

 Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz,
Landwirtschaft und Verbraucherschutz

 Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Wohnen

HESSEN





 **Gemeinsamer Erlass**

Neuregelungen zur Beschleunigung des Windenergieausbaus

(u.a. Oster- und Sommerpaket, EU-NotfallVO)

Inhalt

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	4
VORBEMERKUNG	6
INKRAFTTRETEN	8
KAPITEL 1: ALLGEMEINER TEIL	9
A. Verhältnis des Art. 3 EU-NotfallVO zu § 2 EEG.....	9
B. Anwendungsbereich und Rechtsfolgen des § 2 EEG	10
I. Allgemein.....	10
I.I Definition Schutzgüterabwägung.....	10
I.II Berücksichtigung als vorrangiger Belang	10
II. Anwendung im Zusammenhang mit der Genehmigung von WEA und ihren Nebenanlagen11	
II.I Vorgelagertes Fachrecht – Raumordnungsrecht, Baurecht (§ 7 Abs. 2, 3 ROG, § 35 BauGB)	11
II.II Im Genehmigungsverfahren zu prüfendes Fachrecht	12
C. Anwendungsbereich des § 6 WindBG	15
I. § 6 Abs. 1 WindBG.....	15
II. § 6 Abs. 2 WindBG - Zeitlicher Anwendungsbereich.....	16
KAPITEL 2: IMMISSIONSSCHUTZ	17
A. Wegfall der UVP nach § 6 Abs. 1 WindBG	17
B. Repowering	17
I. Art. 5 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1b EU-NotfallVO: Kürzere Entscheidungsfristen für Repowering. 17	
II. Art. 5 Abs. 3 EU-NotfallVO: Delta-Prüfung	17
III. § 16b Abs. 3 BImSchG: Auslegung des Begriffs „niedrigerer Immissionsbeitrag“	18
KAPITEL 3: NATURSCHUTZ	19
A. Prüfung nach § 6 WindBG.....	20
I. Modifikation der artenschutzrechtlichen Prüfung durch § 6 Abs. 1 WindBG	20
II. Prüfung im Einzelnen	22
II.I Auf Grundlage vorhandener Daten.....	22

II.II	Geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen.....	23
II.III	Artenschutzrechtliche Ausnahme	29
B.	Zulässigkeit von WEA auch in Landschaftsschutzgebieten (§ 26 Abs. 3 BNatSchG).....	29
C.	Repowering § 45c BNatSchG	29

KAPITEL 4: RAUMORDNUNGSRECHT, BAUPLANUNGSRECHT **31**

A.	Vorbemerkung.....	31
B.	Raumordnungsrechtlicher Rahmen für den Ausbau der Windenergie	32
I.	Teilregionalpläne Energie	32
II.	Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB	33
II.I	Bis zur Feststellung des Erreichens des ersten Flächenbeitragswertes	33
II.II	Nach Erreichen des ersten Flächenbeitragswertes.....	33
C.	Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von WEA im Außenbereich	34
I.	Allgemeines.....	34
II.	Planvorbehalt (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB / § 245e Abs. 1 und 2 BauGB)	35
III.	Modifizierung der Privilegierung (§ 35 Abs. 1 und 2 BauGB, § 249 Abs. 2 BauGB)	35
IV.	Ausnahmeregelungen hinsichtlich Repowering	35
IV.I	Zulässigkeit nach der Übergangsregelung des § 245e Abs. 3 BauGB	35
IV.II	Zulässigkeit bis zum 31.12.2030 (§ 249 Abs. 3 BauGB).....	36
IV.III	Zulässigkeit ab dem 01.01.2031 (§ 249 Abs. 3 BauGB)	37
IV.IV	Prüfschema der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von WEA-Vorhaben	37
V.	Optisch bedrängende Wirkung	38

KAPITEL 5: ÄNDERUNG DER HBO ZUGUNSTEN DER ZUWEGUNG ZU WEA **39**

KAPITEL 6: ANLAGE / FAQ **40**

I.	Berechnung der Zumutbarkeit i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG i.V.m. § 45b Abs. 6 Satz 2, Anlage 2 BNatSchG für die windabhängige Abschaltung nach Kapitel 7.2 der Verwaltungsvorschrift Naturschutz/Windenergie (HMUKLV/HMWEVW 2020)	40
II.	FAQ.....	42

Abkürzungsverzeichnis

BauGB	Baugesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BMWK	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWaldG	Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft (Bundeswaldgesetz)
EEG	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz)
FAQ	Frequently-Asked-Questions - besonders häufig gestellte Fragen
FFH	Fauna-Flora-Habitat
FGW	Fördergesellschaft Windenergie und andere Dezentrale Energien
FK	Fachkommission
GG	Grundgesetz
HBO	Hessische Bauordnung
HDSchG	Hessisches Denkmalschutzgesetz
HEBID	Hessische Biodiversitätsdatenbank
HPA	Habitatpotentialanalyse
HWaldG	Hessisches Waldgesetz
LAI	Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz
LANA	Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung
LEP	Landesentwicklungsplan
NATUREG	Naturschutzregister
ROG	Raumordnungsgesetz
StAnz.	Staatsanzeiger

SUP	Strategische Umweltprüfung
TA Lärm	Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm
TPEE	Teilregionalplan Erneuerbare Energien
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwV	Verwaltungsvorschrift
WEA	Windenergieanlage(n)
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz)
WindBG	Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (Windenergieflächenbedarfsgesetz)

Vorbemerkung

Mit ihrem Oster- und Sommerpaket und weiteren Gesetzesanpassungen hat die Bundesregierung auf die Klima- und Energiekrise reagiert und ein umfangreiches Maßnahmenpaket zum beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien geschaffen. Ziel ist es, den Strom in Deutschland bis zum Jahr 2035 ausschließlich aus erneuerbaren Quellen zu erzeugen. Die umfangreichen Gesetzesänderungen schaffen die Voraussetzungen für Energiesicherheit und -souveränität der Bundesrepublik und legen die Grundlagen dafür, dass Deutschland klimaneutral wird.

Um die Auswirkungen der nach wie vor andauernden Energiekrise abzumildern, hat man auch auf europäischer Ebene rechtliche Rahmenbedingungen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien geschaffen. Die „*Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien*“ (im Folgenden als EU-NotfallVO bezeichnet) ist am 19.12.2022 seitens des Rates der Europäischen Union beschlossen worden und am 30.12.2022 in Kraft getreten. Sie gilt bis zum 30.06.2024. Die dort getroffenen Regelungen gelten – mit Ausnahme von Artikel 6 EU-NotfallVO, der zunächst in nationales Recht umgesetzt werden musste (vgl. u.a. § 6 WindBG) – für alle Mitgliedstaaten unmittelbar. Das heißt, die Vollzugsbehörden müssen sie anwenden und entgegenstehendes nationales Recht außer Acht lassen bzw. europarechtskonform auslegen.

Die genannten Gesetzesänderungen werfen im Vollzug eine Reihe von Fragen auf. Mit diesem Erlass werden die wichtigsten Auslegungs- bzw. Anwendungsfragen verbindlich beantwortet. Er gliedert sich wie folgt:

- **Kapitel 1** befasst sich allgemein mit den Auswirkungen von § 2 EEG im Immissionsschutz-, Naturschutz-, Forst- Wasser-, Denkmalschutz- und Bauplanungsrecht. Dabei wird auch auf Verhältnis zu Art. 3 der EU-NotfallVO eingegangen. Weiterhin wird der Anwendungsbereich von § 6 WindBG beschrieben.
- In **Kapitel 2** werden die Auswirkungen der EU-NotfallVO insbesondere auf das Immissionsschutzrecht dargestellt.
- **Kapitel 3** betrifft die Änderungen im Naturschutzrecht.
- **Kapitel 4** zeigt die geänderten bauplanungsrechtlichen und raumordnungsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulassung von WEA auf.
- **Kapitel 5** stellt die geänderten baurechtlichen Regelungen zu den Zuwegungen für WEA vor.
- **Kapitel 6** enthält eine Anlage zur Berechnung der Zumutbarkeit der windabhängigen Abschaltung sowie eine Zusammenstellung von Informationen zu FAQ.

Hessen hat mit den Teilregionalplänen Energie¹, den ihnen vorangegangenen Planungs- bzw. Prüfschritten und den umfangreichen Artenschutzprogrammen für windenergiesensible Arten

¹ Der Begriff „Teilregionalpläne Energie“ umfasst in Hessen die folgenden Bezeichnungen:

wesentliche Voraussetzungen dafür geschaffen, die neuen gesetzlichen Möglichkeiten zur Verfahrensbeschleunigung zu nutzen. Die den Teilregionalplänen Energie zugrunde liegenden regionalplanerisch ermittelten Schwerpunkträume windenergiesensibler Arten werden durch die Flächenkulisse des landesweiten Fachgutachtens „Ermittlung von Maßnahmenflächen sowie konzeptionelle Maßnahmenplanung zur Aufwertung der Brut- und Nahrungshabitate von Rotmilan und Schwarzstorch in Hessen“ (Schnell et al. 2021) aktualisiert und ersetzt (siehe Kapitel 4, B.I). Die aktualisierte Flächenkulisse, die im Einklang mit den in den Teilregionalplänen Energie festgelegten Vorranggebieten zur Nutzung der Windenergie steht, ist bei der Ermittlung zusätzlicher Flächen für die Windenergienutzung zu berücksichtigen. Sie stellt zudem eine Flächenkulisse dar, die für Aufwertungsmaßnahmen in WEA-Genehmigungsverfahren, die Verausgabung der gemäß § 6 WindBG seitens der Betreiber zu zahlenden Gelder und für Nationale Artenhilfsprogramme (§ 45d BNatSchG) geeignet ist. Gleichzeitig werden auch die landesweiten Maßnahmen zum Schutz windenergiesensibler Vogelarten und Fledermäuse konsequent fortgeführt.

HINWEIS:

Für die Abfassung der folgenden Kapitel wurde teilweise auf Formulierungen aus Gesetzesbegründungen und geltenden hessischen Hinweisen zurückgegriffen, ohne dies in jedem Einzelfall kenntlich zu machen.

Die wichtigsten gesetzlichen Änderungsregelungen sind:

- Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20.07.2022 (BGBl. 2022 Teil I Nr. 28 vom 28.07.2022, S. 1237-1323)
- Viertes Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20.07.2022 (BGBl. 2022 Teil I Nr. 28 vom 28.07.2022, S. 1362-1371)
- Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von WEA an Land vom 20.07.2022 (BGBl. 2022 Teil I Nr. 28 vom 28.07.2022, S. 1353-1360)
- Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 08.10.2022 (BGBl. 2022 Teil I. Nr. 37 vom 12.10.2022, S. 1726-1739)
- Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 04.01.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 6 vom 11.01.2023 S. 1-5)
- Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften (ROGÄndG) (BGBl. 2023 I Nr. 88 vom 28.03.2023)
- Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, Amtsblatt der Europäischen Union L 335/36 (EU-Notfallverordnung - VO (EU))

Teilregionalplan Energie Nordhessen 2017/2020, Teilregionalplan Energie Mittelhessen 2016/2020 sowie Sachlicher Teilplan Erneuerbare Energien (TPEE) 2019 des Regionalplans Südhessen/Regionalen Flächennutzungsplans 2010 und dessen 1. Änderung.

2022/2577 vom 22.12.2022 (Amtsblatt der Europäischen Union L 335/36 vom 29.12.2022)

- Gesetz zur Bestimmung der Zuständigkeit für den Vollzug der Mittelfristenergieversorgungsicherungsmaßnahmenverordnung sowie zur Änderung des Gesetzes über kommunale Abgaben, des Hessischen Energiegesetzes und der Hessischen Bauordnung (Drucksache 20/10760 vom 14.03.2023)

Inkrafttreten

Dieser Erlass gilt ab sofort.

Kapitel 1: Allgemeiner Teil

A. Verhältnis des Art. 3 EU-NotfallVO zu § 2 EEG

Vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus dem Ukrainekrieg und der Dringlichkeit und Bedrohlichkeit der Klimakrise wird in Art. 3 Abs. 1 der EU-NotfallVO bei der Abwägung rechtlicher Interessen (Art. 6 Abs. 4, Art. 16 Abs. 1 c) FFH-Richtlinie, Art. 4 Abs. 7 Vogelschutzrichtlinie, Art. 9 Abs. 1 a) Wasserrahmenrichtlinie) festgestellt, dass die Planung, der Bau und der Betrieb von WEA im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen. Gemäß Art. 3 Abs. 2 der EU-NotfallVO haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass WEA-Projekte bei der Interessenabwägung im Einzelfall Priorität erhalten. Deutschland hat diesen Vorrang der Erneuerbaren Energien und damit insbesondere auch von WEA bereits vor Inkrafttreten der EU-NotfallVO in § 2 EEG festgeschrieben. In der Vollzugspraxis ist daher im Rahmen der jeweils durchzuführenden Abwägung (dazu Näheres unter Kapitel 1, B) auf § 2 EEG abzustellen. Danach liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen zur Erzeugung Erneuerbarer Energie sowie die dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse, dienen der öffentlichen Sicherheit und sollen als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. Die in Art. 3 Abs. 2 der EU-NotfallVO festgeschriebene Einschränkung in Bezug auf den Artenschutz ist ebenfalls im deutschen Recht verankert (insbesondere § 6 WindBG, BNatSchG) und wird im Rahmen der jeweils durchzuführenden Genehmigungsverfahren durch die Festlegung entsprechender Nebenbestimmungen gewährleistet.

Überdies wurden in Hessen die Schwerpunktorkommen der windenergiesensiblen Arten sowie zu deren Schutz ausgewiesene Schutzgebiete bereits bei der Ausweisung der Windenergie-Vorranggebiete berücksichtigt. Zur Erhaltung bzw. Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen wurden außerdem geeignete und schon jetzt hochwertige Räume für Ausgleichs- und sonstige Aufwertungsmaßnahmen windenergiesensibler Arten identifiziert und behördenübergreifend abgestimmt. Sie entsprechen dem Mehrfachen des in Hessen bis zum Jahr 2032 zu erbringenden und schon zum Großteil umgesetzten Flächenbeitragswerts von 2,2 % an Windenergievorranggebietsfläche gemäß WindBG. Maßnahmen zur Erhaltung bzw. Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen sind bereits in erheblichen und im Bundesvergleich vorbildlichen Umfang ergriffen. Dazu zählen umfangreiche Artenschutzprogramme für windenergiesensible Arten, die großflächige Bereitstellung von Flächen für die natürliche Waldentwicklung und entsprechende Ausweisung von Schutzgebieten sowie die mit dem neuen HENatSchG angestrebte Sicherung von Horstbäumen.

