

## Fazit zur Überarbeitung des § 16b BImSchG im Gesetzesentwurf BR-Drs. 201/23 aus Sicht der Behördenpraxis

- § 16b muss grundlegend neu gefasst werden und in die Systematik des BImSchG und des Fachrechts eingepasst werden. Er muss klare Prüfmaßstäbe bieten und konsistente Ergebnisse liefern.
- Anstelle einer Vielzahl von spezifischen Fallregelungen muss einheitlich für § 16 und § 16b der Prüfgegenstand, der Prüfungsumfang und die Prüfmaßstäbe geregelt werden (siehe hierzu separates Dokument mit einer umfassenden Neuformulierung des § 16b BImSchG). Einzelfallregelungen führen immer zu Abgrenzungsschwierigkeiten, Regelungslücken und -widersprüchen sowie ggf. Ungleichbehandlung gleicher oder vergleichbarer Sachverhalte.
- Die Herabsetzung materieller Standards durch Fortsetzung der bestehenden Umweltauswirkungen in Bezug auf Immissionen und Artenschutz ist dem Gesetzgeber (im Rahmen der europa- und verfassungsrechtlichen Grenzen) zwar grundsätzlich möglich, führt jedoch nicht zu einer Beschleunigung oder Prüfungserleichterung, da zum Nachweis, dass die Belastungen nicht höher sind als zuvor, dieselbe bzw. sogar aufwändigere Prüfungen erforderlich sind als nach regulärer Prüfung. Stattdessen wird (nur) eine Reduzierung der Maßnahmenpflichten erreicht. Ein pauschales Herabsetzen materieller Standards für Repowering ist nicht erforderlich, da moderne Anlagen problemlos die materiellen Anforderungen nach aktuellem Standard erfüllen können.
- Soll eine Reduzierung des Prüfungsumfanges und der Prüfaufwandes erreicht werden, muss dieser entsprechend dem explizit geregelten Beispielfall des § 16b Abs. 9 BImSchG (§ 16b Abs. 8 BImSchG in der bestehenden Fassung) als allgemeine Regel formuliert werden, nach der nur die Genehmigungsvoraussetzungen zu prüfen sind, die durch die beabsichtigte Änderung überhaupt berührt sein können. Mit dieser Formulierung sind zudem alle Genehmigungsanforderungen erfasst, auch die, die sich nicht in Form von „Auswirkungen“ darstellen. Dies entspricht dem Prüfgrundsatz des § 16 BImSchG.
- Die Sonderregelungen des § 245e Abs. 3 und § 249 Abs. 3 BauGB zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Repowering außerhalb von Windenergiegebieten sollten im Zusammenspiel mit der sehr weitgehenden Repoweringdefinition dahingehend überprüft werden, ob das Entstehen großer Windparks aus einer Einzel-WEA außerhalb von Windenergiegebieten tatsächlich (in diesem Ausmaß) gewollt ist.

### „§ 16b Repowering von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien

(1) Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), sind im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nur Anforderungen zu prüfen, soweit durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden, die für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 erheblich sein können. Die zuständige Behörde beteiligt die Fachbehörde, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird, entsprechend § 10 Absatz 5. Zustimmungserfordernisse nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften bleiben unberührt. Auf Antrag des Vorhabenträgers ist abweichend von dieser Vorschrift das Genehmigungsverfahren nach § 10 oder das vereinfachte Verfahren nach § 19 durchzuführen.

