

RA Thorsten Deppner Grolmanstr. 39 10623 Berlin

Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder)

5. Kammer

Logenstraße 13

15230 Frankfurt (Oder)

### **Über den elektronischen Rechtsverkehr (beA)**

16. Juni 2021

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren

**Naturschutz Bund Deutschland (NABU) Landesverband Brandenburg e.V. u.a. ./ Landes-**  
**amt für Umwelt Brandenburg**

**– gerichtliches Akteinzeichen noch unbekannt –**

begründe ich den Eilantrag vom heutigen Tage wie folgt:

### **I. Sachverhalt**

Die Beizuladende errichtet in Grünheide (Mark) die „Gigafactory Berlin-Brandenburg“ zur Produktion von Elektroautos. Zwischen den Beteiligten waren bereits mehrere Eilverfahren zu Zulassungen vorzeitigen Beginns für die „Gigafactory“ anhängig.

Mit dem bereits als Anlage ASt 1 vorgelegten Bescheid vom 1. Juni 2021 erteilte der Antragsgegner der Beizuladenden nunmehr die mit Schreiben vom 30. April 2021 beantragte 15. Zulassung vorzeitigen Beginns. Diese umfasst zahlreiche Funktionstests von Anlagen in der Gießerei, der Lackiererei und im Karroserierohbau, die unter Ziffer II. der Zulassung im Einzelnen beschrieben sind. Die Beizuladende macht von der erteilten Zulassung auch bereits Gebrauch.

Unmittelbar nach Erteilung der Zulassung reichte die Beizuladende am 3. Juni 2021 neue Antragsunterlagen ein, die nunmehr eine Batteriefabrik auf dem Gelände des Vorhabens miteinbeziehen. Hierzu veröffentlichte das Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt- und Klimaschutz Brandenburg (MLUK) am selben Tag eine Pressemitteilung:

<https://mluk.brandenburg.de/mluk/de/aktuelles/presseinformationen/detail/~03-06-2021-tesla-reicht-geaenderte-antragsunterlagen-ein>

Die Antragsteller erhoben mit Schreiben vom 11. Juni 2021 den bereits als Anlage ASt 2 vorgelegten Widerspruch gegen die 15. Zulassung des vorzeitigen Beginns. Dabei beantragten sie zugleich die Aussetzung der Vollziehung gem. § 80 Abs. 4 VwGO. Dies lehnte der Antragsgegner mit dem bereits als Anlage ASt 3 vorgelegten Schreiben vom 16. Juni 2021 ab.

Gegenstand dieses Eilverfahrens ist insbesondere die Verhinderung von Störfällen und damit zusammenhängend die Wahrung eines ausreichenden Sicherheitsabstands zu benachbarten Schutzobjekten. Die Antragsunterlagen der Beizuladenden enthalten insoweit in dem als

– Anlage ASt 4 –

beigefügten Abschnitt 6 Angaben zur Anlagensicherheit. Abschnitt 6.1 beschäftigt sich mit der Anwendbarkeit der 12. BImSchV (Störfall-Verordnung, auch StörfallV). Die Anlage wird dort als Anlage der unteren Klasse im Sinne von § 2 Nr. 1 der Verordnung eingeordnet.

In Abschnitt 6.2.2 findet sich das hier zur besseren Übersichtlichkeit gesondert als

– Anlage ASt 5 –

beigefügte „Gutachten zur Ermittlung angemessener Sicherheitsabstände für den Betriebsbereich der Tesla Manufacturing Brandenburg SE am Standort Grünheide (Mark)“ der GfBU-Consult Gesellschaft für Umwelt- und Managementberatung GmbH (GfBU) vom 5. Juni 2021. Das Gutachten hält im Ergebnis einen Abstand von 250 m zu benachbarten Schutzobjekten für ausreichend, um deren Gefährdung bei Störfällen auszuschließen.

In Abschnitt 6.4 der Antragsunterlagen erklärt die Beizuladende, vor Inbetriebnahme der Anlage werde ein schriftliches Konzept zur Verhinderung von Störfällen nach § 8 StörfallV ausgearbeitet. Alle Anforderungen des technischen Sicherheitsrechts würden eingehalten.

An den Angaben zur Anlagensicherheit in den Antragsunterlagen hat bereits die als

– Anlage ASt 6 –

beigefügte Einwendung des Bundesverbands Bürgerinitiativen Umweltschutz (BBU) vom 5. März 2020 unter Ziff. 22, 23 und 24 deutliche Kritik geübt.

Die Beizuladende hat nunmehr auf Aufforderung des Antragsgegners zur Überprüfung der Plausibilität der Angaben zur Anlagensicherheit in den Antragsunterlagen zwei externe Gutachten der Müller-BBM GmbH eingeholt, zum einen das als

– Anlage ASt 7 –

beigefügte Gutachten zur Anwendbarkeit der StörfallV (12. BImSchV) vom 5. Mai 2021, zum anderen das als

– Anlage ASt 8 –

beigefügte Gutachten zum Abstandsgebot zu benachbarten Schutzobjekten vom 5. Mai 2021. Die Gutachten üben an verschiedenen Angaben in den Antragsunterlagen – teils fundamentale – Kritik. Durch den Gutachter werden insgesamt 41 Zielvorgaben ausgewiesen, die durch die Beizuladende zu bearbeiten und abzustellen sind und im störfallrechtlichen Teil der Antragsunterlagen geändert werden müssen.

