



Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder)
5. Kammer
Logenstraße 13
15230 Frankfurt (Oder)

Über den elektronischen Rechtsverkehr (beA)

EILT! BITTE SOFORT VORLEGEN!

Antrag auf Zwischenverfügung, Rodung ist in vollem Gange!

7. Dezember 2020

Mein Zeichen: TD19-005

In der Verwaltungsstreitsache

**NABU Brandenburg e. V. und Grüne Liga Brandenburg e. V. ./ Land Brandenburg
– 5 L 602/20 –**

begründe ich die bereits vorgelegten Anträge wie folgt:

Begründung

I. Zum Sachverhalt

Der Antragsgegner erteilte dem Beizuladenden mit dem bereits als Anlage ASt 1 übersandten Bescheid vom 30. November 2020 zum Aktenzeichen LFU-T13-3841/696+12#329133/2020 auf Grundlage von § 8a BImSchG die Zulassung des vorzeitigen Beginns zur Rodung einer Fläche von insgesamt 82,8 ha Wald samt Stubbenrodung auf den Flurstücken 19, 20, 22, 24, 37, 38, 315, 317, 319, 322, 329, 339, 415, 419, 421, 423, 427, 429, 431, 433, 435 und 562 der Flur 9 der Gemarkung Grünheide in der Gemeinde Grünheide (Mark).

Der Umfang der zugelassenen Waldrodung der „Phasen 1b und c“ ist aus der als

– Anlage ASt 2 –

beigefügten Karte ersichtlich, die Teil der der Entscheidung zugrundeliegenden Antragsunterlagen ist. Die betroffenen Flächen sind hier in den Farben rosa („Phase 1b“) und grün („Phase 1c“) dargestellt. Die rot dargestellten Flächen wurden bereits auf Grundlage der Zulassung des vorzeitigen Beginns des Antragsgegners vom 13. Februar 2020 gerodet.

Der angegriffene Bescheid ordnet unter Ziffer 3 die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO an.

Die in der Nebenbestimmung 4.1 verweist für die (unter Beachtung der in den folgenden Nebenbestimmungen enthaltenden Modifizierungen) umzusetzenden Vermeidungs-, CEF- und FCS-Maßnahmen auf den als

– Anlagen ASt 3 –

beigefügten Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag zur 1. Änderung des Bebauungsplanes Nr. 13 „Freienbrink-Nord“ (Stand: 31.08.2020).

Mit dem als

– Anlagen ASt 4 –

beigefügten Schreiben vom 29. Oktober 2020 nahm der Antragsteller zu 1 zum Antrag auf Erlass der streitgegenständlichen Zulassung Stellung. Mit der als

– Anlage ASt 5 –

beigefügten E-Mail vom 17. November 2020 erklärte der Unterzeichner für den Antragsteller zu 2, dass dieser sich der Stellungnahme anschließe.

Mit dem als

– Anlage ASt 6 –

beigefügten Schreiben vom 19. November 2020 ergänzten beide Antragsteller ihre Stellungnahme.

Schließlich erhoben die Antragsteller mit dem als

– Anlage ASt 7 –

beigefügten Schreiben vom 1. Dezember 2020 Widerspruch gegen die streitgegenständliche Zulassung des vorzeitigen Beginns.

II. Zur Erforderlichkeit einer Zwischenverfügung

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung liegen vor. Der Antrag ist offensichtlich zulässig (dazu sogleich unter III) und bei weiterem Fortschritt der Rodungsmaßnahmen droht die irreversible Tötung streng geschützter Tierarten.

Die Beizuladende hat vor Ort bereits mit den Rodungsmaßnahmen begonnen. Wie dem als

– Anlage ASt 8 –

beigefügten Schreiben des Antragsgegners vom 1. Dezember 2020 zu entnehmen ist, zeigte die Beizuladende den Beginn der Rodungsarbeiten entsprechend der Nebenbestimmung 5.6 des angegriffenen Bescheids bereits mit E-Mail vom 30. November 2020 an.

Die durch die Rodungsmaßnahmen bedrohten Arten, namentlich Zauneidechse (*Lacerta agilis*) und Schlingnatter (*Coronella austriaca*), beides streng geschützte und in Anhang IV der FFH-Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Arten, befinden sich derzeit in Winterruhe. Dazu halten sich die Tiere in unterirdischen Hohlräumen, wie etwa Mäusegängen und im Wurzelwerk von Bäumen auf. Beide Formen der Überwinterungsquartiere werden durch das Überfahren mit schweren Maschinen wie den vor Ort zur Rodung eingesetzten „Harvestern“ bzw. durch die Rodung der Stubben zerstört, so dass dort befindliche Tiere unweigerlich getötet werden.

Zur Verhinderung einer irreversiblen Schädigung dieser Tiere und der damit verbundenen faktischen Entwertung des effektiven Eilrechtsschutzes der Antragsteller ist eine Zwischenverfügung angezeigt, um dem Gericht vor der Schaffung von Tatsachen jedenfalls eine Entscheidung im Wege des Eilverfahrens zu ermöglichen.

Nähere Ausführungen dazu, warum auf den Rodungsflächen noch Zauneidechsen und Schlingnattern in Winterruhequartieren vorhanden sind, finden sich sogleich unter IV.1).

III. Zur Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig. Er ist als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gem. §§ 80a Abs. 3 Satz 2, 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO zunächst statthaft. Der Antragsgegner hat bereits mit Erlass des angegriffenen Bescheids dessen sofortige Vollziehung angeordnet, so dass dem Rechtsbehelf der Antragsteller gem. §§ 80a Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Die Antragsteller sind darüber hinaus auch antragsbefugt. Sie sind beide gem. § 3 UmwRG anerkannte Umweltvereinigungen; ihre Antragsbefugnis ergibt sich aus § 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG, weil die Entscheidung eine sonstige behördliche Entscheidung über die Zulässigkeit eines UVP-pflichtigen Vorhabens im Sinne von § 2 Abs. 6 Nr. 1 UVPG darstellt (vgl. Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20. Februar 2020 – OVG 11 S 8/20 –, Rn. 8, juris).

Auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 2 UmwRG für Rechtsbehelfe von Vereinigungen liegen vor. Insbesondere sind die Antragsteller durch die angegriffene Zulassung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UmwRG in ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich der Förderung der Ziele des Umweltschutzes berührt.

Der Antragsteller zu 1 verfolgt gem. § 2 Abs. 1 seiner unter

<https://brandenburg.nabu.de/wir-ueber-uns/transparenz/index.html>

verfügbaren Satzung unter anderem die folgenden Aufgaben:

- a) das Erhalten, Verbessern und Schaffen von Lebensgrundlagen für eine artenreiche Tier- und Pflanzenwelt,
- b) Schutz- und Hilfsmaßnahmen für gefährdete Arten, [...]
- f) das Einwirken auf Gesetzgebung und Verwaltungen gemäß den genannten Aufgaben sowie das Eintreten für den Vollzug der einschlägigen Rechtsvorschriften.

Der vom Antragsteller zu 2 zu 2 verfolgte Zweck ist gem. § 2 Abs. 1 seiner unter

<https://www.grueneliga-brandenburg.de/index.php?cat=13&pageID=9&page=2#p18>

verfügbaren Satzung wie folgt beschrieben:

„Zweck der Vereinigung ist die vorrangige Förderung des Natur- und Umweltschutzes und die weitgehende aktive, gestalterische Beteiligung an der Ökologisierung der Gesellschaft (nachstehend, zusammengenommen kurz ‚Ökologie‘ genannt; wobei Ökologie in einem umfassenden Sinne verstanden wird und auch ethische, humane, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Aspekte umfaßt), um die Lebensbedingungen von Menschen und Natur zu verbessern.“

Eines seiner in § 2 Abs. 3 der genannten Satzung aufgeführten „wesentlichen Anliegen“ ist die

- a) aktive Betreuung von schutzwürdigen Natur- und Landschaftsflächen und -objekten sowie Mitwirkung bei Maßnahmen im Umweltschutz.

Der o. g. Vereinszweck des Antragstellers zu 2 soll dabei gem. § 2 Abs. 4 der Satzung u. a. durch die

- a) Wahrnehmung der Aufgaben nach § 60 BNatSchG [alte Fassung BNatSchG 2002; jetzt § 63 Abs. 2 BNatSchG].

Diese Aufgaben werden von dem angegriffenen Bescheid berührt.

IV. Zur Begründetheit

Der Antrag ist auch begründet. Das Aussetzungsinteresse des Antragstellers überwiegt das Vollzugsinteresse der Beizuladenden, weil die angegriffene Zulassung des vorzeitigen Beginns rechtswidrig ist.

Die angegriffene Entscheidung ist materiell rechtswidrig. Sie lässt entgegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG die Tötung streng geschützter Arten zu, die in Anhang IV der FFH-Richtlinie aufgeführt sind, ohne dafür eine erforderliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zu erteilen (dazu 1). Darüber hinaus lässt die Entscheidung Rodungsmaßnahmen für Tätigkeiten zu, die nicht Gegenstand des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens sind (dazu 2). Weiterhin führt die Zulassung zu einer unzulässigen faktischen Bindung der Genehmigungsbehörde und fehlt es an der Wiederherstellbarkeit des früheren Zustands (dazu 3). Schließlich ist wegen fehlender verkehrlicher Er-

schließung keine positive Genehmigungsprognose möglich (dazu 4) und fehlt es an der Glaubhaftmachung der Erforderlichkeit der Fällung zum jetzigen Zeitpunkt (dazu 5).

1. Verstoß gegen artenschutzrechtliche Zugriffsverbote (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG)

Die Zulassung des vorzeitigen Beginns ist rechtswidrig, weil sie entgegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG die Tötung streng geschützter Arten zulässt, ohne dafür eine erforderliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zu erteilen.

Die Begründung der angegriffenen Entscheidung geht unter Punkt 2.2.4 „Naturschutz“ davon aus, dass mit der Umsetzung der Maßnahmen V1a, V1b und V2 unter Beachtung der Forderung in der Nebenbestimmung IV. 4.2 entsprechend dem Bebauungsplanverfahren die gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verbotene Tötung der gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. b streng geschützten Tierarten Zauneidechse und Schlingnatter durch die Rodungsarbeiten vermieden wird. Dabei geht der Bescheid ersichtlich davon aus, dass die hier genannten Vermeidungsmaßnahmen – insbesondere V 2, also die Umsiedlung der Tiere – noch in diesem Jahr umgesetzt werden können bzw. konnten. Nicht umsonst schreibt er in der Nebenbestimmung 4.9 vor, dass „[d]ie Flächen der Phase 1B und 1C [...] bis Ende März vollständig zu beräumen“ sind. Der Antragsgegner geht also selbst davon aus, dass die Rodungsmaßnahmen jedenfalls bis März 2021 abgeschlossen sind.

Aus naturschutzfachlicher Sicht ist es aufgrund der Ökologie der Tiere allerdings völlig ausgeschlossen, diese innerhalb des für die Umsetzung der Tiere genutzten Zeitfensters im August und September 2020 vollständig umzusiedeln und damit den Verbleib einer relevanten Anzahl von Tieren und ihre Tötung auszuschließen. Insbesondere ausgewachsene männliche Zauneidechsen ziehen sich bereits im Juli und August in ihre Winterquartiere zurück; auch Schlingnattern suchen bereits im September ihre Winterquartiere auf.

