



Energie Newsletter

Oktober 2022

[GGSC]

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,
die Klimaschutzpläne der Bundesregierung haben mit dem sog. Osterpaket und den nachfolgenden Änderungen Konturen erhalten. Der Schwerpunkt der Modifikationen lag zunächst beim EEG. Die Abschaffung der EEG-Umlage zum 01.07.2022 bietet unseres Erachtens gerade für Mehrfamilienhäuser und Kundenanlagen starke Impulse zur Umsetzung von erneuerbaren Energiekonzepten. Viele Neuerungen treten jedoch erst 2023 in Kraft.

Mittlerweile sind eine ganze Reihe weitere Neuerungen beschlossen worden, die in diesem schon sehr ausführlichen Newsletter aber nur exemplarisch erörtert werden können. Auch außerhalb des EEG sind wichtige Leitplanken für die weitere Forcierung des Ausbaus erneuerbarer Energien gesetzt worden.

Dieses und weitere Themen finden Sie in diesem Newsletter.

Ihr [GGSC] Anwaltsteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [OVG Münster hat immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Windpark Knippen endgültig bestätigt - Plädoyer für den Vorrang eines Ausbaus von erneuerbaren Energien](#)
- [Änderung des Begriffs der Stromlieferung durch Streichung der Eigenversorgung im EEG](#)
- [Gesetzgeber ändert wichtige Regelungen im Naturschutzrecht für die Errichtung von Windenergieanlagen](#)
- [Forderung nach einem Geothermie-Erschließungsgesetz](#)
- [Erleichterungen für die Errichtung von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten](#)
- [Neue Leitfäden für den Bundesverband Solarwirtschaft](#)
- [Ausblick: Gesetzesänderungen wegen Gasmangellage](#)
- [Härtefallentschädigung – Auch zwei Jahre nach grundlegender BGH-Entscheidung immer noch holprig](#)
- [Wichtige Erleichterungen für die Genehmigung von Repowering-Vorhaben](#)
- [Schnellverfahren in der Gasmangellage](#)
- [Flächenbeitragswerte als Motor des Windkraftausbaus](#)
- [Wichtige Neuerungen aus dem Wind-An-Land-Gesetz für die Zulassung von Windenergieanlagen im Außenbereich](#)

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Stralauer Platz 34
10243 Berlin

Tel. 030 726 10 26 0
Fax 030 726 10 26 10

www.ggsc.de
berlin@ggsc.de



[OVG MÜNSTER HAT IMMISSIONSSCHUTZRECHTLICHE GENEHMIGUNG FÜR WINDPARK KNIPPEN ENDGÜLTIG BESTÄTIGT- PLÄDOYER FÜR DEN VORRANG EINES AUSBAUS VON ERNEUERBAREN ENERGIEN]

Das OVG Münster hat mit Beschluss vom 31.08.2022 (22 A 1704/20) das Urteil des VG Arnsberg vom 18.05.2020 bestätigt und den Antrag eines Anwohners auf Zulassung der Berufung seiner Klage gegen die Genehmigung für den Windpark abgelehnt.

Dem Beschluss war eine langjährige gerichtliche Auseinandersetzung über die Rechtmäßigkeit der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für drei Windenergieanlagen („WEA“) vorausgegangen (vgl. unseren [Beitrag im Energie Newsletter vom Juli 2020](#)).

Wesentlicher Inhalt des Beschlusses

Das OVG Münster ging sehr ausführlich auf die vorgetragenen Angriffspunkte ein. Dabei setzte sich das OVG auch mit den Details der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) auseinander. Das Gericht stellte zur vom Kläger verlangten Einbeziehung von Bestandsanlagen fest, dass ein bloßes Überschneiden von Einwirkungsbereichen nicht ausreicht, um weitere WEA und deren Auswirkungen in eine UVP mit einbeziehen zu müssen.

Weiterhin würdigte das OVG die – nachträglich noch einmal vertieften – umfangreichen

naturschutzrechtlichen Untersuchungen. Dabei führt das Gericht auch ausdrücklich aus, dass wahllos mitgeteilte Beobachtungen von Anwohnern über angebliche Flugbewegungen im Gefahrenbereich von WEA aufwändig durchgeführte naturschutzfachliche Gutachten nicht in Frage stellen können.

Sehr hilfreich für die Praxis ist die Aussage des OVG, dass – gerade bei großflächigen Schutzgebieten – die Betreibergesellschaft nicht dazu verpflichtet sein kann, für diese Schutzgebiete Bestandsdaten über geschützte Tierarten fortlaufend zu aktualisieren.

Zusätzlich setzt sich das OVG mit den Auswirkungen des neugefassten § 2 EEG auseinander.

Das OVG Münster hebt dabei das vom Gesetzgeber postulierte überragende öffentliche Interesse an dem Ausbau der erneuerbaren Energien; mithin auch der Errichtung und dem Betrieb von WEA deutlich hervor. Staatliche Behörden müssen dieses überragende öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern insofern berücksichtigen, dass das Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien u.a. gegenüber dem Landschaftsbild, dem Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht nur in Ausnahmefällen überwiegt.



Fazit und Ausblick

Das OVG Münster entscheidet einen insgesamt über fast 7 Jahren dauernden Rechtsstreit zugunsten des Windparks Knippen. Gleichzeitig weist es die leider nicht seltene Praxis in die Schranken, dass Anwohner oder sonstige Dritte versuchen, mit dem Verweis auf angeblich „gefährliche“ Flugrouten detaillierte und aufwändig vorgenommene Untersuchungen von Naturschutzgutachtern zu diskreditieren. Die Besonderheit bestand vorliegend darin, dass die Betreibergesellschaft mit der Errichtung der WEA trotz der eingeleiteten Klage begonnen und die WEA in Betrieb genommen hatte.

Für weitere Vorhaben sehr wichtig ist die vom Gesetzgeber in § 2 EEG neu eingeführte Vorrangregelung für Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien. Das OVG Münster betont ausdrücklich, dass sonstige Interessen wie das Landschaftsbild oder der Denkmalschutz nur im Ausnahmefall der Errichtung von WEA entgegenstehen dürfen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ÄNDERUNG DES BEGRIFFS DER STROMLIEFERUNG DURCH STREICHUNG DER EIGENVERSORGUNG IM EEG]

Mit Abschaffung der EEG-Umlage zum 01.07.2022 ist nunmehr auch der Begriff der Eigenversorgung aus den Begriffsbestimmungen in § 3 EEG verschwunden. Damit stellt sich die Frage, inwieweit die bisher sehr eng gefasste Abgrenzung zur Stromlieferung noch aufrechterhalten werden kann.

Bis dato mussten insbesondere kleinere Wohngemeinschaften und Mehrfamilienhäuser auf das sog. Pachtmodell zurückgreifen, wenn sie bei der Realisierung von Erzeugungsanlagen auf Basis erneuerbarer Energien eine Eigenversorgung begründen bzw. eine Stromlieferung vermeiden wollten (vgl. vorangegangene Newsletter). Ohne solche juristischen „Kunstgriffe“, die sorgfältiger Ausgestaltung bedürfen, wurden jedenfalls bis dato selbst diejenigen Stromlieferanten und damit EVU mit den damit verbundenen Pflichten, die bspw. von der PV-Dachanlage ihres Einfamilienhauses eine Einliegerwohnung (mit)beliefernten.

Entbehrlichkeit Personenidentität

Die vorgenannten (Pacht-)Modelle hatten eine besondere Bedeutung um die EEG-Umlage einzusparen. Der alte § 3 Nr. 19 EEG stellte bei der Definition besonders darauf



ab, dass natürliche oder juristische Personen den erzeugten Strom selbst verbrauchen.

Die strenge Prüfung der Personenidentität (vgl. BNetzA, Leitfaden Eigenversorgung) war damit eine hohe Hürde bspw. für Bewohnergemeinschaften von Häusern, wenn sie eine Eigenversorgung begründen wollten. Im Ergebnis ging die ganz herrschende Meinung einschließlich der Bundesnetzagentur davon aus, dass der Begriff sehr eng zu fassen ist und daher im Ergebnis allenfalls gemeinsam mit dem Eigentümer im Haushalt lebende Personen unschädlich für die Eigenversorgung sind. Alle anderen Lieferkonstellationen waren eine Stromlieferung mit den entsprechenden Anforderungen gem. §§ 40 ff. EnWG sowie der Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage.

