

Rechtsgutachten

Die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20. Juli 2022 und das Recht der Europäischen Union

Auftraggeber:

Naturschutzinitiative e.V. (NI)
unabhängiger gemeinnütziger Naturschutzverein und
bundesweit anerkannter Verband nach § 3 UmwRG

10. August 2022

Karlsruhe

Douglasstr. 11-15
76133 Karlsruhe

Telefon +49 721 91250-0
Telefax +49 721 91250-22
karlsruhe@caemmerer-lenz.de
www.caemmerer-lenz.de

Basel

Elisabethenstr. 15
4010 Basel / Schweiz

Telefon +41 61 2721330
Telefax +41 61 2721595
lc@lclaw.ch
www.lclaw.ch

In Kooperation mit

CL Wirtschaftsprüfung und
Steuerberatung GmbH & Co. KG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

CL Compliance und Datenschutz
GmbH & Co. KG

Karlsruhe

Rechtsanwälte:

Prof. Dr. Eberhard Meiringer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Michael Pap
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Dr. Oliver Melber
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Erbrecht

Alexander Doll

Christian Walz
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Hartmut Stegmaier
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Bernd Schmitz
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Stefan Flaig
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Familienrecht

Karen Fiege
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Michael Arner
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Christian Schlemmer
Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Severine Deutsch
Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht

Jörg Schröder
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Steuerrecht

Dr. Rico Fallner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Cornelius Weiß
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Julia Stein
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Stephan Pap

Jan Stiewitz

Victor Diesinger

Dr. Manuel Gräf

Sebastian Schlegel

Sarah Rinderspacher

Wirtschaftsprüfer • Steuerberater:
Dr. Michael Ohmer, Dipl.-Kfm.

Basel

Advokaten • Notariat:

Dr. Felix Iselin

Dr. Gert Thoenen, LL.M. (Houston)

Dr. Benedikt A. Suter, Notar

Dr. Caroline Cron

Dr. Martin Lenz, Notar
Fachanwalt SAV Erbrecht

Dr. Beat Eisner

Carlo Scollo Lavizzari, LL.M. (Kapstadt)

Dr. Lucius Huber

Dr. Cristina von Holzen, Notarin

Dr. Philipp Ziegler, dipl. Steuerexperte

Marine Müllershausen, LL.M.
Avocate au Barreau de Paris – EU-Anwältin

Markus Vock, M.B.L.-HSG

Dr. Michel Jutzeler

Basil Kupferschmied

Dr. Timon Reinau

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| I. Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens..... | 3 |
| II. Das Ziel der Gesetzesnovelle | 5 |
| III. Regelungen zur Signifikanzschwelle..... | 6 |
| 1. Neuregelung nur für Brutvogelarten..... | 8 |
| 2. Neuregelung nur für das Tötungs- und Verletzungsverbot..... | 8 |
| 3. Abschließende Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten..... | 8 |
| 3.1 Unionsrecht schützt sämtliche wildlebende europäische Vogelarten | 9 |
| 3.2 Auch im Artenschutzrecht: die besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse..... | 11 |
| 4. Staffelung brutplatzbezogener Abstandsvorgaben | 14 |
| 4.1 Fachlich nicht haltbare Abstandsvorgaben | 14 |
| 4.2 Regelvermutung bei Schutzmaßnahmen ohne hinreichende Grundlage | 15 |
| 4.3 Raumnutzungsanalyse auf Verlagen des Vorhabenträgers | 17 |
| 4.4 Widerlegung eines signifikant erhöhte Tötungsrisikos durch eine bloße Habitatpotenzialanalyse | 18 |
| 4.5 Kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko im erweiterten Prüfbereich als Regelvermutung..... | 18 |
| 4.6 Kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko außerhalb erweiterten Prüfbereichs als strikte Vorgabe..... | 19 |
| IV. Zumutbarkeit temporärer Abschaltungen | 19 |
| 1. Alleineige Maßgeblichkeit des wirtschaftlichen Interesses des Vorhabenträgers..... | 20 |
| 2. Berechnungsvorgaben zur Ermittlung der Zumutbarkeit für den Vorhabenträger..... | 21 |
| V. Artenschutzrechtliche Ausnahmen für den Betrieb von Windenergieanlagen..... | 24 |
| 1. Übertreffendes öffentliches Interesse als Ausnahmegrund..... | 25 |
| 2. Öffentliche Sicherheit als Ausnahmegrund | 27 |
| 2.1 Rechtsprechung des EuGH zur öffentlichen Sicherheit | 28 |
| 2.2 Autonomie des Unionsrechts..... | 31 |
| 3. Ausschluss der Einzelfallabwägung..... | 33 |
| 4. Alternativenprüfung mit planerischer Standortausweisung..... | 35 |

| | |
|---|-----------|
| 5. Alternativenprüfung ohne planerische Standortausweisung..... | 38 |
| 6. Erhaltungszustand..... | 38 |
| 7. Anspruch auf Erteilung einer Ausnahme..... | 40 |
| 8. Verbot von Abschaltanordnungen..... | 41 |
| VI. Repoweringvorhaben..... | 43 |
| 1. Gesetzliche Regelvermutung ohne Grundlage | 43 |
| 1.1 Dynamik natürlicher Entwicklungen | 43 |
| 1.2 Keinerlei artenschutzrechtliche Prüfung | 43 |
| 2. Alternativenprüfung bei Repoweringvorhaben | 44 |
| VII. Ergebnis..... | 44 |

I.

Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens

Der Deutsche Bundestag hat mehrere Gesetzesvorlagen des sog. Osterpakets zum Ausbau der erneuerbaren Energien verabschiedet. Insbesondere bei zentralen Regelungen im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) wurden durch das vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes grundlegende und weit reichende Änderungen vorgenommen.¹ Wenige Tage zuvor wurden die vorgesehenen Änderungen im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz in ungewöhnlicher Deutlichkeit kritisch behandelt.² Von mehreren Sachverständigen wurden Änderungen empfohlen. Insbesondere aufgrund erheblicher Bedenken im Hinblick der Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union (Unionsrecht) wurde unter anderem ausgeführt, dass die angestrebte Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien mit dem vorliegenden Gesetzentwurf kaum erreichbar ist. Rechtssicherheit schaffe das Gesetz nicht, da es

¹ Siehe <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw27-de-energie-902620> (abgerufen am 11. Juli 2022); die Drucksache 20/2354 wurde in der Ausschussfassung (Drucksache 20/2593) angenommen („Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes“).

² „Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes stößt auf Skepsis bei Experten“, so das Fazit auf der Website des Deutschen Bundestages mit Verweis auf mehrere Stellungnahmen: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw27-pa-umwelt-bundesnaturschutz-901234> (abgerufen am 11. Juli 2022).

Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen (WEA) vorprogrammierte. „Werden artenschutzrechtliche Konflikte zwischen Windkraftnutzung und Artenschutz nicht (mehr) bewältigt, mag dies dem Ziel einer Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie entsprechen, führt aber ins völker- und unionsrechtliche Abseits.“, so Gellermann. Der Gesetzentwurf sei „von einer einseitigen Bevorzugung der Windkraftinteressen geprägt“.³ Empfohlen wurde daher im Ausschuss, den Konflikt zwischen dem Ziel eines beschleunigten Windenergieausbaus mit den Zielsetzungen des Artenschutzes als wesentlicher Bestandteil des Biodiversitätsschutzes nicht einseitig zu Lasten des Artenschutzes aufzulösen, sondern ein ausgewogenes Regelungsregime zu schaffen, das beiden Anliegen in möglichst optimaler Weise Rechnung trägt.⁴ Dieser Empfehlung folgte der Bundestag nicht. Vorgenommen wurden lediglich kleinere Änderungen im Gesetzentwurf.⁵ Dies und das der Politik teilweise bescheinigte biologische Analphabetentum⁶ geben Veranlassung, die Änderungen im BNatSchG näher zu betrachten. Das vorliegende

-
- ³ Gellermann, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (BT-Drs. 20/2354), Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP aus Anlass der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 4. Juli 2022, https://www.bundestag.de/resource/blob/901652/a20ea8cc1a3ebd8a10ce875d24c2bb86/20-16-66_Gellermann-Stellungnahme-data.pdf (abgerufen am 11. Juli 2022), S. 4.; vgl. auch Gellermann, Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land – Das Eckpunktepapier des BMUV und BMWK vom 4. April 2022 –, https://m-gellermann.de/Prtx67TzaAh6544x/Beschleunigung_des_naturvertraeglichen_Ausbaus_%20der_Windenergie_an_Land.pdf (letzter Abruf: 11. Juli 2022), S. 10: „Stattdessen ist es von einer einseitigen Bevorzugung der Windkraftinteressen geprägt, denen um den Preis eines Abbaus naturschutzrechtlicher Standards zur Durchsetzung verholten werden soll.“
- ⁴ So bspw. Heß, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (BT-Drs. 20/2354), Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP aus Anlass der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 4. Juli 2022, https://www.bundestag.de/resource/blob/901956/dc95ef499a95a8bc5ed80cf71aec3dd8/20-16-71_Hess-Stellungnahme-data.pdf (abgerufen am 11. Juli 2022), S. 2.
- ⁵ Vgl. die Drucksache 20/2354 einerseits und die Ausschussfassung andererseits (Drucksache 20/2593); der Vorsitzenden des Ausschusses, Harald Ebner (Bündnis90/Die Grünen) hat eine persönliche Erklärung abgegeben, in der er u.a. eine „kaum begründbare Schwächung von Arten- und Naturschutz ohne Nutzen für die Energiewende“ beanstandet hat. Er habe diesen Änderungen als zuständiger Berichterstatter im Umweltausschuss nicht zugestimmt, auch „weil sie teilweise die EU-Rechtskonformität des Gesetzes in hohem Maße gefährden“, <https://harald-ebner.de/startseite/expand/848717/nc/1/dn/1/> (abgerufen am 11. Juli 2022).
- ⁶ So der an der Universität Hamburg forschende und lehrende Evolutionsbiologe Glaubrecht, Das biologische Analphabetentum der Politik bringt uns noch alle um, Gastbeitrag, Tagesspiegel vom 16. Januar 2022, <https://www.tagesspiegel.de/politik/artenschutz-als-ignoriertes-thema-das-biologische-analphabetentum-der-politik-bringt-uns-noch-alle-um/27975842.html> (letzter Abruf: 11. Juli 2022); vgl. auch <https://hamburg.leibniz-lib.de/uebercenak/mедиenecho/19-04-08-kn-artensterben.pdf> (letzter Abruf: 11. Juli 2022): „Nach allem, was wir wissen, greifen alle Arten wie die Maschen eines großen Netzes ineinander. Je mehr Maschen wir herausnehmen, desto eher zerreißen diese Netze. Wie bei einem Fass, das Sie mit einem Tropfen zum Überlaufen bringen, sehen Sie sehr lange gar nichts. Und dann gibt es plötzlich heftige Reaktionen, das Netz wird brüchig und zerrißt irgendwann. Das gilt es

Rechtsgutachten unternimmt es, der ungewöhnlich deutlichen Kritik im Umweltausschuss auf den Grund zu gehen und einige wesentliche Änderungen auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht zu überprüfen. Die wesentlichen Änderungen im BNatSchG sind im **Anhang** abgedruckt und seit dem 29. Juli 2022 in Kraft.⁷

II.

Das Ziel der Gesetzesnovelle

Die Änderungen des BNatSchG zielen auf einen zügigen Ausbau der Windenergie an Land.⁸ Wichtig sei, so die Gesetzesbegründung, diesen Ausbau mit dem Artenschutz in Einklang zu bringen. Denn neben der Klimakrise sei

„die Biodiversitätskrise die zweite globale ökologische Krise, die die natürlichen Lebensgrundlagen bedroht. Nach dem Koalitionsvertrag sollen die Klimaschutzziele erreicht werden, ohne das ökologische Schutzniveau abzusenken.“⁹

Daher sei das Ziel, zügige und rechtssichere Genehmigungsverfahren für WEA zu ermöglichen, unter gleichzeitiger Wahrung hoher und insbesondere unionsrechtlich gebotener ökologischer Standards.

zu verhindern.“; zur Biodiversitätsstrategie der Europäischen Union: https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_de (abgerufen am 11. Juli 2022).

⁷ Gesetz vom 20. Juli 2022, BGBl. I S. 1362, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl122s1362.pdf%27%5D_1659445433070 (abgerufen am 2. August 2022).

⁸ Bezug genommen wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die Klimakrise und den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine.

⁹ Gesetzentwurf, „Problem und Ziel“ auf S. 1 (Drucksache 20/2354); zur Biodiversitätskrise und dem ungebremsten Artensterben siehe etwa Weltbiodiversitätsrat (IP-BES), Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services 2019, <https://doi.org/10.5281/zenodo.3831673> (abgerufen am 11. Juli 2022).

III.

Regelungen zur Signifikanzschwelle

Ausgangspunkt der Neuregelungen in § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG sind die für den Artenschutz grundlegenden Zugriffsverbote in § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG. Demnach ist es unter anderem verboten, das Risiko der Tötung oder Verletzung europäischer Vogelarten nach der Vogelschutz-Richtlinie (V-RL) sowie der Arten des Anhangs IV der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) signifikant zu erhöhen. Wann eine signifikante Risikoerhöhung durch ein Vorhaben anzunehmen ist, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung – jedenfalls abstrakt – einhellig beurteilt:

„Eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos erfordert Anhaltspunkte dafür, dass sich dieses Risiko durch den Betrieb der Anlage deutlich steigert.“ [OVG Münster Urt. v. 1.3.2021 – 8 A 1183/18, BeckRS 2021, 6850 Rn. 114, beck-online; Hervorh. d. d. Verf.]

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Tatbestand des Tötungs- und Verletzungsverbots mit Blick auf die bei einer Windkraftanlage nie völlig auszuschließende Gefahr von Kollisionen geschützter Tiere nur dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht (vgl. nunmehr § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG). Das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungs- und Verletzungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat sein kann und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Denn tierisches Leben existiert nicht in einer unberührten, sondern in einer von Menschen gestalteten Landschaft. Nur innerhalb dieses Rahmens greift der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen, darüber hinaus gegebenenfalls auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art (vgl. Urteile vom 9. Juli 2008 - 9 A 14.07 - BVerwGE 131, 274 Rn. 91, vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - NuR 2018, 255 Rn. 73 ff. und vom 27. November 2018 - 9 A 8.17 - BVerwGE 163, 380 Rn. 98 f.). Eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos erfordert Anhaltspunkte dafür, dass sich dieses Risiko durch den Betrieb der Anlage deutlich steigert; dafür genügt weder, dass

einzelne Exemplare etwa durch Kollisionen zu Schaden kommen, noch, dass im Eingriffsbereich überhaupt Exemplare betroffener Arten angetroffen worden sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 - 4 C 12.07 - Buchholz 442.40 § 8 LuftVG Nr. 35 Rn. 42)." [BVerwG Beschl. v. 7.1.2020 – 4 B 20.19, BeckRS 2020, 1633 Rn. 5, beck-online; Hervorh. d. d. Verf.]

Es kommt also bei der Frage, ob ein Tötungs- oder Verletzungsrisiko signifikant erhöht wird, darauf an, ob sich dieses Risiko durch das jeweilige Vorhaben deutlich bzw. wesentlich erhöht.¹⁰ Dies im Einzelfall festzustellen, unterliegt der gerichtlichen Überprüfung.¹¹ Bei der Konkretisierung dieser Schwelle hat der Gesetzgeber mit den neuen Regelungen in § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG speziell in Bezug auf Windenergieanlagen an Land angesetzt. Der Umstand, dass weder das deutsche Recht, noch das Unionsrecht bezüglich der Tötung oder Verletzung ein Null-Risiko fordern, sondern das Risiko (noch) für hinnehmbar erklärt wird, soweit es unter der Signifikanzschwelle bleibt, bedeutet, dass gerade dann, wenn durch den Ausbau der Windenergie eine massenhafte Zulassung erfolgt, eine flächige, allgegenwärtiger Beeinträchtigung ansteht.¹² Die Bedeutung der neuen Regelungen zur Signifikanzschwelle kann daher kaum überschätzt werden.

