

**Büro Stuttgart**  
GENO Haus  
Heilbronner Straße 41  
D-70191 Stuttgart  
Fon (0711) 601 701-0  
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde  
Dr. Rainard Menke  
Dr. Andrea Vetter  
Dr. Winfried Porsch  
Dr. Tina Bergmann  
Dr. Bernd Schieferdecker  
Dr. Moritz Lange  
Dr. Matthias Hangst  
Dr. Maria Marquard  
Dr. Raphael Pompl  
Dr. Oliver Moench

Öffentliche Anhörung zum Thema

**„Gesetzentwurf der Fraktion GRÜNE und der  
Fraktion der CDU  
Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausfüh-  
rung der Verwaltungsgerichtsordnung  
Drucksache 17/2150“**

---

**Büro Bonn**  
Rheinauen Carré  
Mildred-Scheel-Straße 1  
D-53175 Bonn  
Fon (0228) 323 002-0  
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen  
Dr. Markus Deutsch  
Dr. Barbara Stamm  
Dr. Christian Stelter  
Dr. Elena Tillmann  
Dr. Sebastian Nellesen

im Landtag von Baden-Württemberg am 05.05.2022

Stellungnahme von Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Dr. Winfried Porsch, Stuttgart

## I. Zusammenfassung

1. Die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Abschaffung des Widerspruchsverfahrens ist bei immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen für Windenergieanlagen, die im Verfahren nach § 10 BImSchG **mit** Öffentlichkeitsbeteiligung ergangen sind, ohne wesentlichen Funktionsverlust vertretbar.

Bei immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen, die im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG **ohne** Öffentlichkeitsbeteiligung erteilt wurden (weniger als 20 Anlagen/keine UVP-Pflicht), sollte das Widerspruchsverfahren als bürgerfreundlicher Rechtsbehelf beibehalten werden.

2. Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens führt zu **keiner Beschleunigung** der für die Errichtung und Inbetriebnahme von Windenergieanlagen maßgeblichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren.

Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens verzögert die Errichtung und Inbetriebnahme von Windkraftanlagen regelmäßig nicht, da der Drittwiderspruch (ebenso wie die Anfechtungsklage) keine aufschiebende Wirkung entfaltet (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 63 BImSchG), die Genehmigung kann umgesetzt werden.

Die maßgebliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Genehmigung fällt deshalb im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren beim VGH (§ 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a VwGO), gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs im Eilverfahren gibt es keine Rechtsmittel (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Die in der Gesetzesbegründung genannte Verfahrensbeschleunigung von bis zu 12 Monaten wirkt sich deshalb (nur) bei der Gesamtdauer des für die Errichtung und Inbetriebnahme der Windenergieanlagen regelmäßig nicht mehr relevanten Hauptsacheverfahrens aus.

## II. Funktionen des Widerspruchsverfahrens

1. Das Widerspruchsverfahren hat folgende Funktionen (dazu ausführlich Porsch, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand: Juli 2021, Vorb. § 68 Rn. 1 mit zahlreichen Nachweisen):

- **Selbstkontrolle der Verwaltung:**

Die tatsächlichen und rechtlichen Entscheidungsgrundlagen können durch die Ausgangsbehörde im Abhilfeverfahren (§ 72 VwGO) und durch die Widerspruchsbehörde umfassend unter Berücksichtigung der Widerspruchsbegründung geprüft werden.

- **Entlastung der Gerichte:**

Filterfunktion des Vorverfahrens, wird dem Widerspruch stattgegeben, kommt es nicht zum Verwaltungsprozess. Bei Zurückweisung des Widerspruchs wird ein hoher Prozentsatz der Bescheide nicht mehr vor Gericht angegriffen.

- **Rechtsschutzfunktion für den Bürger:**

Nochmalige Prüfung der Entscheidung in einem kostengünstigen und bürgerfreundlichen Verfahren.

2. Das Widerspruchsverfahren hat eine **Doppelfunktion**:

Zum einen ist das Widerspruchsverfahren **Verwaltungsverfahren**, die Genehmigungsentscheidung wird durch die Ausgangsbehörde und die Widerspruchsbehörde noch einmal überprüft, der Widerspruchsbescheid beendet das Vorverfahren und bestimmt den Gegenstand der nachfolgenden Anfechtungsklage (§ 79 VwGO).

Zum anderen ist das Widerspruchsverfahren Voraussetzung der verwaltungsrechtlichen Klage (§ 68 Abs. 1 Satz 1, § 77 Abs. 2 VwGO), die erfolglose Durchführung des Vorverfahrens ist also **Sachurteilsvoraussetzung**.

Beschleunigungseffekte durch die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens wirken sich damit nicht im Genehmigungsverfahren aus, sondern bei der Gesamtdauer der verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzverfahren gegen die Genehmigung in der Hauptsache.

### III. Abschaffung des Widerspruchsverfahrens bei immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung zulässig und sinnvoll

1. Nach § 68 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. VwGO bedarf es des Widerspruchsverfahrens nicht, wenn ein Bundes- oder Landesgesetz dies bestimmt. Die Regelung enthält eine inhaltlich nicht beschränkte Öffnungsklausel zugunsten der Länder, kompetenzrechtlich ist die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens deshalb zulässig.

