



**Niedersächsisches Ministerium  
für Umwelt, Energie, Bauen  
und Klimaschutz**

Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz  
Postfach 41 07, 30041 Hannover

An die Landkreise, kreisfreien Städte und großen  
selbständigen Städte als Genehmigungsbehörden  
nach Nr. 8.1 a) der Anlage zur  
ZustVO-Umwelt-Arbeitsschutz  
und als untere Wasserbehörden,

den NLWKN sowie  
die Staatlichen Gewerbeaufsichtsämter

nachrichtlich: an die AGKSV (über den NSGB)

Bearbeitet von

Dr. Jan Carl Lüers

Dr. Jan Christoph Weise

E-Mail-Adresse:

[jancarl.lueers@mu.niedersachsen.de](mailto:jancarl.lueers@mu.niedersachsen.de)

[janchristoph.weise@mu.niedersachsen.de](mailto:janchristoph.weise@mu.niedersachsen.de)

**- nur per E-Mail -**

Ihr Zeichen, ihre Nachricht vom

Mein Zeichen (Bei Antwort angeben)

Durchwahl

Hannover

Ref16-29211/1/200-0001-003

(0511) 120-3459

01.02.2022

**Erste Vollzugshinweise zu § 10 Abs. 5, 5a und § 16b BImSchG in Bezug auf Wind-  
energieanlagen sowie zu den §§ 11a, 38, 52, 70 und 78 und 108 WHG**

Am 31.08.2021 ist das „Gesetz 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 vom 18. August 2021 (BGBl. I, 3901)“ in Kraft getreten. Es dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (sog. RED II).

Geändert hat der Bund durch sein Gesetz u. a. das BImSchG. § 10 wurde um zusätzliche Regelungen zum Genehmigungsverfahren ergänzt und ein § 16b BImSchG wurde neu aufgenommen. § 16b BImSchG enthält Regelungen zur Modernisierung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien (Repowering). Die neuen Bestimmungen

werfen zahlreiche Anwendungsfragen auf, insbesondere im Hinblick auf Windenergieanlagen, die durch neue Anlagen vollständig ersetzt werden sollen.

Überdies hat der Gesetzgeber Vorschriften des WHG (§§ 11a sowie 108) sowie des WaStrG (§ 31) geändert bzw. neu eingeführt.

Hinweise zur Auslegung der neu geschaffenen Regelungen ergeben sich bereits aus der Gesetzesbegründung (Gesetzentwurf der Bundesregierung: BT-Drs. 19/27672 bzw. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit: BT-Drs. 19/30954). Darüber hinaus erarbeiten die Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften Immissionsschutz (LAI) und Naturschutz (LANA) derzeit Vollzugshinweise zu den neu geschaffenen Regelungen im BImSchG.

Um bereits jetzt die Rechtssicherheit bei der Anwendung der neuen gesetzlichen Bestimmungen zu erhöhen, stellt das Niedersächsische Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz die folgenden ersten Vollzugshinweise bereit. Sie beschränken sich, soweit sie neue gesetzliche Regelungen des BImSchG betreffen, auf den Bereich der Windenergieanlagen an Land. Andere dem Anwendungsbereich des BImSchG unterworfenen Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien werden von diesem Erlass nicht adressiert.

Es ist beabsichtigt, die Vollzugshinweise bei Bedarf fortzuschreiben.

Im Auftrage



Dr. Jan Christoph Weise  
Ministerialrat

#### Anlagen:

- Erste Vollzugshinweise zu § 10 Abs. 5, 5a und § 16b BImSchG in Bezug auf Windenergieanlagen sowie zu den §§ 11a 38, 52, 70 und 78 und 108 WHG
- Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 19/27672) sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BT-Drs. 19/30954)
- Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen

Anlage

1. Februar 2022

**Erste Vollzugshinweise zu**

**§ 10 Absätze 5 und 5a und § 16b BImSchG in Bezug auf Windenergieanlagen sowie zu den §§ 11a, 38, 52, 70 und 78 und 108 WHG**

**Inhaltsübersicht**

A.	Zu § 10 Absatz 5 und Absatz 5a BImSchG .....	4
I.	Zu § 10 Abs. 5 BImSchG .....	4
II.	Zu § 10 Abs. 5a BImSchG .....	6
B.	Zu § 16b BImSchG .....	8
I.	Zu § 16b Abs. 1 BImSchG .....	8
II.	Zu § 16b Abs. 2 BImSchG .....	11
III.	Zu § 16b Abs. 3 BImSchG .....	12
IV.	Zu § 16b Abs. 4 BImSchG.....	13
V.	Zu § 16b Abs. 5, 6 und 7 BImSchG.....	17
C.	Zu § 11a WHG.....	19
D.	Zu §§ 38, 52, 70 und 78 WHG.....	23
E.	Zu § 108 WHG.....	24

## A. Zu § 10 Absatz 5 und Absatz 5a BImSchG

### I. Zu § 10 Abs. 5 BImSchG

#### Normtext:

(5) <sup>1</sup>Die für die Erteilung der Genehmigung zuständige Behörde (Genehmigungsbehörde) holt die Stellungnahmen der Behörden ein, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird. <sup>2</sup>Hat eine zu beteiligende Behörde bei einem Verfahren zur Genehmigung einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien innerhalb einer Frist von einem Monat keine Stellungnahme abgegeben, so ist davon auszugehen, dass die beteiligte Behörde sich nicht äußern will. <sup>3</sup>Die zuständige Behörde hat die Entscheidung in diesem Fall auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen. <sup>4</sup>Soweit für das Vorhaben selbst oder für weitere damit unmittelbar in einem räumlichen oder betrieblichen Zusammenhang stehende Vorhaben, die Auswirkungen auf die Umwelt haben können und die für die Genehmigung Bedeutung haben, eine Zulassung nach anderen Gesetzen vorgeschrieben ist, hat die Genehmigungsbehörde eine vollständige Koordinierung der Zulassungsverfahren sowie der Inhalts- und Nebenbestimmungen sicherzustellen.

#### Vollzugshinweise:

##### 1. Anwendungsbereich des § 10 Abs. 5 BImSchG

§ 10 Abs. 5 Satz 2 und 3 BImSchG finden nur Anwendung auf Anlagen zur Nutzung „erneuerbarer Energien“ i.S.d. Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2018/2001 (EU-Richtlinie „RED-II“). Der Begriff „Erneuerbare Energie“ umfasst danach „Energie aus erneuerbaren, nichtfossilen Energiequellen, das heißt Wind, Sonne (Solarthermie und Photovoltaik), geothermische Energie, Umgebungsenergie, Gezeiten-, Wellen- und sonstige Meeresenergie, Wasserkraft, und Energie aus Biomasse, Deponiegas, Klärgas und Biogas“.