- Diese Formulierung passt nur auf Genehmigungsvoraussetzungen, die sich in Form von „Auswirkungen“ darstellen lassen, also insbesondere Umweltauswirkungen oder andere Auswirkungen auf Dritte. Für alle anderen Genehmigungsvoraussetzungen gibt § 16b Abs. 1 keinen Prüfmaßstab und er bleibt offen, wie diese Genehmigungsvoraussetzungen zu prüfen sind. Dies betrifft insbesondere die technische Ausrüstung der WEA, den Stand der Technik nach BImSchG u.a. Umweltrecht, die Anforderungen des Bauordnungs- und Produktsicherheitsrechts sowie bauplanungsrechtlich Zulässigkeit.
- Nach bisheriger Auslegung des Prüfungsumfanges bei Änderungsgenehmigungen liegen nachteilige Auswirkungen auch dann vor, wenn bestehende Umweltbelastungen oberhalb der Erheblichkeitsschwelle unverändert fortgesetzt werden sollen. Dies ergibt sich auch bereits aus dem Institut der sog. „Verbesserungsgenehmigung“, welche bei Zulässigkeit der Fortsetzung bestehender (Umwelt-)Belastungen obsolet wäre. Zudem hinge der Schutz der betroffenen Dritten oder Schutzgüter bei unterstellter Zulässigkeit der Fortsetzung von Umweltbelastungen oberhalb der Erheblichkeitsschwelle davon ab, ob die Behörde gegen die bestehende Anlage im Rahmen ihrer Überwachung vorgegangen ist oder nicht bzw. dies ggf. in nicht sachgerechter Weise unterlassen hat.
- Davon zu unterscheiden ist, ob durch die Änderung überhaupt bestimmte Genehmigungsvoraussetzungen berührt sein können oder nicht. Hierdurch kann der Prüfungsumfang und damit auch der Prüfaufwand unmittelbar und unabhängig vom Umfang der bestehenden Auswirkungen beschränkt werden
- zur gesamten Thematik des Prüfgegenstandes und des Prüfungsumfanges siehe ausführlich Windenergie-Handbuch, 19. Ausgabe S. 17 - 30 sowie Vorschlag zu einer grundlegenden Neufassung des § 16b BImSchG im separaten Dokument)

Dass auch im Rahmen von Änderungsgenehmigungen verwaltungsinterne Zustimmungen erforderlich sind, ist selbstredend. Mit dieser Einfügung wird verunkelt, ob die „Unberührtheit“ nur eine verfahrensrechtliche Klarstellung der Einholung der Zustimmung ist, oder aber ob der Prüfmaßstab des Satz 1 nicht gelten soll. Falls letzteres gemeint ist, wäre unklar, welche Prüfmaßstab stattdessen gelten soll. Auch diese Regelungslücke muss durch eine grundlegende, umfassende Neuregelung des § 16b bzw. des § 16 BImSchG geschlossen werden.

Der Verweis auf §§ 10, 19 ist systematisch falsch, da dort die Verfahrensart, nicht die Genehmigungsart geregelt ist. Gemeint ist wahrscheinlich, dass der Antragsteller optional ein Neugenehmigungsverfahren nach § 4 BImSchG beantragen kann. Mit einer solchen Option bringt der Gesetzgeber allerdings sein eigenes fehlendes Vertrauen in die Rechtmäßigkeit von Genehmigungen nach § 16b BImSchG in dem hier dargelegten Rahmen zum Ausdruck. Dies indiziert, dass eine umfassende Neuregelung und Rechtsbereinigung des § 16b BImSchG (sowie des Instituts der Änderungsgenehmigung insgesamt) erforderlich ist, um Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu schaffen.

§ 16b BImSchG dient der Umsetzung der REDII. Somit muss der Begriff „Repowering“ identisch sein mit dem der REDII. Dies hat auch die LAI in ihren Hinweisen zu § 16b BImSchG klargestellt und deshalb eine entsprechende Auslegung des nicht identischen Wortlauts des § 16b Abs. 2 auf den weiter gefassten Repoweringbegriff der REDII als erforderlich angesehen. Zur Rechtsklarheit ist es deshalb notwendig, die Definition auch im Gesetzestext auf den Wortlaut der REDII anzupassen: „Repowering ist 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.“

(2) Das Repowering 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, unabhängig vom Umfang der baulichen Größenunterschiede, der Leistungssteigerungen oder der Veränderungen der Anlagenanzahl im Verhältnis zur Bestandsanlage. Bei einem vollständigen Austausch der Anlage sind zusätzlich zu den in Absatz 1 genannten Anforderungen folgende Anforderungen einzuhalten:

1. die neue Anlage wird innerhalb von 48 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet und
2. der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage beträgt höchstens das Fünffache der Gesamthöhe der neuen Anlage.

