



RA Thorsten Deppner Grolmanstr. 39 10623 Berlin

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

Über den elektronischen Rechtsverkehr (beA)

29. Juni 2021

Mein Zeichen: TD19-023 NABU / GL Bbg – Tesla

Sehr geehrte
sehr geehrte Damen und Herren,

in dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren

Naturschutz Bund Deutschland (NABU) Landesverband Brandenburg e.V. u.a. ./. Landes-
amt für Umwelt Brandenburg
– VG 5 L 224/21 –

nehme ich zu den Antragswiderungen des Antragsgegners und der Beigeladenen vom 24. Juni
2021 in der gebotenen Kürze wie folgt Stellung:

I. Teilweise Erledigungserklärung

Vor dem Hintergrund der vom Antragsgegner nun erstmals vorgelegten Informationen zu bereits
abgeschlossenen, vom angegriffenen Bescheid zugelassenen Tätigkeiten erklärt der Antragsteller sei-
nen Antrag

insoweit teilweise für erledigt, als er sich auf die Zulassung von Tätigkeiten bezieht, die
von der Beigeladenen schon durchgeführt wurden

und fordert den Antragsgegner auf

sich der teilweisen Erledigungserklärung anzuschließen.

Die Kosten sind insoweit gem. § 161 Abs. 2 VwGO dem Antragsgegner und der Beigeladenen auf-
zuerlegen, weil der Antrag zum Zeitpunkt der Erledigung begründet war. Auch soweit von der Erle-
digungserklärung Maßnahmen betroffen sind, die bereits vor Antragstellung durchgeführt wurden,
kann dies dem Antragsteller mangels entsprechender Erkenntnismöglichkeiten nicht entgegengehal-
ten werden. Im Gegenteil musste er angesichts der Begründung der Ablehnung der sofortigen Voll-

ziehung durch den Antragsgegner am Tag der Antragstellung davon ausgehen, dass sich die angegriffene Entscheidung noch nicht (teilweise) erledigt hatte. Vielmehr hätte der Antragsgegner ihn in der Ablehnungsentscheidung auf eine entsprechende (teilweise) Erledigung hinweisen müssen. Der von § 161 Abs. 2 VwGO geforderten Kostenentscheidung nach billigem Ermessen entspricht es daher, die Kosten auch insoweit dem Antragsgegner und der Beigeladenen aufzuerlegen.

II. Rüge der Schwärzung des vorgelegten Verwaltungsvorgangs

Darüber hinaus bekräftige ich hiermit die bereits telefonisch gegenüber der Berichterstatterin am gestrigen Vormittag erhobene Rüge an der Übermittlung eines vom Antragsgegner in wesentlichen Punkten – insbesondere solchen, die sich auf das Vorhandensein bestimmter Stoffe beziehen und die damit für die Beurteilung der Störfallsicherheit möglicherweise von entscheidender Bedeutung sind – geschwänzten Verwaltungsvorgangs. Dieses Vorgehen verstößt gegen die auch im Eilverfahren anzuwendende (*Rudisile* in Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 99 Rn. 6b unter Verweis auf BVerwG CR 2005, 194) Norm des § 99 Abs. 1 VwGO, ist offensichtlich rechtswidrig und berührt die Verfahrensrechte der Antragsteller empfindlich. Sollte der Antragsgegner der Auffassung sein, die Übersendung bestimmte Teile des Verwaltungsvorgangs aus den in § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO genannten Gründen verweigern zu dürfen, so darf er dies nicht aus eigener Machtvollkommenheit entscheiden. Vielmehr ist allein die „zuständige oberste Aufsichtsbehörde“ und damit das Umweltministerium des Landes Brandenburg berufen, über eine Verweigerung zu entscheiden. Gleichzeitig steht den Antragstellern gem. § 99 Abs. 2 VwGO das Recht zu, diese Entscheidung – und damit das tatsächliche Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO – vom Oberverwaltungsgericht im Rahmen des nach § 99 Abs. 2 VwGO vorgesehenen Verfahrens überprüfen zu lassen. Ich beantrage

den Antragsgegner aufzufordern, unverzüglich den ungeschwänzten Verwaltungsvorgang oder eine entsprechende Verweigerungsentscheidung der obersten Aufsichtsbehörde vorzulegen.

Sollte eine solche Entscheidung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO bereits vorliegen oder vom Antragsgegner vorgelegt werden,

beantrage ich (bereits jetzt) gem. § 99 Abs. 2 VwGO festzustellen, ob die Verweigerung der Vorlage der Urkunden oder Akten, der Übermittlung der elektronischen Dokumente oder der Erteilung von Auskünften rechtmäßig ist.

Der Antrag ist auch insoweit zulässig, als er sich auf eine künftig eingehende Entscheidung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO bezieht, da es sich insoweit um eine innerprozessuale Bedingung handelt.

III. Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags

Soweit der Antrag aufrechterhalten wird, ist ihm stattzugeben. Er ist zunächst offensichtlich zulässig (dazu 1). Die Ausführungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zum Komplex der Störfallsicherheit sind nicht geeignet, eine positive Genehmigungsprognose nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zu begründen (dazu 2). Ebenso wenig verfangen ihre Einwände gegen die Berücksichtigung der geänderten Antragsunterlagen im hiesigen Eilverfahren (dazu 3).

1. Zulässigkeit

Die allgemeinen Einwände der Beigeladenen gegen die Antragsbefugnis der Antragsteller nach dem UmwRG widersprechen der eindeutigen Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg.

Soweit die Beigeladene behauptet, die satzungsgemäßen Aufgaben des Antragstellers zu 2 seien nicht berührt, verkennt sie, dass es nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UmwRG genügt, dass eine Umweltvereinigung „geltend macht“, in ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich berührt zu sein. Mit den Ausführungen zum Störfallrecht rügt der Antragsteller zu 2 insbesondere auch die Beeinträchtigung des nahegelegenen Biotops durch denkbare Störfälle in der „Gigafactory“. Dass eine positive Genehmigungsprognose an diesem Punkt scheitert, erscheint zumindest möglich. Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist eine Frage der Begründetheit.

