

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Umwelt, Naturschutz  
und nukleare Sicherheit

Ausschussdrucksache

**19(16)571-I(NEU)**

öAnh. am 19.05.21

19.05.2021

# Rechtliche Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nuk- leare Sicherheit des Deut- schen Bundestages am 19. Mai 2021

Zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Vorgaben 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) für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz (Drs. 19/27672 vom 17.03.2021)

erstellt von  
Ass. iur Thorsten Müller  
Ass. iur Erik Dietrich  
Ass. iur Frank Sailer

## 2 Rechtliche Stellungnahme Umsetzung EE-RL

Zitiervorschlag:

**Müller/Dietrich/Sailer, Rechtliche Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit des Deutschen Bundestages am 19. Mai 2021, 18.05.2021.**

**Stiftung Umweltenergierecht  
Friedrich-Ebert-Ring 9  
97072 Würzburg**

Telefon  
**+49 931 794077-0**

Telefax  
**+49 931 7940 77-29**

E-Mail  
**[mueller@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:mueller@stiftung-umweltenergierecht.de)**

Internet  
**[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)**

Vorstand  
**Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.**

Stiftungsrat  
**Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz  
Prof. Dr. Franz Reimer  
Prof. Dr. Monika Böhm**

Spendenkonto  
**Sparkasse Mainfranken Würzburg  
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83  
BIC: BYLADEM1SWU**

# Inhaltsverzeichnis

Einführung _____	4	1. Vorgabe aus der EE-RL _____	13
Vorgaben zum Zulassungsverfahren für das „Repowering“ von EE-Anlagen _____	5	2. Geplante Umsetzung _____	13
I. Anforderungen der EE-RL zum Repowering _____	5	3. Rechtliche Einordnung _____	13
II. Tatsächliche und rechtliche Herausforderungen beim Repowering von Windenergieanlagen _____	5	<b>II. Sonstige Vorgaben zu Zulassungsverfahren für EE-Anlagen</b> _	<b>14</b>
III. Geplante Umsetzung im BImSchG _____	6	1. Vorgabe aus der EE-RL _____	14
IV. Rechtliche Einordnung _____	7	a) Verfahrensdauer _____	14
1. Regelungswirkung des § 16b BImSchG-E _____	7	b) Verfahrenshandbuch und Aufstellung vorhersehbarer Zeitpläne _____	14
2. Anwendungsbereich von § 16b BImSchG-E _____	7	2. Geplante Umsetzung _____	14
3. Zwischenfazit _____	8	a) Verfahrensdauer _____	14
V. Änderungsvorschläge _____	8	b) Verfahrenshandbuch und Aufstellung vorhersehbarer Zeitpläne _____	15
1. Rechtssichere Verfahrenszuordnung von Repowering-Projekten _____	8	3. Rechtliche Einordnung _____	15
2. Klarstellungs- und Änderungsbedarf im Wortlaut von § 16b BImSchG _____	8	a) Verfahrensdauer _____	15
3. Klarstellende Regelung zur immissionsschutzrechtlichen „Verbesserungsgenehmigungen“ _____	9	b) Aufstellung vorhersehbarer Zeitpläne _____	16
4. Gesetzliche Regelung zur Berücksichtigung von Vorbelastungen im Artenschutzrecht _____	10	c) Zwischenfazit _____	16
5. Anrechnung der Kompensationszahlungen für Altanlage als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahme für das Repowering-Vorhaben _____	10	<b>Vorschläge zur Verfahrensbeschleunigung</b> _____	<b>17</b>
VI. Weitergehende Änderungsmöglichkeiten _____	11	I. Stichtagsregelung im Genehmigungsverfahren für bestimmte fachrechtliche Aspekte _____	17
Verfahrensrechtliche Vorgaben nach der EE-RL _____	13	II. Klarstellung: Öffentliche Bekanntmachung im vereinfachten Verfahren löst Rechtsbehelfsfristen aus	18
I. Abwicklung der Zulassungsverfahren durch eine einheitliche Stelle _____	13	III. Straffung und Anpassung von Beteiligungsverfahren mit anderen Fachbehörden _____	18
		IV. Verbesserungen beim Fortbestand von Genehmigungen _____	18
		V. Verringerung des Prüfumfangs und Konkretisierung von Anforderungen _____	19
		VI. Technische und personelle Ausstattung von Behörden und vorrangige Prüfung von EE-Projekten _	20

## Einführung

Die 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) (im Folgenden EE-RL) ist am 24. Dezember 2018 in Kraft getreten. Sie sieht unter anderem auch bestimmte Vorgaben für das Verwaltungsverfahren bei der Zulassung von Anlagen zur Produktion von Energie aus erneuerbaren Quellen vor.

Die Verfahrensvorgaben der Richtlinie betreffen im deutschen Recht das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) sowie Zulassungsverfahren nach dem Wasserhaushaltsgesetz (WHG) und im Bundeswasserstraßengesetz (WaStrG). Die Verfahrensvorgaben der Richtlinie gehen teilweise über die bereits in diesen Gesetzen vorhandenen Verfahrensregelungen hinaus und sollen daher über die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen in deutsches Recht umgesetzt werden.

Zur Umsetzung dieser Vorgaben der EE-RL hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Vorgaben 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) für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz (Drs. 19/27672 vom 17.03.2021) beschlossen. Der Bundesrat hat dazu am 12.02.2021 Stellung genommen (BR-Drs. 25/21 Beschluss).

Die vorgeschlagenen Änderungen dienen zwar unmittelbar nur der Umsetzung des Europarechts, gehören aber materiell zum Teil zu Fragen, die auch unabhängig davon in der politischen Diskussion sind und zur Erreichung der Ziele für den Ausbau der erneuerbaren Energien und der Klimaschutzziele einer Lösung bedürfen. Weitergehende Regelungen sind aber im vorliegenden Gesetzentwurf nicht vorgesehen.

# Vorgaben zum Zulassungsverfahren für das „Repowering“ von EE-Anlagen

## I. Anforderungen der EE-RL zum Repowering

Die EE-RL verlangt ein vereinfachtes, zügiges Verfahren zur Genehmigung von Repoweringprojekten, das höchstens ein bis maximal zwei Jahre dauern darf, und fasst in diesem Zusammenhang mit Art. 2 Nr. 10 erstmals eine Begriffsdefinition für das „Repowering von EE-Anlagen“ auf europäischer Ebene. Danach ist mit Repowering die Modernisierung durch Nachrüstung oder Austausch gemeint. Alle von diesem Begriff umfassten Projekte sollen grundsätzlich innerhalb von einem Jahr zugelassen werden. Nur in besonderen Ausnahmefällen sollen längere Zulassungsverfahren zulässig sein. Dabei sollen aber u. a. „Verpflichtungen nach dem geltenden Umweltrecht“ und Rechtsbehelfe unberührt bleiben und können die Verfahrensdauer verlängern.

## II. Tatsächliche und rechtliche Herausforderungen beim Repowering von Windenergieanlagen

Der Begriff des Repowerings ist weder in technischer noch in rechtlicher Hinsicht ein abschließend und abgrenzungsscharf definierter Begriff. Typischerweise wird darunter bei Windenergieanlagen der Austausch von Bestandsanlagen durch neue Anlagen im kleinräumlichen Umfeld des Altstandortes verstanden<sup>1</sup>. Mit Art. 2 Nr. 10 EE-RL sind aber auch Maßnahmen, mit denen

Bestandsanlagen zur Effizienz- oder Kapazitätssteigerung „lediglich“ nachgerüstet werden als Repowering-Projekt einzuordnen.

Für die Vielzahl der hier denkbaren Konstellationen sind unterschiedliche Zulassungsverfahren nach dem BImSchG einschlägig. Ersatzneubauten im Sinne eines Wind-Repowerings werden vorrangig als Neuerrichtungen nach § 4 Abs. 1 BImSchG<sup>2</sup>, aber teils auch im Wege des Änderungsverfahrens nach §§ 15, 16 BImSchG zugelassen<sup>3</sup>.

