

Thomas Mann | Klaus Mainzer  
Peter Kersandt | Martin Spieler (Hrsg.)

# Recht und Verantwortung

Festschrift  
für  
Andrea Versteyl



**Nomos**

© Bild S. 3: Herr Dr. med. Thomas Heil

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

ISBN 978-3-7560-1213-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-1740-3 (ePDF)



Onlineversion  
Nomos eLibrary

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Die Zulassung vorzeitigen Beginns im Umweltrecht – ein „Vorhabenbeschleuniger“ im Überblick

*Martin Dippel*

## A. Einleitung

Über die Beschleunigung von Planungs- und Zulassungsverfahren und das Spannungsverhältnis zwischen Verfahrensbeschleunigung und effektivem Rechtsschutz wird seit etwa 30 Jahren diskutiert, in der letzten Zeit wieder besonders intensiv.<sup>1</sup> Auch Andrea Versteyl hat dazu beigetragen.<sup>2</sup> Das Wichtigste zuerst: Die Zulassung vorzeitigen Beginns – ein im Umweltrecht höchst praxisrelevanter Zwischenschritt im Verfahren – beschleunigt zwar nicht das gesamte Genehmigungsverfahren, sehr wohl aber die Verwirklichung des zur Genehmigung gestellten Vorhabens.

---

1 Vgl. als (möglicherweise nur vorläufigen) Abschluss der Beschleunigungsbemühungen das Gesetz zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren im Infrastrukturbereich, RegE vom 11.01.2023, BT-Drs. 20/5165; aus der rechtswissenschaftlichen Diskussion exemplarisch *Burgi/Nischwitz/Zimmermann*, Beschleunigung bei Planung, Genehmigung und Vergabe, NVwZ 2022, 1321 ff.; ferner *Roth*, Planungs- und Genehmigungsbeschleunigung, ZRP 2022, 82 ff. mit einem Überblick über die „Beschleunigungsgesetzgebung“ seit Anfang der 1990er Jahre; aus dem älteren Schrifttum vgl. nur *Wasielowski*, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – Inhalt und Bewertung der neuen Beschleunigungsgesetze unter besonderer Berücksichtigung des Immissionsschutzrechts, LKV 1997, 77 ff.; *Schäfer*, Die Beschleunigungsnovellen zum Immissionsschutzrecht, NVwZ 1997, 526 ff., sowie *Schmitz/Wessendorf*, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz – Neue Regelungen im VwVfG und der Wirtschaftsstandort Deutschland, NVwZ 1996, 955 ff.; kritisch zu diesen Ansätzen bspw. *Tefzner*, Entwurf eines Verfahrensbeschleunigungsgesetzes: Beschleunigung durch Abbau von Verwaltungskontrolle und Verfahrensrechten?, ZUR 2006, 469 ff., und (für den Anwendungsbereich des NABEG) *Baumann/Brigola*, Das Gesetz zur Beschleunigung des Energieleitungsausbaus und die Bremskraft der Garantie des effektiven Rechtsschutzes – eine Analyse im Anwendungsbereich des NABEG, DVBl. 2020, 324 ff.

2 *Versteyl*, Beschleunigung von Genehmigungsverfahren – aber wie?, I+E 2020, 31 ff. (Teil 1), und – gemeinsam mit *Marschhäuser* – I+E 2020, 76 ff. (Teil 2).

## I. Die bestehenden Regelungen

Die Zulassung vorzeitigen Beginns ist die vorübergehende Aufhebung eines grundsätzlich bestehenden Verbots einer genehmigungs- oder zulassungspflichtigen Maßnahme vor Erteilung der Zulassung.<sup>3</sup> Soweit es das Umweltrecht<sup>4</sup> betrifft, finden sich Regelungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns einer Maßnahme bzw. eines Vorhabens in § 8a BImSchG (modifiziert durch § 5 Abs. 1 Nr. 5 des LNG-Beschleunigungsgesetzes – LNGG – und durch § 31e BImSchG während einer Gasmangellage) für die Errichtung oder Änderung einer immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtigen Anlage, in §§ 17, 69 Abs. 2 WHG für erlaubnis- oder bewilligungspflichtige Gewässerbenutzungen sowie wasserrechtliche Planfeststellungen, in § 37 KrWG für die Errichtung einer Deponie, in § 57b BBergG für die Ausführung eines planfeststellungspflichtigen oder rahmenbetriebsplanpflichtigen Vorhabens, in § 67a UVPG für ein planfeststellungs- oder plangenehmigungspflichtiges Vorhaben nach Anlage 1 Nr. 19.7 UVPG (dies sind werksüberschreitende Rohrleitungsanlagen zum Befördern von Dampf oder Warmwasser) oder – sofern man dies ebenfalls in den umweltrechtlichen Kontext einordnet – in § 44c EnWG für planfeststellungs- oder plangenehmigungspflichtige Vorhaben im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 6 und Abs. 2 EnWG (hierbei handelt es sich um bestimmte Energieleitungen – Strom, Gas – einschließlich der für den Betrieb der Leitungen notwendigen Anlagen wie Konverter, Verdichter, Umspannanlagen, Speicher etc.).<sup>5</sup>

Zu diesen auf die Bereiche Industrie, Versorgung und Entsorgung bezogenen Regelungen kommen vergleichbare Regelungen im Bereich der Verkehrsinfrastruktur, die nachfolgend jedoch nicht näher betrachtet werden

3 Siehe nur BVerwG, Beschluss vom 30.04.1991 – 7 C 35/90, NVwZ 1991, 994 (995); OVG Bautzen, Beschluss vom 14.07.2020 – 4 B 169/19, BeckRS 2020, 20498, Rn. 40; OVG Münster, Beschluss vom 10.11.2020 – 8 B 1409/20.AK, juris, Rn. 22 ff.

4 Siehe aber auch für das Bauordnungsrecht die Regelung über den vorzeitigen Baubeginn in § 72a Abs. 1 S. 2 bis 5 der Hamburgischen Bauordnung für Aufnahmeeinrichtungen, Flüchtlings- oder Asylbewerberunterkünfte.

5 Keine Zulassung vorzeitigen Beginns eines Vorhabens ist die in vielen Vorschriften des Fachplanungsrechts (vgl. z.B. § 18f FStrG) enthaltene, auch in energierechtlichen Vorschriften (vgl. § 44b Abs. 1 EnWG, § 27 Abs. 1 NABEG) geregelte vorzeitige Besitzeinweisung, weil damit kein Errichtungsverbot vorläufig suspendiert wird, sondern allein der Zugriff auf ein für das Vorhaben benötigtes Grundstück ermöglicht wird, vgl. Riege, in: BeckOK EnWG, Stand 01.12.2022, § 44b, Rn. 60; Stender-Vorwachs, in: Schink/Versteyl/Dippel (Hrsg.), NABEG, 2016, § 27, Rn. 21.

sollen: § 17 Abs. 2 FStrG (vorläufige Anordnungen zur Festsetzung vorbereitender Maßnahmen oder Teilmaßnahmen für Bundesfernstraßen), § 18 Abs. 2 AEG (vorläufige Anordnung zur Festsetzung vorbereitender Maßnahmen oder Teilmaßnahmen an Eisenbahnstrecken) oder § 14 WaStrG (vorläufige Anordnung zur Festsetzung vorbereitender Maßnahmen oder Teilmaßnahmen an Bundeswasserstraßen).

Die Zulassung vorzeitigen Beginns hat nicht den Sinn und auch nicht den Inhalt, im Hinblick auf das Vorhaben gewisse abtrennbare Teile eines Vorhabens endgültig vorab zu genehmigen. Vielmehr soll dem Vorhabenträger lediglich aus Beschleunigungsgründen ermöglicht werden, das in diesem Verfahrensstadium grundsätzlich noch bestehende präventive Errichtungs- bzw. Benutzungsverbot nicht beachten zu müssen. Deshalb können auch mehrere, in einem anhängigen Verfahren gegebenenfalls hintereinander gestaffelte Bescheide über die Zulassung des vorzeitigen Beginns bestimmter Vorhabenteile – anders als Teilgenehmigungen – keine Vollgenehmigung ersetzen.<sup>6</sup> Die Zulassung vorzeitigen Beginns setzt einen entsprechenden Antrag des Vorhabenträgers voraus. Das ist in § 8a BImSchG, in § 17 WHG und in § 44c Abs. 1 Satz 3 EnWG ausdrücklich geregelt, ist aber auch für die Zulassung vorzeitigen Beginns in § 37 KrWG (hier ist nur die Verlängerung einer Zulassung vorzeitigen Beginns ausdrücklich mit einem Antragserfordernis versehen) unstreitig.<sup>7</sup> Insofern verhält es sich anders als bei den vorläufigen Anordnungen in den Infrastrukturgesetzen (FStrG, AEG, WaStrG). Die vorläufige Anordnung vorbereitender Maßnahmen oder Teilmaßnahmen zum Bau oder zur Änderung eines Infrastrukturprojekts erfolgt von Amts wegen und setzt lediglich ein anhängiges Planfeststellungsverfahren, nicht aber einen gesonderten Antrag des (regelmäßig öffentlichen) Vorhabenträgers voraus.

## II. Hohe praktische Bedeutung

Die praktische Bedeutung der Regelungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns ist enorm: Das betrifft nicht nur so „spektakuläre“ Vorhaben wie

6 BVerwG, Beschluss vom 30.4.1991 – 7 C 35/90, NVwZ 1991, 994 (995); OVG Bautzen, Beschluss vom 14.07.2020 – 4 B 169/19, BeckRS 2020, 20498, Rn. 40.

