prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Jahrestagung der Arge VerwR im DAV für Mitteldeutschland

Das beschleunigte Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen nach § 6 WindBG

Leipzig, 24.05.2024

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

www.prometheus-recht.de

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Kanzlei

Ihr Partner – Gemeinschaftlich. Vorausdenkend. Engagiert.

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Rechtsanwältin Dr. Dana Kupke

Frau Dr. Kupke betreut als Fachanwältin für Verwaltungsrecht seit vielen Jahren zahlreiche Unternehmen und Kommunen bei der Planung und Realisierung von Erneuerbaren-Energien-Anlagen vornehmlich in Fragen des regionalen und örtlichen Planungsrechts, des Genehmigungsrechts sowie des Umweltrechts.

Darüber hinaus berät sie Kommunen und kommunale Verbände in allen Fragen des Bauplanungs-, Kommunalrechts sowie des kommunalen Abgabenrechts. Seit vielen Jahren referiert Frau Dr. Kupke für verschiedene Branchenverbände, insb. zu den vorgenannten Themen der Erneuerbaren Energien, zu denen sie auch publiziert.

kupke@prometheus-recht.de

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Auf dem Laufenden bleiben …

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

News

09.04.2022
Bürger- und Gemeindebeteiligung - Gemeinsam die Energiewende schultern

In unserem Blog informieren wir Sie über ausgewählte Neuigkeiten in Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Bürger- und Gemeindebeteiligung bei Erneuerbare-Energien-Projekten.

09.04.2022 - Bundeskabinett beschließt Gesetzentwurf
31.03.2022 - § 6 EEG - Was steckt im Osterpaket?

weiterlesen

08.04.2022
Update zur BNK-Pflicht: Was bringt das EEG 2023?

BNK - bedarfgesteuerte Nachtkennzeichnung ist eine Maßnahme des Gesetzgebers zur Steigerung der Akzeptanz von Windenergieanlagen in der Bevölkerung. Nach § 9 Abs. 8 EEG sind Betreiber von Windenergieanlagen an Land grundsätzlich dazu verpflichtet, ihre Anlagen mit entsprechenden Einrichtungen auszurüsten. Mit diesem Beitrag halten wir Sie über die aktuellen Entwicklungen auf dem Laufenden.

08.04.2022 - Zwei Schritte vor, ein Schritt zurück - Eiertanz um [...]
28.03.2022 - BNK-Pflicht - nun doch erst ab 2025 ?!

weiterlesen

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

RECHTSGEBIETE TEAM KARRIERE NEWS BLOG VERANSTALTUNGEN KONTAKT

Suche..

Blogs

Die Erneuerbaren Energien sind im stetigen Wandel. Die hohe Schlagzahl des Gesetzgebers und die besondere Dynamik der Rechtsentwicklung führen zu einer Vielzahl von Meldungen. Schnell verliert man daher den Überblick. Auf dieser Seite haben wir deshalb unsere News zu den wesentlichsten Themen für Sie in unseren **prometheus Blogs** zusammengestellt und geordnet.

Osterpaket 2.0 - Beschleunigung des Windenergieausbaus

Entgegen der ursprünglichen Planungen soll es nun doch schon vor der Sommerpause umfangreiche Gesetzesänderungen geben, um den Ausbau der Windenergie massiv zu beschleunigen. Das BMWK legte Anfang Juni ein umfangreiches Maßnahmenpaket vor, das neben Änderungen im Raumordnungsgesetz (ROG), im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) sowie im Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) auch ein eigenes Wind-an-Land-Gesetz (WaLG) umfasst. Nach

EEG 2023

Das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) ist seit über 20 Jahren Motor der Energiewende. Mit dem **EEG 2023** will der Gesetzgeber diese weltweit beispiellose Erfolgsgeschichte fortschreiben und Sorge dafür tragen, dass die Stromerzeugung in Deutschland bis zum Jahr 2035 treibhausgasneutral erfolgt. Mit dem Osterpaket und dem Sommerpaket sind bereits grundlegende Änderungen und Weiterentwicklungen des Gesetzes angeschoben worden. Erklärtes Ziel des

