

Windbranchentag Schleswig-Holstein - 26.04.2023

Genehmigungsrecht: Aktuelle Gesetzgebung auf Bundesebene und Herausforderungen für Schleswig- Holstein

Dr. Michael Rolshoven

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Lietzenburger Straße 51, 10789 Berlin
www.tettaupartners.de



Dr. Michael Rolshoven

Michael Rolshoven ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Tettau | Partnerschaft. Das dortige Team Erneuerbare Energien ist seit über 20 Jahren, derweil mit sieben Anwaltskollegen, auf alle Rechtsfragen der Projektentwicklung und -veräußerung im Bereich der Erneuerbaren Energien spezialisiert.



Herr Dr. Rolshoven berät seit 2001 zahlreiche EEG-Projektierungsunternehmen vornehmlich in Fragen des Anlagenzulassungsrechts, des Umweltrechts und des Bau- und Planungsrechts. Er ist Mitglied des Juristischen Beirats des BWE und langjährig im BWE-Arbeitskreis Naturschutz tätig (Mitglied des Sprecherkreises).

Das anwaltliche Team der tettau Partnerschaft

Entschieden für Erneuerbare!





Unser Beratungsumfang in den EE:





Genehmigungsrecht: Aktuelle Gesetzgebung auf Bundesebene

- I. **Osterpaket & Co. aus 2022:** Zwischenbilanz und weiterer Handlungsbedarf

- II. **Im Fokus: Naturschutz** in Genehmigungsverfahren unter der **EU-Notfall-Verordnung**



I.

„Osterpakete“ & Co. aus 2022:

Zwischenbilanz und
Handlungsbedarf

„Oster- bzw. Sommerpaket 2022“ / „Wind-an-Land-Gesetz“



EEG 2022

- § 2 EEG: auch **WEA** „im überragenden öffentlichen Interesse“

WindBG

- **2%-Flächenbeitragswert gesetzlich verankert)**

Änderungen des BauGB:

- Wegfall der Privilegierung bei Erreichung der **Flächenbeitragswerte**
↔ Wegfall Ausschlusswirkung bei Nicht-Erreichung!
- **Repowering** gestärkt auch außerhalb von Konzentrationsflächen (§ 245e III BauGB)

Änderungen BNatSchG

- („**Rotmilan und Seeadler niemals Ablehnungsgrund**“)



→ ... und es kam / kommt noch mehr:

- Nov./Dez. 2022:
 - Weitere Änderungen des BauGB (z.B. **erdrückende Wirkung** und „2H“)
 - BImSchG-Novellen (z.B. **Typenänderung, § 16b BImSchG**)
- März 2023: **ROG-Novelle** (keine Eignungsgebiete mehr → „Vorlage“ zur **Positivplanung**; Planerhaltung)
- März 2023: Änderungen in VwGO und BImSchG zur Verfahrensbeschleunigung (u.a. OVG Schleswig: **Vorrang von Gerichtsverfahren mit WEA!**)
- Aktuell in der Pipeline ...
 - **BImSchG-Novelle** (Kabinettsentwurf, Repowering ausgeweitet)
 - VO-Entwurf zur sog. **Habitatpotentialanalyse**



Zur Bewertung von WindBG, BauGB-Novelle etc.

- § 2 EEG auch jenseits des EEG einschlägig?
 - ja nach OVG Greifswald, Urteil vom 07.02.2023 - 5 K 171/22
- WindBG: 2%-Flächenziel gesetzlich festgeschrieben
 - Kritik: Kurzfristig keine neuen Flächen, „Flächenbedarfswert 1“ muss erst Ende 2027 erreicht sein!
- Repowering erweitert (§ 245e Abs. 3 BauGB) durch „Planungsprivileg“
 - *beachte: aktueller Entwurf von § 16b BImSchG erweitert Repowering erneut (Kabinettsentwurf: 5H, 48 Monate, „Anzahl“)*
- VwGO-Novelle und BImSchG-Novelle aus März 2023
 - Kritik: erneut keine Präklusion, keine wesentlichen Verfahrensvereinfachungen
 - womöglich dennoch: schnellere Entscheidungen der Gerichte (Bsp. OVG Schleswig)



II.

Im Fokus: Naturschutz in Genehmigungsverfahren unter der EU-Notfall-VO



Überblick – BNatSchG-Novelle 2022: was wurde eingefügt?

Öffnung von **LSG**
(§ 26 Abs. 3)

§ 74: Übergangsregelung

§ 54: BMU soll
Anlage 1 ergänzen
/anpassen

Detailregelung zu Brutvögeln
Tötungsverbot und
„**Signifikanz**“ (abschließende
kollisionsgefährdete Vögel,
Schutzmaßnahmen,
§ 45b Abs. 1 bis 5 + Anlage 1)

Ausweitung der
artenschutzrechtl.
Ausnahmen
(§§ 45b Abs. 8, 9)

Neuregelungen zu
Repowering, § 45c
(Artenschutz und
Kompensation)

Artenhilfs-
programme
(§ 45d)



Zentraler Prüfbereich

→ idR. eine
Schutzmaßnahme
(OVG Münster,
a.a.O.)