7 Siehe Beckmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 24; Fellenberg/Schiller, in: Jarass/Petersen, KrWG, 2. Auflage 2022, § 37, Rn. 11.



die Tesla-Fabrik Grünheide in Brandenburg<sup>8</sup> oder den Bau des LNG-Terminals Wilhelmshaven<sup>9</sup> oder der dazu gehörenden LNG-Anbindungsleitung WAL<sup>10</sup>, sondern auch eine Vielzahl „gewöhnlicher“ Vorhaben im Bereich der Industrie und der Abfallentsorgung. So sind dem Verfasser allein aus der eigenen Praxis in den Jahren 2021 und 2022 beispielsweise Behördenentscheidungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns wesentlicher Änderungen eines Zementwerks, einer Anlage zur Herstellung von Nahrungsmitteln oder einer Anlage zur Herstellung von Holzwerkstoffen bekannt, bei denen es jeweils um hohe Investitionssummen ging.

Sucht man unter dem Stichwort „Zulassung vorzeitigen Beginns“ im Internet, wird man umfassend fündig. So hat beispielsweise die Bezirksregierung Münster unter dem 7. Januar 2021 die Zulassung vorzeitigen Beginns gemäß § 37 KrWG für vorbereitende Maßnahmen zur Erweiterung und Erhöhung einer Zentraldeponie ausgesprochen. Das schleswig-holsteinische Landesamt für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume (LLUR) hat auf der Basis des § 8a BImSchG Gründungsarbeiten für eine Klärschlamm-Monoverbrennungsanlage zugelassen, worüber der Vorhabenträger in einer Pressemitteilung vom 7. Mai 2021 informiert hat. Die Stadt Nürnberg benennt auf ihrer Internetseite die Zulassung vorzeitigen Beginns des Probetriebs einer Anlage zur Trennung von Verbundstoffen zur Rohstoffgewinnung, die am 17. März 2022 genehmigt wurde. Den Bereich der Entsorgungswirtschaft betrifft auch die Zulassung vorzeitigen Beginns gemäß § 8a BImSchG von Gründungs- und Erdarbeiten für die wesentliche Änderung einer Klärschlammverbrennungsanlage in Hamburg durch die dortige Behörde für Umwelt, Klima, Energie und Agrarwirtschaft, über die die Behörde am 12. April 2022 informierte. Für den Bereich der Energieerzeugung informiert der Kreis Euskirchen unter dem 19. Januar 2022 in einer öffentlichen Bekanntmachung darüber, dass er auf der Basis des

8 Für dieses Projekt wurde ausweislich der Angaben im Genehmigungsbescheid vom 4.3.2022 während des laufenden Genehmigungsverfahrens 19 Mal vom Instrument der Zulassung vorzeitigen Beginns Gebrauch gemacht, vgl.: [Häufig gestellte Fragen zur Tesla-Ansiedlung](#) | Landesregierung Brandenburg; siehe auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20, ZUR 2020, 368 ff.

9 Vgl. hierzu die Pressemitteilung des NLWKN vom 10.05.2022 unter [www.nlwkn.niedersachsen.de](http://www.nlwkn.niedersachsen.de): [LNG-Terminal Wilhelmshaven: Vorzeitiger Baubeginn nur unter Einhaltung strenger Vorgaben](#) | Nds. Landesbetrieb für Wasserwirtschaft, Küsten- und Naturschutz ([niedersachsen.de](http://niedersachsen.de)); ferner Ludwigs, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in Krisenzeiten, NVwZ 2022, 1086 (1090).

10 Vgl. die Pressemitteilung des Landesamtes für Bergbau, Energie und Geologie (LBEG) Niedersachsen vom 24.06.2022, [www.lbeg.niedersachsen.de](http://www.lbeg.niedersachsen.de).

§ 8a BImSchG die Räumung der Baufelder, den Wegebau und den Aushub der Fundamentgruben für drei Windenergieanlagen zugelassen hat. Den Bereich der Energiewirtschaft betrifft auch eine Entscheidung nach § 8a BImSchG des Landratsamts Wunsiedel im Fichtelgebirge vom 11. März 2021, mit der vorbereitende Maßnahmen zur Errichtung und zum Betrieb eines Elektrolyseurs am Standort Wunsiedel (im Wesentlichen Baugrunderdichtung, Herstellung von Baustraßen und Herstellung von Medienanschlüssen) zugelassen werden. Wiederum die Stadt Nürnberg gibt eine Entscheidung gemäß § 8a BImSchG bekannt, mit der sie am 13. August 2021 vorbereitende Maßnahmen (Bodenabtrag, Bodenbeprobung) für die Errichtung von Motorenprüfständen zugelassen hat. Für den Bereich des Hochwasserschutzes lässt sich eine Entscheidung der Stadt Braunschweig vom 7. Dezember 2010 auf der Basis der §§ 17, 69 Abs. 2 WHG finden, mit der der Baubeginn eines Hochwasserrückhaltebeckens vorzeitig zugelassen wird. Der vorzeitige Beginn einer Haldenkapazitätserweiterung gemäß § 57b BBergG schließlich war Gegenstand eines Beschlusses des VG Magdeburg vom 17. Juli 2020,<sup>11</sup>

Diese mehr oder minder zufällige Auswahl aktueller, im Internet veröffentlichter Entscheidungen über die Zulassung des vorzeitigen Beginns eines Vorhabens oder einer Maßnahme aus einem kurzen Zeitraum belegt die enorme praktische Bedeutung der Regelungen in den Fachgesetzen über die Zulassung vorzeitigen Beginns. Gestützt wird dies beispielsweise auch durch ein Papier des Verbandes der Chemischen Industrie e. V. (VCI) vom 22. Oktober 2020. Darin macht der VCI einen Vorschlag zur Neuregelung des § 8a BImSchG, der einem in einer Pandemiesituation bestehenden erhöhten Interesse an einer beschleunigten Zulassung von Anlagen nach dem BImSchG zur Herstellung von Impfstoffen (Anlagen gemäß Nr. 4.1 des Anhangs 1 der 4. BImSchV) Rechnung tragen soll.<sup>12</sup> Wenn daher im Schrifttum etwas apodiktisch die Auffassung vertreten wird, das Instrument der Zulassung vorzeitigen Beginns habe, bevor es mit der „Tesla Gigafactory“ in Grünheide bei Berlin schlagartig ins Licht der Öffentlichkeit gerückt wurde, „in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren bisher kaum eine

11 VG Magdeburg, Beschluss vom 17.7.2020 – 3 B 158/20, BeckRS 2020, 28544.

12 Microsoft Word – VCI Loesungsvorschlaege Beschleunigung der Verfahren zur Impfstoffherstellung\_Anlage Schreiben VCI Praesident (003) (zuletzt abgerufen am 21.2.2023).



Rolle gespielt<sup>13</sup>, so kann dies kaum nachvollzogen werden. Richtig ist, dass dieses Instrument mindestens im Bereich der Industrie- und Entsorgungsanlagen, die durch das BImSchG geregelt sind, aber auch im Bereich der Wasserversorgung, der Abwasserentsorgung und des Hochwasserschutzes schon seit seiner Einführung eine ganz erhebliche Rolle gespielt hat. Dass die Zulassungen vorzeitigen Beginns für die „Tesla Gigafactory“ oder für das LNG-Terminal Wilhelmshaven bzw. die Anschlussleitung an das Gasnetz besonders prominente Beispiele für das Instrument der Zulassung vorzeitigen Beginns sind, steht dem viel breiter gefächerten praktischen Bedarf in der Vergangenheit und in der Gegenwart keineswegs entgegen.

## B. Voraussetzungen der Zulassung vorzeitigen Beginns

### I. Regelungsvergleich

Die fachgesetzlichen Tatbestände über die Zulassung vorzeitigen Beginns eines Vorhabens sind ähnlich strukturiert.

Es muss in allen Fällen mit einer Entscheidung zugunsten des Antragstellers (§ 8a Abs. 1 BImSchG), des Benutzers (§ 17 Abs. 1 WHG), des Vorhabenträgers (§ 37 Abs. 1 KrWG, § 67a Abs. 1 UVPG, § 44c Abs. 1 EnWG) oder des Unternehmers (§ 57b Abs. 1 BBergG) gerechnet werden können. Das setzt jeweils eine positive Prognose im Hinblick auf den Abschluss des jeweiligen Genehmigungs-, Zulassungs- oder Planfeststellungsverfahrens voraus, nicht aber – das widerspräche dem Gesetzeswortlaut und dem Charakter einer Prognose – eine Gewissheit im Hinblick auf den Ausgang des Verfahrens.<sup>14</sup> Ein zweites Strukturelement, welches den Tatbeständen über die Zulassung vorzeitigen Beginns gemeinsam ist, ist ein öffentliches oder ein berechtigtes Interesse des Antragstellers/Benutzers/Vorhabenträgers an dem vorzeitigen Beginn, welches sowohl § 8a BImSchG als auch § 37 Abs. 1 KrWG, § 17 Abs. 1 WHG, § 52b Abs. 1 BBergG, § 67a Abs. 1 UVPG und schließlich auch § 44c Abs. 1 EnWG fordern. Gemeinsam ist den Tatbeständen über die Zulassung vorzeitigen Beginns auch, dass der Antragsteller eine Verpflichtung übernehmen muss, im Fall einer Nichtzulassung seines Vorhabens den früheren Zustand wiederherzustellen. Das verlangen § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG, § 17 Abs. 1 Nr. 3 WHG, § 37 Abs. 1 KrWG, § 57b Abs. 1

<sup>13</sup> So *Hohnerlein*, Die Zulassung des vorzeitigen Beginns umweltrelevanter Vorhaben als Interimsentscheidung, NVwZ 2022, 750.