Stromlieferung gem. EnWG

Dies könnte sich dadurch geändert haben, dass die Abgrenzung zur Stromlieferung nunmehr nur noch anhand des EnWG zu beurteilen ist. § 3 Nr. 31a EnWG definiert den Stromlieferanten dabei als „natürliche oder juristische Person, deren Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise auf den Vertrieb von Elektrizität zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern ausgerichtet ist.“

Es geht nach dem Wortlaut also objektiv um eine geschäftliche Vertriebstätigkeit durch die subjektiv Letztverbraucher beliefert werden sollen.

Diese Begriffsbestimmung deutet auf eine geschäftsorientierte und damit auf Gewinnerzielungsabsicht ausgerichtete Tätigkeit hin. Dies spricht dafür, eine reine unentgeltliche Verteilung an Teilhaber einer Versorgungsanlage (BGB-Gesellschafter, Genossenschaftsmitglieder etc.) nicht als Stromlieferung anzusehen. PV-Anlagen die etwa auf dem Dach eines Mehrfamilienhauses errichtet werden, um die dortigen Bewohner in die Lage zu versetzen den dort gemeinsam produzierten Strom anteilig selbst zu nutzen, könnten damit von den Verpflichtungen für Stromlieferanten gem. §§ 40 ff. EnWG ausgenommen werden (vgl. hierzu auch § 3 Nr. 13 EnWG). Die Gewinnerzielungsabsicht betrifft auch hinsichtlich einer etwaigen Überschusseinspeisung die Gruppe (i.d.R. BGB-Gesellschaft) als Ganzes, nicht hingegen die Unterverteilung.

Argumente und Risiken

Allerdings stellt die Begriffsbestimmung zu Energieversorgungsunternehmen (§ 3 Nr. 18 EnWG) lediglich auf die Lieferung an einen anderen ab. Der Wortlaut der Definition Energieversorgungsunternehmen deutet damit darauf hin, dass es lediglich auf den Realakt der Stromlieferung an ein anderes Rechtssubjekt ankommen könnte.

§ 3 Nr. 18 EnWG sieht für die zweite Fallgruppe von EVUs, nämlich die die ein Netz betreiben, aber eine gewichtige Ausnahme für Kundenanlagen vor. Berücksichtigt man,



dass Kundenanlagen nach den Rechtsprechungskriterien durchaus beachtliche Größen (10.000 qm, mehrere hundert Letztverbraucher sowie 1.000 MWh Strom pro Jahr) erreichen können, spricht dies wiederum dafür, unter Wertungsgesichtspunkten die Fälle der Stromlieferung ebenfalls nicht eng zu fassen.

Auch ließen sich die Fälle, in denen keine vertriebliche Strombelieferung erfolgt unter teleologischen Gesichtspunkten relativ gut abgrenzen. Es handelt sich bei diesen Projekten um örtliche Eigenerzeugungsprojekte, in denen lediglich die Anlagenleistung ohne (zusätzliche) Gewinnerzielungsabsicht auf die einzelnen Teilhaber der Anlage verteilt wird. Für diese Fallgruppen sind die Anforderungen der §§ 40 ff. EnWG (insbesondere auch § 41a Abs. 1) aufgrund der gesellschaftlichen Verquickung überzogen. Zudem greift das frühere Entsolidarisierungsargument nicht mehr, seit die EEG-Umlage abgeschafft ist.

In der Gesamtschau der Argumente, die hier nur angerissen werden können, halten wir daher eine Neudefinition der Stromlieferung in dem beschriebenen Sinne für angezeigt und sehr gut vertretbar.

Wege zur Investitionsabsicherung

Gleichwohl ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Auswirkungen mit der Streichung des Begriffs der Eigenversorgung

im EEG beabsichtigt hat. Auch ist gegenwärtig nicht absehbar, dass die Bundesnetzagentur die Streichung des Begriffs der Eigenversorgung zum Anlass nimmt, ihren Leitfaden anzupassen. Gerichtsverfahren sind gegenwärtig ebenfalls nicht ersichtlich.

Von daher handelt es sich bis dato (nur) um eine gut vertretbare Rechtsmeinung, die dringend weiterer Unterstützung durch die einschlägigen Verbände und Akteure bedarf.

Damit eine ausreichende Grundlage für Projektentscheidungen entsteht, wäre insoweit eine Bestätigung insbesondere durch eine entsprechende Einlassung der zuständigen Bundesnetzagentur, eine Gerichtsentscheidung oder eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Jochen Fischer](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[GESETZGEBER ÄNDERT WICHTIGE REGELUNGEN IM NATURSCHUTZRECHT FÜR DIE ERRICHTUNG VON WINDENERGIEANLAGEN]

Wie zuletzt berichtet ([Energie-Newsletter Mai 2021](#)), führt das Artenschutzrecht in der Praxis zu langwierigen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land („WEA“).

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber mit dem EEG 2023 ambitionierte Ausbauziele für erneuerbare Energien, besonders für WEA vorgegeben. Um den Ausbau tatsächlich zu beschleunigen, will der Gesetzgeber im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) wesentliche Hemmnisse für den Ausbau der Windenergie an Land abbauen. Am 29.07.2022 ist deshalb (abgesehen vom neuen § 26 Abs. 3 BNatSchG, vgl. dazu ebenfalls unseren Beitrag in diesem Newsletter) das Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20. Juli 2022 in Kraft getreten. Nachfolgend stehen die damit verbundenen maßgeblichen Änderungen des Artenschutzrechts im Mittelpunkt.

Standardisierung der Signifikanzprüfung: Tötungs- und Verletzungsverbot

Bereits seit langer Zeit werden bundeseinheitliche Regelungen für die Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände, insbesondere das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG für besonders

geschützte Tierarten vor allem Vogelarten wie den Rotmilan gefordert. Zwar existieren bisher in unterschiedlicher Ausprägung entsprechende Leitfäden oder Handlungsanweisungen in den einzelnen Bundesländern. Ohne eine bundesweit einheitliche Regelung existiert aber keine ausreichende Rechtssicherheit. Dies gilt vor allem für die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichtes.

Besonders im Focus steht die sog. Signifikanzprüfung. WEA sind nur dann genehmigungsfähig, wenn deren Betrieb das Tötungs- und Verletzungsrisiko vor allem besonders geschützter Vogelarten nicht signifikant erhöht oder sich entsprechende Risiken durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen wie z.B. entsprechende farbliche Markierungen der WEA oder sogar temporäre Abschaltungen bei Erntemaßnahmen vermeiden lassen (vgl. § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG).

Meist sind sehr aufwändige Untersuchungen wie eine Raumanalyse notwendig, um das aktuelle und potentielle Verhalten kollisionsgefährdeter Vogelarten wie z.B. des Rotmilans nach Errichtung und Inbetriebnahme von WEA vor Ort feststellen zu können. Dabei helfen von vornherein feststehende Abstandsregelungen, welche um eine WEA liegende Flächen mit höheren und geringerem Gefährdungspotential z.B. bei der Nahrungssuche festlegen.



Der Gesetzgeber führt nunmehr mit § 45b Abs. 1-5 BNatSchG eine generell geltende Standardisierung dieser Signifikanzprüfung für kollisionsgefährdete Brutvogelarten im Umfeld ihrer Brutplätze durch den Betrieb von WEA ein. Der Prüfungsumfang orientiert sich dabei an der Nähe des Brutplatzes zur WEA und dem damit verbundenen Gefährdungspotential.

Dafür existieren drei Regelvermutungen, die an bestimmte Abstände zwischen Brutplatz und Windenergieanlage anknüpfen („Abstandsmodell“ in § 45b Abs. 3-5 BImSchG).