B. Anwendungsbereich und Rechtsfolgen des § 2 EEG

I. Allgemein

Spätestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von März 2021 steht fest, dass der Staat zum Klimaschutz verpflichtet ist (Art. 20a GG).² Um dieser verfassungsrechtlichen Pflicht nachzukommen, hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von Maßnahmen ergriffen und insbesondere das Bundes-Klimaschutzgesetz entsprechend angepasst. Dabei hat er festgestellt, dass Klimaschutz und die daraus abgeleiteten im Bundes-Klimaschutzgesetz festgelegten Klimaziele nur durch einen beschleunigten und massiven Ausbau Erneuerbarer Energien erreicht werden können.³ Diese herausragende Bedeutung und Stellung der Erneuerbaren Energien hat der Gesetzgeber nunmehr in § 2 EEG verankert. Danach liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen zur Erzeugung Erneuerbarer Energie sowie den dazugehörigen Nebenanlagen nicht nur im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit (§ 2 Satz 1 EEG). Nach § 2 Satz 2 EEG sollen die Erneuerbaren Energien auch als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden, bis die Stromerzeugung nahezu treibhausgasneutral ist. Ausgenommen hiervon sind nach § 2 Satz 3 EEG 2023 nur die Belange der Landes- und Bündnisverteidigung.

I.I Definition Schutzgüterabwägung

§ 2 EEG ist auf jeden von der Behörde durchzuführender Abwägungsprozess anzuwenden. Hierzu zählen insbesondere Ermessens- und Abwägungsentscheidungen. Aber auch im Rahmen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe kann § 2 EEG relevant werden.

I.II Berücksichtigung als vorrangiger Belang

§ 2 EEG enthält eine klare Gewichtungsvorgabe zugunsten der Erneuerbaren Energien. Die Vorschrift führt dazu, dass die Erneuerbaren Energien in den durchzuführenden Abwägungen in der Regel Vorrang haben. Nur in absoluten Ausnahmefällen (atypischer Sonderfall), das heißt in Einzelfällen, können andere Belange ausnahmsweise überwiegen. Dabei können den Erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des in der Verfassung verankerten Klimaschutzgebots jedoch nur öffentliche Interessen bzw. Belange von Verfassungsrang oder gleichwertigem Rang entgegenstehen.⁴ Mit der Festlegung des Vorrangs und der Feststellung des überragenden öffentlichen Interesses am Ausbau Erneuerbaren Energien ging der Gesetzgeber sogar noch einen Schritt weiter. Auch im Rahmen der Abwägung gegenüber öffentlichen Interessen bzw. Belangen von Verfassungsrang oder gleichwertigem Rang setzen sich die Erneuerbaren Energien in der Regel durch. Dies steht in Einklang mit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts von März 2021.⁵ Darin führt das Gericht aus, dass das Klimaschutzgebot nach Art. 20a GG im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen

² Beschluss des BVerfG vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18

³ Koalitionsvertrag 2021 der Bundesregierung „MEHR FORTSCHRITT WAGEN BÜNDNIS FÜR FREIHEIT, GERECHTIGKEIT UND NACHHALTIGKEIT“

⁴ BT-Drs. 20/1630, S. 159.

⁵ Beschluss des BVerfG vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18.

Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen ist und das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zunimmt. Mit § 2 EEG hat der Gesetzgeber mit Blick auf die fortschreitende Klimakrise und die andauernde Energiekrise das Gewicht der Erneuerbaren Energien festgelegt, mithin deren vorrangige Berücksichtigung.

Die Norm erleichtert zudem den Begründungsaufwand für die Behörde. Die Durchführung einer Abwägung ist durch das Inkrafttreten des § 2 EEG nicht obsolet geworden. Allerdings muss die Behörde den Vorrang der Erneuerbaren Energien im Rahmen der Abwägung nicht gesondert begründen, sondern kann auf die gesetzgeberischen Wertungen in § 2 EEG verweisen. Zudem sind im Falle des Vorrangs der Erneuerbaren Energien die unterlegenen Belange darzustellen. Ein erhöhtes Begründungserfordernis besteht demgegenüber nur in dem umgekehrten absoluten Ausnahmefall (atypischer Sonderfall), in welchem öffentliche Interessen bzw. Belange von Verfassungsrang oder gleichwertigem Rang (ausnahmsweise) in der vorzunehmenden Abwägung überwiegen. In diesem Fall muss aus der Begründung hervorgehen, warum z.B. die ebenfalls verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG geschützten natürlichen Lebensgrundlagen das überragende öffentliche Interesse an den Erneuerbaren Energien und deren Beitrag zur öffentlichen Sicherheit trotz der planerischen Vorsorge bei der Ausweisung der Windenergie-Vorranggebiete und der ergriffenen Schutzmaßnahmen sowie der obligatorischen Minderungsmaßnahmen bzw. der Zahlung in Geld ausnahmsweise überwiegen.

II. Anwendung im Zusammenhang mit der Genehmigung von WEA und ihren Nebenanlagen

§ 2 EEG kommt nicht nur bei der Errichtung und dem Betrieb der Anlagen zur Erzeugung Erneuerbarer Energie, sondern auch bei den dazugehörigen Nebenanlagen zur Anwendung. Bezogen auf WEA bedeute dies, dass die Vorschrift sowohl im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens zur Genehmigung der WEA als auch in den etwaig durchzuführenden Verfahren für die Zuwegung sowie Kabeltrassen zu berücksichtigen ist (nachfolgend als Annexverfahren bezeichnet), was durch einen Beschluss⁶ des VGH Kassel bestätigt wurde. Im Folgenden werden die konkreten Auswirkungen der Vorschrift näher ausgeführt.

II.I Vorgelagertes Fachrecht – Raumordnungsrecht, Baurecht (§ 7 Abs. 2, 3 ROG, § 35 BauGB)

In der Gesetzesbegründung zu § 2 EEG⁷ hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, in welchem Bezug die Regelung zum (bau)planungsrechtlichen Außenbereich steht.

⁶ VGH Kassel, Beschluss vom 10.02.2023, 9 B 247/22.T, S. 9.

⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20.07.22, BR-Drs. 162/ 22, S. 177.

In den Fällen, in denen eine Ausschlussplanung im (bau)planungsrechtlichen Außenbereich erfolgt ist (wie in Hessen durch die Festlegung von Windenergie-Vorranggebieten⁸ mit Ausschlusswirkung), ist regelmäßig bereits eine Abwägung zugunsten der Erneuerbaren Energien erfolgt.⁹ Diese Abwägung im Rahmen der Festlegung der Windenergie-Vorranggebiete wird in Hessen dadurch deutlich, dass der landesweit erste, im WindBG festgelegte Flächenbeitragswert bereits erreicht wird.

Hierbei kommt es nicht darauf an, dass bei der Aufstellung der Teilregionalpläne Energie § 2 EEG noch nicht in Kraft war, denn bei der Abwägung im Rahmen der Festlegung der Windenergie-Vorranggebiete wurde bereits das überragende öffentliche Interesse an der Nutzung der Windenergie berücksichtigt. Die Regelungen des WindBG gestalten das überragende öffentliche Interesse aus. Werden dessen Flächenbeitragswerte erreicht, ist dem überragenden öffentlichen Interesse Rechnung getragen.

Im Übrigen bleibt die grundsätzliche Systematik des § 35 BauGB von § 2 EEG unangetastet, so dass insbesondere WEA, die als sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB zu bewerten sind, nicht über den Weg des § 2 EEG wie privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB beurteilt werden können (siehe auch Kapitel 4, C.III.).

II.II Im Genehmigungsverfahren zu prüfendes Fachrecht

1. Immissionsschutzrecht

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsentscheidung selbst ist eine gebundene Entscheidung, d.h. in diesem Zusammenhang ist § 2 EEG nicht anwendbar. Bei verfahrensrechtlichen Vorschriften z.B. im Rahmen des § 8a oder § 20 BImSchG sowie im Bereich des materiellen Immissionsschutzrechts nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG obliegt es jedoch den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörden, die gesetzgeberische Wertung des § 2 EEG in die jeweiligen Abwägungsentscheidungen einzubringen.

2. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§ 15 Abs. 5 BNatSchG)

In der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung findet § 2 EEG Anwendung. Die Norm führt dazu, dass im Rahmen der nach § 15 Abs. 5 BNatSchG durchzuführenden Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege nur noch in absoluten Ausnahmefällen (atypischer Sonderfall) vorgehen. Mit anderen Worten: ein Eingriff ist in der Regel zuzulassen, weil nach § 2 Satz 2 EEG Erneuerbare Energien in der Abwägung als vorrangiger Belang einzubringen sind. Dies gilt auch im Hinblick auf die zugehörigen Annexverfahren.

3. Forstrecht (§ 9 BWaldG, §§ 1, 12 HWaldG)

⁸ Der Begriff „Windenergie-Vorranggebiete“ umfasst in Hessen die folgenden Bezeichnungen: „Vorranggebiete für Windenergienutzung“ im Teilregionalplan Energie Nordhessen 2017/2020, „Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie“ im Teilregionalplan Energie Mittelhessen 2016/2020 sowie Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie mit Ausschlusswirkung“ und „Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie“ im Sachlichen Teilplan Erneuerbare Energien (TPEE) 2019 des Regionalplans Südhessen/Regionalen Flächennutzungsplans 2010 und in dessen 1. Änderung.

⁹ BR-Drs. 162/22, S. 177.

Auch in der forstrechtlichen Waldumwandlungsgenehmigung findet § 2 EEG Anwendung. Die Norm führt dazu, dass im Rahmen der nach § 12 Abs. 3 HWaldG durchzuführenden Abwägung das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Waldes in der Regel nicht überwiegt. Belange des Naturschutzes, der Wasserwirtschaft, der Landeskultur oder der Landschaftspflege (§ 12 Abs. 3 Nr. 2 HWaldG) treten in der Regel zurück. Auch bei der Abwägung, ob der Wald für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, die forstwirtschaftliche Erzeugung oder die Erholung der Bevölkerung von wesentlicher Bedeutung ist, ist dem überragenden öffentlichen Interesse am Ausbau der Windenergie und der dazugehörigen Annexverfahren in der Regel Vorrang einzuräumen.

Diese Auslegung wurde jüngst durch eine Entscheidung des VGH Kassel¹⁰ bestätigt. Dort hatte der VGH im Eilrechtsschutzverfahren über die Rechtmäßigkeit einer Genehmigung der Rodung zum Zwecke der Nutzungsänderung (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 HWaldG i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 1 BWaldG) zu entscheiden. Dabei stellte der VGH für die Prüfung der behördlichen Abwägungsentscheidung auf die Abwägungsregeln des § 9 BWaldG ab, da § 12 Abs. 3 HWaldG lediglich die Versagungsgründe erläutere und ergänze, die bereits aus Bundesrecht folgten. In der Gerichtsentscheidung heißt es ausdrücklich, dass der Gesetzgeber mit § 2 Satz 2 EEG in Bezug auf die forstrechtlichen Abwägungsentscheidungen bezwecke, dass das Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien nur in Ausnahmefällen überwunden werden könne. § 2 Satz 2 EEG modifiziere somit die Bewertungsregeln des § 9 Abs. 1 Satz 3 BWaldG (entspricht § 12 Abs. 3 HWaldG). Wie oben dargelegt wird die Durchführung einer Abwägung hierdurch nicht obsolet, das heißt das Abwägungsgebot des § 9 Abs. 1 Satz 2 BWaldG lässt § 2 EEG unberührt. Dies gilt gleichermaßen sowohl für die Abwägung nach § 9 Abs. 1 Satz 2, 3 BWaldG im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen WEA-Genehmigungsverfahrens als auch im Rahmen der Annexverfahren.

4. Wasserrecht (§ 52 Abs. 1 Satz 2 WHG)

Nach der Gesetzesbegründung bezieht sich § 2 EEG ausdrücklich auch auf Wasserschutzgebiete: „sollen die erneuerbaren Energien damit im Rahmen von Abwägungsentscheidungen u.a. gegenüber Wasserschutzgebieten nur in Ausnahmefällen überwunden werden“.¹¹ § 2 EEG gibt zwar keinen pauschalen Vorrang für WEA bei Befreiungsentscheidungen von Wasserschutzgebietsverordnungen vor, jedoch sind die Erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in der Ermessensentscheidung nach § 52 Abs. 1 Satz 2 WHG zu berücksichtigen. Wie oben dargelegt, führt § 2 EEG auch hier dazu, dass sich die Erneuerbaren Energien nur in atypischen Sonderfällen nicht durchsetzen. Ein solcher atypischer Fall, d.h. ein Überwiegen der wasserwirtschaftlichen Belange gegenüber den Belangen der Erneuerbaren Energien, liegt nur in absoluten Ausnahmefällen vor. In Bezug auf den Begründungsaufwand der Behörde wird auf die Ausführungen in Kapitel 1, B.I.II verwiesen. Bei Befreiungsentscheidungen sind drei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- In der Schutzzone I (Fassungsbereich) ist nach den Wasserschutzgebietsverordnungen immer eine Verletzung der belebten Bodenzone verboten. Der Fließweg zur Trinkwassergewinnungsanlage (max. 10 m) ist in Schutzzone I so kurz, dass stets eine

¹⁰ VGH Kassel, Beschluss vom 10.02.2023, 9 B 247/22.T

¹¹ BT-Drs. 20/1630, S. 159.

Veränderung der Grundwasserbeschaffenheit zu besorgen ist (Besorgnisgrundsatz). In Schutzzone I ist daher eine Befreiung stets ausgeschlossen.

