

Repowering im Osterpaket

– Ein Überblick über die Regelungen und Ziele –

Dombert-Rechtsanwälte-Forum 30. Windenergietage 2022

Dr. Thorsten Müller

08.11.2022

Agenda

- ▶ Zur Stiftung Umweltenergierecht
- ▶ Die beiden Dimensionen des Repowerings
- ▶ Schritt 1: § 16b BImSchG
- ▶ Die zwei planungsrechtlichen Fallgruppen des Osterpaketes
- ▶ Genehmigungsrechtliche Neuerungen zum Repowering im Osterpaket
- ▶ Ausblick



Zukunftswerkstatt für das Recht der Energiewende

- ▶ Gemeinnütziges, spezialisiertes Forschungsinstitut
- ▶ Leitfrage: Wie muss sich der Rechtsrahmen verändern, damit die energie- und klimapolitischen Ziele erreicht werden?
- ▶ Interdisziplinäre Forschungspartner, enger Austausch mit der Praxis
- ▶ Beratung in Gesetzgebungsprozessen



Zum Recht des Repowerings

Die zwei Dimensionen des Repowerings im Recht

Zulässigkeit von Repoweringvorhaben

**Planungsrechtliche
Zulässigkeit**

**Genehmigungs-
rechtliche
Zulässigkeit**

Ausgangspunkt: § 16b BImSchG 08/2021 – Erleichterungen im Genehmigungsrecht

Bereits seit 2021: § 16b BImSchG (Überblick)

Abs. 1	<ul style="list-style-type: none">• Legaldefinition: Repowering = Modernisierung (siehe Abs. 2)• Änderungsgenehmigungsverfahren• Prüfungsumfang
Abs. 2	Legaldefinition Modernisierung : <ul style="list-style-type: none">• Teilweiser Austausch• Vollständiger Austausch, wenn Errichtung innerhalb v. 24 Monaten und Abstand Neu-/Alt-Anlage max. 2-fach
Abs. 3	Erleichterungen Prüfung Lärmschutz (Delta-Prüfung)
Abs. 4 a. F.	Vorgaben Prüfung Artenschutzrecht (nun in § 45c BNatSchG)
Abs. 4	Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften + Arbeitsschutz unberührt
Abs. 5	Verzicht auf Erörterungstermin (Soll-Vorgabe)
Abs. 6	<ul style="list-style-type: none">• Vereinfachtes Verfahren (§ 19 BImSchG)• Öffentliche Bekanntmachung auf Antrag (→ Start kurzer Rechtsschutz-Frist)

Zulässigkeit von Repoweringvorhaben

**Planungsrechtliche
Zulässigkeit**

**Genehmigungs-
rechtliche
Zulässigkeit**

Repowering und Planungsrecht im Osterpaket

Ausgangslage: Planungsrechtliche Zulässigkeit von Repoweringvorhaben

- ▶ Keine Differenzierung zwischen Neuanlagen und Repowering
- ▶ Zulässigkeit aus Situation der Planung am Standort
 - Standort als Windfläche ausgewiesen
 - Repowering planungsrechtlich möglich
 - Standort außerhalb ausgewiesener Vorranggebiete und abschließende Planung
 - Repowering planungsrechtlich nicht möglich
 - Keine oder keine abschließende Planung
 - Repowering planungsrechtlich durch planersetzende Wirkung der Außenbereichsprivilegierung möglich
- ▶ Möglichkeit des standortverlagernden Repowerings (Verknüpfung zweier Standorte durch Bedingungszusammenhang)

Weiterhin kein grundsätzliches Recht zum Repowering

- ▶ Weiterhin keine Pflicht zur Ausweisung von Altstandorten für Repowering
 - Repoweringbelang unterliegt vielmehr der Abwägung, § 1 Abs. 7 BauGB bzw. § 7 Abs. 2 S. 1 ROG
 - ROG: „Wegplanen“ von Altstandorten bleibt möglich
- ▶ Keine grundlegende Änderung durch Festschreibung des überragenden öffentlichen Interesses & der öffentlichen Sicherheit der Erneuerbaren (§ 2 EEG 2021 n. F.)
 - Zwar abwägungsrelevant
 - Aber nur bedingte Wirkung, soweit Mengenvorgaben des WindBG an anderer Stelle erfüllt
- ▶ Weiterhin im Grundsatz allein maßgeblich: Wie ist die planungsrechtliche Situation?

