

**Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI)**

ein Arbeitsgremium der

**Umweltministerkonferenz der Bundesrepublik Deutschland**

---



**Vollzugshinweise zu**

**§ 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3, § 16b**

**und**

**§ 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG**

**UMK-Umlaufbeschlüsse 47/2022**

(LAI Beschluss TOP 10.2 146. LAI)

Stand 10. August 2022

## Inhaltsverzeichnis

I. § 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3 BImSchG .....	3
1. Anwendungsbereich .....	3
2. § 10 Absatz 5 Satz 2 BImSchG .....	3
3. § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG .....	4
a) Antragserfordernis, Form, Frist .....	4
b) Ersetzung der fachbehördlichen Stellungnahme .....	4
aa) „Entscheidung in diesem Fall“ .....	4
bb) Maßgebliche Sach- und Rechtslage .....	4
c) § 10 Absatz 6a Satz 2 BImSchG bleibt unberührt .....	5
II. § 16b BImSchG .....	6
1. § 16b Absatz 1 BImSchG .....	6
a) Anwendbarkeit des § 16b Absatz 1 BImSchG .....	6
aa) Antragserfordernis .....	6
bb) Legaldefinition „Repowering“ .....	6
cc) Anwendung setzt eine BImSchG-Genehmigung voraus .....	7
b) Delta-Prüfung .....	7
aa) Gegenwärtiger Zustand .....	7
bb) Beschränkter Prüfungsumfang .....	7
2. § 16b Absatz 2 BImSchG .....	8
a) § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BImSchG .....	9
b) § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BImSchG .....	9
3. § 16b Absatz 3 BImSchG .....	10
4. § 16b Absatz 4 BImSchG .....	11
5. § 16b Absatz 5 BImSchG .....	11
6. § 16b Absatz 6 BImSchG .....	12
a) § 16b Absatz 6 Satz 1 und 2 BImSchG .....	12
b) § 16b Absatz 6 Satz 3 und 4 BImSchG .....	12
III. § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG .....	13

## I. § 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3 BImSchG

*„<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.“*

### 1. Anwendungsbereich

Die neuen Sätze 2 und 3 in § 10 Absatz 5 BImSchG sind auf Anlagen „zur Nutzung erneuerbarer Energien“ beschränkt, mithin auf solche Anlagen, 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 (RED II) fallen. Dass § 10 Absatz 5 – im Gegensatz zu § 10 Absatz 5a – keine wörtliche Bezugnahme auf die RED II enthält, hat keine Bedeutung. Die beiden Absätze haben gleichwohl denselben Anwendungsbereich. Da § 10 Absatz 5 Sätze 2 und 3 erst relativ spät in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt worden sind, wurde vermutlich übersehen, eine wörtliche Bezugnahme aufzunehmen.

### 2. § 10 Absatz 5 Satz 2 BImSchG

Durch den neuen Satz 2 in § 10 Absatz 5 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) werden Regelungsinhalte von § 11 Satz 1 und 3 der Verordnung über das Genehmigungsverfahren (9. BImSchV) – beschränkt auf Verfahren zur Genehmigung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien – im BImSchG selbst verortet.

Durch die Einfügung des § 10 Absatz 5 Satz 2 BImSchG wurde die geltende Rechtslage nicht geändert. Bereits nach § 11 Satz 1 und 3 der 9. BImSchV galt und gilt, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde davon auszugehen hat, dass eine beteiligte Behörde sich nicht äußern will, wenn diese bis zum Ablauf der Monatsfrist keine Stellungnahme abgegeben hat (gesetzliche Vermutung eines Nichtäußerungswillens).

