

# Die Zulassung vorzeitigen Beginns gemäß § 8a BImSchG

Siegfried de Witt

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 1.   | Materiell-rechtliche Voraussetzungen.....   | 298 |
| 1.1. | Vorzeitiger Beginn .....  | 298 |
| 1.2. | Positive Prognose .....   | 299 |
| 1.3. | Öffentliches Interesse .....  | 300 |
| 1.4. | Berechtigtes Interesse des Antragstellers .....                                       | 301 |
| 1.5. | Verpflichtung des Antragstellers zum Schadensersatz<br>und zur Wiederherstellung..... | 301 |
| 1.6. | Änderungsgenehmigung.....   | 302 |
| 2.   | Verfahren.....  | 303 |
| 2.1. | Voraussetzungen .....   | 303 |
| 2.2. | Antrag.....   | 303 |
| 2.3. | Öffentlichkeitsbeteiligung im Zulassungsverfahren.....                                | 304 |
| 2.4. | Beteiligung weiterer Behörden.....  | 304 |
| 3.   | Die Zulassungsentscheidung.....   | 304 |
| 3.1. | Prüfung der Prognose .....  | 304 |
| 3.2. | Öffentlichkeitsbeteiligung im Genehmigungsverfahren .....                             | 304 |
| 3.3. | UVP .....   | 305 |
| 3.4. | Stellungnahmen der beteiligten Behörden .....   | 305 |
| 3.5. | Ermessen .....  | 305 |
| 4.   | Rechtswirkungen der Zulassung.....  | 306 |
| 4.1. | Verwaltungsakt.....   | 306 |
| 4.2. | Eingeschlossene Entscheidungen.....   | 306 |
| 4.3. | Nebenbestimmungen .....   | 306 |
| 4.4. | Sicherheitsleistung .....   | 306 |
| 4.5. | Begründung .....  | 307 |
| 5.   | Rechtswirkung der Entscheidung.....   | 307 |
| 6.   | Rechtsschutz .....  | 307 |
| 7.   | Widerruf, Wiederherstellung, Schadensersatz.....                                      | 308 |
| 8.   | Ausblick.....   | 308 |

Nach Storost hat § 8a BImSchG, nachfolgend BImSchG, *erwartungsgemäß keine große praktische Relevanz erlangt. Es handelt sich trotz des umfangreichen Diskussionsaufwands im Verlauf seiner langen Entstehungsgeschichte im Wesentlichen um einen Akt symbolischer Gesetzgebung.*<sup>1</sup>

So unbedeutend schätze ich die Vorschrift für die Praxis nicht ein, allerdings haben viele Bedenkenträger dazu beigetragen, zahlreiche Hürden aufzustellen, die einen vorzeitigen Beginn erschweren. Die Vorschrift entspricht weitgehend § 17 WHG und § 33 KrW-/AbfG, § 39 Abs. 8 BbgStrG.<sup>2</sup>

## 1. Materiell-rechtliche Voraussetzungen

### 1.1. Vorzeitiger Beginn

In einem Genehmigungsverfahren<sup>3</sup> kann zugelassen werden, dass mit der Errichtung der Anlage einschließlich der Prüfung der Betriebstüchtigkeit begonnen wird, bevor eine Genehmigung erteilt ist. Bei Änderungsgenehmigungen nach § 16 Abs. 1 kann auch der Betrieb vorläufig zugelassen werden, wenn die Änderung der Erfüllung einer sich aus dem BImSchG ergebenden Pflicht dient<sup>4</sup>. Das BVerwG<sup>5</sup> entschied zu § 7a AbfG und § 9a WHG, der vorzeitige Beginn unterliege der Beschränkung, dass unter dem Beginn *nur solche Maßnahmen verstanden werden, die sich wieder rückgängig machen lassen und bei denen das Risiko der Rückabwicklung den weiteren Entscheidungsprozess nicht unangemessen belastet.*<sup>6</sup> Nur die Anfangsphase der Errichtung könne Gegenstand des vorzeitigen Beginns sein, der nicht zu einer Umgehung der erforderlichen Genehmigung bzw. Planfeststellung führe dürfe. Die restriktive Auslegung sei auch mit dem Gesetzeszweck in Einklang. Es müsse ein Kompromiss zwischen den Interessen des Vorhabenträgers und dem Ziel, die endgültige Entscheidung frei von rechtlichen und tatsächlichen Bindungen zu erhalten, gefunden werden. Deutlicher kann sich das Gericht nicht als Ersatzgesetzgeber verstehen. Der Gesetzeswortlaut des § 8a lässt die Errichtung einschließlich der Maßnahmen zum Probetrieb<sup>7</sup> zu. Ein Probetrieb setzt in der Regel eine vollständige Errichtung der Anlage voraus. Für eine restriktive Auslegung des Begriffs *Beginn* ist somit kein Raum.

Im Verfahren einer Änderungsgenehmigung kann gem. § 8 a Abs. 3 auch der Anlagenbetrieb zugelassen werden, sofern diese der Erfüllung einer Vorschrift des BImSchG oder darauf gegründeten RVO oder einer nachträglichen Anordnung dient.

Der Umfang der Zulassung wird bestimmt durch den Antrag. Es können auch je nach Baufortschritt mehrere Anträge nacheinander gestellt werden. Das ist besonderes dann zweckmäßig, wenn parallel das Genehmigungsverfahren weiter fortschreitet. Die Behörde kann hinter diesem Antrag zurückbleiben, wenn im Entscheidungszeitpunkt noch keine positive Prognose hinsichtlich des gesamten beantragten Errichtungsumfangs getroffen werden kann.