Dies sind der Nahbereich, der zentrale Prüfbereich und der erweiterte Prüfbereich (vgl. Anlage 1 Abschnitt 1 zu § 45b BImSchG). In der Anlage sind für 15 Brutvogelarten die drei Bereiche für die verschiedenen kollisionsgefährdeten Brutvogelarten erfasst. Bei dem bereits erwähnten und häufig anzutreffenden Rotmilan betragen diese Bereiche 500 m/1.200 m/3.500 m jeweils gemessen vom Mastfußmittelpunkt.

Die Liste der erfassten 15 Brutvogelarten ist abschließend (BT-Drs. 20/2354, S. 31). Insofern wird kritisiert, dass dadurch allen übrigen Brutvögeln, darunter auch vom Aussterben bedrohten Vogelarten wie dem Großen Brachvogel oder der Bekassine, der Schutz des Tötungs- und Verletzungsverbots entzogen werde und somit ein Verstoß gegen EU-Recht vorliege.

Liegt eine WEA in einer Entfernung zum Brutplatz innerhalb des Nahbereiches, so steht fest, dass das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist. Dieses Ergebnis lässt sich selbst durch aufwändige Untersuchungen wie eine Raumanalyse nicht ändern (vgl. „ist ... signifikant erhöht“, § 45b Abs. 2 BImSchG). Die geplante WEA dürfte an diesem Standort grundsätzlich nicht genehmigungsfähig sein.

Befindet sich zwischen dem Brutplatz und der WEA ein Abstand, der größer als der jeweilige Nahbereich und geringer als der jeweilige zentrale Prüfbereich ist, so bestehen – zunächst – Anhaltspunkte für ein erhöhtes Tötungsrisiko (§ 45b Abs. 3 BImSchG). Diese Vermutung kann der Betreiber mittels Habitatpotentialanalyse oder Raumnutzungsanalyse widerlegen (§ 45b Abs. 3 Nr. 1 BImSchG).

Eine hinreichende Risikominderung liegt für die betreffende Art in der Regel bereits dann vor, wenn die Genehmigungsbehörde in der Genehmigung geeignete fachliche Schutzmaßnahmen wie Antikollisionssysteme, Abschaltungen bei landwirtschaftlichen Ereignissen, das Anlegen attraktiver Ausweichnahrungshabitate oder artspezifische Abschaltungen festlegt (§ 45b Abs. 3 Nr. 2 BImSchG). Anscheinend hält der Gesetzgeber bei der Festlegung entsprechender Maßnahmen die Durchführung einer Habitatpotential- oder eine Raumnutzungsanalyse nicht für zwingend erforderlich („oder“).



Dieser Ansatz ist grundsätzlich sehr zu begrüßen. Dieses Vorgehen bleibt dennoch in der Genehmigungspraxis noch zu verankern. Hier stellt sich die Frage, wie in Zweifelsituationen zu verfahren ist („in der Regel“). Um zügig eine rechtssichere Genehmigung erhalten zu können, dürfte es weiterhin wichtig sein, zumindest eine Habitatpotentialanalyse generell durchzuführen.

Liegt zwischen dem Brutplatz und der Windenergieanlage ein Abstand, der größer als der zentrale Prüfbereich und höchstens so groß ist wie der erweiterte Prüfbereich, so ist das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare nicht signifikant erhöht (§ 45b Abs. 4 BImSchG). Diese Regelvermutung gilt grundsätzlich zugunsten des Betreibers. Dieser muss dann keine (weiteren) Untersuchungsmaßnahmen wie Kartierungen mehr durchführen.

Allerdings kann die Behörde diese Vermutung widerlegen, wenn die Aufenthaltswahrscheinlichkeit des Exemplars in dem vom Rotor überstrichenen Bereich aufgrund artspezifischer Habitatnutzung oder funktionaler Beziehungen deutlich erhöht ist (§ 45b Abs. 4 Nr. 1 BImSchG) und sich diese Risikoerhöhung nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen verringern lässt (§ 45b Abs. 4 Nr. 2 BImSchG). Als Datengrundlage für entsprechende Feststellungen sollen behördliche Kataster und behördliche Datenbanken dienen. Offen bleibt allerdings,

wie bei fehlenden, veralteten oder lückenhaften Datengrundlagen zu verfahren ist.

Deshalb sollte ein Betreiber bei im erweiterten Prüfbereich liegenden WEA – vor allem bei Standorten mit hohen Brutvogelvorkommen – überlegen, vorsorglich eigene Untersuchungen durchzuführen.

Liegt zwischen dem Brutplatz einer Brutvogelart und der Windenergieanlage ein über den jeweiligen erweiterten Prüfbereich hinausgehender Abstand, so ist das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare nicht signifikant erhöht. Schutzmaßnahmen sind nicht erforderlich (§45b Abs. 5 BImSchG).

Neben diesem Abstandsmodell standardisiert der Gesetzgeber auch die fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen. Diese sind in Anlage 1 Abschnitt 2 aufgezählt (§ 45b Abs. 6 Satz 1 BImSchG). Diese Regelungen betreffen auch die Verhältnismäßigkeit von Schutzmaßnahmen. So sind Schutzmaßnahmen, die zu Abschaltungen der WEA führen, immer unzumutbar, wenn sie den Jahresenergieertrag um mehr als 8 % bei windhöffigen Standorten und bei sonstigen Standorten um mehr als 6 % verringern (§ 45b Abs. 6 Satz 2 BImSchG). Die Einführung dieser pauschalen Zumutbarkeitsschwelle ist stark umstritten. So wenden Naturschutzverbände wie der NABU ein, dass dadurch standort- und artspezifische Gegebenheiten ignoriert würden und es zu einem verminderten



Einsatz wirksamer Schutzmaßnahmen komme. Dadurch werde letztendlich der Artenschutz geschwächt, weil gerade die Abschaltung eine der effektivsten Schutzmaßnahmen sei.

Erleichterte Ausnahmen bei Verstoß gegen das Verletzungs- und Tötungsverbot

Trotz entsprechender Schutzmaßnahmen oder bei Zweifeln an der Wirksamkeit kann der Betrieb einer WEA gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot verstoßen. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass die Genehmigungsbehörde entsprechende Ausnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses zulassen kann, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtert (§ 45 Abs. 7 BNatSchG).

Auch für die Ausnahmeprüfung hat der Gesetzgeber für WEA nun eine Standardisierung eingeführt. Sinn und Zweck ist es, die Ausnahmeprüfung zu erleichtern und rechtssicherer auszugestalten (BT-Drs. 20/2354).

Nach § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG liegt der Betrieb von WEA im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit. Dieselbe Wertung findet sich auch im neuen § 2 EEG. Der Gesetzgeber räumt

damit der Errichtung von WEA einen besonderen Stellenwert auch gegenüber dem Artenschutz ein.

Hinsichtlich der „zumutbaren Alternativen“ schränkt § 45b Abs. 8 Nr. 2 BNatSchG den Suchradius für den Betreiber ein. Bei Gebieten, die in einem Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan für Windenergie ausgewiesen sind, sind Standortalternativen außerhalb dieser Gebiete immer unzumutbar. Der Gesetzgeber hat damit die bisherige Verwaltungspraxis in verschiedenen Bundesländern einheitlich festgeschrieben.

Gleichzeitig verknüpft der Gesetzgeber den Artenschutz mit den Flächenbeitragszielen der Bundesländer (vgl. auch in diesem Newsletter). Die Unzumutbarkeit in § 45 Abs. 8 Nr. 2 BNatSchG gilt nämlich nur solange bis das Flächenziel in dem jeweiligen Bundesland erreicht wird (§ 45b Abs. 8 Nr. 2 BNatSchG).

Darüber hinaus soll der Suchradius für die Alternativprüfung generell auf 20 km begrenzt sein (§ 45 Abs. 8 Nr. 3 BNatSchG). Einzig für Vorhaben, die im besonders geschützten Natura 2000-Gebiet liegen, ist der Suchradius weiterhin nur durch die Zumutbarkeitsschwelle des § 45 Abs. 7 BNatSchG begrenzt.