Darüber hinaus zählt zu den Zwecken des Antragstellers zu 2 gem. § 2 Abs. 1 seiner Satzung „die vorrangige Förderung des Natur- und *Umweltschutzes* und die weitgehende aktive, gestalterische Beteiligung an der Ökologisierung der Gesellschaft [...]; wobei ‚Ökologie‘ in einem umfassenden Sinn verstanden wird und auch ethische, humane, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Aspekte umfaßt, um die *Lebensbedingungen von Menschen* und Natur zu verbessern“ (Hervorhebungen durch Unterzeichner). Zum satzungsgemäßen Aufgabenbereich des Antragstellers zu 2 gehört damit auch ein umfassender Schutz der menschlichen Gesundheit als Teil der umweltrechtlichen Schutzgüter (nicht umsonst nennt § 2 Abs. 1 UVPG bei der Bestimmung der Schutzgüter gleich an erster Stelle „Menschen, insbesondere die menschliche Gesundheit“).

Diese Ziele sollen gem. § 2 Abs. 4 Buchstabe a der Satzung „insbesondere“, also nicht ausschließlich, verwirklicht werden durch die „Wahrnehmung der Aufgaben nach § 60 BNatSchG“, der zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Satzung am 11. Dezember 2004 die Beteiligungsrechte anerkannter Vereinigungen umfassend regelte. Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz war zu diesem Zeitpunkt noch nicht erlassen; jedenfalls nach deutschem Recht existierten zum damaligen Zeitpunkt außerhalb des Naturschutzrechts keine Beteiligungs- und Klagemöglichkeiten von Umweltverbänden im „Umweltrecht“. Vielmehr waren auch Umweltvereinigungen außerhalb des Naturschutzrechts

auf die Rüge der Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte beschränkt (vgl. nur die „Sperrgrundstück-Rechtsprechung“ zum Versuch der Verbände, die Überprüfung umweltrechtlicher Zulassungsentscheidungen über Art. 14 Abs. 1 GG zu ermöglichen). Eine systematische und zweckorientierte Auslegung der im Hinblick auf ihren Wortlaut („insbesondere“) offenen Regelung der Satzung führt daher dazu, dass der Verweis auf die damals umfassenden Beteiligungs- und daran anknüpfend Klagemöglichkeiten dahingehend auszulegen ist, dass der Antragsteller zu 2 seine Ziele auch durch die vom UmwRG bereitgestellten Instrumente des Rechtsschutzes verfolgt.

2. Störfallsicherheit

Wie der Antragsgegner selbst ausführt, kann von einer nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erforderlichen positiven Genehmigungsprognose nur dann ausgegangen werden, wenn die Einschätzung der Behörde „auf Grundlage einer ausreichenden Sachprüfung“ ergeht. Bereits dies ist im Hinblick auf die Frage der Störfallsicherheit nicht der Fall. Der Antragsgegner und die Beigeladene treten den geltend gemachten Defiziten bei der Einstufung als Betriebsbereich der unteren Klasse (dazu b), der Erfüllung der Pflicht zu einem Störfallverhinderungskonzept (dazu c) und der Wahrung eines angemessenen Sicherheitsabstands (dazu d) nicht substantiiert entgegen. Vorab wird klargestellt, dass sich die Antragsteller hierauf auch berufen können (dazu a).

a) Rügefähigkeit

Entgegen der Einwände der Beigeladenen sind die Antragsteller sehr wohl berechtigt, die fehlende Störfallsicherheit zu rügen. Es trifft zwar zu, dass die Rechtsprechung die positive Genehmigungsprognose als Voraussetzung der Erteilung einer Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG nicht als drittschützend ansieht. Hieraus kann die Beigeladene aber für den vorliegenden Antrag anerkannter Umweltvereinigungen nichts herleiten. Die Umweltverbandsklage nach dem UmwRG ist aufgrund klarer unionsrechtlicher Vorgaben nicht (mehr) schutznormakzessorisch, sondern als Verfahren zur Prüfung der objektiven Rechtmäßigkeit ausgestaltet (vgl. zum Unterschied zur früheren, vom EuGH für unionsrechtswidrig erklärten Fassung des UmwRG *Fellenberg/Schiller* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand 94. EL Dezember 2020, UmwRG Vorbemerkung Rn. 97). Auf den drittschützenden Charakter der einschlägigen materiellen Rechtsnormen kommt es daher von vornherein nicht an. Der Unterschied kommt im Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO einerseits, § 2 Abs. 4 UmwRG andererseits klar zum Ausdruck. Was die Beigeladene hier als unzulässige „Besserstellung“ gegenüber Drittbetroffenen anprangert, entspricht exakt dem gesetzlichen Konzept, wonach Defizite im Vollzug des objektiven Umweltrechts durch Verbandsklagerechte vermieden werden sollen.

b) Einstufung als Betriebsbereich der unteren Klasse

Dass die „Gigafactory“ störfallrechtlich lediglich als Betriebsbereich der unteren Klasse einzuordnen sein soll, ist nach wie vor nicht dargelegt. Es ist insbesondere nicht aufgeklärt, ob nicht voraussehbar bei außer Kontrolle geratenen Prozessen, hier: einem möglichen Verbrennen des im Werk gelagerten Kühlmittels 2,3,3,3-Tetrafluorpropen, Fluorwasserstoff in einer Menge von über 20.000 kg anfallen kann (§ 2 Nr. 2 und Nr. 5 der 12. BImSchV i.V.m. Anhang I Nr. 2.21).

