ZNER

26/6
2022

Zeitschrift für Neues Energierecht

Aus dem Inhalt:

Franca Pompeÿ/Jakob Schieder-Hestermann/Elias Brunken
Die Sicherheit unseres Stromsystems wird europäisch gewährleistet

Dr. Oliver Frank/Dr. Michael Rolshoven
Die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes zur Windenergie an Land – mehr Schatten als Licht?

Christoph Kisker, LL. M./Denise Baumann, LL. B.
Innovative Konzepte zur wasserstoffbasierten Stromspeicherung gem. § 39o EEG

RA Johannes Nohl/RA Vuong Nguyen
Die LNG-Verordnung – regulatorische Entwicklungen zum Zugang zu LNG-Anlagen im Überblick

Dr. Max Peters
Strom- und Gaskonzessionen an die kommunale Wärmeplanung anpassen

EuGH
Steuerbefreiung: „bei der Stromerzeugung“ verwendeter elektrischer Strom

BVerfG
Thüringer Waldgesetz verfassungswidrig

BGH
Preisanpassungsklausel im Fernwärmelieferungsvertrag

OLG Düsseldorf
Beurteilungsgegenstand eines Missbrauchsverfahrens – schuldrechtliche Ansprüche

LG Düsseldorf
Unzulässigkeit von Preisanpassung bei Preisgarantie

VGH Mannheim
Artenschutzrechtliche Ausnahmen bei Forschungsvorhaben; Höhe der Rückbaubürgschaft; Zielabweichung

OVG NRW
Rechtsmittelbelehrung bei erstinstanzlich zuständigem OVG; Verpflichtung eines Windmüllers auf Gewährung eines direkt lesenden Zugriffs des Beklagten

Wissenschaftlicher Beirat
Prof. Dr. Gabriele Britz
Heinz-Peter Dicks
Prof. Dr. Martin Eifert
Peter Franke
Anne-Christin Frister
Dr. Stephan Gatz
Prof. em. Dr. Reinhard Hendler
Prof. Dr. Georg Hermes
Dr. Volker Hoppenbrock
Prof. Dr. Lorenz Jarass
Prof. Dr. Claudia Kemfert
Prof. Dr. Wolfgang Kirchhoff
Prof. Dr. H.-J. Koch
Prof. Dr. Silke R. Laskowski
Prof. Dr. Uwe Leprich
Prof. Dr. Kurt Markert
Prof. Dr. Bernhard Nagel
Dr. Volker Oschmann
Prof. Dr. Alexander Roßnagel
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker
Prof. Dr. Sabine Schlacke
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Prof. Dr. Joachim Wieland

Redaktion
RA Dr. Peter Becker (Schriftleiter)
RA Dr. Martin Altrock
RA Dr. Hartwig von Bredow
Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.
RA Dr. Wieland Lehnert
RAin Dr. Heidrun Schalle
Dr. Nina Scheer, MdB
RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 26 · Nr. 6
Dezember 2022 · S. 529 – 680
ISSN: 1434-3339

dfv Mediengruppe · Frankfurt am Main

Dr. *Oliver Frank*/Dr. *Michael Rolshoven**

Die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes zur Windenergie an Land – mehr Schatten als Licht?

Wer mit der Projektierung von Windenergieanlagen (WEA) zu tun hat, wird sich mit den Neuregelungen im Vierten Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (4. BNatSchGÄndG) zur Windenergie an Land, insbesondere zu kollisionsgefährdeten Brutvogelarten, Signifikanz und Ausnahme (§ 45b nebst Anlagen), zum Repowering (§ 45c) und zu Landschaftsschutzgebieten (§ 26 Abs. 3) befassen müssen. Der nachfolgende Beitrag geht auf diese und weitere Neuerungen der jüngsten BNatSchG-Novelle ein und untersucht, ob dadurch – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt – Genehmigungsverfahren von WEA vereinfacht und beschleunigt sowie erteilte Genehmigungen rechtssicherer werden.