Bislang existiert weder eine zuverlässige Verwaltungspraxis noch eine gesetzliche Regelung zur für Repowering-Projekte einschlägigen Verfahrensart. Im Verfahren zur Erteilung einer Änderungsgenehmigung (§ 16 Abs. 1 BImSchG) sind nur die Teile der bereits existierenden Genehmigung erneut zu überprüfen, für die aus Anlass der Änderung die Genehmigungsfrage erneut aufgeworfen wird<sup>4</sup>. Ob sich hieraus für den mit dem Windenergie-Repowering einhergehenden vollständigen Anlagenaustausch gleichwohl ein reduziertes Prüfprogramm ergibt, ist nicht geklärt und ungewiss<sup>5</sup>.

Den Genehmigungsbehörden steht damit mangels entsprechender Regelung des erforderlichen Prüfprogramms derzeit keine zuverlässige und damit rechtssichere Rechtsgrundlage zur Straffung der fachrechtlichen Prüfung von Repowering-Projekten zur Verfügung.

Im materiellen Genehmigungsrecht können vor allem von den Vorgaben des Lärmschutz- und des Artenschutzrechts Hemmnisse für das Repowering ausgehen:

Einer schrittweisen Lärmsanierung von Windparks mit altem Bestand kann beispielsweise die von den Altanlagen

<sup>1</sup> Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 549.

<sup>2</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.07.2013 – 12 ME 37/13, juris Rn. 14; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 549.

<sup>3</sup> Vgl. VGH München, Beschl. v. 08.06.2015 – 22 CS 15.686 u.a., Rn. 35 (zum Typwechsel); Landesregierung NRW, Erlass für die Planung und Genehmigung von

Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass), 2018, Ziff. 51.1 (zum Typwechsel); Agatz, Windenergie Handbuch, 17. Aufl. 2020, S. 14.

<sup>4</sup> Vgl. Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 61. EL, 2011, § 16 BImSchG, Rn. 165 m.w.N.

<sup>5</sup> Ablehnend VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281, juris Rn. 37 ff.

ausgehende Vorbelastung und die damit einhergehende Richtwertüberschreitung entgegenstehen<sup>6</sup>.

Im Artenschutzrecht führen die erforderlichen Prüfungen zu längeren Verfahren und fehlende fachrechtliche Standards allgemein zu mehr Rechtsunsicherheiten, was ebenfalls wieder zu längeren Verfahrenslaufzeiten führen kann. Insbesondere bei Konstellationen, in denen konfliktträchtige Anlagen zurückgebaut werden, ist unklar, ob und inwiefern diese Reduktion dieses artenschutzrechtlichen Konfliktpotentials im Genehmigungsverfahren für die Ersatzanlage zu berücksichtigen ist. Wäre der Altanlagenbestand etwa bei der Ermittlung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos als Vorbelastung zu berücksichtigen, könnte sich die Betrachtung auf eine vergleichende Betrachtung des Konfliktpotentials zwischen Alt- und Ersatzanlagenbestand beschränken. Ein entsprechendes Vorgehen der Genehmigungsbehörde bei der Entscheidung wäre aber bislang gesetzlich nicht hinreichend abgesichert und könnte im Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerwG zur gegenwärtigen Gesetzesfassung in § 44 Abs. 5 BNatSchG stehen<sup>7</sup>. Bisher zu dieser Frage ergangene verwaltungsgerichtliche Entscheidungen ergeben kein einheitliches Bild<sup>8</sup>.

Schließlich begegnet das Repowering auch auf Planungsebene verschiedenen Hemmnissen. Wegen der zwischenzeitlichen Festlegung von Ausschlussflächen oder festgelegter Abstandsvorgaben oder Höhenbegrenzungen fehlt an zahlreichen Bestandsstandorten das erforderliche Planungsrecht und stehen oftmals der Errichtung von Windenergieanlagen nach modernen technischen Standards entgegen.

### III. Geplante Umsetzung im BImSchG

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der EE-RL soll ein Anknüpfungspunkt für die für das „Repowering“ von EE-Anlagen erforderlichen Zulassungsverfahren geschaffen werden. Dazu soll ein neuer § 16b BImSchG-E ins Gesetz aufgenommen werden. § 16b BImSchG-E besteht aus zwei Absätzen. Im Absatz 1 ist eine Legaldefinition des Repowering-Begriffs vorgesehen. Der weitere Regelungsgehalt ist dagegen nicht eindeutig und könnte als eine Regelung zur Genehmigungsbedürftigkeit und/oder zur Genehmigungsfähigkeit von hierunter fallenden Vorhaben einzuordnen sein. Mit Absatz 2 wird die Legaldefinition aus Absatz 1 durch Übernahme des Wortlautes aus Art. 2 Nr. 10 EE-RL konkretisiert.

Die Vorschrift des § 16b BImSchG-E soll wie folgend gefasst sein:

**„(1) Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), müssen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nur Anforderungen geprüft werden, wenn durch das Repowering nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 erheblich sein können. Auf einen Erörterungstermin soll verzichtet werden.**

**(2) 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.“**

Die Begründung zum Regierungsentwurf stellt fest: „In dem neuen § 16b BImSchG wird ein vereinfachtes Verfahren für das Repowering von Anlagen zur Erzeugung

<sup>6</sup> Vgl. dazu Agatz, Windenergie Handbuch, 17. Aufl. 2020, S. 133 ff.

<sup>7</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25/17, juris Rn. 11 (Ortumgehung Datteln). Danach ist das dem Signifikanzansatz entscheidungsmaßstäblich zugrundeliegende Grundrisiko nicht so zu verstehen ist, dass gerade in einem Umfeld, in dem bereits aufgrund anderweitiger Vorbelastungen ein erhöhtes Tötungsrisiko besteht, eine umso größere Gefährdung zulässig wäre. Siehe auch: BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18/15, juris Rn.

84 (Elbquerung BAB 20) – danach bemisst sich die Signifikanz der Erhöhung anhand des „allgemeinen“ Grundrisikos, nicht jedoch anhand eines im Umfeld des konkreten Vorhabens bereits anderweitig gesteigerten Tötungsrisikos

<sup>8</sup> Befürwortend: VGH Kassel, Beschl. v. 28.01.2014 – 9 B 2184/13, juris Rn. 17; OVG Bautzen, Beschl. v. 27.03.2018 – 4 B 185/17, juris Rn. 39; Ablehnend: OVG Münster, Beschl. v. 06. 08. 2019 - 8 B 409/18, juris, Rn. 8; OVG Greifswald, Beschl. v. 08. 05. 2018 - 3 M 22/16, juris, Rn. 85;

von Strom aus erneuerbaren Energien geregelt. Ein solches Verfahren sieht Artikel 16 Absatz 6 der Richtlinie (EU) 2018/2001 vor.<sup>9</sup> Zugleich stellt die Begründung aber auch klar: „Der neue § 16b BImSchG präzisiert den Prüfaufwand für den Fall des Repowering von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien; er beinhaltet keine über das geltende Recht hinausgehenden Vorgaben.“<sup>10</sup>

Für EE-Anlagen, welche störfallrelevant im Sinne von § 3 Abs. 5b BImSchG sind, also insbesondere Anlagen, bei deren Betrieb Biogas oder Wasserstoff eingesetzt wird, ist im BImSchG das störfallrechtliche Genehmigungsverfahren nach § 23b BImSchG vorgesehen. In die Verfahrensvorgaben zur störfallrechtlichen Genehmigung wird mit § 23b Abs. 3a Nr. 4 BImSchG-E ein Verweis auf § 16b BImSchG-E aufgenommen.

## IV. Rechtliche Einordnung

### 1. Regelungswirkung des § 16b BImSchG-E

Zum Regelungsgehalt von § 16b BImSchG-E wurden im Gesetzgebungsverfahren unterschiedliche Auffassungen geäußert<sup>11</sup>. Hintergrund dürfte vor allem sein, dass man sich für § 16b Abs. 1 BImSchG-E am Wortlaut des § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG orientiert hat, der jedoch ausschließlich die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit (einer Anlagenänderung) betrifft, während § 16b BImSchG-E die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit (eines Repowering-Projektes) gerade nicht zu regeln scheint.

Es erscheint unter vorrangiger Bezugnahme auf den Wortlaut am naheliegendsten, dass gemäß § 16b BImSchG-E bei einem Repoweringvorhaben nur diejenigen fachrechtlichen Anforderungen zu prüfen sein sollen, bei denen nachteilige Auswirkungen durch das Repowering-Projekt zu erwarten sind. Andere Anforderungen sollen damit nicht mehr zu prüfen sein (abgesehen von der vorgelagerten Frage

nachteiliger Auswirkungen und der Prüfungserheblichkeit). Repowering-Projekte wären dann aber unverändert nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entweder als Neuerrichtung oder als Änderung genehmigungsbedürftig – mit nach § 16b BImSchG ggf. reduziertem Prüfungsumfang.

