber die Genehmigungsbehörde im weiteren Verfahren, es sei denn, eine Änderung der Sach- oder Rechtslage oder Einzelprüfungen im Rahmen späterer Teilgenehmigungen führen zu einer abweichenden Beurteilung, § 8 Abs. 2 BImSchG:

„Die Bindungswirkung der vorläufigen Gesamtbeurteilung entfällt, wenn eine Änderung der Sach- oder Rechtslage oder Einzelprüfungen im Rahmen späterer Teilgenehmigungen zu einer von der vorläufigen Gesamtbeurteilung abweichenden Beurteilung führen.“

Im Hinblick auf eine Windenergieanlage dürfte eine Teilgenehmigung von Errichtung und Betrieb nur eines Anlagenteils (z.B. nur Mast) kaum in Betracht kommen. Da auch eine Anlagen-Gruppe wie etwa einen Windpark als „Anlage“ angesehen werden kann⁸⁹, käme eine Teilgenehmigung hinsichtlich der einzelnen Windenergieanlagen in Betracht. Das vorläufige, positive Gesamturteil würde sich in diesem Fall dann auf den Windpark beziehen. Im Gegensatz zu einer sukzessiven Vollgenehmigung der einzelnen Anlagen, erginge bei einem solchen Vorgehen also zusätzlich noch ein behördliches Gesamturteil hinsichtlich des gesamten Windparks. Voraussetzung hierfür wäre, dass die einzelnen Anlagen „durch denselben Betreiber“ betrieben werden (vgl. § 1 Abs. 1 S. 4 4. BImSchV) und wohl auch ein gewisser räumlicher Zusammenhang gegeben ist⁹⁰.

Anders als der Vorbescheid und auch die Vollgenehmigung kann die Teilgenehmigung mit einem Widerrufsvorbehalt versehen werden, § 12 Abs. 3 BImSchG. In diesem Fall kann die Behörde die Teilgenehmigung widerrufen, ohne die Anforderungen des § 21 BImSchG erfüllen zu müssen.

4. Der Vorbescheid

Der Vorbescheid ist eine abschließende, verbindliche Beurteilung über einzelne Zulässigkeits- oder Genehmigungsvoraussetzungen. So ist etwa die sog. „Bebauungsgenehmigung“ im Bau-recht eine Entscheidung über die Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorha-

⁸⁸ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 BImSchG Rn. 23.

⁸⁹ Vgl. Agatz, Handbuch Windenergierecht, 10. Aufl. 2013, S. 7 ff.; vor dem Hintergrund der alten Rechtslage wohl anders Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 BImSchG Rn. 15, der allgemein eine Teilgenehmigung für Anlagenteile ausschließt, die ihrerseits vollgenehmigungsfähig sind.

⁹⁰ So Agatz, Handbuch Windenergierecht, 10. Aufl. 2013, S. 8.

bens. Das Verfahren ist aufgrund dieser Beschränkung einfacher und günstiger als das eigentliche Genehmigungsverfahren. Auf Basis des Vorbescheids kann der Vorhabenträger entsprechend planen. Errichtung und Betrieb der Anlage ist damit nicht möglich.

Ein Vorbescheid kann grundsätzlich für jede genehmigungspflichtige Anlage beantragt werden und bedeutet, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit der Anlage in einem gestuften Verfahren ergeht⁹¹. Der Vorhabenträger kann vor Erteilung der Vollgenehmigung bei der Genehmigungsbehörde beantragen, eine abschließende Entscheidung lediglich über einzelne Aspekte (Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen, z.B. Aspekte des Artenschutzes oder der Luftsicherheit⁹²) oder über den Standort (Standortvorbescheid) der Anlage vorzunehmen, § 9 Abs. 1 BImSchG:

„Auf Antrag soll durch Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen sowie über den Standort der Anlage entschieden werden, sofern die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können und ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Vorbescheides besteht.“

Ergänzend zur Teilfrage müssen jedoch auch die Auswirkungen der gesamten Anlage „ausreichend beurteilt“ werden, § 9 Abs. 1 Hs. 2 BImSchG. Über die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen wird dann zu einem späteren Zeitpunkt abschließend entschieden, dabei ist die Genehmigungsbehörde an den Vorbescheid gebunden⁹³. Der Vorhabenträger erfährt so schon zu einem frühen Zeitpunkt des Genehmigungsverfahrens, ob seinem Vorhaben bestimmte Einzelaspekte oder standortbezogene Aspekte entgegenstehen.

Der Vorhabenträger braucht ein „berechtigtes Interesse“ an der Erteilung eines Vorbescheid, § 9 Abs. 1 Hs. 2 BImSchG. Dies ist materiell-rechtliche Voraussetzung⁹⁴ für die Erteilung und von der Genehmigungsbehörde zu prüfen. Regelmäßig werden auch wirtschaftliche Vorteile als berechtigtes Interesse anerkannt, insbesondere eine Minderung des Investitionsrisikos⁹⁵.

Der Vorbescheid ist feststellender Natur, mit ihm geht daher keine Gestattungswirkung einher⁹⁶. Das bedeutet, dass weder Errichtung noch Betrieb der Anlage auf Grundlage eines Vorbescheids vorgenommen werden können. Er wird nach denjenigen Vorschriften erteilt, die zur Beurteilung der Zulässigkeit der Anlage im regulären Verfahren einschlägig wären, §§ 10 Abs. 9, 19 Abs. 2 BImSchG, also im förmlichen oder vereinfachten Verfahren. Auch die UVP muss – sofern für die Anlage nötig – durchgeführt werden, § 23 Abs. 4 i.V.m. § 22 Abs. 3 9. BImSchV,

⁹¹ Koch, Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 180; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 BImSchG Rn. 3.

⁹² Siehe zum Beispiel VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09.

⁹³ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 BImSchG Rn. 2; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 9 Rn. 16.

⁹⁴ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 BImSchG Rn. 48.

⁹⁵ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 BImSchG Rn. 49; Enders, in: Giesberts/Reinhardt, Beck'scher Onlinekommentar Umweltrecht, 33. EL 2014, § 9 Rn. 10; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 9 Rn. 6.

⁹⁶ Koch, Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 181; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 BImSchG Rn. 1 f., 10 ff; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 9 Rn. 2.

jedoch nur soweit dies zur abschließenden Entscheidung nötig ist⁹⁷. Der Vorbescheid kann gemäß § 9 Abs. 3 i.V.m. § 21 Abs. 1 BImSchG widerrufen werden.