---

<sup>1</sup> Storost, in: Ule-Laubinger, BImSchG, Rdnr. B2

<sup>2</sup> Zur Geschichte dieser Vorschrift: Storost, § 8 a Rdnr. A1 ff. Scheuing/Wirths in: Koch/Pache/Scheuing GK – BImSchG, Rdnr. 2 ff.

<sup>3</sup> Enderrichtung, Teilgenehmigung, Änderungsgenehmigung, Jarass § 8 a BImSchG 8.A Rdnr, 2

<sup>4</sup> nicht, wenn die Änderung UVP-pflichtig ist, Jarass Rdnr. 1 a; unten 1.6

<sup>5</sup> U. v. 30.04.1991 – 7 C 35/90 – DVBL 1991, 877 – zitiert nach Juris

<sup>6</sup> Rdnr. 13

<sup>7</sup> nur soweit sie der Prüfung der Betriebstauglichkeit dienen: Jarass Rdnr. 4

Zugelassen werden können nur Maßnahmen, die dem Genehmigungsantrag inhaltlich entsprechen.<sup>8</sup> Es reicht die Möglichkeit, den früheren – oder einen anderen genehmigten – Zustand wiederherzustellen.<sup>9</sup>

Ob die Wiederherstellung wirtschaftlich vertretbar ist<sup>10</sup>, ist von der Behörde nicht zu prüfen, da der Antragsteller auf eigenes Risiko handelt.

### 1.2. Positive Prognose

Das Gesetz verlangt, dass mit *einer Entscheidung zu Gunsten des Antragstellers* gerechnet werden kann.<sup>11</sup> Es liegt nahe, diese Voraussetzung mit dem vorläufigen positiven Gesamturteil als Voraussetzung für die Erteilung einer Teilgenehmigung zu vergleichen. In § 8 S. 1 Nr. 3 wird verlangt, dass *eine vorläufige Beurteilung ergibt, dass der Errichtung und dem Betrieb der gesamten Anlage keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen entgegenstehen*. Beim vorläufigen positiven Gesamturteil liegen noch keine vollständigen Unterlagen für die Gesamtanlage vor, bei einer Prognose nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 hingegen würden vollständige Unterlagen für das gesamte Projekt vorliegen.<sup>12</sup> Das ist bereits deshalb nicht zutreffend, weil auch in Teilgenehmigungsverfahren ein vorzeitiger Beginn zulässig ist, nicht nur vor der ersten Teilerichtungsgenehmigung, sondern auch im weiteren Verlauf kann vor der Erteilung der nächsten Teilerichtungsgenehmigung vorzeitiger Beginn zugelassen werden. Vorzeitiger Beginn ist auch dann zuzulassen, wenn noch Unterlagen und Gutachten nachzureichen sind.

Das vorläufige positive Gesamturteil entfaltet eine Bindungswirkung für das gesamte Genehmigungsverfahren, die nur unter den Voraussetzungen des § 8 S. 2 entfällt. Es wird zutreffend als dritt-schützend bewertet. Die feststellende Regelung ist die verbindliche Klammer für das gesamte Teilgenehmigungsverfahren. Die Bindungswirkung ist Grundlage für Ansprüche auf weitere Teilgenehmigungen.

Ganz anders die Prognose bei § 8a Abs. 1 Nr. 1: Nach einhelliger Auffassung hat sie keine Bindungswirkung.<sup>13</sup> Das BVerwG<sup>14</sup> begründet den Unterschied zum vorläufigen positiven Gesamturteil mit der Vorläufigkeit der Zulassung der Errichtung. Dies kommt im Vorbehalt des Widerrufs<sup>15</sup> zum Ausdruck. Zu ergänzen ist, dass der Antragsteller sich nach § 8a Abs. 1 Nr. 3 verpflichtet, alle etwa verursachten Schäden zu ersetzen und den früheren Zustand wiederherzustellen, wenn das Vorhaben nicht genehmigt wird. Die Errichtung erfolgt damit eindeutig auf eigenes Risiko des Antragstellers.

Aus einer positiven Prognose kann der Antragsteller mithin – im Unterschied zum vorläufigen positiven Gesamturteil der Teilgenehmigung – keinen Anspruch auf Genehmigung ableiten, Sellner Rdnr. 106. Die Prognose hat keine Feststellungswirkung und kann jederzeit

---

<sup>8</sup> Sellner § 8 a BImSchG Rdnr. 15 in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht

<sup>9</sup> unten 1.5

<sup>10</sup> so Scheuing/Wirths, Rdnr. 111

<sup>11</sup> § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG

<sup>12</sup> Sellner Rdnr. 46

<sup>13</sup> VGH Mannheim B. v. 17.11.2009 – Juris Rdnr. 2; VG Karlsruhe B. v. 12.08.2009 – Juris Rdnr. 15

<sup>14</sup> oben FN 5, Juris Rdnr. 8 ff.

<sup>15</sup> § 8 Abs. 2 S. 1 BImSchG

von der Behörde auf Grund neuer Erkenntnisse korrigiert werden. Das löst auch keine Amtshaftungsansprüche aus,<sup>16</sup> denn der Antragsteller beginnt stets mit dem Risiko eines Widerrufs. Damit fehlt der Prognose des § 8 Abs. 1 Nr. 1 der erforderliche Drittbezug für eine Haftung.