Daneben bestehen aber weitere Auslegungsmöglichkeiten: In § 16b BImSchG könnte eine bloße (deklaratorische) Präzisierung<sup>12</sup> oder auch die Einführung einer zusätzlichen Genehmigungsverfahrenart speziell für das Repowering von EE-Anlagen zu sehen sein. Aus den Stellungnahmen des Bundesrates geht hervor, dass § 16b BImSchG-E auch eine materielle Regelungswirkung zugemessen wird<sup>13</sup>.

Diese weiteren Auslegungsvarianten verdeutlichen, dass der Regelungsgehalt des Normentwurf klargestellt werden müsste, um hiervon ausgehende Unklarheiten für die Genehmigungspraxis und damit einhergehende Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.

### 2. Anwendungsbereich von § 16b BImSchG-E

Neben der Frage der Regelungswirkung könnte die wortlautgetreue Übernahme der Definition aus Art. 2 Nr. 10 EE-RL zu Anwendungsproblemen führen:

So ist vor allem der Bezugspunkt insbesondere bei Windenergieanlagen unklar. Aus § 16b Abs. 2 BImSchG-E ergibt sich nicht, in welchem Umfang der zurück zu bauende Anlagenbestand der Betrachtung zugrunde zu legen ist. Unklar bleibt zudem, wie weit sich der Neubestand vom Altbestand räumlich entfernen darf, ohne aus dem Repoweringbegriff herauszufallen. Es stellt sich daher die Fragen, ob bereits bei einem nur geringfügig räumlich abweichenden Repoweringprojekt gerade nicht mehr von Repowering i. S. v. § 16b BImSchG-E ausgegangen werden kann oder selbst bei einem weit entfernten neuen Standort immer noch von Repowering

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/27672, S. 16.

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/27672, S. 12.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 19/27672, S. 34 ff.

<sup>12</sup> Vgl. insoweit die Gesetzesbegründung: Der neue § 16b BImSchG präzisiert den Prüfaufwand für den Fall

des Repowering von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien; er beinhaltet keine über das geltende Recht hinausgehenden Vorgaben.“, BT-Drs. 19/27672, S. 12.

<sup>13</sup> BT-Drs. 19/27672, S. 42.

gesprochen werden kann bzw. wo hier die Grenzen liegen. Schließlich könnte die Formulierung auch insoweit unscharf sein, soweit in § 16b Abs. 2 BImSchG-E auf die Kapazität abgestellt wird. Hierbei handelt es sich zwar um die Definition aus Art. 2 Nr. 10 EE-RL. Unklar ist aber, ob der Begriff leistungs- oder mengenbezogen zu verstehen ist. Einem mengenbezogenen Verständnis nach läge eine Repoweringmaßnahme auch dann vor, wenn ein leistungsgleiches Vorhaben durch bloße Veränderungen der tatsächlichen Gegebenheiten erreicht würde, etwa eine bisherige Verschattung entfiere oder eine (geringfügige) Standortverlagerung dadurch mehr Strom erzeugt würde (z. B. weil dann Abschaltauflagen wegfallen oder bessere Windverhältnisse gegeben sind).

Als problematisch könnte sich auch erweisen, dass der Wortlaut des § 16b BImSchG-E auf Anlagen zur Stromerzeugung beschränkt ist. So unterfallen dem immissionsschutzrechtlichen Verfahren z. B. nach Nr. 1.2.2 Anhang 1 der 4. BImSchV auch Anlagen zur Erzeugung von (...) Dampf, Warmwasser, Prozesswärme oder erhitztem Abgas in einer Verbrennungseinrichtung (...) durch den Einsatz von gasförmigen Brennstoffen (u. a. Biogas). Dies sind also genehmigungsbedürftige Anlage nach § 4 Abs. 1 BImSchG i. V. m. § 1 der 4. BImSchV. Da Art. 16 der EE-RL aber „das Repowering und den Betrieb von Anlagen zur Produktion von Energie aus erneuerbaren Quellen“ unterfällt, ist hiervon nicht nur die Stromproduktion erfasst.

### 3. Zwischenfazit

Der gegenwärtige Entwurf von § 16b BImSchG-E hat keinen klaren Anwendungsbe- reich und lässt Fragen hinsichtlich seiner Regelungswirkung offen. Sofern von § 16b BImSchG-E rechtliche Erleichterungen für das Repowering von EE-Anlagen (insbesondere WEA) ausgehen sollen, ist dies zum einen unklar geregelt. Zum anderen wären diese Vorteile mit Blick auf den unklaren Anwendungsbereich für die genehmigungsrechtliche Praxis nicht rechtssicher in Anwendung zu bringen.

## V. Änderungsvorschläge

### 1. Rechtssichere Verfahrenszuordnung von Repowering-Projekten

Soweit – wie hier angenommen – mit § 16b Abs. 1 BImSchG-E keine Frage der Zulassungsbedürftigkeit geregelt sein soll, ist damit weiterhin eine Verfahrenszuordnung im Einzelfall notwendig. Dies scheint jedoch ein zentrales Problem in der Praxis zu sein<sup>14</sup>. Vorrangig sollte daher vor allem die Verfahrenszuordnung rechtssicherer geregelt werden (z. B. unter Heranziehung von Regelbeispielen). Mit einer solchen Regelung könnte insbesondere klargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen Wind-Repowering-Projekte nicht als Neuerrichtungen im Sinne von § 4 BImSchG, sondern als Änderungen im Sinne von §§ 15, 16 BImSchG einzuordnen sind. Zugleich könnte geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen Wind-Repowering-Projekte als wesentliche Änderungen im Sinne von § 16 Abs. 1 BImSchG einzuordnen sind. Die entsprechende Präzisierung würde zum einen die rechtssichere Anwendung des § 16b BImSchG-E unterstützen und zum anderen auf eine Verfahrensvereinfachung im Sinne des Art. 16 Abs. 6 EE-RL hinwirken. Eine Präzisierung der Verfahrensordnung wurde mit der Stellungnahme auch durch den Bundesrat angemerkt<sup>15</sup>.

### 2. Klarstellungs- und Änderungsbedarf im Wortlaut von § 16b BImSchG

Mit Blick auf die Ausführungen zur rechtlichen Einordnung ergibt sich auch für die Fassung des Wortlauts von § 16b BImSchG-E folgender Änderungsbedarf:

- § 16b BImSchG-E formuliert: „müssen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nur Anforderungen geprüft werden, wenn“. Hieraus könnte auf eine Regelung zur Genehmigungspflichtigkeit von Repowering-Projekten zu schließen sein. Daher sollte „wenn“ durch eine andere Konjunktion – vorzugsweise „soweit“ – ersetzt werden. Damit würde der Gesetzgeber klarstellen, dass § 16b BImSchG-E

<sup>14</sup> Agatz, Windenergie Handbuch, 17. Aufl. 2020, S. 15.

<sup>15</sup> BT-Drs. 19/27672, S. 36.



