

Niedersächsisches Ministerium
für Umwelt, Energie und Klimaschutz

NEWSLETTER NR. 2/2024

8. November 2024

Vorwort

Im Februar dieses Jahres erschien der erste Newsletter der Servicestelle Erneuerbare Energien (SEE). Das positive Feedback zu ihm hat gezeigt, dass der Wunsch nach einem solchen Informationsmedium vorhanden ist. Der Newsletter wird daher verstetigt und weiterhin in unregelmäßigen Zeitabständen von der SEE herausgegeben werden.

Wenn Sie den Newsletter bislang nicht beziehen, können Sie sich auf der [Internetseite der SEE](#) für dessen Bezug anmelden.

Fanden sich im Newsletter Nr. 1 noch ausschließlich Informationen, die rechtliche Aspekte der Zulassung von Windenergieanlagen betrafen, verbreitet die SEE im vorliegenden Newsletter erstmals auch ihre Rechtsauffassung zu (wenigen) Fragstellungen, die die Genehmigung von Freiflächenphotovoltaikanlagen betreffen.

In diesem Zusammenhang ein Hinweis auf ein weiteres Projekt der SEE: Derzeit befindet sich ein Vollzugsleitfaden zur bauplanungsrechtlichen Privilegierung von Freiflächenphotovoltaikanlagen im Außenbereich in Erstellung. Dieser wird die Rechtspositionen des Landes zu den zum Teil schwierig auszulegenden Voraussetzungen der Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB enthalten. Sobald der Leitfaden veröffentlicht ist, wird über diesen Newsletter eine entsprechende Benachrichtigung erfolgen.

Zuständig für die Entscheidung über die Genehmigung von Freiflächenphotovoltaikanlagen nach der Niedersächsischen Bauordnung (NBauO) sind die unteren Bauaufsichtsbehörden. Die Fachaufsicht über diese führt das Niedersächsische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Bauen und Digitalisierung (MW). Die SEE unterstützt das MW auf Basis einer Vereinbarung bei der Erfüllung dieser Aufgabe. In erster Linie berät die SEE die unteren Bauaufsichtsbehörden bei der Beantwortung von Rechtsfragen. Darüber hinaus können sich auch Vorhabenträgerinnen an die SEE wenden, wenn in einem Genehmigungsverfahren eine

Rechtsfrage trotz intensiver Bemühungen nicht einvernehmlich geklärt werden kann. Auch im Bereich Freiflächenphotovoltaik gilt allerdings: Die SEE nimmt für Vorhabenträgerinnen keine Rechtsberatung vor. Erste Ansprechpartnerin in Bezug auf ein laufendes oder potentielles Genehmigungsverfahren ist die Genehmigungsbehörde.

Am 19. April 2024 ist das Niedersächsische Gesetz über die Beteiligung von Kommunen und Bevölkerung am wirtschaftlichen Überschuss von Windenergie- und Photovoltaikanlagen (NWindPVBetG) in Kraft getreten. Erarbeitet wurde es im Niedersächsischen Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz (MU). In diesem Newsletter erfahren Sie auf Seite 3, wie Sie weitere Informationen zu dem Gesetz erhalten.

Ebenfalls seit dem 19. April dieses Jahres verlangt das Niedersächsische Windenergieflächenbedarfsgesetz (NWindG) Beachtung. Das NWindG verpflichtet die Träger der Regionalplanung darauf, sicherzustellen, dass in ihrem Planungsraum zu den Stichtagen 31. Dezember 2027 und 31. Dezember 2032 Flächen für die Windenergie in definierter Größenordnung ausgewiesen sind. Einen Überblick über den derzeitigen Stand der Ausweisung liefert die Karte nebst Erläuterung auf Seite 4 dieses Newsletters.

Anfang Mai hat die SEE die erste Fassung der [„Hinweise für die Genehmigung von Windenergieanlagen an Land in Niedersachsen“](#) herausgegeben. Diese basieren auf den Inhalten des sog. [Windenergieerlasses](#) aus dem Jahr 2021. Zwischenzeitlich ist das Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht in Kraft getreten. Die SEE arbeitet intensiv daran, die zahlreichen Rechtsänderungen möglichst zeitnah in die „Hinweise“ einzuarbeiten.

Weitere tiefgreifende Veränderungen der Rechtslage zeichnen sich bereits deutlich ab. Die sog. RED III drängt auf Umsetzung. Das Bundeskabinett hat am 22.7.2024 den [„Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie \(EU\) 2023/2413 in den Bereichen Windenergie an Land und Solarenergie sowie für Energiespeicheranlagen am selben Standort“](#) beschlossen. Der Gesetzentwurf wird zurzeit im Bundestag beraten. Die an den Genehmigungsverfahren beteiligten Akteure werden sich daher alsbald mit den „Spielregeln“ der Beschleunigungsgebiete vertraut machen müssen. Die SEE wird dies unter anderem mit Dienstbesprechungen für die Genehmigungsbehörden unterstützen.

