

# Vollzugshinweise zu § 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3, § 16b und § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG

Stand 20. April 2022  
LAI-Beschluss 15. März 2022  
LANA-Beschluss 13. April 2022

## Inhaltsverzeichnis

I.	§ 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3 BImSchG .....	2
1.	Anwendungsbereich .....	2
2.	§ 10 Absatz 5 Satz 2 BImSchG.....	2
3.	§ 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG.....	3
a)	Antragserfordernis, Form, Frist.....	3
b)	Ersetzung der fachbehördlichen Stellungnahme .....	3
aa)	„Entscheidung in diesem Fall“ .....	3
bb)	Maßgebliche Sach- und Rechtslage.....	3
c)	§ 10 Absatz 6a Satz 2 BImSchG bleibt unberührt.....	4
II.	§ 16b BImSchG .....	5
1.	§ 16b Absatz 1 BImSchG.....	5
a)	Anwendbarkeit des § 16b Absatz 1 BImSchG .....	5
aa)	Antragserfordernis.....	5
bb)	Legaldefinition „Repowering“ .....	5
cc)	Anwendung setzt eine BImSchG-Genehmigung voraus .....	6
b)	Delta-Prüfung.....	6
aa)	Gegenwärtiger Zustand.....	6
bb)	Beschränkter Prüfungsumfang .....	6
2.	§ 16b Absatz 2 BImSchG.....	7
a)	§ 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BImSchG.....	8
b)	§ 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BImSchG.....	9
3.	§ 16b Absatz 3 BImSchG.....	9
4.	§ 16b Absatz 4 BImSchG.....	10
a)	Vorbemerkung zum europarechtlichen Hintergrund hinsichtlich der Betroffenheit des Artenschutzes .....	10
b)	§ 16b Absatz 4 Satz 1 BImSchG .....	11
c)	§ 16b Absatz 4 Satz 2 BImSchG .....	12
d)	§ 16b Absatz 4 Satz 3 BImSchG .....	14
5.	§ 16b Absatz 5 BImSchG.....	15
6.	§ 16b Absatz 6 BImSchG.....	15
7.	§ 16b Absatz 7 BImSchG.....	15

a) § 16b Absatz 7 Satz 1 und 2 BImSchG .....	16
b) § 16b Absatz 7 Satz 3 und 4 BImSchG .....	16
III. § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG .....	17

## I. § 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3 BImSchG

*„<sup>2</sup>Hat eine zu beteiligende Behörde bei einem Verfahren zur Genehmigung einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien innerhalb einer Frist von einem Monat keine Stellungnahme abgegeben, so ist davon auszugehen, dass die beteiligte Behörde sich nicht äußern will. <sup>3</sup>Die zuständige Behörde hat die Entscheidung in diesem Fall auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen.“*

### 1. Anwendungsbereich

Die neuen Sätze 2 und 3 in § 10 Absatz 5 BImSchG sind auf Anlagen „zur Nutzung erneuerbarer Energien“ beschränkt, mithin auf solche Anlagen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (RED II) fallen. Dass § 10 Absatz 5 – im Gegensatz zu § 10 Absatz 5a – keine wörtliche Bezugnahme auf die RED II enthält, hat keine Bedeutung. Die beiden Absätze haben gleichwohl denselben Anwendungsbereich. Da § 10 Absatz 5 Sätze 2 und 3 erst relativ spät in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt worden sind, wurde vermutlich übersehen, eine wörtliche Bezugnahme aufzunehmen.

### 2. § 10 Absatz 5 Satz 2 BImSchG

Durch den neuen Satz 2 in § 10 Absatz 5 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) werden Regelungsinhalte von § 11 Satz 1 und 3 der Verordnung über das Genehmigungsverfahren (9. BImSchV) – beschränkt auf Verfahren zur Genehmigung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien – im BImSchG selbst verortet. Durch die Einfügung des § 10 Absatz 5 Satz 2 BImSchG wurde die geltende Rechtslage nicht geändert. Bereits nach § 11 Satz 1 und 3 der 9. BImSchV galt und gilt, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde davon auszugehen hat, dass eine beteiligte Behörde sich nicht äußern will, wenn diese bis zum Ablauf der Monatsfrist keine Stellungnahme abgegeben hat (gesetzliche Vermutung eines Nichtäußerungswillens).

*§ 11 Satz 1 bis 3 der 9. BImSchV lautet:*

*„<sup>1</sup>Spätestens gleichzeitig mit der öffentlichen Bekanntmachung des Vorhabens fordert die Genehmigungsbehörde die Behörden, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird, auf, für ihren Zuständigkeitsbereich eine Stellungnahme innerhalb einer Frist von einem Monat abzugeben. <sup>2</sup>Die Antragsunterlagen sollen sternförmig an die zu beteiligenden Stellen versandt werden. <sup>3</sup>Hat eine Behörde bis zum Ablauf der Frist keine Stellungnahme abgegeben, so ist davon auszugehen, dass die beteiligte Behörde sich nicht äußern will.“*

Äußert sich die beteiligte Behörde nicht, hat die Genehmigungsbehörde in Ausübung ihrer Amtsermittlungspflicht eigenverantwortlich das jeweils betroffene Fachrecht zu prüfen und zu entscheiden, ob dieses der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens entgegensteht bzw. ob der Genehmigungsbescheid zur Wahrung der Genehmigungsvoraussetzungen mit Nebenbestimmungen zu versehen ist.<sup>1</sup>

### **3. § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG**

Nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG hat die Genehmigungsbehörde *„die Entscheidung in diesem Fall auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen.“*

#### **a) Antragserfordernis, Form, Frist**

Die Regelung setzt einen Antrag des Trägers des Vorhabens voraus. Der Antrag kann form- und fristlos gestellt werden.

#### **b) Ersetzung der fachbehördlichen Stellungnahme**

Nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG hat die Genehmigungsbehörde bei fehlender Stellungnahme einer beteiligten Fachbehörde auf Antrag die Entscheidung selbst zu treffen, wenn die Stellungnahme der Fachbehörde nicht innerhalb einer Frist von einem Monat eingeht. Diese Entscheidung hat die Genehmigungsbehörde inhaltlich auf Grundlage der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen. Für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens insgesamt ist nach wie vor die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der abschließenden Genehmigungs- bzw. Ablehnungsentscheidung maßgeblich.