<sup>14</sup> Zu den Einzelheiten der positiven Prognose siehe unter B. II.

Nr. 4 BBergG und auch § 67a Abs. 1 Nr. 5 lit. b UVPG. Lediglich § 44c Abs. 1 Nr. 4 lit. b EnWG verlangt nicht die Herstellung des früheren Zustandes im Fall der Nichtzulassung des Vorhabens, sondern die Herstellung eines „im Wesentlichen gleichartigen Zustands“, wie er vor Durchführung der Maßnahmen des vorzeitigen Baubeginns bestand.

Abweichende Formulierungen gibt es bei § 8a BImSchG i.V.m. § 31e BImSchG oder i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 5 LNGG, welche die Zulassung vorzeitigen Beginns in einer Gasmangellage oder für LNG-Anlagen regeln. In Anwendung dieser Vorschriften kann die Genehmigungsbehörde den vorzeitigen Beginn bereits vor dem Vorliegen vollständiger Antragsunterlagen – also im frühestmöglichen Stadium des Genehmigungsverfahrens bei noch unvollständigem Genehmigungsantrag – unter bestimmten Voraussetzungen zulassen. Allerdings ist es in einem solchen Fall erforderlich, dass auch ohne Berücksichtigung noch fehlender Unterlagen mit einer Entscheidung zugunsten des Antragstellers gerechnet werden kann (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 lit. c LNGG, § 31e Abs. 2 Nr. 2 BImSchG). Von dem Erfordernis der positiven Prognose wird also auch unter der besonderen Eilbedürftigkeit solcher Vorhaben nicht abgerückt.

Eine zusätzliche Voraussetzung für die Zulassung vorzeitigen Beginns enthält § 57b BBergG. Diese ist den Besonderheiten des Bergrechts geschuldet, weil es hier zu deutlichen Beeinträchtigungen der „gewachsenen“ Natur und Landschaft – zum Beispiel bei größeren Rohstoffabbauvorhaben – kommen kann. Eine nicht wiedergutzumachende Beeinträchtigung von Natur und Landschaft darf nicht zu besorgen sein (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 BBergG), sonst wäre die Zulassung des vorzeitigen Beginns im Bergrecht nicht möglich. § 67a Abs. 1 Nr. 3 UVPG und § 44c Abs. 1 Nr. 3 EnWG verlangen ausdrücklich, dass der Vorhabenträger im Zuge des vorzeitigen Baubeginns nur Maßnahmen durchführen darf, die reversibel sind. Dies wird von den übrigen Bestimmungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns nicht ausdrücklich gefordert. § 67a Abs. 1 Nr. 4 UVPG verlangt schließlich – insoweit anders als die anderen Regelungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns –, dass der Vorhabenträger über die für die Maßnahmen notwendigen privaten Rechte verfügt.

Durchweg setzt die Zulassung vorzeitigen Beginns bzw. Baubeginns einen Antrag des Vorhabenträgers/Gewässerbenutzers/Unternehmers voraus, ohne den die Zulassung vorzeitigen Beginns nicht ausgesprochen werden darf. Die Zulassung vorzeitigen Beginns ist (anders als die vorläufige An-



ordnung nach § 17 Abs. 2 FStrG, § 14 Abs. 2 WaStrG oder § 18 Abs. 2 AEG, die keinen Antrag des Vorhabenträgers erfordert) folglich ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt. Fehlt der Antrag, führt das zur Rechtswidrigkeit der Zulassung vorzeitigen Beginns.<sup>15</sup> Ebenso durchweg ergehen die Zulassungsentscheidungen über den vorzeitigen Beginn unter dem gesetzlichen Vorbehalt des Widerrufs. Das bedeutet indessen nicht, dass ein Widerruf quasi nach Gutdünken erfolgen dürfte. Vielmehr hat die Behörde insoweit ein Ermessen, welches sie pflichtgemäß (vgl. § 40 VwVfG) auszuüben hat, bevor sie einen Widerruf ausspricht.<sup>16</sup>

Wenn somit auch im Einzelnen unterschiedliche Voraussetzungen für die Zulassung vorzeitigen Beginns bestehen, so zeigt sich doch, dass die wesentlichen Strukturelemente der einzelnen fachgesetzlichen Regelungen vergleichbar sind.<sup>17</sup>

## II. Die Voraussetzungen im Einzelnen

Vergleicht man die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung des vorzeitigen Beginns nach den genannten umweltrechtlichen Bestimmungen, so stellt man schnell fest, dass ihnen ein unterschiedlich ausgeprägtes, jedoch insgesamt ganz erhebliches Potenzial zukommt, was die *Vorhabenbeschleunigung* angeht. Die *Verfahrensbeschleunigung* tritt hingegen bei den Regelungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns in den Hintergrund, weil die Zulassung vorzeitigen Beginns, wie oben ausgeführt, nicht das Genehmigungsverfahren als solches beschleunigen kann, sondern lediglich den Vorhabenträger von dem Verbot, ohne eine Zulassung sein Vorhaben zu verwirklichen, vorübergehend partiell freistellt und ihn damit in die Lage versetzt, mit seinem Vorhaben parallel zum fortschreitenden Zulassungs-

<sup>15</sup> Zum Antragsfordernis als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakte vgl. nur *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage 2023, § 35, Rn. 239; *von Alemann/Scheffczyk*, in: BeckOK VwVfG, Stand I.1.2023, § 35, Rn. 80.

<sup>16</sup> Vgl. exemplarisch *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 97; *Jarass*, BImSchG, 14. Auflage 2022, § 8a, Rn. 22 mit Verweis auf § 21, Rn. 20 f.; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage 2023, § 49, Rn. 11, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>17</sup> Vgl. in diesem Sinne auch *Ewer*, Beschleunigter Beginn des Baus von Fernwärmeleitungen, EurUP 2020, 270 (272) und *Hebrock*, Der vorzeitige Baubeginn im Energiewirtschaftsrecht – ein Überblick, UWP 2021, 122.

verfahren nach näherer Maßgabe beginnen zu dürfen. Für die materiellen Voraussetzungen der Zulassung vorzeitigen Beginns gilt im Einzelnen:

### I. Wahrscheinlichkeit der Entscheidung zugunsten des Antragstellers

Die Zulassung vorzeitigen Beginns verlangt nach den fachgesetzlichen Regelungen durchweg die Prognose, dass mit einer Entscheidung zugunsten des Antragstellers/Vorhabenträgers/Benutzers gerechnet werden kann (§ 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, § 17 Abs. 1 Nr. 1 WHG, § 37 Abs. 1 Nr. 1 KrWG, § 57b Abs. 1 Nr. 1 BBergG, § 67a Abs. 1 Nr. 1 UVPG sowie § 44c Abs. 1 Nr. 1 EnWG).

#### a)

Anknüpfungspunkt für diese Prognose ist dabei grundsätzlich die Genehmigungsfähigkeit des gesamten Vorhabens.<sup>18</sup> Diese positive Prognose entfaltet keine Bindungswirkung für die endgültige Entscheidung. Die Prognose, dass mit einer Entscheidung zugunsten des Trägers des Vorhabens bzw. des Unternehmers oder des Benutzers gerechnet werden kann, ist nicht (feststellender) Regelungsbestandteil der Zulassung vorzeitigen Beginns, sondern vielmehr tatbestandliche Voraussetzung der Zulassungsentscheidung. Damit fehlt es an einer Rechtfertigung dafür, dieser Prognose einen Regelungscharakter und damit Bindungswirkung beizumessen. Das ist in der Rechtsprechung geklärt<sup>19</sup> und in der Kommentarliteratur unbestritten.<sup>20</sup> Hinsichtlich der Detailausgestaltung eines Vorhabens können bei der Zulassung vorzeitigen Beginns folglich durchaus noch Fragen offen-

<sup>18</sup> Siehe zum Beispiel *Enders*, in: BeckOK Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 15; *Klages*, in: BeckOK Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 4; *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 6; *Hermeier/Kalimna*, in: BeckOK EnWG, § 44c, Rn. 10; *Dippel*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG UmwRG, 2. Auflage 2023, § 67a, Rn. 5, jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>19</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.4.1991 – 7 C 35/90, NVwZ 1991, 994 (995); VGH München, Beschluss vom 23.9.2021 – 22 A 20.40011, BeckRS 2021, 28464, Rn. 5; OVG Münster, Beschluss vom 10.11.2020 – 8 B 1409/20.AK, juris, Rn. 26; OVG Bautzen, Beschluss vom 14.7.2020 – 4 B 169/19, BeckRS 2020, 20498, Rn. 39; OVG Magdeburg, Beschluss vom 24.8.2016 – 2 M 43/16, KommJur 2017, 77 (79).