Der Hinweis der Beigeladenen, dass Anlagen zur Lagerung entzündbarer Gase nach Nr. 9.1 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV anders als andere unter Nr. 9 genannte Lageranlagen nicht in der Positivliste nach Kapitel 2 der KAS-43 enthalten sind, geht insoweit fehl. Irreführend ist es, wenn die Beigeladene den Eindruck erweckt, die Positivliste sei nicht abschließend (vgl. S. 17: „Selbst für den Fall, dass die Positivliste unter Kapitel 2 nicht abschließend ist...“). Die Liste ist offensichtlich nicht abschließend; dies impliziert bereits der Begriff „Positivliste“ und geht aus dem Wortlaut klar hervor:

„Die folgende Positivliste enthält die Anlagen, die im Hinblick auf bei außer Kontrolle geratenen Prozessen entstehenden gefährlichen Stoffe **in jedem Fall** besonders relevant sind, d. h. bei denen mit erheblichen Mengen zu rechnen ist, insbesondere aufgrund einer Stoffverwechslung oder eines Brandes.“ (KAS 43, S. 1; Hervorhebung durch Unterzeichner)

Diese Anlagen sind also bereits ohne nähere Betrachtung relevant. Hier geht es aber gerade um besondere Eigenschaften des gelagerten Kühlmittels.

Der Antragsgegner selbst weist darauf hin, dass die Beigeladene die Vorgaben des Gutachtens von Müller-BBM zur Einstufung als Betriebsbereich der oberen oder unteren Klasse abarbeiten muss. Seine Schlussfolgerung, es könne mit einer Klärung im Sinne einer positiven Genehmigungsentcheidung gerechnet werden (S. 6), erweist sich jedoch als bloße Spekulation. Solange nicht bekannt ist, welche Stoffe in welchem Umfang anfallen können und welcher Klasse der Betriebsbereich damit zuzuordnen ist, fehlt es an einer hinreichenden Tatsachengrundlage, um Aussagen über die Genehmigungsfähigkeit der „Gigafactory“ treffen zu können. Der Antragsgegner hält hier selbst die Einholung von externen Sachverständigengutachten nach § 13 Abs. 1 der 9. BImSchV für erforderlich, sieht sich also selbst nicht in der Lage, dies belastbar zu beurteilen (vgl. dazu auch unten d)ff).

c) Störfallverhinderungskonzept

Eine positive Genehmigungsprognose auf der Grundlage einer ausreichenden Sachprüfung ist zudem nicht möglich, solange die Beigeladene nicht dargelegt hat, mit welchen Maßnahmen sie konkret Störfälle verhindern und deren Auswirkungen begrenzen wird. Hierzu hat sie nach § 8 der 12. BImSchV ein schriftliches Störfallverhinderungskonzept vorzulegen. Der Antragsgegner wendet insoweit zu unrecht ein, das Vorliegen eines solchen Konzepts sei für die Genehmigungsprognose

unerheblich, da es nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 genüge, das Konzept „vor Inbetriebnahme“ vorzulegen. Die Norm bezieht sich unmittelbar nur auf das eigentliche Genehmigungsverfahren und stellt dafür klar, was ohnehin selbstverständlich ist: Die Aufnahme des Betriebs darf nicht erfolgen, bevor das Störfallverhinderungskonzept vorgelegt und von der Behörde gebilligt wurde. Daraus folgt aber nicht umgekehrt, dass es auch genügt, das Konzept erst kurz vor Inbetriebnahme vorzulegen. Anders als der Antragsgegner meint, ergibt sich aus der 9. BImSchV sehr wohl eine Pflicht zur Vorlage des Konzepts in den Antragsunterlagen. Nach § 4b Abs. 1 Nr. 2 der 9. BImSchV sind in den Unterlagen Angaben über die vorgesehenen technischen und organisatorischen Vorkehrungen zur Verhinderung von Störfällen sowie zur Begrenzung der Auswirkungen von Störfällen zu machen. Die hierzu vorliegenden Angaben der Beigeladenen genügen diesen Anforderungen nicht, da sie sich, wie dargelegt, weitgehend in allgemeinen Beteuerungen zur Einhaltung geltender Rechtsnormen erschöpfen anstatt konkret darzulegen, auf welche Weise konkret im Betrieb der Beigeladenen denkbare Störfälle vermieden und ihre Auswirkungen begrenzt werden. Auch die nun in dem als

– Anlage ASt 12 –

beigefügten Kapitel 6.4 der geänderten Antragsunterlagen vom 14. Juni 2021 aufgenommene exemplarische Aufzählung geplanter Maßnahmen (S. 71 f.) genügt hierzu nicht. Zum einen bleibt unklar, welche dieser geplanten Maßnahmen konkret umgesetzt werden. Zum anderen werden die Maßnahmen auch nur oberflächlich bezeichnet, so dass keine Rückschlüsse möglich sind, ob den Anforderungen der §§ 3 ff. der 12. BImSchV tatsächlich genügt wird. Für eine Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 8a BImSchG fehlt es damit an einer hinreichenden Tatsachengrundlage für die Genehmigungsprognose.

d) Sicherheitsabstand

Schließlich steht einer positiven Genehmigungsprognose entgegen, dass weiterhin nicht dargetan ist, dass die „Gigafactory“ einen angemessenen Sicherheitsabstand zu benachbarten Schutzobjekten einhält. Insoweit ist zunächst klarzustellen, dass der Antragsgegner die Aussagen des Müller-BBM-Gutachtens falsch wiedergibt (dazu aa). Entgegen dem Vorbringen der Beigeladenen hat die mögliche Freisetzung von Fluorwasserstoff außerhalb industrieller chemischer Prozesse durch Brand nach dem geltenden Störfallrecht auch nicht außer Betracht zu bleiben (dazu bb). Die Bemessung des Sicherheitsabstands für dieses Szenario in der Berechnung des von der Beigeladenen vorgelegten GfBU-Abstandsgutachtens ist nicht plausibel (dazu cc); sie darf sich aber auch nicht pauschal an den Abstandsklassen der KAS-18 orientieren (dazu dd). Jedenfalls für das Güterverkehrszentrum Freienbrink wird ein angemessener Sicherheitsabstand für das Fluorwasserstoff-Szenario bei korrekter Be-

rechnung unterschritten; dieses hat nicht etwa wegen eines nur geringen Publikumsverkehrs außer Betracht zu bleiben (dazu ee). Schließlich steht zur Frage des Sicherheitsabstands noch eine externe Begutachtung aus; solange diese nicht vorliegt, fehlt es an einer hinreichenden Beurteilungsgrundlage für die Genehmigungsentscheidung (dazu ff).