- In der Schutzzone II (engere Schutzzone) sind in den Wasserschutzgebietsverordnungen regelmäßig jegliche Bodeneingriffe, die über eine ordnungsgemäße land- und forstwirtschaftliche Bearbeitung hinausgehen und die belebte Bodenzone verletzen oder die Grundwasserüberdeckung vermindern, verboten. Nur 0,03 % (0,12 km²) der hessischen Windenergie-Vorranggebiete liegen in Schutzzone II. Im Rahmen der Prüfung der Befreiung nach § 52 Abs. 1 Satz 2 WHG müssen die erneuerbaren Energien vor dem Hintergrund des § 2 EEG mit besonderem Gewicht in die vorzunehmende „Abwägung“ eingehen. Zwar genießt das Wasser verfassungsrechtlichen Schutz durch Art. 20a GG. Zudem kommt nach einer Entscheidung¹² des VGH Kassel von August 2011 dem ohnehin schon besonders bedeutsamen Schutz des Grundwassers vor Verunreinigungen in Trinkwasserschutzgebieten eine alle anderen Belange überragende Bedeutung zu. Allerdings galt im Zeitpunkt der Entscheidung § 2 EEG noch nicht, mit welchem der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der fortschreitenden Klimakrise dem Ausbau der Erneuerbaren Energien ein überragendes öffentliches Interesse zugewiesen und deren vorrangige Berücksichtigung im Rahmen von Ermessens- und Abwägungsentscheidungen festgelegt hat. Denn der Ausbau Erneuerbarer Energien ist wesentlicher Teil des verfassungsrechtlich verankerten Klimaschutzgebotes (Art. 20a GG).¹³ Aus diesem Grund hat die Behörde in Schutzzone II eine umfassende Abwägung des konkreten Einzelfalles vorzunehmen. Im Vergleich zu Schutzzone III, IIIA, IIIB ist die Fließdauer in Schutzzone II deutlich reduziert. Daraus folgt ein erhöhter Grad an Gefährdung der Trinkwassergewinnungsanlage durch Verschmutzung und/oder Eintrag von Krankheitserregern und sonstigen hygienischen Beeinträchtigungen. Etwaige Nebenbestimmungen mit darin festgelegten Maßnahmen müssen daher unter Berücksichtigung der geringen Fließdauer zur Wassergewinnungsanlage innerhalb der Zone II geeignet sein, eine Veränderung der Grundwasserbeschaffenheit nach wasserwirtschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrungen während Errichtung und Betrieb der WEA auszuschließen. In Schutzzone II ist daher in der Regel eine Befreiung ausgeschlossen.
- Bei Befreiungen in den Schutzzonen III, IIIA und IIIB (weitere Schutzzone) führt § 2 EEG zu keinen gravierenden Änderungen im Vergleich zur bisherigen Verwaltungspraxis. Lediglich der Begründungsaufwand der Behörde verringert sich. In diesen Schutzzonen ist die Errichtung einer Windenergieanlage nach Maßgaben des Leitfadens („Leitfaden für die zuständige Wasserbehörde im Rahmen von Genehmigungsverfahren für die Errichtung und den Betrieb von WEA in Wasserschutzgebieten (WSG)“ (Stand: 31.03.2021)) grundsätzlich durch die Aufnahme von Nebenbestimmungen und Hinweisen möglich. Eine mögliche Gefährdung der Wassergewinnung während Errichtung und Betrieb ist durch die Festlegung von Nebenbestimmungen so weit zu minimieren, dass eine Veränderung der Grundwasserbeschaffenheit nach wasserwirtschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrungen mit einem hinreichend Grad an Gewissheit ausgeschlossen werden kann. In der

¹² VGH Kassel, Beschluss vom 17.08.2011 – 2 B 1484/11 –, Rn. 20, juris.

¹³ BVerfG, Beschluss vom 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17 –, Rn. 104, juris.

Schutzzone III ist daher davon auszugehen, dass die Befreiungsvoraussetzungen durch Nebenbestimmungen geschaffen werden können.

5. Denkmalschutzrecht (§ 18 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 Satz 2 HDSchG)

Schon § 9 Abs. 1 Satz 3 HDSchG bestimmt, dass die Denkmalschutzbehörden bei allen Entscheidungen und Genehmigungen die Belange des Klima- und Ressourcenschutzes besonders zu berücksichtigen haben.

Auch § 2 EEG nimmt ausweislich der Gesetzesbegründung im Rahmen der Entscheidung über die denkmalschutzrechtliche Genehmigungsfähigkeit Einfluss auf die in § 18 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 Satz 2 HDSchG vorzunehmende Abwägung. Danach kann der Denkmalschutz nur in absoluten Ausnahmefällen überwiegen und zu einer Versagung der geplanten WEA aus Gründen des Denkmalschutzes führen. Dies kommt allenfalls bei einer erheblichen Beeinträchtigung eines Kulturdenkmals in Betracht, wobei die Behörde besonders darzulegen hat, aus welchen Gründen der Denkmalschutz das überragende öffentliche Interesse an den Erneuerbaren Energien und deren Beitrag zur öffentlichen Sicherheit ausnahmsweise überwiegt.

C. Anwendungsbereich des § 6 WindBG

§ 6 WindBG setzt Art. 6 der EU-NotfallVO bezogen auf WEA um und legt für die Geltungsdauer der EU-NotfallVO Verfahrenserleichterungen für deren Genehmigung fest.

Nachfolgend werden die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von § 6 WindBG beschrieben. In den Kapiteln 2 (Immissionsschutz) und 3 (Naturschutz) wird auf die Rechtsfolgen der Norm eingegangen.

I. § 6 Abs. 1 WindBG

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 6 Abs. 1 WindBG ist, dass die WEA in einem zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ausgewiesenen Windenergie-Vorranggebiet nach § 2 Nr. 1 WindBG liegen, das

1. bei seiner Ausweisung einer strategischen Umweltprüfung (SUP) unterzogen worden ist und
2. nicht in einem Natura-2000-, Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt.

Alle in Hessen in Kraft getretenen Teilregionalpläne Energie¹⁴ haben eine Umweltprüfung nach § 8 ROG durchlaufen. Hierbei handelt es sich um eine strategische Umweltprüfung (SUP –

¹⁴ Der Begriff „Teilregionalpläne Energie“ umfasst in Hessen die folgenden Bezeichnungen: Teilregionalplan Energie Nordhessen 2017/2020, Teilregionalplan Energie Mittelhessen 2016/2020 sowie Sachlicher Teilplan Erneuerbare Energien (TPEE) 2019 des Regionalplans Südhessen/Regionalen Flächennutzungsplans 2010 und dessen 1. Änderung.

§ 48 Satz 1 i.V.m. Ziffer 1.5 der Anlage 5 UVPG). Sie erfüllen damit die Voraussetzungen zur Anwendung von § 6 WindBG.

In Hessen liegen ca. 2,3 % der Windenergie-Vorranggebiete in einem Natura-2000-Gebiet. Für diese Bereiche kommt § 6 WindBG nicht zur Anwendung.

II. § 6 Abs. 2 WindBG - Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Sonderregelung des § 6 gilt gemäß Absatz 2 für Genehmigungsverfahren, bei denen der Antragsteller den Antrag spätestens bis zum Ablauf des 30. Juni 2024 stellt (Stand April 2023). Dabei ist es ausreichend, wenn der Antragsteller die vertragliche Sicherung des Grundstücks für die Errichtung und den Betrieb der WEA nachweist. Ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁵ knüpft die Regelung im Interesse der Beschleunigung des WEA Ausbaus dabei an die Antragsstellung, nicht an die Vollständigkeit der Antragsunterlagen an.

Bei zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 6 bereits laufenden Genehmigungsverfahren hat der Antragsteller gemäß Abs. 2 Satz 3 ein Wahlrecht. Ein formaler Antrag ist hierfür nicht notwendig.

¹⁵ BT-Drs. 20/5830, S. 49

Kapitel 2: Immissionsschutz

A. Wegfall der UVP nach § 6 Abs. 1 WindBG

Liegen die in Kapitel 1, C beschriebenen Voraussetzungen vor, entfällt gem. § 6 Abs. 1 S. 1 WindBG für alle neu zu errichtenden WEA sowie für die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs bestehender WEA die UVP im Genehmigungsverfahren. Da gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 WindBG eine Umweltverträglichkeitsprüfung nicht durchzuführen ist, ist – auch wenn ein Antragsteller dies gem. § 7 Abs. 3 UVPG beantragen würde – eine freiwillige UVP ebenfalls nicht mehr durchzuführen. Unabhängig vom Verfahrensstand kann im laufenden Genehmigungsverfahren, die Umweltverträglichkeitsprüfung abgebrochen werden, nachdem der Antragsteller die Umstellung nach § 6 Absatz 2 Satz 3 WindBG beantragt hat.

B. Repowering

I. Art. 5 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1b EU-NotfallVO: Kürzere Entscheidungsfristen für Repowering

Genehmigungsverfahren für das Repowering von WEA und – bei kapazitätssteigerndem Repowering zusätzlich – das Genehmigungsverfahren für den Ausbau von Anlagen, die für den Netzanschluss erforderlich sind, dürfen maximal 6 Monate dauern, wenn entsprechende Anträge zwischen dem 30.12.2022 und dem 30.06.2024 eingegangen sind. Im Falle des Repowerings gilt die Regelung des Art. 5 EU-NotfallVO für alle Verfahrensarten – also sowohl für Neu- als auch für Änderungsgenehmigungsverfahren.

Diese Höchstfrist ist eine Verschärfung zur bisherigen Fristenregelung in § 10 Abs. 6a BImSchG. Für Genehmigungsverfahren, die vor dem 30.12.2022 eingeleitet wurden, bei denen jedoch noch keine Entscheidung ergangen ist, gilt diese Frist nicht, denn es fehlt bislang an dem dafür erforderlichen nationalen Umsetzungsakt (Art. 1 Abs. 2 der EU-NotfallVO).

Diese 6-Monatsfrist beginnt gem. Art. 2 Abs. 1 b) EU-NotfallVO mit der Bestätigung des Eingangs des vollständigen Antrags bei der zuständigen Behörde und endet mit der Mitteilung der endgültigen Entscheidung über das Ergebnis des Verfahrens durch die zuständige Behörde. Der Lauf der 6-Monatsfrist beginnt spätestens 6 Wochen nach Eingang des Antrags (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 der 9. BImSchV).

II. Art. 5 Abs. 3 EU-NotfallVO: Delta-Prüfung

Bei einem Repowering-Projekt **außerhalb** von Windenergie-Vorranggebieten mit mindestens 3 und höchstens 19 Neuanlagen ist eine UVP-Vorprüfung durchzuführen. Ergibt diese überschlägige Prüfung, dass von dem Repowering-Projekt keine erheblich nachteiligen Umweltauswirkungen im Vergleich zur Situation mit den Bestandsanlagen zu erwarten sind, ist keine UVP durchzuführen. Wird bei der UVP-Vorprüfung die Wahrscheinlichkeit erheblicher

nachteiliger Auswirkungen festgestellt oder umfasst das Repowering mindestens 20 Neuanlagen, sind im Rahmen der durchzuführenden UVP nur die im Vergleich zum Ursprungsprojekt nachteiligen Abweichungen zu prüfen (Delta-Prüfung).

Innerhalb von Windenergie-Vorranggebieten entfällt die Umweltverträglichkeitsprüfung, wenn die Voraussetzungen des § 6 WindBG vorliegen (vgl. Ausführungen in Kapitel 1, C).

III. § 16b Abs. 3 BImSchG: Auslegung des Begriffs „niedrigerer Immissionsbeitrag“

Nach Beschluss der 147. Sitzung der LAI im März 2023 legt jedes Bundesland selbst das Verfahren zur Feststellung eines niedrigeren Immissionsbeitrags nach dem Repowering fest. In Hessen soll der Verfahrensvorschlag des Forums Gemeinschaftliches Wohnen e.V. zur Anwendung kommen.

Demnach wird entsprechend Nr. 4.1 der LAI-Hinweise „[Hinweise zum Schallschutz bei Windkraftanlagen](#)“ in den Genehmigungsbescheiden regelmäßig der maximal zulässige Emissionspegel ($L_{e,max}$) festgelegt. Bei der Deltaprüfung wird die Differenz des genehmigten mittleren Teilimmissionspegels zuzüglich der mit dem Faktor 1,28 multiplizierten Gesamtunsicherheit sowie des gleichartig bestimmten Teilimmissionspegels des Repoweringvorhabens ermittelt. Liegt dieser Wert – an allen Immissionsorten, für die die Immissionsrichtwerte nach der TA Lärm nicht eingehalten werden können – mindestens um 1,0 dB(A) niedriger, so gilt die Anforderung des § 16b Abs. 3 Nr. 1 BImSchG als erfüllt.

Kapitel 3: Naturschutz

Durch § 6 WindBG haben sich im Kontext der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für die Errichtung und den Betrieb sowie die Änderung der Beschaffenheit oder des Betriebs von WEA an Land Teile des Bundesnaturschutzgesetzes sowie des gemeinsamen Runderlasses „Verwaltungsvorschrift Naturschutz/Windenergie“ (HMUKLV/HMWEVW 2020, StAnz. 1/2021, S. 13, nachfolgend Verwaltungsvorschrift) überholt.

In durch die hessischen Teilregionalpläne festgelegten Windenergie-Vorranggebieten ohne Überschneidung mit Natura-2000-Gebieten, Naturschutzgebieten oder Nationalparks ist zukünftig im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb sowie die Änderung der Beschaffenheit oder des Betriebs von WEA eine **modifizierte artenschutzrechtliche Prüfung** durchzuführen. Wesentlich ist dabei die Begrenzung der Datengrundlage (ausschließliche Verwendung bereits vorhandener Daten, das heißt keine zusätzlichen Erhebungen) sowie ein sofortiger Einstieg in die Prüfung von Schutz-/Minderungsmaßnahmen. Ein mögliches signifikant erhöhtes Tötungsrisiko führt in den Vorranggebieten unter keinen Umständen mehr zur Versagung der Genehmigung. Die modifizierte artenschutzrechtliche Prüfung bemisst sich nach § 6 WindBG i.V.m. § 45b Abs. 6 i.V.m. Anlage 2 BNatSchG, wenn der in Kapitel 1, C.II näher beschriebene zeitliche Anwendungsbereich eröffnet ist:

- Für **kollisionsgefährdete Brutvogelarten** sind für die Prüfung von Maßnahmen zur Verminderung des Tötungs- und Verletzungsrisikos durch den Betrieb von WEA § 45b Abs. 2-5 i.V.m. Anlage 1 BNatSchG sinngemäß anzuwenden (vgl. dazu Kapitel 3, A. II. II.II), und zwar ausschließlich um Notwendigkeit bzw. Umfang der Schutz-/Minderungsmaßnahme zu bestimmen. Voraussetzung ist jedoch, dass überhaupt Daten im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG vorhanden sind, die für die Prüfung hinreichend genau sind. Zudem sind bezogen auf die in Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG genannten Arten weiterhin Kapitel 7.2 und Anlage 8 der Verwaltungsvorschrift anzuwenden. Anlage 2 der Verwaltungsvorschrift findet **keine** Anwendung.
- Für **Fledermäuse** trifft § 6 Abs. 1 Satz 4 WindBG eine Sonderregelung. Daneben finden weiterhin Anlage 5 und 6 der Verwaltungsvorschrift Anwendung.
- Für die Prüfung **besonders störepfindlicher Vogelarten** ist auf Anlage 3 und 8 der Verwaltungsvorschrift zurückzugreifen.
- Im Übrigen sind für die Prüfung von Schutz-/Minderungsmaßnahmen die bisherigen Regelungen aus Erlassen und Leitfäden weiterhin zu beachten (z.B. Leitfaden für die artenschutzrechtliche Prüfung in Hessen). Die Vermeidung von bau- und anlagebedingten Beeinträchtigungen sollte auf der Grundlage bekannter und erprobter Maßnahmen erfolgen.

