

Berlin, 6. Januar 2025

BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin
www.bdeu.de

BlmSchG-Novelle 2024

Anwendungshilfe zum Verfahrensrecht Schwerpunkt Windenergie an Land

Version 1.0, Stand: 06.01.2025

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Der BDEW ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung sowie im europäischen Transparenzregister für die Interessenvertretung gegenüber den EU-Institutionen eingetragen. Bei der Interessenvertretung legt er neben dem anerkannten Verhaltenskodex nach § 5 Absatz 3 Satz 1 LobbyRG, dem Verhaltenskodex nach dem Register der Interessenvertreter (europa.eu) auch zusätzlich die BDEW-interne Compliance Richtlinie im Sinne einer professionellen und transparenten Tätigkeit zugrunde. Registereintrag national: R000888. Registereintrag europäisch: 20457441380-38

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	4
I. Allgemeines	5
II. Vorzeitiger Beginn	5
1. Anwendungsbereich	6
2. Voraussetzungen	6
3. Prüfungsumfang	7
4. Weiteres	8
III. Vorbescheid für Windenergieanlagen	9
1. Voraussetzungen für den Vorbescheidsantrag nach § 9 Abs. 1a BImSchG	9
2. Anforderungen an die einzureichenden Antragsunterlagen	10
3. (Keine) Maximalzahl von Vorbescheiden nach § 9 Abs. 1a BImSchG für ein Projekt	11
4. Wirkungen des Vorbescheids nach Maßgabe der Vorbescheidsfrage	12
5. Ablauf des Vorbescheidsverfahrens und Bindungsdauer des Vorbescheids	16
IV. Ablauf des Genehmigungsverfahrens	17
1. Elektronische Antragstellung	17
2. Vollständigkeit der Antragsunterlagen	18
3. Bekanntmachung des Vorhabens	23
4. Beteiligung der Fachbehörden	28
5. Erörterungstermine	38
6. Gesamtfrist für Genehmigungsentscheidung	41
7. Bekanntmachung des Genehmigungsbescheids	43
8. Neuregelung zum Projektmanager	46
V. Vorgaben zum Rechtsschutz Dritter	48
VI. Änderungen nach Genehmigungserteilung	49
1. Änderung von Nebenbestimmungen zur Genehmigung	49
2. Vereinfachter Typenwechsel nach Genehmigungserteilung	51
3. Leistungs- und Ertragserhöhung ohne bauliche Änderungen	60

VII. Repowering.....	62
1. Anwendungsbereich der Sonderregelung in § 16b BImSchG	62
2. Trägerverfahren	66
3. Beteiligung der Fachbehörden.....	67
4. Einverständniserklärung bei fehlender Betreiberidentität.....	67
5. Vergleichsbetrachtung	69
6. Weiterbetrieb der Bestandsanlage und Verbot des Parallelbetriebs.....	72
Anhang I – Ablauf des förmlichen Genehmigungsverfahrens ab Einreichen des Antrags	74
Anhang II – Ablauf des vereinfachten Genehmigungsverfahrens ab Einreichen des Antrags..	75

Vorbemerkung

Die Anwendungshilfe behandelt die wichtigsten praxisrelevanten Änderungen im Verfahrensrecht, die mit der am 9. Juli 2024 in Kraft getretenen Novelle des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BIm-SchG) einhergehen. Sie richtet sich an Praktikerinnen und Praktikerinnen sowie Mitarbeitende in Unternehmen, die mit den Genehmigungsverfahren betraut sind. Unter Rückgriff auf die klassischen Auslegungsmethoden werden Handlungsempfehlungen für eine Handhabung der Normen in der Genehmigungspraxis gegeben.

- ⇒ Der Gesetzestext ist im Wortlaut in **roten Kästen** abgedruckt.
- ⇒ In **beigen Kästen** finden sich Zusatzinfos wie z. B. Auszüge aus der Gesetzesbegründung unter Angabe der Fundstellen in den Fußnoten.
- ⇒ Mit **(P)** werden die für die Praxis relevanten, auslegungsbedürftigen Probleme gekennzeichnet und Lösungen zugeführt.

Disclaimer

Diese Anwendungshilfe wurde in Abstimmung mit den Gremien „IFA Planung und Genehmigung“ und „PG Wind an Land“ des BDEW erstellt und gibt die dort vorherrschende Rechtsauffassung wieder. Sie ersetzt keine eigenständige Rechtsberatung.

Aktualisierung

Diese Anwendungshilfe wird bei Bedarf aktualisiert, um zukünftigen Entwicklungen in der Vollzugspraxis Rechnung zu tragen.

Autorinnen und Autoren

Autorinnen und Autoren der zur Gremienabstimmung übermittelten Fassung der Anwendungshilfe: Dr. Jan Thorbecke, Dr. Marielle Schuster, Annette Reisch, Tim Krautschneider, Laura Farbacher, Dr. Bernd Ochtendung

I. Allgemeines

Das „Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht“ vom 3. Juli 2024¹, welches am 9. Juli 2024 in Kraft getreten ist, dient der **Beschleunigung** immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren.² Insbesondere galt die Dauer immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren als Hemmnis für den zügigen Ausbau der Windenergie.³ Nach erster Rezeption in der Literatur werden die Änderungen zwar positiv bewertet, gleichwohl wird aber betont, dass angesichts von Auslegungsfragen in der Praxis noch weitere Klarstellungen wünschenswert wären.⁴ Dieser Leitfaden soll hierzu eine Anwendungshilfe bieten. Im Sinne der gesetzgeberischen Intention wird dabei grundsätzlich davon ausgegangen, dass Vorschriften im Zweifel so auszulegen sind, dass sie immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren **möglichst weitreichend beschleunigen** und vereinfachen.

II. Vorzeitiger Beginn

§ 8a Abs. 1 S. 2 und S. 3 BImSchG:

„(1) (...) 2Satz 1 Nummer 1 findet auf Antrag des Antragstellers keine Anwendung in Verfahren zur Erteilung

- *einer Genehmigung für eine Anlage auf einem bereits bestehenden Standort,*
- *einer Änderungsgenehmigung.*

3In den Fällen des Satzes 2 dürfen die für die beantragten vorläufigen Maßnahmen relevanten Vorschriften dieses Gesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften sowie sonstige für die beantragten vorläufigen Maßnahmen relevante öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der vorzeitigen Zulassung nicht entgegenstehen. (...)“

Die neu eingefügten Sätze 2 und 3 des § 8a Abs. 1 BImSchG enthalten Regelungen über die erleichterte Zulassung des vorzeitigen Beginns in bestimmten Fällen. Namentlich entfällt auf Antrag des Antragstellers die sog. Prognoseentscheidung gem. § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG. Diese stellte in der bisherigen Praxis oftmals eine Ursache für Verzögerungen und Rechtsunsicherheiten namentlich bei Großprojekten dar.⁵ Die nach alter Rechtslage bestehenden Unklarheiten, welche Verfahrensschritte zur Annahme einer positiven Genehmigungsprognose durchzuführen waren⁶, führten in der Praxis oftmals dazu, dass Zulassungen des vorzeitigen Beginns erst kurz

¹ BGBl 2024 I Nr. 225.

² Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 1.

³ Burkert, EnK-Aktuell 2024, 010381.

⁴ Uibleisen/Götz, NVwZ 2024, 1121, 1126.

⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 35.

⁶ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20. Februar 2020 – OVG 11 S 8/20, ZUR 2020, 368, 370 f.

vor Erteilung einer (Teil-)Genehmigung erlassen wurden⁷ und somit in vielen Fällen keinen nennenswerten beschleunigenden Effekt entfalten konnten. Die Ergänzung soll die Zulassung des vorzeitigen Beginns bei bestehenden Standorten und im Fall einer Änderungsgenehmigung beschleunigen.

1. Anwendungsbereich

Die Vorschrift findet unproblematisch auf alle Verfahren zur Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen (Teil-/Änderungs-)Genehmigung Anwendung, die seit dem 9. Juli 2024 eingeleitet worden sind oder noch eingeleitet werden. In Ermangelung einer Übergangsvorschrift sowie vor dem Hintergrund der angestrebten Beschleunigung ist sie jedoch auch für alle vor diesem Datum eingeleiteten und noch nicht abgeschlossenen Verfahren zur Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen (Teil-)Genehmigung anwendbar.

2. Voraussetzungen

Nach § 8a Abs. 1 S. 2 BImSchG findet Satz 1 Nummer 1 auf Antrag des Antragstellers keine Anwendung. Ist bereits ein Antrag auf Zulassung des vorzeitigen Beginns gestellt, kann der Antragsteller den Antrag nach § 8a Abs. 1 S. 2 BImSchG in jeder Phase des Verfahrens ergänzend stellen. Es ist hierzu nicht erforderlich, den bereits eingereichten Antrag zurückzuziehen und auf Grundlage des § 8a Abs. 1 S. 2 BImSchG neu zu stellen. Es ist unklar, ob der Antrag nach § 8a Abs. 1 S. 2 BImSchG die Formerfordernisse des § 10 Abs. 1 S. 1 BImSchG (schriftlich oder elektronisch) einhalten muss. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten empfiehlt sich aber zumindest einstweilen eine schriftliche (d. h. mit handschriftlicher Unterschrift versehene) Einreichung. Die Verfahrenserleichterung findet Anwendung bei einer Genehmigung für eine Anlage an einem bereits bestehenden Standort und bei einer Änderungsgenehmigung.

(P) Was ist ein bereits bestehender Standort?

Der Begriff des bestehenden Standorts ist gesetzlich nicht definiert. Auch in den Gesetzesmaterialien finden sich keine Hinweise für eine Definition, einschlägige Rechtsprechung ist bislang ebenfalls nicht ersichtlich. Daher ist der Begriff nach den anerkannten juristischen Methoden auszulegen. Nach der hier vertretenen Rechtsauffassung ist unter einem „bereits bestehenden Standort“ ein Grundstück oder ein (Werks-)Gelände aus ggf. mehreren Grundstücken zu verstehen, auf denen bereits mindestens (irgend-)eine immissionsschutzrechtlich oder baurechtlich genehmigte Anlage vorhanden ist. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem „bestehenden Standort“ und der neuen Anlage wird nach dem Gesetzeswortlaut nicht verlangt. Gefordert ist auch nicht, dass die neu zu genehmigende Anlage unter der gleichen Nummer des Anhangs 1 der 4. BImSchV genannt ist wie die schon genehmigte Anlage. Auch die Gesetzesmaterialien enthalten keinen Hinweis auf eine sachliche Verknüpfung oder weitere Voraussetzungen an die

⁷ BVerwG, Beschluss vom 30. April 1991 –7 C 35.90, Buchholz 451.22 Nr. 42, S. 88.

neue Anlage. Namentlich in Abgrenzung zur Tatbestandsalternative der Änderungsgenehmigung dürfte es danach ausreichend sein, dass an dem Standort (irgend-)eine immissionsschutzrechtlich oder baurechtlich genehmigungsbedürftige Anlage bereits genehmigt und vorhanden ist. Dafür spricht auch, dass solche Standorte unabhängig der konkreten Art der immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage bereits gewerblich-industriell vorgeprägt sind und der Aufsicht und Kontrolle der zuständigen Überwachungsbehörden unterliegen.

Änderungsgenehmigungen sind alle Genehmigungen nach den §§ 16, 16a und 16b BImSchG, unabhängig davon, ob es sich um eine qualitative oder eine quantitative Änderung⁸ handelt.

3. Prüfungsumfang

In den Fällen des § 8a Abs. 1 S. 2 BImSchG dürfen den beantragten vorläufigen Maßnahmen relevanten Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, sonstige für sie relevante öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes nicht entgegenstehen (§ 8a Abs. 1 S. 3 BImSchG).

Welche Maßnahmen vorläufig beantragt werden, hängt von der Formulierung des Antrags ab und ist nach § 24a Abs. 2 Nr. 3 der 9. BImSchV im Bescheid genau zu bezeichnen. Praktisch in Betracht kommen werden Maßnahmen der Baufeldfreimachungen und -vorbereitung, Baustelleneinrichtungen, aber auch Maßnahmen der Errichtung der Anlage selbst.

Die Behörde hat nach § 8a Abs. 1 S. 3 BImSchG lediglich zu prüfen, ob den jeweils beantragten Maßnahmen für sie relevante Vorschriften entgegenstehen. Eine positive Prognose bezogen auf das gesamte Vorhaben ist gerade nicht mehr erforderlich. Der Antragsteller hat im Antrag nach § 8a Abs. 1 S. 2 BImSchG geeignete Angaben zu machen. Spezifische Gutachten und weitere Antragsunterlagen werden für die Zulassung des vorzeitigen Beginns im Regelfall nicht erforderlich sein, da die Genehmigungsbehörde insofern auf die Antragsunterlagen zur Erteilung der Genehmigung zurückgreifen kann. Weil die Behörde nach § 8a Abs. 1 S. 3 BImSchG aber nur die jeweils relevanten Vorschriften zu prüfen hat, kommt es nach der hier vertretenen Rechtsauffassung auch nur auf die Vollständigkeit – im Sinne der Prüfbarkeit, vgl. § 7 Abs. 2 S. 2 und S. 3 der 9. BImSchV – der hierauf bezogenen Antragsunterlagen an.

Nach § 8a Abs. 1 S. 3 BImSchG dürfen auch nur die für die beantragten vorläufigen Maßnahmen relevanten Vorschriften der Zulassung des vorzeitigen Beginns nicht entgegenstehen. Diese Prüfung kann allein die Genehmigungsbehörde auf Grundlage der Antragsunterlagen vornehmen, die Hinzuziehung externen Sachverständigen ist nicht erforderlich. Nach hiesiger Ansicht dürfte daher auch nicht erforderlich sein, dass (vorläufige) Stellungnahmen der Fachbehörden vorliegen. Die etwaige Unvollständigkeit von Antragsunterlagen oder noch fehlende Stellungnahmen, die sich nicht auf die vorläufig zuzulassenden Maßnahmen beziehen, hindern die Prüfung nach § 8a Abs. 1 S. 3 BImSchG nicht. Erst recht ist nicht erforderlich, dass eine etwaig gesetzlich

⁸ Vgl. zu den Begrifflichkeiten: Storost, in: Ule/Laubinger/Repkewitz, BImSchG, § 16 BImSchG, Rn. B8 m.w.N.

vorgeschriebene Öffentlichkeitsbeteiligung bereits durchgeführt wurde. Dies war schon nach al-
ter Rechtslage nicht in jedem Fall erforderlich.⁹ Eine solche Forderung liefe dem gesetzgeberi-
schen Zweck der erleichterten Zulassung des vorzeitigen Beginns zuwider.

Für die vorläufig zuzulassenden Maßnahmen relevante Vorschriften können mit Blick auf den
Immissionsschutz insbesondere Vorschriften der AVV Baulärm sowie zur Vermeidung von Staub
sein. Da regelmäßig keine vorzeitige Zulassung des Betriebs zulässig ist (vgl. § 8a Abs. 3 Blm-
SchG), werden ausschließlich auf den Betrieb der Anlage bezogene immissionsschutzrechtliche
Vorgaben wie die TA Lärm, TA Luft sowie die meisten Anforderungen der Rechtsvorordnungen
nach § 7 Abs. 1 S. 1 BlmSchG nicht zu prüfen sein. Im Übrigen können für die Errichtung einer
Anlage Vorschriften des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, des besonderen Artenschutz-
rechts und ggf. des Grundwasserschutzrechts relevant sein.

Hinsichtlich der an die Vorschriften anzulegenden Prüfindensität ist angesichts des Wortlauts
„dürfen die [...] relevanten Vorschriften [...] nicht entgegenstehen“ unklar, in welcher Tiefe die
für die vorläufigen Maßnahmen relevanten öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen sind.
Die vom Gesetzgeber intendierte Beschleunigungswirkung¹⁰ spricht nach hiesiger Ansicht aber
dagegen, dass eine umfassendere Prüfung als i. R. d. vorläufigen Genehmigungsprognose gem.
§ 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BlmSchG gefordert ist. Vielmehr wäre von einem Nichtentgegenstehen i. S.
d. § 8a Abs. 1 S. 3 BlmSchG schon dann auszugehen, wenn die relevanten Vorschriften nicht nur
vorübergehend und auch nicht durch Nebenbestimmungen behebbar, offensichtlich und ein-
deutig nicht entgegenstehen. Insbesondere nicht erforderlich ist es nach der hier vertretenen
Rechtsauffassung daher, ein fachgesetzlich ggf. erforderliches Einvernehmen oder eine Zustim-
mung einzuholen oder ggf. zu ersetzen.

4. Weiteres

Im Übrigen gelten die Vorschriften des § 8a BlmSchG unverändert. Die Entscheidung ist daher
ins intendierte Ermessen („soll“) der Genehmigungsbehörde gestellt. Bei Vorliegen der tatbe-
standlichen Voraussetzungen besteht nur in sog. atypischen Fällen ein Ermessen. Ein atypischer
Fall liegt nur dann vor, wenn dem besonderen Beschleunigungsinteresse des Antragstellers
durch andere Maßnahmen ebenso gut oder besser Rechnung getragen werden kann (etwa
durch den zügigen Abschluss des Genehmigungsverfahrens) oder wenn Umweltschutz- oder pri-
vate Interessen der Betroffenen auch unter Beifügung entsprechender Auflagen überwiegend
wahrscheinlich nicht ausreichend geschützt werden können.¹¹

⁹ Jarass, BlmSchG, 14. Auflage 2022, § 8a BlmSchG, Rn. 11.

¹⁰ S.o. Fn. 5.

¹¹ Wirths in: GK-BlmSchG, 3. Auflage 2024, § 8a BlmSchG, Rn. 74.

III. Vorbescheid für Windenergieanlagen

§ 9 Abs. 1a BImSchG:

„(1a) 1Betrifft das Vorhaben eine Windenergieanlage und ist ein Antrag auf Genehmigung noch nicht gestellt, soll auf Antrag durch Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen entschieden werden, sofern ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Vorbescheids besteht. 2Abweichend von § 29 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung findet eine vorläufige Umweltverträglichkeitsprüfung im Hinblick auf die Umweltauswirkungen des Gesamtvorhabens für die Erteilung des Vorbescheides nicht statt.“

Die grundsätzlich schon nach alter Rechtslage bestehende Möglichkeit der Begrenzung des Vorbescheids auf einzelne Genehmigungsvoraussetzungen wurde mit § 9 Abs. 1a S. 1 BImSchG für Windenergieanlagen präzisiert. Aus der Beschränkungsmöglichkeit auf einzelne Genehmigungsvoraussetzungen ergibt sich, dass eine **Gesamtschau** zu den Erfolgsaussichten des gesamten Antrags (sog. vorläufiges positives Gesamturteil) – anders als bei einem „klassischen“ Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG – nicht mehr erforderlich ist.

Mit der Beschränkung des Vorbescheids wird auch die vorläufige Prüfung der **Umweltauswirkungen** auf den Gegenstand des Vorbescheids beschränkt, § 9 Abs. 1a S. 2 BImSchG. Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Auch in den Fällen des § 9 Absatz 1a Satz 2 findet eine vollständige Prüfung der Umweltauswirkungen bezogen auf den Gegenstand des Vorbescheides statt. Die darüberhinausgehende vorläufige Prüfung der Umweltauswirkungen des Gesamtvorhabens entfällt.“¹²

1. Voraussetzungen für den Vorbescheidsantrag nach § 9 Abs. 1a BImSchG

Die Regelung findet nur für Windenergievorhaben und nur auf Antrag des Vorhabenträgers Anwendung. Zudem muss ein berechtigtes Interesse an der Erteilung des Vorbescheids bestehen. Im Übrigen richten sich die Voraussetzungen für einen Antrag nach § 9 Abs. 1a BImSchG nach den Genehmigungsvoraussetzungen, die durch den Vorbescheid entschieden werden sollen, also nach der zu klärenden Vorbescheidsfrage.

¹² Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 37.

Weitere Voraussetzung ist, dass eine Genehmigung noch nicht beantragt ist. Dazu wird im Brandenburger Erlass zu den immissionsschutzrechtlichen Neuregelungen ausgeführt:

„Zu § 9 Abs. 1a BImSchG:

Ein Antrag auf Vorbescheid kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur in Fällen gestellt werden, wenn eine Genehmigung noch nicht beantragt ist. Sofern für das Vorhaben schon ein Genehmigungsverfahren anhängig ist, ist der Genehmigungsantrag zurückzuziehen, bevor zulässigerweise ein Antrag auf Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG gestellt werden kann“¹³

Die Voraussetzungen für einen Antrag nach § 9 Abs. 1a BImSchG sind also unter dem Strich weniger umfangreich als für einen Antrag nach § 9 Abs. 1 BImSchG. Die entscheidende Erleichterung folgt daraus, dass eine positive Gesamtbeurteilung für Windenergievorhaben nicht mehr erforderlich ist. Es müssen also nicht mehr die gesamten Auswirkungen der Windenergieanlage am Standort beurteilt werden.

Wurde vor dem 10. Juli 2024 bereits ein Vorbescheid zu einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen beantragt, kann der Antragsteller zu jeder Zeit des Verfahrens durch einfache Erklärung gegenüber der Behörde die Anwendung des § 9 Abs. 1a BImSchG verlangen. Für die „Umstellung auf das neue Recht“ ist es nicht erforderlich, den bereits gestellten Antrag auf Vorbescheid zurückzunehmen. Derartige liefe dem Bestreben des Gesetzgebers zuwider, das Verfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen.

2. Anforderungen an die einzureichenden Antragsunterlagen

Der Antrag auf Erteilung eines Vorbescheids hat jedenfalls eine konkrete Vorbescheidsfrage zu enthalten (dazu III.4.b.) und muss das Vorliegen der in § 9 Abs. 1a BImSchG geregelten Voraussetzungen (dazu III.1.) darlegen.

Da keine positive Gesamtbeurteilung in Bezug auf sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen mehr erforderlich ist, sind auch die Anforderungen an die einzureichenden Unterlagen reduziert. Es sind nur die Antragsunterlagen hinsichtlich der Genehmigungsvoraussetzung(en) vorzulegen, für die der Vorbescheid beantragt wird. Erforderlich sind also lediglich die Nachweise, die für die Beurteilung der durch Vorbescheid zu klärenden Frage(n) notwendig sind.

Hierdurch kann der Prüfaufwand für die Behörde geringgehalten werden.¹⁴ Dies soll der verfahrensbeschleunigenden Wirkung des Vorbescheids dienen. Eine entsprechende Einordnung wird auch durch die Begründung des mit der Stellungnahme zum ursprünglichen Regierungsentwurf eingebrachten Vorschlags zur Anpassung von § 9 BImSchG gestützt, wonach der Vorbescheid bei Windenergieanlagen seine verfahrensbeschleunigende Wirkung verlieren würde, wenn in Bezug

¹³ MLUK Brandenburg, Erlass zum Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht, 10.07.2024, S. 2.

¹⁴ Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 201/23 (B), S. 3.

auf sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen prüffähige Unterlagen verlangt würden. Denn dann könne auch gleich die Genehmigung beantragt werden.¹⁵

Es ist insbesondere keine UVP oder UVP-Vorprüfung für das Gesamtvorhaben durchzuführen und daher auch kein UVP-Bericht einzureichen bzw. keine Angaben für die UVP-Vorprüfung für das Gesamtvorhaben zu machen. Ausreichend ist nach § 9 Abs. 1a S. 2 BImSchG vielmehr eine vorläufige Prüfung der Umweltauswirkungen bezogen auf den Gegenstand des Vorbescheids, soweit Umweltauswirkungen hervorgerufen werden können, die im Zusammenhang mit der Beurteilung der Vorbescheidsfrage stehen. Das heißt, dass Angaben für die UVP-Vorprüfung gemacht werden müssen, diese aber ggf. verkürzt und nur auf die in Rede stehende(n) Einzelfrage(n) begrenzt werden könnten. Dabei ist zu beachten, dass eine UVP-Vorprüfung im Genehmigungsverfahren grundsätzlich erforderlich ist, wenn mehr als zwei Windenergieanlagen (auch betreiberübergreifend) geplant sind. Bis 19 Windenergieanlagen findet eine allgemeine Vorprüfung statt.

Werden durch den Gegenstand des Vorbescheids keine Umweltauswirkungen hervorgerufen, kann eine UVP(-Vorprüfung) entfallen. Das kann bspw. der Fall sein, wenn die bauplanungsrechtliche Privilegierung des Vorhabens oder seine Vereinbarkeit mit Belangen des Luftverkehrs abgefragt wird. Hierbei handelt es sich um reine Rechtsfragen. Die Bejahung oder Verneinung einer solchen reinen Rechtsfrage kann für sich genommen keine Umweltauswirkungen nach sich ziehen. Anderes gilt bspw. dann, wenn die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens insgesamt abgefragt wird, da dann gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB auch zu prüfen ist, ob das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann.

Wird durch ein Spezialgesetz – wie derzeit bspw. § 6 Abs. 1 S. 1 WindBG – die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ausgeschlossen, ist eine solche auch nicht im Verfahren zur Erteilung eines Vorbescheids durchzuführen. § 9 Abs. 1a S. 2 BImSchG stellt eine Spezialvorschrift zu § 29 Abs. 1 S. 1 UVPG dar. Dieser setzt jedoch voraus, dass überhaupt eine Umweltverträglichkeits-(vor-)prüfung durchzuführen ist. Schließt etwa § 6 Abs. 1 S. 2 WindBG dies aus, kann auch § 29 Abs. 1 S. 1 UVPG nicht anwendbar sein und § 9 Abs. 1a S. 2 BImSchG verliert seinen Anwendungsbereich.

3. (Keine) Maximalzahl von Vorbescheiden nach § 9 Abs. 1a BImSchG für ein Projekt

Dem Gesetz ist keine Beschränkung der maximal möglichen Anzahl von Vorbescheiden zu entnehmen. Grundsätzlich ist es daher möglich, für ein Projekt mehrere Vorbescheide nach § 9 Abs. 1a BImSchG zu beantragen. Es können mehrere Vorbescheide hinsichtlich verschiedener Genehmigungsvoraussetzungen beantragt werden (z. B. Schall, Planungsrecht, etc.). Allerdings dürfte es verfahrensökonomisch und mit Blick auf die Verwaltungsgebühren sinnvoll sein, diese in einem Vorbescheidsantrag zusammenzufassen, ohne dass eine entsprechende Verpflichtung

¹⁵ Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 201/23 (B), S. 4.

des Antragstellers bestünde. Auch dürfte ein Vorbescheid für mehrere Projektalternativen im Hinblick auf dieselben Genehmigungsvoraussetzungen beantragt werden können, insbesondere verschiedene alternative Anlagentypen und Anlagenstandorte, wenn und soweit sie im Hinblick auf die abgefragte Genehmigungsvoraussetzung anhand der Antragsunterlagen bewertet werden können. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn vom Anlagentyp oder vom koordinatengenauen Standort unabhängige Genehmigungsvoraussetzungen wie bspw. die bauplanungsrechtliche Privilegierung geprüft werden sollen. Hierfür sind Angaben zur Anlagenklasse und zum Standortflurstück ausreichend. Gleiches gilt nach der hier vertretenen Auffassung, wenn die Umweltauswirkungen des einen Anlagentyps lediglich ein Minus zum anderen darstellen; das ist für die Zulässigkeit der Anlage im Hinblick auf Schallimmissionen dann der Fall, wenn die alternativen Anlagentypen bei selber Nabenhöhe und selbem Rotordurchmesser geringeren mittleren Schalleistungspegel als auch geringeren Schalleistungspegel der einzelnen Oktaven aufweisen – in diesem Fall kann die immissionsschutzrechtliche Zulässigkeit nach einem „worst case-Ansatz“ unter Zugrundelegung der lärmintensivsten Vorhabensalternative bewertet werden.