- das Prüfungsprogramm für die Zulassung von Repowering-Projekten regelt
- Der Anwendungsbereich sollte nicht auf die Stromerzeugung begrenzt werden.
  - Zur Schärfung des Anwendungsbereichs sollten weitere Vorgaben zur räumlichen Entfernung aufgenommen werden und ggf. auch zur Präzisierung hinsichtlich des Umfangs des Anlagenbestands, der zu berücksichtigen ist. Eine entsprechende Präzisierung ist besonders dann wichtig, wenn mit § 16b BImSchG-E substanzielle Vorteile für Repowering-Projekte geschaffen werden sollten (Vgl. dazu nächster Spiegelstrich). Art. 2 Nr. 10 EE-RL verzichtet auf Vorgaben zum Standortbezug beim vollständigen Austausch von EE-Anlagen und gibt damit einen weiten Umsetzungsspielraum. Damit bleibt es den Mitgliedsstaaten überlassen, einen den Anforderungen des Wind-Repowering genügenden Standortbezug zu definieren. Dabei gilt: Je weiter der räumliche Zusammenhang zwischen (Alt)Anlagenbestand und Ersatzanlage gefasst wird, umso mehr Gestaltungsspielräume bestehen für Projektierer zur Anpassung der bestehenden Nutzung an genehmigungsrechtliche Voraussetzungen (Wegrücken von Wohnbebauung und artenschutzrechtlichen Konfliktzonen) unter gleichzeitiger Nutzung der rechtlichen Vorteile. Mit wachsenden Abstand geht andererseits der unmittelbare Standortbezug und damit der Bezug zur vom Altbestand ausgehenden Vorbelastung verloren<sup>16</sup>.
  - § 16b Abs. 1 Satz 2 BImSchG-E regelt, dass beim Repowering auf einen Erörterungstermin verzichtet werden soll. Grundsätzlich entscheidet die Genehmigungsbehörde im Wege einer Ermessensentscheidung nach § 10 Abs. 6 BImSchG, ob ein

Erörterungstermin durchzuführen ist. Diese Ermessensausübung ist bereits mit den Vorgaben aus § 16 Abs. 1 9. BImSchV normativ vorkonstruiert. Die Regelung des Gesetzentwurfs zielt auf eine diesbezügliche Modifizierung. Eine solche Regelung kann der Genehmigungsbehörde nur dann als verlässliche Grundlage für einen entsprechenden Verzicht dienen, wenn der Anwendungsbereich von § 16b BImSchG-E und damit der Repowering-Begriff hinreichend geklärt ist. Nur in diesem Fall wäre klar, wann § 16b Abs. 1 Satz 2 BImSchG-E und damit die Verfahrenserleichterung anwendbar ist. Ein hierauf gestützter Verzicht auf den Erörterungstermin könnte zu Verfahrensfehlern führen, wenn die Genehmigungsbehörde rechtsirrtümlich von einem Repowering-Projekt ausgeht. Damit wäre die Rechtssicherheit der entsprechenden Genehmigung betroffen. Ohne einen abgrenzungsscharfen Repowering-Begriff sollte von einer Regelung nach § 16b Abs. 1 Satz 2 BImSchG-E abgesehen werden.

- Daneben sollte mit einem § 16b Abs. 3 BImSchG-E klargestellt werden, dass weiterhin auch Fälle mit bloßem Anzeigeverfahren möglich sind (z. B. „§ 15 BImSchG bleibt unberührt.“). Schließlich fallen auch zahlreiche lediglich anzeigespflichtige Nachrüstungsmaßnahmen an WEA in den Anwendungsbereich von § 16b BImSchG-E.

### 3. Klarstellende Regelung zur immissionsschutzrechtlichen „Verbesserungsgenehmigungen“

Mit § 6 Abs. 3 BImSchG ist für genehmigungspflichtige Änderungen an emittierenden Anlagen – vereinfacht gesagt – vorgesehen, dass diese Änderungen auch bei einer fortbestehenden Grenzwertüberschreitung zulässig sind, sofern der Immissionsbeitrag durch die Anlagenänderung

<sup>16</sup> Mit § 30 Abs. 1 Satz 1 EEG 2008 hatte der Gesetzgeber einen Repowering-Begriff mit einem lediglich regionalen Standortbezug zur Anreizsteigerung für die Modernisierung des Anlagenbestands aufgenommen, der für

andere Zwecke nicht ohne weiteres übertragen werden kann.

deutlich gesenkt wird. Diese Regelung findet jedoch keine Anwendung auf Lärmimmissionen. Damit ist diese Regelung in Gebieten, in den die von einem Windpark ausgehende Lärmbelastung die Grenzwerte übersteigt, auch im Änderungsgenehmigungsverfahren jedenfalls nicht direkt anwendbar<sup>17</sup>.

Der gegenwärtige Rechtsrahmen bietet allerdings schon genehmigungsrechtliche Möglichkeiten, um die schrittweise Durchführung einer Lärmsanierung im Windpark durchzuführen. Auf Grundlage von Ziff. 3.2.2 lit. c) TA Lärm hat die Behörde bei Überschreitung der nach Ziff. 6.1 für die Beurteilung maßgeblichen Richtwerte bei „im Einzelfall vorliegenden besonderen Umständen“ eine abweichende Beurteilung vorzunehmen, wenn Verbesserungen der Emissions- oder Immissionssituation sicher absehbar sind<sup>18</sup>. Der Gesetzgeber könnte daher regeln, dass mit einem Repowering-Projekt im Sinne des § 16b BImSchG-E, auch wenn dieses im Wege der Neugenehmigung zu genehmigen ist, „besondere Umstände ohne Betrachtung des Einzelfalls“ im Sinne von Ziff. 3.2.2 TA Lärm vorliegen.

Alternativ könnte § 6 Abs. 3 BImSchG für Repowering-Projekte im Sinne von § 16b BImSchG-E, auch wenn diese im Wege der Neugenehmigung genehmigt werden, und auch mit Blick auf den Immissionswert Schall für anwendbar erklärt werden. Hieraus könnten sich jedoch mit dem nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 BImSchG vorzulegenden Immissionsmanagementplan zusätzliche – bislang nicht bestehende – Genehmigungserfordernisse für Repowering-Projekte ergeben. Mit Blick auf den möglichen Widerspruch zur Umsetzungsverpflichtung aus Art. 16 Abs. 6 EE-RL, wonach die Mitgliedsstaaten für vereinfachte Zulassungsverfahren Sorge tragen, erscheint jedoch der erste Anpassungsvorschlag vorzugsweise wünschenswert.

### 4. Gesetzliche Regelung zur Berücksichtigung von Vorbelastungen im Artenschutzrecht

Die Berücksichtigung von Vorbelastungen bei den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen sollte – fachlich ausreichend abgesichert – gesetzlich rechtssicher geregelt werden. Vorzugswürdig sollte dies aber im BNatSchG selber geschehen.

In Ausgestaltung eines solchen Vorbelastungsabzugs ist der unionsrechtliche Rahmen zu beachten. Der Europäische Gerichtshof betont regelmäßig, dass behördliche Entscheidungen über die Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände oder hiervon zu gewährender Ausnahmen auf wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse zu stützen sind<sup>19</sup>. Dieser Anforderung müsste auch eine Normierung genügen. Erste artenschutzrechtliche Erlasse der Länder legen aber zumindest nahe, dass in bestimmten Bereichen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über die Auswirkungen von Repowering-Projekten auf bestimmte artenschutzrechtliche Konstellationen vorliegen<sup>20</sup>.

Von einer Minderung des artenschutzrechtlichen Konfliktpotentials gehen die genannten Erlasse insbesondere dann aus, wenn sich mit der Repoweringmaßnahme die Anzahl der Anlagen verringert oder der Abstand zwischen Rotorunterkante und Gelände vergrößert.

### 5. Anrechnung der Kompensationszahlungen für Altanlage als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahme für das Repowering-Vorhaben

Wie schon teils in ersten Ländererlassen vorgesehen ist, sollte festgelegt werden, dass im Rahmen der Eingriffsregelung bei der Berechnung von höhenbedingten Ersatzzahlungen für Repowering-Vorhaben die Höhe der abgebauten Anlage von der Höhe der neuerrichteten Anlage

<sup>17</sup> Die entsprechende Anwendbarkeit ist in der Literatur umstritten, Vgl. *Jarass*, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 6 Rn. 17 mit Überblick zum Meinungsstand.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, 2020, S. 134.

<sup>19</sup> *Schmidt/Sailer*, Anmerkungen zum Vorabentscheidungsersuchen zur europäischen Vogelschutz- und

Habitatrichtlinie (Kahlschlag als Verstoß gegen Tötungs- und Störungsverbot), ZNER 2021, 146 (160).

<sup>20</sup> Vgl. *Landesregierung RLP*, Erlass zum Natur- und Artenschutz bei der Genehmigung von Windenergieanlagen im immissions-schutzrechtlichen Verfahren, 2020, S. 3; *Landesregierung Hessen*, Verwaltungsvorschrift (VwV) „Naturschutz/Windenergie“, 2020, S. 24.

abzuziehen ist und nur der Differenzbetrag maßgeblich für die Ersatzzahlung ist<sup>21</sup>. Auf diese Art und Weise kann die Entlastung der Landschaft durch den Abbau einer Altanlage mit der Belastung durch die Errichtung der Neuanlage verrechnet und die Differenz als Ersatzzahlung festgelegt werden.