¹⁰ Überzeugende Bedenken gegen die Vereinbarkeit des Signifikanz-Kriteriums mit dem Unionsrecht bestehen in Rechtsprechung und Literatur nicht, siehe Fellenberg NVwZ 2021, 943, beck-online sowie Frenz NVwZ 2017, 1579, beck-online, der zutreffend anmerkt, dass es auf die konkrete Art und Weise der Tötungshandlung ebenso wenig ankommen könne wie auf die Finalität und die Motive der Tötungshandlung (vgl. auch EuGH Ur. v. 4.3.2021 – C-473/19, C-474/19, BeckRS 2021, 3244 Rn. 51, beck-online). Ist die signifikante Risikoerhöhung zu bejahen, so ist das rechtliche Prüfprogramm noch nicht abgeschlossen. Vielmehr schließt sich dann u.U. die Frage an, ob Vermeidungsmaßnahmen wie bspw. temporäre Abschaltungen oder eine Ausnahme vom Tötungs- bzw. Verletzungsverbot in Betracht kommt (vgl. § 45 Abs. 7 BNatSchG).

¹¹ BVerfG Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 595/14, BeckRS 2018, 29840 Rn. 34, beck-online: „Sofern hingegen [...] die Feststellung, ob im konkreten Fall ein Tötungs- oder Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist, auch Elemente wertender, nicht der naturschutzfachlichen Einschätzung unterliegender Betrachtung enthält, die sich daher nicht beweisen lassen (OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Januar 2012 - 2 L 124/09 -, juris, Rn. 46), wäre dies eine Frage der weiteren, auf bestimmte Risikoerhöhungen bezogenen normativen Konkretisierung des unbestimmten Kriteriums der Signifikanz der Risikoerhöhung. Diese obliegt grundsätzlich den Verwaltungsgerichten (vgl. Kahl/Burs, DVBl 2016, S. 1222 <1224>; grundlegend BVerfGE 129, 1 <21> m.w.N.). Insoweit bedürfen der Verwaltung überlassene Beurteilungsspielräume eines hinreichend deutlichen gesetzlichen Anknüpfungspunkts (vgl. BVerfGE 129, 1 <21 f.> m.w.N.).“

¹² Schreiber, Änderungsforderungen an den Entwurf des Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, Juni 2022, <https://www.deutschewildtierstiftung.de/aktuelles/aenderungsforderungen-an-den-entwurf-des-vierten-gesetzes-zur-aenderung-des-bundesnaturschutzgesetzes> (abgerufen am 11. Juli 2022).

1. Neuregelung nur für Brutvogelarten

Wichtig ist zunächst die Feststellung, dass diese Neuregelung lediglich Aussagen zu Brutvogelarten trifft.¹³ Nicht neu geregelt sind bspw. Kolonien, bedeutende Brut- und Rastgebiete sowie Schlafplatzansammlungen von kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Brut- und Rastvogelarten sowie der Vogelzug.¹⁴

2. Neuregelung nur für das Tötungs- und Verletzungsverbot

Auch beschränken sich die neuen Regelungen auf das in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorgesehene Tötungs- und Verletzungsverbot. Nicht erfasst ist die Prüfung von Verstößen gegen das Störungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) und die Prüfung des Schutzes der Fortpflanzungs- und Ruhestätten des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG. Hier soll es bei den bisherigen Maßgaben bleiben.¹⁵

3. Abschließende Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten

In der Gesetzesbegründung wird das, was bereits die Formulierung in § 45b Abs. 1 BNatSchG nahelegt, klargestellt. Demnach betreffen die neuen Regelungen zur Signifikanz in § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG lediglich kollisionsgefährdete Brutvogelarten im Sinne dieser Vorschrift. Die in Abschnitt 1 der neuen Anlage 1 zum BNatSchG enthaltene Tabelle ist daher als abschließende Aufzählung zu verstehen.¹⁶ Die Auflistung umfasst allerdings lediglich 15 Brutvogelarten, so dass allen übrigen Brutvogelarten der Schutz des Tötungs- und Verletzungsverbots entzogen wird, auch dann, wenn sie zu den häufigen Opfern des Betriebs von WEA zählen, und selbst dann, wenn vom

¹³ Zur Begrenzung auf 15 Brutvogelarten siehe unten 3.

¹⁴ Gesetzesbegründung, Drucksache 20/2354 S. 25, 31.

¹⁵ Gesetzesbegründung, Drucksache 20/2354, S. 25.

¹⁶ Gesetzesbegründung, Drucksache 20/2354, S. 25 („mit einer abschließenden Auflistung kollisionsgefährdeter und daher insoweit prüfungsrelevanter Brutvogelarten“) sowie S. 31 („bundeseinheitlicher Rahmen, von dem die Länder nicht abweichen können“); siehe auch Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 4; Heß, a.a.O., S. 8.

Aussterben bedrohte Vogelarten betroffen sind, die nach den Erkenntnissen der ornithologischen Fachwissenschaft gleichfalls als kollisionsempfindlich anerkannt sind.¹⁷

3.1 Unionsrecht schützt sämtliche wildlebende europäische Vogelarten

Das Unionsrecht, namentlich Art. 5 Buchst. a V-RL, zielt auf den Schutz sämtlicher wildlebender europäischer Vogelarten (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 V-RL), die nur ausnahmsweise, also unter Einhaltung der strengen Ausnahmegesetze des Unionsrechts, getötet oder verletzt werden dürfen. Eine Beschränkung auf eine bestimmte Anzahl von Vogelarten sieht die Vogelschutzrichtlinie nicht vor. Wenn zahlreichen Vogelarten, die nach dem Erkenntnisstand der Fachwissenschaft kollisionsempfindlich sind, der Schutz des Tötungs- und Verletzungsverbots durch § 45b Abs. 1 BNatSchG kurzerhand entzogen wird, dann verstößt dies gegen Art. 5 Buchst. a V-RL und damit gegen höher-rangiges – sämtliche Mitgliedstaaten gleichermaßen bindendes – Recht.¹⁸ Dass das Unionsrecht unter Umständen Ausnahmen vom Tötungs- und Verletzungsverbot zulässt (Art. 9 V-RL), ändert an diesem Befund nichts. Denn der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat insbesondere in der im letzten Jahr getroffenen Skydda-Skogen-Entscheidung¹⁹ klargestellt, dass es Mitgliedstaaten untersagt ist, eigenmächtig den Anwendungsbereich des Tötungs- und Verletzungsverbots zu reduzieren, da so die strenge Ausnahmeprüfung umgangen wird; vgl. EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19, C-474/19 BeckRS 2021, 3244 Rn. 32-36, beck-online:

„Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts nicht nur ihr Wortlaut zu berücksichtigen, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden (Urteil vom 2. Juli 2020, Magistrat

¹⁷ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 4; siehe auch Heß, a.a.O., S. 9. Verweisen lässt sich hier bspw. auf die Arten Mäusebussard, Feld- und Heidelerche und Kiebitz.

¹⁸ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 4; vgl. auch Heß, a.a.O., S. 9; zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Richtlinien der Europäischen Union Art. 288 Abs. 3 AEUV sowie Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 288 Rn. 117, beck-online m.w.N. und auch zu drohenden Zwangsgeldern bei nicht ordnungsgemäßer Umsetzung von Richtlinien; vgl. auch Schoch/Schneider/Stelkens/Panzer, 42. EL Februar 2022, VwGO § 1 Rn. 48 zur Einschränkung der Bindung des Richters an nationales Recht durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts; vgl. zum Ganzen vgl. auch Skouris, EuR 2021, 3, beck-online m.w.N. auf ständige Rechtsprechung.

¹⁹ Zu diesem Urteil etwa Fellenberg, NVwZ 2021, 943, „Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht – das EuGH-Urteil in der Rechtssache Skydda Skogen“, Gellermann, NuR, 2021, 182, „Schützt den Wald! - Das Verfahren "Skydda Skogen" und seine artenschutzrechtlichen Folgen“, Faller, „EuGH entwickelt Umweltrecht konsequent weiter: Urteil vom 4. März 2021 – C-473/19, C-474/19“, <https://www.caemmerer-lenz.de/aktuelles/publikationen/karlsruhe/eugh-entwickelt-umweltrecht-konsequent-weiter-urteil-vom-4-maerz-2021-c-473-19-c-474-19/>.

der Stadt Wien [Feldhamster], C-477/19, ECLI:EU:C:2020:517, Rn. 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Erstens ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten unmittelbar nach dem Wortlaut von Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie unbeschadet ihrer Art. 7 und 9 die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz aller unter Art. 1 dieser Richtlinie fallenden Vogelarten erlassen, insbesondere die in Art. 5 aufgeführten Verbote.

Nach Art. 1 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie betrifft diese „die Erhaltung sämtlicher wildlebenden Vogelarten, die im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten, auf welches der Vertrag Anwendung findet, heimisch sind“.

Nach Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie sind die Mitgliedstaaten also verpflichtet, einen vollständigen und wirksamen Rechtsrahmen zu erlassen. Sie müssen wie bei Art. 12 der Habitatrichtlinie konkrete, spezifische Schutzmaßnahmen ergreifen, mit denen gewährleistet wird, dass die in Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie genannten Verbote zum Schutz der Arten sowie der Fortpflanzungs- und Ruhestätten der unter diese Richtlinie fallenden Vögel tatsächlich beachtet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. April 2018, Kommission/Polen [Wald von Białowieża], C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255, Rn. 252).

Daher geht aus dem Wortlaut von Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie klar und eindeutig hervor, dass die Anwendung der in dieser Bestimmung genannten Verbote keineswegs nur den Arten vorbehalten ist, die in Anhang I dieser Richtlinie aufgeführt sind oder auf irgendeiner Ebene bedroht sind oder deren Population auf lange Sicht rückläufig ist.

[...]

Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie dahin auszulegen ist, dass er einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach die in dieser Bestimmung vorgesehenen Verbote lediglich Arten erfassen, die in Anhang I der Richtlinie aufgeführt sind, die auf irgendeiner Ebene bedroht sind oder deren Population auf lange Sicht rückläufig ist.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

3.2 Auch im Artenschutzrecht: die besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse

Mit der Begrenzung auf 15 Brutvogelarten befindet sich das deutsche Recht auch nicht auf der Höhe des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes. Bestünde ein Tötungs- und Verletzungsrisiko tatsächlich stets und sicher lediglich bezüglich 15 Brutvogelarten, so ließe sich möglicherweise noch darüber diskutieren, ob eine abschließende Auflistung im Zusammenhang mit WEA unionsrechtskonform sein kann. Diese Voraussetzungen liegen aber ausweislich der obergerichtlichen Rechtsprechung und der einschlägigen Fachkonventionen nicht vor. Zunächst ist festzustellen, dass der EuGH bereits in mehreren Entscheidungen ausgeführt hat, dass der Maßstab der besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht nur im Habitatschutzrecht, sondern auch im Artenschutzrecht Geltung beansprucht; EuGH Ur. v. 11.6.2020 – C-88/19, BeckRS 2020, 11927 Rn. 58, beck-online:

„Es obliegt den zuständigen nationalen Behörden, nachzuweisen, dass dies insbesondere unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie der Umstände des jeweiligen konkreten Falls zutrifft (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Oktober 2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, C-674/17, ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 51 und 66).“ [Hervorh. d. d. Verf.; vgl. auch EuGH Ur. v. 17.4.2018 – C-441/17, BeckRS 2018, 5422 Rn. 222, beck-online]

vgl. auch EuGH, 17.3.2021 – C-900/19, BeckRS 2021, 4433 Rn. 29-31, beck-online:

„Insbesondere müssen die Beweise dafür, dass die erforderlichen Voraussetzungen für eine Abweichung von der Schutzregelung der Vogelschutzrichtlinie erfüllt sind, auf überzeugenden wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen. Somit müssen den Behörden die besten einschlägigen Erkenntnisse zur Verfügung stehen, wenn sie die Genehmigungen erteilen.“ [Hervorh. d. d. Verf.; siehe auch VGH Kassel Beschl. v. 14.1.2021 – 9 B 2223/20, BeckRS 2020, 38848 Rn. 15, beck-online]

Demnach müsste es den besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen, dass bei dem Betrieb von WEA lediglich diese 15 Brutvogelarten von einem signifikant erhöhten Risiko

betroffen sein können und dies bei allen anderen Brutvögeln von vornherein ausgeschlossen ist.²⁰ Es bestehen bereits Bedenken, eine solche Begrenzung im Wege eines formellen Gesetzes vorzunehmen. Denn wie die Natur selbst, so ist auch das Naturschutzrecht dynamisch und muss es auch sein, da es andernfalls hinter dem wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt zurückbliebe, was unionsrechtlich nicht haltbar wäre. Die abschließende Abbildung dynamischer Entwicklungen in formellen Gesetzen ist aufgrund der Rigidität, die formellen Gesetzen zu eigen ist, kaum möglich. Vor allem aber genügt die Begrenzung auf 15 Brutvogelarten inhaltlich nicht den oben genannten Anforderungen. Die Gesetzesbegründung unternimmt nicht einmal den Versuch, sich mit dem wissenschaftlichen Erkenntnisstand auseinanderzusetzen, wohl wissend, dass die Begrenzung dann nicht aufrechterhalten werden könnte.²¹ Wenn es der Gesetzgeber für angemessen hält, derartiges im Rahmen eines formellen Gesetzes zu regeln, so wäre erforderlich gewesen, insbesondere auf die Empfehlungen im „Helgoländer Papier“ der LAG VSW (2015) abzustellen. Denn diese geben den wissenschaftlichen Erkenntnisstand wieder und umfassen mehr als 30 Brutvogelarten, wobei dies keineswegs abschließend zu verstehen ist. Auf die Wertigkeit dieser Empfehlungen weist auch das Bundesamt für Naturschutz (BfN) in einer jüngeren Arbeit aus dem Jahr 2021 hin:²²

„Zu den wichtigsten Fachstandards dieser Art gehören die Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten LAG VSW (2015) – auch Helgoländer Papier genannt. Sie geben einen anerkannten Stand der Wissenschaft wieder.“

[...]

²⁰ Vgl. hierzu Heß, a.a.O., S. 9, die folgerichtig auch darauf hinweist, dass dieser Maßstab auch an die in der Anlage 1 festgelegten Bereiche (Nahbereich, Prüfbereich, erweiterter Prüfbereich) anzulegen ist.

²¹ Zwar wird auf S. 31 der Gesetzesbegründung auf ein von der Umweltministerkonferenz am 11. Dezember 2020 (vor der Skydda-Skogen-Entscheidung des EuGH v. 4.3.2021 – C-473/19, C-474/19, BeckRS 2021, 3244, beck-online) erstelltes Signifikanzpapier verwiesen, welches die „von allen Bundesländern gemeinsam als besonders planungsrelevant eingestufteten Brutvogelarten“ enthalten soll (https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/vollzugshilfe_signifikanzrahmen_11-12-2020_1608198177.pdf [abgerufen am 11. Juli 2022]), S. 4). Es handelt sich dabei allerdings um ein von politischen Gremien erstelltes Papier, das auch gar nicht den Anspruch erhebt, den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand abzubilden.

²² Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW) (Hrsg.), Fachliche Empfehlungen für avifaunistische Erfassung und Bewertung bei Windenergieanlagen-Genehmigungsverfahren Brutvögel, 2021, S. 5 und 7, https://www.bfn.de/sites/default/files/2021-07/Skript602_0.pdf.

Grundsätzlich fallen alle besonders und streng geschützten Vogelarten unter die artenschutzrechtliche Prüfung. Dabei kommt Vogelarten eine besondere Bedeutung zu, die durch den Betrieb der Anlagen einem erhöhten Kollisionsrisiko unterliegen (Vogelschlag) oder mit einem Meideverhalten reagieren (Scheuchwirkung). Alle diese Arten werden als „WEA-sensibel“ bezeichnet. Zu ihnen gehören alle Brutvogelarten, für die entsprechende Hinweise in der zentralen Dokumentation „Vögel und Windkraft“ vorliegen, die das LfU Brandenburg (2020) im Auftrag der Bundesländer führt. Weiterhin sind Konzentrationen von Nichtbrütern, Nahrungsgästen sowie Zug- und Rastvögeln als WEA-sensibel einzustufen.