I. Anlass der Novelle

Der Ausbau der Windenergie an Land in Deutschland ist nach 2017 eingebrochen.[1] Seither stagniert der Ausbau gemessen an den Ausbauzielen auf viel zu geringem Niveau.[2]

Ein Grund für den unzureichenden Ausbau der Windenergie an Land sind Umfang, Komplexität und Unschärfe von artenschutzrechtlichen Vorgaben.[3] Schon die artenschutzfachlichen Erhebungen und die anschließende Erstellung der Artenschutzfachbeiträge nehmen mindesten ein, vielfach sogar zwei Jahre in Anspruch[4]. Ist der Genehmigungsantrag dann endlich eingereicht, sind gerade die ausstehenden Fachstellungnahmen der Naturschutzbehörden häufiger Grund dafür, dass die gesetzlichen Bearbeitungsfristen – im förmlichen Genehmigungsverfahren maximal sieben Monate (§ 10 Abs. 6a BImSchG) – in aller Regel nicht ansatzweise eingehalten werden. Reichen dann noch Umweltvereinigungen Klage ein, so benötigen die Verwaltungsgerichte (trotz Verkürzung des Rechtswegs[5]) vielfach Jahre bis zur abschließenden Entscheidung.[6] Pointiert formuliert: Das Artenschutzrecht mit seinen überkommenen Auslegungsspielräumen „beschäftigt" seit Jahren Fachgutachter und Behörden, ebenso Rechtsanwälte und Gerichte, ohne dass das Ergebnis artenschutzrechtlicher Bewertungen hinreichend vorhersehbar wäre.

Gesetzlicher Handlungsbedarf liegt insoweit seit langem auf der Hand, erst recht seit das Bundesverfassungsgericht[7] vor vier Jahren (übrigens anhand zweier „Rotmilan-Fälle", einer Fallgestaltung, die die Praxis seit weit über zehn Jahren beschäftigt[8]) eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung beim Gesetzgeber explizit anmahnte. Da die vorherige Bundesregierung untätig blieb, war der Druck zur Novellierung der gesetzlichen Vorgaben des Artenschutzrechts auf die „Ampelkoalition" erheblich, was schließlich in das nachstehend besprochene sog. Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (4. BNatSchGÄndG)[9] mündete.

Der große Durchbruch, was Konkretisierung, Vereinfachung, Beschleunigung und Rechtssicherheit betrifft, ist – dies sei vorweggenommen – einmal mehr ausgeblieben.[10] Wie die nachfolgende Detailanalyse zeigt, enthalten einzelne Regelungen zwar Verbesserungen; zu einem erheblichen Teil sind Regelungen jedoch unklar, wenn nicht sogar missglückt. Ungeachtet dessen wird die Praxis die Neuregelungen anwenden und mit Leben füllen müssen, so insbesondere die Vorgaben zu Tötungsverbot und Signifikanz, Brutvogelliste und Schutzmaßnahmen (II.), zur Ausnahme (III.), zum Repowering (IV.) sowie zu weiteren Detailregelungen wie Landschaftsschutzgebieten (V.). Relevant sind zudem die Übergangsregel mit Optionsrecht für laufende Projekte sowie die Regelung zu Artenhilfsprogrammen, nebst neuer Anlage 2, mit Zahlungsverpflichtungen für WEA-Betreiber (VI.). Der Beitrag schließt mit einem zusammenfassenden Ausblick auf weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarf (VII.).

---

* *Dr. Michael Rolshoven* ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei *von Tettau | Rechtsanwälte | PartG mbB*, Berlin; *Dr. Oliver Frank* ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei *Engemann und Partner*, Rechtsanwälte mbB, Lippstadt. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 679.

1 Ausbausituation der Windenergie an Land, Fachagentur Windenergie an Land, Mai 2022, dort S. 6, Abbildung 2 (https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/Analysen/FA_Wind_Zubauanalyse_Wind-an-Land_Fruehjahr_2022.pdf).

2 Um die Ausbauziele bis 2032 zu erreichen, wäre eine Verfünffachung des Ausbauvolumens erforderlich. Im ersten Halbjahr 2022 wurden in Deutschland indes nur 238 neue Windräder mit einer Leistung von zusammen 977 Megawatt installiert (https://www.zeit.de/wirtschaft/2022-07/ausbau-windraeder-land-stagnation-bundesregierung).

3 Z. B. Hemmnisse beim Ausbau der Windenergie in Deutschland: Branchenumfrage zu Klagen gegen Windenergieanlagen, Sudhaus/Quentin (https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Vortragsarchiv/FA_Wind_Hemmnisse_Bad_Godesberg_Sudhaus_26112019.pdf).

4 Insbesondere wenn eine RNA erforderlich ist, dazu näher unter II.2.b) aa).

5 Siehe § 48 Abs. 1 Nr. 3a VwGO (eingeführt durch Artikel 1 des Gesetzes zur Beschleunigung von Investitionen vom 03.12.2020, BGBl. I S. 2694).

