

## Bindungswirkung von Vorbescheid bzw. Teilgenehmigung für ein EBS-Kraftwerk – Kann ein genehmigtes Vorhaben ohne erneute Auslegung geändert werden?

Peter Kersandt

1.	Vorbescheid und Teilgenehmigung – Vergleich .....	196
1.1.	Rechtsnatur des Vorbescheids .....	196
1.2.	Rechtsnatur der Teilgenehmigung.....	197
1.3.	Folgen der unterschiedlichen Rechtsnatur .....	197
2.	Bindungswirkung.....	198
2.1.	Bindungswirkung der Teilgenehmigung.....	198
2.1.1.	Umfang.....	198
2.1.2.	Bindungswirkung in zeitlicher Hinsicht .....	199
2.1.3.	Präklusionswirkung der Teilgenehmigung für Dritte .....	199
2.2.	Bindungswirkung des Vorbescheids.....	200
2.2.1.	Umfang.....	200
2.2.2.	Bindungswirkung in zeitlicher Hinsicht .....	202
2.2.3.	Präklusionswirkung des Vorbescheids für Dritte .....	202
3.	Änderungen des Vorhabens ohne erneute Öffentlichkeitsbeteiligung? ...	202
3.1.	Besonderheiten bei der Teilgenehmigung .....	203
3.1.1.	Änderung noch zu genehmigender Teile des Vorhabens .....	203
3.1.2.	Änderung bereits genehmigter Anlagenteile.....	204
3.2.	Besonderheiten beim Vorbescheid .....	205
3.2.1.	Änderung des Vorhabens während des Vorbescheidsverfahrens oder nach Erteilung des Vorbescheids .....	205
3.2.2.	Änderung des Vorbescheids .....	205
4.	Fazit und Ausblick .....	206

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat mit Urteilen vom 24.10.2019 (Az. 12 KS 118/17 bzw. 12 KS 127/17) den Klagen der Hansestadt Stade und eines benachbarten Obstbauern teilweise stattgegeben und die Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit der dritten und letzten immissionsschutzrechtlichen Teilgenehmigung für den Weiterbau und den Betrieb einer Anlage zur thermischen Verwertung nicht gefährlicher Abfälle im Industriegebiet *Stade-Bützfleth* festgestellt. Mit dieser Anlage soll durch die Verbrennung von Ersatzbrennstoffen (z.B. Verpackungen, Abfällen aus

der Papierherstellung) Energie erzeugt werden. Der dritten Teilgenehmigung waren in 2008 und 2009 ein Vorbescheid, der abschließend über den Standort der Anlage entschied, sowie zwei Teilgenehmigungen vorausgegangen.<sup>1</sup>

Schon kurz nach dem Ergehen des Vorbescheids wurde der Standort der Anlage um etwa 160 m nach Südosten verschoben, ohne den Vorbescheid entsprechend zu ändern. Nach Auffassung des OVG Lüneburg wirkt der Vorbescheid nicht mehr zugunsten des geänderten Vorhabens, und die dritte Teilgenehmigung konnte weder auf die allein im Verfahren zur Erteilung des Vorbescheids durchgeführte Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung noch auf die durch den Vorbescheid getroffenen Festlegungen aufbauen. Unabhängig davon wären nach Ansicht des Gerichts eine erneute Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung insoweit erforderlich gewesen, als mit der dritten Teilgenehmigung in Anpassung an eine 2013 eingetretene Verschärfung der Rechtslage vereinzelt strengere Emissionsgrenzwerte als in dem Vorbescheid festgesetzt wurden, deren Einhaltung durch eine hierzu veränderte Abgasreinigungsanlage sichergestellt werden sollte.<sup>2</sup>

Die Entscheidungen des OVG Lüneburg werfen am Beispiel des EBS-Kraftwerks in *Bützfleth* schwierige Rechtsfragen zur Bindungswirkung sowie zum Verhältnis von Vorbescheid bzw. Teilgenehmigung (auch) mit Blick auf die Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung bei Änderungen des Vorhabens auf.

## 1. Vorbescheid und Teilgenehmigung – Vergleich

Um die vom OVG Lüneburg entschiedenen Rechtsfragen zu verstehen, ist es zunächst erforderlich, Vorbescheid und Teilgenehmigung genauer zu betrachten, denn beide Rechtsinstitute unterscheiden sich grundsätzlich in ihrer Rechtsnatur.