Laut Maßnahme V2 soll der Abfang jeweils mit mindestens zwei Personen erfolgen und ist solange weiterzuführen, bis die Fangzahlen gegen Null gehen. Allerdings gehen im vorliegenden Fall die Fangzahlen lediglich an drei aufeinanderfolgenden Tagen bei suboptimalem Wetter und außerhalb der jahreszeitlichen Aktivitätsphase gegen Null. Wie sich aus dem als

– Anlage ASt 9 –

beigefügten Fangprotokoll ergibt, wurden die Abfangmaßnahmen eingestellt, nachdem am 28. September („18°, Sonne, kaum Wind“), am 1. Oktober („16°, bewölkt, zunächst neblig, später aufklärend, kaum Wind“) und am 2. Oktober 2020 („16°, bewölkt, zunächst neblig, später aufklärend, kaum Wind“) keine Zauneidechsen oder Schlingnattern mehr gefangen werden konnten.

Dieses Kriterium wurde vom Antragsgegner ausweislich der als

– Anlage ASt 10 –

beigefügten E-Mail vom 1. Dezember 2020 akzeptiert. Dort heißt es wörtlich:

„3 Tage keine Beobachtung einer Zauneidechse oder Schlingnatter stellt das Abruchkriterium [sic!] für die Abfangmaßnahme dar.“

Wie in der als

– Anlage ASt 11 –

beigefügten fachlichen Stellungnahme der bundesweit anerkannten Zauneidechsen-Expertin Frau Diplom-Biologin Ina Blanke vom 4. Dezember 2020, die ausgeführt ist, kann jedoch selbst bei optimalem Fanggeschehen über die gesamte Aktivitätszeit hinweg – beginnend mit Fängen spätestens im April – nicht gewährleistet werden, dass alle Tiere von der Fläche gefangen werden. Sie kommt zu dem Schluss, dass wegen der unvermeidlichen Tötung verbliebener Tiere deswegen zwingend eine Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG notwendig ist. Zur gleichen Einschätzung gelangte das Bundesverwaltungsgericht in seiner „Freiberg-Entscheidung“ aus dem Jahr 2011:

„Die geplante Baufeldfreimachung erfüllt den Tötungstatbestand trotz der CEF-Maßnahme 14, die eine Umsiedlung von Zauneidechsen aus dem geplanten Baufeld in Ausgleichshabitate vorsieht, und der durch Planergänzung in der mündlichen Verhandlung für diese Habitate angeordneten Hälterungsmaßnahmen. [...] Die Beurteilung, die CEF-Maßnahme 14 stelle sicher, dass die Baufeldräumung nicht den Tötungstatbestand verwirkliche, ist zu beanstanden. Die Zauneidechsen sollen auf Flächen von insgesamt mehreren Hektar ergriffen werden. Selbst wenn die Fangaktionen in den frühen Morgenstunden durchgeführt werden, in denen die Eidechsen wegen niedriger Temperaturen noch nicht über ihre volle Reaktionsfähigkeit und Beweglichkeit verfügen, erscheint es ausgeschlossen, der Tiere auf einer Gesamtfläche dieser Größenordnung mit habitattypischen Versteckmöglichkeiten in Gestrüpp, Erdlöchern usw. auch nur annähernd vollständig habhaft zu werden. [...] Verbleibt demnach ein nicht ganz geringer Teil der Zauneidechsen auf dem vorgesehenen Baufeld, so lässt das den Schluss zu, dass zumindest einzelne Tiere im Zuge der während der Wintermonate durchzuführenden Baufeldfreimachung durch den Einsatz schweren Geräts in Erdspalten usw. erdrückt werden.“ (BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 – 9 A 12/10 –, BVerwGE 140, 149-178, Rn. 126 - 127)

Erst Recht kann also hier – offensichtlich nicht fachgerechter Abfang über einen zu kurzen Zeitraum außerhalb der Haupt-Aktivitätszeiten bei ansonsten vergleichbaren Umständen – nicht davon ausgegangen werden, dass auf den Rodungsflächen keine Tiere verblieben sind und sich in ihre Überwinterungsquartiere zurückgezogen haben.

Frau Blanke hält dazu in ihrer o.g. und als Anlage ASt 11 beigefügten Stellungnahme unter anderem fest:

„Bei Tesla begann der Fang dagegen erst, als ältere Tiere bereits im Winterquartier waren. Schon deshalb ist es offensichtlich, dass signifikante Teile der Population im Bau-feld verblieben sind. Mit heutigem Wissen muss man sogar davon ausgehen, dass fast die gesamte Population vor Ort verblieb.“

Für die Schlingnatter wird die Eignung der Umsiedlung zur Vermeidung des Tötungsverbots wegen der geringen Erfolgswahrscheinlichkeit des Abfangs schließlich gänzlich in Frage gestellt. In der von Frau Blanke zitierten Veröffentlichung von Runge (Runge, H., Simon, M., Widdig, T. (2010): Rahmenbedingungen für die Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes bei Infrastrukturvorhaben. FuE-Vorhaben im Rahmen des Umweltforschungsplanes des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz – FKZ 3507 82 080.) heißt es dazu:

4.i Eignung als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme

Aufgrund der mittleren Entwicklungsdauer und der geringen Erfolgswahrscheinlichkeit wird der Maßnahme keine Eignung als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme zugesprochen (vgl. Bewertungsrahmen Tab. 5).

Trotz der fehlenden Eignung als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme ist die Umsiedlung wesentlicher Teile des Bestandes vielfach als Maßnahme zur Minimierung der Tötung oder Verletzung von Schlingnattern in den vom Eingriff betroffenen Lebensstätten notwendig.

Eignung: Keine

Für die weiteren Einzelheiten wird auf die genannten Stellungnahme verwiesen, die vollumfänglich zum Gegenstand der Antragsbegründung gemacht wird und auf die sich auch zur Glaubhaftmachung des Vorkommens von Zauneidechsen und Schlingnattern auf den Rodungsflächen bezogen wird.