##### *aa) „Entscheidung in diesem Fall“*

Nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG hat die Genehmigungsbehörde *„die Entscheidung in diesem Fall auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen“*. Unter *„die Entscheidung“* ist dabei die Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens zu verstehen. Die Wörter *„in diesem Fall“* stellen einen Bezug zu der Regelung in Satz 2 her. So wird die Regelung in Satz 3 auf den Bereich beschränkt, für den im Sinne von Satz 2 die fachbehördliche Stellungnahme fehlt.

##### *bb) Maßgebliche Sach- und Rechtslage*

Nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG hat die Genehmigungsbehörde die Entscheidung *„auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist“* zu treffen, soweit die Stellungnahme einer zu beteiligenden Fachbehörde nicht innerhalb einer Frist von einem Monat eingeht. Durch diese Formulierung wird geregelt, dass die Genehmigungsbehörde ihre Genehmigungsentscheidung bezogen auf das betroffene Fachrecht auf der Grundlage der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen hat. Im Übrigen ist weiterhin – allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts entsprechend – auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Genehmigung insgesamt abzustellen.

---

<sup>1</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer UmweltR, 95. EL Mai 2021, BImSchG, § 10, Rn. 108

Ob auch Gerichte für den betroffenen Rechtsbereich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zugrunde legen werden, ist offen. Diese Rechtsunsicherheit nimmt der Träger des Vorhabens in Kauf, wenn er den Antrag im Sinne von § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG stellt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf eine mögliche fehlende Europarechtskonformität in Bezug auf den Artenschutz (insbesondere: Artikel 12, 16 Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) bzw. Artikel 5, 9 Vogelschutzrichtlinie (VS-RL)). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur FFH-RL und VS-RL ist die Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange bis zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung für die effektive Umsetzung der EU-Naturschutzrichtlinien unverzichtbar.<sup>2</sup> Wird spät im Verfahren das Vorkommen einer besonders oder streng geschützten Art festgestellt und würde diese in der Zulassungsentscheidung nicht berücksichtigt (ggf. Prüfung der Voraussetzungen einer artenschutzrechtlichen Ausnahme), wird ggf. eine (EU-) rechtswidrige Entscheidung getroffen. Vor dem Hintergrund des in diesen Fällen bestehenden Risikos gerichtlicher Verfahren sind die Antragsteller in Bezug auf einen Antrag nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG entsprechend zu beraten.

**c) § 10 Absatz 6a Satz 2 BImSchG bleibt unberührt**

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde hat gemäß § 10 Absatz 6a Satz 2 BImSchG auch bei Vorliegen eines Antrags nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG die Möglichkeit, die Frist zur Bescheidung des Genehmigungsantrags insgesamt um jeweils drei Monate zu verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. Die Fristverlängerung soll gegenüber dem Antragsteller begründet werden (§ 10 Absatz 6a Satz 3 BImSchG).

---

<sup>2</sup> Vgl. für die FFH-RL: EuGH, Urteil vom 11.06.2020 – C-88/19, Rn. 58; für die VS-RL: EuGH, Urteil vom 17.03.2021, C 900/19.

## II. § 16b BImSchG

§ 16b BImSchG erfasst Vorhaben, welche die Modernisierung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zum Gegenstand haben (Repoweringvorhaben). Durch die Formulierung „im Rahmen des Änderungs-genehmigungsverfahrens“ in Absatz 1 sowie durch die systematische Verortung der Vorschrift macht der Gesetzgeber deutlich, dass es sich bei den Verfahren, auf die § 16b BImSchG Anwendung findet, um Änderungs-genehmigungsverfahren handelt. Die Prüfung, ob Genehmigungsbedürftigkeit nach § 4 oder § 16 BImSchG vorliegt, und die Prüfung, ob das Vorhaben nach § 15 BImSchG anzuzeigen ist, haben insoweit nicht mehr zu erfolgen. Bei Anwendbarkeit des § 16b BImSchG kann, soweit § 16b BImSchG keine abweichenden Regelungen trifft, insbesondere auf die Vorgaben des § 16 BImSchG zurückgegriffen werden. Dies gilt beispielsweise für die in § 16 Absatz 3 Satz 1 BImSchG geregelten Fristen.

Die Absätze 3 und 7 des § 16b BImSchG gelten (so der Wortlaut) nur für Windenergieanlagen. Der Begriff Windenergieanlage meint in diesem Kontext eine einzelne Windkraftanlage.<sup>3</sup> Die übrigen Absätze (darunter Absatz 2) gelten – wie auch der amtlichen Überschrift von § 16b zu entnehmen ist – für alle Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien.

### 1. § 16b Absatz 1 BImSchG

*„Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), müssen auf Antrag des Vorhabenträgers im Rahmen des Änderungs-genehmigungsverfahrens nur Anforderungen geprüft werden, soweit durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden und diese für die Prüfung nach § 6 erheblich sein können.“*

#### a) Anwendbarkeit des § 16b Absatz 1 BImSchG

##### aa) Antragserfordernis

Die Anwendbarkeit des § 16b Absatz 1 BImSchG setzt einen Antrag des Vorhabenträgers voraus. Liegt ein Antrag nicht vor, richtet sich die Prüfung nach den übrigen Regelungen des BImSchG, insbesondere nach § 4 bzw. § 16 BImSchG.

##### bb) Legaldefinition „Repowering“

§ 16b Absatz 1 BImSchG beinhaltet eine Legaldefinition des Begriffs „Repowering“. Danach ist Repowering die Modernisierung einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien. Der in der Legaldefinition verwendete Begriff „Modernisierung“ wird in § 16b Absatz 2 BImSchG bestimmt. Die Bestimmung des Begriffs „Modernisierung“ in § 16b Absatz 2 BImSchG ist daher für die Anwendbarkeit des § 16b Absatz 1 BImSchG maßgeblich.

Auf die Ausführungen zu § 16b Absatz 2 BImSchG wird verwiesen.

Der Durchführung eines Neugenehmigungsverfahrens (bzw. eines herkömmlichen Änderungs-genehmigungsverfahrens) bedarf es nur dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16b Absatz 1, 2 BImSchG nicht vorliegen. Hierin zeigt sich die deutliche Privilegierung der von

---

<sup>3</sup> Gemeint sind nur Windkraftanlagen, die für sich genommen oder unter Einbeziehung weiterer Anlagen unter die Nummer 1.6 Anhang 1 der 4. BImSchV zu fassen sind.

§ 16b BImSchG erfassten Vorhaben, denn bei umfassenden Modernisierungen kann, anders als bislang, auf die Durchführung eines Neugenehmigungsverfahrens verzichtet werden.

