

Berlin, 22. Februar 2021

**BDEW Bundesverband  
der Energie- und  
Wasserwirtschaft e.V.**  
Reinhardtstraße 32  
10117 Berlin

[## Positionspapier](http://www.bde</a>.de</p></div><div data-bbox=)

# Formulierungsvorschläge zur Anpassung des § 16b BImSchG-RegE

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.

Am 12. Februar 2021 hat der Bundesrat die Forderung zur grundlegenden Überarbeitung des Regierungsentwurfs zu § 16b BImSchG (Repowering) beschlossen ([BR-Drucks. 25/21\[B\]](#)).

Der § 16b BImSchG ist Bestandteil des am 2. Dezember 2020 vom beschlossenen [Gesetzesentwurf zur Umsetzung der RED II-Richtlinie im Genehmigungsrecht](#)<sup>1</sup>. In der Bundesrat-Stellungnahme wurde die Kritik des BDEW dahingehend bestätigt, dass eine Umsetzung des Regierungsentwurfs durch die überwiegend vagen Bestimmungen vermutlich zu keinen Erleichterungen im Genehmigungsprozess für Windenergieanlagen im Repowering führen werden.

Der BDEW begrüßt die Forderung des Bundesrates nach einer grundlegenden Überarbeitung von § 16b BImSchG im laufenden Gesetzgebungsverfahren ([BR-Drucks. 25/21\[B\]](#), Ziffern 5 und 6) und wirbt dafür, die Forderungen aus dem [BDEW-Positionspapier „Windenergiestandorte erhalten – Repowering ermöglichen“](#) weiterzuführen und umzusetzen.

Der BDEW hat darum konkrete Formulierungsvorschläge zur Anpassung und Erweiterung des § 16b BImSchG einschließlich Artenschutzrecht sowie einer flankierenden planungsrechtlichen Regelung im BauGB erarbeitet. Diese Vorschläge bilden im Wesentlichen die Positionen aus dem BDEW-Positionspapier zum Repowering ab. Die Änderungsvorschläge mit Begründung berücksichtigen darüber hinaus die weitergehenden Diskussionen der letzten Wochen.

Der Vorschlag ist vom Maßstab einer ausgewogenen Schutzgüterabwägung geleitet. Beim Immissionsschutz ist beispielsweise berücksichtigt, dass es durch das Repowering zu einer Verringerung der Immissionsbeiträge kommen muss. Beim Vorschlag zum Artenschutz sind als Kompromiss die zum Repowering von den Ländern in der Sonder-UMK aus dem Dezember 2020 beschlossenen Formulierungen mit eingeflossen. Im Planungsrecht ist der Anwohnerschutz ein hohes Gut, sowie die ausreichende Wahrung der Rechte der Planungsträger.

---

<sup>1</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung) für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz.

## Vorschläge zur Anpassung von Artikel 1 zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes

### 1. Änderungen von Absatz 1 und 2 des § 16b des Bundes-Immissionsschutzgesetzes-RegE

(1) Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), müssen **unbeschadet des § 13** im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nur Anforderungen geprüft werden, wenn **und soweit** durch das Repowering **zusätzliche** nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 erheblich sein können. Auf einen Erörterungstermin **kann** ~~so~~ verzichtet werden.

(2) Die Modernisierung umfasst den vollständigen oder teilweisen Austausch von **genehmigungsbedürftigen** Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage, **wenn der Standort der neuen Anlage in demselben planerisch für die Art der Nutzung ausgewiesenen Gebiet liegt oder der Abstand zwischen dem Standort der neuen Anlage und der zu ersetzenden Anlage höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage beträgt.**

### 2. Ergänzung des § 16b des Bundes-Immissionsschutzgesetzes-RegE durch Einfügung eines neuen Absatz 3 und eines neuen Absatz 4<sup>2</sup>

(3) **Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ist § 6 Absatz 3 entsprechend und mit der Maßgabe anzuwenden, dass nach Nummer 3 ein Immissionsmanagementplan zur Verringerung des Verursacheranteils durch das Repowering vorzulegen ist, um eine spätere Einhaltung der Anforderungen nach § 5 Absatz 1 Nummer 1 zu erreichen, wobei die Verringerung der Verursacheranteile durch ein Repowering weiterer Anlagen in der Standortumgebung anteilig einbezogen wird.**

(4) **Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ist § 44 Absatz 5 Satz 2 des Bundesnaturschutzgesetzes mit der Maßgabe anzuwenden, dass eine durch das Repowering etwaig zusätzlich verursachte Erhöhung des Tötungsrisikos für die Beurteilung maßgeblich ist. § 45 Absatz 7 Satz 2 des Bundesnaturschutzgesetzes ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Prüfung anderer Standorte bei einem Repowering im Regelfall nicht zumutbar ist.**

---

<sup>2</sup> Alternativ zur „Maßgaberegulierung“ unter Absatz 4 besteht die Möglichkeit, den Norminhalt des Absatz 4 unmittelbar in den §§ 44, 45 des Bundesnaturschutzgesetzes umzusetzen.