In jedem Fall sind die Verwaltungsgebühren einer vorläufigen Entscheidung angemessen zu berechnen. Der Vorbescheid löst – abhängig von der jeweiligen Verordnung in den einzelnen Bundesländern – in der Regel ca. 20 - 50 % der Gebühren einer vollständigen Genehmigung aus. Die Genehmigung selbst löst dann erneut Gebühren aus, wobei in der Regel nur ca. 10 % der Kosten des Vorbescheids angerechnet werden können. Zum Teil löst der Vorbescheid bereits die vollständigen Genehmigungsgebühren aus, wobei sich die Gebühr der anschließenden Genehmigung reduziert (so etwa die Allgemeine Gebührenordnung Niedersachsen, Anlage Ziff. 44). Bislang wird in den Gebührenordnungen der Länder nicht zwischen einem Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG und einem Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG differenziert, obwohl letzterer einen erheblich geringen Prüfaufwand mit sich bringt. Eine zeitnahe Überarbeitung und Anpassung der Gebührenordnungen durch die Länder unter Berücksichtigung der Unterschiede zwischen den Vorbescheiden ist notwendig.

4. Wirkungen des Vorbescheids nach Maßgabe der Vorbescheidsfrage

a. Reichweite des Vorbescheids und Auswirkungen späterer Änderungen

Durch den Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG kann über einzelne Fragen für das dem Vorbescheidsverfahren nachgelagerte Genehmigungsverfahren vorab bindend entschieden werden. Das heißt, dass die Behörde im späteren Genehmigungsverfahren in ihren Wertungen und Entscheidungen nicht zu Lasten des Antragstellers vom Vorbescheid abweichen darf. Dies gilt vom Grundsatz her auch dann, wenn sich die Sach- und Rechtslage ändert.

Die Reichweite der Wirkung eines Vorbescheids nach § 9 Abs. 1a BImSchG richtet sich nach der durch den Vorbescheid zu klärenden Frage(n). Es wird bzw. werden nur die im Rahmen der Vorbescheidsfrage gestellte(n) Genehmigungsvoraussetzung(en) geprüft. Dementsprechend kann der Vorbescheid auch nur diese Genehmigungsvoraussetzung(en) betreffen und nur hierfür eine Bindungswirkung im nachfolgenden Genehmigungsverfahren entfalten.

(P) Welche Auswirkungen haben Anlagentypwechsel, Änderungen am Anlagentyp und Standortverschiebungen auf die Wirkungen des erteilten Vorbescheids?

Dies richtet sich nach der bzw. den durch den Vorbescheid zu klärenden Frage(n) und dem Gegenstand der im Vorbescheidsantrag vorgelegten Antragsunterlagen. Das Fortwirken des Vorbescheids hängt also von der Identität des Vorbescheids und des späteren Genehmigungsantrags ab. Somit kommt es darauf an, ob mit dem Anlagentypwechsel ein Aliud vorliegt oder nicht. Die Auswirkungen von Änderungen ist sorgfältig im Einzelfall zu prüfen. Soweit sich die Abweichung innerhalb der Grenzen des § 16b Abs. 7 S. 3 und Abs. 8 S. 1 BImSchG hält, dürfte nach Auffassung des BDEW regelmäßig von der Identität des Gegenstands des Vorbescheids und des Genehmigungsantrags auszugehen sein. Eine Klarstellung im Gesetz wäre im Sinne einer verfahrensökonomischen Lösung wünschenswert.

b. Anforderungen an die Formulierung der Vorbescheidsfrage**aa. Allgemeine Anforderungen an die Formulierung der Vorbescheidsfrage**

Der Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG betrifft „einzelne Genehmigungsvoraussetzungen“. Da eine positive Gesamtbeurteilung nicht mehr erforderlich ist, ist die Betrachtung weiterer Genehmigungsvoraussetzungen nicht erforderlich, soweit diese nicht für die zu klärende Frage von Bedeutung sind. Möglich sind klärungsfähige Einzelfragen, die klar und eindeutig und möglichst gesetzesnah formuliert sind. Die Genehmigungsbehörde hat den Antragsteller auf seinen Wunsch auf eine möglichst zielführende Formulierung hinzuweisen. An den konkreten Prüfungsumfang ist die Behörde innerhalb der anerkannten Grenzen der Auslegung gebunden.

bb. Vorbescheidsfrage zur Sicherung der „planungsrechtlichen Zulässigkeit“**(1) (P) Möglichkeit der Sicherung der planungsrechtlichen Zulässigkeit?**

In der Regel steht bei den bisher nach § 9 Abs. 1 BImSchG beantragten Vorbescheiden zur planungsrechtlichen Zulässigkeit die Sicherung der Privilegierung des Vorhabens im Außenbereich im Vordergrund. Durch Vorbescheid kann etwa festgestellt werden, dass das Vorhaben im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert zulässig ist. Treten im Nachhinein Gebietsausweisungen auf Ebene der Bauleitplanung der Gemeinde oder der Regionalplanung in Kraft, die zu einer Entprivilegierung nach § 249 Abs. 2 BauGB an dem Standort führen, ist dies im Vollgenehmigungsverfahren nicht mehr zu prüfen und können nachträgliche Ausweisungen folglich dem Vorhaben in Bezug auf die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.

Es gibt bislang keine Rechtsprechung, die die Möglichkeit der „Konservierung“ von Planungsrecht mittels eines Vorbescheids verneint hat. Für den Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG hat

das OVG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 25.04.2024¹⁶ eine solche Möglichkeit unproblematisch angenommen. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig. Zum Teil wird behördenseitig vertreten, dass für einen solchen Vorbescheidsantrag das gesetzlich in § 9 Abs. 1a BImSchG ausdrücklich geforderte „berechtigte Interesse“ fehle. Lässt sich dieses aber – etwa über § 2 EEG – begründen, lässt das Gesetz keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass das Planungsrecht nicht „konserviert“ werden könnte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Einfügung des § 9 Abs. 1a BImSchG gerade solche Fälle vor Augen hatte. Es ist daher möglich, durch einen herkömmlichen Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG sowie durch einen verschlankten Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG die bauplanungsrechtliche Privilegierung verbindlich und mit Bindungswirkung für die Behörde auch bei sich nachträglich ändernder Sach- oder Rechtslage für die Dauer der Wirksamkeit des erteilten Vorbescheids gem. § 9 Abs. 2 BImSchG inkl. einer möglicher Verlängerung festzustellen.

(2) Formulierung der Vorbescheidsfrage und Antragsunterlagen

Mit Blick auf die planungsrechtliche Zulässigkeit im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 und 3 BauGB ist bei der Fragestellung besonders sorgfältig vorzugehen. Betrifft der Vorbescheid generell die „planungsrechtliche Zulässigkeit“, sind wegen § 35 Abs. 1 und 3 BauGB die planungsrechtlich relevanten Belange auch nach anderen Fachgesetzen (z. B. Naturschutz) Gegenstand des Vorbescheids und es sind ggf. weitere Unterlagen vorzulegen. Die nach § 9 Abs. 1a BImSchG zu stellende Vorbescheidsfrage sollte daher nicht pauschal die planungsrechtliche Zulässigkeit betreffen, wenn keine derart umfassende Prüfung gewünscht ist.

Konkret sollten die durch Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG zu klärenden Fragen auf die Privilegierung im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, auf die Vereinbarkeit mit den Zielen der Raumordnung und auf die Vereinbarkeit mit Belangen der gemeindlichen Bauleitplanung, insbesondere Darstellungen eines Flächennutzungsplans, konkretisiert werden¹⁷. Es ist im Einzelfall zu prüfen und abzustimmen, welche Fragen gestellt werden müssen. Darüber hinaus kann es ratsam – keinesfalls aber zwingend erforderlich – sein, der zu prüfenden Frage einen Hinweis anzufügen, wonach alle nicht ausdrücklich benannten Genehmigungsvoraussetzungen – insb. das Entgegenstehen der sonstigen in § 35 Abs. 3 BauGB genannten öffentlichen Belange ausdrücklich nicht geprüft werden sollen.

¹⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 25.04.2024 – 7 A 33/24.

¹⁷ Die Formulierung der Fragen stützt sich insbesondere auf den Vortrag von Herrn Dr. Rolshoven im BWE-Webinar am 12.07.2024 zum Thema „Vorbescheid für WEA: Neues Recht und neue Rechtsprechung“ und das dort zitierte Urteil des OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 25.04.2024 – 7 A 33.24.

cc. Vorbescheidungsfrage zur Sicherung des Vorrangs bei Schall und Turbulenz

(1) (P) Möglichkeit einer Rangsisicherung?

Der **Wortlaut** des § 9 Abs. 1a BImSchG verhält sich zur rangsichernden Wirkung des vereinfachten Vorbescheids nicht. Diese Wirkung ist auch im Wortlaut des § 9 Abs. 1 BImSchG nicht explizit genannt, ist aber in der Rechtsprechung anerkannt¹⁸. Daher steht der Wortlaut des § 9 Abs. 1a BImSchG einer rangsichernden Wirkung nicht entgegen.

Der vereinfachte Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG baut **systematisch** auf den „klassischen Vorbescheid“ nach § 9 Abs. 1 BImSchG auf und versteht sich als Spezialregelung. Der Eintritt der Rangsisicherung hinsichtlich der zu berücksichtigenden Vorbelastung durch Konkurrenzanlagen bzw. -anträge ist in der jetzigen Genehmigungspraxis eine der wichtigsten Wirkungen des in § 9 Abs. 1 BImSchG geregelten Vorbescheids. Daher ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber diese wichtige Wirkung in Abs. 1a ebenfalls regeln wollte. Abweichungen von der Regelung des Abs. 1 sind im Übrigen explizit in Abs. 1a adressiert worden.

Lediglich die **Gesetzgebungsmaterialien** könnten gegen eine rangsichernde Wirkung sprechen. Die Begründung zu dem durch den Bundesrat eingebrachten Gesetzesvorschlag zu § 9 Abs. 1a BImSchG lautete wie folgt:

„Da keine prüffähigen Unterlagen zu sämtlichen Genehmigungsvoraussetzungen vorgelegt werden müssen, kommt dem Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG eine rangsichernde Wirkung, wie es das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 25.06.2020 – 4 C 3/19, juris, dem Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG zugeschrieben hat, nicht zu. Eine rangsichernde Wirkung ist im Rahmen des Prioritätsprinzips für die Turbulenzintensität weiterhin nur anzunehmen, wenn ein vollständiger Genehmigungsantrag oder ein Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG vorliegt.“¹⁹

Der **Sinn und Zweck** des Vorbescheids spricht allerdings entscheidend für eine rangsichernde Wirkung des Vorbescheids. Ziel des Vorbescheids ist es, in Bezug auf einzelne Genehmigungsvoraussetzungen Planungssicherheit und Investitionssicherheit zu erhalten. Ohne die rangsichernde Wirkung fehlt dem Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG eine der wichtigsten Wirkungen. Der Anwendungsbereich für Vorbescheidsanträge nach § 9 Abs. 1a BImSchG würde sich ohne rangsichernde Wirkung erheblich verringern und das Ziel des Gesetzgebers verfehlen, eine Stärkung der Planungssicherheit zu erreichen. Vor dem Hintergrund entfaltet ein Vorbescheid hinsichtlich der im zugrundeliegenden Antrag thematisierten und mit Unterlagen nachgewiesenen Genehmigungsvoraussetzungen rangsichernde Wirkung, insbesondere bezüglich der Aspekte im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG, wie etwa Turbulenzen, sofern auch das von § 9 Abs. 1a BImSchG verlangte berechtigte Interesse des Antragstellers gegeben ist.

¹⁸ BVerwG, Urteil v. 25.06.2020 – 4 C 3.19.

¹⁹ Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 201/23 (B), S. 4.

(2) Formulierung der Vorbescheidsfrage und Antragsunterlagen

Entfaltet der Vorbescheid rangsichernde Wirkung, haben spätere konkurrierende Anträge die zuvor mit dem Vorbescheid beantragten Anlagen als Vorbelastung mit Blick auf Schall, Schatten und Turbulenz zu berücksichtigen. Damit der Vorbescheid nach § 9 Abs. 1a BImSchG Rangsicherungswirkung jeweils entfalten kann, muss sich die Vorbescheidsfrage zumindest auf die Genehmigungsvoraussetzungen zu Schall, Schatten oder Standsicherheit beziehen. Dem Vorbescheidsantrag sind dann entsprechende technische Gutachten beizufügen. Sofern die Gutachten zum Zeitpunkt des Antrags auf den Vorbescheid noch nicht vorliegen und nachgereicht werden müssen, dürfte die rangsichernde Wirkung nach den allgemeinen auch im Genehmigungsverfahren geltenden Grundsätzen dann erst ab der Prüffähigkeit des Antrags zu der jeweiligen Genehmigungsvoraussetzung eintreten.

5. Ablauf des Vorbescheidsverfahrens und Bindungsdauer des Vorbescheids

Nach § 10 Abs. 9 BImSchG gelten die Absätze 1 bis 8 für die Erteilung des Vorbescheids entsprechend. Es gelten daher auch dieselben Fristen wie für den vollständigen BImSchG-Antrag. Auch für den Vorbescheid dürfte daher die Entscheidungsfrist von drei Monaten (§ 10 Abs. 6a Abs. 1 BImSchG) gelten, sofern dieses im vereinfachten Verfahren (ohne Öffentlichkeitsbeteiligung) durchzuführen ist. Mit Blick auf §§ 23 Abs. 4, 22 Abs. 3 S. 2 und S. 3 der 9. BImSchV ist zu beachten, dass bei Vorbescheiden über mehr als 20 Anlagen eine Auslegung der Antragsunterlagen sowohl im Verfahren über den Vorbescheid als auch im späteren Genehmigungsverfahren durchzuführen ist. Die Möglichkeit der Öffentlichkeit, Einwendungen gegen das Vorhaben abzugeben, ist auf den jeweiligen Verfahrensgegenstand begrenzt. § 16 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV ist dabei jeweils entsprechend anzuwenden.

Die Wirksamkeit eines Vorbescheids ist in zeitlicher Hinsicht weiterhin in § 9 Abs. 2 BImSchG geregelt. Diese Regelung gilt auch für den Vorbescheid für Windenergievorhaben nach § 9 Abs. 1a BImSchG. Hiernach wird der Vorbescheid unwirksam, wenn der Antragsteller nicht innerhalb von zwei Jahren nach Eintritt der Unanfechtbarkeit die Genehmigung beantragt. Die Frist kann auf Antrag bis auf vier Jahre verlängert werden. Die Verlängerung kommt in Betracht, wenn der Vorhabenträger den Genehmigungsantrag aus Gründen nicht fristgerecht stellen konnte, die von ihm nicht zu vertreten sind und wenn die zwischenzeitlich eingetretene Änderung der Verhältnisse die Verlängerung erforderlich macht.²⁰ In diesem Fall erstreckt sich die Bindungswirkung des ursprünglichen Vorbescheids auf die gesamte Geltungsdauer (zwei Jahre + Zeitraum der Verlängerung).

²⁰ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Stand: Juni 2024, § 9 BImSchG, Rn. 87.

IV. Ablauf des Genehmigungsverfahrens

Im Anhang finden sich zwei Übersichten, die neben der Zuordnung der Verfahrensschritte zu Antragsteller und Behörden auch die Zeitschiene und die Fristen umfassend abbilden: Anhang I bezieht sich auf das förmliche Verfahren und Anhang II auf das vereinfachte Verfahren.

1. Elektronische Antragstellung

§ 10 Abs. 1 S. 4 ff. BImSchG:

„(1) (...) 4Erfolgt die Antragstellung schriftlich, kann die zuständige Behörde einen elektronischen Antrag verlangen und bezüglich des elektronischen Formats Vorgaben machen. 5Hat die zuständige Behörde einen Zugang für die elektronische Antragstellung eröffnet, so ist ausschließlich dieser für die elektronische Antragstellung zu nutzen. 6Erfolgt die Antragstellung elektronisch, kann die zuständige Behörde verlangen, dass die dem Antrag beizufügenden Unterlagen in Papierform übermittelt werden, soweit eine Bearbeitung anders nicht möglich ist.“

Der Antragsteller ist auf Verlangen der zuständigen Behörde zu einer elektronischen Antragstellung in dem von der Behörde ggf. vorgegebenen elektronischen Format verpflichtet, § 10 Abs. 1 S. 4 BImSchG. Wenn ein Zugang für eine elektronische Antragstellung besteht, dann ist nach § 10 Abs. 1 S. 5 BImSchG ausschließlich dieser Zugang zu nutzen. Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Anforderungen des Onlinezugangsgesetzes werden derzeit bundesweit für die Leistung der elektronischen Antragstellung, die entsprechenden Fachverfahren und Onlinezugänge geschaffen. Für die effiziente Nutzung dieser Möglichkeiten müssen Genehmigungsbehörden berechtigt sein, eine elektronische Antragstellung zu fordern und dafür technische Vorgaben zu machen. Die Nutzung eines offiziellen elektronischen Behördenpostfachs als einzigen zulässigen Übertragungsweg ist erforderlich, da technischer Mehraufwand in der Behörde im Bereich Datenschutz, Datensicherheit und Kompatibilität entsteht, wenn die Behörde auch auf anderen Übertragungswegen übermittelte Anträge akzeptieren muss.“²¹

Wenn die elektronische Antragstellung für ein Bundesland durch das zuständige Ministerium verpflichtend eröffnet ist, können nach § 10 Abs. 1 S. 6 BImSchG die Antragsunterlagen in Papierform nur gefordert werden, soweit eine Bearbeitung anders nicht möglich ist. Die zuständige Behörde ist verpflichtet die Anzahl der benötigten Papierexemplare auf das unbedingt erforderliche Mindestmaß zu beschränken („soweit“). Nur wenn eine Fachbehörde ausnahmsweise noch nicht in der Lage sein sollte, einen elektronischen Antrag zu bearbeiten, soll ein Papierexemplar verlangt werden können und vom Umfang her auch nur zur Prüfung der von der Fachbehörde zu prüfenden Belange („soweit“). Auch die genehmigte Fassung der Antragsunterlagen, welche

²¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 37.

Genehmigungsbehörde und Antragsteller zu den Akten nehmen, soll in elektronischer Form verwahrt werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung sollten allgemein gebräuchliche Dateiformate (pdf) und Übertragungswege (einfache E-Mail) möglich sein. Insbesondere sind die Anforderungen an eine die Schriftform ersetzende elektronische Form im Sinne des § 3a Abs. 2 S. 2 VwVfG vorliegend nicht zwingend anzuwenden. Der in § 10 Abs. 1 S. 1 BImSchG genannte elektronische Antrag ist hiermit nicht gleichzusetzen (Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 104. EL Juni 2024, § 10 Rn. 53b). Eine entsprechende Klarstellung wäre wünschenswert. Die konkreten Vorgaben hinsichtlich der Datenformate zur elektronischen Antragseinreichung liegen bei dem zuständigen Landesministerium oder einer anderen nach Landesrecht zuständigen Behörde, § 5 S. 2 der 9. BImSchV. Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Eine Ende-zu-Ende-Digitalisierung setzt standardisierte und in jeder Phase des Genehmigungsverfahrens digital zu verarbeitende Antragsunterlagen voraus. Mit der Änderung wird der zuständigen obersten Landesbehörde oder einer nach Landesrecht zu bestimmenden Behörde die Möglichkeit eröffnet, ein solch elektronisches Datenformat in ihrem Zuständigkeitsbereich einzuführen, welches von Genehmigungsmanagementsystemen der Antragsteller, behördlichen Antragsportalen und -programmen sowie behördlichen Fachanwendungssystemen gleichermaßen verarbeitet werden kann.“²²

2. Vollständigkeit der Antragsunterlagen

a. Vollständigkeitsdefinition

§ 7 Abs. 2 S. 2 f. der 9. BImSchV:

„(2) (...) 2Unterlagen sind vollständig, wenn die Unterlagen in einer Weise **prüffähig** sind, dass sie sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens verhalten, und die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen. 3Fachliche Einwände und Nachfragen stehen der Vollständigkeit nicht entgegen, sofern die betreffende Unterlage eine fachliche Prüfung überhaupt ermöglicht. (...)“

Die neu geregelte gesetzliche Definition der Vollständigkeit der Antragsunterlagen übernimmt die bereits zuvor bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung an die Prüffähigkeit des Antrags in das untergesetzliche Regelwerk, § 7 Abs. 2 S. 2 f. der 9. BImSchV. Damit ist keine Änderung der Rechtslage, sondern lediglich eine Klarstellung verbunden.

²² Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 39.

Im Rahmen der Antragsberatung nach § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller über die für die Vollständigkeit des Genehmigungsantrags erforderlichen Unterlagen abschließend zu unterrichten.

b. Vollständigkeitsprüfung

§ 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV:

*„(1) 1Die Genehmigungsbehörde **hat** nach Eingang des Antrags und der Unterlagen unverzüglich, innerhalb eines Monats, zu prüfen, ob der Antrag den Anforderungen des § 3 und die Unterlagen den Anforderungen der §§ 4 bis 4e entsprechen. 2Die zuständige Behörde kann die Frist in begründeten Ausnahmefällen einmal um zwei Wochen verlängern. (...) 5Teilprüfungen sind auch vor Vorlage der vollständigen Unterlagen vorzunehmen, soweit dies nach den bereits vorliegenden Unterlagen möglich ist. (...)“*

Die Höchstfrist zur Vollständigkeitsprüfung durch die Genehmigungsbehörde beträgt grundsätzlich einen Monat, § 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV („hat“). Sofern die Behörde die Vollständigkeitsprüfung schon vor Ablauf dieser Frist abgeschlossen hat, teilt sie ihre Nachforderungen dem Antragsteller auch schon vorher („unverzüglich“ = ohne schuldhaftes Zögern) mit. Die Frist kann nach § 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV nur einmal um zwei Wochen verlängert werden. Die Behörde hat die Verlängerung der Frist für die Vollständigkeitsprüfung zu begründen. Derartige begründete Ausnahmefälle werden bei Windenergieanlagen nur in von der Behörde darzulegenden atypischen Ausnahmefällen anzunehmen sein.

aa. Beginn der Frist zur Vollständigkeitsprüfung

Die Frist zur Vollständigkeitsprüfung beginnt nach § 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV mit dem „Eingang des Antrags“. „Eingang des Antrags“ meint den Tag des erstmaligen, nicht notwendig vollständigen Zugangs bei der Behörde (z. B. Landratsamt oder Regierungspräsidium bzw. Bezirksregierung oder Landesamt für Umwelt) und nicht den Tag, an dem – im Falle der Übermittlung in Papierform – die jeweilige Poststelle auf dem Behördenweg den Antrag an die zuständige Abteilung, das zuständige Sachgebiet oder Referat innerhalb der Behörde übermittelt hat. Wie auch bei der Zustellung des Genehmigungsbescheids ist der „Eingang des Antrags“ das Datum des Eintreffens bei der Poststelle oder im elektronischen Postfach bzw. der Zugang des Antrags auf elektronischem Wege, z. B. durch das Hochladen der Antragsunterlagen in einer Cloud des Adressaten. Spätere Modifikationen oder Änderungen des Antragsgegenstands führen nur dann zu einem erneuten Lauf der Frist gem. § 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV, wenn diese mangels Vorhabenidentität als neuer Antrag zu werten sind. Bei der Beurteilung, wann ein neuer Antrag vorliegt, ist den Wertungen des § 16b Abs. 7 S. 3 und Abs. 8 S. 1 BImSchG Rechnung zu tragen.

bb. Einbindung von Fachbehörden

In der Praxis ist die Vollständigkeit durch die Genehmigungsbehörde im Rahmen der gesetzlichen Frist zur Vollständigkeitsprüfung aus § 7 Abs. 1 der 9. BImSchV feststellbar. Ein späteres

Nachfassen durch die Fachbehörden und durch die Genehmigungsbehörde im Rahmen der materiellen Prüfung sind davon unbenommen.

Die Genehmigungsbehörde selbst sollte im Allgemeinen beurteilen können, welche Unterlagen für die Herstellung der Prüffähigkeit des jeweiligen Antrags nach § 7 Abs. 2 S. 2 der 9. BImSchV erforderlich sind. Sollte sie die Fachbehörden beteiligen wollen, weil dies für die Beschleunigung des Verfahrens förderlich wäre und ein späteres Nachfassen vorwegnehmen könnte, kann sie diese involvieren, hat aber gleichwohl die Frist aus § 7 Abs. 1 S. 1 f. der 9. BImSchV einzuhalten und die Nachforderungen fristgerecht an den Antragsteller zu übermitteln.

c. Teilprüfungen und deren Einfluss auf Beteiligungs- und Entscheidungsfristen

Teilprüfungen des Genehmigungsantrags müssen auch ohne Vollständigkeit der Antragsunterlagen nach § 7 Abs. 1 S. 5 der 9. BImSchV angestoßen werden, „soweit dies nach den bereits vorliegenden Unterlagen“ möglich ist. Zu allen nach den eingereichten Unterlagen bereits prüf-baren Anforderungen sind die nächsten durchführbaren Verfahrensschritte, wie die Einbindung der jeweiligen Fachbehörden, unverzüglich anzustoßen. Das gilt auch dann, wenn einzelne Anforderungen noch nicht vollständig nachgewiesen sind und die Unterlagen dazu, wie etwa ein fehlendes technisches Gutachten zur Bewertung von Schallimmissionen, nachgereicht werden müssen.

(P) Welchen Einfluss haben Teilprüfungen auf die Fristen zur Behördenbeteiligung?

Teilprüfungen führen dazu, dass die Monatsfristen für die Beteiligung der Fachbehörden auseinanderfallen können. Für die Behördenbeteiligung gilt die Monatsfrist des § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG und für den Beginn der Frist ist § 11 der 9. BImSchV maßgeblich. Die Frist für die Beteiligung der Fachbehörden beginnt danach im förmlichen Verfahren spätestens mit der öffentlichen Bekanntmachung des Vorhabens, die nach § 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG an die Vollständigkeit geknüpft ist. Im vereinfachten Verfahren gelten nach § 24 der 9. BImSchV die Vorgaben aus § 11 der 9. BImSchV entsprechend. Das bedeutet, dass die Monatsfrist für die Behördenbeteiligung spätestens mit der Vollständigkeit beginnt. „Soweit“ aber bei Teilprüfungen nach § 7 Abs. 1 S. 5 der 9. BImSchV die Fachbehörden schon früher beteiligt werden müssen, beginnt die Monatsfrist für die jeweilige Fachbehörde mit ihrer tatsächlichen Beteiligung. In dem oben genannten Beispiel ist die für Immissionsschutz zuständige Behörde bzw. Fachabteilung ab Zugang des Schallgutachtens zu beteiligen. Die Genehmigungsbehörde hat den Antragsteller über den konkreten Zeitpunkt der Weiterleitung der Antragsunterlagen an die Fachbehörde zu informieren.