*cc) Anwendung setzt eine BImSchG-Genehmigung voraus*

§ 16b BImSchG modifiziert das Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16 BImSchG (siehe zu 1.). Wie üblich bei Änderungsgenehmigungsverfahren muss die Bestandsanlage bereits immissionsschutzrechtlich genehmigt sein oder gemäß § 67 (insbesondere § 67 Absatz 9 Satz 1 BImSchG) oder § 67a BImSchG als immissionsschutzrechtlich genehmigt gelten. Anderenfalls ist ein Neugenehmigungsverfahren durchzuführen.

Für dieses Ergebnis spricht neben dem Wortlaut des § 16 Absatz 1 BImSchG, der die wesentliche Änderung von (zuvor) genehmigungsbedürftigen Anlagen regelt, auch der Sinn und Zweck des § 16b BImSchG: Nur dann, wenn die Anlage in ihrer Gesamtheit einmal auf die Einhaltung der BImSchG-Anforderungen geprüft wurde, ist es vertretbar, insbesondere den materiell-rechtlichen Prüfungsumfang gemäß § 16b BImSchG zu beschränken (mit Ausnahme der von den §§ 67 und 67a BImSchG erfassten Fälle).

**b) Delta-Prüfung**

*aa) Gegenwärtiger Zustand*

Mit dem „gegenwärtigen Zustand“ ist der genehmigte Zustand gemeint. Hierfür spricht die Systematik: So ist auch im Rahmen der Prüfungen nach §§ 15, 16 BImSchG auf die Anlage in ihrer gestatteten Form abzustellen (vgl. Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 95. EL Mai 2021, § 15 Rn. 36 ff. m.w.N.; Jarass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 16 Rn. 7). Ein Abstellen auf den tatsächlichen Zustand würde zu einer Begünstigung der Vorhabenträger führen, die ihre Anlagen illegal außerhalb der Genehmigung betrieben haben.

*bb) Beschränkter Prüfungsumfang*

§ 16b Absatz 1 BImSchG verweist dem Wortlaut nach auf den gesamten § 6 BImSchG. Grundsätzlich bezieht sich demnach die Delta-Prüfung auf alle Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Absatz 1 BImSchG. Allerdings enthält § 16b Absatz 3 BImSchG eine Sonderregelung zu § 16b Absatz 1 BImSchG für den Lärmschutz beim Repowering von Windenergieanlagen und § 16b Absatz 4 Satz 1 und 2 BImSchG eine Sonderregelung zum Artenschutz. Schließlich legt § 16b Absatz 5 BImSchG fest, dass die Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, insbesondere des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, und der Belange des Arbeitsschutzes nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 BImSchG unberührt bleibt.

Deshalb kann die in § 16b Absatz 1 BImSchG vorgesehene Delta-Prüfung – vorbehaltlich der Sonderregelung in § 16b Absatz 3 BImSchG – nur bezogen auf die Inhalte des § 6 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG stattfinden. Damit legt § 16b Absatz 1 BImSchG letztlich den Umfang der materiell-rechtlichen Prüfung in Bezug auf die Inhalte des § 6 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG fest, soweit sich für Belange des Lärmschutzes aus § 16b Absatz 3 BImSchG nichts anderes ergibt.

Der ursprüngliche (immissionsschutzrechtliche) Genehmigungsbescheid ist zusammen mit den ihm zugrundeliegenden Unterlagen der Ausgangspunkt der Delta-Prüfung. Die Unterlagen müssen es der zuständigen Behörde ermöglichen, die neu hinzukommenden nachteiligen Auswirkungen auf die in § 1 BImSchG genannten Schutzgüter im Vergleich zu den bereits bestehenden Auswirkungen der Bestandsanlage zu prüfen. Soweit im Vergleich zum geneh-

mitigten Zustand durch das Repowering keine nachteiligen Auswirkungen hervorgerufen werden, bedarf es – unabhängig von den beabsichtigten Änderungen von Anlagenteilen oder Verfahrensschritten – keiner weiteren Prüfung. Soweit im Vergleich zum genehmigten Zustand durch das Repowering nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden und diese für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG erheblich sein können, sind geeignete Unterlagen vorzulegen, um die Delta-Prüfung nach § 16b Absatz 1 BImSchG vornehmen zu können.

## 2. § 16b Absatz 2 BImSchG

*„<sup>1</sup>Die Modernisierung umfasst den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage. <sup>2</sup>Bei einem vollständigen Austausch der Anlage sind zusätzlich folgende Anforderungen einzuhalten:*

1. *Die neue Anlage wird innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet und*
2. *der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage beträgt höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage.“*

§ 16b Absatz 2 BImSchG bestimmt den Begriff der Modernisierung, welcher in der Legaldefinition „Repowering“ des § 16b Absatz 1 BImSchG verwendet wird. Auf diese Weise werden Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 16b BImSchG (insbesondere des § 16b Absatz 1 BImSchG) festgelegt.

§ 16b Absatz 2 Satz 1 BImSchG greift die Begriffsbestimmung „Repowering“ in Artikel 2 Unterabsatz 2 Nummer 10 der Richtlinie (EU) 2018/2001 (RED II) auf.<sup>4</sup> Im Lichte der Richtliniendefinition ist der Begriff der Modernisierung nicht auf den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten beschränkt, sondern schließt auch andere Modernisierungsmaßnahmen der Anlage oder Anlageteile ein. Der Wortlaut „umfasst“ lässt eine derartige Auslegung zu. Für eine weite Auslegung des Begriffs der „Modernisierung“ spricht auch der Sinn und Zweck der Regelung. § 16b BImSchG dient der Beschleunigung der Genehmigungsverfahren für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien.

§ 16b Absatz 2 Satz 2 BImSchG beinhaltet Voraussetzungen, die bei einem vollständigen Austausch einer Anlage im Sinne von § 16b Absatz 2 Satz 1 BImSchG zu berücksichtigen sind. Die zeitliche Voraussetzung (Nummer 1) und die räumliche Voraussetzung (Nummer 2) müssen kumulativ vorliegen.

Aufgrund des weit gefassten Wortlauts kann es sich auch bei einer Erhöhung der Anlagenzahl um Repowering im Sinne des § 16b BImSchG handeln, also bspw. die Errichtung von zwei Neuanlagen, bei Rückbau von einer Bestandsanlage. Altanlagen dürfen jeweils nur in einem Repoweringvorhaben zugrunde gelegt werden.

