

Geleitwort zum Rechtsgutachten

Zur Anwendbarkeit des Prüfungsmaßstabs aus § 45b BNatSchG auf bereits bestandskräftig zugelassene Windenergieanlagen

KNE - Berlin, 21.12.2022. Das vorliegend veröffentlichte Rechtsgutachten *Zur Anwendbarkeit des Prüfungsmaßstabs aus § 45b BNatSchG auf bereits bestandskräftig zugelassene Windenergieanlagen (nachträgliche Anpassung von Betriebseinschränkungen)* wurde von Herrn Dr. Frank Fellenberg – Rechtsanwalt und Partner bei Redeker, Sellner, Dahs Rechtsanwälte – im Auftrag des Kompetenzzentrums Naturschutz und Energiewende erstellt. Es widmet sich der Frage, ob es rechtliche Gründe geben könnte, die neuen Regelungen des 2022 novellierten Bundesnaturschutzgesetzes, die für den Betrieb von Windenergieanlagen an Land erlassen wurden, auch auf bereits bestandskräftig genehmigte Windenergieanlagen angewendet werden könnten. Das Gutachten geht dabei nicht auf die Konsequenzen für den Artenschutz ein, das war nicht Auftrag des Gutachters.

Aufgrund der abschließenden Artenliste und der Zumutbarkeitsgrenze im Hinblick auf aus Gründen des Artenschutzes gebotenen Abschaltungen, könnten sich aus der Anwendung der neuen Vorschriften Vorteile für die Betreiber von neuen Windenergieanlagen ergeben beziehungsweise Nachteile für die Betreiber von nur um ein Weniges früher genehmigten Anlagen. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn sich Abschaltzeiten, bei einer erneuten Betrachtung einer bereits genehmigten Anlage, aufgrund der neuen Zumutbarkeitsschwelle reduzierten oder entfielen, weil die anlassgebende Art nicht in der Artenliste der neuen Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes verzeichnet ist.

Für das Kompetenzzentrum war daher für die Gutachtenvergabe allein die Fragestellung leitend, inwiefern sich gerichtlich oder gesetzgeberisch zu klärende Fragen hieraus ergeben. Gemeint ist damit, dass sich aufgrund der neuen Artenschutzregelung für den Betrieb von Windenergieanlagen energiepolitische und wirtschaftliche Vorteile ergeben können, und inwiefern sich diese Vorteile auch auf Altanlagen übertragen ließen.

Aktuell sehen sich Bund und Länder vor dem Hintergrund des seit Jahren unzureichenden Ausbaus der Windenergie und der akuten Dringlichkeit einer auch souveränitätssichernden Energiewende gezwungen, alle Hebel in Bewegung zu setzen, die Genehmigungs- und Planungsprozesse für die Windenergie an Land zu vereinfachen und zu beschleunigen. Zwar hat der Gesetzgeber bereits erhebliche Änderungen im Planungsregime vorgenommen und den Ländern ein Flächenziel für den Ausbau der Windenergie an Land vorgegeben. Aber bis diese Mechanismen wirken und die Anlagen tatsächlich auf den vorgesehenen Flächen stehen und Strom erzeugen, ist es noch ein langer Weg. Unter anderem die globale Materialknappheit, der Fachkräftemangel, unplanmäßige Kostensteigerungen und eine stetige Unterschreitung der möglichen Fördervolumina aus dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) hemmen den Ausbau erheblich.

Es ist daher naheliegend, dass auch an bereits bestehenden Anlagen Abschaltauflagen hinterfragt werden, um kurzfristig und auf schnellem Wege mehr erneuerbare Energie zu erzeugen.

In Hinblick auf den Schutz vor Lärm und Schattenwurf hat der Bundesgesetzgeber bereits eine Möglichkeit geschaffen und über den § 31k Bundesimmissionsschutzgesetz die Grundlage für die Aufhebung von Auflagen gelegt. Durch das Energiesicherungsgesetz hat der Gesetzgeber (vorbehaltlich einer weiteren Rechtsverordnung) die Möglichkeit, auch von artenschutzrechtlichen Betriebsmaßnahmen für *alle* Windenergieanlagen bei weiterer Eskalation der energiewirtschaftlichen

Lage abzusehen (siehe [KNE-Ausführungen zum § 30 des Energiesicherungsgesetz](#)). In diesem Fall könnten sämtliche artenschutzrechtlichen Abschaltauflagen – zumindest temporär – ausgesetzt werden.

Eine solche umfassende Aussetzung von Abschaltauflagen hätte in Hinblick auf die angespannte Lage der biologischen Vielfalt möglicherweise weitreichende irreversible Konsequenzen. Denn im Fall der Aufhebung artenschutzrechtlicher Abschaltungen nach dem Energiesicherungsgesetz würde das bestehende Schutzniveau gänzlich aufgegeben. Die Folgen einer solchen Maßnahme sind kaum prognostizierbar. Umso mehr gilt es, das Gebot der Vorsicht und der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Verhältnismäßig könnte es sein, die neuen Artenschutzvorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes nicht ausschließlich auf neu zu genehmigende Anlagen anzuwenden, sondern die Regelung zumindest temporär zu öffnen für die Klasse der besonders ertragreichen Altanlagen sowie für alle Anlagen, die mit Antikollisionssystemen nachgerüstet wurden.

Das Gutachten, für das wir uns herzlich bei Dr. Fellenberg bedanken, analysiert die Rechtslage und diskutiert mögliche Gesetzesanpassungen. Es öffnet damit aber auch den Raum für die in diesem Zusammenhang erforderlichen naturschutzfachlichen Debatten.

→ Hier finden Sie das [Rechtsgutachten auf der KNE-Internetseite zum Download](#).