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG steht der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens nicht entgegen. Sie garantiert Rechtsschutz durch staatliche Gerichte, nicht durch Behörden und gebietet deshalb das Vorverfahren nicht (Porsch, a. a. O., Vorb. § 68 Rn. 13 und § 68 Rn. 12 m. w. N.).

2. Bei immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen für Windenergieanlagen, die im Verfahren **mit Öffentlichkeitsbeteiligung** nach § 10 BImSchG erteilt wurden, stehen auch die Funktionen des Widerspruchsverfahrens einer Abschaffung nicht entgegen.

Die verwaltungsverfahrensrechtliche Rechtsschutzfunktion wird bei diesen Verfahren durch die Öffentlichkeitsbeteiligung „vorverlagert“, die Bürger und auch die Umweltverbände als Teil der betroffenen Öffentlichkeit erhalten durch die öffentliche Auslegung Kenntnis vom Projekt und können Einwendungen vorbringen. Die Einwendungen werden regelmäßig in einem Erörterungstermin mit den Betroffenen diskutiert. Bei Genehmigungsentscheidungen, die in einem aufwändigen Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung ergangen sind, bedarf es keiner erneuten Selbstkontrolle der Verwaltung, auch die Rechtsschutzfunktion gebietet kein Widerspruchsverfahren.

3. Bei immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen für Windenergieanlagen, die in einem vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG **ohne Öffentlichkeitsbeteiligung** erteilt wurden (weniger als 20 Anlagen/keine UVP nach Anlage 1 Nr. 1.6 zum UVPG erforderlich), sollte das Widerspruchsverfahren demgegenüber als bürgerfreundlicher Rechtsbehelf beibehalten werden.

Hier haben die Bürger im Genehmigungsverfahren keine gesetzlich vorgeschriebene Beteiligungsmöglichkeit. Das Widerspruchsverfahren ermöglicht Akteneinsicht (§ 29 VwVfG). Die Verwaltungsbehörde hat die Gelegenheit, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung durch Schutzauflagen zugunsten der Betroffenen zu ergänzen, falls deren Belange im Verfahren übersehen wurden. Häufig erkennen die Betroffenen im Widerspruchsverfahren, dass sie durch die Genehmigung nicht in eigenen Rechten verletzt sind (§§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO), und sehen dann von verwaltungsgerichtlichen Verfahren ab. Die Entlastungsfunktion des Widerspruchsverfahrens bleibt gewährleistet.

4. Zu erwägen wäre außerdem, ob die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens auf Drittwidersprüche beschränkt wird.

#### **IV. Kein Beschleunigungseffekt für die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren und die Errichtung von Windenergieanlagen durch die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens**

1. Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens führt nicht zu einer erheblichen Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie. Die Abschaffung hat keine Auswirkungen auf die Dauer der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren.
2. Wurde die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt, haben Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Zulassung einer Windenergieanlage an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m nach § 63 BImSchG keine aufschiebende Wirkung. Der Vorhabenträger kann die Genehmigung ausnutzen und (auf eigenes Risiko) mit der Errichtung der Anlage beginnen.

Aus Sicht des Vorhabenträgers macht es keinen Unterschied, ob die Bestandskraft der Genehmigung zunächst durch einen Widerspruch oder eine Anfechtungsklage gehindert wird. Da ein verwaltungsrechtliches Rechtsschutzverfahren (mit oder auch ohne Widerspruchsverfahren) mehrere Jahre in Anspruch nimmt, muss der Vorhabenträger bei Rechtsbehelfen von Dritten regelmäßig auf der Grundlage der sofortigen Vollziehung mit der Errichtung der Anlagen beginnen.

Wenn der Dritte den Eintritt vollendeter Tatsachen verhindern will, reicht die Erhebung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage nicht aus, er muss nach §§ 80 a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO die Anordnung der aufschiebenden Wirkung im Eilverfahren beim Verwaltungsgerichtshof beantragen.

Der VGH entscheidet im Eilverfahren auf der Grundlage einer Interessenabwägung. Bei dieser Abwägung spielen die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache und damit die Rechtmäßigkeit der erteilten Genehmigung eine herausragende Rolle. Kommt der VGH im Eilverfahren zu dem Ergebnis, dass die Genehmigung rechtmäßig ist und der Rechtsbehelf des Dritten erfolglos bleiben wird, überwiegt das Vollzugsinteresse der Behörde und des Vorhabenträgers das Aufschubinteresse des Betroffenen. Der Antrag wird abgelehnt.

Der Vorhabenträger hat dann eine ausreichende Rechtssicherheit, dass auch die Rechtsbehelfe im Hauptsacheverfahren (Widerspruch, Anfechtungsklage) erfolglos bleiben werden. In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle nehmen die Drittbetroffenen deshalb nach der erfolglosen Durchführung des Eilverfahrens ihren Rechtsbehelf zurück.

## V. Zur Person

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Winfried Porsch. Rechtsanwalt seit 1996 in Stuttgart. Schwerpunkt der Tätigkeit im Umweltrecht, Beratung von Vorhabenträgern und Genehmigungsbehörden im Zusammenhang mit der Errichtung von Windenergieanlagen seit mehr als 20 Jahren. Kommentator des Widerspruchsverfahrens im Großkommentar von Schoch und Schneider zur Verwaltungsgerichtsordnung seit 2005.