Das eigene Fachreferat T23 des Antragsgegners teilt in der als

– Anlage ASt 9 –

beigefügten Fachstellungnahme vom 20. Mai 2021 die Bedenken der Gutachten von Müller-BBM, geht darüber hinaus aber davon aus, dass die vom Antragsgegner für klärungsbedürftig gehaltenen Fragen zum Störfallrecht von diesen Gutachten entgegen dem vorgelegten Anforderungsprofil vom 2. Februar 2021 nicht umfassend beantwortet wurden.

## **II. Zulässigkeit**

Der Antrag ist zulässig. Er ist als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gem. §§ 80a Abs. 3 Satz 2, 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO zunächst statthaft. Der Antragsgegner hat unter Ziff. I.1.2. des angegriffenen Bescheids dessen sofortige Vollziehung angeordnet, so dass dem Widerspruch der Antragsteller gem. §§ 80a Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die Antragsteller haben den Widerspruch fristgerecht erhoben.

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

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

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

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

verfügbaren Satzung unter anderem die folgenden Aufgaben:

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

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

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

verfügbaren Satzung wie folgt beschrieben:

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

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

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

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

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

erfüllt werden. Diese Aufgaben werden von dem angegriffenen Bescheid berührt.

### **III. Begründetheit**

Der Antrag ist begründet. Das Aussetzungsinteresse der Antragsteller überwiegt das Vollzugsinteresse des Antragsgegners und der Beizuladenden, weil der Rechtsbehelf in der Hauptsache bei summarischer Prüfung Erfolg hat. Die angegriffene Zulassung des vorzeitigen Beginns des UVP-pflichtigen Vorhabens ist rechtswidrig; hierauf können sich die Antragsteller gem. § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UmwRG berufen.

Die für die Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erforderliche positive Genehmigungsprognose für das Gesamtvorhaben kann derzeit nicht bejaht werden. Ihr stand von Anfang entgegen, dass aufgrund der vorliegenden Antragsunterlagen eine Beurteilung der störfallrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nicht möglich ist (dazu 1). Jedenfalls steht einer positiven

Genehmigungsprognose nunmehr entgegen, dass die Beizuladende am 3. Juni 2021 vollständig neue Antragsunterlagen unter Einbeziehung einer Batteriefabrik eingereicht hat, die der Antragsgegner bisher nicht prüfen konnte und zu denen bisher keine Einwendungen erhoben werden konnten (dazu 2).

## **1. Rechtswidrigkeit von Anfang an wegen fehlender Nachweise zu einem hinreichenden Schutz vor Störfällen**

Die Beizuladende kann aufgrund der vorgelegten Antragsunterlagen einen hinreichenden Schutz vor Störfällen nicht nachweisen (dazu a). Dies steht einer – auf die Gesamtanlage bezogenen – positiven Genehmigungsprognose im Ergebnis entgegen (dazu b).

### **a) Verstoß gegen Anforderungen zur Störfallsicherheit**

Die Beizuladende hat weder plausibel gemacht, warum das Vorhaben lediglich als Betriebsbereich der unteren Klasse i. S. v. § 2 Nr. 1 StörfallV einzuordnen ist (dazu aa), noch, wie sie die Betreiberpflichten zur Verhinderung von Störfällen erfüllt (dazu bb). Auch ist der erforderliche Sicherheitsabstand zum Schutz benachbarter Objekte vor Störfallereignissen nicht eingehalten (dazu cc).

#### **aa) Einordnung als Betriebsbereich der unteren Klasse i. S. d. StörfallV nicht plausibel**

Die Auffassung der Beizuladenden in den Antragsunterlagen, es handle sich bei dem Vorhaben lediglich um einen Betriebsbereich der unteren Klasse i. S. v. § 2 Nr. 1 StörfallV, ist so nicht nachvollziehbar. Es muss vielmehr als offen gelten, ob es sich um einen Betriebsbereich der oberen Klasse handelt, für den nach § 1 Abs. 1 StörfallV neben den Grundpflichten nach §§ 3-8a der Verordnung zusätzlich die erweiterten Pflichten nach §§ 9-12 gelten. Insbesondere ist für Betriebsbereiche der oberen Klasse nach § 9 StörfallV ein Sicherheitsbericht zu erstellen. Daran fehlt es hier infolge der Einstufung als Betriebsbereich der unteren Klasse.

Für die Zuordnung zur unteren und oberen Klasse maßgeblich ist nach § 2 Nr. 1 und 2 StörfallV das Vorhandensein gefährlicher Stoffe, die in Spalten 4 und 5 der Stoffliste in Anhang I aufgeführt sind.