Darüber hinaus sind auch die weiteren genannten Vermeidungsmaßnahmen ungeeignet, um sicherzustellen, dass sich auf den Rodungsflächen keine Zauneidechsen oder Schlingnattern mehr befinden. Laut Maßnahme V1a soll vor dem Abfang und vor Baubeginn ein schlangensicherer Reptilienschutzzaun (Folienzaun, Standhöhe 0,8 m) um die jeweilige Abfangfläche und entlang der geeigneten Habitate am südlichen, westlichen und nördlichen Rand des Vorhabensgebiets gestellt werden, um ein Einwandern in die entsprechende Vorhabensfläche, d. h. in die Baufelder zu verhindern (Artenschutzrechtlicher Fachbeitrag zur ersten Änderung des Bebauungsplanes „Freienbrink Nord“ Nr. 13, Seite 42). Hierbei fehlt eine Abgrenzung auch des Gleisbetts der Betriebsbahn, das östlich des Vorhabensgebietes verläuft – obwohl hier ausweislich der Bescheidbegründung besonders viele Schlingnattern aufgefunden wurden. Tatsächlich befinden sich hier auch keine Reptilienschutzzäune, wie die Antragsteller durch das Vorlegen einer Fotodokumentation auch glaubhaft machen können, wenn das Gericht dies wünschen sollte.

Schließelich wurden mögliche Vorkommen von Amphibien völlig außer Acht gelassen, obwohl es einen im Bericht zur Umweltverträglichkeitsprüfung erwähnten Folienteich gibt, der beispielsweise für Kreuzkröten als Laichgewässer in Frage kommt. Auch dieser Bereich hätte zumindest intensiver untersucht und ggf. ausgezäunt werden müssen, um nach dem Abbläichen ein Einwandern der Tiere auf die Rodungsfläche zu verhindern.

Damit kommt es bei den Rodungsmaßnahmen, insbesondere durch den Einsatz schwerer Technik und durch die Stubbenrodung zur Tötung eines erheblichen Anteils der im Vorhabengebiet vorhandenen Reptilien, insbesondere der streng geschützten Anhang-IV-Arten Zauneidechse und Schlingnatter.

Eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG wurde im vorliegenden Fall nicht erteilt; sie wäre – vorbehaltlich ihrer materiellen Zulässigkeit – derzeit schon aus formellen Gründen nicht rechtmäßig erteilbar, weil gem. § 36 BbgNatSchAG zuvor die anerkannten Naturschutzvereinigungen Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einsicht in die einschlägigen Sachverständigengutachten zu geben wäre.

Um es etwas plastischer zu formulieren: Die von der Beizuladenden – und offenbar auch vom Antragsgegner – gewünschte „Beschleunigung des Vorhabens um jeden Preis“ ist nicht dadurch zu erreichen, dass die dort vorhandenen streng geschützten Tiere im Wege einer alibihaft anmutenden Abfangaktion quasi „wegdefiniert“ werden. Für einen solchen Fall sieht das nationale Naturschutzrecht und nicht zuletzt auch die FFH-Richtlinie vielmehr den Weg über die – nur unter strengen Voraussetzungen zulässige – Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG vor. Wenn eine Beschleunigung jenseits der von der Natur gesetzten Grenzen einer Vermeidungsmaßnahme erreicht werden soll, dann muss auch der rechtlich dafür vorgesehene Weg beschritten werden. Was dagegen nicht angeht, ist im Bescheidweg die Grenzen des tatsächlich naturschutzfachlich Möglichen verschieben zu wollen.

2. Bau der Abwasserdruckleitung kein Gegenstand des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens

Die Beizuladende begründet ihren Antrag für die Rodungsmaßnahmen im westlichen Teil des Rodungsgebiets, die zur „Phase 1c“ gehören, mit der „Errichtung einer Abwasserdruckleitung für die abwassertechnische Erschließung“.

Die Errichtung dieser Abwasserdruckleitung ist nicht Gegenstand des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Sie ist noch nicht einmal ein Vorhaben der Beizuladenden. Vielmehr handelt es sich um ein abwasserrechtliches Erschließungsvorhaben des zuständigen Abwasserzweckverbands, hier des Wasserverbands Strausberg-Erkner (WSE). Die beantragte Rodungsmaßnahme dient insoweit folglich der Umsetzung eines Vorhabens, das nicht Gegenstand des immissionsschutzrechtli-

chen Genehmigungsverfahren ist, in dessen Zuge die angegriffene Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 8a BImSchG erteilt wurde. Wie der Antragsgegner in der Begründung des angegriffenen Bescheids richtig wiedergibt, kann sich „[d]ie Zulassung des vorzeitigen Beginns [...] auf Grund der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG auf alle Vorhabenbestandteile beziehen, die Gegenstand des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens sind.“ Darauf ist die Zulassung des vorzeitigen Beginns aber auch beschränkt. Die Rodung für die Verwirklichung eines Erschließungsvorhabens eines Dritten gehört nicht dazu; die entsprechende Waldumwandlungsgenehmigung ist vielmehr im Zulassungsverfahren für die Erschließungsmaßnahme zu beantragen, nicht aber im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass die Maßnahme erdabwassertechnischen Erschließung des Vorhabens dient, das Gegenstand des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens ist. Denn die Sicherstellung der Erschließung ist nicht Gegenstand des Genehmigungsverfahrens, sondern vielmehr Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens. Jedenfalls insoweit Rodungsmaßnahmen zugelassen werden, die der Verlegung einer Abwasserdruckleitung für die abwassertechnische Erschließung dienen sollen, ist die Zulassung des vorzeitigen Beginns schon wegen der Wahl der falschen Rechtsgrundlage rechtswidrig.