---

<sup>4</sup> Artikel 2 Unterabsatz 2 Nummer 10 der Richtlinie (EU) 2018/2001 lautet: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck [...] 10. „Repowering“ die Modernisierung von Kraftwerken, die erneuerbare Energie produzieren, einschließlich des vollständigen oder teilweisen Austauschs von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage;“.

#### **a) § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BlmSchG**

Bei einem vollständigen Austausch der Anlage muss die neue Anlage nach § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BlmSchG „innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden“.

Die Einhaltung der in Satz 2 genannten Anforderungen kann nicht durch die Aufnahme von Nebenbestimmungen nach § 12 BlmSchG sichergestellt werden. Nach § 12 Absatz 1 Satz 1 BlmSchG kann die Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Bei den in § 16b Absatz 2 Satz 2 genannten Anforderungen handelt es sich aber nicht um in § 6 BlmSchG genannte Genehmigungsvoraussetzungen. Entsprechende Nebenbestimmungen wären auch nicht zulässig, weil § 16b Absatz 2 Satz 2 BlmSchG konkret gefasste gesetzliche Anforderungen enthält. Auf diese Anforderungen könnte im Rahmen des Genehmigungsbescheides lediglich hingewiesen werden.

Im Rahmen der Antragsunterlagen muss plausibel und nachvollziehbar dargelegt werden, dass diese Zeitvorgabe eingehalten wird. Die Genehmigungsbehörde muss die Plausibilität prüfen und in der Begründung zur Genehmigung entsprechend bestätigen. Gelingt eine plausible Darlegung nicht, ist der Antragsteller auf ein Verfahren nach § 4 bzw. § 16 BlmSchG zu verweisen.

Vor dem Hintergrund des Wortlauts der Regelung muss der Betreiber darlegen, dass die Anlage zu dem genannten Zeitpunkt vollständig errichtet sein wird. Anderenfalls hätte eine Formulierung wie in § 18 Absatz 1 Nummer 1 BlmSchG gewählt werden müssen („wenn nicht mit der Errichtung begonnen worden ist.“). Vollständig errichtet bedeutet, dass alle Anlagenteile und die zugehörige anlagenbezogene Infrastruktur, die von der BlmSchG-Genehmigung umfasst sind, errichtet sein müssen.

Analog § 18 Absatz 3 BlmSchG kann die Genehmigungsbehörde auf Antrag die Frist aus wichtigem Grunde verlängern, wenn hierdurch der Zweck des Gesetzes nicht gefährdet wird. Die hierfür erforderliche planwidrige Regelungslücke ist gegeben. Der Gesetzgeber lässt Fallkonstellationen ungeregelt, in denen die Nichteinhaltung der Frist dem Antragsteller nicht zugerechnet werden kann. Für diese Fälle gibt es keine geeignete gesetzliche Regelung, auf die zurückgegriffen werden kann. Die gesetzlichen Möglichkeiten einer Rücknahme bzw. eines Widerrufs treffen nur Regelungen für die Aufhebung der Genehmigung insgesamt, aber nicht für eine Fristverlängerung. Da die Regelung am Ende des Gesetzgebungsverfahrens kurzfristig noch eingefügt wurde ist von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke auszugehen. Auch die Interessenlage ist vergleichbar. Nach § 18 Absatz 3 BlmSchG können sowohl die Frist nach Absatz 1 Nummer 1 als auch die Frist nach Absatz 1 Nummer 2 durch die Genehmigungsbehörde verlängert werden. Bei der Frist nach § 18 Absatz 1 Nummer 2 BlmSchG handelt es sich wie vorliegend um eine gesetzliche Frist. Nur durch die analoge Anwendung kann vermieden werden, dass u. U. etwas Unmögliches von dem Antragsteller verlangt wird, insbesondere dann, wenn die Nichteinhaltung der Frist nicht in seinem Verantwortungsbereich fällt. Im Genehmigungsbescheid sollte darauf hingewiesen werden, dass eine Fristverlängerung analog § 18 Absatz 3 BlmSchG auf Antrag möglich ist und dass dieser Antrag vor Ablauf der Frist bei der zuständigen Genehmigungsbehörde eingegangen sein muss.

### **b) § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BImSchG**

Nach § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BImSchG darf der Abstand zwischen einer Bestandsanlage und einer künftigen Anlage höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage betragen. Maßgeblicher Bezugspunkt ist bei Windenergieanlagen jeweils der Mastmittelpunkt (vgl. BT-Drs. 19/30954, S. 12).

Sofern kein 1:1-Austausch stattfindet, darf der Abstand der neuen Anlage zu der Bestandsanlage, welche rückgebaut wird, höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage betragen. Im Hinblick auf die Einhaltung der Anforderungen des § 16b Absatz 2 Nummer 2 BImSchG ist unschädlich, wenn weitere Altanlagen in einem größeren Abstand standen oder noch stehen. Andernfalls würde der Anlagenbetreiber unbegründet benachteiligt werden, der mehrere Bestandsanlagen hat. In den Antragsunterlagen sind die jeweiligen Abstände konkret darzustellen, da die Antragsunterlagen Bestandteil der Genehmigung werden.

Der Wortlaut ist so eindeutig formuliert, dass auch geringfügige Abweichungen von dieser Zwei-Höhenregelung im Verfahren nach § 16b BImSchG nicht zulässig sind.

### **3. § 16b Absatz 3 BImSchG**

*„<sup>1</sup>Die Genehmigung einer Windenergieanlage im Rahmen einer Modernisierung nach Absatz 2 darf nicht versagt werden, wenn nach der Modernisierung nicht alle Immissionsrichtwerte der technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm eingehalten werden, wenn aber*

- 1. der Immissionsbeitrag der Windenergieanlage nach der Modernisierung niedriger ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlagen und*
- 2. die Windenergieanlage dem Stand der Technik entspricht.“*

In § 16b Absatz 3 BImSchG kommt für das Repowering von Windenergieanlagen im Hinblick auf Lärmschutzbelange der Gedanke einer „Verbesserungsgenehmigung“ zum Ausdruck. Die Regelung ermöglicht das Repowering von Windenergieanlagen, wenn nach der Modernisierung hinsichtlich der Gesamtbelastung nicht alle Immissionsrichtwerte der TA Lärm eingehalten werden, die Immissionssituation aber insgesamt verbessert wird.