Hinsichtlich einer auszuschließenden Verschlechterung der Population hat der Gesetzgeber zwei wesentliche neue Kriterien



eingeführt. Nach § 45 b Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG kommt es entscheidend auf den Erhaltungszustand der durch WEA betroffenen lokalen Population an. Gleichzeitig ist der Erhaltungszustand auch dann gewahrt, wenn sich zwar der Zustand der lokalen Population verschlechtert, der Zustand der Population im Bundesgebiet nicht verschlechtert. Dabei werden Sicherungsmaßnahmen mitberücksichtigt (§ 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG). Diese Standardisierung kann in den Genehmigungsverfahren sicher helfen. Es wird wegen des bundesweit anzusetzenden Erhaltungszustandes aber sehr wahrscheinlich – vor allem mit dem Verweis auf das Unionsrecht – noch entsprechende Einwände und Diskussionen geben.

Fazit, Auswirkungen auf die Praxis

Die neuen Regelungen zum Artenschutz sind vielversprechend und lassen hoffen, dass Genehmigungsverfahren sich zukünftig beschleunigen. Dies gilt zunächst für die lange geforderte bundeseinheitliche Einführung von Abstandsregelungen und jeweils relevanter Untersuchungsmaßnahmen.

Weiterhin helfen auch die Standardisierungen und ausdrücklich geregelten Beispiele für Schutzmaßnahmen.

Schließlich helfen der erhöhte Stellenwert von WEA als überragendes öffentliches Interesse, erleichterte Genehmigungsmöglichkeiten für WEA zu schaffen.

Wie bei derart umfangreichen Neuregelungen nicht anders zu erwarten, ergibt sich jedoch nicht unerheblicher Auslegungs- und Diskussionsbedarf z.B. bei dem Umfang von Schutzmaßnahmen und für Ausnahmen. Insoweit muss sich noch zeigen, ob sich der übliche Untersuchungsumfang tatsächlich verringert. Je nach Standortbeschaffenheit sollten Betreiber hier überlegen, welche Untersuchungen wie z.B. eine weniger aufwändige Habitatpotentialanalyse sich eignen kann, um ein Genehmigungsverfahren tatsächlich zügiger und gleichzeitig rechtssicher durchführen zu können.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)



Rechtsanwältin
Lea Wiesmüller

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[FORDERUNG NACH EINEM GEOTHERMIE-ERSCHLIEßUNGSGESETZ]

Nachdem 2022 eine ganze Reihe von Gesetzen zum beschleunigten Ausbau der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien verabschiedet worden und noch im Gesetzgebungsverfahren sind, muss sich die Bundesregierung nun dringend um die Wärmeversorgung mit Erneuerbaren Energien kümmern. Führende Wärme- und Erneuerbare-Energien-Verbände haben deshalb kürzlich zu Recht ein Geothermie-Erschließungsgesetz gefordert.

AGFW, BEE, bdew, Bundesverband Geothermie und VKU haben Bundestagsabgeordneten im September 2022 mit einem gemeinsamen Positionspapier dringend erforderliche Verbesserungen der Rahmenbedingungen zur Errichtung und zum Betrieb von Geothermieanlagen vorgestellt. Ihre Forderung nach einem Geothermie-Erschließungsgesetz – nach Vorbild des Wind-an-Land-Gesetzes – stieß auf offene Ohren.

Kernforderungen

Folgende Kernforderungen werden darin gestellt:

- Die Feststellung, dass Errichtung und Betrieb von Erneuerbaren-Energien-Anlagen dem überragenden öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit dienen, ist 2022 in § 2 EEG und für die Windenergie in

§ 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG verankert worden. Diese Regelungen gelten aber nur für die Stromerzeugung. Die gleiche Regelung muss auch für die Wärmeerzeugung aus Erneuerbaren Energien verankert werden.

- Die öffentliche Hand sollte verpflichtet werden, eigene Grundstücke zu angemessenen Bedingungen für erneuerbare Wärmeversorgungsanlagen zur Verfügung zu stellen. Außerdem sollten die Länder wie bei den Flächenbeitragswerten für Windenergieanlagen im Rahmen der Raumordnung Eignungsflächen für Geothermie-Vorhaben ausweisen. Innerhalb dieser Gebiete sollten, ebenso wie in Windeignungsgebieten, erleichterte Zulassungsanforderungen gelten (z.B. keine UVP-Pflicht).

- Geothermieanlagen sollten im bauplanungsrechtlichen Außenbereich ebenso wie die Energieerzeugung aus Biomasse, Wind und Wasserkraft privilegiert werden.

- Zulassungsverfahren für die Tiefengeothermie sollen beschleunigt und erleichtert werden. Es wird eine Verfahrenshöchstfrist gefordert, wie es sie für immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren gibt.

- Das Fündigkeitsrisiko in der Anfangsphase sollte abgesichert werden sowie die Förderung im Rahmen der Bundesförderung effiziente Wärmenetze auch auf Einzelmaßnahmen und auf Betriebskosten ausgeweitet werden.



[GGSC] hat den Bundesverband Geothermie schon im Februar 2022 bei der Erstellung einer Synopse mit Vorschlägen zur gesetzgeberischen Umsetzung derartiger Forderungen unterstützt. An einer aktuellen Fortschreibung dieser Vorschläge haben wir mitgewirkt.

Es bleibt zu hoffen, dass das BMWK diesen Faden aufgreift und einen entsprechenden Gesetzgebungsvorschlag entwickelt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Georg Buchholz](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ERLEICHTERUNGEN FÜR DIE ERRICHTUNG VON WINDENERGIEANLAGEN IN LANDSCHAFTSSCHUTZGEBIETEN]

Weite Teile der Landesfläche Deutschlands sind als Landschaftsschutzgebiete ausgewiesen (z.B. 42,4% in NRW. 39,9% in Brandenburg und § 30,6% in Sachsen). Diese Flächen stehen bisher kaum für die Errichtung von Windenergieanlagen („WEA“) zur Verfügung. Gleichzeitig handelt es sich dabei nicht selten um intensiv landwirtschaftlich genutzte Flächen.

Um die ambitionierten Ausbauziele der Bundesregierung erreichen zu können, müssen

WEA auch in Landschaftsschutzgebieten errichtet werden können.

Dafür hat der Gesetzgeber mit dem am 01.02.2023 in Kraft tretenden § 26 Abs. 3 BNatSchG den Weg geebnet.

Gebietsschutzrecht: Windkraft nun auch im Landschaftsschutzgebiet

Der Gesetzgeber stellt mit § 26 Abs. 3 BNatSchG sicher, dass nun auch WEA in einem Landschaftsschutzgebiet deutlich einfacher zu genehmigen sind.

Dies betrifft grundsätzlich Standorte in einem Windenergiegebiet, d.h. ausgewiesenen Vorrangflächen für Windenergie in Raumordnungs- und Bauleitplänen (§ 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG i. V. m. § 2 Nr. 1 lit. a) WindBG). Es gibt somit ausdrücklich kein Verbot von Windenergieanlagen mehr in einem Landschaftsschutzgebiet. Dies gilt selbst dann, wenn die Erklärung zur Unterschutzstellung eine entgegengesetzte Aussage enthält (§ 26 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG).

Solange der Flächenbeitragswert in einem Bundesland noch nicht erreicht ist, sind WEA in einem Landschaftsschutzgebiet sogar außerhalb von Windenergiegebieten zulässig (§ 26 Abs. 3 S. 4 BNatSchG).

Soweit eine WEA im Übrigen genehmigungsrechtlich zulässig ist, bedarf es in beiden Fällen dann keiner Befreiung gem. § 67 Abs. 1 BNatSchG mehr (§ 26 Abs. 3 S. 3 BNatSchG).



Der Bundesgesetzgeber erzeugt damit einen erheblichen Handlungsdruck für die Bundesländer und kommunalen Entscheider. Der Gesetzgeber öffnet die Landschaftsschutzgebiete für die Errichtung von WEA bis die Flächenziele erreicht worden sind. Für das Erreichen von Flächenzielen ist allerdings auch relevant, ob der regionale oder kommunale Planungsträger ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel erreicht hat. Es kann somit auf der kommunalen Ebene ggf. die Diskussion stattfinden, ob diese Voraussetzungen nicht zumindest lokal bereits erreicht sind oder zeitnah erreicht werden können.