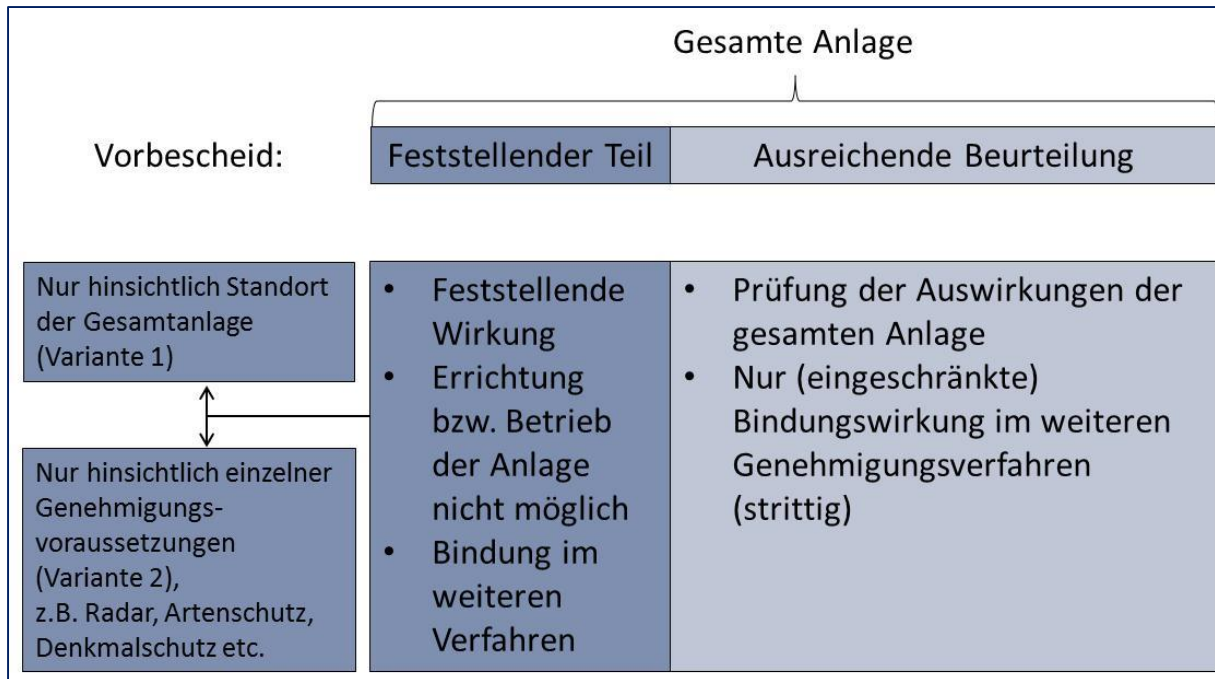


Abb. 18: Inhalt und Rechtswirkung des Vorbescheids

III. Vorüberlegungen zu Präqualifikationsbedingungen im Genehmigungsrecht

Die Projektierung von Windenergieanlagen ist ein regelmäßig mehrere Jahre andauernder Prozess, der sich grob in vier Phasen untergliedern lässt: Vorprüfung, Planung, Genehmigung und Realisierung. Während der Vorprüfung untersucht der Vorhabenträger Flächen hinsichtlich Ertrag und Verfügbarkeit, um einen geeigneten Standort zu finden. Im Anschluss wird in der Planungsphase die Geeignetheit des gefundenen Standorts auch hinsichtlich planungs- und fachrechtlicher Aspekte mittels zum Teil aufwändiger Gutachten untersucht. Dies geschieht bereits in enger Abstimmung mit der Genehmigungsbehörde. Nach Erstellung der erforderlichen Gutachten folgen das eigentliche Genehmigungsverfahren und schließlich der Genehmigungsbescheid. Abschließend wird die Anlage realisiert, also errichtet und in Betrieb genommen.

Hinsichtlich der Realisierungswahrscheinlichkeit im Genehmigungsverfahren lässt sich schon vorab feststellen, dass erst die (bestandskräftige) Vollgenehmigung unabhängig vom gewählten Genehmigungsverfahren die Wahrscheinlichkeit der Realisierung entscheidend erhöht

⁹⁷ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 BImSchG Rn. 14; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 9 Rn. 14.

und entsprechende Rechtssicherheit gibt. Das Genehmigungsverfahren dient der Prüfung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften und der Beschaffung der hierfür notwendigen Informationen. Dieser behördeninterne Prozess mündet direkt in die Entscheidungsreife. Der Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung oder das Vorliegen sämtlicher Unterlagen sagt daher zunächst lediglich aus, dass die Behörde zu diesem Zeitpunkt die entsprechenden Informationen hat. Da die Genehmigungsbehörde an die Stellungnahmen der nach § 10 Abs. 5 BImSchG zu beteiligenden Fachbehörden nicht gebunden ist⁹⁸, ist auch aus dem Ergebnis der Behördenbeteiligung jedenfalls kein zwingender Rückschluss auf eine erhöhte Realisierungswahrscheinlichkeit möglich. Etwas anderes mag lediglich für die Stellungnahmen derjenigen Behörden gelten, deren Inhalt nicht gemäß § 13 BImSchG von der Genehmigungsbehörde ersetzt werden kann, also insbesondere die Zustimmung der Luftfahrtbehörde nach §§ 12, 14 LuftVG⁹⁹ und das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB sowie zum Teil die denkmalschutzrechtliche Stellungnahme. Im Falle negativer Stellungnahmen münden diese jedoch ebenso unmittelbar in die Entscheidungsreife, dann in Form der Versagung.

Hinsichtlich des Realisierungswillens des Vorhabenträgers mag dies anders zu beurteilen sein. Hier kann bereits in der Einreichung der vollständigen Unterlagen im Rahmen der Antragstellung, insbesondere aber in der Anfertigung der entsprechend zeit- und kostenintensiven Gutachten während der Planungsphase der Projektierung, ein hoher Realisierungswillen angenommen werden. So dauert die „Planungsphase“ im Vorfeld der Antragstellung teilweise mindestens genauso lange wie das anschließende Genehmigungsverfahren, teilweise sogar doppelt so lange¹⁰⁰. Und eine der wesentlichen Kostenfaktoren im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ist die Erstellung der Gutachten im Vorfeld¹⁰¹.

⁹⁸ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 46; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 112.

⁹⁹ VG Oldenburg, Beschl. v. 05.02.2014 – 5 B 6430/13, Rn. 34; Wysk, in Grabherr/Reidt/ders., LuftVG, 17. EL 2013, § 12 Rn. 70 und § 14 Rn. 3; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 13 Rn. 11; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 13 Rn. 108.

¹⁰⁰ Vgl. Fachagentur Windenergie an Land e.V., Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 30 ff., Tabellen 12 – 15.

¹⁰¹ Die Kosten der Planungsphase sind ebenso hoch wie die Kosten für die Genehmigungsphase, vgl. Fachagentur Windenergie an Land e.V., Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 18 f., 47 f.

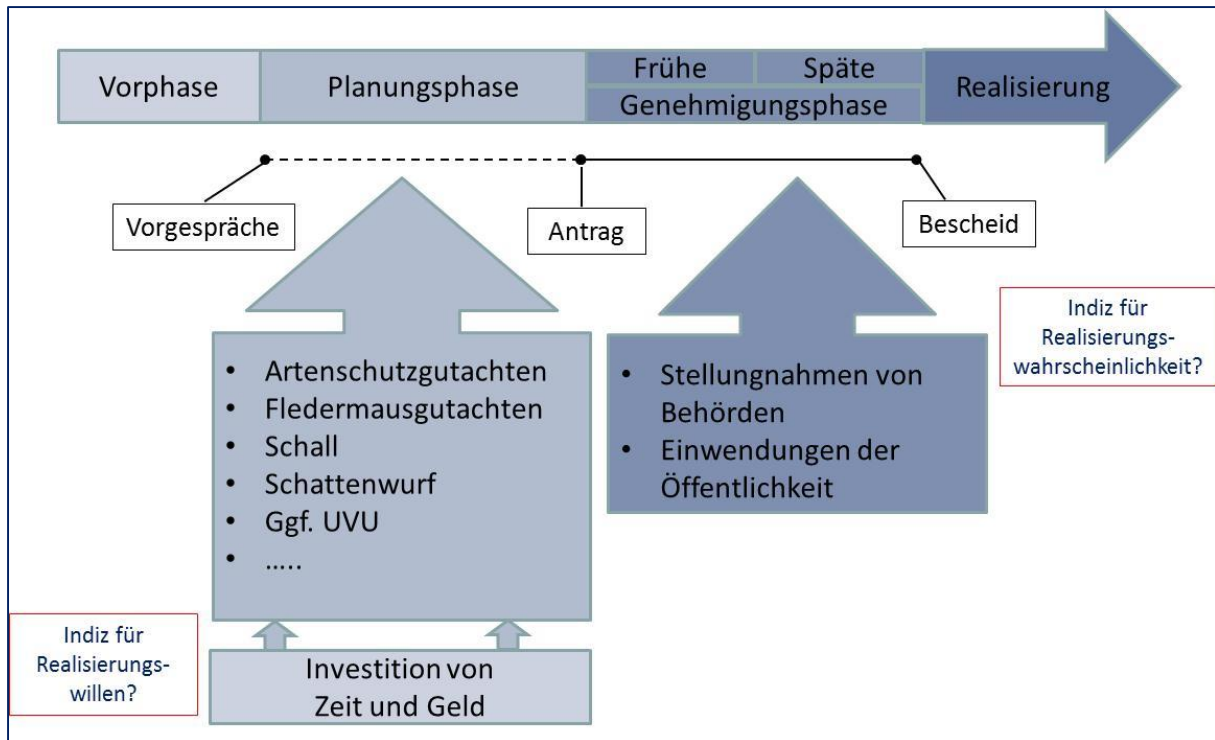


Abb. 19: Realisierungswahrscheinlichkeit und Realisierungswille im Genehmigungsverfahren

IV. Rechtliche Gesichtspunkte bei der Festlegung von Präqualifikationsbedingungen

Unabhängig von den vorstehenden Überlegungen sollen im Folgenden die einzelnen Verfahrensschritte des Genehmigungsverfahrens näher betrachtet und rechtliche Gesichtspunkte hinsichtlich ihrer Eignung zur Präqualifikation diskutiert werden. Dabei werden die Erstellung der Voruntersuchungen (1.) sowie die frühe (2.) und die späte Genehmigungsphase (3.) unterschieden.