## VI. Weitergehende Änderungsmöglichkeiten

Die im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Anpassungen lösen allenfalls einen kleinen Teil der vielfältigen Hemmnisse für Repowering-Projekte. Wenn diese umfassender angegangen werden sollen, müssten daher weitergehende Änderungen als die in § 16b BImSchG erfolgen, um das Repowering effektiv zu erleichtern. Dies müsste dann sowohl die Planungsebene als auch die Genehmigungsebene adressieren. Hierzu wurden schon von verschiedener Seite Vorschläge unterbreitet<sup>22</sup>, die hinsichtlich ihrer europa- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit noch näher geprüft werden müssten:

Auf Planungsebene:

- Die Aufnahme des Repowerings als Grundsatz der Raumordnung in § 2 Raumordnungsgesetz
- Der Abbau weitergehender Hemmnisse für das Repowering im Bauplanungsrecht (z. B. Höhenbegrenzungen)
- Öffnung von Ausschlussgebieten für standorterhaltende Repoweringprojekte und entsprechende Anpassung des Planungsvorbehalts (§ 35 Abs. 3 BauGB)
- Ausdrücklich genannte Ausnahmemöglichkeit oder

Zielabweichungsmöglichkeit für das Repowering in § 6 des Raumordnungsgesetzes

- Bessere Personalausstattung bei den Planungsträgern zur möglichst zügigen Ausweisung von Flächen für die Windenergie; Einrichtung von Dienstleistungszentren für die Beteiligten
- Festlegung von Mengenzielen des Bundes für die Ausweisung von Windenergieflächen<sup>23</sup>

Auf Genehmigungsebene:

- Einführung eines eigenen Genehmigungsregimes für alle Repoweringvorhaben bzw. Anordnung des Änderungsregimes (§§ 15, 16 BImSchG) als Standard-Verfahren für Repowering
- Verbesserte Rahmenbedingungen für Änderungsgenehmigungen (z. B. klare Verfahrensabgrenzung, eindeutiges Prüfprogramm etc.)
- Begrenzte Möglichkeit der Nachforderungen von Unterlagen
- Festlegung einer saldierenden Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen unter Einbeziehung bestehender Vorbelastungen, insbesondere beim Lärm- und Artenschutz; grundsätzliche Einstufung der Bestandsanlage als Vorbelastung und Prüfung nachteiliger Auswirkungen in Form eines Vergleichs zwischen zu ersetzenden Bestandsanlagen und geplanten Repoweringanlagen
- Berücksichtigung des Abbaus der Bestandsanlagen bei der Festsetzung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen für das Repoweringvorhaben

<sup>21</sup> Vgl. *Landesregierung RLP*, Erlass zum Natur- und Artenschutz bei der Genehmigung von Windenergieanlagen im immissionsschutzrechtlichen Verfahren, 2020, S. 3

<sup>22</sup> Siehe etwa Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 19/25302, S. 7 f.; *BWE*, BWE-Vorschläge zur Beschleunigung und Erleichterung des Repowering von Windenergieanlagen, März 2021; *BDEW*, Windenergiestandorte erhalten – Repowering ermöglichen, November 2020; *VKU*, Erleichterungen für Repowering von

Windenergieanlagen bei der Flächenausweisung und Genehmigungserteilung, November 2020; *Agora Energiewende*, Sofortprogramm Windenergie an Land, November 2020.

<sup>23</sup> Siehe etwa *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter/Heinemann/Seidl*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, Umweltbundesamt, Climate Change 21/2020.

## 12 Rechtliche Stellungnahme Umsetzung EE-RL

- Stärkere Standardisierung bei den artenschutzrechtlichen Vorgaben; Verringerung des artenschutzrechtlichen Prüfungsumfangs
- Bessere Personal- und technische Ausstattung der Genehmigungsbehörden sowie Dienstleistungszentren für Genehmigungsbehörden und Beteiligte/Betroffene
- Verhinderung von Missbrauch bei der Klagebefugnis.

# Verfahrensrechtliche Vorgaben nach der EE-RL

## I. Abwicklung der Zulassungsverfahren durch eine einheitliche Stelle

### 1. Vorgabe aus der EE-RL

Die verschiedenen Gesetzesanpassungen zur Umsetzung einer einheitlichen Stelle beruhen auf Art. 16 Abs. 1 EE-RL. Hiernach „darf von einem Antragsteller, während des gesamten Verfahrens, nicht verlangt werden, sich an mehr als eine Anlaufstelle zu wenden. Das Verfahren zur Genehmigungserteilung erstreckt sich auf die einschlägigen Verwaltungsgenehmigungen für den Bau, das Repowering und den Betrieb von Anlagen zur Produktion von Energie aus erneuerbaren Quellen, sowie die für deren Netzzugang erforderlichen Vermögenswerte.“

### 2. Geplante Umsetzung

Auf Grundlage von § 10 Abs. 5a Nr. 1 BImSchG-E (und § 11a Abs. 2 WHG-E) kann der Träger eines Vorhabens nach § 10 Abs. 5a Satz 1 BImSchG-E (oder § 11a Abs. 1 WHG-E) die Abwicklung aller für die Durchführung des Vorhabens erforderlichen Zulassungsverfahren durch eine einheitliche Stelle beantragen.

§ 10 Abs. 5a Nr. 1 BImSchG-E lautet:

**„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:**

**1. Auf Antrag des Trägers des Vorhabens wird das Genehmigungsverfahren sowie alle sonstigen Zulassungsverfahren, die für die Durchführung des Vorhabens nach Bundes- oder Landesrecht erforderlich sind, über eine einheitliche Stelle abgewickelt. (...)**“

Mit § 11a Abs. 2 WHG-E ist auch bei der Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung für EE-Anlagen die Abwicklung aller für die Realisierung einer EE-Anlage erforderlichen Zulassungsverfahren durch eine einheitliche Stelle vorgesehen.

### 3. Rechtliche Einordnung

Die Abwicklung des Genehmigungsverfahrens und aller sonstigen Zulassungsverfahren durch eine einheitliche Stelle entspricht weitgehend der Regelung des § 10 Abs. 5 Satz 2 BImSchG. Danach „hat die Genehmigungsbehörde, soweit für das Vorhaben selbst oder für weitere damit unmittelbar in einem räumlichen oder betrieblichen Zusammenhang stehende Vorhaben(...) eine Zulassung nach anderen Gesetzen vorgeschrieben ist, eine vollständige Koordination der Zulassungsverfahren sicherzustellen.“ Die Regelungen zur Verfahrenskoordination durch die einheitliche Stelle ist damit wohl nur für das WHG und das BWaStrG angezeigt.

Der Bundesgesetzgeber oder die Landesgesetzgeber können im Dienste der Verfahrensvereinheitlichung und -beschleunigung über die Regelung einer einheitlichen Stelle mit koordinierender Funktion hinausgehen und eine Zuständigkeitskonzentration auf Landes- oder mittlerer Verwaltungsebene für die Genehmigung von Windenergieprojekten vorsehen. In Brandenburg und in Schleswig-Holstein werden die Genehmigungsverfahren bereits durch landeseinheitliche Stellen, die als Regionaldezernate organisiert sind, durchgeführt<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> In Hessen und Mecklenburg-Vorpommern werden immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren auf mittlerer Verwaltungsebene durchgeführt.

### II. Sonstige Vorgaben zu Zulassungsverfahren für EE-Anlagen

#### 1. Vorgabe aus der EE-RL

##### a) Verfahrensdauer

Die vorgesehenen Änderungen im WHG und BWaStrG zur Begrenzung der Verfahrensdauer gehen auf die Vorgaben nach Art. 16 Abs. 4, Abs. 5 und Abs. 6 Satz 2 EE-RL zurück. Danach

- „dauert das Verfahren zur Genehmigungserteilung gemäß (Art. 16) Absatz 1 (...) nicht länger als zwei Jahre“
- „darf bei Anlagen mit einer Stromerzeugungskapazität unter 150 kW das Verfahren zur Genehmigungserteilung (...) nicht länger als ein Jahr dauern“
- dauert das Verfahren für das Repowering bestehender Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie nicht länger als ein Jahr
- sind mit Art. 16 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 und Abs. 7 Satz 3 EE-RL ausnahmsweise längere Verfahrenslaufzeiten vorgesehen

Außerdem bestimmt Art. 16 Abs. 1 Satz 4 EE-RL: „Das Verfahren zur Genehmigungserteilung umfasst alle Verfahren von der Bestätigung des Eingangs des Antrags bis zur Übermittlung des Ergebnisses des Verfahrens gemäß Absatz 2.“

##### b) Verfahrenshandbuch und Aufstellung vorhersehbarer Zeitpläne

Die Regelungen gehen

- hinsichtlich der Verpflichtung zur „Aufstellung von vorhersehbaren Zeitplänen“ auf Art. 15 Abs. 1 Satz 2 lit. a EE-RL und
- hinsichtlich der Verpflichtung zur Bereitstellung und Veröffentlichung eines Verfahrenshandbuchs auf Art. 16 Abs. 3 EE-RL zurück.