Es ist zu beachten, dass nicht alle WEA-sensiblen Vogelarten in den Abstandsempfehlungen der LAG VSW (2015) behandelt werden. Dies ist entweder darauf zurückzuführen, dass für einige Arten aufgrund ihrer artspezifischen Verhaltensweise (z. B. jährlich wechselnde Nutzung von Brutplätzen) eine Abstandsempfehlung fachlich nicht sinnvoll erscheint oder aufgrund ihrer derzeitigen Häufigkeit zu erwarten ist, dass die Standortwahl als wirksame Vermeidungsmaßnahme keine zumutbare Alternative darstellt.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Wenn ein Gesetzgeber all dies unberücksichtigt lässt, kann die Anforderung, die besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde zu legen, nicht eingehalten werden. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass der Gesetzgeber mit der Begrenzung auf 15 Brutvogelarten genau das unternimmt, was nach der Rechtsprechung des EuGH unzulässig ist²³ und was beispielsweise auch das OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.9.2021 – 12 ME 45/21, BeckRS 2021, 29373 Rn. 100, beck-online, pointiert beanstandet hat:

„Vorgaben des Leifadens [für Vorgaben in § 45b BNatSchG kann nichts anderes gelten], die nicht naturschutzfachlich gerechtfertigt, sondern energiepolitisch motiviert den verbreitet vorkommenden Vögeln generell die Eignung absprechen, durch den Betrieb von Windenergieanlagen einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt zu sein, fänden jedenfalls

²³ Siehe auch Schreiber, Änderungsforderungen an den Entwurf des Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, a.a.O., S. 4 f. unter Verweis auf die Skydda-Skogen-Entscheidung des EuGH: „Genau solche Kriterien haben jedoch zu der Artenauswahl in Anlage 1 Abschnitt 1 geführt, dagegen wurden weitere, eindeutig kollisionsgefährdete Arten, die wie Heide- und Feldlerche, Bekassine oder Uferschnepfe überdies gefährdet bzw. sogar vom Aussterben bedroht sind, ausgeklammert.“

in der bisherigen Rechtsprechung des beschließenden Senats weder Stütze noch Zustimmung." [Hervorh. d. d. Verf.]

4. Staffelung brutplatzbezogener Abstandsvorgaben

Die neuen Regelungen in § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG sehen eine Staffelung brutplatzbezogener Abstandsvorgaben vor, auf die im Folgenden differenziert eingegangen wird.

4.1 Fachlich nicht haltbare Abstandsvorgaben

Die brutplatzbezogenen Abstandsvorgaben, die zwischen einem Nahbereich im direkten Umfeld des Brutplatzes, einem zentralen Prüfbereich und einem erweiterten Prüfbereich unterscheiden, finden in den einschlägigen Fachkonventionen keine Grundlage. Darin liegt ein weiterer Verstoß gegen die Vorgaben des EuGH, wonach den besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie den Umständen des jeweiligen konkreten Falls Rechnung getragen werden muss.²⁴ Denn die nun vorgesehenen Festlegungen zum Nahbereich und zum erweiterten Prüfbereich sehen deutlich kleinere Prüfradien vor als die von der obergerichtlichen Rechtsprechung als maßgeblich erachteten Fachkonventionen wie bspw. im Rahmen des „Helgoländer Papiers“ der LAG VSW (2015).²⁵ Verweisen lässt sich insofern auch auf eine Entscheidung des VGH Kassel, der im Zusammenhang mit einem von der Landespolitik favorisierten Leitfaden festgestellt hat, dass dieser – anders als das „Helgoländer Papier“ – nicht die aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisse beinhaltet:

„Nach Auffassung des beschließenden Senats sind die Abstandsempfehlungen des Helgoländer Papiers 2015 daher grundsätzlich weiterhin anzuwenden [...] Dagegen stellt der von der Beklagten zugrunde gelegte Leitfaden „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) in Hessen“ vom 29. November 2012 insoweit nicht die aktuell beste wissenschaftliche Erkenntnis dar.“ [VGH Kassel

²⁴ Vgl. oben 3.2, dort auch Fn. 20; kritisch auch Gellermann, 4. Juli, 2022, a.a.O., S. 5.

²⁵ Vgl. oben 3.2.

Beschl. v. 14.1.2021 – 9 B 2223/20, BeckRS 2020, 38848 Rn. 15, beck-online; Hervorh. d. d. Verf.]

Nichts anderes gilt im Hinblick auf die nun im BNatSchG festgelegten Abstandsvorgaben. So sind etwa für Weihen und Schreiadler im Gesetz nun deutlich kleinere Prüfradien als in den anerkannten Fachkonventionen vorgesehen, in dem zuletzt genannten Fall keine 6.000 m, sondern nur noch 3.000 m.²⁶ Wenn Gellermann anmerkt, schon der Respekt vor dem Souverän (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) gebiete, dass der Gesetzgeber die ihm unterbreiteten Vorschläge nicht einfach übernimmt, kann dem nur zugestimmt werden.²⁷

4.2 Regelvermutung bei Schutzmaßnahmen ohne hinreichende Grundlage

Darüber hinaus begegnet die Regelung in § 45b Abs. 3 Nr. 2 HS 1 BNatSchG, die den zentralen Prüfbereich betrifft, Bedenken. Die die dort ausgesprochene Vermutung des signifikant erhöhten Tötungs- und Verletzungsrisikos soll dann, wenn weder eine Habitatpotentialanalyse, noch eine Raumnutzungsanalyse zu einer Widerlegung dieser Vermutung führt, zu verneinen sein, wenn die signifikante Risikoerhöhung durch die in § 45b Abs. 6 BNatSchG genannten Schutzmaßnahmen hinreichend gemindert werden kann. Entscheidend ist also nicht, dass das Risiko durch eine Habitatpotential- oder Raumnutzungsanalyse ausgeschlossen werden kann und anerkannte Schutzmaßnahmen das Risiko mindern. Ausreichend sind vielmehr anerkannte Schutzmaßnahmen. Das sollen insbesondere die in Anlage 1 Abschnitt 2 genannten Maßnahmen sein, auf die das Gesetz verweist. Hier bedarf es an sich einer gesonderten behördlichen Prüfung, ob der Einsatz von Schutzmaßnahmen im jeweiligen Einzelfall zu einer hinreichenden Risikominimierung führt. Denn nur so lässt sich die Maßgabe, nach den besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen

²⁶ Gellermann, 4. Juli, a.a.O., S. 5; vgl. auch Heß, a.a.O., S. 9 sowie Schreiber, a.a.O., S. 4, der feststellt, dass die fachlich unbegründete Reduzierung „bei fast allen Arten, die überhaupt noch zu berücksichtigen sind“ festzustellen ist.

²⁷ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 6: „Schon der Respekt vor dem Souverän (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) gebietet es, dass der Gesetzgeber die ihm unterbreiteten Vorschläge nicht einfach übernimmt, ohne die Gründe zu kennen, die für die Abweichung von den fachwissenschaftlichen Abstandsempfehlungen sprechen mögen.“; zu Lobbyismus in Gesetzgebungsverfahren siehe auch Bundeszentrale für politische Bildung, Dossier, Lobbyismus, <https://www.bpb.de/themen/wirtschaft/lobbyismus/> sowie Spiegel, „Lobbyismus: Wer macht in Deutschland wirklich die Gesetze?“, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/lobbyismus-wer-macht-in-deutschland-wirklich-die-gesetze-a-a759df04-9957-4eef-8d49-cefd41f5f8cd>.

Erkenntnissen sowie den Umständen des jeweiligen konkreten Falls vorzugehen, einhalten.²⁸ Demgegenüber legt die Neuregelung fest, dass „in der Regel“ davon auszugehen ist, dass die Risikoerhöhung bei einem Einsatz der dort genannten Maßnahmen²⁹ hinreichend gemindert ist.³⁰ Auch diese Regelung findet in den einschlägigen Fachkonventionen keine Stütze, ja nicht einmal in dem verabschiedeten Gesetz selbst.³¹ Veranschaulichen lässt sich das Problem an folgendem Beispiel: Ein wirksames Antikollisionssystem existiert allenfalls für den Rotmilan.³² Für andere Arten lässt sich also ein erhöhtes Kollisionsrisiko auf diese Weise nicht reduzieren. Dennoch gibt das Gesetz vor, dass bei der Verwendung eines solchen (für die jeweils betroffene Art nicht funktionierenden) Systems „in der Regel“ davon auszugehen ist, dass die Risikoerhöhung hinreichend gemindert wird. Die Aufstellung einer solchen Regel entspricht ersichtlich nicht den besten einschlägigen Erkenntnissen. Auch der Umgang des Gesetzes mit der Schutzmaßnahme „Ausweichhabitate“ entbehrt einer hinreichenden fachlichen Grundlage. Beim Einsatz attraktiver Ausweichhabitate, deren fachwissenschaftliche Anerkennung ohnehin problematisch ist,³³ hängt die Risikominderung nach Anlage 1 Abschnitt 2 davon ab, dass sie über eine artspezifisch ausreichende Größe verfügen. Das Spektrum der Vorschläge in der Fachliteratur reicht beim Rotmilan von 5 ha/Brutpaar über 5 ha Grünland und 5 ha sonstige Nahrungsfläche bis zu 70 ha portionsweise zu mähende Luzerneflächen. Eine gesetzliche Vermutung der hinreichenden Risikominimierung daran zu knüpfen, dass attraktive Ausweichhabitate unabhängig von deren Größe angeordnet werden, erscheint nicht nur gewagt,³⁴ sondern verfehlt von vornherein die unionsrechtlichen Anforderungen, nach den besten

²⁸ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 5

²⁹ Antikollisionssystem, bewirtschaftungsbedingte Abschaltung, Ablenkflächen, phänologiebedingte Abschaltung.

³⁰ Schreiber, a.a.O., S. 10 führt aus, dass bezüglich der in Abschnitt 2 enthaltenen Vermeidungsmaßnahmen zwar behauptet wird, dass sie fachlich anerkannt seien. Belege dafür liefere die Gesetzesbegründung jedoch nicht. Tatsächlich sei die Annahme der Wirksamkeit und fachlichen Eignung der aufgelisteten Vermeidungsmaßnahmen zumindest in Teilen unzutreffend (näher dazu Schreiber, a.a.O.). Dies wäre ein weiterer Grund für die Unionsrechtswidrigkeit der gesetzlichen Regelung.

³¹ Die Angaben in der Anlage 1 Abschnitt 2 tragen eine derart weit reichende Annahme nicht. Kritisch insofern auch NABU, Stellungnahme des NABU Bundesverbands zum „Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes“, 10. Juni 2022, S. 2, https://www.bundestag.de/re-source/blob/901854/10ff4baa7b0ccfb88c0c67ac804def46/20-16-68_Krueger-Stellungnahme-data.pdf (abgerufen am 11. Juli 2022).

³² Zu diesem Beispiel ausführlich Gellermann, 4. Juli 2020, a.a.O., S. 5 sowie Heß, a.a.O., S. 12.

³³ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 5.

³⁴ So die Bewertung von Gellermann, 4. Juli 2020, a.a.O., S. 5.

einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen sowie den Umständen des jeweiligen konkreten Falls vorzugehen. Die undifferenzierte Anerkennung dieser Schutzmaßnahme bringt es auch mit sich, dass Ausweichhabitatplanungen weitgehend in das Belieben des Vorhabenträgers gestellt werden. Solchen Planungen per Gesetz zu bescheinigen, dass sie „in der Regel“ risikomindernd wirken, erscheint geradezu abenteuerlich.³⁵

4.3 Raumnutzungsanalyse auf Verlagen des Vorhabenträgers

Weitere unionsrechtliche Bedenken ergeben sich daraus, dass die Widerlegung der nach § 45b Abs. 3 HS 1 BNatSchG anzunehmenden signifikanten Risikoerhöhung im zentralen Prüfbereich nach § 45b Abs. 3 HS 2 Nr. 1 BNatSchG durch eine „auf Verlangen des Trägers des Vorhabens“ durchgeführte Raumnutzungsanalyse erfolgen kann.³⁶ Dies der für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zuständigen Behörde abzuverlangen, ist nicht nur ungewöhnlich – zumal dann, wenn dies ausgerechnet dann greift, wenn von einer signifikanten Risikoerhöhung auszugehen ist (§ 45b Abs. 3 HS 1 BNatSchG). Hier wird das im deutschen und auch im Unionsrecht geltende Verursacherprinzip (Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV) ohne nachvollziehbare Begründung zugunsten des Vorhabenträgers durchbrochen.³⁷ Das bewirkt auch, dass sich diese Regelung vom Vorhabenträger als Druckmittel gegenüber der Genehmigungsbehörde einsetzen lässt, um schon der Feststellung einer signifikanten Risikoerhöhung entgegenzuwirken. Diese das Verursacherprinzip durchbrechende Regelung ist daher geeignet, die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts zu schwächen. Ob das noch mit der Anforderung, die Verwirklichung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig erschweren, zu vereinbaren ist, erscheint zumindest fraglich.³⁸

³⁵ Deutlich auch Heß, a.a.O., S. 12: „Hier wird mit Blick auf den gebotenen Maßstab der besten wissenschaftlichen Erkenntnisse dringend empfohlen (EuGH, Urteil vom 11.06.2020, C-88/19, Celex-Nr. 62019CJ0088, Rn. 66 „Tapiola“; EuGH, Urteil vom 17. April 2018 – C-441/17 –, Rn. 222 ff. „Białowieża“), die in Anlage 1 Abschnitt 2 aufgelisteten Maßnahmen zu überprüfen, da insbesondere die Schaffung „attraktiver Nahrungshabitate“ hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nicht hinreichend belegt ist und auch Antikollisionssysteme (Probleme der Verfügbarkeit am Markt beiseite gelassen) nicht für alle Arten wirksam sind.“

³⁶ Hess, a.a.O., S. 11 hält es für nicht hinreichend klar, wer die Raumnutzungsanalyse durchzuführen hat. Der Wortlaut lässt daran aber keine Zweifel.

³⁷ Nach diesem Prinzip hat der Verursacher die Kosten der Vermeidung und Beseitigung von Umweltbelastungen zu tragen, näher dazu Calliess/Ruffert/Calliess, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 191 Rn. 41 f.

³⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, BeckRS 2019, 32133 Rn. 33, beck-online sowie ausführlich zum Effektivitätsgebot unten IV, 2.

4.4 Widerlegung eines signifikant erhöhte Tötungsrisikos durch eine bloße Habitatpotenzialanalyse

Problematisch an § 45b Abs. 3 HS 2 Nr. 1 BNatSchG ist auch, dass eine Habitatpotenzialanalyse ausreichen soll, um das nach § 45b Abs. 3 HS 1 BNatSchG anzunehmende signifikant erhöhte Tötungsrisiko im zentralen Prüfbereich auszuschließen. Denn solche Analysen bilden das reale Vorkommen der Vögel und deren Nutzung des Planungsgebiets nicht ausreichend ab. Es handelt sich dabei lediglich um Prognosen anhand von Geländemerkmalen, bei denen das reale Verhalten der Arten nicht erfasst wird.³⁹ Das ist für sich betrachtet schon nicht mit dem unionsrechtlichen Maßstab, nach den besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen sowie den Umständen des jeweiligen konkreten Falls vorzugehen, zu vereinbaren.⁴⁰ Die Beschränkung auf eine Habitatpotenzialanalyse aber ausgerechnet in den Fällen für ausreichend zu halten, in denen nach § 45b Abs. 3 HS 1 BNatSchG eine signifikante Risikoerhöhung vorliegt, missachtet diesen Maßstab umso deutlicher. Diese Regelung sieht sich zudem dem Verdacht ausgesetzt, dem Vorhabenträger die Widerlegung der signifikanten Risikoerhöhung möglichst leicht zu machen, was auch die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts schwächt.⁴¹

4.5 Kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko im erweiterten Prüfbereich als Regelvermutung

Kritisch zu bewerten ist auch, dass § 45b Abs. 4 BNatSchG eine Regelvermutung dafür begründet, dass der Betrieb einer WEA in dem erweiterten Prüfbereich kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko hervorruft. Es ist angesichts des Personalmangels in den Behörden und der dort bestehenden Überlastungssituation bereits jetzt absehbar, dass in vielen Fällen gar nicht erst geprüft wird, ob Einzelfallumstände die gesetzlich angeordnete Vermutung widerlegen.⁴² Der Anforderung, nach den besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen sowie den Umständen des

³⁹ NABU, a.a.O., S. 4

⁴⁰ Vgl. oben III, 3.2.