Ein Vergleich der Prognosen in § 8a Abs. 1 Nr. 1 mit § 8 S. 1 Nr. 3 lässt nur den Schluss zu, dass an die Prognose des vorzeitigen Beginns geringere Anforderungen zu stellen sind als ein vorläufiges positives Gesamturteil.<sup>17</sup> Beide Prognosen beziehen sich auf die Gesamtanlage. In beiden Fällen reichen vorläufige Beurteilungen. Es müssen also keineswegs alle Antragsunterlagen vollständig vorliegen oder alle erforderlichen Gutachten. Aufgrund der rechtlichen Bindung des vorläufigen positiven Gesamturteils ist eine umfassendere Beurteilung erforderlich als beim vorzeitigen Beginn.

An dieser Bewertung ändert auch nicht, dass mit der Errichtung *Tatsachen geschaffen* werden. Wird die Genehmigung schließlich nicht erteilt, hat der Antragsteller den früheren Zustand wiederherzustellen.

Die Prognose bezieht sich auf die Gesamtanlage und ihren späteren Betrieb, mithin alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften.<sup>18</sup> Man könnte so formulieren: *Mit einer Entscheidung über den Genehmigungsantrag kann gerechnet werden, wenn dem Vorhaben keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen, die nicht im Genehmigungsverfahren, insbesondere durch Auflagen, beseitigt werden können.* Sind vergleichbare Anlagen bereits genehmigt worden, so spricht alles dafür, dass mit einer Entscheidung zu rechnen ist. Eine positive Prognose, ist mithin auch dann möglich, wenn für Teile der Anlage Nachweise, Gutachten fehlen, sogar dann, wenn Einzelheiten der Ausführung noch offen sind.<sup>19</sup>

Die Prüfung wird umso intensiver, je mehr gelassen wird.<sup>20</sup> Daraus abzuleiten sind die Anforderungen an die Unterlagen, Stellungnahmen beteiligter Behörden und Äußerungen der Öffentlichkeit. Es ist deshalb nicht generell erforderlich, dass die Behörde den Ausgang des Verfahrens *hinreichend genau* beurteilen kann.<sup>21</sup> Sachverständigengutachten müssen i.d.R. nicht vorliegen.

### 1.3. Öffentliches Interesse

Die Zulassung setzt nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 ein öffentliches Interesse am vorzeitigen Beginn voraus. Ein solches öffentliches Interesse kann mit dem frühzeitigen Betrieb der Anlage,<sup>22</sup> z.B. eines Kraftwerks, begründet werden. Insbesondere bei Änderungsgenehmigungen wird eine Verbesserung des Umweltschutzes ein öffentliches Interesse begründen. Auch die Erhaltung der Versorgungssicherheit oder der Erhalt von Arbeitsplätzen kann als öffentliches Interesse bewertet werden. Entgegenstehende Interessen müssen sich auf den vorzeitigen Beginn beziehen. Befürchtete Umwelt- oder Gesundheitsgefährdungen durch

---

<sup>16</sup> unten 5

<sup>17</sup> Jarass Rdnr. 10; im Ergebnis ebenso Sellner Rdnr. 46

<sup>18</sup> Jarass Rdnr. 10

<sup>19</sup> ein positives Wahrscheinlichkeitsurteil aufgrund vorläufiger Prüfung, verlangt Storost C 7

<sup>20</sup> Jarass Rdnr. 12 undifferenziert Scheuing/Wirths Rdnr. 71

<sup>21</sup> so Scheuing/Wirths Rdnr. 42

<sup>22</sup> Storost C 3

den künftigen Betrieb sind im Rahmen der Genehmigung zu bewerten, nicht aber bei der Zulassung vorzeitigen Beginns. Es ist auch kein Raum für eine Abwägung mit widerstrebenden Interessen.<sup>23</sup>

### 1.4. Berechtigtes Interesse des Antragstellers

Ein solches Interesse liegt immer vor, wenn ein umfangreiches Vorhaben durchgeführt wird und zu Beginn noch nicht alle Genehmigungsunterlagen, Sachverständigengutachten etc. vorliegen und voraussichtlich mit einem längeren Prüfprozess der Behörde zu rechnen ist. Der vorzeitige Beginn dient der notwendigen Beschleunigung.<sup>24</sup> Das ist also der Regelfall.

Das Interesse des Antragstellers ist berechtigt, wenn es nachvollziehbar der beschleunigten Errichtung dient.<sup>25</sup> Es ist hier kein Raum für eine Abwägung mit anderen, auch gegenläufigen Interessen der Verhinderung des Vorhabens.<sup>26</sup>

### 1.5. Verpflichtung des Antragstellers zum Schadensersatz und zur Wiederherstellung

Die Schadensersatzverpflichtung ist unabhängig vom Verschulden. Nur wenn die Genehmigung endgültig versagt wird und die Mängel nicht in einem neuen Verfahren geheilt werden können, das Vorhaben also endgültig gescheitert ist, besteht die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustands. Die Verpflichtung ist öffentlich-rechtlicher Natur.

