

Gemeinde Fuchstal
z.Hd. Herrn Bürgermeister Erwin Karg
Bahnhofstraße 1
86925 Fuchstal

Berlin
Brüssel
Düsseldorf
Frankfurt/Main
Hamburg
Mönchengladbach
München

vorab per Mail an: post@fuchstal.de

Katharina Bader, LL.M.

München, 11.11.2021

Durchwahl: +49 89 242168-45
Telefax: +49 89 242168-61
Assistenz: Verena Zeyß
baka/baka
6577504_5

Unser Zeichen: 317/2018baka
Gemeinde Fuchstal - WP Fuchstal II
Hier: frühzeitige Zulassung der Rodungsarbeiten

Büro München
Josephospitalstraße 15
D-80331 München
Telefon: +49 89 242168-0

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Bürgermeister Karg,

www.kapellmann.de

in Bezug auf das o.g. Windenergievorhaben haben Sie uns um eine ergänzende Darlegung der Begründung des Antrags auf vorzeitigen Baubeginn gem. § 8a BImSchG sowie des Antrags auf waldrechtliche Rodungserlaubnis gem. Art. 9 Abs. 2 S. 1 BayWaldG zur Weitergabe an die Genehmigungsbehörde und das Amt für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten gebeten. Dem kommen wir gerne nach.

Deutsche Bank
BLZ 300 700 10
Konto 311338807
BIC / SWIFT DEUTDEDDXXX
IBAN DE55 3007 0010 0311 3388 07

1 Überblick über den Verfahrensstand

Stadtsparkasse München
BLZ 701 500 00
Konto 1002096616
BIC / SWIFT SSKMDEMM
IBAN DE42 7015 0000 1002 0966 16

Mit Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 28.06.2021 verfolgt die Gemeinde Fuchstal die Errichtung von drei Windenergieanlagen.

Kapellmann und Partner
Rechtsanwälte mbB
Rechtsform: Partnerschaft mbB
Sitz: Mönchengladbach
Registrierung: AG Essen, PR 18
UID: DE120485916

Die Verwirklichung dieses Projekts erfordert sowohl temporäre als auch permanente Rodungen, für die grundsätzlich eine Erlaubnis nach dem Bayerischen Waldgesetz nötig ist. Diese Erlaubnis ist insoweit vom Umfang der Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG umfasst, wie Rodungen auf den Standortflächen und den Kranstellflächen selbst stattfinden. Hierzu ist das Einvernehmen mit der unteren Forstbehörde erforderlich (Art. 39 Abs. 2 Satz 2

BayWaldG). Soweit dabei auch über konkrete Ersatzaufforstungen entschieden wird, ist die waldrechtliche Erstaufforstungserlaubnis hierfür ebenfalls ersetzt.

Soweit Rodungsflächen für Zufahrten und Kabeltrassen anfallen, ist dagegen ein gesondertes waldrechtliches Verfahren erforderlich:

Vgl. Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA) (Windenergie-Erlass – BayWEE) v. 01.09.2016, Ziffer 9.3

Vorliegend unterfällt nach unserem Verständnis gerade die Erlaubnis für die permanenten Rodungen der Konzentrationswirkung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens, während für die temporär vorzunehmenden Rodungen gesondert eine waldrechtliche Erlaubnis einzuholen ist. Eine solche Erlaubnis wurde am 02.07.2021 beantragt.

Im Rahmen der Beteiligung der Fachbehörden an dem Rodungsantragsverfahren wurde zur Debatte gestellt, dass sämtliche Rodungen tatsächlich erst nach Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vorgenommen werden dürfen.

Seitens der Gemeinde wird demgegenüber das Ziel verfolgt, möglichst frühzeitig und bereits vor Erteilung der Genehmigung nach dem BImSchG mit der notwendigen Rodung beginnen zu können, damit umgehend nach Erhalt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit der Errichtung der Windenergieanlagen begonnen werden kann. Dies betrifft sowohl den Teil der Rodungen, der von der Konzentrationswirkung der Genehmigung umfasst ist, wie auch die gesondert zuzulassenden Rodungen.

2 Vorzeitige Zulassung der Rodungsarbeiten

Dieses Ziel kann nach unserer Bewertung in rechtmäßiger Weise über die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns gem. § 8a BImSchG (für den von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erfassten Teil) sowie über die Erteilung einer waldrechtlichen Erlaubnis erreicht werden.