IMPRESSUM

Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz

Referat 56 – Servicestelle Erneuerbare Energien SEE

Referatsleiter: Dr. Jan Christoph Weise

Archivstraße 2
30169 Hannover

SEE@mu.niedersachsen.de

Bitte beachten Sie: Die Servicestelle Erneuerbare Energien (SEE) wurde primär zur Unterstützung der kommunalen Genehmigungs- und Planungsbehörden (Bauleitplanung) eingerichtet. Vorhabenträgerinnen werden von der SEE grundsätzlich nicht beraten. Erste Ansprechpartnerin für Vorhabenträgerinnen ist die örtliche zuständige Genehmigungsbehörde. Sollten im Laufe der Planung und Realisierung eines Vorhabens Schwierigkeiten entstehen, die sich nicht einvernehmlich mit der örtlich zuständigen Genehmigungsbehörde auflösen lassen, ist die SEE allerdings im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und Kompetenzen gerne behilflich.

1

NIEDERSÄCHSISCHE GESETZ ÜBER DIE BETEILIGUNG VON KOMMUNEN UND BEVÖLKERUNG AM WIRTSCHAFTLICHEN ÜBERSCHUSS VON WINDENERGIE- UND PHOTOVOLTAIKANLAGEN (NWindPVBetG)

Am 19. April dieses Jahres ist das Niedersächsische Gesetz über die Beteiligung von Kommunen und Bevölkerung am wirtschaftlichen Überschuss von Windenergie- und Photovoltaikanlagen (NWindPVBetG) in Kraft getreten. Ziel des NWindPVBetG ist es, die Akzeptanz gegenüber den erneuerbaren Energien zu erhalten oder zu steigern. Die Kommunen und die Menschen vor Ort – vor allem im Ländlichen Raum – werden von Windenergie- und Freiflächen-Photovoltaikanlagen profitieren und die konkreten Vorteile für sie durch erneuerbare Energien erfahren. Schließlich ist für einen erfolgreichen Ausbau von Wind- und Sonnenenergie eine breite gesellschaftliche Akzeptanz für diese Anlagen unabdingbar.

Mit dem Gesetz werden die Anlagenbetreiber verpflichtet, für jedes neue Windrad oder Freiflächenphotovoltaikanlage eine Akzeptanzabgabe von 0,2 Cent pro Kilowattstunde an die jeweilige Gemeinde zu zahlen. Wie kann die finanzielle Beteiligung aussehen? Für welche Anlagen gilt die Akzeptanzabgabe? Welche Ausnahmen gibt es? Die Antworten auf diese und viele weitere Fragen gibt es in den FAQ auf folgender Internetseite des Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt, Energie und Klimaschutz:

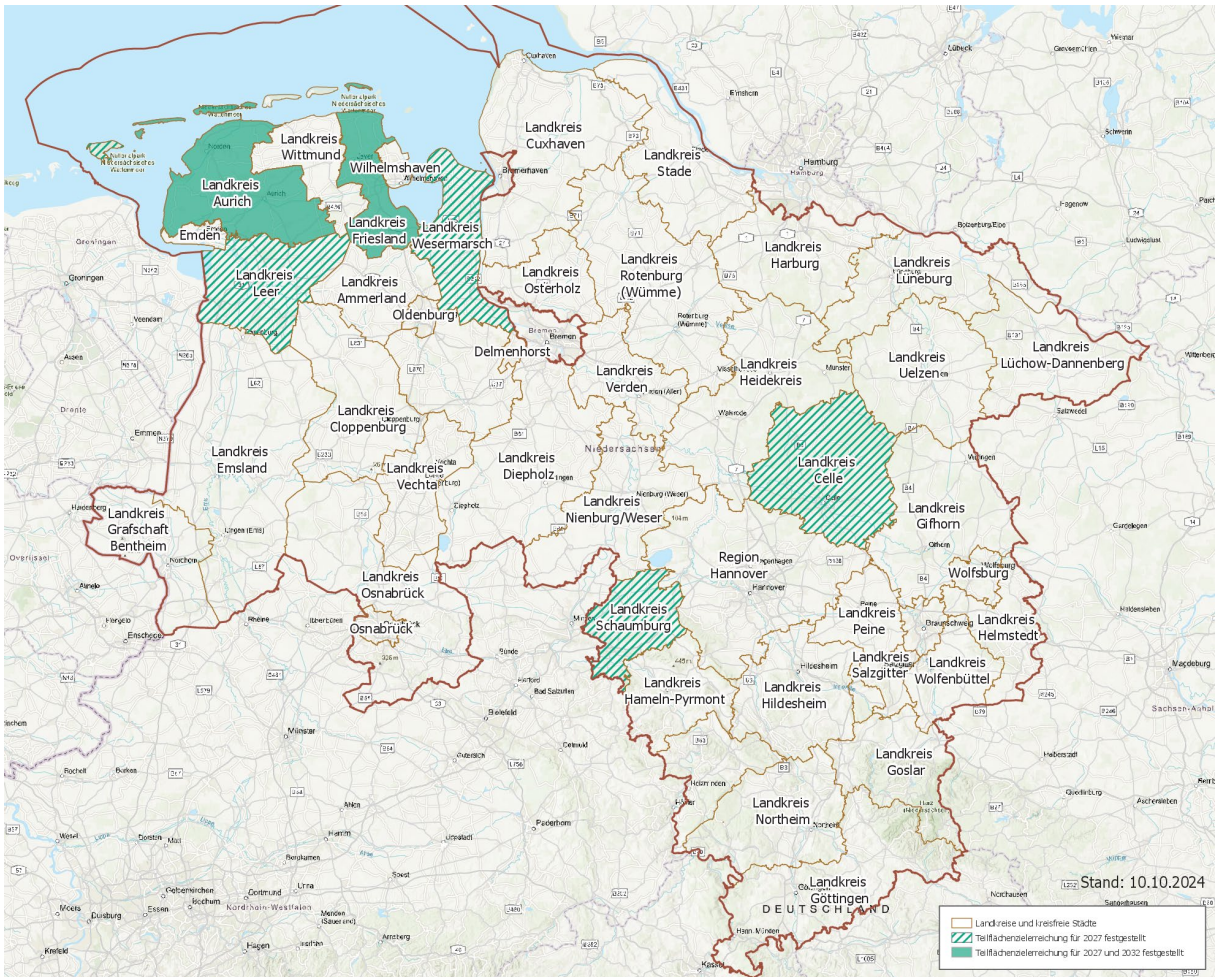
<https://www.umwelt.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/haufig-gestellte-fragen-und-antworten-zu-dem-niedersachsichen-burgerbeteiligungsgesetz-nwindpvbetg-233776.html>

Zudem ist eine weitere finanzielle Beteiligung in Höhe von 0,1 ct/kWh geregelt, wodurch weitere Fragen zu Ausnahmen und Gestaltung aufkommen können. Auch darauf gehen die FAQ ein.

Mit weiteren Fragen zum Beteiligungsgesetz (NWindPVBetG) können sich insbesondere Vorhabenträger, Betreiber und Kommunen per E-Mail an das dafür eingerichtete Funktionspostfach (WindPV@mu.niedersachsen.de) wenden.

2

STAND FESTSTELLUNG DER ERREICHUNG REGIONALE TEILFLÄCHENZIELE IN NIEDERSACHSEN



Die Karte zeigt die Planungsräume der Träger der Regionalplanung, für die bereits gemäß § 5 Abs. 2 WindBG festgestellt worden ist, dass das regionale Teilflächenziel für das Jahr 2027 (Stichtag: 31.12.2027) und gegebenenfalls auch jenes für das Jahr 2032 (Stichtag: 31.12.2032) erreicht ist.

An die Feststellung des Erreichens oder Nichterreichens des jeweiligen regionalen Teilflächenziels sind verschiedene Rechtsfolgen geknüpft. Unter anderem endet mit der Feststellung gemäß § 249 Abs. 2 BauGB die Privilegierung von Windenergieanlagen im betreffenden Teilraum. Entsprechendes gilt gemäß § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB für die Wirksamkeit von Ausschlussplanungen i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Außerdem sind mit der Feststellung Bauverbote für Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebietsverordnungen wieder zu beachten (vgl. § 26 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG).

3

FRAGEN UND ANTWORTEN

WINDENERGIE

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG dürfen die vorhandenen Daten zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag nicht älter als fünf Jahre sein. Ab welchem Ereignis genau sind die fünf Jahre zu berechnen?

Rechtsprechung zu der Frage liegt noch nicht vor.

Damit Daten „vorhanden“ i. S. d. § 6 Abs. 1 WindBG sind, dürfen diese an dem Tag der Bescheidung nicht älter als fünf Jahre sein. Ausschlaggebend für die Bestimmung des Alters der Daten ist der Erfassungstag ([Vollzugsempfehlung zu § 6 WindBG](#), Kap. 3.2.1, S. 10). Das bedeutet, dass Daten, die zwar zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht älter als fünf Jahre, jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung älter als fünf Jahre sind, im laufenden Genehmigungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Es ist dann nach § 6 Abs. 1 Satz 5 WindBG eine Zahlung in Geld festzusetzen.