*§ 11 Satz 1 bis 3 der 9. BImSchV lautet:*

*„<sup>1</sup>Spätestens gleichzeitig mit der öffentlichen Bekanntmachung des Vorhabens fordert die Genehmigungsbehörde die Behörden, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird, auf, für ihren Zuständigkeitsbereich eine Stellungnahme innerhalb einer Frist von einem Monat abzugeben. <sup>2</sup>Die Antragsunterlagen sollen sternförmig an die zu beteiligenden Stellen versandt werden. <sup>3</sup>Hat eine Behörde bis zum Ablauf der Frist keine Stellungnahme abgegeben, so ist davon auszugehen, dass die beteiligte Behörde sich nicht äußern will.“*

Äußert sich die beteiligte Behörde nicht, hat die Genehmigungsbehörde in Ausübung ihrer Amtsermittlungspflicht eigenverantwortlich das jeweils betroffene Fachrecht zu prüfen und zu entscheiden, ob dieses der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens entgegensteht bzw. ob der Genehmigungsbescheid zur Wahrung der Genehmigungsvoraussetzungen mit Nebenbestimmungen zu versehen ist.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer UmweltR, 95. EL Mai 2021, BImSchG, § 10, Rn. 108

### 3. § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG

Nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG hat die Genehmigungsbehörde „*die Entscheidung in diesem Fall auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen.*“

#### a) Antragserfordernis, Form, Frist

Die Regelung setzt einen Antrag des Trägers des Vorhabens voraus. Der Antrag kann form- und fristlos gestellt werden.

#### b) Ersetzung der fachbehördlichen Stellungnahme

Nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG hat die Genehmigungsbehörde bei fehlender Stellungnahme einer beteiligten Fachbehörde auf Antrag die Entscheidung selbst zu treffen, wenn die Stellungnahme der Fachbehörde nicht innerhalb einer Frist von einem Monat eingeht. Diese Entscheidung hat die Genehmigungsbehörde inhaltlich auf Grundlage der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen. Für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens insgesamt ist nach wie vor die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der abschließenden Genehmigungs- bzw. Ablehnungsentscheidung maßgeblich.

##### aa) „*Entscheidung in diesem Fall*“

Nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG hat die Genehmigungsbehörde „*die Entscheidung in diesem Fall auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen*“. Unter „*die Entscheidung*“ ist dabei die Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens zu verstehen. Die Wörter „*in diesem Fall*“ stellen einen Bezug zu der Regelung in Satz 2 her. So wird die Regelung in Satz 3 auf den Bereich beschränkt, für den im Sinne von Satz 2 die fachbehördliche Stellungnahme fehlt.

##### bb) *Maßgebliche Sach- und Rechtslage*

Nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG hat die Genehmigungsbehörde die Entscheidung „*auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist*“ zu treffen, soweit die Stellungnahme einer zu beteiligenden Fachbehörde nicht innerhalb einer Frist von einem Monat eingeht. Durch diese Formulierung wird geregelt, dass die Genehmigungsbehörde ihre Genehmigungsentscheidung bezogen auf das betroffene Fachrecht auf der Grundlage der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zu treffen hat. Im Übrigen ist weiterhin – allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts entsprechend – auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Genehmigung insgesamt abzustellen.

Ob auch Gerichte für den betroffenen Rechtsbereich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Monatsfrist zugrunde legen werden, ist offen. Diese Rechtsunsicherheit nimmt der Träger des Vorhabens in Kauf, wenn er den Antrag im Sinne von § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG stellt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf eine mögliche fehlende Europarechtskonformität in Bezug auf den Artenschutz (insbesondere: Artikel 12, 16 Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) bzw. Artikel 5, 9 Vogelschutzrichtlinie (VS-RL)). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur FFH-RL und VS-RL ist die Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange bis zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung für die effektive Umsetzung der EU-Naturschutzrichtlinien

unverzichtbar.<sup>2</sup> Wird spät im Verfahren das Vorkommen einer besonders oder streng geschützten Art festgestellt und würde diese in der Zulassungsentscheidung nicht berücksichtigt (ggf. Prüfung der Voraussetzungen einer artenschutzrechtlichen Ausnahme), wird ggf. eine (EU-) rechtswidrige Entscheidung getroffen. Vor dem Hintergrund des in diesen Fällen bestehenden Risikos gerichtlicher Verfahren sind die Antragsteller in Bezug auf einen Antrag nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG entsprechend zu beraten.