Die Einordnung des Vorhabens lediglich als Betriebsbereich der unteren Klasse seitens der Beizuladenden ist im Hinblick auf die externe Kritik im Gutachten von Müller-BBM „Begutachtung der Prüfung auf Anwendbarkeit der StörfallV“ vom 5. Mai 2021 (Anlage ASt 7) so nicht haltbar. Das Gutachten enthält 16 „Zielvorgaben“, die erfüllt werden müssen, um eine plausible Einstufung des Betriebsbereichs vornehmen und entscheiden zu können, ob das beantragte Vorhaben einen Betriebsbereich der oberen Klasse i. S. v. § 2 Nr. 2 der 12. BImSchV darstellt. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Zielvorgabe 14. Hier hält der Gutachter fest:

„Die Art und Menge der bei außer Kontrolle geratenen Prozessen anfallenden Stoffen sind unter Berücksichtigung der KAS-43 ‚Empfehlungen zur Ermittlung der Mengen gefährlicher Stoffe bei außer Kontrolle geratenen Prozessen‘ [9] bei der Prüfung auf Anwendbarkeit der StörfallV [7] zu berücksichtigen“

Hinter dieser Formulierung steckt das Eingeständnis, dass die Kritik der Einwendung des BBU (Anlage ASt 6), dass bei der Prüfung der Überschreitung der Mengenschwellen auch solche Stoffe zu berücksichtigen sind, die beispielsweise beim Abbrennen der Fabrik entstehen können, berechtigt ist. Das ist hier deswegen von besonderer Bedeutung, weil dies auch die beim Verbrennen des Kühlmittels 2,3,3,3-Tetrafluorpropen entstehenden Stoffe Fluorwasserstoff und Fluorwasserstoff, die als „akut toxisch“ nach Nr. 1.1.1 der Stoffliste zur 12. BImSchV zu bewerten sind.

Glaubhaftmachung: Auskünfte aus der GESTIS Stoffdatenbank zu Fluorwasserstoff (HF), abrufbar unter <https://gestis.dguv.de/data?name=001040> und zu Fluorwasserstoff, abrufbar unter <https://gestis.dguv.de/data?name=520038>.

Für diese Stoffe gilt eine obere Mengenschwelle von nur 20.000 kg, die nach dem als

– Anlage ASt 10 –

beigefügten, vom BBU und vom NABU Kreisverband Fürstenwalde vorgelegten Gutachten zur Störfallsicherheit vom 11. Januar 2021 bereits allein aufgrund der ausweislich der Antragsunterlagen gelagerten Menge an Kühlmittel überschritten wird:

„In Abschnitt 6.1 wird die Kältemittelmenge in der Ermittlung der Betriebsbereichseinstufung mit 30.000 Kg als entzündbares Gas ausgewiesen. Unter Anwendung des Umsetzungs-faktors ergeben sich hier 21,05 t als akut toxisch 1 anzusetzender Fluorwasserstoff als Reaktionsprodukt im Falle eines Brandes. Damit wird die Mengenschwelle von 20 t für einen Betriebsbereich der oberen Klasse allein schon vom Kältemittel überschritten.“ (BBU, Stellungnahme vom 11. Januar 2021, S. 7).

Im Ergebnis kommt das oben angeführte Gutachten des Büros Müller-BBM vom 5. Mai 2021 (Anlage ASt 7) zu dem Schluss (S. 18 f.), dass nicht alle am Standort vorhandenen Stoffe berücksichtigt worden sind. Die Angaben zur Menge der gefährlichen Stoffe seien teilweise widersprüchlich. Die Einstufung der gefährlichen Abfälle im Hinblick auf die Ableitung der Gefahrenkategorien sei bezogen auf die Einstufung einzelner Abfallarten nicht plausibel. Zudem fehlten Angaben zu Art und Menge der vorhandenen gefährlichen Stoffe, soweit vernünftigerweise vorhersehbar ist, dass sie bei außer Kontrolle geratenen Prozessen anfallen.

Mit Blick auf das Gutachten von Müller-BBM kommt auch das eigene Fachreferat T 23 des Antragsgegners in seiner Fachstellungnahme – Anlage ASt 9 – (S. 2) zu dem Schluss, dass mit den von der Beizuladenden zur Prüfung der störfallrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen eingeholten

Sachverständigen Gutachten keine direkten rechtssicheren Rückschlüsse auf die Betriebsbereichsklasse nach StörfallV der beantragten Anlage gezogen werden können. Dies hatte das genannte Referat aber in seiner hier als

– Anlage ASt 11 –

beigefügten Stellungnahme vom 12. Mai 2021 zur Vollständigkeitsprüfung der Antragsunterlagen für die streitgegenständliche 15. Zulassung vorzeitigen Beginns noch zur Voraussetzung für die Zulassung einer testweisen Inbetriebnahme der Anlage auf Grundlage von § 8a BImSchG gemacht. Hier heißt es:

„Vor der Inbetriebnahme, sei es auch nur testweise, ist es nach Auffassung von T23 notwendig zu klären, ob die bisher beantragte Anlage einen Betriebsbereich der unteren oder der oberen Klasse bildet.“ (S. 2, dort Ziffer 4)

Die genannte „testweise“ Inbetriebnahme war augenscheinlich auf die mit der streitgegenständlichen Entscheidung zugelassenen „Funktionsprüfungen“ bezogen.

Diese Einschätzung des für Störfallsicherheit zuständigen Fachreferats des Antragsgegners steht in auffälligem Gegensatz zur Begründung des angegriffenen Bescheids.