2.1 Vorzeitiger Baubeginn gem. § 8a BImSchG

Gem. § 8a Abs. 1 BImSchG soll die Genehmigungsbehörde in einem Verfahren zur Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung auf Antrag vorläufig zulassen, dass bereits vor Erteilung der Genehmigung mit der Errichtung einschließlich der Maßnahmen, die zur Prüfung der Betriebstüchtigkeit der Anlage erforderlich sind, begonnen wird, wenn

1. mit einer **Entscheidung zugunsten des Antragstellers gerechnet** werden kann,
2. ein **öffentliches Interesse** oder ein **berechtigtes Interesse des Antragstellers** an dem **vorzeitigen Beginn** besteht und
3. der Antragsteller sich verpflichtet, alle bis zur Entscheidung durch die Errichtung der Anlage **verursachten Schäden zu ersetzen** und, wenn das Vorhaben nicht genehmigt wird, den **früheren Zustand wiederherzustellen**.

2.1.1

Zum Begriff der Errichtung zählt als notwendige Vorleistung auch die Rodung der entsprechenden Waldflächen.

2.1.2

Ob mit einer Entscheidung zugunsten des Antragstellers gerechnet werden kann, ist zum Zeitpunkt der Entscheidung über den vorzeitigen Baubeginn zu beurteilen. Wir legen dies hier zugrunde. Eine Beurteilung dürfte spätestens mit Abschluss der Beteiligung der Öffentlichkeit und der Behörden im Genehmigungsverfahren möglich sein.

2.1.3

Vorliegend besteht ein **öffentliches Interesse** an dem vorzeitigen Beginn. Das Vorhaben umfasst die Errichtung von drei Windenergieanlagen. Vor dem Hintergrund der „Energiewende“ und den bundes- und landesweiten Bemühungen zur Erreichung der Klimaschutzziele besteht ein öffentliches Interesse daran, den Ausbau der erneuerbaren Energien schnellstmöglich voranzutreiben. Die Beschleunigung von Genehmigungs- und Bauprozessen für Erneuerbare-Energien-Anlagen wird allenthalben gefordert und findet seinen Niederschlag in verschiedenen Gesetzesnovellen der jüngeren Zeit (vgl. z.B. die Einführung des § 63 BImSchG)

Eine Rodung von Waldflächen ist ausschließlich in den Herbst- und Wintermonaten

möglich. Nachdem mit der Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erst im Frühjahr nächsten Jahres gerechnet werden kann, könnten ohne die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns die Rodungen erst zum Ende nächsten Jahres stattfinden. Der Baubeginn Windenergieanlagen würde somit um fast ein ganzes Jahr verzögert werden.

2.1.4

Es besteht auch ein **berechtigtes Interesse des Antragstellers** an dem vorzeitigen Beginn der Rodungsarbeiten. Denn die geplanten Windenergieanlagen können nur verwirklicht werden, wenn die Anlagen auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten tragfähig sind. Derzeit steigen die Preise für Windenergieanlagen aufgrund der bekannten Entwicklungen auf den Rohstoffmärkten rasant. Nach Ihrer Mitteilung sieht der abgeschlossene Kaufvertrag für die Windenergieanlagen deswegen eine sog. Preisgleitklausel vor. Danach erhöht sich der Anlagenkaufpreis entsprechend mehreren festgelegten Indexreihen des Statistischen Bundesamtes für Preissteigerungen, wenn die Projektfreigabeerklärung des Auftraggebers nach dem 30.06.2022 und die Baustellenübergabe (einschließlich Abschluss des Wegebbaus und sämtlicher Erdarbeiten an den Standorten) an den Anlagenhersteller nach dem 14.11.2021 erfolgt. In diesem Fall erhöht sich der Kaufpreis der Anlagen mit Blick auf die derzeitige Preisentwicklung an den Rohstoffmärkten so stark, dass ein erhebliches Risiko besteht, dass die Anlagen nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden können. Als Folge müsste von der Verwirklichung der Anlagen ganz Abstand genommen werden. Dies würde die Planungsaufwendungen der Gemeinde zu Nichte machen.

Die Baustellenübergabe kann allerdings nur dann fristgerecht erfolgen, wenn bereits im Herbst/Winter 2021, also vor Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, die Rodung der entsprechenden Flächen erfolgt.