Die zwei Neuerungen im Osterpaket

(Zwischen-)Lösung I – 2022-2027

**(Befristete Anschluss-)Lösung II
– 2028-2030**

Zweck und Ziele der Neuregelungen

- ▶ Ausgangspunkt: Repoweringvorhaben außerhalb von Windenergiegebieten unzulässig wegen
 - Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (bisher) und
 - Außerkrafttretens der Außenbereichsprivilegierung nach § 249 Abs. 2 BauGB n.F. sowie
 - Regelmäßig fehlende Zulässigkeit als sonstiges Vorhaben
- ▶ Zweck der Neuregelung: Überwindung der planerischen Ausschlusswirkung
 - § 245e Abs. 3 BauGB und § 249 Abs. 3 BauGB überwinden Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bzw. Außerkrafttreten der Außenbereichsprivilegierung bis Ende 2030

→ **Standorte außerhalb der Flächenkulisse werden reaktiviert**

§ 245e Abs. 3 BauGB: (Zwischen-)Lösung I – 2022-2027

Auch während der Übergangszeit bis Ende 2027 kann Repoweringvorhaben i. S. v. § 16b Abs. 1 u. 2 BImSchG die Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen (konzentrierende Wirkung nach bisherigem Regime) nicht entgegengehalten werden

(3) Die in Absatz 1 Satz 1 genannten Rechtswirkungen gemäß § 35 Absatz 3 Satz 3 können Vorhaben im Sinne des § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. September 2021 (BGBl. I S. 4458) geändert worden ist, nicht entgegengehalten werden, es sei denn, die Grundzüge der Planung werden berührt. Dies gilt nicht, wenn das Vorhaben in einem Natura 2000-Gebiet im Sinne des § 7 Absatz 1 Nummer 8 des Bundesnaturschutzgesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3908) geändert worden ist, oder in einem Naturschutzgebiet im Sinne des § 23 des Bundesnaturschutzgesetzes verwirklicht werden soll.“

Allgemeine Grenze der Regelung, um zu verhindern, dass gesetzlich modifizierte Planwerke funktionslos und damit unwirksam werden

Naturschutzfachliche Beschränkung der Regelung:
Herausnahme von Natura 2000-Gebieten und Naturschutzgebieten aus räumlichem Anwendungsbereich der Regelung

Grenze der (Zwischen-)Lösung I: Grundzüge der Planung

- ▶ Äußerst unbestimmter Rechtsbegriff: Risiko, dass (unwillige) Planungsbehörden sehr restriktiv mit Regelung umgehen
- ▶ Maßgaben zur Bestimmung der Grundzüge der Planung:
 - Wille des Gesetzgebers: nicht schon jede Zulassung einer einzelnen Anlage außerhalb von Konzentrationszonen berührt die Grundzüge der Planung
 - Ausnahme, daher nach allgemeinen Grundsätzen eng auszulegen
- ▶ Wünschenswert wäre **Konkretisierung des Begriffs mithilfe von Regelbeispielen**, wann Grundzüge jedenfalls i.d.R. nicht berührt werden, z.B.
 - Repoweringstandorte, die an Windenergiegebiete angrenzen
 - Repoweringstandorte, für die Gründe der Nichtausweisung nachträglich entfallen

Die zwei Fallgruppen des Osterpaketes

(Zwischen-)Lösung I – 2022-2027

- ▶ Bestehende Standorte *plus x*
- ▶ Fehlende Ausweisung im Regional- oder Flächennutzungsplan
- ▶ Nachträgliche Durchbrechung der Ausschlusswirkung
- ▶ Ausnahmen: Natura-2000-Flächen, Naturschutzgebiete und „Grundzüge der Planung“

(Befristete Anschluss-)Lösung II – 2028-2030

§ 249 Abs. 3 BauGB: (Befristete Anschluss-)Lösung II – 2028-2030

Ausweitung der Repoweringregelung des § 245e Abs. 3 BauGB über die Übergangszeit hinaus bis zum 31.12.2030

(3) Die Rechtsfolge des Absatzes 2 gilt bis zum Ablauf des 31. Dezember 2030 nicht für Vorhaben im Sinne des § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. September 2021 (BGBl. I S. 4458) geändert worden ist, es sei denn, das Vorhaben soll in einem Natura 2000-Gebiet im Sinne des § 7 Absatz 1 Nummer 8 des Bundesnaturschutzgesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3908) geändert worden ist, oder in einem Naturschutzgebiet im Sinne des § 23 des Bundesnaturschutzgesetzes verwirklicht werden.