3. Unzulässige faktische Bindung der Genehmigungsentscheidung / fehlende Wiederherstellbarkeit des früheren Zustands

Die verfahrensgegenständliche Zulassung des vorzeitigen Beginns von Maßnahmen ist von § 8a BImSchG nicht mehr gedeckt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine solche Zulassung nur in Grenzen erfolgen darf, damit die endgültige Entscheidung im Genehmigungsverfahren nicht in unzulässiger Weise faktisch präjudiziert wird (dazu a). Diese Grenzen sind hier erstens deshalb überschritten, weil mit der gegenständlichen Rodung in einem quantitativ und qualitativ nicht mehr vertretbaren Ausmaß zugelassen wird, dass im Fall der Genehmigungsversagung ein ökologisch gleichwertiger Zustand nicht kurzfristig wiederhergestellt werden kann (dazu b). Zweitens entsteht aus dem Umfang der finanziellen Belastungen, die die Beizuladende bei einer Versagung der Genehmigung für die Wiederherstellung und wegen frustrierter Investitionen treffen würden, ein nicht mehr hinzunehmender Druck auf den Antragsgegner die Genehmigung zu erteilen (dazu c).

a) Begrenzte Reichweite der Möglichkeit einer Zulassung des vorzeitigen Beginns

In der Rechtsprechung ist geklärt, dass die inhaltliche Reichweite einer vorläufigen Zulassung Grenzen unterliegt (grundlegend BVerwG NVwZ 1991, 994; aus neuerer Zeit zu § 8a BImSchG OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.8.2016 – 2 M 43/16 = NVwZ-RR 2017, 23, Rn. 15 sowie im vorangegan-

genen Eilverfahren OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.02.2020 – OVG 11 S 8/20 = ZUR 2020, 368, Rn. 15; aus der Literatur *Jarass*, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 8a Rn. 6; *Enders* in BeckOK-BImSchG, 56. Edition 01.10.2020, § 8a Rn. 8).

Nach der grundlegenden Entscheidung des BVerwG können unter dem „Beginn“ der Ausführung

„nur solche Maßnahmen verstanden werden, die sich wieder rückgängig machen lassen und bei denen das Risiko der Rückabwicklung den weiteren Entscheidungsprozeß nicht unangemessen belastet. Dabei ist neben der technischen Möglichkeit der Rückgängigmachung vor allem zu berücksichtigen, in welchem Maße getätigte Investitionen entwertet würden“ (BVerwG NVwZ 1991, 994 [995]).

Das BVerwG stützt diese Einschränkung zunächst auf den Wortlaut „Beginn“. Dass die damals streitgegenständlichen Normen des § 7a AbfG und des § 9a WHG, die mit der Regelung des § 8a BImSchG korrespondieren, nicht die Ausführung des Vorhabens als solches, sondern nur deren Beginn regeln, legt nahe, dass „bei einem komplexen, zahlreichen Ausführungsschritte umfassenden Vorhaben nur dessen ‚Anfangsphase‘ Gegenstand der vorzeitigen Zulassung sein kann“ (BVerwG a.a.O., 996). In diesem Sinne regelt auch § 8a BImSchG lediglich, dass die Behörde zulassen kann, dass bereits vor Genehmigungserteilung mit der Errichtung „begonnen“ werden kann.

Das Wortlautargument wird durch die Gesetzessystematik bestätigt. Die gesetzlich geregelten Genehmigungsverfahren dürfen nicht durch eine vorzeitige Zulassung, die vollendete Tatsachen schafft, umgangen werden. Eine solche Umgehung ist „umso eher zu befürchten, je weiter das Vorhaben schon vor der endgültigen Entscheidung über die Zulassung verwirklicht werden dürfte“ (BVerwG a.a.O., 996). Der nur vorläufige Charakter zeigt sich an der Wiederherstellungspflicht bei endgültigem Fehlschlagen des Plans, wie sie auch in § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG geregelt ist. Hierin unterscheidet sich die vorzeitige Zulassung nach § 8a BImSchG gerade von der Teilgenehmigung für einzelne Anlagenteile nach § 8 BImSchG und dem Vorbescheid für einzelne Genehmigungsvoraussetzungen nach § 9 BImSchG.

Schließlich steht eine solche Beschränkung auch im Einklang mit dem Gesetzeszweck. Regelungen wie § 8a BImSchG, die einen vorzeitigen Beginn zulassen, tragen dem Beschleunigungsinteresse der Vorhabenträger Rechnung, sind aber andererseits „von dem objektiven Zweck geprägt, die endgültig zu treffende Entscheidung von jeglicher Bindung rechtlicher, aber auch tatsächlicher Art soweit wie möglich freizuhalten“ (BVerwG a.a.O., 996). Das Umweltschutzniveau nach dem jeweiligen Fachrecht soll durch das Instrument gerade nicht abgesenkt oder aufgeweicht werden. Der Gesetzgeber hat keine Verfahrensbeschleunigung um jeden Preis vorgesehen.

Während eine vorzeitige Zulassung die Behörde bei der endgültigen Entscheidung über die Genehmigung nicht rechtlich bindet, da sie kein schutzwürdiges Vertrauen des Vorhabenträgers auslöst, be-

steht die reale Gefahr, dass sie die endgültige Entscheidung faktisch irreversibel präjudiziert. Wenn das Instrument der vorzeitigen Zulassung nicht zu einer Umgehung des Genehmigungsverfahrens führen darf, muss die Entscheidung über die vorzeitige Zulassung diese Gefahr so weit wie möglich vermeiden.

Von zentraler Bedeutung ist die Wiederherstellungspflicht im Fall des endgültigen Scheitern des Plans. Gerade sie ermöglicht es, dass die Beschleunigung des Vorhabens durch die Zulassung eines vorzeitigen Beginns allein auf Risiko des Vorhabenträgers erfolgt und keine vollendeten Tatsachen schafft. Die vorzeitige Zulassung ist daher „auf solche Maßnahmen zu beschränken, deren Rückgängigmachung technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist.“ (BVerwG a.a.O., 996).

b) Präjudizierung der Genehmigungsentscheidung durch vorzeitige Zulassung irreversibler ökologische Verluste in quantitativ und qualitativ übermäßigem Umfang

