



# REPOWERING

von Windenergieanlagen



Blanke Meier Evers  
Rechtsanwälte



# EINLEITUNG

|       |   |       |    |
|-------|---|-------|----|
| I.    | Einleitung  | Seite | 3  |
| II.   | Vorteile eines Repowerings                                | Seite | 4  |
| III.  | Voraussetzungen eines erfolgreichen Repowering-Vorhabens  | Seite | 6  |
| IV.   | Genehmigungserfordernis                                   | Seite | 8  |
| V.    | Genehmigungsverfahren                                     | Seite | 10 |
| VI.   | Genehmigungsvoraussetzungen                               | Seite | 14 |
| VII.  | Vergütungsrecht   | Seite | 26 |
| VIII. | Zivilrechtliche Strukturierung eines Repowering-Vorhabens | Seite | 30 |
| IX.   | Fazit   | Seite | 34 |

## Repowering von Windenergieanlagen

Im Jahr 2020 ist das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 20 Jahre alt geworden und die Windenergieanlagen der ersten Generation laufen aus der gesetzlichen Förderung. Spätestens mit Ablauf der 20-jährigen Förderdauer für den produzierten Strom wird sich daher für eine Vielzahl an Standorten die Frage des Repowerings stellen.

Der Begriff Repowering bezeichnet den Ersatz kleiner, älterer Windenergieanlagen durch neue und modernere Anlagen. Ziel des Verfahrens ist die bessere Ausnutzung der aktuell verfügbaren Standorte durch den Einsatz von leistungsfähigeren und in der Regel größere Anlagen.

Windenergieanlagen sind für eine technische Lebensdauer von mindestens 20 Jahren ausgelegt. In den letzten Jahren ist die technische Entwicklung zudem weiter vorangeschritten. Anfang des neuen Jahrtausends lag die durchschnittliche Nennleistung bei gerade einmal 1 Megawatt (MW). Heute verfügen die größten Onshoreanlagen über eine maximale Leistung von

6 MW. Die enorme Leistungssteigerung gibt den Anreiz, über einen Ersatz alter Anlagen auch vor dem Ablauf des Förderzeitraums und der sogenannten Entwurfslebensdauer nach DiBt-Richtlinie von 20 Jahren nachzudenken. Gerade an windstarken Standorten stehen häufig noch viele kleine Altanlagen, deren Austausch aus wirtschaftlicher Sicht besonders lohnenswert sein kann.

Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt für das Repowering ist die begrenzte Kapazität an Standorten, die für Windenergieanlagen in Frage kommen. Auf vielen Flächen, die für Windparks geeignet oder ausgewiesen sind, sind Windprojekte bereits realisiert, so dass dem Ausbau der Windenergie Grenzen gesetzt sind. Durch den Ersatz von Altanlagen durch leistungsfähigere Windenergieanlagen besteht die Möglichkeit bei einer gleichbleibenden Flächennutzung eine höhere Ausbeute an Energie zu erzielen. Das Repowering wird folglich eine wichtige Rolle spielen, um dem politischen und gesellschaftlichen Willen an einem Zuwachs der Windenergienutzung an Land nachzukommen.

## VORTEILE eines Repowering

### 1. Finanzielle Vorteile

Neben der absehbaren Verknappung der Flächen für die Errichtung neuer Windenergieanlagen sprechen aus wirtschaftlicher Sicht zahlreiche Argumente für den Austausch bestehender Windenergieanlagen. Ohne dass neue Flächen in Anspruch genommen werden müssen, kann an besonders geeigneten Standorten die Energieausbeute vervielfacht werden, was eine bessere Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit der Windenergie zur Folge hat. Daneben werden sich die Betriebskosten der neuen Anlagen, gemessen an ihrem Ertrag, erheblich reduzieren.

Zwar sieht das EEG keinen zusätzlichen finanziellen Anreiz für ein Repowering mehr vor; die finanzielle Förderung unterscheidet sich für Neu- oder Repowering-Vorhaben nicht. Trotzdem kann das Repowering lohnender als ein Neuvorhaben an anderer Stelle sein. Da die lokalen Gegebenheiten, allem voran die Windverhältnisse, bekannt sind, ist diese Investition mit einem geringeren Risiko behaftet als Planungen an einem neuen, bisher unbekanntem Standort. Zudem lassen sich einige Kostenvorteile geltend machen, indem ein Teil der Infrastruktur, wie beispielsweise Wege, Kabel oder Netzanschluss, gegebenenfalls weiter genutzt werden können.

### 2. Sonstige Vorteile

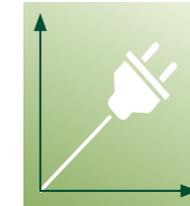
Neben den höheren Erträgen für den Anlagenbetreiber bietet das Repowering zusätzliche Vorteile für die unmittelbare Nachbarschaft sowie die Allgemeinheit. Allem voran können Planungsfehler aus den Anfangsjahren durch eine Zusammenlegung von verstreut errichteten Einzelanlagen zu Windparks korrigiert werden. Da die Anlagen mittlerweile über eine größere Leistungsstärke verfügen, kann deren Anzahl insgesamt verringert werden, was zu einer deutlichen Entlastung der Umwelt, insbesondere des Landschaftsbildes, führt. Die größeren Anlagen haben zudem geringere Drehzahlen und damit eine höhere Laufruhe, so dass sie weniger Aufmerksamkeit erregen und optisch verträglicher sind als kleinere, schnell drehende Rotoren.

Gleichzeitig sind die Schallemissionen nicht höher als bei alten Anlagen, wodurch sich bei der Verringerung der Anlagenzahl auch die Schallemissionen des Windparks reduzieren. Des Weiteren lassen sich modernere Windenergieanlagen deutlich besser in das elektrische Netz integrieren, da sie ein Anschlussverhalten ähnlich konventioneller Kraftwerke besitzen. Das Repowering entlastet die bestehenden Netze und schafft mehr Raum für den notwendigen Transport des Stroms

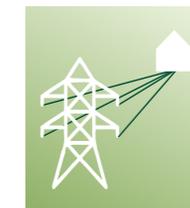
aus Windenergie zu den Verbrauchern. Nicht zuletzt trägt eine Steigerung des Anteils an erneuerbaren Energien zum Klimaschutz und einer nachhaltigen Energieversorgung bei.

Es ist zudem absehbar, dass ein Repowering-Vorhaben in der Bevölkerung auf eine höhere Akzeptanz trifft. Neben den bereits benannten Vorteilen für die gesamte Umwelt der Anlage, handelt es sich beim Repowering um den Ersatz von bestehenden Windenergieanlagen. Der Windpark ist in der Nachbarschaft bereits etabliert und akzeptiert. Die Bevölkerung und die zuständige Behörde sind mit den Wirkungen der Windenergieanlagen am Standort bereits vertraut, sodass in dieser Hinsicht eine schnelle Durchführung des Genehmigungsverfahrens für die neue Windenergieanlage zu erwarten ist.

Im Ergebnis sprechen also zahlreiche ökonomische, aber auch ökologische und gesellschaftliche Gründe für ein Repowering.



Größerer  
Energiegewinn



Besserer  
Stromtransport zu  
den Verbrauchern



Reduzierung der  
Schallemission



Geringere  
Betriebskosten



# VORAUSSETZUNGEN

eines erfolgreichen Repowering-Vorhabens

Der Erfolg eines Repowering-Projekts hängt von vielen Faktoren ab. Neben wirtschaftlichen Gesichtspunkten sind vor allem rechtliche Aspekte von Bedeutung. Diese spielen sowohl bei der grundsätzlichen Entscheidung für ein Repowering als auch bei der konkreten Durchführung des Projekts eine Rolle. Ziel dieses Leitfadens ist es, die rechtlichen Rahmenbedingungen von der Entscheidung, eine alte Windenergieanlage durch eine modernere zu ersetzen, bis hin zur erfolgreichen Vollendung des Projekts Schritt für Schritt übersichtlich darzustellen und die Besonderheiten bei der praktischen Umsetzung aufzuzeigen.

## 1. Herausforderungen

Das Repowering hat die schon aufgezeigten Vorteile, jedoch führte seine rechtliche Komplexität und die nur geringe Ausweisung der nötigen Flächen durch kommunale und regionale Planungsträger zu einer bisher zurückhaltenden Umsetzung in der Praxis. Im Jahr 2019 wurden 82 alte durch 50 neue Windenergieanlagen ersetzt, was nur einen Anteil von lediglich 15 % des Gesamtausbau (insgesamt 325 Anlagen) ausmacht. Für 2020 ist ein leichter Zuwachs zu verzeichnen gewesen. So wurden 203 alte durch 102 neue Windenergieanlagen ersetzt, was bei einem Gesamtzubau von 420 Anlagen einen Anteil von ca. 24 % ergibt. Im erstem Halbjahr 2021 lag die Quote des Re-

powerings (Ersatz von 135 Altanlagen durch 35 neue) zum Gesamtzubau (240 Anlagen) mit ca. 14,6 % wieder auf dem Niveau von 2019. Das Repowering hätte jedoch auf Grund der vielfach auslaufenden Förderung bereits eine wesentlich größere Rolle spielen können. Ein regelmäßig auftretendes Hindernis bei der Durchführung von Repowering-Vorhaben ist die bestehende Bauleitplanung der Gemeinden. Es existieren in vielen für das Repowering prädestinierten Gebieten Norddeutschlands Höhenbegrenzungen und Abstandsregelungen, die ein Repowering jedenfalls erschweren oder gar unmöglich machen. Die Planung der Gemeinde hinkt somit den technischen Fortschritten hinterher. Hinzu kommt, dass die bestehende Regionalplanung überarbeitet wird und daher die Genehmigungsverfahren für die Anlagen ins Stocken geraten.