Anmeldung hier

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Agenda

I. Grundlage EU-NotfallVO

II. Verfahrens- und Prüfungserleichterungen des § 6 WindBG

III. Praktische Umsetzung – Was wird wie von wem geprüft?

I. Grundlage EU-NotfallVO

I. EU-NotfallVO

- **Hintergrund:** Am 30.12.22 ist die VO Nr. 2022/2577 (EU) („EU-NotfallVO“) in Kraft getreten

- **Zielstellung:** EU-NotfallVO als Sofortmaßnahme zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit
  - → Beschleunigung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien
  - → zunächst kurzfristig und vorübergehend
  - → daher ursprünglicher Geltungszeitraum der EU-NotfallVO 18 Monate ab Inkrafttreten am 30.12.2022 (Art. 10 der EU-NotfallVO)

I. EU-NotfallVO

- Zeitlicher Anwendungsbereich:
  - EU-NotfallVO soll kurzfristig und übergangsweise gelten, bis Mitgliedstaaten die RED-III (Erneuerbare-Energien-Richtlinie) umsetzen

    → daher ursprünglich nach Art. 10 zunächst 18 Monate (bis 30.06.2024) angedacht

  - am 19.12.2023 wurde Geltung der EU-NotfallVO **bis 30.06.2025** teilweise verlängert; darunter fällt Artikel 6 der EU-Notfall-VO (2022/2577), auf dessen Grundlage der nationale § 6 WindBG beruht

    → Mitgliedstaaten benötigen Zeit für vollständige Umsetzung der RED-III

I. EU-NotfallVO

- **Gegenstand:** Förderung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien

  → Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens durch Straffung des Verfahrens und erleichterte Genehmigungsvoraussetzungen

  → Art. 6 EU-NotfallVO räumt Mitgliedstaaten Möglichkeit ein:

  - Wegfall der Artenschutzprüfung in EE-Gebieten
  - Wegfall der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in EE-Gebieten

  → Art. 6 EU-NotfallVO als Grundlage für § 6 WindBG

II. Verfahrens- und Prüfungserleichterungen des § 6 WindBG

1. Grundsätzliches zu § 6 WindBG

1. Grundsätzliches zu § 6 WindBG

§ 6 WindBG schafft die Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung ohne UVP und mit modifizierter Artenschutzprüfung

> Wird die Errichtung und der Betrieb oder die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer Windenergieanlage oder dazugehöriger Nebenanlagen im Sinne des § 3 Nummer 15a des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes in einem zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ausgewiesenen Windenergiegebiet nach § 2 Nummer 1 beantragt, ist im Genehmigungsverfahren abweichend von den Vorschriften des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung eine Umweltverträglichkeitsprüfung und abweichend von den Vorschriften des § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes eine artenschutzrechtliche Prüfung nicht durchzuführen. Satz 1 ist nur anzuwenden,
>
> 1. wenn bei Ausweisung des Windenergiegebietes eine Umweltprüfung nach § 8 des Raumordnungsgesetzes oder § 2 Absatz 4 des Baugesetzbuchs durchgeführt wurde und
>
> 2. soweit das Windenergiegebiet nicht in einem Natura 2000-Gebiet, einem Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt.
>
> [...]

1. Grundsätzliches zu § 6 WindBG

Sachlicher Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 S. 1 WindBG

(1) Antrag auf Errichtung und Betrieb bzw. Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer Windenergieanlage

(2) in einem Windenergiegebiet nach § 2 Nr. 1 WindBG

(3) welches zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ausgewiesen ist

(4) und bei dessen Ausweisung eine Umweltprüfung nach § 8 ROG oder nach § 2 Abs. 4 BauGB durchgeführt wurde