aa) Aussagen des Müller-BBM-Gutachtens

Wenn der Antragsgegner auf S. 10 seines Schriftsatzes ausführt, das Gutachten von Müller-BBM vom 20. Mai 2020 zum Sicherheitsabstand sei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Ableitung der Szenarien und die für die Ermittlung der angemessenen Sicherheitsabstände verwendeten Berechnungsmethoden und Randbedingungen unter Berücksichtigung und Umsetzung der Zielvorgaben im Gutachten „plausibel“ seien, so trifft dies nicht zu. Auf Seite 22 des Gutachten wird gerade bemängelt, dass die Szenarien 4 und 5 nicht plausibel sind. Ob die Überarbeitung ergeben wird, dass der angemessene Sicherheitsabstand zum Biotop oder zu anderen schutzbedürftige Objekten eingehalten wird oder tatsächlich zu einem sprunghaften Anstieg führen wird, ist nicht von vornherein absehbar. Die Ausführungen des Antragsgegners sind insoweit Spekulation und unterschreiten damit das nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG gebotene Maß einer „ausreichenden Sachprüfung“, auf der allein eine Prognose zur Genehmigungsfähigkeit erfolgen kann.

bb) Entstehung gefährlicher Stoffe durch Brand als relevantes Störfallszenario

Die Einwände der Beigeladenen dagegen, für die Berechnung des Sicherheitsabstands das Szenario der Freisetzung von Fluorwasserstoff infolge eines Brands einzubeziehen, verfangen nicht. Fehl geht insoweit die Bezugnahme der Beigeladenen (S. 18) auf die Vollzugshilfe des BMU zur Störfall-Verordnung vom März 2004. Als Dennoch-Störfälle sollen danach „Brände in Lägern (sic!), bei denen gefährliche Stoffe im Sinne der Störfall-Verordnung aus anderen Stoffen entstehen können“ nicht erfasst sein. Die Vollzugshilfe bezieht sich auf den Begriff der „außer Kontrolle geratenen industriellen chemischen Verfahren“, der in § 2 Nr. 5 der 12. BImSchV in der bis zum 13. Januar 2017 geltenden Fassung sowie § 3 Abs. 5a BImSchG in der bis zum 6. Dezember 2016 geltenden Fassung verwendet wurde. Diese Begrenzung ist nach der Seveso-III-RL nicht mehr haltbar. Im Zuge ihrer Umsetzung in das nationale Immissionsschutzrecht wurde in § 3 Abs. 5a BImSchG und § 2 Nr. 5 der 12. BImSchV der Begriff „außer Kontrolle geratene industrielle chemische Verfahren“ durch „außer Kontrolle geratene Prozesse“ ersetzt (BT-Drs. 18/9417, S. 26). Von dem nun verwendeten Begriff ist gerade auch die Entstehung gefährlicher Stoffe durch Brände erfasst (*Hansmann/König* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand 94. EL Dezember 2020, 12. BImSchV, § 2 Rn. 12).

cc) Berechnung im neugefassten GfBU-Abstandsgutachten nicht plausibel

Das von der Beigeladenen selbst veranlasste GfBU-Abstandsgutachten nimmt auch eine Berechnung

des Sicherheitsabstands wegen des Fluorwasserstoff-Szenarios vor; in der als

– Anlage ASt 13 –

beigefügten Neufassung vom 31. Mai 2021 wird ein Abstand von 366 m angegeben (S. 22). An der Plausibilität dieser Berechnung bestehen jedoch durchgreifende Zweifel. Wie der Immissionsschutzsachverständige , der bereits im Auftrag des BBU eine Stellungnahme erarbeitet hat (bereits beigefügt als Anlage ASt 10), dem Unterzeichner gegenüber dargelegt hat, ist die Modellierung der Ausbreitung des im Störfall aus 2,3,3,3-Tetrafluorpropen entstehenden Fluorwasserstoffs (HF) methodisch nicht plausibel. Das Gutachten greift hier auf bekannte Ausbreitungsmodelle für Propan zurück (– Anlage ASt 13 –, S. 20). Dabei ist bereits die ermittelte Freisetzung von Propan unplausibel, weil es nur als ausströmendes Gas und nicht als Flüssigkeit betrachtet wurde. Das Kühlmittel wird vor Ort aber in flüssigem Aggregatzustand gelagert. Dies führt zu einer massiven Unterschätzung des im Störfall entstehenden Massenstroms, da ein flüssiges Medium aufgrund der höheren Dichte deutlich schneller aus einem Leck ausströmt als Gas, das durch eine Öffnung gleicher Größe strömt. Zur Veranschaulichung: Bei einer Espresso-Maschine kann man gewöhnlich wählen, ob man heißes Wasser (Flüssigkeit) oder Wasserdampf (Gas) entnehmen will. Lässt man heißes Wasser ausströmen, füllt sich eine unter den Auslass gestellte Teetasse vergleichsweise schnell. Lässt man dagegen – z. B. zum Schäumen von Milch – Dampf ausströmen, so wird dabei deutlich weniger Masse freigesetzt – sonst würden die Milch-Kännchen in kürzester Zeit überlaufen. In dem gewählten Beispiel tritt das gleiche Molekül – Wasser, H₂O – durch die gleiche Öffnung einmal in flüssigem und einmal in gasförmigem Aggregatzustand aus.