Fazit

Mit der Öffnung von Landschaftsschutzgebieten für die Errichtung von WEA schafft der Gesetzgeber einen wichtigen Baustein für einen beschleunigten Ausbau von Windkraft in Deutschland.

Allerdings sind bereits Tendenzen von Naturschutzbehörden zu erkennen, welche versuchen, § 26 Abs. 3 BNatSchG so auszulegen, dass WEA nur an bestimmten Orten innerhalb eines Landschaftsschutzgebietes zulässig sind. Hier wird damit zu rechnen sein, dass z.B. über die Genehmigungsanforderungen des § 35 BauGB ggf. andere naturschutzfachliche Belange als Ablehnungsgrund angeführt werden.

Leider hat es der Gesetzgeber bisher versäumt, die Regelung auch auf Photovoltaikanlagen auszuweiten. Der Gesetzgeber geht anscheinend davon aus, dass entsprechende Hindernisse in einem wesentlich geringeren Umfang existieren. In der Praxis lehnen die Genehmigungsbehörden allerdings teilweise die Errichtung von PV-Freiflächenanlagen im Landschaftsschutzgebiet von vornherein ab, weil diese als bauliche Anlagen wesensfremd seien. Diese Rechtsauffassung ist allerdings nicht nachvollziehbar. Nach einhelliger Auffassung entfalten PV-Anlagen eine deutlich geringere Beeinträchtigung des Landschaftsbilds als WEA. Gleichzeitig lassen sich selbst Beeinträchtigungen in der Regel durch entsprechenden zusätzlichen Bewuchs vollständig ausgleichen. Es wäre allerdings wichtig, dass der Gesetzgeber hier nachbessert und die PV-Freiflächenanlagen ausdrücklich den WEA gleichstellt.

Rückfragen an [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)



Rechtsanwältin
Lea Wiesmüller

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[NEUE LEITFÄDEN FÜR DEN BUNDES- VERBAND SOLARWIRTSCHAFT]

Die gesetzlichen Neuerungen haben der Bundesverband Solarwirtschaft und [GGSC] zum Anlass genommen, eine Reihe von Leitfäden zu überarbeiten. Zu nennen sind hier der Leitfaden Stromlieferung, Mieterstrom, Ausschreibungen erstes Segment sowie Ladesäulen und PV im Wohnbereich.

Die Leitfäden geben einen Ein- und Überblick über die mitunter komplexen Zusammenhänge in diesen Geschäftsbereichen aus praktischer Sicht. Es werden eine Vielzahl von Hilfestellungen zum Teil auch kommentierte Musterverträge und Musterrechnungen angeboten.

Die Leitfäden werden auch in der Neuauflage vermutlich wieder sehr begehrt sein und erste juristische Hilfestellung für eine Vielzahl erneuerbarer Energieprojekte sein.

Die Leitfäden können in Kürze über den BSW Shop bezogen werden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Jochen Fischer](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[AUSBLICK: GESETZESÄNDERUNGEN WEGEN GASMANGELLAGE]

Am 30.09.2022 hat der Bundestag dem Gesetzentwurf zur Änderung des Energiesicherheitsgesetzes und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften zugestimmt. Der Bundesrat hat am 07.10.22 grünes Licht geben. Das Gesetz enthält einige Regelungen, die für Windanlagenbetreiber in der Praxis hilfreich und vor allem finanziell sehr attraktiv sein könnten.

Die wichtigsten Regelungen wollen wir nachfolgend kurz vorstellen.

Vorhandene Potentiale nutzen: Betriebseinschränkungen wegen Lärm und Lichtimmissionen

Der Gesetzgeber will einen neuen § 31k BImSchG einführen. Danach kann die Genehmigungsbehörde bei Vorliegen einer ernsten oder erheblichen Gasmangellage auf Antrag Abweichungen von in der Genehmigung enthaltenen Anforderungen an Geräusche zur Nachtzeit und an die optischen Immissionen der Windenergieanlage („WEA“) zulassen. Gegenstand ist, die Leistung einer WEA zu erhöhen, deren Betriebszeit zur Verminderung oder Vermeidung von Schattenwurf beschränkt ist oder um die Leistung in der Nachtzeit zu erhöhen, soweit der Schallpegel der WEA künftig in dieser Zeit um maximal vier Dezibel gegenüber dem bisher genehmigten Wert erhöht sein wird.



Hintergrund der neuen Regelung ist die aktuelle Energiekrise und der politische Wille, vorhandene Potentiale bestmöglich auszuschöpfen. Deshalb greifen genehmigungsrechtliche Erleichterungen nur, wenn die Alarmstufe oder die Notfallstufe des Notfallplans Gas ausgerufen wurden. Das ist seit Ausrufung der Alarmstufe des Notfallplans Gas durch den Wirtschaftsminister am 23.06.2022 der Fall. Um in dieser Notsituation die Stromerzeugung schnell hochfahren zu können, hat der Gesetzgeber in § 31k Abs. 3 BImSchG eine Genehmigungsfiktion vorgesehen.

Nach Ablauf eines Monats nach Eingang des Antrags gilt die Abweichung als zugelassen, wenn der Antrag hinreichend bestimmt ist und ausschließlich Abweichungen von den Anforderungen an Geräusche zur Nachtzeit oder optische Immissionen betrifft und alle weiteren Voraussetzungen des § 31k Abs. 1 BImSch [Erhöhung maximal um 4 dB(A)] vorliegen.

Alle auf dieser rechtlichen Grundlage zugelassenen Abweichungen sind bis zum 15.04.2023 befristet (§ 31k Abs. 4 BImSchG).

Vereinfachtes Änderungsgenehmigungsverfahren bei Änderung des Anlagentyps

Eine weitere Erleichterung ist für Änderungen oder Wechsel des Anlagentyps vor Errichtung der WEA vorgesehen. Nach § 16b Abs. 7 BImSchG muss der Betreiber in

diesen Fällen nur noch ein Änderungsgenehmigungsverfahren mit eingeschränktem Prüfungsumfang durchführen. Prüfungsgegenstand sind nur durch die Änderung des Anlagentyps im Verhältnis zur genehmigten Anlage hervorgerufenen nachteiligen Auswirkungen, soweit diese für die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung i. S. v. § 6 BImSchG erheblich sein können.

Vereinfachtes Änderungsgenehmigungsverfahren bei Leistungserhöhung

Eine weitere Neuregelung ist in § 16b Abs. 8 BImSchG vorgesehen. Danach sollen die Betreiber in die Lage versetzt werden, schnell und unkompliziert die Leistung bestehender WEA zu erhöhen. Diese Erleichterungen sollen aber nur dann gelten, wenn eine Leistungserhöhung ohne bauliche Veränderungen, ohne Austausch von Teilen und ohne Änderung der genehmigten Betriebszeiten ablaufen kann. Unter diesen Voraussetzungen sind im Rahmen eines Änderungsverfahrens nur die Standsicherheit, schädliche Umwelteinwirkungen durch Geräusche und nachteilige Auswirkungen durch Turbulenzen zu prüfen.

Höhere Gebote bei Photovoltaik-Anlagen

Im letzten Moment wurde in das neue Gesetz hineinverhandelt, dass bei Ausschreibungen für Solaranlagen des ersten Segments mit



Gebotstermin im Jahr 2023 die Gebotsmenge pro Gebot maximal 100 Megawatt betragen darf. Damit wird die Gebotsobergrenze im Vergleich zur bislang geltenden Regelung verfünffacht.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)



Rechtsanwältin
Lea Wiesmüller

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[HÄRTEFALLENTSCHÄDIGUNG - AUCH ZWEI JAHRE NACH GRUNDLEGENDER BGH-ENTSCHEIDUNG IMMER NOCH HOLPRIG]

Nach dem grundlegenden BGH-Urteil vom 11.02.2020 sind spätestens durch die Entscheidungen des OLG Naumburg vom 25.09.2020 und neuerlich des BGH vom 26.01.2021 die Voraussetzungen für die Härtefallentschädigung ganz überwiegend geklärt.