Dabei bietet das Repowering eine Chance, die Windenergiegesellschafts- und umweltverträglich auszubauen. Es liegt in erster Linie an Bund, Ländern und Gemeinden, den politisch gewünschten Austausch von Windenergieanlagen weiter voranzutreiben. In dieser Hinsicht bleibt zu hoffen, dass in Zukunft die notwendigen Änderungen vorgenommen werden. Die Bundesregierung betrachtet den Ausbau von erneuerbaren Energien jedenfalls als ein zentrales Element ihrer Klimaschutz- und Energiepolitik und hat es sich zur Aufgabe gemacht, die Rahmenbedingungen für das Repowering zu verbessern.

## 2. Übersicht

Im Folgenden möchten wir grundlegende Überlegungen und Prüfungsschritte für ein Repowering-Vorhaben erläutern. Zunächst ist zu klären, ob für den Abbau einer Altanlage sowie für die Errichtung einer neuen Anlage am selben oder einem anderen Standort eine Genehmigung erforderlich ist. Da die erfolgreiche Verwirklichung eines Vorhabens stark von den planerischen Vorgaben am Standort abhängt, soll im Wesentlichen auf die entsprechenden Genehmigungsvoraussetzungen eingegangen werden. Im Übrigen unterscheiden sich die Anforderungen an die Zulassung einer repowerten Windenergieanlage nicht grundlegend von der erstmaligen Genehmigung einer Anlage, so dass wir die übrigen Anforderungen nur kurz darstellen. Dort wo es auf Grund der im Jahr 2021 eingefügten speziellen Repowering-Regelung in § 16b BImSchG (Bundes-Immissionsschutzgesetz) Abweichungen gibt, wird dies jeweils erläutert.

In einem weiteren Teil werden die Fragen im Zusammenhang mit der Erlangung einer finanziellen Förderung nach dem EEG erörtert.

Abschließend wird das notwendige Vertragswerk für eine erfolgreiche Umsetzung eines Repowering-Vorhabens vorgestellt.



# IV.

## Genehmigungs- ERFORDERNIS

Für einen Windenergieanlagenbetreiber, der seine alten Anlagen durch moderne Anlagen ersetzen will, stellt sich zunächst die Frage, ob er für sein Vorhaben eine Genehmigung braucht. Die Antwort ist einfach, denn eine Genehmigung ist erforderlich. Eine bloße Baugenehmigung ist für die Zulassung der neuen Windenergieanlagen nicht ausreichend, da die neuen Anlagen eine Gesamthöhe von 50 m überschreiten werden. Dies hat zur Folge, dass sie dem Regime des Bundes-Immissionsschutzgesetzes unterliegen. Das bedeutet, dass für die Errichtung einer Windenergieanlage eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach § 4 BImSchG notwendig ist.

Eine Erleichterung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren könnte § 15 Abs. 1 BImSchG bieten. Nach dieser Vorschrift ist die Änderung einer genehmigungsbedürftigen Windenergieanlage lediglich schriftlich anzuzeigen. Von der Änderung ist jedoch eine Neuerrichtung zu unterscheiden. Von einer solchen Neuerrichtung war bislang jedenfalls dann auszugehen, wenn die neue Anlage an einer anderen Stelle als die alte aufgebaut wird. Gleiches galt, wenn die Altanlage abgebaut und durch eine neue ersetzt wird, die die bisherigen Größen- und Leistungskriterien überschreitet. Eine bloße schriftliche Änderungsanzeige nach § 15 Abs. 1 BImSchG ist beim Repowering nicht ausreichend. Grund hierfür ist, dass keine

bestehende Anlage geändert, sondern eine neue Anlage, also in der Regel ein ganz anderer Anlagentyp, errichtet werden soll. Auch eine Änderungsgenehmigung nach § 16 Abs. 1 BImSchG war bei einem echten Repowering mit der Errichtung von großen Anlagen an neuen Standorten bislang nicht möglich, da sie dem Wortlaut nach ebenfalls eine bloße Änderung voraussetzt. Dies hat sich mit der Einfügung des § 16b BImSchG nunmehr geändert. Unter in der Vorschrift näher geregelten Voraussetzungen kann ein Repowering-Vorhaben mittlerweile auch im Rahmen eines Änderungsverfahrens zugelassen werden.

Im Hinblick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen ist der Begriff Repowering daher missverständlich. Zu unterscheiden ist zwischen dem Begriff des Repowerings als Obergriff für jegliche Erneuerung eines bestehenden Windenergie-Vorhabens (wie er diesem Leitfaden zu Grunde liegt und herkömmlicherweise verwendet wird) und dem nun vom Gesetzgeber in § 16b Abs. 2 BImSchG definierten Repowering. Der vorliegende Leitfaden nimmt zunächst das Repowering insgesamt in den Blick. Dort wo es für das Repowering i.S.d. § 16 Abs. 2 BImSchG aber spezielle Regelungen gibt, wird ausdrücklich darauf hingewiesen.



## Genehmigungs- VERFAHREN

Das Repowering einer Anlage setzt einen Antrag bei der zuständigen Immissionsschutzbehörde voraus. Welche Behörde das ist, lässt sich nicht pauschal beantworten, weil dies in der Zuständigkeit der Länder liegt und damit unterschiedlich geregelt ist.

In einem ersten Schritt ist zu klären, ob das geplante Vorhaben auch ein Repowering i.S.d. neu ins Gesetz eingefügten § 16b Abs. 2 BImSchG ist. Danach ist zu entscheiden, ob zwingend ein umfassendes (Neu-)Genehmigungsverfahren durchzuführen ist, oder ob auch ein Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b BImSchG in Betracht kommt.

Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), müssen gem. § 16b Abs. 1 BImSchG auf Antrag des Vorhabenträgers im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nur Anforderungen geprüft werden, soweit durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden und diese für die Prüfung nach § 6 BImSchG erheblich sein können. Dabei umfasst die Modernisierung gem. § 16b Abs. 2 BImSchG 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. Bei einem vollständigen Austausch der Anlage

(also dem klassischen Repowering) müssen für die Anwendbarkeit des § 16b BImSchG noch zusätzliche Anforderungen eingehalten werden. So muss die neue Anlage innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden und der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage darf höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage betragen. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann, muss aber nicht, (auf Antrag des Vorhabenträgers) ein Änderungsgenehmigungsverfahren mit (partiellen Erleichterungen) durchgeführt werden. In allen anderen Fällen ist ein gewöhnliches immissionsschutzrechtliches Zulassungsverfahren zu durchlaufen.

In einem zweiten Schritt (nachdem die Frage Neu- oder Änderungsgenehmigungsverfahren geklärt ist) stellt sich dann die Frage, welche Verfahrensart in Betracht kommt.

Das BImSchG sieht zur Erteilung sowohl einer Genehmigung als auch einer Änderungsgenehmigung grundsätzlich zwei verschiedene Verfahrensarten vor: das förmliche und das vereinfachte Genehmigungsverfahren. Beide unterscheiden sich maßgeblich dadurch, dass lediglich im förmlichen Verfahren eine Öffentlichkeitsbeteiligung stattfindet. Zwingend durchzuführen ist das förmliche Verfahren, wenn nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) ein Verfahren

mit Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn entweder eine „Windfarm“ mit 20 oder mehr Einzelanlagen errichtet werden soll oder die zuständige Behörde in einer allgemeinen (sechs bis neunzehn Windenergieanlagen) oder standortbezogenen (drei bis fünf Windenergieanlagen) Umweltverträglichkeits-Vorprüfung im Einzelfall feststellt, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Das Änderungsgenehmigungsverfahren für das Repowering von bis zu 19 Windenergieanlagen soll gem. § 16b Abs. 7 BImSchG i.d.R. als vereinfachtes Verfahren durchgeführt werden. Gleichwohl ist es sowohl im Änderungsgenehmigungsverfahren als auch im Neugenehmigungsverfahren möglich auch freiwillig (§ 19 Abs. 3 BImSchG) ein förmliches Verfahren zu durchlaufen.