Der von den Antragstellern beauftragte Sachverständige fasst dies in seiner als

– Anlage ASt 14 –

beigefügten Kurzstellungnahme vom heutigen Tag, die vollumfänglich zum Gegenstand der Antragsbegründung gemacht wird, wie folgt zusammen:

„Sowohl die Antragsstellerin wie auch die Behörde verkennen hier offenbar das Kernproblem der unzutreffenden Modellierung. Denn es wird weiterhin – lediglich unter Anpassung des im Tank herrschenden Drucks – von einer Freisetzung aus dem Gasraum ausgegangen. Demgegenüber treten bei einem Leck unterhalb des Flüssigkeitsspiegels bzw. aus flüssigkeitsgefüllten Anlagenteile erheblich größere Massenströme auf.“

Dieser Umstand wurde in der Begutachtung durch Müller BBM ausdrücklich als unplausibel bemängelt.

Müller BBM Gutachten Abstände vom 20.05.2021:

S16. „Gemäß der Ausbreitungsrechnung in Anlage 7 des Gutachtens [1]

(Anmk.: Genehmigungsantrag Tesla) wird eine **gasförmige Freisetzung** als brennbarer Freistrahler angenommen. Diese Annahme ist aus Sicht des Unterzeichners (Anmk.: hier Müller BBM) **nicht nachvollziehbar**. 2,3,3,3 Tetrafluorpropan liegt unter den angegebenen Handhabungsbedingungen als druckverflüssigtes Gas vor. Bei dem angenommenen Schlauchabriss wird 2,3,3,3 Tetrafluorpropan dann **flüssig freigesetzt**. [...]

Und folglich als Aufgabenstellung in ZV21 und ZV22 gefordert, die Szenarien **vollständig neu abzuleiten**.

ZV21: Das Szenario 4 "Brand nach Freisetzung von 2,3,3,3 Tetrafluorpropan" ist vollständig neu abzuleiten und zu betrachten. [...]

ZV22: Das Szenario 5 "Freisetzung von Fluorwasserstoff nach Brand von 2,3,3,3 Tetrafluorpropan" ist auf Basis der Ausführungen des Unterzeichners (hier: Müller BBM) zu Szenario 4 "Brand nach Freisetzung von 2,3,3,3 Tetrafluorpropan" vollständig neu abzuleiten und zu betrachten"

Dieses ist offenbar nicht geschehen bzw. es wurde der Kernaspekt der falschen Annahme zur Eigenschaft des austretenden Mediums ignoriert. Die errechneten Mengen sind auch nicht in Einklang zu bringen mit einer Berechnung als Flüssigkeitsaustritt oder – bei Berücksichtigung einer Verdampfung während des Austritts – als Zwei-Phasen-Strömung entsprechend dem Leitfaden zur Quelltermberechnung der DECHEMA.“ (Kurzstellungnahme des Sachverständigen, Anlage ASt 14, S. 4)

Zwar mag gegen einen reinen Flüssigkeitsaustritt einwenden, dass das Kühlmittel ja schon auf dem Weg nach draußen verdampft. In diesem Fall wäre aber zumindest eine Rechnung als zwei-Phasen-Strömung erforderlich. Dazu der Sachverständige in einer dem Unterzeichner vorliegenden E-Mail vom gestrigen Tag:

„Dabei komme ich unter Anwendung des DECHEMA-Leitfadens zur Quelltermermittlung für das Propan-Szenario auf etwa 5 mal größere Freisetzung als von Tesla errechnet. (3,x Kg/s statt 0,6 Kg/s Propan)“

Die Antragsunterlagen der Beigeladenen unterschätzen die austretende Kühlmittel-Masse also **um den Faktor 5**.

Insgesamt ist die Modellierung mit Propan nicht plausibel und unterschätzt das Störfall-Szenario, wie der Sachverständige unter Nr. 2.4 seiner Kurzstellungnahme darlegt. Seine Schlussfolgerung:

„Im Ergebnis findet eine **systematische Unterschätzung des Massenstroms** statt, wenn der Massenstrom des Ersatzstoffs herangezogen wird. Die Argumentation der Überschätzung zur sicheren Seite ist daher nicht nachvollziehbar.“ (S. 5 der als Anlage ASt 14 vorgelegten Kurzstellungnahme; Hervorhebung des Unterzeichners)

Problematisch ist darüber hinaus, dass der Berechnung mit einem Modell für Propan der Umset-

zungsfaktor von 2,3,3,3-Tetrafluorpropen in HF zugrunde gelegt wurde. Die Bestimmung des Massenstroms von HF mit $0,42 \text{ kg/s} = 0,7$ des Massenstroms von 2,3,3,3-Tetrafluorpropen ($0,6 \text{ kg/s}$) im Gutachten (– Anlage ASt 13 –, S. 22) beruht auf dem Verhältnis der Molekulargewichte von 2,3,3,3-Tetrafluorpropen (114 g/mol) und der daraus entstehenden 4 HF-Moleküle (20 g/mol), d. h. $80/114 = \text{ca. } 0,7$. Das Gewichtsverhältnis 0,7 trifft aber nur für das Umsetzungsverhältnis 2,3,3,3-Tetrafluorpropen zu Fluorwasserstoff zu und lässt sich nicht einfach auf die Ausbreitung der Gase übertragen. Für die Einzelheiten wird auf die Ausführungen des Sachverständigen unter 2.4 des als Anlage ASt 14 beigefügten Kurzstellungnahme verwiesen (dort S. 5). Der Sachverständige bewertet dies wie folgt:

„Dieser Faktor beschreibt korrekt die Wandlung des Tetrafluorpropens in Fluorwasserstoff. Er steht jedoch in keinem nachvollziehbaren Verhältnis zum Massenstrom des viel leichteren Propans, auf den der Faktor hier augenscheinlich angewendet wird.“ (S. 5 der als Anlage ASt 14 vorgelegten Kurzstellungnahme).