§ 45b Abs. 8 und 9 BNatSchG sind nicht anzuwenden, da die Durchführung einer Ausnahmeprüfung gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG ausdrücklich ausgeschlossen wird (§ 6 Abs. 1 Satz 12 WindBG).

A. Prüfung nach § 6 WindBG

I. Modifikation der artenschutzrechtlichen Prüfung durch § 6 Abs. 1 WindBG

Liegen die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 WindBG vor (dazu Kapitel 1, C.), ist im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für WEA abweichend von § 44 Abs. 1 BNatSchG keine artenschutzrechtliche Prüfung i.S.d. §§ 44 ff. BNatSchG durchzuführen. An diese Stelle tritt eine modifizierte Prüfung nach § 6 Abs. 1 WindBG.

Verkürzt dargestellt: Die zuständige Behörde hat auf Grundlage vorhandener Daten Schutz- bzw. Minderungsmaßnahmen anzuordnen, um die Auswirkungen auf die jeweils betroffenen Arten zu begrenzen. Sind geeignete und verhältnismäßige Schutz- bzw. Minderungsmaßnahmen nicht verfügbar oder geeignete Daten nicht vorhanden, hat der Betreiber eine Zahlung in Geld zu leisten.

Der Gesetzgeber hat mit § 6 WindBG letztlich einen artenschutzrechtlichen Ausnahmetatbestand sui generis (eigener Art) geschaffen. Denn auch wenn ein Vorhaben artenschutzrechtliche Verbote im Sinne des § 44 Abs. 1 BNatSchG auslösen würde (weil keine geeigneten oder verhältnismäßigen Maßnahmen ersichtlich sind) oder überhaupt nicht festgestellt werden kann, ob ein artenschutzrechtliches Verbot ausgelöst würde (weil keine geeigneten Daten vorliegen), ist die Genehmigung nicht zu versagen, sondern ein jährlich seitens des Betreibers zu zahlender Geldbetrag festzulegen. Das besondere Artenschutzrecht nach §§ 44 ff. BNatSchG kann damit der Genehmigung von WEA in Windenergie-Vorranggebieten nicht mehr entgegenstehen.

Dies ist Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, dass der Ausbau der Windenergie im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient. Zudem wurden innerhalb von Windenergie-Vorranggebieten die wesentlichen Aspekte der Umweltverträglichkeit und insbesondere windenergiesensibler Arten bereits auf Ebene der Regionalplanung bei der Ausweisung der Gebiete berücksichtigt. Darüber hinaus hat Hessen durch die beispielhafte Identifizierung von Maßnahmenräumen für windenergiesensible Arten, ebenso durch Naturschutzmaßnahmen für windenergiesensible Vogel- und Fledermausarten und durch erhebliche Anstrengungen im Waldnaturschutz die Voraussetzungen dafür geschaffen, um eine Gefährdung von Populationen der Arten und ihrer Lebensräume durch den Ausbau der Windenergie in den Vorranggebieten möglichst gering zu halten.

Nachfolgend werden die einzelnen Prüfschritte sowie die Änderungen zur bisherigen Abarbeitung der artenschutzrechtlichen Prüfung dargestellt, die im Anschluss daran näher erläutert werden.

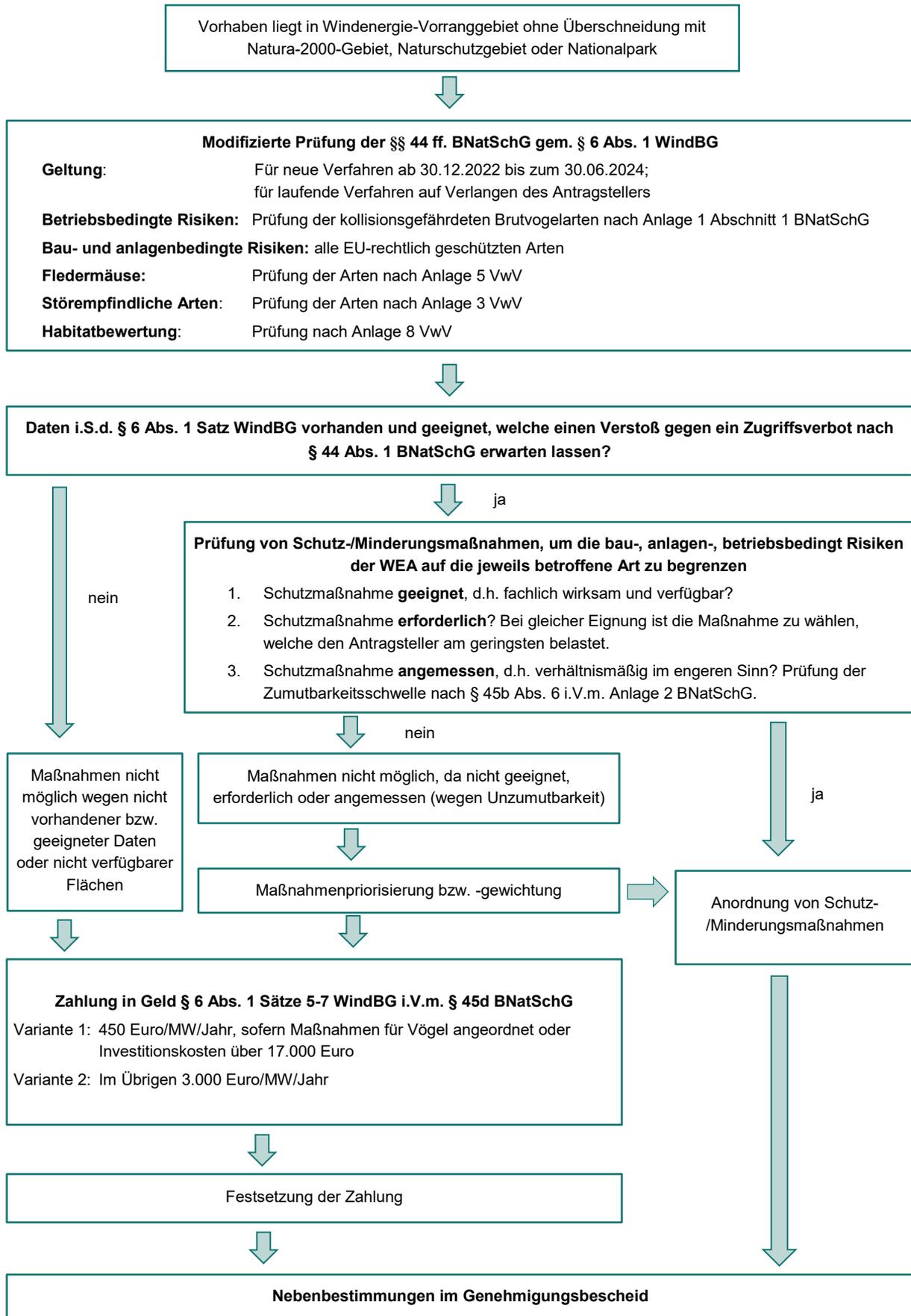


Abbildung 1: Prüfschema der artenschutzrechtlichen Prüfung im Rahmen des § 6 WindBG

II. Prüfung im Einzelnen

Nach § 6 WindBG ist zunächst zu prüfen, ob für die zu prüfenden europäisch geschützten Arten überhaupt Daten vorhanden sind, die den gesetzlichen Anforderungen in § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG entsprechen. Sind keine Daten vorhanden, hat die Behörde eine Zahlung in Geld anzuordnen (§ 6 Abs. 1 S. 5-7 WindBG). Sind Daten vorhanden, hat die Behörde auf Grundlage dieser vorhandenen Daten zu prüfen, ob durch das Vorhaben Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG verwirklicht würden. Legen die Daten eine Verwirklichung eines Zugriffsverbotes nahe, folgt daraus nicht die Versagung der Genehmigung, sondern die Festlegung von Schutz-/Minderungsmaßnahmen (§ 6 Abs. 1 Satz 3, 4 WindBG) oder – wenn geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen nicht verfügbar sind – die Festlegung eines jährlich seitens des Betreibers zu zahlenden Geldbetrages (§ 6 Abs. 1 S. 5-7 WindBG). Mit dieser Vorgehensweise soll ein dem § 44 Abs. 1 BNatSchG angenähertes Schutzniveau gewährleistet werden. Wie oben dargelegt, kann das besondere Artenschutzrecht nach §§ 44 ff. BNatSchG der Genehmigung von WEA in Windenergie-Vorranggebieten jedoch nicht mehr entgegenstehen.

Im Rahmen des § 6 WindBG ist der Antragsteller nicht mehr dazu verpflichtet, Daten bzw. ein Maßnahmenkonzept vorzulegen bzw. eine Kartierung durchzuführen. Die Behörde kann dies auch nicht mehr verlangen.

Im Einzelnen:

II.I Auf Grundlage vorhandener Daten

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG hat die Behörde für ihre Prüfung, auf **vorhandene Daten** zurückzugreifen. In einem ersten Prüfungsschritt ist somit festzustellen, ob „geeignete“ Daten vorhanden sind, welche die Anforderungen des § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG erfüllen.

Daten i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG sind sowohl technische als auch nichttechnische Daten.

Technische Daten sind insbesondere solche aus landesweiten Datenbanken (Naturschutzregister NATUREG, Hessische Biodiversitätsdatenbank (HEBID) sowie mit amtlichen Systemen kompatible Daten. Dies können Daten sein, die Behörden selber führen, sowie Daten des Vorhabenträgers bzw. von Dritten (z.B. ehrenamtlich erhobene Daten).

Vorhanden i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG sind grundsätzlich alle der Behörde bekannten und nach fachlichen Standards erhobenen Daten. Dies umfasst solche aus behördlichen Datenbanken und behördlichen Katastern, Daten aus anderen Genehmigungs- und Planverfahren, durch den Vorhabenträger oder Dritte (freiwillig) bereitgestellte Daten. Daten des Vorhabenträgers sowie Daten Dritter hat die Behörde nur zugrundezulegen, wenn diese nach einem vergleichbaren fachlichen Standard (etwa i.S.d. Anlage 4 Nr. 1.5 der Hessischen Kompensationsverordnung) erhoben wurden. Die Daten dürfen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag **nicht älter als fünf Jahre** sein. Ist das Alter der Daten nicht bekannt, sind sie nicht zu verwenden.

Die Daten müssen weiterhin eine **ausreichende räumliche Genauigkeit** aufweisen. Die Daten müssen dabei bezogen auf alle zu prüfenden europäisch geschützten Arten in Bezug auf Maßstab und Auflösung so genau sein, dass sie ausreichen, um eine Betroffenheit der Artvorkommen im Sinne der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu prüfen und ggf. Schutz-/Minderungsmaßnahmen anzuordnen. Die Anforderungen an die Genauigkeit kann demnach je nach Zugriffsverbot und zu prüfende Art variieren.

Beispiel: Bei der Prüfung von Maßnahmen, um das Tötungs- und Verletzungsrisiko durch den Betrieb der WEA für kollisionsgefährdeter Brutvogelarten zu vermindern, ist sinngemäß auf § 45b Abs. 2-5 BNatSchG i.V.m. Anlage 1 zurückzugreifen (dazu unter Kapitel 3, A. II.II 1.). § 45b BNatSchG i.V.m. Anlage 1 knüpft an den genauen Ort des Brutplatzes an. Demnach muss der genaue Ort des besetzten Horsts bekannt sein. Räumlich nur unpräzise Vorkommen einer Art in einem größeren Gebiet oder auch die Kenntnis von einem kollisionsgefährdeten, aufgrund von Verhaltensmerkmalen als Brutvogel eingestuften Tieres im Bereich der geplanten WEA ohne Kenntnis des Horsts sind nicht ausreichend, mit der Folge, dass die Behörde ohne weiteren Zwischenschritt einen jährlich seitens des Betreibers zu leistenden Geldbetrag festzulegen hat.

Sind die Daten nicht vorhanden, räumlich nicht ausreichend genau oder zu alt, ist nach § 6 Abs. 1 Satz 5 WindBG ohne weiteren Zwischenschritt eine Zahlung in Geld festzulegen.

Kartierungen durch den Vorhabenträger sind nicht mehr erforderlich und seitens der zuständigen Behörde auch nicht zu verlangen.

Sofern die Daten im Einzelfall ausreichend präzise und aktuell sind, können konkrete Maßnahmen durch die Behörde unmittelbar auf dieser Grundlage angeordnet werden. Eine ausreichende Datenlage für konkrete Maßnahmen wird jedenfalls für die Projekte gegeben sein, für die bereits eine Kartierung nach bisher geltendem Recht durchgeführt wurde oder wenn entsprechende Daten von laufenden Projekten oder Planverfahren vorliegen, die noch ausreichend aktuell (d.h. nicht älter als fünf Jahre) sind.

Die Behörde kann gem. § 6 WindBG („vorhandene Daten“) keine Konzeption von Umlenkungs- und Ausweichflächen mehr verlangen.

II.II Geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen

Belegen die im Sinne des § 6 WindBG geeigneten Daten das Vorkommen einer europäisch geschützten Art und eine Betroffenheit eines der in § 44 Abs. 1 genannten Zugriffsverbote, hat die zuständige Behörde nach § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG vorhabenbezogen **geeignete** und **verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen** anzuordnen. Wie dargelegt, ist dabei eine modifizierte artenschutzrechtliche Prüfung durchzuführen.