Bevor der eigentliche Genehmigungsantrag gestellt wird, kann der künftige Anlagenbetreiber die zuständige Behörde über das geplante Vorhaben unterrichten. Nach der Kontaktierung der Behörde ist diese gemäß § 2 Abs. 2 9. BImSchV in der Regel verpflichtet, ihn zu beraten. Eine Pflicht zur Durchführung des sog. Scopings besteht nicht, gleichwohl ist wegen der aufwendigen Verfahrensabläufe bei großen Repowering-Vorhaben die frühzeitige und enge Zusammenarbeit mit der Genehmigungsbehörde zu empfehlen.

### 1. Förmliches Verfahren

Die Anforderungen an die Durchführung eines förmlichen Verfahrens ergeben sich aus § 10 BImSchG und aus der 9. Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionschutzgesetzes (9. BImSchV).

#### a) Antragstellung

Das Genehmigungsverfahren beginnt mit der Antragstellung. Dem Genehmigungsantrag sind all die Unterlagen beizufügen, die zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich sind. Hierbei handelt es sich in erster Linie um Angaben über die Anlage und den Anlagenbetrieb (beispielsweise Typenprüfung des Herstellers, Bauunterlagen) und sonstige Unterlagen wie Sachverständigengutachten (beispielsweise Standsicherheitsnachweis, Gutachten für Schallimmission und Schattenwurf) und Vogel- und Fledermauserfassungen. Zu Inhalt und Umfang der Antragsunterlagen gibt es länderspezifisch die unterschiedlichsten Anforderungen, die u.a. in Erlassen und Leitfäden der jeweiligen Bundesländer dezidiert aufgeführt sind. Wenn alle Unterlagen vollständig sind, unterrichtet die Behörde den Antragsteller hierüber schriftlich und ist von nun an gehalten, das Verfahren innerhalb eines Zeitraums von sieben Monaten durchzuführen.

### b] Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung

Nach Vorliegen der vollständigen Antragsunterlagen wird das Vorhaben zur Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung öffentlich bekannt gemacht. Die Behörde weist die Öffentlichkeit darauf hin, wo und wann die Antragsunterlagen eingesehen und innerhalb welcher Frist Einwendungen gegen das Vorhaben erhoben werden können. Außerdem wird bekanntgegeben, wann und wo diese Einwendungen erörtert werden. Nach der Bekanntmachung werden die Unterlagen an dem angekündigten Ort für einen Zeitraum von einem Monat ausgelegt. Bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist kann die Öffentlichkeit Einwendungen gegenüber der zuständigen Behörde erheben. Neben der Öffentlichkeit werden die Behörden, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird, unterrichtet und aufgefordert, Stellungnahmen abzugeben.

### c] Erörterungstermin

Der Erörterungstermin bietet die Möglichkeit einer Aussprache über die eingegangenen Einwendungen und praktisch auch über die Stellungnahmen der Behörden zwischen Einwendern, Behörde und Vorhabenträger. Er dient dazu, die rechtzeitig erhobenen Einwendungen, die für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen von Bedeutung sein können, zu erörtern. Die Durchführung des Erörterungstermins liegt im Ermessen der Genehmigungsbehörde. Der Erörterungstermin entfällt, wenn keine Einwendungen erhoben werden oder wenn die Genehmigungsbehörde eine Erörterung nicht für erforderlich erachtet, weil z.B. die vorgebrachten Einwendungen eine mündliche Erörterung nicht notwendig machen. Im Ände-

rungsgenehmigungsverfahren für Repowering-Vorhaben nach § 16b BImSchG, soll nach Absatz 6 auf den Erörterungstermin verzichtet werden, wenn nicht der Antragsteller diesen ausdrücklich beantragt.

### 2. Vereinfachtes Verfahren

Das vereinfachte Verfahren ist gegenüber dem förmlichen zeitlich kürzer, weil eine Öffentlichkeitsbeteiligung nicht durchgeführt wird. Nachteil ist eine geringere Rechtssicherheit, weil im vereinfachten Verfahren erst nach Erteilung des Genehmigungsbescheids abzusehen ist, ob sich Dritte, wie zum Beispiel betroffene Nachbarn oder Umweltverbände, gegen das Vorhaben wenden. Um dem etwas entgegenzuwirken ist in § 16b Abs. 7 Sätze 2 und 3 BImSchG für das Änderungsgenehmigungsverfahren für Repowering-Vorhaben vorgesehen, dass die Genehmigung auf Antrag des Vorhabenträgers öffentlich bekannt zu machen ist und damit jedenfalls die Rechtsbehelfsfristen in Gang gesetzt werden.

Nach Einleitung des Verfahrens durch den Antragsteller holt die Immissionsschutzbehörde die Stellungnahmen der beteiligten Behörden ein. Das Gesetz sieht vor, dass die Immissionsschutzbehörde über den Genehmigungsantrag im vereinfachten Verfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten zu entscheiden hat. Diese Frist beginnt auch hier zu laufen, wenn die erforderlichen Antragsunterlagen vollständig eingereicht sind und dies dem Antragsteller seitens der Behörde mitgeteilt wurde.



## Genehmigungs- VORAUSSETZUNGEN

Um die Zulässigkeit einer im Rahmen des Repowering neu errichteten Windenergieanlage festzustellen, sind im Genehmigungsverfahren eine Vielzahl von rechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Relevanz hat insbesondere die Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit der geplanten Windenergieanlage sowie in den letzten Jahren vermehrt auch die artenschutzrechtliche Zulässigkeit.

### 1. Bauplanungsrechtliche Voraussetzungen

Die Behörde beurteilt im Genehmigungsverfahren, ob die geplante Windenergieanlage mit der bestehenden Bauleitplanung (Bebauungspläne, Flächennutzungspläne) sowie Regionalplanung im Einklang steht. Dies hängt ganz entscheidend davon ab, in welchem Gebietstyp die Anlage errichtet werden soll. Das Baugesetzbuch (BauGB) unterscheidet drei verschiedene Bereiche: das Gebiet innerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans, den unbeplanten Innenbereich und den Außenbereich.

#### a) Repowering innerhalb eines Bebauungsplans

Liegt der Standort des Repowering-Vorhabens im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 30 Abs. 1 BauGB. Nach dieser Vorschrift ist eine Windenergieanlage dann zulässig, wenn sie

den Festsetzungen des Bebauungsplans entspricht und die Erschließung gesichert ist.

Durch die jeweilige Festsetzung im Bebauungsplan entscheidet die Gemeinde ganz konkret, wie bestimmte Bereiche des Gemeindegebiets genutzt werden können. Oftmals haben Gemeinden für vorhandene Windparks bereits Regelungen getroffen, die auch beim Repowering zu beachten sind. Die planungsrechtlich mögliche Form für die Errichtung von Windparks ist die Ausweisung eines Sondergebiets für die Windenergienutzung. Eine Alternative zur Festsetzung eines Sondergebiets ist die Festsetzung von Flächen für die allgemeine Versorgung, die die gleiche Funktion erfüllen. § 11 Abs. 2 Baunutzungsverordnung (BauNVO) ermöglicht zudem die Ausweisung von Gebieten für Anlagen, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung von erneuerbaren Energien, u.a. der Windenergie, dienen. Sind diese Arten von Nutzungen im Bebauungsplan festgesetzt, ist eine Errichtung von Windenergieanlagen grundsätzlich möglich.

Die Festsetzungen können zudem Vorgaben zu der Größe, der Zahl und den einzelnen Standorten dieser Anlagen enthalten. Auch diese Vorgaben müssen von den neuen Windenergieanlagen eingehalten werden, damit die Genehmigung von der Behörde erteilt werden kann.

Von dem Instrument der Bebauungsplanung haben die Gemeinden in der Vergangenheit oftmals Gebrauch gemacht, um eine geordnete Entwicklung der Windenergienutzung auf ihrem Gemeindegebiet zu gewährleisten. Die dortigen Festsetzungen wurden auf Grundlage von Windenergieanlagen nach dem damaligen Stand der Technik getroffen. Aufgrund der technischen Weiterentwicklung und Veränderung der Windenergieanlagen [z.B. in ihrer Höhe und Leistungsfähigkeit] überschreiten die modernen Anlagen häufig die veralteten planungsrechtlichen Vorgaben der Gemeinden. Damit neue Anlagen der Multimegawattklasse dort genehmigt werden können, sind Veränderungen an den Bebauungsplänen erforderlich. Diese Veränderungen können nur von der Gemeinde selbst vorgenommen werden, jedoch besteht immer die Möglichkeit bei der zuständigen Gemeinde eine Überarbeitung der Bauleitplanung anzuregen und sie im Planungsvorgang zu unterstützen.

Liegt das Repowering-Vorhaben im Geltungsbereich eines sonstigen Bebauungsplans oder in einer Ortslage, ist ein Repowering daher im absoluten Regelfall unzulässig, gegebenenfalls kommt im Einzelfall eine Zulassung als sogenannte Nebenanlage in Betracht.

#### b) Repowering im Außenbereich, § 35 BauGB

Befindet sich der Standort einer Anlage weder innerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans noch in einer Ortslage, liegt das Vorhaben im planungsrechtlichen Außenbereich.