Die Durchsetzung der Forderungen ist jedoch nach wie vor aufwendig. Dies liegt in den meisten Fällen daran, dass die Betreiberfirmen aufgrund der in der Vergangenheit nur

rudimentär übermittelten Informationen zu den Gründen der Abschaltungen nicht beurteilen können, ob die Entschädigungsvoraussetzungen vorliegen. Die diesbezügliche Wissensasymmetrie zwischen Anlagen- und Netzbetreibern führt dazu, dass zunächst die relevanten Informationen eingefordert werden müssen.

Dabei gilt es die Verjährung im Blick zu behalten und sich über das einschlägige Abrechnungsprozedere (pauschal, spitz, light) zu einigen.

Bei der mittlerweile überwiegenden Zahl der Netzbetreiber kommt man mittlerweile nach einiger Zeit ohne notwendige weitere Gerichtsverfahren zum Ziel.

Einige Netzbetreiber sind jedoch noch immer nicht in allen Punkten bereit, die grundlegenden BGH-Aussagen anzuerkennen. Aus diesem Grund steht noch eine Reihe von Gerichtsverfahren aus, denen wir jedoch sehr optimistisch entgegensehen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Jochen Fischer](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[WICHTIGE ERLEICHTERUNGEN FÜR DIE GENEHMIGUNG VON REPOWERING-VORHABEN]

Der Gesetzgeber beabsichtigt, die Anforderungen an Genehmigungen für die Errichtung und den Betrieb von Repowering-Windenergieanlagen („WEA“) in besonderer Weise zu erleichtern. Die neuen Regelungen betreffen das Artenschutz- und das Gebietschutzrecht.

Erleichterungen für Repowering-WEA im Artenschutzrecht

Der Gesetzgeber hat mit dem neuen § 45c BNatSchG den Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung für Repowering-Vorhaben neu gefasst. Er erweitert die Möglichkeiten eines Repowerings gegenüber der aktuell geltenden Definition in § 16b BImSchG.

Unter § 16b BImSchG fallen nur die WEA, die innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden und deren Abstand zur Bestandsanlage höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage beträgt. Demgegenüber erweitert der Gesetzgeber gem. § 45c BNatSchG den Errichtungszeitraum auf 48 Monate und den Abstand zur Bestandsanlage auf das bis zu Fünffache.

Weiterhin sind die Auswirkungen der Bestandsanlage aus artenschutzrechtlicher

Sicht als Vorbelastung im Genehmigungsverfahren für die Repowering-WEA zu berücksichtigen. Der Standort gilt somit für die Errichtung von Repowering-WEA als vorgeprägt. Zur Ermittlung der Vorbelastung gelten einheitliche Kriterien. Diese sind in § 45c Abs. 2 BNatSchG beispielhaft aufgezählt. Neben anlagenbezogenen Kriterien (Anzahl, Höhe, Rotorfläche, Rotordurchgang) sind das auch die planungsrechtliche Zuordnung (Vorranggebiet, Konzentrationszone). Weiterhin stellt sich die Frage, ob zum Zeitpunkt der Genehmigung der Bestandsanlage schon Belange des Artenschutzes geprüft wurden sowie ob bereits Schutzmaßnahmen durchgeführt wurden. In diesem Fall dürfte sich die Chancen für die Erteilung einer Genehmigung verbessern.

§ 45c BNatSchG schafft gegenüber neu zu errichtenden WEA zwei Privilegierungen für Repowering-WEA.

Zum Ausschluss eines möglichen Verstoßes gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot ist eine Signifikanzprüfung durchzuführen. Die Signifikanzschwelle wird dann nicht überschritten, wenn die artenschutzrechtlichen Auswirkungen der Neuanlagen geringer als oder gleich wie die der Bestandsanlage sind (§ 45c Abs. 2 Satz 4 BNatSchG). Die Vermutung gilt nicht in Natura 2000-Gebieten.

Auch für die Alternativprüfung im Rahmen der Ausnahmeprüfung sind Erleichterungen



vorgesehen. Bei Repoweringvorhaben sind Standortalternativen in der Regel nicht zumutbar, außer der Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten (§ 45c Abs. 4 BNatSchG). Damit dürfte regelmäßig bei der Prüfung einer Ausnahme für Repoweringvorhaben keine Standortalternative in Frage kommen.

Schließlich ist bei der Festsetzung einer Kompensationzahlung aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes die Kompensation abzuziehen, welche für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistet worden ist (§ 45c Abs. 3 BNatSchG).

Erleichterungen im Bauplanungsrecht

Auch im Bauplanungsrecht ist eine Besserstellung von Repoweringvorhaben an gleich zwei wichtigen Stellen vorgesehen.

Repowering-WEA bleiben bis zum 31.12.2030 im Außenbereich privilegierte Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (§ 249 Abs. 3 BauGB, vgl. dazu grundsätzlich den Beitrag in diesem Newsletter). Dies gilt unabhängig davon, ob das jeweilige Bundesland sein Flächenziel erreicht hat oder nicht.

Die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB steht Repowering-Vorhaben selbst dann nicht entgegen, wenn für geplante WEA der Planvorbehalt gem. § 245e Abs. 1

BauGB aufgrund eines entsprechenden Flächennutzungs- oder Raumordnungsplanes Wirkung entfalten könnte.

Die vorgenannte Rechtsfolge gilt selbst dann, wenn die in einem Windenergiegebiet liegende Bestandslage, durch eine Neuanlage ersetzt werden soll, deren Fundament außerhalb des Windenergiegebiets liegt bzw. deren Rotor die Gebietsgrenze überkragt.

Derartige Konstellationen tauchen in der Planungs- und Genehmigungspraxis häufig auf. Bisher hat selbst die Rechtsprechung keine praktikablen Lösungen entwickelt.

Selbst in einem derartigen Fall wäre § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht anwendbar. Das Überschreiten der Grenzen des Windenergiegebietes würden somit keine Ausschlusswirkung für den neuen Standort entfalten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)



Rechtsanwältin
Lea Wiesmüller

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[SCHNELLVERFAHREN IN DER GASMAN- GELLAGE]

Der Gesetzgeber hat auf Grund der außergewöhnlichen Lage am Gasmarkt im Eiltempo ein Schnellverfahren und weitere Erleichterungen zur Umsetzung gasverbrauchsrelevanter Änderungen an immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen beschlossen.

Das am 07.10.2022 abschließend vom Bundesrat bestätigte 14. Gesetz zur Änderung des BImSchG knüpft an die bereits im Sommer mit dem Gesetz zur Bereithaltung von Ersatzkraftwerken verabschiedeten Regelungen über zulässige Abweichungen auf Grund eines Brennstoffwechsels bei einer ersten oder erheblichen Mangellage an. Die aktuellen Regelungen gelten für Änderungen; sie machen die Anzeige oder Genehmigung einer Änderung teils ganz entbehrlich, sie ermöglichen eine verkürzte Öffentlichkeitsbeteiligung und eine schnellere Zulassung des vorzeitigen Beginns sowie weitere Ausnahmen von technischen Anforderungen.

Geltungsbereich

Die Erleichterungen gelten für Änderungen im Zusammenhang mit einem Brennstoffwechsel, fehlenden Betriebsmitteln für Abgaseinrichtungen oder sonstige notwendige Änderungen wegen der Gasmangellage. Insbesondere könnte das für den Betrieb der Abgasreinigung erforderliche Gas infolge von

Rationierungen nach dem Notfallplan Gas knapp werden oder fehlen. In solchen Fällen ist die Zulassung von Ausnahmen die einzige Alternative zur Stilllegung von Anlagen, da dann die genehmigten Emissionswerte nicht mehr eingehalten werden können.

Die Erleichterungen gelten nur für Änderungen, die speziell zur Bewältigung der Gasmangellage dienen, und nicht für alle Änderungen bei einer Mangellage. Sie gelten unter anderem für große und mittelgroße Feuerungs-, Gasturbinen- und Verbrennungsanlagen, Abfallverbrennungs- und -mitverbrennungsanlagen und Anlagen zur biologischen Abfallbehandlung.