6 Beispielsweise liegt zu der vielzitierten Entscheidung des VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18 (dazu näher unten III.2.b) trotz Zulassung der Berufung bis heute keine abschließende VGH-Entscheidung vor.

7 BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 (1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14), dazu *E. Brandt*, Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 betr. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, ZNER 2019, 92 ff, auch zitiert in der Gesetzesbegründung des 4. BNatSchGÄndG, s. BT-Dr. 20/2354, S. 25.

8 Vgl. schon VG Minden, Urteil vom 10.03.2010 – 11 K 53/09, ZNER 2010, 19, dazu *Rolshoven*, Rotmilan und Windkraft – Kein „1.000-Meter-Tabubereich", ZNER 2010, 156-158; VG Halle, Urteil vom 25.11.2008 – 2 A 4/07. Vgl. ferner später BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1.12 und BVerwG, 21.11.2013 – 7 C 40.11, die Gegenstand der Verfassungsbeschwerden (Fn. 7) wurden. Aus der umfangreichen „Rotmilan-Judikatur" seien aus jüngerer Zeit erwähnt: OVG Greifswald, Beschluss vom 05.10.2021 – 1 M 245/21 und OVG Münster, Urteil vom 01.03.2021 – 8 A 1183/18 , wonach der Rotmilan auch im Nahbereich nicht mehr Ablehnungsgrund war, sondern allenfalls umfangreiche Abschaltauflagen erforderlich machte (dazu näher unten II.2.b)aa).

9 Beschlossen vom Bundestag am 07.07.2022 als Teil des sog. Osterpakets, am Folgetag vom Bundesrat gebilligt und am 28.07.2022 bekannt gemacht, s. BGBl 2022, I. S. 1362. – Zum Gesetzgebungsprozess siehe zuvor das „Eckpunktepapier" des Bundesumweltministeriums und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 04.04.2022: „Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land". Auf Grundlage dessen folgte der Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, BT-Dr. 20/2354 vom 21.06.2022 nebst umfangreicher Gesetzesbegründung. Siehe zum Ganzen ferner den Entschließungsantrag vom 05.07.2020 (BT-Dr. 20/2580, dort S. 12).

10 Vgl. dazu BWE, Bewertung: Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG), https://www.wind-energie.de/fileadmin/redaktion/dokumente/publikationen-oeffentlich/themen/04-politische-arbeit/01-gesetzgebung/20220819_BWE_Bewertung_BNatSchG_2022.pdf.

II. Tötungsverbot und Signifikanz (§ 45b Abs. 1 bis 5 nebst Anlage 1)

Die heute ständige Rechtsprechung geht davon aus, dass gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, im Jahr 2017 ergänzt durch § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG, auch der bloße Betrieb von WEA und ein damit verbundenes Schlagrisiko gegen das dort geregelte Tötungs- und Verletzungsverbot verstoßen kann.[11] Voraussetzung ist dafür im Einzelfall (a) ein signifikant erhöhtes Tötungs- und Verletzungsrisiko, ohne dass (b) fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen dies vermeiden. In Abgrenzung dazu wird (c) ein „spezifisches Grundrisiko"[12], das etwa mit dem Bau neuer Verkehrswege, aber auch dem Bau von WEA oder Hochspannungsleitungen im vom Menschen gestalteten Naturraum stets verbunden ist, nicht erfasst.

Diese Regelungen sowie die „Grundrisiko"-Rechtsprechung lässt der dazu neu eingeführte § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG nebst dazugehöriger Anlage 1 mit einer abschließenden[13] Liste „*kollisionsgefährdeter Brutvogelarten*" in Abschnitt 1 und einer nicht abschließenden[14] Liste von „*fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen*" in Abschnitt 2 einerseits unberührt. Außerdem konkretisieren und schärfen diese Neuregelungen die bisherigen Vorgaben, und zwar rechtstechnisch in Gestalt einer Spezialregelung für „*den Betrieb von Windenergieanlagen*" betreffend die „*fachliche Beurteilung, ob … das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare kollisionsgefährdeter Brutvogelarten im Umfeld ihrer Brutplätze durch den Betrieb von Windenergieanlagen signifikant erhöht ist.*"[15]