Außerdem bestimmt Art. 16 Abs. 1 Satz 4 EE-RL: „Das Verfahren zur Genehmigungserteilung umfasst alle Verfahren von der

Bestätigung des Eingangs des Antrags bis zur Übermittlung des Ergebnisses des Verfahrens gemäß Absatz 2.

#### 2. Geplante Umsetzung

##### a) Verfahrensdauer

In der Begründung zum Gesetzentwurf stellt die Bundesregierung fest, dass „weitere Anforderungen der Richtlinie (...) im Immissionsschutzrecht des Bundes bereits umgesetzt (sind), unter anderem durch die in § 10 Abs. 6a, § 16 Absatz 3 und § 23b Abs. 4 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) geltenden Fristen“<sup>25</sup>. § 10 Abs. 6a BImSchG bestimmt: „Über den Genehmigungsantrag ist nach Eingang des Antrags und der nach Absatz 1 Satz 2 einzureichenden Unterlagen innerhalb einer Frist von sieben Monaten, in vereinfachten Verfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten, zu entscheiden. Die zuständige Behörde kann die Frist um jeweils drei Monate verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist.“

§ 23b Abs. 4 BImSchG regelt: „Über den Antrag auf störfallrelevante Errichtung und Betrieb einer Anlage hat die zuständige Behörde innerhalb einer Frist von sieben Monaten nach Eingang des Antrags und der erforderlichen Unterlagen zu entscheiden. Über den Antrag auf störfallrelevante Änderung einer Anlage ist innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Eingang des Antrags und der erforderlichen Unterlagen zu entscheiden. Die zuständige Behörde kann die jeweilige Frist um drei Monate 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 7 Satz 1 gilt entsprechend.“

Für das WHG dagegen sind entsprechende Anpassungen mit § 11a Abs. 5 WHG-E vorgesehen. Damit wird die Verfahrensdauer der Erlaubnis- und Bewilligungserteilung für Anlagen zur Wasserkraftnutzung und zur Erdwärmegewinnung auf zwei Jahre begrenzt. Für Modernisierungsmaßnahmen

<sup>25</sup> BT-Drs. 19/27672, S. 16.

an solchen Anlagen oder entsprechenden Anlagen mit einer Leistung von weniger als 150 kW wird die Verfahrenslaufzeit auf 1 Jahr begrenzt. Daneben ist ein Ausnahmetatbestand vorgesehen und der Fristbeginn auf den Eingang vollständiger Antragsunterlagen bestimmt.

Auf die damit geregelten Vorgaben zur Verfahrenslaufzeit verweisen die Anpassungen in den anderen Zulassungstatbeständen (§§ 38 Abs. 5, 52 Abs. 1, 70 Abs. 1, 78 Abs. 5 WHG-E). Auch durch die Anpassung im Bundeswasserstraßengesetz (BWaStrG) zur strom- und schiffahrtspolizeilichen Genehmigungserteilung wird § 11a Abs. 5 WHG-E für entsprechend anwendbar erklärt, § 31 Abs. 2 BWaStrG-E.

### b) Verfahrenshandbuch und Aufstellung vorhersehbarer Zeitpläne

Mit § 10 Abs. 5a Nr. 3 BImSchG-E und § 11a Abs. 4 WHG-E wird die einheitliche Stelle auf die Erstellung eines Zeitplans für das Verfahren verpflichtet.

Mit § 10 Abs. 5a Nr. 2 BImSchG-E und § 11a Abs. 3 WHG-E wird die einheitliche Stelle auf die Erstellung und Veröffentlichung eines Verfahrenshandbuchs für Vorhabenträger verpflichtet.

In die anderen Zulassungstatbestände des WHG und in § 31 Abs. 2 BWaStrG-E soll ein Verweis auf die Bestimmungen aus § 11a Abs. 4 WHG-E aufgenommen werden.

## 3. Rechtliche Einordnung

### a) Verfahrensdauer

Nach § 11a Abs. 5 Satz 4 WHG-E „beginnt die Frist mit Eingang vollständiger Antragsunterlagen.“ Im BImSchG werden – wie dargestellt – diesbezüglich keine Änderungen vorgenommen. Hier geht die Bundesregierung davon aus, dass die Vorgaben der EE-RL durch § 10 Abs. 6a BImSchG bereits umgesetzt sind. Überwiegend wird dabei im deutschen Recht angenommen, dass das

für die Fristen aus § 10 Abs. 6a BImSchG auslösende Ereignis das Vorliegen vollständiger Unterlagen (Unterlagen nach § 10 Abs. 1 Satz 2 BImSchG) bildet<sup>26</sup>.

Nach Art. 16 Abs. 1 Satz 4 EE-RL dagegen scheint die „Bestätigung des Eingangs des Antrags“ den Anfangspunkt des Verfahrens zu bilden und damit auch relevant für den Lauf der Fristen zu sein. Dafür spricht auch, dass die einheitlichen Stellen „den Antragsteller im Hinblick auf die Beantragung Beratung und Unterstützung leisten“, Art. 16 Abs. 1 Satz 1 EE-RL. Der die Verfahrensdauer bestimmende Art. 16 Abs. 4 Satz 1 EE-RL bezieht sich ausdrücklich auf das Verfahren zur Genehmigungserteilung nach Art. 16 Abs. 1. Zwar spricht der Erwägungsgrund 51 Satz 2 EE-RL ausdrücklich vom vollständigen Antrag, auf dessen Grundlage die Behörden ihre Entscheidung zu treffen haben. In Art. 16 EE-RL ist dies aber nicht als maßgeblicher Bezugspunkt geregelt worden und dürfte daher wohl auch nicht in Art. 16 EE-RL hineingelesen werden können.

Die mit § 10 Abs. 6a BImSchG bereits geregelte Verfahrensdauer von sieben Monaten bzw. drei Monaten im vereinfachten Verfahren nach Eingang des Antrags und der einzureichenden Unterlagen wird bereits heute eine fehlende Steuerungswirkung für die Durchführung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren attestiert<sup>27</sup>. Zudem sieht § 10 Abs. 6a S. 2 BImSchG eine mehrmalige Verlängerungsmöglichkeit von jeweils 3 Monaten vor, ohne dass eine Höchstgrenze vorgesehen ist. Auch dies erscheint angesichts der in Art. 16 EE-RL vorgesehenen (Höchst-)Fristen nicht unproblematisch. Insgesamt könnte hinsichtlich der Verfahrensdauer ein faktisches Umsetzungsdefizit zu sehen sein<sup>28</sup>.

In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass es zur Beschleunigung neben der Frage von Fristen vor allem auch auf die Rechtsfolgen bei Fristverletzungen ankommt. Hinsichtlich der Beteiligung der Fachbehörden ist bislang etwa lediglich

<sup>26</sup> Schack, in: in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK, Umweltrecht, 58. Ed., April 2021, § 10 BImSchG, Rn. 78; Jarass, BImSchG, 13. Aufl., 2020, § 10, Rn. 122; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 61. EL., April 2011, § 10 BImSchG, Rn. 241.

<sup>27</sup> Fachagentur Windenergie an Land, Dauer und Kosten des Planungsprozesses von Windenergieanlagen

an Land, 2015, S. 38 ff.; Helmes, Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen an Land - Rechtliche und praktische Rahmenbedingungen in Deutschland, 2016, S. 22 f.