1. Geeignete Maßnahmen

Maßnahmen sind geeignet, wenn sie **fachlich wirksam**, d.h. dem aktuellen Kenntnisstand zu Wissenschaft und Technik entsprechen, und **verfügbar** sind. Hierbei ist nach den betroffenen Arten und Zugriffsverboten zu differenzieren.

Bei der Prüfung, welche Maßnahmen geeignet sind, um das Tötungs- und Verletzungsrisiko durch den Betrieb der WEA für **kollisionsgefährdeter Brutvogelarten** zu vermindern, sind die Regelungen des § 45b Abs. 2 bis 5 i.V.m. Anlage 1 BNatSchG sinngemäß anzuwenden. Zudem sind bezogen auf die in Anlage 1 Abschnitt 1 genannten Arten Kapitel 7.2 und Anlage 8 der Verwaltungsvorschrift anzuwenden. Anlage 2 der Verwaltungsvorschrift findet keine Anwendung.

Voraussetzung für den Eintritt in die Prüfung der Maßnahmen ist wie oben beschrieben das Vorhandensein von im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG geeigneten Daten zur Lage eines Brutplatzes.

- Liegt ein Brutplatz im Nahbereich (§ 45b Abs. 2 i.V.m. Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG) der Anlage sind keine Schutzmaßnahmen anzuordnen. In diesem Bereich wird damit – auf Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung, wonach die Erzeugung von Windenergie in Windenergie-Vorranggebieten im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient – die Verwirklichung des Tötungs- und Verletzungsrisikos (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) in Kauf genommen und die Errichtung und der Betrieb von WEA im Nahbereich ermöglicht. In diesen Fällen ist eine Zahlung in Geld anzuordnen.
- Liegt der Brutplatz in einem Abstand zur WEA, der größer als der Nahbereich und geringer als der erweiterte Prüfbereich ist (§ 45b Abs. 3 i.V.m. Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG), ist die Anordnung von Schutzmaßnahmen zu prüfen. Die Schutzmaßnahmen müssen geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein (dazu Kapitel 3, A, II.II). Die Vorlage einer Habitatpotenzial- oder Raumnutzungsanalyse im Sinne des § 45b Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG kann seitens der Behörde dabei nicht verlangt werden und muss vom Antragsteller auch nicht vorgelegt werden (vgl. Kapitel 3, A, II.I).
- Liegt der Brutplatz im erweiterten Prüfbereich (§ 45b Abs. 4 i.V.m. Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG) ist die Anordnung von Schutzmaßnahmen nur zu prüfen, wenn auf Grundlage der vorhandenen Daten festgestellt wird, dass die Aufenthaltswahrscheinlichkeit der betroffenen Exemplare aufgrund artspezifischer Habitatnutzung oder funktionaler Beziehungen deutlich erhöht ist.
- Liegt der Brutplatz in einem Abstand zur WEA, der größer als der erweiterte Prüfbereich ist (§ 45b Abs. 5 i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 1 BNatSchG) sind keine Schutzmaßnahmen anzuordnen, da eine Verwirklichung der Zugriffsverbote i.S.d. § 44 Abs. 1 BNatSchG nicht zu erwarten ist.

Als geeignete Maßnahmen, um das Tötungs- und Verletzungsrisiko durch den Betrieb der WEA zu vermindern, kommen die **in Anlage 1 Abschnitt 2 BNatSchG** genannten, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen in Betracht.

Sie sind für alle Brutvögel i.S.d. Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG als geeignet anzusehen. Die Auflistung der Maßnahmen nach Anlage 1 Abschnitt 2 BNatSchG ist zwar nicht abschließend (vgl. „insbesondere“). Darüberhinausgehende Maßnahmen kommen jedoch nur ausnahmsweise bei entsprechender Indikation in Betracht. Außerdem bleiben bezogen auf die in Anlage 1 genannten Arten weiterhin Kapitel 7.2 und Anlage 8 der Verwaltungsvorschrift Anwendung. Anlage 2 der Verwaltungsvorschrift findet keine Anwendung.

Bei den Maßnahmen zur Vermeidung und Minderung von **Störungen bzw. dem Verlust von Fortpflanzungs- und Ruhestätten** ist auf die hessischen Regelungen (insbesondere Anlage 3 und 8 der Verwaltungsvorschrift und Leitfaden für die artenschutzrechtliche Prüfung in Hessen in der jeweils gültigen Fassung) sowie den allgemeinen fachlichen Erkenntnisstand zurückzugreifen.

Für die **übrigen EU-rechtlich geschützten Arten** sind geeignete Schutz-/Minderungsmaßnahmen auch in Erlassen und Leitfäden beschrieben (z.B. Leitfaden für die artenschutzrechtliche Prüfung in Hessen in der jeweils gültigen Fassung).

Für **Fledermäuse** trifft § 6 Abs. 1 Satz 4 WindBG eine Sonderregelung. Danach hat die zuständige Behörde für Fledermäuse als geeignete Minderungsmaßnahme eine Abregelung auch dann anzuordnen, wenn keine Daten über ihr Vorkommen vorhanden sind. Grund hierfür ist, dass für Fledermäuse in der Regel keine Daten vorliegen, wenn der Antragsteller keine Vorab-Untersuchung durchgeführt hat. Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG müsste die Behörde daher – mangels vorhandener Daten – immer eine Zahlung in Geld festlegen. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen und den Schutzstandard für Fledermäuse zu erhalten, wurde die Sonderregelung in § 6 Abs. 1 Satz 4 WindBG getroffen. Solche pauschalen Abschaltungszeiten können im Einzelfall umfangreicher sein, als an einem Standort erforderlich. Werden pauschale Abschaltzeiten auf Grundlage eines worst-case Szenarios angeordnet, ist dem Antragsteller die Möglichkeit einzuräumen, die Abschaltzeiten durch eine zweijährige akustische Erfassung der Fledermausaktivität im Gondelbereich (Gondelmonitoring) anzupassen. Eine Verpflichtung besteht nicht. Denn in diesem Fall ist davon auszugehen, dass das Kollisionsrisiko bereits durch die pauschalen Abschaltzeiten hinreichend verringert wird. Verpflichtend ist das Gondelmonitoring nur anzuordnen, wenn Abschaltzeiten nicht auf Grundlage eines worst-case Szenarios angeordnet werden, und Unsicherheiten verbleiben, ob das Tötungs- und Verletzungsrisiko durch die beschränkten Abschaltzeiten ausreichend gemindert wird. Daneben finden weiterhin Anlage 5 und 6 der Verwaltungsvorschrift Anwendung.

Die Geeignetheit im Sinne des Gesetzes setzt neben der fachlichen Wirksamkeit voraus, dass die Maßnahmen **verfügbar** sind. Regelmäßig verfügbar sind insbesondere betriebliche und organisatorische Maßnahmen wie

- Abschaltungen,
- ökologische Baubegleitung,
- unattraktive Turmfußgestaltung.

Sofern es sich um ein Projekt mit fortgeschrittenem Planungsstand handelt und bereits nach bisher geltendem Recht Maßnahmen geplant wurden und vorliegen, sind diese auch im Regime des § 6 WindBG als geeignet einzuordnen. Liegen aus der Projektplanung oder den der Behörde vorliegenden Daten ausreichende (d.h., geeignete) Kartierungsdaten im. o.g. Sinne vor, aber wurde im Rahmen des Projekts noch keine Maßnahmenplanung vorgenommen, sind durch die zuständige Behörde geeignete Maßnahmen festzulegen.

2. Erforderliche Maßnahmen

Im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ist stets auch die Erforderlichkeit einer Maßnahme zu prüfen. Bei gleicher Eignung ist die jeweils mildeste Maßnahme zu wählen, d.h. die Maßnahme, welche den Antragsteller am geringsten belastet.

3. Angemessenheit der Maßnahmen (verhältnismäßig im engeren Sinn)

Die Maßnahmen müssen nach § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG verhältnismäßig (im engeren Sinn) sein. Soweit die „Gewährleistung“ der Anforderungen des § 44 Abs. 1 BNatSchG Schutz-/Minderungsmaßnahmen erforderlich macht, ist von einer Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen bzw. des Maßnahmenpakets auszugehen, wenn sie dem Antragsteller zumutbar sind.

Zumutbarkeit

Die Zumutbarkeitsschwelle wird in § 45b Abs. 6 Satz 2 BNatSchG konkretisiert, worauf auch in der Gesetzesbegründung zu § 6 WindBG ausdrücklich Bezug genommen wird. Dort wird jedoch nur eine Zumutbarkeitsschwelle für Schutzmaßnahmen i.S.d. § 45b Abs. 6 BNatSchG festgelegt. Wie oben dargelegt, hat die zuständige Behörde jedoch die Auswirkungen in Bezug auf sämtlicher Zugriffsverbote (nicht nur Tötungs-/Verletzungsverbot) und auch bau- und anlagenbedingte Beeinträchtigungen gemeinsam mit den betriebsbedingten Auswirkungen effektiv zu mindern. Ausweislich der Gesetzesbegründung kann in diesen Fällen einmalig „ein Aufschlag erfolgen, der in der Regel in der Größenordnung von 600 Euro/MW/Jahr liegen sollte“¹⁶. In der Vollzugspraxis ist grundsätzlich immer ein Aufschlag in Höhe von 600 Euro/MW/Jahr vorzunehmen, da in aller Regel nicht nur Schutzmaßnahmen i.S.v. § 45b Abs. 1, 6, Anlage 1 Abschnitt 2 BNatSchG zu ergreifen sind.

Die Zumutbarkeit berechnet sich konkret nach Anlage 2 BNatSchG unter Berücksichtigung der Maßnahmen für alle besonders geschützten Arten bezogen auf die WEA, nicht artspezifisch. Einen Überblick über die Berechnungsmethode, inklusive Informationen zur Berücksichtigung der Niedrigwindabschaltung, befindet sich in der Anlage „Berechnung der Zumutbarkeit i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG i.V.m. § 45b Abs. 6 Satz 2, Anlage 2 BNatSchG für die windabhängige Abschaltung nach Kapitel 7.2 der Verwaltungsvorschrift Naturschutz/Windenergie (HMUKLV/HMWEVW 2020)“.

Die Zumutbarkeit wird unter Berücksichtigung des Jahresenergieertrages der Anlage im Genehmigungsverfahren geprüft. Die Zumutbarkeitsberechnung nach Anlage 2 BNatSchG bildet nicht den tatsächlichen monetären Verlust ab; stattdessen wird eine fiktive Belastung als Maßstab herangezogen.

Die zur Berechnung erforderlichen Daten, die Anlage 2 nicht bereits als Konstanten definiert, sind **vom Vorhabenträger** mit seinem Genehmigungsantrag in einem **Ertragsgutachten** vorzulegen. Die Daten sind dem vorzulegenden Gutachten zu entnehmen. Sofern keine Ertragsprognose durch den Antragsteller vorgelegt wird, kann die Behörde anhand

¹⁶ BT-Drs. 20/5830, S. 49

allgemeiner Erfahrungswerte sowie der vorhandenen qualifizierten Tools zur Ertragsprognose überschlägig den zu erwartenden Ertrag abschätzen.

Die Berechnungen müssen von der Behörde vorgenommen bzw. geprüft und genehmigt werden. Der Vorhabenträger kann jedoch bereits eigene Berechnungen anstellen und diese vorlegen.

Der zu berücksichtigende Jahresenergieertrag stellt sich zum Zeitpunkt der Berechnung und Bewertung als prognostischer Wert dar.

Ein Tool als [Hilfestellung bei der Berechnung nach Anlage 2 BNatSchG](#) wurde von der Fachagentur Wind zur Verfügung gestellt und eignet sich auch zur Berechnung der windabhängigen Abschaltungen nach Kapitel 6 und 7.2 der Verwaltungsvorschrift.

Maßnahmenpriorisierung- bzw. -gewichtung

Innerhalb der Zumutbarkeitsschwelle sind die effektivsten Maßnahmen zu wählen, um den bestmöglichen Schutz für die betroffenen Arten zu gewährleisten. Ist die Zumutbarkeitsschwelle überschritten, hat die Behörde eine Maßnahmenpriorisierung durchzuführen und im Ergebnis Maßnahmen zu streichen bzw. einzuschränken. Bei mehreren betroffenen Arten ist der Erhaltungszustand der Arten zu berücksichtigen. Maßnahmen zu Gunsten von stark gefährdeten Arten und Arten mit einem negativen Entwicklungstrend sind vorrangig zu ergreifen. Auch bei Abschaltungen zum Schutz von Fledermäusen nach § 6 Abs. 1 Satz 4 kann die zuständige Behörde sich gegen eine Anordnung entscheiden, da Zweck der Regelung nicht die Priorisierung des Fledermausschutzes ist, sondern der Erhalt des Schutzes bei nicht vorhandenen Daten. Entscheidet sich die zuständige Behörde gegen Abschaltungen für Fledermäuse, ist auch ein Gondelmonitoring nicht anzuordnen. Dies führt automatisch dazu, dass der Antragsteller gem. § 6 Abs. 1 Satz 5 WindBG (auch) eine Zahlung in Geld zu leisten hat, da aufgrund der Zumutbarkeitsschwelle nicht für jede betroffene Art eine verhältnismäßige Schutz-/Minderungsmaßnahme angeordnet werden kann.

4. Zahlung in Geld

Nach § 6 Abs. 1 Satz 5 WindBG hat der Betreiber eine Zahlung in Geld zu leisten, soweit geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen nicht verfügbar sind oder Daten zu Artvorkommen im Vorhabengebiet nicht vorhanden im o. g. Sinne sind. Demnach ist eine Zahlung in Geld immer dann festzulegen, wenn

- für die prüfrelevanten Arten überhaupt keine Daten i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG vorliegen, um die Prüfung von Schutz-/Minderungsmaßnahmen vorzunehmen, oder
- nicht für alle prüfrelevanten Arten Daten i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG vorliegen, um die Prüfung von Schutz-/Minderungsmaßnahmen vorzunehmen, oder
- nicht für alle prüfrelevanten Arten geeignete, erforderliche und angemessene Schutz-/Minderungsmaßnahmen festgelegt werden können.

Anders formuliert: Eine Zahlung in Geld ist nicht festzulegen, wenn vollständige Daten i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG zu den Artenvorkommen vorliegen und sich daraus ergibt, dass

- eine Verwirklichung von Zugriffsverboten nach § 44 Abs. 1 BNatSchG durch das Vorhaben nicht zu erwarten ist, oder
- eine Verwirklichung von Zugriffsverboten nach § 44 Abs. 1 BNatSchG durch das Vorhaben zwar zu erwarten wäre, aber geeignete, erforderliche und angemessene Schutz-/Minderungsmaßnahmen festgelegt werden können, um die Auswirkungen auf die jeweils betroffene Art zu vermindern.