Im Ergebnis dürften die freigesetzten Mengen – und damit auch der einzuhaltende Sicherheitsabstand – deutlich unterschätzt worden sein.

Diesen Zweifeln wird die vom Antragsgegner selbst veranlasste externe Begutachtung (dazu unten ff) im Einzelnen nachzugehen haben. Sie stehen jedenfalls einer positiven Genehmigungsprognose entgegen.

dd) Berechnung des Sicherheitsabstands unter Verweis auf KAS-18

Der Antragsgegner führt zur Berechnung des Sicherheitsabstands zwar zutreffend aus, dass Fluorwasserstoff in der KAS-18 den Stoffen der Abstandsklasse 2 zugeordnet wird, für die ein Sicherheitsabstand von 500 m empfohlen wird. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine allgemeine Empfehlung, bei der Detailkenntnisse des jeweiligen Einzelfalls gerade nicht berücksichtigt werden. Den Empfehlungen liegt die Betrachtung bestimmter Störfallszenarien zugrunde (Anhang 1, Ziff. 2 S. 21 ff.). Dabei handelt es sich um mittlere Dennoch-Störfälle, nicht um eine worst-case-Betrachtung, die am konkreten Vorhaben und dessen Konfiguration, der konkreten Lagermenge etc. orientiert ist. So heißt es auf Seite 11 des Leitfadens zu den vom Antragsgegner angeführten Abstandsklassen, die in Bild 1 des Anhangs 1 auf Seite 20 des Leitfadens dargestellt sind:

„In Bild 1 im Anhang 1 sind die Abstandsempfehlungen für die Bauleitplanung *ohne Detailkenntnisse* dargestellt. Sie basieren auf einem deterministischen Ansatz [...] und einer *typisierenden Betrachtung*.“ (Kommission für Anlagensicherheit [KAS], Empfehlungen für Abstände zwischen Betriebsbereichen nach der Störfall-Verordnung und schutzbedürftigen Gebieten im Rahmen der Bauleitplanung – Umsetzung § 50 BImSchG, 2. überarbeitete Fassung (Nov. 2010), „KAS-18“, S. 11; Hervorhebungen durch Unterzeichner; abrufbar unter <https://www.kas-bmu.de/kas-leitfaeden-arbeits-und-vollzugshilfen.html?file=files/publikationen/KAS-Publikationen/Leitfaeden%2C%20Arbeits-%20und>

Ermittlung des Sicherheitsabstands des Güterverkehrszentrums Freienbrink in die Ermittlung des angemessenen Sicherheitsabstands (angebliche 10 -Personen-Grenze)

Selbst wenn man einen Sicherheitsabstand von 500 m (nach Abstandsklasse der KAS-18) oder 300 m (nach der Berechnung in der Neufassung des GfBU-Abstandsgutachtens) für ausreichend hält, wird dieser im Fall des Güterverkehrszentrums Freienbrink, namentlich des dort angesiedelten Bauhofs und Imbisses, bei einer fehlerfreien Störfall-Untersuchung (vgl. d zu oben cc) unterschritten. Das Güterverkehrszentrum wird bereits auf Grundlage der von der Beigeladenen vorgelegten, den tatsächlich erforderlichen Abstand deutlich unterschätzenden Mindestabstands von 366 m um das Ta klager herum fast erreicht (das Güterverkehrszentrum liegt unmittelbar südlich der Landstraße am unteren Bildrand):