#### **bb) Kein Nachweis der Erfüllung der Betreiberpflichten nach §§ 3 ff. StörfallV**

Aber selbst wenn das Vorhaben tatsächlich als Betriebsbereich der unteren Klasse einzustufen sein sollte, ist es nach den derzeit insoweit vorliegenden Antragsunterlagen nicht genehmigungsfähig. Die Beizuladende weist bislang nicht nach, dass sie die allgemeinen Betreiberpflichten zur Verhinderung von Störfällen und zur Begrenzung der Auswirkungen von Störfällen nach §§ 3 ff. StörfallV erfüllt. Wie bereits die als Anlage ASt 6 vorgelegte Einwendung des BBU (S. 12) deutlich gemacht hat, ist nicht lediglich der Nachweis geschuldet, *dass* die technischen Sicherheitsanforderungen eingehalten werden, sondern *wie* dies erreicht wird. Es genügt daher gerade nicht, dass die Beizuladende im Abschnitt 6.4 der Antragsunterlagen (Anlage ASt 4) lediglich allgemein angibt, die Konstruktion, Fertigung und Betrieb der maschinentechnischen Anlagen und Einrichtungen der Anlage erfolge nach dem in Deutschland gültigen technischen Regelwerk, und hierzu einschlägige Rechtsgrundlagen benennt. So macht die Beizuladende unter der Überschrift „Einrichtungen zur Begrenzung der Freisetzung von Stoffen“ lediglich allgemeine Ausführungen, ohne anzugeben, welche Maßnahmen sie insoweit zu ergreifen beabsichtigt. Dasselbe gilt für den Abschnitt „Gestaltung von Anlagenkomponenten und -teilen“. Wie die Beizuladende den einzelnen Anforderungen der §§ 4 und 5 StörfallV konkret nachkommen will, wird in keiner Weise ersichtlich. Schließlich räumt die Beizuladende in den Antragsunterlagen selbst ein, das nach § 8 StörfallV erforderliche schriftliche Konzept zur Verhinderung von Störfällen noch nicht erarbeitet zu haben. Sie kündigt lediglich an, das Konzept vor

Inbetriebnahme vorzulegen. Dieses Vorgehen ist unzulässig, da damit der Öffentlichkeit die Gelegenheit genommen wird, im Rahmen der Beteiligung Einwendungen zur Umsetzung der technischen Sicherheitsanforderungen vorzubringen.

### **cc) Kein Nachweis der Wahrung des Sicherheitsabstands zu benachbarten Schutzobjekten**

Schließlich ist aus den Antragsunterlagen nicht erkennbar, dass das Vorhaben einen angemessenen Sicherheitsabstand zu benachbarten Schutzobjekten i. S. d. § 3 Abs. 5c BImSchG wahrt, um diese vor Schädigungen durch Störfälle zu schützen. Die auf Unionsrecht beruhende Verpflichtung zur Wahrung eines angemessenen Sicherheitsabstands ist auch im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Zulassung neuer Anlagen zu beachten (dazu (1)). Die Angaben in den Antragsunterlagen hierzu sind nicht plausibel (dazu (2)).

### **(1) Verpflichtung zur Wahrung des Sicherheitsabstands bei der Anlagenzulassung**

Nach Art. 13 Abs. 2 lit. a und b RL 2012/18/EU (Seveso-III-RL; zuvor Art. 12 Abs. 1 RL 96/82/EG = Seveso-II-RL) haben die Mitgliedsstaaten für einen angemessenen Sicherheitsabstand zwischen Anlagen und schutzbedürftigen Nutzungen zu sorgen. Die Ursache für eine Unterschreitung des Sicherheitsabstands kann zwar auch außerhalb der Verantwortung des Vorhabenträgers liegen, wenn nach Erteilung der Anlagengenehmigung schutzbedürftige Nutzungen in der unmittelbaren Umgebung zugelassen werden („heranrückende Wohnbebauung“). Insoweit ist dem Abstandsgebot gem. § 50 BImSchG bei der Planung bzw. bei der Zulassung schutzbedürftiger Einzelvorhaben nach §§ 34, 35 BauGB Rechnung zu tragen, grundsätzlich dagegen nicht durch Auflagen gegenüber der Anlage (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Dezember 2012 – 4 C 11/11 im Anschluss an EuGH, Urteil vom 15. September 2011 – C-53/10 Mücksch). Für diese Konstellation stellt § 3 Abs. 5 StörfallV klar, dass die Wahrung des Sicherheitsabstands *als solche* keine Betreiberpflicht ist. Umgekehrt darf eine Anlage aber nicht erstmals den Sicherheitsabstand unterschreiten. Der EuGH hat in der Rechtsache Mücksch (Urteil vom 15. September 2011 – C-53/10) herausgearbeitet, dass die erstmalige Schaffung einer Gemengelage gegen Art. 13 der Seveso-III-RL verstößt (*Wasielewski* NVwZ 2018, 937 [941]). Kernaussage des EuGH-Urteils ist, dass es für die effektive Umsetzung der Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, für einen angemessenen Sicherheitsabstand zu sorgen, nicht darauf ankommen kann, ob das nationale Recht eine Planungsentscheidung vorsieht, bei der der Sicherheitsabstand (wie bisher nach § 50 BImSchG) als Abwägungsdirektive einbezogen wird. Auch bei der Zulassung von Vorhaben im Rahmen gebundener Entscheidungen ist die Wahrung eines angemessenen Sicherheitsabstands angemessen zu berücksichtigen.