(P) Welchen Einfluss haben Teilprüfungen auf die Frist zur Genehmigungsentscheidung?

Teilprüfungen haben keinen Einfluss auf den Lauf der Frist für die Entscheidung über die Genehmigung nach § 10 Abs. 6a BImSchG. Der Fristbeginn wird in § 7 Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV geregelt. Die Frist beginnt danach unabhängig von dem Eintritt der Vollständigkeit nach § 7 Abs. 2 S. 2 der 9. BImSchV entweder, wenn die einmonatige und ggf. verlängerte Frist der Behörde zur Vollständigkeitsprüfung ohne behördliche Nachforderungen abgelaufen ist, oder, sofern die Behörde den Antragsteller zur Ergänzung aufgefordert hat, mit Eingang der von der Behörde

erstmalig nachgeforderten Unterlagen. Maßgeblich ist der Eintritt des früheren Ereignisses mit der Folge, dass die Genehmigungsfrist infolge einer vor Ablauf eines Monats bei der Behörde vorliegenden Nachreichung bereits zu diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt (dazu auch IV.6.).

d. Nachforderung und Nachreichbarkeit von Unterlagen

§ 7 Abs. 1 S. 3 f. der 9. BImSchV:

*„(1) (...) 3Sind der Antrag oder die Unterlagen nicht vollständig, so hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller unverzüglich aufzufordern, den Antrag oder die Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen. (...) 6Die Behörde **soll** zulassen, dass Unterlagen, deren Einzelheiten für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage als solcher nicht unmittelbar von Bedeutung sind, (...) bis zum Beginn der Errichtung oder der Inbetriebnahme der Anlage nachgereicht werden können. 7Dies gilt auch für die Bestätigung des Entsorgungsweges durch einen potenziellen Entsorger, soweit diese für die Genehmigungsfähigkeit nicht unmittelbar von Bedeutung ist.“*

Sofern die Genehmigungsbehörde feststellt, dass die Unterlagen nicht vollständig sind, hat sie den Antragsteller unverzüglich aufzufordern, den Antrag oder die Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen, § 7 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV. Hinsichtlich der Frist ist die regelmäßige Höchstdauer („soll“) von drei Monaten für die Ergänzung der Unterlagen aus § 20 Abs. 2 S. 2 der 9. BImSchV zu beachten. Bei einer Überschreitung droht grundsätzlich die Ablehnung des Genehmigungsantrags. Eine Überschreitung der Frist ist möglich, wenn die Verzögerung dem Antragsteller nicht zuzurechnen ist, etwa weil faunistische Kartierungen zeitlich erst später möglich sind.

Nicht genehmigungsrelevante Unterlagen sind in der Regel („soll“) auch später nachreichbar, § 7 Abs. 1 S. 6 der 9. BImSchV. Die Nachreichbarkeit gilt insb. auch für die Entsorgungsbestätigung, § 7 Abs. 1 S. 7 der 9. BImSchV. Nach Genehmigungserhalt nachreichbar sind insbesondere folgende Nachweise: Baugrundgutachten und Prüfbericht zur Standsicherheit, Typenprüfung, Nachweis der Baulasteintragungen, Verträge mit Landwirten (z. B. zur Mahd-Abschaltung) und Ökokonto-Zahlungen.

(P) Wie wirkt sich die Nachreichbarkeit nach § 7 Abs. 1 S. 6 f. der 9. BImSchV auf die Vollständigkeit aus?

Können Unterlagen zu einem späteren Zeitpunkt nachgereicht werden, soll die Behörde das Nachreichen der Unterlagen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 6 f. der 9. BImSchV anordnen. Die Vollständigkeit nach § 7 Abs. 2 S. 2 der 9. BImSchV ist dann bereits ohne die nachzuliefernden Unterlagen gegeben, tritt also nicht erst mit Nachreichen der Unterlagen ein. Sofern Unterlagen wie in § 7 Abs. 1 S. 6 der 9. BImSchV vorgesehen, erst nach Genehmigungserhalt nachgereicht werden sollen, kann dies im Genehmigungsbescheid mittels Nebenbestimmung abgesichert werden.

(P) Ist nach Ablauf der Frist zur Vollständigkeitsprüfung die Nachforderung weiterer Unterlagen möglich oder der Genehmigungsantrag abzulehnen?²³

Grundsätzlich hat die Genehmigungsbehörde nach § 7 Abs. 1 S. 1 f. der 9. BImSchV die Vollständigkeit zu prüfen und den Antragsteller im Falle fehlender Unterlagen unverzüglich zur Vorlage weiterer Nachweise innerhalb einer angemessenen Frist aufzufordern. Sollte sich im Nachgang herausstellen, dass weitere Unterlagen fehlen, die richtigerweise bereits für die Prüffähigkeit erforderlich gewesen wären, steht dies einer weiteren Nachforderung von Unterlagen (sog. nachfassen) nicht entgegen. Die nach § 7 Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV bereits ausgelöste Frist für die Entscheidung über den Genehmigungsantrag nach § 10 Abs. 6a BImSchG (siehe dazu oben c) a. E.) bleibt davon unberührt und wird durch das spätere Nachfordern und Nachreichen der Unterlagen nicht gehemmt oder neu in Gang gesetzt.

e. Informationspflicht zu Vollständigkeitsdatum, Behördenbeteiligung und Zeitplan

§ 7 Abs. 2 S. 1 und 4 der 9. BImSchV:

„(2) 1 Sind die Unterlagen vollständig, hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller hierüber unter Angabe des Datums der Vollständigkeit und über die voraussichtlich zu beteiligenden Behörden und den geplanten zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens zu unterrichten. (...) 4 Das Vollständigkeitsdatum ist der Tag, an dem die letzte Unterlage schriftlich oder elektronisch bei der Behörde eingegangen ist, die für das Erreichen der Vollständigkeit im Sinne der Sätze 1 und 2 erforderlich ist.““

Geregelt ist nun eine gesetzliche Informationspflicht hinsichtlich des Datums der Vollständigkeit, der zu beteiligenden Fachbehörden sowie des weiteren Zeitplans, § 7 Abs. 2 S. 1 der 9. BImSchV.

⇒ Das „**Datum der Vollständigkeit**“, über das informiert wird, ergibt sich aus § 7 Abs. 2 S. 4 der 9. BImSchV. Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Die Ergänzung des § 7 Absatz 2 Satz 1 erfolgt, da das Datum der Vollständigkeit von großer Bedeutung für das Prioritätsprinzip und den Beginn der Genehmigungsfrist ist und entsprechend in der Vollständigkeitsbescheinigung genannt werden sollte.“²⁴

Die Vollständigkeit tritt qua Gesetz automatisch infolge Fristablaufs oder mit (elektronischem oder tatsächlichen) Eingang der letzten für die Prüffähigkeit erforderlichen Unterlage ein – je nachdem, welches Ereignis früher eintritt (siehe oben c) a. E.). Eine Vollständigkeitserklärung ist für den Eintritt der Vollständigkeit nach § 7 Abs. 2 S. 4 der 9. BImSchV nicht mehr erforderlich. Daher kann die Information durch die Behörde zum Datum der

²³ Überprüfungsbedarf sieht der Bundesrat hier angesichts der „Fiktion der formellen Vollständigkeit“ laut Beschluss und Entschließung des Bundesrates, BR-Drs. 277/24 (Beschluss), S. 3.

²⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 39.

Vollständigkeit nur eine deklaratorische nachträgliche Information sein. Zur Vermeidung unterschiedlicher Annahmen zwischen Antragsteller und Behörde über den Fristenlauf liegt die gesetzlich verpflichtende Bestätigung mit dem konkreten Datum der Vollständigkeit stets im Interesse aller Beteiligten.

- ⇒ Wer die „voraussichtlich zu **beteiligten Behörden**“ sind, bestimmt sich nach den gesetzlichen Vorgaben (z. B. § 15 Abs. 2 LuftVG, § 36 BauGB) und nach § 10 Abs. 5 S. 1 BImSchG („deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird“).
- ⇒ Sofern keine Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt wird, wird der durch die Genehmigungsbehörde zu übermittelnde „geplante **zeitliche Ablauf**“ deckungsgleich mit den gesetzlich in § 10 Abs. 5 S. 2 und Abs. 6a BImSchG vorgegebenen Fristen sein.

3. Bekanntmachung des Vorhabens

a. Keine Anwendung der Regelung im vereinfachten Verfahren

Nach § 19 Abs. 2 BImSchG ist im vereinfachten Verfahren die Regelung zur Bekanntmachung des Vorhabens in § 10 Abs. 3 und Abs. 4 BImSchG nicht anzuwenden. Für Windenergievorhaben findet das vereinfachte Verfahren Anwendung, wenn das Vorhaben weniger als 20 Windenergieanlagen umfasst und keine Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG durchzuführen ist, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 der 4. BImSchV i.V.m. Nr. 1.6.2 des Anhangs 1 der 4. BImSchV.

b. Digitale Bekanntmachung des Vorhabens

§ 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG:

„(3) ¹Sind die Unterlagen des Antragstellers vollständig, so hat die zuständige Behörde das Vorhaben in ihrem amtlichen Veröffentlichungsblatt und **auf ihrer Internetseite** öffentlich bekannt zu machen. (...)“

Die Bekanntmachung erfolgt im amtlichen Veröffentlichungsblatt **UND** auf der Internetseite der zuständigen Behörde, § 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG i.V.m. § 9 Abs. 2 der 9. BImSchV. Zusätzlich können sich im Einzelfall auch weitergehende Veröffentlichungspflichten ergeben, wie z. B. die Veröffentlichung auf dem UVP-Portal nach § 8 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV.

Die Länder regeln, welche Behörde für die Bekanntmachung auf ihrer Internetseite zuständig ist. Diese muss nicht unbedingt identisch mit der Genehmigungsbehörde sein. Der Wortlaut von § 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG lässt ein Auseinanderfallen zu und folgender Auszug aus der Gesetzesbegründung stützt diese Interpretation:

„Mit den Änderungen in Absatz 3 Satz 1 zur Art und Weise der öffentlichen Bekanntmachung wird die in der Novelle des Verwaltungsverfahrensgesetzes geplante Pflicht zur Bekanntmachung im Internet (§ 27a VwVfG-E) auch für immissionsschutzrechtliche Verfahren eingeführt. **Die Länder können regeln, bei welcher Behörde die Bekanntmachung erfolgen soll. Diese ist**

dann die zuständige Behörde. Insoweit kann auch eine andere Behörde als die Genehmigungsbehörde für die Bekanntmachung zuständig sein, möglich ist danach auch die Zuständigkeit einer zentralen Behörde eines Landes. Dies gilt auch für die entsprechenden Regelungen in § 10 Absatz 8 BImSchG, § 23b Absatz 2 BImSchG, §§ 8, 10 der 9. BImSchV sowie § 18 der 12. BImSchV.²⁵

c. Digitale Auslegung des Antrags und der dazu eingereichten Unterlagen

Die Auslegung erfolgt durch Veröffentlichung auf der Internetseite der zuständigen Behörde, § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG. Der Antragsteller wird dazu die Unterlagen auf Aufforderung der Behörde in einem dafür tauglichen verkehrsüblichen elektronischen Format einreichen müssen, § 10 Abs. 3 S. 6 BImSchG. Weitere Details der digitalen Auslegung sind in § 10 Abs. 4 BImSchG und in § 10 der 9. BImSchV geregelt. Einer physischen Auslegung bedarf es für Windenergievorhaben, außer in den Ausnahmefällen des § 10 Abs. 3 BImSchG, in aller Regel nicht mehr. Etwas anderes dürfte sich auch für UVP-pflichtige Windenergievorhaben regelmäßig auch nicht aus § 10 Abs. 1 S. 10 der 9. BImSchV ergeben. Eine physische Auslegung in den Gemeinden nach § 10 Abs. 1 S. 10 der 9. BImSchV nur für „Störfall-Anlagen“ i.S.v. § 4b Abs. 3 der 9. BImSchV. Systematisch ergibt sich das daraus, dass die Regelung allein im Zusammenhang mit dem davor stehenden § 10 Abs. 1 S. 9 der 9. BImSchV zu lesen ist und in dieser Konstellation die physische Auslegung als Sonderfall zu der sonst üblichen digitalen Auslegung in den Gemeinden beschreibt. Eine andere Interpretation würde sonst entgegen dem Gesetzeszweck die mit der Novelle von 2024 angestrebte weitgehende Digitalisierung des Genehmigungsverfahrens konterkarieren.

§ 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG:

„(3) (...) 3Die Auslegung ist dadurch zu bewirken, dass die Dokumente auf einer Internetseite der zuständigen Behörde zugänglich gemacht werden. (...) 6Die Behörde kann verlangen, dass die Dokumente, die für die Auslegung einzureichen sind, in einem verkehrsüblichen elektronischen Format eingereicht werden. (...)“

Problematisch sind die Fälle, bei denen mit der Auslegung bei Inkrafttreten der Gesetzesänderungen zur digitalen Auslegung bereits begonnen wurde, die aber noch nicht abgeschlossen wurden. Die Gesetzesänderungen traten am 09.07.2024 in Kraft. Um keine Rechtsunsicherheiten durch Verfahrensfehler zu verursachen, sollte die Auslegung der Antragsunterlagen in diesen Konstellationen digital wiederholt werden. Das gilt nicht in solchen Fällen, in denen nach der alten Rechtslage begonnene Auslegungen vor dem 09.07.2024 abgeschlossen wurden, weil für jede Verfahrenshandlung das im Zeitpunkt ihrer Vornahme jeweils einschlägige Verfahrensrecht gilt. Das wird auch in dem Erlass in Brandenburg zu den immissionsschutzrechtlichen Neuregelungen empfohlen. Hiernach ist eine Wiederholung der Auslegung im Internet nur für zum

²⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 37.

Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Regelungen „begonnene“ Auslegungen in Papierform erforderlich, nicht also bei bereits abgeschlossenen Auslegungen:

„Zu § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG i.V.m. § 10 Abs. 1 der 9. BImSchV

In Verfahren, bei denen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht die Auslegung der Antragsunterlagen schon begonnen wurde, sollten schon begonnene Auslegungen in Papierform bis zum Ende der Auslegungsfrist fortgesetzt werden. Ist die Veröffentlichung von Antragsunterlagen bisher nicht im Internet erfolgt, ist die Auslegung unter Beachtung der neuen Rechtslage zu wiederholen.“²⁶

aa. Andere Veröffentlichungsform bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Es besteht nach § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG eine Widerspruchsmöglichkeit des Antragstellers zur Veröffentlichung auf der Internetseite, soweit er die Gefährdung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder wichtiger Sicherheitsbelange befürchtet.

§ 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG

„(3) (...) 5Der Antragsteller kann der Veröffentlichung im Internet widersprechen, soweit er die Gefährdung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen oder wichtiger Sicherheitsbelange befürchtet; in diesem Fall muss die Behörde eine andere Form der Veröffentlichung wählen (...)“

Antragsunterlagen, bei denen der Antragsteller die Gefährdung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder wichtiger Sicherheitsbelange befürchtet, dürfen nach § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG nicht im Internet veröffentlicht werden. In der Bekanntmachung ist dementsprechend die von der Behörde gewählte andere Form der Veröffentlichung anzugeben.

Sind Unterlagen von der Veröffentlichung im Internet ausgenommen, weil der Antragsteller sich auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder wichtige Sicherheitsbelange beruft, liegt es in der Verantwortung der Behörde „eine andere Form der Veröffentlichung“ zu wählen, die die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wahrt. Die Form der Veröffentlichung bestimmt die Behörde. Der Wortlaut von § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG ist insofern eindeutig („muss die Behörde ... wählen“). Dazu ein Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hinreichend zu wahren, wird Vorhabenträgern entsprechend der Regelung in § 3 Absatz 1 Satz 6 Plansicherstellungsgesetz ein

²⁶ MLUK Brandenburg, Erlass zum Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht, 10.07.2024, S. 2.

Widerspruchsrecht eingeräumt. Macht der Antragsteller hiervon Gebrauch, muss **die Behörde** eine andere Form der Veröffentlichung wählen, um das Verfahren fortzusetzen.“²⁷

Eine andere Form der Veröffentlichung kann z. B. die Möglichkeit zur digitalen Einsichtnahme vor Ort sein. Die Auslegung der Antragsunterlagen in Papierform sollte angesichts der mit dem Gesetz bezweckten Digitalisierung nur im Ausnahmefall in Betracht gezogen werden. Erforderlich ist, dass die Form der Veröffentlichung die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wahrt. Nach dem Erlass in Brandenburg zu den immissionsschutzrechtlichen Neuregelungen gilt Folgendes:

„Zu § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG i.V.m. § 10 Abs. 1 S. 5 der 9. BImSchV

Als andere Form der Veröffentlichung können die Auslegung von Antragsunterlagen in **Papierform** sowie die Bereitstellung von **elektronischen Medien zur Einsichtnahme auf geeigneten Lesegeräten** gelten. Der Vorhabenträger ist darauf hinzuweisen, dass im Fall der entsprechenden Antragstellung Ausfertigungen der Antragsunterlagen in Papierform oder auf einem für die elektronische Auslegung geeigneten Speichermedium in ausreichender Anzahl bereitzustellen sind.“²⁸

bb. Leicht zu erreichende Zugangsmöglichkeit

Auf Verlangen eines Beteiligten ist zusätzlich eine leicht zu erreichende Zugangsmöglichkeit zu schaffen, § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG.

§ 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG:

„(3) (...) *4Auf Verlangen eines Beteiligten wird ihm eine leicht zu erreichende Zugangsmöglichkeit zur Verfügung gestellt. (...)*“

Auf die Möglichkeit der leicht zu erreichenden Zugangsmöglichkeit ist in der (analogen und digitalen) Bekanntmachung hinzuweisen, § 10 Abs. 4 Nr. 1 BImSchG.

Die leicht zu erreichende zusätzliche Zugangsmöglichkeit dient der Einbeziehung der Personen ohne ausreichenden digitalen Internetzugang.²⁹ Wie die Zugangsmöglichkeit unter Berücksichtigung dieses Gesetzeszwecks konkret aussehen kann, wird in der Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG weiter ausgeführt:

„Dies ist in der Regel die Übersendung eines gängigen elektronischen Speichermediums, auf dem die auszulegenden Unterlagen gespeichert sind. Als weitere Möglichkeiten kommen aber

²⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 37.

²⁸ MLUK Brandenburg, Erlass zum Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht, 10.07.2024, S. 2.

²⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 37.

auch eine Versendung in Papierform oder die Ermöglichung der Einsichtnahme vor Ort in Betracht.“³⁰

Zwar kommen danach als leicht zu erreichende Zugangsform auch künftig Abschriften für Dritte in Papierform in Betracht. Allerdings zeigt die Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 2 der 9. BImSchV, dass das die Ausnahme bleiben soll:

„Die Anpassungen in Absatz 2 dienen der Erreichung einer vollständigen Digitalisierung des Genehmigungsverfahrens. Wenn zusätzlich zu elektronischen Antragsfassungen für die Öffentlichkeitsbeteiligung Papierfassungen hergestellt werden müssen, verzögert dies den Bearbeitungsprozess und macht einen häufigen Abgleich zwischen Papierfassung und elektronischer Fassung der Antragsunterlagen notwendig. Daher sollte auf die Übersendung von Abschriften an Dritte zu Gunsten der Bereitstellung in digitaler Form verzichtet werden.“³¹

In dem Erlass zu den immissionsschutzrechtlichen Neuregelungen aus Brandenburg werden die Ausführungen aus der Gesetzesbegründung aufgenommen. Dort wird dazu weiter konkretisierend ausgeführt:

„Zu § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG i.V.m. § 10 Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV
Als leichter Zugang zu auszulegenden Unterlagen gilt auch die Möglichkeit der **Einsichtnahme auf elektronischen Lesegeräten**. Ein Anspruch auf eine Einsichtnahme in Antragsunterlagen in Papierform besteht nicht. Diese kann nur gewährt werden, wenn eine Papieraufbereitung der Antragsunterlagen bei der Behörde vorhanden ist. Im Einzelfall soll mit dem Beteiligten die konkrete Form des erleichterten Zugangs abgestimmt werden. Der Zugang ist nur während der Auslegungsfrist zu gewähren. Nach Abschluss der Auslegungsfrist ist der Beteiligte auf die Antragstellung nach Umweltinformationsgesetz zu verweisen“³²

³⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 37.

³¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 40.

³² MLUK Brandenburg, Erlass zum Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht, 10.07.2024, S. 2.

4. Beteiligung der Fachbehörden

a. Monatsfrist für Stellungnahmen zu beteiligender Behörden

§ 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG:

„(5) (...) Hat eine zu beteiligende Behörde bei einem Verfahren zur Genehmigung einer Anlage innerhalb einer Frist von einem Monat keine Stellungnahme abgegeben, so ist davon auszugehen, dass die zu beteiligende Behörde sich nicht äußern will, soweit die zu beteiligende Behörde nicht in schriftlicher Form um eine einmalige Verlängerung um bis zu einem Monat bittet; die Möglichkeit zur Verlängerung gilt nicht für Verfahren zur Genehmigung einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien oder einer Anlage zur Herstellung von Wasserstoff aus erneuerbaren Energien. (...)“

Zu beteiligende Behörden müssen innerhalb eines Monats ihre Stellungnahme abgeben, § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG. Zum Kreis der „**zu beteiligenden Behörden**“ zählen alle – aber auch nur diejenigen – Behörden, deren Äußerung auf Grund der Berührung ihres sachlichen und örtlichen Aufgabenbereichs von Einfluss auf die Genehmigungsentscheidung zu dem Vorhaben sein kann.³³ Für den Fall, dass in einem Bundesland mehrere von dem Vorhaben betroffene Aufgabenbereiche unter dem Dach der Genehmigungsbehörde zusammengeführt werden, sind „zu beteiligende Behörden“ i.S.v. § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG und § 11 der 9. BImSchV die für die fachgesetzlich unterschiedlich geregelten Bereiche zuständigen Organisationseinheiten. Diese Einordnung steht im Einklang mit dem im Verwaltungsverfahren maßgeblichen Behördenbegriff (vgl. § 1 Abs. 4 VwVfG des Bundes). Zudem darf die Anwendung von § 10 Abs. 5 BImSchG und darin mit der Monatsfrist verbundenen Rechtsfolgen, etwa für den Zeitpunkt der maßgeblichen Rechtslage, nicht von dem Behördenaufbau und der Zuständigkeitsverteilung in dem jeweiligen Bundesland abhängen. Sonst hätten es die Länder in der Hand, die Regelung des § 10 Abs. 5 BImSchG auszuhebeln, was nicht im Einklang mit dem verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüge stehen würde. Außerdem würde die mit der Regelung des § 10 Abs. 5 BImSchG bezweckte Beschleunigung leerlaufen, wenn die insbesondere bei Windenergievorhaben häufig zu Verfahrensverzögerungen führende Beurteilung des Natur- und Artenschutzes von der Behördenorganisation abhängt.

Der **Beginn der Monatsfrist** für die Beteiligung der jeweiligen Fachbehörde hängt von der Vollständigkeit der Antragsunterlagen nach § 7 Abs. 2 der 9. BImSchV mit Blick auf die von der Fachbehörde zu prüfenden Genehmigungsanforderungen ab. Da nach § 7 Abs. 1 S. 5 der 9. BImSchV Teilprüfungen zwingend zu veranlassen sind, sobald diese möglich sind („Teilprüfungen sind auch vor Vorlage der vollständigen Unterlagen vorzunehmen [...]“), kann der Beginn der Monatsfrist für die Behördenbeteiligung zu unterschiedlichen Zeitpunkten beginnen, wenn die

³³ Siehe Landmann/Rohmer UmweltR/Dietlein BImSchG § 10 Rn. 99.

Antragsunterlagen nur teilweise vollständig sind bzw. werden. Die Genehmigungsbehörde hat den Antragsteller über den konkreten Zeitpunkt der Weiterleitung der Antragsunterlagen an die Fachbehörde zu informieren. Da der Beginn der Monatsfrist automatisch mit Ablauf der Frist zur Vollständigkeitsprüfung (§7 Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 9. BImSchV) oder – je nachdem welches Ereignis zuerst eintritt – mit Eingang der von der Behörde erstmalig nachgeforderten Unterlagen (§7 Abs. 1 Satz 4) ausgelöst wird, verkürzt sich bei verzögerter Weiterleitung der Antragsunterlagen an die Fachbehörden nach Auffassung des BDEW die Stellungnahmefrist.

Es besteht vom Grundsatz her die Möglichkeit der Verlängerung der Monatsfrist auf Antrag der Fachbehörde. Die Möglichkeit zur **Verlängerung** der Frist wird aber für Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien und Anlagen zur Wasserstoffherzeugung aus erneuerbaren Energien in § 10 Abs. 5 S. 3 2. Hs. BImSchG ausdrücklich ausgeschlossen. Die Monatsfrist kann in diesen Verfahren somit nicht verlängert werden.

b. Weiterleitung von eingegangenen Stellungnahmen

Gehen bei der Genehmigungsbehörde Stellungnahmen einzelner Fachbehörden ein, besteht nunmehr eine gesetzliche Pflicht zur unverzüglichen Weiterleitung aller Stellungnahmen an den Antragsteller, § 10 Abs. 5 S. 2 BImSchG. Unverzüglich bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern“, vgl. § 121 Abs. 1 BGB.

§ 10 Abs. 5 S. 1 f. BImSchG:

*„(5) ¹Die für die Erteilung der Genehmigung zuständige Behörde (Genehmigungsbehörde) holt die Stellungnahmen der Behörden ein, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird. ²**Eingegangene Stellungnahmen der zu beteiligten Behörden hat die Genehmigungsbehörde unverzüglich an den Antragsteller weiterzuleiten. (...)**“*

Das Gesetz beschränkt die Verpflichtung zur Weiterleitung nicht auf abschließende Stellungnahmen der Fachbehörden. Nach dem Wortlaut der Norm sind alle eingegangenen Stellungnahmen unverzüglich weiterzuleiten. Das betrifft auch Stellungnahmen, die sich auf Teilprüfungen der Antragsunterlagen beziehen. Auch Anträge auf Fristverlängerungen sind an den Antragsteller unverzüglich zu übermitteln.