<sup>20</sup> Vgl. nur *Jarass*, BImSchG, 14. Auflage 2022, § 8a, Rn. 19; *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 33; *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 6.



bleiben, soweit sie nur insgesamt lösungsfähig erscheinen und damit der Genehmigungsfähigkeit nicht von vornherein entgegenstehen. Die konkret zur vorzeitigen Zulassung beantragte Maßnahme als Teil des gesamten Vorhabens bedarf allerdings einer detaillierteren Prüfung dahingehend, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit das Vorhaben in den entsprechenden Teilbereichen auch konkret so genehmigt werden wird, wie es in Teilen vorzeitig ausgeführt werden soll. Auch darüber besteht in Rechtsprechung und Kommentarliteratur kein Streit.<sup>21</sup>

Ebenfalls weitgehende Einigkeit besteht im Hinblick auf die Frage, was der Entscheidungsmaßstab für die anzustellende Prognose ist. Anknüpfungspunkt für die Genehmigungsprognose ist grundsätzlich die Genehmigungsfähigkeit des Gesamtvorhabens.<sup>22</sup> Der Genehmigung dürfen keine unüberwindbaren Hindernisse entgegenstehen, wobei zwar eine bloße Evidenzprüfung nicht ausreicht, aber dennoch an die Zulassungsprognose keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind<sup>23</sup> – eben weil es sich um eine Prognose handelt und noch nicht um eine Vollprüfung.<sup>24</sup> Eine Detailprüfung der offenen Fragen ist also nicht verlangt. Dies würde nach übereinstimmender Auffassung die abschließende Entscheidung vorwegnehmen und damit dem Sinn des Instruments der Zulassung eines vorzeitigen Beginns zuwiderlaufen.

b)

Im Gegensatz hierzu besteht keineswegs Einigkeit, was die Bewertungsgrundlage für die Prognoseentscheidung ist. Dass dafür ausreichende Informationen vorliegen müssen, ist zwar unbestritten. Wann genau dieser Zeitpunkt aber erreicht ist, sagt das Gesetz nicht. Auch der vom Umweltministerium NRW 2022 herausgegebene Leitfaden für das Genehmigungs- und Anzeigeverfahren nach dem BImSchG, nach eigenem Anspruch ein Leitfa-

21 Vgl. *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 40; *Hermeier/Kalinna*, in: BeckOK EnWG, § 44c, Rn. 10.

22 Vgl. statt vieler nur *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 39; *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 6; *Hebrock*, Der vorzeitige Beginn im Energiewirtschaftsrecht, UWP 2021, 122 (125).

23 So mit Recht *Enders*, in: BeckOK Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 15; ähnlich *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 31.

24 Vgl. ähnlich für die Prüfungstiefe bei der UVP-Vorprüfung BVerwG, Urteil vom 18.12.2014 – 4 C 36/13, juris, Rn. 29.

den „für ein optimiertes und beschleunigtes Verfahren in NRW“, schweigt sich hierzu aus. Dort wird nur ausgeführt, Voraussetzung sei, dass die Erteilung der Genehmigung überwiegend wahrscheinlich sei und die Prognose umso mehr Substanz besitzen müsse, je mehr Errichtungsmaßnahmen zugelassen würden.<sup>25</sup> Diese Formulierung ist in ihrer Allgemeinheit zwar zutreffend, stellt aber die Anwendungspraxis „am Fall“ vor Schwierigkeiten.

Für eine ausreichende Bewertungsgrundlage müssen zunächst (Regelungen in der Gasmangellage ausgenommen) die vollständigen Antragsunterlagen vorliegen. Die Vollständigkeit ist an dieser Stelle ein formales Kriterium. Gemeint sind damit die nach § 7 Abs. 1 der 9. BImSchV bzw. nach § 73 Abs. 1 Satz 2 VwVfG vollständigen Unterlagen, also diejenigen Unterlagen, die das Vorhaben, seinen Anlass und die von dem Vorhaben betroffenen Grundstücke und Anlagen erkennen lassen (§ 73 Abs. 1 Satz 2 VwVfG), bzw. diejenigen Unterlagen, die nach der 9. BImSchV zum notwendigen Umfang eines Genehmigungsantrags gehören. Diese formale Vollständigkeit im Sinne einer Prüffähigkeit des Antrags ist dann erfüllt, wenn die Unterlagen sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens verhalten und sie die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen. Nicht vollständig sind Unterlagen nur dann, wenn sie rechtlich relevante Fragen vollständig ausblenden. Die Unterlagen müssen nicht schon die Genehmigungsfähigkeit belegen, um in diesem Sinne vollständig zu sein. Es ist also nicht erforderlich, dass zum Beispiel ein vorzulegendes Gutachten der Prüfung in jeder Hinsicht standhält und keine weiteren fachlichen Fragen aufwirft. Dies ist in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt.<sup>26</sup> Diese formale Vollständigkeit ist also nicht zu verwechseln mit einer abschließenden „Vollständigkeit“ des Genehmigungsantrags unmittelbar vor Ausspruch der Zulassungsentscheidung, nachdem zur abschließenden materiellen Prüfung gegebenenfalls im Laufe des Verfahrens weitere Unterlagen vorgelegt wurden, auf deren Basis dann alle Zulassungsvoraussetzungen für das jeweilige Vorhaben abschließend geprüft werden können.<sup>27</sup> Ebenso wird noch einheitlich beurteilt,

25 Vgl. den Leitfaden „Das Genehmigungs- und Anzeigeverfahren nach dem BImSchG“ des Umweltministeriums NRW, 2021, verfügbar unter [www.umwelt.nrw.de](http://www.umwelt.nrw.de), Ziffer II.3, S. 110.

26 BVerwG, Urteil vom 25.6.2020 – 4 C 3/19, NVwZ 2020, 1434 (1437); vgl. auch *Kämper*, in: BeckOK VwVfG, § 73, Rn. 6.

27 Vgl. BVerwG, oben Fn. 26, Rn. 26; auch *Kämper*, in: BeckOK VwVfG, § 73, Rn. 6, auch unter Hinweis auf § 73 Abs. 8 VwVfG; *Dippel*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG UmwRG, 2. Auflage 2023, § 67a UVPg, Rn. 6.



dass der Behörde die Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange (nach § 67a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UVPG und § 44c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EnWG zusätzlich die Stellungnahmen der Gebietskörperschaften, soweit diese nicht ohnehin Träger öffentlicher Belange sind) vorliegen müssen.<sup>28</sup>

c)

Kontrovers diskutiert wird, ob ein weitergehender Verfahrensstand erreicht sein muss, damit die positive Prognose mit der Feststellung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer Gesamtentscheidung getroffen werden kann. Dies hat das OVG Berlin-Brandenburg in dem Beschluss zur „Tesla Gigafactory“ vom 20. Februar 2020 für § 8a BImSchG dahingehend beantwortet, dass das Gesetz aufgrund der Anknüpfung an das laufende Genehmigungsverfahren zwar voraussetze, dass ein Genehmigungsantrag bereits gestellt wurde, dass hier aber weitere verfahrensrechtliche Voraussetzungen für die Zulassung des vorzeitigen Beginns nicht geregelt seien.<sup>29</sup> Das OVG führt weiter aus, aufgrund dieser gesetzlichen Regelungssystematik verbiete es sich, für die Zulassung vorzeitigen Beginns schematisch an die Durchführung bestimmter Verfahrensabschnitte im Genehmigungsverfahren anzuknüpfen. Entscheidend sei allein, ob davon ausgegangen werden könne, dass der Behörde im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung ausreichendes Tatsachenmaterial für ihre Prognose hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens vorlag. Das – so das OVG Berlin-Brandenburg – werde zwar „regelmäßig“ der Fall sein, wenn die gesetzlich vorgesehenen Beteiligungsverfahren durchgeführt seien, jedoch könne die genehmigende Behörde im Einzelfall auch schon vor Abschluss der erforderlichen Beteiligungsverfahren Kenntnis der entscheidungserheblichen Tatsachen erlangt haben, die ihr eine solche Prognose ermöglichen. Für den Fall der „Tesla Gigafactory“ hat das OVG Berlin-Brandenburg darauf abgestellt, dass das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung bereits weit fortgeschritten war: Die Auslegung war abgeschlossen, die Einwendungsfrist lief zwar noch, es

28 Siehe *Jarass*, BImSchG, 14. Auflage 2022, § 8a, Rn. 11; *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 49; *Klages*, in: BeckOK Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 4; *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 6.1; *Dippel*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG UmwRG, 2. Auflage 2023, § 67a, Rn. 6.

29 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20 –, ZUR 2020, 368 (370).

waren aber bis zum Erlass des vom OVG überprüften Bescheides über die Zulassung vorzeitigen Beginns 67 Einwendungsschreiben bei der Behörde eingegangen. Insofern habe die Behörde davon ausgehen dürfen, dass sich durch den Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung keine durchgreifenden weiteren Erkenntnisse ergeben werden. Diese Entscheidung ist in der Kommentarliteratur und im weiteren Schrifttum nicht nur zustimmend<sup>30</sup>, sondern auch kritisch aufgenommen worden.<sup>31</sup> Jedoch ist es mit dem Wortlaut der Vorschriften über die Zulassung vorzeitigen Beginns nur schwerlich zu vereinbaren, daraus indirekt weitergehende Verfahrensanforderungen abzuleiten und sehr formal auf einen bestimmten Verfahrensstand – beispielsweise den Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung infolge eines schon durchgeführten Erörterungstermins oder einer Onlinekonsultation – abzustellen. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns verlangen dies nicht, ein bestimmter formaler Verfahrensstand wird dort für die Entscheidung über die Zulassung vorzeitigen Beginns gerade nicht geregelt. Die positive Prognose zur Genehmigungsfähigkeit des Gesamtvorhabens ist nach dem Wortlaut des § 8a BImSchG mithin nicht schematisch mit einem bestimmten Verfahrensstand verbunden, selbst wenn mit jedem Verfahrensschritt die Entscheidungsgrundlage für eine positive Prognose „wächst“. Das gilt ähnlich für § 37 KrWG, § 17 WHG und § 57b BBergG. Lediglich § 67a UVPG und § 44c EnWG verlangen die Einbeziehung der Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange einschließlich der Gebietskörperschaften in die Prognoseentscheidung, nicht aber den Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung.<sup>32</sup> Vielmehr muss materiell gefragt werden, ob der Erkenntnisfortschritt im Verfahren schon eine ausreichende

30 Zustimmung erfährt der Beschluss z.B. bei *Steiger/Kramp*, Grüne Liga gegen Tesla – Kann und soll das Verbandsklagerecht eingeschränkt werden?, ZUR 2020, 358 ff.