### 1.1. Rechtsnatur des Vorbescheids

Der Vorbescheid findet seine gesetzliche Grundlage in § 9 BImSchG<sup>3</sup>. Durch den Vorbescheid ist es der Genehmigungsbehörde möglich, mittels eines feststellenden Verwaltungsakts über einzelne oder mehrere Genehmigungsvoraussetzungen sowie über den geplanten Standort vorab abschließend zu entscheiden.<sup>4</sup> Kennzeichnend für den Vorbescheid ist, dass er *mit verbindlicher Wirkung einen Ausschnitt aus dem feststellenden Teil einer etwaigen späteren Anlagengenehmigung vorwegnimmt*<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Pressemitteilung des Niedersächsischen Obergerverwaltungsgerichts vom 25.10.2019, im Internet: <https://oberverwaltungsgericht.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen> (geprüft am 18.11.2019). Im Zeitpunkt der Erstellung dieses Beitrags lagen die schriftlichen Entscheidungsgründe noch nicht vor.

<sup>2</sup> Ebd.

<sup>3</sup> Bundes-Immissionsschutzgesetz i. d. F. der Bekanntmachung v. 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 08.04.2019 (BGBl. I S. 432).

<sup>4</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9 Rn. 1.

<sup>5</sup> BVerwG, Urt. v. 30.06.2004 – 4 C 9/03, BVerwGE 121, 182, 189 f.

Der Vorbescheid ist jedoch keine Genehmigung und berechtigt daher auch nicht zur Errichtung und/oder zum Betrieb der geplanten Anlage bzw. eines Anlagenteils. Sollen Regelungen, die für eine Genehmigung gelten, auch auf einen Vorbescheid anwendbar sein, so muss dies ausdrücklich im Gesetz angeordnet werden.<sup>6</sup> Lediglich eine (analoge) Anwendung des § 13 BImSchG, der die Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung regelt, auf den Vorbescheid ist zu bejahen.<sup>7</sup>

Der Vorbescheid stellt keine *Zusage* einer künftigen (Teil-)Genehmigung dar, sondern er soll lediglich eine oder mehrere Voraussetzungen einer Genehmigung für die Zukunft verbindlich feststellen.<sup>8</sup> Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid ist anlagenbezogen.<sup>9</sup> Die Erteilung von Vorbescheiden nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die bereits von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG umfasst sind (z.B. Bauordnungsrecht), ist durch § 9 BImSchG ausgeschlossen.<sup>10</sup>

### 1.2. Rechtsnatur der Teilgenehmigung

Rechtsgrundlage für Erteilung einer Teilgenehmigung ist § 8 BImSchG. Dieser ermöglicht es, die Errichtung von Großanlagen, welche sich häufig über einen längeren Zeitraum erstreckt, stufen- bzw. abschnittsweise zu genehmigen. So ist es noch nicht zwingend notwendig, dass die gesamte Anlage fertig geplant sein muss.<sup>11</sup> Aufgrund dessen können auch neue Erkenntnisse aus Wissenschaft und Technik in die laufende Planung mit aufgenommen werden, was insbesondere der Allgemeinheit und Dritten zu Gute kommen kann.<sup>12</sup>

Im Gegensatz zum Vorbescheid ist die Teilgenehmigung eine (*echte*) Genehmigung, sie gestattet also die Errichtung und/oder den Betrieb eines geplanten Anlagenteils. Somit sind alle Vorschriften des BImSchG, die sich auf Anlagengenehmigungen beziehen, auf die Teilgenehmigung anwendbar. Zusätzlich zum feststellenden Teil enthält die Teilgenehmigung einen gestattenden Teil.<sup>13</sup> Hierdurch unterscheidet sich die Teilgenehmigung maßgeblich vom Vorbescheid.

### 1.3. Folgen der unterschiedlichen Rechtsnatur

Vorbescheid und Teilgenehmigung unterscheiden sich somit grundlegend in ihren Wirkungen und ihrer Rechtsnatur. Daher kann die Frage nach der Bindungswirkung und der Zulässigkeit von Änderungen des Vorhabens nicht einheitlich für beide Instrumente beantwortet werden.

<sup>6</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 1.

<sup>7</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9 Rn. 27; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 1.

<sup>8</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 2; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9 Rn. 12.

<sup>9</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 2; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9 Rn. 15.

<sup>10</sup> BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2001 – 4 C 3/01, BVerwG NVwZ 2002, 1112; Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 14; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 2.

<sup>11</sup> Vgl. Dietlein, in Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG; § 8 Rn. 1.

<sup>12</sup> BT-Drs. 7/179, S. 33.

<sup>13</sup> Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 2.

## 2. Bindungswirkung

Ob und in wieweit Änderungen des Vorhabens nach Erlass von Vorbescheid und Teilgenehmigung möglich sind, hängt maßgeblich von deren Bindungswirkung ab, denn abhängig vom sachlichen Umfang und der zeitlichen Reichweite der Bindungswirkung sind der zulässige Umfang der möglichen Änderungen und die Folgen für das Verfahren.