Konzentrierende Wirkung des neuen Planungsregimes, die durch Außerkrafttreten der Außenbereichsprivilegierung außerhalb von Windenergiegebieten erreicht wird

Fortsetzung der naturschutzfachlichen Ausnahme für Natura 2000-Gebiete und Naturschutzgebiete

Die zwei Fallgruppen des Osterpaketes

(Zwischen-)Lösung I – 2022-2027

- ▶ Bestehende Standorte *plus x*
- ▶ Fehlende Ausweisung im Regional- oder Flächennutzungsplan
- ▶ Nachträgliche Durchbrechung der Ausschlusswirkung
- ▶ Ausnahmen: Natura-2000-Flächen, Naturschutzgebiete und „Grundzüge der Planung“

(Befristete Anschluss-)Lösung II – 2028-2030

- ▶ Bestehende Standorte *plus x*
- ▶ Fehlende Ausweisung in neuem Regional- oder Flächennutzungsplan
- ▶ Überwinden der fehlenden Außenbereichsprivilegierung
- ▶ Ausnahmen: Natura-2000-Flächen und Naturschutzgebiete

Problem Repowering und gesetzliche Mindestabstände?

- ▶ Regelung nach § 245e Abs. 3 BauGB greift auf Außenbereichsprivilegierung zurück („Rechtswirkungen des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB (...) können nicht entgegengehalten werden“)
- ▶ Pauschale gesetzliche Mindestabstandsregelungen führen aber gerade zur Entprivilegierung
- ▶ § 245e Abs. 3 BauGB droht in den Ländern leerzulaufen, die von § 249 Abs. 3 BauGB a.F. Gebrauch gemacht haben
- ▶ Mögliche (Teil-)Lösung:
 - § 16b Abs. 2 Nr. 2 BImSchG erlaubt Repoweringvorhaben in bis zu 2H von Altstandort
 - § 245e Abs. 3 BauGB erlaubt im Umkreis von 2H ein „Hinauswandern“ aus dem Bereich des gesetzlichen Mindestabstandes

Zwischenfazit: vorübergehende und begrenzte Suspendierung des Planungsrechts für Repoweringstandorte

- ▶ Neuregelungen im BauGB führen für Repoweringstandorte zu der auch allgemein diskutierten Rechtslage einer umfassenden Außenbereichsprivilegierung im Umkreis von 2H um Altstandorte
- ▶ Die Regelung ist bis 2030 befristet
- ▶ Anwendungsbereich ab 2028 zudem fraglich, weil Planungsträger die Standorte möglicherweise prioritär beplanen
- ▶ Grenzen der Suspendierung bis 2027 über Ausnahmen mit unklarer Reichweite hinsichtlich der Grundzüge der Planung
- ▶ Unterschiedliche Wirkung der Suspendierung wegen unzureichender Abstimmung mit Entprivilegierung durch gesetzliche Mindestabstände

Repowering und Genehmigungsrecht im Osterpaket

Bereits seit 2021: § 16b BImSchG (Überblick)

Abs. 1	<ul style="list-style-type: none">• Legaldefinition: Repowering = Modernisierung (siehe Abs. 2)• Änderungsgenehmigungsverfahren• Prüfungsumfang
Abs. 2	Legaldefinition Modernisierung : <ul style="list-style-type: none">• Teilweiser Austausch• Vollständiger Austausch, wenn Errichtung innerhalb v. 24 Monaten und Abstand Neu-/Alt-Anlage max. 2-fach
Abs. 3	Erleichterungen Prüfung Lärmschutz (Delta-Prüfung)
Abs. 4 a. F.	Vorgaben Prüfung Artenschutzrecht (nun in § 45c BNatSchG)
Abs. 4	Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften + Arbeitsschutz unberührt
Abs. 5	Verzicht auf Erörterungstermin (Soll-Vorgabe)
Abs. 6	<ul style="list-style-type: none">• Vereinfachtes Verfahren (§ 19 BImSchG)• Öffentliche Bekanntmachung auf Antrag (→ Start kurzer Rechtsschutz-Frist)

Neu: § 45c BNatSchG – Sonderregelungen zum Artenschutzrecht und zur Eingriffsregelung

Abs. 1	Anwendungsbereich	> § 16b Abs. 4
Abs. 2	Prüfungsumfang Artenschutzrecht, Delta-Prüfung	> § 16b Abs. 4
Abs. 3	Kompensation Beeinträchtigung Landschaftsbild	= § 16b Abs. 4
Abs. 4	Alternativenprüfung: Standortalternativen	NEU

- ▶ Im Wesentlichen:
Überführung des bisherigen § 16b Abs. 4 BImSchG in das BNatSchG
- ▶ Erweiterung und Ergänzung im Vergleich zu § 16 Abs. 4 BImSchG (insbesondere Punkte, die bislang „nur“ in der dortigen Gesetzesbegründung standen)