1. Erstellung der Voruntersuchungen

Anknüpfung an Voruntersuchungen

- (+) ernsthafter Realisierungswille durch aufgewendete Zeit/Kosten
- (+) ggf. erste Erkenntnisse über wesentliche Genehmigungsvoraussetzungen
- (+) Zuschlag unabhängig von der Dauer des Genehmigungsverfahrens
- (-) Wirtschaftliches Risiko durch aufgewendete Zeit/Kosten (anders als bei Anknüpfung an bloße Beratung vor Antragsstellung)
- (-) Realisierungswahrscheinlichkeit unklar (nur „erste Erkenntnisse“)
- (-) Realisierung abhängig von der Dauer des Genehmigungsverfahrens
- (-) Betriebsauflagen noch ungewiss
- (-) Nachweismöglichkeit

Die dem Genehmigungsantrag nach § 4 Abs. 1 Satz 1 9. BImSchV beizufügenden Unterlagen werden regelmäßig im Vorfeld der eigentlichen Antragstellung erstellt. Wie oben bereits erwähnt bringt der Vorhabenträger hierfür noch vor Beginn des Genehmigungsverfahrens eine nicht unerhebliche Menge an Zeit und Kosten auf. Dies könnte einerseits als Indiz für einen besonderen, ernsthaften Realisierungswillen des Vorhabenträgers gewertet werden, andererseits hätte aber der Vorhabenträger dann das Investitionsrisiko hinsichtlich der Voruntersuchungen – wie auch bei jedem anderen späteren Verfahrensschritt – noch vor Erhalt der Förderzusage seines Vorhabens zu tragen. Als Anknüpfungspunkt vor den Voruntersuchungen käme jedoch nur das Beratungsgespräch in Betracht, das die Behörde gemäß § 2 Abs. 2 9. BImSchV mit dem Vorhabenträger führen soll. Dieser Zeitpunkt verdeutlicht aber weder schon einen besonders ernsthaften Realisierungswillen des Vorhabenträgers noch eine erhöhte Realisierungswahrscheinlichkeit des Vorhabens. Aus rechtlicher Sicht bietet er sich daher kaum an.

Neben der Indizwirkung für einen erhöhten Realisierungswillen gehen mit den geleisteten Voruntersuchungen bereits erste Erkenntnisse über wesentliche Genehmigungsvoraussetzungen einher. Eine wirkliche Erhöhung der Realisierungswahrscheinlichkeit ist hiermit noch nicht verbunden. Es darf letztlich *keine* öffentlich-rechtliche Vorschrift der Errichtung und dem Betrieb der Anlage entgegenstehen, § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.

Bei einer Anknüpfung einer Präqualifikation an die getätigten Voruntersuchungen wäre weiterhin zu berücksichtigen, dass die Zulassung zum Ausschreibungsverfahren dann unabhängig von der Dauer des späteren Genehmigungsverfahrens bestünde. Dies kann einer zeitnahen

Realisierung des Vorhabens nach Zuschlag entgegenstehen und zu nicht unerheblichen Verzögerungen beim Ausbau der Windenergie führen. Zwar könnte diesem Umstand dadurch begegnet werden, dass eine bestimmte Frist definiert wird, innerhalb derer die Anlage in Betrieb genommen werden muss, es bliebe aber auch dann noch Unklarheit über die Rechtsposition des Bieters. Denn der Ausgang des Genehmigungsverfahrens ist offen. So besteht neben dem Risiko der Versagung der Genehmigung zudem auch Ungewissheit über mögliche Betriebsauflagen, die unter Umständen das Vorhaben erst genehmigungsfähig machen, seine Wirtschaftlichkeit aber in Frage stellen könnten. Dies könnte sich daher auch auf die angebotene Leistung auswirken.

Letztlich würden hier auch Nachweisfragen zu klären sein. Bislang gibt es keine behördliche Bestätigung für den Abschluss oder die Vollständigkeit der Voruntersuchungen. Zwar könnte hier auf die Eingangsbestätigung des Antrags bzw. die Vollständigkeitsbestätigung abgestellt werden (dazu siehe unten 2.a) und 2b)). Diese ergehen jedoch zu einem späteren Zeitpunkt.

2. Frühe Genehmigungsphase

Die frühe Genehmigungsphase umfasst zum einen die Antragstellung, die Vollständigkeitsbestätigung sowie die öffentliche Bekanntmachung des Vorhabens.

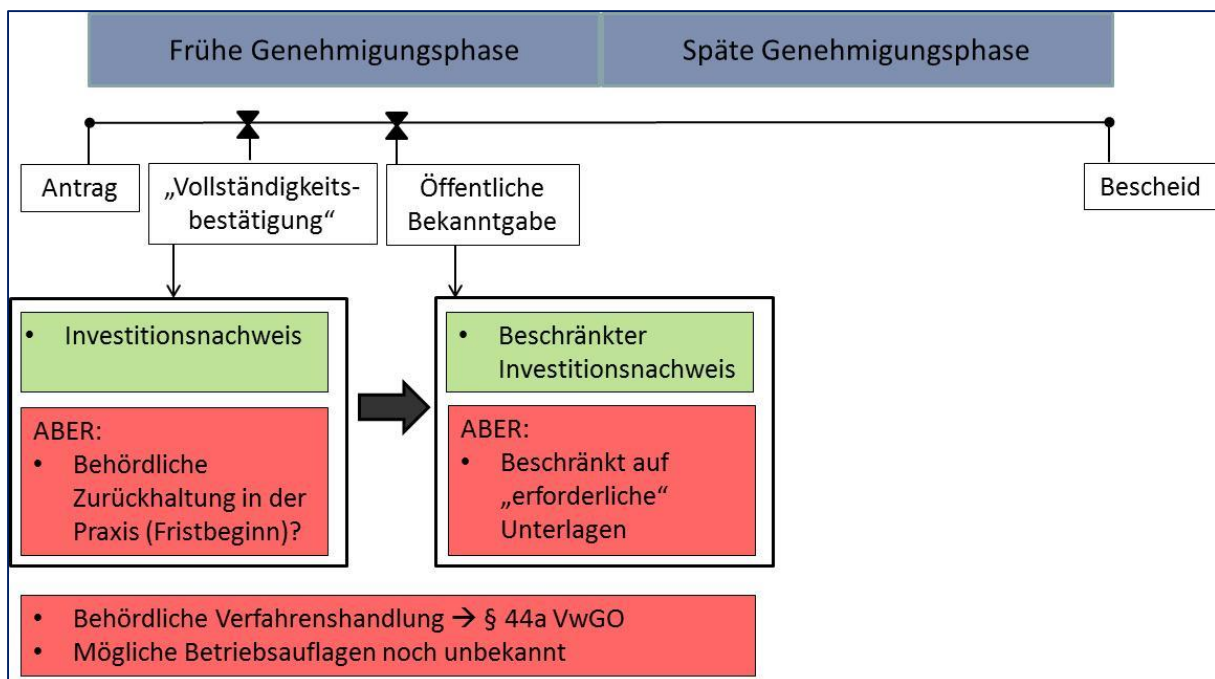


Abb. 20: Anknüpfungspunkte in früher Genehmigungsphase

a) Antragstellung

Anknüpfung an Antragstellung

- (+) Zuschlag unabhängig von der Dauer des weiteren Genehmigungsverfahrens
- (+) Gesetzlich implementierte Nachweismöglichkeit (Eingangsbestätigung)
- (-) Kein „vollständiger Antrag“ notwendig
- (-) Ambivalente Aussagekraft: Indiz für Realisierungswille abhängig von bereits erfolgter Durchführung der Voruntersuchung
- (-) Keine rechtliche Bindung an den Antrag

Zu Beginn des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens steht die **Antragstellung** durch den Vorhabenträger. Nach § 2 Abs. 1 9. BImSchV hat dieser schriftlich zu erfolgen. Die Behörde hat den Eingang unverzüglich schriftlich zu bestätigen, § 6 9. BImSchV. Eine rechtliche Bindung des Vorhabenträgers an seinen Antrag geht mit der Antragstellung allerdings nicht einher, er kann jederzeit formlos zurückgenommen werden¹⁰². Nähere inhaltliche Vorgaben sind in der 9. BImSchV geregelt.

Laut § 3 9. BImSchV muss der Antrag enthalten:

- „1. die Angabe des Namens und des Wohnsitzes oder des Sitzes des Antragstellers,*
- 2. die Angabe, ob eine Genehmigung oder ein Vorbescheid beantragt wird und im Falle eines Antrags auf Genehmigung, ob es sich um eine Änderungsgenehmigung handelt, ob eine Teilgenehmigung oder ob eine Zulassung des vorzeitigen Beginns beantragt wird,*
- 3. die Angabe des Standortes der Anlage, bei ortsveränderlicher Anlage die Angabe der vorgesehenen Standorte,*
- 4. Angaben über Art und Umfang der Anlage,*
- 5. die Angabe, zu welchem Zeitpunkt die Anlage in Betrieb genommen werden soll.“*

Beizufügen sind dem Antrag die erforderlichen Unterlagen, § 4 Abs. 1 Satz 1 9. BImSchV:

- „Dem Antrag sind die Unterlagen beizufügen, die zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich sind.“*

¹⁰² Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 40; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 28.

Jedoch ist ein Antrag, der die „erforderlichen“ Angaben (noch) nicht enthält oder ohne die erforderlichen Unterlagen gestellt wird, nicht etwa unwirksam¹⁰³. Die Behörde hat den Eingang des Antrags dennoch zu bestätigen und bei der anschließenden Prüfung der Vollständigkeit die fehlenden Unterlagen oder Angaben nachzufordern, § 7 Abs. 1 Satz 3 9. BImSchV. Soll die Antragstellung als Anknüpfungspunkt für die Präqualifikation dienen, ist also aus rechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass die Aussagekraft eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrags ambivalent zu beurteilen ist.