In der Genehmigungspraxis kommt es im Rahmen des fachbehördlichen „Nachfassens“ häufig zu nicht gerechtfertigten Nachforderungen von fehlenden Antragsunterlagen oder es wird die Überarbeitung von Antragsunterlagen gefordert. In diesen Fällen hat die Genehmigungsbehörde die Pflicht zu prüfen, ob die geforderten Unterlagen zur Prüfung der von der Fachbehörde zu prüfenden Genehmigungsvoraussetzungen tatsächlich erforderlich sind, § 4 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV. Dabei ist von der Genehmigungsbehörde auch hinsichtlich der gesetzten Frist zu prüfen, ob die Unterlagen wirklich für die Erstellung der Stellungnahme und vor Erlass des Genehmigungsbescheids vorliegen müssen oder nach § 7 Abs. 1 S. 6 der 9. BImSchV zu einem späteren Zeitpunkt, z. B. zur Inbetriebnahme der Anlage, nachgereicht werden können. Nach Genehmigungserhalt nachreichbar sind insbesondere folgende Nachweise: Baugrundgutachten und Prüfbericht zur Standsicherheit, Typenprüfung, Nachweis der Baulasteintragungen,

Verträge mit Landwirten (z. B. zur Mahd-Abschaltung) und Ökokonto-Zahlungen. Nur wenn die Genehmigungsbehörde zu dem Ergebnis kommt, dass die Nachforderungen berechtigt sind, hat sie diese mit entsprechender Begründung an den Vorhabenträger weiterzugeben.

c. Umgang mit ausbleibenden Stellungnahmen

§ 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG:

„(5) (...) 3Hat eine zu beteiligende Behörde bei einem Verfahren zur Genehmigung einer Anlage innerhalb einer Frist von einem Monat keine Stellungnahme abgegeben, so ist davon auszugehen, dass die zu beteiligende Behörde sich nicht äußern will, soweit die zu beteiligende Behörde nicht in schriftlicher Form um eine einmalige Verlängerung um bis zu einem Monat bittet; die Möglichkeit zur Verlängerung gilt nicht für Verfahren zur Genehmigung einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien oder einer Anlage zur Herstellung von Wasserstoff aus erneuerbaren Energien. 4Die zuständige Behörde hat die Entscheidung im Falle des Satzes 3 bei einem Verfahren zur Genehmigung einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien oder einer Anlage zur Herstellung von Wasserstoff aus erneuerbaren Energien auf Antrag auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Fristablaufs der Behördenbeteiligung zu treffen. (...)“

Ausbleibende bzw. verspätete Stellungnahmen der Fachbehörden sind das größte Hemmnis für einen Genehmigungserhalt innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fristen (vgl. § 10 Abs. 6a BImSchG). In § 10 Abs. 5 S. 3 ff. BImSchG finden sich detaillierte Vorgaben zum Umgang mit einer ausbleibenden Stellungnahme der Fachbehörde innerhalb der gesetzlichen Monatsfrist. Dabei sind Stellungnahmen, die keine inhaltliche Befassung mit dem konkreten Vorhaben erkennen lassen, als ausgebliebene Stellungnahmen zu bewerten.

aa. (P) Partielle und europarechtskonforme Stichtagsregelung

Bei Ausbleiben der Stellungnahme einer Fachbehörde ist in § 10 Abs. 5 S. 4 BImSchG auch nach der Reform im Jahr 2024 weiterhin eine partielle Stichtagsregelung vorgesehen. Das bedeutet, dass auf Antrag des Vorhabenträgers der Grundsatz durchbrochen wird, dass für die Beurteilung des Genehmigungsantrags die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung maßgeblich ist. Die Behörde hat dann die Entscheidung auf Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Fristablaufs der Behördenbeteiligung zu treffen.

Die Vorverlagerung des Stichtags betrifft nur die Genehmigungsvoraussetzungen, zu denen sich die betreffende Fachbehörde hätte äußern sollen. Die damit verbundene selektive Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage gilt jedenfalls für Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien und künftig auch für Anlagen zur Wasserstoff-Erzeugung aus erneuerbaren Energien (§ 10 Abs. 5 S. 4 BImSchG). Die Eigenschaft als Anlage zur

Erzeugung von grünem Wasserstoff richtet sich nach § 26 Energiefinanzierungsg.³⁴ Dazu wird in der Gesetzesbegründung weiter ausgeführt:

„Ob es sich um eine Anlage zur Herstellung von „grünem“ Wasserstoff (...) handelt, hat die Behörde im Zeitpunkt des Ablaufs der Behördenbeteiligung nach § 10 Absatz 5 neuer Satz 4 BImSchG auf Grundlage der ihr vorliegenden Informationen zu beurteilen. Der Betrieb mit grünem Wasserstoff muss auf Dauer angelegt sein und darf nicht nur vorübergehend geplant sein.“³⁵

Die partielle **Stichtagsregel ist europarechtskonform** und entgegen der bisherigen Empfehlung der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft (LAI)³⁶ anzuwenden. Die europarechtlichen Zweifel der LAI beziehen sich allein auf den Artenschutz. Die Bedenken hinsichtlich einer möglichen Europarechtswidrigkeit überzeugen jedoch nicht, so dass die Regelung insgesamt, also auch im Zusammenhang mit der Beurteilung artenschutzrechtlicher Genehmigungsanforderungen anzuwenden ist, zumal den Behörden keine Verwerfungskompetenz obliegt. Insbesondere lässt sich eine Europarechtswidrigkeit hinsichtlich artenschutzrechtlicher Belange nicht unter Verweis auf die von der LAI angeführte Rechtsprechung des EuGH zur Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (EuGH, Urteil vom 11.06.2020 – C-88/19, Rn. 58) oder zur Vogelschutzrichtlinie (EuGH, Urteil vom 17.03.2021 – C 900/19) belegen.³⁷ Die Entscheidungen beziehen sich auf die Qualität der beizubringenden Unterlagen, nicht auf den entscheidungserheblichen Zeitpunkt.

Würde man verlangen, dass die Daten im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung aktuell sind, müsste unmittelbar vor Erteilung der Genehmigung erneut eine Kartierung durchgeführt werden. Damit wäre die gesamte Verwaltungspraxis, die ein gewisses Alter der Kartierungen erlaubt, mit dem Europarecht nicht vereinbar und auch der Beschleunigungsgedanke von § 10 Abs. 5 BImSchG wäre nicht umzusetzen. Auch angesichts der weiteren Instrumente im Baukasten des Artenschutzes ist eine andere Sichtweise artenschutzfachlich nicht geboten. Nicht gebotene Vorgaben wären unverhältnismäßig und es wurde durch den EuGH und die Verwaltungsgerichte mehrfach festgestellt, dass auch im europäischen Sekundärrecht zum Artenschutz der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt.³⁸ Im Ergebnis ist die Stichtagsregelung folglich anzuwenden.

³⁴ Zuvor in § 12i der Erneuerbare-Energien-Verordnung.

³⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 20.

³⁶ LAI, Vollzugshinweise zu § 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3, § 16b und § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG, Stand: 10.08.2022, S. 4 f.

³⁷ Die Verweise finden sich in LAI, Vollzugshinweise zu § 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3, § 16b und § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG, Stand: 10.08.2022, S. 4 f. und insb. Fn. 2.

³⁸ Vgl. BVerwG, Urteil v. 27.11.2018 – 9 A 8.17, Rn. 102 unter Verweis u.a. auf EuGH, Urteil v. 15.11.2005 - C-320.03, [ECLI:EU:C:2005:684] - Rn. 91.

bb. (P) Eigene Stellungnahme oder Einholen von Sachverständigengutachten

§ 10 Abs. 5 S. 5 f. BImSchG:

„(5) (...) „Anstelle der Stellungnahme der zu beteiligenden Behörde kann die Behörde entweder zu Lasten der zu beteiligenden Behörde zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen ein **Sachverständigengutachten** einholen oder **selbst Stellung nehmen**. „Beides hat auf der Grundlage der geltenden Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Fristablaufs der Behördenbeteiligung zu erfolgen; dies gilt nicht für militärische Belange. „Ist von vorneherein davon auszugehen, dass eine beteiligte Behörde innerhalb der Frist nach Satz 3 nicht in der Lage ist, zu entscheidungserheblichen Aspekten des Antrags Stellung zu nehmen, kann die Genehmigungsbehörde bereits vor Ablauf der Frist ein Sachverständigengutachten nach Satz 5 einholen. (...)“

Fehlt nach Ablauf der Monatsfrist für die Fachbehördenbeteiligung die Stellungnahme einer Behörde, besteht für die Genehmigungsbehörde nach § 10 Abs. 5 S. 5 BImSchG die Möglichkeit, Sachverständigengutachten zu Lasten der säumigen Fachbehörde einzuholen oder selbst Stellung zu nehmen.

(1) Eigene Stellungnahme der Genehmigungsbehörde

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung hat die Genehmigungsbehörde zunächst zu prüfen, ob sie auf Basis der vorgelegten Antragsunterlagen nach § 10 Abs. 5 S. 5 2. Var. BImSchG anstelle der Fachbehörde „selbst Stellung nehmen kann“ und damit die Entscheidung zur Erteilung der Genehmigung früher treffen kann. Dabei kann sie sich ohne Verstoß gegen ihre Aufklärungspflicht auf Gutachten oder gutachterliche Stellungnahmen stützen, die von einem Beteiligten im Verwaltungsverfahren eingeholt wurden.³⁹ Im Rahmen der Amtsermittlungspflicht können auch vom Vorhabenträger vorgelegte Privatgutachten verwertet werden, sofern diese nicht schlüssig infrage gestellt sind.⁴⁰ Wird gutachterlich dargestellt und begründet, dass die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen und welche konkreten Nebenbestimmungen erforderlichenfalls anzuordnen sind, kann die Genehmigungsbehörde ohne Beauftragung eines Sachverständigen selbst Stellung nehmen. Stets kann die Genehmigungsbehörde selbst zu reinen Rechtsfragen Stellung nehmen. Die Genehmigungsbehörde muss in der Lage sein, alle Rechtsfragen, die sich im Rahmen des Genehmigungsverfahrens stellen, selbst zu beantworten. Auf fachbehördliche Amtshilfe, Sachverständigengutachten oder sonstige Unterlagen ist die Genehmigungsbehörde allenfalls bei der fachlichen Bewertung angewiesen.

(2) Einholung eines Sachverständigengutachtens

Kann die Genehmigungsbehörde nicht „selbst Stellung nehmen“, kann sie nach § 10 Abs. 5 S. 5 BImSchG ein Sachverständigengutachten zu Lasten der zu beteiligenden Behörde einholen.

³⁹ OVG Greifswald, Urteil v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, Rn. 104.

⁴⁰ BVerwG, Beschluss v. 25.02.2013 – 4 A 7003.12, Rn. 10.

Gegenstand des Sachverständigengutachtens ist die Erstellung einer Art „Ersatzstellungnahme“ anstelle der zu beteiligenden Fachbehörde. Dies folgt zwingend aus der verfahrensrechtlichen Einbindung im Rahmen der Beteiligung der Fachbehörde und systematisch aus dem Gleichlauf der bloßen Stellungnahmen der Fachbehörde bzw. der Genehmigungsbehörde („selbst Stellung nehmen“). Folglich handelt es sich hierbei nicht um ein vollumfängliches fachliches Gutachten. Ein solches wäre aufgrund der vom Vorhabenträger bereits eingereichten Antragsunterlagen auch nicht erforderlich. Das Sachverständigengutachten sollte in Aufbau, Umfang und Inhalt den sonst üblichen Stellungnahmen der jeweiligen Fachbehörde entsprechen und sich der von der Fachbehörde üblicherweise verwendeten Methode zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen bedienen und Nebenbestimmungen vorschlagen, um die Genehmigungsbehörde in die Lage zu versetzen über den Genehmigungsantrag zu entscheiden.

Die Möglichkeit, ein Sachverständigengutachten einzuholen, ist nach § 10 Abs. 5 S. 7 BImSchG auch schon vor Fristablauf möglich, wenn von vorneherein davon auszugehen ist, dass die Fachbehörde nicht in der Lage ist, zu entscheidungserheblichen Aspekten des Antrags rechtzeitig Stellung zu nehmen. Mit Blick auf die Vermeidung von Verfahrensverzögerungen und die Einhaltung der Genehmigungsfrist nach § 10 Abs. 6a S. 1 BImSchG ist angesichts der üblichen Dauer der Erstellung von Sachverständigengutachten die Beauftragung so früh wie möglich vorzunehmen.

Ob nach § 10 Abs. 5 S. 7 BImSchG „von vorneherein davon auszugehen“ ist, dass die zu beteiligende Behörde nicht fristgerecht zu den genehmigungsrelevanten Aspekten Stellung nehmen wird, hat die Genehmigungsbehörde zu ermitteln. Die Genehmigungsbehörde wird bei den zu beteiligenden Behörden, bei welchen eine fristgerechte Stellungnahme erfahrungsgemäß fraglich ist, regelmäßig abfragen müssen, ob auf absehbare Zeit in den in Rede stehenden Verfahren mit einer Rückmeldung der Fachbehörde zu rechnen ist. Die zu beteiligenden Behörden können die Genehmigungsbehörde frühzeitig darauf hinweisen, dass eine fristgerechte Stellungnahme nicht zu erwarten ist.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfolgt nach § 10 Abs. 5 S. 5 BImSchG „**zu Lasten der zu beteiligenden Behörde**“. Das bedeutet, dass die betreffende Fachbehörde eine Pflicht zur Kostenübernahme eines Sachverständigengutachtens trifft.⁴¹ Diese Kostentragungspflicht betrifft das Verhältnis der Genehmigungs- zur Fachbehörde. Der Antragsteller bzw. Vorhabenträger ist hiervon nicht betroffen und darf infolge der Untätigkeit der Fachbehörde finanziell nicht schlechter gestellt werden. Infolgedessen ist es sowohl der Fachbehörde als auch Genehmigungsbehörde verwehrt, die für das Sachverständigengutachten entstandenen Kosten dem Vorhabenträger nach dem jeweils einschlägigen Verwaltungskostengesetz als Auslagen oder Gebührenbestandteile aufzuerlegen. Das Einholen des Sachverständigengutachtens obliegt der Genehmigungsbehörde. Um durch möglicherweise entstehende vergaberechtliche Konsequenzen keine Zeit zu verlieren, sollte sich die Genehmigungsbehörde bereits frühzeitig

⁴¹ Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 20.

einen Pool von Sachverständigen für die Belange sichern, die erfahrungsgemäß für Verzögerungen in den Verfahren verantwortlich sind, etwa über den Abschluss von Rahmenverträgen, die eine schnelle Vergabe von Einzelaufträgen ermöglichen. Alternativ dazu kann es zielführend sein, eine Beauftragung nach Abstimmung mit der Genehmigungsbehörde durch den Antragsteller nach § 13 Abs. 2 S. 2 der 9. BImSchV zu vereinbaren.

Der Umstand, dass die Einholung von Sachverständigengutachten bei ausbleibender Stellungnahme der zu beteiligenden Behörde aufwendige Vergabeverfahren auslösen könnte, ist durch die Genehmigungsbehörde zu berücksichtigen.⁴² Daher ist zu betonen, dass eine Ersatzstellungnahme durch ein Sachverständigengutachten nur dann in Auftrag gegeben werden kann, wenn dies nach Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens zulässig ist und keine Möglichkeit besteht schneller zum Ziel zu kommen, etwa indem die Genehmigungsbehörde selbst Stellung nimmt (dazu IV.4.c.bb. (1) und (3)).⁴³ Dazu wird im Brandenburger Erlass zu den immissionsschutzrechtlichen Neuregelungen ausgeführt:

„Zu § 10 Abs. 5 S. 5 BImSchG

Das Sachverständigengutachten ersetzt die Stellungnahme der zu beteiligenden Behörde. Bei der Vergabe der Gutachten sind die vergabe- und haushaltsrechtlichen Regelungen zu beachten. Der Vorhabenträger ist bei Antragstellung darauf hinzuweisen, dass die Beauftragung eines Sachverständigengutachtens erst nach Ablauf der Beteiligungsfrist zu Verzögerungen führen wird. Stattdessen sollte in Abstimmung mit dem Antragsteller möglichst weitgehend von der Möglichkeit des § 13 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 der 9. BImSchV Gebrauch gemacht werden. In laufenden Genehmigungsverfahren ist mit dem Antragsteller abzustimmen, ob entsprechend § 10 Abs. 5 S. 5 BImSchG verfahren werden soll. Im Rahmen der Ausübung des Ermessens ist der Stand der Prüfung durch die beteiligte Behörde zu berücksichtigen.“⁴⁴

Hinsichtlich etwaiger Verzögerungen hat die Genehmigungsbehörde jedenfalls zu beachten, dass die **Entscheidungsfrist** nach § 10 Abs. 6a BImSchG durch die Einholung von Sachverständigengutachten unberührt bleibt. Sie wird daher regelmäßig ein Interesse daran haben, auf eine Entscheidung der Fachbehörde hinzuwirken, auf Grundlage der eingereichten Unterlagen selbst zu entscheiden oder jedenfalls frühzeitig – vor Ablauf der Beteiligungsfrist – ein Sachverständigengutachten einzuholen.

(3) Ausnahmsweise Verwertung verspäteter Stellungnahmen trotz Fristablaufs

Die Entscheidung selbst tätig zu werden oder zur Beauftragung des Sachverständigen liegt im Ermessen der Genehmigungsbehörde („kann“). Dabei hat sie mit Blick auf den bezweckten

⁴² Diese Befürchtung hat der Bundesrat laut Beschluss und Entschließung des Bundesrates, BR-Drs. 277/24 (Beschluss), S. 3.

⁴³ Vgl. zum Beispiel Denkmalschutz OVG Greifswald, Urteil v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 100 ff.

⁴⁴ MLUK Brandenburg, Erlass zum Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht, 10.07.2024, S. 3.

Zeitgewinn zu prüfen, ob die in § 10 Abs. 5 S. 5 2. Var. BImSchG selbst vorgesehene Handlungsalternative umzusetzen ist und, sofern das nicht möglich ist, aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine andere Vorgehensweise schneller zum Ziel führt.

Kommt die Genehmigungsbehörde zu dem Ergebnis, dass sie nicht auf Basis der Antragsunterlagen selbst nach § 10 Abs. 5 S. 5 2. Var. BImSchG Stellung nehmen und entscheiden kann, kann in Sonderfällen dennoch ein Verzicht auf die in § 10 Abs. 5 S. 5 1. Var. BImSchG vorgesehene Einholung eines Sachverständigengutachtens angemessen sein, wenn mit dem Votum der Fachbehörde zeitnah zu rechnen ist. Im Falle von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien und zur Erzeugung von „grünem“ Wasserstoff müssen objektive Anhaltspunkte, zumindest in Form der Übermittlung eines Stellungnahmeentwurfs, den Erhalt der fachbehördlichen Stellungnahme innerhalb von Tagen sicher erwarten lassen; andernfalls würde die Regelung der Monatsfrist selbst und deren Nichtverlängerbarkeit nach § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG unterlaufen.

Dazu finden sich in der Gesetzesbegründung folgende Ausführungen:

„Die Regelung zur Kostentragungspflicht für ein Sachverständigengutachten setzt der zu beteiligenden Behörde einen Anreiz zu einem zügigen Votum innerhalb der Frist. Ob an Stelle des Votums der zu beteiligenden Behörde ein Sachverständigengutachten einzuholen ist, ist im konkreten Fall von der zuständigen Genehmigungsbehörde im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung zu entscheiden. Hierzu wird die Genehmigungsbehörde regelmäßig bei der zu beteiligenden Behörde zuvor den aktuellen Verfahrensstand erfragen müssen; sofern die zu beteiligende Behörde ihr Votum zeitnah vorlegen kann, dürfte die Einholung eines Gutachtens nicht angemessen sein, zumal hierdurch auch kein Zeitgewinn erzielt wird. Das Votum der Fachbehörde ist insoweit vorrangig einzuholen. Ist jedoch auf absehbare Zeit nicht mit einer Rückmeldung der Fachbehörde zu rechnen, kann die Genehmigungsbehörde zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen von dieser Regelung Gebrauch machen. Hinsichtlich militärischer Belange ist von der Einholung eines Sachverständigengutachtens abzusehen, da dieses die Bewertung durch die Bundeswehr selbst nicht ersetzen kann. Dies gilt insbesondere aufgrund der operationellen und die Sicherheit betreffenden Belange.“⁴⁵

Sofern die Genehmigungsbehörde eine verspätete fachbehördliche Stellungnahme für ihre Entscheidung berücksichtigt, bleibt es gleichwohl bei der Geltung des § 10 Abs. 5 S. 6 BImSchG. Denn anderenfalls würde der in der Gesetzesbegründung vorstehend zitierte Zeitgewinn durch die Berücksichtigung der Behördenstellung konterkariert.

⁴⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 20.

cc. Meldung an die Fachaufsicht

§ 10 Abs. 5 S. 8 BImSchG:

„(5) (...) 8Die zuständige Behörde informiert ihre Aufsichtsbehörde über jede Überschreitung von Fristen. (...)“

Bei Überschreitung der Fristen zur Rückmeldung durch die Fachbehörden erfolgt nach § 10 Abs. 5 S. 8 BImSchG stets eine Meldung der Fristüberschreitung an die Fachaufsicht. Die Meldung dient laut Gesetzesbegründung einer „zügigen Entscheidungsfindung“. ⁴⁶

Im Erlass aus Brandenburg zu den immissionsschutzrechtlichen Neuregelungen finden sich weitere Detailvorgaben:

*„Mitteilung über Fristüberschreitungen nach § 10 Abs. 5 S. 8 und Abs. 6a S. 5 BImSchG
Zuständige Aufsichtsbehörde i.S.v. § 10 Abs. 5 S. 8 und Abs. 6a S. 5 BImSchG ist die oberste Immissionsschutzbehörde (derzeit das MLUK). Die Information der Aufsichtsbehörde erfolgt monatlich im Zusammenhang mit der Berichterstattung über Genehmigungsverfahren. Anzugeben ist die Anzahl der innerhalb des Berichtsmonats eingetretene Überschreitungen der jeweiligen Fristen, auch im Fall der Verlängerung.“⁴⁷*

Auch im Falle der Fristverlängerung ist die Aufsichtsbehörde unter Angabe der Gründe zu informieren, um den rechtsmissbräuchlichen Einsatz der Verlängerungsoptionen zu vermeiden. Die Daten zu Fristüberschreitungen und -verlängerungen unterfallen auch der Berichtspflicht nach § 98 Abs. 1 Nr. 3 EEG.

d. Anhörung bei beabsichtigter Nichterteilung von Zustimmung

§ 10 Abs. 5 S. 9 BImSchG:

„(5) (...) 9Beabsichtigt eine beteiligte Behörde eine gesetzlich erforderliche Zustimmung nicht zu erteilen, hat die beteiligte Behörde vor Abgabe ihrer Entscheidung dem Antragsteller innerhalb einer von der Behörde festzusetzenden Frist die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. 10In diesem Fall findet § 20 Absatz 1 Satz 2 der Neunten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes keine Anwendung. (...)“

In wenigen Fällen haben die zu beteiligenden Behörden nicht nur die Möglichkeit zur Stellungnahme, sondern es ist ihre Zustimmung erforderlich (z. B. § 12 Abs. 2 LuftVG, § 9 Abs. 2 FStrG, § 36 BauGB). Bei beabsichtigter Nichterteilung der gesetzlich erforderlichen Zustimmung durch

⁴⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 20.

⁴⁷ MLUK Brandenburg, Erlass zum Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht, 10.07.2024, S. 3.

eine Fachbehörde erfolgt nach § 10 Abs. 5 S. 9 BImSchG zwingend eine Anhörung des Antragstellers.

Zu der Anhörung im Falle einer beabsichtigten Nichterteilung einer gesetzlich erforderlichen Zustimmung wird im Erlass aus Brandenburg ausgeführt:

„Zu § 10 Abs. 5 S. 9 BImSchG

Die beteiligten Behörden, deren Zustimmung im Genehmigungsverfahren erforderlich ist, sind im Anschreiben zur Beteiligung auf die Verpflichtung zur Anhörung des Antragstellers bei einer beabsichtigten Versagung der Zustimmung hinzuweisen. Sie sind aufzufordern, die Genehmigungsbehörde möglichst unter Bezeichnung der voraussichtlichen Versagungsgründe über eine Anhörung zu informieren.“⁴⁸

Es besteht die Gefahr, dass immer vorsichtshalber eine Nichterteilung der Zustimmung „beabsichtigt“ wird. Zweck der Novelle von 2024 ist eine Beschleunigung der Genehmigungsverfahren. Die Anhörung bei beabsichtigter Nichterteilung einer Zustimmung dient vor allem dazu, verbleibende Genehmigungshindernisse zu beseitigen.⁴⁹ Dazu Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Mit der Gelegenheit zur Stellungnahme gegenüber der Ankündigung einer zu beteiligenden Behörde, eine gesetzlich erforderliche Zustimmung nicht zu erteilen, wird dem Antragsteller ein unmittelbarer Austausch mit der von der Genehmigungsbehörde zu beteiligenden Behörde ermöglicht. Hierdurch können etwaige Unklarheiten im Vorfeld der Entscheidung ausgeräumt werden; dieses Vorgehen entspricht bereits teilweise der Praxis. Es handelt sich nicht um die Einführung eines in-camera-Verfahrens, welches die Entscheidung der Fachbehörde selbständig justizabel machen würde, sondern dient lediglich dem unmittelbaren Austausch. In vielen Fällen lassen sich durch wenige Anpassungen der Antragsunterlagen negative Stellungnahmen verhindern und langwierige Klageverfahren vermeiden.“⁵⁰

Dem Zweck der Beschleunigung und der schnellen Beseitigung von Genehmigungshindernissen würde es entgegenstehen, wenn immer vorsichtshalber die beabsichtigte Nichterteilung der Zustimmung behauptet und eine Stellungnahme des Antragstellers eingeholt würde. Wie auch in dem Erlass aus Brandenburg zu den immissionsschutzrechtlichen Neuregelungen klargelegt ist, hat die Behörde die voraussichtlichen Versagungsgründe zu benennen. Die Nennung der Versagungsgründe hat nicht nur „möglichst“, sondern zwingend zu erfolgen, da der Antragsteller nur so sein Recht aus § 10 Abs. 5 S. 9 BImSchG zur Stellungnahme wahrnehmen kann und eine missbräuchliche Handhabung weitgehend verhindert wird. In diesem Zusammenhang ist darauf

⁴⁸ MLUK Brandenburg, Erlass zum Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht, 10.07.2024, S. 3.

⁴⁹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 20.

⁵⁰ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 20.

hinzuweisen, dass „vorsorgliche“ Ablehnungen eines Antrags auf Erteilung einer immissionschutzrechtlichen Genehmigung einen Staatshaftungsanspruch nach Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB begründen können, wenn der Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hätte. Auch hier sind konkrete Vorgaben für die Vollzugspraxis wünschenswert.

5. Erörterungstermine

a. Keine Erörterungstermine im vereinfachten Verfahren

Nach § 19 Abs. 2 BImSchG ist im vereinfachten Verfahren § 10 Abs. 6 BImSchG nicht anzuwenden. Für Windenergievorhaben findet das vereinfachte Verfahren Anwendung, wenn das Vorhaben weniger als 20 Windenergieanlagen umfasst und keine Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG durchzuführen ist, § 2 Abs. 1 der 4. BImSchV i.V.m. Nr. 1.6.2 des Anhangs 1 der 4. BImSchV.

b. Verzicht auf Erörterungstermine

§ 16 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV:

„(1) (...) 3Auf einen Erörterungstermin soll verzichtet werden bei der Errichtung oder Änderung von Windenergieanlagen an Land, bei der Errichtung oder Änderung von Anlagen zur Herstellung von Wasserstoff aus erneuerbaren Energien und bei der Errichtung oder Änderung von Anlagen zur Speicherung von Wasserstoff aus erneuerbaren Energien, die im unmittelbar räumlichen Zusammenhang mit Anlagen zur Herstellung von Wasserstoff aus erneuerbaren Energien stehen, wenn nicht der Antragsteller diesen beantragt. 4Die Sätze 1 bis 3 gelten auch für UVP-pflichtige Anlagen.“

Geregelt ist ein regelmäßiger Verzicht („soll“) auf einen Erörterungstermin bei erneuerbaren Energie- und Wasserstofferzeugungs- und -speicheranlagen, § 16 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV. Auch wenn für das Vorhaben eine UVP-Pflicht (!) besteht, soll auf den Erörterungstermin verzichtet werden, § 16 Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV.

Auf Antrag des Vorhabenträgers ist ein Erörterungstermin durchzuführen, § 16 Abs. 1 S. 3 a.E. der 9. BImSchV. Dieser kann auch als Online-Termin nach § 10 Abs. 6 BImSchG durchgeführt werden. Der Vorhabenträger von EE- und Wasserstoffvorhaben muss umgekehrt keinen Antrag auf Verzicht des Erörterungstermin stellen. Die Behörde soll auf einen Erörterungstermin von Gesetzes wegen nach § 16 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV und ohne Antrag des Vorhabenträgers verzichten. Nur wenn ausnahmsweise ein Erörterungstermin durchgeführt werden soll, sieht das Gesetz einen Antrag des Vorhabenträgers vor.

In der Bekanntmachung des Vorhabens ist darauf hinzuweisen, dass die Durchführung eines Erörterungstermins im intendierten Ermessen der Genehmigungsbehörde liegt und im Regelfall auf die Durchführung verzichtet werden soll (§16 Abs. 1 Satz 3 9. BImSchV), sofern nicht durch den Vorhabenträger beantragt.

(P) Wann kann sich die Behörde ausnahmsweise auch bei EE- und Wasserstoffvorhaben für einen Erörterungstermin entscheiden?

Der Wortlaut der Regelung in § 16 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV sieht hinsichtlich des Verzichts auf den Erörterungstermin ein intendiertes Ermessen vor („soll“). Das bedeutet, die Behörde kann sich nur in atypischen Fällen im Einzelfall für einen Erörterungstermin entscheiden. Das ist z. B. dann der Fall, wenn das Vorhaben ausnahmsweise sehr komplex ist oder es noch offene Fragen zum Sachverhalt vor Ort gibt oder der Erörterungstermin eine Befriedung vor Ort verspricht. Aus denselben Gründen sollte sich auch der Vorhabenträger ausnahmsweise für die Durchführung eines solchen Termins entscheiden und diesen beantragen.

Siehe dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Die Ergänzung der Nummer 5 dient der Beschleunigung von Genehmigungsverfahren durch eine weitergehende Fakultativstellung des Erörterungstermins. Ein Erörterungstermin dient dazu, in komplexen Verfahren zur Genehmigung von Vorhaben mit potentiell erheblichen nachteiligen Auswirkungen für die Nachbarschaft und die Allgemeinheit den Sachverhalt und Einwendungen strukturiert unter Beteiligung der Einwender zu prüfen, um Ermittlungsdefizite zu vermeiden und zur Befriedung der Beteiligten beizutragen. Sofern der Antragsteller nicht die Durchführung eines Erörterungstermins beantragt hat und die Genehmigungsbehörde eine Durchführung auch nicht im Einzelfall für geboten hält, soll ein Erörterungstermin nicht stattfinden. Die Gründe hierfür können vielfältig sein, zum Beispiel wenn eine Komplexität des Verfahrens nicht vorliegt, der Sachverhalt geklärt ist oder die Erörterung von Einwendungen keine Befriedung verspricht. Sofern ein Erörterungstermin nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 im Einzelfall anberaumt wird, ist der Erörterungstermin spätestens vier Wochen nach Ablauf der Einwendungsfrist durchzuführen, um Verzögerungen im Verfahrensverlauf zu vermeiden.“⁵¹

Bei Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien und zur Erzeugung von „grünem“ Wasserstoff verbleiben damit, anders als der Bundesrat für andere Vorhaben annimmt, keine Unsicherheiten zur Frage, in welchen Fällen ein Erörterungstermin noch durchgeführt werden soll.⁵²

⁵¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 40.

⁵² Beschluss und Entschließung des Bundesrates, BR-Drs. 277/24 (Beschluss), S. 3.

c. Digitale Erörterungstermine

§ 10 Abs. 6 S. 2 ff. BImSchG:

„(6) (...) 2Der Erörterungstermin kann auch in Form einer Onlinekonsultation oder durch eine Video- oder Telefonkonferenz erfolgen. 3Bei einer Onlinekonsultation ist dem Antragsteller und denjenigen, die Einwendungen erhoben haben, innerhalb einer vorher bekannt zu machenden Frist Gelegenheit zu geben, sich schriftlich oder elektronisch zu äußern. 4Die Frist soll mindestens eine Woche betragen. 5Werden für die Onlinekonsultation Informationen zur Verfügung gestellt, so gilt Absatz 2 entsprechend. (...)“

Es besteht die Möglichkeit, Erörterungstermine als Online-Konsultationen oder per Videokonferenz oder Telefonkonferenz durchzuführen, § 10 Abs. 6 S. 2 f. BImSchG. Detailvorgaben zur Durchführung von Erörterungsterminen ohne physische Anwesenheit finden sich in § 10 Abs. 6 S. 3 BImSchG. Auf die Möglichkeit eines digitalen Erörterungstermins ist in der Bekanntmachung hinzuweisen.

(P) Ist in der Bekanntmachung nach § 10 Abs. 4 Nr. 3 BImSchG die Benennung eines Ortes und genauen Zeitpunkts der Erörterung bei einer Online-Konsultation entbehrlich?

Ja, wenn die Bekanntmachung nach § 10 Abs. 6 BImSchG nicht identisch mit der Bekanntmachung nach § 10 Abs. 3 BImSchG ist. In diesem Fall können die genaueren Angaben zur Online-Erörterung in einer späteren Bekanntmachung erfolgen (insb. Einwahllink, bekannt zu machende Äußerungsfrist). Da hier aber eine rechtliche Unsicherheit besteht, ist die Praxis abzuwarten und eine Klarstellung im Gesetz oder eine bindende Vollzugsvorgabe wünschenswert.

(P) Wie geht die Behörde mit den eingegangenen Einwendungen um, wenn sie auf den Erörterungstermin verzichtet?

Die Behörde kann grundsätzlich auch dann auf einen Erörterungstermin verzichten, wenn Einwendungen eingehen. Dies gilt unabhängig von der Anzahl der eingegangenen Einwendungen. Auch wenn die Behörde auf einen Erörterungstermin verzichtet, hat sie die eingegangenen Einwendungen zu prüfen. Sie muss die vorgebrachten Belange ins Verfahren einstellen, in der zusammenfassenden Darstellung (wenn UVP-Pflicht) den Umgang mit den Einwendungen erläutern und den Einwendern die Genehmigung bekanntgeben.

(P) Ist die Durchführung von Erörterungsterminen online statt vor Ort verfahrensökonomisch und mit Blick auf die Anliegen der Beteiligten sinnvoll?

Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Mit der Einfügung des neuen Satz 2 in Absatz 6 zur Möglichkeit, den Erörterungstermin in Form einer Online-konsultation durchzuführen, wird die Regelung des § 5 Absatz 2 des Plansicherstellungsgesetzes (PlanSiG) verstetigt. Die Erfahrung hat gezeigt, dass die Durchführung einer Onlinekonsultation zu einer Vereinfachung, Versachlichung und Beschleunigung des Verfahrens führt. Zudem sieht Satz 2 alternativ die Möglichkeit einer Video- oder

Telefonkonferenz vor. Mit dieser Ergänzung werden die geplanten Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 27c VwVfG-E) unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Öffentlichkeit des Erörterungstermins nach § 18 Abs. 1 der 9. BImSchV in das immissionsschutzrechtliche Verfahren übernommen.“⁵³

6. Gesamtfrist für Genehmigungsentscheidung

§ 10 Abs. 6a S. 1 BImSchG:

„(6a) ¹Über den Genehmigungsantrag ist nach Eingang des Antrags und der nach Absatz 1 Satz 2 einzureichenden Unterlagen innerhalb einer Frist von sieben Monaten, in vereinfachten Verfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten, zu entscheiden. (...)“

Die gesetzliche Frist zur Genehmigungsentscheidung beträgt weiterhin sieben Monate im förmlichen Verfahren und drei Monate im vereinfachten Verfahren, § 10 Abs. 6a S. 1 BImSchG. Es handelt sich dabei um eine Höchstfrist: Nach § 20 Abs. 1 der 9. BImSchV ist über den Antrag unverzüglich zu entscheiden, sobald alle für seine Beurteilung relevanten Belange ermittelt sind. Mit Ablauf der Frist besteht ein fälliger Anspruch auf Erteilung der Genehmigung. Dessen Nichterfüllung ist rechtswidrig und potenziell schadensersatzpflichtig.

a. (P) Beginn der Entscheidungsfrist

Der Beginn der Entscheidungsfrist ist nun eindeutig in § 7 Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV geregelt.

§ 7 Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV:

*„(1) (...) **Die Genehmigungsfrist nach § 10 Absatz 6a Satz 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes beginnt mit Ablauf der Frist nach Satz 1 oder Satz 2 oder, sofern die Behörde nach Satz 3 den Antragsteller zur Ergänzung aufgefordert hat, mit Eingang der von der Behörde erstmalig nachgeforderten Unterlagen, an zu laufen. (...)“***

Nach § 7 Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV beginnt die Genehmigungsfrist aus § 10 Abs. 6a BImSchG (drei bzw. sieben Monate) zwingend ab dem Zeitpunkt,

- zu dem die Frist zur Vollständigkeitsprüfung ohne Nachforderungen abgelaufen ist oder
- zu dem der erste innerhalb der Frist zur Vollständigkeitsprüfung übermittelte Nachforderungskatalog abgearbeitet ist.

Hierbei ist der jeweils frühere Zeitpunkt maßgeblich. In Fällen, in denen die erstmalig nachgeforderten Unterlagen daher vor Ablauf der Monatsfrist bei der Behörde eingegangen sind,

⁵³ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 38.

beginnt die Frist daher schon zum früheren Zeitpunkt zu laufen. Die Monatsfrist ist als Höchstfrist zu verstehen.

Dazu Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Zum anderen wird festgelegt, dass in Fällen, in denen die Behörde den Antragsteller nicht zur Ergänzung des Antrags auffordert, hinsichtlich der Rechtsfolge des Fristbeginns von der Vollständigkeit auszugehen ist, d.h. dass die Frist des § 10 Absatz 6a BImSchG in Gang gesetzt wird. Für den Fall, dass die Unterlagen aus Sicht der Behörde noch nicht vollständig sind, wurde § 7 Absatz 1 klarstellend dahingehend ergänzt, dass mit Eingang der von der Behörde erstmalig nachgeforderten Unterlagen die Genehmigungsfrist zu laufen beginnt.“⁵⁴

b. Verlängerbarkeit der Entscheidungsfrist

§ 10 Abs. 6a S. 2 ff. BImSchG:

„(6a) (...) ²Die zuständige Behörde kann die Frist **einmalig** um bis zu drei Monate verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. ³Die Fristverlängerung ist gegenüber dem Antragsteller zu begründen. ⁴Eine weitere Verlängerung ist nur auf Antrag oder mit Zustimmung des Antragstellers möglich. (...)“

Die Entscheidungsfrist ist nach § 10 Abs. 6a S. 2 ff. BImSchG nur einmalig verlängerbar:

- Die Verlängerung der Entscheidungsfrist kann nur um bis zu drei Monate erfolgen. In diesem Falle besteht die Pflicht der Behörde zur Begründung der Verlängerung der Frist. Die Fristverlängerung ist im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stets so kurz wie möglich zu bemessen. Die vollen drei Monate nach § 10 Abs. 6a S. 2 BImSchG dürfen daher nur in Ausnahmefällen ausgeschöpft werden.
- Ansonsten ist die Verlängerung nur mit Zustimmung des Antragstellers möglich.

Eine Verlängerung der Frist wegen Überlastung der Behörde, Urlaub oder Krankheit ist unzulässig.⁵⁵

⁵⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 39.

⁵⁵ Hentschel in: GK-BImSchG, § 10 BImSchG, Rn. 500; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Stand: Juni 2024, § 10 BImSchG, Rn. 242; Jarass, BImSchG, 14. Auflage 2022, § 10 BImSchG, Rn. 124.

c. Meldung an Fachaufsicht

§ 10 Abs. 6a S. 5 BImSchG:

„(6a) (...) Die zuständige Behörde informiert ihre Aufsichtsbehörde über jede Überschreitung von Fristen.“

Die Meldung an die Fachaufsicht ist die neue Rechtsfolge bei jeder Fristüberschreitung, so auch bei der Verlängerung der Entscheidungsfrist nach § 10 Abs. 6a S. 5 BImSchG.

d. Untätigkeitsklage

Wird die Frist nach § 10 Abs. 6a S. 1 BImSchG überschritten, kann der Antragsteller Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO auf Erteilung der Genehmigung erheben.⁵⁶

e. Staatshaftungsansprüche

Darüber hinaus können Verzögerungen bei der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung einen Staatshaftungsanspruch nach Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB begründen.⁵⁷ Der Antragsteller hat nach § 6 Abs. 1 BImSchG einen subjektiven Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen oder unter Beifügung verhältnismäßiger Inhalts- und Nebenbestimmungen im Genehmigungsbescheid hergestellt werden können. Wird dieser Anspruch rechtswidrig und schuldhaft verletzt, steht dem Antragsteller ein Staats-/Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger der Behörde zu. Ersatzfähig sind in diesen Fällen nicht nur die vergeblichen Aufwendungen des Antragstellers (etwa Kosten für Antragsunterlagen, Gutachter und Rechtsberatung), sondern auch der entgangene Gewinn nach § 252 BGB, der bei fristgerecht erteilter Genehmigung mit der Anlage hätte erwirtschaftet werden können.⁵⁸ Hierbei können sich – je nach Einzelfall – mehrfache Millionenbeträge ergeben.

7. Bekanntmachung des Genehmigungsbescheids

a. Öffentliche Bekanntmachung im vereinfachten Verfahren auf Antrag

Nach § 19 Abs. 3 S. 2 BImSchG ist die Genehmigung im vereinfachten Verfahren öffentlich bekannt zu machen und die Regelungen aus § 10 Abs. 8 S. 2 ff. BImSchG sind entsprechend anzuwenden. Für Windenergievorhaben findet das vereinfachte Verfahren Anwendung, wenn das Vorhaben weniger als 20 Windenergieanlagen umfasst und keine

⁵⁶ OVG Greifswald, Urteil v. 26.06.2024 – 5 K 341/21.OVG.

⁵⁷ BGH, Beschluss v. 21.12.2000 – III ZR 119/00.

⁵⁸ Wöstmann, in: Staudinger, BGB, § 839 BGB, Rn. 23.

Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG durchzuführen ist, § 2 Abs. 1 der 4. BImSchV i.V.m. Nr. 1.6.2 des Anhangs 1 der 4. BImSchV.

§ 19 Abs. 3 S. 2 f. BImSchG:

„(3) (...) 2Auf Antrag des Vorhabenträgers ist die Genehmigung öffentlich bekannt zu machen. 3In diesem Fall gilt § 10 Absatz 8 Satz 2 bis 9 entsprechend.“

In der Rechtsprechung war bereits anerkannt, dass auch im vereinfachten Verfahren eine öffentliche Bekanntmachung der Genehmigung auf Antrag des Vorhabenträgers erfolgen kann. Diese Möglichkeit ergibt sich nun ausdrücklich aus § 19 Abs. 3 S. 2 BImSchG. Für die Umsetzung der Bekanntmachung und Auslegung gelten die Vorgaben des § 10 Abs. 8 S. 2 ff. BImSchG (dazu IV.7.b. und c.).

Eine öffentliche Bekanntmachung des Genehmigungsbescheids (sowohl Neu- als auch Änderungsgenehmigungen) ist im vereinfachten Verfahren aus Sicht des Vorhabenträgers sinnvoll und geboten, um die regulären Rechtschutzfristen Dritter in Gang zu setzen, da der Bescheid dann nach § 10 Abs. 8 BImSchG auch diesen gegenüber als zugestellt gilt. Mit Zustellung des Bescheids beginnt der Lauf der Rechtsschutzfristen Dritter. Mit Ablauf der Rechtsschutzfristen ist der Bescheid bestandskräftig. Daher kann der Vorhabenträger durch die Bekanntmachung früher Rechtssicherheit durch Bestandskraft des Genehmigungsbescheids erreichen. Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Durch die Ergänzung erfolgt eine Klarstellung dahingehend, dass die öffentliche Bekanntmachung im vereinfachten Verfahren generell und nicht nur in Fällen des Repowering die Rechtsschutzfristen auslöst.“⁵⁹

b. Digitale Bekanntmachung der Genehmigung

§ 10 Abs. 8 S. 2 BImSchG:

„(8) (...) 2Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil des Bescheides und die Rechtsbehelfsbelehrung in entsprechender Anwendung des Absatzes 3 Satz 1 bekannt gemacht werden; auf Auflagen ist hinzuweisen. 3In diesem Fall ist eine Ausfertigung des gesamten Bescheides vom Tage nach der Bekanntmachung an zwei Wochen zur Einsicht auszulegen.“

Nach (§ 19 Abs. 3 S. 3 i.V.m.) § 10 Abs. 8 S. 3 wird die öffentliche Bekanntmachung des Genehmigungsbescheids dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil des Bescheides und die Rechtsbehelfsbelehrung in entsprechender Anwendung des Absatzes 3 Satz 1 bekannt gemacht werden. Das bedeutet, dass hier die neuen Vorgaben zur zusätzlichen digitalen Bekanntmachung

⁵⁹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 22.

auf der Internetseite der zuständigen Behörde ebenfalls gelten. Insofern kann auf die bereits in dem Kontext gemachten Ausführungen verwiesen werden (dazu IV.3.b.).

c. Digitale Auslegung des Genehmigungsbescheids

§ 10 Abs. 8 S. 4 ff. BImSchG:

„(8) (...) 4Die Auslegung ist dadurch zu bewirken, dass die Dokumente auf einer Internetseite der zuständigen Behörde zugänglich gemacht werden. 5Auf Verlangen eines Beteiligten wird ihm eine leicht zu erreichende Zugangsmöglichkeit zur Verfügung gestellt. 6Der Vorhabenträger kann der Veröffentlichung im Internet widersprechen, soweit er die Gefährdung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen oder wichtiger Sicherheitsbelange befürchtet; in diesem Fall muss die Behörde eine andere Form der Veröffentlichung wählen. 7In der öffentlichen Bekanntmachung ist anzugeben, wo und wann der Bescheid und seine Begründung eingesehen und nach Satz 9 angefordert werden können.; hierzu ist auch die Internetseite, e auf der die Zugänglichmachung erfolgt, anzugeben.“

In § 10 Abs. 8 S. 4 ff. BImSchG ist die digitale Auslegung des Genehmigungsbescheids auf der Internetseite geregelt. Für die digitale Auslegung gelten die Vorgaben analog zur digitalen Auslegung der Antragsunterlagen nach § 10 Abs. 3 BImSchG (dazu ausführlich oben unter IV.3.):

- Andere Veröffentlichung auf Antrag, soweit Befürchtung der Gefährdung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder wichtiger Sicherheitsbelange.
- Auf Verlangen eines Beteiligten zusätzliche einfache Zugangsmöglichkeit.

Da die Vorgaben denen der digitalen Bekanntmachung des Vorhabens nach § 10 Abs. 3 BImSchG entsprechen, wird auf die dazu gemachten Ausführungen oben verwiesen. Auszulegen sind nach unserer Auffassung nach § 10 Abs. 8 S. 4 BImSchG trotz des insoweit nicht ganz eindeutigen Wortlauts lediglich der Genehmigungsbescheid als solcher und nicht auch die zugrundeliegenden und möglicherweise zum Bestandteil des Bescheids erklärten Antragsunterlagen. Eine Klarstellung im Gesetz wäre wünschenswert.

8. Neuregelung zum Projektmanager

§ 2b Abs. 1 der 9. BImSchV:

„(1) ¹Die Genehmigungsbehörde soll in jeder Stufe des Verfahrens einen Dritten als Projektmanager, der als Verwaltungshelfer beschäftigt werden kann, auf Antrag oder mit Zustimmung des Vorhabenträgers und auf dessen Kosten mit der Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten beauftragen. ²Dies kann insbesondere folgende Verfahrensschritte umfassen:

- 1. Die Erstellung von Verfahrensleitplänen unter Bestimmung von Verfahrensabschnitten und Zwischenterminen,*
- 2. die Fristenkontrolle,*
- 3. die Koordinierung von erforderlichen Sachverständigengutachten,*
- 4. das Qualitätsmanagement der Anträge und Unterlagen der Vorhabenträger,*
- 5. die erste Auswertung der eingereichten Stellungnahmen,*
- 6. die organisatorische Vorbereitung eines Erörterungstermins,*
- 7. die Leitung des Erörterungstermins,*
- 8. den Entwurf der Niederschrift nach § 19,*
- 9. den Entwurf der Entscheidung nach § 20 sowie*
- 10. die Prüfung der Vollständigkeit der Unterlagen nach § 7.“*

Mit der Novelle im Jahr 2024 ist die schon vorher mögliche und praktizierte Einbindung eines Projektmanagers in das Genehmigungsverfahren ausdrücklich in der 9. BImSchV geregelt worden. Die Regelung sieht nach § 2b Abs. 1 der 9. BImSchV eine weitgehende Delegierbarkeit von Aufgaben bis hin zum Entscheidungsentwurf vor, die dort beispielhaft („insbesondere“) aufgelistet sind.

Für die konkrete Auswahl des Projektmanagers kann der Vorhabenträger in seinem Antrag nach § 2b Abs. 1 der 9. BImSchV auf Einbindung eines Projektmanagers einen oder mehrere Projektmanager vorschlagen. Die Entscheidung über die Einbindung eines Projektmanagers trifft die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Sofern die Behörde die Einbindung vorschlägt, bedarf es der Zustimmung des Vorhabenträgers.

a. Letztentscheidung der Behörde

§ 2b Abs. 2 der 9. BImSchV:

„(2) Die Entscheidung nach § 20 trifft allein die Genehmigungsbehörde.“

Der Projektmanager ist nach § 2b Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV als Verwaltungshelfer tätig. Die Letztentscheidung über den Genehmigungsantrag nach § 20 der 9. BImSchV liegt nach § 2b

Abs. 2 der 9. BImSchV ausschließlich bei der Behörde. Auch andere **behördliche** Entscheidungen zu den in der Liste aufgeführten Tätigkeiten verbleiben bei der Behörde.

Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Durch die Ergänzung der Beispielliste in § 2b Absatz 1 wird auch die Prüfung der Vollständigkeit der Unterlagen als mögliche Aufgabe des Projektmanagers ausdrücklich vorgesehen. Dies beinhaltet nicht die Feststellung der Vollständigkeit der Unterlagen. Die Feststellung ist als präjudizierende Vorbereitungshandlung zu verstehen. Es handelt sich damit um eine hoheitliche Tätigkeit, die durch die Behörde selbst vorzunehmen ist. Der Projektmanager agiert als Verwaltungshelfer, die Letztentscheidungsbefugnis muss stets bei der zuständigen Behörde verbleiben.“⁶⁰

Ergänzend zur Gesetzgebung ist mit Blick auf die Prüfung der Vollständigkeit (§ 2b Abs. 1 S. 2 Nr. 10 der 9. BImSchV) festzuhalten, dass die Vollständigkeit nach § 7 Abs. 2 S. 2 ff. der 9. BImSchV automatisch mit der Prüffähigkeit gegeben ist und das Datum der Vollständigkeit dem Vorhabenträger nachträglich übermittelt wird. Die behördliche Feststellung hat ohnehin nur deklaratorischen Charakter.

b. Kostenregelungen

§ 2b Abs. 3 der 9. BImSchV:

„(3) ¹Stimmt der Träger des Vorhabens zu, kann die Genehmigungsbehörde bei der Beauftragung des Projektmanagers mit diesem vereinbaren, dass die Zahlungspflicht unmittelbar zwischen Vorhabenträger und Projektmanager entsteht und eine Abrechnung zwischen diesen erfolgt. ²Der Projektmanager ist verpflichtet, die Abrechnungsunterlagen ebenfalls der Genehmigungsbehörde zu übermitteln. ³Die Genehmigungsbehörde prüft, ob die vom Projektmanager abgerechneten Leistungen dem jeweiligen Auftrag entsprechen, und teilt dem Vorhabenträger das Ergebnis dieser Prüfung unverzüglich mit.“

Die Kosten für den Projektmanager trägt nach § 2b Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV der Antragsteller („auf dessen Kosten“). Eine Direktabrechnung des Antragstellers mit dem Projektmanager ist unter Beachtung der Vorgaben aus § 2b Abs. 3 der 9. BImSchV möglich.

§ 2b Abs. 3 der 9. BImSchV regelt Vorgaben zur unmittelbaren Abrechnung der Leistungen zwischen Vorhabenträger und Projektmanager. § 2b Abs. 1 der 9. BImSchV regelt, dass der Vorhabenträger die Kosten trägt („auf dessen Kosten“). Eine Klarstellung, dass für die Einbindung eines Projektmanagers keine Ausschreibung erforderlich ist, wäre wünschenswert.

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsgebühr soll sich dabei in dem Umfang mindern, indem sich durch die Einbeziehung eines Projektmanagers der Verwaltungsaufwand für die

⁶⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 39.

Genehmigungsbehörde mindert. Eine entsprechende Anpassung der Gebührenordnung in den Ländern wäre wünschenswert.

V. Vorgaben zum Rechtsschutz Dritter

§ 63 Abs. 1 S. 2 BImSchG:

*„(1) ¹Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Zulassung einer Windenergieanlage an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern haben keine aufschiebende Wirkung. ²Der Widerspruch ist binnen eines Monats nach seiner Erhebung zu begründen. ³**Darauf ist in der Rechtsbehelfsbelehrung hinzuweisen.** ⁴Wird der Widerspruch nicht binnen der Frist nach Satz 2 begründet, soll die Behörde den Widerspruch zurückweisen.“*

Die Frist zur Begründung von Drittwidersprüchen beträgt einen Monat, § 63 Abs. 1 S. 2 BImSchG. Bei Fristablauf ohne Begründung „soll“ die Behörde diese zurückweisen. Nach dem Wortlaut („soll“) handelt es sich um ein intendiertes Ermessen. Die Behörde hat Widersprüche somit in der Regel zurückzuweisen und nur in atypischen Einzelfällen über diese zu entscheiden.

§ 63 Abs. 2 BImSchG:

*„(2) ¹Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage gegen eine Zulassung einer Windenergieanlage an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern nach § 80 Absatz 5 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung kann nur innerhalb eines Monats nach der Zustellung der Zulassung gestellt und begründet werden. ²**Darauf ist in der Rechtsbehelfsbelehrung hinzuweisen.** ³§ 58 der Verwaltungsgerichtsordnung gilt entsprechend. ⁴Treten später Tatsachen ein, die die Anordnung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen, so kann der durch die Zulassungsentscheidung Beschwerde einen hierauf gestützten Antrag nach § 80 Absatz 5 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung innerhalb einer Frist von einem Monat stellen und begründen. ⁵Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Beschwerde von den Tatsachen Kenntnis erlangt.“*

Grundsätzlich haben Rechtsbehelfe Dritter keine aufschiebende Wirkung und der Genehmigungsinhaber kann grundsätzlich unmittelbar von der Genehmigung Gebrauch machen. Der Vorhabenträger trägt dabei das Risiko, dass aufgrund des Ergebnisses des Rechtsschutzverfahrens bereits umgesetzte Maßnahmen zurückzubauen sind. Möchte ein Dritter sich gegen die Zulassung einer Windenergieanlage an Land wehren und dabei auch verhindern, dass die Windenergieanlage vor Abschluss des Rechtsschutzverfahrens bereits errichtet werden darf, dann muss er die Anordnung des erhobenen Rechtsbehelfs beantragen. Die Frist zur Begründung von Anträgen im Eilrechtsschutz gegen den Sofortvollzug beträgt künftig ebenfalls einen Monat, § 63 Abs. 2 BImSchG.

VI. Änderungen nach Genehmigungserteilung

1. Änderung von Nebenbestimmungen zur Genehmigung

§ 12 Abs. 4 BImSchG:

„(4) ¹Auf Antrag eines Betreibers kann eine Nebenbestimmung auch nachträglich geändert werden, wenn der Betreiber andere gleichwertige Maßnahmen vorschlägt, die keiner Genehmigungspflicht nach diesem Gesetz oder anderen Entscheidungen, einschließlich der behördlichen Entscheidungen nach § 13 unterliegen. ²Dient die Nebenbestimmung der Erfüllung von § 6 Absatz 1 Nummer 2, holt die Genehmigungsbehörde vor Änderung der Nebenbestimmung eine Stellungnahme der betroffenen Fachbehörde ein.“

Durch § 12 Abs. 4 BImSchG wird die nachträgliche Änderung von Nebenbestimmungen auf Antrag ermöglicht. Voraussetzungen für die nachträgliche Änderung sind:

- Antrag des Betreibers,
- Vorschlag gleichwertiger anderer Maßnahme und
- Maßnahme löst keine Genehmigungspflicht nach BImSchG oder anderem Gesetz, einschließlich der nach § 13 BImSchG „einkonzentrierten“ Entscheidungen, aus.

Festzuhalten ist, dass mit der Möglichkeit eines Antrags auf Änderung der Nebenbestimmungen aus Sicht des Vorhabenträgers künftig keine Bauherrenwidersprüche bzw. -klagen gegen Nebenbestimmungen vermieden werden können. Die Regelung soll „nachträgliche“ Änderungen ermöglichen und greift auch nach Eintritt der Bestandskraft der Genehmigung. Mit Blick auf das Rechtsschutzziel kann der Vorhabenträger mit dem Bauherrenwiderspruch bzw. mit einer entsprechenden Klage die Aufhebung oder Abmilderung nachteilhafter Nebenbestimmungen erreichen, während über § 12 Abs. 4 BImSchG nur eine andere gleichwertige Nebenbestimmung verlangt werden kann.

a. Änderung nach § 12 Abs. 4 BImSchG

Für eine Änderung nach § 12 Abs. 4 BImSchG ist ein eigenständiger Antrag des Vorhabenträgers bei der Genehmigungsbehörde notwendig. Da gegenwärtig insofern kein Vordruck besteht, ist ein einfaches Anschreiben ausreichend. Für das Änderungsverfahren nach § 12 Abs. 4 BImSchG gelten dann eigene Verfahrensvorgaben. Dazu zählt z. B. die Pflicht zur Einholung der Stellungnahme der betroffenen Fachbehörde nach § 12 Abs. 4 S. 2 BImSchG. Im Übrigen soll das Verfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchgeführt werden (§ 10 S. 2 VwVfG). Da eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 12 Abs. 4 BImSchG ist, dass die Änderung nicht nach dem BImSchG ein Genehmigungserfordernis oder eine gesetzlich vorgesehene gesonderte oder nach § 13 BImSchG „einkonzentrierte“ Entscheidung auslöst, ist das zusätzliche Erfordernis einer Änderungsanzeige oder eines Änderungsgenehmigungsantrags oder die Anwendung von § 12 Abs. 4 BImSchG in einem anderen Trägerverfahren denklogisch ausgeschlossen.

b. Gleichwertigkeit der Maßnahme nach § 12 Abs. 4 BImSchG

Durch § 12 Abs. 4 BImSchG soll ein Wechsel zwischen gleichermaßen wirksamen Maßnahmen erleichtert werden, wenn die ursprünglich geplante, beantragte und angeordnete Maßnahme aus tatsächlichen Gründen nicht mehr durchgeführt werden soll.

Wann eine Maßnahme „gleichwertig“ ist, wird im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt. Der **Wortlaut** „gleichwertig“ weist durch den Wortteil „wertig“ in die Richtung, dass es auf die Wirksamkeit der Maßnahme zur Erreichung des mit der Maßnahme zu erreichenden Zwecks ankommt. Maßnahmen sind gleichwertig, wenn sie gleich geeignet sind, um das verfolgte Ziel, nämlich die Einhaltung bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen, zu erreichen. **Systematisch** gesehen ist die Regelung Teil von § 12 BImSchG, worin die Anforderungen an Nebenbestimmungen zur Genehmigung geregelt werden. So kann nach § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG die Genehmigung nur dann unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Insofern lässt sich hinsichtlich der Gleichwertigkeit darauf abstellen, dass auch dort die Zielsetzung „Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen“ entscheidender Maßstab ist. In der **Gesetzesbegründung** wird allerdings sehr betont, dass die Regelung ausdrücklich nur den Austausch der Mittel betrifft:

„Die neue Regelung betrifft ausschließlich den Austausch der Mittel, d. h. die Änderung einer Nebenbestimmung derart, dass ein gleichwertiges, anderes Mittel eingesetzt wird.“⁶¹

Danach wäre dann davon auszugehen, dass jedenfalls der Austausch durch eine in der Art der Ausführung wesentlich andersartige Maßnahme von der Regelung erfasst wird. So ist die Änderung einer angeordneten Schutzmaßnahme nach § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG durch Anordnung einer anderen Schutzmaßnahme nach § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG als gleichwertige Maßnahme anzusehen. Zweifelhaft wäre demnach aber, ob der Austausch der mit der Nebenbestimmung angeordneten Maßnahme durch eine mildere Maßnahme auch unter die Regelung fällt, wenn sich die Maßnahme hinsichtlich ihrer Ausgestaltung ansonsten nicht von der ursprünglich angeordneten Maßnahme unterscheidet. Die zitierte Passage aus der Gesetzesbegründung zum Mittelaustausch ist insofern unklar. Sie könnte auch lediglich betonen, dass auch bei dem Austausch der Mittel die Gleichwertigkeit des neu angeordneten Mittels sicherzustellen ist und eine vollständige Aufhebung nicht umfasst ist. Dass die Gesetzesbegründung hier nur die Gleichwertigkeit betont, wird durch die nachfolgend in der Gesetzesbegründung ebenfalls aufgeführten Beispiele für eine Anwendung der Regelung gestützt. Die aufgeführten Beispiele („verkehrs- oder arbeitsschutzrechtliche Anforderungen oder Nebenpflichten zu Messungen und betrieblicher Dokumentation“) gehen in aller Regel mit einer Modifikation der angeordneten Maßnahmen und nicht mit einem Austausch durch eine komplett andere Maßnahme einher:

⁶¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 21.

„Die neue Regelung könnte z. B. bei naturschutzrechtlichen Kompensationsmaßnahmen, verkehrs- oder arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen oder Nebenpflichten zu Messungen und betrieblicher Dokumentation Anwendung finden.“⁶²

Zieht man den mit der Novelle und Regelung verfolgten **Sinn und Zweck** heran, dann soll mit der Regelung die nachträgliche Änderung von Nebenbestimmungen ermöglicht werden, denn vorher gab es dafür keine Regelung. Letztendlich dient die Regelung der Schaffung von Rechtsklarheit, der Verfahrensökonomie durch Vermeidung von Anzeigen nach § 15 BImSchG oder Änderungsanträgen nach § 16 BImSchG. Diese Wirkung kann die Regelung aber nur entfalten, wenn auch eine Modifikation als Maßnahme darunter gefasst wird, die nur dadurch begrenzt ist, dass die bezweckte Einhaltung der Genehmigungsanforderung weiter sichergestellt ist. Angesichts der möglichen divergierenden Auslegungsmöglichkeiten sollte zur Gleichwertigkeit möglichst eine Klarstellung im Gesetz oder durch verbindliche Vollzugsvorgaben erfolgen.

2. Vereinfachter Typenwechsel nach Genehmigungserteilung

a. (P) Anwendungsbereich

§ 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG:

„(7) (...) **3** *Wird der Standort der Anlage um nicht mehr als 8 Meter geändert, die Gesamthöhe um nicht mehr als 20 Meter erhöht und der Rotordurchlauf um nicht mehr als 8 Meter verringert, (...)*“

In § 16b Abs. 7 S. 3 und Abs. 9 BImSchG finden sich Sonderregelungen zur **Vereinfachung** bestimmter Fälle des Typenwechsels.

Der Anwendungsbereich des vereinfachten Typenwechsels ist bei Einhaltung der gesetzlich vorgegebenen **Parameter** aus § 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG eröffnet:

- Änderung des Standortes um nicht mehr als 8 Meter
- Erhöhung der Gesamthöhe um nicht mehr als 20 Meter
- Verringerung des Rotordurchlaufs (= Abstand zwischen Geländeoberfläche und tiefstem Punkt der Rotorspitze) um nicht mehr als 8 Meter

Trotz der systematischen Stellung der Norm und der Paragrafenüberschrift setzt die Anwendbarkeit der Absätze 7 bis 9 des § 16b BImSchG nicht voraus, dass es sich um ein Repowering-Vorhaben handelt. Erforderlich ist lediglich, dass bereits eine Genehmigung für eine Windenergieanlage erteilt wurde und hiervon in einer der beschriebenen Weisen abgewichen werden soll.

⁶² Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 21.

Durch die Regelung soll die Erteilung von Genehmigungen im Falle von Typenänderungen für Windenergieanlagen für Fälle des Zubaus und Fälle von Änderungen erleichtert werden.⁶³

Die Vorgaben zur Standortverschiebung beziehen sich, wie in der Genehmigungspraxis üblich, auf den Mastmittelpunkt; auch die Standortkoordinaten in den Antragsunterlagen knüpfen am Mastmittelpunkt an. Die Parameter zur Gesamthöhe und zum Rotordurchlauf beziehen sich bei der Gesamthöhe auf den höchsten von der Rotorspitze erreichten Punkt und bei dem Rotordurchlauf auf den niedrigsten von der Rotorspitze bestrichenen Punkt.

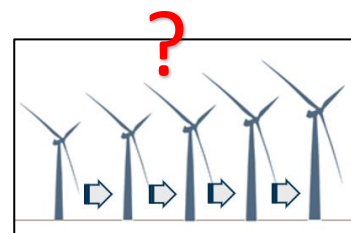
Die Meter-Angaben sind so gesetzt, dass zum einen die typischerweise mit einem Wechsel des Anlagentyps hin zu einer vergleichbaren Anlagenkategorie einhergehenden geringfügigen Änderungen der Anlagenmaße mitumfasst sind und gleichzeitig die Beschränkung der Präventivkontrolle gerechtfertigt ist.⁶⁴

(P) Anwendung bei unveränderten oder reduzierten Parametern?

Ein Wechsel des Anlagentyps hin zu einer Anlage mit kleineren oder unveränderten Parametern fällt ebenfalls unter § 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG. Es handelt sich um Maximalwerte, die für bestimmte Fälle des § 16b Abs. 7 S. 1 BImSchG konkretisieren, wann keine nachteiligen Umweltauswirkungen erwartbar sind. Wenn eine geringfügige Erhöhung der Anlage oder Absenkung des Rotordurchlaufs nach dem Gesetz möglich ist, dann muss die Norm erst recht Anwendung finden, wenn die Anlagenhöhe und der Rotordurchlauf unverändert bleiben oder die Gesamthöhe der Anlage niedriger oder der Rotordurchlauf höher als bei dem ursprünglich genehmigten Anlagentypen ausfällt. Gleiches gilt, wenn nur an einzelnen Anlagen des Windparks ein Typenwechsel stattfindet und auch dann, wenn einzelne Standorte entfallen, die Anzahl der Anlagen also verringert wird.

(P) Mehrfache Anwendung der Regelung?

Die Regelung des § 16b Abs. 7 S. 3, Abs. 9 BImSchG kann mehrfach angewendet werden. Der Gesetzeswortlaut schließt eine mehrfache Anwendung nicht aus. Es ist zu erwarten, dass der Ausgangspunkt aber immer die Windparkkonfiguration mit den Anlagenstandorten und Anlagenparametern der ursprünglich erteilten Genehmigung sein wird. Damit ist ausgeschlossen, dass durch mehrfache Anwendung der Regelung sich mit jeder Änderungsgenehmigung die Standorte um weitere acht Meter verschieben und die Anlagen sich um weitere 20 Meter erhöhen. Diese Auslegung ergibt sich daraus, dass die Regelung einen Spezialfall von § 16b Abs. 7 S. 1 BImSchG darstellt, der sich auf die „genehmigte Windenergieanlage“ bezieht. Eine Klarstellung im Gesetz oder in verbindlichen Vollzugsvorgaben wäre wünschenswert.



⁶³ Siehe hierzu die Ausschussempfehlung, BT-Drs. 20/11657, S. 37.

⁶⁴ Ähnlich aber noch vor Setzung der Meterangaben BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 21.

b. Begrenzung von Nachweispflicht und Prüfungsumfang

§ 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG:

„(7) (...) sind ausschließlich Anforderungen nach Absatz 8 nachzuweisen und zu prüfen.“

Nach § 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG sind ausschließlich die Anforderungen nach § 16b Abs. 8 BImSchG nachzuweisen und zu prüfen. Zu den in § 16b Abs. 8 BImSchG genannten Anforderungen zählen „ausschließlich die Standsicherheit sowie die durch die Änderung hervorgerufenen zusätzlichen schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche und Schall sowie nachteilige Auswirkungen durch Turbulenzen“.

aa. Umfang der Nachweispflichten und Vollständigkeit der Antragsunterlagen

Durch § 16b Abs. 7 S. 3 i.V.m. Abs. 8 BImSchG werden die **Nachweispflichten** des Antragstellers auf die Standsicherheit der Anlage selbst sowie Schall und turbulenzbedingte Beeinträchtigungen der Standsicherheit anderer Anlagen begrenzt. Der Antragsteller muss zusätzlich nur darlegen, dass der Standort unverändert bleibt bzw. um nicht mehr als die gesetzlich vorgesehenen acht Meter abweicht und die maximal zulässigen Abweichungen der Ausmaße des geänderten Anlagentyps im Vergleich zur genehmigten Anlage eingehalten werden.⁶⁵

Mit Beibringung der vom Hersteller zur Verfügung gestellten Unterlagen zu der Windenergieanlage und eines amtlichen Lageplans im Falle von Standortverschiebungen sowie eines Schallgutachtens und eines Gutachtens zur Standsicherheit, sind die Unterlagen prüffähig und damit vollständig. Die nach den Landesbauordnungen zur Standsicherheit erforderliche Bestätigung des Prüfstatikers muss weiterhin im Einklang mit den Landesbestimmungen beigebracht werden. Weitergehende Nachweise und Anpassungen der Antragsunterlagen sind nicht erforderlich.⁶⁶

bb. (P) Begrenzte Prüfungsreichweite und Beteiligung der Fachbehörden

Die Begrenzung der Prüfungsreichweite hat Konsequenzen für die Beteiligung der Fachbehörden. Es sind vom Grundsatz her lediglich die Fachbehörden zu beteiligen, die für die Prüfung der in § 16b Abs. 8 BImSchG genannten Genehmigungsanforderungen zuständig sind.

Durch die gesetzliche Begrenzung der behördlichen Prüfungsreichweite gilt, dass die im Genehmigungsverfahren im Wege der „**einfachen**“ **Behördenbeteiligung** zur Abgabe von Stellungnahmen nach § 10 Abs. 5 BImSchG zu involvierenden Fachbehörden nicht beteiligt werden dürfen. Eine Erweiterung der Prüfungsreichweite, z. B. auf den Natur- und Artenschutz, ist nach dem eindeutigen Wortlaut von § 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG nicht zulässig („ausschließlich“) und eine Beteiligung der mit den nicht zu prüfenden Genehmigungsanforderungen betrauten Fachbehörden, wie z. B. der Naturschutzbehörden, nicht möglich. Mit Blick auf die Systematik des BImSchG

⁶⁵ Fast wortgleich zu dem gesamten Absatz BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 22.

⁶⁶ Fast wortgleich zu dem gesamten Absatz BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 22.

und der Fachgesetze, die z. B. in § 3 Abs. 2 BNatSchG eine Absicherung der Einhaltung der materiell-rechtlichen Anforderungen im Wege der Überwachung sicherstellen, ist eine einschränkende Interpretation nicht geboten. Vielmehr sollte unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Novelle, nämlich die Verfahren zu beschleunigen, auch nur eine Beteiligung der für die in § 16b Abs. 7 S. 3 i.V.m. Abs. 8 BImSchG genannten Anforderungen zuständigen Fachbehörden erfolgen. Eine einfache Beteiligung von Fachbehörden, die nicht für Standsicherheit oder Schallimmissionen zuständig sind, wird durch die Genehmigungsbehörde nicht durchgeführt. Nur so kann dem übergeordneten Gesetzeszweck der Verfahrensbeschleunigung Rechnung getragen werden.

Etwas anderes gilt, wenn die Veränderung von Standort und Anlagenhöhe nach den Fachgesetzen im regulären Genehmigungsverfahren einen **qualifizierten Mitwirkungsbedarf der Fachbehörde** durch ein gesetzliches Zustimmungserfordernis der Fachbehörde auslöst. Zentraler Fall ist die Einbindung der Luftfahrtbehörde über § 15 LuftVG bei einer Erhöhung der Gesamthöhe der Anlage oder einer relevanten Verschiebung des Standorts in oder an einen luftverkehrsrechtlich relevanten Schutzbereich. Nach dem Erlass in Brandenburg zu den immissionsschutzrechtlichen Neuregelungen besteht in diesen Fällen aus Sicherheitserwägungen im Kontext mit dem Luftverkehr eine Regelungslücke und es wird eine analoge Anwendung von § 16b Abs. 1 S. 3 BImSchG empfohlen:

„Zu § 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG

Die Erhöhung von WKA kann zu erheblichen Risiken für die Sicherheit des Luftverkehrs führen, zumal der Wortlaut der Vorschrift nicht ausschließt, dass mehrfache Erhöhungen vorgenommen werden können. Eine Prüfung durch die zuständige Luftfahrtbehörde im Zustimmungsverfahren ist daher unabdingbar. Mit Blick auf die Genese des aktuellen Wortlauts im Bundestag ohne weitere Beteiligung der für Luftverkehr zuständigen Stellen ist davon auszugehen, dass es sich hier um eine Regelungslücke handelt. Es wird daher die analoge Anwendung von § 16b Abs. 1 S. 3 BImSchG empfohlen.“⁶⁷

Aus Sicht des Vorhabenträgers lässt sich die Annahme einer Regelungslücke ebenfalls stützen. Denn anders als im Zusammenhang mit Genehmigungsanforderungen ohne Zustimmungserfordernis einer Fachbehörde („einfache“ Behördenbeteiligung) kann der Vorhabenträger hier vielfach nicht selbst prüfen, ob die Anforderungen eingehalten werden. Im Zusammenhang mit dem Luftverkehr spielen sehr häufig geheime militärische Belange eine Rolle und die Bundeswehr ist als Luftfahrtbehörde zu beteiligen. Insofern kann dem Vorhabenträger nicht das Risiko auferlegt werden, dass die Änderungsgenehmigung dann im Nachgang im Wege einer nachträglichen Anordnung aufzuheben ist. Der von dem Gesetzgeber intendierte Beschleunigungsgedanke tritt insofern hinter das bei Genehmigungsbehörde und Vorhabenträger gleichermaßen

⁶⁷ MLUK Brandenburg, Erlass zum Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht, 10.07.2024, S. 3 f.

durchschlagende Interesse an der Präventivkontrolle durch die Luftfahrtbehörde zurück, so dass auch von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke als weitere Voraussetzung für die analoge Anwendung von § 16b Abs. 1 S. 3 BImSchG auszugehen ist.

Im Ergebnis ermöglicht die analoge Anwendung von § 16b Abs. 1 S. 3 BImSchG die Einbindung der Fachbehörde in Fällen eines gesetzlichen Zustimmungserfordernisses, wie bei der Luftfahrtbehörde. Die als Rechtsfolge in § 16b Abs. 9 BImSchG vorgesehene Genehmigungsfiktion nach fruchtlosem Ablauf der Sechs-Wochen-Frist wird dadurch indes nicht geändert. Aufgrund der Rechtsunsicherheiten zur Beteiligung der Luftfahrtbehörde ist jedenfalls eine Klarstellung zur Behördenbeteiligung im Gesetz oder durch eine verbindliche Vollzugsempfehlung wünschenswert.

cc. (P) Begrenzte Prüfungsreichweite und ungeprüfte Genehmigungsanforderungen

Ein Typenwechsel innerhalb der gesetzlich in § 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG vorgesehenen Vergrößerung der Anlage oder Standortverschiebung wird in der Regel nicht dazu führen, dass andere nicht geprüfte Anforderungen wie z. B. zum Schattenwurf oder im Planungsrecht bei der optisch bedrängenden Wirkung nicht eingehalten werden.⁶⁸ Der Einschränkung der Prüfungsreichweite durch den neuen § 16b Abs. 7 S. 3 i.V.m. Abs. 8 BImSchG liegt die gesetzlich verbindliche Wertung zugrunde, dass im Falle eines Typenwechsels ohne oder mit nur geringer Standortänderung und ohne nachteilige Veränderungen der Anlagenmaße § 16b Abs. 7 S. 1 BImSchG immer greifen würde, weil dann keine nachteiligen Auswirkungen entstehen können, die für die Prüfung nach § 6 BImSchG erheblich sein können. Daraus könnte man äußerst weitgehend schließen, dass die mit dem Typenwechsel möglicherweise verbundenen geringfügigen Änderungen der genehmigten Anlage, etwa durch abweichende Kranstellflächen oder Veränderungen an den Fundamenten, gesetzlich legitimiert werden.⁶⁹

Es ist nicht eindeutig geregelt, dass die Vorgaben aus § 16b Abs. 7 bis 9 BImSchG eine Legalisierungswirkung im Hinblick auf die nicht zu „prüfenden“ materiell-rechtlichen Anforderungen entfalten sollen. Werden die Standortkoordinaten und Anlagenparameter so geändert, dass dadurch die behördlich nicht geprüften Anforderungen mit den angeordneten Nebenbestimmungen zweifelsfrei weiter eingehalten werden, kommt es auf die Annahme einer solchen Legalisierungswirkung nicht an. Die Unsicherheit hinsichtlich der Legalisierungswirkung wird indes zum **Problem in der Praxis**, wenn aufgrund der Modifikation der Standortkoordinaten oder Anlagenparameter eine Modifikation von Nebenbestimmungen zur Einhaltung der nicht zu prüfenden Genehmigungsanforderungen notwendig wäre. Als Beispiel sei hier etwa die möglicherweise verstärkte Landschaftsbildbeeinträchtigung aufgrund der Erhöhung der Anlage genannt, weil hierdurch erhöhte Ersatzgeldzahlungen erforderlich werden könnten. Sofern die

⁶⁸ Vgl. dazu den Überprüfungsbedarf hinsichtlich Schattenwurf, optisch bedrängender Wirkung oder Luftfahrtbelangen nach dem Beschluss und Entschließung des Bundesrates, BR-Drs. 277/24 (Beschluss), S. 2.

Regelungen aus § 16b Abs. 7 bis 9 BImSchG keine Legalisierungswirkung entfalten, wäre dann die Konsequenz eines Änderungsantrags ohne Anpassung der Nebenbestimmung keine Erweiterung der Prüfungsreichweite auf den Naturschutz mit einer Fachbehördenbeteiligung. Vielmehr würde die Änderungsgenehmigung erteilt und die zuständige Fachbehörde würde dann im Wege der nachträglichen Anordnung über § 3 Abs. 2 BNatSchG die Modifikation der Nebenbestimmung anordnen können.

Die rechtssichere und **praktikable Lösung** zum Umgang mit einem möglichen Verstoß gegen nicht geprüfte materiell-rechtliche Genehmigungsanforderungen und den aus Sicht des Vorhabenträgers mit nachträglichen Anordnungen verbundenen Nachteilen besteht darin, im Antrag auf einen Wechsel des Anlagentyps auch eine Anpassung der Nebenbestimmungen zu nicht zu prüfenden Genehmigungsanforderungen darzustellen. Wird der Antrag erweitert, sind die Genehmigungsanforderungen innerhalb des Verfahrens weiterhin nicht zu prüfen. Die modifizierten Nebenbestimmungen gelten bei Eintritt der Genehmigungsfiktion dann aber nach § 16b Abs. 9 BImSchG als „antragsgemäß“ mitgenehmigt (dazu auch VI.2.d.bb.). Es ist sichergestellt, dass sämtliche Genehmigungsanforderungen eingehalten werden. Eine nachträgliche Anordnung ist nicht erforderlich. Sofern die beantragten Änderungen ausnahmsweise nicht rechtmäßig sind, stünden den Aufsichtsbehörden weiterhin die Eingriffsbefugnisse im Wege der nachträglichen Anordnung zur Verfügung (z. B. § 3 Abs. 2 BNatSchG), um die Einhaltung der Genehmigungsanforderungen sicherzustellen. Der Vorhabenträger hat ein großes Eigeninteresse daran, derartige Anordnungen zu verhindern, um sein Vorhaben zeitnah und rechtssicher umsetzen zu können und nicht Gefahr zu laufen, dass Dritte erfolgreich gegen die Änderungsgenehmigung im Wege des Drittwiderspruchs oder der Drittanfechtungsklage vorgehen.

c. Entscheidungsfrist von sechs Wochen

§ 16b Abs. 9 BImSchG:

„(9) ¹In den Fällen von Absatz 7 Satz 3 und Absatz 8 gilt die Genehmigung nach Ablauf von sechs Wochen einschließlich der Nebenbestimmungen als antragsgemäß geändert, sofern die Behörde nicht zuvor über den Antrag entscheidet oder ein Antrag nach Absatz 5 gestellt wird. (...)“

In § 16b Abs. 9 BImSchG wird die maximale Verfahrensdauer mit möglicher Genehmigungsfiktion geregelt. Danach gilt die für einen Typenwechsel nach Genehmigungserteilung beantragte Änderungsgenehmigung nach Ablauf von sechs Wochen als antragsgemäß erteilt. Damit wird das Änderungsgenehmigungsverfahren effektiv auf sechs Wochen verkürzt.

aa. (P) Beginn der Sechs-Wochen-Frist nach § 16b Abs. 9 BImSchG

Der Beginn der Frist von sechs Wochen richtet sich nach §§ 16b Abs. 9, 16, 10 Abs. 6a BImSchG i.V.m. und § 7 Abs. 1 S. 4 f. der 9. BImSchV. Die Frist läuft damit ab Eingang des vollständigen

Antrags und der Nachweise zu den Anforderungen nach § 16b Abs. 7 S. 3 u. Abs. 8 BImSchG.⁷⁰ Das Gesetz verhält sich zwar nach dem **Wortlaut** von § 16b Abs. 9 BImSchG nicht unmittelbar zum Fristbeginn. In Übereinstimmung mit anderen Regelungen im BImSchG und der 9. BImSchV ist davon auszugehen, dass der Beginn der Frist an die Einreichung der vollständigen Unterlagen anknüpft. Dies ergibt sich **systematisch** daraus, dass der vereinfachte Typenwechsel als Änderungsgenehmigungsverfahren ausgestaltet ist, für das eine durch § 16b Abs. 7 S. 3, Abs. 9 BImSchG stark verkürzte Entscheidungsfrist gilt. Im Übrigen sind aber im Änderungsgenehmigungsverfahren die Vorgaben aus § 10 Abs. 6a BImSchG und der 9. BImSchV nach § 1 Abs. 1 S. 1 lit. b der 9. BImSchV anzuwenden. Somit gelten auch die Regelungen für den Beginn der Entscheidungsfrist aus § 7 Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV (dazu auch IV.6.). Diese Einordnung wird auch von **Sinn und Zweck** der BImSchG-Novelle insgesamt gestützt, da die bezweckte Beschleunigung durch Vereinfachung der Genehmigungsverfahren durch Rechtsklarheit erreicht wird.⁷¹

Die Vollständigkeitsprüfung hat nach § 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV „unverzüglich, innerhalb eines Monats“ zu erfolgen. Aufgrund der erheblich reduzierten Nachweispflichten erschöpft sich die Vollständigkeitsprüfung nach § 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV grundsätzlich darin, zu prüfen, ob ein Standsicherheitsgutachten und Gutachten zur Beurteilung der Schallimmissionen dem Antrag beiliegt. Die unverzügliche Prüfung hat daher deutlich schneller zu erfolgen und die für vollständige Verfahren sinnvolle einmonatige Frist ist erheblich zu verkürzen. Daher hat die Genehmigungsbehörde mit der Eingangsbestätigung die Vollständigkeitsprüfung i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV bereits durch die Kenntnisnahme der Unterlagen durchzuführen. Das Datum der nach neuer Rechtslage ohnehin nur noch deklaratorischen Bestätigung der Vollständigkeit (dazu IV.2.e.) wird dann mit der Eingangsbestätigung (konkludent) für das Datum des Zugangs des Antrags bestätigt. Die Sechs-Wochen-Frist würde dann im Ergebnis mit dem Zugang des Antrags und der für die Prüfung nach § 16b Abs. 7 S. 3 i.V.m. Abs. 8 BImSchG erforderlichen Unterlagen beginnen.

⁷⁰ BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 22.

⁷¹ Dazu auch I.

(P) Vereinbarkeit mit den Verfahrensabläufen in Genehmigungsbehörden?

Die Genehmigungsfiktion und die Sechs-Wochen-Frist sind mit den tatsächlichen Verfahrensabläufen vereinbar. Insbesondere lassen sich auch mögliche Nachreichungen von Antragstellern realisieren.⁷² Die Sechs-Wochen-Frist aus § 16b Abs. 9 S. 1 BImSchG beginnt mit der Vollständigkeit der Unterlagen. Fehlen erforderliche Unterlagen zur Standsicherheit und zu den Schallimmissionen, können diese nachgefordert werden. Dieser Fall wird regelmäßig nur bei einem kompletten Fehlen der technischen Gutachten gegeben sein. Ein Nachfassen zu den Inhalten der beigebrachten technischen Gutachten durch die für Standsicherheit und Immissionsschutz zuständigen Behörden während der einmonatigen Beteiligungsfrist ist möglich. Die Genehmigungsbehörde hat nach Abschluss der Behördenbeteiligung wiederum zwei Wochen Zeit, um zu entscheiden, ob sie auf Grundlage der fachbehördlichen Stellungnahme den Genehmigungsantrag aktiv ablehnen muss oder mit vom Änderungsgenehmigungsantrag abweichenden Nebenstimmungen genehmigt.

bb. Fristgerechte Entscheidung oder Antrag nach § 16b Abs. 5 BImSchG

§ 16b Abs. 9 BImSchG:

„(9) (...) sofern die Behörde nicht zuvor über den Antrag entscheidet oder ein Antrag nach Absatz 5 gestellt wird.“

Eine Änderungsgenehmigung wird nur dann nicht fingiert, wenn die Behörde diese innerhalb der Frist von sechs Wochen mit einer auf das Fehlen der Anforderungen nach § 16b Abs. 7 S. 3, Abs. 8 BImSchG gestützten Begründung ablehnt oder die Änderung antragsgemäß oder in modifizierter Form, wie z. B. abweichenden Abschaltzeiten, ausdrücklich genehmigt.⁷³ Es sei denn, der Antragsteller stellt einen Antrag nach § 16b Abs. 5 BImSchG auf Durchführung eines Erörterungstermins.

Von Seiten der Behörde kann nach § 16b Abs. 9 BImSchG eine Ablehnung der Änderung nur auf ein Fehlen der in § 16b Abs. 7 S. 3, Abs. 8 BImSchG beschriebenen Anforderungen gestützt werden. Durch § 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG ist der Prüfumfang auf die in § 16b Abs. 8 BImSchG niedergelegten Anforderungen beschränkt. Wird die Ablehnung innerhalb der Sechs-Wochen-Frist auf andere Gründe gestützt, greift die Genehmigungsfiktion.⁷⁴

⁷² Untersuchungsbedarf laut Beschluss und Entschließung des Bundesrates, BR-Drs. 277/24 (Beschluss), S. 2 f.

⁷³ BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 22.

⁷⁴ BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 22.

d. Rechtsfolgen des Fristablaufs

aa. Fingierte Genehmigung des Typenwechsels

§ 16b Abs. 9 BImSchG:

„(9) ¹In den Fällen von Absatz 7 Satz 3 und Absatz 8 gilt die Genehmigung nach Ablauf von sechs Wochen einschließlich der Nebenbestimmungen als antragsgemäß geändert, (...)“

Ohne Entscheidung der Genehmigungsbehörde innerhalb der Sechs-Wochen-Frist sieht das Gesetz eine Fiktion einer antragsgemäßen Genehmigungserteilung vor. Läuft die sechswöchige Frist nach dem neuen § 16b Abs. 9 BImSchG ab, ohne dass die Behörde zuvor die Änderungsgenehmigung abgelehnt oder modifiziert erteilt hat, wird die Änderung qua Gesetz unmittelbar wirksam und es existiert eine sofort vollziehbare „Vollgenehmigung“ für die beantragte Änderung des Typenwechsels.⁷⁵

bb. (P) Fingierte antragsgemäße Änderung von Nebenbestimmungen

Von der Änderungsgenehmigung werden auch die in den beigebrachten Nachweisen vorgeschlagenen Anpassungen der Nebenbestimmungen erfasst. Das gilt insbesondere für die infolge der Typenänderung notwendigen Anpassungen bei den lärm- und turbulenzbegründeten Abschaltzeiten.⁷⁶

Aufgrund des **Wortlauts** von § 16b Abs. 9 BImSchG dürften auch andere Nebenbestimmungen zu nicht zu prüfenden Genehmigungsanforderungen von der Rechtsfolge her antragsgemäß geändert werden. Die **Gesetzesmaterialien** geben hier keinen anderweitigen Hinweis. Das ist auch von **Sinn und Zweck** der Regelung her mit Blick auf die Beschleunigungswirkung gedeckt. Reichen Nebenbestimmungen nach der Änderung nicht mehr aus, um die Genehmigungsanforderungen abzusichern, dann hat die Behörde das Instrument der nachträglichen Anordnung aus § 17 BImSchG bzw. den Fachgesetzen, um die Nebenbestimmungen zu ändern. Das wird aber in aller Regel nicht notwendig sein, da der Antragsteller ein großes Eigeninteresse an rechtmäßigen sowie schnell und rechtssicher vollziehbaren Genehmigungen hat und daher keine rechtswidrige Anpassung der Nebenbestimmungen vornehmen wird.

⁷⁵ BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 22 f.

⁷⁶ BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 22 f.

cc. Anspruch auf schriftliche Änderung des Genehmigungsbescheids

§ 16b Abs. 9 S. 2 BImSchG:

„(9) (...) 2§ 42a Absatz 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist entsprechend anzuwenden.“

Der Antragsteller kann in entsprechender Anwendung von § 42a Abs. 3 VwVfG verlangen, dass ihm der Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich bescheinigt wird. Der Genehmigungsbescheid ist durch die zuständige Behörde wie beantragt anzupassen. Dabei hat sie auch die gegebenenfalls vorgeschlagene notwendige Anpassung von Nebenbestimmungen vorzunehmen.⁷⁷

3. Leistungs- und Ertragserhöhung ohne bauliche Änderungen

a. Anwendungsbereich

§ 16b Abs. 8 BImSchG:

*„(8) 1Wird die Leistung **oder der Ertrag** einer Windenergieanlage an Land ohne bauliche Veränderungen oder ohne den Austausch von Teilen und ohne eine Änderung der genehmigten Betriebszeiten erhöht, sind ausschließlich die Standsicherheit sowie die schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche und nachteilige Auswirkungen durch Turbulenzen zu prüfen. (...)“*

Die Regelung aus § 16b Abs. 8 BImSchG gilt nicht mehr nur für Leistungserhöhungen, sondern auch für die Erhöhung des Ertrags von Windenergieanlagen. Voraussetzung ist auch nach der BImSchG-Novelle, dass die Leistungs- und Ertragssteigerung ohne bauliche Veränderungen oder ohne Austausch von Teilen und ohne abweichende Betriebszeiten erfolgt.

Ist der Anwendungsbereich von § 16b Abs. 8 BImSchG für die Leistungs- und Ertragssteigerung ohne bauliche Veränderungen eröffnet, sieht das Gesetz Verfahrenserleichterungen vor. Im Anwendungsbereich des § 16b Abs. 8 BImSchG ist in der Regel davon auszugehen, dass infolge der Leistungs- oder Ertragserhöhung ohne bauliche Änderungen oder Änderungen von Betriebszeiten keine zusätzlichen bzw. erhöhten schädlichen Umwelteinwirkungen, sonstige Gefahren sowie erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft zu erwarten sind. Aufgrund der nur geringfügigen Änderungen ist die Präventivkontrolle gesetzlich eingeschränkt und es sind nur die Genehmigungsanforderungen zu Schall und Standsicherheit der Anlagen zu prüfen und nachzuweisen.

Es gilt auch im Zusammenhang mit § 16b Abs. 8 BImSchG die Entscheidungsfrist von sechs Wochen und die Fiktion der Genehmigung nach § 16b Abs. 9 S. 1 BImSchG. Bei Eintritt der Genehmigungsfiktion besteht auch hier ein Anspruch auf die Erteilung einer schriftlichen Bestätigung des Eintritts der Genehmigungsfiktion nach § 16b Abs. 9 S. 2 BImSchG i.V.m. § 42a Abs. 3 VwVfG.

⁷⁷ So BDEW-Stellungnahme, BT-A.-Drs. 20(16)193-B, S. 22 f.

Nach Ablauf der Frist sollte unbedingt dieser Antrag gestellt werden, um das Vorgehen ordnungsgemäß zu dokumentieren.

(P) Wann kommt es zur Erhöhung des Ertrags ohne bauliche Änderungen?

Es ist möglich, dass der Anlagenhersteller den genehmigten Anlagentyp zwischenzeitlich als leistungsstärkere Variante anbietet. Wichtigste Anwendungsfälle des § 16b Abs. 8 BImSchG werden Software-Updates oder zusätzliche Software-Applikationen sein, die sich auf die Leistungskurve auswirken und damit ertragssteigernde Wirkung haben. Dazu ein Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Die Ergänzung im neuen Absatz 8 ist erforderlich, da es bei derartigen Änderungen, wie zum Beispiel Software-Updates nicht immer um eine Erhöhung der Leistung, sondern in manchen Fällen um die Erhöhung des Ertrags geht.“⁷⁸

(P) Löst jede Ertragssteigerung ein Genehmigungserfordernis aus?

Es kommt hierbei auf die Auswirkung der Änderung an. § 16b Abs. 7 und Abs. 8 BImSchG müssen im Zusammenhang mit §§ 15 und 16 BImSchG gelesen werden. Hat die durch das Softwareupdate bewirkte Ertragserhöhung keinerlei Auswirkungen auf die von § 1 BImSchG genannten Schutzgüter, kann auch kein Genehmigungsverfahren- oder Anzeigerfordernis nach § 16b Abs. 8 i.V.m. §§ 15 bzw. 16 BImSchG ausgelöst werden.

b. Begrenzung von Nachweispflicht und Prüfungsumfang

(P) Umfang der Nachweispflichten und Vollständigkeit der Antragsunterlagen?

Aufgrund der Beschränkung des Prüfungsumfangs beschränken sich auch die Nachweispflichten auf die Standsicherheit der Anlage selbst sowie auf Schall und auf turbulenzbedingte Beeinträchtigungen der Standsicherheit anderer Anlagen. Mit Beibringung der vom Hersteller zum neuen Anlagentyp zur Verfügung gestellten Unterlagen, eines Schallgutachtens, sowie eines Gutachtens zur Standsicherheit, sind die Unterlagen prüffähig und damit vollständig. Die nach den Landesbauordnungen zur Standsicherheit erforderliche Bestätigung des Prüfstatikers muss weiterhin im Einklang mit den Landesbestimmungen beigebracht werden. Weitergehende Nachweise und Anpassungen der Antragsunterlagen sind nicht erforderlich.

(P) Modifizierung der Fachbehördenbeteiligung?

Eine behördliche Prüfung anderer Genehmigungsvoraussetzungen, z. B. des Natur- und Artenschutzes, ist nicht zulässig („ausschließlich“). Da es sich um eine Leistungs- oder Ertragssteigerung ohne bauliche Veränderung handelt, ist dies gerechtfertigt, weil eine erneute Präventivkontrolle zu keinem anderen Ergebnis kommen würde. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung kann daher auch nur eine Beteiligung der für die in § 16b Abs. 8 BImSchG genannten

⁷⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 38.

Anforderungen zuständigen Fachbehörden erfolgen. Eine Beteiligung von Fachbehörden, die nicht für Standsicherheit oder Schallimmissionen zuständig sind, wird durch die Genehmigungsbehörde nicht durchgeführt. Nur so kann dem übergeordneten Gesetzeszweck der Verfahrensbeschleunigung Rechnung getragen werden.

c. Entscheidungsfrist von sechs Wochen

Nach § 16b Abs. 9 BImSchG gilt in den Fällen des § 16b Abs. 8 BImSchG die Genehmigung nach Ablauf von sechs Wochen einschließlich der Nebenbestimmungen als antragsgemäß geändert, sofern die Behörde nicht zuvor über den Antrag entscheidet oder ein Antrag auf Durchführung eines Erörterungstermins nach § 16b Abs. 5 BImSchG gestellt wird. Die beantragte Änderungsgenehmigung für eine Leistungs- oder Ertragserhöhung ohne bauliche Änderungen gilt also in der Regel nach Ablauf von sechs Wochen als antragsgemäß erteilt.

(P) Wann beginnt die Entscheidungsfrist zu laufen?

Für die Bestimmung des Beginns der Frist von sechs Wochen nach § 16b Abs. 9 BImSchG wird auf die Ausführungen zum vereinfachten Typenwechsel nach § 16b Abs. 7 S. 3 BImSchG verwiesen (dazu VI.2.c.aa.).

VII. Repowering

1. Anwendungsbereich der Sonderregelung in § 16b BImSchG

§ 16b Abs. 1 BImSchG:

*„(1) **Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), sind im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nur Anforderungen zu prüfen, soweit durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden, die für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 erheblich sein können. (...)***

a. Modernisierung von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien

Für die Anwendung der Sonderregelungen zum Repowering in § 16b BImSchG besteht kein Antragserfordernis mehr, § 16b Abs. 1 S. 1 BImSchG. Liegt ein Repowering vor, finden die Regelungen unmittelbar, von Gesetzes wegen Anwendung. Es sei denn, der Vorhabenträger beantragt die Durchführung eines Neuverfahrens, § 16b Abs. 1 S. 4 BImSchG.

Nach der Legaldefinition in § 16b Abs. 1 S. 1 BImSchG ist Repowering die **Modernisierung** einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien. Hinsichtlich der Frage, welche Anlagen erfasst werden, ist auf die 4. BImSchV abzustellen. Daher dürfte außer der Modernisierung von Windenergieanlagen nur die Modernisierung immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtiger Biogasanlagen erfasst sein.

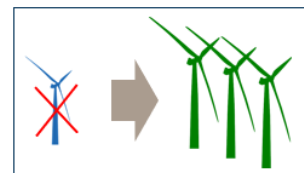
Die Bestimmung des § 16b Abs. 1 S. 1 1. Hs. BImSchG ist immer mit § 16b Abs. 2 BImSchG zusammen anzuwenden. In § 16b Abs. 2 S. 1 BImSchG findet sich unabhängig vom eingesetzten Energieträger eine weitere Konkretisierung des Repowering-Begriffs und damit zum sachlichen Anwendungsbereich (dazu VII.1.b.). In § 16b Abs. 2 S. 2 BImSchG sind zudem spezielle Anforderungen an den Austausch von Windenergieanlagen bestimmt, damit für diese Anlagen der sachliche Anwendungsbereich der Sonderregelung aus § 16b BImSchG eröffnet ist (dazu VII.1.c.).

b. Mögliche Erhöhung der Anlagenzahl

§ 16b Abs. 2 BImSchG:

*„(2) ¹Das Repowering umfasst den vollständigen oder teilweisen **Austausch** von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage, unabhängig vom Umfang der baulichen Größenunterschiede, der Leistungssteigerungen oder der **Veränderungen der Anlagenzahl im Verhältnis zur Bestandsanlage**. (...)“*

Das Repowering umfasst ausdrücklich auch eine Steigerung der Anlagenzahl („unabhängig von [...] Veränderungen der Anlagenzahl“), § 16b Abs. 2 S. 1 BImSchG. Damit kann eine Bestandsanlage durch mehrere Neuanlagen ersetzt werden, solange jeweils die Parameter der Definition aus § 16b Abs. 2 S. 2 BImSchG eingehalten werden.



Es gibt keine gesetzliche Obergrenze, um wie viele Neuanlagen die Anzahl der Bestandsanlagen erhöht werden darf. Eine Begrenzung dürfte sich aber aus dem Abstandserfordernis der Repowering-Definition aus § 16b Abs. 2 S. 2 BImSchG im Wechselspiel mit den einzuhaltenden (teils bei einem Repowering modifizierten) materiell-rechtlichen Anforderungen ergeben. In die für Repowering-Vorhaben vorzunehmende Vergleichsbetrachtung sind dann immer die Neuanlagen gemeinsam einzustellen.

c. Maximale Standortentfernung und Errichtungsfrist

§ 16b Abs. 2 S. 2 BImSchG:

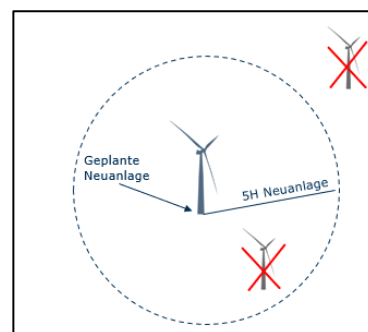
„(2) (...) ²Bei einem vollständigen Austausch der Anlage sind zusätzlich zu den in Absatz 1 genannten Anforderungen folgende Anforderungen einzuhalten:

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

³Die Genehmigungsbehörde kann auf Antrag des Vorhabenträgers die **Frist** nach Nummer 1 aus wichtigem Grund **verlängern**, wenn hierdurch der Zweck des Gesetzes nicht gefährdet wird.“

Die Definition aus § 16b Abs. 2 S. 2 BImSchG wurde an die größere Reichweite der Norm aus § 45c BNatSchG angepasst:

- Errichtung innerhalb von 48 Monaten nach Rückbau (Nr. 1) und
- Abstand zur Bestandsanlage max. fünffache Gesamthöhe der Neuanlage (Nr. 2).



Durch die Anpassung im Zuge der BImSchG-Novelle von 2024 wurde nun ein Gleichlauf der Repowering-Definitionen im Verfahrensrecht und im Naturschutz erreicht.

Dabei ist es wichtig zu beachten, dass das BauGB nicht angepasst wurde. Dort findet sich in den Regelungen zum Repowering (§§ 245e Abs. 3 und 249 Abs. 3 BauGB) noch der Verweis auf die frühere Fassung des § 16b Abs. 2 BImSchG. Das bedeutet, dass planungsrechtlich noch die alte Repowering-Definition gilt und nur bei einem Abstand der zweifachen Gesamthöhe der Neuanlage (2H) und bei einer Neuerrichtung innerhalb von 24 Monaten die Repowering-Vorteile aus § 245e Abs. 3 und § 249 Abs. 3 BauGB greifen. Für Anlagen, die im Abstand von mehr als das Zweifache und weniger als das Fünffache der Gesamthöhe der neuen Anlage (> 2H bis 5H) errichtet werden sollen, findet die Privilegierung nach § 245e Abs. 3 und § 249 Abs. 3 BauGB keine Anwendung. Gleichwohl kann sich die planungsrechtliche Zulässigkeit der Anlagen daraus ergeben, dass der Standort in einem Windenergiegebiet liegt.

Somit gilt für die Anwendbarkeit der Sonderregelungen zum Repowering in den unterschiedlichen Rechtsbereichen Folgendes:

Rechtsbereich	Repowering-Sonderregelung	Anwendbarkeit bei Austausch
Verfahrensrechtliche Vorgaben	§ 16b Abs. 1, Abs. 4 bis 6 BImSchG	Abstand 5H Errichtungsfrist 48 Monate
Anforderungen zu Lärmimmissionen	§ 16b Abs. 3 BImSchG	Abstand 5H Errichtungsfrist 48 Monate
Naturschutzrechtliche Anforderungen	§ 45c BNatSchG	Abstand 5H Errichtungsfrist 48 Monate
Planungsrechtliche Anforderungen	§ 245e Abs. 3 BauGB; § 249 Abs. 3 BauGB	Abstand 2H Errichtungsfrist 24 Monate

Ob der **Höchstabstand** des Fünffachen der Gesamthöhe eingehalten wird, bemisst sich jeweils vom Mastmittelpunkt der Bestandsanlage und der Neuanlage aus. Ein Überschreiten des Höchstabstandes ist auch bei geringfügigen Abweichungen unzulässig und führt zu einem Ausschluss der Anwendung von § 16b BImSchG. Der Rückbau weiterer Bestandsanlagen in einem kleineren oder größeren Abstand ist unschädlich. Umgekehrt ist vielmehr die Erhöhung der Neuanlagenanzahl nach § 16b Abs. 2 S. 1 BImSchG nun ausdrücklich möglich.

Die **Errichtungsfrist** von 48 Monaten läuft ab Rückbau der Bestandsanlage. Die Frist kann verlängert werden, was nunmehr in § 16b Abs. 2 S. 3 BImSchG ausdrücklich klargestellt wird. Eine Fristverlängerung setzt voraus:

- Antrag des Vorhabenträgers,
- wichtiger Grund und
- keine Gefährdung des Gesetzeszwecks.

Die Formulierung „aus wichtigem Grund“ orientiert sich an § 18 Abs. 3 BImSchG. Ein wichtiger Grund für eine Fristverlängerung liegt insbesondere dann vor, wenn Umstände vorliegen, die dem Antragsteller die Einhaltung der Frist nicht oder nur unter erheblichen Nachteilen gestatten. Hierbei sind auch unternehmerische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Ein wichtiger Grund kann insbesondere vorliegen, wenn die Nichteinhaltung der Frist dem Antragsteller nicht zugerechnet werden kann. Wird die Verlängerung der Frist durch den Vorhabenträger beantragt, sollte dieser den wichtigen Grund entsprechend darlegen.

Das Gesetz sieht keinen maximalen Zeitraum für die Verlängerung der Errichtungsfrist vor. Die Möglichkeit der Fristverlängerung wird aber durch die Geltendmachung eines wichtigen Grundes und die Wahrung des Gesetzeszwecks begrenzt. Im Übrigen kann der Antrag auf

Fristverlängerung auch wiederholt gestellt werden, sodass die Frist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch mehrfach verlängert werden kann.

2. Trägerverfahren

a. Änderungsgenehmigungsverfahren

§ 16b Abs. 1 BImSchG:

*„(1) ¹Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), sind im Rahmen **eines Änderungsgenehmigungsverfahrens** nur Anforderungen zu prüfen, soweit durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden, die für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 erheblich sein können. (...) ⁴**Auf Antrag des Vorhabenträgers ist abweichend von dieser Vorschrift das Genehmigungsverfahren nach § 10 oder das vereinfachte Verfahren nach § 19 durchzuführen.**“*

Handelt es sich um ein Repowering und ist der Anwendungsbereich von § 16b BImSchG eröffnet, finden die Sonderregelungen „automatisch“ und ohne gesonderten Antrag Anwendung. Das Trägerverfahren für das Repowering ist also vom Grundsatz her ein Änderungsgenehmigungsverfahren nach §§ 16b, 16 BImSchG. Neben den Vorteilen der Vergleichsbetrachtung und des Verbesserungsprinzips (dazu VII.5.) folgt aus der Festlegung des Änderungsgenehmigungsverfahrens als Trägerverfahren auch eine nach § 16 Abs. 3 BImSchG leicht veränderte Entscheidungsfrist, sofern das Änderungsgenehmigungsverfahren als förmliches Verfahren geführt wird (sechs Monate statt sieben Monate). Will der Vorhabenträger trotz Eröffnung des Anwendungsbereichs die Anwendung der Sonderregelung aus § 16b BImSchG ausschließen und ein Neuverfahren durchführen, muss er nach § 16b Abs. 1 S. 4 BImSchG einen entsprechenden Antrag stellen.

b. Vereinfachtes Genehmigungsverfahren

§ 16b Abs. 6 BImSchG:

„(6) ¹§ 19 findet auf Änderungsgenehmigungsverfahren im Sinne von Absatz 1 von bis zu 19 Windenergieanlagen Anwendung. ²§ 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen bleibt unberührt.“

Bei Repowering-Vorhaben soll nach § 16b Abs. 6 BImSchG das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG Anwendung finden, wenn bis zu 19 Windenergieanlagen betroffen sind (S. 1) und keine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist (S. 2). Wie die Schwelle von 19 Windenergieanlagen im Hinblick auf vereinfachte Genehmigungsverfahren bei Repowering-Vorhaben nach § 16b Abs. 6 S. 1 BImSchG zu handhaben ist, lässt sich der Gesetzesbegründung entnehmen:

„Mit § 16b Absatz [6] Satz 1 wird klargestellt, dass mit Blick auf die Anwendung des § 19 der Bezugspunkt für das Änderungsgenehmigungsverfahren nur die tatsächlich betroffenen Windenergieanlagen sind. Für den Fall, dass die Änderungsgenehmigung nur einen Teil des Windparks betrifft, kommt es also nicht auf das gesamte Vorhaben an, sondern nur darauf, wie viele Windenergieanlagen tatsächlich betroffen sind.“⁷⁹

3. Beteiligung der Fachbehörden

§ 16b Abs. 1 BImSchG:

„(1) (...) ²Die zuständige Behörde beteiligt die Fachbehörde, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird, entsprechend § 10 Absatz 5. ³Zustimmungserfordernisse nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften bleiben unberührt. (...)“

Im Rahmen des Änderungsgenehmigungsverfahrens nach §§ 16b, 16 BImSchG sind vom Grundsatz her nur die in ihrem Aufgabenbereich betroffenen Fachbehörden zu beteiligen; es sei denn sie sind zwingend zu beteiligen, § 16b Abs. 1 S. 3 BImSchG („Zustimmungserfordernisse nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften bleiben unberührt“). Zustimmungserfordernisse ergeben sich aus Regelungen, nach denen die Fachbehörde sich positiv zur Zulässigkeit des Vorhabens äußern muss („Zustimmung“; Einvernehmen etc.), z. B. bei der Beteiligung der Luftfahrtbehörde nach § 15 Abs. 2 LuftVG.

Die Beteiligung der Fachbehörden richtet sich ohne spezielle rechtliche Vorgaben nach § 10 Abs. 5 BImSchG. Es gelten insbesondere die Vorgaben im Umgang mit ausbleibenden Stellungnahmen von Fachbehörden. Siehe dazu auch oben die näheren Ausführungen zur Behördenbeteiligung nach § 10 Abs. 5 BImSchG (dazu IV.4.).

4. Einverständniserklärung bei fehlender Betreiberidentität

§ 16b Abs. 10 BImSchG:

„(10) ¹Ist der Vorhabenträger der neuen Anlage im Falle des Absatz 2 Satz 2 mit dem Betreiber der Bestandsanlage nicht identisch, muss der Vorhabenträger der neuen Anlage der Genehmigungsbehörde bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag eine Erklärung des Betreibers der Bestandsanlage vorlegen, wonach dieser mit dem Repowering-Vorhaben einverstanden ist. (...)“

Bei Repowering und fehlender Identität der Betreiber der Bestands- und der ersetzenden Neuanlage ist nur die Vorlage einer Einverständniserklärung des Betreibers der Bestandsanlage

⁷⁹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 22.

erforderlich, § 16b Abs. 10 S. 1 BImSchG. Diese Erklärung ist danach bis zur Genehmigungsent-scheidung vorzulegen.

In der Gesetzesbegründung wird prägnant ausgeführt, warum **Betreiberidentität bei einem Repowering von Windenergieanlagen entbehrlich sein kann:**

„Der neue Absatz 10 stellt klar, dass eine Betreiberidentität in den Fällen des § 16b Absatz 2 Satz 2, d.h. bei einem vollständigen Austausch der Anlage, nicht erforderlich ist. Denn anders als bei einem nur teilweisen Austausch ist in dieser Sondersituation des § 16b Absatz 2, dem vollständigen Austausch der Anlage, stets eine klare Zuordnung des antragstellenden Betreibers zu der betroffenen Windenergieanlage möglich. Die Genehmigungs- und Vollzugsbehörde kann auf den für die gesamte Windenergieanlage verantwortlichen Betreiber zugreifen. Bis zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung muss hierbei eine Einverständniserklärung des Betreibers der Bestandsanlage bezüglich des Repowering-Vorhabens vorliegen.“⁸⁰

Das Gesetz stellt an die **Form** der Einverständniserklärung keine besonderen Anforderungen. Der Antragsteller kann sowohl ein gesondertes Dokument beibringen, in dem der Betreiber der Bestandsanlage einseitig sein Einverständnis mit dem Repowering erklärt. Es reicht aber auch ein Auszug aus einer zweiseitigen Repowering-Vereinbarung zwischen dem Betreiber der Altanlagen und dem Antragssteller, aus dem eindeutig das Einverständnis des Altbetreibers mit dem Repowering hervorgeht. Wird eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Betreiber der Bestandsanlage und dem Antragsteller vorgelegt, können alle nicht relevanten Stellen (z. B. Höhe der Zahlung für die Stilllegung der Bestandsanlage und sonstige vertragliche Abreden) geschwärzt oder nur relevante Auszüge des Vertrages vorgelegt werden. Auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ist zu achten.

Das Gesetz sieht vor, dass die Einverständniserklärung „bis zum **Zeitpunkt** der Entscheidung über den Antrag“ vorgelegt werden muss. Demnach ist es ausreichend, wenn diese kurz vor Abschluss des Genehmigungsverfahrens nachgereicht wird. Die Einverständniserklärung ist folglich kein Teil der Antragsunterlagen, der für die Vollständigkeit des Antrags nach § 7 Abs. 2 der 9. BImSchV erforderlich ist.

⁸⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses des Bundestages, BT-Drs. 20/11657, S. 38.

5. Vergleichsbetrachtung

a. Vergleichsbetrachtung und Verbesserungsprinzip als Grundprinzipien der Prüfung

§ 16b Abs. 1 BImSchG:

*„(1) ¹Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), sind im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens **nur Anforderungen zu prüfen, soweit durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden, die für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 erheblich sein können. (...)**“*

Aus § 16b Abs. 1 S. 1 BImSchG ergeben sich die Vergleichsbetrachtung und das Verbesserungsprinzip als Grundprinzipien des Repowerings nach § 16b BImSchG.

- ⇒ **Vergleichsbetrachtung:** Anforderungen sind nur insoweit zu prüfen, als durch das Repowering im Vergleich zur Bestandsanlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden, die im Rahmen der Prüfung nach § 6 BImSchG erheblich sein können.
- ⇒ **Verbesserungsprinzip:** Es besteht für die jeweilige Genehmigungsvoraussetzung kein Versagensgrund, wenn nachteilige Auswirkungen durch neue Anlagen unverändert sind oder geringer werden.

Dazu Auszug aus der Gesetzesbegründung zur jüngsten Änderung von § 16b Abs. 1 BImSchG:

„Mit der Änderung in Absatz 1 wird klargestellt, dass für alle öffentlichen Belange eine Deltaprüfung erfolgt. Das bedeutet, im Rahmen des Genehmigungsverfahrens sind Anforderungen nur insoweit zu prüfen, als durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden, die im Rahmen der Prüfung nach § 6 erheblich sein können. Die nachteiligen Auswirkungen beziehen sich dabei also nicht nur auf die in § 1 BImSchG genannten Schutzgüter, sondern auch auf andere öffentliche Belange wie beispielsweise die Belange der Landes- und Bündnisverteidigung sowie Auswirkungen auf angrenzende Infrastruktureinrichtungen. Dies erfasst neben den Belangen nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 auch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nach Nummer 2. Dies ist besonders relevant bei der erstmaligen oder vermehrten Belastung durch eine neue Anlage. Sollte die Belastung durch die neuen Anlagen unverändert bleiben oder geringer werden liegen damit keine Versagungsgründe vor.“⁸¹

Die Grundprinzipien der Prüfung nach § 16b Abs. 1 S. 1 BImSchG sollen also vom Grundsatz her für die Prüfung aller Genehmigungsanforderungen zum Tragen kommen, z. B. auch bei Belangen

⁸¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 21 f.

der Landes- und Bündnisverteidigung. Abweichungen ergeben sich aus § 16b Abs. 4 BImSchG (dazu VII.5.d.).

b. Spezielle Vergleichsbetrachtung bei Schallimmissionen

§ 16b Abs. 3 BImSchG:

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

- 1. der **Immissionsbeitrag** der Windenergieanlagen nach dem Repowering **absolut niedriger** ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlage und*
- 2. die Windenergieanlage dem **Stand der Technik** entspricht.“*

In § 16b Abs. 3 BImSchG wird das Verbesserungsprinzip deutlich. Mit der Gesetzesnovelle im Jahr 2024 wurde der Begriff „absolut“ in § 16b Abs. 3 BImSchG eingeführt. Damit wird der notwendige Mindestumfang der Verbesserung durch eine Verringerung des Immissionsbeitrags nach § 16b Abs. 3 Nr. 1 BImSchG gekennzeichnet. Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Mit der Bezeichnung „absolut“ in § 16b Absatz [3] Nummer 1 wird klargestellt, dass keine Rundung des Immissionsbeitrags der Windenergieanlage nach der Modernisierung erfolgen soll.“⁸²

Für die Methodik der Schallimmissionsprognose gilt Folgendes: Für die Bestandsanlagen wurde die Schallimmissionsprognose häufig noch nach dem allgemeinen Verfahren durchgeführt. Zwischenzeitlich wurde das sog. Interimsverfahren flächendeckend eingeführt. Das neu aufgekommene Interimsverfahren ist dann bei der Vergleichsbetrachtung nach § 16b Abs. 3 BImSchG zu beachten, wenn die Berechnung der Immissionsbeiträge nach demselben Berechnungsverfahren neu durchgeführt werden muss. Dazu Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Zudem ist darauf hinzuweisen, 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 für die Bestimmung der Immissionsbeiträge erreicht.“⁸³

⁸² Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 21.

⁸³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 21.

c. Spezielle Vergleichsbetrachtung im Artenschutz

§ 16b Abs. 4 BImSchG:

„(4) (...) 2§ 45c des Bundesnaturschutzgesetzes ist anzuwenden.“

Im Artenschutz ist nach § 16b Abs. 4 S. 2 BImSchG die Regelung des § 45c BNatSchG anzuwenden. Dort finden sich insbesondere in § 45c Abs. 2 BImSchG spezielle Vorgaben für die artenschutzrechtliche Beurteilung von Repowering-Vorhaben, wonach Repowering-Vorhaben im Vergleich zu Neuvorhaben vereinfacht zulässig sein sollen. Die Vergleichsbetrachtung nach § 45c BNatSchG ist durch die Novelle des BImSchG 2024 inhaltlich nicht verändert worden.

Trotz der Regelung des § 16b Abs. 4 S. 2 BImSchG ist eine Vergleichsbetrachtung im Artenschutz nach § 45c BNatSchG nicht durchzuführen, wenn auf ein Vorhaben § 6 WindBG angewendet wird. § 6 WindBG ist auch auf Repowering-Vorhaben anwendbar, sofern sich das Repowering-Vorhaben in einem ausgewiesenen Gebiet befindet.⁸⁴ Im Anwendungsbereich des § 6 WindBG geht dieser aus systematischen Gründen als speziellere Regel vor. Die artenschutzrechtliche Prüfung der Zugriffsverbote nach den Vorgaben des BNatSchG ist ausdrücklich nicht durchzuführen und es findet eine modifizierte artenschutzrechtliche Prüfung nach § 6 WindBG statt.

Für laufende Verfahren gilt trotz der sofortigen Anwendbarkeit der Änderungen in § 16b BImSchG, dass die Unterlagen, die noch allein auf die rechtlichen Vorgaben des § 45b BNatSchG abheben, nicht an die neue Rechtslage anzupassen sind. Es besteht insofern keine artenschutzfachliche Notwendigkeit, da ein Vorhaben, das nach § 45b BNatSchG artenschutzrechtlich zulässig ist, erst recht nach der Regelung des § 45c BNatSchG zulässig sein muss, wonach für Repowering-Vorhaben ja niedrigere Zulassungsanforderungen gelten sollen. Auch dürften mit der Anpassung Verzögerungen von mehreren Monaten in den Verfahren anfallen, was dem vorrangigen Gesetzeszweck der BImSchG-Novelle der Verfahrensbeschleunigung entgegenlaufen würde.

d. Keine Vergleichsbetrachtung in bestimmten Rechtsbereichen

§ 16b Abs. 4 BImSchG:

„(4) 1Absatz 1 gilt nicht für die Prüfung des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, der Belange des Arbeitsschutzes und des Rechts der Natura-2000-Gebiete.“

Von dem in § 16b Abs. 1 S. 1 BImSchG niedergelegten Grundprinzip der Vergleichsbetrachtung und des Verbesserungsprinzips sieht das Gesetz in § 16b Abs. 4 S. 1 BImSchG Ausnahmen für die dort abschließend aufgeführten, konkret genannten Rechtsbereiche vor. Die genannten Rechtsbereiche sind folglich wie bei einem Neuantrag ohne die vergleichsweise

⁸⁴ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz und Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, Vollzugsempfehlung zu § 6 Windenergieflächenbedarfsgesetz, 19.07.2023, S. 3.

Berücksichtigung der im Rahmen des Repowerings zurückzubauenden Bestandsanlagen umfassend zu prüfen. Dazu der Auszug aus der Gesetzesbegründung:

„Mit der Regelung des § 16b Absatz [4] werden die Prüfungserleichterungen des Absatz 1 in den benannten Bereichen eingeschränkt, indem die Prüfung des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, sowie der Belange des Arbeitsschutzes und des Rechts der Natura-2000-Gebiete nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 unberührt bleiben.“⁸⁵

6. Weiterbetrieb der Bestandsanlage und Verbot des Parallelbetriebs

§ 16b Abs. 10 S. 2 BImSchG:

„(10) (...) **Ein paralleler Betrieb einer Bestandsanlage und der sie ersetzenden neuen Anlage ist nicht zulässig.**“

Ein Parallelbetrieb von Bestands- und Neuanlage ist gemäß § 16b Abs. 10 S. 2 BImSchG ausdrücklich verboten. Die Bestandsanlage muss spätestens mit Inbetriebnahme der Neuanlage stillgelegt werden. Der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Neuanlage ist in der Regel deren erstmalige Einspeisung in das Netz der allgemeinen Versorgung. Es ist sicherzustellen, dass die Bestands- und die Neuanlage keine gemeinsamen schädlichen Umweltauswirkungen (insb. Schall, Turbulenzen) hervorrufen.

Hinsichtlich der Frage der Höchstdauer des Weiterbetriebs der Bestandsanlage kommt es nach dem Wortlaut der Regelung von § 16b Abs. 10 S. 2 BImSchG darauf an, wann ein Betrieb der Neuanlage i.S.d. BImSchG gegeben ist. Die Bestandsanlage darf bis zur Inbetriebnahme der Neuanlage, d.h. bis zu deren erstmaliger Einspeisung in das Netz, weiterbetrieben werden. Das ergibt sich aus der Formulierung „während und nach dem Repowering“ in § 16b Abs. 3 BImSchG.⁸⁶ Dazu auch die Entschließung des Bundestages:

„Das Repowering von Windkraftanlagen leistet einen unverzichtbaren Beitrag zum Ausbau der erneuerbaren Energien und somit zur Erreichung der Klimaziele. Ebenso findet das Repowering in Gebieten statt, in denen bereits schon jetzt Windkraftanlagen stehen. Das Bundes-Immissionsschutzgesetz verbietet den parallelen Betrieb einer Bestandsanlage und einer Repoweringanlage. Es liegt jedoch im öffentlichen Interesse, die bestehende Anlage möglichst bis zur Inbetriebnahme der neuen Anlage zu betreiben. So lassen sich Erzeugungskapazitäten maximal nutzen. Der Deutsche Bundestag stellt klar, dass mit der Errichtung der neuen Anlage bereits während des Betriebs der zu ersetzenden Anlage begonnen werden darf.“⁸⁷

⁸⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/7502, S. 22.

⁸⁶ So auch Beschluss und Entschließung des Bundestages, zu BR-Drs. 277/24, S. 2.

⁸⁷ Beschluss und Entschließung des Bundestages, zu BR-Drs. 277/24, S. 2.

Die Fortsetzung des Weiterbetriebs der Bestandsanlage während der Errichtung der Neuanlage ist nur zulässig, wenn insbesondere die Standsicherheit und Belange des Arbeitsschutzes eingehalten werden. Dazu explizit auch der Auszug aus der Entschließung des Bundestages:

„Dabei müssen insbesondere die Standsicherheit und die Belange des Arbeitsschutzes eingehalten werden. Dies wird regelmäßig im Wege der Bauüberwachung während der Bauausführung sichergestellt.“⁸⁸

Ansprechpartnerin

RAin Katharina Graf

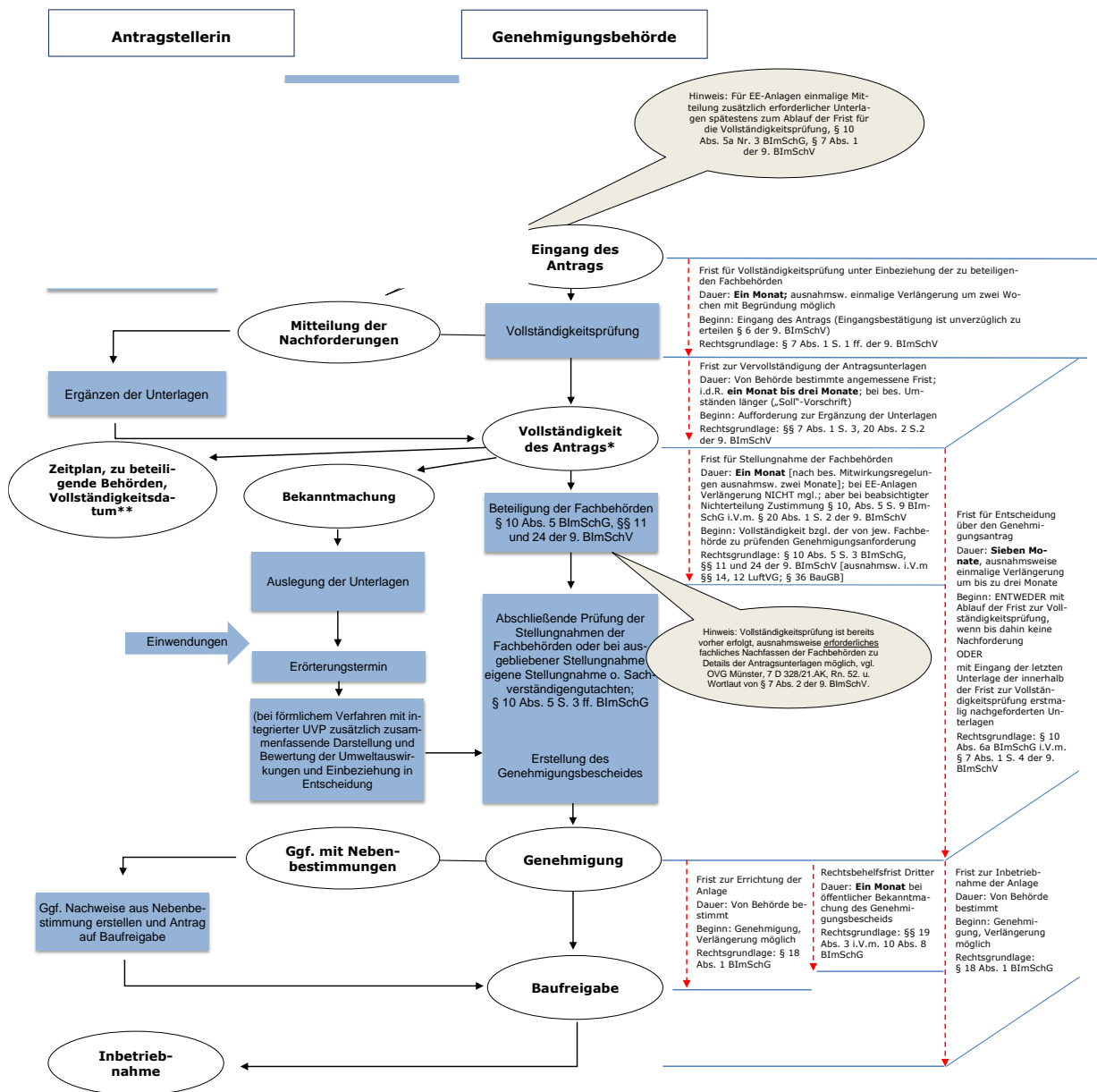
Abteilung Recht, Fachgebietsleiterin

Telefon: +49 30 300199-1525

E-Mail: katharina.graf@bdew.de

⁸⁸ Beschluss und Entschließung des Bundestages, zu BR-Drs. 277/24, S. 2.

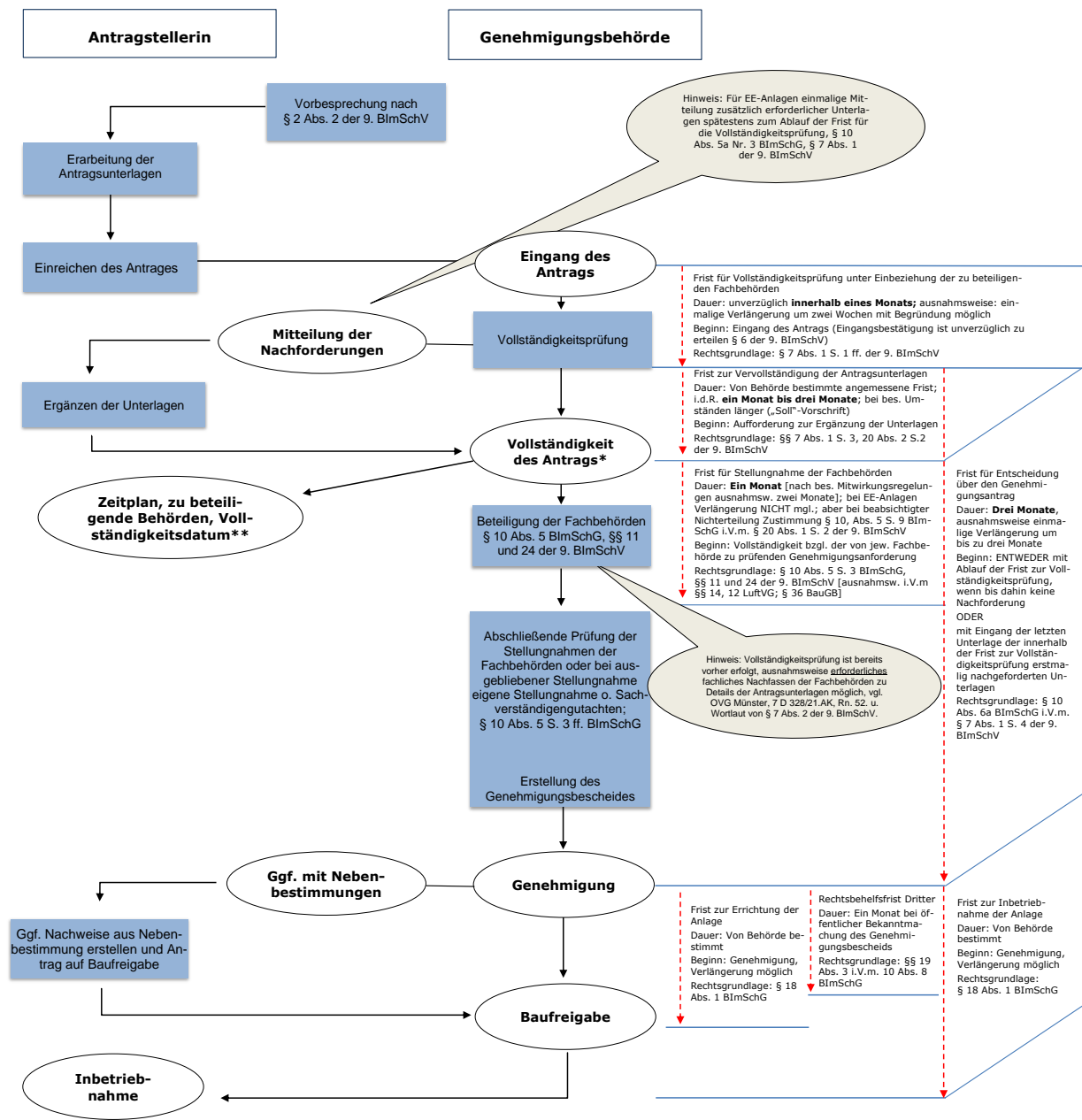
Anhang I – Ablauf des förmlichen Genehmigungsverfahrens ab Einreichen des Antrags



* Definition der Vollständigkeit nach § 7 Abs. 2 S. 2 ff. der 9. BImSchV (= Prüffähigkeit des Antrags): „Unterlagen verhalten sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens und versetzen Behörde in die Lage, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen. Fachliche Einwände oder Nachfragen stehen der Vollständigkeit nicht entgegen, sofern die betreffende Unterlage eine fachliche Prüfung überhaupt ermöglicht. Vollständigkeitsdatum ist Eingang der letzten für die Vollständigkeit relevanten Unterlage bei der Behörde.“

** Pflicht zur Übermittlung ergibt sich aus § 7 Abs. 2 S. 1 der 9. BImSchV.

Anhang II – Ablauf des vereinfachten Genehmigungsverfahrens ab Einreichen des Antrags



* Definition der Vollständigkeit nach § 7 Abs. 2 S. 2 ff. der 9. BImSchV (= Prüffähigkeit des Antrags): „Unterlagen verhalten sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens und versetzen Behörde in die Lage, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen. Fachliche Einwände oder Nachfragen stehen der Vollständigkeit nicht entgegen, sofern die betreffende Unterlage eine fachliche Prüfung überhaupt ermöglicht. Vollständigkeitsdatum ist Eingang der letzten für die Vollständigkeit relevanten Unterlage bei der Behörde.“

** Pflicht zur Übermittlung ergibt sich aus § 7 Abs. 2 S. 1 der 9. BImSchV.