§ 45c BNatSchG: Repowering von Windenergieanlagen an Land

► Anwendungsbereich (Abs. 1)

„Die nachfolgenden Absätze gelten für Vorhaben zur Modernisierung von Windenergieanlagen an Land nach **§ 16b Absatz 1 und 2** des Bundes-Immissionsschutzgesetzes. **Abweichend von § 16b Absatz 2 Satz 2** des Bundes-Immissionsschutzgesetzes werden auch neue Windenergieanlagen erfasst, die **innerhalb von 48 Monaten** nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden und der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage höchstens das **Fünffache der Gesamthöhe** der neuen Anlage beträgt.“

- Zunächst Anknüpfung an § 16b BImSchG
- Dann Erweiterung in räumlicher und zeitlicher Hinsicht

§ 16b Abs. 2 BImSchG:
24 Monate
max. **2H** Abstand

§ 45c BNatSchG: Repowering von Windenergieanlagen an Land

► Prüfungsumfang (Abs. 2 S. 1 bis 3)

„Der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung wird durch das Änderungsverfahren nach § 16b Absatz 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes **nicht berührt**. Die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlagen müssen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung **als Vorbelastung berücksichtigt werden**. Dabei sind **insbesondere** folgende Umstände einzubeziehen:

1. die Anzahl, die Höhe, die Rotorfläche, der Rotordurchgang und die planungsrechtliche Zuordnung der Bestandsanlagen,
2. die Lage der Brutplätze kollisionsgefährdeter Arten,
3. die Berücksichtigung der Belange des Artenschutzes zum Zeitpunkt der Genehmigung und
4. die durchgeführten Schutzmaßnahmen.“

Berücksichtigung
Vorbelastung

Konkretisierung
durch nicht
abschließende
Aufzählung
einzubeziehender
Umstände

§ 45c BNatSchG: Repowering von Windenergieanlagen an Land

- ▶ Delta-Ansatz Signifikanz (Abs. 2 S. 4)

„Soweit die Auswirkungen der Neuanlagen unter Berücksichtigung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen **geringer als oder gleich** sind wie die der Bestandsanlagen, **ist davon auszugehen**, dass die **Signifikanzschwelle in der Regel nicht überschritten** ist, **es sei denn**, der Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten.“

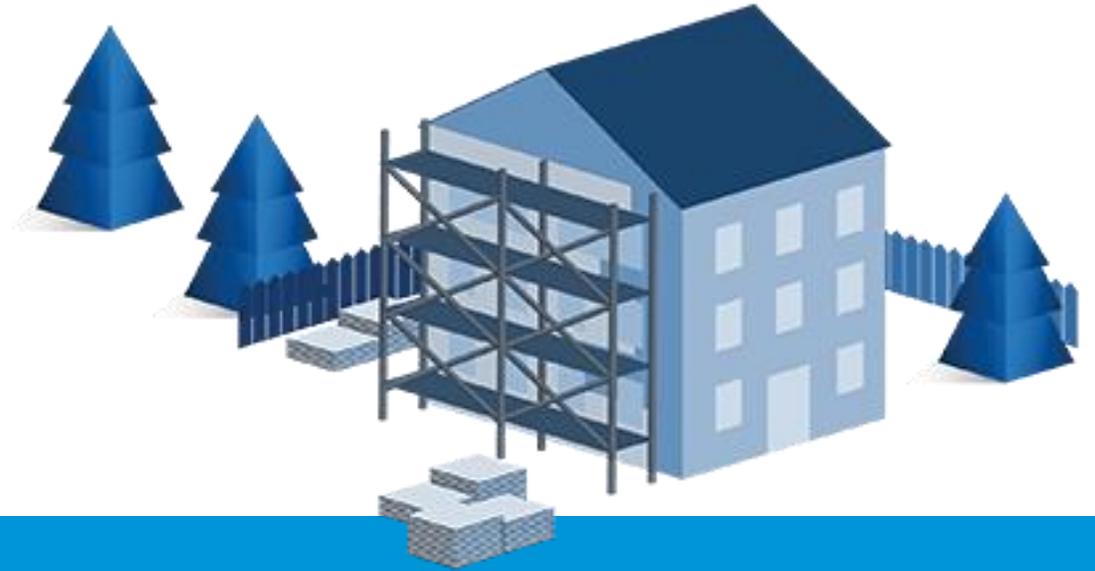


§ 45c BNatSchG: Repowering von Windenergieanlagen an Land

- ▶ Eingriffsregelung: Kompensation Landschaftsbild (Abs. 3)