Der Außenbereich soll grds. von Bebauung freigehalten werden; lediglich eine begrenzte Anzahl von eher „störenden“ Nutzungen ist dem Außenbereich vom Gesetzgeber zugewiesen. Dazu zählen auch Windenergieanlagen. Daher sind Windenergieanlagen im Außenbereich grundsätzlich zulässig (sog. Privilegierung). Diese Privilegierung kann auf Grund der neuen Regelung des § 249 Abs. 3 BauGB allerdings durch Landesgesetz dahingehend eingeschränkt werden, dass Mindestabstände von bis zu 1.000 Metern zwischen der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage und der nächstgelegenen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken einzuhalten sind.

Das privilegierte Vorhaben ist lediglich unzulässig, wenn öffentliche Belange entgegenstehen oder die Erschließung nicht gesichert ist. In § 35 Abs. 3 BauGB sind die wesentlichen öffentlichen Belange benannt, die die Genehmigung einer Windenergieanlage im Außenbereich verhindern können. Ob sie entgegenstehen, ist im Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung zwischen den privaten Interessen des Bauwilligen und den öffentlichen Interessen zu ermitteln. Die Abwägungsentcheidung ist eine Frage des Einzelfalls.

Im Folgenden werden einzelne öffentliche Belange, die regelmäßig eine Relevanz im Genehmigungsverfahren eines Repowering-Verfahrens haben, weiter erläutert.

#### **ba]** Flächennutzungspläne

Als entgegenstehender Belang kommt zunächst der Widerspruch der geplanten Windenergieanlage zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans in Betracht (§ 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB). Ein solcher Widerspruch liegt vor, wenn für die Fläche eine anderweitige Nutzung von der Gemeinde vorgesehen ist und diese Nutzung mit der Nutzung der Windenergie unverträglich ist (z.B. Fläche für Erholungszwecke). Die pauschale Ausweisung einer landwirtschaftlichen Nutzung genügt hierfür nicht, da eine landwirtschaftliche Bodennutzung und die Windenergienutzung parallel möglich sind. Aber auch sonstige Darstellungen des Flächennutzungsplans, wie eine Höhenbegrenzung, können die Errichtung von höheren Anlagen ausschließen.

#### **bb]** Raumordnungspläne

Nach § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB dürfen Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Die Regelungen, die in Raumordnungsplänen, wie z.B. Regionalplänen oder Regionalen Raumentwicklungsplänen, enthalten sind, gelten für alle raumbedeutsamen Vorhaben. Windenergieanlagen der heutigen Größe – insbesondere die leistungsfähigen und größeren Repowering-Anlagen – sind raumbedeutsam. Bei der Realisierung des Repowering-Vorhabens ist insbesondere der für den Standort geltende Raumordnungsplan auf Aussagen hin zu untersuchen, die gegen die Errichtung der Anlagen sprechen könnten. Dies kann eine anderweitige Verplanung des Standorts (z. B. Vorranggebiet Natur) sein oder auch allgemeine Aussagen zur Windkraftnutzung (z.B. Abstände zwischen Windparks).

#### **bc]** Räumliche Konzentration von Windenergieanlagen

Sowohl auf der Ebene des Flächennutzungsplans als auch auf der Ebene des Raumordnungsplans können sich Regelungen zur räumlichen Konzentration der Windenergienutzung finden (vgl. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Durch die Darstellung von Konzentrationszonen kann die Errichtung von Windenergieanlagen maßgeblich gesteuert werden, denn durch ihre Darstellung sind Windenergieanlagen außerhalb dieser Fläche grundsätzlich unzulässig. Das bedeutet, dass die Errichtung von Windenergieanlagen nur in diesen Bereichen zulässig ist. Häufig stehen die Altanlagen aber außerhalb von Konzentrationszonen (sei es auf Grund von Erstplanungen oder Änderungen), so dass eine Erneuerung am Standort auf Grund der von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in solchen Fällen vermittelten Ausschlusswirkung regelmäßig ausscheidet. Wird eine Altanlage zurückgebaut, kann sie nicht durch eine neue Anlage ersetzt werden, die sich außerhalb der Konzentrationszone befindet. Die Ausweisung von Konzentrationszonen hat zwar den Vorteil, dass die „Verspargelung“ der Landschaft teilweise rückgängig gemacht werden kann, indem alte Windenergieanlagen durch die Errichtung neuer Anlagen ausschließlich innerhalb der dafür ausgewiesenen Bereiche ersetzt werden. Jedoch hat es für den Betreiber den erheblichen Nachteil, dass sein bisheriger Standort für einen Austausch der Anlage nicht in Betracht kommt und freie Flächen in ausgewiesenen Windenergiegebieten rar geworden sind. Außerhalb dieser Flächen genießen die bestehenden Anlagen zwar Bestandsschutz, eine Neuerichtung im Zuge eines Austausches ist hingegen nicht mehr möglich. Letztlich fallen als Standorte für Repowering-Anlagen all jene Bereiche weg, die zwar aktuell mit Anlagen bebaut sind,

jedoch nicht innerhalb einer für die Windenergienutzung ausgewiesenen Fläche liegen.

Um diesem Problem zu begegnen, enthalten einige Flächennutzungspläne und vor allem Regionalpläne Sonderregelungen im Zusammenhang mit Repowering-Vorhaben. So gibt es teilweise extra ausgewiesene „Vorranggebiete Repowering“, die ausschließlich dem Repowering von Altanlagen vorbehalten sind und außerhalb von sonstigen Vorranggebieten liegen. Die Errichtung von Windenergieanlagen in diesen „Vorranggebieten Repowering“ ist dann z.B. an die Voraussetzung geknüpft, eine oder mehrere nun außerhalb von Vorranggebieten liegende Altanlagen zurückzubauen, um somit eine bereits vorhandene „Verspargelung“ rückgängig zu machen und die Windenergienutzung über das Repowering in das neue Plankonzept einzupassen. Eine weitere verbreitete Sonderregelung ist die Ausnahme von Altflächen, die durch gemeindliche Bauleitpläne gesichert sind oder werden, von der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Teilweise wird die Errichtung in diesen Bereichen dann von weiteren Voraussetzungen (wie z.B. der Einhaltung größerer Mindestabstände) abhängig gemacht.

#### **bd]** Gesicherte Erschließung

Eine weitere Voraussetzung, die – unabhängig davon, in welchem planungsrechtlichen Gebiet das Vorhaben liegt – erfüllt sein muss, ist die gesicherte Erschließung des Vorhabensstandortes. Für eine gesicherte Erschließung ist erforderlich, dass der neue Standort der Windenergieanlage auf Wegen oder Straßen dauerhaft erreichbar ist und die erforderlichen Versorgungsleitungen bestehen. Hierzu gehört nicht der An-

schluss an ein Verbundnetz zum Zweck der Stromeinspeisung. Hier haben Repowering-Anlagen unter Umständen den Vorteil auf bestehende Infrastrukturen des alten Windparks zurückgreifen zu können.

#### **c]** Bestandsschutz

Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob ein Repowering-Vorhaben nicht automatisch deshalb bauplanungsrechtlich zulässig ist, weil der Anlagenbetreiber am fraglichen Standort bereits genehmigte Windenergieanlagen betreibt und diese nur ersetzt werden.

Bestandsschutz beinhaltet das Recht des Eigentümers eine ursprünglich legal errichtete Anlage weiterhin zu erhalten und zu nutzen, auch wenn diese Anlage nach der aktuellen Rechtslage nicht mehr errichtet werden dürfte. Geschützt wird nur die Bausubstanz und deren ursprünglich genehmigte Nutzung. Ziel des Bestandsschutzes ist es, Nutzungen, die legal errichtet wurden, weiterhin in ihrem Bestand zu sichern, auch wenn aufgrund der tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten das Vorhaben heute nicht mehr genehmigt werden würde. Wird eine Windenergieanlage also im Rahmen eines Repowerings ausgetauscht, wird die ursprüngliche Anlage vollständig zurückgebaut und eine vollkommen neue Anlage errichtet. Da die Altanlage nicht erhalten bleibt, geht der Bestandsschutz verloren. Das gilt gem. § 16b Abs. 5 BImSchG auch für Änderungsgenehmigungen für Repowering-Vorhaben. Ein anstelle der bestandsgeschützten Windenergieanlage neu zu errichtender Ersatzbau genießt somit keinen bauplanungsrechtlichen Bestandsschutz.