Die Verbesserung ergibt sich konkret aus dem Umstand, dass der Immissionsbeitrag der Windenergieanlage nach der Modernisierung niedriger ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlagen (§ 16b Absatz 3 Nummer 1 BImSchG, Berechnung des Delta). Außerdem muss die Windenergieanlage dem Stand der Technik entsprechen (§ 16b Absatz 3 Nummer 2 BImSchG).

Im Rahmen der Anwendung der Regelung ist zunächst zu ermitteln, ob die Gesamtbelastung nach Realisierung des Repoweringvorhabens oberhalb der Richtwerte der Nummer 6.1 der TA Lärm liegen wird, denn nur dann bedarf es der Vergleichsbetrachtung des Absatz 3. Für den Fall, dass die Gesamtbelastung an den maßgeblichen Immissionsorten den Immissionsrichtwert einhält, dürfte die neue Anlage auch lauter als die alte werden.

Ist diese Voraussetzung erfüllt, sind die konkreten Immissionsbeiträge der Neuanlage und der durch diese ersetzten Windenergieanlagen zu vergleichen. Gemäß § 16b Absatz 3 Nummer 1 BImSchG muss der Teilbeitrag der Windenergieanlage an den maßgeblichen Immissionsorten nach dem Repowering niedriger sein als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Wind-

energieanlagen. Ein niedrigerer Immissionsbeitrag muss unter Berücksichtigung der statistischen Unsicherheiten (siehe dazu nachstehende Absätze) der einzelnen Teilpegel ausreichend sicher gewährleistet sein.

Erfüllt die ersetzende Windenergieanlage zusätzlich den Stand der Technik (§ 16b Absatz 3 Nummer 2 BImSchG), steht eine Lärmgesamtbelastung oberhalb der Richtwerte der TA Lärm einem Repowering nicht entgegen.

Nach den Hinweisen zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen (WKA) der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI) vom 30.06.2016 und den auf dieser Grundlage ergangenen Erlassen der Länder ist davon auszugehen, dass die Lärmprognoseberechnung zur Ermittlung des Immissionsbeitrages von Neuanlagen sowie der Gesamtbelastung mittels des sog. Interimsverfahrens erfolgt. Dieses führt im Vergleich zum sog. alternativen Verfahren in der Regel zu höheren Werten bei der Ermittlung der Lärmbelastung.

Bei der konkreten Anwendung des § 16b Absatz 3 Nummer 1 BImSchG ist zu beachten, dass eine Vergleichbarkeit der für die zu ersetzenden Anlagen und die Neuanlage errechneten Werte gegeben sein muss. Dies wird u. a. durch eine Anwendung des gleichen Verfahrens (z. B. des Interimsverfahrens) erreicht. Zur Berechnung der Immissionsbeiträge wird auf die Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen (WKA) der LAI verwiesen.

Der seit dem 31. August 2021 geltende § 16b Absatz 3 BImSchG ist eine gegenüber den Vorgaben der Sechsten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) selbständige Regelung für das Repowering von Windenergieanlagen.

Daneben kann die in Nummer 3.2.1 der TA Lärm vorgesehene „Prüfung im Regelfall“ oder die in Nummer 3.2.2 der TA Lärm vorgesehene „Ergänzende Prüfung im Sonderfall“ beim Repowering von Windenergieanlagen dazu führen, dass eine über den Richtwerten der Nummer 6.1 der TA Lärm liegende Lärmbelastung zulässig ist.

#### **4. § 16b Absatz 4 BImSchG**

##### **a) Vorbemerkung zum europarechtlichen Hintergrund hinsichtlich der Betroffenheit des Artenschutzes**

Unerlässlich für eine gerichtsfeste Auslegung des § 16b BImSchG in der Praxis ist die Berücksichtigung seines europarechtlichen Hintergrunds. § 16b BImSchG soll auch der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/2001 vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (sog. RED II-RL) dienen. Im Sinne des Art. 16 Abs. 6 UAbs. 1 RED II-RL zielt § 16b BImSchG auf Verfahrenserleichterungen bzw. -beschleunigungen beim Repowering insbesondere von Windenergieanlagen.

Der europäische Richtliniengeber hat jedoch in diesem Zusammenhang in Art. 16 Abs. 7 RED II-RL auch festgestellt, dass diese Verfahrensbeschleunigungen nicht zu Lasten bestehender Vorgaben insbesondere des europäischen Umweltrechts gehen dürfen.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. hierzu auch aus dem 51. Erwägungsgrund der RED II-RL: „[...] Diese Richtlinie, insbesondere die Bestimmungen über die Organisation und die Dauer der Verwaltungsverfahren zur Genehmigungserteilung, sollte unbeschadet des Völkerrechts und des Unionsrechts, einschließlich der Bestimmungen zum Schutz von Umwelt und Gesundheit, gelten. [...]“.

Folglich sind mangels Modifikation durch die RED II-RL die Vorgaben der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)<sup>6</sup> und der Vogelschutzrichtlinie (V-RL)<sup>7</sup> im hiesigen Kontext vollumfänglich zu beachten. Auf die Ebene des nationalen Rechts heruntergebrochen bedeutet dies für eine europarechtskonforme Auslegung des § 16b Abs. 4 BImSchG, mit dem die RED II-RL umgesetzt werden soll, und dessen Verhältnis zu den §§ 44 ff. BNatSchG, die wiederum der Umsetzung der FFH- und VRL dienen, dass es auch im Kontext von Repowering-Vorhaben zugunsten einer Genehmigungsbeschleunigung keinerlei Abstriche bei den einschlägigen formellen und materiellen Vorgaben des geltenden Artenschutzrechts geben darf.<sup>8</sup>

#### **Gesetzeswortlaut § 16b Abs. 4 BImSchG:**

*„<sup>1</sup>Der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung wird durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nach Absatz 1 nicht berührt. <sup>2</sup>Die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlage müssen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden.*

*<sup>3</sup>Bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ist die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistete Kompensation abzuziehen.“*

#### **b) § 16b Absatz 4 Satz 1 BImSchG**

*„Der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung wird durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nach Absatz 1 nicht berührt.“*

Abs. 4 Satz 1 stellt als Ausgangspunkt zu Satz 2 eindeutig fest, dass der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nach Absatz 1 nicht berührt wird. Die artenschutzrechtliche Prüfung ist mithin auch im Rahmen des Antrags nach § 16b BImSchG vollumfänglich durchzuführen (BT-Drs. 19/30954, S. 12).

Die Vorschrift konkretisiert insoweit Abs. 1.