⁴¹ Vgl. unten IV, 2.

⁴² NABU, a.a.O., S. 4

jeweiligen konkreten Falls vorzugehen, wird daher auch diese Regelung nicht gerecht. Denn gerade eine gesetzliche Regelvermutung bedarf einer hinreichenden fachlichen Grundlage. Daran fehlt es (unabhängig von behördlichen Personalmängeln und Überlastungssituationen).

4.6 Kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko außerhalb erweiterten Prüfbereichs als strikte Vorgabe

Für das Gebiet, das außerhalb des erweiterten Prüfbereichs liegt, legt § 45b Abs. 5 BNatSchG fest, dass das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exempiare nicht signifikant erhöht ist und keine Schutzmaßnahmen erforderlich sind. Der Anwendungsbereich des durch § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG begründeten Zugriffsverbots erfährt hierdurch eine räumliche Begrenzung, die im Unionsrecht keinen Rückhalt findet. Zudem fehlt es an der von EuGH geforderten Berücksichtigung von Einzelfallumständen. Denn die Verbote des Art. 5 V-RL sehen keine räumliche Grenze, ab der die Verbote entfallen, vor.⁴³ Vielmehr hängt es – erstens – von den jeweiligen Einzelfallumständen ab, ab welchem Abstand keine signifikante Risikoerhöhung mehr besteht und zudem – zweitens – ist dies anhand der besten einschlägigen Erkenntnisse zu beurteilen. Beides wird durch die Regelung in § 45b Abs. 5 BNatSchG missachtet, indem das Gesetz strikt vorgibt, dass außerhalb des erweiterten Prüfbereichs kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt.

IV.

Zumutbarkeit temporärer Abschaltungen

Während in der bereits oben genannten Regelung in § 45b Abs. 6 S. 1 BNatSchG erläutert ist, was die Gesetzesnovelle unter fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen versteht (dazu gehören auch temporäre Abschaltungen), wird in § 45b Abs. 6 S. 2 bis 4 BNatSchG festgelegt, unter welchen

⁴³ Vgl. oben 3.2; Gellermann, 4. Juli 2022, S. 6, siehe auch Heß, a.a.O., S. 12, die empfiehlt, aufgrund des Unionsrechts, eine Einzelfallbetrachtung zu ermöglichen, wenn die Erkenntnisse der Ornithologie oder spezifische örtliche Verhältnisse Anhaltspunkte dafür geben, dass im Einzelfall eine Risikoerhöhung zu besorgen ist. Sie verweist zudem auf die Notwendigkeit der artbezogenen Überprüfung des konkret gewählten Abstands zum Brutplatz.

Bedingungen die Anordnung einer temporären Abschaltung einer WEA für den Vorhabenträger unzumutbar ist.⁴⁴

1. Alleineige Maßgeblichkeit des wirtschaftlichen Interesses des Vorhabenträgers

Diese alleine auf das wirtschaftliche Interesse des Vorhabenträgers ausgerichtete Regelung ist bemerkenswert. Am auffälligsten ist, dass so die unionsrechtlich gebotene Abwägungsentscheidung von vornherein in eine Schiefelage gebracht wird, da ausschließlich wirtschaftliche Erwägungen in die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einfließen.⁴⁵ Das das nicht zulässig sein kann, bringt auch die Europäische Kommission in einem aktualisierten Leitfaden klar zum Ausdruck:

„Auch die Verhältnismäßigkeit der Kosten kann in die Bewertung einfließen. Allerdings dürfen wirtschaftliche Kosten nicht der alleinige entscheidende Faktor bei der Analyse alternativer Lösungen sein.“ [Hervorh. d. d. Verf.]⁴⁶

Richtigerweise hätte der Gesetzgeber Raum dafür lassen müssen, das Gewicht der artenschutzrechtlichen Betroffenheiten in die Abwägung einzustellen. Es macht beispielsweise einen erheblichen Unterschied, ob die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen dem Schutz einer ungefährdeten Vogelart oder einer vom Aussterben bedrohten Art dienen sollen. Während an der Erhaltung der vom Aussterben bedrohten Vogelarten ein öffentliches Interesse von herausragender Bedeutung besteht, fällt das Gewicht dieses Belangs bei ungefährdeten Arten geringer aus. Es läuft dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwider, wenn dem artenspezifischen Gefährdungsgrad bei der Bemessung der Zumutbarkeitsschwelle keinerlei Bedeutung zuerkannt wird.⁴⁷ Die Regelung ist

⁴⁴ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 7, versteht diese Regelung so, dass WEA nur noch unter Inanspruchnahme einer artenschutzrechtlichen Ausnahme genehmigt werden dürfen, wenn diese Zumutbarkeitsschwelle überschritten wird, da die Schwelle der Zumutbarkeit „unter Berücksichtigung weiterer Schutzmaßnahmen auch für andere besonders geschützte Arten“ bestimmt wird. Dafür spreche nicht zuletzt der Umstand, dass Investitionskosten für Schutzmaßnahmen gleich welcher Art (z.B. Erwerb von Ausweich-Nahrungshabitaten) anzurechnen sind. Dem ist zuzustimmen.

⁴⁵ So auch Heß, a.a.O., S. 13.

⁴⁶ Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie, 12.10.2021, S. 74, <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/a17dbc76-2b51-11ec-bd8e-01aa75ed71a1/language-de>.

⁴⁷ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 7 unter Verweis auf folgendes Beispiel: „Wird eine WEA im Lebensraum des Schreiadlers errichtet, deren Betrieb das Risiko der Tötung der Brutvögel in signifikanter Weise erhöht, können

auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 V-RL unionsrechtswidrig. Demnach ist unter Umständen eine Abweichung von den Verbotsvorschriften möglich, wenn einer der dort aufgezählten Gründe vorliegt und sofern es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt. Angesichts der Erwägungen in der Vogelschutzrichtlinie zu Schutz und Schutzniveau wäre es absurd, anzunehmen, dass das Kriterium „zufriedenstellend“ so zu verstehen ist, dass es einem Mitgliedstaat möglich sein soll, alleine auf das Zufriedenstellen des Vorhabenträgers abzustellen. Aber genau das ist aber das Ergebnis, wenn mit temporären Abschaltungen die Signifikanzschwelle tatsächlich unterschritten werden könnte, dies aber mit Rücksicht auf das wirtschaftliche Interesse des Vorhabenträgers nicht erfolgt und stattdessen (wegen der dann verbleibenden signifikanten Risikoerhöhung) eine Ausnahme vom Tötungsverbot erteilt wird.

2. Berechnungsvorgaben zur Ermittlung der Zumutbarkeit für den Vorhabenträger

Die im Gesetz in der Anlage 2 (§ 45b Absatz 6 und 9 BNatSchG) festgelegten Berechnungsvorgaben, mit denen die Zumutbarkeit für den Vorhabenträger zu ermitteln sind, sind nicht minder bemerkenswert. Die folgende Abbildung gibt einen Ausschnitt der knapp vierseitigen Anlage wieder:

$$Z_{Abs} = \frac{(Flst * (M_{abd} + E_{rnte} + P_{flügen}) * h + (Flst_{Ausn} * h)) * \frac{P * VBH}{h_a}}{P * VBH} + Flm_a + AKS_a$$

Ist $Z_{Abs} \leq Z_{mm}$ können die Abschaltungen zumutbar sein, sofern sie auch monetär zumutbar sind (Berechnung durch Nummer 2.4).

[...]

VBH die Anzahl der Vollbenutzungsstunden der Windenergieanlage, die aus den Ertragsgutachten zu entnehmen ist,

[...]

dem Träger eines solchen Vorhabens im Interesse der Erhaltung dieser vom Aussterben bedrohten Greifvogelart deutlich weitergehende Schutz- und Vermeidungsmaßnahmen abverlangt werden, als demjenigen, dessen WEA den ungefährdeten Uhu in Mitleidenschaft zu ziehen droht. Vor diesem Hintergrund und mit Rücksicht darauf, dass angesichts des fortschreitenden Artensterbens um der Bewahrung der Schöpfung willen Einbußen in Höhe „des Zehnten“ hinnehmbar erscheinen, wird angeregt, folgende Änderung des § 45b Abs. 6 vorzunehmen.“

Die so zu bestimmende Zumutbarkeitsschwelle ist kaum praktikabel⁴⁸ und provoziert ein Vollzugsdefizit, da es den zuständigen Behörden kaum möglich sein wird, die vom Vorhabenträger und dem von ihm beauftragten Unternehmen vorgelegte Berechnung und deren Grundannahmen prüfen zu können (z.B. das Ertragsgutachten; vgl. „VBH“ und die diesem wiederum zugrunde liegenden Annahmen). Hinzukommt, dass damit auch eine erhebliche Rechtsschutzlücke provoziert wird. Denn im Rahmen der im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO alleine möglichen summarischen Prüfung wird es einem Gericht kaum möglich sein, festzustellen, ob die Ermittlung der Zumutbarkeitsschwelle an Fehlern leidet, so dass absehbar ist, dass Fehler nicht erkannt werden und es bei dem durch § 63 BImSchG ausgelösten Wegfall der aufschiebenden Wirkung der Klage bleibt (§ 80 Abs. 2 VwGO). Das hat drastische Folgen für den nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bzw. Art. 19 Abs. 1 EUV⁴⁹ erforderlichen Rechtsschutz und das unionsrechtliche Effektivitätsgebot:

- Durch den Bau und den Betrieb von WEA werden teilweise irreversible Fakten im Hinblick auf den Habitat- und Artenschutz geschaffen. Ein Rückbau nach Durchlaufen des Hauptsacheverfahrens könnte für die Schäden, die zur Zeit des Baus und des Betriebs eingetreten sind, nicht mehr wirken. Abgesehen davon dürfte ein Rückbau selbst bei Feststellung der Rechtswidrigkeit im Hauptsacheverfahren nur höchst selten Realität werden.
- De facto übernimmt das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO die Funktion des Hauptsacheverfahrens. Es dauert erfahrungsgemäß eher Jahre als Monate, bis das Hauptsacheverfahren abgeschlossen ist. Zum Immissionsschutzrecht ist erkannt, dass in multipolaren Konfliktlagen im gerichtlichen Eilverfahren umso höhere Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung und den Grad der gebotenen richterlichen Überzeugung zu stellen sind, je stärker zu befürchten sei, dass das Recht eines Beteiligten entweder durch Zeitablauf oder durch vollendete Tatsachen oder auch durch zwischenzeitlich eingetretene Rechtsfolgen weitgehend entwertet

⁴⁸ Heß, a.a.O., S. 13: „Für Schwierigkeiten und Streit wird in der Praxis die schwer verständliche Berechnungsvorgabe für die Ermittlung der Ertragsminderung nach Anlage 2 sorgen. Diese Regelung läuft damit dem Wunsch nach Beschleunigung und Vereinfachung der Verfahren zuwider.“

⁴⁹ Auch sei darauf hingewiesen, dass obergerichtlich bereits festgestellt wurde, dass die Kontrolle einer rechtlichen Voraussetzung ins Leere ginge, wenn sie in Zweifelsfällen derjenigen Organisation überlassen sei, die eine Maßnahme durchführen wolle (BVerfG Ur. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a. – unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 17. April 2018, C-414/16, CL:EU:C:2018:257, Rn. 46).

werde oder untergehe.⁵⁰

- Erschwerend kommt hinzu, dass keine ordentlichen Rechtsbehelfe gegen eine Entscheidung der zuständigen Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe möglich sind.

Wenn ein Gesetzgeber an einer derart wichtigen Stelle eine Regelung vorsieht, die (bewusst oder unbewusst) auf ein Vollzugs- und Rechtsschutzdefizit angelegt ist, das aus den vorstehend genannten Gründen praktisch nicht korrigierbar ist, dürfte dies mit dem unionalen Effektivitätsgebot nicht zu vereinbaren sein. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH, die mittlerweile durch das Primärrecht in Art. 197 Abs. 1 AEUV aufgegriffen ist, darf das nationale Recht die Verwirklichung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren;⁵¹ vgl. auch EuGH Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, BeckRS 2019, 32133 Rn. 33, beck-online:

„Diese Modalitäten müssen allerdings die doppelte Voraussetzung erfüllen, dass sie nicht ungünstiger sind als diejenigen, die gleichartige, dem innerstaatlichen Recht unterliegende Sachverhalte regeln (Äquivalenzgrundsatz), und dass sie die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) (Urteil vom 26. Juni 2019, Kuhar, C-407/18, ECLI:EU:C:2019:537, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

Genau das bewirken aber die gesetzlichen Vorgaben zur Berechnung der Zumutbarkeit. Deklariert ein Vorhabenträger die aufgrund eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos erforderlichen Schutzmaßnahmen als unzumutbar, so ist dies gerichtlich praktisch kaum überprüfbar, was zum einen dazu führt, dass diese Schutzmaßnahmen unterbleiben, und zum anderen bewirkt, dass im Rahmen der Prüfung von Ausnahmen das Bestehen einer anderen zufriedenstellenden Lösung verneint und schließlich Ausnahmen erteilt werden, ohne dass die dafür erforderlichen Voraussetzungen

⁵⁰ So ausdr. SchochKoVwGO/Schoch, 41. EL Juli 2021, VwGO § 80 Rn. 412 für die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von WEA.

⁵¹ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007 – C-432/05, BeckRS 2007, 70188, beck-online, Grabitz/Hilf/Nettesheim/Classen, 75. EL Januar 2022, AEUV Art. 197 Rn. 23 sowie Callies/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 197 Rn. 14 und Fn 21 mit Hinweisen auf zahlreiche weitere Entscheidungen des EuGH zum Effektivitätsgebot; siehe auch Berke- mann, ZUR 2021, 280, beck-online: „Der Grundsatz der Effektivität des Unionsrechtes ist immerhin das zentrale Mittel, die tatsächliche Kohärenz der EU als einheitlichen Rechtsraum integrativ zu sichern. Er ist für den EuGH zu einem allgemeinen problem solver geworden. Das muss erkannt werden.“

vorliegen. Unter diesen beiden Aspekten wird Unionsrecht praktisch unmöglich gemacht, zumindest aber übermäßig erschwert. Das ist, wie oben gezeigt, insbesondere aufgrund der Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von WEA besonders schwerwiegend. Es

„ist daran zu erinnern, dass ein mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes nationales Gericht in der Lage sein muss, vorläufige Maßnahmen zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen (Urteil Factortame u. a., Randnr. 21, und Urteil vom 11. 1. 2001, Siples, C-226/99, Slg. 2001, I-277, Randnr. 19).“ [EuGH Urt. v. 13.3.2007 – C-432/05, BeckRS 2007, 70188, beck-online Rn 75; Hervorh. d. d. Verf.]⁵²

V.