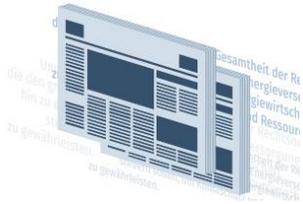
- ▶ Ausnahmeerteilung: Standortalternativen (Abs. 4)
 - Standortalternativen **in der Regel** nicht zumutbar
 - ...es sei denn: Standort in **Natura-2000-Gebiet** mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten (keine näheren Vorgaben an Durchführung Alternativenprüfung, insb. an Alternativen zu stellende Kriterien)



Ausblick

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**

Bleiben Sie auf dem Laufenden



Newsletter

Info | Stiftung Umweltenergierecht informiert periodisch über die aktuellen Entwicklungen



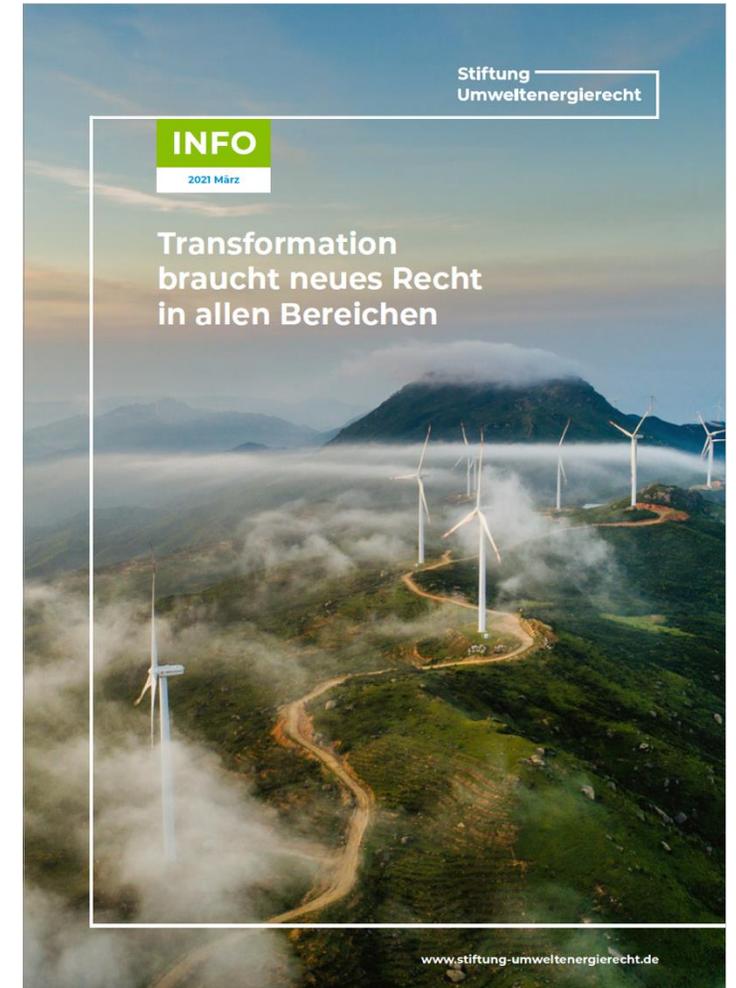
Webseite

www.umweltenergierecht.de als Informationsportal



Social Media

aktuelle Informationen auf Twitter und LinkedIn



Investieren Sie jetzt in
die **Zukunft** des
Klimaschutzrechts!



Kontakt:

Hannah Lallathin
Referentin für Fundraising
lallathin@stiftung-
umweltenergierecht.de

Spendenkonto zum ENERGIEVORRAT

Fürstlich Castell'sche Bank
IBAN: DE88 7903 0001 1000 9938 00
BIC: FUCEDE77

**ENERGIE
VORRAT**

Stiftungsfonds für gutes Klimaschutzrecht

Dr. Thorsten Müller
Vorsitzender des Stiftungsvorstandes
und Wissenschaftlicher Leiter

mueller@stiftung-umweltenergierecht.de

Tel: +49-931-79 40 77-0

Fax: +49-931-79 40 77-29

Twitter: @tmueller_Wue

Friedrich-Ebert-Ring 9 | 97072 Würzburg

www.stiftung-umweltenergierecht.de

Unterstützen Sie unsere Arbeit durch Zustiftungen und Spenden für laufende Forschungsaufgaben.

Spenden: BIC BYLADEM1SWU (Sparkasse Mainfranken Würzburg)
IBAN DE16790500000046743183

Zustiftungen: BIC BYLADEM1SWU (Sparkasse Mainfranken Würzburg)
IBAN DE83790500000046745469