Die Genehmigungsbehörde kann auf Antrag des Vorhabenträgers die Frist nach Nummer 1 aus wichtigem Grund verlängern, wenn hierdurch der Zweck des Gesetzes nicht gefährdet wird.

- Der Begriff des Repowerings geht nicht nur qualitativ über das bisherige Verständnis des Repowerings (=Ersatz von Altanlagen durch leistungs- und ertragsstarke Neuanlagen) hinaus, sondern auch quantitativ über den Begriff der Änderung. Derartig große quantitative Erweiterungen und Standortänderungen sind nach regulärem Verständnis Neugenehmigungen. Es ist aber unerheblich und daher wenig zielführend, die Begriffsdefinition derart auszuweiten, da in diesen Fällen die unter Abs. 1 (und auch Abs. 4) skizzierte Deltaprüfung sowieso keinen Sinn macht und sowieso faktisch der Prüfung einer Neugenehmigung entspricht. Denn durch die Standortverschiebung sind völlig andere Schutzgüter (nachteilig) betroffen als am ursprünglichen Standort, ebenso wird bei einer großen quantitativen Erweiterung immer eine Erhöhung der Umweltauswirkungen gegeben sein.
- **Achtung:** Von großer Relevanz ist die Erhöhung auf einen Abstand von 5H sowie eine unbegrenzte Zahl von Anlagen für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Repowerings außerhalb von Windenergiegebieten nach § 245e Abs. 3 und § 249 Abs. 3 BauGB. **Aus einer alten 80 kW WEA kann so ein Windpark mit 5 und mehr WEA bei der bisherigen 2H-Regelung bzw. ein Windpark mit 14 und mehr WEA außerhalb von Windenergiegebieten entstehen**, weil im Umkreis der Alt-WEA von 2H bzw. 5H ohne weiteres eine solche Zahl von WEA untergebracht werden kann. Nach § 245e BauGB kann eine solche Entwicklung zwar noch mit dem Verweis auf die Verletzung der Grundzüge der Planung abgelehnt werden, was jedoch nach Inkrafttreten der Pläne nach neuem Recht nach § 249 Abs. 3 BauGB nicht mehr möglich ist. **Es sollte also unbedingt überdacht werden, ob diese Konsequenz tatsächlich so gewollt ist!**

Diese beiden Passagen sollen einen zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Bestand der Altanlage und der Errichtung der Neuanlage herstellen, damit die Neuanlage noch als „Änderung“ der Altanlage angesehen werden kann. Ein solcher Zusammenhang ist allerdings bereits durch die Systematik des BImSchG-Verfahrensrechts gewährleistet. Die Erteilung einer Änderungsgenehmigung setzt voraus, dass die Grundgenehmigung zum Zeitpunkt der Erteilung der Änderungsgenehmigung noch besteht und nicht nach § 15 Abs. 3 oder § 18 BImSchG erloschen ist. Somit entfällt eine Deklaration einer Neuanlage als Repowering einer Altanlage spätestens nach dreijährigem Nichtbetreiben (bzw. Rückbau) der Altanlage. Ebenso wird eine erteilte Änderungsgenehmigung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 BImSchG befristet, was die Errichtung innerhalb eines bestimmten Zeitraums (mit Verlängerungsoption) sichert. Eine zusätzliche Regelung eines zeitlichen Zusammenhangs ist daher nicht erforderlich und führt nur zu Regelungskonflikten mit der v.g. Systematik der Gültigkeit von Genehmigungen, welche auch unabhängig von § 16b Abs. 2 Nr. 1 immer einzuhalten sind. § 16b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Satz 3 sollten daher gestrichen werden.