**c) § 10 Absatz 6a Satz 2 BImSchG bleibt unberührt**

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde hat gemäß § 10 Absatz 6a Satz 2 BImSchG auch bei Vorliegen eines Antrags nach § 10 Absatz 5 Satz 3 BImSchG die Möglichkeit, die Frist zur Bescheidung des Genehmigungsantrags insgesamt um jeweils drei Monate zu verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. Die Fristverlängerung soll gegenüber dem Antragsteller begründet werden (§ 10 Absatz 6a Satz 3 BImSchG).

---

<sup>2</sup> Vgl. für die FFH-RL: EuGH, Urteil vom 11.06.2020 – C-88/19, Rn. 58; für die VS-RL: EuGH, Urteil vom 17.03.2021, C 900/19.

## II. § 16b BImSchG

§ 16b BImSchG erfasst Vorhaben, welche die Modernisierung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zum Gegenstand haben (Repoweringvorhaben). Durch die Formulierung „im Rahmen des Änderungsgenehmigungsverfahrens“ in Absatz 1 sowie durch die systematische Verortung der Vorschrift macht der Gesetzgeber deutlich, dass es sich bei den Verfahren, auf die § 16b BImSchG Anwendung findet, um Änderungsgenehmigungsverfahren handelt. Die Prüfung, ob Genehmigungsbedürftigkeit nach § 4 oder § 16 BImSchG vorliegt, und die Prüfung, ob das Vorhaben nach § 15 BImSchG anzuzeigen ist, haben insoweit nicht mehr zu erfolgen. Bei Anwendbarkeit des § 16b BImSchG kann, soweit § 16b BImSchG keine abweichenden Regelungen trifft, insbesondere auf die Vorgaben des § 16 BImSchG zurückgegriffen werden. Dies gilt beispielsweise für die in § 16 Absatz 3 Satz 1 BImSchG geregelten Fristen.

Die Absätze 3 und 6 des § 16b BImSchG gelten (so der Wortlaut) nur für Windenergieanlagen. Der Begriff Windenergieanlage meint in diesem Kontext eine einzelne Windkraftanlage.<sup>3</sup> Die übrigen Absätze (darunter Absatz 2) gelten – wie auch der amtlichen Überschrift von § 16b zu entnehmen ist – für alle Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien.

### 1. § 16b Absatz 1 BImSchG

*„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.“*

#### a) Anwendbarkeit des § 16b Absatz 1 BImSchG

##### aa) *Antragserfordernis*

Die Anwendbarkeit des § 16b Absatz 1 BImSchG setzt einen Antrag des Vorhabenträgers voraus. Liegt ein Antrag nicht vor, richtet sich die Prüfung nach den übrigen Regelungen des BImSchG, insbesondere nach § 4 bzw. § 16 BImSchG.

##### bb) *Legaldefinition „Repowering“*

§ 16b Absatz 1 BImSchG beinhaltet eine Legaldefinition des Begriffs „Repowering“. Danach ist Repowering die Modernisierung einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien. Der in der Legaldefinition verwendete Begriff „Modernisierung“ wird in § 16b Absatz 2 BImSchG bestimmt. Die Bestimmung des Begriffs „Modernisierung“ in § 16b Absatz 2 BImSchG ist daher für die Anwendbarkeit des § 16b Absatz 1 BImSchG maßgeblich.

Auf die Ausführungen zu § 16b Absatz 2 BImSchG wird verwiesen.

Der Durchführung eines Neugenehmigungsverfahrens (bzw. eines herkömmlichen Änderungsgenehmigungsverfahrens) bedarf es nur dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16b Absatz 1, 2 BImSchG nicht vorliegen. Hierin zeigt sich die deutliche Privilegierung der von

---

<sup>3</sup> Gemeint sind nur Windkraftanlagen, die für sich genommen oder unter Einbeziehung weiterer Anlagen unter die Nummer 1.6 Anhang 1 der 4. BImSchV zu fassen sind.

§ 16b BImSchG erfassten Vorhaben, denn bei umfassenden Modernisierungen kann, anders als bislang, auf die Durchführung eines Neugenehmigungsverfahrens verzichtet werden.