Im geltenden nationalen Immissionsschutzrecht lässt sich die unionsrechtliche Vorgabe zunächst dadurch umsetzen, dass die Wahrung eines angemessenen Sicherheitsabstands als Ausfluss der Betrei-



berpflichten aus § 3 StörfallV verstanden wird. § 3 Abs. 5 StörfallV schließt nur eine *generelle* Verantwortung des Anlagenbetreibers für die Einhaltung des Sicherheitsabstands (die selbst in der Konstellation der „heranrückenden Wohnbebauung“ gelten würde) aus, lässt aber die allgemeinen störfallbezogenen Betreiberpflichten unberührt (*Hansmann/König* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand 94. EL Dezember 2020, 12. BImSchV § 3 Rn. 30). Die Einhaltung eines angemessenen Sicherheitsabstands kann vor allem nach § 3 Abs. 3 StörfallV als Maßnahme angeordnet werden, um Auswirkungen von Störfällen, die trotz Beachtung der Vermeidungsanforderungen nach § 3 Abs. 1 StörfallV auftreten („Dennoch-Störfälle“), so gering wie möglich zu halten. Die Konkretisierung dieser Verpflichtung in § 5 StörfallV ist, wie der Wortlaut „insbesondere“ zeigt, nicht abschließend (VGH Kassel, Urteil vom 21. Februar 2001 – 2 UE 2899/96; *Hansmann/König* a.a.O. Rn. 24; *Rebentisch* NVwZ 2017, 1569 [1572], *Fabi* ZUR 2019, 341 [343]).

Der unionsrechtlich gebotene Sicherheitsabstand wird freilich nicht allein über die Betreiberpflichten gewahrt. Darüber hinaus stellt das bauplanungsrechtliche Abstandsgebot als Ausfluss des Rücksichtnahmegebots einzelner Bauvorhaben (§ 15 BauNVO) auch eine nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu beachtende öffentlich-rechtliche Anforderung dar (*Schoen* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand 94. EL Dezember 2020, BImSchG § 50 Rn. 99; *Fabi*, ZUR 2019, 341 [344 ff.]; *Topboven* in Giesberts/Reinhardt, BeckOK-Umweltrecht, 58. Edition Stand 01.04.2021, BImSchG § 50 Rn. 6b; *Reidt* BauR 2012, 1182 [1185], *Weidemann* BauR 2014, 784 [796]).

Wenn der Antragsgegner im Zusammenhang mit der Ablehnung der Vollziehung (Anlage ASt 3) auf Seite 10 meint, ein angemessener Sicherheitsabstand sei nicht zwingend einzuhalten, sondern stelle nur eine Möglichkeit von vielen dar, die Auswirkungen eines etwaigen Störfallereignisses nach § 3 Abs. 3 StörfallV zu ersetzen, verkürzt er die Frage des Sicherheitsabstands damit in unzulässiger Weise auf einen – relativen – Aspekt der Betreiberpflichten. Mit der unionsrechtlichen Vorgabe aus Art. 13 Abs. 2 Seveso-III-RL in der Auslegung des EuGH im Fall Mücksch, wonach die Wahrung des Sicherheitsabstands stets zu berücksichtigen ist, ist dies nicht vereinbar.

Für die Frage, welcher Sicherheitsabstand im Einzelfall einzuhalten ist, ist auch im Anlagenzulassungsrecht auf die für die Bauleitplanung erarbeiteten Richtlinien der Kommission für Anlagensicherheit KAS-18 und KAS-33 zurückzugreifen.

## **(2) Kein angemessener Sicherheitsabstand nachgewiesen**

In den Antragsunterlagen wird ein angemessener Sicherheitsabstand zu benachbarten Schutzobjekten nicht plausibel nachgewiesen.

Als Schutzobjekte definiert § 3 Abs. 5d BImSchG ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen

dienende Gebiete, öffentlich genutzte Gebäude und Gebiete, Freizeitgebiete, wichtige Verkehrswege und unter dem Gesichtspunkt des Naturschutzes besonders wertvolle oder besonders empfindliche Gebiete. Insoweit benennt das von der Beizuladenden vorgelegte GfBU-Gutachten (Anlage ASt 5) in der Tabelle 2.1 (S. 6) im Ansatz zutreffend Schutzobjekte in unmittelbarer Nachbarschaft zum Vorhaben.

Nicht tragfähig ist jedoch die Aussage im Gutachten (S. 27), ein Sicherheitsabstand von 250 m sei ausreichend. Das Gutachten von Müller-BBU (Anlage ASt 8) kommt hier zu dem Ergebnis, dass die Antragsunterlagen an für die Realisierbarkeit des Vorhabens kritischen Punkten grundlegend überarbeitet werden müssen. Diese Einschätzung wird vom eigenen Fachreferat T23 des Antragsgegners geteilt. In der Fachstellungnahme (Anlage ASt 9) wird auf Seite 2 festgestellt, dass keine gutachterliche Ausweisung des angemessenen Sicherheitsabstands erfolgt ist.