Die Festlegung erfolgt nach den Vorgaben des § 6 Abs. 1 Satz 6 bis 11 WindBG.

Die Zahlung ist gemäß § 6 Abs. 1 Satz 6 WindBG von der zuständigen Behörde zusammen mit der Genehmigung als jährlich zu leistender Betrag festzusetzen.

Die zuständigen Behörden haben bereits vor Erlass einer Verordnung nach Satz 11 die jährlich zu leistenden Beträge anhand der in § 6 Abs. 1 Satz 7 WindBG genannten Kriterien festlegen.

Die Festlegung erfolgt mit dem Zulassungsbescheid.

§ 6 Abs. 1 Satz 7 WindBG regelt die Höhe der Zahlung in zwei Fallvarianten:

1. 450 Euro pro MW und Jahr,
 - sofern Abschaltungen für Vögel angeordnet werden (Alternative 1) oder
 - Schutzmaßnahmen, deren Investitionskosten höher als 17.000 Euro/MW liegen (Alternative 2),
2. in allen anderen Fällen 3.000 Euro/MW und Jahr.

Eine Zahlung in Höhe von 450 Euro/MW (Fall 1, Alternative 1) ist festzulegen, sobald das festzulegende Maßnahmenkonzept eine Abschaltung für Vögel enthält. Hierzu zählen nicht nur Abschaltungen zum Schutz von Brutvögeln. Nicht erfasst werden Abschaltungen zum Schutz von Fledermäusen, da es sich hierbei nicht um Vögel handelt.

Eine Zahlung in Höhe von 450 Euro/MW (Fall 1, Alternative 2) ist auch dann festzulegen, wenn Schutzmaßnahmen festgelegt werden, deren Investitionskosten höher als 17.000 Euro/MW liegen. Schutzmaßnahmen i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 7 WindBG sind dabei nicht nur die in Anlage 1 zum BNatSchG genannten Maßnahmen, sondern sämtliche im Rahmen des § 6 WindBG in Betracht kommenden Maßnahmen.

Eine Zahlung in Höhe von 3.000 Euro/MW ist in allen übrigen Fällen festzulegen, d.h. insbesondere dann, wenn überhaupt keine Daten vorhanden sind oder Schutzmaßnahmen festgelegt werden, deren Investitionskosten niedriger als 17.000 Euro/MW liegen.

Die Zahlung ist von dem Betreiber der WEA als zweckgebundene Abgabe an das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz zu leisten.

Bei der Festsetzung der Zahlung ist von der zuständigen Genehmigungsbehörde im Genehmigungsbescheid für die Abgabenzahlung an das Bundesministerium für Umwelt,

Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz folgende Kontoverbindung samt Kassenzahlen für Ihr Bundesland anzugeben:

Bundeskasse Leipzig
Deutsche Bundesbank, Filiale Leipzig
BIC: MARKDEF1860
IBAN: DE3886000000086001040
Kassenzahlen: 1180 0536 2125

Die im Rahmen der Eingriffsregelung festzusetzenden Zahlungen sind von der artenschutzrechtlichen Abgabe nach WindBG zu trennen.

Gelder nach § 6 WindBG bzw. § 45d BNatSchG werden als artenschutzrechtliche Abgabe durch den Bund verwaltet. Ersatzgelder, die auf Grundlage der Eingriffsregelung festgelegt werden, verbleiben bei den Ländern.

II.III Artenschutzrechtliche Ausnahme

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 12 WindBG ist eine artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung in Windenergie-Vorranggebieten nicht durchzuführen.

§ 45 Abs. 7 i.V.m. § 45 b Abs. 8, 9 BNatSchG sowie die Verwaltungsvorschrift finden insoweit keine Anwendung.

B. Zulässigkeit von WEA auch in Landschaftsschutzgebieten (§ 26 Abs. 3 BNatSchG)

Im Rahmen der Prüfung nach § 6 WindBG hat § 26 Abs. 3 BNatSchG zunächst keine Auswirkungen. Die hessischen Windenergie-Vorranggebiete liegen außerhalb von Landschaftsschutzgebieten.

C. Repowering § 45c BNatSchG

§ 6 Abs. 1 Satz 1 WindBG umfasst auch das Repowering.

Repowering wird in den Regelungen des § 16b Abs. 2 BImSchG enger definiert als in § 45c Abs. 1 Satz 2 BNatSchG. Demzufolge kann die Situation eintreten, dass es sich bei einer Vorhabengenehmigung nach BImSchG nicht um ein Repowering-Vorhaben handelt, die artenschutzrechtliche Prüfung jedoch über § 45c BNatSchG abzuarbeiten ist.

Innerhalb der Windenergie-Vorranggebiete richtet sich das artenschutzrechtliche Repowering nach § 6 WindBG i.V.m. §§ 45b, 45c BNatSchG.

Die sog. „Delta-Prüfung“ (Betrachtung der Auswirkungen der Altanlage in Relation zum Repowering-Vorhaben) ist nunmehr im Rahmen des § 45c BNatSchG durchzuführen.

Außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete richtet sich die Prüfung nach Art. 5 Abs. 3 EU-NotfallVO i.V.m. §§ 45b, 45c BNatSchG. Die sog. „Delta-Prüfung“ (Betrachtung der Auswirkungen der Altanlage in Relation zum Repowering-Vorhaben) ist im Rahmen des § 45c BNatSchG durchzuführen.

Bei Repowering-Maßnahmen außerhalb von Windvorranggebieten ist die etwaig durchzuführende Umweltverträglichkeitsprüfung auf eine Deltaprüfung begrenzt (vgl. ausführlich Kapitel 2, B II.).

Kapitel 4: Raumordnungsrecht, Bauplanungsrecht

A. Vorbemerkung

Mit der aktuellen Gesetzgebung im Baurecht ergibt sich eine geänderte Regelungssystematik für die Steuerung der planungsrechtlichen Zulässigkeit der Errichtung und Nutzung von WEA innerhalb und außerhalb von Gebieten, die für die Windenergienutzung durch Regional- bzw. Bauleitpläne gesichert wurden.

Bei den WEA handelte es sich bislang stets um nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegierte Anlagen. Bundesgesetzlich wurde sowohl den Trägern der Raumordnungsplanung als auch den Gemeinden und Planungsverbänden nach § 205 BauGB die prinzipielle Befugnis eingeräumt, mittels einer sog. Konzentrationsplanung WEA in Windenergiegebieten zu bündeln und den restlichen bauplanungsrechtlichen Außenbereich frei zu halten.

In Hessen erfolgt die räumliche Steuerung der WEA durch die Regionalplanung. In den Teilregionalplänen Energie sind Windenergie-Vorranggebiete¹⁷ mit Ausschlusswirkung des übrigen Planungsraumes festgelegt. Nur innerhalb der Windenergie-Vorranggebiete können WEA errichtet werden. Basierend auf diesem Planungskonzept sind in Hessen WEA außerhalb dieser Windenergie-Vorranggebiete derzeit nicht zulässig.

Seit dem Inkrafttreten der Teilregionalpläne Energie besteht in Hessen ein Anwendungsvorrang der Zielfestlegungen in Regionalplänen im Verhältnis zu entsprechenden Darstellungen im Flächennutzungsplan. Die Rechtswirkungen der Konzentrationszonen, die in bestehenden Flächennutzungsplänen vor Inkrafttreten der Teilregionalpläne Energie dargestellt wurden, wurden durch die in den übergeordneten Teilregionalplänen festgelegten Windenergie-Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung verdrängt. Neue Flächennutzungspläne, die von den in den Teilregionalplänen Energie festgelegten Windenergie-Vorranggebieten abweichen wollen, sind bislang wegen der Anpassungspflicht an die Ziele der Regionalplanung nach § 1 Abs. 4 BauGB nicht möglich¹⁸.

Durch verschiedene Gesetzesänderungen gilt nun eine neue Planungssystematik. Systemverändernde Inhalte ergeben sich vor allem durch den neu eingeführten § 245e Abs. 1 BauGB, die Neufassung des § 249 BauGB sowie die Kopplung des Privilegierungstatbestandes § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB an die Sonderregelung des § 249 BauGB.

Das hessische Planungskonzept bleibt nach der Überleitungsvorschrift in § 245e Abs. 1 BauGB befristet bestehen. Die in den Teilregionalplänen Energie festgelegte Ausschlusswirkung der Windenergie-Vorranggebiete gilt danach entweder bis zur Feststellung des Erreichens des landesweiten ersten Flächenbeitragswertes oder bis spätestens zum 31.12.2027 mit der Konsequenz fort, dass WEA außerhalb dieser Gebiete zunächst auch weiterhin unzulässig sind (siehe auch Kapitel 4, B.II.). Ausnahmen gelten für Vorhaben des

¹⁷ Die in den Teilregionalplänen Energie ausgewiesenen Windenergie-Vorranggebiete sind Windenergiegebiete im Sinne von § 2 Nr. 1 WindBG.

¹⁸ VGH Kassel, Beschluss vom 25.01.2018, Az. 4 B 1535/17.N.

Repowering (siehe hierzu Kapitel 4, C.IV). Bei der Auslegung des Begriffs Repowering im Zusammenhang mit der Erzeugung von Strom aus Windenergie ist im Baurecht auf die Definition in § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG zurückzugreifen.¹⁹

B. Raumordnungsrechtlicher Rahmen für den Ausbau der Windenergie

Der raumordnungsrechtliche Rahmen für den Ausbau der Windenergie ist in Hessen mit der 3. Änderung des LEP Hessen 2000 und den Teilregionalplänen Energie vorgegeben. Der LEP enthält die landesweiten Kriterien zur Ermittlung der Windenergie-Vorranggebiete. Die sachlich und räumlich konkreten Festlegungen sind Gegenstand der Teilregionalpläne Energie.

I. Teilregionalpläne Energie

In den aktuellen Teilregionalplänen Energie sind, basierend auf einem umfassenden gesamtträumlichen Planungskonzept, in Summe knapp 1,9 % der Landesfläche für die Windenergie – als Windenergie-Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung – festgelegt worden.

Im WindBG (§ 3 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1) sind für Hessen landesweite Flächenbeitragswerte normiert, die mit 1,8 % Anteil bis Ende 2027 und 2,2 % Anteil der Landesfläche bis Ende 2032 zu erreichen sind.

Da in Hessen der landesweite erste Flächenbeitragswert ohne Festlegung zusätzlicher Windenergie-Vorranggebiete erreicht wird, ist der Beschluss über das Erreichen dieses Flächenbeitragswertes durch den Planungsträger zu fassen (§ 5 Abs. 2 WindBG). In Hessen sind dies die drei Regionalversammlungen und die Verbandskammer des Regionalverbandes FrankfurtRheinMain. Vorher muss durch sie beschlossen werden, dass die Rotorblätter von WEA nicht innerhalb der festgelegten Gebiete liegen müssen (Rotor-out-Beschluss). Die Abstimmung und Zusammenführung der Beschlüsse wird von der obersten Landesplanungsbehörde vorbereitet. Den Bericht zum Nachweis der ersten Schritte der Vorgaben nach WindBG übermittelt die oberste Landesplanungsbehörde bis 31.05.2024 an den Bund.

Die regionalplanerisch ermittelten Schwerpunkträume windenergiesensibler Arten, die im Zuge der Erstellung der Teilregionalpläne Energie identifiziert wurden, werden durch die Flächenkulisse des landesweiten Fachgutachtens „Ermittlung von Maßnahmenflächen sowie konzeptionelle Maßnahmenplanung zur Aufwertung der Brut- und Nahrungshabitate von Rotmilan und Schwarzstorch in Hessen“ (Schnell et al. 2021) aktualisiert und ersetzt. Die aktualisierte Flächenkulisse findet sich unter

<https://landesplanung.hessen.de/gutachten/diverse-vogelarten>.

¹⁹ Vgl. zur Auslegung des § 16b BImSchG die Vollzugshinweise des Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz zu § 10 Absatz 5 Satz 2 und Satz 3, § 16b und § 23b Absatz 3a Nummer 4 BImSchG vom 10. August 2022.

Diese Kulisse ist den Planungen zum Windenergie-Ausbau (Vorranggebietsplanung, Genehmigung und ggf. auch Zielabweichung), der konfliktarmen Standortsuche oder bei der naturschutzfachlichen Abwägung zugrunde zu legen.

Das in diesen schon jetzt faunistisch wertvollen Räumen fachgutachterlich ermittelte Aufwertungspotenzial ist besonders geeignet für die Umsetzung von Ausgleichs- und Artenhilfsmaßnahmen. Die gebündelte Umsetzung in diesen Räumen kann zusammen mit den Aufwertungsmaßnahmen in den Natura-2000-Gebieten Hessens dazu beitragen, die windenergiesensiblen Arten im Zeitraum der Energiewende zu schützen und zu stabilisieren.

II. Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB

Für die Ausweisung neuer Flächen für WEA in Bauleitplänen außerhalb der festgelegten Windenergie-Vorranggebiete ist die Anpassungspflicht an die Ziele der Raumordnung nach § 1 Abs. 4 BauGB zu beachten. Danach sind die Träger der Bauleitplanung verpflichtet, ihre Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen. Diese Ziele sind Gegenstand der 3. Änderung des LEP Hessen 2000 sowie der Teilregionalpläne Energie.

§ 1 Abs. 4 BauGB wurde im Rahmen des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von WEA an Land nicht modifiziert, allerdings sind nach § 27 Abs. 4 ROG für Raumordnungspläne, die Windenergie-Vorranggebiete enthalten, die Überleitungsvorschriften des § 245e BauGB und die Sonderregelungen des § 249 BauGB vorrangig anzuwenden.

Soweit es um Flächen außerhalb der ausgewiesenen Windenergie-Vorranggebiete geht, ist zu differenzieren:

II.I Bis zur Feststellung des Erreichens des ersten Flächenbeitragswertes

§ 245e Abs. 1 BauGB hält die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für WEA außerhalb der in den Teilregionalplänen Energie festgelegten Windenergie-Vorranggebiete nur übergangsweise bis zur Feststellung des Erreichens des Flächenbeitragswertes, spätestens bis zum 31.12.2027, aufrecht. Bis zu diesem Zeitpunkt ändert sich an der bisherigen Verwaltungspraxis nichts, so dass außerhalb der festgelegten Windenergie-Vorranggebiete die Ausweisung zusätzlicher Flächen für WEA durch die Gemeinden im Wege der Bauleitplanung nicht zulässig ist.

II.II Nach Erreichen des ersten Flächenbeitragswertes

1. Aufstellung neuer Bauleitpläne für zusätzliche Flächen für die Windenergie

Nach Feststellung des Erreichens des Flächenbeitragswertes endet gemäß § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB die Ausschlusswirkung der Planung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

§ 249 Abs. 4 BauGB stellt klar, dass die Feststellung des Erreichens des ersten Flächenbeitragswertes eine Mehrausweisung über die Flächenziele des WindBG hinaus nicht hindert. Auch die Gemeinden und Planungsverbände nach § 205 BauGB können deshalb im

Wege der Bauleitplanung zusätzliche Flächen für die Windenergie ausweisen. Es reicht aus, dass dies im Wege der Flächennutzungsplanung erfolgt. Denn maßgeblich dafür, ob eine WEA als nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes oder als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB anzusehen ist, ist nach § 249 Abs. 2 BauGB allein die Lage der Anlage innerhalb oder außerhalb der Windenergiegebiete nach § 2 Nr. 1 WindBG. Dazu zählen nach dessen Ziffer a) auch Sonderbauflächen, Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Ausweisungen in Flächennutzungsplänen.

Daneben ist es zudem möglich, dass die Gemeinden im Wege der Bebauungsplanung zusätzliche Flächen für die Windenergie außerhalb der in den Teilregionalplänen Energie festgelegten Windenergie-Vorranggebiete verbindlich festsetzen. Die Zulässigkeit der WEA würde sich dann nach § 30 BauGB richten.

2. Notwendigkeit der Zielabweichung

Da die Ausschlusswirkung der Planung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB mit der Feststellung des Erreichens des ersten Flächenbeitragswertes endet, bedarf es für die Ausweisung neuer Flächen für WEA in Bauleitplänen außerhalb der festgelegten Windenergie-Vorranggebiete nur dann einer Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG, wenn von **sonstigen Zielen**²⁰ der Raumordnung abgewichen werden soll. Sollen etwa in einem Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan neue Flächen für WEA auf einer Fläche ausgewiesen werden, die im Regionalplan als Vorbehaltsgebiet Landwirtschaft oder Vorbehaltsgebiet Forstwirtschaft und damit nur als Grundsatz und nicht als Ziel der Raumordnung festgelegt ist, bedarf es keiner Zielabweichung. Ein Zielabweichungsverfahren ist jedoch erforderlich, wenn die Fläche mit Zielvorgaben überlagert ist bzw. ein Ziel der Raumordnung besteht, das der Windenergienutzung entgegensteht. Das Vorranggebiet für Forstwirtschaft stellt nach den Festlegungen im LEP Hessen 2000 und den drei Teilregionalplänen Energie kein der Windenergienutzung entgegenstehendes Ziel dar.

Bei der Darstellung bzw. Festsetzung einer Fläche für die Windenergie in einem Bauleitplan sind die Vorgaben des jeweiligen Teilregionalplans Energie zu beachten bzw. zu berücksichtigen.

C. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von WEA im Außenbereich

I. Allgemeines

Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, sind im Außenbereich nach Maßgabe des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert. Privilegierte Vorhaben sind danach zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, d.h. wenn ihnen höherwertige Belange der Allgemeinheit nicht entgegenstehen. Sonstige Vorhaben sind nur zulässig, wenn sie öffentliche Belange nicht beeinträchtigen (§ 35 Abs. 2 BauGB).

²⁰ „Sonstige Ziele“ bedeutet alle Ziele (d.h. ohne das weggefallene Ziel „Ausschlusswirkung“).

II. Planvorbehalt (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB / § 245e Abs. 1 und 2 BauGB)

Nach dem sog. Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem Vorhaben nach Abs. 1 Nummern 2 bis 6, also auch WEA, in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Dies ist mit den hessischen Teilregionalplänen Energie geschehen; in diesen sind Windenergie-Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung festgelegt, d.h. WEA sind außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete derzeit nicht zulässig.

Zwar ist § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nach § 249 Abs. 1 BauGB seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von WEA an Land am 01.02.2023 nicht mehr auf Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, anzuwenden. Übergangsweise gilt die Ausschlusswirkung der Windenergie-Vorranggebiete in den Teilregionalplänen Energie nach § 245e Abs. 1 BauGB jedoch grundsätzlich weiter für Pläne, die bis zum 01.02.2024 wirksam geworden sind, also auch für die Teilregionalpläne Energie. Die Ausschlusswirkung für WEA entfällt nach § 245e Abs. 1 BauGB, soweit für den Geltungsbereich des Plans das Erreichen des Flächenbeitragswertes oder eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels gemäß § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 des WindBG festgestellt wird, spätestens mit Ablauf des 31.12.2027. Der Plan gilt aber nach § 245e Abs. 1 Satz 3 BauGB im Übrigen fort, insbesondere bleibt der Vorrang für die Windenergienutzung in den Windenergie-Vorranggebieten weiter wirksam.

Zu den Ausnahmeregelungen hinsichtlich Repowering-Vorhaben siehe nachfolgend Kapitel 4, C. IV.

III. Modifizierung der Privilegierung (§ 35 Abs. 1 und 2 BauGB, § 249 Abs. 2 BauGB)

Die Privilegierung von WEA nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gilt seit dem 01.02.2023 nach Maßgabe des § 249 BauGB. Abs. 2 dieser Vorschrift bestimmt, dass sich die Zulässigkeit von WEA außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete nach § 35 Abs. 2 BauGB richtet, sofern die jeweiligen, im WindBG festgelegten Flächenbeitragswerte festgestellt worden sind. Zu den Rechtsfolgen, wenn ein Bundesland das Erreichen des Flächenbeitragswertes bis zum jeweiligen Stichtag nicht feststellt, siehe Kapitel 6, Antwort auf Frage 3.

IV. Ausnahmeregelungen hinsichtlich Repowering

Für das Repowering von WEA außerhalb von Windenergie-Vorranggebieten sind Ausnahmeregelungen mit unterschiedlichen Zeiträumen getroffen worden, nach denen sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit unterscheidet.

IV.I Zulässigkeit nach der Übergangsregelung des § 245e Abs. 3 BauGB

Für ein Repowering-Vorhaben außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete gilt während der Übergangsphase zwischen 01.02.2023 bis zur Feststellung des Erreichens des landesweiten ersten Flächenbeitragswertes bzw. bis spätestens 31.12.2027 die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Diese Sonderregelung gilt nicht, wenn das Repowering-Vorhaben innerhalb eines Natura-2000-Gebietes oder eines Naturschutzgebietes liegt und die

Grundzüge der Planung berührt werden. Die Prüfung, ob Grundzüge der Planung berührt sind, erfolgt im Rahmen des Genehmigungsverfahrens unter Beteiligung der zuständigen oberen Landesplanungsbehörde. Eine Zielabweichung ist nicht erforderlich.

Grundzüge der Planung im Sinne von § 245e Abs. 3 BauGB sind **insbesondere** die nachfolgenden Kriterien zur Ermittlung der Windenergie-Vorranggebiete nach der 3. Änderung des LEP Hessen 2000 (Ziel 5.3.2.2-4, a. bis e.):

- Durchschnittliche Windgeschwindigkeit in 140 m Höhe über Grund (für Repowering mindestens 5,5 m/s),
- Wahrung eines Mindestabstands von 1.000 Metern zu bestehenden und geplanten Siedlungsgebieten (Vorranggebiete Siedlung Bestand und Planung in den Regionalplänen),
- Wahrung eines Mindestabstands zur bestehenden und geplanten Verkehrsinfrastruktur, 150 Meter zu bestehenden und geplanten Bundesautobahnen, zu mehrbahnigen Kraftfahrstraßen und zu überwiegend dem Fernverkehr dienenden Schienenwegen, 100 Meter zu allen sonstigen öffentlichen Straßen und Schienenwegen sowie öffentlichen Wasserstraßen,
- Wahrung eines Mindestabstands von 100 Metern zu bestehenden und geplanten Hoch- und Höchstspannungsfreileitungen,
- Ausschluss von Naturschutzgebieten, Nationalparks, Nahbereich von Naturdenkmälern, gesetzlich geschützter Schutz- und Bannwald, Kern- und ehemalige Pflegezone A des hessischen Teils des Biosphärenreservates Rhön, Kernzonen der Welterbestätte.

Nur im Falle des Berührtseins mindestens einer der Grundzüge fehlt es an der planungsrechtlichen Zulässigkeit. Bei der Prüfung ist die Regionalplänen inne liegende maßstabsbedingte randliche Unschärfe der zeichnerischen Festlegungen zu berücksichtigen. Von einer Unschärfe ist insbesondere dann auszugehen, wenn sich die Abgrenzung bspw. eines Vorranggebietes aus Festlegungen ergibt, die ihrerseits parzellenunscharf sind. Die Prüfung erfolgt durch die oberen Landesplanungsbehörden. Regionale Planungsaspekte, die sich aus den Konzepten der jeweiligen Teilregionalpläne Energie ergeben, können bei der Beurteilung, ob ein Grundzug der Planung berührt ist, Berücksichtigung finden.

IV.II Zulässigkeit bis zum 31.12.2030 (§ 249 Abs. 3 BauGB)

Ab dem Zeitpunkt der Feststellung des Erreichens des landesweiten ersten Flächenbeitragswertes entfällt die Ausschlusswirkung der in den Teilregionalplänen Energie festgelegten Windenergie-Vorranggebiete (§ 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB). Für ein Repowering-Vorhaben außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete gilt bis zum 31.12.2030 die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Diese Sonderregelung gilt nicht, wenn das Repowering-Vorhaben innerhalb eines Natura-2000-Gebietes oder eines Naturschutzgebietes liegt. In diesem Fall richtet sich die Zulässigkeit nach § 35 Abs. 2 BauGB.

IV.III Zulässigkeit ab dem 01.01.2031 (§ 249 Abs. 3 BauGB)

Ab dem 01.01.2031 gelten die Sonderregelungen für Repowering-Vorhaben nicht mehr. Diese Vorhaben sind dann außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete nicht mehr privilegiert, sondern als „sonstiges Vorhaben“ im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB zu behandeln. D.h. ein Repowering-Vorhaben darf öffentliche Belange nicht beeinträchtigen.

Dann gelten für alle WEA (Neuplanung, Repowering), die außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete sowie der in Bauleitplänen gesicherten Gebiete für die Windenergienutzung betrieben werden sollen, die grundsätzlichen Regelungen (s.o. Kapitel 4, C.III.).

IV.IV Prüfschema der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von WEA-Vorhaben

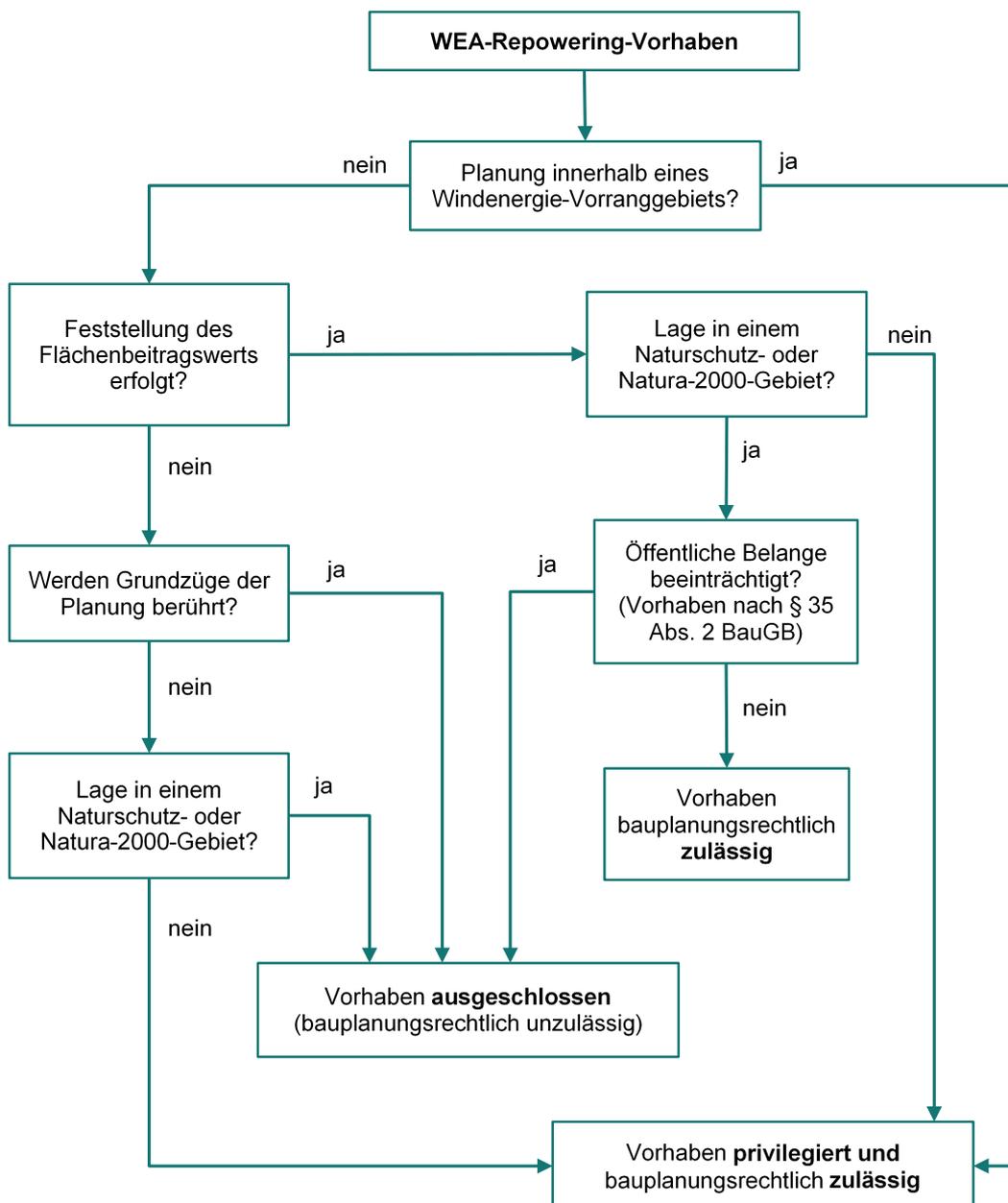


Abbildung 2: Prüfschema der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von WEA-Vorhaben

V. Optisch bedrängende Wirkung

Bislang wurde der von der Rechtsprechung hergeleitete Begriff der optisch bedrängenden Wirkung einzelfallbezogen über das Rücksichtnahmegebot geprüft. Nun ist es in § 249 Abs. 10 BauGB explizit gesetzlich geregelt. Die Norm ist als Regelvermutung ausgestaltet. Der öffentliche Belang einer optisch bedrängenden Wirkung steht danach einem Windenergievorhaben in der Regel nicht entgegen, wenn der Abstand zwischen Anlage und Wohnbebauung mindestens der zweifachen Anlagenhöhe entspricht („2H“). Als Ausnahmefälle kommen nur atypische Konstellationen in Betracht, z.B. wenn die Schwelle der Zumutbarkeit aufgrund besonderer Umstände überschritten würde. Bei der Beurteilung, ob ein Ausnahmefall vorliegt, ist insbesondere auch § 2 EEG zu beachten, der ein überragendes öffentliches Interesse für die erneuerbaren Energien annimmt (siehe hierzu auch Kapitel 1, B).

Kapitel 5: Änderung der HBO zugunsten der Zuwegung zu WEA

Nach einer neueren Entscheidung des VGH Kassel bedürfen geplante Wegebaumaßnahmen für einen Windpark einer gesonderten Baugenehmigung nach § 62 Abs. 1 Satz 1 HBO. Nach den Ausführungen des VGH sind solche Wegeausbauten als bauliche Anlage im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 1 HBO anzusehen und es sei kein Freistellungstatbestand einschlägig. Diese Entscheidung widerspricht allerdings der bisherigen Praxis in Hessen und hat daher Auswirkungen über den Einzelfall hinaus. Sie betrifft nicht nur den Aus- und Neubau von Wegen für neue WEA, sondern auch bereits genehmigte Anlagen, deren Genehmigungen noch nicht bestandskräftig sind.

Sachliche Gründe dafür, ein Baugenehmigungsverfahren für Wege zu Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien durchzuführen, gibt es nicht. Spezifische bauordnungsrechtliche Aspekte, die einer präventiven bauaufsichtlichen Prüfung bedürfen, beispielsweise einzuhaltende Abstände nach § 6 HBO, Standsicherheit oder Brandschutz, spielen bei solchen Wegen in der Regel keine Rolle. Insbesondere Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien sind auch – wie die bereits jetzt von Abschnitt I Nr. 13.6 der Anlage zur § 63 HBO erfassten Vorhaben – bauplanungsrechtlich nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert. Nach § 35 Abs. 3 BauGB möglicherweise entgegenstehende private und öffentliche Belange werden in anderen Verfahren geprüft und bewertet. Insbesondere werden naturschutzrechtliche und forstwirtschaftliche Genehmigungen erteilt, in deren Rahmen auch § 35 BauGB zu prüfen ist (§ 7 Abs. 4 Hessisches Ausführungsgesetz zum Bundesnaturschutzgesetz).

Durch eine Ergänzung von Abschnitt I Nr. 13.6 der Anlage zu § 63 HBO sollen die Wege zu Anlagen der Energieerzeugung baugenehmigungsfrei gestellt werden. Dies erfasst nicht nur die Wege zu Anlagen der Erzeugung von elektrischer Energie (wie Photovoltaik- und WEA), sondern auch die Wege zu Anlagen zur Erzeugung anderer Energieformen (Wärme oder chemische Energie). Unter die Genehmigungsfreiheit fallen damit beispielsweise auch die Wege zu Anlagen zur Erzeugung von Biogas oder zu (nach § 249a BauGB begünstigten) Vorhaben zur Herstellung von Wasserstoff, die im räumlich-funktionalen Zusammenhang einer WEA stehen.

Kapitel 6: Anlage / FAQ

I. Berechnung der Zumutbarkeit i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 3 WindBG i.V.m. § 45b Abs. 6 Satz 2, Anlage 2 BNatSchG für die windabhängige Abschaltung nach Kapitel 7.2 der Verwaltungsvorschrift Naturschutz/Windenergie (HMUKLV/HMWEVW 2020)

Herleitung des Rechenweges der Ertragsverluste in 14h-Tage zur Berücksichtigung der Niedrigwindabschaltung im Rahmen der Anwendung der Anlage 2 des BNatSchG:

1. Eingangsparameter je WEA:

- Jährlicher Gesamtertrag in kWh,
- Summe des Ertragsverlustes durch die windabhängige Abschaltung < X,X m/s in kWh,
- Anteiliger Ertragsverlust an der Jahresproduktion in Prozent.

Die Errechnung der Eingangsparameter sollte auf Grundlage eines Ertragsgutachtens mit einem p75-Wert erfolgen.

2. Rechenweg:

- a) Die Berechnung hat für jede Einzelanlage individuell zu erfolgen. Ausgangswert der Berechnung ist der Ertragsverlust, der durch die windabhängige Abschaltung je WEA entsteht. Zur Berechnung der fiktiven Abschaltdauer wird zunächst der durchschnittlich-tägliche Ertrag der Anlage errechnet:

Berechnung durchschnittlich-täglicher Ertrag:

Jährlicher Gesamtertrag in kWh / 365 Tage = durchschn.-tägl. Ertrag in kWh pro Tag

- b) Zur Berechnung der fiktiven Abschaltdauer wird nun der Ertragsverlust durch den durchschnittlich-täglichen Ertrag geteilt. Das Ergebnis ergibt die Abschalttage (24 h je Tag):

Ertragsverlust in kWh / durchschn.-tägl. Ertrag in kWh pro Tag = X Tage (à 24 h)

- c) Da die Vorgaben der Anlage 2 Nr. 1 des BNatSchG zur Berechnung des Ertragsverlustes lediglich die tägliche Abschaltung von Sonnenauf- bis Sonnenuntergang berücksichtigt (14 h-Tage), ist die Umrechnung der Abschaltzeit von 24 h-Tage in 14 h-Tage vorzunehmen. Dies geschieht durch Multiplikation der 24-h-Tage mit 24/14:

X Tage à 24 h x 24/14 = Tage (à 14 h)

- d) Zusammengefasst ergibt sich der nachfolgende Rechenweg:

(Ertragsverlust / durchschnittlich-täglicher-Ertrag) x 24/14 = Abschaltzeit in 14-h-Tage

3. Umrechnung/Vereinfachung der Formel:

Zur erleichterten Anwendung wird die zuvor verwendete Formel durch Umrechnung wie folgt vereinfacht:

Ertragsverlust kWh / (jährl. Gesamtertrag kWh / 365 Tage) x 24/14	<i>Ausgangsformel</i>
Ertragsverlust kWh x (365 Tage / jährl. Gesamtertrag kWh) x 24/14	<i>Mit Kehrwert des Bruchs multiplizieren</i>
(Ertragsverlust kWh / jährl. Gesamtertrag kWh) x 365 Tage x 24/14	<i>Umstellung innerhalb der Multiplikation/Division</i>
<u>(Ertragsverlust) x 365 Tage x 24/14 *</u>	<i>Umrechnung Ertragsverlust in Prozent</i>

4. Berechnungsformel:

Für die Berücksichtigung der Ertragseinbußen durch Niedrigwindabschaltung im Rechentool der FA-Wind nach den Vorgaben der Anlage 2 BNatSchG kann der Ertragsverlust in kWh durch die nachfolgende Formel in Tagesabschaltungen à 14-h-Tage umgerechnet werden:

$$\underline{\underline{\text{Ertragsverlust in Prozent} \times 365 \text{ Tage} \times 24/14 = \text{Anzahl an 14-h-Tage} *}}$$

* = Das Ergebnis ist kaufmännisch auf ganze Tage zu runden. Die durch die kaufmännische Rundung entstehenden Rundungseffekte liegen bei max. 0,14% und sind somit hinnehmbar.

Für die Anwendung dieser Berechnungen sind im Zuge der Beauftragung eines Ertragsgutachtens ebenfalls die Ermittlung folgender typischerweise im Rahmen der Niedrigwindabschaltung anzuwendenden Grenzwerte für Greifvögel (Schutz von 90% (bzw. 85%) der Flugaktivität gemäß VwV 2020) zu beauftragen:

Rotmilan (analog Schwarzmilan):

Schutz von rund 90 % (85 %) der Fluganteile

in Abhängigkeit der rotorfreien Zone über Grund und der Windgeschwindigkeit:

- Bei rotorfreier Zone > 70 m über Grund: WEA-Abschaltung bei Windgeschwindigkeit < 5,8 m/s (< 4,7 m/s) im Gondelbereich von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang,
- bei rotorfreier Zone > 80 m über Grund: WEA-Abschaltung bei Windgeschwindigkeit < 5,2 m/s (< 4,1 m/s) im Gondelbereich von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang,
- bei rotorfreier Zone > 90 m über Grund: WEA-Abschaltung bei Windgeschwindigkeit < 4,8 m/s (< 3,5 m/s) im Gondelbereich von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang.

Baumfalke:

Bis zum Vorliegen näherer Erkenntnisse gelten bei der Art vorsorglich die für den Rotmilan genannten Abschaltungen.

Wespenbussard:

Schutz von 90 % (50 %) der Fluganteile: WEA-Abschaltung bei Windgeschwindigkeiten < 6,1 m/s (< 4,6 m/s) im Gondelbereich von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang.

Zeitliche Überschneidungen mit den Abschaltzeiträumen für Fledermäuse sind zu berücksichtigen und entsprechend einer Tierart zuzuschlagen (Verwendung der höheren Windgeschwindigkeit). Die Abschaltungen für Fledermäuse gehen gesondert in die Berechnung ein.

II. FAQ

1. Zulässigkeit von WEA auch in Landschaftsschutzgebieten (§ 26 Abs. 3 BNatSchG)

Im Rahmen der Prüfung nach § 6 WindBG hat § 26 Abs. 3 BNatSchG zunächst keine Auswirkungen. Die hessischen Windenergie-Vorranggebiete liegen außerhalb von Landschaftsschutzgebieten.

2. Gibt es in Hessen ein Landesgesetz, das die Privilegierung von WEA im Außenbereich von einem Mindestabstand zur baulichen Nutzung zu Wohnzwecken abhängig macht?

Nein, ein solches Landesgesetz gibt es in Hessen nicht. Nach § 249 Abs. 9 BauGB gibt es die Möglichkeit für die Länder, durch Landesgesetze zu regeln, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bei WEA nur Anwendung findet, wenn sie bestimmte Mindestabstände zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken einhalten. Dabei darf ein Mindestabstand höchstens 1.000 Meter betragen.

In Hessen wurde von dieser Gesetzgebungskompetenz zu Mindestabständen kein Gebrauch gemacht, weil die in den Teilregionalplänen Energie ausgewiesenen Windenergie-Vorranggebiete jeweils einen Mindestabstand von 1.000 Metern zu Vorranggebieten Siedlung Bestand und Planung wahren. Daher ist ein entsprechendes Landesgesetz derzeit nicht vorgesehen.

3. Wenn ein Bundesland einen im WindBG festgelegten Flächenbeitragswert nicht erreichen würde: Wäre dann die Errichtung einer WEA im Außenbereich ohne weiteres möglich?

§ 249 Abs. 7 BauGB regelt die Rechtsfolgen bei Nichterreichen des festgelegten Flächenbeitragswertes. Bei Nichterreichen des Flächenbeitragswertes gilt außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete allein die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Auch der Planvorbehalt gilt dann nicht (§ 249 Abs. 1 BauGB). Zu prüfen ist allerdings weiterhin, ob der Errichtung der WEA im Einzelfall öffentliche Belange entgegenstehen. Bei der

vorzunehmenden Abwägung ist insbesondere auch wieder die Neufassung des § 2 EEG zu beachten (siehe hierzu Kapitel 1, B). Bei Teilflächenzielen bezieht sich die o.g. Rechtsfolge auf das Gebiet desjenigen Plans, der sein Teilflächenziel nicht erreicht. Diese Rechtsfolgen treten frühestens ab 01.01.2028 ein und bleiben solange bestehen, bis der Flächenbeitragswert bzw. das Teilflächenziel (wieder) erreicht wird.

Mit „wieder erreicht werden“ ist z.B. ein Fall von § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG gemeint: Wenn ein Gericht die Unwirksamkeit eines Plans feststellt, sind die ausgewiesenen Flächen für einen Übergangszeitraum von einem Jahr ab Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung noch auf den Flächenbeitragswert anrechenbar. Wenn der Plan innerhalb dieses Zeitraums geändert wird und wirksam ist, können Flächen wieder angerechnet und der Flächenbeitragswert bzw. das Teilflächenziel kann wieder erreicht werden.

4. Entfalten Windenergie-Vorranggebiete zukünftig Ausschlusswirkung, wenn die bestehenden Teilregionalpläne Energie geändert werden?

Nach § 245e Abs. 1 Satz 4 BauGB hat der Planungsträger jederzeit die Möglichkeit, den bestehenden Plan zu ändern, zu ergänzen oder aufzuheben. Sofern ein geänderter oder ergänzter Plan bis 01.02.2024 wirksam wird, entfalten darin ausgewiesene Windenergie-Vorranggebiete solange Ausschlusswirkung, bis das Erreichen des landesweiten ersten Flächenbeitragswertes festgestellt worden ist, längstens aber bis 31.12.2027 (siehe hierzu Kapitel 4, C.II). In Hessen wird geprüft, ob es einer Änderung der Teilregionalpläne Energie bedarf, um zusätzliche Windenergie-Vorranggebiete zum Erreichen des landesweiten zweiten Flächenbeitragswert festzulegen. Dabei ist anzunehmen, dass die geänderten Teilregionalpläne Energie nicht vor 02.02.2024 wirksam wären. Wenn ein geänderter Teilregionalplan Energie nach 02.02.2024 wirksam würde, würden die in diesem Teilregionalplan Energie ausgewiesenen Windenergie-Vorranggebiete von vornherein keine Ausschlusswirkung entfalten, d.h. ein Windenergie-Vorhaben außerhalb der Windenergie-Vorranggebiete wäre als ein „sonstiges Vorhaben“ im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB zu behandeln.