*cc) Anwendung setzt eine BImSchG-Genehmigung voraus*

§ 16b BImSchG modifiziert das Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16 BImSchG (siehe zu 1.). Wie üblich bei Änderungsgenehmigungsverfahren muss die Bestandsanlage bereits immissionsschutzrechtlich genehmigt sein oder gemäß § 67 (insbesondere § 67 Absatz 9 Satz 1 BImSchG) oder § 67a BImSchG als immissionsschutzrechtlich genehmigt gelten. Anderenfalls ist ein Neugenehmigungsverfahren durchzuführen.

Für dieses Ergebnis spricht neben dem Wortlaut des § 16 Absatz 1 BImSchG, der die wesentliche Änderung von (zuvor) genehmigungsbedürftigen Anlagen regelt, auch der Sinn und Zweck des § 16b BImSchG: Nur dann, wenn die Anlage in ihrer Gesamtheit einmal auf die Einhaltung der BImSchG-Anforderungen geprüft wurde, ist es vertretbar, insbesondere den materiell-rechtlichen Prüfungsumfang gemäß § 16b BImSchG zu beschränken (mit Ausnahme der von den §§ 67 und 67a BImSchG erfassten Fälle).

**b) Delta-Prüfung**

*aa) Gegenwärtiger Zustand*

Mit dem „gegenwärtigen Zustand“ ist der genehmigte Zustand gemeint. Hierfür spricht die Systematik: So ist auch im Rahmen der Prüfungen nach §§ 15, 16 BImSchG auf die Anlage in ihrer gestatteten Form abzustellen (vgl. Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 95. EL Mai 2021, § 15 Rn. 36 ff. m.w.N.; Jarass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 16 Rn. 7). Ein Abstellen auf den tatsächlichen Zustand würde zu einer Begünstigung der Vorhabenträger führen, die ihre Anlagen illegal außerhalb der Genehmigung betrieben haben.

*bb) Beschränkter Prüfungsumfang*

§ 16b Absatz 1 BImSchG verweist dem Wortlaut nach auf den gesamten § 6 BImSchG. Grundsätzlich bezieht sich demnach die Delta-Prüfung auf alle Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Absatz 1 BImSchG. Allerdings enthält § 16b Absatz 3 BImSchG eine Sonderregelung zu § 16b Absatz 1 BImSchG für den Lärmschutz beim Repowering von Windenergieanlagen. Schließlich legt § 16b Absatz 5 BImSchG fest, dass die Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, insbesondere des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, und der Belange des Arbeitsschutzes nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 BImSchG unberührt bleibt.

Deshalb kann die in § 16b Absatz 1 BImSchG vorgesehene Delta-Prüfung – vorbehaltlich der Sonderregelung in § 16b Absatz 3 BImSchG – nur bezogen auf die Inhalte des § 6 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG stattfinden. Damit legt § 16b Absatz 1 BImSchG letztlich den Umfang der materiell-rechtlichen Prüfung in Bezug auf die Inhalte des § 6 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG fest, soweit sich für Belange des Lärmschutzes aus § 16b Absatz 3 BImSchG nichts anderes ergibt.

Der ursprüngliche (immissionsschutzrechtliche) Genehmigungsbescheid ist zusammen mit den ihm zugrundeliegenden Unterlagen der Ausgangspunkt der Delta-Prüfung. Die Unterlagen müssen es der zuständigen Behörde ermöglichen, die neu hinzukommenden nachteiligen Auswirkungen auf die in § 1 BImSchG genannten Schutzgüter im Vergleich zu den bereits bestehenden Auswirkungen der Bestandsanlage zu prüfen. Soweit im Vergleich zum genehmigten Zustand durch das Repowering keine nachteiligen Auswirkungen hervorgerufen werden, bedarf es – unabhängig von den beabsichtigten Änderungen von Anlagenteilen oder Verfahrensschritten – keiner weiteren Prüfung. Soweit im Vergleich zum genehmigten Zustand durch das Repowering nachteilige Auswirkungen

hervorgerufen werden und diese für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG erheblich sein können, sind geeignete Unterlagen vorzulegen, um die Delta-Prüfung nach § 16b Absatz 1 BImSchG vornehmen zu können.