## 2. Kooperation mit der Gemeinde

Die obigen Ausführungen zeigen, dass die planungsrechtlichen Vorgaben oft einem wirtschaftlich erfolgreichen Repowering entgegenstehen. Es ist deshalb häufig notwendig, die betroffenen Gemeinden für das Repowering zu gewinnen. Gegebenenfalls sind für das geplante Repowering-Vorhaben die bestehenden Bebauungspläne zu überarbeiten oder neu aufzustellen und gegebenenfalls auch die Darstellungen des Flächennutzungsplans an die beabsichtigte Bebauung anzupassen. Hier könnte nun die mit der Novellierung des EEG 2021 neu eingefügte Möglichkeit der finanziellen Beteiligung von Gemeinden am wirtschaftlichen Erfolg des geplanten Vorhabens (auch des Repowerings) nach § 6 EEG 2021 Bewegung ins Spiel bringen. Denn mit der Möglichkeit, bis zu 0,2 ct/kWh für den eingespeisten Strom (zzgl. fiktiver Strommengen) zu erhalten, besteht für die Gemeinden ein großer Anreiz, ihre vorhandenen Planungen im Hinblick auf die Anforderungen für ein Repowering-Vorhaben anzupassen.

Das Planungsverfahren der Gemeinde zur Überarbeitung der Bauleitplanung ist höchst komplex und nimmt regelmäßig viel Zeit in Anspruch. Die Gemeinden besitzen zwar ihre eigene Planungshoheit, aber in der Praxis wird diese Planungshoheit durch eine Vielzahl von behördlichen und politischen Hinweisen stark eingeschränkt. Eine rechtliche Bindung besteht nicht, aber die öffentlichen Hinweise erzeugen eine Erwartungshaltung von betroffenen Nachbarn, die oft massiv in den Planungsprozess eingebracht werden. Die Anforderungen an



den Umgang mit Einzelfragen der Planung von Windenergieanlagen an Abstände oder Bauhöhen finden sich in Windenergieerlassen oder -hinweisen, die insbesondere die nördlichen Länder, wie z.B. Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern, aber auch Nordrhein-Westfalen, entwickelt haben. Die im Zentrum stehenden Abstandsregelungen sind für die weitere Windenergieentwicklung, insbesondere aber das Repowering, von enormer Bedeutung. Die technische Fortentwicklung der letzten Jahre hat für die Vermeidung der meisten problematischen Belastungswirkungen wesentliche Verbesserungen erbracht.

In bestimmten örtlichen Konstellationen können nach derzeitigem Recht auf gemeindlicher Ebene neue Strategien zum Repowering entwickelt werden. So ist es den Gemeinden beispielsweise möglich, im Rahmen der Aufstellung eines Bebauungsplans mit den Festsetzungen eines Sondergebiets bauplanungsrechtlich sicherzustellen, dass in einem Gebiet nur leistungsstarke Windenergieanlagen und diese nur unter der Voraussetzung errichtet werden dürfen, dass bestimmte alte Anlagen ersetzt werden (vgl. bereits oben).

Sofern von den Gemeinden keine Initiative zum Erlass von Bebauungsplänen für das Repowering ergriffen wird, ist zu überlegen, ob eine Überarbeitung ihres bisherigen Planungskonzepts bei der Gemeinde aktiv angeregt werden sollte. Neben der Ausweisung von Sondergebieten für die Durchführung von Repowering-Vorhaben haben die Gemeinden im Rahmen der Bauleitplanung die Möglichkeit, mit Investoren von Neuanlagen städtebauliche Verträge abzuschließen.

Die rechtlichen Grenzen einer Zusammenarbeit mit einem Unternehmen werden insbesondere im Bereich der finanziellen Zuwendungen deutlich. Auch stellt die Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB sicher, dass städtebauliche Verträge keinen Anspruch auf eine bestimmte Bebauungsplanung erzeugen können. Das Planungsverfahren und der Rechtssetzungsakt sind elementare Ausflüsse der Planungshoheit der Gemeinde, die nur begrenzt auf Dritte übertragen werden können (vgl. § 4b BauGB). Die Gemeinde muss auch sicherstellen, dass bestimmte Entscheidungen nicht allein aufgrund vertraglicher Bindungen getroffen werden.

In einer vertraglichen Vereinbarung können Details des Repowering zwischen der Gemeinde und dem Anlagenbetreiber geregelt werden. Die Gemeinde kann im Gegenzug für ihre Planungen oder Planänderungen den Investor verpflichten, bestimmte Altanlagen abzubauen. Die Gemeinde hat regelmäßig ein Interesse daran, dass durch den neuen Anlagenbetreiber im Entgegenkommen für die Überarbeitung der Bauleitplanung alte Anlagen zurückgebaut werden. Durch eine vertragliche Gestaltung der Vereinbarung kann die rechtliche Durchsetzung der Verpflichtung abgesichert werden.

### 3. Bauordnungsrechtliche Voraussetzungen

Bauordnungsrechtliche Anforderungen finden sich in den Bauordnungen der Länder, die zwar in weiten Teilen inhaltsgleiche Regelungen enthalten, teilweise aber auch relevante Unterschiede aufweisen. Wichtige Vorschriften für den Bau von Windenergieanlagen sind vor allem die Anforderungen an die

Standsicherheit und die Abstandsregelungen. Diese Vorgaben sind für die Zulässigkeit des Repowering-Vorhabens regelmäßig zu beachten, weil für größere Windenergieanlagen auch größere Abstandsflächen zur Grundstücksgrenze oder anderen Anlagen eingehalten und rechtlich gesichert werden müssen. Auch die Anforderungen zum Schutz der Standsicherheit bei der Errichtung größerer Anlagen müssen neu überprüft werden.

### 4. Immissionsschutzrechtliche Voraussetzungen

Neben den baurechtlichen Voraussetzungen sind bei der Errichtung und dem Betrieb einer Windenergieanlage – und somit auch der Neuerrichtung im Rahmen des Repowerings – die immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Die Grundlagen sind dem BImSchG zu entnehmen, ergänzend gelten untergesetzliche Vorschriften. Die Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass von ihnen keine schädlichen Umwelteinwirkungen ausgehen können, § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG. Bei Windenergieanlagen stehen Lärm- oder Lichteinwirkungen im Vordergrund.

#### a) Lärmimmissionen

Beim Betrieb einer Windenergieanlage entsteht Lärm. Als Kriterien der zulässigen Lärmbelastung werden die Richtwerte der Technischen Anleitung Lärm [TA Lärm] herangezogen. Diese stellen für die Schutzwürdigkeit der lärmbeeinträchtigten Gebiete auf die bauliche Nutzung ab. Werden die in der TA Lärm vorgegebenen Richtwerte durch den Betrieb der Anlage nicht überschritten, sind die von ihr erzeugten Lärmimmissionen

nicht als schädliche Umwelteinwirkungen anzusehen. Es gibt Windparks, in denen die Schallimmissionswerte im aktuellen Zustand an verschiedenen Immissionspunkten prognostisch weit überschritten werden. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass sich die Anforderungen an die Schallimmissionsprognosen mit der Einführung des sog. Interimsverfahrens nochmals verschärft haben. Ein Zubau ohne schallreduzierten Nachtbetrieb ist dann häufig nicht möglich. Ein Repowering, welches eben mit dem Abbau von Altanlagen einhergeht, eröffnet dann die Möglichkeit, dass wieder Schallkontingente für leistungsstärkere Windenergieanlagen frei werden. Wird an einem solchen Standort ein Repowering durchgeführt, kann die Schallimmissionsprognose ergeben, dass sich die Schallimmissionswerte an den Immissionsorten zwar reduzieren, aber die zulässigen Richtwerte vermutlich nach wie vor überschritten werden. Für einen Anlagenbetreiber ist dies dann besonders misslich, wenn der Genehmigungsbescheid die Drosselung der Windenergieanlagen fordert, damit die nach der TA Lärm zulässigen Richtwerte nicht überschritten werden. Für Repowering-Vorhaben i.S.v. § 16b BImSchG sieht Absatz 3 hier eine Erleichterung vor; trotz Richtwertüberschreitung darf die Genehmigung nicht versagt werden, wenn der Immissionsbeitrag der Repowering-Anlage niedriger ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlage und die Repowering-Anlage dem Stand der Technik entspricht. Zudem wäre zu überlegen, ob in einem derartigen Fall – sofern es sich nicht um ein Repowering i.S.v. § 16b BImSchG handelt – nicht ein

Vergleich zu der in Nr. 3.2.1 Abs. 4 TA Lärm beschriebenen ähnlichen Situation gezogen werden kann. Nach dieser Vorschrift ist auch dann eine unbeschränkte Genehmigung zu erteilen, wenn es aufgrund der Vorbelastung zu einer Überschreitung der Immissionsrichtwerte kommt, sofern durch eine Auflage sichergestellt wird, dass spätestens drei Jahre nach Inbetriebnahme der Anlage spezielle Sanierungsmaßnahmen die Einhaltung der Immissionsrichtwerte gewährleisten werden.