Die Verpflichtungserklärung erfolgt schriftlich und einseitig.<sup>27</sup> Es ist verbreitete Praxis, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschließen, der hinsichtlich der Schadensersatzverpflichtung gegenüber Dritten ein Vertrag zu Gunsten Dritter<sup>28</sup> ist. Der Antragsteller kann zum Abschluss eines solchen Vertrages jedoch nicht verpflichtet werden. Die Erklärung begründet öffentlich-rechtliche Schadensersatzpflichten gegenüber Dritten.<sup>29</sup>

Nach § 8 Abs. 2 S. 2 kann eine Sicherheit verlangt werden, jedoch nicht nur wenn durch die vorzeitige Errichtung Schäden zu erwarten sind, sondern auch dann, wenn Zweifel bestehen, ob der Antragsteller in der Lage ist, den früheren Zustand wiederherzustellen. Hinsichtlich der Höhe der Sicherheit sind folgende Aspekte zu beachten: Die Wirtschaftskraft des Antragstellers, die voraussichtlichen Kosten der Wiederherstellung des früheren Zustandes und andererseits die Wahrscheinlichkeit einer solchen Verpflichtung. Mit anderen Worten: Je weiter die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzung gediehen ist und die Behörde mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit von einer Genehmigung ausgehen kann, kann auf Sicherheiten verzichtet werden. Sicherheiten können bei mehreren Zulassungsschritten auch gestaffelt werden, deren Höhe entsprechend der weitergehenden Prüfung geringer wird.

Als Sicherheit gelten nicht nur Bankbürgschaften, sondern auch harte Patronatserklärungen, z.B. der Muttergesellschaft des Antragstellers.

---

<sup>23</sup> so Scheuing/Wirths Rdnr. 51: *kleine UVP*

<sup>24</sup> Jarass Rdnr. 8

<sup>25</sup> Sellner Rdnr. 72

<sup>26</sup> so jedoch Storost C 3; Scheuing/Wirths Rdnr. 52 f.

<sup>27</sup> § 24 Abs. 1 Nr. 2 der 9. BImSchV; Jarass Rdnr. 9; Storost C 4; Scheuing/Wirths Rdnr. 60

<sup>28</sup> Jarass Rdnr. 9

<sup>29</sup> Scheuing/Wirths Rdnr. 61

## 1.6. Änderungsgenehmigung

Wird eine Änderung der Anlage oder ihres Betriebs beantragt, kann nach § 8 a Abs. 3 auch der Betrieb vorläufig zugelassen werden, *wenn die Änderung der Erfüllung einer sich aus diesem Gesetz oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflicht dient*. Liegt eine nachträgliche Anordnung vor, die bereits abschließend bestimmt, wie die Änderung zu erfolgen hat, bedarf es keiner weiteren Genehmigung, § 17 Abs. 4. Ist sie jedoch noch nicht abschließend entschieden, ist das Änderungsverfahren nach § 16 durchzuführen. Für die Anwendung des § 8 a kommt nur eine wesentliche Änderung in Betracht, bei der nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können, die für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 erheblich sein können. Für die vorzeitige Zulassung des Betriebs gem. § 8 a Abs. 3 gelten alle weiteren materiellen Voraussetzungen des Abs. 1.

Die Auffassung, die Voraussetzungen seien nur erfüllt, wenn die Änderung *ausschließlich oder zumindest überwiegend einen Immissionsschutzzweck* verfolge,<sup>30</sup> findet im Gesetz keine Grundlage. Eine Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder sogar eine Kapazitätserhöhung schmälert nicht die Verbesserung des Immissionsschutzes. Fehlt jedoch eine Verbesserung des Immissionsschutzes, ist § 8 a Abs. 3 nicht anwendbar<sup>31</sup>.

Die Vorschrift steht im Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht<sup>32</sup>: Nach Art. 12 Abs. 2 S. 1 der IVU-Richtlinie<sup>33</sup> haben die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, *damit keine vom Betreiber beabsichtigte wesentliche Änderung des Betriebs ohne eine gemäß dieser Richtlinie erteilte Genehmigung vorgenommen wird*. Da die vorzeitige Zulassung nach § 8 a keine Genehmigung im Sinne der IVU-Richtlinie ist, sei deshalb die Anwendung des § 8 a Abs. 3 ausgeschlossen.<sup>34</sup> Es ergibt sich der Widerspruch, dass gerade die Verbesserung des Immissionsschutzes eine wesentliche Änderung erfordert, der geänderte Betrieb aber erst nach Genehmigung aufgenommen werden darf. Sind für die Änderung bauliche Maßnahmen erforderlich, können sie nach § 8 a Abs. 1 ohne Weiteres zugelassen werden.

Wie ist der Konflikt praktisch zu lösen? Der Anlagenbetreiber sollte bei notwendigen Änderungen dafür Sorge tragen, dass eine nachträgliche Anordnung in der Weise ergeht, dass bereits abschließend bestimmt wird, in welcher Weise sie zu erfüllen ist, § 17 Abs. 4. Dann bedarf es keiner Genehmigung nach § 16. Bauliche Änderungen und geänderter Betrieb erfolgen dann aufgrund der nachträglichen Anordnung. Andernfalls kann die Situation entstehen, dass zwar die baulichen Änderungen nach § 8 a Abs. 1 vorzeitig zugelassen werden können. Sind sie dann ausgeführt und liegt die Genehmigung für den geänderten Betrieb noch nicht vor, dürfte die Anlage nicht weiter betrieben werden, obwohl sie gegenüber dem früheren Zustand die Umwelt geringer belastet. Diesen Wertungswiderspruch würde ich zugunsten des Umweltschutzes auflösen und auch den geänderten Betrieb vorzeitig zulassen. An die Prognose der Genehmigungsfähigkeit wären dann jedoch höhere Anforderungen als bei den Errichtungsmaßnahmen zu stellen.

---

<sup>30</sup> Scheuing/Wirths Rdnr. 106

<sup>31</sup> VG München U. v. 31.01.2006 Juris

<sup>32</sup> Storost E 6 f.