## 2. § 16b Absatz 2 BImSchG

*„<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.“*

§ 16b Absatz 2 BImSchG bestimmt den Begriff der Modernisierung, welcher in der Legaldefinition „Repowering“ des § 16b Absatz 1 BImSchG verwendet wird.

Auf diese Weise werden Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 16b BImSchG (insbesondere des § 16b Absatz 1 BImSchG) festgelegt.

§ 16b Absatz 2 Satz 1 BImSchG greift die Begriffsbestimmung „Repowering“ in Artikel 2 Unterabsatz 2 Nummer 10 der Richtlinie (EU) 2018/2001 (RED II) auf.<sup>4</sup> Im Lichte der Richtliniendefinition ist der Begriff der Modernisierung nicht auf den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten beschränkt, sondern schließt auch andere Modernisierungsmaßnahmen der Anlage oder Anlageteile ein. Der Wortlaut „umfasst“ lässt eine derartige Auslegung zu. Für eine weite Auslegung des Begriffs der „Modernisierung“ spricht auch der Sinn und Zweck der Regelung. § 16b BImSchG dient der Beschleunigung der Genehmigungsverfahren für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien.

§ 16b Absatz 2 Satz 2 BImSchG beinhaltet Voraussetzungen, die bei einem vollständigen Austausch einer Anlage im Sinne von § 16b Absatz 2 Satz 1 BImSchG zu berücksichtigen sind. Die zeitliche Voraussetzung (Nummer 1) und die räumliche Voraussetzung (Nummer 2) müssen kumulativ vorliegen.

Aufgrund des weit gefassten Wortlauts kann es sich auch bei einer Erhöhung der Anlagenzahl um Repowering im Sinne des § 16b BImSchG handeln, also bspw. die Errichtung von zwei Neuanlagen, bei Rückbau von einer Bestandsanlage. Altanlagen dürfen jeweils nur in einem Repoweringvorhaben zugrunde gelegt werden.

---

<sup>4</sup> Artikel 2 Unterabsatz 2 Nummer 10 der Richtlinie (EU) 2018/2001 lautet: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck [...] 10. „Repowering“ 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;“.

**a) § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BImSchG**

Bei einem vollständigen Austausch der Anlage muss die neue Anlage nach § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BImSchG „innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden“.

Die Einhaltung der in Satz 2 genannten Anforderungen kann nicht durch die Aufnahme von Nebenbestimmungen nach § 12 BImSchG sichergestellt werden. Nach § 12 Absatz 1 Satz 1 BImSchG kann die Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Bei den in § 16b Absatz 2 Satz 2 genannten Anforderungen handelt es sich aber nicht um in § 6 BImSchG genannte Genehmigungsvoraussetzungen. Entsprechende Nebenbestimmungen wären auch nicht zulässig, weil § 16b Absatz 2 Satz 2 BImSchG konkret gefasste gesetzliche Anforderungen enthält. Auf diese Anforderungen könnte im Rahmen des Genehmigungsbescheides lediglich hingewiesen werden.

Im Rahmen der Antragsunterlagen muss plausibel und nachvollziehbar dargelegt werden, dass diese Zeitvorgabe eingehalten wird. Die Genehmigungsbehörde muss die Plausibilität prüfen und in der Begründung zur Genehmigung entsprechend bestätigen. Gelingt eine plausible Darlegung nicht, ist der Antragsteller auf ein Verfahren nach § 4 bzw. § 16 BImSchG zu verweisen.

Vor dem Hintergrund des Wortlauts der Regelung muss der Betreiber darlegen, dass die Anlage zu dem genannten Zeitpunkt vollständig errichtet sein wird. Anderenfalls hätte eine Formulierung wie in § 18 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG gewählt werden müssen („wenn nicht mit der Errichtung begonnen worden ist.“). Vollständig errichtet bedeutet, dass alle Anlagenteile und die zugehörige anlagenbezogene Infrastruktur, die von der BImSchG-Genehmigung umfasst sind, errichtet sein müssen.