Dass § 10 Abs. 5 Satz 2 und 3 BImSchG nicht ausdrücklich auf die RED II verweist, stellt nach hiesiger Einschätzung ein redaktionelles Versehen dar und ändert nichts daran, dass die Begriffsbestimmung aus der RED II maßgeblich ist.

##### 2. Zu § 10 Abs. 5 Satz 2 BImSchG

Die Regelung ändert die Rechtslage nicht. Der Regelungsgehalt des § 10 Abs. 5 Satz 2 BImSchG entspricht § 11 Satz 3 9. BImSchV.

### 3. Zu § 10 Abs. 5 Satz 3 BImSchG

Das Auslösen der Rechtsfolge des § 10 Abs. 5 Satz 3 BImSchG setzt zwingend einen Antrag des Vorhabenträgers voraus.

Liegt der Antrag vor und hat eine zu beteiligende Behörde keine fristgemäße Stellungnahme abgegeben, tritt die Rechtsfolge des Satzes 3 ein:

Danach ist für diejenigen Fragestellungen, zu welchen die ausgebliebene Stellungnahme angefordert wurden, auf Grundlage der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Fristablaufs zu entscheiden. Mit anderen Worten: Es ist für einen Gegenstand der Prüfung (eine Genehmigungsvoraussetzung) im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung auf einen früheren Zeitpunkt (Fristablauf) abzustellen. Dabei wird in Kauf genommen, dass insbesondere der Sachstand (z.B. Ansiedlung eines Rotmilans) oder die Rechtslage überholt und damit zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht (mehr) zutreffend ist.

Nicht vorgezogen wird der Zeitpunkt für die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen oder die Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit insgesamt. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Regelung („in diesem Falle“). Auch ist eine konkrete Entscheidung zu der jeweiligen Fragestellung (z.B. Artenschutzrecht) nicht unmittelbar nach Ablauf der Frist zu treffen. Die Entscheidung über einen etwaigen Teilaspekt ist vielmehr im Rahmen der abschließenden Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit zu treffen, allerdings auf Grundlage der vorverlegten Sach- und Rechtslage.

Die Regelung des § 10 Abs. 5 Satz 3 BImSchG ist geeignet, im Ergebnis Widersprüche zu umweltrechtlichen Vorgaben des EU-Sekundärrechts (FFH-RL und VS-RL) zu bewirken. Es ist daher absehbar, dass Genehmigungen mit dem Argument angegriffen werden, § 10 Abs. 5 Satz 3 BImSchG hätte aus Gründen der Effektivität des Unionsrechts nicht angewendet werden dürfen. Der Vorhabenträger sollte auf diese rechtliche Unsicherheit hingewiesen werden, sofern er beabsichtigt, einen Antrag nach § 10 Abs. 5 Satz 3 BImSchG zu stellen.

## II. Zu § 10 Abs. 5a BImSchG

### Normtext:

*(5a) 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.*

*2. Die einheitliche Stelle nach Nummer 1 stellt ein Verfahrenshandbuch für Träger von Vorhaben bereit und macht diese Informationen auch im Internet zugänglich. Dabei geht sie gesondert auch auf kleinere Vorhaben und Vorhaben zur Eigenversorgung mit Elektrizität ein, soweit sich das Genehmigungserfordernis nach § 1 Absatz 2 der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen darauf erstreckt. In den im Internet veröffentlichten Informationen weist die einheitliche Stelle auch darauf hin, für welche Vorhaben sie zuständig ist und welche weiteren einheitlichen Stellen im jeweiligen Land für Vorhaben nach Satz 1 zuständig sind.*

*3. Die zuständige und die zu beteiligenden Behörden sollen die zur Prüfung des Antrags zusätzlich erforderlichen Unterlagen in einer einmaligen Mitteilung an den Antragsteller zusammenfassen. Nach Eingang der vollständigen Antragsunterlagen erstellt die Genehmigungsbehörde einen Zeitplan für das weitere Verfahren und teilt diesen Zeitplan in den Fällen der Nummer 1 der einheitlichen Stelle, andernfalls dem Antragsteller mit.*

### Vollzugshinweise:

#### 1. Zu § 10 Abs. 5a Nr. 1 BImSchG

Die Abwicklung über eine einheitliche Stelle folgt den Regelungen des § 1 Abs. 1 NVwVfG i. V. m. §§ 71a ff. VwVfG.

Wer einheitliche Stelle in Niedersachsen ist, richtet sich nach § 1 Abs. 1 des Niedersächsischen Gesetzes über Einheitliche Ansprechpartner vom 16. Dezember 2009 (NEAG), (Nds. GVBl. S. 481)) sowie der nach § 1 Abs. 4 NEAG ergangenen Rechtsverordnung (Niedersächsische Verordnung zur Abwicklung von Verwaltungsverfahren zur Ausführung von Bundesrecht über eine einheitliche Stelle und über Bearbeitungsfristen (NeSVO) vom 12. Oktober 2010 (Nds. GVBl. 497), zuletzt geändert durch Verordnung vom 27.08.2014 (Nds. GVBl. S. 246)).

Danach besteht zurzeit noch eine Zuständigkeit der Landkreise, der kreisfreien Städte und der großen selbständigen Städte sowie des Niedersächsischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung. Es ist geplant, die NeSVO zeitnah mit dem Ziel zu überarbeiten, dass einheitliche Stelle für die in § 10 Abs. 5a BImSchG beschriebenen Aufgaben lediglich die jeweilige Genehmigungsbehörde ist.

## 2. Zu § 10 Abs. 5a Nr. 2 BImSchG

Bezüglich der Pflicht der einheitlichen Stelle, ein Verfahrenshandbuch bereitzustellen, wird MU im Nachgang zu diesem Erlass gesonderte Hinweise zur Verfügung stellen.

## 3. Zu § 10 Abs. 5a Nr. 3 BImSchG

Die Genehmigungsbehörde und die zu beteiligenden Behörden sollen in einer einmaligen Mitteilung an den Vorhabenträger zusammenfassen, welche erforderlichen Unterlagen von diesem noch zur Prüfung der Genehmigungsfähigkeit beizubringen sind. Dies führt in der Konsequenz dazu, dass die Genehmigungsbehörde mit sich bereits abzeichnenden Nachforderungen warten soll, bis alle beteiligten Behörden sich gemeldet haben, um dem Vorhabenträger gegenüber eine einmalige zusammenfassende Mitteilung machen zu können.