Für den Rechtsanwender bleibt demnach der bisherige „Obersatz" und insbesondere die Signifikanzformel zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bestehen. Betreffend den „Untersatz" enthält § 45b BNatSchG jedoch, soweit es um den „Betrieb von WEA an Land"[16] geht, eine bundesweit verbindliche Vorgabe für besagte „*fachliche Bewertung*" durch die Genehmigungsbehörde, und zwar

- erstens in Gestalt einer abschließenden Liste der zu prüfenden 15 gesetzlich als kollisionsgefährdet eingestuften Brutvogelarten,
- zweitens anhand dreier artspezifisch abgestufter Abstandsradien (Nahbereich; zentraler Prüfbereich; erweiterter Prüfbereich[17]) und
- drittens unter Heranziehung von sechs fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen (insbesondere Antikollisionssysteme, Mahdabschaltung, Anlage von Ablenkflächen, sog. phänologiebedingte Abschaltungen), die eine signifikante Risikoerhöhung für eine Art wiederum unter die Signifikanzschwelle senken[18].

Zu diesen drei Aspekten im Einzelnen:

1. Kollisionsgefährdete Brutvogelarten

Für die Genehmigungspraxis bedeutet die Aufnahme einer Liste der kollisionsgefährdeten[19] Brutvogelarten in Anlage 1, Abschnitt 1 zu § 45b BNatSchG, dass fortan bezogen auf das Tötungsrisiko beim Betrieb von WEA lediglich die im Gesetz aufgeführten 15 Brutvogelarten zu betrachten sind. Dies dürfte die Genehmigungsverfahren für WEA in der Tat deutlich verschlanken, da nunmehr gesetzlich festgeschrieben ist, dass z. B. eine „Allerweltsart" wie der Mäusebussard keiner Erhebung und Signifikanzbewertung mehr bedarf (was die Rechtsprechung meist auch bisher schon so bewertet hat[20]). Auch nimmt der Gesetzgeber etwa betreffend den Schwarzstorch damit diejenige Rechtsprechung auf, die eine Schlaggefährdung verneinte.[21] Die beiden Beispiele zeigen: Die eine oder andere Streitfrage, was die Schlaggefährdung einzelner Arten betrifft, hat der Gesetzgeber jetzt nicht nur untergesetzlich, wie das BVerfG verlangte, sondern sogar gesetzlich geklärt.[22]

Insbesondere seitens der Vertreter der Umweltverbände wurde im Gesetzgebungsverfahren eingewandt, eine *abschließende* Liste sei wegen Art. 5 und Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie[23] bundesgesetzlich unzulässig.[24] Diesem Einwand ist der Gesetzgeber nicht gefolgt und hat an dem Konzept einer abschließenden Liste kollisionsgefährdeter Brutvögel festgehalten.[25] Dies dürfte vor dem Hintergrund der Vogelschutzrichtline sowie der sonstigen Rechtsprechung zur Signifikanzformel bezüglich Betriebsrisiken bei WEA nicht zu beanstanden sein. Denn zum einen fußt die nunmehr kodifizierte Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten auf einer langjährigen fachlichen Diskussion[26], die mit den sog. Tierökologischen Abstandskriterien in Brandenburg vor rund 20 Jahren ihren Aus-

11 Grundlegend zur Signifikanz BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06, später übertragen auf WEA-Vorhaben in BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1.12, zuletzt bezogen auf Schutzmaßnahmen konkretisiert etwa in OVG Greifswald, Beschluss vom 05.10.2021 (a. a. O., Fn. 8).

12 Zit. aus BVerwG, Urteil vom 28.04.2016 – 9 A 10.15 Rn. 141; s. auch BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2/15 u. a., Rn. 466 (Elbvertiefung).

13 So die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 20/2354, mit folgenden drei Zitaten: „*Zentraler Bezugspunkt … ist … die in … Anlage 1 … enthaltene Tabelle mit einer abschließenden Auflistung kollisionsgefährdeter und daher insoweit prüfungsrelevanter Brutvogelarten … sowie hierauf bezogener artspezifischer Prüfabstände …*" (S. 25). „*Die Liste der kollisionsgefährdeten Brutvogelarten umfasst die bereits im UMK-Signifikanzpapier vom 11.12.2020 … aufgeführten Arten sowie drei weitere Arten (Kornweihe, Sumpfohreule, Wespenbussard). Da die Liste abschließend ist, wurde die UMK-Liste um die Arten erweitert, die von den Ländern wegen ihrer Kollisionsgefährdung auf Landesebene bzw. regionaler Ebene vor dem Hintergrund der Länderöffnungsklausel ergänzt worden waren.*" (S. 31). „*Die Tabelle ist ein bundeseinheitlicher Rahmen, der der Vereinheitlichung der Prüfung des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsrisikos dient und von dem die Länder nicht abweichen können.*" (S. 31).