Analog § 18 Absatz 3 BImSchG kann die Genehmigungsbehörde auf Antrag die Frist aus wichtigem Grunde verlängern, wenn hierdurch der Zweck des Gesetzes nicht gefährdet wird. Die hierfür erforderliche planwidrige Regelungslücke ist gegeben. Der Gesetzgeber lässt Fallkonstellationen unregelt, in denen die Nichteinhaltung der Frist dem Antragsteller nicht zugerechnet werden kann. Für diese Fälle gibt es keine geeignete gesetzliche Regelung, auf die zurückgegriffen werden kann. Die gesetzlichen Möglichkeiten einer Rücknahme bzw. eines Widerrufs treffen nur Regelungen für die Aufhebung der Genehmigung insgesamt, aber nicht für eine Fristverlängerung. Da die Regelung am Ende des Gesetzgebungsverfahrens kurzfristig noch eingefügt wurde ist von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke auszugehen. Auch die Interessenlage ist vergleichbar. Nach § 18 Absatz 3 BImSchG können sowohl die Frist nach Absatz 1 Nummer 1 als auch die Frist nach Absatz 1 Nummer 2 durch die Genehmigungsbehörde verlängert werden. Bei der Frist nach § 18 Absatz 1 Nummer 2 BImSchG handelt es sich wie vorliegend um eine gesetzliche Frist. Nur durch die analoge Anwendung kann vermieden werden, dass u. U. etwas Unmögliches von dem Antragsteller verlangt wird, insbesondere dann, wenn die Nichteinhaltung der Frist nicht in seinem Verantwortungsbereich fällt. Im Genehmigungsbescheid sollte darauf hingewiesen werden, dass eine Fristverlängerung analog § 18 Absatz 3 BImSchG auf Antrag möglich ist und dass dieser Antrag vor Ablauf der Frist bei der zuständigen Genehmigungsbehörde eingegangen sein muss.

**b) § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BImSchG**

Nach § 16b Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BImSchG darf der Abstand zwischen einer Bestandsanlage und einer künftigen Anlage höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage betragen. Maßgeblicher Bezugspunkt ist bei Windenergieanlagen jeweils der Mastmittelpunkt (vgl. BT-Drs. 19/30954, S. 12).

Sofern kein 1:1-Austausch stattfindet, darf der Abstand der neuen Anlage zu der Bestandsanlage, welche rückgebaut wird, höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage betragen. Im Hinblick auf die Einhaltung der Anforderungen des § 16b Absatz 2 Nummer 2 BImSchG ist unschädlich, wenn weitere Altanlagen in einem größeren Abstand standen oder noch stehen. Andernfalls würde der Anlagenbetreiber unbegründet benachteiligt werden, der mehrere Bestandsanlagen hat. In den Antragsunterlagen sind die jeweiligen Abstände konkret darzustellen, da die Antragsunterlagen Bestandteil der Genehmigung werden.

Der Wortlaut ist so eindeutig formuliert, dass auch geringfügige Abweichungen von dieser Zweifachen Höhenregelung im Verfahren nach § 16b BImSchG nicht zulässig sind.

### 3. § 16b Absatz 3 BImSchG

*„<sup>1</sup>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.“*

In § 16b Absatz 3 BImSchG kommt für das Repowering von Windenergieanlagen im Hinblick auf Lärmschutzbelange der Gedanke einer „Verbesserungsgenehmigung“ zum Ausdruck. Die Regelung ermöglicht das Repowering von Windenergieanlagen, wenn nach der Modernisierung hinsichtlich der Gesamtbelastung nicht alle Immissionsrichtwerte der TA Lärm eingehalten werden, die Immissionssituation aber insgesamt verbessert wird.

Die Verbesserung ergibt sich konkret aus dem Umstand, dass der Immissionsbeitrag der Windenergieanlage nach der Modernisierung niedriger ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlagen (§ 16b Absatz 3 Nummer 1 BImSchG, Berechnung des Delta). Außerdem muss die Windenergieanlage dem Stand der Technik entsprechen (§ 16b Absatz 3 Nummer 2 BImSchG).