<sup>33</sup> Richtlinie 2008/EG vom 15.01.2008

<sup>34</sup> Storost E 6; Scheuing/Wirths Rdnr. 80; Jarass Rdnr. 1 a

## 2. Verfahren

### 2.1. Voraussetzungen

Die Zulassung vorzeitigen Beginns setzt einen Antrag auf Genehmigung, im förmlichen Verfahren, § 10, im vereinfachten Verfahren, § 19, oder vor einer Teilgenehmigung, § 8, voraus oder den Antrag auf eine Änderungsgenehmigung, § 16. Mit Erteilung einer Neu- oder Änderungsgenehmigung endet der Anwendungsbereich.<sup>35</sup> Zugelassen werden kann nur, was beantragt wurde. Wurde ein Antrag geändert, muss auch eine etwa erfolgte Zulassung vorzeitigen Beginns angepasst werden.<sup>36</sup>

Ist im Zeitpunkt der Erteilung einer Genehmigung, auch Teilgenehmigung, die Zulassung noch nicht vollständig verbraucht, erfolgt die weitere Verwirklichung des Vorhabens unter Ausnutzung der Genehmigung. Wird diese angegriffen, muss also Sofortvollzug angeordnet werden.<sup>37</sup>

### 2.2. Antrag

Mit dem Antrag auf Zulassung vorzeitigen Beginns wird ein gesondertes Verfahren<sup>38</sup> eingeleitet, § 24a der 9. BImSchV. Er bedarf der Schriftform und muss das öffentliche Interesse oder berechnete Interesse des Antragstellers am vorzeitigen Beginn darlegen und die Erklärung etwa entstehende Schäden zu ersetzen und bei Nichterteilung der Genehmigung den früheren Zustand wiederherzustellen, § 24a Abs. 1 der 9. BImSchV.<sup>39</sup> Notwendig ist die Konkretisierung, in welchem Umfang der vorzeitige Beginn zugelassen werden soll. Zur Beurteilung, ob mit einer positiven Entscheidung zu rechnen sei, kann auf die Genehmigungsunterlagen verwiesen werden. Es ist sinnvoll, die Voraussetzungen dieser Prognose im Einzelnen anhand der Genehmigungsunterlagen und etwa vorliegender Gutachten zu begründen. Schließlich will der Antragsteller eine zügige Entscheidung über seinen Antrag erreichen. Allerdings müssen die Unterlagen nicht vollständig sein.<sup>40</sup> Sie müssen für die Prognose ausreichen.

In einem Genehmigungsverfahren können jederzeit<sup>41</sup> mehrere Anträge auf Zulassung vorzeitigen Beginns gestellt werden. Sie lassen sich also zeitlich nacheinander staffeln. Sie können damit auf den jeweiligen Stand der Prüfung des Genehmigungsantrags abgestellt werden. Aus einer Zulassungsentscheidung kann jedoch kein Rechtsanspruch darauf abgeleitet werden, dass auch der nächste Schritt vorzeitigen Beginns zugelassen wird. Den Entscheidungen fehlt wie bei der Teilgenehmigung das vorläufige positive Gesamturteil mit seinem Feststellungsinhalt.

---

<sup>35</sup> VGH Mannheim B. v. 17.11.2009, Juris Rdnr. 2

<sup>36</sup> Jarass Rdnr. 2; Storost C 1; Scheuing/Wirths Rdnr. 30

<sup>37</sup> Scheuing/Wirths Rdnr. 33

<sup>38</sup> Sellner Rdnr. 27

<sup>39</sup> Storost C 2

<sup>40</sup> a.A. Scheuing/Wirths Rdnr. 71; Sellner Rdnr. 49

<sup>41</sup> Scheuing/Wirths Rdnr. 38

## 2.3. Öffentlichkeitsbeteiligung im Zulassungsverfahren

Im Zulassungsverfahren erfolgt keine Beteiligung der Öffentlichkeit, auch keine Anhörung Dritter.<sup>42</sup> Theoretisch wäre eine Anhörung Dritter nach § 28 VwVfG geboten, wenn durch die zugelassene Errichtungsmaßnahme, und zwar nur durch diese, Rechte Dritter beeinträchtigt werden könnten.<sup>43</sup> Eine Errichtung beispielsweise unter Verletzung des Grenzabstandes dürfte ohnehin nicht zugelassen werden, denn dies setzt eine entsprechende Befreiung, mithin eine Entscheidung im Genehmigungsverfahren voraus. Somit verbleibt allein die Beeinträchtigung des Dritten durch die Baumaßnahme selbst. Dies könnte z.B. eine Überschreitung der Grenzwerte des Baulärms nach der AVV-Baulärm sein.

## 2.4. Beteiligung weiterer Behörden

Eine solche Beteiligung ist abhängig vom Gegenstand der Zulassung. Sie ist geboten, wenn erst durch eine solche Beteiligung die erforderliche positive Prognose gebildet werden kann. Bei den Baumaßnahmen wird also regelmäßig die Baubehörde zu beteiligen sein mit der Folge, dass entsprechende Nachweise des Prüfstatikers vorliegen müssen. Zustimmungen anderer Behörden müssen jedoch ebensowenig vorliegen wie ein gemeindliches Einvernehmen gem. § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB.<sup>44</sup> Die Standortgemeinde ist jedoch anzuhören.<sup>45</sup>

# 3. Die Zulassungsentscheidung

## 3.1. Prüfung der Prognose

Die Prüfung der Prognose erfolgt anhand der Genehmigungsunterlagen. Je weniger – zunächst – zugelassen werden soll, desto vorläufiger kann die Beurteilung der Behörde sein. Mit Fortschritt der weiteren Errichtung muss die Behörde zur Überzeugung gelangen, dass die Einhaltung der Grundpflichten durch Errichtung und Betrieb gesichert sein werden. Wie ausgeführt, sind an die Prognose geringere Anforderungen als an ein vorläufiges positives Gesamturteil einer Teilgenehmigung zu stellen.