Für einen gesteigerten Realisierungswillen könnte sprechen, wenn der Antrag mit den erforderlichen Unterlagen vollständig eingereicht wurde. Hinsichtlich der Vor- und Nachteile eines solchen Anknüpfungspunkts gelten dieselben Gesichtspunkte wie bei den Voruntersuchungen. Einerseits wäre die Präqualifikation dann unabhängig von der Dauer des weiteren Genehmigungsverfahrens, zudem gingen gewisse Erkenntnisse über die Genehmigungsvoraussetzungen mit den Gutachten einher und der gesteigerte Realisierungswille hätte sich entsprechend der aufgewendeten Kosten und Zeit gewissermaßen manifestiert. Darüber hinaus läge nun auch noch die Antragstellung vor. Der Vorhabenträger ist damit also in das Genehmigungsverfahren eingetreten. Andererseits hatte der Vorhabenträger dann jedoch bereits einen gewissen Zeit- und Kostenaufwand zu tragen, die Realisierungswahrscheinlichkeit wäre weiterhin grundsätzlich unklar und selbst bei erfolgter Genehmigung wäre eine zeitnahe Realisierung aufgrund des noch durchzulaufenden Genehmigungsverfahrens unwahrscheinlich, zumindest aber stark einzelfallabhängig. Zudem kann die Genehmigung noch mit ungewissen Betriebsauflagen über Nebenbestimmungen versehen werden.

Dem Vorhabenträger wäre es zwar auch möglich, einen unvollständigen Antrag zu stellen, insbesondere noch ohne entsprechende Gutachten. Dies ist daher grundsätzlich schon vor den Voruntersuchungen möglich. Mit einem solchen Antrag könnten aber kaum Aussagen über die Realisierungswahrscheinlichkeit oder den ernsthaften Realisierungswillen des Vorhabenträgers einhergehen.

Sofern gleichwohl die Antragstellung als Anknüpfungspunkt einer Präqualifikation dienen soll, könnte der Nachweis darüber jedenfalls über die Eingangsbestätigung der Behörde erfolgen. Es ist jedoch aus rechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass die Eingangsbestätigung als behördliche Verfahrenshandlung¹⁰⁴ nicht isoliert einklagbar ist, sondern gemäß § 44a VwGO nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden kann. Einzelne Verfahrenshandlungen können nicht unmittelbar im Fortgang des Ge-

¹⁰³ Daher die nachfolgende Vollständigkeitsprüfung, § 7 9. BImSchV; zur Rechtswirksamkeit auch bei unvollständigem Inhalt des Antrags *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 44.

¹⁰⁴ *Kutscheidt/Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band IV, 73. EL 2014, § 6 9. BImSchV Rn. 5; *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 40.

nehmigungsverfahrens prozessual eingefordert werden, sondern allenfalls erst nach Erteilung/Versagung der Genehmigung¹⁰⁵. Wenn die Behörde keine Eingangsbestätigung ausstellt, kann der Vorhabenträger die als Präqualifikationsmerkmal erforderliche Handlung der Behörde nicht im Vorfeld der Verbescheidung einklagen.

b) Vollständigkeitsbestätigung

Anknüpfung an Vollständigkeitsbestätigung

- (+) ernsthafter Realisierungswille durch aufgewendete Zeit/Kosten*
- (+) ggf. erste Erkenntnisse über wesentliche Genehmigungsvoraussetzungen*
- (+) Zuschlag unabhängig von der Dauer des weiteren Genehmigungsverfahrens*
- (+) Antragstellung bereits geschehen
- (+)/(-) Prüfung der Vollständigkeit zwar gesetzlich geregelt, Bestätigung aber nicht
- (-) Wirtschaftliches Risiko durch aufgewendete Zeit/Kosten (anders als bei Anknüpfung an bloße Beratung vor Antragstellung)*
- (-) Realisierungswahrscheinlichkeit unklar (nur „erste Erkenntnisse“)*
- (-) Realisierung abhängig von der Dauer des Genehmigungsverfahrens*
- (-) Betriebsauflagen ungewiss*

*Siehe bereits bei „Anknüpfung an Voruntersuchungen“

Das Problem fehlender Antragsunterlagen ist jedenfalls dann behoben, wenn die Unterlagen vollständig eingegangen sind und der Antragsteller dies mittels einer „**Vollständigkeitsbestätigung**“ auch nachweisen kann. Wie bereits oben erwähnt, käme mit dem Nachweis der vollständig erbrachten Voruntersuchung zwar der ernsthafte Realisierungswille des Vorhabenträgers zum Ausdruck, weil dann auch bereits ein gewisser Zeit- und Kostenaufwand angefallen ist. Die Untersuchungen kämen jedoch letztlich über gewisse erste Erkenntnisse hinsichtlich einzelner Genehmigungsvoraussetzungen nicht hinaus, zudem wäre weiterhin ungewiss, ob die Genehmigung mit Betriebsauflagen versehen werden müsste. Zwar wäre bei einer Anknüpfung an eine Vollständigkeitsbestätigung die Teilnahme an der Ausschreibung unabhängig von der Dauer des weiteren Genehmigungsverfahrens möglich. Der spätere Realisierungszeitpunkt für das Vorhaben hängt aber entscheidend von dieser Dauer ab.

¹⁰⁵ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 Rn. 280; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 132.

Im Gegensatz zur Eingangsbestätigung ist jedoch das Institut der Vollständigkeitsbestätigung nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. So ist der Vorhabenträger bei Vollständigkeit der Unterlagen gemäß § 7 Abs. 2 9. BImSchV lediglich über den weiteren Fortgang des Verfahrens zu unterrichten, was im Übrigen formlos möglich ist. In der Praxis scheinen die Behörden allenfalls zurückhaltend die Vollständigkeit der Antragsunterlagen zu bestätigen¹⁰⁶, nicht zuletzt wohl auch deshalb, weil damit die Fristen des Genehmigungsverfahrens (sieben Monate) zu laufen beginnen¹⁰⁷. Wollte man gleichwohl an diesen Zeitpunkt anknüpfen, müsste der Gesetzgeber hier wohl noch eine schriftlich zu erteilende Vollständigkeitsbestätigung ausdrücklich in das Gesetz implementieren. Allerdings wäre aus rechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass eine behördliche Verfahrenshandlung nach § 44a VwGO nicht isoliert eingefordert werden kann (siehe dazu bereits unter E.IV.2.a)).

c) Öffentliche Bekanntmachung

Anknüpfung an Öffentliche Bekanntmachung

- (+) ggf. erste Erkenntnisse über wesentliche Genehmigungsvoraussetzungen*
- (+) Zuschlag unabhängig von der Dauer des Genehmigungsverfahrens*
- (+) Antragstellung bereits geschehen
- (+) Gesetzlicher Anknüpfungspunkt vorhanden
- (+)/(-) Realisierungswille durch aufgewendete Zeit/Kosten entsprechend den geleisteten Voruntersuchungen
- (-) Wirtschaftliches Risiko durch aufgewendete Zeit/Kosten (anders als bei Anknüpfung an bloße Beratung vor Antragstellung)*
- (-) Realisierungswahrscheinlichkeit unklar (nur „erste Erkenntnisse“)*
- (-) Realisierung abhängig von der Dauer des Genehmigungsverfahrens*
- (-) Betriebsauflagen ungewiss*

*Siehe bereits bei „Voruntersuchungen“ und „Vollständigkeitsbestätigung“

¹⁰⁶ Nur in 30 % der untersuchten Fälle hatte die Behörde die Vollständigkeit der Unterlagen erklärt, vgl. *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 25.

¹⁰⁷ § 10 Abs. 6a BImSchG: „Über den Genehmigungsantrag ist nach Eingang des Antrags und der nach Absatz 1 Satz 2 einzureichenden Unterlagen innerhalb einer Frist von sieben Monaten, in vereinfachten Verfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten, zu entscheiden.“ Siehe dazu auch oben E.II.1.

Die **öffentliche Bekanntgabe** gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 BImSchG hat zwar dem Wortlaut nach erst zu erfolgen, sobald die Unterlagen vollständig bei der Behörde eingegangen sind. Allerdings wirkt hier § 8 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. mit § 10 Abs. 1 Satz 1 9. BImSchV insoweit einschränkend, als dass zur Bekanntmachung des Vorhabens nur diejenigen Unterlagen einzureichen sind, die die Angaben über die Auswirkungen der Anlage auf die Nachbarschaft und die Allgemeinheit enthalten. Eine Vollständigkeit der Antragsunterlagen insgesamt geht mit der öffentlichen Bekanntmachung daher nicht zwingend einher. Folglich ist es durchaus möglich, dass die öffentliche Bekanntmachung zeitlich vor der Bestätigung der Vollständigkeit der Unterlagen erfolgt. Gleichwohl lässt sich sagen, dass die öffentliche Bekanntmachung jedenfalls einen signifikanten Teil der insgesamt erforderlichen Unterlagen voraussetzt.

Anders als bei der Vollständigkeitsbestätigung käme der ernsthafte Realisierungswille des Vorhabenträgers primär wohl nur über die geleisteten Voruntersuchungen zum Ausdruck, weil der Vorhabenträger hier dann den entsprechenden Zeit- und Kostenaufwand schon getragen hätte. Die Untersuchungen kämen jedoch über gewisse erste Erkenntnisse hinsichtlich einzelner Genehmigungsvoraussetzungen nicht hinaus, zudem wäre ebenso ungewiss, ob die Genehmigung mit Betriebsauflagen versehen werden müsste. Zwar wäre – wie bei einer Anknüpfung an eine Vollständigkeitsbestätigung – die Teilnahme an der Ausschreibung unabhängig von der Dauer des weiteren Genehmigungsverfahrens möglich. Der Realisierungszeitpunkt hängt aber entscheidend von dieser Dauer ab.

Im Gegensatz zur Vollständigkeitsbestätigung ist die öffentliche Bekanntmachung des § 10 Abs. 3 BImSchG, so wie auch die Eingangsbestätigung des § 6 9. BImSchV, ausdrücklich gesetzlich geregelt. Zwar ist auch sie als behördliche Verfahrenshandlung gemäß § 44a VwGO nicht im Vorfeld der Verbescheidung isoliert einklagbar, jedoch ist sie für die Behörde zumindest zwingende Voraussetzung für die im Anschluss durchzuführende Öffentlichkeitsbeteiligung. Ihr Fehlen macht die Genehmigung insofern anfechtbar, eine Heilung nach § 45 VwGO ist ausgeschlossen¹⁰⁸. Daher muss die Behörde das Vorhaben öffentlich bekanntmachen. Anders als die Vollständigkeitsbestätigung beginnt mit der öffentlichen Bekanntmachung auch nicht die Verbescheidungsfrist von regelmäßig sieben Monaten zu laufen, so dass auch aus diesem Grund hier nicht mit behördlicher Zurückhaltung zu rechnen ist.

Allerdings sollte aus rechtlicher Sicht darüber hinaus berücksichtigt werden, dass die öffentliche Bekanntmachung gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 BImSchG zwar nicht nur im amtlichen Veröffentlichungsblatt erfolgen muss, sondern auch entweder in örtlichen Tageszeitungen oder im Internet. Das Gesetz sieht aber jedenfalls keine Bestätigung an den Vorhabenträger vor, so dass sich – gerade für ortsferne Vorhabenträger – im Einzelfall Nachweisfragen stellen könnten.

¹⁰⁸ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 85.

3. Späte Genehmigungsphase

Die späte Genehmigungsphase besteht im Wesentlichen aus dem Zeitpunkt der Entscheidungsreife und dem hierauf basierenden Genehmigungsbescheid (vgl. § 20 Abs. 1 9. BImSchV). Die Vollgenehmigung ermöglicht – anders als etwa das Vorliegen eines räumlichen Planes mit entsprechenden Ausweisungen – ohne weitere Voraussetzungen die Realisierung des Vorhabens. Sie ist zugleich immer notwendige Bedingung für eine Realisierung.

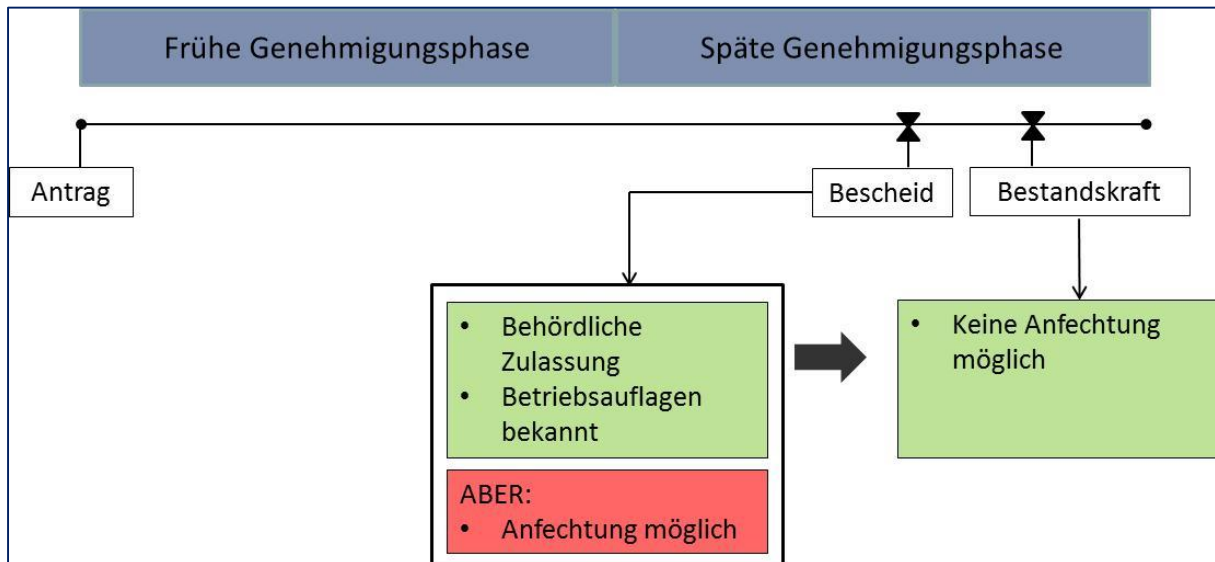


Abb. 21: Anknüpfungspunkte in später Genehmigungsphase

Anknüpfung an bestandskräftigen Genehmigungsbescheid

- (+) Realisierungswahrscheinlichkeit sehr hoch
- (+) Rechtssicherheit sehr hoch, selbst im vereinfachten Verfahren
- (+) Möglichkeit der zeitnahen Realisierung
- (+) Planungsrechtliche Flächenverfügbarkeit gegeben (kein planungsrechtlicher Anknüpfungspunkt zusätzlich notwendig)
- (+) Klarheit über mögliche Betriebsauflagen
- (-) Wirtschaftliches Risiko durch aufgewendete Zeit/Kosten (anders als bei Anknüpfung an bloße Beratung vor Antragstellung)*

*Siehe bereits bei „Voruntersuchungen“, „Vollständigkeitsbestätigung“ und „Öffentliche Bekanntmachung“

Die positive Entscheidung der Genehmigungsbehörde über den Genehmigungsantrag mündet in den Erlass eines Genehmigungsbescheids. Der behördlichen Entscheidung sind die im gesamten Genehmigungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse einschließlich der Einwendungen, der Stellungnahmen beteiligter Behörden, der behördlichen und einbezogenen Privatgutachten etc. zugrunde zu legen¹⁰⁹. Mit der Vollgenehmigung wird zugleich auch die planungsrechtliche Flächenverfügbarkeit bestätigt, so dass bei Abstellen auf den Genehmigungsbescheid als Präqualifikationsvoraussetzung grundsätzlich kein zusätzlicher planungsrechtlicher Anknüpfungspunkt mehr notwendig wäre. Auch mögliche Betriebsauflagen sind von der Behörde hier abschließend geregelt worden. Die Realisierungswahrscheinlichkeit ist daher zu diesem Zeitpunkt sehr hoch.

Die Genehmigung kann jedoch von Dritten bis zum Eintritt der Bestandskraft angefochten werden. Widerspruch und Anfechtungsklage entfalten grundsätzlich aufschiebende Wirkung, § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Genehmigung kann vom Vorhabenträger zunächst nicht genutzt werden, es sei denn, die Behörde ordnet die sofortige Vollziehung der Genehmigung an, § 80 Abs. 1 Nr. 4 VwGO. Gegen eine solche Anordnung des Sofortvollzugs könnte sich der Betroffene wiederum im Wege eines Eilrechtsschutzverfahrens zur Wehr setzen. Daneben kann die Genehmigung aufgrund belastender Nebenbestimmungen (z.B. artenschutzrechtlicher Natur) auch vom Vorhabenträger selbst angefochten werden. Dies hindert den Vorhabenträger jedoch nicht, sein Vorhaben – auch zeitnah – im Rahmen der ursprünglichen Wirkung der Genehmigung zu realisieren. Nach Ansicht der Rechtsprechung sind belastende Nebenbestimmungen eines begünstigenden Verwaltungsakts regelmäßig isoliert anfechtbar¹¹⁰, so dass die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO nur die Nebenbestimmung betrifft. Der Hauptverwaltungsakt, also die Genehmigung an sich, bleibt vollziehbar, wobei die Behörde in aller Regel in solchen Fällen jedenfalls den Sofortvollzug der angefochtenen Nebenbestimmung gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 4 VwGO anordnen dürfte, dem der Vorhabenträger dann über den Eilrechtsschutz begegnen kann.

Diese letzten *rechtlichen* Unsicherheiten bestehen nicht mehr ab der **Bestandskraft des Genehmigungsbescheids**. Bestandskräftig wird ein Verwaltungsakt grundsätzlich einen Monat nach der Zustellung, § 74 Abs. 1 VwGO. Im Falle einer diesbezüglichen Präqualifikation würde dem Vorhabenträger hierdurch folglich die Möglichkeit der zeitnahen Realisierung unmittelbar nach Zuschlag gegeben. Verzögerungen durch eine Anfechtung wären nicht mehr zu befürchten. Zu berücksichtigen wäre jedoch, dass der Vorhabenträger die Bestandskraft entsprechend nachweisen müsste.

¹⁰⁹ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 245.

¹¹⁰ Speziell zur artenschutzrechtlichen Auflage von WEA: OVG Magdeburg, Urt. v. 13.03.2014 - 2 L 215/11, Rn. 33; allgemein zur isolierten Anfechtung: BVerwGE 112, 221, 224; OVG Bautzen, Urt. v. 10.10.2012 - 1 A 389/12, Rn. 26.

Aus rechtlicher Sicht müsste zudem berücksichtigt werden, dass die Bestandskraft unter Umständen erst nach mehr als einem Jahr nach Genehmigungserteilung eintritt. Da im vereinfachten Verfahren der Bescheid sowie insbesondere eine Rechtsbehelfsbelehrung Dritten gegenüber regelmäßig nicht zugestellt wird und der Bescheid gemäß § 19 Abs. 2 BImSchG auch nicht öffentlich bekanntgegeben werden muss¹¹¹, beginnt die Anfechtungsfrist nicht zu laufen¹¹². Da Einwendungen betroffener Dritter auch nicht gemäß § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG präkludiert¹¹³ sind, kann der Genehmigungsbescheid regelmäßig noch durch Dritte angefochten werden und zwar in der Regel bis zu einem Jahr¹¹⁴ nachdem der Dritte Kenntnis von der Genehmigung erlangt hat oder hätte erlangen können¹¹⁵. Anders ist dies aber im Falle der öffentlichen Bekanntmachung des verfügenden Teils des Bescheids sowie der Rechtsbehelfsbelehrung. Dies kann die Zustellung an Dritte ersetzen, sofern in der Bekanntmachung darauf hingewiesen wird und der vollständige Bescheid zwei Wochen zur Einsicht ausliegt, § 10 Abs. 8 S. 1 BImSchG. Die Anfechtungsfrist beträgt – wie im förmlichen Genehmigungsverfahren – einen Monat, § 74 Abs. 1 VwGO. Die öffentliche Bekanntmachung liegt allerdings im Ermessen der Behörde¹¹⁶, der Vorhabenträger hat keinen Anspruch auf die Ersetzung der Zustellung. Ihm bliebe hier nur die Wahl des förmlichen Genehmigungsverfahrens, § 19 Abs. 3 BImSchG.

Die bestandskräftige Vollgenehmigung gestattet zwar Errichtung und Betrieb der Anlage, sie verpflichtet den Vorhabenträger jedoch nicht hierzu. Im Hinblick auf ein Ausschreibungsverfahren kann der Vorhabenträger seine Genehmigung auch in späteren Ausschreibungsrunden nutzen, falls er zuvor keinen Zuschlag erhalten hat. Er kann diese und im Rahmen seiner finanziellen Möglichkeiten prinzipiell auch beliebig viele weitere Genehmigungen „horten“. Auf die Wirksamkeit einer Genehmigung hat dies keinen Einfluss, selbst bei einer nachträglichen Änderung der zugrundeliegenden bauplanungsrechtlichen Grundlage. Auch die immissionschutzrechtliche Genehmigung besitzt – unbeschadet der Möglichkeit des (entschädigungspflichtigen) Widerrufs gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3, 4 BImSchG und der nachträglichen Anordnung gemäß § 17 Abs. 1 BImSchG – Legalisierungswirkung¹¹⁷. Sie bleibt auch bei nachträglicher Änderung der materiell-rechtlichen Rechtslage wirksam. Die Genehmigung kann jedoch von der Behörde zeitlich befristet werden, § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Bei Windenergieanlagen ist dies regelmäßig der Fall. So werden häufig Fristen für den Baubeginn (ca. 1-3 Jahre) und auch für

¹¹¹ Siehe zum Wahlrecht des Vorhabenträgers § 21a 9. BImSchV.

¹¹² *Kopp/Schenke*, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 57 Rn. 17.

¹¹³ Präklusion bedeutet, dass Einwände, die im Genehmigungsverfahren von betroffenen Dritten nicht erhoben worden sind, auch nicht mehr im Anschluss gerichtlich geltend gemacht werden können, dazu ausführlich *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 91.

¹¹⁴ Die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO wird als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens angesehen, vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 74 Rn. 20.

¹¹⁵ *Brenner*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 74 Rn. 25.

¹¹⁶ *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 122; *Dietlein*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 10 BImSchG Rn. 260.

¹¹⁷ *Kotulla*, Umweltrecht, 6. Aufl. 2014, S. 82; die Legalisierungswirkung ergibt sich auch aus dem Umkehrschluss des § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG.

die Inbetriebnahme (weitere 1-2 Jahre) festgelegt und können etwa von der Größe des Windparks oder etwaigen naturschutzfachlichen Beschränkungen abhängig sein. Eine Befristung liegt jedoch im Ermessen der Behörde¹¹⁸.

4. Die Teilgenehmigung

Anknüpfung an Teilgenehmigung

- (+) Schneller und kostengünstiger als Vollgenehmigung
- (-) Allenfalls bedingte Realisierungswahrscheinlichkeit hinsichtlich der gesamten Anlage („vorläufiges, positives Gesamturteil“)
- (-) Realisierungswahrscheinlichkeit des gestattenden Teils abhängig von der Art der Teilgenehmigung
- (-) Umfang der einzureichenden Unterlagen stark einzelfallabhängig
- (-) Gesamtkosten bis zur Vollgenehmigung insgesamt höher

Wie oben bereits dargestellt wären auch Windparks als Anlagengruppen teilgenehmigungsfähig, Einzelanlagen lediglich hinsichtlich ihrer Errichtung (oder einzelner Anlagenteile). Die Teilgenehmigung liegt wie der Vorbescheid zeitlich vor der Vollgenehmigung und könnte daher einen früheren Anknüpfungspunkt für eine Präqualifikation bieten.

Der Verordnungsgeber hat den Gruppen-Begriff jedoch erst im Mai 2013 in den Anhang 1 Nr. 1.6 der 4. BImSchV aufgenommen¹¹⁹, so dass es hierzu noch keine hinreichenden Praxiserfahrungen gibt, zumal aus oben genannten Gründen eine Teilgenehmigung von Anlagengruppen bislang wenig praxisrelevant erscheint. Teilgenehmigungen von Einzelanlagen scheinen in der Praxis keine Rolle zu spielen.

Nichtsdestotrotz könnte ein Vorhabenträger über den Weg der Teilgenehmigung sich nur einzelne Anlagen eines Windparks genehmigen lassen und erhielte für den Windpark insgesamt noch ein „vorläufiges positives Gesamturteil“. Ließe man dies anstelle einer Vollgenehmigung aller Einzelanlagen des Windparks als Präqualifikation ausreichen, könnte der Vorhabenträger also in der jeweiligen Ausschreibungsrunde eine entsprechend größere Leistung anbieten (Windpark) als er bislang bereits genehmigt bekommen hat (Windpark-Teil). Allerdings stellt sich hier dann zum einen die Frage der grundsätzlichen Belastbarkeit des Gesamturteils und

¹¹⁸ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 18 BImSchG Rn. 17.

¹¹⁹ Verordnung zur Umsetzung der Richtlinie über Industrieemissionen, zur Änderung der Verordnung über Immissionsschutz- und Störfallbeauftragte und zum Erlass einer Bekanntgabeverordnung, BGBl I 2013 Nr. 21, S. 973 ff.

die damit verbundenen rechtlichen Unsicherheiten hinsichtlich der tatsächlichen Genehmigungsfähigkeit des gesamten Windparks und zum anderen die Frage, ob durch die Aufteilung nicht zum Abschluss des Teilgenehmigungsverfahrens des gesamten Windparks in der Summe mehr Kosten und Zeit anfallen als bei der einfachen Vollgenehmigung der einzelnen Anlagen.

a) Vorläufige, positive Gesamtbeurteilung

Für die Gesamtbeurteilung gilt der Grundsatz, dass die Behörde diejenigen Unterlagen, die zur Beurteilung der gesamten Anlage eingereicht wurden, zwar umfassend zu prüfen hat (gleichbleibende Prüfungsintensität)¹²⁰, allerdings aufgrund der Vorläufigkeit der Beurteilung nicht alle Unterlagen eingereicht werden müssen oder diese noch keine abschließenden Aussagen enthalten müssen (geringerer Prüfungsumfang)¹²¹. Angesichts der gleichbleibenden Prüfungsintensität richtet sich auch die Bindungswirkung der Gesamtbeurteilung nach den eingereichten Unterlagen: Was der Behörde vorgelegt wurde, hat sie grundsätzlich auch umfassend zu prüfen, sie ist an ihre Gesamtbeurteilung diesbezüglich gebunden¹²². Was der Behörde nicht oder nicht vollständig vorgelegt wurde, kann jedoch in späteren Prüfungen – etwa bei Vollständigkeit der Unterlagen – einer abweichenden Beurteilung zur Folge haben¹²³.

Der Antragsteller soll damit sein Verfahren selbst in gewissen Grenzen steuern können. Er kann die Teilgenehmigung daher entsprechend frühzeitig auf Basis unvollständiger Unterlagen mit dem entsprechend hohen Risiko einer später abweichenden Beurteilung hinsichtlich der Gesamtanlage erhalten oder aber relativ spät auf Basis möglichst vollständiger Unterlagen mit entsprechend geringem Abweichungsrisiko.

Die Grenzen ergeben sich „nach unten“ dadurch, dass die Behörde ein Mindestmaß an Unterlagen einfordern muss. Hier zeigt sich ein recht unbestimmtes Bild. Weder wird das Mindestmaß durch Normen konkretisiert¹²⁴ noch ergeben sich aus Rechtsprechung und Literatur näher konkrete Vorgaben¹²⁵. Es bleibt damit eine Frage des Einzelfalls und der jeweiligen Be-

¹²⁰ BVerwGE 72, 300, 307f.; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 Rn. 60; *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 8 Rn. 13; *Enders*, in: Giesberts/Reinhardt, Beck'scher Onlinekommentar Umweltrecht, 33. EL 2014, § 8 Rn. 16.

¹²¹ BVerwGE 72, 300, 307f.; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 Rn. 60; *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 8 Rn. 12; *Enders*, in: Giesberts/Reinhardt, Beck'scher Onlinekommentar Umweltrecht, 33. EL 2014, § 8 Rn. 16.

¹²² *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 Rn. 84; *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 8 Rn. 27.

¹²³ *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 Rn. 84; *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 8 Rn. 28.

¹²⁴ § 22 I S. 2 9. BImSchV spricht lediglich von „Angaben [...], die [...] ein ausreichendes Urteil [...] ermöglichen“.

¹²⁵ Vielmehr finden sich lediglich abstrakt gehaltene, teilweise uneinheitliche Hinweise: Es reichen „vorläufige, wenn auch hinreichend aussagekräftige Aussagen“, BVerwGE 72, 300, 307; es müsse eine „hinreichend sichere und fundierte Prognose“ ermöglicht werden, *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 8 Rn. 61; die Genehmigungsfähigkeit der Anlage soll sich mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ ergeben, OVG Münster, NJW 1976, S. 2360, 2361; sie soll sich mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ ergeben, *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 8 Rn. 12 und OVG Münster, Urt. v. 01.12.2011 – 8 D 58/08, Rn. 137.

hördenpraxis, welche Unterlagen angefordert und wie ausführlich diese gehalten sein müssen. Je höher die Anforderungen sind, desto geringer könnten die Vorteile einer bloßen Teilgenehmigung hinsichtlich des Kostenrisikos und der Verfahrensbeschleunigung im Verhältnis zu einer Vollgenehmigung sein.

Hinsichtlich der Eignung der Teilgenehmigung als Präqualifikationsbedingung gilt also: je später der Zeitpunkt der Beantragung einer Teilgenehmigung gewählt wird, desto deutlicher zeigt sich der ernsthafte Realisierungswille des Projektierers (durch den Umfang der kostenintensiven Unterlagen) und desto höher liegt der Grad der Realisierungswahrscheinlichkeit (Bindungswirkung aufgrund nahezu vollständiger Unterlagen). Hierbei sind jedoch die unklaren Anforderungen an die vorläufige, positive Gesamtbeurteilung wie beim Vorbescheid (siehe unten E.IV.5.) in der Praxis zu berücksichtigen.

b) Gestattender Teil

Ob und inwieweit der gestattende Teil der Teilgenehmigung zu einer gewichtigen Erhöhung der Realisierungswahrscheinlichkeit für das Gesamtvorhaben führt, hängt wesentlich vom Umfang (Verhältnis der teilgenehmigten Anlagen zu den übrigen Anlagen) und der Art der Teilgenehmigung ab.

Die Realisierungswahrscheinlichkeit bei der Teilgenehmigung zu Errichtung und Betrieb eines Teils der Anlage entspricht hinsichtlich des gestattenden Teils der einer Vollgenehmigung. Selbst wenn die Behörde bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der übrigen Einzelanlage von einem vorläufigen positiven Gesamturteil hinsichtlich Errichtung und Betrieb der gesamten Anlage abweicht, wären die bis dato mit gestattender Wirkung teilgenehmigten Anlagen realisierungsfähig. Sie sind hinsichtlich Errichtung und Betrieb schon von der Behörde abschließend für zulässig erklärt worden und aufgrund der Genehmigungsfähigkeit auch einzelner Windenergieanlagen vollgenehmigt¹²⁶.

Anders stellt sich die Situation bei der Teilgenehmigung zur bloßen Errichtung der gesamten Anlage dar, die den Betrieb der Anlage nicht umfasst. Der verfügbare Teil der Teilgenehmigung enthält hier zwar die Errichtung der gesamten Anlage (je nach Anknüpfungspunkt also die einzelne Windenergieanlage oder der Windpark als Anlagengruppe), nicht jedoch ihren Betrieb. Aus der Möglichkeit zur Realisierung der *Errichtung* kann nicht auf die Möglichkeit der Realisierung des *Betriebs* geschlossen werden. Hinsichtlich Letzterem ergeht nur ein vorläufiges, positives Gesamturteil.

Sofern künftig Anlagen eines Vorhabenträgers lediglich über den erlangten Zuschlag im Ausschreibungsverfahren förderfähig sein werden, ist die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren Voraussetzung für eine finanzielle Förderung, mithin ein Kostenvorteil. Insoweit könnte der Vorhabenträger auch ein „berechtigtes Interesse“ im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG an der Erlangung einer Teilgenehmigung haben.

¹²⁶ So Agatz, Windenergiehandbuch, 10. Aufl. 2013, S. 104.

5. Der Vorbescheid

Anknüpfung an Vorbescheid

- (+) Schneller und kostengünstiger als Vollgenehmigung
- (-) Allenfalls bedingte Realisierungswahrscheinlichkeit der Anlage
- (-) Realisierungswille des Vorhabenträgers abhängig vom Umfang der eingereichten Unterlagen
- (-) Umfang der einzureichenden Unterlagen stark einzelfallabhängig
- (-) Gesamtkosten bis zur Vollgenehmigung insgesamt höher

Ein positiver Vorbescheid könnte schon vor dem eigentlichen Genehmigungsverfahren in der Form des Standortvorbescheids oder hinsichtlich des Vorliegens besonders relevanter Genehmigungsvoraussetzungen die Realisierungswahrscheinlichkeit des Vorhabens erhöhen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Auswirkungen der Gesamtanlage lediglich ausreichend beurteilt werden müssen, also gerade noch keine abschließende Aussage hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit der Gesamtanlage getroffen wird. Zudem kostet der Vorbescheid teilweise zwar weniger als eine Vollgenehmigung, diese ist jedoch – wie oben bereits erwähnt – notwendige Bedingung zur Realisierung, so dass die Kosten des gesamten Zulassungsverfahrens (Vorbescheid + Genehmigung) insgesamt dann höher wären. Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass der Vorbescheid ebenso wie die Teilgenehmigung dem Vorhabenträger Investitionssicherheit bieten kann. Dies wäre im Hinblick auf das künftig zu tragende Risiko des nicht erlangten Zuschlags von Vorteil.

Sofern künftig Anlagen eines Vorhabenträgers lediglich über den erlangten Zuschlag im Ausschreibungsverfahren förderfähig sein werden, ist die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren Voraussetzung für eine finanzielle Förderung, mithin ein Kostenvorteil. Insoweit könnte der Vorhabenträger auch ein „berechtigtes Interesse“ im Sinne des § 9 Abs. 1 BImSchG an der Erlangung eines Vorbescheids haben.

Der **Standortvorbescheid**, der insbesondere eine abschließende *planungsrechtliche* Prüfung hinsichtlich Errichtung und Betrieb des Vorhabens voraussetzt¹²⁷, kann zumindest als objektive, für alle Vorhaben gleichsam notwendige Voraussetzung angesehen werden. Bauplanungsrechtlich werden über die öffentlichen Belange des § 35 Abs. 3 BauGB zudem auch ein nicht unwesentlicher Teil an Genehmigungsvoraussetzungen abgedeckt.

¹²⁷ So *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 BImSchG Rn. 24; *Enders*, in: Giesberts/Reinhardt, Beck'scher Onlinekommentar Umweltrecht, 33. EL 2014, § 9 Rn. 8.

Ein **Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen** ist begrenzt auf einen speziellen, genehmigungsrechtlichen Aspekt. Die beizubringenden Antragsunterlagen sind in diesem Falle zum Teil stark reduziert und auf ein Minimum begrenzt, wohingegen die Unterlagen zu den übrigen Genehmigungsvoraussetzungen noch keine endgültigen Angaben enthalten müssen, § 23 Abs. 4 i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 2 9. BImSchV. So können etwa artenschutzrechtliche Untersuchungen mit noch offenem Ergebnis parallel laufen. Zudem enthält der Vorbescheid gerade noch keine abschließende Beurteilung der gesamten Genehmigungsvoraussetzungen. Insbesondere der Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen deckt auf diese Weise unter Umständen nur einen sehr kleinen Ausschnitt aus dem insgesamt erforderlichen Prüfprogramm ab und wirft insoweit die Frage auf, in welchem Maße die Realisierungswahrscheinlichkeit des Vorhabens dadurch entscheidend steigt. Die Frage, welche Aspekte im Einzelnen der Genehmigung eines Vorhabens (häufig) im Wege stehen können, lässt sich trotz möglicher Häufungen angesichts der Vielschichtigkeit der Konstellationen kaum pauschalisieren. Schließlich umfasst das materielle Prüfprogramm der Genehmigungsbehörde eine Vielzahl von Aspekten.

In der Praxis der Projektierer scheint der Vorbescheid bislang keine große Rolle zu spielen¹²⁸. Dies erscheint nachvollziehbar, da ein Vorbescheid nur dann Planungssicherheit verschafft und damit vergeblich getätigte Investitionskosten verhindern kann, wenn er zu einem sehr frühen Zeitpunkt der Projektierung, nämlich vor allem noch vor Erstellung der zeit- und kostenintensiven Gutachten, ergeht. Dies kann bei einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen im Einzelfall in Betracht kommen, regelmäßig – gerade hinsichtlich des zu präferierenden Standortvorbescheids – wird jedoch wohl ohnehin ein nicht unwesentlicher Teil der anzufertigenden Gutachten von der Behörde auch im Vorbescheidsverfahren eingefordert werden. In diesem Fall beschleunigt ein Vorbescheid das Verfahren dann nicht mehr wesentlich im Vergleich zu einer Vollgenehmigung.

Erschwerend kommt hinzu, dass in der Behördenpraxis aufgrund der Bindungswirkung des Vorbescheids im späteren Genehmigungsverfahren auch schon im Vorbescheidsverfahren regelmäßig hohe Anforderungen an die einzureichenden Unterlagen gestellt werden. Dies gilt umso mehr, als dass das Gesetz zur Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs „ausreichende Beurteilung“ keine Konkretisierung bietet¹²⁹. Dies ist jedoch hinsichtlich der Auswirkungen der Gesamtanlage Voraussetzung für die Erteilung eines Vorbescheids. Daher ist es in

¹²⁸ *Fachagentur Windenergie an Land e.V.*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, Berlin, Januar 2015, S. 30; siehe dazu auch allgemein *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 Rn. 5 sowie § 8 Rn. 10 ff.

¹²⁹ Auch die Literatur ist hinsichtlich des Prüfprogramms diesbezüglich uneinheitlich. Die herrschende Ansicht schlägt eine Annäherung an die ebenfalls nicht konkretisierte „vorläufige, positive Gesamtbeurteilung“ des § 8 BImSchG vor, vgl. *Jarass* BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 9 Rn. 8; *Enders*, in: Giesberts/Reinhardt, Beck'scher Onlinekommentar Umweltrecht, 33. EL 2014, § 9 Rn. 12; teilweise wird aber ein geringerer Prüfungsumfang und eine geringere Prüfungsintensität als ausreichend erachtet, vgl. *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 73. EL 2014, § 9 Rn. 43. Zu diesem Streit vgl. auch den Meinungsstand bei *Dietlein*, ebenda, § 9 Rn. 38 f.

der Praxis häufig eine Sache des Einzelfalls, den Umfang und die Intensität (z.B. die Erhebungsdichte der avifaunistischen Gutachten) der insoweit erforderlichen Unterlagen zu bestimmen.

V. Zwischenergebnis Genehmigungsrecht

Nur die **bestandskräftige Vollgenehmigung** bietet ein hohes Maß an Realisierungswahrscheinlichkeit sowie Rechtssicherheit und belegt als Indiz einen starken Realisierungswillen. Zugleich ist damit auch die planungsrechtliche Flächenverfügbarkeit gegeben, so dass sich hier ein Anknüpfen an planungsrechtliche Voraussetzungen erübrigen würde, da das Planungsrecht im Rahmen des Genehmigungsverfahrens mit abgearbeitet wird. Zugleich wäre dadurch ein zeitnahe Ausbau nach einem Zuschlag gegeben, da andernfalls noch das gesamte Genehmigungsverfahren durchlaufen werden müsste. Es besteht auch kein Ausfallrisiko durch eine Genehmigungsversagung mehr. Andererseits steht die Genehmigung zeitlich eher am Ende des gesamten Planungs- und Realisierungsprozesses und wäre damit ein relativ später Anknüpfungspunkt. Dies könnte Auswirkungen auf die Angebotsmenge haben und erhöht das unternehmerische Ausfallrisiko, ein Vorhaben bis zur Genehmigungsreife zu bringen, dann aber mangels Zuschlags keine Förderung zu erhalten.

Zeitlich **frühere Anknüpfungspunkte im Genehmigungsverfahren** (z.B. Durchführung der Voruntersuchungen, Antragstellung, Vollständigkeit etc.) lassen aber im Vergleich zur Genehmigung jedenfalls kaum oder überhaupt keinen Rückschluss auf die Realisierungswahrscheinlichkeit zu. Zwar zeigt sich ein starker Realisierungswille des Vorhabenträgers wohl bereits mit Erstellen des wesentlichen Teils der erforderlichen Antragsunterlagen in der Planungsphase. Und auch die Realisierungswahrscheinlichkeit des Vorhabens mag im Laufe des Genehmigungsverfahrens sukzessive steigen, etwa mit dem Ergebnis der Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung. Zum einen hat aber gerade der Vorhabenträger allenfalls einen begrenzten Einblick in die Prüfung der einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen durch die Genehmigungsbehörde. Zum anderen ist die Unsicherheit der Genehmigungserteilung bis zur Entscheidungsreife weiterhin hoch. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist keine Abwägungsentscheidung. Sie darf nur erteilt werden, wenn „öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen“ (§ 6 BImSchG). Das Entgegenstehen bereits einzelner öffentlich-rechtlicher Vorschriften führt daher zur Genehmigungsversagung. Erst mit Erteilung der Genehmigung (und ihrer Bestandskraft) kann daher jedenfalls von einer hinreichenden Realisierungswahrscheinlichkeit ausgegangen werden. Ein Widerruf der Genehmigung ist dann nur noch unter den hohen Voraussetzungen¹³⁰ des § 21 BImSchG zulässig.

¹³⁰ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 21 Rn. 1.

Gleiches gilt für die **Instrumente der Verfahrensstufung** wie die Teilgenehmigung und den Vorbescheid. Über die Realisierungswahrscheinlichkeit sagen sie zumeist kaum etwas aus. Zudem werden dadurch die Gesamtkosten für den Genehmigungsprozess erhöht.

Eine geringere Realisierungswahrscheinlichkeit bei bestimmten Anknüpfungspunkten könnte jedoch möglicherweise durch eine **Kombination** mit weiteren Bedingungen teilweise ausgeglichen werden. So könnte etwa der Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen, der grundsätzlich schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt der Projektierung beantragt werden kann, um die Anforderung positiver Planaussagen ergänzt werden. Denkbar wäre auch, nach einer Art Leistungskatalog einzelne Gutachten und behördliche Stellungnahmen oder Teilschritte des Genehmigungsverfahrens (z.B. Vollständigkeitsbestätigung oder öffentliche Bekanntgabe) punktemäßig zu bewerten, um dann über eine Art „Verfahrensstandbescheinigung“ der Behörde das jeweilige Vorhaben mit einem Punktwert („Score“) zu versehen. Die Komplexität eines solchen Modells dürfte jedoch hoch sein und eine praktische Umsetzung fraglich. Daneben kämen aber auch noch zusätzliche Vorkehrungen, wie etwa eine zu hinterlegende Sicherheit oder die Frist zur Verwirklichung des Vorhabens nach Zuschlag bis zum Verfall der Sicherheit als Pönale in Betracht.