<sup>28</sup> Vgl. insoweit instruktiv Reese, NVwZ 2018, 1592 (1596) zur WRRL und m.w.N. insbesondere EuGH, Urt. v. 11.7.2002 – C-62/00, Rn 26 ff. Marks & Spencer

vorgesehen, dass wenn eine Fachbehörde bis zum Fristablauf keine Stellungnahme abgibt, davon auszugehen ist, dass sie sich nicht äußern will (§ 11 S. 3 der 9. BImSchV). In diesem Fall hat die Genehmigungsbehörde die entsprechenden Fragen dann selbst zu klären<sup>29</sup>. Hier könnte weitergehend an Fiktionsregelungen oder die Festlegung eines bestimmten Zeitpunkts für die maßgebliche Sach- und Rechtslage zu denken sein. Dazu wäre jedoch die verfassungs- und europarechtliche Vereinbarkeit näher zu prüfen, etwa im Hinblick auf Rechtsschutzfragen oder Vorgaben des europäischen Umweltrechts.

### b) Aufstellung vorhersehbarer Zeitpläne

Mit § 7 Abs. 2 9. BImSchV „hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller über die voraussichtlich zu beteiligenden Behörden und den geplanten zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens zu unterrichten.“ Eine verbindliche Verpflichtung zur Aufstellung von vorhersehbaren Zeitplänen für immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren und die mit dem Vorhaben zusammenhängenden Zulassungsverfahren besteht damit bereits.

### c) Zwischenfazit

Als fristauslösendes Ereignis für den Beginn der verbindlichen Verfahrenslaufzeiten sollte in Kongruenz zur Vorgabe aus der Richtlinie der Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung bestimmt werden.

Mit Blick auf die Einhaltung der durch die Richtlinie vorgegebenen Verfahrensfristen sollte durch verbindliche Rechtsfolgen bei Überschreitung der gesetzlichen Fristen auf eine Einhaltung derselben hingewirkt werden.

Bezüglich der Vorgabe zur Aufstellung vorhersehbarer Zeitpläne erscheint eine parallele Regelung in § 10 Abs. 5a BImSchG-E wohl nicht erforderlich. Vielmehr sollte eine Kongruenz zwischen den tatsächlichen und den gesetzlichen Verfahrenslaufzeiten nach § 10 Abs. 6a BImSchG herbeigeführt werden, um die aufzustellenden Zeitpläne tatsächlich vorhersehbar zu machen<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Jarass, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 10 Rn. 55.

<sup>30</sup> So auch die Kritik aus der Stellungnahme von Mecklenburg-Vorpommerns vom 21.09.2020 zum



## Vorschläge zur Verfahrensbeschleunigung

Mit der EE-RL wurden die Mitgliedsstaaten damit verpflichtet, die Genehmigungsverfahren für Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu beschleunigen. Außer mit Anpassungen im einschlägigen Verfahrensrecht für Repowering-Projekte kann eine Verfahrensbeschleunigung auch durch Änderungen im allgemeinen Rechtsrahmen bewirkt werden.

Hierzu kommen folgende Vorschläge in Betracht:

### I. Stichtagsregelung im Genehmigungsverfahren für bestimmte fachrechtliche Aspekte

Genehmigungsbescheide, welche die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlage zulassen, sind gegenwärtig durch die Verwaltungsgerichte anhand der im Zeitpunkt der Behördenentscheidung vorliegenden Sachlage zu beurteilen<sup>31</sup>. Dieser Umstand kann die Behörde dazu zwingen, die eigene Entscheidung durch die Nachforderung aktualisierter fachlicher Gutachten und sonstiger Unterlagen abzusichern. Insoweit wirkt sich dieser Umstand insbesondere mit Blick auf die Bestimmungen des Besonderen Artenschutzrechts (§§ 44, 45 BNatSchG) nachteilig auf die Verfahrenslänge, aber auch auf die Rechtssicherheit von Genehmigungsentscheidungen aus<sup>32</sup>.

Den weitgehenden Ermittlungspflichten, welche insbesondere die unionsrechtlichen Vorgaben zum Artenschutz mit sich bringen, einerseits und den sich aus der EE-RL ergebenden Pflichten zur Verfahrensbeschleunigung andererseits wohnen gegenläufige Regulationsintentionen inne, die der Gesetzgeber zum Ausgleich bringen muss.

Bereits im Rahmen der gegenwärtigen Rechtsprechung bestehen für die

Genehmigungsbehörden Spielräume, um fachgutachterliche Stellungnahmen älteren Datums – von deren fortbestehender Aussagekraft sich die Behörde hinreichend überzeugt hat – zu verwerten<sup>33</sup>. Diesbezüglich könnte eine Klarstellung im Gesetzestext erfolgen.

Weitergehend könnte aber auch – vorzugsweise in § 20 Abs. 1 der 9. BImSchV – eine Stichtagsregelung für das immissionschutzrechtliche Genehmigungsverfahren für EE-Anlagen eingeführt werden. Mit einer Stichtagsregelung hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunkts für die Sach- und Rechtslage könnte der Gesetzgeber eine praktische Konkordanz zwischen der Pflicht zur Straffung der Genehmigungsverfahren zum einen und der vollumfänglichen Prüfung artenschutzrechtlicher Belange zum anderen herstellen. Hiernach wäre dann ein früherer Zeitpunkt im Genehmigungsverfahren als maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung aller entscheidungserheblichen Umstände im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 9. BImSchV festzulegen. Dieser Zeitpunkt könnte etwa der Eingang der fachlichen Stellungnahme seitens der jeweiligen Fachbehörde nach § 11 9. BImSchV sein.

Die Folgen einer solchen Regelung müssten jedoch mit den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben vereinbar sein, was einer näheren Prüfung bedarf (etwa im Hinblick auf Rechtsschutzfragen oder des europäischen Umweltrechts). Unter Umständen wären entsprechende Ausnahme vorzusehen, unter denen die Genehmigungsbehörde zur Ermittlung und Berücksichtigung nachträglicher Erkenntnisse verpflichtet ist (z. B. bei substantiiertem Hinweis darauf, dass sich die Sachlage hinsichtlich artenschutzrechtlicher Zugriffsverbote in tatsächlicher Hinsicht verändert hat).

<sup>31</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 – 7 C 5/18, juris Rn. 42.

<sup>32</sup> BWE, Position zum Referentenentwurf der Verordnung zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001, 2020, S. 11.

<sup>33</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.06.2017 – 3 A 1/16, juris Rn. 124; OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.01.2018 – 2 L 110/15, juris Rn. 24.

### II. Klarstellung: Öffentliche Bekanntmachung im vereinfachten Verfahren löst Rechtsbehelfsfristen aus

Gemäß § 21a Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 der 9. BImSchV ist auf Antrag des Vorhabenträgers auch eine im vereinfachten Verfahren ergangene Genehmigung nach den Vorschriften aus § 10 Abs. 8 Satz 2 bis 5 BImSchG öffentlich bekannt zu machen. In der Rechtspraxis ist aber umstritten<sup>34</sup>, ob diese Bekanntmachung die einmonatigen Fristen für Rechtsbehelfe (für Widerspruch und Klage)<sup>35</sup> in Gang setzt. Geht man mit einem Teil der Rechtsprechung<sup>36</sup> von einer solchen Wirkung aus, würde eine entsprechend bekanntgemachte Genehmigung mit Fristablauf gegenüber jedermann in Bestandskraft erwachsen. Diese Rechtswirkung ist allerdings aktuell noch nicht gesichert, sodass der Gesetzgeber mit einer diesbezüglichen Klarstellung – vorzugsweise in § 10 Abs. 8 BImSchG oder § 21a Abs. 1 9. BImSchV – auf eine erhöhte Rechtssicherheit hinwirken könnte.

### III. Straffung und Anpassung von Beteiligungsverfahren mit anderen Fachbehörden

Ein Grund für Verzögerungen liegt auch in der teils langwierigen und komplexen Beteiligung der anderen Fachbehörden. Zwar ist es wichtig, dass deren Sachverstand von der Genehmigungsbehörde eingeholt wird. Allerdings erscheint eine solche Beteiligung nicht immer notwendig bzw. sollte die Genehmigungsbehörde in bestimmten Fällen die Möglichkeit haben, erforderliche Zustimmungen zu ersetzen.

So könnte etwa eine Streichung/Einschränkung des Zustimmungserfordernisses der

Straßenbaubehörde in § 9 FStrG für solche Fälle erwogen werden, in denen lediglich der Rotorkreis in den Anbaubeschränkungsbereich von Autobahnen oder Bundesstraßen hineinragt. Eine solche Zustimmung wird oft pauschal, auf Basis allgemeiner Gefahrenbesorgnis verweigert, während nach der Rechtsprechung das Restrisiko durch Anlagenhavarien im Anbaubeschränkungsbereich durchaus akzeptabel sei<sup>37</sup>.