31 Zur Kritik vgl. zum Beispiel *Hohnerlein*, Die Zulassung vorzeitigen Beginns umweltrelevanter Vorhaben als Interimsentscheidung, NVwZ 2022, 750 (755); *Mutert*, Anmerkung zum Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 20.2.2020 – 11 S 8/20, ZUR 2020, 373 (374); kritisch zur Zulassung vorzeitigen Baubeginns nach § 44c EnWG (Stellungnahmen der Behörden erforderlich, vollständige UVP und Stellungnahmen der Naturschutzverbände aber nicht) auch bereits *Baumann/Brigola*, Das Gesetz zur Beschleunigung des Energieleitungsausbaus und die Bremskraft der Garantie effektiven Rechtsschutzes, DVBl. 2020, 324 (329).

32 Unklar insofern zu § 44c EnWG *Leidinger*, Netzausbaubeschleunigung zum Zweiten, NVwZ 2020, 1377 (1380), der den Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung wohl (anders als *Baumann/Brigola*, a.a.O., Fn. 31) ausnahmslos für erforderlich hält; unklar insofern auch *Hebroek*, Der vorzeitige Baubeginn im Energiewirtschaftsrecht, UWP 2021, 122 (125).



Grundlage für die positive Prognose bietet. Insofern ist dem OVG Berlin-Brandenburg zuzustimmen, wenn es allein auf diese materielle Frage abstellt.<sup>33</sup>

d)

Es liegt auf der Hand, dass mit der hier behandelten Frage, wann eine positive Prognose im Verfahren möglich ist, unter Umständen ein ganz erhebliches Beschleunigungspotenzial im Zulassungsverfahren verbunden ist. Entkoppelt man konsequent die Frage, wann mit einer Entscheidung zugunsten des Antragstellers zu rechnen ist, von einem formalen Verfahrensstand und verkoppelt sie allein mit dem Erreichen einer ausreichenden Beurteilungsgrundlage, so können damit – wie der Fall „Tesla Grünheide“ gezeigt hat – Wochen oder gar Monate der Vorhabenbeschleunigung erreicht werden. Die neuen gesetzlichen Regelungen in § 31e Abs. 2 BImSchG oder § 5 Abs. 1 Nr. 5 LNGG bestätigen diese Einschätzung.

## 2. Berechtigtes oder öffentliches Interesse

Die Regelungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns verlangen, dass an dem vorzeitigen Beginn ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Vorhabenträgers/Unternehmers/Benutzers besteht (§ 8a Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 17 Abs. 1 Nr. 2 WHG, § 37 Abs. 1 Nr. 2 KrWG, § 57b Abs. 1 Nr. 3 BBergG, § 67a Abs. 1 Nr. 2 UVPG sowie § 44c Abs. 1 Nr. 2 EnWG). Wie dieses Merkmal auszufüllen ist, darüber besteht im Wesentlichen Einigkeit in der Rechtsprechung und Kommentarliteratur.

Für das berechnete Interesse genügt bereits jedes verständige, durch die besondere Sachlage gerechtfertigte Interesse. Dafür reicht üblicherweise das Interesse des Betreibers an einer zeitlichen Beschleunigung seines Vorhabens aus. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn sich die endgültige

<sup>33</sup> Zustimmend auch *Steiger/Kramp*, Grüne Liga gegen Tesla – Kann und soll das Verbandsklagerecht eingeschränkt werden?, ZUR 2020, 358 ff.; wohl auch *Riege*, Erste Erfahrungen zum vorzeitigen Baubeginn nach § 44c EnWG, EnWZ 2022, 305 (307); vgl. auch *Dippel*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG UmwRG, 2. Auflage 2023, § 67a UVPG, Rn. 6; auch *Wirths*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2. Auflage 2019, § 8a, Rn. 33, sieht die Prognosegrundlage unabhängig von formalen Verfahrensständen jeweils nach dem erreichten Erkenntnisstand als ausreichend an.

Entscheidung im Zulassungsverfahren aus Gründen verzögert, die nicht im Einflussbereich des Vorhabenträgers liegen, z.B. im Fall gezielter „Masseneinwendungen“ oder behördlicher Fehler bei der Handhabung des Verfahrens.<sup>34</sup> Ein solches berechtigtes Interesse fehlt (selbstverständlich) dann, wenn Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Teilmaßnahmen oder der Vorarbeiten bestehen, mit denen vorzeitig begonnen werden soll. Es kann auch dann fehlen, wenn das Vorhaben im Zulassungsverfahren bereits einen solchen Grad der Genehmigungsreife erreicht hat, dass in Kürze die Erteilung der Zulassung zu erwarten ist.<sup>35</sup> Die Anwendung des Merkmals „berechtigtes Interesse“ des Vorhabenträgers zeigt auch das Beschleunigungspotenzial der Zulassung vorzeitigen Beginns im Hinblick auf das jeweilige Vorhaben auf. Insbesondere bei engen „Bauzeitfenstern“, z.B. im Fall zu beachtender Brut- oder Vegetationszeiten, in denen keine Veränderungen durchgeführt werden dürfen, aber auch bei besonders komplexen Bauabschnitten oder notwendigen Sonderbauten (z.B. im Zuge einer Flussquerung) wird dadurch der Zeitdruck aus dem Verfahren genommen.<sup>36</sup>

Alternativ zu dem berechtigten Interesse des Vorhabenträgers kann auch ein öffentliches Interesse ins Feld geführt werden, um die Voraussetzungen für die Zulassung des vorzeitigen Beginns zu erfüllen. Für die Zulassung des vorzeitigen Beginns einer Deponie (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 KrWG) bedarf es sogar zwingend eines öffentlichen Interesses, ein berechtigtes Interesse des Vorhabenträgers reicht hier nicht.<sup>37</sup> Anders als bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist kein darüber hinausgehendes besonderes Interesse (vgl. § 80 Abs. 3 VwGO) erforderlich. Ein öffentliches Interesse an dem vorzeitigen Beginn ergibt sich deshalb im Grunde aus dem Vorhaben selbst, nämlich dann, wenn die frühzeitige Realisierung des Vorhabens aus Gründen des Allgemeinwohls zu befürworten ist. Das kann z.B. bei einer

<sup>34</sup> *Riege*, Erste Erfahrungen zum vorzeitigen Baubeginn nach § 44c EnWG, EnWZ 2020, 305 (307); *Hagmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 67a UVPG, Rn. 8; *Dippel*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG UmwRG, § 67a UVPG, Rn. 7; ähnlich *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 7.

<sup>35</sup> Vgl. nochmals *Riege* (Fn. 34), EnWZ 2020, 305 (309); ferner *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 69.

<sup>36</sup> BT-Drs. 19/24040, S. 25.

<sup>37</sup> Vgl. *Klages*, in: BeckOK Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 5; *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 36, der mit Recht darauf aufmerksam macht, dass nicht erkennbar ist, warum für Deponien etwas anderes gelten soll als für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Abfallentsorgungsanlagen, für deren Zulassung vorzeitigen Beginns auch ein berechtigtes Interesse des Vorhabenträgers ausreicht.



Gewässerbenutzung zum Zwecke der öffentlichen Trinkwasserversorgung der Fall sein<sup>38</sup>, kann sich bei einem bergrechtlich zulassungspflichtigen Vorhaben z.B. aus der Sicherstellung der Rohstoffversorgung ergeben<sup>39</sup>, kann bei einer Deponie dann vorliegen, wenn die öffentliche, umweltgerechte Abfallentsorgung anderenfalls gefährdet wäre<sup>40</sup>, kann sich aber auch daraus ergeben, dass durch die vorzunehmenden Maßnahmen der Umweltschutz verbessert wird, z.B. wenn es sich beim vorzeitigen Beginn um die Durchführung naturschutzrechtlicher Maßnahmen (Schadensbegrenzungsmaßnahmen, vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen nach § 44 Abs. 5 BNatSchG sowie Maßnahmen zur Kohärenzsicherung des europaweiten Netzes Natura 2000 gemäß § 34 Abs. 5 BNatSchG) handelt.<sup>41</sup> Aus der Praxis ist dem Verfasser dieses Beitrags kein Fall bekannt, in dem ein Antrag auf Zulassung vorzeitigen Beginns daran scheiterte, dass weder ein berechtigtes noch ein öffentliches Interesse an der Zulassung des vorzeitigen Beginns bestand. Die Regelung wird von den Behörden regelmäßig „vorhabenfreundlich“ angewandt.

### 3. Verpflichtung des Vorhabenträgers

Durchweg verlangen die Umweltgesetze für die Zulassung vorzeitigen Beginns eines Vorhabens oder einer Benutzung, dass sich der Vorhabenträger verpflichtet, alle bis zur Entscheidung durch die Errichtung seines Vorhabens verursachten Schäden zu ersetzen und, wenn das Vorhaben nicht genehmigt wird, den früheren Zustand wiederherzustellen (§ 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG, § 17 Abs. 1 Nr. 3 WHG, § 37 Abs. 1 Nr. 3 KrWG, § 57b Abs. 1 Nr. 4 BBergG, § 67a Abs. 1 Nr. 5 UVPG). Abweichend davon verlangt § 44c Abs. 1 Nr. 4 EnWG für den Fall, dass das Vorhaben weder planfestgestellt noch plangenehmigt wird, die Herstellung eines „im Wesentlichen gleichartigen Zustands“. Die bis Oktober 2022 geltende Fassung von § 44c EnWG verlangte insoweit – wie die anderen genannten Regelungen auch – in diesem Fall die Wiederherstellung des früheren Zustands.