Nahbereich

→ idR. Ausnahme

Erweiterter
Prüfbereich

→ i.d.R.
keine
Kartierung u.
kein Problem



gesetzl. Schutzmaßnahmen (und OVG Münster*)

Kleinräumige Standortwahl

„Micro-Siting“
(zweifelhaft im Windgebiet)

Antikollisionssysteme
(praxistauglich?)

Mahdabschaltung
(zu § 45b Abs. 9: leider entfallen)

Ausweich-Nahrungshabitate
(bewährt)

Phänologiebedingte **Abschaltungen**
(OVG Münster*: „ultima ratio“)

Senkung der Attraktivität im Mastfußbereich
(Achtung: Umfang)

sonstige ...

*OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 - 22 A 1184/18



Zur Bewertung der BNatSchG-Novelle (2022)

- Signifikanz: § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG: **Standardisierung** u. Operationalisierung, Klarheit bei Schutzmaßnahmen; Zurückdrängen von HPA, jedenfalls der RNA
- § 45b Abs. Abs. 7, 8: **Anspruch auf Ausnahme** hilfreich, indes: Umsetzung schwierig (Berechnung der Ausgleichzahlung unklar)
- **Repowering**, 45c BNatSchG: praktikabel? (erneute Neufassung § 16b BImSchG 2023) und **Öffnung LSG** hilfreich im Einzelfall
- HPA-Anforderungen: Aktueller VO-Entwurf kaum hilfreich!?
- **Kern-Kritik: ein (angeblicher) Konflikt von WEA und Wind wird erstmals im Gesetz „festgeschrieben“!?**
- **Problem, was nicht von Novelle umfasst ist:** Fledermäuse, Störungsverbot, baubedingte Aspekte, Vogelzug und Ansammlungen

→ Antwort: **EU-Not-VO!?** ...



EU-Notfall-Verordnung und § 6 WindBG

- „Paradigmenwechsel“:
- Genehmigung für Geld?



1. Kernaussagen zu EU-Notfall-VO 2022/2577 und § 6 WindBG:

1. **UVP** soll künftig bei WEA-Planung grds. (wieder) die Ausnahme sein

2. Artenschutzrecht

- bezieht sich künftig auf Arten („Population“), nicht mehr auf Individuen
- Insbesondere: Artenschutz ist innerhalb von Windeignungsgebieten niemals ein Ablehnungsgrund
- Artenschutz bezogen auf WEA wird künftig im Wesentlichen eine staatliche Aufgabe

3. Zentrale **Einschränkung**: WEA-Planung liegt in **Windenergiegebiet**



2.

Europarechtlicher Hintergrund (§ 6 EU-Notfall-VO)



➤ **Struktur der Notfall-Verordnung (EU) 2022/2577 vom 30.12.2022**

- Art. 1 Gegenstand und Anwendungsbereich
- Art. 2 Begriffsbestimmung
- Art. 3 **Überwiegendes öffentliches Interesse**
- Art. 4 GenehmigungsVf. für **Solarenergieanlagen**
- Art. 5 **Repowering**
- **Art. 6 GenehmigungsVf. für EE-Anlagen**
- Art. 7 Wärmepumpen
- Art. 8 bis Art. 10 Fristen, Überprüfung, Inkrafttreten und Geltungsdauer



Zusammenfassung zu Art. 6 EU-Notfall-VO 2022/2577

- EU- Mitgliedstaat (wie Dtl.) kann (und hat mit § 6 WindBG) Gesetz erlassen,
- wonach in für WEA **ausgewiesenen Gebieten**
- auf **UVP und artenschutzrechtliche Bewertung** verzichtet werden kann
- mit der Folge, dass
 - auf Grundlage von vorhandenen Daten **Minderungsmaßnahmen** ergriffen werden
 - **oder finanzieller Ausgleich** für Artenschutzprogramm für Sicherung des Erhaltungszustands erfolgt
- zunächst Befristung auf 18 Monate, aber: im Wesentlichen **dauerhaftes Recht**, weil **„Brücke“ zur RED*-IV-Richtlinie**

*RED = Renewable Energy Directive



3.
Der neue § 6 WindBG
(„frisch in Kraft“ seit dem 22.03.2023)



Anwendungsbereich:

§ 6 Verfahrenserleichterungen in Windenergiegebieten; Verordnungsermächtigung*

(1) Wird die Errichtung und der Betrieb oder die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer WEA

in einem zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung **ausgewiesenen Windenergiegebiet** nach § 2 Nr. 1 beantragt,

ist im Genehmigungsverfahren abweichend von den Vorschriften des UVPG **eine UVP** und abweichend von den Vorschriften des § 44 Abs. 1 BNatSchG **eine artenschutzrechtliche Prüfung nicht durchzuführen.**

- Zentrale Rechtsfolge: Keine UVP und keine Artenschutzprüfung!
- Kein Wahlrecht des Vorhabensträgers! („ist“)



2. Rechtsfolge, **Alternative 1**:

Die zuständige Behörde hat **auf Grundlage vorhandener Daten** geeignete und verhältnismäßige **Minderungsmaßnahmen** in den Windenergiegebieten anzuordnen, um die Einhaltung der Vorschriften des § 44 Abs. 1 des 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.

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



2. Rechtsfolge, **Alternative 2:**

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 WEA betreffen, oder Schutzmaßnahmen, deren Investitionskosten höher als 17 000 Euro je Megawatt liegen,
2. ansonsten 3.000 Euro je Megawatt installierter Leistung.



3. Sonderabgabe, Verwendung

Sie ist von dem Betreiber der WEA als **zweckgebundene Abgabe an den Bund** zu leisten. Die Mittel werden vom BMUV bewirtschaftet. Sie sind für Maßnahmen nach § 45d Abs. 1 BNatSchG zu verwenden, für die nicht bereits nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung besteht und die der Sicherung oder Verbesserung des **Erhaltungszustandes** der durch den Betrieb von WEAn betroffenen Arten dienen. Das BMWK soll im Einvernehmen mit dem BMUV durch **Rechtsverordnung** mit Zustimmung des Bundesrates die **Einzelheiten** der nach Satz 5 erforderlichen Zahlung bestimmen. **Eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG ist nicht erforderlich.**

→ Hinweis auf Erhaltungszustand, d.h. nicht (mehr) auf Individuum



4.

Gilt nur im „Windenergiegebiet“
- der „Flaschenhals“?



„ausgewiesene Windenergiegebiete“ (§§ 2, 6 Abs. 1 S. 2 WindBG)

nicht erfasst: Natura-
2000-Gebiete,
Naturschutzgebiet,
Nationalpark

Regionalplanung
(**Eignungsgebiete**,
Vorranggebiete,
Vorbehaltsgebiete)

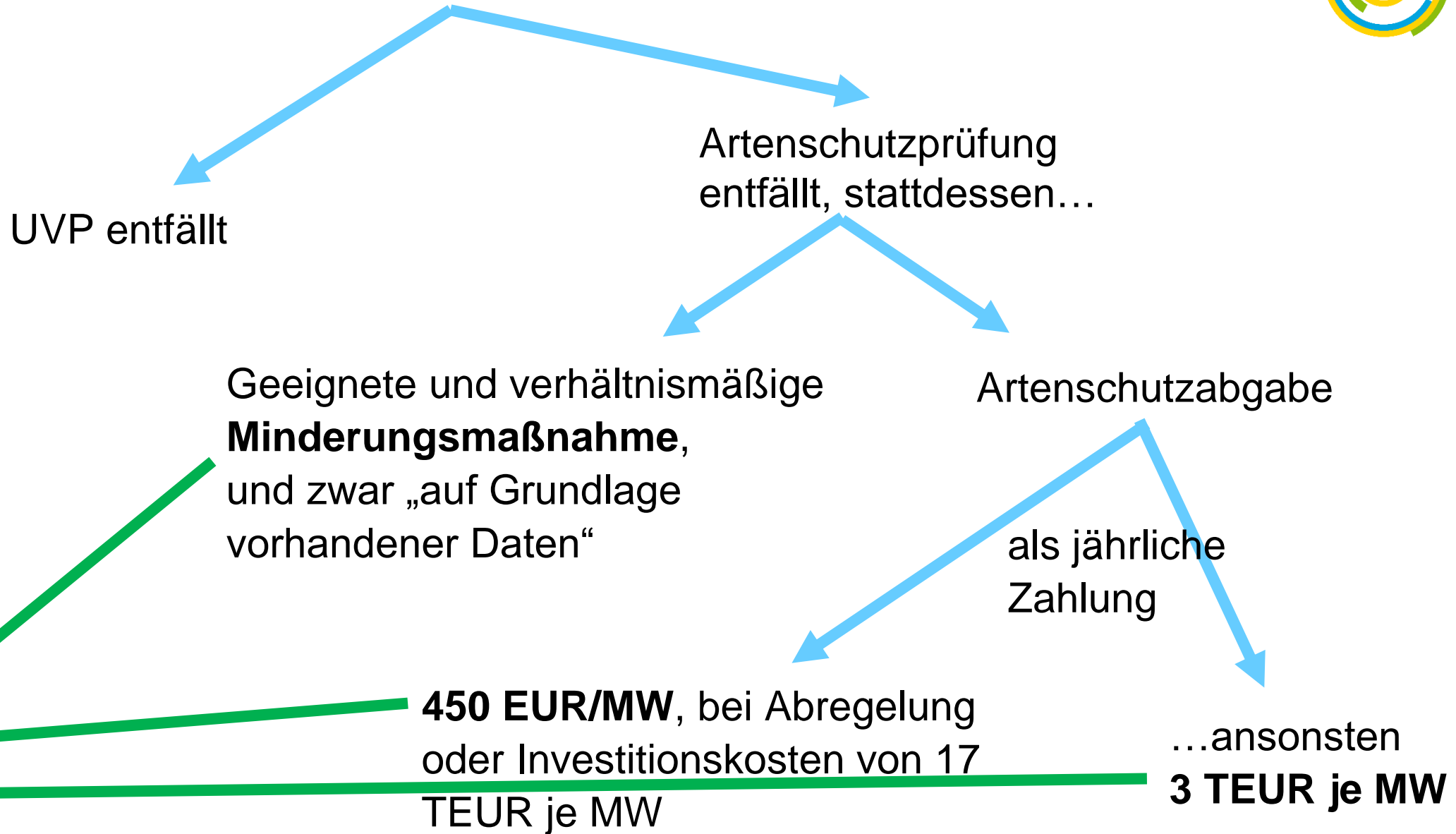
Flächennutzungsplan
(„**SO-Wind**“)

in Aufstellung befindliche
Gebiete?

angegriffene / unwirksame Pläne? OVG
Schleswig, Urt. v. 22.03.2023 – 5 KN 53/21
(unwirksame LSG-VO kein weiches Tabu!)



Rechtsfolgen nach § 6 WindBG





5.
Bonus-Material.
Offene/ zu diskutierende
Fälle und Fälle



6.

Quintessenzen / Thesen / Ausblick
zu BNatSchG-Novelle, EU-Not-VO
und § 6 WindBG



- Das **Artenschutzrecht** in Windenergiegebieten führt **niemals** zur **Ablehnung** einer WEA – erst recht mit § 6 WindBG
- Nicht mehr die Individuenschutz, sondern der **Populationsschutz** (Erhaltungszustand) ist künftig der Maßstab
- **Bestandserfassung** innerhalb von WEA-Gebieten **kann künftig entfallen** (ggf. hilfreich, um Minderungsmaßnahme statt Zahlung zu erreichen)
- Nicht nur „kollisionsgefährdete Großvogelarten“ i.S. von § 45b, Anlage 1, **erfasst**, sondern **alle artenschutzrechtlichen Konflikte** (Haselmaus etc.)
- **UVP** und auch artenschutzrechtliche Prüfung wird auf das europarechtlich vorgesehene Maß **zurückgeführt** (hierunter Fallen WEA-Vorhaben **i.d.R. nicht!**)
- **Artenschutz** bei WEA wird insoweit künftig als **staatliche Aufgabe** verstanden, finanziert durch Artenschutzabgabe, *m.a.W. just die Windenergie soll zahlen!?*

Abschlussfolie:



- ... **jedes** Ihrer laufenden und künftigen **WEA-Genehmigungsverfahren** ist „vor der Folie“ von „Osterpakete“ und vor allem des § 6 WindBG 2023 **neu zu bewerten!**
- ... womöglich **entfällt** künftig langjähriger **Fokus auf fehlerhafte Flächenausweisungen** (vgl. zuletzt OVG Schleswig, Urt. v. 22.03.2023 – 5 KN 53/21 – Planungsraum I),
- ... ebenso **Fokus auf Artenschutzprüfung entfällt** nach § 6 WindBG im künftigen Regelfall
- ... womöglich folgen auch in Schleswig-Holstein (relativ) rasch Ausweisung von Windeignungsgebiete (Positivplanung, Bsp. Brandenburg) und sodann WEA-Genehmigung auf Grundlage von § 6 WindBG – vereinfacht ohne UVP und ohne Artenschutzprüfung (→ „schnelle Genehmigung gegen Geld!?“)



Ein wirklicher Paradigmenwechsel – viel spricht dafür !?



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Haben Sie Fragen? Sprechen Sie uns auch gerne nach der Veranstaltung an!

RA Dr. Michael Rolshoven

rolshoven@tettaupartners.de

Weitere Ansprechpartner zu diesen Themen:

RA Philipp v. Tettau

tettau@tettaupartners.de

RAin Anja Purwins

purwins@tettaupartners.de

RA Philipp Martens

martens@tettaupartners.de