## 3.2. Öffentlichkeitsbeteiligung im Genehmigungsverfahren

Wenn im Genehmigungs- oder Änderungsgenehmigungsverfahren nicht von einer Öffentlichkeitsbeteiligung abgesehen werden kann stellt sich die Frage, ob die Zulassung vorzeitigen Beginns der Errichtung voraussetzt, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung abgeschlossen ist. Dazu wird vertreten, die Einwendungen könnten für die Prognose von Bedeutung sein. Deshalb müsse die Öffentlichkeitsbeteiligung vor einer ersten Zulassungsentscheidung abgewartet werden.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Sellner Rdnr. 52; keine Beteiligung von Naturschutzverbänden OVG Mecklenburg-Vorpommern B. v. 25.03.2002, NVwZ 2002, 1258

<sup>43</sup> Jarass Rdnr. 17

<sup>44</sup> so aber Jarass Rdnr. 17

<sup>45</sup> Sellner Rdnr. 113

<sup>46</sup> i.d.R. jedoch nicht der Erörterungstermin, Jarass Rdnr. 11; Storost C 7; Scheuing-Wirths Rdnr. 44



Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Zunächst kommt es auf den Umfang der beantragten Zulassung an. Wird beispielsweise nur die Zulassung der Errichtung der Gebäude oder eines Teils der Gebäude beantragt, wären nur Einwendungen beachtlich, die eine Genehmigungsfähigkeit praktisch ausschließen würden. Das ist in der Regel ausgeschlossen.

Weiterhin ist der Inhalt der Einwendungen in der Regel absehbar. Die Auswirkungen des Betriebs der Anlage sind bekannt. Damit sind auch die Konflikte zur Nachbarschaft bekannt. Die Einwendungen sind für die Beurteilung der künftigen Genehmigungsfähigkeit i.d.R. nicht von Bedeutung.

### 3.3. UVP

Für die Zulassungsentscheidung bedarf es keiner UVP, denn die Zulassung ist keine Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens.<sup>47</sup> Ist das Vorhaben UVP-pflichtig ist die Zulassung vorzeitigen Beginns nicht davon abhängig, ob die Unterlagen für die UVP vollständig sind oder ob die UVP gar abgeschlossen ist. Die UVP ist Teil des Genehmigungsverfahrens und kann auch nicht indirekt Voraussetzung für die Zulassungsentscheidung werden. Diese ist allein davon abhängig, ob sich die Prognose über die künftige Genehmigungsfähigkeit anhand der Unterlagen bilden lässt. Gleiches gilt für eine etwa erforderliche FFH-Verträglichkeitsprüfung.<sup>48</sup>

Soweit verlangt wird, dass bereits der Beginn der Errichtung einer Anlage eine abgeschlossene UVP erfordert, muss klagestellt werden: Erfolgt die Errichtung auf Grund z.B. einer ersten Teilerrichtungsgenehmigung, ist diese Forderung begründet. Nicht jedoch bei der Zulassung vorzeitigen Beginns. Diese Zulassungsentscheidung ist eben keine Entscheidung i.S.d. § 2 Abs. 3 Nr. 1 UVPG. Die UVP-Pflicht des Vorhabens sperrt nicht die Zulassung vorzeitigen Beginns.

Je nach Einzelfall kann es für die Prognose erforderlich sein, Ergebnisse der UVP zu kennen. Eine Zulassung erster Errichtungsmaßnahmen verlangt weniger als die abschließende Errichtung und der Probetrieb.<sup>49</sup> Die steigenden Anforderungen an die Prognosesicherheit lassen sich nur damit begründen, dass in der Regel – ungeachtet des § 8 a Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 – eine errichtete Anlage auch den Betrieb aufnehmen wird.

### 3.4. Stellungnahmen der beteiligten Behörden

Sie müssen insoweit vorläufig vorliegen, wie dies für die Prognoseentscheidung erforderlich ist. Die Stellungnahmen sind also entbehrlich, wenn die Genehmigungsbehörde die Prognose auch ohne diese selbst treffen kann.<sup>50</sup> Das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB muss absehbar sein. Eine Anhörung ist deshalb geboten.

### 3.5. Ermessen

Mit Vorliegen der Voraussetzungen **soll** der vorzeitige Betrieb zugelassen werden. Es bleibt ein Ermessensspielraum, der jedoch durch den Gesetzgeber determiniert ist. Die

<sup>47</sup> wie hier: Scheuing/Wirths Rdnr. 23; a.A. Appold § 2 Rdnr. 80 in: Hoppe, UVPG; Jarass Rdnr. 2 a; offen gelassen VGH Mannheim Rdnr. 9 ff.

<sup>48</sup> Scheuing/Wirths Rdnr. 25

<sup>49</sup> Jarass Rdnr. 12 undifferenziert Scheuing/Wirths Rdnr. 71

<sup>50</sup> Vorläufige Stellungnahmen verlangt. Storost C 7; Scheuing/Wirths Rdnr. 43

Beschleunigungswirkung ist Ziel der gesetzlichen Regelung und damit ist die Zulassung der Regelfall.<sup>51</sup> Für eine restriktive Auslegung<sup>52</sup> ist damit kein Raum mehr.

## 4. Rechtswirkungen der Zulassung

### 4.1. Verwaltungsakt

Die Zulassungsentscheidung ist ein Verwaltungsakt, jedoch keine Genehmigung. Soweit durch die zugelassenen Errichtungsmaßnahmen Beeinträchtigungen Dritter möglich sind, ist sie auch ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung. Das hat zur Folge, dass bei Widerspruch Dritter der Sofortvollzug anzuordnen ist.<sup>53</sup> Eine solche Verpflichtung erfolgt bereits aus der gesetzlichen Vorgabe zur Beschleunigung.

Nach § 24a Abs. 2 der 9. BImSchV ist der Gegenstand der zugelassenen Errichtung genau zu bezeichnen. Die gesamte Errichtung der Anlage einschließlich des Probebetriebs kann zugelassen werden. Allerdings ist der Probebetrieb kein Dauerbetrieb.<sup>54</sup>

### 4.2. Eingeschlossene Entscheidungen

Die immissionschutzrechtliche Genehmigung hat gemäß § 13 Konzentrationswirkung. Die Zulassungsentscheidung nach § 8a hat keine Genehmigungswirkung, andere behördliche Zulassungen sind demnach nicht erforderlich.<sup>55</sup> Sie enthält auch keine Baugenehmigung. Diese bleibt Teil der abschließenden immissionschutzrechtlichen Genehmigung.

Auch das Einvernehmen der Gemeinde ist nicht erforderlich. Soweit es notwendig und nicht ersetzbar ist, muss damit gerechnet werden. Die Standortgemeinde ist also zu hören.

### 4.3. Nebenbestimmungen

Auflagen sind zulässig, auch nachträgliche Auflagen jederzeit, da sie weniger sind als der stets zulässige Widerruf. Bedingungen und Befristungen sind hingegen unzulässig.<sup>56</sup>

### 4.4. Sicherheitsleistung

Soweit erforderlich kann die Behörde gem. § 8 a Abs. 2 S. 3 eine Sicherheitsleistung verlangen. Das ist nicht erforderlich, wenn die Leistungsfähigkeit des Antragstellers hinsichtlich der Kosten der Wiederherstellung oder des Schadensersatzes besteht. Sie kann durch eine Patronatserklärung gesichert sein.<sup>57</sup>

---

<sup>51</sup> Jarass Rdnr. 13; Storost C 8

<sup>52</sup> BVerwG FN 5 Rdnr. 16

<sup>53</sup> Jarass Rdnr. 21

<sup>54</sup> Scheuing/Wirths Rdnr. 97; Jarass 1 a, 2 a und 4 a

<sup>55</sup> Jarass Rdnr. 20; Storost C 10; a.A. Scheuing/Wirths Rdnr. 116

<sup>56</sup> Jarass Rdnr. 14

<sup>57</sup> oben I.5

## 4.5. Begründung

Nach § 24a Abs. 2 Nr. 5 der 9. BImSchV ist die Zulassungsentscheidung zu begründen. Diese Begründung kann kurz gefasst sein und Bezug nehmen auf die Genehmigungsunterlagen.

## 5. Rechtswirkung der Entscheidung

Die Entscheidung hat keinen Regelungsgehalt und keine Feststellungswirkung<sup>58</sup>, sie beseitigt nur die präventive Sperre für Errichtung und Betrieb im zugelassenen Umfang. Sie hat im Unterschied zur Teilgenehmigung keine Bindungswirkung für die Genehmigung.<sup>59</sup> Die Zulassung hat auch keine Gestattungswirkung.<sup>60</sup>

Der Antragsteller errichtet die Anlage auf eigenes Risiko. Die Zulassungsentscheidung ist insofern keine Vertrauensgrundlage für seine Investitionen. Wird die Genehmigung versagt und muss der frühere Zustand wiederhergestellt werden, kann der Antragsteller keinerlei Amtshaftungsansprüche geltend machen.<sup>61</sup> Der Zulassungsentscheidung fehlt insoweit der notwendige Drittbezug der zu beachtenden Amtspflichten.<sup>62</sup>

Aus einer allgemeinen Sorgfaltspflicht bei Entscheidungen kann ein solcher Drittbezug nicht abgeleitet werden. Wie der Gesetzgeber verbindlich entschieden hat, erfolgt die Zulassung auf eigenes Risiko des Antragstellers. Damit sind jegliche Ersatzansprüche des Antragstellers ausgeschlossen, wenn später die Genehmigung versagt oder nur so erteilt werden sollte, dass errichtete Teile verändert werden müssen.

## 6. Rechtsschutz

Die Zulassungsentscheidung hat keinen Regelungsgehalt gegenüber Dritten und kann somit grundsätzlich von Dritten nicht mit Erfolg angegriffen werden. Eine Rechtsverletzung müsste gerade durch die zugelassenen Errichtungsmaßnahmen eintreten.<sup>63</sup> Auch die Prognose kann von Dritten nicht angegriffen werden, da sie keinen feststellenden Charakter hat wie das vorläufige Positive des Gesamturteils der Teilgenehmigung.<sup>64</sup> Daraus folgt, dass die Prognose auf den Rechtsbehelf Dritter hin auch vom Gericht nicht zu überprüfen ist.<sup>65</sup> Dennoch führt der verbreitete Kontrollwunsch der Verwaltungsgerichte wiederholt zur eingehenden Überprüfung der Prognoseentscheidung der Behörde.<sup>66</sup>

---

<sup>58</sup> Storost C 10

<sup>59</sup> Jarass Rdnr. 19; Storost B 3; Scheuing/Wirths Rdnr. 118; Sellner Rdnr. 106

<sup>60</sup> so Scheuing/Wirths Rdnr. 115

<sup>61</sup> so jedoch Scheuing/Wirths Rdnr. 48 und Sellner Rdnr. 62, die die Bedeutung des Drittbezuges verkennen.

<sup>62</sup> Vgl. im Einzelnen: de Witt/Krohn, Staatshaftung und Baurecht Rdnr. 20 ff., in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentl. Baurechts

<sup>63</sup> Storost F 5; Sellner Rdnr. 125

<sup>64</sup> Sellner Rdnr. 124; a.A. volle gerichtliche Überprüfung: Scheuing/Wirths Rdnr. 49 und 130 f.

<sup>65</sup> BVerwG FN 5 Rdnr. 10; VG Karlsruhe B. v. 12.08.2009 Rdnr. 18; VG Gießen B. v. 09.10.2000, NVwZ-RR 2001, 304

<sup>66</sup> VG Ansbach B. v. 25.01.2008 Juris; VGH Kassel B. v. 14.12.1989 Juris Rdnr. 71 ff.

Die Entscheidung ist also lediglich darauf hin zu prüfen, ob gerade die zugelassenen Errichtungsmaßnahmen Rechte des Klägers verletzen und die Verpflichtung gem. § 8 a Abs. 1 Nr. 3 übernommen wurde.<sup>67</sup>

Ob der Antragsteller ein berechtigtes Interesse hat oder ob ein öffentliches Interesse am vorzeitigen Beginn besteht, kann nicht drittschützend sein.<sup>68</sup> Da keine Entscheidung i.S.d. § 1 UmwRG ergeht, sind Rechtsbehelfe der Vereinigungen ausgeschlossen.<sup>69</sup>

Lehnt die Behörde einen Antrag auf Zulassung vorzeitigen Beginns ab, kann der Antragsteller selbst um Rechtsschutz nachsuchen. Das wird erfahrungsgemäß angesichts der Dauer der verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zur gewünschten Beschleunigung beitragen. Ein Anspruch auf Zulassung vorzeitigen Beginns kann nicht unter Berufung auf das behördliche Ermessen abgewiesen werden, denn nach der gesetzgeberischen Präzisierung soll vorzeitiger Beginn zugelassen werden. Die Behörde müsste deshalb außerordentliche Gründe anführen, dass dem Genehmigungsantrag unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen. Nur dann wäre ein Antrag auf vorzeitigen Beginn abzuweisen. Nur in diesem engen Spielraum hat die Behörde überhaupt Ermessen.

Wird einem Antrag rechtswidrig nicht oder erst verspätet entsprochen, hat der Antragsteller einen Amtshaftungsanspruch.<sup>70</sup> Die allgemeine Amtspflicht zur unverzüglichen Sachentscheidung ist durch den Gesetzgeber noch einmal beschleunigt worden. In der Praxis wird es nicht vorkommen, dass diese Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden. So fehlt leider jedem rechtswidrig zögerlichen Verwaltungshandeln die notwendige Sanktion.

## 7. Widerruf, Wiederherstellung, Schadensersatz

Der Widerruf ist gem. § 8 a Abs. 2 S. 1 zulässig, so dass § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG nicht anzuwenden ist.<sup>71</sup> Er kommt nur in Betracht, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die beantragte Genehmigung nicht erteilt werden kann. Der Antragsteller ist zu hören, ihm ist insbesondere Gelegenheit zu geben, ggf. durch Änderung des Antrags das Vorhaben zu realisieren.

Mit bestandskräftiger Ablehnung des Genehmigungsantrags ist der Antragsteller verpflichtet, die realisierten Maßnahmen zu beseitigen. Erfolgte die Errichtung auf eigenem Gelände, kommt ggf. eine anderweitige Verwendung in Betracht, über die zunächst zu entscheiden ist.<sup>72</sup>

## 8. Ausblick

Wird § 8 a im Sinne des Gesetzgebers ausgelegt, besteht ein großer Anwendungsbereich, wenn nicht den überzogenen und teils willkürlichen Auslegungen gefolgt wird.

---

<sup>67</sup> Storost F 4; VGH Mannheim Rdnr. 16 f.; instruktiv BVerwG B. v. 22.03.2010 Juris

<sup>68</sup> so jedoch Storost F 4; ebensowenig der Umfang der Zulassung, a.A. zur alten Rechtslage BVerwG FN 5 Rdnr.17

<sup>69</sup> offen gelassen VGH Mannheim Rdnr.9 ff.; anders zuvor VG Karlsruhe Rdnr. 24; bejaht für die naturschutzrechtliche Verbandsklage VGH Kassel B. v. 14.02.1989, DÖV 1989, 775, Juris Rdnr. 66 f.

<sup>70</sup> de Witt/Krohn aaO Rdnr. 89 und 128 ff.

<sup>71</sup> Jarass Rdnr. 22

<sup>72</sup> Überzogen Scheuing/Wirths Rdnr. 67

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Immissionsschutz** – Band 2

– Planung, Genehmigung und Betrieb von Anlagen –

Karl J. Thomé-Kozmiensky, Matthias Dombert, Andrea Versteyl,  
Wolfgang Rotard, Markus Appel.

– Neuruppin: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky, 2011

ISBN 978-3-935317-75-7

ISBN 978-3-935317-75-7 TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky

Copyright: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky  
Alle Rechte vorbehalten

Verlag: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky • Neuruppin 2011

Redaktion und Lektorat: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky,

Dr.-Ing. Stephanie Thiel, Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M. Sc., Janin Burbott

Erfassung und Layout: Petra Dittmann, Sandra Peters,

Martina Ringgenberg, Ginette Teske

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe München 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 Funksendung, 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.