Erhebliche oder erste Gasmangellage

Voraussetzung für die Erleichterungen ist das Vorliegen einer ersten oder erheblichen Gasmangellage. Seit der Ausrufung der Alarmstufe des Notfallplans Gas durch Wirtschaftsminister Habeck im Sommer liegt eine solche in Deutschland vor.

Ausnahmenkatalog für nicht anzeige- oder genehmigungsbedürftige Änderungen

Zunächst wird klargestellt, dass die Inanspruchnahme bestimmter im Immissionsschutzrecht vorgesehener Ausnahmen nur einer Ausnahmezulassung durch die Immissionsschutzbehörde bedarf. Die Ausnahme muss also nicht zusätzlich als Änderung angezeigt oder genehmigt werden.



Ferner wird der Ausnahmekatalog erweitert. So sollen auch Abweichungen von Anforderungen der TA Luft und die Überschreitung von Immissionsgrenzwerten der TA Lärm auf Antrag des Betreibers und ohne Anzeige oder Genehmigung einer Änderung zugelassen werden. Für biologische Abfallbehandlungsanlagen werden durch eine separate Änderung der 30. BIm-SchV neue Ausnahmeregelungen geschaffen.

Erleichterungen für Brennstofflager

In einer besonderen Brennstoffwechsel-Gasmangellage-Verordnung (BG-V) werden Sonderregelungen für Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen und der hierfür geltenden AwSV getroffen. Damit soll die Umstellung von Gasfeuerungsanlagen auf Heizöl erleichtert werden. Die Regelung enthält Verfahrenserleichterungen und Ausnahmen für Lager-, Abfüll- und Verwendungsanlagen.

Verkürzte Genehmigungsverfahren und vorzeitiger Beginn

Soweit für gasmangelbedingte Änderungen ein Änderungsgenehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich ist, etwa wenn für einen Brennstoffwechsel eine weitergehende Änderung einer Anlage erforderlich ist, wird die Frist zur Auslegung der Antragsunterlagen und die Einwendungsfrist – wie beim LNG-Beschleunigungsgesetz – auf je eine Woche verkürzt. Zur Beschleunigung

soll die Behörde zudem auf die Durchführung eines Erörterungstermins verzichten.

Die Behörde kann ferner bei Eilbedürftigkeit des Vorhabens den vorzeitigen Beginn schon vor Eingang der vollständigen Antragsunterlagen zulassen, wenn mit einer Entscheidung zugunsten des Antragsstellers zu rechnen ist. Sie soll den vorzeitigen Beginn auch bereits vor einer Beteiligung der Öffentlichkeit zulassen. Das berechtigte Interesse an der Zulassung des vorzeitigen Beginns ergibt sich kraft Gesetzes bereits aus der Gasmangellage.

Geltungsdauer

Die Regelungen sollen unmittelbar nach ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten und befristet für zwei Jahre gelten. Sie sollen auch für laufende Verfahren gelten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Dr. Georg Buchholz](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[FLÄCHENBEITRAGSWERTE ALS MOTOR DES WINDKRAFTAUSBAUS]

Jahrelang existierten Unstimmigkeiten zwischen den Bundesländern über die jeweils für den Ausbau der Windkraft zur Verfügung zu stellenden Flächen.

Diese Diskussionen hat der Gesetzgeber jetzt mit dem Windflächenbedarfsgesetz (WindBG) ein Ende gesetzt.

Mit dem am 01.02.2023 in Kraft tretenden neuen Gesetz gibt der Bundesgesetzgeber verbindliche Ziele der Flächenausweisung für Windenergie in den einzelnen Bundesländern vor. Dabei geht der Gesetzgeber in zwei Stufen vor: Bis zum 31.12.2027 müssen die Bundesländer mindestens die in Spalte 1 der Anlage 1 des Gesetzes festgeschriebenen Flächenbeitragswerte erreichen (Flächenzwischenziel, 1. Stufe). Der Wert wird als Prozentanteil an der Landesfläche angegeben. Bis zum 31.12.2032 müssen die Bundesländer weiter erhöhte Werte erreichen (Finales Flächenziel, 2. Stufe).

Wegen der unterschiedlichen topografischen Voraussetzungen in den einzelnen Bundesländern reichen die Werte auf der 1. Stufe von 0,25% für die drei Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg bis 1,8% für Brandenburg, Hessen und Thüringen. Auf der 2. Stufe müssen die Stadtstaaten jeweils mindestens 0,5% der Landesfläche ausweisen, Hessen,

Brandenburg und Thüringen mindestens 2,2% der Landesfläche.

Zielerfüllung auf verschiedenen Ebenen möglich

Die Länder können ihre Pflicht zur Flächenausweisung erfüllen, indem sie die zum Erreichen der Flächenbeitragswerte notwendigen Flächen selbst in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen ausweisen (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 WindBG). Alternativ können die Länder die Zielerreichung auch sicherstellen, indem die Ausweisung der erforderlichen Flächen durch regionale oder kommunale Planungsträger sichergestellt wird, die vorab durch die Länder festgelegte Teilflächenziele zu erreichen haben (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 WindBG). Die Länder haben auch die Möglichkeit, durch Abschluss von Staatsverträgen, positive Flächenüberhänge in einem Bundesland einem anderen Bundesland anrechnen zu lassen (§ 6 Abs. 4 Satz 1 WindBG).

Verzahnung der Flächenbeitragswerte mit Planungsrecht

Der Gesetzgeber hat an das Erfüllen bzw. Nichterfüllen der Beitragswerte bestimmte Rechtsfolgen geknüpft. Damit will er einerseits das Erreichen des Flächenwerts „belohnen“ und andererseits dessen Nichterreichen „sanktionieren“. Beispielsweise sieht § 249 Abs. 7 Satz 1 BauGB vor, dass in Bundesländern, die ihrer Verpflichtung zur festgelegten Flächenausweisung gemäß



WindBG nicht nachkommen, Windenergieanlagen („WEA“) im gesamten Außenbereich weiterhin privilegiert zulässig sind. Erfüllt das Bundesland hingegen seine Flächenziele, sind WEA im Außenbereich nicht mehr als privilegierte Vorhaben zulässig (§ 249 Abs. 2 BauGB).

Abstandsregelung und Flächenbeitragswert

Viel diskutiert wurde in den Medien die 10H-Regelung in Bayern. Nach wie vor können die Länder durch Landesgesetze bestimmen, dass vorgegebene Mindestabstände zwischen WEA und Wohnbebauung einzuhalten sind. Allerdings gelten diese Regelungen nicht mehr in Windenergiegebieten (§ 249 Abs. 9 BauGB). Zudem sind die Mindestabstände dann nicht mehr anwendbar, wenn die Länder ihre Flächenbeitragsziele nicht fristgemäß erreichen (§ 249 Abs. 7 S. 2 BauGB). Auch an dieser Regelung mit Sanktionscharakter wird deutlich, wie der Gesetzgeber die Einhaltung der Ziele mit bauplanungsrechtlichen Regelungen verzahnt.

Fazit

Die bundeseinheitliche Vorgabe verbindlicher Flächenbeitragswerte dürfte zu einer gleichmäßigeren Beteiligung aller Bundesländer am Ausbau von WEA führen. Vor allem die Verzahnung der vorgegebenen Flächenziele mit bauplanungs- und raumordnungsrechtlichen Steuerungsinstrumente erzeugt einen „Vollzugszwang“. Der Gesetzgeber

möchte erreichen, dass nunmehr schnell und vermehrt Flächen für die Errichtung von WEA ausgewiesen werden. Dies wird nur gelingen, wenn sich die Erleichterungen im Artenschutzrecht auch bei der Ausweisung entsprechender Flächen anwenden lassen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)



Rechtsanwältin
Lea Wiesmüller

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[WICHTIGE NEUERUNGEN AUS DEM WIND-AN-LAND-GESETZ FÜR DIE ZULASSUNG VON WINDENERGIEANLAGEN IM AUßENBEREICH]

Das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen („WEA“) an Land vom 20.07.2022 wird am 01.02.2023 in Kraft treten. Es enthält viele wegweisende Änderungen zur Beschleunigung des Windkraftausbaus und setzt einige der Maßnahmen aus dem Koalitionsvertrag um, über die wir im [\[GGSC\] Energie-Newsletter vom Dezember 2021](#) berichtet hatten.