Die Notwendigkeit zur Durchführung einer artenschutzrechtlichen Prüfung im Rahmen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung von WEA bestimmt sich nach den unmittelbar geltenden Regelungen des § 44 Abs. 1 BNatSchG i. V. m. § 44 Abs. 5 und 6 sowie § 45 Abs. 7 BNatSchG. Damit sind die entsprechenden Artenschutzbestimmungen der Artikel 12, 13 und 16 der FFH-RL und die Artikel 5, 9 und 13 V-RL in nationales Recht umgesetzt worden.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass – bis auf die gesonderten Maßgaben des Satzes 2 – für die Prüfung des Artenschutzrechts im Genehmigungsverfahren alle Regelungen, Grundsätze sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung auch bei Anwendung dieser Norm heranzuziehen sind. Insbesondere sind auch im Rahmen des § 16b BImSchG die notwendigen Unterlagen vollumfänglich vom Antragsteller vorzulegen und die Behörde hat auf eine vollumfängliche Sachverhaltsermittlung hinzuwirken. Auch die auf Europa-, Bundes- und Landesebene

---

<sup>6</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992

<sup>7</sup> Richtlinie 2009/147/EG des Rates vom 30. November 2009

<sup>8</sup> Fischerauer/Appel, Die Vorgaben der Erneuerbare-Energien-Richtlinie II (RED II) für die Vorhabenzulassung und deren Umsetzung in deutsches Recht – „großer Wurf“ oder „Sturm im Wasserglas“?, UPR 2021, 328 ff. (Ausdruck S. 6 f.); vgl. auch Hentschel, Verfahrenserleichterungen für Repowering – kein Grund zum Aufatmen, KommP spezial 2021, 135 f. und Vollprecht/Lehnert/Kather, Die neue Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED II): Steife Brise oder laues Lüftchen aus Europa?, ZUR 2021, 204 (209).

entwickelten Richtlinien, Leitfäden und Verwaltungsvorschriften sind zu berücksichtigen bzw. zu beachten.<sup>9</sup>

### c) § 16b Absatz 4 Satz 2 BImSchG

*„Die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlage müssen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden.“*

#### Berücksichtigung der Vorbelastung

Gemäß § 16b Abs. 4 Satz 2 BImSchG müssen die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlage bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden. Der Begriff „Vorbelastung“ ist ein Begriff aus dem Immissionsschutzrecht (Technische Anleitung Lärm – TA Lärm). Aufgrund der Akzeptorbezogenheit des Immissionsbegriffs kommt es für die immissionsschutzrechtliche Bewertung auf die Gesamtbelastung an, der der Betroffene (bzw. das betroffene Schutzgut) ausgesetzt ist. Berücksichtigung findet also nicht nur der von einer bestimmten Quelle (insbes. Anlage) hervorgerufene Immissionsanteil, sondern auch eine bestehende Vorbelastung. Demnach muss der aus der TA Lärm entnommene Begriff „Vorbelastung“ bei Anwendung des §16b BImSchG den artenschutzrechtlichen Anforderungen entsprechend ausgelegt werden.<sup>10</sup>

Die zu berücksichtigende Vorbelastung ist nicht gleichbedeutend mit der „Delta-Prüfung“ des § 16b Abs. 1 BImSchG (vgl. Kap. 1b).<sup>11</sup> Vielmehr geht es hier um die erforderliche Prüfung der nachfolgend erläuterten artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände nach den einschlägigen Maßgaben. Generell ist eine differenzierte und artbezogene Betrachtungsweise unerlässlich.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Hierzu zählen insbesondere der am 11. Dezember 2020 von der Umweltministerkonferenz erlassene „Standardisierte Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land - Signifikanzrahmen“ (sog. „Signifikanzrahmen“) sowie die Leitfäden der Länder und ggf. weitere fachlich methodische Handreichungen anerkannter Landesanstalten oder Fachgremien.

<sup>10</sup> Vgl. ebenfalls kritisch dazu Hentschel, KommP spezial 2021, 135 (138 m. w. N.)

<sup>11</sup> Neben dem bereits erwähnten Spannungsverhältnis zu dem Prüfprogramm der §§ 44 ff. BNatSchG ist in diesem Zusammenhang auch die bisherige höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung zu der Thematik „Vorbelastung“/ „Belastungsbestandsschutz“ (nach „altem“ Recht) bei der Erstellung der Vollzugshinweise zu beachten, vgl. u.a.: BVerwG, Urt. 10.11.2016, 9 A 18/15, juris-Rn. 84; OVG Greifswald, B. v. 08.05.2018, 3 M 22/16, insbes. juris-Rn. 82 ff.

<sup>12</sup> In den Gesetzesunterlagen (BT-Drs. 19/30954) finden sich einige Annahmen zu positiven Auswirkungen eines Repowerings (z.B. durch Verringerung der Anlagenzahl, verändertem Abstand zur geschützten Art, Veränderung der Anlagenhöhe, individuelles Flugverhalten zum Nahrungshabitat einer geschützten Art). Diese Aspekte sind jedoch artspezifisch differenziert zu beurteilen. So kann z. B. die Erhöhung der Anlagen zu einer Konfliktminderung im Hinblick auf niedrig jagende Arten (z.B. Weihen) führen, während gleichzeitig aber die Risiken für höher jagende Arten erhöht werden (z.B. Rotmilan, Seeadler, Abendsegler).

#### Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 5 BNatSchG (Tötung und Verletzung)

Bestehende örtliche Vorbelastungen sind bei der Bestimmung des Tötungsrisikos grundsätzlich nicht dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen. Stattdessen bleiben diese als anderweitige Erhöhungen des Tötungsrisikos außer Betracht, denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist „[...] in einem Umfeld, in dem bereits aufgrund anderweitiger Vorbelastungen ein erhöhtes Tötungsrisiko besteht, keine umso größere Gefährdung zulässig. Andernfalls würde das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch immer größere Windparks nach und nach ausgehöhlt.“ (BVerwG, Beschluss vom 08.03.2018 – 9 B 25.17, juris-Rn. 11; vgl. OVG Münster, Beschluss vom 01.04. 2019 – 8 B 1013/18 –, juris-Rn. 25 m.w.N.).