Nach dem Gutachten von Müller-BBU muss insbesondere der als am schwerwiegendsten einzustufende Störfall eines Kühlmittel-Austritts verbunden mit der Entstehung von hochgiftigem, akut toxischem Fluorwasserstoff (Szenarien 4 und 5) von Grund auf neu betrachtet und bewertet werden. Hier heißt es in den „Zielvorgaben“ 21 und 22:

„Das Szenario 4 ‚Brand nach Freisetzung von 2,3,3,3-Tetrafluorpropen‘ ist **vollständig neu abzuleiten und zu betrachten**. Dabei sind die relevanten Eingangsparameter wie Leckquerschnitt, Freisetzungszeit, Verdampfungszeit, Zeit bis zum Wirksamwerden der begrenzenden Maßnahmen neu zu bewerten und an den aktuellen Planungsstand anzupassen“ (ZV 21, Hervorhebungen durch Unterzeichner)

Das Szenario 5 ‚Freisetzung von Fluorwasserstoff nach Brand von 2,3,3,3-Tetrafluorpropen‘ ist auf Basis der Ausführungen des Unterzeichners zu Szenario 4 ‚Brand nach Freisetzung von 2,3,3,3-Tetrafluorpropen‘ **vollständig neu abzuleiten und zu betrachten**. (siehe auch ZV 21)“ (ZV 22, Hervorhebungen durch Unterzeichner)

Die Betrachtung und Bewertung dieses Störfalls hat unmittelbare Auswirkungen auf den einzuhaltenen Mindestabstand zu schutzwürdigen Objekten. Im Abstand von „ca. 790 m“ vom Betriebsbereich befinden sich in nordöstlicher Richtung Wohnhäuser (Gottesbrück 11-12, Fangschleuse, Grünheide), nordwestlich befindet sich in nur 340 m Entfernung das gesetzliche geschützte Biotop „Pfeifengras-Kiefern-Moorwald“ (081011). Südlich des Betriebsbereichs befindet sich in nur ca. 200 m Entfernung das von Publikumsverkehr frequentierte Gewerbegebiet „Handelslogistikzentrum und Gewerbepark Freienbrink“. Bereits das die Auswirkungen des „Kühlmittel-Störfalls“ bei weitem unterschätzende GfBU-Gutachten aus den Antragsunterlagen (Anlage ASt 5) geht von einem einzuhaltenen Sicherheitsabstand von 250 m aus. Angesichts der Tatsache, dass die genannten Störfallszenarien „vollständig neu abzuleiten und zu bewerten“ sind und die vom Gutachter von Müller-BBM festgestellten Unzulänglichkeiten der Störfallbetrachtung dazu führen, dass die genannten Störfälle

bei weitem unterschätzt werden, ist damit zu rechnen, dass jedenfalls der Sicherheitsabstand zum gesetzlich geschützten Biotop ohne eine erhebliche Veränderung der Anlagenkonfiguration und Betriebsweise (wenn überhaupt) nicht eingehalten werden können. Dabei ist zu beachten, dass Fluorwasserstoff ausweislich des dazu verfügbaren Sicherheitsdatenblatts als „deutlich wassergefährdend“ (Wassergefährdungsklasse 2) bewertet wird und die Eigenschaft hat, den pH-Wert wässriger ökologischer Systeme verändern zu können.

Glaubhaftmachung: Ziffern 12.6 und 15.1 des Sicherheitsdatenblatts zu Fluorwasserstoff des industriellen Gasherstellers „Air Liquide“, abrufbar unter <https://gasekatalog.airliquide.de/documents/sm1554717619008.pdf>.

Ein moorbasierter Lebensraum wie das gesetzliche geschützte Biotop „Pfeifengras-Kiefern-Moorwald“ (081011) wäre von dem Störfall damit unmittelbar betroffen und gefährdet.

Auch muss als „offen“ gelten, ob der Sicherheitsabstand zur Wohnbebauung eingehalten werden können, zumal diese nordöstlich des Betriebsbereichs und damit in Hauptwindrichtung des Störfallgeländes liegt, von luftgetragenen Giftstoffen wie verdampftem und damit gasförmigen Fluorwasserstoff also besonders gefährdet wird. Schließlich muss aufgrund der extremen Kontakt-Toxizität der sich aus dem Fluorwasserstoff durch Adsorption aus der Luft entstehenden Flusssäure in Zweifel gezogen werden, ob – jedenfalls im Hinblick auf diesen Störfall – das südlich gelegene Gewerbegebiet mit Publikumsverkehr allein aufgrund der Tatsache, dass sich dort – angeblich, auch das hat der Antragsteller bislang nicht unterlegt, vgl. Zielvorgabe 1 des Gutachtens von Müller-BBM – weniger als 100 Besucherinnen und Besucher aufhalten, tatsächlich davon ausgegangen werden kann, dass es sich insoweit nicht um ein schutzbedürftiges Objekt im Sinne von § 3 Abs. 5d BImSchG handelt. Bei einer zweckorientierten Auslegung ist jedenfalls im Hinblick auf einen Giftstoff wie Flusssäure, der schon bei Kontakt mit geringen Dosen zu erheblichen Verletzungen bis zum Tod führen kann, davon auszugehen, dass auch geringfügiger Publikumsverkehr dazu führt, dass ein Gebiet als „öffentlich genutzt“ einzustufen ist. Anders als bei Personen, die im Gewerbegebiet arbeiten, kann der Publikumsverkehr nämlich nicht auf einen solchen Störfall vorbereitet und entsprechend geschult werden. Bei termingebundenen, „betreuten“ Besuchen mag es möglich sein, auch mit dem Rettungskonzept unvertraute Personen zu schützen. Bei offenem Publikumsverkehr ist dies aber nicht (rechtzeitig) möglich.