- Umweltprüfung seit Umsetzung der SUP-RL 2001/42/EG;
- für Bauleitpläne u. Regionalpläne, die nach dem 20.07.2006 in Kraft getreten sind, verpflichtend
- Bei Plänen, die zw. 21.07.2004 u. 20.07.2006 in Kraft getreten sind, hat Genehmigungsbehörde zu prüfen, ob Umweltprüfung durchgeführt wurde
- **Die Qualität der Umweltprüfung ist nicht von Relevanz**

(5) Ausnahme: Soweit das Windenergiegebiet nicht innerhalb eines Natura-2000-Gebietes, Naturschutzgebietes oder in einem Nationalpark liegt

1. Grundsätzliches zu § 6 WindBG

Zeitlicher Anwendungsbereich:

- Abs. 1 auf Genehmigungsverfahren anzuwenden, die den Antrag bis zum **30.06.25** (ursprüngl. 30.06.2024, aber durch Solarpaket I verlängert) stellen
- „Wahlrecht“ für bereits anhängige Anträge, § 6 Abs. 2 S. 3 WindBG (Stichtag: 29.03.2023)

Rechtsfolge:

UPV:

- Wegfall der Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVPG (damit vereinfachtes Genehmigungsverfahren nach § 19 Abs. 3 BImSchG)
- Auch keine freiwillige UVP, da § 6 Abs. 1 S. 1 WindBG das UVPG für unanwendbar erklärt
- Freiwilliges, förmliches Verfahren (ohne UVP) sinnvoll?

Artenschutz:

- Modifizierte Artenschutzprüfung im Genehmigungsverfahren

2. Lage im Windenergiegebiet

2. Lage im Windenergiegebiet

Voraussetzung: Windenergiegebiet nach § 2 Nr. 1 WindBG

„Im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Windenergiegebiete:

folgende Ausweisungen von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs- oder Bauleitplänen:

a) Vorranggebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen sowie Sonderbauflächen, Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Ausweisungen in Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen;

b) für die Flächenbeitragswerte nach der Anlage Spalte 1 zusätzlich Eignungs- und Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen, wenn der Raumordnungsplan spätestens am 1. Februar 2024 wirksam geworden ist;“

→ Durch Solarpaket I erweitert § 6 WindBG den zeitlich/räumlichen Geltungsbereich:

- Neuregelung in § 6 Abs. 2 S. 5 WindBG, dass § 6 WindBG in Eignungs- und Vorbehaltsgebieten auch dann noch Anwendung findet, wenn der sie ausweisende Raumordnungsplan nach dem 1. Februar 2024 wirksam geworden ist

2. Lage im Windenergiegebiet

In welchem Fall liegt die WEA im Windenergiegebiet?

- Unproblematisch, wenn WEA vollständig (einschließlich der vom Rotor überstrichenen Fläche) im Windenergiegebiet liegt
- Fraglich, wenn nur ein Teil der WEA im Windenergiegebiet liegt
- Vollzugsleitfaden trifft Unterscheidung, aber beurteilt unterschiedlich:

Plan trifft Aussage zu Rotor-in/ -out

vom Rotor überstrichene Fläche innerhalb

nur Mastfuß innerhalb

Plan trifft keine Aussage zu Rotor-in/-out
→ Fundament muss im Windenergiegebiet liegen

2. Lage im Windenergiegebiet

In welchem Fall liegt die WEA im Windenergiegebiet?

- **Problem:** wenn Plan keine Aussage zu Rotor-in /-out trifft

→ Auseinanderfallen von Verfahrensrecht und materiellem Recht

Vollzugsleitfaden zu Verfahrensrecht in dieser Fallkonstellation einerseits:

„kommt es darauf an, ob das Fundament der WEA im Windenergiegebiet liegt“

→ d.h. Rotorblätter können Grenze des Windenergiegebiets überschreiten

Rechtsprechung zu materiellem Recht in dieser Fallkonstellation andererseits:

→ BVerwG nimmt an, dass Rotor außerhalb des Gebietes bauplanungsrechtlich unzulässig ist (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) - *BVerwG, Urteil v. 21.10.2004, 4 C 3.04* -

2. Lage im Windenergiegebiet

In welchem Fall liegt die WEA im Windenergiegebiet?