#### b) Schattenwurf und Befeuern

Windenergieanlagen können auch störende optische Beeinträchtigungen in der Umgebung verursachen. Durch den betriebsbedingt bewegten Rotor der Anlage und einer gewissen Sonneneinstrahlung kann ein periodischer Schattenwurf auf die Umgebung der Windenergieanlage entstehen. Befinden sich Wohngebäude in diesem Bereich, entsteht regelmäßig ein Konflikt mit den betroffenen Nachbarn, wenn diese einen solchen Schattenwurf als Belästigung empfinden. Eine Nullbeschattung muss nicht gewährleistet werden und ein Schattenwurf von geringer Dauer ist durch die Nachbarn hinzunehmen, da das BImSchG nur Schutz vor erheblichen Beeinträchtigungen bietet. Die Rechtsprechung und Verwaltungspraxis setzen die Schwelle für die Zumutbarkeit bei einer Belastung von 30 Stunden [astronomisch] bzw. 8 Stunden [real] im Jahr und 30 Minuten am Tag an. Durch Regelungen im Genehmigungsbescheid und den Einbau einer Abschaltautomatik können diese Vorgaben eingehalten werden.

Bei Repowering-Anlagen spielt immer auch die Befeuern eine Rolle. Anlagen, die eine Gesamthöhe von 100 m überschreiten, gelten als Luftfahrthindernisse und müssen dementsprechend gekennzeichnet werden. Hierbei ist eine Tages- und Nachtkennzeichnung vorgeschrieben, die in der unmittelbaren Nachbarschaft oft als besonders lästig empfunden wird. Da die Befeuern der Anlagen durch die Luftfahrtbehörden gefordert wird, sind die daraus resultierenden Immissionen für die Nachbarschaft der Anlage hinzunehmen. Die aktuelle Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen sieht zudem die Möglichkeit der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung (BNK) mittels Transponder- oder Radarsignalen vor, bei der sich die Nachtkennzeichnung nur einschaltet, sofern sich auch tatsächlich ein Flugzeug dem Windpark nähert. Dies reduziert die Wirkungen auf die Nachbarschaft nochmals deutlich. Eine entsprechende Ausstattung sieht das EEG als Fördervoraussetzung vor (§§ 9 Abs. 8 Satz 1, 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a EEG 2021).

#### 5. Naturschutzrechtliche Voraussetzungen

Neben dem Bau- und Immissionsschutzrecht spielen bei der Windenergienutzung weitere Rechtsgebiete eine Rolle. Eine wesentliche Bedeutung auch für Repowering-Vorhaben haben naturschutzrechtliche Bestimmungen.

##### a) Allgemeiner Landschafts- und Naturschutz

Sind Windenergieanlagen im Außenbereich zulässig, stei-

len sie einen Eingriff in Natur und Landschaft dar und unterliegen den Eingriffs- und Kompensationsregelungen der §§ 13 ff. BNatSchG i.V.m. landesrechtlichen Regelungen. Danach sind vermeidbare Beeinträchtigungen zu unterlassen, unvermeidbare auszugleichen. Das bedeutet, dass in der Regel eine Kompensation der mit dem Vorhaben verbundenen Einwirkungen durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen, in einigen Ländern auch durch Ersatzzahlung, erforderlich ist. Auch eine Unzulässigkeit des Vorhabens aufgrund der Bestimmungen ist theoretisch möglich, aber es ist zu beachten, dass am Standort einer Repowering-Anlage regelmäßig bereits über mehrere Jahre Windenergieanlagen betrieben wurden. Dass sich der Standort sodann schon grundsätzlich nicht für die Errichtung neuer Anlagen eignet, ist eher unwahrscheinlich. Deshalb sollen nur einige allgemeine Grundsätze zur naturschutzrechtlichen Ausgleichs- oder Ersatzzahlung aufgegriffen werden, die auch beim Repowering relevant sind.

##### b) Naturschutzrechtliche Ersatzzahlung

Eine Kompensation wird erforderlich, wenn durch die Errichtung der Windenergieanlage ein Eingriff in Natur und Landschaft verursacht worden ist. Diese Voraussetzung ist bei Windenergieanlagen in aller Regel gegeben. Ausnahmen können dann bestehen, wenn die Errichtung in einem Bereich erfolgen soll, der für das Landschaftsbild von geringer Bedeutung ist. Bei der Prüfung der Vorbelastung eines Raums spielen auch bereits bestehende Windenergieanlagen eine Rolle. Da die Errichtung der neuen Anlagen oftmals als Eingriff in das Landschafts-

bild betrachtet wird, ist auch im Rahmen des Repowerings die Kompensation des Eingriffs ein relevantes Thema. Da dieser Eingriff regelmäßig nicht durch geeignete Maßnahmen ausgeglichen werden kann, muss eine Ersatz- oder Ausgleichszahlung geleistet werden. Hinsichtlich der Modalitäten der Ersatzzahlung besteht bundesweit eine ausgesprochene Vielfalt. Viele Vorschriften der Länder wählen als Bemessungsmaßstab die Kosten der (fiktiven) Ersatzmaßnahme. Andere wiederum normieren die Intensität des Eingriffs als Anknüpfungspunkt, manchmal ergänzt durch die wirtschaftliche Zumutbarkeit oder den Vorteil für den Vorhabenträger. Bei jedem Vorhaben müssen daher die jeweiligen landesrechtlichen Vorgaben für den Einzelfall geprüft werden. Für Repowering-Vorhaben i.S.d. § 16b BImSchG ist in Absatz 4 Satz 3 nunmehr ausdrücklich geregelt, dass bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistete Kompensation abzuziehen ist.

##### c) Artenschutzrechtliche Verbotstatbestände

Auch bei Repowering-Vorhaben ist die Erfüllung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu vermeiden. D.h. durch das Repowering-Vorhaben dürfen besonders bzw. streng geschützte Arten weder verletzt noch getötet werden, während besonders sensibler Lebenszyklen (etwa Fortpflanzungs- oder Aufzuchtzeiten etc.) nicht gestört werden und Fortpflanzungs- oder Ruhestätten dieser Arten nicht beschädigt oder zerstört werden. Wann von

einer Einschlägigkeit der Verbote auszugehen ist und welche Schutzmaßnahmen ggfs. in Betracht kommen, ist häufig in Erlassen und Leitfäden der einzelnen Bundesländer geregelt. Nach § 16b Abs. 4 Satz 1 BImSchG wird auch für Repowering-Vorhaben i.S.d. Norm festgestellt, dass der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nicht berührt wird. Allerdings müssen gem. § 16b Abs. 4 Satz 2 BImSchG auch die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlage bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden. Dies soll laut der Gesetzesbegründung dem Umstand Rechnung tragen, dass durch die Verringerung der Anlagenanzahl und größeren Anlagenhöhen (für die häufig in Bodennähe fliegenden Arten) die Eingriffe in den Artenschutz in sehr vielen Fällen geringer sind. Bei der Bewertung der Frage des Vorliegens eines Verstoßes gegen das Tötungsverbot („signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos“) und der Prüfung der Ausnahmenvorschriften des § 45 Abs. 7 BNatSchG soll – jedenfalls nach der Gesetzesbegründung – bei diesen Anlagen erleichternd zu berücksichtigen und abzuwägen sein, dass die Bestandsanlage als Vorbelastung für die Neuanlage wegfällt und bei der Frage nach einer Ausnahmemöglichkeit von den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten regelmäßig davon auszugehen sei, dass – sonst zu prüfende Alternativstandorte – nicht in Betracht kommen. Ob sich dies in der Praxis tatsächlich als Erleichterung herausstellen wird oder nicht vielmehr entsprechende Änderungsgenehmigungen rechtsschutzanfällig macht, bleibt abzuwarten.

**Praxistipp:** Hinsichtlich der Beurteilung artenschutzrechtlicher Fragen kann ggfs. teilweise auf die während des Betriebes der Altanlage im Rahmen von Monitorings gewonnenen Ergebnisse zurückgegriffen werden. In Abstimmung mit der jeweilig zuständigen Naturschutzbehörde könnte aufgrund der vorliegenden Ergebnisse der Untersuchungsumfang des Genehmigungsverfahrens für die neue Windenergieanlage reduziert werden.

#### 6. Sonstige Bestimmungen

Im Genehmigungsverfahren sind daneben noch weitere Rechtsvorschriften zu beachten. Beispielhaft seien die Bestimmungen des Wasser-, Straßen- und Luftverkehrsrechts genannt. Insofern besteht jedoch kein Unterschied zu der erstmaligen Errichtung einer Windenergieanlage und es stellen sich keine für das Repowering typischen Fragen.



## VERGÜTUNGSRECHT

Das EEG macht keinen Unterschied mehr zwischen erstmalig an einem Standort errichteten Windenergieanlagen und Repowering-Projekten, so dass beim Repowering weder in Bezug auf die Einhaltung der technischen Vorgaben noch hinsichtlich der Vergütung für den eingespeisten Strom Besonderheiten zu beachten sind.

Im Hinblick auf die Vergütung müssen alle Windenergieanlagen an Land ab einer installierten Leistung von 100 kW ihren Strom direkt vermarkten, entweder im Wege der geförderten oder über eine sonstige Direktvermarktung. Die Möglichkeit einer gesetzlichen Vergütung besteht inzwischen nur noch im Ausnahmefall; zu nennen sind insbesondere die Pilotanlagen bis 6 MW.