Der Gesetzgeber spricht sich mit § 16b Abs. 4 Satz 2 BImSchG für eine Verfahrenserleichterung bei Repoweringvorhaben aus. Der Gesetzgeber führt hierzu in der Gesetzesbegründung aus, dass in vielen Fällen durch die Modernisierung die Belastungen für die vor Ort auftretenden Arten im Verhältnis zu der zu ersetzenden Bestandsanlage sanken. Die modernisierten WEA seien in der Regel höher als die Bestandsanlagen, womit trotz größerem Rotorblattdurchmesser der Abstand zwischen Bodenniveau und unterer Rotorblattspitze in der Regel nach der Modernisierung größer sei. Tatsächlich findet in diesem Bereich der überwiegende Teil der Flugbewegungen vieler Vogelarten statt. Zudem sinke die Zahl der WEA durch die Modernisierung in der Regel. Ausgangspunkt für die Bewertung der Vorbelastung soll damit die Betrachtung des tatsächlichen Zustands mit der bestehenden Altanlage sein. Unklar verbleibt damit jedoch, wie diese Intention mit der Aussage des Satz 1, der Umfang der Artenschutzprüfung werde [durch das Änderungsverfahren] nicht berührt, in Einklang zu bringen ist.

Der in den Gesetzesunterlagen (BT-Drs. 19/30954 S. 12) angesprochene „Gewöhnungseffekt“ kann nicht für den Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG Anwendung finden, da es zu einem eventuell bestehenden Meideverhalten kollisionsgefährdeter streng geschützter Arten (z. B. Rotmilan) an WEA keine hinreichend sicheren wissenschaftlichen Erkenntnisse gibt. Die Kollisionsgefährdung von Vogel- und Fledermausarten ergibt sich aus der Tatsache, dass diese Arten insbesondere die sich aus den drehenden Rotorblättern ausgehenden Gefahren nicht wahrnehmen können. Ein Gewöhnungseffekt ist insofern nicht hinreichend wissenschaftlich belegt und biologisch betrachtet unwahrscheinlich.

#### Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (Störung)

Wenn wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich gestört werden und sich hierdurch der Erhaltungszustand der lokalen Population der zuvor genannten Arten verschlechtert, ist das Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG verwirklicht. Ob und inwieweit innerhalb der artspezifischen Meidedistanz ggf. bisher dauerhaft anzutreffende Exemplare störungsempfindlicher Arten „Gewöhnungseffekte“ zu den Altanlagen auch nach der Veränderung durch das Repowering zeigen werden, ist nicht eindeutig belegt und abhängig vom Einzelfall.

#### Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 5 S. 2 Nr. 3 BNatSchG (Beschädigung/Zerstörung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten)

Die Zerstörung oder Beschädigung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätte einer unionsrechtlich geschützten Art ist gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 5 S. 2 Nr. 3 BNatSchG dann nicht verbotsrelevant, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätte im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.

Durchgeführte und fortbestehende Ausgleichsmaßnahmen der Bestandsanlagen nach § 15 Abs. 2 oder § 44 Abs. 5 BNatSchG sind bereits in die Prüfung des Verbotstatbestandes einzubeziehen.

#### Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Die Prüfung der Voraussetzungen zur Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme von den Zugriffsverboten nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG richtet sich nach § 45 Abs. 7 BNatSchG.

Die Gesetzesunterlagen (BT-Drs. 19/30954) beinhalten weitere Hinweise zur Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG:

„Sollte die vollumfänglich durchzuführende artenschutzfachliche Prüfung im Einzelfall dennoch ergeben, dass die Neuanlage einen Eingriff darstellt, muss die Genehmigungsbehörde im Rahmen der Bewertung der Signifikanz und der Prüfung der artenschutzfachlichen Ausnahme nach § 45 Absatz 7 des Bundesnaturschutzgesetzes folgende Aspekte berücksichtigen und abwägen:

- Im Fall von Repowering ist regelmäßig davon auszugehen, dass Alternativstandorte nicht in Betracht kommen; ausgenommen sind Fälle in denen planerisch explizit abweichende Repoweringstandorte ausgewiesen wurden.
- Die Bestandsanlage als Vorbelastung für die Neuanlage fällt weg“.

Mit „Eingriff“ dürfte gemeint sein, dass die zu errichtende Neuanlage Verbotstatbestände im Sinne des § 44 Abs. 1, 5 BNatSchG auslöst.<sup>13</sup>

Vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlauts des § 16b Abs. 4 Satz 1 BImSchG ist eine vollständige (Alternativen-)Prüfung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG geboten. Die Prüfung von Standortalternativen kann aufgrund planerischer Vorentscheidungen oder spezieller gesetzlicher Regelungen eingeschränkt sein.<sup>14</sup>

#### **d) § 16b Absatz 4 Satz 3 BImSchG**

*„Bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ist die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistete Kompensation abzuziehen.“*

§ 16b Abs. 4 Satz 3 enthält eine Regelung zur Kompensation der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes.

Einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen gem. § 4 BImSchG i. V. m. § 1 und Nummer 1.6 des Anhangs 1 der 4. BImSchV WEA mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m. Bei derartigen Gesamthöhen ist in den meisten Fällen eine vollständige Realkompensation für die Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes nicht möglich. Wird der Eingriff nach Abwägung gemäß § 15 Abs. 5 BNatSchG zugelassen, hat der Verursacher Ersatz in Geld zu leisten (§ 15 Abs. 6 Satz 1 BNatSchG). Die Formulierung, bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes sei die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistete Kompensation abzuziehen, legt nahe, dass der Gesetzgeber monetäre Kompensation vor Augen hatte, für die eine Verrechnung der Kompensation von Alt- und Neuanlage erfolgen soll.

<sup>13</sup> Vgl. ebenfalls Hentschel, KommunalPraxis spezial, S.135.

<sup>14</sup> UMK 2020, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, S. 13.

Die Ersatzzahlung bemisst sich nach § 15 Abs. 6 Satz 3 BNatSchG i. V. mit landesspezifischen Vorschriften. Auch soweit Ersatzmaßnahmen für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes möglich sind, bemessen sich diese nach Landesregelungen. Für die Bewertung des Landschaftsbildes im Rahmen der Bemessung der Kompensation für die Neuanlage ist der Zustand ohne die zu ersetzenden Bestandsanlagen zugrunde zu legen.