## Vorschlag für einen neuen Artikel 4 zur Änderung des Baugesetzbuches

### Ergänzung eines Satzes 4 nach § 35 Abs. 3 S. 3 Baugesetzbuch<sup>3</sup>

*„Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nummer 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. **Der Regelfall nach Satz 3 liegt bei einer Modernisierung im Sinne von § 16b Absatz 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes nicht vor, sofern durch die Modernisierung die Grundzüge der Planung nicht beeinträchtigt werden und das Vorhaben etwaige Mindestabstände nach § 249 Absatz 3 einhält.**“*

### Begründung

#### 1. Begründung zur Anpassung von Artikel 1 (Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes)

##### Begründung zu § 16b Abs. 1 BImSchG

Durch die Änderung in Absatz 1 wird die Prüfungsreichweite durch die Verwendung der Formulierungen „soweit“ und „zusätzliche“ nunmehr eindeutig geregelt. Die Formulierung dient damit der Rechtssicherheit für Entscheidungsträger in den Behörden und für die Vorhabenträger. Damit wird die Besonderheit des Repowerings verfahrenstechnisch richtig abgebildet, weil das Vorhaben nicht auf der sog. grünen Wiese errichtet wird, sondern faktisch auf eine Bestandssituation trifft. Dadurch können die von der RED II-Richtlinie für das Repowering angenommenen Beschleunigungspotenziale gehoben werden.

Durch die Genehmigung der Repowering-Anlage wird wie bei jeder immissionsschutzrechtlichen Neugenehmigung weiterhin zweierlei bewirkt: Zum einen gestattet sie die Errichtung und den Betrieb der genehmigten Anlage. Zum anderen stellt sie fest, dass die Anlage mit den zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. 04.2009 - 7 C 14/08, Rn. 22). Die Vorgaben in § 16b BImSchG ändern daran nichts. Insbesondere wird die Reichweite der Feststellungswirkung der Genehmigung nicht verändert.

Durch die Formulierung „unbeschadet des § 13“ wird zudem klargestellt, dass die Genehmigung für die Repowering-Anlage andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen gemäß § 13 BImSchG einschließt. Die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG wird durch die in § 16b BImSchG enthaltenen Vorgaben hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens nicht beschränkt. Für die nicht zu prüfenden Genehmigungsanforderungen ist daher auch keine separate fachrechtliche Zulassung erforderlich.

---

<sup>3</sup> Alternativ dazu, den Norminhalt unmittelbar in den § 35 Absatz 3 BauGB umzusetzen, besteht die Möglichkeit eine „Maßgaberegeling“ in § 16b Abs. 5 BImSchG zu schaffen.

Die Durchführung eines Erörterungstermins kann in bestimmten Konstellationen geboten sein, um Verfahrensfehler zu vermeiden. Daher wurde die Formulierung „soll“ in „kann“ geändert.

### **Begründung zu § 16b Abs. 2 BImSchG**

Durch die ergänzende Änderung in Absatz 2 wird sichergestellt, dass ein örtlicher Zusammenhang der Standorte von Bestands- und Repowering-Anlagen besteht. Der Vorschlag berücksichtigt, dass auch mit Blick auf die bestmögliche Sicherung der Schutzgüter eine gewisse Flexibilität gegeben sein muss. Dies geschieht zum Beispiel aus Gründen des Artenschutzes indem der Standort verlagert wird, um den Abstand des neuen Standorts zu den relevanten Exemplaren zu vergrößern oder die Anlage in ein Habitat mit schlechterer Qualität zu verlegen. Auch zur Sicherstellung planungs- oder immissionsschutzrechtlich gebotener Abstände zur Wohnbebauung ist eine Standortverlagerung sinnvoll. Die Nennung des Zweifachen der Gesamthöhe der neuen Anlage als zulässiger Radius für die Standortverlagerung ist bewusst neutral formuliert, so dass die Regelung für alle EE-Anlagen anwendbar bleibt.

### **Begründung zu § 16b Abs. 3 BImSchG**

Nach dem neuen Absatz 3 ist die Regelung des § 6 Abs. 3 BImSchG entsprechend und mit bestimmten Maßgaben im Rahmen der behördlichen Präventivkontrolle anzuwenden. Die Regelung dient dazu, die besondere Sachlage bei einem Repowering verursachergerecht und praktikabel abzubilden und damit den Schutz der Anwohner dauerhaft sicherzustellen.