Im Fall der geförderten Direktvermarktung erhält der Anlagenbetreiber den am Markt erzielten Preis, dieser wird aufgestockt durch die Marktprämie. Ausgangspunkt für die Marktprämie ist der anzulegende Wert. Für Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 750 kW, um die es sich bei modernen Repowering-Vorhaben regelmäßig handelt, wird der anzulegende Wert im Rahmen eines wettbewerblichen Gebotsverfahrens ermittelt, § 22 EEG 2021. Diese von der Bundesnetzagentur durchgeführten Ausschreibungsverfahren finden für Windenergieanlagen an Land mehrmals im Jahr zu festen Terminen anzulegende Wert. Für Anlagen mit einer installierten

Leistung von mehr als 750 kW, um die es sich bei modernen Repowering-Vorhaben regelmäßig handelt, wird der anzulegende Wert im Rahmen eines wettbewerblichen Gebotsverfahrens ermittelt, § 22 EEG 2021. Diese von der Bundesnetzagentur durchgeführten Ausschreibungsverfahren finden für Windenergieanlagen an Land mehrmals im Jahr zu festen Terminen statt; daneben gibt es auch gemeinsame Ausschreibungen von Wind- und Solaranlagen mit geringeren Volumina.

Voraussetzung für die Teilnahme am Gebotsverfahren ist die Einhaltung der gesetzlichen Form- und Fristvorgaben, § 30 f. EEG 2021. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht die aktuellen Formulare jeweils auf ihrer Homepage. Da bei Nichteinhaltung dieser Voraussetzungen das Gebot vom Verfahren ausgeschlossen wird, sollte es vor Einreichung bei der Bundesnetzagentur besonders sorgfältig geprüft werden.

Teilnehmen können an dem Gebotsverfahren sodann nur Bieter, die über eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Anlage verfügen, für die sie bieten, die spätestens vier Wochen vor dem Gebotstermin an das Marktstammdatenregister gemeldet wurde. Mit Abgabe des Gebotes werden eine geringe Verfahrensgebühr und insbesondere auch eine finanzielle Sicherheit (als Geldbetrag oder Bürgschaft) fällig, die gegenüber der Bundesnetzagentur zu leisten sind, § 31 EEG 2021.

Geboten wird die elektrische Leistung der Anlage(n) in kW. Der Gebotswert ist in Cent pro kW anzugeben und auf den Referenzstandort zu kalkulieren, dabei darf der von der Bundesnetzagentur jährlich ermittelte Höchstwert nicht überschritten werden. Erhält der Bieter einen Zuschlag, wird die Gebotshöhe anhand eines Korrekturfaktors und unter Rückgriff auf das in § 36h EEG 2021 geregelte Referenzertragsmodell entsprechend dem tatsächlichen Standort korrigiert. Eine Ausnahme gilt für Bürgerenergiegesellschaften, für die der höchste noch bezuschlagte Wert des jeweiligen Gebotstermins als Einheitspreis („uniform price“) herangezogen wird, § 36g Abs. 3 EEG 2021.

Die Bundesnetzagentur erteilt Zuschläge ausgehend vom niedrigsten zugelassenen Gebot, bis die durch das Ausschreibungsvolumen definierte Zuschlagsgrenze erreicht oder – je nach Größe des letzten bezuschlagten Gebots – überschritten ist. Ab dem Jahr 2022 werden Gebote für Projekte in der sog. Südregion (bestimmte Städte und Kreise in den Bundesländern Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland gem. Anlage 5 zum EEG 2021) im Umfang von bis zu 15 % [2022 bis 2023] bzw. 20 % [ab 2024] des zu vergebenden Ausschreibungsvolumens vorab bezuschlagt, bevor das übrige Ausschreibungsvolumen allein nach der Gebotshöhe verteilt wird.

Erteilte Zuschläge werden dem Bieter und auf der Homepage der Bundesnetzagentur bekannt gegeben. Ab dem Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung läuft die Realisierungsfrist für die bezuschlagte Anlage. Sie muss nach § 36e EEG 2021 spätestens binnen 30 Monaten nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb gehen; eine Inbetriebnahme ab dem 25. Monat wird stufenweise pönalisiert. Wenn 30 Monate nach der öffentlichen Bekanntmachung des Zuschlags keine Inbetriebnahme erfolgte, fällt die gesamte Sicherheitsleistung als Pönale an und der Zuschlag wird durch die Bundesnetzagentur entwertet, § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021.

Unter bestimmten Voraussetzungen, unter anderem der, dass Dritte nach der Abgabe des Gebotes gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung Rechtsbehelfe eingelegt haben, kann die Realisierungsfrist von der Bundesnetzagentur verlängert werden, § 36e EEG 2021. Unabhängig davon aber beginnt der 20-jährige Förderzeitraum jedenfalls 30 Monate nach Bekanntmachung des Zuschlags zu laufen, § 36i EEG 2021.

Unabhängig davon aber beginnt der 20-jährige Förderzeitraum jedenfalls 30 Monate nach Bekanntmachung des Zuschlags zu laufen, § 36i EEG 2021.

Die Marktprämie wird für die Dauer von 20 Jahren ab Inbetriebnahme der Anlage gezahlt. Ein einmal erteilter Zuschlag bleibt der Anlage, für die er erteilt wurde, dauerhaft zugeordnet; er kann weder auf eine andere Anlage übertragen noch zurückgegeben werden. Wird die Genehmigung nach der Erteilung des Zuschlags im Wege einer Änderungsanzeige oder einer Änderungsgenehmigung (§§ 15, 16 BImSchG) geändert, bleibt der Zuschlag auf diese geänderte Genehmigung bezogen, ohne dass sich hierdurch der Umfang des Zuschlags ändert, § 36f EEG 2021. Mit der Änderung einhergehende Leistungssteigerungen bis 15 % sind vom Zuschlag erfasst, § 22 Abs. 2 Satz 1 EEG 2021. Für darüber hinausgehende Leistungssteigerungen sind gem. § 36j EEG 2021 Zusatzgebote möglich. Erfordern die Änderungswünsche eine Neugenehmigung, gilt der alte Zuschlag hierfür nicht mehr. Er erlischt nach 30 Monaten und die Pönale fällt in vollem Umfange an. Für die neue Anlage muss der Betreiber – wenn er eine Förderung in Anspruch nehmen möchte – dann erneut am Ausschreibungsverfahren teilnehmen.



# Zivilrechtliche Strukturierung eines Repowering-Vorhabens

## 1. Allgemeines

Die Abschaffung des Repowering-Bonus Ende des Jahres 2014 hat die Strukturierung von Repowering-Vorhaben insgesamt vereinfacht, weil weniger rechtliche Vorgaben zu beachten sind. In zivilrechtlicher Hinsicht ergeben sich im Vergleich zur Projektierung neuer Vorhaben nur wenig Unterschiede. Im Vordergrund der vertraglichen Umsetzung von Repowering-Vorhaben steht insbesondere die Sicherstellung einer erfolgreichen Planung und Realisierung der neuen Windenergieanlagen. Aufgrund der Vielzahl der am Repowering-Vorhaben beteiligten Akteure stellt die größte Herausforderung die Berücksichtigung und der Ausgleich der unterschiedlichen Interessen dar. Altbetreiber, Neubetreiber und Grundstücksflächeneigentümer können hierbei von einem Repowering wirtschaftlich profitieren. Gleichzeitig besteht in Bürgerwindparks die Möglichkeit, Anwohner an Projekten partizipieren zu lassen. Entsprechende Beteiligungen wirken sich auch positiv auf die soziale Akzeptanz etwaiger Projekte aus.

Ein weiterer während der Planung zu berücksichtigender Zweck des Repowerings ist es, dass sich die Anlagenzahl im Windpark insgesamt verringert. Gemäß einiger Landesplanungen ist sogar zwingende Voraussetzung für die Genehmigung von Repowering-Anlagen, dass für eine neue Anlage zwei Altanla-

gen zurückgebaut werden. Daraus ergeben sich Besonderheit in der praktischen Umsetzung, welche es wiederum vertraglich festzuhalten gilt. Einerseits ist es denkbar, dass ein Repowering klassisch im Bestandswindpark durch den Rückbau der dortigen Altanlagen durchgeführt wird. Reicht die Anzahl an zurückzubauenden Anlagen nicht aus, müssen Altanlagen von Dritten erworben und zurückgebaut werden. Hinsichtlich der zweiten Konstellation können beispielsweise Vermittlungs- und Kaufverträge über Altanlagen mit Dritten besondere Bedeutung erlangen.

Die Vielzahl der ineinander übergehenden vertraglichen und finanziellen Rahmenbedingungen erfordern häufig den Zusammenschluss mehrerer Betreiber von Altanlagen und/oder Projektentwickler. Abzielend auf die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen unter Berücksichtigung eines angemessenen Interessenausgleichs bedürfen entsprechende Projekte einer umfassenden zivilrechtlichen Absicherung. Bei der grundlegenden vertraglichen Gestaltung sind neben gesellschaftlichen Fragestellungen die Sicherung der Zahlungsströme und der (Vor-)Finanzierung des Vorhabens von erheblicher Bedeutung.