§ 16b Abs. 4 Satz 3 BImSchG bezieht sich ausdrücklich nur auf die Kompensation für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes. Unabhängig davon sind die für die zu ersetzenden Altanlagen durchgeführten und erhaltenen Maßnahmen (insbesondere nach § 15 Abs. 2 BNatSchG, § 44 Abs. 5 S. 2 BNatSchG), soweit diese zur Minderung und zur Kompensation nachteiliger Auswirkungen der neuen Anlagen beitragen, auf die neuen Anlagen anrechenbar, soweit ihre Fortführung und Unterhaltung durch den Antragsteller in der Genehmigung festgelegt wird. Diese Maßnahmen sind gem. § 15 Abs. 4 BNatSchG rechtlich zu sichern. Bei der Festsetzung des Ersatzgeldes aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ist das für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistete Ersatzgeld abzuziehen.

## **5. § 16b Absatz 5 BImSchG**

*„Die Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, insbesondere des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, und der Belange des Arbeitsschutzes nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 bleibt unberührt.“*

§ 16b Absatz 5 BImSchG legt fest, dass die Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, insbesondere des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, und der Belange des Arbeitsschutzes nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 BImSchG unberührt bleibt. Im Übrigen wird auf die Ausführungen in II. 1. b) verwiesen.

## **6. § 16b Absatz 6 BImSchG**

*„Auf einen Erörterungstermin soll verzichtet werden, wenn nicht der Antragsteller diesen beantragt.“*

Diese „Soll-Regelung“ hat im Vergleich zu dem offenen Ermessen nach § 10 Absatz 6 BImSchG i. V. m. § 16 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 der 9. BImSchV eine ermessenslenkende Wirkung in Bezug auf ein Entfallen des Erörterungstermins.

Bei atypischen Sachverhalten ist jedoch auch ohne Antrag ein Erörterungstermin durchzuführen. Dabei ist in die Entscheidung mit einzubeziehen, dass der Zweck des Erörterungstermins generell darin besteht, eine Aussprache über gegensätzliche Positionen zu ermöglichen und dadurch die Informations- und Entscheidungsgrundlage der Genehmigungsbehörde zu verbreitern (Jarass BImSchG, 13. Aufl. 2020, BImSchG § 10 Rn. 96). Dem gegenüber steht die vom Gesetzgeber intendierte Beschleunigung des Verfahrens.

## **7. § 16b Absatz 7 BImSchG**

*„<sup>1</sup>§ 19 findet auf Genehmigungsverfahren im Sinne von Absatz 1 für das Repowering von bis zu 19 Windenergieanlagen Anwendung. <sup>2</sup>§ 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen bleibt unberührt. <sup>3</sup>Im vereinfachten*

*Verfahren ist die Genehmigung auf Antrag des Trägers des Vorhabens öffentlich bekannt zu machen. <sup>4</sup>In diesem Fall gilt § 10 Absatz 8 Satz 2 bis 6 entsprechend.“*

§ 16b Absatz 7 BImSchG enthält Verfahrensregelungen zum vereinfachten (Genehmigungs-) Verfahren nach § 19 BImSchG beim Repowering von Windenergieanlagen.

#### **a) § 16b Absatz 7 Satz 1 und 2 BImSchG**

Nach § 16b Absatz 7 Satz 1 BImSchG findet für das Repowering von bis zu 19 Windenergieanlagen das vereinfachte Verfahren nach § 19 BImSchG Anwendung. § 16b Absatz 7 Satz 2 BImSchG sieht vor, dass § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c der 4. BImSchV unberührt bleibt.

Hinsichtlich der in § 16b Absatz 7 Satz 1 BImSchG genannten „bis zu 19 Windenergieanlagen“ ist auf die Anzahl der zu modernisierenden Anlagen – nicht auf die Anzahl der Bestandsanlagen – abzustellen. Der Begriff Windenergieanlage meint in diesem Kontext eine einzelne Windkraftanlage (vgl. Nummer 1.6 Anhang 1 der 4. BImSchV).

Wegen der Regelung in Satz 2 findet das förmliche Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) auch für Repoweringvorhaben nach § 16b BImSchG von bis zu 19 Windenergieanlagen Anwendung, wenn hierfür eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Diese Regelung stellt sicher, dass die unionsrechtlichen Vorgaben zur Beteiligung der Öffentlichkeit beachtet werden. Der Verweis auf die §§ 3a bis 3f UVPG in § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c der 4. BImSchV bezieht sich dabei auf die Bestimmungen über die Voraussetzungen für eine Umweltverträglichkeitsprüfung in der bis zum 28. Juli 2017 geltenden Fassung des UVPG, die im geltenden UVPG in den §§ 4 bis 14a enthalten sind.

Die spezielle Regelung des § 16b Absatz 7 Satz 1 und 2 BImSchG geht der allgemeinen Regelung des § 16 Absatz 2 BImSchG vor.

Dem Träger des Vorhabens bleibt es unbenommen, („freiwillig“) einen Antrag nach § 19 Absatz 3 BImSchG zu stellen. In diesem Fall ist ein förmliches Genehmigungsverfahren durchzuführen und die Öffentlichkeit zu beteiligen (§ 10 BImSchG).

#### **b) § 16b Absatz 7 Satz 3 und 4 BImSchG**

Die Regelungen in Satz 3 und 4 führen dazu, dass bei einer wirksamen öffentlichen Bekanntmachung auf Antrag des Antragsstellers die Rechtsbehelfsfrist gegenüber Dritten ausgelöst wird. Diese Frage ist in Bezug auf die Regelungen des § 21a der 9. BImSchV in Rechtsprechung und Literatur bislang umstritten. Verschiedene obergerichtliche Entscheidungen haben dies jedoch bestätigt. Für die Verfahren nach § 16b BImSchG wurde diese Frage nunmehr gesetzlich geklärt.

Wird die Genehmigung auf Antrag des Trägers des Vorhabens öffentlich bekannt gemacht, dann gilt nach § 16b Absatz 7 Satz 4 BImSchG § 10 Absatz 8 Satz 2 bis 6 BImSchG entsprechend. Da im vereinfachten Verfahren keine Einwendungen Dritter denkbar sind, bedeutet die „entsprechende“ Anwendung von § 10 Absatz 8 Satz 5 BImSchG, dass der Bescheid gegenüber jedermann als zugestellt gilt und hierauf in der Bekanntmachung hinzuweisen ist.

### **III. § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG**

*„Betrifft das Vorhaben eine Anlage, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung) (ABl. L 328 vom 21.12.2018, S. 82) fällt, gilt ergänzend Folgendes:*

*[...]*

*4. § 16b ist entsprechend anzuwenden.“*

§ 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG sieht die entsprechende Anwendung des § 16b BImSchG vor.

Das unter II. Ausgeführte gilt entsprechend.