Planvorbehalt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Hindernis

Eine dieser Änderungen bezieht sich auf die Einschränkung der Wirkung des sogenannten Planvorbehalts gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (vgl. zu den Neuregelungen zum Repowering den gesonderten Artikel in diesem Newsletter).

Die Errichtung und der Betrieb von WEA sind gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert. Eine Festlegung von Windenergiestandorten und damit der Errichtung von WEA findet über die Regionalplanung oder Flächennutzungspläne statt. Die eigentliche Steuerungswirkung entfaltet § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Danach stehen öffentliche Belange der Errichtung einer WEA im Außenbereich regelmäßig dann entgegen, wenn der Flächennutzungs- oder Raumordnungsplan positive Standortzuweisungen für WEA (sogenannte Konzentrationszonen) vorsieht. Diese Ausschlusswirkung führt dazu, dass WEA außerhalb von Konzentrationszonen nur schwer und nur in Ausnahmefällen genehmigungsfähig sind (Vorliegen eines sog. atypischen Sonderfalls).

Mit § 249 Abs. 1 BauGB hat der Gesetzgeber nunmehr eine Kehrtwende vollzogen. Danach ist § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB künftig nicht mehr auf WEA anwendbar. Das bedeu-

tet, dass die Ausschlusswirkung durch Konzentrationszonen für WEA nur noch eingeschränkt gilt.

Flächenziel erreicht: Windkraft verliert Status als privilegiertes Außenbereichsvorhaben

Der Gesetzgeber hat mit § 249 Abs. 2 BauGB eine weitere fundamentale Neuerung vorgesehen. Die Zulässigkeit von WEA außerhalb von Windenergiegebieten richtet sich zukünftig nur noch nach § 35 Abs. 2 BauGB, wenn ein Bundesland seinen Flächenbeitragswert bereits erreicht hat. Ab diesem Zeitpunkt fällt somit die Privilegierung von WEA im Außenbereich weg. WEA sind dann wie „sonstige Vorhaben“ im Außenbereich zu behandeln. Damit entfällt generell die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Diese gilt nur für privilegierte Vorhaben. Es erhöhen sich insgesamt die Anforderungen für die Genehmigung von WEA. Anders als bei privilegierten Vorhaben gem. § 35 Abs. 1 BauGB ist die Genehmigung für eine WEA bereits dann abzulehnen, wenn deren Errichtung und Betrieb öffentliche Belange „beeinträchtigt“.

Flächenziel nicht erreicht: Pläne verlieren ihre Lenkungswirkung

Erreicht ein Bundesland hingegen seinen Flächenbeitragswert nicht fristgemäß, können Darstellungen in Flächennutzungs- und



Raumordnungsplänen sowie sonstige Maßnahmen der Landesplanung einer WEA im Außenbereich nicht mehr entgegengehalten werden (§ 249 Abs. 7 BauGB). Die Pläne verlieren damit ihre Lenkungswirkung. Der Bundesgesetzgeber möchte damit die Bundesländer dazu motivieren, ihre Zwischenflächenbeitragsziele fristgerecht (bis zum 31.12.2027) zu erreichen. Mit „sonstigen Maßnahmen der Landesplanung“ sind beispielsweise Moratorien oder andere Sicherungsinstrumente gemeint. Der Gesetzgeber möchte mit diesem Mechanismus verhindern, dass die Länder versuchen, die Flächenbeitragswerte zu umgehen.

Überleitungsvorschriften: Zunächst bleibt für Bestandsplanungen alles beim Alten

Der Gesetzgeber schützt allerdings auch Bestandsplanungen. Nach § 245e Abs. 1 Satz 1 BauGB entfalten Konzentrationszonen in Plänen, die bis zum 01.02.2024 wirksam ausgewiesen sind, nach wie vor die Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Bisher unter der Prämisse des § 35 Abs. 3 Satz 3 erstellte Planungen sollen die dadurch erreichte Lenkungswirkung nicht verlieren.

Die Privilegierung für Bestandsplanungen ist allerdings begrenzt. Diese endet, wenn ein Bundesland den jeweiligen Flächenwert erreicht hat oder mit Ablauf des 31.12.2027 (§ 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB). Ab diesem Zeitpunkt werden Bestandspläne nicht mehr

bevorzugt. Eine entsprechende Steuerungswirkung lässt sich nicht mehr erreichen, da § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB dann ohnehin nicht mehr anwendbar ist.

Fazit

Es ist eine zukunftsweisende Entscheidung, dass der Gesetzgeber die Steuerung, aber auch Begrenzung der Windenergie durch Konzentrationszonen in Flächennutzungs- und Raumordnungsplänen deutlich zurückgedrängt hat.

Im Gegenzug wird über § 249 Abs. 2 BauGB die Privilegierung von WEA entfallen. Ob sich über dieses Korrektiv ein „ungeordneter“ Ausbau der Windenergie im Außenbereich verhindern lässt, muss sich noch zeigen. Jedenfalls greift dieses Korrektiv erst ab dem Zeitpunkt, in dem das jeweilige Bundesland seinen Flächenbeitragswert erreicht hat. Die Neuregelung verspricht, dem stockenden Windenergieausbau einen Schub zu verleihen. Es wird spannend zu sehen, inwieweit eine Steuerung von WEA an bestimmten Standorten noch stattfinden wird.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)



Rechtsanwältin
Lea Wiesmüller

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC] SEMINARE

Umsetzung Verpackungsgesetz – Abstimmungsvereinbarung optimieren am

17.11.2022

09:30-12:30 Uhr, online

[-> zur Anmeldung](#)

11. [GGSC] Expert:innen-Interview: Der neue Berliner Leitfaden „Klimaschutz und Bebauungsplanung“

23.11.2022

12:30-12:50 Uhr, online

[-> zur Anmeldung](#)

[GGSC VERÖFFENTLICHUNGEN]

**Möglichkeiten zum Schutz von Kleingewer-
betreibenden sowie sozialen und kulturellen
Einrichtungen nach allgemeinem und be-
sonderem Städtebaurecht**

Prof. Dr. Jörg Beckmann

baurecht Zeitschrift für das gesamte öffent-
liche und private Baurecht (Heft 7/2022,
Seite 993-1004)

**Die Rechtsordnung kennt den gängigen
Begriff der "Bruttogeschossfläche" nicht -
Vorsicht ist geboten!**

Prof. Dr. Jörg Beckmann

Zeitschrift Das Grundeigentum
(Heft 5/2022, Seite 235-237)

**Quantitativ untergeordnete Anbauten:
Nicht alle davon sind abstandsflächenrecht-
lich privilegiert**

Prof. Dr. Jörg Beckmann

Zeitschrift Das Grundeigentum
(Heft 4/2022, Seite 185-186)

In der Ausgabe der Zeitschrift Müll und
Abfall (Heft 8/2022, Seite 448) findet sich ein
Beitrag von [GGSC] Rechtsanwält:innen zu
folgendem Thema:

- Ausweitung des Emissionshandels auf Entsorgungsanlagen
- Ansatz kalkulatorischer Kosten in der Gebührenkalkulation: Neue Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichtes NRW

Newsletter Bau

Juli 2022

- [Chancen und Risiken des Bündnis für Wohnungsneubau](#)
- [Zweckentfremdungsrecht bei gewerblicher Nutzung](#)



- [OVG Berlin Brandenburg – Ermittlung der Ausgleichsbeträge in den Sanierungsgebieten Prenzlauer Berg-Kollwitzplatz und Pankow-Wollankstraße rechtmäßig](#)
- [OVG Lüneburg erteilt dem Sondergebiet „SO Dauerwohnen“ eine Absage](#)
- [Wohin mit dem Regenwasser in Berlin?](#)
- [Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs – Nochmals: Preisgleitklauseln](#)
- [Bauherr wählt kostengünstigere Ausführung – keine Haftung des Architekten](#)