Artenschutzrechtliche Ausnahmen für den Betrieb von Windenergieanlagen

Die Möglichkeit der Ausnahmegewährung in Bezug auf artenschutzrechtliche Zugriffsverbote ist und bleibt in § 45 Abs. 7 BNatSchG geregelt. Für WEA an Land legt nun allerdings § 45b Abs. 8 BNatSchG spezielle Maßgaben fest. Diese Sondervorschrift, die auch in Fällen der windkraftbedingten Betroffenheit von Arten des Anhangs IV der FFH-RL (z.B. Fledermäuse) zum Tragen kommen soll, bezieht sich ausschließlich auf die betriebsbedingte Aktivierung der Zugriffsverbote, während sie nicht anwendbar ist, wenn bereits der Bau mit artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten in Konflikt gerät.⁵³ Mit der Regelung in § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG wird legal definiert, dass „der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient.“ Diese Regelung ist in mehrfacher Hinsicht äußerst problematisch. Die

⁵² EuGH, EuZW 2018, 158 Rn. 35, beck-online: „durch Art. 19 I EUV wird den Mitgliedstaaten im Übrigen aufgegeben, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz gewährleistet ist (vgl. u.a. Protect-Entscheidung des EuGH, ECLI:EU:C:2017:725 = BeckRS 2017, 126269 Rn. 57 m.w.N. – Puškár [Rs. C-73/16]).“

⁵³ Darauf weist Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 7, zutreffend hin. Heß, a.a.O., S. 14 hält es (nachvollziehbar) für unverständlich, wieso sich die Regelungen auf den Betrieb der Anlagen beschränken und die Errichtung selbst nicht erfasst ist. Erforderlich sei daher eine doppelte Ausnahmeprüfung, wobei die Prüfungen jeweils eigenständigen rechtlichen Maßstäben folgen.

Ausnahmegründe in der nicht speziell für WEA zugeschnittenen Regelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG nennen bereits unter Nr. 4 „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ und unter Nr. 5 die „öffentlichen Sicherheit“. Liegen solche Gründe vor, so sieht diese unangetastet gebliebene Vorschrift die Möglichkeit vor, von den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG eine Ausnahme zu erteilen. Mit der neuen Regelung wird nun gesetzlich vorgegeben, dass diese Voraussetzungen bei WEA vorliegen. Dies soll auch für einzelne WEA gelten.⁵⁴

1. **Überragendes öffentliches Interesse als Ausnahmegrund**

Problematisch ist bereits, dass Gründe des öffentlichen Interesses in Fällen der Betroffenheit europäischer Vogelarten schon von vornherein nicht zur Rechtfertigung artenschutzrechtlicher Ausnahmen herangezogen werden dürfen.⁵⁵ Zwar sieht das Bundesnaturschutzgesetz in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG, wie vorstehend ausgeführt, die Möglichkeit einer Ausnahme aus „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ vor. Der EuGH hat diese Möglichkeit allerdings verworfen, da Art. 9 Abs. 1 V-RL diesen im deutschen Recht vorgesehenen Zugriffsgrund nicht akzeptiert und die Aufzählung der Ausnahmegründe in dieser Norm abschließend ist.⁵⁶ Es ist den Mitgliedstaaten daher verwehrt, eigenmächtig einen weiteren Ausnahmegrund zu schaffen. Auf die teilweise diskutierte Frage, ob die Ausnahmegründe aus der FFH-RL analog angewendet werden können, kommt es angesichts der Rechtsprechung des EuGH nicht an. Denn es besteht zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung eine strikte Bindung der Mitgliedstaaten an die Entscheidungen des EuGH; vgl. das Gutachten des EuGH vom 30.4.2019 – Avis 1/17 = EuZW 2019, 457 Rn. 111, beck-online:

⁵⁴ Ausdrücklich wird in der Gesetzesbegründung auf S. 26 klargestellt, dass die Vorschrift mit der neuen Regelung in § 2 EEG (BT-Drs. 20/1630) zusammen zu lesen ist, wo dies allgemein im Hinblick auf erneuerbare Energien vorgegeben wird und dort in der Begründung auf S. 158 klargestellt wird: „Die Regelung findet auch für einzelne Windenergieanlagen Anwendung und gilt auch in Fällen der Eigenversorgung“.

⁵⁵ So auch Gellermann, 4. Juli 2022, S. 8.

⁵⁶ So der EuGH in mehreren Entscheidungen; vgl. EuGH, Urteil vom 08.06.2006 – C 60/05 –, juris, Rn. 34; Urteil vom 12.07.2007 – C-507/04 –, NuR 2007, 537, Rn. 326; EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012 – C-192/11 – Rn. 39: „Es ist festzustellen, dass die [...] Gründe des überwiegenden öffentlichen oder wirtschaftlichen Interesses nicht in den abschließenden Ausnahmetatbeständen des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie erwähnt sind. [...] Daher ist die dritte Rüge begründet.“; vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29. März 2017 – 11 D 70/09.AK – mit dem Hinweis, dass diese Frage bereits durch den EuGH geklärt ist; vgl. auch VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18; vgl. auch BVerwG, Ur. V. 12.03.2008 – 9 A 3/06 –, BVerwGE 130, 299, 378 = NuR 2008, 633, 657, jeweils Rn. 262; a.A. bspw. VGH Kassel, Urteil vom 17.06.2008 – 11 C 1975/07 –, juris, Rn. 247-248.

„Um sicherzustellen, dass diese besonderen Merkmale und die Autonomie der so begründeten Rechtsordnung der Union erhalten bleiben, wurde mit den Verträgen ein Gerichtssystem geschaffen, das zur Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts dient. Nach Art. 19 EUV ist es Sache der nationalen Gerichte und des EuGH, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten, wobei der EuGH die ausschließliche Zuständigkeit für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts hat. Hierzu ist in dem durch die Verträge geschaffenen Gerichtssystem insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV vorgesehen (Gutachten 2/13 [Beitritt der Union zur EMRK] v. 18.12.2014, EuGH, ECLI:EU:C:2014:2454 = NZKart 2015, 190 Rn. 174–176 und 246).“
[Hervorh. d. d. Verf.]

Die konsequente Bindung an die EuGH-Rechtsprechung hat auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bestätigt. Das ergibt sich beispielsweise aus dem EZB-Urteil vom 5. Mai 2020 – 2 BvR 859/15 – und dort insbesondere aus den Ausführungen zur Integrationsverantwortung (Rn. 111, 112, 118):

„Wenn jeder Mitgliedstaat ohne Weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet.

[...]

Die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts einschließlich der Bestimmung der dabei anzuwendenden Methode ist zuvörderst Aufgabe des Gerichtshofs, dem es gem. Art. 19 I 2 EUV obliegt, bei der Auslegung und Anwendung der Verträge das Recht zu wahren. Die vom Gerichtshof entwickelten Methoden richterlicher Rechtskonkretisierung beruhen dabei auf den gemeinsamen (Verfassungs-)Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten (vgl. auch Art. 6 III EUV, Art. 340 II AEUV), wie sie sich nicht zuletzt in der Rechtsprechung ihrer Verfassungs- und Höchstgerichte sowie des EGMR niedergeschlagen haben. [...] Es ist vor diesem

Hintergrund nicht Aufgabe des BVerfG, bei Auslegungsfragen im Unionsrecht, die auch bei methodengerechter Bewältigung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen (vgl. BVerfGE 126, 286 [307] = NJW 2010, 3422). Es muss eine Entscheidung durch den Gerichtshof vielmehr auch dann respektieren, wenn dieser zu einer Auffassung gelangt, der sich mit gewichtigen Argumenten entgegenstellen ließe, solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint. Mit der in Art. 19 I 2 EUV enthaltenen Aufgabenzuweisung, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern, ist auch ein Anspruch auf Fehlertoleranz verbunden (vgl. BVerfGE 126, 286 [307] = NJW 2010, 3422; BVerfGE 142, 123 [200 f.] = NJW 2016, 2473 Rn. 149).“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Ob in dem Betrieb einer WEA im Wege der konkreten Anwendung des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG im Einzelfall ein überwiegendes öffentliches Interesse bescheinigt wird oder ob im Wege der abstrakten gesetzlichen Anordnung nach der neuen Regelung in § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG ein überragendes öffentliches Interesse pauschal festgelegt wird, ist im Hinblick auf den abschließenden Charakter der Ausnahmegründe in Art. 9 Abs. 1 V-RL irrelevant. Denn beide Varianten finden in dieser unionsrechtlichen Vorgabe keinen Rückhalt.

2. Öffentliche Sicherheit als Ausnahmegrund

Weshalb der Gesetzgeber zusätzlich zu der Vorgabe zum überragenden öffentlichen Interesse auch legal definiert, dass der Betrieb einer WEA der öffentlichen Sicherheit dient, ist nicht auf den ersten Blick nachvollziehbar, erklärt sich aber dadurch, dass der Gesetzgeber sich des vorstehend erläuterten Widerspruchs zum Unionsrecht bewusst ist. Er möchte daher zusätzlich einen anderen Weg eröffnen, um in den Anwendungsbereich der Ausnahmegründe des Art. 9 V-RL zu gelangen. Denn anders als das öffentliche Interesse stellt die öffentliche Sicherheit einen in Art. 9 Abs. 1 a V-RL vorgesehenen Ausnahmegrund dar.

2.1 Rechtsprechung des EuGH zur öffentlichen Sicherheit

Teilweise wurde bereits vor der Gesetzesnovelle die wenig fundierte und undifferenzierte Auffassung vertreten, der Betrieb einer WEA diene der öffentlichen Sicherheit. Dies ist dies aufgrund der EuGH-Rechtsprechung zu diesem Begriff rechtlich nicht haltbar.⁵⁷ Die öffentliche Sicherheit könne, so der EuGH,

„nur dann geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“. [Hervorh. d. d. Verf.]⁵⁸

Auch in einer weiteren Entscheidung, diesmal im Kontext des europäischen Umweltrechts, hat sich der EuGH mit der öffentlichen Sicherheit auseinandergesetzt. In Bezug auf Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL, hat das Gericht judiziert, dass dann, wenn ein geschütztes Gebiet, das durch ein Projekt beeinträchtigt werden könnte, das einen prioritären natürlichen Lebensraumtyp oder eine prioritäre Art einschließt,

„nur die Notwendigkeit der Abwendung einer tatsächlichen und schwerwiegenden Gefahr, dass die Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaats unterbrochen wird, unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens einen Grund der öffentlichen Sicherheit im Sinne dieser Vorschrift darstellen kann“. [Hervorh. d. d. Verf.]⁵⁹

Das VG Gießen hat sich in seinem Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18. GI – Rn. 120, mit der EuGH-Rechtsprechung auseinandergesetzt und dargelegt, dass der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Sicherheit nur geltend gemacht werden kann, wenn es um Fragen gehe, die wesentlich

⁵⁷ Ausführlich dazu Faller, Der Begriff „öffentliche Sicherheit“ im Gesetzentwurf zur EEG Novelle 2021 im Zusammenhang mit Windenergieanlagen, <https://www.vernunftkraft.de/de/wp-content/uploads/2020/10/CL-Rechtsgutachten-EEG-Novelle-2021.pdf>, sowie bezüglich des Koalitionsvertrags <https://www.naturschutz-initiative.de/pressemitteilungen/798-26-10-2020-pm-geplante-aenderungen-des-eeg-nicht-mit-unionsrecht-vereinbar>. Unter Berücksichtigung Klima- und Umweltpolitischer Aspekte vgl. auch Faller, „Was hat Windkraft mit öffentlicher Sicherheit zu tun?“, <https://www.cicero.de/wirtschaft/koalitionsvertrag-windkraft-offentliche-sicherheit-windenergie-naturschutzvogelschutzverordnung-eu-recht>.

⁵⁸ EuGH-Urt. v. 13. März 2008 - C-227/06 Rn. 59, hier zitiert ist die Übersetzung der französischen Fassung.

⁵⁹ EuGH-Urt. v. 29. Juli 2019 – C-411/17, BeckRS 2019, 15835 Rn. 183, beck-online.

für die Existenz eines Staates sind. Dies sei der Fall, wenn das „Funktionieren seiner Wirtschaft, [...] das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und [...] das Überleben seiner Bevölkerung betroffen“ seien, wobei es sich um eine „schwere Beeinträchtigung“ handeln müsse;⁶⁰ vgl. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz, 70. EL Mai 2020, AEUV Art. 36 Rn. 21:

„Der Schutz der Versorgungssicherheit kommt nur in Ausnahmefällen, nämlich bei für die Existenz des Staates unverzichtbaren und nicht anders zu erfüllenden Versorgungsbedürfnissen in Betracht.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Dass diese Voraussetzungen bei der Nicht-Zulassung des Betriebs einer oder einiger weniger WEA stets vorliegen sollen, wie nun § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG vorgibt, ist nicht überzeugend. Dass jede einzelne WEA an der Erfüllung bestimmter mengen- und flächenbezogener Ausbauziele mitwirke, kann nicht ausreichen.⁶¹ Das Argument, dass dann die öffentliche Sicherheit nie betroffen sei, weil der energetische Beitrag eines einzelnen Windkraftprojekts zu gering sei, und deshalb stets die Ausnahme versagt werden müsse, überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Soweit auf den Klima-Beschluss des BVerfG rekuriert wird,⁶² wo es heißt, dass der Klimaschutzverpflichtung aus Art. 20 a GG nicht entgegen stehe, dass Klima und Klimaerwärmung globale Phänomene sind und die Probleme des Klimawandels daher nicht durch die Klimaschutzbeiträge eines Staates allein gelöst werden können, wird an einen Satz aus der Entscheidung des BVerfG angeknüpft, ohne den Kontext und auch ohne die weiteren Ausführungen des BVerfG zu beachten. Während es in den dortigen Ausführungen darum ging, klarzustellen, dass die Verpflichtung aus Art. 20a GG sowohl

⁶⁰ VG Gießen, Urt. v. 22 Januar 2020 – 1 K 6019 18 GI –, Rn. 118 ff.

⁶¹ Ausführlich mit weiteren Nachweisen (auch zu anderen, aber nicht nachvollziehbar begründeten Auffassungen) BeckOK UmweltR/GIäß, 62. Ed. 1.4.2022, BNatSchG § 45 Rn. 45: „dies bedarf jedoch einer genauen Prüfung und näherer Darlegungen zur Bedeutung des Projekts“; Landmann/Rohmer UmweltR/Gellermann, 97. EL Dezember 2021, BNatSchG § 45 Rn. 26: „Insoweit muss es sein Bewenden damit haben, dass der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit bemüht werden darf, wenn die Existenzsicherung des Staates, die Gewaltanwendung im Inneren und von außen sowie die Abwehr unmittelbar drohender Gefahren für grundlegende gesellschaftliche Interessen in Rede stehen (Lau in Frenz/Müggenborg Rn. 17; ebenso VG Frankfurt (Oder) ZUR 2015, 300 (303); VG Sigmaringen NuR 2019, 353 (354); VG Gießen NuR 2020, 206 (212 f.); Meßerschmidt Rn. 67; Schütte/Gerbig in Schlacke Rn. 30; Gellermann NuR 2020, 178 (180) mwN). Dagegen lassen sich Infrastrukturvorhaben allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen als der öffentlichen Sicherheit dienliche Maßnahmen bewerten, während dies bei einzelnen Windenergieanlagen und Windparks von vornherein ausgeschlossen erscheint.“

⁶² Leisner-Egensperger, NVwZ 2022, 745, 748, Klima-Beschluss des BVerfG vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., NVwZ 2021, 951.

einer internationale als auch eine nationale Dimension hat,⁶³ geht es hier um die Frage, unter welchen Voraussetzungen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit im konkreten Fall ausnahmsweise eine Ausnahme vom Tötungs- oder Verletzungsverbot erteilt werden kann. Sieht man darüber hinweg und hält eine Anlehnung an diese Ausführungen gleichwohl für richtig, dann darf aber nicht übersehen werden, dass sich das BVerfG gerade nicht dafür ausspricht, rein nationalen Maßnahmen stets und unabhängig von ihren (positiven wie negativen) Auswirkungen Vorrang einzuräumen:

„Art. 20a GG genießt indessen keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen. [...] Das gilt auch für das darin enthaltene Klimaschutzgebot.“⁶⁴ [Hervorh. d. d. Verf.]