(3) Wird eine Anlage modernisiert, die nach einem anderen Fachgesetz als dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt wurde und gilt die Genehmigung nach § 67 oder § 67a als immissionsschutzrechtliche Genehmigung fort, ist § 16b anzuwenden.

- Dies ist bereits bestehende Rechtslage und jedem mit Grundkenntnissen des BImSchG bekannt. Zur Vermeidung der Überfüllung des Gesetzes mit Mehrfachregelungen und Erklärungstexten sollte der Absatz gestrichen werden.
- Hinsichtlich des offensichtlich bestehenden Bedarfs an Erläuterungen der Grundsystematik des BImSchG und Hilfestellung bei der Verknüpfung verschiedener Regelungen wird auf die Möglichkeit der Erstellung von Verwaltungsvorschriften verwiesen.

(4) Die Genehmigung einer Windenergieanlage im Rahmen eines Repowering nach Absatz 2 darf nicht versagt werden, wenn während und nach dem Repowering nicht alle Immissionsrichtwerte der technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm eingehalten werden, wenn aber

3. der Immissionsbeitrag der Windenergieanlagen nach dem Repowering absolut niedriger ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlage und
4. die Windenergieanlage dem Stand der Technik entspricht.

Hier sollte auch der Plural gewählt werden und damit klargestellt werden, dass der summarische Immissionsbeitrag vor dem Repowering mit dem summarischen Immissionsbeitrag nach dem Repowering verglichen wird und somit keine 1:1 Zuordnung von Anlagenpaaren erforderlich ist, was bei einem Repowering mit Veränderung der Anlagenzahl auch gar nicht möglich wäre. Durch den Vergleich der summarischen Immissionsbeiträge kann zudem eine wirtschaftlich-akustische Optimierung der WEA-Gruppe vorgenommen werden.

**Achtung:** Hier sollte man sich bewusst sein, dass auf Grund des weiten Repoweringbegriffs des Abs. 2 / REDII nicht nur der Ersatz von Altanlagen durch Neuanlagen erfasst ist. Will man die Sonderregelung auf das Repowering im engeren Sinne (= Ersatz von Altanlagen durch leistungs- und ertragsstärkere Neuanlagen) beschränken, muss eine entsprechende einschränkende Formulierung gewählt werden.