Wenn die Rechtsprechung fordert, dass die Rückgängigmachung „technisch möglich“ sein muss, ist damit das Problem irreversibler ökologischer Verluste angesprochen. Ziel der Wiederherstellung im Fall des Scheitern des Projekts nach § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG ist es, einen ökologisch gleichwertigen Zustand wie vor der vorläufigen Maßnahme zu schaffen. Da sich ein bestimmter Zustand der Umwelt nie physikalisch exakt reproduzieren lässt, kann ökologische Reversibilität als normatives Kriterium nur bedeuten, dass gleichwertige ökologische Funktionen wiederhergestellt werden können (vgl. *Hobnerlein*, Recht und demokratische Reversibilität, 2020, S. 51; in diesem Sinne bereits *Scheier* NVwZ 1993, 529 [531]). Das Ziel der Verpflichtung zur Wiederherstellung nach § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG kann nur erreicht werden, wenn die dem Vorhabenträger für den Fall des Scheiterns aufzuerlegenden Maßnahmen geeignet sind, die von den vorläufig zugelassenen Maßnahmen beeinträchtigten ökologischen Funktionen wiederherzustellen. Dabei muss die Wiederherstellung in verhältnismäßig kurzfristiger Zeit erfolgen können (*Berg* NuR 2020, 729 [732]). Kann ein Zustand erst nach Jahrzehnten oder Jahrhunderten wiederhergestellt werden, hat die Entscheidung für einen erheblichen Zeitraum irreversible Folgen.

Die verfahrensgegenständliche vorzeitige Zulassung betrifft die Rodung von 82,8 ha Wald. Diese Fläche kann zwar im Fall der Versagung der Genehmigung wiederaufgeforstet werden. Das ändert aber nichts daran, dass die ökologischen Funktionen des derzeit dort befindlichen Waldes jedenfalls für mehrere Jahrzehnte verloren werden. Junge Forstkulturen können, wie auch der Antragsgegner auf S. 28 des Bescheids anerkennt, nicht dieselben (ökologischen) Funktionen erfüllen wie ältere Wälder, so dass die vorläufige Zulassung der Rodung älterer Wälder, wie sie auch hier in Rede steht, auf absehbare Zeit irreversible ökologische Folgen hat (*Berg* in NuR 2020, 729).

Soweit akzeptiert wird, dass die Entscheidung über die vorzeitige Zulassung nach § 8a BImSchG auf absehbare Zeit ökologisch irreversible Folgen auslöst, verliert das Genehmigungsverfahren an Bedeutung. Gerade die umfassende Prüfung in diesem Verfahren, ob das Vorhaben auf der Grundlage des verfügbaren Wissens mit den rechtlichen Anforderungen vereinbar ist, ermöglicht es, mit der Problematik irreversibler ökologischer Folgen angemessen umzugehen. Diese Verfahrensweise ist im Grundsatz auch durch Art. 20a GG garantiert. Art. 20a GG verbietet ökologisch irreversible Entscheidungen nicht schlechthin, verpflichtet die jeweils zuständigen staatlichen Akteure aber, den Aspekt der Irreversibilität bei der Entscheidungsfindung angemessen zu berücksichtigen (*Epiney* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a, Rn. 71). Der Gesetzgeber gestaltet das Umweltstaatsziel durch die Einrichtung von Verfahren aus, die geeignet sind, umweltgerechte Ergebnisse herzustellen (in diesem Sinne zu tierschutzrechtlichen Verfahren BVerfGE 127, 293 [329]).

Bei der Entscheidung nach § 8a BImSchG wird die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens lediglich prognostiziert. Selbst wenn die Prognose ergibt, dass die Genehmigung später mit hoher Wahrscheinlichkeit erteilt wird, ändert dies nichts daran, dass es sich um eine Prognose auf unvollständiger Tatsachengrundlage handelt. Daher erscheint es problematisch, irreversible ökologische Folgen in diesem Rahmen überhaupt zu erlauben. Das nominale Kriterium der Wiederherstellbarkeit („ja oder nein“) kann auch kaum mit dem ordinalen Kriterium der Wahrscheinlichkeit der Genehmigungserteilung („größer oder kleiner“) in der Weise verbunden werden, dass bei einer größeren Wahrscheinlichkeit akzeptiert wird, dass gleichwertige ökologische Zustände im Fall der Genehmigungsversagung nicht vollständig oder erst nach langer Zeit wieder hergestellt werden müssen (*Berg* NuR 2020, 729 [731]).

Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht unproblematisch, vom Instrument der vorläufigen Zulassung überhaupt Maßnahmen als erfasst anzusehen, bei denen die beeinträchtigten ökologischen Funktionen nicht kurzfristig wiederhergestellt werden können (dagegen *Berg* NuR 2020, 729 [735 f.]). Demgegenüber hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg im vorangegangenen Eilverfahren die Rodung auch von älterem Wald grundsätzlich als tauglichen Gegenstand einer vorzeitigen Zulassung nach § 8a BImSchG angesehen, da andernfalls der Zweck der Norm, den Wirtschaftsstandort Deutschland zu stärken, nur unzureichend erfüllt werde (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.02.2020 – OVG 11 S 8/20 = ZUR 2020, 368, Rn. 15). Geht man hiervon aus, darf eine vorzeitige Zulassung irreversibler ökologischer Auswirkungen aber jedenfalls nur in engen Grenzen erteilt werden, um eine Umgehung des Genehmigungsverfahrens zu vermeiden.

Solche Grenzen ergeben sich zum einen hinsichtlich des Umfangs. Da § 8a BImSchG nur die vorzeitige Zulassung des „Beginns“ erlaubt, können auf absehbare Zeit irreversible ökologische Folgen allenfalls insoweit hingenommen werden, als dies im Zuge erster Baumaßnahmen auf einer Teilfläche

unvermeidbar ist. Die Entscheidung über die Hinnahme solcher Folgen auf der übrigen für das Vorhaben benötigten Fläche muss dem Genehmigungsverfahren vorbehalten bleiben. Hier wird mit der Zulassung der Rodung von weiteren 82,8 ha Wald neben den bereits gerodeten 91,6 ha die Beseitigung des Waldbestands auf nahezu der gesamten Fläche des Vorhabens erlaubt. Von der Zulassung des vorzeitigen „Beginns“ kann dabei keine Rede mehr sein.