Dieser im Rahmen einer möglichst rationalen Abwägung anzustrebende Ausgleich wird nicht erreicht, wenn angenommen wird, dass bereits bei jeder einzelnen WEA der Belang „öffentlicher Sicherheit“ betroffen ist.⁶⁵ Auch die Überlegung, dass bei einzelnen WEA der Belang der öffentlichen Sicherheit als einschlägig betrachtet werden muss, weil die Windenergie anderenfalls bei jedem Projekt das Nachsehen hätte, überzeugt nicht. Denn zum einen ändert dies nichts daran, dass unionsrechtlich eine konkrete Einzelfallbetrachtung erforderlich ist, und zum anderen trifft es auch nicht zu, dass dann kein Ausbau mehr möglich wäre. Es ist schon fragwürdig, hier alleine auf die Windenergie und nicht auch auf andere Möglichkeiten der Energiegewinnung abzustellen. Denn wenn das Ziel ist, Versorgungssicherheit durch möglichst CO²-arme und möglichst unabhängige Energiegewinnung zu erreichen, dann gerät die Betrachtung von vornherein in eine Schiefelage, wenn im

⁶³ BVerfG, a.a.O., Rn. 199 f.: „Wie der Klimawandel selbst hat auch der Klimaschutz auftrag des Art. 20 a GG von vornherein eine besondere internationale Dimension. Art. 20 a GG verpflichtet den Staat, eine Lösung des Klimaschutzproblems gerade auch auf überstaatlicher Ebene zu suchen. [...] Zugleich trägt jede Emission aus jedem Staat gleichermaßen zum Klimawandel bei (s. auch Rechtsbank Den Haag, Urt. v. 24.6.2015 – C-09/456689/HA ZA 13-1396 Rn. 4.90). Eine Lösung des globalen Klimaproblems ist nur möglich, wenn weltweit Maßnahmen zum Klimaschutz ergriffen werden.“

⁶⁴ BVerfG, a.a.O., Rn. 198.

⁶⁵ So aber Leisner-Egensperger, NVwZ 2022, 745, 748. Nach dieser Auffassung würde jeder noch so mittelbare und dünne Zusammenhang mit dem Einsparen von Energie genügen, um die öffentliche Sicherheit als betroffen anzusehen.

Zusammenhang mit dem Begriff „öffentliche Sicherheit“ alleine auf Windenergie abgestellt wird.⁶⁶ Doch selbst wenn alleine der Ausbau der Windenergie in den Blick genommen wird, trifft die Annahme nicht zu, dass kein Ausbau mehr möglich wäre. Denn es gibt zahlreiche Standorte, an denen sich die Frage, ob der Nicht-Betrieb einer WEA den Belang der öffentlichen Sicherheit betrifft, gar nicht erst stellt, etwa deshalb, weil mangels signifikant erhöhtem Tötungsrisiko oder wegen geeigneten Vermeidungsmaßnahmen keine Ausnahmeerteilung erforderlich ist. Hinzu kommt eine weitere Überlegung: Die Auseinandersetzung mit dem unbestimmten Begriff „öffentliche Sicherheit“ kommt um Abwägungsmomente nicht herum. Es ist falsch, wenn angenommen wird, dass sich der Nutzen eines konkreten WEA-Betriebes aus dem abstrakten Ziel der möglichst CO²-armen und unabhängigen Erreichung der Versorgungssicherheit ergibt. In die Waagschale zu legen ist auf der einen Seite der konkrete Erfolg der in Rede stehenden Maßnahme und auf der anderen Seite der konkrete Nachteil. Der angestrebte Erfolg eines WEA-Projekts liegt nicht in der Erreichung der Versorgungssicherheit, sondern darin, dass möglicherweise ein sehr kleiner Beitrag dazu geleistet wird. Hält man es gleichwohl für richtig, damit den Belang „öffentliche Sicherheit“ zu begründen, weil sich ansonsten bei jedem einzelnen Projekt der Artenschutz durchsetzt, dann muss konsequenterweise auch die Betroffenheit des Belangs „Artenschutz“ bzw. „Biodiversität“ nicht nur einzelfallbezogen in die Waagschale gelegt werden. Denn andernfalls setzt sich bei jedem einzelnen Projekt die Windenergie durch. Auf der einen Seite des Abwägungsarrangements einen (abstrakten) Kollektivnutzen zugrunde zu legen, während auf der anderen Seite ein (konkreter) Individualnachteil berücksichtigt wird, verfehlt die rechtlichen Maßgaben sowohl zur Verhältnismäßigkeit als auch zum Effektivitätsgebot.⁶⁷

2.2 Autonomie des Unionsrechts

Wenn der Gesetzgeber mit der neuen Regelung festlegt, dass der Betrieb einer WEA stets der öffentlichen Sicherheit dient, verkennt er nicht nur die oben dargelegten Maßgaben, sondern er

⁶⁶ Die Frage, ob und inwieweit der Ausbau der Windenergie zur Versorgungssicherheit beitragen kann und inwiefern damit Gefahren für die Versorgungssicherheit einhergehen, kann im Rahmen dieses Rechtsgutachtens nicht behandelt werden.

⁶⁷ Zu derartigen Fehlern im Zusammenhang mit der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Abwägung siehe Murswiek, NVwZ-Extra 5/2021, S. 7 ff., der nachvollziehbar erläutert, dass die Neigung, auf der einen Seite der Waage einen abstrakten Kollektivnutzen zu berücksichtigen, während auf der anderen Seite lediglich auf einen konkreten Individualnachteil abgestellt wird, „zu einer krassen Überbewertung des Nutzens“ führt. Richtig ist stattdessen, in beiden Waagschalen entweder den einen oder anderen Bezugspunkt zu wählen.

übersieht auch, dass es einem Mitgliedstaat verwehrt ist, einen unionsrechtlichen Begriff rein national zu definieren, um über diesen Weg in den Anwendungsbereich einer Ausnahmeregelung in der V-RL zu gelangen. Es ist in Rechtsprechung und Literatur seit langem geklärt, dass jeder im Unionsrecht verwendete Begriff autonom in seinem spezifischen unionsrechtlichen Sinne aus sich selbst heraus auszulegen ist, und dass es wegen der notwendig einheitlichen Geltung des Unionsrechts unter allen Mitgliedstaaten keine Verweisung auf innerstaatliche Sinngehalte geben kann. Gerade in den letzten Jahren hat dies der EuGH in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2018 und 2019 (Achmea, Tarola) klargestellt:

„Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung des EuGH wird die Autonomie des Unionsrechts gegenüber sowohl dem Recht der Mitgliedstaaten als auch dem Völkerrecht durch die wesentlichen Merkmale der Union und ihres Rechts gerechtfertigt, die die Verfassungsstruktur der Union sowie das Wesen dieses Rechts selbst betreffen. Das Unionsrecht ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass es einer autonomen Quelle, den Verträgen, entspringt und Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten hat, sowie durch die unmittelbare Wirkung einer ganzen Reihe für ihre Staatsangehörigen und für sie selbst geltender Bestimmungen.“ [EuGH (Große Kammer), Urteil vom 6.3.2018, – C-284/16 Rn. 33 – Achmea; so auch EuGH, Urteil vom 10.12.2018 – C-621/18, Rdnr. 47 – Wightman u.a.; Hervorh. d. d. Verf.]

„Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung aus den Anforderungen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitsgrundsatzes folgt, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Tragweite nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen.“ [EuGH, Urteil vom 11.4.2019 – C-483/17, Rdnr. 36 – Tarola; Hervorh. d. d. Verf.]

Das deckt sich auch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Grundsatz der autonomen Auslegung des Unionsrechts von deutschen Gerichten beachtet werden muss.⁶⁸ Sogar speziell hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit hat der EuGH ausgeführt, dass dieser Begriff streng zu verstehen ist, so dass

⁶⁸ BVerfG, Beschl. vom 9. Januar 2001 – 1 BvR 1036/99 –, NJW 2001, 1267, 1268.

„ihr Umfang nicht einseitig von jedem der Mitgliedstaaten ohne Kontrolle durch die Organe der Europäischen Gemeinschaft festgelegt werden kann“ [Hervorh. d. d. Verf.]⁶⁹.

Es verbietet sich daher, dass ein einzelner Mitgliedstaat den unionsrechtlichen Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ eigenständig – zumal entgegen der EuGH-Rechtsprechung und undifferenziert – definiert.⁷⁰

3. Ausschluss der Einzelfallabwägung

Ein weiterer Widerspruch zum Unionsrecht besteht darin, dass die neue Regelung eine Einzelfallabwägung ausschließt, indem der Betrieb einzelner WEA unabhängig von der am jeweiligen Standort vorherrschenden Windleistung im überragenden öffentlichen Interesse liegen soll bzw. der öffentlichen Sicherheit dienen soll. Die Vorgaben in § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG sind so zu verstehen, dass die Abwägung mit kollidierenden Belangen wie bspw. einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko einer vom Aussterben bedrohten Art stets zugunsten des WEA-Betriebs ausgehen soll. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der neuen Regelung („überragenden“) und auch die Gesetzesbegründung legt dies nahe.⁷¹ Eine gesetzlich angeordneter pauschaler Vorrang ist von den

⁶⁹ EuGH-Urt. v. 13.3.2008 - C-227/06 Rn. 59 [Übersetzung der französischen Fassung]; siehe auch Grabitz/Hill/Nettesheim/Mayer, 70. EL Mai 2020 Rn. 53, EUV Art. 19 Rn. 53; Groeben, von der/Schwarze/Charlotte Gaitanides, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 19 Rn. 43; siehe auch Grabitz/Hill/Nettesheim/Leible/T. Streinz, 70. EL Mai 2020, AEUV Art. 36 Rn. 17, wo in Bezug auf Art 36 AEUV ausgeführt wird, dass „öffentliche Sicherheit“ autonom auszulegen ist.

⁷⁰ Kritisch ist zudem, dass diese Definition als „Türöffner“ im Habitatschutz fungiert, um WEA auf der Grundlage der Ausnahmeermächtigung des § 34 Abs. 4 BNatSchG selbst noch in prioritären Gebieten des europäischen ökologischen Netzes Natura 2000 zu können. Das findet im Unionsrecht keinen Rückhalt. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein derartiger Eingriff (Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL) allenfalls zur Abwendung einer „tatsächlichen und schwerwiegenden Gefahr für die Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaates“ möglich; so zutreffend Gellermann, 4. April 2022, a.a.O. S. 3; vgl. EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-411/17, BeckRS 2019, 15835 Rn. 183, beck-online.

⁷¹ Auf S. 27 der Gesetzesbegründung heißt es, dass Behörden „dieses überragende öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern berücksichtigen“ müssen. Auf S. 159 der BT-Drs. 20/1630, worauf ausdrücklich verwiesen wird, wird ausgeführt: „Die erneuerbaren Energien müssen daher nach § 2 Satz 2 EEG 2021 bis zum Erreichen der Treibhausgasneutralität als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung eingebracht werden. Konkret sollen die erneuerbaren Energien damit im Rahmen von Abwägungsentscheidungen u. a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbitd, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht nur in Ausnahmefällen überwunden werden“.

unionsrechtlichen Ausnahmeermächtigungen in Art. 9 V-RL nicht gedeckt. Denn die Rechtsprechung des EuGH akzeptiert Ausnahmen von den Zugriffsverboten nur in besonderen Situationen und erfordert eine konkrete und gezielte Anwendung. Es bedarf demnach stets einer Einzelfallabwägung zwischen dem Artenschutz und anderen Belangen im konkreten Fall; es muss eine Berücksichtigung von Einzelfallumständen stattfinden;⁷² vgl. EuGH, Urteil vom 29.07.2019 - C-411/17, Rn. 150:

„Die Kenntnis der Verträglichkeit eines Plans oder eines Projekts mit den für das fragliche Gebiet festgelegten Erhaltungszielen ist deshalb eine unerlässliche Voraussetzung für die Anwendung von Art. 6 Abs. 4 der Habitatrichtlinie, da andernfalls keine Anwendungsvoraussetzung dieser Ausnahmeregelung geprüft werden kann. Die Prüfung etwaiger zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses und der Frage, ob weniger nachteilige Alternativen bestehen, erfordert nämlich eine Abwägung mit den Gebietsbeeinträchtigungen, die mit dem Plan oder Projekt verbunden sind. Außerdem müssen die Gebietsbeeinträchtigungen genau ermittelt werden, um die Art etwaiger Ausgleichsmaßnahmen bestimmen zu können (Urteile vom 20. September 2007, Kommission/Italien, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532, Rn. 83, und vom 17. April 2018, Kommission/Polen [Wald von Białowieża], C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255, Rn. 191 und die dort angeführte Rechtsprechung).“
[Hervorh. d. d. Verf.]

Das Unionsrecht fordert zudem, dass die Erteilung einer Ausnahme mit einer genauen, die Einzelmerkmale der Ermächtigung in Bezug nehmenden Begründung zu versehen ist;⁷³ vgl. EuGH, Urteil vom 10.10.2019 - C-674/17 -, BeckRS 2019, 23630 Rn. 50, beck-online:

⁷² Gellermann, 4. Juli 2022, S. 8 f. „Damit ist es nicht vereinbar, dem Interesse am Ausbau der Windenergie einen „absoluten Vorrang“ vor den Integritätsinteressen des Artenschutzes einzuräumen“; vgl. auch Versteyl/Marschhäuser, KlimR 2022, 74, beck-online: „Begriffe wie der des überwiegenden öffentlichen Interesses, der öffentlichen Sicherheit wie auch des im NABEG, EnLAG und BBPIG bereits enthaltenen überragenden öffentlichen Interesses können stets nur einen Abwägungsbelang neben anderen darstellen. Den Belangen kann somit kein absoluter Vorrang zukommen, sondern es muss in jedem Einzelfall eine umfassende Abwägung mit den jeweils betroffenen Interessen erfolgen. [...] Ob Vorhaben zur Erzeugung erneuerbarer Energien qua gesetzgeberischer Zuschreibung eines überragenden öffentlichen Interesses dazu verholfen werden kann sich im Rahmen von naturschutz- und artenschutzrechtlichen Entscheidungen durchzusetzen – wie bei NABEG, EnLAG und BBPIG beabsichtigt – ist aus unionsrechtlichen Gründen demnach zu bezweifeln“.

⁷³ EuGH, Urt. v. 15.12.2005, C-344/03, Kommission / Finnland, Slg. 2005, I-11033 Rn. 39, 60; Urt. v. 08.06.2006, C-60/05, WWF Italia, Slg. 2006, I-5083 Rn. 34; Urt. v. 12.07.2007, C-507/04, Slg. 2007, I-5939 Rn. 198; Gellermann, a.a.O., April 2022, S. 6.