Es kann jedoch Fälle geben, in denen der Vorhabenträger bereits einige Unterlagen vorab erstellen oder deren Erstellung in Auftrag geben könnte. Das Abwarten auf eine einmalige zusammenfassende Mitteilung könnte dann zu Verzögerungen führen und wäre damit kontraproduktiv. In solchen atypischen Fällen kann von Nr. 3 abgewichen werden, da es sich um eine „Sollvorschrift“ handelt.

Die Mitteilung über den zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens ist bereits bestehende Rechtslage, siehe § 7 Abs. 2 der 9. BImSchV.

## B. Zu § 16b BImSchG

### I. Zu § 16b Abs. 1 BImSchG

#### Normtext:

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

#### Vollzugshinweise:

##### 1. Antragserfordernis

§ 16b Abs. 1 setzt zwingend einen Antrag des Vorhabenträgers voraus. Liegt ein Antrag nicht vor, hat die Prüfung – ohne die verfahrensmodifizierende Wirkung des § 16b Abs. 1 – nach den übrigen Vorschriften des BImSchG zu erfolgen, insbesondere nach § 4 bzw. § 16 BImSchG.

##### 2. Änderungsgenehmigungsverfahren

Ist ein Antrag nach § 16b Abs. 1 für ein von der Vorschrift erfasstes Vorhaben (dazu so gleich) gestellt, ist dieses zwingend als Änderungsvorhaben zu behandeln. Dies folgt aus dem Wortlaut („im Rahmen des Änderungsgenehmigungsverfahrens“) der Norm. Die ansonsten unter Umständen erforderlich gewordene – und in der Praxis zuweilen nicht ganz einfache – Abgrenzung zwischen Neu- und Änderungsvorhaben wird durch den Antrag obsolet.

##### 3. Erfasste Vorhaben

§ 16b findet gemäß § 16b Abs. 1 Satz 1 nur Anwendung auf die Modernisierung von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien i.S.d. Art. 2 Nr. 1 RED II. Eine sonstige Nutzung erneuerbarer Energien (z.B. Wärme) ist nicht erfasst.

Der Begriff „Modernisierung“ ist in § 16 Abs. 2 legaldefiniert. Auf die Ausführungen zu § 16b Absatz 2 BImSchG wird verwiesen.

Dem Anwendungsbereich des § 16b BImSchG unterfallen alle zur Modernisierung bestimmten Windenergieanlagen, deren Errichtung und Betrieb durch eine Genehmigung nach dem BImSchG legalisiert ist. Entsprechendes gilt für Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m, die bis zum 1. Juli 2005 nach dem Bauordnungsrecht genehmigt worden sind. Derartige Genehmigungen gelten gemäß § 67 Abs. 9 Satz 1 BImSchG als Genehmigung nach dem BImSchG.

#### Sonderfall: Hineinwachsen in die Genehmigungsbedürftigkeit nach dem BImSchG

Offen ist, ob auch eine zur Modernisierung anstehende, ursprünglich nach der NBauO genehmigte Altanlage, die infolge des Repowerings in das BImSchG-Genehmigungserfordernis „hineinwüchse“, von § 16b BImSchG erfasst wird.

Änderungsgenehmigungsverfahren können an sich nur in Bezug auf solche Anlagen durchgeführt werden, die bereits über eine Genehmigung nach dem BImSchG verfügen. Andererseits fingiert das Gesetz auch Vorhaben, die eigentlich abermals eine (Neu-)Genehmigung nach § 4 BImSchG erforderten, zu Änderungsvorhaben (siehe vorstehend 2.). Eine solche gesetzliche Fiktion könnte auch für originär baurechtlich genehmigte Anlagen gelten. Dafür spricht, dass § 16b BImSchG der Umsetzung des Art. 16 Abs. 6 Satz 1 RED II dient. Danach haben die Mitgliedstaaten, für vereinfachte und zügige Verfahren zur Genehmigung von Repowering-Vorhaben Sorge zu tragen. Der Gesetzgeber hat für ursprünglich baurechtlich genehmigte Anlagen keine Alternativbestimmungen zu den § 16b geschaffen. Würden mithin originär nach der NBauO genehmigte Windenergieanlagen nicht von § 16b BImSchG erfasst, käme ein großer Teil der Regelungen zur Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens in Bezug auf diese Anlagen nicht zur Anwendung. Es ist zweifelhaft, ob dies dem Willen des Gesetzgebers entspräche. Die Rechtslage sollte mit dem Träger des Modernisierungsvorhabens erörtert werden. In vielen Fällen dürften mit der Anwendung des § 16b BImSchG keine erheblichen Vorteile verbunden sein. Dem ist das Risiko gegenüberzustellen, dass bei Anwendung des § 16b BImSchG die Genehmigung für rechtsfehlerhaft befunden werden könnte.

#### 4. Modifizierter Prüfungsumfang

In dem Verfahren nach § 16b BImSchG müssen gemäß § 16b Abs. 1 nur „Anforderungen geprüft werden, soweit durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden und diese für die Prüfung nach § 6 erheblich sein können“.

##### a) Gegenwärtiger Zustand

Im Rahmen der Bestimmung des „gegenwärtigen Zustand[s]“ sind die Auswirkungen der zu modernisierenden Anlage zugrunde zu legen, die bei maximal zulässigem Anlagenbetrieb hervorgerufen werden können. Illegale Betriebsweisen haben außer Betracht zu bleiben.

##### b) Möglichkeit nachteiliger, für die Prüfung des § 6 erheblicher Auswirkungen

Der Prüfungsumfang ist beschränkt auf nachteilige Auswirkungen, die für die Prüfung nach § 6 BImSchG erheblich sein können. Die Regelung begrenzt die „Prüfungsreichweite auf solche Auswirkungen, die sich im Vergleich zum Ist-Zustand der Anlagen nachteilig auswirken können (Delta-Prüfung)“ (BT-Drs. 19/30954, Seite 12).

Der Prüfungsumfang ist vergleichbar mit dem des § 16 Abs. 1 Satz 1 BImSchG, wonach eine Änderungsgenehmigung erforderlich ist für Änderungen, durch die „nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 erheblich sein können (wesentliche Änderung)“. Es kann daher hinsichtlich der Fragen, was nachteilige Auswirkungen sind, wann anzunehmen ist, dass solche hervorgerufen werden können und unter welchen Umständen die Möglichkeit negativer Auswirkungen erheblich für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 BImSchG sein können, auf die Kommentierungen zu § 16 BImSchG zurückgegriffen werden.

Der Wortlaut der §§ 16 Abs. 1 und 16b Abs. 1 BImSchG unterscheidet sich dadurch, dass § 16b BImSchG auf den gesamten § 6 BImSchG Bezug nimmt, wohingegen § 16 BImSchG sich allein auf die „originär“ immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG bezieht. Nimmt man allerdings die weiteren Absätze des § 16b BImSchG in den Blick, zeigt sich, dass die Differenz zwischen den Vorschriften nur eine scheinbare ist. Die sog. Delta-Prüfung kommt letztlich auch nur für die Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zum Tragen. § 16b Absatz 4 Sätze 1 BImSchG nimmt die artenschutzrechtliche Prüfung ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich

des Absatzes 1 heraus. Entsprechendes ordnet Absatz 5 für die Prüfung der anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften (insbesondere des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts) im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG an. Da zudem § 16b Abs. 3 BImSchG den Aspekt des Lärmschutzes – an sich ein solcher der Genehmigungsvoraussetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG – weitgehend speziell regelt, verbleibt für die privilegierte „Delta-Prüfung“ kaum ein wesentlicher Anwendungsbereich. Letzterer dürfte sich bezüglich Windenergieanlagen häufig auf die Punkte Lichtreflexionen, Schattenwurf und die nicht von § 16b Abs. 3 BImSchG erfassten Geräuschemissionen beschränken.

## **II. Zu § 16b Abs. 2 BImSchG**

### **Normtext:**

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

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

### **Vollzugshinweise:**

Die Definition des Begriffs „Modernisierung“ in Satz 1 entspricht im Wesentlichen der Definition des Begriffs „Repowering“ in Art. 2 Nr. 10 RED II.

Satz 2 definiert den Rahmen, in welchem der vollständige Austausch einer Anlage noch als Modernisierung gilt. Die Frist von 24 Monaten der Nummer 1 beginnt mit abgeschlossenem Rückbau der Altanlage. Der Vorhabenträger muss im Genehmigungsverfahren auf geeignete Art und Weise (z.B. Vorlage von Zeitplänen, Aussagen von Baufirmen und/oder Verträgen) zur Überzeugung der Genehmigungsbehörde nachvollziehbar darlegen, dass er die Frist beachten wird. Diese Darlegung hat verfahrenlenkende Wirkung. Nur wenn das gelingt, kommen die Regelungen des § 16b BImSchG zur Anwendung.

Wird die Frist später gleichwohl nicht eingehalten, ist hieran keine unmittelbare gesetzliche Konsequenz geknüpft. Insbesondere erlischt die Genehmigung nicht ipso iure. Wird das Modernisierungsvorhaben über einen unverhältnismäßig langen Zeitraum nicht realisiert,

kann die Genehmigungsbehörde hierauf mit einer Fristsetzung nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG reagieren.

Maßgeblicher räumlicher Bezugspunkt für die Abstandsvorgabe der Nummer 2 ist bei Windenergieanlagen jeweils der Mastmittelpunkt (BT-Drs. 19/30954, S. 12). Werden mehrere Anlagen abgebaut und durch neue ausgetauscht, so müssen nach der zur Genehmigung gestellten Vorhabenplanung neu errichtete Anlagen jeweils den Abstand von 2 H zu denjenigen Altanlagen einhalten, welche sie nach dem Willen des Vorhabenträgers ersetzen sollen. Unschädlich ist es, wenn weitere Altanlagen in einem größeren Abstand zu den Neuanlagen stehen oder standen.

### **III. Zu § 16b Abs. 3 BImSchG**

#### **Normtext:**

*(3) Die Genehmigung einer Windenergieanlage im Rahmen einer Modernisierung nach Absatz 2 darf nicht versagt werden, wenn nach der Modernisierung nicht alle Immissionsrichtwerte der technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm eingehalten werden, wenn aber*

*1. der Immissionsbeitrag der Windenergieanlage nach der Modernisierung niedriger ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlagen und*

*2. die Windenergieanlage dem Stand der Technik entspricht.*

#### **Vollzugshinweise:**

§ 16b Abs. 3 BImSchG regelt die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine sogenannte Verbesserungsgenehmigung zu erteilen ist. Die Vorschrift gilt lediglich für die Modernisierung von Windenergieanlagen und auch nur in Bezug auf den Schutz vor Geräuschimmissionen, die nach der TA Lärm beurteilt werden.

Da neuere Windenergieanlagen häufig größer sind als ältere, rufen sie regelmäßig zusätzlich Auswirkungen durch Geräusche hervor, die nach § 6 erheblich sein können. Zu berücksichtigen sind insbesondere neu belastete Immissionsorte.

Die Privilegierungsvorschrift des § 16b Abs. 3 BImSchG greift und kommt nur dann zum Tragen, wenn durch die Neu-Errichtung die einschlägigen Richtwerte in Nr. 6.1 TA Lärm überschritten werden. Wenn die Richtwerte nicht überschritten werden, dürfen neue Windenergieanlagen höhere Geräuschimmissionen verursachen als die zu ersetzenden Altanlagen.

Der Rechtssatz des § 16 Abs. 3 BImSchG kommt auch dann zum Tragen, wenn der Immissionsbeitrag der Windenergieanlage im Plan-Zustand dem Betrage nach nur geringfügig niedriger wäre als ohne Modernisierung. Eine „Erheblichkeitsschwelle“ existiert nicht.

Bei der Gegenüberstellung von Alt- und Plan-Zustand ist darauf zu achten, dass die zu vergleichenden Immissionsbeiträge auf der Basis derselben Berechnungsmethode ermittelt wurden.

#### **IV. Zu § 16b Abs. 4 BImSchG**

##### **Normtext:**

*(4) <sup>1</sup>Der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung wird durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nach Absatz 1 nicht berührt. <sup>2</sup>Die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlage müssen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden. <sup>3</sup>Bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ist die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistete Kompensation abzuziehen.*

##### **Vollzugshinweise:**

###### **1. Zu § 16b Abs. 4 Satz 1 BImSchG**

Innerhalb des § 16b BImSchG richten sich die Anforderungen an die Prüfung der artenschutzrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens gemäß § 16b Abs. 4 BImSchG nicht nach Absatz 1. Die Geltung der §§ 44 Abs. 1, 5 und 45 Abs. 7 BNatSchG bleibt daher unberührt. Die artenschutzfachliche Prüfung und die hierfür notwendigen Unterlagen sind vollumfänglich durchzuführen bzw. vom Antragsteller vorzulegen (BT-Drs. 19/30954, S. 12).

###### **2. Zu § 16b Abs. 4 Satz 2 BImSchG**

Gemäß § 16b Abs. 4 Satz 2 BImSchG müssen die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlage bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden. Das Berücksichtigungsgebot der Vorbelastung der zu ersetzenden Bestandsanlagen ist dabei nicht gleichbedeutend mit der „Delta-Prüfung“ des Abs. 1 (s.o.).

Der der TA Lärm entlehnte Begriff der „Vorbelastung“ bedarf einer rechtskonformen Auslegung nach den Maßstäben des geltenden Artenschutzrechts in Bezug auf die nachfolgend erläuterten Zugriffsverbote der §§ 44 Abs. 1, Abs. 5 BNatSchG.<sup>1</sup>

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

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

Der in Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit vom 22.06.2021 angesprochene „Gewöhnungseffekt“ (BT-Drs. 19/30954 S. 12) kann nicht in Bezug auf den Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG Anwendung finden, da die kollisionsgefährdeten streng geschützten Vogel- und Fledermausarten (z. B. Rotmilan, Abendsegler) aufgrund ihrer Biologie an WEA gerade kein Meideverhalten zeigen.

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

Wenn wildlebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten erheblich gestört werden und sich hierdurch der Erhaltungszustand der lokalen Population der zuvor genannten Arten verschlechtert, ist das Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG verwirklicht.

Ob und inwieweit innerhalb der artspezifischen Meidedistanz ggf. bisher dauerhaft anzutreffende Exemplare störungsempfindlicher Arten „Gewöhnungseffekte“ zu den Altanlagen auch nach der Veränderung durch das Repowering zeigen werden, ist nicht eindeutig belegt und abhängig vom Einzelfall.

---

<sup>1</sup> Vgl. ebenfalls kritisch dazu Hentschel, KommP spezial 2021, 135 (138 m. w. N.)

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

Die Zerstörung oder Beschädigung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätte einer unionsrechtlich geschützten Art ist gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 5 S. 2 Nr. 3 BNatSchG dann nicht verbotsrelevant, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätte im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Erhaltene und fortbestehende Ausgleichsmaßnahmen der Bestandsanlagen nach § 15 Abs. 2 oder § 44 Abs. 5 BNatSchG sind bereits in die Prüfung des Verbotstatbestandes einzubeziehen.

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

Die Prüfung der Voraussetzungen zur Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme von den Zugriffsverboten nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG richtet sich nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Aus der o. g. Beschlussempfehlung ergeben sich weitere Hinweise zur Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG:

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

- Im Fall von Repowering ist regelmäßig davon auszugehen, dass Alternativstandorte nicht in Betracht kommen; ausgenommen sind Fälle in denen planerisch explizit abweichende Repoweringstandorte ausgewiesen wurden.*
- Die Bestandsanlage als Vorbelastung für die Neuanlage fällt weg“ (BT-Drs. 19/30954, S. 13).*

Mit „Eingriff“ dürfte gemeint sein, dass die zu errichtende Neuanlage Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1, 5 BNatSchG auslösen kann (vgl. Hentschel, KommunalPraxis spezial, S.135). Die beiden in den Spiegelstrichen genannten Aspekte resultieren daraus, dass nicht nur die Neuerrichtung, sondern auch der Abbau alter Anlagen, Teil des zu genehmigenden Modernisierungsvorhabens ist.

Vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlauts des § 16b Abs. 4 Satz 1 BImSchG ist unabhängig von den Ausführungen in der Beschlussempfehlung (s.o.) eine vollständige (Alternativen-)Prüfung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG geboten.

#### 4. Zu § 16b Abs. 4 Satz 3 BImSchG

Absatz 4 Satz 3 enthält eine Sonderregelung zur Kompensation der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes. Diese gilt nur unter den Voraussetzungen von § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG (Errichtung der neuen Anlage innerhalb von 24 Monaten nach Rückbau der Bestandsanlage und Abstand zwischen der Bestandsanlage und der Neuanlage von maximal der zweifachen Gesamthöhe der Neuanlage) und bezieht sich ausschließlich auf die Kompensation für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes. Die Formulierung, bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes sei die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistete Kompensation „abzuziehen“, legt nahe, dass der Gesetzgeber monetäre Kompensation vor Augen hatte.

Wird der Eingriff nach Abwägung gemäß § 15 Abs. 5 BNatSchG zugelassen, hat der Verursacher Ersatz in Geld zu leisten (§ 15 Abs. 6 Satz 1 BNatSchG). Die Ersatzzahlung bemisst sich nach § 15 Abs. 6 Satz 2 und 3 BNatSchG i. V. m. § 6 Abs. 1 NAGBNatSchG.

Für die Bewertung des Landschaftsbildes ist im Rahmen der Bemessung der Ersatzzahlung für die Neuanlage der Zustand ohne die zu ersetzenden Bestandsanlagen zugrunde zu legen.

Sodann sind gemäß § 16 Abs. 4 Satz 3 BImSchG etwaige Ersatzzahlungen für die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch die zu ersetzenden Altanlage(n) geleisteten Ersatzzahlungen abzuziehen.

§ 16 Abs. 4 Satz 3 BImSchG bezieht sich ausdrücklich nur auf die Kompensation für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes. Unabhängig davon sind die für die zu ersetzenden Altanlagen durchgeführten und erhaltenen Maßnahmen auch zur Kompensation der beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts (insbesondere nach § 15 Abs. 2 BNatSchG, § 44 Abs. 5 S. 2 BNatSchG), soweit diese zur Minderung oder zur Kompensation nachteiliger Auswirkungen der neuen Anlage(n) geeignet sind, auf den Kompensationsbedarf der Neuanlage(n) grundsätzlich anrechenbar, soweit ihre Fortführung und Unterhaltung durch den Antragsteller in der Zulassung festgelegt wird. Diese Maßnahmen sind gemäß § 15 Abs. 4 BNatSchG rechtlich zu sichern.

## **V. Zu § 16b Abs. 5, 6 und 7 BImSchG**

### **Normtext:**

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

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

*(7) <sup>1</sup>§ 19 findet auf Genehmigungsverfahren im Sinne von Absatz 1 für das Repowering von bis zu 19 Windenergieanlagen Anwendung. <sup>2</sup>§ 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen bleibt unberührt. <sup>3</sup>Im vereinfachten Verfahren ist die Genehmigung auf Antrag des Trägers des Vorhabens öffentlich bekannt zu machen. <sup>4</sup>In diesem Fall gilt § 10 Absatz 8 Satz 2 bis 6 entsprechend.*

### **Vollzugshinweise:**

#### **5. Zu § 16b Abs. 5 BImSchG**

§ 16b Abs. 4 BImSchG stellt klar, dass die bauordnungsrechtlichen Anforderungen an das Repoweringvorhaben denen der Neugenehmigung ohne Repowering entsprechen. Es ist das Vorliegen sämtlicher einschlägiger bauordnungsrechtlicher Vorgaben zu prüfen

Entsprechendes gilt für die bauplanungsrechtlichen Anforderungen. Für ein Repowering von Windenergieanlagen im Außenbereich gilt daher: Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich weiterhin unter anderem nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Danach stehen öffentliche Belange einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Eine Ausnahme von der so formulierten Regel kommt für Repowering-Vorhaben unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht (siehe hierzu die Ausführungen unter Nr. 3.5.2.2 des Windenergieerlasses vom 20.07.2021).

#### **6. Zu § 16b Abs. 6 BImSchG**

Die Vorschrift ist aus sich heraus verständlich und bedarf daher keiner Erläuterung.

## **7. Zu § 16b Abs. 7 BImSchG**

Die Regelung des § 16b Abs. 7 Satz 1 BImSchG wirft die Frage auf, worauf sich die Größe „bis zu 19 Windenergieanlagen“ bezieht. Die vorangestellte Wendung „für das Repowering von“ streitet dafür, dass auf die Zahl der Altanlagen abzustellen ist. Diese Auslegung brächte indes ein wenig sinnvolles Ergebnis: Die Verfahrensart bestimmt sich für gewöhnlich nach der Dimension eines Vorhabens. Der ersetzende Austausch von alten durch modernere, das heißt leistungsstärkere und vor allem höhere, Anlagen führt allerdings in der Regel zu einer Verringerung der Anlagenzahl. Relevant dafür, ob ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren durchgeführt wird, wären mithin bei dieser streng am Wortlaut orientierten Auslegung auch Einzelanlagen, die nach dem Repowering nicht mehr existierten, mithin nicht mehr die Dimension des Vorhabens bestimmten.

Abzustellen sein dürfte vielmehr auf den Output des Modernisierungsvorhabens. Relevant ist wohl die Summe aus den (Einzel-)Anlagen, die im Zuge des Modernisierungsvorhabens ersatzweise für Altanlagen errichtet werden sollen, und (ggf.) denjenigen Anlagen, in Bezug auf die beabsichtigt ist, sonstige Modernisierungsmaßnahmen (teilweiser Austausch von Betriebssystemen und -geräten) vorzunehmen.

Der Rechtssatz des § 16b Abs. 7 Satz 1 BImSchG beschleunigt das Repowering insoweit, als es hinsichtlich der Verfahrensart – abweichend von § 16 Abs. 2 BImSchG – nicht darauf ankommt, ob die Anlage im genehmigungsrechtlichen Sinne – die „Windfarm“ –, innerhalb derer Einzelanlagen repowert werden sollen, eine „G“- oder eine „V“-Anlage darstellt. Im Falle des „Repowering von bis zu 19“ Einzelanlagen einer „Windfarm“ ist also beispielsweise grundsätzlich auch dann das vereinfachte Verfahren nach § 19 BImSchG durchzuführen, wenn die „Windfarm“ derzeit 25 Anlagen umfasst.

§ 16b Abs. 7 Satz 2 stellt zur Sicherstellung der Konformität mit EU-Recht klar, dass die Regelung des Satzes 1 nicht gilt, wenn das Repowering-Vorhaben UVP-pflichtig ist.

Dem Vorhabenträger bleibt es unbenommen gemäß § 16 Abs. 2 Satz 4 i. V. m. § 19 Abs. 3 BImSchG zu beantragen, dass entgegen § 16b Abs. 7 Satz 1 BImSchG die Genehmigung im Verfahren nach § 10 BImSchG, also mit Öffentlichkeitsbeteiligung, erfolgen soll.

## C. Zu § 11a WHG

### Normtext:

(1) <sup>1</sup>Die Absätze 2 bis 5 gelten für die Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung ergänzend bei folgenden Vorhaben:

1. Errichtung und Betrieb sowie Modernisierung von Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft, ausgenommen Pumpspeicherkraftwerke,
2. Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Gewinnung von Erdwärme, wenn ein bergrechtlicher Betriebsplan nicht erforderlich ist.

<sup>2</sup>Die Modernisierung im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 umfasst Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage, insbesondere den vollständigen oder teilweisen Austausch der Anlage, eines Anlagenteils oder des Betriebssystems.

(2) Auf Antrag des Trägers des Vorhabens werden das Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren sowie alle sonstigen Zulassungsverfahren, die für die Durchführung des Vorhabens nach Bundes- oder Landesrecht erforderlich sind, über eine einheitliche Stelle abgewickelt.

(3) <sup>1</sup>Die einheitliche Stelle nach Absatz 2 stellt ein Verfahrenshandbuch für Träger von Vorhaben bereit und macht diese Informationen auch im Internet zugänglich. <sup>2</sup>Dabei geht sie gesondert auch auf kleinere Vorhaben und Vorhaben zur Eigenversorgung mit Elektrizität ein. <sup>3</sup>In den im Internet veröffentlichten Informationen weist die einheitliche Stelle auch darauf hin, für welche Vorhaben sie zuständig ist und welche weiteren einheitlichen Stellen im jeweiligen Land für Vorhaben nach Absatz 1 Satz 1 zuständig sind.

(4) Nach Eingang der vollständigen Antragsunterlagen erstellt die zuständige Behörde unverzüglich einen Zeitplan für das weitere Verfahren nach Absatz 1 Satz 1 und teilt diesen Zeitplan in den Fällen des Absatzes 2 der einheitlichen Stelle, andernfalls dem Träger des Vorhabens mit.

(5) Die zuständige Behörde entscheidet über die Erteilung der Erlaubnis oder Bewilligung

1. innerhalb eines Jahres bei

- a) Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft mit einer Stromerzeugungskapazität von weniger als 150 Kilowatt,
- b) Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Gewinnung von Erdwärme, wenn das Vorhaben der Erzeugung von Strom mit einer Kapazität von weniger als 150 Kilowatt dient,
- c) der Modernisierung von Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft,

2. <sup>1</sup>innerhalb von zwei Jahren bei

- a) Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft mit einer Stromerzeugungskapazität von 150 Kilowatt oder mehr,

*b) Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Gewinnung von Erdwärme, wenn das Vorhaben der Erzeugung von Strom in einem Kraftwerk dient.*

*<sup>2</sup>Die zuständige Behörde kann die jeweilige Frist nach Satz 1 einmalig um bis zu 18 und längstens um 24 Monate verlängern, soweit die Prüfung von Anforderungen nach umweltrechtlichen Vorschriften, die der Umsetzung entsprechender Vorgaben der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union dienen, insbesondere die Prüfung der Einhaltung der Bewirtschaftungsziele, mit einem erhöhten Zeitaufwand verbunden ist. <sup>3</sup>Im Übrigen kann die zuständige Behörde die jeweilige Frist nach Satz 1 um bis zu ein Jahr verlängern, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen. <sup>4</sup>Sie teilt die Fristverlängerung nach Satz 2 oder Satz 3 in den Fällen des Absatzes 2 der einheitlichen Stelle, andernfalls dem Träger des Vorhabens mit. <sup>5</sup>Insgesamt beträgt die Höchstdauer der Fristverlängerung nach Satz 2 und Satz 3 18 und längstens 24 Monate. <sup>6</sup>Die Frist nach Satz 1 beginnt mit Eingang der vollständigen Antragsunterlagen. <sup>7</sup>Weitergehende bestehende Rechtsvorschriften der Länder, die kürzere Fristen vorsehen, bleiben unberührt.*

*(6) Die Absätze 4 und 5 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b und Nummer 2 Buchstabe b gelten entsprechend für die Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung bei Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Gewinnung von Erdwärme, wenn ein bergrechtlicher Betriebsplan erforderlich ist.*

### **Vollzugshinweise:**

§ 11a WHG dient der Umsetzung der Anforderungen an die Verfahren für die Zulassung von Vorhaben zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen, soweit es sich um Vorhaben handelt, die mit einer Gewässerbenutzung nach § 9 WHG einhergehen und daher nach § 8 WHG einer wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung bedürfen.

Die Absätze 1 bis 5 regeln umfassend die verfahrensmäßigen Anforderungen nach der RED II im Hinblick auf die Erteilung von Erlaubnissen oder Bewilligungen im Zusammenhang mit Errichtung, Betrieb und Modernisierung von Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft sowie mit Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Gewinnung von Erdwärme, wenn ein bergrechtlicher Betriebsplan nicht erforderlich ist.

Der Begriff der „Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft“ ist weit auszulegen und umfasst grundsätzlich alle Arten von Wasserkraftanlagen, darunter die in Deutschland verbreiteten Laufwasser- und Speicherkraftwerke. Explizit ausgenommen von den Regelungen sind nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Erlaubnis- und Bewilligungsverfahren im Zusammenhang mit Errichtung, Betrieb und Modernisierung von Pumpspeicherkraftwerken. Dies entspricht Erwägungsgrund 32 der Richtlinie, wonach Elektrizität, die in Pumpspeicherkraftwerken

mit zuvor hochgepumptem Wasser produziert wird, nicht als erneuerbare Elektrizität betrachtet wird.

Absatz 1 Satz 2 enthält im Hinblick auf Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft die Begriffsbestimmung „Modernisierung“, mit der die Begriffsbestimmung „Repowering“ nach Artikel 2 Nummer 10 der RED II umgesetzt wird. Die Vorschrift bewirkt keine Erweiterung der Erlaubnis- bzw. Bewilligungspflicht bei Änderungen von Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft, ist also nicht etwa dahingehend zu verstehen, dass bei den dort geregelten Modernisierungstatbeständen immer eine Erlaubnis- bzw. Bewilligungspflicht bestünde. Die Frage der Erlaubnis- bzw. Bewilligungspflicht ist vielmehr auch künftig nach den bislang geltenden Grundsätzen zu beurteilen. Besteht hiernach keine Erlaubnis- bzw. Bewilligungspflicht, findet § 11a WHG daher in den Fällen der Modernisierung von Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft nach Absatz 1 Satz 2 keine Anwendung.

Nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 gelten die Absätze 2 bis 5 nicht für Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Gewinnung von Erdwärme, wenn ein bergrechtlicher Betriebsplan erforderlich ist. Für ein solches Verfahren gilt speziell Absatz 6 (s. u.).

Absatz 2 regelt die Möglichkeit der Verfahrensabwicklung über eine „einheitliche Stelle“. Der Begriff „Verfahrensabwicklung“ in Absatz 2 ist so zu verstehen, dass die einheitliche Stelle keine materiellen Befugnisse, sondern allein verfahrensbezogene Aufgaben hat. Eine Entscheidungs- oder Verfahrenskonzentration findet nicht statt. Im Fall ihrer Inanspruchnahme dient die einheitliche Stelle als Kontaktpunkt im Verhältnis zum Träger des Vorhabens und nimmt für diesen zwecks Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahrensdurchführung „Serviceleistungen“ wahr. Die Aufgaben und Befugnisse der jeweils für die sachliche Prüfung und Entscheidung zuständigen Behörden bleiben – bis auf die Kommunikation mit dem Antragsteller – grundsätzlich unberührt.

Die Abwicklung über eine einheitliche Stelle folgt den Regelungen des § 1 Abs. 1 NVwVfG i. V. m. §§ 71a ff. VwVfG.

Wie oben unter A II 1 bereits ausgeführt, ergibt sich in Niedersachsen aus § 1 Abs. 1 des Niedersächsischen Gesetzes über Einheitliche Ansprechpartner (NEAG) sowie der nach § 1 Abs. 4 NEAG ergangenen Rechtsverordnung (Niedersächsische Verordnung zur Abwicklung von Verwaltungsverfahren zur Ausführung von Bundesrecht über eine einheitliche Stelle und über Bearbeitungsfristen (NeSVO), wer einheitliche Stelle ist.

Danach besteht eine Zuständigkeit der Landkreise, der kreisfreien Städte und der großen selbständigen Städte sowie des Niedersächsischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit,

Verkehr und Digitalisierung. Es ist geplant, die NeSVO zeitnah zu überarbeiten, um sicherzustellen, dass der jeweils nach dem Wasserrecht zuständigen Körperschaft, ggf. auch dem NLWKN, für die Verfahren nach § 11a WHG zugleich die Aufgaben der einheitlichen Stelle zugewiesen werden.

Auch wenn sie von derselben Körperschaft wahrgenommen werden, sind die Aufgaben der einheitlichen Stelle von denjenigen einer Wasserbehörde zu unterscheiden.

Der Antragsteller kann frei entscheiden, ob er das Verfahren über die einheitliche Stelle abwickeln möchte. Entscheidet er sich dafür, besteht nach § 71e VwVfG zusätzlich für ihn die Option, das Verfahren in elektronischer Form abzuwickeln.

Das nach Absatz 3 vorgeschriebene Verfahrenshandbuch soll dazu dienen, dass Projektentwickler und Bürger, die in erneuerbare Energie investieren möchten, die Verfahren leichter verstehen können. Die Bereitstellung ist eine Aufgabe, die der einheitlichen Stelle und nicht der Wasserbehörde obliegt. Hierzu erfolgen zu gegebener Zeit noch gesonderte Informationen.

Nach Absatz 4 erstellt die zuständige Behörde nach Eingang der vollständigen Antragsunterlagen unverzüglich einen Zeitplan für das weitere Verfahren und teilt ihn dem Antragsteller oder – falls das Verfahren über eine einheitliche Stelle abgewickelt wird – der einheitlichen Stelle mit.

Absatz 5 regelt die für das Erlaubnis-bzw. Bewilligungsverfahren für Vorhaben nach Absatz 1 einzuhaltenden Fristen. Zeitpunkt des Fristbeginns ist nach Absatz 5 Satz 4 der Eingang der vollständigen Antragsunterlagen. Beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände kann die Frist nach Absatz 5 Satz 2 verlängert werden. Als außergewöhnliche Umstände bei der Modernisierung bestehender Kraftwerke (Repowering) sind nach der RED II beispielsweise übergeordnete Sicherheitsgründe bei wesentlichen Auswirkungen eines Repowering-Projekts auf das Netz oder die ursprüngliche Kapazität, Größe oder Leistung der Anlage anzusehen. Im Übrigen lassen die Fristvorgaben der Richtlinie unter anderem Verpflichtungen nach dem geltenden Umweltrecht der Union unberührt und können sich um die Dauer dieser Verfahren verlängern. Vor diesem Hintergrund liegen außergewöhnliche Umstände im Sinne von § 11a Absatz 5 Satz 2 (neu) etwa auch dann vor, wenn die Prüfung und Sicherstellung der Einhaltung von Anforderungen nach der Wasserrahmenrichtlinie (siehe insbesondere die Bewirtschaftungsziele nach § 27 WHG) im Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren mit einem erhöhten Zeitaufwand verbunden sind und daher eine Fristverlängerung erfordern. Nach Absatz 5 Satz 3 teilt die zuständige Behörde die Fristverlängerung der einheitlichen Stelle bzw. dem Vorhabenträger mit.

Absatz 6 regelt für die Erteilung von wasserrechtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen bei Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Gewinnung von Erdwärme, wenn ein bergrechtlicher Betriebsplan erforderlich ist, Fristvorgaben sowie das Erfordernis der Erstellung von Zeitplänen. Da in der Regel die Gestaltungsform der Erlaubnis in Betracht kommen wird, gelten in einem solchen Fall die Zuständigkeits- und Abstimmungsvorschriften gemäß § 19 WHG. Das Verfahren führt dann die Bergbehörde.

#### **D. Zu §§ 38, 52, 70 und 78 WHG**

##### **Normtexte:**

*§ 38 Absatz 5 Satz 3: „Für die Erteilung der Befreiung gilt § 11a Absatz 4 und 5 entsprechend, wenn die Befreiung für ein Vorhaben zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen erforderlich ist.“*

*§ 52 Absatz 1 Satz 4: „Für die Erteilung der Befreiung gilt § 11a Absatz 4 und 5 entsprechend, wenn die Befreiung für ein Vorhaben zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen erforderlich ist.“*

*§ 70 Absatz 1 Satz 2: „Für die Erteilung von Planfeststellungen und Plangenehmigungen im Zusammenhang mit der Errichtung, dem Betrieb und der Modernisierung von Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft, ausgenommen Pumpspeicherkraftwerke, gilt § 11a Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 bis 5 entsprechend; die §§ 71a bis 71e des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind anzuwenden.“*

*§ 78 Absatz 5 Satz 3: „Für die Erteilung der Genehmigung gilt § 11a Absatz 4 und 5 entsprechend, wenn es sich um eine Anlage zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen handelt.“*

##### **Vollzugshinweise:**

Die Ergänzungen legen jeweils fest, dass die neuen Verfahrensregelungen des § 11a Abs. 4 und Abs. 5 WHG, also das Erfordernis der Erstellung von Zeitplänen und die Entscheidungsfristen bei Vorhaben zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen anzuwenden sind, wenn eine Befreiung von Verboten oder Pflichten nach den genannten Vorschriften in Gewässerrandstreifen, Wasserschutz- und Überschwemmungsgebieten beantragt wird. Im Hinblick auf Wasserkraftvorhaben, die oftmals als Gewässerausbau planfeststellungs- oder plangenehmigungspflichtig sind (§§ 67 Abs. 2 S. 1, 68 WHG), legt der neue § 70 Abs. 1 S. 2 WHG fest, dass sämtliche Verfahrensregelungen des § 11a WHG anzuwenden sind.

## **E. Zu § 108 WHG**

### **Normtext:**

*Wurde vor dem 31. August 2021 ein Zulassungs- oder Befreiungsverfahren eingeleitet, auf das die Vorschriften des § 11a, auch in Verbindung mit § 38 Absatz 5 Satz 3, § 52 Absatz 1 Satz 4, § 70 Absatz 1 Satz 2 oder § 78 Absatz 5 Satz 3 Anwendung fänden, so führt die zuständige Behörde dieses Verfahren nach dem vor dem 31. August 2021 geltenden Recht fort.*

### **Vollzugshinweise:**

Nach der Übergangsbestimmung des § 108 WHG gelten für laufende Zulassungsverfahren die bisherigen Verfahrensregelungen. Das hat zur Folge, dass sich derjenige, der ein wasserrechtliches Zulassungsverfahren beantragt hat, nicht auf die neuen Entscheidungsfristen des § 11a Abs. 5 WHG berufen kann.