Zum anderen dürfen im Wege der vorzeitigen Zulassung keine besonders gravierenden irreversiblen ökologischen Folgen hingenommen werden. Über den Verlust von Umweltgütern, die ökosystemisch und für den Menschen herausgehobene Funktionen erfüllen, darf nur nach umfassender Prüfung im Genehmigungsverfahren entschieden werden. Hier erfasst die Rodung ausweislich S. 28 des Bescheids auch 0,5 ha ökologisch wertvolle Waldflächen. Jedenfalls für diese muss die Entscheidung dem Genehmigungsverfahren vorbehalten bleiben. Auch das OVG Berlin-Brandenburg hat im vorangegangenen Eilverfahren zwischen wertvollem „Naturwald“ und weniger wertvollen „Wirtschaftswald“ differenziert (OVG Berlin-Brandenburg a.a.O., Rn. 15).

c) Präjudizierung der Genehmigungsentscheidung wegen drastischer finanzieller Konsequenzen im Fall der Versagung

Der zweite Aspekt, unter dem die endgültige Entscheidung durch die vorzeitige Zulassung präjudiziert werden kann, betrifft die wirtschaftliche Vertretbarkeit der Wiederherstellung. Zwar wird mit der Sicherheitsleistung des Vorhabenträgers nach § 8a Abs. 2 S. 3 BImSchG versucht zu vermeiden, dass eine technisch mögliche Wiederherstellung den Staatshaushalt belastet oder gar aus wirtschaftlichen Gründen scheitert. Damit allein ist die Wiederherstellung jedoch nicht gesichert. Die Rechtsprechung verlangt daher aus guten Gründen eine eigenständige Prüfung, ob die Wiederherstellung wirtschaftlich vertretbar ist.

Zunächst ist die vom Vorhabenträger für die Wiederherstellung im Fall des Scheiterns geforderte Summe lediglich eine Prognose. Die tatsächlichen Wiederherstellungskosten können sich als deutlich höher herausstellen. Wird der Vorhabenträger zwischenzeitlich insolvent, kann er nicht zu den über die Sicherheitsleistung hinausgehenden Kosten herangezogen werden. Bei sehr hohen Summen, die bei der vorzeitigen Zulassung nicht vorausgesehen wurden, erscheint es zudem nicht ausgeschlossen, dass eine Heranziehung des Vorhabenträgers als unverhältnismäßig angesehen würde (für die Verhältnismäßigkeit als Grenze *Storost* in Ule/Laubinger/Repkewitz § 8a Rn. C6; nur für den Regelfall gegen eine solche Grenze *Mann* in Landmann/Rohmer UmweltR, 92. EL Februar 2020, § 8a BImSchG Rn. 80). In diesen Fällen erscheint es keineswegs als gesichert, dass für die u. U. sehr hohen Wiederherstellungskosten ausreichend Mittel zur Verfügung stehen.

Aber auch wenn es rechtlich möglich ist, den Vorhabenträger zur Wiederherstellung heranzuziehen, wird es der Behörde umso schwerer fallen, eine endgültige Entscheidung gegen das Vorhaben mit dieser Konsequenz zu treffen, je höher die Wiederherstellungskosten sind, die den Vorhabenträger dann treffen. Diese Kosten addieren sich zu den frustrierten Investitionskosten des Vorhabenträgers, die ebenfalls umso höher sind, je weiter die vorläufige Zulassung reicht. Den Vorhabenträger derart zu belasten hätte für die Attraktivität des „Standorts Deutschland“ weitreichende Konsequenzen. Andere Unternehmen aus dem Ausland könnten von einer Investition in Deutschland durch ein solches negatives Vorbild abgeschreckt werden. Für die Genehmigungsbehörde kann daher aufgrund vorläufiger Zulassungen erheblicher Druck entstehen, trotz an sich nicht gegebener Voraussetzungen doch noch einen Weg zu finden das Vorhaben zu genehmigen. Im Übrigen entspricht es gerade dem Zweck der „Beschleunigungs-Gesetzgebung“, die Standortattraktivität zu erhöhen, dass die wirtschaftlichen Risiken, die Vorhabenträgern mit der vorläufigen Zulassung der Errichtung auferlegt werden, in vertretbaren Dimensionen bleiben. Investoren „ins Messer laufen zu lassen“ kann der Standortattraktivität kaum zuträglich sein.

Die verfahrensgegenständliche vorzeitige Zulassung führt – jedenfalls in Kombination mit den bereits erteilten weiteren Zulassungen des vorzeitigen Beginns – dazu, dass für die Beizuladende im Fall der Versagung der Genehmigung drastische finanzielle Belastungen entstünden. Dies löst in nicht mehr hinzunehmender Weise Druck hin zu einer positiven Genehmigungsentscheidung aus.

Der Antragsgegner hat von der Beizuladenden für die Rückbaukosten eine Sicherheitsleistung in Höhe von 100 Mio. Euro gefordert. Im Falle der Versagung der Genehmigung würden sich diese Kosten für die Beizuladende realisieren. Hinzu käme, dass Investitionskosten in ähnlichen Dimensionen für die vorläufig zugelassene Errichtung von Fertigungsanlagen frustriert würden.