- Wichtige Neuregelung in § 6 Abs. 1 S. 1 WindBG durch Solarpaket I

  „Wird die Errichtung und der Betrieb oder die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer Windenergieanlage oder dazugehöriger Nebenanlagen im Sinne des § 3 Nummer 15a des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes in einem zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ausgewiesenen Windenergiegebiet nach § 2 Nummer 1 beantragt, […]“

- Verfahrenserleichterungen des § 6 WindBG gelten nun auch für Nebenanlagen i.S.d. § 3 Nummer 15a des EEG (bspw. elekt. Leitungen, Kranstellflächen, Zuwegungen, Transformator- und Übergabestationen)
- **Aber:** nur dann, wenn sie auch tatsächlich in ausgewiesenen Windenergiegebieten liegen (vgl. zweite Beschlussempfehlung und zweiter Bericht zu BT-Drs. 20/11180, S. 154)
- **Problem:** ein Teil der Nebenanlagen, wie bspw. Zuwegungen/ Kabel, werden häufig nicht im Windenergiegebiet liegen

3. Ausgewiesen zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung

3. Ausgewiesen zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung

Frage: Ab wann kann der Genehmigungsantrag unter den Voraussetzungen des § 6 WindBG eingereicht werden?

Zwei Ebenen zu unterscheiden:

Verfahrensrecht

Materielles Recht

3. Ausgewiesen zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung

Verfahrensrecht:

- Wortlaut des § 6 WindBG: Windenergiegebiet nach § 2 Nr. 1 WindBG muss **zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung** ausgewiesen sein
- Was folgt daraus für die Antragstellung? Der Vollzugsleitfaden zu § 6 WindBG konstatiert hierzu:

> Dies bedeutet zum einen, dass der Plan im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht in Kraft sein muss. Die in § 6 WindBG geregelten Erleichterungen kommen auch dann zum Tragen, wenn das Planungsverfahren zur Ausweisung eines Windenergiegebietes zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht abgeschlossen ist, aber im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung voraussichtlich abgeschlossen sein wird.
>
> BMWK/BMUV: Vollzugsempfehlung zu § 6 Windenergieflächenbedarfsgesetz, 19.08.2023, S. 5

- Ausweislich des Vollzugsleitfadens ist damit eine Prognoseentscheidung durch die Genehmigungsbehörde vorzunehmen: **Wird der Plan bis zum Abschluss des Genehmigungsverfahrens in Kraft getreten sein?**

3. Ausgewiesen zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung

Prognoseentscheidung:

Welches Verfahrensstadium muss dann erreicht sein, um den Antrag einzureichen?

> Dies wird regelmäßig nur der Fall sein, wenn die Öffentlichkeit und die in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Behörden im Planungsverfahren bereits beteiligt wurden. Ist dies der Fall, kann das Verfahren nach § 6 WindBG geführt werden.
>
> BMWK/BMUV: Vollzugsempfehlung zu § 6 Windenergieflächenbedarfsgesetz, 19.08.2023, S. 6

- Vollzugsleitfaden spezifiziert nicht, welche Öffentlichkeitsbeteiligung (frühzeitig oder förmlich) erforderlich ist
- Bauleitplanung: Frühzeitige Beteiligung nach § 3 Abs. 1 BauGB wohl – in der Regel - nicht ausreichend, um innerhalb des Genehmigungsverfahrens Prognose über Abschluss zu treffen (vgl. insb. Fristenkette § 10 Abs. 6a BImSchG)
- Jedoch: Hinreichende Verfestigung der Planung braucht es nicht

Ergebnis daher wohl: frühzeitige Beteiligung gemäß § 3 Abs. 1 BauGB wohl in der Regel nicht ausreichend, weil Verfahrensschritte bis Abschluss des Bauleitplanungsverfahrens zu lang dauern könnten – **aber: Einzelfallabhängig**!

3. Ausgewiesen zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung

Materielle Genehmigungsfähigkeit:

Beispielfall: Die Konzentrationsflächenplanung einer Gemeinde steht der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Windenergievorhabens gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB entgegen. Geplant ist die Ausweisung eines Windenergiegebietes in Gestalt einer IPP, das Bauleitplanverfahren befindet sich jedoch in einem frühen Stadium (frühzeitige Beteiligung).

- Ablehnung des Genehmigungsantrages wegen bauplanungsrechtlicher Unzulässigkeit (§ 35 Abs.3 S. 3 BauGB)?
- **§ 245e Abs. 4** hilft nach förmlicher Beteiligung. So bestimmt § 245e Abs. 4:

> Die in Absatz 1 Satz 1 genannten Rechtswirkungen können Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nicht entgegengehalten werden, wenn an der Stelle des Vorhabens in einem Planentwurf eine Ausweisung für Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, vorgesehen ist, für den Planentwurf bereits eine **Beteiligung nach § 3 Absatz 2, § 4 des Baugesetzbuchs oder § 9 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes** durchgeführt wurde und anzunehmen ist, dass das Vorhaben den künftigen Ausweisungen entspricht.

- um Gleichlauf von § 6 und § 245e Abs. 4 BauGB (Antrag mit mod. Artenschutzprüfung u. ohne UVP) zu erreichen: Jedenfalls Beteiligung nach § 3 Abs. 2 BauGB abzuwarten, bevor der Genehmigungsantrag eingereicht wird

4. Vollständigkeit, Grundstücksrechte und Funktionsflächen

4. Vollständigkeit, Grundstücksrechte und Funktionsflächen

Antrag muss bis zum Ablauf des 30.06.2025 gestellt sein

Nach Vollzugsleitfaden ist Vollständigkeit der Antragsunterlagen nicht erforderlich

Aber:

> Der Antragsteller hat bei der Antragstellung nachzuweisen, dass er das Grundstück, auf dem die Windenergieanlage errichtet werden soll, für die Errichtung und den Betrieb vertraglich gesichert hat.

Frage: Welche Verträge müssen vorgelegt werden , um die Anforderung nach § 6 Abs. 2 S. 2 WindBG zu erfüllen?

- Für die Anwendbarkeit des § 6 WindBG hat der Antragsteller bei der Einreichung des Genehmigungsantrages nachzuweisen, dass er das Grundstück, auf dem die Windenergieanlage errichtet werden soll, vertraglich so gesichert hat, dass ihm der Eigentümer die Errichtung der WEA gestattet. *vgl. BT-Drs.20/5830, S. 49*

4. Vollständigkeit, Grundstücksrechte und Funktionsflächen

Frage: Welche Verträge müssen vorgelegt werden, um die Anforderung nach § 6 Abs. 2 S. 2 WindBG zu erfüllen?

- In jedem Fall: „Pachtvertrag“ für das Grundstück, auf dem die WEA errichtet werden soll
- Klarstellung in Vollzugsleitfaden:

  „Nachweise über die vertragliche Sicherung der vom Rotor überstrichenen Fläche, der Abstandsflächen, der Zuwegung oder des Netzanschlusses sind nicht erforderlich“

- **Aber** insb. keine Aussage zu temporären Bauflächen

4. Vollständigkeit, Grundstücksrechte und Funktionsflächen

Frage: Droht gesetzlich verankerte Erweiterung der zu sichernden Flächen durch Solarpaket I ?

- **Ausgangspunkt:**

  § 6 WindBG gilt nun für *„Windenergieanlage oder dazugehöriger Nebenanlagen im Sinne des § 3 Nummer 15a des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes in einem zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ausgewiesenen Windenergiegebiet“*

- **Frage:** Erstreckt sich Nachweis der Grundstücksverfügbarkeit nun auf alle Nebenanlagen i.S.d. § 3 Nr. 15a EEG im Windenergiegebiet?

- **Argument contra:**

  trotz Erweiterung des Anwendungsbereiches auf Nebenanlagen im Windenergiegebiet, keine Änderung des Wortlauts von § 6 Abs. 2 S. 2 WindBG

  „nachzuweisen, dass er das Grundstück, auf dem die Windenergieanlage errichtet werden soll, <u>für die Errichtung und den Betrieb</u> vertraglich gesichert hat“

  dort also keine Einbeziehung der Nebenanlagen

III. Praktische Umsetzung – Was wird wie von wem geprüft?

1. Freiwillige Vorlage von Daten sinnvoll?

1. Freiwillige Vorlage von Daten sinnvoll?

- Was ist überhaupt vorzulegen?

bspw.

- UVP- oder UVP-Vorprüfungsunterlagen (–)
- Artenschutzfachbeitrag/Raumnutzungsanalyse/Habitatpotenzialanalyse (–)
- FFH-Verträglichkeitsprüfung (+)
- Landschaftspflegerischer Begleitplan (+)

1. Freiwillige Vorlage von Daten sinnvoll?

§ 6 Abs. 1 S. 3 WindBG regelt:

> Die zuständige Behörde hat auf Grundlage vorhandener Daten geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen in den Windenergiegebieten anzuordnen, um die Einhaltung der Vorschriften des § 44 Absatz 1 BNatSchG zu gewährleisten, sofern die Daten eine ausreichende räumliche Genauigkeit aufweisen und zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag nicht älter als fünf Jahre sind.

- Artenschutzrecht wird in modifizierter Art berücksichtigt, die im Ergebnis dazu führt, dass das besondere Artenschutzrecht der Genehmigung von WEA im Anwendungsbereich des § 6 WindBG nicht mehr entgegenstehen kann.

- auch wenn ein Vorhaben den Tatbestand artenschutzrechtlicher Verbote i. S. d. § 44 Abs. 1 BNatSchG erfüllt, ist die Genehmigung zu erteilen:
    - mit Minderungsmaßnahmen
    - auch wenn mangels Daten gar keine Prüfung erfolgen kann
    - dann mit Verpflichtung zur Ausgleichsabgabe
    - keine artenschutzrechtliche Ausnahme erforderlich (§ 6 Abs. 1 S. 12 WindBG)

1. Freiwillige Vorlage von Daten sinnvoll?

- Keine Pflicht des Betreibers, eine Kartierung oder ein Fachgutachten vorzulegen
- Behörde entscheidet auf der Grundlage *„vorhandener Daten“*
    - Welche Qualität müssen diese aufweisen?
    - Das Gesetz äußert sich nur zum Alter und zur ausreichenden räumlichen Genauigkeit der Daten

Dazu Vollzugsleitfaden:

- unter fachlichen Gesichtspunkten erhoben
- der Behörde bekannt und sie hat darauf tatsächlich und rechtlich Zugriff
- insbesondere Daten aus behördlichen Datenbanken und behördlichen Katastern, aus anderen Genehmigungs- und Planungsverfahren; auch solche, die der Antragsteller im laufenden Genehmigungsverfahren bereits vorgelegt hat oder freiwillig vorlegt
- auch Daten Dritter, wenn sie nach einem vergleichbaren fachlichen Standard erhoben wurden

1. Freiwillige Vorlage von Daten sinnvoll?

- keine bloßen Hinweise und Sichtungen von sog. *„interessierten Bürgern“*

- sind keine Daten *vorhanden*, die den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, ist die Rechtsfolge:
    - diese Daten können nicht vom Betreiber gefordert werden
    - auch keine Untersuchungen durch die Behörde selbst
    - eine Zahlung in Geld wird festgelegt
        - ➢ freiwillige Vorlage von Daten zur Vermeidung von Ausgleichszahlungen?

2. Gestaltungshoheit für Schutzmaßnahmen

2. Gestaltungshoheit für Schutzmaßnahmen

Gemäß § 6 Abs. 1 S. 3 WindBG:

> Die zuständige Behörde hat auf Grundlage vorhandener Daten geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen in den Windenergiegebieten anzuordnen, um die Einhaltung der Vorschriften des § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes zu gewährleisten, sofern die Daten eine ausreichende räumliche Genauigkeit aufweisen und zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag nicht älter als fünf Jahre sind.

→ **Gestaltungshoheit der Behörde**

- Vollzugsleitfaden dazu aber sehr verwirrend und widersprüchlich:
  - Mitteilung der Behörde gegenüber dem Betreiber, ob und welche Daten für die relevanten besonders geschützten Arten vorhanden sind.

> Auf dieser Grundlage und unter Inanspruchnahme öffentlich zugänglicher Daten prüft dieser [also der Betreiber!?], ob für die relevanten besonders geschützten Arten Daten vorhanden sind, aus denen sich das Erfordernis von Minderungsmaßnahmen ergibt. Die aus Sicht des Antragstellers geeigneten und verhältnismäßigen Minderungsmaßnahmen hat dieser [also der Betreiber!?] in einem Maßnahmenkonzept darzustellen und der Genehmigungsbehörde vorzulegen

2. Gestaltungshoheit für Schutzmaßnahmen

→ „Ping Pong“-Spiel?

- Sinn und Zweck des Gesetzes: Beschleunigung von Genehmigungsverfahren
- im Einzelfall evtl. vorteilhaft Minderungsmaßnahmen selbst vorzuschlagen?

→ nur 2 Absätze weiter im Vollzugsleitfaden:

- eigene Prüfung der vorhandenen Daten und der geeigneten Minderungsmaßnahmen durch die Behörde:

> Sind geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen verfügbar, hat die zuständige Behörde als gebundene Entscheidung Minderungsmaßnahmen anzuordnen.

2. Gestaltungshoheit für Schutzmaßnahmen

Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen

- nach § 6 Abs. 1 S. 3 WindBG sind:

> „geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen in den Windenergiegebieten anzuordnen“

Geeignete Minderungsmaßnahmen für WEA?

- Minderungsmaßnahmen sind geeignet, wenn sie **rechtlich** und **tatsächlich** in der Lage sind, ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken und **fachlich** anerkannt sind

  → dürfen rechtlich nicht ausgeschlossen sein, das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken

  → bei Lage der WEA im „Nahbereich“ nach § 45b Abs. 2 BNatSchG ist Tötungsrisiko von Gesetzes wegen stets signifikant erhöht → lässt sich nicht unter Signifikanzschwelle senken

  → unter tatsächlichen Gesichtspunkten umsetzbar und erfolgversprechend sein

  → für Schaffung von Ablenk- oder Vergrämungsflächen muss Flächensicherung möglich sein

  → unter fachlichen Gesichtspunkten wirksam sein

  → bspw. Lage der Ablenk- oder Vergrämungsflächen im „Nahbereich“ um den Brutplatz fachlich wohl nicht wirksam, da hier unkontrollierte Flugbewegungen zu erwarten sein dürften

2. Gestaltungshoheit für Schutzmaßnahmen

Verhältnismäßigkeit bei Abschaltungen von WEA

- bei Anordnung von zusätzlichen Minderungsmaßnahmen, die die Abschaltung von WEA betreffen, darf **Zumutbarkeitsschwelle nach § 45b Abs. 6 S. 2 BNatSchG** nicht überschritten werden
- Zumutbarkeitsschwelle wird überschritten, wenn Jahresenergieertrag um mehr als 8 % bei (windreichen) Standorten (Gütefaktor von 90%; vgl. § 36h Abs. 1 S. 5 EEG) und an allen anderen Standorten um mehr als 6 % verringert wird:
  - ➢ für Ermittlung der Verringerung um mehr als 8 % bzw. 6 % des Jahresenergieertrags wird Summenbetrachtung aller Minderungsmaßnahmen vorgenommen
    - → dabei werden nicht nur Abschaltungen, sondern auch alle anderen Schutzmaßnahmen in der Berechnung zur Verringerung des Jahresenergieertrags mitberücksichtigt
    - → aber Achtung: auch wenn sonstige Schutzmaßnahmen in der Berechnung mitberücksichtigt werden, geht es im Ergebnis bei der Beurteilung der Zumutbarkeitsschwelle nur um die Zumutbarkeit der Abschaltmaßnahmen; nicht um die Zumutbarkeit anderer Schutzmaßnahmen
    - → da sämtliche Minderungsmaßnahmen in der Berechnung zu berücksichtigen sind, gilt dies auch für Minderungsmaßnahmen in der Errichtungsphase
  - ➢ zur Ermittlung der Zumutbarkeitsschwelle enthält Anlage 2 des BNatSchG eine Berechnungsformel

3. Fledermausabschaltung und Ausgleichsabgabe – für immer und ewig?

3. Fledermausabschaltung u. Ausgleichsabgabe – immer und ewig?

Zu Fledermausabschaltungen:

§ 6 Abs. 1 S. 4 WindBG regelt:

> Geeignete Minderungsmaßnahmen nach Satz 3 zum Schutz von Fledermäusen hat die Behörde insbesondere in Form einer Abregelung der Windenergieanlage anzuordnen, die auf Grundlage einer zweijährigen akustischen Erfassung der Fledermausaktivität im Gondelbereich anzupassen ist.

- Abschaltung zum Schutz von Fledermäusen dem Grunde nach gesetzlich festgelegt
  - ➢ freiwillige Vorlage von Daten/Kartierungen, soweit keine bzw. keine windkraftsensiblen Fledermäuse vorhanden
- Umfang des konkreten Abschaltalgorithmus ist im Gesetz nicht festgelegt
  - ➢ maßgeblich sind „worst case“-Abschaltalgorithmen der Länderleitfäden (siehe Vollzugsleitfaden)
- Ist das Gondelmonitoring zur Anpassung der Abschaltalgorithmen verpflichtend?
  - ➢ laut Vollzugsleitfaden zu § 6 WindBG nur freiwilliges Gondelmonitoring, wenn Abschaltzeiten auf Grundlage eines „worst case“-Szenarios angeordnet wurde, ansonsten verpflichtend
  - → Problem: Erkenntnisse aus Monitoring können auch zur Verschärfung der Algorithmen führen

3. Fledermausabschaltung u. Ausgleichsabgabe – immer und ewig?

Festsetzung einer Ausgleichsabgabe nach § 6 Abs. 1 S. 5 und 6 WindBG:

> Soweit geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen nicht verfügbar oder Daten nicht vorhanden sind, hat der Betreiber eine Zahlung in Geld zu leisten.

> Die Zahlung ist von der zuständigen Behörde zusammen mit der Genehmigung für die Dauer des Betriebes als jährlich zu leistender Betrag festzusetzen. Die Höhe der Zahlung beträgt:
> 1. 450 Euro je Megawatt installierter Leistung, sofern Schutzmaßnahmen für Vögel angeordnet werden, die die Abregelung von Windenergieanlagen betreffen, oder Schutzmaßnahmen, deren Investitionskosten höher als 17 000 Euro je Megawatt liegen,
> 2. ansonsten 3 000 Euro je Megawatt installierter Leistung.

- Kann die Abgabenzahlung nach erfolgten Untersuchungen aufgehoben werden bzw. durch Minderungsmaßnahmen ersetzt werden?
  - Dagegen könnte sprechen: jährliche Beitragszahlung ist Kompromiss zur Beschleunigung
  - andererseits: ökologisches Schutzniveau kann durch nachträgliche Minderungsmaßnahmen besser erreicht werden und Ziel der Beschleunigung durch Errichtung und Inbetriebnahme ist Genüge getan

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Tel. 0341/978566-0
Fax 0341/978566-99

E-Mail: kontakt@prometheus-recht.de

www.prometheus-recht.de