2.1.5

Das Vorhaben ist daneben auch Teil eines bundesweit einmaligen Forschungsprojekts zur Verbesserung des Artenschutzes an Windenergieanlagen durch kamerabasierte Systeme zur bedarfsgerechten Betriebsregulierung, welches durch das Bayerische Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz (StMUV) und das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie (StMWi) gefördert wird. Ziel des Forschungsprojekts ist die Erprobung eines kamerabasierten Systems mit einer Abschaltautomatik zum Vogelschutz an Windenergieanlagen neuester Generation und eine Aussage darüber, ob dadurch ausgeschlossen werden kann, dass sich am Standort das

Tötungsrisiko für kollisionsgefährdete Arten signifikant erhöht. Damit soll diese Studie einen Beitrag zum Nachweis leisten, ob und inwiefern eine kamerabasierte Erfassung in Verbindung mit einer automatischen Abschaltung auch in Deutschland eine wirksame Maßnahme zum Artenschutz darstellt. Darüber hinaus soll durch die gewonnenen empirischen Daten der wissenschaftliche Nachweis erbracht werden, ob und inwiefern die Errichtung von Windenergieanlagen das Tötungsrisiko für kollisionsgefährdete Arten signifikant erhöht. Das Projekt trägt damit nachhaltig zur Vereinbarkeit von Klimaschutz und Artenschutz bei. Werden kamerabasierte Systeme von den Behörden zukünftig als technische Vermeidungsmaßnahmen anerkannt, können mehr Standorte zur Erzeugung erneuerbarer Energie genutzt werden.

Das Forschungsprojekt würde scheitern, wenn die Windenergieanlagen aus den o.g. Gründen nicht errichtet werden können. Die vorzeitige Rodung steht deswegen auch unter diesem Gesichtspunkt im besonderen öffentlichen Interesse.

Mithin besteht sowohl ein öffentliches Interesse als auch ein berechtigtes Interesse des Antragsstellers an der Zulassung des vorzeitigen Baubeginns.

2.1.6

Eine entsprechende Verpflichtung, alle bis zur Entscheidung durch die Errichtung der Anlage verursachten Schäden zu ersetzen und, wenn das Vorhaben nicht genehmigt wird, den früheren Zustand wiederherzustellen, setzen wir voraus.

2.2 Waldrechtliche Erlaubnis gem. Art. 9 BayWaldG

Sofern für die Flächen eine eigenständige waldrechtliche Erlaubnis nach Art. 9 Abs. 2 S. 1 BayWaldG erforderlich ist, kann mit der Rodung umgehend nach Erteilung der Erlaubnis begonnen werden und ist damit unabhängig von der Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Gem. Art. 9 Abs. 3 BayWaldG ist die Erlaubnis zu erteilen, sofern sich aus Abs. 4 bis 7 nicht etwas anderes ergibt. Es handelt sich dem Grundsatz nach also um eine **gebundene Entscheidung**. Der Antragsteller hat demnach einen Anspruch auf die Erteilung der Erlaubnis, es sei denn ein in Art. 9 Abs. 4 BayWaldG genannter Versagungsgrund liegt vor oder die Erteilung wandelt sich aufgrund Art. 9 Abs. 5, 6 S. 2 oder Abs. 7 BayWaldG in eine Ermessensentscheidung. Vorliegend ist weder ein Versagungsgrund einschlägig, noch greift Art. 9 Abs. 5, 6 S. 2 oder Abs. 7 BayWaldG,

weshalb es bei einer gebundenen Entscheidung verbleibt.

2.2.1

Die waldrechtliche Erlaubnis ist folglich umfänglich zu erteilen. Insbesondere kann die Erlaubnis nicht durch eine **Nebenbestimmung** mit der Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung verknüpft werden. Im Falle einer gebundenen Entscheidung ist die Erteilung unter Beifügung einer Nebenbestimmung nämlich nur dann zulässig, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Nach § 9 Abs. 2 BWaldG ist zwar zulässig, dass eine Umwandlung von Wald auch für einen bestimmten Zeitraum genehmigt werden kann, sprich die Erlaubnis kann mit einer Befristung versehen werden. Gerade nicht genannt ist hingegen die Möglichkeit die Erlaubnis unter eine Bedingung zu setzen. Es ist mithin nicht zulässig, die Erlaubnis unter eine Bedingung zu stellen, sprich die Erlaubnis kann gerade nicht an die Erteilung der BImSchG-Genehmigung gekoppelt werden.

2.2.2

Darüber hinaus kann eine aufschiebende Bedingung nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass an der waldrechtlichen Erlaubnis ohne die immissionsschutzrechtliche Genehmigung kein Interesse besteht, sprich das Sachbescheidungsinteresse an einer Erlaubnis ohne Bindung an die BImSchG-Genehmigung fehlen würde. Das Sachbescheidungsinteresse an einer Genehmigung/Erlaubnis, welche nur in Zusammenhang mit der Erteilung weiterer Genehmigungen ausgenutzt werden kann, fehlt erst dann, wenn die Erteilung der weiteren Genehmigungen unanfechtbar versagt ist oder diese offensichtlich nicht erreicht werden kann.