„Diese Begründungspflicht ist nicht erfüllt, wenn die Entscheidung über eine Ausnahme weder Angaben zum Fehlen einer anderen zufriedenstellenden Lösung enthält noch auf die in diesem Zusammenhang relevanten technischen, rechtlichen und wissenschaftlichen Berichte verweist (vgl. entsprechend Urteile vom 16. Oktober 2003, Ligue pour la protection des oiseaux u. a., C-182/02, ECLI:EU:C:2003:558, Rn. 14, und vom 21. Juni 2018, Kommission/Malta, C-557/15, ECLI:EU:C:2018:477, Rn. 50 und 51).“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Auch diese unionsrechtliche Vorgabe wird durch den Ausschluss einer Einzelfallabwägung unterlaufen. Selbst wenn man die Auffassung vertreten wollte, dass die neue Regelung so zu interpretieren ist, dass der Behörde noch ein Abwägungsspielraum verbleiben soll, so ist „nicht zu übersehen, dass die Bestimmung im Regelfall dazu führen wird, dass sich das Interesse an der Zulassung des Vorhabens gegen entgegenstehende artenschutzrechtliche Belange durchsetzt.“⁷⁴ Jedenfalls mit dem Effektivitätsgrundsatz, der verlangt, dass es nicht praktisch unmöglich gemacht oder nicht übermäßig erschwert werden darf, dass eine unionsrechtlich erforderliche Einzelfallabwägung stattfindet und Ausnahmen von den Zugriffsverboten nur in besonderen Situationen zugelassen werden dürfen, ist auch diese Auslegung nicht vereinbar.⁷⁵

4. Alternativenprüfung mit planerischer Standortausweisung

Für die rechtliche Überprüfung der Ausnahmeerteilung gibt § 45b Abs. 8 Nr. 2 BNatSchG auch vor, dass der Verweis auf Standortalternativen außerhalb der Gebiete, die in einem Raumordnungsplan oder einem Flächennutzungsplan für die Windenergie ausgewiesen wurden, in der Regel bis zur Erreichung der Flächenbeitragswerte (§ 3 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1 WindBG-Entw.) nicht „zumutbar“ sind. Aus unionsrechtlicher Perspektive ist zunächst festzustellen, dass das Unionsrecht nicht auf die Zumutbarkeit abstellt, sondern darauf, ob es keine andere bzw. anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt (Art. 9 Abs. 1 V-RL, Art. 16 Abs. 1 FFH-RL). Vor allem aber zielt diese Regelung

⁷⁴ Heß, a.a.O., S. 15, und weiter: „In der Gesetzesbegründung sollte klargestellt werden, dass auch ein überragendes öffentliches Interesse im Einzelfall durch besonders gewichtige artenschutzrechtliche Belange überwunden werden kann und bei der Beurteilung auch der konkrete Nutzen der in Rede stehenden Anlage einzubeziehen ist.“

⁷⁵ Vgl. oben IV, 2.

abermals auf eine die Einzelfallumstände außer Acht lassende Praxis ab, obgleich der EuGH auch hier die genaue Prüfung der Einzelfallumstände für unabdingbar hält:

*„Im Übrigen setzt Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie neben den genannten Ausnahmegründen ausdrücklich voraus, dass es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt und die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen. Es obliegt den zuständigen nationalen Behörden, nachzuweisen, dass dies insbesondere unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie der Umstände des jeweiligen konkreten Falls zutrifft (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Oktober 2019, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, C-674/17, ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 51 und 66).“ [EuGH Ur. v. 11.6.2020 – C-88/19, BeckRS 2020, 11927 Rn. 58, beck-online; Hervorh. d. d. Verf.]*

Wird auf naturgemäß nicht einzelfallbezogene Raumordnungs- und Flächennutzungspläne abgestellt, wie dies § 45b Abs. 8 Nr. 2 BNatSchG zwingend festlegt, werden die Vorgaben des EuGH auch insofern missachtet. Ein zusätzliches Problem stellt dies angesichts des Umstandes dar, dass auf diesen Planungsebenen gar keine Prüfung standörtlicher Alternativen im Kontext der V-RL und der FFH-RL stattfindet. Geprüft wird lediglich, ob sich die Verbote des Artenschutzrechts im Planvollzug als unüberwindliche Hindernisse erweisen.⁷⁶ Auch deshalb erscheint der Verweis auf Raumordnungs- und Flächennutzungspläne als eine weitere Umgehung der Vorgaben der V-RL und der FFH-RL.

Diese Regelung läuft darüber hinaus der Begründungspflicht zuwider; EuGH, Ur. v. 17.3.2021 – C-900/19, BeckRS 2021, 4433, Rn. 29-32:

„Da es sich um eine Ausnahmeregelung handelt, die eng auszulegen ist und bei der die Beweislast für das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen für jede Abweichung die

⁷⁶ VG Mannheim Ur. v. 18.4.2018 – 5 S 2105/15, BeckRS 2018, 14302 Rn. 126, beck-online unter Verweis auf bspw. BVerwG, Urteil vom 8.3.2017 - 4 CN 1.16; Gellemann, 4. Juli 2022, S. 9, der darauf hinweist, dass der Gesetzgeber den Schritt einer „Hochzonung“ des Artenschutzrechts auf die planerische Ebene (anders als im Kontext der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und des unionsbasierten Habitatschutzrechts) bis heute nicht vollzogen hat.

Stelle treffen muss, die über sie entscheidet, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass jeder Eingriff, der geschützte Arten betrifft, nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt wird, die mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sind, in der auf die in Art. 9 Abs. 1 und 2 der Richtlinie vorgesehenen Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug genommen wird (Urteil vom 21. Juni 2018, Kommission/Malta, C-557/15, ECLI:EU:C:2018:477, Rn. 47).

[...]

Außerdem müssen in der im Bereich der Erhaltung wildlebender Vogelarten anwendbaren nationalen Regelung, mit der die Ausnahmeregelung in Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie umgesetzt werden soll, zwar die Kriterien für die Abweichung klar und präzise angeführt werden, und die zuständige Stelle muss verpflichtet werden, sich zu vergewissern, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung im Sinne dieses Artikels gibt, doch muss aus der Begründung für die Anwendung dieser Ausnahmeregelung hervorgehen, dass die Voraussetzung des Fehlens einer anderen zufriedenstellenden Lösung erfüllt ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Juni 2018, Kommission/Malta, C-557/15, ECLI:EU:C:2018:477, Rn. 48 und 50).

Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine nationale Regelung, mit der von der Ausnahmeregelung des Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie Gebrauch gemacht wird, die aus Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie hervorgehenden Anforderungen an die Begründungspflicht erfüllt, wenn sie lediglich die Angabe enthält, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gebe, ohne diese Angabe durch eine eingehende Begründung zu untermauern, die sich auf die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse stützt und die Gründe enthält, aus denen die zuständige Stelle zu dem Schluss kam, dass sämtliche Voraussetzungen für die Genehmigung einer Abweichung im Sinne von Art. 9 der Richtlinie, darunter die Voraussetzung, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt, erfüllt seien.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

5. Alternativenprüfung ohne planerische Standortausweisung

Für den Fall, dass keine planerischer Standortausweisung vorliegt, sieht § 45b Abs. 8 Nr. 3 BNatSchG vor, dass Standortalternativen außerhalb eines Radius von 20 km nicht mehr nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG zumutbar sind. Eine Ausnahme soll gelten, wenn der vorgesehene Standort in einem Natura 2000-Gebiet liegt. Auch diese Regelung begegnet unionsrechtlichen Bedenken. Denn wenn auch bei der Prüfung, ob es keine anderweitigen zufriedenstellenden Lösungen gibt, die besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie die Umstände des konkreten Falls zu berücksichtigen sind, dann ist eine pauschale Begrenzung des Umgriffs der Alternativenprüfung auf 20 km unionsrechtswidrig, und zwar in zweierlei Hinsicht: Sie genügt – erstens – nicht den besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen und lässt – zweitens – die Einzelfallbezogenheit vermissen bzw. untersagt diese sogar, da der 20 km-Radius starr vorgeben wird.⁷⁷

6. Erhaltungszustand

In § 45 Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG wird festgelegt, dass die Voraussetzung des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG, wonach sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtern darf, dann vorliegt, wenn sich der Zustand der durch das Vorhaben jeweils betroffenen lokalen Population unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert. Ergänzend regelt § 45 Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG, dass es ausreicht, wenn auf Grundlage einer Beobachtung im Sinne des § 6 Abs. 2 BNatSchG zu erwarten ist, dass sich der Zustand der Populationen der betreffenden Art in dem betroffenen Land oder auf Bundesebene unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert. Auch hier bestehen unionsrechtliche Bedenken. Denn die neue Regelung stellt ausschließlich auf ein Verschlechterungsverbot ab,⁷⁸ was aber der der EuGH bereits in mehreren Entscheidungen aufgrund des unionsrechtlichen Vorsorgegrundsatzes relativiert hat:

⁷⁷ Auch Heß, a.a.O., S. 16 hält dies für rechtswidrig.

⁷⁸ Heß, a.a.O., S. 17 hat insofern ebenfalls Bedenken.

„Als Zweites ist zu dem Vorbringen der Republik Polen, die Populationen der betreffenden Vögel seien stabil geblieben, ja hätten sogar zugenommen, festzustellen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass dies nichts daran ändert, dass Art. 4 Abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie verletzt ist, nach dem die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel zu vermeiden. Die Schutzpflichten bestehen nämlich schon, bevor eine Abnahme der Vogelzahl festgestellt worden ist oder bevor sich die Gefahr des Aussterbens einer geschützten Vogelart konkretisiert hat (Urteile vom 14. Januar 2016, Kommission/Bulgarien, C-141/14, EU:C:2016:8, Rn. 76, und vom 24. November 2016, Kommission/Spanien, C-461/14, EU:C:2016:895, Rn. 83).“ [EuGH Ur. v. 17.4.2018 – C-441/17, BeckRS 2018, 5422 Rn. 262, beck-online; Hervorh. d. d. Verf.]

„Insoweit wird nach Art. 1 Buchst. i der Habitatrichtlinie der Erhaltungszustand als günstig betrachtet, wenn zum einen aufgrund der Daten über die Populationsdynamik der Art anzunehmen ist, dass diese Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraums, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird, des Weiteren das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird und schließlich ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen dieser Art zu sichern.

[...]

In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass der Mitgliedstaat gemäß dem in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankerten Vorsorgegrundsatz von dem Erlass oder der Durchführung einer solchen Ausnahmeregelung absehen muss, nach der Prüfung der besten verfügbaren wissenschaftlichen Daten eine Ungewissheit darüber bestehen bleibt, ob der günstige Erhaltungszustand der Populationen einer vom Aussterben bedrohten Art trotz dieser Ausnahmeregelung gewahrt oder wiederhergestellt werden kann.

Es ist somit Aufgabe des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob die Behörde auf der Grundlage wissenschaftlicher Daten nachgewiesen hat, dass die territorialen und quantitativen

Grenzen, denen die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Ausnahmegenehmigungen unterlagen, ausreichen, um sicherzustellen, dass die Populationen der betreffenden Arten in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet in einem günstigen Erhaltungszustand verbleiben würden. [EuGH, Urteil vom 10.10.2019 - EUGH Aktenzeichen C-674/17, BeckRS 2019, 23630 Rn. 56, 66, 67, beck-online; Hervorh. d. d. Verf.]

Es besteht somit eine präventive Schutzpflicht, noch bevor sich die Gefahr der Verschlechterung des Erhaltungszustandes konkretisiert.⁷⁹ Die Zulassung eines Vorhabens kann deshalb im Lichte des Vorsorgeprinzips nur dann in Betracht kommen, wenn jeder vernünftige wissenschaftliche Zweifel ausgeschlossen wird, dass das fragliche Vorhaben keinen Schaden anrichtet. Das steht insbesondere dann infrage, wenn die Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge von Umweltbelastungen (noch) nicht ganz klar sind und somit wissenschaftliche Unsicherheiten bezüglich der Wirksamkeit von Maßnahmen bestehen, so dass unter Heranziehung des Vorsorgeprinzips die notwendige Eingriffsschwelle herabgesetzt und eine stärker vorausschauende Gefahrenabwehr ermöglicht wird.⁸⁰

7. Anspruch auf Erteilung einer Ausnahme

Abweichend von § 45 Abs. 7 BNatSchG, wonach Ermessen eingeräumt wird⁸¹ bestimmt § 45 Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG, dass bei Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen zwingend eine Ausnahme erteilt werden muss. Damit wird der Weg verschlossen, zumindest über die Ermessensausübung (wenn schon nicht im Rahmen der Ausnahmevoraussetzungen) Einzelfallumständen abwägend Rechnung zu tragen.⁸² In Kombination mit den rigiden Ausnahmevoraussetzungen, verschärft diese Regelung den bestehenden Widerspruch zum Unionsrecht.

⁷⁹ Zum Vorsorgeprinzip speziell im Hinblick auf den Populationsschutz siehe Streinz/Kahl AEUV Art. 191 Rn. 85, beck-online.

⁸⁰ Vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Epiney, 97. EL Dezember 2021, AEUV Art. 191 Rn. 24 sowie Calliess/Ruffert/Calliess, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 191 Rn. 30 unter Verweis auf Sobotta, NuR (2020) 42, 453 (454); vgl. auch EuGH, Rs. C-236/01, BeckRS 2004, 75313, beck-online, Rn. 111.

⁸¹ Ermessen im Sinne von intendiertem Ermessen, das eine Einzelfallabwägung ermöglicht (Landmann/Rohmer UmweltR/Gellermann, 97. EL Dezember 2021, BNatSchG § 45 Rn. 33).

⁸² Auch Hess, a.a.O., S. 18 beanstandet dies.

8. Verbot von Abschaltanordnungen

Mit der neuen Regelung in § 45b Abs. 9 der BNatSchG wird der Genehmigungsbehörde untersagt, Abschaltanordnungen zu treffen, die den Jahresenergieertrag um mehr als 6% an besonders windhöffigen oder um mehr als 4% an sonstigen Standorten verringern, obwohl Ertragsreduzierungen nach § 45b Abs. 6 BNatSchG bis zu 8% bzw. 6% unter bestimmten weiteren Bedingungen als zumutbar erachtet werden. Wer eine Ausnahme erhält, soll demnach davon entbunden werden, an sich zumutbare Möglichkeiten zur Vermeidung von Schädigungen durch Abschaltungen zu nutzen.⁸³ Es ist unionsrechtlich nicht haltbar, das Ergreifen von Vermeidungsmaßnahmen durch die zuständige Behörde derart zu unterbinden. Denn Art. 9 Abs. 1 V-RL und Art. 16 Abs. 1 FFH-RL erlauben eine Abweichung von den ansonsten strikt beachtlichen Verboten nur im Hinblick auf solche Schädigungen, die sich mit zumutbaren Vermeidungsanstrengungen nicht verhindern lassen.⁸⁴ Zusätzlich dürfte die neue Regelung auch gegen das im Primärrecht verankerte Vorsorgeprinzip (Art. 191 Abs. 2 AEUV) einschließlich des hiervon umfassten Grundsatzes der „Schadensvermeidung vor Schadensbeseitigung“ verstoßen.⁸⁵ Die Regelung krankt zudem daran, dass auch hier wieder alleine die wirtschaftlichen Belange des Vorhabenträgers ausschlaggebend dafür sein sollen, ob und, wenn ja, inwieweit Schutzmaßnahmen im Wege von Abschaltanordnungen geboten sind. Auch deshalb verstößt diese Regelung gegen geltendes Unionsrecht.⁸⁶ Auch eine weitere Überlegung zeigt rechtliche Bedenken auf: Die neue Regelung bringt es mit sich, dass Vorhabenträger, die artenschutzrechtliche Konfliktslagen unter Einsatz zumutbarer Schutzmaßnahmen entschärfen, im Ergebnis eine Ertragseinbuße von 6% des Jahresenergieertrages hinnehmen müssen, während sich die Verluste derjenigen Vorhabenträger, denen eine artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt wird, lediglich auf 4% belaufen. Die Logik dieser neuen Regelung scheint tatsächlich darin zu bestehen, vermeidbare Schäden zuzulassen, um finanzielle Mittel über das nationale Artenhilfsprogramm zu erhalten (§ 45d Abs. 2 S. 1 BNatSchG). Das erinnert an einen „Ablasshandel“, der

⁸³ Darauf weist Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 10, zutreffend hin.

⁸⁴ vgl. auch Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 10, vgl. auch NABU, a.a.O., S. 5 mit der nicht von der Hand zu weisenden Anmerkung, dass so Ausnahmen potenziell zur Regel werden.

⁸⁵ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 10, unter Verweis auf Kahl, in: Streinz, AEUV/EUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 191 AEUV Rn. 77; Appel, in: Koch/Hofmann/Reese, Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 32.