Nach Halbsatz 1 von Absatz 3 ist die Regelung zur Verbesserungsgenehmigung aus § 6 Abs. 3 BImSchG „entsprechend“ anzuwenden. Dadurch wird sichergestellt, dass § 6 Abs. 3 auf Repowering-Vorhaben auch angewendet wird, wenn für das Repowering-Vorhaben keine Änderungsgenehmigung nach § 16, sondern eine Neugenehmigung nach § 4 i. V. m. § 16b BImSchG einzuholen ist. Durch Anordnung der „entsprechenden“ Anwendbarkeit ist auch sichergestellt, dass § 6 Abs. 3 BImSchG nicht nur für Immissionen in Form von Luftverunreinigungen gilt, sondern auch für andere Immissionen i. S. v. § 3 Abs. 2 BImSchG, also auch Geräusche.

### **Für die Anwendung von § 6 Abs. 3 BImSchG gilt im Einzelnen:**

**§ 6 Abs. 3 Nr. 1 BImSchG:** Der Immissionsbeitrag muss sich gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 1 BImSchG durch das Repowering-Vorhaben deutlich und über das durch nachträgliche Anordnungen nach § 17 Abs. 1 BImSchG durchsetzbare Maß reduzieren. Das bedeutet, dass sich der Immissionsbeitrag der neuen Anlage im Vergleich zu der ersetzenden Anlage verringern muss. Bei einem Repowering von Windenergieanlagen verbessert sich die Schallsituation nach § 6 Abs. 3 Nr. 1 BImSchG trotz regelmäßig zunehmender Anlagenhöhe. Durch die Regelung in Absatz 2 ist sichergestellt, dass eine flexible Wahl eines neuen Anlagenstandorts möglich wird.

Dadurch kann die Repowering-Anlage so positioniert werden, dass am maßgeblichen Immissionsort weniger Schall ankommt. Bei Repowering-Anlagen kann sich der Immissionsbeitrag trotz der höheren Lage der Emissionsquelle aber auch dann verringern, wenn die Anlage am selben Standort errichtet werden soll. Eine Verbesserung kann zum einen aufgrund geringerer Gesamtpegel der Schallemissionen erfolgen (aufgrund technischer Verbesserungen der Neuanlagen ist der Schallpegel im Vergleich zu den Altanlagen insgesamt geringer). Zum anderen kann eine Verbesserung durch eine andere Qualität der Schallemissionen bewirkt werden (das in sog. Oktavbändern abgebildete Spektrum der Schallemissionen einer Anlage wird durch technische Lösungen verschoben. Die Oktavbandverlagerung kann technisch gezielt gesteuert werden, z. B. durch Serration). Letztendlich ist eine Verbesserung auch durch eine schalloptimierte Betriebsweise der Repowering-Anlage, z. B. durch Blattwinkelverstellungen, möglich.

**§ 6 Abs. 3 Nr. 2 BImSchG:** Aus der „entsprechenden“ Anwendbarkeit von § 6 Abs. 3 BImSchG folgt, dass bei einem Repowering von Anlagen, von denen keine Luftverunreinigungen ausgehen, wie etwa Windenergieanlagen, für diese Anlagen naturgemäß keine Maßnahmen zur Luftreinhaltung nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 BImSchG ergriffen werden müssen.

**§ 6 Abs. 3 Nr. 3 BImSchG:** Nach Halbsatz 2 von Absatz 3 erfolgt die Anwendung von § 6 Abs. 3 Nr. 3 BImSchG mit der Maßgabe, dass der Immissionsmanagementplan die anderen Anlagen in der Standortumgebung mitbetrachten soll und die erforderlichen Immissionsreduzierungen auf die Repowering-Anlage anteilig herunterbricht. Dabei können im Immissionsschutzgutachten auch theoretisch technisch mögliche und erwartbare Entwicklungen abgebildet werden, weil nach dem Abschluss des Repowerings insgesamt weniger Anlagen einwirken werden. Ziel ist es, dass eine Einhaltung der Anforderungen nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG erreicht wird. Die Genehmigung der Repowering-Anlage soll also nicht dazu führen oder gar gestatten, dass die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen dauerhaft unterschritten werden. Der unspezifische Begriff „später“ bezieht sich auf den Zeitpunkt, wenn das Repowering der einzubeziehenden Anlagen in der Standortumgebung abgeschlossen ist. Da der Immissionsmanagementplan die Immissionsreduzierungen auf die zu genehmigende Repowering-Anlage anteilig herunterbricht, ist dessen Einhaltung in der Betriebsphase der genehmigten Repowering-Anlage durchsetzbar.

**§ 6 Abs. 3 Nr. 4 BImSchG:** Die konkreten Umstände dürfen nach § 6 Abs. 3 Nr. 4 BImSchG einen Widerruf der Genehmigung der zu ersetzenden Anlage nicht erfordern.