Vgl. Busse/Kraus, BayBO, Art. 68 Rn. 153 mwN

Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall, da über die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung noch zu entscheiden ist.

2.3 Zusammenfassung

Vor diesem Hintergrund ist der vorzeitige Baubeginn zuzulassen und die waldrechtliche Erlaubnis zu erteilen.

Für Rückfragen stehen wir gerne jederzeit zur Verfügung.



Katharina Bader, LL.M.
Rechtsanwältin

Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB

Berlin

Anna-Louisa-Karsch-Straße 2
D-10178 Berlin
Telefon: +49 30 399769-0
Telefax: +49 30 399769-91

Prof. Dr. Christian Bönker¹
Prof. Dr. Martin Jung^{1,16}
Dr. Guido Schulz, Notar^{1,11}
Dr. Michael Wolters¹
Prof. Dr. Martin Lailach¹
Dr. Harald Pott¹
Dr. Jan Redmann¹
Dr. Oskar Maria Geitel^{1,8}
Dr. Andreas Papp¹
Dr. Martin Jansen⁸
Dr. Juliane Hoffmann
Andreas Rietzler
Kai Krimlowski
Andreas Berger
Nils Romanautzky, LL.M.
Tobias Freiberg
Carolin Huber
Stephan Ehbets
Christopher Lück
Dr. Victor Vogt

Brüssel

Boulevard Louis Schmidt 26
B-1040 Brüssel
Telefon: +32 2 23411-60
Telefax: +32 2 23411-69

Dr. Axel Kallmayer
Prof. Dr. Robin van der Hout, LL.M.
Dr. Ivo du Mont, LL.M.
Dr. Christian Wagner
Valentine Lemonnier, LL.M.

Düsseldorf

Stadttor 1
D-40219 Düsseldorf
Telefon: +49 211 600500-0
Telefax: +49 211 600500-91

Prof. Dr. Klaus Eschenbruch^{1,2,15}
Prof. Dr. M.-Maximilian Lederer¹
Marino Loy⁴
Prof. Dr. Kai-Uwe Hunger¹
Prof. Dr. Ralf Steding
Dr. Hans-Peter Kulartz¹²
Dr. Walter Scheerbarth⁶
Dr. Harald Brock¹
Dr. Hans-Claudius Scheef¹
Prof. Dr. Antonius Ewers⁶
Dr. Jürgen P. Schlösser, LL.M.
(Tulane University)¹
Dr. Thomas Jelitte
Dr. Hendrik Röwekamp⁸
Dr. Hendrik Schilder³
Dr. Florian Kirchhof
Dr. Martin Wittemeier¹
Dr. Dennis O. Vorsmann
Dr. Stefan Matthies¹
Dr. Sven K. Hannes¹
Dr. Michael Steinhauer, LL.M.
(University of Technology, Sydney)
Dr. Michael Bosse
Dr. Christoph Carstens
Dr. Alexander Fandrey⁸
Dr. Johannes Grüner³
Dr. Christine Janhsen, LL.M. (UCLA)⁶

Dr. Stefanie Selle
Dr. Robert Elixmann¹
Dr. Simona Liauw¹
Dr. Jörg L. Bodden¹
Dr. Lars Menninger
Janina Winz²⁰
Kathrin Gossen
Robert Schneidenbach
Dr. Max Mommertz
Dr. Peter Coenen⁶
Dr. Thomas Bunz⁶
Dr. Christopher Pape, LL.M.
Dr. Patrick Mainka
Dr. Henrik Kühl
Dr. Sarah Baudis
Dr. Daniel Weidemann
Jonas Weise
Dr. Laura Kubach, LL.M.
Dr. André Buzari, LL.M.⁴
Sultan Bostan
Dr. Marcel Krengel²¹
Inga Maaske
Jonathan Pott
Dr. Sebastian Zeyns

Frankfurt / Main

Ulmenstraße 37 - 39
D-60325 Frankfurt / Main
Telefon: +49 69 719133-0
Telefax: +49 69 719133-91

Prof. Dr. Martin Havers
Prof. Dr. Markus Planker
Dr. Kerstin Müller^{1,14,16}
Prof. Dr. Stefan Pützenbacher, Notar³
Prof. Dr. Christian Lührmann¹
Dr. Michael Schlemmer, LL.M.
Dr. Thorsten Schlier, LL.M.¹
Dr. Marc Opitz⁸
Dr. Julian Linz¹
Dr. Maximilian Jordan¹
Philipp Sievers
Sinah Mosbach
Oliver Havers
Anna Ruth Leo¹⁴
Elisa Galir
Fabian Ranitzsch