- Das Wort „absolut“ ist nicht legaldefiniert. Die beiden mathematischen Bedeutungen des Begriffs „absolut“ (Betrag einer Zahl oder als Unterscheidung zwischen einer relativen und einer absoluten Häufigkeitsangabe) sind hier ebenfalls offensichtlich unzutreffend. Der Wortlaut und damit die Regelungsabsicht ist also unklar.
- In der Gesetzesbegründung wird ausgesagt, dass der Immissionsbeitrag nach dem Repowering nicht gerundet werden soll. Dies ist einerseits unmöglich, da sich als Ergebnis der Schallausbreitungsrechnung stets ein Wert mit potenziell unendlich vielen Stellen ergibt, also zwingend gerundet werden muss; es müsste daher angegeben werden, auf welche Stelle nach welcher Regel (ggf. abweichend vom üblichen Vorgehen) gerundet werden soll. Andererseits führt es natürlich zu widersinnigen Ergebnissen, wenn nur der Immissionsbeitrag nach dem Repowering nicht gerundet wird, aber der Immissionsbeitrag vor dem Repowering nach wie vor wie üblich gerundet wird.
- Sollte mit der Regelung gemeint sein, dass eine Minderung um 0,1 dB(A) oder weniger ausreicht, dann entspricht dies faktisch einer Fortsetzung des bestehenden Immissionsbeitrags, da ein Unterschied von 0,1 dB(A) sehr deutlich unter der Wahrnehmungsmöglichkeit des Menschen liegt und sich schon allein aus rechnerischen Ungenauigkeiten ergeben kann.
- **Beabsichtigt der Gesetzgeber tatsächlich, dass eine Immissionsrichtwertüberschreitung egal welcher Höhe und ein Immissionsbeitrag dazu egal welcher Höhe im Rahmen des Repowerings fortgesetzt dauerhaft zulässig sein soll, so muss er dies explizit und zweifelsfrei im Gesetzestext regeln, denn nur so sind entsprechend erteilte Genehmigungen bei einer Klage des von der Richtwertüberschreitung betroffenen Nachbarn rechtssicher.**
- Unabhängig davon kann eine Regelung, die sich auf die unveränderte Fortsetzung (oder auf geringfügige Minderung um 0,1 oder 1 dB(A)) bezieht, grundsätzlich nicht rechtssicher ausgeführt werden. Gerade die alten oder sehr alten WEA, die heute zum Repowering anstehen, haben keine oder nur unklare, mit dem heutigen Bewertungssystem nur begrenzt kompatible Festlegungen zur Schallemission (oder Immission) in ihren Genehmigungsbescheiden. Die Bestimmung des Immissionsbeitrags (und damit auch der Immissionsrichtwertüberschreitung) derartiger Altanlagen war und ist häufig Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. **Wird der Immissionsbeitrag fehlerhaft zu hoch bestimmt und eine Fortsetzung (oder darauf bezogene Minderung um 0,1 oder 1 dB(A)) zugelassen, ist die Genehmigung rechtswidrig.**
- Eine unverändert hohe Fortsetzung einer Richtwertüberschreitung hebt die bisherige Erwartung, dass im Zuge des Repowerings bestehende Richtwertüberschreitungen behoben werden, auf, so dass Behörden ggf. dazu veranlasst sind, gegen bestehende Richtwertüberschreitungen von Altanlagen mit nachträglichen Anordnungen vorzugehen.
- Schließlich sollte bedacht werden, dass es durch die Gewährung einer (faktisch) unveränderten Fortsetzung einer Richtwertüberschreitung für das Repowering nach Abs. 2 einerseits zu einer Ungleichbehandlung mit Repoweringvorhaben, die formal nicht unter Abs. 2 fallen, sowie zu einer Behinderung der Erweiterung von derartigen Windparks auf Grund der Richtwertüberschreitung kommen kann.
- Die Forderung eines materiell definierten, angemessenen Minderungsbeitrags mit Bezug auf die Höhe der Richtwertüberschreitung ist sowohl eine den Schutzziele des BImSchG als auch den Ausbauzielen der Windenergie entsprechende, rechtssichere und klare Lösung (siehe hierzu separates Dokument mit einem Formulierungsvorschlag für § 16b sowie ausführlich zur Lärmsanierung durch Repowering Windenergie-Handbuch, 19. Ausgabe, S. 162 ff)

(5) Absatz 1 gilt nicht für die Prüfung des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, der Belange des Arbeitsschutzes und des Rechts der Natura2000-Gebiete. § 45c des Bundesnaturschutzgesetzes ist anzuwenden.

Hier stellen sich zwei Fragen:

- 1.) Warum werden diese Genehmigungsvoraussetzungen anders behandelt? Womit ließe sich eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen?
- 2.) Wie sollen diese Genehmigungsvoraussetzungen stattdessen geprüft werden?

Da § 16b als eine Spezialregelung zu § 16 BlmSchG anzusehen ist, ist hierzu auf § 16 zurückzugreifen. Dies gilt ebenfalls für die Regelungslücken der Prüfung nach Abs. 1, so dass die Differenzierung zwischen Abs. 1 und Abs. 5 sowieso weitgehend ins Leere geht.

(6) Auf einen Erörterungstermin soll verzichtet werden, wenn nicht der Antragsteller diesen beantragt.