### 2.1. Bindungswirkung der Teilgenehmigung

Der gestattende Teil einer Teilgenehmigung entfaltet nur bedingt eine *Bindungswirkung*, da die Teilgenehmigung eine abschließende Zulassung darstellt und der fragliche Anlagenteil bzw. die Errichtung oder der Betrieb in späteren Verfahrensstufen nicht mehr Entscheidungsgegenstand sein können.<sup>14</sup>

Dagegen entfaltet die positive vorläufige Gesamtbeurteilung, welche Voraussetzung für die Erteilung der Teilgenehmigung ist, in bestimmten Grenzen eine Bindung der Genehmigungsbehörde an die positive Gesamtbeurteilung früherer Teilgenehmigungen.<sup>15</sup> In Folge dessen verfestigt sie sich mit jeder weiteren Teilgenehmigung.<sup>16</sup> Dies gilt auch für UVP-pflichtige Vorhaben.<sup>17</sup>

#### 2.1.1. Umfang

Hinsichtlich des gestattenden Teils entfaltet die Teilgenehmigung die gleichen Wirkungen wie eine Vollgenehmigung, da der gestattende Teil eine abschließende Genehmigung darstellt.<sup>18</sup> Die Bindungswirkung bewirkt, dass die Genehmigungsbehörde die getroffene Gestattungsentscheidung nicht mehr abändern kann. Weiter reicht die Bindungswirkung nicht, weil die Gestattung als abschließende Entscheidung keinen Entscheidungsgegenstand in späteren Verfahrensstufen darstellt.<sup>19</sup> Hinsichtlich der positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung kann die Bindungswirkung der Teilgenehmigung nur soweit reichen, wie die Prüfung der maßgeblichen Umstände tatsächlich stattgefunden hat und dies der Teilgenehmigung auch zu entnehmen ist.<sup>20</sup>

Durch beigefügte Vorbehalte wird die Gesamtbeurteilung in ihrem Umfang beschränkt; insoweit ist die Genehmigungsbehörde dann nicht an die vorläufige Gesamtbeurteilung gebunden.<sup>21</sup> Für die vorläufige Gesamtbeurteilung sind detaillierte Prüfungen nicht

<sup>14</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 76.

<sup>15</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65/82, BVerwGE 72, 300, 308 f. zum Atomrecht; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 124.

<sup>16</sup> BVerwG, Urt. v. 11.03.1993 – 7 C 4/92, NVwZ 1993, 578; Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 26.

<sup>17</sup> Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 26 m. w. N.

<sup>18</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 76.

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> OVG NRW, Urt. v. 06.04.1989 – 21 A 952/88, NWVBl 1990, 92; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 77 f.

<sup>21</sup> OVG NRW, Urt. v. 06.04.1989 – 21 A 952/88, NWVBl 1990, 93; Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 27 m. w. N.

erforderlich, in der Genehmigungspraxis jedoch die Regel. Liegen bereits detaillierte Antragsunterlagen vor, erstreckt sich Prüfung und damit auch die Bindungswirkung auch auf diese, sofern die Behörde nicht entsprechende Vorbehalte macht.<sup>22</sup>

Auch kann die Bindungswirkung nur soweit reichen, wie die positive vorläufige Gesamtbeurteilung *ihrem Charakter nach reicht*.<sup>23</sup> Zunächst ergibt sich eine Beschränkung aus den eingereichten Antragsunterlagen. Ergeben sich dann im Zuge weiterer Teilgenehmigungen neue Aspekte, so ist die Genehmigungsbehörde unter Umständen sogar dazu verpflichtet, ihre vorläufige Gesamtbeurteilung zu korrigieren.<sup>24</sup> Eben dies ist mit den *Einzelprüfungen* im § 8 Abs. 2 BImSchG gemeint.

Überdies wird die Bindungswirkung in § 8 Abs. 2 BImSchG unter den Vorbehalt einer Änderung der Sach- oder Rechtslage gestellt. Davon umfasst sind neue Erkenntnisse der Technik und Wissenschaft<sup>25</sup> sowie Änderungen von Verwaltungsvorschriften<sup>26</sup>, nicht jedoch Änderungen in der Rechtsprechung.<sup>27</sup> Eines ausdrücklichen Vorbehalts bedarf es hingegen für sonstige Einsichten und Bewertungen der Genehmigungsbehörde, da die vorläufige Gesamtbeurteilung nicht unter einem generellen Vorbehalt steht.<sup>28</sup> Dabei gilt für die Abgabe des positiven vorläufigen Gesamturteils die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung.<sup>29</sup>

Die Bindungswirkung entfällt bei einer Änderung der geplanten Anlage (nur), soweit das vorläufige Gesamturteil nicht mehr aufrechterhalten werden kann.<sup>30</sup>

### 2.1.2. Bindungswirkung in zeitlicher Hinsicht

Die Bindungswirkung setzt mit Wirksamkeit der Teilgenehmigung ein. Die Bindungswirkung wird durch den Suspensiveffekt von Rechtsmitteln (vorläufig) gehemmt. Umstritten ist, ob mit Anordnung der sofortigen Vollziehung die Bindungswirkung wieder einsetzt; diese Frage wird überwiegend zu Recht bejaht.<sup>31</sup>

### 2.1.3. Präklusionswirkung der Teilgenehmigung für Dritte

Eine Präklusion Dritter richtet sich nach § 11 BImSchG und ist von der Bindung der Genehmigungsbehörde zu trennen, obwohl die Präklusion Dritter unter Einfluss der Bindungswirkung steht: Einwendungen, die im Rahmen eines früheren Teilgenehmigungsverfahrens

<sup>22</sup> Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 27.