14 Siehe Anlage 1 zu § 45b BNatSchG, dort heißt es in Abschnitt 1: „*… sind insbesondere nachfolgend aufgeführte Schutzmaßnahmen fachlich anerkannt: …*".

15 Beides Zitate aus der Regelung § 45b Abs. 1 BNatSchG.

16 So die amtliche Überschrift der Neuregelung des § 45b BNatSchG. Die Errichtung ist nicht umfasst (vgl. unter VII.).

17 Je als Abstände in Metern, gemessen vom Mastfußmittelpunkt (s. die Fußnote in der Anlage 1 zu § 45b BNatSchG, dort Abschnitt 1, dort letzte Tabellenzeile).

18 § 45b BNatSchG spricht gleichbedeutend von „*hinreichend gemindert*" (§ 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG) und „*hinreichend verringert*" (§ 45b Abs. 4 Nr. 2 BNatSchG).

19 Behördenerlasse und Rechtsprechung kennen z. T. andere Begriffe („WEA-sensible Vogelarten", so z. B. das sog. Helgoländer Papier 2015, dazu näher Fn. 27). Künftig sollte sich die Praxis an der gesetzlichen Terminologie orientieren.

20 OVG Koblenz, Beschluss vom 27.04.2017 – 8 B 10738/17; OVG Münster, Beschlüsse vom 15.03.2018 – 8 B 736/17 und 26.03.2018 – 8 B 1291/17; VGH Mannheim, Beschluss vom 06.07.2016 – 3 S 942/16; teils anders zuletzt noch OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.09.2021 – 12 ME 45/21.

21 OVG Magdeburg, Beschluss vom 21.03.2013 - 2 M 154/12; teils anders OVG Koblenz, Urteil vom 06.10.2020 – 1 A 11357/19.

22 Vorgaben auf Landesebene, regelmäßig in Erlassform, sind insoweit obsolet (näher dazu unten II.2.b).

23 Richtlinie 2009/147/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 20 vom 26.1.2010, S. 7 bis 25.

24 Siehe Deutscher Bundestag, Anhörung zwischen 1. und 2./3. Lesung, https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw27-pa-umwelt-bundesnaturschutz-901234.

25 Während an anderer Stelle nach der Anhörung Änderungen erfolgten (s. Ergänzung des § 45c Abs. 1 BNatSchG, dazu näher unter IV.2; ferner s. Streichung des Begriffs des „Dichtezentrums" in § 45c Abs. 2 S. 4 BNatSchG; anders noch BT-Dr. 20/2354, S. 8), blieben die Regelungen zu den kollisionsgefährdeten Arten unverändert. S. ferner zur Gesetzesbegründung oben Fn. 13.

26 Vgl. zur fachlichen Seite z. B. *Bernotat/Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, Teil II.3: Arbeitshilfe zur Bewertung der Kollisionsgefährdung von Vögeln an WEA an Land, 4. Fassung,

gang nahm, später u. a. zum sog. Helgoländer Papier in zwei Fassungen aus 2007 und 2015[27] führte (die in der Rechtsprechung als behördliche Entscheidungsgrundlage vielfach verworfen wurden[28]) und vor allem auf Ebene der Bundesländer in den letzten Jahren zahllose Erlasse und Leitfäden generierte, teils mit erheblichen inhaltlichen Unterschieden.[29] Mit dem Ziel der Vereinheitlichung hatte daraufhin die Umweltministerkonferenz (UMK), dort mit umfangreicher fachlicher und rechtlicher Begründung, im Jahr 2020 einen sog. Signifikanzrahmen erstellt[30]. Die dortige erstmals *bundeseinheitliche* Liste kollisionsgefährdeter Arten – gleichsam eine Synthese aus den bestehenden Länderleitfäden – hat der Bundesgesetzgeber nunmehr aufgegriffen[31], wohl auch deshalb, weil trotz besagten UMK-Signifikanzrahmens die Praxis in den Ländern uneinheitlich blieb.

Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht in der erwähnten Entscheidung den Fachbehörden und Gerichten bei Schlagrisiken Bewertungsspielräume zugestanden[32]. Dasselbe muss dann aber auch für den Bundesgesetzgeber selbst gelten, der insoweit mittels dem 4. BNatSchGÄndG, mit dem Ziel einer bundesweiten Vereinheitlichung und damit einhergehenden Vereinfachung, die zu prüfenden Arten festgelegt hat.[33] Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber eine Anpassung der Anlage 1 und damit auch der Artenliste in § 54 Abs. 10c BNatSchG durch das Bundesumweltministerium vorsieht, zudem zwingend eine regelmäßige Evaluation des § 45b BNatSchG vorschreibt, und zwar erstmals schon zwei Jahre nach Inkrafttreten (§ 74 Abs. 6 S. 2 BNatSchG). Somit ist die Möglichkeit eröffnet, dass etwaige neue (wissenschaftliche) Erkenntnisse zur Schlaggefährdung einzelner Arten in Gesetz und Genehmigungspraxis einfließen. Dies könnte etwa für umfangreich laufende Forschungsvorhaben zum Rotmilan[34] relevant werden, die künftig Erleichterungen in WEA-Genehmigungsverfahren rechtfertigen könnten.

Stand 31.08.2021, S. 27, Tabelle 12-8; ferner *Sprötge/Sellmann/Reichenbac*h, Windkraft, Vögel, Artenschutz, 2018.

27 2007 und 2015 (http://www.vogelschutzwarten.de/windenergie.htm).

28 So zuletzt VGH Mannheim, Beschluss vom 10.11.2022 – 10 S 1312/22; ebenso: OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.11.2016 -12 ME 132/16; OVG Koblenz, Urteil vom 06.10.2020 – 1 A 11357/19.

29 So kannte z. B. Brandenburg bis 2018 (!) keinen Regelabstand zwischen WEA und Rotmilanhorst (anders erst seit dem 26.02.2018, s. „Leitfaden zum Umgang mit dem Rotmilan" des Landesamts für Umwelt vom selben Tag (vgl. oben Fn. 8 mit Rspr. zum Rotmilan).

30 Siehe „Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen" vom 11.12.2020", (s. https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/vollzugshilfe_signifikanzrahmen_11-12-2020_1608198177.pdf).

31 .. und lediglich um drei Arten (Kornweihe, Sumpfohreule, Wespenbussard) ergänzt, s. BT-Dr. 20/2354, S. 31.

32 Das BVerwG sprach von „Einschätzungsprärogative", das BVerfG stellte dazu in Leitsatz 1 des Beschlusses vom 23.10.2018 (a. a. O. Fn. 7) fest: *„Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen. Die Einschränkung der Kontrolle folgt hier nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedarf nicht eigens gesetzlicher Ermächtigung"*.

33 Die Gesetzgebungskompetenz hierzu hat der Bund seit der Föderalismusreform I aus 2006, siehe Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl. I 2034.

34 Näher zum Life Eurokite Projekt mit einer Laufzeit vom 07.12.2019 bis zum 31.01.2027: https://www.life-eurokite.eu/de/aktuelles.html; vgl. auch den ZDF-Bericht vom 22.02.2022 „Rotmilan gegen Windkraft – Das Märchen vom bedrohten Greifvogel" (https://www.zdf.de/politik/frontal/rotmilan-gegen-windkraft-100.html), der Anlass intensiver Diskussionen in der Fachwelt war.

2. Gesetzlich festgelegte Abstandsradien (§ 45b Abs. 2 bis Abs. 5)

a) Zielkonflikt gesetzlich vorgegeben; fachliche Einwände

Gesetzlich festgeschrieben ist mit Einführung des § 45b Abs. 1 bis Abs. 5 BNatSchG und den dort definierten Prüfbereichen fortan die in vielen Länderleitfäden zugrunde liegende Ausgangsthese, wonach die Signifikanzschwelle umso eher überschritten ist, je näher sich eine WEA an einem Brutplatz einer kollisionsgefährdeten Art befindet. Der Bundesgesetzgeber meint, wie schon im Eckpunktepapier formuliert, einen „Zielkonflikt zwischen Energiewende und Artenschutz" zu erkennen und lösen zu wollen.[35] Nicht aufgegriffen hat die BNatSchG-Novelle, auch nicht in der Gesetzesbegründung[36], hingegen den naturschutzfachlichen Diskurs, der z. B. wegen der in Relation zur Gesamtpopulation geringeren Schlagzahlen an WEA, oder auch wegen aktueller Erkenntnisse zu Ausweichverhalten namentlich des Rotmilans bei WEA, einen solchen Zielkonflikt grundsätzlich infrage stellt[37]. Die Diskussion dürfte trotz Einführung von § 45b BNatSchG auf fachlicher Ebene auch künftig anhalten.