Diese Sonderregelung wird nur in wenigen Fällen zur Anwendung einer vereinfachten Genehmigungsverfahren statt eines förmlichen Genehmigungsverfahrens auf Grund der veränderten Zählweise der Anlagen führen. Die Entscheidung über die Verfahrensart wird bei WEA durch die Durchführung einer UVP bestimmt, die von der Sonderregelung unberührt bleibt. Dies führt zu einem Auseinanderfallen der Prüfung nach BlmSchG und UVP. Mit § 16 Abs. 2 BlmSchG besteht bereits eine Regelung zum Entfallen der Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen von Änderungsgenehmigungen von Anlagen, die im Anhang der 4. BlmSchV mit dem Buchstaben „G“ gekennzeichnet sind. Eine weitere Sonderregelung führt zu Komplexität und Fehleranfälligkeit und steht in keinem Verhältnis zur höchstens marginalen Vereinfachung in wenigen Fällen.

(7) § 19 findet auf Änderungsgenehmigungsverfahren im Sinne von Absatz 1 von bis zu 19 Windenergieanlagen Anwendung. § 2 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen bleibt unberührt. Im vereinfachten Verfahren ist die Genehmigung auf Antrag des Trägers des Vorhabens öffentlich bekannt zu machen. In diesem Fall gilt § 10 Absatz 8 Satz 2 bis 6 entsprechend.

Diese Sätze sollten aus Gründen der Rechtsklarheit an dieser Stelle gestrichen werden, da diese Regelung mit dieser Gesetzesnovelle generell in § 19 BlmSchG für alle Anlagen- und Genehmigungsarten getroffen wird.

(8) Werden bei einer genehmigten Windenergieanlage vor der Errichtung Änderungen am Anlagentyp vorgenommen oder wird er gewechselt, müssen im Rahmen des Änderungsgenehmigungsverfahrens nur dann Anforderungen geprüft werden, soweit durch die Änderung des Anlagentyps im Verhältnis zur genehmigten Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden und diese für die Prüfung nach § 6 erheblich sein können. Die Absätze 6 und 7 sind entsprechend anzuwenden.

- Bei dem inhaltlich unveränderten Abs. 8 bleibt weiterhin kaum zu begründen, warum ein und dieselbe Änderung anders zu prüfen sein soll in Abhängigkeit davon, ob sie vor oder nach Errichtung der WEA durchgeführt wird. Ebenso bleibt die Frage offen, ob Standortverschiebungen, wie sie oftmals im Zuge eines Typwechsels erforderlich sind, mit abgedeckt sind oder aber die Anwendung des Abs. 8 hindern.
- In der gemeinsamen Betrachtung der Abs. 2, 8 und 9 wird die Angrenzungsproblematik und damit die Frage der (Un-)Gleichbehandlung gleicher oder vergleichbarer Sachverhalte deutlich. Viele Änderungen fallen unter die Definition mehrere Absätze, manche unter keine, so dass sich die Frage stellt, welcher Prüfmaßstab anzuwenden ist, sofern die Absätze denn überhaupt unterschiedliche Prüfmaßstäbe nach sich ziehen, und wenn ja, wodurch eine solche unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt wäre.

(9) Wird die Leistung einer Windenergieanlage an Land ohne bauliche Veränderungen oder ohne den Austausch von Teilen und ohne eine Änderung der genehmigten Betriebszeiten erhöht, sind schädlichen ausschließlich die Standsicherheit sowie die Umwelteinwirkungen durch Geräusche und nachteilige Auswirkungen durch Turbulenzen zu prüfen. Die Absätze 6 und 7 sind entsprechend anzuwenden.“

Auch dieser Absatz wurde inhaltlich nicht angepasst und damit die Chance einer Korrektur verpasst. Zunächst müssen die beiden Bedingungen „ohne bauliche Veränderungen“ und „ohne den Austausch von Teilen“ mit einem „und“ verknüpft werden, denn die Regelung soll offensichtlich nur dann gelten, wenn weder bauliche Veränderungen noch ein Tausch von Teilen stattfindet. Zudem wird nur auf eine Leistungserhöhung abgehoben, so dass eine reine Steigerung des Stromertrags nicht erfasst ist.