38 Vgl. *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 7.

39 *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Auflage 2016, § 57b, Rn. 16; vgl. aber – insofern zurückhaltender – *Beckmann*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, 2019, § 57b, Rn. 49.

40 Vgl. *Klages*, in: BeckOK Umweltrecht, § 37 WHG, Rn. 5.

41 Siehe *Hermeier/Kalinna*, in: BeckOK EnWG, § 44c, Rn. 17; *Dippel*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG UmwRG, § 67a, Rn. 8; *Hagmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 67a UVPG, Rn. 9.

Nach völlig übereinstimmender Auffassung in der Kommentarliteratur kann der Vorhabenträger diese Verpflichtung zwar auch im Wege eines öffentlich-rechtlichen Vertrags übernehmen, es reicht aber auch eine einseitige Erklärung gegenüber der Behörde aus.<sup>42</sup> Dem öffentlichen Recht ist die Begründung öffentlich-rechtlicher Pflichten durch eine einseitige öffentlich-rechtliche Willenserklärung seit jeher keineswegs fremd. Ein Beispiel dafür ist die im Baurecht bestehende Möglichkeit eines Grundstückseigentümers, durch eine einseitige öffentlich-rechtliche Willenserklärung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde Baulasten zu übernehmen.<sup>43</sup> Die Behörde kann deshalb die Zulassung vorzeitigen Beginns nicht vom Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags abhängig machen, wenn der Vorhabenträger eine solche einseitige öffentlich-rechtliche Willenserklärung anbietet und abgibt. Die Erklärung des Vorhabenträgers zur Wiederherstellung berechtigt die zuständige Behörde, eine solche Wiederherstellung zu verlangen. Dafür bedarf es allerdings einer Konkretisierung durch einen Verwaltungsakt.<sup>44</sup> Aus der Sicht vom vorzeitigen Baubeginn betroffener privater Dritter mag ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen dem Vorhabenträger und der Behörde auf den ersten Blick vorzugswürdig sein, da hierdurch – wenn es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt, § 62 Satz 2 VwVfG i.V.m. § 328 BGB – auch direkte Ansprüche der Dritten gegen den Vorhabenträger begründet werden können.<sup>45</sup>

Die Verpflichtung begründet eine verschuldensunabhängige Haftung des Vorhabenträgers und umfasst alle Schäden, die durch die vorzeitige Ausfüh-

42 Das ist unstreitig, vgl. *Hermeier/Kalinna*, in: BeckOK EnWG, § 44c, Rn. 28; *Hagmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 67a UVPG, Rn. 17; *Dippel*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG UmwRG, § 67a, Rn. 11; *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 37; *Enders*, in: BeckOK Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 14; *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 8; *Beckmann*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, 2019, § 57b, Rn. 55, jeweils mit weiteren Nachweisen.

43 Vgl. dazu *Wirths*, in: GK-BImSchG, § 8a, Rn. 47 ff. (49).

44 Vgl. nur *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 37 mit weiteren Nachweisen.

45 Vgl. im Kontext des § 44 EnWG *Riege*, EnWZ 2020, 305 (308); siehe aber auch *Beckmann*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, 2019, § 57b, Rn. 55 sowie *Wirths*, in: GK-BImSchG, § 8a, Rn. 50, wonach eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung eines Vorhabenträgers so zu verstehen ist, dass sie öffentlich-rechtliche Schadensersatzpflichten des Vorhabenträgers gegenüber betroffenen Dritten begründen kann; ebenso *Jarass*, BImSchG, § 8a, Rn. 9, sowie *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 8.



zung adäquat kausal verursacht worden sind, auch reine Vermögensschäden.<sup>46</sup>

#### 4. Reversibilität der Maßnahme

§ 67a Abs.1 Nr.3 UVPG und § 44c Abs.1 Nr.3 EnWG fordern bei den Entscheidungen über die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns ausdrücklich, dass der Vorhabenträger nur Maßnahmen durchführt, die reversibel sind. Das gilt auch, wenn die Vorschrift über die Zulassung vorzeitigen Beginns dieses Erfordernis nicht ausdrücklich regelt, weil sonst das Risiko einer Rückabwicklung den weiteren Entscheidungsprozess unangemessen belasten würde.<sup>47</sup>

Die Frage, wann eine Maßnahme reversibel ist, wird im Einzelnen nicht einheitlich beantwortet und ist gerade vor dem Hintergrund der Tesla-Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg<sup>48</sup> umstritten. Die Gesetzesbegründung stellt darauf ab, dass die durch die zugelassene Maßnahme hervorgerufenen Beeinträchtigungen sowohl in zeitlicher als auch in räumlicher Hinsicht eingriffsnah rückgängig zu machen bzw. umkehrbar sind. Dazu zählen solche Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft, die so behoben werden können, dass der ursprüngliche Zustand ohne bleibende Auswirkungen wiederhergestellt wird. Das ist der Fall, wenn insbesondere die geschädigten natürlichen Ressourcen und/oder beeinträchtigten Funktionen der natürlichen Ressourcen und/oder des Naturhaushaltes in den Ausgangszustand zurückversetzt werden können.<sup>49</sup> Allerdings wird die vollständige Wiederherstellung des früheren Zustands im Sinne einer Identität im naturwissenschaftlichen Sinn häufig nicht möglich sein, sodass letztlich ausreichend, aber auch entscheidend sein dürfte, ob ein gleichwertiger Zustand wiederhergestellt werden kann.<sup>50</sup>

46 Vgl. BT-Drs. 19/24040, Seite 25; ferner Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 77; Beckmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 38; Guckelberger, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 8; Dippel, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG UmwRG, § 67a, Rn. 12.

47 BVerwG, Urteil vom 30.4.1991 – 7 C 35/90, NVwZ 1991, 994 (996); Jarass, BImSchG, § 8a, Rn. 6.

48 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.2.2020 – OVG II S 8/20, BeckRS 2020, 1968.

49 BT-Drs. 19/24040, S. 25.

50 Vgl. in diesem Sinne auch OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2020, 1968, Rn. 15; ähnlich Hermeier/Kalinna, in: BeckOK EnWG, § 44c, Rn. 23; Hagmann, in: Land-

Problematisch wird dies, wenn im Rahmen der Zulassung vorzeitigen Beginns eine – auf den ersten Blick – unumkehrbare Maßnahme zugelassen wird. Die Gesetzesbegründung fasst beispielsweise die für die Umsetzung einer vorzeitig zu beginnenden Maßnahme notwendige Abholzung von Wald im Grundsatz (mit Recht) als irreversibel auf, weil das Nachwachsen des Baumbestands Jahrzehnte in Anspruch nehmen kann.<sup>51</sup> Allerdings kann es auch hier zu einer anderen Beurteilung kommen, wie die „Tesla-Entscheidung“ des OVG Berlin-Brandenburg gezeigt hat. Das OVG hat korrekterweise auf den dortigen Einzelfall abgestellt, und zwar auf die konkrete Beschaffenheit des Waldes im Bereich des Vorhabens. Hier handelte es sich um einen ökologisch offenbar nicht besonders werthaltigen Wirtschaftswald, für den das OVG einzelfallbezogen davon ausgegangen ist, dass es sich bei der Abholzung für die Zwecke des Vorhabens doch um eine reversible Maßnahme handle.<sup>52</sup> Das dürfte im Einzelfall zutreffend gewesen sein. Anders als bei einem wirtschaftlich genutzten Wald (z.B. einer Fichtenmonokultur) wird aber das Abholzen von Wäldern mit höherem ökologischem Wert nicht als reversible vorzeitige Maßnahme eingeordnet werden können.<sup>53</sup>

#### 5. Notwendige private Rechte

Nach § 67a Abs.1 Satz1 Nr.4 UVPG muss der Vorhabenträger außerdem über die für die konkreten Maßnahmen erforderlichen privaten Rechte

mann/Rohmer, Umweltrecht, § 67a UVPG, Rn. 11; Hebrock, Der vorzeitige Beginn im Energiewirtschaftsrecht, UWP 2021, 121 (127 f.); dies wird ähnlich verstanden, soweit die Gesetze eine Wiederherstellung des „früheren Zustands“ fordern, vgl. insoweit Guckelberger, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 17 WHG, Rn. 9 mit weiteren Nachweisen sowie Beckmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 39.

51 BT-Drs. 19/24040, S. 26.

52 OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2020, 1968, Rn. 15; zustimmend Jarass, BImSchG, § 8a, Rn. 6; Hermeier/Kalinna, in: BeckOK EnWG, § 44c, Rn. 22; Hebrock (oben Fn. 50), UWP 2021, 121 (128); siehe aber auch, generell kritisch im Hinblick auf die Wiederherstellbarkeit von Wald, Hohmerlein, NVwZ 2022, 750 (753); auch Murt, Anmerkung zum Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 20.2.2020, ZUR 2020, 373 (374); kritisch hinsichtlich der (nach seiner Auffassung unzureichenden) Würdigung der Einzelfallumstände durch das OVG äußert sich van den Berg, Wiederherstellbare Wälder? – Zur Anwendung der Zulassung des vorzeitigen Beginns auf Rodungsmaßnahmen, NuR 2020, 729 (734 f.).