## 2. Vertragliche Umsetzung

### a) Von der Planung bis zur Inbetriebnahme

Eine erfolgreiche Projektplanung setzt neben den strukturellen Aufgaben eine vertragliche Gestaltung des gesamten Projektierungsprozesses von der Planungs- über die Investitions- bis hin zur Inbetriebnahme voraus. Dies gilt erst recht, wenn mehrere Alt- oder Neubetreiber gemeinsam das Repowering-Vorhaben planen. Die Voraussetzungen zur Finanzierung und Errichtung des neuen Windparks können nur durch eine abgestimmte Kooperation aller Beteiligten erfüllt werden. Es bedarf klarer Vorgaben, wer die Planung übernimmt, das Projekt entwickelt und in welcher Art und Weise die Vorfinanzierung erfolgt. Entsprechende Regelungen lassen sich im Rahmen von Kooperationsverträgen festhalten. Gleichzeitig können für einzelne Parteien für die Übernahme von Dienstleistungen im Rahmen der gemeinsamen Projektierung im Gegenzug Vergütungen oder Beteiligungen im Repowering-Windpark attraktiv sein. Letzteres kann beispielweise dergestalt erfolgen, dass dem jeweiligen Betreiber ein Anlagenstandort zugewiesen wird oder er eine Beteiligung an den entsprechenden Betreibergesellschaften erwirbt.

Neben den vertraglichen Verflechtungen, die die Kooperation und Zahlungsströme der Beteiligten festlegen, gilt es ferner die notwendigen Grundstücksflächen zu sichern. Eine Prämisse des Repowering-Vorhabens ist deshalb langfristige Nutzungsverträge mit den betroffenen Landeigentümern zu schließen. Unter Umständen ist es möglich mit der Zustimmung der jeweiligen Eigentümer, bestehende Nutzungsverträge für die Altanlagen auf die neue Windenergieanlage zu übertragen. Davon sind sowohl die unmittelbaren Standorte der Neuanlagen als auch die erforderlichen Grundstücke zur Einhaltung der Abstandsflächen sowie für die Kabelverlegung, Errichtung der Zuwegung und Kranstellflächen betroffen. Aufgrund der möglichen Divergenz zwischen altem und neuem Anlagenstandort – z.B., wenn neue Flächen als Vorrang- oder Eignungsgebiete für Windenergieanlagen ausgewiesen wurden – könnten Flächen bisher unbeteiligter Grundstückseigentümer vom Repowering-Vorhaben tangiert werden. Ein Konflikt entsteht dann, soweit ein Grundstück, das für den Betrieb der Altanlage erforderlich war, zukünftig nicht mehr benötigt wird. Zu prüfen ist dann, ob bestehende Nutzungsverträge kündbar sind oder ein wirtschaftlicher Ausgleich mit dem betroffenen Grundstückseigentümer vereinbart werden kann. Dies gilt entsprechend für Dienstbarkeiten an den Grundstücken, welche der Neubetreiber zu bestellen hat.



#### **b) Rückbau der bestehenden Windenergieanlagen**

Im Zuge der Neuerrichtung ist der Rückbau der Altanlagen zu gewährleisten. Soweit Neu- und Altbetreiber nicht identisch sind, müssen wirtschaftliche Anreize für den Altbetreiber zum Rückbau (im Hinblick auf § 16b BImSchG auch zum richtigen Zeitpunkt) seiner Altanlagen geschaffen werden. Sofern ein Kauf der Altanlage durch den Neubetreiber nicht beabsichtigt ist, ist der [zeitgemäße] Rückbau durch den Altbetreiber vertraglich sicherzustellen. Der Beginn des Rückbaus kann beispielsweise von der Erteilung der notwendigen Bau- und Betriebsgenehmigungen der Neuanlage abhängig gemacht werden. So kann sichergestellt werden, dass der kostspielige Rückbau der Altanlage erst durchgeführt wird, wenn sich die Realisierung der geplanten Anlage konkretisiert. Handelt es sich um ein Repowering-Vorhaben i.S.v. § 16b BImSchG so ist nach Absatz 2 sicherzustellen, dass die Neuanlage innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet wird, der Rückbau also nicht zu früh erfolgt.

Sind die Altanlagen durch ein Darlehen einer Bank finanziert, und dieses ist noch nicht vollständig zurückgezahlt worden, müssen auch die Belange der finanzierenden Bank in der vertraglichen Gestaltung mit einbezogen werden. Regelmäßig lassen sich Banken die Anlagen sicherungsübereignen mit der Folge, dass die Bank Eigentümerin der Altanlagen wird. Diese Darlehen sind zu tilgen oder in einer Neufinanzierung mit zu berücksichtigen. In gewissen Fallkonstellationen muss der möglicherweise noch bestehende EEG-Vergütungsanspruch des Altbetreibers wirtschaftlich berücksichtigt werden.

Die vertragsrechtliche Gestaltung der Abwicklung des Rückbaus und die Berücksichtigung des Vergütungsanspruchs gewinnen an Komplexität, wenn mehrere Betreiber einzelner Altanlagen betroffen sind. Die Beseitigung der bestehenden Anlagen sowie die Reihenfolge des Rückbaus bedürfen einer für alle Parteien interessengerechten Regelung. Es empfehlen sich außerdem Regelungen zum ordnungsgemäßen Transport und zur Entsorgung der Altanlagen.

#### **c) Betrieb der neuen Anlagen**

Hinsichtlich der Errichtung und des Betriebs der Neuanlagen im Repowering-Windpark ist ferner die passende gesellschaftsrechtliche Struktur zu gestalten. Inhaltlich ist dabei die Frage zu beantworten, ob und wie die Parteien am neuen Windpark beteiligt werden sollen. Wie bereits erwähnt, kann hier die Beteiligung an Betreibergesellschaften zweckmäßig sein. Gestalterisch ist die Gründung einer einzigen Betreibergesellschaft mit sämtlichen Altbetreibern die einfachste Lösung. Aus wirtschaftlichen Gründen kann gleichwohl im Einzelfall eine Entflechtung der Betreibergemeinschaft ratsam sein.

Die Übertragung der Repowering-Anlagen einschließlich der dazugehörigen Infrastruktur weist im Vergleich zur Projektplanung neuer Vorhaben keine Unterschiede auf. Sie erfolgt regelmäßig über Kauf- und Bauverträge oder einen Generalunternehmervertrag hinsichtlich des Windparks nebst Infrastruktur.

## FAZIT

Als Ergebnis unserer Betrachtung ist festzuhalten, dass für ein Repowering-Vorhaben eine Vielzahl von rechtlichen Voraussetzungen zu erfüllen sind. Die Neuordnung der Anlagenstandorte ist zu planen und rechtlich zu sichern. Zudem ist zwischen den Alt- und Neuanlagenbetreibern ein Vertragsverhältnis notwendig, das den Abbau der bestehenden Anlagen und die Errichtung und Inbetriebnahme der Neuanlagen regelt.

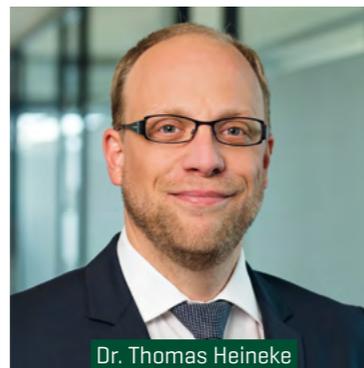
Trotz der Komplexität des Repowering-Vorhabens ist solch ein Vorhaben aus wirtschaftlicher Sicht oft sehr lohnenswert. Die bestehenden Herausforderungen eines Repowerings lassen sich rechtlich lösen und die Vorteile des Betriebs einer neuen, modernen Windenergieanlage mit größerer Leistung und geringeren Wartungskosten überwiegen zumeist.

Unser Kanzleiteam steht Ihnen für eine Beratung zu allen in diesem Leitfaden diskutierten rechtlichen Themenfeldern gern zur Verfügung.



Dr. Andreas Hinsch

Öffentliches Recht  
a.hinsch@bme-law.de



Dr. Thomas Heineke

Vertragsrecht  
t.heineke@bme-law.de



Rainer Heidorn

Energie- und Vertragsrecht  
r.heidorn@bme-law.de

Fotos:  
Shutterstock  
AdobeStock  
Pixabay  
Jan Rathke

2. Auflage  
09-2021



# Blanke Meier Evers

Rechtsanwälte

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Partnerschaftsregister: PR 233 HB

Stephanitorsbollwerk 1  
[Haus LEE]  
28217 **Bremen**  
Fon +49 [0]421- 94 94 60  
Fax +49 [0]421-94 94 666  
[info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)  
[www.bme-law.de](http://www.bme-law.de)

Große Johannisstraße 9  
[Rathauscontor]  
20457 **Hamburg**  
Fon +49 [0]40 - 432 187 60  
Fax +49 [0]40 - 432 187 611  
[info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)  
[www.bme-law.de](http://www.bme-law.de)