Hamburg

Am Sandtorkai 50
D-20457 Hamburg
Telefon: +49 40 3009160-0
Telefax: +49 40 3009160-61

Dr. Claus von Rintelen^{1,10}
Dr. Peter Leicht¹
Dr. Mathias Finke¹
Dr. Sebastian Mellwig¹
Hauke Schüler⁸
Dr. Nikolas Brunstamp¹
Dr. Stefan Bruinier¹
Dr. David Mattern, LL.M.
(Stellenbosch University)¹
Anne Baureis¹
Michael Koblizek
Stefan Latosik¹⁹
Frederik Ulbrich
Mario Ludäscher
Ntïlek Sachin Amet
Louisa Krümpelmann

Mönchengladbach

Viersener Straße 16
D-41061 Mönchengladbach
Telefon: +49 2161 811-8
Telefax: +49 2161 811-777

Prof. Dr. Klaus D. Kapellmann¹
Prof. Dr. Werner Langen¹
Dr. Ewald Hansen
Dr. Alexander Kus^{1,8}
Dr. Reinhard Lethert¹
Dr. Stefan Kaiser¹
Dr. Thomas Spiritus
Jochen Piefenbrink^{2,13}
Prof. Dr. Heiko Fuchs¹
Dr. Frank Verfürth^{2,5,8,13}
Dr. Anja Birkenkämper¹
Dr. Tom Giesen⁴
Prof. Dr. Günter Krings, LL.M.
(Temple University)^{*}
Dr. Andreas Berger¹
Dr. Gerolf Sonntag¹
Dr. Axel Kallmayer
Dr. Thomas Rütten¹
Dr. Gregor Schiffers, LL.M.
(University of Pennsylvania)
Dr. Ivo du Mont, LL.M.
Dr. Vivien Veit¹⁷
Dr. Martin Stelzner¹
Dr. Malte Schulz¹
Dr. Julia Wiemer, LL.M.
Dr. Johannes Langen¹
Dr. Sebastian Konrads, LL.M.
Dr. Julia Lange, LL.M.
(University of Virginia)¹⁸
Dr. Florian Dressel¹
Dr. Caroline Siegel, LL.M.⁴
Dr. Sven Marco Hartwig¹
Dr. Kai Peters
Dr. Marvin Schippers
Bianca Strobel
Dr. Heider Thomas
Sadderick Thiele
Prof. Dr. Kay H. Schumann
Dr. Felix Bleckmann
Kira-Therese Teigeler

München

Josephspitalstraße 15
D-80331 München
Telefon: +49 89 242168-0
Telefax: +49 89 242168-61

Prof. Dr. Jochen Markus¹
Dr. Alexander Haibt⁴
Dr. Susanne Kapellmann¹
Dr. Marcus Hödl^{1,8}
Dr. Tobias Schneider¹
Dr. Bernd Wust, LL.M.
(Columbia University)^{1,3}
Dr. Adam Polkowski
Julia Herdy
Christiane Prüll
Dr. Jan Lundberg
Katrin Prechtel
Ervis Caja
Monika Pieczonka
Katharina Bader, LL.M.
Lisa Müller
Dr. Philip Egle

Fachanwälte (1–10) für

- 1 Bau- und Architektenrecht
- 2 Steuerrecht
- 3 Verwaltungsrecht
- 4 Arbeitsrecht
- 5 Erbrecht
- 6 Handels- und Gesellschaftsrecht
- 7 Strafrecht
- 8 Vergaberecht
- 9 Miet- und Wohnungs-Eigentumsrecht
- 10 Versicherungsrecht
- 11 Licéncié spécial en droit européen (Brüssel)
- 12 Mag. rer. publ.
- 13 Dipl.-Finanzwirt
- 14 Dipl.-Verwaltungswirtin
- 15 Vereidigter Buchprüfer (außerhalb der Partnerschaft)
- 16 Wirtschaftsmediator / in
- 17 Certified Investigation Expert (CIE)
- 18 Healthcare Compliance Officer (HCO)
- 19 Bauingenieur
- 20 Certified Information Privacy Professional Europe (CIPP/E)
- 21 Steuerberater

* Anwaltszulassung und Tätigkeit für die Sozietät ruhen während der Tätigkeit als Parlamentarischer Staatssekretär