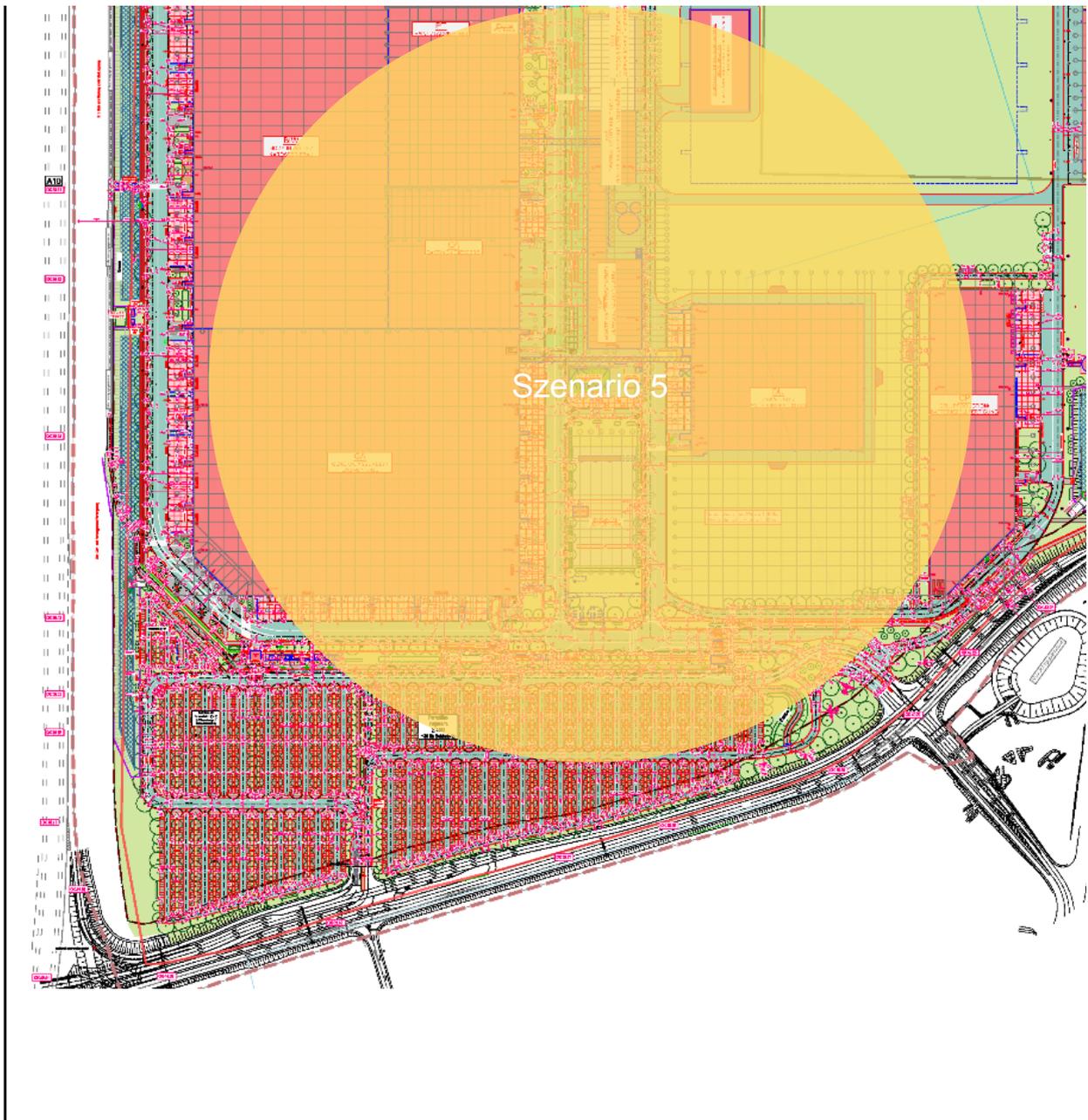


Abbildung 1: Anlage 8 des neu gefassten GfBU-Gutachtens, S. 69.

Die Einbeziehung dieser Gebäude in die Ermittlung des angemessenen Sicherheitsabstands kann nicht (wie es das neugefasste GfBU-Abstandsgutachten – Anlage ASt 13 – auf S. 8 tut) mit dem Argument in Abrede gestellt werden, sie würden nicht gleichzeitig durch mehr als 100 Personen genutzt. Anders als die Beigeladene auf S. 21 f. suggeriert, ist in der Rechtsprechung keineswegs entschieden, dass öffentlich genutzte Gebäude erst bei Überschreiten dieser Grenze als Schutzobjekte i. S. v. § 3 Abs. 5d BImSchG für die Ermittlung des angemessenen Sicherheitsabstands relevant sind.

Das zitierte Urteil des OVG Münster vom 3. September 2009 – 10 D 121/07 stellt für Verbraucher-

und Möbelmärkte positiv fest, dass es sich um schutzbedürftige öffentlich genutzte Gebäude handelt, enthält jedoch keine Aussage zu einer Mindestanzahl gleichzeitig anwesender Personen. Das zitierte Urteil des VGH Kassel vom 26. März 2015 – 4 C 1566/12.N kommt zwar im konkreten Fall für die Ansiedlung eines Baustoff-Drive-Ins, für das eine Nutzung durch 36 Personen pro Stunde prognostiziert wird, in der Nähe eines Störfallbetriebs zu dem Schluss, dass das bestehende Gefährdungspotential hierdurch nicht signifikant erhöht werde (Rn. 79). Der VGH betont jedoch, dass es einer Betrachtung aller störfallrelevanten Faktoren im Einzelfall bedarf (Rn. 44; vgl. auch das in Rn. 43 zitierte Urteil des BVerwG vom 20. Dezember 2012 – 4 C 11.11 Rn. 16 ff.). Er hat zudem klargestellt, dass die Intensität der Nutzung lediglich für die konkrete Bemessung des Sicherheitsabstands und die Frage, ob ein Vorhaben ausnahmsweise innerhalb des Sicherheitsabstands zugelassen werden darf, eine Rolle spielt, ein geringer Publikumsverkehr jedoch nicht dazu geeignet ist, einem Betrieb überhaupt den Charakter als schutzbedürftiges öffentlich genutztes Gebäude abzuspochen (Rn. 41). Der Begriff des Publikumsverkehrs wird in Art. 13 Abs. 1 lit. a Seveso-III-RL anders als noch in Art. 12 Abs. 1 lit. c Seveso-II-RL nicht mehr verwendet; dementsprechend ist allein maßgeblich, dass ein Gebäude von einem grundsätzlich unbegrenzten und wechselnden Personenkreis genutzt werden kann (vgl. *Tophoven* in Giesberts/Reinhardt, BeckOK-UmweltR, BImSchG § 50 Rn. 12). Schließlich können aus der Zulässigkeit der Ansiedlung eines öffentlich genutzten Gebäudes in der Umgebung eines bestehenden Störfallbetriebs nicht ohne Weiteres Schlüsse für die Zulässigkeit der Ansiedlung eines neuen Störfallbetriebs neben einer bestehenden schutzbedürftigen Nutzung gezogen werden.

Die von der Beigeladenen ebenfalls zitierte „Arbeitshilfe zur Berücksichtigung des Art. 13 Seveso-III-Richtlinie im baurechtlichen Genehmigungsverfahren in der Umgebung von unter die Richtlinie fallenden Betrieben“ der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz verweist ihrerseits auf das Konzept zur Umsetzung der Seveso-III-Richtlinie in der Muster-Bauordnung (MBO), wonach bei gleichzeitiger Anwesenheit von über 100 Personen ein besonderes Verfahren anzuwenden ist. Auch hieraus ist nicht abzuleiten, dass im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens eines Störfallbetriebs Störfallauswirkungen auf von weniger als 100 Personen gleichzeitig genutzte Gebäude außer Betracht zu bleiben hätten.

Vielmehr kommt es auf die Betrachtung des Einzelfalles an. Wie in der Widerspruchs- und Antragsbegründung ausgeführt, liegt die Besonderheit des vorliegenden Falles darin begründet, dass der Störfall in den Szenarien 4 und 5 zur Bildung des bereits in geringen Mengen akut toxischen Gases Fluorwasserstoff bzw. bei Adsorption von Wasser zur Bildung von Fluorwasserstoff führt und vor diesem Hintergrund auch bei weniger als 100 betriebsfremden Personen nicht mehr sichergestellt werden kann, dass diese rechtzeitig evakuiert werden können.