53 So auch OVG Berlin-Brandenburg; BeckRS 2020, 1968, Rn. 15; eingehend hierzu van den Berg (oben Fn. 52), NuR 2020, 729 (734 f.).



verfügen, denn im Unterschied zum Planfeststellungsbeschluss hat die nur vorläufige Entscheidung über die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns keine enteignungsrechtliche Vorwirkung. Der Vorhabenträger kann Maßnahmen daher insbesondere nur da umsetzen, wo er sich mit betroffenen Grundstückseigentümern schon vorweg geeinigt hat. Nichts anderes gilt auch nach § 44c EnWG. Zwar hat der Gesetzgeber die entsprechende Forderung nach dem Vorliegen der privaten Rechte des Vorhabenträgers durch Gesetz vom 19. Juli 2022<sup>54</sup> aus dem Gesetz gestrichen, jedoch ist die tatsächliche Umsetzung des vorzeitigen Baubeginns auf Grundstücken Dritter weiterhin davon abhängig, dass sich der Vorhabenträger und der Eigentümer über die Nutzung des Grundstücks geeinigt haben. Der Bescheid über die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns hat keine enteignungsrechtliche Vorwirkung.<sup>55</sup>

### III. Rechtsschutzfragen

Entscheidungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns werfen einige für die Praxis höchst bedeutsame Rechtsschutzfragen auf.

#### 1. Rechtsschutz Dritter

Der gefestigten Rechtsprechung entspricht es, dass ein Drittanfechtungskläger wegen der begrenzten Gestattungswirkung der Zulassung vorzeitigen Beginns seine Klage- oder Antragsbefugnis nicht aus einer möglichen Verletzung seiner subjektiven Rechte ableiten kann, die erst zukünftig durch den mit der vorzeitigen Zulassung gerade noch nicht genehmigten Betrieb einer Anlage verursacht wird.<sup>56</sup> Ebenfalls entspricht es der gefestigten Rechtsprechung, dass der in den Vorschriften über die Zulassung vorzeitigen Beginns vorausgesetzten Prognose, es könne (gegebenenfalls auch mit Blick auf den Nachbarnschutz) mit einer Entscheidung zugunsten des

Antragstellers gerechnet werden, für sich genommen keine drittschützende Wirkung zukommt. Soweit es sich bei Einwendungen, die gegen die Zulassung vorzeitigen Beginns vorgebracht werden, um solche handelt, die eigentlich die inhaltliche Richtigkeit der „Hauptentscheidung“ (also z.B. der Vollgenehmigung nach dem BImSchG) betreffen, müssen diese – und können auch erst – gegen die „Hauptentscheidung“ vorgebracht werden.<sup>57</sup> Das macht deutlich, dass Entscheidungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns, die sich nur auf Teilschritte eines Vorhabens beziehen können, nicht schon gleichsam einen vorgezogenen Rechtsschutz „aufs Ganze“ ermöglichen. In der Verfahrenspraxis wird dies, wie die hier nachgewiesenen Entscheidungen exemplarisch deutlich machen, von Einwendungsführern bzw. Drittklägern häufig verkannt. Gerade in verwaltungsgerichtlichen Auseinandersetzungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns eines Vorhabens, von dem nur bestimmte Errichtungsschritte zugelassen sind, werden häufig bereits Argumente vorgebracht, die sich auf die befürchteten Auswirkungen eines späteren Betriebs einer Anlage (deren Genehmigung noch aussteht) oder der Voll-Ausnutzung einer späteren Zulassung beziehen.

Gegen eine Vielzahl von Einwendungen bzw. Argumenten gegen ein Vorhaben, die von dritter Seite vorgebracht werden (können), ist die Zulassung des vorzeitigen Beginns daher von vornherein „immun“. Das bedeutet letztlich aber nur, dass zwar vorläufig noch ohne größere Verfahrensrisiken mit dem Vorhaben begonnen werden kann, jedoch wird der Rechtsschutz und damit das Risiko für den Vorhabenträger hierdurch lediglich auf einen späteren Zeitpunkt verlagert, an dem mit der Errichtung eines Vorhabens bereits begonnen worden ist und zu dem dann eine gerichtliche Entscheidung gegen das Vorhaben für den Vorhabenträger noch deutlich ungünstiger sein könnte, als wäre es zunächst gar nicht begonnen worden. Dieses Risiko ist der Zulassung vorzeitigen Beginns allerdings immanent. Es muss deshalb von vornherein in die Überlegungen eines Vorhabenträgers mit einbezogen werden. In der Praxis läuft das darauf hinaus, dass nicht nur die Zulassungsbehörde prognostizieren muss, ob sie ein Vorhaben insgesamt

<sup>54</sup> BGBl. I 2022, 1214 (1224).

<sup>55</sup> Siehe *Hermeier/Kalinna*, in: BeckOK EnWG, § 44c, Rn. 29; vgl. auch *Hebrock*, oben Fn. 50, UWP 2021, 121 (128), noch zu § 44c EnWG vor der Streichung der Regelung zu den notwendigen privaten Rechten.

<sup>56</sup> Siehe OVG Münster, Beschluss vom 10.11.2020 – 8 B 1409/20.AK, juris, Rn. 24; OVG Bautzen, Beschluss vom 14.7.2020 – 4 B 169/19, BeckRS 2020, 20498, Rn. 36 ff. (39), mit weiteren Nachweisen.

<sup>57</sup> Siehe bereits BVerwG, Urteil vom 30.4.1991 – 7 C 35/90, NVwZ 1991, 994; aus der jüngeren Rspr. vgl. OVG Münster, Beschluss vom 10.11.2020 – B 1409/20.AK, juris, Rn. 26; vgl. für § 57b Abs. 1 BBergG auch VG Magdeburg, Beschluss vom 17.7.2020 – 3 B 158/20, BeckRS 2020, 28544, Rn. 55; OVG Bautzen, Beschluss vom 14.7.2020 – 4 B 169/19, BeckRS 2020, 20498, Rn. 39 (zu § 17 WHG); vgl. ferner VGH München, Beschluss vom 23.9.2021 – 22 A 20.4001I, BeckRS 2021, 28464, Rn. 8, dazu *Lang*, jurisPR-UmwR 12/2021 sowie VGH München, Beschluss vom 7.3.2022 – 22 A 21.40009, BeckRS 2022, 6542, Rn. 5.



für zulassungsfähig hält, also ob mit der Genehmigung gerechnet werden kann. Vielmehr muss vor allem auch der Vorhabenträger das Risiko eines eventuell erfolgreichen Rechtsschutzes von dritter Seite sorgfältig in seine Überlegungen einbeziehen, und zwar mehr noch, als wenn vor dem Beginn der Errichtung eines Vorhabens zunächst der Ausgang eines Drittrechtsbehelfs abgewartet werden könnte.

## 2. Anwendbarkeit des UmwRG

In der jüngsten Zeit diskutiert wird auch immer wieder die Frage, ob denn die Zulassung vorzeitigen Beginns eine Zulassungsentscheidung im Sinne von § 2 Abs. 6 Nr. 1 UVPG bzw. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder ein Verwaltungsakt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG sei.

Die Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG ist sehr unübersichtlich, auch die Rechtsprechung tut sich damit im Einzelnen mitunter etwas schwer.<sup>58</sup> In der Rechtsprechung und Kommentarliteratur wird vielfach die Auffassung vertreten, auch Entscheidungen über die Zulassung des vorzeitigen Beginns seien solche Zulassungsentscheidungen im Sinne von § 2 Abs. 6 Nr. 1 UVPG/§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG.<sup>59</sup> Dagegen spricht allerdings, dass Entscheidungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns nicht das Vorhaben als solches zulassen (auch nicht teilweise), sondern lediglich eine Prognose treffen, auf deren Grundlage ein Vorhabenträger auf eigenes Risiko – und grundsätzlich beschränkt auf reversible Maßnahmen – mit einer teilweisen Realisierung seines Vorhabens beginnen darf. Er wird lediglich von dem an sich bestehenden Genehmigungserfordernis für Teile seines Vorhabens vorübergehend freigestellt. Das ist keine Zulassung des Vorhabens, anders als zum Beispiel eine Teilgenehmigung, auch ein Vorbescheid (§§ 8, 9 BImSchG) oder auch eine Verlängerungsentscheidung gemäß § 18 Abs. 3 BImSchG<sup>60</sup>, die dem Vorhabenträger entweder (und zwar

58 Vgl. nur BVerwG, Urteil vom 29.10.2020 – 4 CN 9/19, juris, Rn. 11 ff. (Bebauungspläne); BVerwG, Urteil vom 6.10.2022 – 7 C 5/21, juris, Rn. 12 (bergrechtlicher Hauptbetriebsplan).

59 Siehe z.B. OVG Koblenz, Beschluss vom 4.3.2016 – 8 B 10234/16.OVG, BeckRS 2016, 43234, Rn. 4; ebenso *Franzius*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 2. Auflage 2023, § 1 UmwRG, Rn. 17; für die Einordnung der Zulassung vorzeitigen Beginns als Verwaltungsakt i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UVPG spricht sich das OVG Berlin-Brandenburg unter Änderung seiner eigenen vorherigen Rechtsprechung aus, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14.7.2021 – II S 78/21, juris, Rn. 21.

60 BVerwG, Urteil vom 19.12.2019 – 7 C 28/18, juris, Rn. 13.

insoweit abschließend) gestatten, einen Teil des Vorhabens zu realisieren oder mit bindender Wirkung eine spätere Zulassungsentscheidung vorwegnehmen. Insoweit hat die Auffassung, wonach Entscheidungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns keine Zulassungsentscheidungen im Sinne von § 2 Abs. 6 Nr. 1 UVPG sind, ebenfalls einiges für sich.<sup>61</sup> Selbst dann müsste (auch aufgrund von Art. 11 UVP-Richtlinie) eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit im Hinblick auf das UVP-Recht eingeräumt sein, wenn die Behörde nichtreversible Maßnahmen zuließe, die für sich gesehen nur im Wege einer abschließenden Zulassungsentscheidung nach Durchführung einer UVP genehmigt werden dürften.<sup>62</sup> Da diese Frage bisher höchstrichterlich nicht entschieden ist, bedeutet auch dies für einen Vorhabenträger ein gewisses Risiko, welches er mit einem Antrag bzw. einer entsprechenden Zulassung vorzeitigen Beginns auf sich zu nehmen bereit sein muss.<sup>63</sup>

## 3. Spannungsverhältnis zu effektivem Rechtsschutz

Die Zulassung vorzeitigen Beginns steht unbestreitbar in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten effektiven Rechtsschutz<sup>64</sup>, also zu einem Rechtsschutz im Sinne einer tatsächlich wirksamen und möglichst lückenlosen gerichtlichen Kontrolle<sup>65</sup> – aber insofern „nur“ zum Rechtsschutz Dritter (Vorhabenbetroffene, Umweltverbände) gegen ein Vorhaben. Ohne diesen Aspekt hier weiter vertiefen zu

61 So mit gewichtigen Argumenten VG Karlsruhe, Beschluss vom 12.8.2009 – 4 K 1648/09, BeckRS 2009, 37835, zit. nach juris, Rn. 24 ff.; ebenso VG Schleswig, Beschluss vom 11.1.2008 – 12 B 44/07, ZUR 2008, 211 (212); *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 127 f. (128); *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Auflage 2016, § 57b, Rn. 33; wohl auch *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 1 UmwRG, Rn. 21.

62 Siehe erneut *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer, a. a. O., Rn. 21; hier würde sich dann wiederum die im Einzelfall schwierig zu beantwortende Frage stellen, was „irreversibel“ bedeutet (vgl. oben II.4.).

63 Vgl. *Hagmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 67a UVPG, Rn. 31; *Fellenberg/Schiller*, in: Jarass/Petersen, Kreislaufwirtschaftsgesetz, § 36, Rn. 50, 131; *Hermeier/Kalinna*, in: BeckOK EnWG, § 44c, Rn. 49; *Enders*, in: BeckOK Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 27, jeweils m. w. N.

64 Vgl. die Nachweise oben in Fn. 1.

65 Siehe hierzu BVerfG, Urteil vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08 u.a., NVwZ 2014, 211 (220 ff.); vgl. auch *Enders*, in: BeckOK GG, Art. 19, Rn. 74 mit zahlreichen Nachweisen.



können, sei darauf hingewiesen, dass hierbei der Vorhabenträger nicht übersehen werden darf, der ja seinerseits eine (gerade auf die Beschleunigung „seines“ Genehmigungsverfahrens gerichtete) Rechtsposition hat. Es stehen sich also gegenläufige Rechtspositionen im Ansatz gleichrangig gegenüber. Für die Konstellation eines „mehrpolygonen“ Rechtsverhältnisses hat das BVerfG und haben auch die Verwaltungsgerichte im Zusammenhang mit Eilentscheidungen über die Regelung der Vollziehung (§§ 80, 80a VwGO) vielfach angemerkt, dass es von Verfassung wegen an einem Rangverhältnis der privaten Rechtspositionen und einer einseitigen Vermutung zugunsten des Individualrechtsschutzes Dritter fehlt.<sup>66</sup> Das gilt nicht nur in den von den Gerichten angesprochenen Entscheidungssituationen über die Regelung der Vollziehung, sondern dürfte in gleicher Weise für die „mehrpolygonen“ Verfahrenssituationen im Zusammenhang mit Zulassungen vorzeitigen Beginns Geltung beanspruchen. Insofern ist das häufig vorgetragene Argument einer Vernachlässigung des effektiven Rechtsschutzes Dritter durch Entscheidungen über die Zulassung vorzeitigen Beginns zu relativieren und in den größeren Zusammenhang mit den auf die Vorhabenbeschleunigung gerichteten Rechtspositionen – jedenfalls – privater Vorhabenträger zu stellen.

#### 4. Rechtsschutz des Vorhabenträgers

Enthält die positive Entscheidung über die Zulassung des Vorhabens Nebenbestimmungen, mit denen der Vorhabenträger nicht einverstanden ist, so kann er diese isoliert anfechten, sofern die Zulassungsentscheidung materiell teilbar ist, soweit also der noch verbleibende Inhalt der Zulassungsentscheidung rechtmäßig und sinnvoll weiter bestehen kann. Davon wird man bei „echten“ Auflagen regelmäßig auszugehen haben.<sup>67</sup> Sobald das Vorhaben als solches zugelassen und damit der Antrag beschieden ist, tritt der gestattende Teil der Genehmigung an die Stelle der Zulassung

66 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 1.10.2008 – 1 BvR 2466/08, juris, Rn. 18; aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte vgl. z.B. VGH Mannheim, Beschluss vom 29.1.2019 – 10 § 1919/17, juris, Rn. 4; OVG Schleswig, Beschluss vom 29.10.2020 – 4 MR 1/20, juris, Rn. 26; VGH Kassel, Beschluss vom 24.10.2017 – 9 B 1789/17.T, juris, Rn. 33; auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 9.8.2019 – 12 MS 34/19, juris, Rn. 9.

67 Siehe *Fellenberg/Schiller*, in: Jarass/Petersen, Kreislaufwirtschaftsgesetz, § 36, Rn. 131, § 37, Rn. 50; siehe auch *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage 2023, § 74, Rn. 266; *Schröder*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht Kommentar, Stand 3. EL August 2022, § 36 VwVfG, Rn. 141 ff.

vorzeitigen Beginns als einer nur vorläufigen Zulassung, die lediglich das grundsätzlich bestehende präventive Errichtungs- und Betriebsverbot teilweise und vorläufig suspendiert. Dadurch wird die Zulassung vorzeitigen Beginns gegenstandslos, ihre Regelungswirkung endet.<sup>68</sup>

#### C. Fazit

Die Zulassung des vorzeitigen Beginns von Vorhaben ist im Umweltrecht höchst praxiswirksam und dementsprechend häufig anzutreffen. Sie kann zu einer echten Vorhabenbeschleunigung führen, auch wenn sie nicht das eigentliche Zulassungsverfahren verkürzt. Eine gesicherte rechtliche Basis dafür, dass der Vorhabenträger dann auch tatsächlich die Genehmigung für das von ihm beantragte Vorhaben bekommt, ergibt sich de jure aus der Entscheidung über die Zulassung vorzeitigen Beginns noch nicht. Allerdings erfordert die Zulassung vorzeitigen Beginns nach den Vorschriften der umweltrechtlichen Fachgesetze durchweg eine positive Prognose über den Ausgang des Zulassungsverfahrens. Wird diese Prognose sorgfältig getroffen, so lassen sich in der Praxis durchaus die Voraussetzungen für die frühzeitige Verwirklichung eines Vorhabens schaffen. Dies setzt im Vorfeld eine wirklich gründliche Prüfung durch den Vorhabenträger und die ihn begleitenden Gutachter bzw. sonstigen – auch rechtlichen – Berater voraus. Richtigerweise ist diese positive Prognose nicht formal von einem bestimmten Verfahrensstand abhängig zu machen, sondern allein davon, ob sie sich materiell treffen lässt oder nicht. Auch die neueren Vorschriften zur erleichterten Zulassung vorzeitigen Beginns, die zum Teil auf die Gasmangellage-Regelungssituation zurückzuführen sind, tragen dem Rechnung und entkoppeln kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung die Entscheidung über die Zulassung vorzeitigen Beginns fast gänzlich von dem Erreichen eines bestimmten Verfahrensstands. Teilweise gehen sie sogar so weit, dass schon vor der Einreichung vollständiger Unterlagen eine Zulassung vorzeitigen Beginns ausgesprochen werden darf.

Dass gleichsam reflexartig der Einwand erhoben wird, damit könne der Rechtsschutz von Umweltverbänden entwertet werden, tut dem Befund der Eignung zur Vorhabenbeschleunigung keinen Abbruch. Bei Umweltver-

68 Vgl. *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 115; *Enders*, in: BeckOK Umweltrecht, § 8a BImSchG, Rn. 25; *Jarass*, BImSchG, 14. Auflage 2022, § 8a, Rn. 21; *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 37 KrWG, Rn. 61.

bandsklagen ist die Zulassung vorzeitigen Beginns jedoch angesichts der noch nicht höchstrichterlich entschiedenen Frage, ob es sich überhaupt um Zulassungsentscheidungen im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG oder um Verwaltungsakte im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG handelt, auch insoweit mit einer gewissen Rechtsunsicherheit behaftet. Vor diesem Hintergrund gilt – naturgemäß – gerade auch in solchen Konstellationen, dass auf den Antragsinhalt und die Verfahrensschritte (UVP, UVP-Vorprüfung) große Sorgfalt zu verwenden ist, damit die Maßnahmen, die der Vorhabenträger nach einer Zulassung vorzeitigen Beginns durchführt, nicht durch eine Aufhebung oder Nichtvollziehbarkeitsentscheidung der endgültigen Zulassung durch das Verwaltungsgericht entwertet werden.

Trotz der verbleibenden Unsicherheiten gibt es bei den Voraussetzungen der Zulassung vorzeitigen Beginns zahlreiche Stellschrauben, mit diesem gesetzlichen Instrument eine erhebliche Vorhabenbeschleunigung zu erreichen. Ob manches von den Regelungen, die der „Gasmangellage“ geschuldet sind (§ 31e BImSchG, § 5 Abs. 1 Nr. 5 LNGG), auch dauerhaft fortbestehen wird, bleibt noch abzuwarten. Trotz aller Vorbehalte gilt, was bereits am Anfang dieses Beitrags zum Ausdruck gebracht wurde: Die Zulassung vorzeitigen Beginns ist im Umweltrecht ein echter „Vorhabenbeschleuniger“.