Weiterhin könnte eine Streichung der Fristverlängerungsmöglichkeit bei der Zustimmung der Luftfahrtbehörde bei Standorten außerhalb von Bauschutzbereichen erfolgen oder diese zumindest dahingehend präzisiert werden, dass eine Verlängerung nur einmalig und um einen maximalen Zeitraum möglich ist (§ 14 Abs. 1 HS. 2 i. V. m. § 12 Abs. 2 S. 3 LuftVG). Alternativ könnte auch an eine Ersetzungsmöglichkeit in § 14 LuftVG gedacht werden. Auch dies könnte zu einer Beschleunigung des zuweilen langwierigen verwaltungsinternen Zustimmungsverfahrens in diesem Bereich beitragen<sup>38</sup>.

### IV. Verbesserungen beim Fortbestand von Genehmigungen

Nach § 18 Abs. 1 BImSchG erlischt die Genehmigung, wenn innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde gesetzten angemessenen Frist nicht mit der Errichtung oder dem Betrieb der Anlage begonnen oder eine Anlage während eines Zeitraums von mehr als drei Jahren nicht mehr betrieben wird. Nach Absatz 3 besteht zwar die Möglichkeit, dass die Genehmigungsbehörde auf Antrag die Frist verlängern kann, wenn hierdurch der Zweck des Gesetzes nicht gefährdet wird. Dies ist gerade für Windenergieanlagen von hoher Bedeutung, da hier der üblicherweise gesetzte Zeitraum von drei Jahren nicht selten zu kurz für die Umsetzung der Genehmigung

<sup>34</sup> Vgl. *Albrecht/Zschiegner*, Rechtswirkungen der öffentlichen Bekanntmachung von im vereinfachten Verfahren erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen, UPR 2019, 134 ff. mit umfassender Darstellung der Rechtsfrage und des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Literatur.

<sup>35</sup> In rechtlicher Hinsicht läuft die Frist für Widerspruch (§ 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO) oder Klage (§ 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO) mit der Bekanntgabe der Genehmigung.

<sup>36</sup> OVG Münster, Beschl. v. 24.09.2009 – 8 B 1343/09.AK, juris Rn. 57; VGH Mannheim, Beschl. v. 07.03.2019 – 10 S 2025/18, juris Rn. 8 m.w.N.

<sup>37</sup> *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, 2020, S. 6 mit Verweis auf OVG Münster, Urf. v. 28.08.2008 – 8 A 2138/06 u. a.

<sup>38</sup> *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, 2020, S. 6

ist. Allerdings verlangt die Rechtsprechung in jüngerer Zeit für eine Verlängerung der Umsetzungsfrist eine erneute Prüfung aller Genehmigungsvoraussetzungen nach der aktuellen Sach- und Rechtslage und darüber hinaus sogar zuvor eine nachträgliche Rechtmäßigkeitsprüfung der erteilten Genehmigung<sup>39</sup>. Es sollte daher für EE-Anlagen eine längere Umsetzungsfrist bereits auf Gesetzesebene vorgesehen werden und hierbei für den Fristbeginn (erst) die Bestandskraft des Genehmigungsbescheids gewählt werden. Hierdurch würde zugleich möglichen europarechtlichen Bedenken begegnet werden, die hinsichtlich eines verminderten Prüfprogramms bzw. einer lediglich kursorischen Prüfung vorgetragen werden<sup>40</sup>.

## V. Verringerung des Prüfumfangs und Konkretisierung von Anforderungen

Zur weiteren Beschleunigung könnten auch eine Verringerung des Prüfumfangs sowie die Aufnahme gesetzlicher Konkretisierungen und weiterer Anpassungen in bestimmten Bereichen des Fachrechts beitragen.

Dies trifft etwa auf den luftverkehrsrechtlichen Prüfumfang zu<sup>41</sup>. Je weiter der sog. Anlagenschutzbereich um Flugsicherungseinrichtungen gezogen wird, desto häufiger ist eine Prüfung des luftverkehrsrechtlichen Störungsverbots notwendig (§ 18a LuftVG). Eine maßgebliche Verringerung des Schutzbereichs – z. B. von derzeit 15 auf 10 Kilometer – würde die Anzahl der Fälle, in denen dieses Störungsverbot überhaupt zu prüfen wäre, verringern und damit das Genehmigungsverfahren auch von den damit zusammenhängenden langwierigen Beteiligungsverfahren entschlacken.

Daneben könnten verschiedene Konkretisierungen im LuftVG vorgenommen werden (z. B. Änderung des geforderten Störungsmaßstabs, Festlegungen zur Ermittlung und Bewertung einer Störung, Möglichkeit der Sachverständigenbegutachtung etc.).

Auch beim artenschutzrechtlichen Prüfumfang wird eine Verringerung gefordert<sup>42</sup>. Hierbei wäre allerdings zu berücksichtigen, dass diese Vorgaben auf EU-Recht zurückgehen und der Europäische Gerichtshof eine vorherige behördliche Prüfung der artenschutzrechtlichen Vorgaben verlangt<sup>43</sup>. Der Spielraum für eine solche Verringerung des Prüfumfangs könnte hier demnach deutlich geringer sein. Jedenfalls kommen aber auch hier verschiedene gesetzliche Konkretisierungen und weitere Anpassungen in Betracht, um Rechtsunsicherheiten abzubauen. Dies betrifft neben der Frage der Standardisierung im Bereich der artenschutzrechtlichen Verbote vor allem auch die Anforderungen an die Ausnahmeerteilung (§ 45 Abs. 7 BNatSchG)<sup>44</sup>. Hier könnte im Bereich der verschiedenen Ausnahmegründe z. B. der Beitrag der erneuerbaren Energien zur Versorgungssicherheit als Teilbereich der öffentlichen Sicherheit konkretisiert (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG), das allgemeine öffentliche Interesse an der Nutzung der erneuerbaren Energien zur Erreichung der Klimaschutzziele festgelegt (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG) oder das Klima als eigenständiges Umweltmedium beim Ausnahmegrund der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt aufgenommen werden (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG). Zudem könnte eine Konkretisierung und Kodifizierung von Rechtsprechung im Bereich der Alternativenprüfung und Wahrung des Erhaltungszustands vorgenommen oder das behördliche Ermessen eingeschränkt werden.

<sup>39</sup> Siehe zum Ganzen auch bei *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, 2020, S. 6 mit Verweis auf OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 04.09.19 – 11 B 24/16.

<sup>40</sup> Siehe *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, 2020, S. 6.

<sup>41</sup> Eingehend hierzu *Schmidt*, Abbau von luftverkehrsrechtlichen Hemmnissen beim Windenergieausbau – Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten bei der Störung von Flugsicherungseinrichtungen nach § 18a LuftVG, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 51 vom 28.10.2020.

<sup>42</sup> Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 19/25302, S. 8.

<sup>43</sup> Ausdrücklich zum Gebietsschutz EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 120; Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, Leitsatz 3.

<sup>44</sup> Eingehend hierzu *Sailer*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020.

### **VI. Technische und personelle Ausstattung von Behörden und vorrangige Prüfung von EE-Projekten**

Neben Anpassungen im Recht zur Verfahrensbeschleunigung ist auch eine gute technische und vor allem personelle Ausstattung der Behörden eine wichtige Voraussetzung für ein zügiges Verfahren. Die Länder sollten daher auf eine ausreichende Ausstattung ihrer Behörden achten. Hier wäre etwa auch an (zusätzliches) Personal zu denken, das vorrangig für die Bearbeitung von Anträgen von EE-Anlagen zuständig ist. Zudem sollten Genehmigungsanträge von EE-Anlagen und insbesondere von Repowering-Projekten vorrangig geprüft werden, um den EU-Vorgaben hinsichtlich möglichst zügiger Verfahren weitestgehend Rechnung zu tragen.

Kontakt

**Stiftung Umweltenergierecht  
Friedrich-Ebert-Ring 9  
97072 Würzburg**

**T: +49 931 794077-0**

**F: +49 931 7940 77-29**

**[info@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:info@stiftung-umweltenergierecht.de)  
[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)**