## 2. Begründung zu § 16b Abs. 4 BImSchG

Bei der Prüfung eines Repowering-Vorhabens sind zur Beurteilung des betriebsbedingten Tötungsrisikos die Vorgaben des Bundesnaturschutzgesetzes anzuwenden. Absatz 4 stellt dafür klar, wie die Anwendung erfolgt, um die Besonderheiten aufgrund der vorgeprägten Bestandsituation im Sinne einer rechtssicheren Behördenentscheidung zu bewältigen.

Durch Satz 1 wird sichergestellt, dass das Verhältnis der Situation vor und nach dem Repowering im Zuge der artenschutzrechtlichen Beurteilung sauber abgebildet wird. In vielen Fällen stellt sich die Situation nach dem Repowering als artenschutzrechtlich verträglicher dar. Dies liegt u. a. darin begründet, dass sich die Höhe der Rotorunterkante in der Regel vergrößert und dadurch das Mortalitätsrisiko für Vögel, die unter den Anlagen nach Nahrung suchen, gesenkt wird. Zudem werden regelmäßig mehrere bestehende Anlagen durch deutlich weniger Anlagen ersetzt. Es ergibt sich durch das Repowering nur dann eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos, wenn sich das vorhabenbezogene Risiko für relevante Exemplare im Vergleich zu der Bestandssituation verschlechtert.

Für eine wissenschaftlich hinreichend fundierte Prüfung bedeutet das, dass für betroffene Exemplare zunächst das vorhandene vorhabenbezogene Tötungsrisiko durch die Bestandsanlagen zu ermitteln ist. Das Risiko der Bestandsanlagen ist bei der Ermittlung des vorhabenbezogenen Tötungsrisikos durch die Repowering-Anlagen in Ansatz zu bringen, um das für die Bewertung entscheidende repoweringsspezifische Risiko zu bestimmen. Im Ergebnis erfolgt eine differenzierte Beurteilung von Repowering-Vorhaben, indem zunächst das repoweringsspezifische Risiko bestimmt wird, um dann zu bewerten, ob das repoweringsspezifische Risiko gegenüber dem vorhabenunabhängigen Grundrisiko signifikant erhöht ist.

Sofern im Rahmen der Prüfung nach Satz 1 in Verbindung mit § 44 Abs. 1 und Abs. 5 S. 2 des Bundesnaturschutzgesetzes ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für eine oder mehrere Vogelarten festgestellt wird und dieses unter Anwendung der Schutzmaßnahmen nicht unter die Signifikanzschwelle reduziert werden kann, ist die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach Maßgabe von Satz 2 näher zu prüfen. Wie die Umweltministerkonferenz (UMK) in ihrem Beschluss im Dezember 2020 festgestellt hat, kann bei einem Repowering grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine Prüfung neuer Standorte aufgrund der bereits vorhandenen Infrastruktur sowie der außerhalb des Artenschutzes bestehenden Privilegierungen beim Repowering in Genehmigungsverfahren im Regelfall nicht zumutbar ist.<sup>4</sup> Der Beschluss der UMK bedarf einer gesetzlichen Verankerung.

### **Begründung zu Artikel 4 neu (Änderung des Baugesetzbuches)**

Vielfach wurden die zu repowernden Anlagen ursprünglich als privilegierte Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB errichtet. Ist nach der Errichtung durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung solcher Vorhaben an anderer Stelle erfolgt, ist eine Neuerrichtung von Anlagen durch Repowering am ursprünglichen Standort aufgrund von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ausgeschlossen. Um die Standorte zu erhalten, schließt der neue Satz 4 die Anwendbarkeit von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für Fälle einer Modernisierung i. S. v. § 16b BImSchG grundsätzlich aus.

---

4 Umweltministerkonferenz, Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen, Ziffer 4, S. 17.

Der Ausschluss der Rechtswirkungen von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gilt zum Schutz der Planungsträger jedoch nicht uneingeschränkt. Das Vorhaben ist nach Halbsatz 2 des neuen Satz 4 nur zulässig, wenn durch die Modernisierung die Grundzüge der Planung mit Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht beeinträchtigt werden. Unabhängig davon, ob die planerische Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB greift, sind die materiell-rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen, wie z. B. ausreichend Abstand zur Wohnbebauung zur Einhaltung des Rücksichtnahmegebotes, auf der Ebene der Einzelfallentscheidung stets zu berücksichtigen. Zu diesen Zulässigkeitsanforderungen zählen auch landesrechtlich auf § 249 Abs. 3 BauGB gestützte Abstandsregelungen, deren Beachtung ausdrücklich in Satz 4 2. Halbsatz betont wird.

**AnsprechpartnerInnen:**

Katharina Graf  
Abteilung Recht  
Telefon: +49 30 300199-1525  
katharina.graf@bdew.de

Thorsten Fritsch  
Abteilung Recht  
Telefon: +49 30 300199-1519  
thorsten.fritsch@bdew.de