Die SEE hält es für vertretbar und sachgerecht, insbesondere bei längeren Untersuchungszeiträumen, wie z. B. bei Brutvogel- oder Gastvogelerfassungen, den letzten Untersuchungstag als Stichtag anzusetzen. Denn eine artenschutzfachliche und -rechtliche Auswertung und Beurteilung ist erst nach Vorliegen der gesamten Datenreihe möglich.

Wie kann eine Behörde nach einem Gondelmonitoring samt Abschaltung zugunsten von Fledermäusen im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 4 WindBG die Abschaltzeiten für Fledermäuse verringern?

Eine Anpassung der Abschaltzeiten hat der Gesetzgeber seiner Regelung in § 6 Abs. 1 Satz 4 WindBG zweifelsohne zugrunde gelegt, die verfahrensrechtliche Umsetzung gleichwohl nicht explizit geregelt. Auch die Vollzugsempfehlung von BMWK und BMUV zu § 6 WindBG ist insoweit unergiebig. Derzeit geht die Servicestelle davon aus, dass der Betreiber nach seiner Auswertung der Monitoringdaten eine geänderte Betriebsweise gemäß § 15 BImSchG anzeigen muss, um reduzierte Abschaltzeiten zu erreichen. Sodann ist zu prüfen, ob eine Änderungsgenehmigung erforderlich ist. Ggf. ist ein Änderungsgenehmigungsverfahren durchzuführen.

Seit dem 20.5.2024 werden von § 6 WindBG auch Nebenanlagen wie z. B. Zuwegungen erfasst. Werden erforderliche Genehmigungen für diese nunmehr auch in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einkonzentriert?

§ 6 Abs. 1 Satz 1 WindBG sieht zwar seit dem 20.5.2024 vor, dass die in ihm normierten Rechtswirkungen (Entfall der artenschutzrechtlichen Prüfung und der UVP) auch im Rahmen der Genehmigung von Nebenanlagen i. S. d. § 3 Nr. 15a EEG zum Tragen kommen, eine Änderung der Reichweite der Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist indes damit nicht verbunden. § 13 BImSchG wurde nicht geändert und eine Änderung steht zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch nicht zu erwarten. Erforderliche Baugenehmigungen für Nebenanlagen, die keine Nebeneinrichtungen i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 4. BImSchV einer Windenergieanlage sind, müssen weiterhin gesondert eingeholt werden.

Gilt in Bezug auf das Repowering nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht 2 H oder 5 H?

Durch das [Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht](#) vom 3. Juli 2024 wurde unter anderem § 16b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BImSchG geändert. Der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage darf statt bislang höchstens das Zweifache nunmehr höchstens das Fünffache der Gesamthöhe der neuen Anlage betragen. Bedeutung hat die Erhöhung des Faktors allerdings nur im Kontext des § 16b BImSchG. Für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Windenergieanlage, die im Zuge eines Repowering an einem bestimmten Standort errichtet und betrieben werden soll, an dem dem Vorhaben an sich die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (Ausschlusswirkung) entgegensteht, ist sie irrelevant. Denn sowohl § 245e Abs. 3 als auch § 249 Abs. 3 BauGB verweisen aktuell (noch) auf die Fassung des § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG, die dieser durch Art. 1 des Gesetzes vom 24. September 2021 (BGBl. I S. 4458) erhalten hat. Hierbei handelt es sich nicht um ein Versehen des Bundesgesetzgebers. Vielmehr sieht der [„Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie \(EU\) 2023/2413 in den Bereichen Windenergie an Land und Solarenergie sowie für Energiespeicheranlagen am selben Standort“](#) (BR-Drs. 396/24) vor, die Verweisung auf § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG gänzlich zu streichen und den Faktor 2 H festzuschreiben. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzentwurf im weiteren Gesetzgebungsverfahren an dieser Stelle noch eine Änderung erfahren wird.

Wie berechnet sich die Gebühr für die Erteilung eines Vorbescheides nach § 9 BImSchG?

Es ist zwischen der Erteilung eines Vorbescheides nach § 9 Abs. 1 und der Erteilung eines Vorbescheides nach § 9 Abs. 1a BImSchG zu differenzieren:

Im Falle der Erteilung eines Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG ist die Gebühr nach Nr. 44.1.5 des Kostentarifs in Höhe von 100 v. H. der Genehmigungsgebühr nach Nr. 44.1.1 oder Nr. 44.1.2 (bezogen auf die Errichtungskosten der Gesamtanlage) zu erheben. Für die spätere Erteilung der Genehmigung ist dann, da ein Vorbescheid erteilt wurde, nach

Nr. 44.1.1.1, Nr. 44.1.2.1 oder Nr. 44.1.3.1 nur noch die Gebühr in Höhe von 20 v. H. der Genehmigungsgebühr zu erheben. Insgesamt beträgt das Gebührenaufkommen in den Fällen mit Vorbescheid somit insgesamt 120 v. H. der Genehmigungsgebühr.

Sofern kein Vorbescheid erstellt wurde, sind für die Genehmigung die Gebühren nach Nr. 44.1.1.2, Nr. 44.1.2.2 oder Nr. 44.1.3.2 zu erheben.

Es wird zurzeit im MU geprüft, ob im Zuge der notwendigen Anpassung der AllGO aufgrund der Einfügung des Abs. 1a in § 9 BImSchG (dazu sogleich) auch die vorstehenden Gebührenregelungen eine Änderung erfahren sollten. Sollte die Anwendung der derzeitigen Vorschriften zu dem Gebot der Verhältnismäßigkeit widersprechenden Gebühren führen, sind diese auf der Grundlage des § 11 Abs. 2 Satz 2 NVwKostG zu ermäßigen.

Für die Erteilung eines Vorbescheides nach § 9 Abs. 1a BImSchG findet die Nr. 44.1.5 des Kostentarifs zur AllGO keine Anwendung, da diese explizit nur Entscheidungen nach § 9 Abs. 1 BImSchG erfasst. In diesen Fällen ist daher vorübergehend, d. h. bis zur Anpassung der kostenrechtlichen Regelungen, Nr. 1.11 des Kostentarifs zur AllGO heranzuziehen. Die Gebühren sind danach bis auf Weiteres nach Zeitaufwand festzusetzen.

Gebühren für die spätere Erteilung der abschließenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sind in der Folge nach Nr. 44.1.1.2 bei förmlichen Verfahren bzw. Nr. 44.1.2.2 in vereinfachten Verfahren festzusetzen.

§ 2b der 9. BImSchV enthält neue Regelung zum Einsatz von Projektmanagern im Genehmigungsverfahren. Von wem wird der Projektmanager beauftragt und zwischen welchen Personen erfolgt die Leistungserbringung?

Die Beauftragung eines Projektmanagers erfolgt durch die Genehmigungsbehörde (bzw. deren Rechtsträger), [§ 2b Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV](#).

Vertragsparteien sind der Projektmanager und der Rechtsträger (die Gebietskörperschaft) der Genehmigungsbehörde. Der Projektmanager wird für die Genehmigungsbehörde tätig; dieser steht der Leistungsanspruch gegenüber dem Projektmanager zu.

Zur Zahlungspflicht enthält [§ 2b Abs. 3 der 9. BImSchV](#) Regelungen:

„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.“

Soll die Genehmigungsbehörde im Hinblick auf eine etwaige Beauftragung eines Projektmanagers proaktiv auf den Vorhabenträger zugehen?

In der [BR-Drucksache 201/23](#) heißt es auf Seite 23:

„Die Genehmigungsbehörde soll auf Antrag einen Projektmanager bestellen und dies mit Zustimmung des Vorhabenträgers auch ohne Antrag tun können. Eine Verpflichtung der Behörde zur Beauftragung eines Projektmanagers auch von sich aus aktiv zu werden besteht nicht.“

Allerdings hat [§ 2b Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV](#) folgenden Wortlaut:

„Die 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.“

Für den Einschub „oder mit Zustimmung“ als semantischer Teil der Soll-Bestimmung verbliebe kein Sinngehalt, wenn man ihm nicht entnehme, dass die Genehmigungsbehörde grundsätzlich von sich aus beim Vorhabenträger um Zustimmung ersuchen soll.

Losgelöst von der Frage der richtigen Auslegung der Verordnung erscheint es nach Auffassung der SEE im Hinblick auf das zeitliche Korsett und den potenziellen Wirkungsgrad eines Projektmanagers sinnvoll, zur Klärung der Frage einer Beauftragung eines Projektmanagers frühzeitig auf den Vorhabenträger zuzugehen. Denn wenn der Vorhabenträger die Beauftragung eines Projektmanagers begehrt, dürfte es auch für die Genehmigungsbehörde von Vorteil sein, dass dieser möglichst früh in das Genehmigungsverfahren einsteigt.

Die Beauftragung eines Projektmanagers erfolgt nach [§ 2b Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV](#) auf Kosten des Vorhabenträgers. Sind die Kosten für den Projektmanager von der Genehmigungsgebühr abzuziehen?

Nein, einen solchen Abzug sehen das NVwKostG und die AllGO nicht vor.

Hat ein Vorbescheid nach [§ 9 Abs. 1a BImSchG](#) „rangsichernde Wirkung“?

Ob ein Vorbescheid nach [§ 9 Abs. 1a BImSchG](#) ebenso wie der nach [§ 9 Abs. 1 BImSchG](#) rangwährend im Wettbewerbsverhältnis von Vorhabenträgern ist, ist derzeit rechtlich unklar. Die Einfügung des Abs. 1a in [§ 9](#) geht zurück auf eine entsprechende Forderung des Bundesrates in dessen Stellungnahme vom 16.6.2023 zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht (siehe [BT-Drs., 20/7502](#), S. 28 f.). Der entsprechende Änderungsantrag wurde wie folgt begründet:

„[...] Da keine prüffähigen Unterlagen zu sämtlichen Genehmigungsvoraussetzungen vorgelegt werden müssen, kommt dem Vorbescheid nach § 9 Absatz 1a BImSchG eine rangsichernde Wirkung, wie es das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 25. Juni 2020 – 4 C 3/19 – juris, dem Vorbescheid nach § 9 Absatz 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 Absatz 1 BImSchG vorliegt. [...]“

In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf ([BT-Drs. 20/11657](#)), in der die Forderung des Bundesrates aufgegriffen wird, finden sich demgegenüber keine Ausführungen zur Frage der rangwahrenden Wirkung eines Vorbescheides nach § 9 Abs. 1a BImSchG. Angesichts dessen lässt sich der Wille des Gesetzgebers anhand der Gesetzgebungsmaterialien nicht sicher ermitteln.

Der Wortlaut des § 9 Abs. 1a BImSchG verhält sich zu der hier interessierenden Frage nicht. In systematischer Hinsicht ist anzuführen, dass Abs. 1a im Gegensatz zu Abs. 1 die Voraussetzung, dass die Auswirkungen des Vorhabens ausreichend beurteilt werden können müssen (vorläufige positive Gesamtbeurteilung), nicht kennt. Wenn bislang vollkommen unbetrachtet geblieben ist, ob eine Anlage an einem bestimmten Standort wird errichtet und betrieben werden können, so lässt sich argumentieren, fehlt die Rechtfertigung für einen höheren Rang dieses Vorhabens gegenüber einem Konkurrenzprojekt, für das ein (Standort-)Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG erteilt wurde oder ein vollständiger Genehmigungsantrag gestellt ist.

Will man nach alledem die rangwahrende Wirkung eines Vorbescheides nach § 9 Abs. 1a BImSchG negieren, muss allerdings erklärt werden, wie sich dieser Umstand zur unzweifelhaft bestehenden Feststellungswirkung jenes Vorbescheids verhält. Dies ist zumindest abstrakt, d. h. losgelöst vom konkreten Einzelfall, nicht möglich.

Davon abgesehen weist die SEE auf Folgendes hin: Die Rechtsfrage nach der rangsichernden Wirkung wird erst dann virulent, wenn zu entscheiden ist, ob sich ein Projekt, für das ein Vorbescheid nach Abs. 1a erteilt wurde, gegenüber einem anderen Projekt, für das eine Genehmigung nach § 4 BImSchG oder ein Vorbescheid beantragt ist, „durchsetzt“. Im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung eines Vorbescheides nach § 9 Abs. 1a BImSchG ist es ausreichend, wenn die Genehmigungsbehörde den Vorhabenträger/Antragsteller hinsichtlich der bestehenden Rechtsunsicherheit aufklärt. Die Genehmigungsbehörde muss sich noch nicht zu der Rechtsfrage positionieren. Es liegt sodann am Antragsteller abzuwägen, welche rechtlichen Risiken er bereit ist, in Kauf zu nehmen. Dies mag für den Antragsteller unbefriedigend sein, bis die Genehmigungsbehörde eine Konkurrenzsituation womöglich auflösen muss, existiert jedoch eventuell bereits Rechtsprechung, an der sie sich zur Beantwortung der schwierigen Rechtsfrage orientieren kann.

Ist es im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens, in dem § 16b Abs. 7 Satz 3 BImSchG (Micrositing) zur Anwendung kommt, erforderlich, eine bereits im Zuge der vorangegangenen Genehmigung erteilte behördliche Zustimmung (z. B. die nach § 14 Abs. 1 LuftVG der Luftfahrtbehörde) erneut einzuholen?

Die Rechtslage ist unklar.

Gegen ein solches Erfordernis spricht der Zweck der Verfahrensbeschleunigung, der nicht zuletzt in [§ 16b Abs. 9 Satz 1 BImSchG](#) zum Ausdruck kommt, wonach die Genehmigung als antragsgemäß geändert gilt, sofern die Behörde nicht binnen sechs Wochen über den Antrag entschieden hat. Diese Frist ist nicht synchron mit den Fristen, welche die das jeweilige Zustimmungserfordernis statuierenden Fachgesetze vorsehen. Die Zustimmungsfiktion tritt gemäß dieser erst nach Ablauf von zwei Monaten nach Eingang des Zustimmungersuchens ein (siehe [§ 9 Abs. 2a Satz 1 FStrG](#), [§ 14 Abs. 1 2. Halbs.](#) i. V. m. [§ 12 Abs. 2 Satz 2 LuftVG](#), [§ 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB](#)).

Für das Erfordernis der erneuten Zustimmung lässt sich anführen, dass gemäß § 16b Abs. 7 BImSchG nur Anforderungen nach § 16b Abs. 8 BImSchG zu „prüfen“ sind. Die nach einem anderen Gesetz als dem BImSchG erforderliche behördliche Zustimmung ist nicht von der Genehmigungsbehörde zu „prüfen“, sondern einzuholen. Die Zustimmung bzw. das Einvernehmen ist in dieser Logik eine von der Prüfung der Genehmigungsbehörde unabhängige Voraussetzung für eine positive Zulassungsentscheidung.

Die SEE empfiehlt, die für die Erteilung der Zustimmung erforderliche Behörde (Luftfahrtbehörde, Fernstraßen-Bundesamt oder Gemeinde) zumindest vorsichtshalber um die Erteilung ihrer Zustimmung/ihres Einvernehmens zu ersuchen und dabei auf die Rechtsfolge des § 16b Abs. 9 Satz 1 BImSchG hinzuweisen. Es dürfte auch regelmäßig im Interesse der Vorhabenträger sein, eine rechtssichere Genehmigung zu erhalten. Dies zeigt folgendes Beispiel:

Im Rahmen der Genehmigung einer Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von 210 m hat die Luftfahrtbehörde ihre Zustimmung nach § 14 Abs. 1 LuftVG erteilt. Nach Erteilung der Genehmigung, aber noch vor Errichtung der Windenergieanlage soll der Anlagentyp gewechselt werden. Die neue Anlage würde eine Gesamthöhe von 230 m aufweisen. Ab einer Gesamthöhe von mehr als 220 m hätte die Luftfahrtbehörde aus Gründen der Luftverkehrssicherheit – zurecht – ihre Zustimmung verweigert, hätte sie Kenntnis davon gehabt, dass die ursprünglich genehmigte Windenergieanlage durch eine 20 m höhere Version ausgetauscht werden soll. Wird die Änderungsgenehmigung ohne Zustimmung der Luftfahrtbehörde erteilt, würde unweigerlich die Frage auf Beantwortung drängen, ob die Änderungsgenehmigung zugunsten der Sicherheit des Luftverkehrs aufgehoben werden kann bzw. aufzuheben ist.

Es wurde eine Änderungsgenehmigung für ein ersetzendes Repowering von einer Altanlage durch eine Neuanlage erteilt. Darf die Altanlage noch weiterbetrieben werden, wenn mit der Errichtung der Neuanlage bereits begonnen wurde?

Der Weiterbetrieb der Altanlage ist nach Auffassung der SEE zulässig. Zwar könnte man den Wortlaut des [§ 16b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BImSchG](#) dahingehend verstehen, dass die Altanlage erst zurückgebaut sein muss, bevor mit der Errichtung der Neuanlage begonnen werden darf. Dies widerspräche allerdings Sinn und Zweck des § 16b BImSchG, den Ausbau der Nutzung der Windenergie zugunsten des Klimaschutzes und der Unabhängigkeit von Energieimporten zu fördern. Müsste die Altanlage zunächst vollständig zurückgebaut sein, würde stets temporär Stromerzeugungskapazität aus Windkraft wegfallen. In einer vom Deutschen Bundestag am 6.6.2024 beschlossene Entschließung ([BT-Drs. 20/11657](#), S. 2) heißt es:

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

Bestechend für das gefundene Auslegungsergebnis ist schließlich ein gesetzessystematisches Argument: Gemäß § 16b Abs. 10 Satz 2 BImSchG ist ein paralleler Betrieb einer Bestandsanlage und einer sie ersetzenden neuen Anlage nicht zulässig. Sofern mit der Errichtung der Neuanlage erst begonnen werden dürfte, wenn die Altanlage bereits demontiert ist, wäre die Regelung des § 16b Abs. 10 Satz 2 BImSchG überflüssig.

Was ist mit dem Wort „errichtet“ i. S. d. § 16b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BImSchG (Repowering) gemeint (nur der Turm, Turm mit Gondel, Turm mit Gondel und Rotor)?

Die Formulierung „errichtet“ in [§ 16b Abs. 2 BImSchG](#) spricht dafür, dass die vollständige Errichtung gemeint ist. Davon geht auch die Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz in ihren Vollzugshinweise zu § 16b BImSchG aus. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber eine vergleichbare Formulierung wie in [§ 18 BImSchG](#) („[...] begonnen [...] worden ist.“) wählen müssen ([LAI, Vollzugshinweise zu § 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3, § 16b und § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG, Stand: 10. August 2022](#), Seite 9).

SOLARENERGIE

Wie wirken sich der Grundsatz im LROP 2022, dass Vorbehaltsgebiete für die Landwirtschaft nicht für Freiflächen-PV-Anlagen in Anspruch genommen werden sollen, und der Grundsatz der Raumordnung des § 3a Satz 2 NKlimaG auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer im Außenbereich privilegierten Freiflächen-PV-Anlage aus? Kann in derartigen Fällen auf (kostenintensivere) Agri-Photovoltaik-Anlagen verwiesen werden?

Zumindest im Regelfall wirken sich die in der Frage angeführten Grundsätze der Raumordnung nicht zuungunsten der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines raumbedeutsamen FF-PV-Vorhabens aus.

Unstrittig ist, dass die Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB nur auf die Vereinbarkeit mit Zielen der Raumordnung und nicht mit Grundsätzen oder anderen Erfordernissen der Raumordnung abstellt.

Es ist fraglich, ob ein Grundsatz der Raumordnung einen ungeschriebenen öffentlichen Belang i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB darstellt. In der Rechtsprechung und der Literatur wird die Frage bislang – soweit ersichtlich – kaum erörtert. Runkel (in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, Kommentar, 2. Aufl. § 4 Rn. 183, und in Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Kommentar

Erg.Lfg. 2020, § 4 ROG Rn. 456) sprechen sich dafür aus, Grundsätzen der Raumordnung entsprechende Bedeutung beizumessen. Auch Durner (in Kment, Raumordnungsgesetz mit Landesplanungsrecht, NOMOS-Kommentar, 1. Aufl. § 4 ROG Rn. 127) verweist darauf, dass Grundsätze der Raumordnung ggf. im Rahmen einer Gesamtwürdigung als entgegenstehender Belang i.S. von § 35 BauGB angesehen werden könnten. Die Kommentarliteratur zum BauGB ist unergiebig.

Speziell in Bezug auf § 3a Satz 2 NKlimaG ist festzustellen, dass die Regelung ausweislich des Wortlauts („sollen [...] nicht geplant werden [...]“ auf die Bauleitplanung und nicht auf die Ebene der Anlagenzulassung zielt.

Nimmt man den Rechtsstandpunkt ein, die Grundsätze der Raumordnung seien ungeschriebene öffentliche Belange i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB, wird eine nachvollziehende Abwägung erforderlich, um zu bestimmen, ob dieser öffentliche Belang dem Vorhaben entgegensteht. Dies wird man zumindest in aller Regel zu verneinen haben.

Denn im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung wäre zu berücksichtigen, dass einem bloßen Grundsatz der Raumordnung – abstrakt besehen – kein höheres Gewicht zukommt als dem gesetzlich geschützten Interesse an der Realisierung eines privilegierten Freiflächen-PV-Anlagen-Vorhabens. Dies gilt auch dann, wenn es sich um ein Vorbehaltsgebiet handelt, in dem der dort vorbehaltenen Raumnutzung oder -funktion gemäß der bundesgesetzlichen Bestimmung des § 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ROG „besonderes Gewicht beizumessen ist“. Im Gegenteil weisen privilegierte Vorhaben genuin ein gesteigertes Durchsetzungsvermögen gegenüber den von ihnen berührten öffentlichen Belangen auf und gemäß § 2 EEG und Art. 3 Abs. 2 der „Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien“ besteht gar ein vorrangiges, das heißt sich im Regelfall durchsetzendes, öffentliches Interesse an dem Bau und dem Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen. Eine Ausnahme vom Regelfall wäre im Einzelfall eingehend anhand des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände zu begründen.

Vorhabenträger können nicht auf eine Agri-PV-Anlage verwiesen werden.

Die betroffenen Belange sind im Rahmen der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nach § 35 BauGB nicht zu einem schonenden Ausgleich im Sinne einer Art praktischen Konkordanz zu bringen, sondern es ist das Vorhaben zu betrachten, das zur Genehmigung gestellt ist. Bei der nachvollziehenden Abwägung i. S. d. § 35 Abs. 3 BauGB ist für jeden öffentlichen Belang einzeln festzustellen, ob dieser dem konkreten, zur Genehmigung gestellten, privilegierten Vorhaben entgegensteht oder nicht. Wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und das Vorhaben auch andere Vorschriften des öffentlichen Rechts nicht verletzt, besteht ein Anspruch auf die Erteilung der Baugenehmigung für das beantragte Vorhaben.

Für ein Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB besteht ein überragendes öffentliches Interesse nach § 2 Satz 2 EEG. Erst wenn begründet werden könnte, dass ausnahmsweise einmal das öffentliche und private Interesse an dem Bau und der Nutzung der beantragten FF-PV-Anlage zurückstehen müssen, könnte dem Vorhabenträger im Rahmen der allgemeinen Beratungstätigkeit der unteren Bauaufsichtsbehörde der Vorschlag unterbreitet werden, ein anderes – zulässiges – Vorhaben zu verwirklichen.