Die Ausführungen im zitierten Urteil des VG Karlsruhe vom 22. Januar 2020 – 2 K 11024/18 (Rn. 42) beziehen sich allein darauf, dass im Fall des streitgegenständlichen Imbisses selbst die von der Fachkommission Städtebau verwendete 100-Personen-Grenze jedenfalls überschritten ist. Ihm ist nicht umgekehrt zu entnehmen, dass bei gleichzeitiger Anwesenheit von weniger als 100 Personen Störfallauswirkungen außer Betracht zu bleiben hätten.

ff) Ausstehende externe Begutachtung

Eine positive Genehmigungsprognose ist derzeit auch bereits deshalb nicht möglich, weil die Neufassung des GfBU-Abstandsgutachten zunächst einer externen Überprüfung durch einen bekanntgegebenen Sachverständigen nach § 29b BImSchG bedarf. Das GfBU-Gutachten kündigt diese Vorgehensweise einleitend auf S. 4 an, da das Referat T23 des Antragsgegners dies „empfohlen“ habe. Damit steht fest, dass es der Antragsgegner für eine tragfähige Beurteilung des Sicherheitsabstands für geboten hält, externen Sachverstand einzubeziehen. Wie bereits im Hinblick auf die Einwendungen des BBU und der Antragsteller zur Störfallsicherheit sieht sich der Antragsgegner also selbst nicht in der Lage, die aufgeworfenen Fragen selbst mit der erforderlichen Sicherheit beantworten zu können. Er hält vielmehr die Beiziehung eines externen Gutachters nach § 13 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 der 9. BImSchV für erforderlich. Ein solches Vorgehen ist überhaupt nur dann zulässig, wenn die Genehmigungsbehörde die Erstellung eines Sachverständigengutachtens für „erforderlich“ hält, sich also selbst außerstande sieht, den Sachverhalt ohne Beiziehung eines Sachverständigen zu beurteilen. Dieser Sachverstand ist dann aber Teil der für die Genehmigungsprognose nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erforderlichen Beurteilungsgrundlage (*Mann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht*, 94. EL Dezember 2020, BImSchG § 8a Rn. 50). Solange das externe Gutachten noch aussteht, darf daher keine Zulassung des vorzeitigen Beginns erteilt werden.

Ob das externe Gutachten die Einschätzung von GfBU bestätigen wird, kann angesichts der oben unter cc dargelegten erheblichen Zweifel an der Plausibilität der Berechnungen nur als offen angesehen werden.

3. Geänderte Antragsunterlagen

Auch die Einwände des Antragsgegners und der Beigeladenen gegen die Berücksichtigung der nach Erlass der angegriffenen Zulassung geänderten Antragsunterlagen im vorliegenden Eilverfahren dringen nicht durch. Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob es tatsächlich zutrifft, dass nachträgliche Veränderungen der Sach- und Rechtslage bei der Beurteilung von Verwaltungsakten zugunsten des Genehmigungsinhabers zu berücksichtigen sind, nicht dagegen zugunsten Drittbetroffener und klageberechtigter Umweltverbände. Eine solche Ungleichbehandlung wirft mit Blick auf den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit erhebliche Bedenken auf

und wird von den Gerichten auch nicht so einhellig angenommen, wie die Beigeladene suggeriert (offen gelassen etwa in dem zitierten Beschluss des OVG Magdeburg vom 8. März 2019 – 2 M 154/18, Rn. 23); gerade im Immissionsschutzrecht mit seinen dynamischen Betreiberpflichten kann hierfür auch kein starker Bestandsschutz ins Feld geführt werden. Dies gilt erst Recht für gem. § 8a Abs. 2 qua Gesetz widerrufliche Zulassungen des vorzeitigen Beginns, auf deren Fortbestand damit nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers von vornherein nur in äußerst eingeschränkten Maß vertraut werden kann.

Aber selbst wenn dies so sein sollte oder wenn im Hauptsacheverfahren einheitlich auf die Sach- und Rechtslage der letzten Behördenentscheidung abzustellen ist, verkennt die Beigeladene hier die besondere Situation im einstweiligen Rechtsschutzverfahrens, während die Entscheidung über den Widerspruch noch aussteht. In diesem Fall ist die Sach- und Rechtslage nicht etwa zum Zeitpunkt des Erlasses des Ausgangsverwaltungsakts, sondern vielmehr zum Zeitpunkt der Eilentscheidung maßgeblich: Da die Widerspruchsbehörde, auf deren Entscheidung es im Hauptsachverfahren ankommt, verpflichtet ist, nach Erlass des Verwaltungsakts durch die Ausgangsbehörde eingetretene Veränderungen zu berücksichtigen, kann dies auch dem Verwaltungsgericht nicht verwehrt sein (*Schoch* in Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand 39. EL Juli 2020, § 80 Rn. 421; *Hoppe* in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, Rn. 106; VGH Mannheim, Beschluss vom 1. September 2005 – 11 S 877/05 Rn. 6). Vielmehr wäre die Antragsgegnerin angesichts des anhängigen Widerspruchsverfahrens und ihrer Pflicht, in dessen Rahmen eine vollständige Überprüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts vorzunehmen, bereits in ihrer Entscheidung über den Aussetzungsantrag verpflichtet gewesen, die neue Sachlage zu berücksichtigen. Dass sie dies unterlassen hat, führt nicht etwa dazu, dass dies auch dem Verwaltungsgericht verwehrt wäre – sondern im Gegenteil zur Rechtswidrigkeit ihrer Ablehnungsentscheidung und zur Begründetheit des gerichtlichen Eilantrags.

[signiert mit qualifizierter elektronischer Signatur]

Thorsten Deppner
Rechtsanwalt