⁸⁶ Heß, a.a.O., S 18; siehe oben IV, 1.

eigentlich nur dazu dient, den Trägern von Windkraftprojekten die Mühe zu ersparen, sich durch praktisch wirksame Maßnahmen um die Verhinderung artenschutzrechtlicher Konflikte zu bemühen.⁸⁷ Von den Maßgaben, die Art. 9 Abs. 1 V-RL und Art. 16 Abs. 1 FFH-RL aufstellen, ist das weit entfernt. Auch insofern steht ein weiteres Prinzip des unionalen Primärrechts entgegen: Das mit dem Vorsorgeprinzip verwandte Ursprungsprinzip, wonach stets quellenbezogenen Maßnahmen Priorität haben. Ist entgegen der Intention des Vorsorgeprinzips eine Umweltbeeinträchtigung nicht zu vermeiden, muss sie (wenigstens) gleich nach dem Entstehen an ihrer Quelle bekämpft werden, um ihre Folgen zu verhindern.⁸⁸ Das Verbot von Abschaltanordnungen in § 45b Abs. 9 BNatSchG zielt auf das Gegenteil ab. Das Verdikt der Unionrechtswidrigkeit erhält dadurch noch mehr Gewicht, dass die Berechnung auch die für andere Arten getroffenen Maßnahmen einschließt („unter Berücksichtigung weiterer Schutzmaßnahmen auch für andere besonders geschützte Arten“). So wird die Schwelle der Unzumutbarkeit von Abschaltanordnungen für den Vorhabenträger bei einer Ausnahmeerteilung noch weiter reduziert.⁸⁹

⁸⁷ So die überzeugenden Feststellungen von Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 10. Ohnehin bestehen Bedenken, ob die Einrichtung eines Fonds zum Artenschutz, der durch den „Ablasshandel“ finanziert wird, überhaupt den Ansprüchen der V-RL genügen kann. Denn nach Art. 3 V-RL sollen die Mitgliedsstaaten Maßnahmen ergreifen, die für die Vogelarten eine ausreichende Vielfalt und eine ausreichende Flächengröße der Lebensräume erhalten und wiederhergestellt werden. Mögliche entsprechende Maßnahmen sind in Art. 3 Abs. 2 V-RL aufgezählt, diese zielen allesamt auf den Erhalt, Ausbau und die Wiederherstellung von Lebensräumen. Die gesetzgeberische Wertung wie sie durch § 45d Abs. 2 Satz 1 BNatSchG i.V.m. § 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG zum Ausdruck kommt, kann aber keine vergleichbare Schutzmaßnahme sein. Denn im Ergebnis führt dies dazu, dass an der einen Stelle Lebensraum zerstört werden kann, wenn ausreichend Geld zur Verfügung gestellt wird, um an anderer Stelle des Landes- oder Bundesgebietes Schutzmaßnahmen zu treffen. Die V-RL stellt aber offensichtlich auf einen umfassenden, im ganzen Gebiet des Mitgliedsstaates geltenden Schutz und Ausbau der Lebensräume ab. Die Tatsache, dass der Wiederaufbau der zerstörten Lebensräume ausdrücklich benannt ist, zeigt, dass es nicht Ziel der Richtlinie ist, den status quo aufrechtzuerhalten, sondern den Schutz voranzutreiben. Diesem Ansatz läuft die Fonds-Regelung zuwider.

⁸⁸ Calliess/Ruffert/Calliess, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 191 Rn. 39; bezüglich des Erhalts der örtlichen biologischen Vielfalt vgl. EuGH Ur. v. 3.12.1998 – C-67/97, BeckRS 2004, 77686, beck-online.

⁸⁹ Vgl. auch Heß, a.a.O., S 18, sowie Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 10.

VI. Repoweringvorhaben

1. Gesetzliche Regelvermutung ohne Grundlage

Nach § 45c Abs. 2 S. 2 und S. 4 BNatSchG müssten bei Repoweringvorhaben die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlagen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden. Soweit die Auswirkungen der Neuanlagen unter Berücksichtigung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen geringer als oder gleich sind wie die der Bestandsanlagen, ist davon auszugehen, dass die Signifikanzschwelle in der Regel nicht überschritten ist, es sei denn, der Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet. Das entbehrt einer hinreichenden Grundlage.

1.1 Dynamik natürlicher Entwicklungen

Diese gesetzliche Regelvermutung setzt voraus, dass im Zusammenhang mit Repowering außer Betrieb gehende Anlagen (bis zuletzt) kein signifikant erhöhtes Tötungs- oder Verletzungsrisiko mit sich bringen bzw. gebracht haben.⁹⁰ Das ist angesichts der Dynamik der natürlichen Entwicklung haltlos und widerspricht daher Maßgabe des EuGH, die besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde zu legen. Denn diese gesetzliche Vermutung bewirkt, dass in aller Regel keine Einzelfallprüfung und -bewertung stattfindet.

1.2 Keinerlei artenschutzrechtliche Prüfung

Übersehen wird bei dieser neuen Regelung auch, dass für Anlagen, die in den nächsten Jahren ersetzt werden (also Anfang des Jahrhunderts errichtet wurden) überhaupt keine artenschutzrechtliche Prüfung stattgefunden hat,⁹¹ die es ermöglichen könnte, auch für die Zukunft auf eine nicht signifikante Risikoerhöhung zu schließen. Selbst wenn man also mit dem Gesetzgeber von der

⁹⁰ Schreiber, a.a.O., S. 7.

⁹¹ Darauf weist Schreiber, a.a.O., S. 7 zutreffend hin.

unzutreffenden Annahme ausgehen wollte, dass natürliche Entwicklungen nicht dynamisch sondern statisch sind, fehlt es an einer fachlichen Grundlage für die gesetzlich aufgestellte Regelvermutung.

2. Alternativenprüfung bei Repoweringvorhaben

Ist bei Repoweringvorhaben eine artenschutzrechtliche Ausnahme erforderlich, so greift die in § 45c Abs. 3 BNatSchG vorgesehene Sonderregelung. Demnach darf der Vorhabenträger im Rahmen der Ausnahmeprüfung nur noch sehr eingeschränkt auf Standortalternativen verwiesen werden. Der Verweis ist demnach in der Regel unzumutbar, es sei denn, der Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet. Damit wird die unionsrechtliche Prüfung, ob andere bzw. andersartige zufriedenstellende Lösungen bestehen, bei Repoweringvorhaben noch weiter verkürzt als ohnehin schon.⁹² Den Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 V-RL und des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL genügt diese Neuregelung somit erst recht nicht. Denn diese etablieren ein strikt beachtliches Vermeidungsgebot, mit dem es nicht vereinbar ist, wenn artenschutzrechtlich unbedenkliche Alternativstandorte regelhaft per Gesetz für unzumutbar erklärt werden.⁹³

VII. Ergebnis

Die zahlreichen neuen Regelungen, die im Zuge der Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20. Juli 2022 in Form von § 45b BNatSchG und § 45c BNatSchG in das Bundesnaturschutzgesetz aufgenommen worden sind, sind weitestgehend nicht mit dem Unionsrecht vereinbar. Sowohl die Anzahl der zu identifizierenden Rechtsverstöße, als auch die Deutlichkeit überraschen, hat doch die obergerichtliche Rechtsprechung der hiesigen Verwaltungsgerichtsbarkeit und auch die Rechtsprechung des EuGH die von den Mitgliedstaaten zu beachtenden Maßgaben in ständiger Rechtsprechung ausgeformt und immer wieder bekräftigt. Die in der Anhörung im Umweltausschuss vorgebrachte Kritik, dass die Gesetzesnovelle ins völker- und unionsrechtliche Abseits führe und dass

⁹² Vgl. oben IV, 4.

⁹³ Gellermann, 4. Juli 2022, a.a.O., S. 12: „Die Vorschriften etablieren ein strikt beachtliches Vermeidungsgebot, mit dem es nicht vereinbar ist, wenn artenschutzrechtlich unbedenkliche Alternativstandorte regelhaft für unzumutbar erklärt werden.“ Auch im Falle einer Modernisierung sehe das Unionsrecht keine derartigen Erleichterungen vor.

damit das Ziel des rechtssicheren Windenergieausbaus bei Beachtung des Artenschutzes bzw. des Biodiversitätsschutzes nicht erreichbar sei, kann nur bestätigt werden.


Dr. Rigo Ealler
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Anhang

§ 45b

Betrieb von Windenergieanlagen an Land

(1) Für die fachliche Beurteilung, ob nach § 44 Absatz 5 Satz 2 Nummer 1 das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare kollisionsgefährdeter Brutvogelarten im Umfeld ihrer Brutplätze durch den Betrieb von Windenergieanlagen signifikant erhöht ist, gelten die Maßgaben der Absätze 2 bis 5.

(2) Liegt zwischen dem Brutplatz einer Brutvogelart und der Windenergieanlage ein Abstand, der geringer ist als der in Anlage 1 Abschnitt 1 für diese Brutvogelart festgelegte Nahbereich, so ist das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare signifikant erhöht.

(3) Liegt zwischen dem Brutplatz einer Brutvogelart und der Windenergieanlage ein Abstand, der größer als der Nahbereich und geringer als der zentrale Prüfbereich ist, die in Anlage 1 Abschnitt 1 für diese Brutvogelart festgelegt sind, so bestehen in der Regel Anhaltspunkte dafür, dass das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare signifikant erhöht ist, soweit

1. eine signifikante Risikoerhöhung nicht auf der Grundlage einer Habitatpotentialanalyse oder einer auf Verlangen des Trägers des Vorhabens durchgeführten Raumnutzungsanalyse widerlegt werden kann oder
2. die signifikante Risikoerhöhung nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen hinreichend gemindert werden kann; werden entweder Antikollisionssysteme genutzt, Abschaltungen bei landwirtschaftlichen Ereignissen angeordnet, attraktive Ausweichnahrungshabitate angelegt oder phänologiebedingte Abschaltungen angeordnet, so ist für die betreffende Art in der Regel davon auszugehen, dass die Risikoerhöhung hinreichend gemindert wird.

(4) Liegt zwischen dem Brutplatz einer Brutvogelart und der Windenergieanlage ein Abstand, der größer als der zentrale Prüfbereich und höchstens so groß ist wie der erweiterte Prüfbereich, die in

Anlage 1 Abschnitt 1 für diese Brutvogelart festgelegt sind, so ist das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare nicht signifikant erhöht, es sei denn,

1. die Aufenthaltswahrscheinlichkeit dieser Exemplare in dem vom Rotor überstrichenen Bereich der Windenergieanlage ist aufgrund artspezifischer Habitatnutzung oder funktionaler Beziehungen deutlich erhöht und
2. die signifikante Risikoerhöhung, die aus der erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeit folgt, kann nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen hinreichend verringert werden.

Zur Feststellung des Vorliegens eines Brutplatzes nach Satz 1 sind behördliche Kataster und behördliche Datenbanken heranzuziehen; Kartierungen durch den Vorhabenträger sind nicht erforderlich.

(5) Liegt zwischen dem Brutplatz einer Brutvogelart und der Windenergieanlage ein Abstand, der größer als der in Anlage 1 Abschnitt 1 für diese Brutvogelart festgelegte erweiterte Prüfbereich ist, so ist das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare nicht signifikant erhöht; Schutzmaßnahmen sind insoweit nicht erforderlich.

(6) Fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen für die in Anlage 1 Abschnitt 1 genannten Brutvogelarten sind insbesondere die in Anlage 1 Abschnitt 2 genannten Schutzmaßnahmen. Die Anordnung von Schutzmaßnahmen, die die Abschaltung von Windenergieanlagen betreffen, gilt unter Berücksichtigung weiterer Schutzmaßnahmen auch für andere besonders geschützte Arten als unzumutbar, soweit sie den Jahresenergieertrag verringern

1. um mehr als 8 Prozent bei Standorten mit einem Gütefaktor im Sinne des § EEG § 36h Absatz EEG § 36h Absatz 1 Satz 5 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2014, das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353) geändert worden ist, von 90 Prozent oder mehr oder
2. im Übrigen um mehr als 6 Prozent.

Die Berechnung nach Satz 2 erfolgt nach Anlage 2. Dabei werden Investitionskosten für Schutzmaßnahmen ab 17 000 Euro je Megawatt angerechnet. Schutzmaßnahmen, die im Sinne des Satzes 2 als unzumutbar gelten, können auf Verlangen des Trägers des Vorhabens angeordnet werden.

(7) Nisthilfen für kollisionsgefährdete Vogel- und Fledermausarten dürfen in einem Umkreis von 1 500 Metern um errichtete Windenergieanlagen sowie innerhalb von Gebieten, die in einem Raumordnungsplan oder in einem Flächennutzungsplan für die Windenergienutzung ausgewiesen sind, nicht angebracht werden.

(8) § 45 Absatz 7 gilt im Hinblick auf den Betrieb von Windenergieanlagen mit der Maßgabe, dass

1. der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient,
2. bei einem Gebiet, das für die Windenergie ausgewiesen ist
 - a) in einem Raumordnungsplan oder
 - b) unter Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange in einem Flächennutzungsplan,

Standortalternativen außerhalb dieses Gebietes in der Regel nicht im Sinne des § 45 Absatz 7 Satz 2 zumutbar sind, bis gemäß § 5 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes festgestellt wurde, dass das jeweilige Land den Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes oder der jeweilige regionale oder kommunale Planungsträger ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel erreicht hat,

3. bei einem Standort, der nicht in einem Gebiet im Sinne der Nummer 2 Buchstabe a oder b liegt, Standortalternativen außerhalb eines Radius von 20 Kilometern nicht nach § 45 Absatz 7 Satz 2 zumutbar sind, es sei denn, der vorgesehene Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten,

4. *die Voraussetzungen des § BNATSCHG § 45 Absatz BNATSCHG § 45 Absatz 7 Satz 2 hinsichtlich des Erhaltungszustands vorliegen, wenn sich der Zustand der durch das Vorhaben jeweils betroffenen lokalen Population unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert,*
5. *die Voraussetzungen des § BNATSCHG § 45 Absatz BNATSCHG § 45 Absatz 7 Satz 2 hinsichtlich des Erhaltungszustands auch dann vorliegen, wenn auf Grundlage einer Beobachtung im Sinne des § 6 Absatz 2 zu erwarten ist, dass sich der Zustand der Populationen der betreffenden Art in dem betroffenen Land oder auf Bundesebene unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert,*
6. *eine Ausnahme von den Verboten des § 44 Absatz 1 zu erteilen ist, wenn die Voraussetzungen des § 45 Absatz 7 Satz 1 bis 3 vorliegen.*

(9) Wird eine Ausnahme nach § 45 Absatz 7 Satz 1 bis 3 erteilt, dürfen daneben fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen für die in Anlage 1 Abschnitt 1 genannten Brutvogelarten, die die Abschaltung von Windenergieanlagen betreffen, unter Berücksichtigung weiterer Schutzmaßnahmen auch für andere besonders geschützte Arten, nur angeordnet werden, soweit sie den Jahresenergieertrag verringern

1. *um höchstens 6 Prozent bei Standorten mit einem Gütefaktor im Sinne des § EEG § 36h Absatz EEG § 36H Absatz 1 Satz 5 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes von 90 Prozent oder mehr oder*
2. *im Übrigen um höchstens 4 Prozent.*

Die Berechnung nach Satz 1 erfolgt nach Anlage 2. Dabei werden Investitionskosten für Schutzmaßnahmen ab 17 000 Euro je Megawatt angerechnet.

§ 45c**Repowering von Windenergieanlagen an Land**

(1) Die nachfolgenden Absätze gelten für Vorhaben zur Modernisierung von Windenergieanlagen an Land nach § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes. Abweichend von § 16b Absatz 2 Satz 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes werden auch neue Windenergieanlagen erfasst, die innerhalb von 48 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden und der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage höchstens das Fünffache der Gesamthöhe der neuen Anlage beträgt.

(2) Der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung wird durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b Absatz 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes nicht berührt. Die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlagen müssen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden. Dabei sind insbesondere folgende Umstände einzubeziehen:

- 1. die Anzahl, die Höhe, die Rotorfläche, der Rotordurchgang und die planungsrechtliche Zuordnung der Bestandsanlagen,*
- 2. die Lage der Brutplätze kollisionsgefährdeter Arten,*
- 3. die Berücksichtigung der Belange des Artenschutzes zum Zeitpunkt der Genehmigung und*
- 4. die durchgeführten Schutzmaßnahmen.*

Soweit die Auswirkungen der Neuanlagen unter Berücksichtigung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen geringer als oder gleich sind wie die der Bestandsanlagen, ist davon auszugehen, dass die Signifikanzschwelle in der Regel nicht überschritten ist, es sei denn, der Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten.

(3) Bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ist die Kompensation abzuziehen, die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistet worden ist.

(4) Abweichend von § 45b Absatz 8 Nummer 2 und 3 gilt § 45 Absatz 7 Satz 2 für Repowering von Windenergieanlagen an Land nach § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass Standortalternativen in der Regel nicht zumutbar sind, es sei denn, der Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten.