



Niedersächsisches Ministerium
für Umwelt, Energie und Klimaschutz

NEWSLETTER Nr. 1

21. Februar 2024

Vorwort

Die Servicestelle Erneuerbare Energien (SEE) hat die Aufgabe, die in Niedersachsen für die Genehmigung von Windenergieanlagen zuständigen Behörden rechtlich zu beraten. Sie soll damit zur Beschleunigung der Energiewende beitragen. Außerdem übt die SEE die Fachaufsicht über die Genehmigungsbehörden aus.

Die zentrale Tätigkeit der SEE besteht darin, Fragen der Genehmigungsbehörden zur Auslegung des Rechts der Windenergie zu beantworten. Für die Genehmigungspraxis sehr relevante Fragen und Antworten der jüngeren Zeit veröffentlicht die Servicestelle in diesem öffentlichen Newsletter, um auch den Trägern von Windenergievorhaben wie auch weiteren an Genehmigungsverfahren beteiligten Akteuren eine Orientierung hinsichtlich der Auslegung des Rechts der Windenergie in Niedersachsen zu bieten.

Bitte beachten Sie, dass die Antworten der Servicestelle in aller Regel lediglich Empfehlungen für die Rechtsanwendung darstellen. Das heißt, sie sind für die Genehmigungsbehörden nicht verbindlich. Die Genehmigungsbehörden dürfen grundsätzlich einen anderen Rechtsstandpunkt einnehmen. Die Servicestelle behält sich allerdings vor, die Gleichförmigkeit der Gesetzesauslegung in Niedersachsen durch Weisungen im Einzelfall zu fördern.

Sofern sich die Informationsvermittlung mithilfe eines Newsletters als vorteilhaft erweisen sollte, wird er zukünftig fortgeführt und in unregelmäßigen Abständen erscheinen.

Sie wollen mit der Servicestelle in Kontakt treten? Schreiben Sie uns gerne eine E-Mail an SEE@mu.niedersachsen.de. Bitte beachten Sie dabei Folgendes: **Vorhabenträger und Dritte (z. B. anerkannte Vereinigungen) werden von der Servicestelle nicht beraten.** Sollten im Laufe der Verwirklichung eines Vorhabens allerdings Schwierigkeiten entstehen, die sich nicht einvernehmlich mit der Genehmigungsbehörde auflösen lassen, kann die Servicestelle auf Anfrage im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und Kompetenzen behilflich sein.

Fragen und Antworten

Kann ein Vorhabenträger, der nicht personenidentisch mit dem derzeitigen Betreiber der Altanlage ist, einen Antrag auf ersetzendes Repowering (Änderungsgenehmigung) nach § 16b Abs. 1 BImSchG stellen?

Die SEE empfiehlt auf Basis der geltenden Rechtslage, die Frage zu verneinen. Überwiegendes spricht dafür, dass nur der aktuelle Betreiber befugt ist, über die Anlagengenehmigung zu verfügen. Außerdem setzt ein Repowering i. S. d. § 16b Abs. 2 BImSchG den Rückbau der Bestandsanlagen und die Errichtung der Neuanlagen voraus. Der Vorhabenträger, der nicht personenidentisch mit dem aktuellen Betreiber ist und mit diesem auch keine Vereinbarung getroffen hat, übernimmt hingegen regelmäßig nur die Errichtung der Neuanlagen.

Hinzuweisen ist allerdings auf die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht. In dieser hat der Bundesrat angeregt, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Klarstellung zielführend sei, wonach eine Betreiberidentität zwischen dem Betreiber der Bestandsanlage und dem Betreiber der Neuanlage bei der Anwendung des § 16b BImSchG nicht bestehen müsse (BT-Drs. 20/7502, S. 37). Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zugesagt, die Frage zu prüfen. Sie werde auch eruieren, ob eine Klärung in einem Leitfaden erfolgen könne (BT-Drs. 20/7502, S. 50).

Ist die Baugenehmigung für eine Erschließungsanlage in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einkonzentriert oder muss eine separate Baugenehmigung erteilt werden?

Die Antwort auf die Frage ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Das Nds. OVG hat in einem Beschluss vom 8.8.2022 unter dem Az. 12 MS 89/22 (nicht veröffentlicht) Folgendes ausgeführt:

„Denn (solche) Erschließungsanlagen sind bereits grundsätzlich nicht von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG (vgl. Agatz, Windenergiehandbuch, Stand: Dezember 2021, S. 11; Hess. VGH, Beschl. v. 27.1.2022 - 3 B 1209/21 -, juris, Rn. 30 f.; Lange, in: Appel/Ohms/Saurer, BImSchG, § 13 BImSchG, Rn. 21, m. w. N; Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 97. EL Dezember 2021, § 13 BImSchG, Rn. 72 ff.) umfasst, und damit erst recht nicht von der Wirkung einer Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG; vielmehr bedarf es insoweit (je nach Umfang der Erschließungsanlagen) grundsätzlich einer gesonderten, hier aber nach Aktenlage fehlenden Baugenehmigung. Dies gilt insbesondere für die „Verlegung der Zuwegung auf den [bzw. im Bereich des] südlichen Teil der Straße Linnenkamp“ und damit in einen Bereich, der von der Stadt Vechta als anderweitige Kompensationsfläche genutzt wird.“

Dieselbe Rechtsauffassung hat der 12. Senat in einem Beschluss vom 2.8.2022 (Az. 12 MS 88/22, <https://openjur.de/u/2445928.html>, Rn. 35) geäußert. Angesichts der klaren Positionierung des Nds. OVG empfiehlt die SEE, für Erschließungsanlagen eine separate Baugenehmigung zu erteilen, zumal die Rechtsauffassung des Nds. OVG gut vertretbar erscheint.

Soweit sich eine Zuwegung als Erschließungsanlage mit einem Anlagenteil der Windenergieanlage im genehmigungsrechtlichen Sinne überschneidet, bedarf dieser Teil des grundhaft ausgebauten Wegs keiner separaten Baugenehmigung. Solche Anlagenteile sind Stand-, Montage- oder Kranstellflächen sowie Flächen für die Einbringung von Zisternen (so Hessischer VGH, Beschluss vom 10.02.2023 – 9 B 247/22.T, <https://openjur.de/u/2464267.html>, Rn. 40).

Kann die Genehmigungsbehörde eine Schutzmaßnahme aus dem Katalog der Anlage 1 Abschnitt 2 zu 45b Absatz 1 bis 5 BNatSchG auswählen und anordnen, wenn der Antragsteller eine andere Maßnahme im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vorschlägt? Gilt etwas anderes, wenn der Antragsteller eine Maßnahme zum Teil seines Genehmigungsantrags gemacht hat, er also die Errichtung und den Betrieb einer Anlage beantragt, die eine bestimmte Schutzmaßnahme vorsieht (Inhaltsbestimmung)?

§ 45b Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG stellt es in das Entscheidungshoheit des Vorhabenträgers, eine HPA oder RNA durchzuführen. Insoweit hat der Vorhabenträger ein Recht, über die Durchführung dieser Maßnahmen zu entscheiden. § 45b Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG benennt demgegenüber keine Zuständigkeit für die Auswahl der anerkannten Schutzmaßnahmen. Auch die Anlage 1 zum BNatSchG erläutert nicht, wer die geeigneten Maßnahmen vorschlagen oder auswählen darf.

45b Absatz 6 und auch 7 BNatSchG sprechen jedoch davon, dass die Maßnahmen angeordnet werden. Etwas angeordnet werden kann nur durch eine Behörde.

Bei der Auswahl der Schutzmaßnahme ist der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Danach hat die Behörde unter gleich geeigneten Maßnahmen diejenige Maßnahme mit der geringsten Eingriffsintensität auszuwählen. Eine unmittelbare Wahlmöglichkeit des Antragstellers lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Auch in der Gesetzesbegründung ist ein Wahlrecht nicht vorgesehen.

Die Genehmigungsbehörde hat aber aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgebots eine gewisse Verpflichtung, etwaige Vorschläge einer Vorhabenträgerin zu berücksichtigen. Die fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen verfolgen im Sinne des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein legitimes Ziel. Ziel der fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen ist es, die Vermutung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos zu widerlegen. Die Vermutung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos ergibt sich aus der Lage des Anlagenstandorts im sog. zentralen Prüfbereich im Sinne des § 45b Abs. 3 BNatSchG.

Die Genehmigungsbehörde ist berechtigt, entsprechende Schutzmaßnahmen anzuordnen und so grundrechtsrelevant in den Rechtskreis der Vorhabenträgerin einzugreifen. Sie ist aber beschränkt darauf, ein vermutetes Tötungsrisiko unter die Schwelle der Signifikanz zu senken. Die Genehmigungsbehörde darf gerade keine weitergehende Senkung des Tötungsrisikos verlangen oder ein eigenes Schutzniveau definieren. Sie darf insbesondere nicht einen größtmöglichen Schutz der Avifauna anstreben.

Der Wortlaut („entweder...oder“) des § 45b Absatz 3 Nr. 2 BNatSchG legt nach Auffassung des OVG NRW nahe, dass bereits eine einzelne der in der Vorschrift aufgeführten Schutzmaßnahme die Risikoerhöhung unter die Signifikanzschwelle führt ([OVG NRW, Urteil vom 29.11.2022 – 22 A 1184/18, Rn. 135](#) – zitiert nach justiz.nrw). Die Behörde ist folglich grundsätzlich auf die Auswahl einer bestimmten Maßnahme beschränkt, soweit sich nicht aus

der Art der Maßnahme und den Einschränkungen im Wortlaut der Anlage 1 etwas anderes ergibt.

Erforderlich im Sinne der Verhältnismäßigkeit ist ein Eingriff in eine Rechtsposition dann, wenn er unter verschiedenen, gleichwirksamen Maßnahmen die am wenigstens eingriffsintensive Maßnahme darstellt.

Ist Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsfolge des § 16 Abs. 3 BImSchG jede rechnerisch darstellbare Verbesserung oder bedarf es stets einer Verbesserung der Immissionssituation um mindestens 1 db(A)?

Eine abschließende, einer gerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit standhaltende Antwort auf die Rechtsfrage vermag die SEE nicht zu geben. Einschlägige Rechtsprechung existiert (noch) nicht. Aus Sicht der SEE wäre es derzeit nicht zu beanstanden, wenn auch eine Verbesserung um 0,1 db(A), also jede kleinste Lärminderung unter Berücksichtigung der statistischen Unsicherheiten, akzeptiert würde. Die SEE empfiehlt allerdings, das Vorhaben nur dann unter Anwendung des § 16b Abs. 3 BImSchG zu genehmigen, wenn der Immissionsbeitrag der neuen Anlage mindestens gerundet 1 db(A) geringer ist als der der alten Anlage (so im Ergebnis auch Dietlein/Fabi, in: Landmann/Rohmer UmweltR, Kommentar, BImSchG § 16b Rn. 69 (Stand: Januar 2023)). Das bedeutet: Der berechnete Beurteilungspegel für die neue Anlage muss ungerundet mindestens um 0,5 dB(A) niedriger sein als der Beurteilungspegel der zu ersetzenden Anlage.

Für diese Auffassung spricht zum einen, dass die Immissionsrichtwerte der TA Lärm stets ganze Zahlen sind und bei Angabe eines Beurteilungspegels zwangsläufig immer zu runden ist, weil die Berechnung auf Basis einer Logarithmierung erfolgt, die viele Nachkommastellen nach sich zieht ([OVG Hamburg, Beschluss vom 30.10.2018 – 1 Bs 163/18, Rn. 23](#) (zitiert nach www.landesrecht-hamburg.de). Wenn Rundungen nicht zulässig wären, also auch Dezimalwerte im Rahmen des Abgleichs der Beurteilungspegel für die Zusatzbelastung der neuen Windenergieanlage mit dem Beurteilungspegel für die Zusatzbelastung der Bestandsanlage maßgeblich sein sollen, müsste erklärt werden, wie mit den Nachkommastellen umzugehen ist ([Agatz, Windenergiehandbuch](#), S. 138).

Zum anderen ist will § 16b Abs. 3 BImSchG zumindest eine Verbesserung der Immissionssituation für die Betroffenen erzielen, wenn die Immissionsrichtwerte schon nicht eingehalten werden. Nur ganz geringe rechnerisch ermittelte Reduzierungen des Schallleistungspegels sind für die gegenüber dem Schall exponierten Personen jedoch kaum noch bis gar nicht wahrnehmbar ([Agatz, Windenergiehandbuch](#), S. 138 f.).

Wann liegt eine „endgültige Entscheidung“ i. S. d. § 6 Abs. 2 Satz 3 WindBG vor?

Nach der [Vollzugsempfehlung zu § 6 WindBG des BMWK und des BMUV vom 19. Juli 2023](#) (S. 3) kann das Genehmigungsverfahren „bis zur Bestandskraft auf § 6 WindBG umgestellt werden“. Aus Sicht der SEE handelt es sich um eine extensive, aber vertretbare Auslegung. Rechtssicherer erscheint es allerdings die Entscheidung als „endgültig“ anzusehen, wenn kein Widerspruch erhoben wurde oder das Widerspruchsverfahren mit dem Widerspruch abgeschlossen ist. Diese Auslegung berücksichtigt, dass § 6 Abs. 3 Satz 2 WindBG für

laufende Genehmigungsverfahren eine Regelung trifft. Ein etwaiges Widerspruchsverfahren bildet mit dem Ausgangsverfahren eine Einheit. Es verlängert sozusagen das Genehmigungsverfahren und schließt es mit dem Widerspruchsbescheid ab. Ein sich anschließendes gerichtliches Verfahren steht hingegen separat.

Das Nds. OVG hat in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (Beschluss vom 30.05.2023, Az. 12 MS 28/23) Folgendes zu der Rechtsfrage ausgeführt:

„Im Übrigen wäre sehr zweifelhaft, ob einem solchen Verlangen überhaupt entsprochen werden dürfte oder dem das Ergehen der Genehmigung vom 16. Februar 2023 (als einer – wohl – "endgültige Entscheidung" im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 3 WindBG) sowie bereits bestehende (Verfahrens-)Rechte Dritter (Art. 1 Abs. 3 VO EU 2022/2577 i.V.m. Erwägungsgrund 7) entgegenstehen würden (Letzteres allerdings wohl verneinend: Beschlussempfehlung und Bericht des 24. BT-Ausschusses zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein RoGÄndG, BT-Drucks. 20/5830, S. 49 f. zu § 6 Abs. 2 WindBG).“

Dieser Rechtsstandpunkt widerspricht eindeutig dem Willen des Gesetzgebers. Es bleibt abzuwarten, ob der Senat an ihm in einem etwaigen Hauptsacheverfahren festhalten wird. Die SEE hält ggf. eine Klärung durch das BVerwG für erforderlich und empfiehlt, der im o. g. Beschluss geäußerten Meinung des Nds. OVG einstweilen nicht zu folgen.

§ 45b Abs. 6 BNatSchG gibt vor, dass nur Schutzmaßnahmen angeordnet werden können, die die Zumutbarkeitsschwelle von 8 % bzw. 6 % nicht überschreiten. Satz 5 eröffnet aber die Möglichkeit, auch unzumutbare Schutzmaßnahmen anzuordnen, wenn der Vorhabenträger dies verlangt. Ein Vorhabenträger hat von sich aus Schutzmaßnahmen vorgesehen, die wahrscheinlich die Zumutbarkeitsschwelle überschreiten. Ist dies bereits als „Verlangen des Vorhabenträgers“ zu werten oder ist zusätzlich dieses Verlangen zu bekunden, um diese Maßnahmen entsprechend § 45b Abs. 6 Satz 5 BNatSchG anordnen zu können?

Einer bestimmten Form bedarf es für das „Verlangen“ nicht. Die Äußerungen des Vorhabenträgers sind analog §§ 133, 157 BGB nach dem objektivierten Empfängerhorizont auszulegen.

Entscheidend ist, in welcher Weise der Vorhabenträger „von sich aus Schutzmaßnahmen vorgesehen“ hat. Wenn der Vorhabenträger die Schutzmaßnahme in seinem Genehmigungsantrag beschreibt, er also die Windenergieanlage mit der Schutzmaßnahme errichten und/oder betreiben will, dann wird die Schutzmaßnahme Genehmigungsinhalt. Einer zusätzlichen Anordnung in Form einer Nebenbestimmung bedarf es in diesem Fall nicht. Beispiel: Der Vorhabenträger beantragt zur Meidung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für Fledermäuse – vielleicht auch aus Gründen des Lärmschutzes – einen Anlagenbetrieb, der eine Nachtabschaltung vorsieht. Dann darf der Betreiber die Anlage nicht etwa deshalb nachts nicht betreiben, weil ihm dies in der Genehmigung zur Auflage gemacht wurde, sondern weil er für den Nachtbetrieb über keine Genehmigung verfügt.

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Vorhabenträger die Schutzmaßnahme in den Genehmigungsunterlagen als mögliche Auflage benennt und sich mit ihrer Anordnung einverstanden erklärt. In diesem Falle ist davon auszugehen, dass der Antragsteller die Anordnung der Schutzmaßnahme i. S. d. § 45b Abs. 6 Satz 5 BNatSchG verlangt.

Da in der Praxis nicht selten unklar bleiben dürfte, ob der Vorhabenträger den Genehmigungsgegenstand ausgestaltet oder die Aufnahme einer Nebenbestimmung

wünscht, sollte diese Frage mit ihm zugunsten einer Klarstellung erörtert werden. Es versteht sich, dass angesichts der Regelungen des § 45b BNatSchG zur Zumutbarkeit der Vorhabenträger regelmäßig ein (wirtschaftliches) Interesse an der Anordnung der Schutzmaßnahme haben wird. Dies ist im Rahmen der Auslegung seiner Äußerungen (s. o.) zu berücksichtigen.

Wenn der Vorhabenträger die Anordnung von Schutzmaßnahmen verlangt, ist keine Berechnung nach Anlage 2 BNatSchG erforderlich, wenn durch die Schutzmaßnahmen eine hinreichende Risikominimierung erreicht wird (BT-Drs. 20/2354, S. 26). Die beantragten Maßnahmen können sodann ohne Berechnung der Zumutbarkeit angeordnet werden.