<sup>23</sup> Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 28.

<sup>24</sup> BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – I C 102.76, NJW 1978, 1450; Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 8 Rn. 64.

<sup>25</sup> Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 28; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 81.

<sup>26</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 83.

<sup>27</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 81.

<sup>28</sup> Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 28 m. w. N.

<sup>29</sup> Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 8 Rn. 65.

<sup>30</sup> BVerwG, Urt. v. 07.06.1991 – 7 C 43/90, BVerwGE 88, 286, 290 f.; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 83.

<sup>31</sup> So Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 31; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 152.

im Hinblick auf die vorläufige Gesamtbeurteilung erhoben werden konnten, sind mit der (relativen) Unanfechtbarkeit dieser Teilgenehmigung in späteren Teilgenehmigungsverfahren ausgeschlossen. Die Wirkung des § 11 BImSchG darf nicht mit der (lediglich noch formellen) Präklusion des § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG verwechselt werden, die allein innerhalb einer Teilentscheidung Bedeutung hat.<sup>32</sup>

Wenn Dritte mit Rechtsmitteln gegen eine Teilgenehmigung vorgehen, so sind sie im Rahmen der vorläufigen Gesamtbeurteilung nicht an spätere Teilgenehmigungen gebunden, sogar wenn sie die spätere Teilgenehmigung nicht angegriffen haben.<sup>33</sup> Jedoch gilt für Dritte, die die aufgehobene Teilgenehmigung nicht angefochten haben, diese Wirkung für die spätere Teilgenehmigung nicht.<sup>34</sup>

## 2.2. Bindungswirkung des Vorbescheids

Der Vorbescheid selbst ist, wie bereits dargestellt, keine Genehmigung und enthält somit auch keinen gestattenden Teil. Allerdings bindet er mit seinem feststellenden Teil die Behörde im späteren Genehmigungsverfahren.<sup>35</sup> Der Vorbescheid hat im Umfang seines feststellenden Regelungsgehalts Konzentrationswirkung.<sup>36</sup> Hinsichtlich des positiven vorläufigen Gesamturteils des Vorbescheides hat dieser (nur) eine bedingte Bindungswirkung.

### 2.2.1. Umfang

Je nach Regelungsgehalt des Vorbescheids geht dessen Bindungswirkung unterschiedlich weit: Gebunden ist die Behörde an Genehmigungsvoraussetzungen, die mit dem Vorbescheid abschließend beurteilt wurden.<sup>37</sup> Diese Bindungswirkung gilt weiter, wenn sich die Sach- oder Rechtslage später verändert.<sup>38</sup> Auch ein abschließend beurteilter Standort im Rahmen eines so genannten Standortvorbescheids ist für die Genehmigungsbehörde im weiteren Verfahren bindend. Von diesen Feststellungen darf die Genehmigungsbehörde im späteren Genehmigungsverfahren nicht zum Nachteil des Antragstellers abweichen.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 32 und § 11 Rn. 10.

<sup>33</sup> BVerwG, Urt. v. 11.03.1993 – 7 C 4/92, BVerwGE 92, 185, 192 ff.; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 32 m. w. N.

<sup>34</sup> BVerwG, Urt. v. 09.09.1988 – 7 C 3/86, BVerwGE 80, 207, 221 f.; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 32 m. w. N.

<sup>35</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 2.

<sup>36</sup> BVerwG, Beschl. v. 17.12.2002 – 7 B 119/02, NVwZ 2003, 750, 751; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9 Rn. 27 m. w. N.

<sup>37</sup> ThürOVG, Urt. v. 17.07.2012 – 1 EO 35/12, juris, Rn. 26; OVG NRW, Urt. v. 06.04.1989 – 21 A 952/88, NWVBl 1990, 92.

<sup>38</sup> BayVGh, Urt. v. 23.8.2016 – 22 CS 16.1266, juris, Rn. 22 f.; NdsOVG, Urt. v. 08.05.2012 – 12 KS 5/10, juris, Rn. 24; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9 Rn. 77; Jarass, BImSchG § 9 Rn. 20.

<sup>39</sup> Enders, in: BeckOK Umweltrecht, BImSchG, § 9 Rn. 17.