Vergleichbare Erwägungen treffen auf die unmittelbar westlich an das Vorhabengebiet angrenzende Autobahn A 10 und die südlich angrenzende stark frequentierte Landstraße L 38 zu. § 50 BImSchG

nennt als sonstige schutzbedürftige Gebiete auch „wichtige Verkehrswege“; beide genannte Straßen stellen wegen ihrer überregionalen Verkehrsfunktion und starken Frequentierung solche Verkehrswege dar. Im Hinblick auf die Gefährdung ist zu berücksichtigen, dass im Falle eines Störfalls auf dem Tesla-Betriebsgelände mit stark erhöhtem Fahrzeugaufkommen in Richtung der Autobahn und an der unmittelbar benachbarten Autobahnanschlussstelle gerechnet werden muss, weil sowohl Beschäftigte von Tesla und dem südlich angrenzenden Gewerbepark als auch die nahe Wohnbevölkerung versuchen wird, sich schnellstmöglich vom Unglücksort zu entfernen. Dies wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu Staubbildungen im Bereich der Anschlussstelle und einem Rückstau auf der L 38 führen, welche ein vergleichsweise langes Verweilen der betroffenen Personen im unmittelbaren Gefahrenbereich zur Folge hätte. In einem solchen Fall könnte eine mehr als nur kurzfristige Exposition zu freigesetzten Giftstoffen nicht ausgeschlossen werden könnte.

### **b) Maßgeblichkeit des Gesamtvorhabens**

Im Hinblick auf die bestehenden Defizite bei den störfallrechtlichen Anforderungen ist eine positive Genehmigungsprognose nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG nicht möglich. Dem steht nicht entgegen, dass – worauf der Antragsgegner im Zusammenhang mit der Ablehnung des Antrags auf Aussetzung der Vollziehung (Anlage ASt 3) auf Seite 11 hinweist – es sich bei den vorzeitigen Zulassungen nicht um störfallrelevante Maßnahmen handelt. Bezugspunkt der Prognose ist die Genehmigung des Vorhabens insgesamt. Die in der Kommentarliteratur vereinzelt geäußerte Auffassung, wenn eine vorzeitige Zulassung lediglich von einzelnen Maßnahmen begehrt werde, genüge es, die hierauf bezogenen Unterlagen vorzulegen (*Mann* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand 94. EL Dezember 2020, BImSchG § 8a Rn. 49), verkennt den klaren Wortlaut des Gesetzes. Rechtspolitisch wäre es zwar denkbar, die Voraussetzungen für die Erteilung vorzeitiger Zulassungen bezüglich einzelner Baumaßnahmen und Funktionstests dahingehend abzusenken, dass dabei lediglich eine positive Prognose für die Genehmigung dieser Maßnahmen erforderlich wäre. Die geltende Regelung erfordert jedoch eindeutig eine positive Prognose der Genehmigungsfähigkeit des Gesamtvorhabens. Diesem dürfen keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen (*Czajka* in Feldhaus, BImSchG, 34. Update März 2021, § 8a Rn. 33).

## **2. Rechtswidrigkeit seit Änderung der Antragsunterlagen**

Unabhängig von der störfallrechtlichen Bewertung und selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die angegriffene Zulassung zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmäßig gewesen sein sollte, ist sie jedenfalls jetzt aufzuheben, weil an der positiven Genehmigungsprognose spätestens nach Einreichung neuer Antragsunterlagen am 3. Juni 2021 nicht mehr festgehalten werden kann. Die Beizulassende hat ihr Anlagenkonzept grundlegend überarbeitet und u. a. um eine Batteriefertigung großen

Ausmaßes – nach Presseberichten die „weltgrößte Batteriefabrik“ – ergänzt. Die eingereichten Antragsunterlagen umfassen mehrere tausend Seiten; bislang ist noch nicht einmal die Vollständigkeitsprüfung abgeschlossen, geschweige denn die erneute Auslegung bekannt gemacht.

Diese nach Erteilung der angegriffenen Zulassung des vorzeitigen Beginns durch den Antragsgegner eingetretene Tatsache ist im hiesigen Verfahren zu berücksichtigen. Das ist offenkundig, wenn man die Zulassung nach § 8a BImSchG als Dauerverwaltungsakt einordnet (vgl. zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung *Riese* in Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand 39. EL Juli 2020, § 113 Rn. 254). Aber auch wenn man davon ausginge, dass das Gericht lediglich die Rechtmäßigkeit einer punktuellen Behördenentscheidung zu beurteilen hätte, sind jedenfalls Veränderungen während des Widerspruchsverfahrens, also vor der letzten Behördenentscheidung, in jedem Fall zu berücksichtigen (vgl. allgemein *Wolff* in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018 § 113 Rn. 98; speziell für das Immissionsschutzrecht stellt BVerwG, Beschluss vom 11. Januar 1991 – 7 B 102/90 auf die angefochtene Behördenentscheidung „ggf. in Gestalt des Widerspruchsbescheids“ ab). Eines Widerrufs der Zulassung vorzeitigen Beginns nach § 8a Abs. 2 BImSchG bedarf es hier nicht, da die Sachentscheidung nach § 8a Abs. 1 BImSchG im Widerspruchsverfahren neu getroffen wird.