Gerade im Fall des Beizuladenden besteht auf die Genehmigungsbehörden ohnehin erheblicher politischer Druck zugunsten einer Erteilung der Genehmigung. Die Landespolitik hat sich aktiv um die Ansiedlung der „Giga-Factory“ bemüht, um in der strukturschwachen Region Wirtschaftskraft und Arbeitsplätze zu schaffen. Das Vorhaben wird vielfach als „Testfall für den Standort Deutschland“ angesehen. Gerade in diesem Kontext gilt es, eine Vorfestlegung durch Entscheidungen über die vorläufige Zulassung zu vermeiden. Würden dem Beizuladenden bei der Versagung der Genehmigung wegen der vorzeitigen Zulassung der Errichtung hunderte Millionen Euro an Kosten für die Wiederherstellung und frustrierte Investitionen treffen, wäre der Schaden für den „Standort Deutschland“ bzw. „Standort Brandenburg“ denkbar groß. Diese Folgen dürfte die Genehmigungsbehörde tunlichst vermeiden wollen. In der Folge besteht die Gefahr, dass sie das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen unter Berücksichtigung aller relevanten, auch der gegen das Vorhaben sprechenden Belange, nicht mehr unbefangen prüft.

Damit ist der Antragsgegner bereits deutlich über das hinausgegangen, was § 8a BImSchG als Zulassung eines vorzeitigen **Beginns** ermöglicht. Der Bescheid ist daher rechtswidrig; die beantragten Rodungsmaßnahmen dürfen erst nach Abschluss des Genehmigungsverfahrens und auf Grundlage einer dann möglicherweise vorliegenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung durchgeführt werden.

4. Keine positive Prognose möglich: Verkehrliche Erschließung nicht gesichert

Nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG darf der vorzeitige Beginn nur dann zugelassen werden, wenn mit einer Entscheidung zugunsten des Beizuladenden gerechnet werden kann. Dies setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Zulassung des vorzeitigen Beginns mit hinreichender Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden kann, dass die Genehmigung erteilt wird. Eine solche Prognose ist dann nicht möglich, wenn ernsthafte Zweifel am Vorliegen auch nur einer Genehmigungsvoraussetzung bestehen. Vorliegend bestehen nach wie vor ernsthafte Zweifel an der Sicherstellung der verkehrlichen Erschließung des Vorhabens. Nach Einschätzung der zuständigen Fachbehörde kann die verkehrliche Erschließung des Vorhabens angesichts des erheblichen Liefer- und Personenverkehrs, mit dem das Vorhaben verbunden ist, nicht allein durch den im Süden des Vorhabengeländes bestehenden Anschluss an die Landesstraße 38 sichergestellt werden, sondern erfordert einen weiteren unmittelbaren Anschluss an die Bundesautobahn 10 im Nordwesten des Vorhabengebiets. Dieser Autobahnanschluss bedarf eines fernstraßenrechtlichen Planfeststellungsverfahrens, das bislang noch nicht die Stufe der Planreife erreicht hat, dessen Verwirklichung also als „offen“ bewertet werden muss. Eine positive Prognose mit der Wahrscheinlichkeit, die dem Maßstab des § 8a BImSchG genügen würde, ist damit derzeit nicht möglich. Damit ist die verkehrliche Erschließung des Vorhabens nach dem derzeitigen Stand der Antragsunterlagen nicht gesichert; eine positive Genehmigungsprognose kann nicht aufrechterhalten werden.

5. Erforderlichkeit der Fällung zum jetzigen Zeitpunkt nicht begründet

Die Erforderlichkeit von Rodungsmaßnahmen zum jetzigen Zeitpunkt wird weder durch die Antragsunterlagen noch durch die Bescheidbegründung begründet.

Einen Zeitplan, aus dem hervorginge, warum die Fällmaßnahmen jetzt erforderlich sein sollen, hat die Beizuladende nicht vorgelegt. Auch der Landesbetrieb Forst setzt sich in seiner Stellungnahme damit nicht auseinander, sondern geht – ohne den Zeitpunkt der Fällung auch nur zu thematisieren – pauschal von einem „überwiegenden wirtschaftlichen Interesse“ der Beizuladenden an der Fällung aus. Ein solches Interesse ist aber – wie in der ursprünglichen Stellungnahme schon ausgeführt – nur dann gegeben, wenn die Rodungsmaßnahmen jetzt erforderlich sind, um alsbald mit ihrerseits bereits zugelassenen Baumaßnahmen zu beginnen. Die Beizuladende hat bislang für keine der o. g.

Maßnahmen eine Zulassung oder die Zulassung des vorzeitigen Beginns vorgelegt; jedenfalls sind solche meinen Mandanten nicht bekannt. Ebenso wenig hat die Beizuladende glaubhaft gemacht, dass und wann mit einer Zulassung dieser Maßnahmen zu rechnen ist und dass eine Rodung zum jetzigen Zeitpunkt unbedingt erforderlich wäre, um diese Maßnahmen noch rechtzeitig umsetzen zu können. Jedenfalls bis zum Beginn der Vegetationsperiode bestehen auch keine rechtlichen Erfordernisse, vorzeitig – also noch vor dem Vorliegen entsprechender Zulassungsentscheidungen – „vollendete Tatsachen“ zu schaffen. Eine Verzögerung der Baumaßnahmen um Wochen oder auch wenige Monate ist der Beizuladenden zuzumuten, wenn es ihr nicht rechtzeitig gelingt, entsprechend vollständige Antragsunterlagen vorzulegen. In der Abwägung überwiegt dann der – wenn auch nur zeitlich befristete – Erhalt des Waldes mit seinen ökologischen Funktionen. Ein überwiegendes Umwandlungsinteresse besteht jedenfalls so lange nicht, solange die Antragstellerin keine vollziehbare Zulassung für die von ihr angestrebte Nutzung vorlegen kann.

Selbst wenn man ein überwiegendes Interesse an der Umwandlung wegen drohender Bauverzögerungen anerkennen wollte, so erfordert die vor der Rodung vorzunehmende Abwägung jedenfalls die Vorlage eines konkreten Zeitplans, aus dem sich drohende Verzögerungen ergeben. Andernfalls leidet die Abwägungsentscheidung offensichtlich an einem Abwägungsdefizit und damit an einem erheblichen – und justiziablen – Abwägungsfehler.

Keine Abschriften anbei, da Übermittlung über den elektronischen Rechtsverkehr.

[signiert mit qualifizierter elektronischer Signatur]

Thorsten Deppner
Rechtsanwalt