Überwiegend bejaht wird (auch) die Bindungswirkung der *ausreichenden Beurteilung* der Auswirkungen der Anlage beim Vorbescheid (§ 9 Abs. 1 BImSchG), weil sie der positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung im Rahmen des § 8 BImSchG (siehe oben) weitgehend gleichkomme.<sup>40</sup> Allerdings ist die Reichweite nur soweit gegeben, wie eine Prüfung tatsächlich vorgenommen wurde. Gerade diese Tatsache ist im Rahmen des Vorbescheides von großer Bedeutung, da der Prüfungsgegenstand der Gesamtbeurteilung regelmäßig begrenzt ist.

Ebenso wird der Umfang der Bindungswirkung des Vorbescheides durch beigefügte Vorbehalte beschränkt.<sup>41</sup> Im Vergleich zur Teilgenehmigung ist der Spielraum der Behörde hinsichtlich einer Beschränkung der Reichweite der Gesamtbeurteilung durch Vorbehalte beim Vorbescheid größer.<sup>42</sup> Ausreichend ist, dass dem Vorhaben von vornherein keine unüberwindlichen rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Daher sollte der Vorbescheid hinsichtlich der Reichweite der vorläufigen Gesamtbeurteilung hinreichend klar formuliert werden.<sup>43</sup>

Die Bindungswirkung der vorläufigen positiven Gesamtbeurteilung entfällt, wenn die spätere Detailprüfung Änderungen am geplanten Vorhaben erfordert oder sich die Sach- oder Rechtslage ändert und an die noch nicht genehmigten Anlagenteile neue Anforderungen gestellt werden müssen.<sup>44</sup> Eine solche relevante Änderung hat das OVG Lüneburg offenbar im Fall des EBS-Kraftwerks in *Bützfleth* in der Verschiebung des Standortes der Anlage um etwa 160 m nach Südosten gesehen. Aus diesem Grund konnte die dritte Teilgenehmigung für das Kraftwerk weder auf die im Vorbescheidsverfahren durchgeführte Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung noch auf die durch den Vorbescheid getroffenen Festlegungen aufbauen.<sup>45</sup>

Umgekehrt darf die Genehmigungsbehörde vorbehaltlich der ausstehenden Detailprüfung bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage im nachfolgenden Genehmigungsverfahren die grundsätzliche Genehmigungsfähigkeit der Anlage nicht abweichend beurteilen.<sup>46</sup> Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum Umfang der Bindungswirkung der Teilgenehmigung verwiesen werden.

Auch hinsichtlich der Tatsache, dass die Bindungswirkung nicht weiter reichen kann, als die Gesamtbeurteilung *ihrem Charakter nach reicht*, unterscheiden sich Vorbescheid und Teilgenehmigung nicht. Somit gilt § 8 Abs. 2 BImSchG im Rahmen von § 9 BImSchG entsprechend.<sup>47</sup> Ebenso gleichen sich die daraus hervorgehenden Beschränkungen

<sup>40</sup> Zum Streitstand Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9, Rn. 71 m. w. N.

<sup>41</sup> OVG NRW, Urt. v. 06.04.1989 – 21 A 952/88, NWVBl 1990, 93; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 21.

<sup>42</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 12 m. w. N.

<sup>43</sup> NdsOVG, Beschl. v. 29.09.1986 – 7 D 4/86, NVwZ 1987, 343.

<sup>44</sup> OVG NRW, Urt. v. 16.06.2016 – 8 D 99/13, juris, Rn. 163; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 21.

<sup>45</sup> Pressemitteilung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 25.10.2019, im Internet: <https://oberverwaltungsgericht.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen> (geprüft am 18.11.2019).

<sup>46</sup> Ermisch, in: NordÖR 2013, 49, 53.

<sup>47</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 21.

der Bindungswirkung. Da sich die Bindungswirkung des Vorbescheids auf das nachfolgende Genehmigungsverfahren beschränkt, werden nachträgliche Anordnungen oder die Genehmigung paralleler Vorhaben nicht von der Bindungswirkung umfasst.<sup>48</sup>

### 2.2.2. Bindungswirkung in zeitlicher Hinsicht

In zeitlicher Hinsicht gilt für Beginn und Dauer der Bindungswirkung für die abschließende Prüfung das oben zur Teilgenehmigung Gesagte entsprechend. Auf die dortigen Ausführungen wird daher verwiesen.

Möglich ist eine Anordnung der sofortigen Vollziehung auch bei Vorbescheiden.<sup>49</sup> Aus § 9 Abs. 2 BImSchG ergibt sich weiter, dass ein Vorbescheid zwei Jahre nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Vorbescheids seine Wirkung verliert, wenn bis dahin kein Antrag auf eine (Teil-)Genehmigung gestellt wurde. Dabei genügt es, dass der Antragsteller sowie die Personen den Vorbescheid nicht mehr anfechten können, denen er zugestellt wurde. Auf Antrag kann die Frist bis maximal vier Jahre verlängert werden; über einen solchen Antrag entscheidet die zuständige Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen.<sup>50</sup> Der Antrag auf Verlängerung der Frist muss vor Ablauf dieser gestellt werden.<sup>51</sup>

### 2.2.3. Präklusionswirkung des Vorbescheids für Dritte

Die Präklusion von Einwendungen Dritter nach Unanfechtbarkeit des Vorbescheids richtet sich nach § 11 BImSchG und ist von der Bindung der Genehmigungsbehörde zu unterscheiden. Vielmehr konkretisiert die Regelung die Bindungswirkung des Vorbescheids gegenüber Dritten.<sup>52</sup>

Für das Vorbescheidsverfahren selbst richtet sich der (lediglich noch formelle) Einwendungsausschluss nach § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG, wie sich aus der Verweisung in § 10 Abs. 9 BImSchG ergibt.

## 3. Änderungen des Vorhabens ohne erneute Öffentlichkeitsbeteiligung?

Häufig kommt es zu Änderungen eines Vorhabens im Laufe des Genehmigungsprozesses. Es liegt in der Natur der Sache und ist sogar gerade Zweck des gestuften Genehmigungsverfahrens, Erkenntnisfortschritten Rechnung zu tragen und die geplante Anlage an neue Umstände und geänderte Bedingungen anzupassen. Dabei ist für die Zulässigkeit von Änderungen auch die Bindungswirkung von Vorbescheid und Teilgenehmigung maßgeblich. Diese reicht bei beiden Instrumenten unterschiedlich weit (siehe oben).

<sup>48</sup> ThürOVG, Urt. v. 17.07.2012 – 1 EO 35/12, juris, Rn. 26.

<sup>49</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 23.

<sup>50</sup> Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 72.

<sup>51</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9 Rn. 86.

<sup>52</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 25; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 9 Rn. 81.



### 3.1. Besonderheiten bei der Teilgenehmigung

Es liefe dem Sinn und Zweck der gestuften Anlagengenehmigung zuwider, bei jeder Änderung des Anlagenkonzepts eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung zu fordern. Dies hätte eine erhebliche Verfahrensverzögerung zur Folge und liefe der gewünschten Verfahrensbeschleunigung zuwider.<sup>53</sup>

Allerdings ist eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen, wenn andernfalls die Beteiligungsrechte Dritter nicht (mehr) gewahrt werden würden. Dies ist der Fall, wenn durch die Änderung andere Dritte beeinträchtigt werden oder wenn neue oder andere Auswirkungen auf die Nachbarschaft oder die Allgemeinheit zu erwarten sind. Dabei ist die Änderung noch zu genehmigender Teile des Vorhabens von der Änderung bereits genehmigter Teile zu unterscheiden.<sup>54</sup>

#### 3.1.1. Änderung noch zu genehmigender Teile des Vorhabens

Bei der Änderung noch zu genehmigender Teile des Vorhabens in Abweichung von dem bisherigen Anlagenkonzept ist eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung nicht erforderlich, wenn sich die Abweichung innerhalb des bereits abgegeben positiven vorläufigen Gesamturteils bewegt. Verlässt die Abweichung jedoch diesen Rahmen, muss dieses entsprechend angepasst werden. Dabei ist zu prüfen, ob das positive Gesamturteil überhaupt noch aufrechterhalten werden kann. Die Bindungswirkung entfällt jedoch nur hinsichtlich der Reichweite der Änderung, im Übrigen bleibt sie bestehen.<sup>55</sup>

Wenn durch die Änderung weitergehende nachteilige Auswirkungen für Dritte zu besorgen sind, als aus der ersten Bekanntmachung und Auslegung der Unterlagen ersichtlich war, so ist eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen. Dies ergibt sich auch für den Fall, dass das Vorhaben zwischen verschiedenen Teilentscheidungen geändert wird, nach richtiger Auffassung<sup>56</sup> unmittelbar aus § 8 Abs. 2 der 9. BImSchV<sup>57</sup>; dort heißt es:

*Wird das Vorhaben während eines Vorbescheidsverfahrens, nach Erteilung eines Vorbescheides oder während des Genehmigungsverfahrens geändert, so darf die Genehmigungsbehörde von einer zusätzlichen Bekanntmachung und Auslegung absehen, wenn in den nach § 10 Absatz 1 auszulegenden Unterlagen keine Umstände darzulegen wären, die nachteilige Auswirkungen für Dritte besorgen lassen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn erkennbar ist, dass nachteilige Auswirkungen für Dritte durch die getroffenen oder vom Träger des Vorhabens vorgesehenen Vorkehrungen ausgeschlossen werden oder die Nachteile im Verhältnis zu den jeweils vergleichbaren Vorteilen gering sind.*

<sup>53</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 132.

<sup>54</sup> Ebd.

<sup>55</sup> BVerwG, Beschl. v. 30.10.1987 – 7 B 176/87, NVwZ 1988, 538 f.; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 135.

<sup>56</sup> Jarass, BImSchG, § 8 Rn. 21.

<sup>57</sup> Verordnung über das Genehmigungsverfahren i. d. F. der Bekanntmachung v. 29.05.1992 (BGBl. I S. 1001), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 08.12.2017 (BGBl. I S. 3882).

Handelt es sich um eine UVP-pflichtige Anlage,

*...darf von einer zusätzlichen Bekanntmachung und Auslegung nur abgesehen werden, wenn keine zusätzlichen erheblichen oder anderen erheblichen Auswirkungen auf in § 1a genannte Schutzgüter zu besorgen sind.*

Ist danach eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich, werden die Einwendungsmöglichkeit und die Erörterung auf die vorgesehenen Änderungen beschränkt; hierauf ist in der Bekanntmachung hinzuweisen (§ 8 Abs. 2 Satz 4 der 9. BImSchV). Dritte können wegen § 11 BImSchG bezüglich des ihnen gegenüber unanfechtbar gewordenen positiven vorläufigen Gesamturteils (siehe oben) nur geltend machen, dass eine Änderung die Aufrechterhaltung nicht mehr rechtfertige.<sup>58</sup>

Im Fall des EBS-Kraftwerks in *Bützfleth* wären nach Ansicht des OVG Lüneburg eine erneute Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich gewesen, weil mit der dritten Teilgenehmigung teilweise strengere Emissionsgrenzwerte als in dem Vorbescheid festgesetzt wurden, deren Einhaltung durch eine hierzu veränderte Abgasreinigungsanlage sichergestellt werden sollte.<sup>59</sup> Es bleiben die schriftlichen Entscheidungsgründe abzuwarten, um zu klären, ob bzw. warum das Gericht hierin ggf. andere erhebliche Auswirkungen auf die Schutzgüter gesehen hat.<sup>60</sup>

### 3.1.2. Änderung bereits genehmigter Anlagenteile

Soll eine bereits erteilte Teilgenehmigung nicht durch Antrag des Vorhabenträgers geändert werden, kann dies für den gestattenden Teil nur durch einen Widerruf und eine erneute Erteilung geschehen.<sup>61</sup> Dabei wird die neue Teilgenehmigung zur Änderungsgenehmigung, welche lediglich den abgeänderten Teil umfasst. Soll die Teilgenehmigung auf der Grundlage eines vorbehaltenden Widerrufs zurückgenommen werden, so handelt es sich um einen Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Wenn der Widerruf nicht vorbehalten war, richtet sich dessen Zulässigkeit nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 BImSchG.

Bei vollständiger Aufhebung einer ersten Teilgenehmigung für eine geplante Anlage ist über das darin enthaltene positive vorläufige Gesamturteil erneut zu befinden.<sup>62</sup> Sind weitere Teilgenehmigungen ergangen, hat sich das vorläufige Gesamturteil u. U. schon soweit verfestigt, dass nur noch zu prüfen ist, ob es sich auch unter Berücksichtigung der Änderungen noch halten lässt, wenn die erste Teilgenehmigung aufgehoben wird.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 135.

<sup>59</sup> Pressemitteilung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 25.10.2019, im Internet: <https://oberverwaltungsgericht.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen> (geprüft am 18.11.2019).

<sup>60</sup> Im Zeitpunkt der Erstellung dieses Beitrags lagen die schriftlichen Entscheidungsgründe noch nicht vor.

<sup>61</sup> BVerwG, Urt. v. 07.06.1991 – 7 C 43/90, BVerwGE 88, 286 ff.

<sup>62</sup> BVerwG, Urt. v. 09.09.1988 – 7 C 3/86, BVerwGE 80, 21, 30 f.

<sup>63</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 8 Rn. 132.

## 3.2. Besonderheiten beim Vorbescheid

### 3.2.1. Änderung des Vorhabens während des Vorbescheidsverfahrens oder nach Erteilung des Vorbescheids

Wird ein Vorhaben während eines laufenden Vorbescheidsverfahrens oder nach Erteilung eines Vorbescheids geändert, richtet sich die Erforderlichkeit einer erneuten Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 8 Abs. 2 der 9. BImSchV (siehe oben).

### 3.2.2. Änderung des Vorbescheids

Bei einer Änderung des Vorbescheids selbst ist zunächst festzustellen, ob dieser abschließende Beurteilungen hinsichtlich der Genehmigungsvoraussetzungen oder des Standortes enthält. Es gilt also zunächst zu klären, ob es sich um einen Konzept- oder Standortvorbescheid handelt, denn, wie bereits ausgeführt, kann von diesen abschließenden Beurteilungen im weiteren Genehmigungsverfahren nicht mehr zum Nachteil des Antragstellers abgewichen werden. In diesem Fall wäre eine Änderung generell ausgeschlossen. Bei einer Änderung der Sach- oder Rechtslage kommt nur ein Widerruf gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 oder 4 BImSchG in Betracht.

Somit bleibt die Frage nach der Änderungsmöglichkeit eine Frage der vorläufigen positiven Gesamtbeurteilung. Diese steht unter dem Vorbehalt einer noch ausstehenden Detailprüfung und einer sich möglicherweise verändernden Sach- oder Rechtslage (siehe oben). Ansonsten entfaltet auch dieser Teil des Vorbescheids Bindungswirkung für das nachfolgende Genehmigungsverfahren, sofern die Bindungswirkung nicht noch aus anderen Gründen eingeschränkt ist.

Wie bereits dargestellt, ist der Vorbescheid keine Genehmigung. Sollen Regelungen, die für eine Genehmigung gelten, auch auf einen Vorbescheid anwendbar sein, so muss dies ausdrücklich im Gesetz angeordnet werden.<sup>64</sup> Gemäß § 10 Abs. 9 BImSchG finden die Regelungen zum Genehmigungsverfahren nach § 10 Abs. 1 bis 8 BImSchG Anwendung auf den Vorbescheid. Ausdrücklich verweist auch § 9 Abs. 3 BImSchG auf die sinngemäße Anwendung der §§ 6 und 21 BImSchG. Sinngemäß bedeutet, dass die §§ 6 und 21 BImSchG, die für eine Genehmigung gelten, auch für den Vorbescheid zur Anwendung kommen, soweit sich aus dessen Wesen nichts anderes ergibt.<sup>65</sup>

Beantragt der Vorhabenträger selbst eine Änderung des Vorbescheids, z.B. zur Nachholung einer FFH-Verträglichkeitsprüfung,<sup>66</sup> richtet sich die Erforderlichkeit einer erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung wiederum danach, ob sich aus den auszulegenden Unterlagen Umstände ergeben können, die nachteilige Auswirkungen für Dritte bzw. bei UVP-pflichtigen Anlagen zusätzliche erhebliche oder andere erhebliche Auswirkungen auf die Schutzgüter besorgen lassen.

<sup>64</sup> Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 1.

<sup>65</sup> Vgl. Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BImSchG, § 21 Rn. 20.

<sup>66</sup> Vgl. OVG NRW, Urt. v. 12.06.2012 – 8 D 38/08.AK, juris, Rn. 35, 48, 298 und 306.

## 4. Fazit und Ausblick

Der sachliche und zeitliche Umfang der Bindungswirkung von Vorbescheid und Teilgenehmigung hängt von deren jeweiligem Regelungsgehalt im konkreten Einzelfall ab.

Änderungen eines Vorhabens nach Erteilung eines Vorbescheids und zwischen verschiedenen Teilgenehmigungen sind im Hinblick auf eine ggf. notwendige Öffentlichkeitsbeteiligung und Umweltverträglichkeitsprüfung sehr fehleranfällig, wie die Urteile des OVG Lüneburg vom 24.10.2019 zu dem geplanten EBS-Kraftwerk in *Stade-Bützfleth* zeigen. Auf derartige Fehler können sich neben Umweltverbänden grundsätzlich auch Nachbarn und Gemeinden berufen.

Im Fall des EBS-Kraftwerks in *Bützfleth* hat das OVG Lüneburg die Revisionen an das Bundesverwaltungsgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssachen zugelassen.

### Ansprechpartner



#### **Rechtsanwalt Dr. Peter Kersandt**

Partner, Fachanwalt für Verwaltungsrecht

avr – Andrea Versteyl Rechtsanwälte

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Hohenzollerndamm 122

14199 Berlin, Deutschland

+49 30 3180417-0

kersandt@avr-rechtsanwaelte.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar

Stephanie Thiel, Elisabeth Thomé-Kozmiensky, Peter Quicker, Alexander Gosten (Hrsg.):

**Energie aus Abfall, Band 17**

ISBN 978-3-944310-50-3 Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH

Copyright: Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc., Dr.-Ing. Stephanie Thiel  
Alle Rechte vorbehalten

Verlag: Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH • Neuruppin 2020

Redaktion und Lektorat: Dr.-Ing. Stephanie Thiel, Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc.

Erfassung und Layout: Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc., Claudia Naumann-Deppe,  
Sarah Pietsch, Ginette Teske, Janin Burbott-Seidel, Roland Richter,  
Cordula Müller, Gabi Spiegel

Druck: Universal Medien GmbH, München

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funk- sendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.