Der Antragsgegner hat sicherzustellen, dass von den erteilten Zulassungen des vorzeitigen Beginns so lange kein Gebrauch mehr gemacht wird, bis er in der Lage ist, eine Prognoseentscheidung zur Genehmigungsfähigkeit des veränderten Vorhabens zu treffen und Einwendungen zu ermöglichen (dazu a). Dabei spielt es auch keine Rolle, dass die hier vorzeitig zugelassenen Maßnahmen – Funktionalstests – von den Änderungen nicht berührt werden (dazu b).

**a) Positive Genehmigungsprognose wegen Änderung der Antragsunterlagen derzeit nicht möglich**

Eine positive Genehmigungsprognose ist wegen der Änderung der Antragsunterlagen derzeit nicht möglich. Weder konnte der Antragsgegner die geänderten Unterlagen bereits prüfen (dazu aa), noch bestand Gelegenheit zu Einwendungen (dazu bb).

**aa) Bisher keine vollständige Prüfung der Antragsunterlagen durch den Antragsgegner möglich**

Eine positive Genehmigungsprognose schließt zwar Zweifel hinsichtlich einzelner Genehmigungsvoraussetzungen nicht aus. Allerdings muss die Behörde in Ansehung des Untersuchungsgrundsatzes aus § 24 VwVfG alle im Entscheidungszeitpunkt zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten ausschöpfen und sämtliche Aspekte berücksichtigen, die für die Prognose von Bedeutung sind. Hierfür hat sie eine sorgfältige Sachprüfung auf einer ausreichenden Beurteilungsgrundlage durchzuführen (*Mann* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand 94. EL Dezember 2020,

BImSchG § 8a Rn. 40). Solange sich der Antragsgegner noch keinen Überblick über die Genehmigungsfähigkeit der Batteriefabrik machen konnte, kann er keine vorläufigen Zulassungen erteilen.

#### **bb) Bisher keine Einwendungen gegen die geänderten Antragsunterlagen möglich**

Ein wesentlicher Aspekt der Erarbeitung der Tatsachengrundlage, auf die sich die Genehmigungsprognose nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG bezieht, ist die Öffentlichkeitsbeteiligung. Die Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung ist daher abzuwarten, bevor die Behörde die Entscheidung über die vorzeitige Zulassung trifft (*Mann* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand 94. EL Dezember 2020, BImSchG § 8a Rn. 52). In der Regel wird die Genehmigungsprognose erst aufgrund der Durchführung der gesetzlich vorgesehenen Beteiligungsverfahren getroffen werden können (BVerwG, Beschluss vom 30. April 1991 – 7 C 35/90, juris Rn. 11 zu § 7a Abs. 1 Nr. 1 AbfallG). Das OVG Berlin-Brandenburg geht in den beiden Eilentscheidungen zu den der Beizuladenden bisher erteilten Zulassungen vorzeitigen Beginns (Beschluss vom 20. Februar 2020 – OVG Az 11 S 8.20 –, Rn. 21 ff.; Beschluss vom 18. Dezember 2020 – OVG 11 S 127/20 –, Rn. 32) zwar davon aus, dass eine solche Zulassung im Einzelfall auch bereits vor Abschluss der Einwendungsfrist erfolgen kann. Entscheidend war jedoch, dass das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung bereits weit fortgeschritten war. Die Auslegung war abgeschlossen und es bestand umfassend Gelegenheit zu Einwendungen. Hier durfte die Behörde nach Auffassung des OVG davon ausgehen, dass Einwender, die gerade die Zulassung des vorzeitigen Beginns beanstanden, ihre Argumente frühzeitig geltend machen. Wenn die geänderten Auslegungsunterlagen demgegenüber noch nicht einmal ausgelegt worden sind, bestand von vornherein keine zumutbare Möglichkeit Einwendungen zu erheben.

#### **b) Maßgeblichkeit der Gesamtanlage**

Wie bereits dargelegt, muss sich die positive Prognose nach dem klaren Wortlaut des § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG auf das Gesamtvorhaben erstrecken, und nicht nur auf die von der vorzeitigen Zulassung berührten Anlagenteile. Die Beizuladende hat nicht etwa für die Batteriefabrik eine weitere immissionsschutzrechtliche Genehmigung neben derjenigen für die bisher geplante Anlage beantragt; vielmehr handelt es sich um eine einheitliche Anlagen, was sich bereits daran zeigt, dass auch die bisherigen Planungen angepasst wurden.

Keine Abschriften anbei, da Übermittlung über den elektronischen Rechtsverkehr.

[signiert mit qualifizierter elektronischer Signatur]

Thorsten Deppner  
Rechtsanwalt