Im Rahmen der Anwendung der Regelung ist zunächst zu ermitteln, ob die Gesamtbelastung nach Realisierung des Repoweringvorhabens oberhalb der Richtwerte der Nummer 6.1 der TA Lärm liegen wird, denn nur dann bedarf es der Vergleichsbetrachtung des Absatz 3. Für den Fall, dass die Gesamtbelastung an den maßgeblichen Immissionsorten den Immissionsrichtwert einhält, dürfte die neue Anlage auch lauter als die alte werden.

Ist diese Voraussetzung erfüllt, sind die konkreten Immissionsbeiträge der Neuanlage und der durch diese ersetzten Windenergieanlagen zu vergleichen. Gemäß § 16b Absatz 3 Nummer 1 BImSchG muss der Teilbeitrag der Windenergieanlage an den maßgeblichen Immissionsorten nach dem Repowering niedriger sein als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlagen. Ein niedrigerer Immissionsbeitrag muss unter Berücksichtigung der statistischen Unsicherheiten (siehe dazu nachstehende Absätze) der einzelnen Teilpegel ausreichend sicher gewährleistet sein.

Erfüllt die ersetzende Windenergieanlage zusätzlich den Stand der Technik (§ 16b Absatz 3 Nummer 2 BImSchG), steht eine Lärmgesamtbelastung oberhalb der Richtwerte der TA Lärm einem Repowering nicht entgegen.

Nach den Hinweisen zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen (WKA) der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI) vom 30.06.2016 und den auf dieser Grundlage ergangenen Erlassen der Länder ist davon auszugehen, dass die Lärmprognoseberechnung zur Ermittlung des Immissionsbeitrages von Neuanlagen sowie der Gesamtbelastung mittels des sog. Interimsverfahrens erfolgt. Dieses führt im Vergleich zum sog. alternativen Verfahren in der Regel zu höheren Werten bei der Ermittlung der Lärmbelastung.

Bei der konkreten Anwendung des § 16b Absatz 3 Nummer 1 BImSchG ist zu beachten, dass eine Vergleichbarkeit der für die zu ersetzenden Anlagen und die Neuanlage errechneten Werte gegeben sein muss. Dies wird u. a. durch eine Anwendung des gleichen Verfahrens (z. B. des Interimsverfahrens) erreicht. Zur Berechnung der Immissionsbeiträge wird auf die Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen (WKA) der LAI verwiesen.

Der seit dem 31. August 2021 geltende § 16b Absatz 3 BImSchG ist eine gegenüber den Vorgaben der Sechsten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) selbständige Regelung für das Repowering von Windenergieanlagen.

Daneben kann die in Nummer 3.2.1 der TA Lärm vorgesehene „Prüfung im Regelfall“ oder die in Nummer 3.2.2 der TA Lärm vorgesehene „Ergänzende Prüfung im Sonderfall“ beim Repowering von Windenergieanlagen dazu führen, dass eine über den Richtwerten der Nummer 6.1 der TA Lärm liegende Lärmbelastung zulässig ist.

#### **4. § 16b Absatz 4 BImSchG**

*„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.“*

§ 16b Absatz 4 BImSchG legt fest, dass die Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, insbesondere des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, und der Belange des Arbeitsschutzes nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 BImSchG unberührt bleibt. Im Übrigen wird auf die Ausführungen in II. 1. b) verwiesen.

#### **5. § 16b Absatz 5 BImSchG**

*„Auf einen Erörterungstermin soll verzichtet werden, wenn nicht der Antragsteller diesen beantragt.“*

Diese „Soll-Regelung“ hat im Vergleich zu dem offenen Ermessen nach § 10 Absatz 6 BImSchG i. V. m. § 16 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 der 9. BImSchV eine ermessenslenkende Wirkung in Bezug auf ein Entfallen des Erörterungstermins.

Bei atypischen Sachverhalten ist jedoch auch ohne Antrag ein Erörterungstermin durchzuführen. Dabei ist in die Entscheidung mit einzubeziehen, dass der Zweck des Erörterungstermins generell darin besteht, eine Aussprache über gegensätzliche Positionen zu ermöglichen und dadurch die Informations- und Entscheidungsgrundlage der Genehmigungsbehörde zu verbreitern (Jarass BImSchG, 13. Aufl. 2020, BImSchG § 10 Rn. 96). Dem gegenüber steht die vom Gesetzgeber intendierte Beschleunigung des Verfahrens.

## 6. § 16b Absatz 6 BImSchG

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

§ 16b Absatz 6 BImSchG enthält Verfahrensregelungen zum vereinfachten (Genehmigungs-) Verfahren nach § 19 BImSchG beim Repowering von Windenergieanlagen.

### a) § 16b Absatz 6 Satz 1 und 2 BImSchG

Nach § 16b Absatz 6 Satz 1 BImSchG findet für das Repowering von bis zu 19 Windenergieanlagen das vereinfachte Verfahren nach § 19 BImSchG Anwendung. § 16b Absatz 6 Satz 2 BImSchG sieht vor, dass § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c der 4. BImSchV unberührt bleibt.

Hinsichtlich der in § 16b Absatz 6 Satz 1 BImSchG genannten „bis zu 19 Windenergieanlagen“ ist auf die Anzahl der zu modernisierenden Anlagen – nicht auf die Anzahl der Bestandsanlagen – abzustellen. Der Begriff Windenergieanlage meint in diesem Kontext eine einzelne Windkraftanlage (vgl. Nummer 1.6 Anhang 1 der 4. BImSchV).

Wegen der Regelung in Satz 2 findet das förmliche Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) auch für Repoweringvorhaben nach § 16b BImSchG von bis zu 19 Windenergieanlagen Anwendung, wenn hierfür eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Diese Regelung stellt sicher, dass die unionsrechtlichen Vorgaben zur Beteiligung der Öffentlichkeit beachtet werden. Der Verweis auf die §§ 3a bis 3f UVPG in § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c der 4. BImSchV bezieht sich dabei auf die Bestimmungen über die Voraussetzungen für eine Umweltverträglichkeitsprüfung in der bis zum 28. Juli 2017 geltenden Fassung des UVPG, die im geltenden UVPG in den §§ 4 bis 14a enthalten sind.

Die spezielle Regelung des § 16b Absatz 6 Satz 1 und 2 BImSchG geht der allgemeinen Regelung des § 16 Absatz 2 BImSchG vor.

Dem Träger des Vorhabens bleibt es unbenommen, („freiwillig“) einen Antrag nach § 19 Absatz 3 BImSchG zu stellen. In diesem Fall ist ein förmliches Genehmigungsverfahren durchzuführen und die Öffentlichkeit zu beteiligen (§ 10 BImSchG).

### b) § 16b Absatz 6 Satz 3 und 4 BImSchG

Die Regelungen in Satz 3 und 4 führen dazu, dass bei einer wirksamen öffentlichen Bekanntmachung auf Antrag des Antragsstellers die Rechtsbehelfsfrist gegenüber Dritten ausgelöst wird. Diese Frage ist in Bezug auf die Regelungen des § 21a der 9. BImSchV in Rechtsprechung und Literatur bislang umstritten. Verschiedene obergerichtliche Entscheidungen haben dies jedoch bestätigt. Für die Verfahren nach § 16b BImSchG wurde diese Frage nunmehr gesetzlich geklärt.

Wird die Genehmigung auf Antrag des Trägers des Vorhabens öffentlich bekannt gemacht, dann gilt nach § 16b Absatz 6 Satz 4 BImSchG § 10 Absatz 8 Satz 2 bis 6 BImSchG entsprechend. Da im vereinfachten Verfahren keine Einwendungen Dritter denkbar sind, bedeutet die „entsprechende“ Anwendung von § 10 Absatz 8 Satz 5 BImSchG, dass der Bescheid gegenüber jedermann als zugestellt gilt und hierauf in der Bekanntmachung hinzuweisen ist.

### III. § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG

*„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:*

*[...]*

*4. § 16b ist entsprechend anzuwenden.“*

§ 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG sieht die entsprechende Anwendung des § 16b BImSchG vor.

Das unter II. Ausgeführte gilt entsprechend.