b) Nahbereich und zwei Prüfbereiche

Ungeachtet solch fachwissenschaftlicher Fragen sind in der Genehmigungspraxis künftig mit § 45b Abs. 2 bis 5 BNatSchG namentlich der „*Nahbereich*", der „*zentrale Prüfbereich*", der „*erweiterte Prüfbereich*" und die Räume jenseits der Prüfbereiche zu unterscheiden. Die Bereiche sind artspezifisch gesetzlich vorgegeben. So beträgt z. B. für den Rotmilan der Nahbereich 500 m, der zentrale Prüfbereich 1.200 m und der erweiterte Prüfbereich 3.500 m; für den Seeadler gilt ein Nahbereich von 500 m, ein zentraler Prüfbereich von 2.000 m und ein erweiterter Prüfbereich von 5.000 m.[38] Anderslautende Vorgaben der Länder– teils strenger[39], teils weniger streng[40] – sind damit ohne weiteres obsolet.[41]

aa) Dabei legt § 45b Abs. 2 BNatSchG gesetzlich fest, dass bei Betrieb einer WEA im **Nahbereich** um den Brutstandort das Tötungsrisiko für die den Brutplatz nutzenden Individuen signifikant erhöht ist. Zugleich ist der Nahbereich jedoch kein „Tabubereich". Vielmehr sind die Voraussetzungen für eine Ausnahme zu prüfen (dazu näher unter III).

Eine Ausnahme ist aber wie bisher nicht notwendig, wenn z. B. durch eine vom Vorhabenträger beantragte umfangreiche Abschaltung eine Verletzung des Tötungsverbots ausscheidet.[42] Diese Lesart bestätigt die Gesetzesbegründung.[43] Aus Projek-

35 Zitiert nach dem Eckpunktepapier (a. a. O. Fn. 9).

36 Dies dürfte damit zusammenhängen, dass die bundespolitisch federführende Fraktion *BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN* traditionell einerseits die erneuerbaren Energien, anderseits die Artenschutzbelange vertritt.

37 Es gibt bis heute keine Fachstudien dazu, ob typischerweise im Nah- und Prüfbereich horstende Brutvögel vermehrt zu Schlagopfern von WEA werden; die bisherigen Ergebnisse von Eurokite (Fn. 34) bestätigen Zweifel in diese Richtung, die weiteren Forschungsergebnisse bleiben abzuwarten.

38 Siehe weitere Details in der Tabelle in Anlage 1 zu § 45b BNatSchG, dort Anlage 1.

39 Vgl. Helgoländer Papier aus 2015 (a. a. O., Fn. 27), dieses legte 1.500 m fest.

40 Z. B. für Baden-Württemberg, LUBW-Hinweise zur Erfassung und Bewertung von Vogelvorkommen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen vom 15.01.2021: 1.000 m (vgl. auch für Brandenburg oben Fn. 29).

41 Seltsamerweise warten dennoch einige Behörden auf „Vollzugshinweise" zur Anwendung der Novelle (vgl. dazu unten VII.). Anders z. B. in Baden-Württemberg, s. Schreiben des Umweltministeriums vom 29.07.2022 mit der Anweisung, das 4. BNatSchGÄndG vollumfänglich anzuwenden (n. v.).

42 OVG Greifswald, Beschluss vom 05.10.2021 – 1 M 245/21 und OVG Münster, Urteil vom 01.03.2021 – 8 A 1183/18 (vgl. auch Fn. 8).

43 *„Dieses Risiko kann bei Brutplätzen im Nahbereich in der Regel auch nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle gesenkt werden."*, zit. aus BT-Drs. 20/2354, S. 25. – Eine Ausnahme von dieser Regel liegt bei umfangreichen Abschaltungen nahe (s. auch die Rspr., oben Fn. 42).

tierersicht kann die weitreichende Abschaltung – über die phänologiebedingte Abschaltung nach Anlage 1, Abschnitt 2 hinaus[44] – auch aus wirtschaftlichen Gründen sinnvoll sein, da Abschaltverluste gemäß § 36h EEG teilweise kompensiert werden, Zahlungen im Rahmen einer Ausnahme indes nicht.[45]

bb) Befindet sich ein Brutplatz nicht im Nahbereich, aber im **zentralen Prüfbereich** des WEA-Standorts (im Rotmilan-Beispiel also im Abstand von 500 bis 1.200 m), so bestehen nach § 45b Abs. 3 BNatSchG „*in der Regel Anhaltspunkte*" für eine signifikante Risikoerhöhung, die jedoch entweder durch eine Habitatpotentialanalyse (HPA)[46], auf Verlangen des Vorhabenträgers auch durch eine Raumnutzungsanalyse (RNA)[47], ausgeräumt, oder alternativ durch eine der fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle gesenkt werden kann.

Für die Praxis erleichternd ist insoweit zum einen, dass fortan eine aus fachlicher Sicht in ihrer Aussagekraft umstrittene und zudem zeitlich und finanziell aufwendige RNA nur noch auf Verlangen des Vorhabenträgers durchzuführen ist. Der Vorhabenträger kann dementsprechend, wie in der bisherigen Praxis, eine RNA erstellen lassen; anders als nach vielen Ländervorgaben kann er hierzu aber nicht mehr verpflichtet werden[48]. Erkennbar eine Schlüsselfunktion enthält bei alledem künftig die HPA, wobei der Gesetzgeber Detailvorgaben zur Erstellung bislang nicht normiert hat. Gemäß § 54 Abs. 10c S. 1 Nr. 1 BNatSchG ist die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates „*insbesondere Anforderungen an die Habitatpotentialanalyse*" festzulegen, nach S. 7 ist eine Rechtsverordnung „*zur Konkretisierung der Anforderungen an die HPA*" dem Bundestag bis Ende 2022 zuzuleiten.[49]

Lässt sich eine signifikante Risikoerhöhung mithilfe einer HPA nicht widerlegen oder wird eine solche nicht vorgelegt, so kann alternativ gemäß § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG („*oder*") durch eine von vier gesetzlich normierten, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen (Nutzung von Antikollisionssystemen[50], Ernte- und Mahdabschaltung, Anlage von Ausweichhabitaten, phänologische Abschaltungen) die signifikante Risikoerhöhung „*hinreichend gemindert*" werden. Wird eine dieser vier Maßnahmen umgesetzt, so ist gemäß gesetzlicher Regelvermutung davon auszugehen, dass das Tötungsverbot nicht verletzt ist.

Mehr als eine Schutzmaßnahme kann nach der Gesetzesbegründung[51] dann erforderlich sein, wenn es Brutvorkommen verschiedener Vogelarten im zentralen Prüfbereich gibt. Dies erscheint indes in dieser Pauschalität fachlich fragwürdig, da § 45b durchgängig auf die Risikoerhöhungen für die „*den Brutplatz nutzenden Exemplare*"[52] abstellt, sodass es im Ergebnis nicht darauf ankommen kann, welcher Vogelart diese (mehreren) Exemplare zugehörig sind. Möglicherweise meint das Gesetz, dass verschiedene Vogelarten – je nach ihren Verhaltensweisen – ggf. unterschiedliche Schutzmaßnahmen erfordern; das schließt aber nicht aus, dass auch eine einzelne Maßnahme (wie z. B. eine Ernte- oder Mahdabschaltung) gleichzeitig für verschiedene Vogelarten wirksam sein kann.

Als Zwischenfazit lässt sich hiernach festhalten: Die Regelung des zentralen Prüfbereichs in § 45b Abs. 3 BNatSchG wird absehbar die Genehmigungspraxis vereinheitlichen und vereinfachen. Regelmäßig genügt fortan die Umsetzung *einer* der vier Schutzmaßnahmen im Falle eines kollisionsgefährdeten Brutvogels im zentralen Prüfbereich. Soweit die Genehmigungsbehörde bezogen auf die Wahl der Schutzmaßnahme Zweifel an der Wirksamkeit äußern sollte, obliegt es ihr entsprechend der gesetzlichen Regelvermutung, die Atypik bzw. fehlende Eignung der Maßnahme bzw. den Verweis auf eine andere Maßnahme zu begründen.

cc) Im **erweiterten Prüfbereich** – wenn im o. g. Beispiel der Rotmilanhorst also weiter als 1.200 m, aber näher als 3.500 m vom Anlagenstandort entfernt liegt – ist im Regelfall eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos zu verneinen. Dazu wurde im Gesetzgebungsverfahren noch nachträglich und klarstellend der Satz 2 hinzugefügt[53], wonach Kartierungen durch den Vorhabenträger „*nicht erforderlich*" sind; vielmehr sind lediglich „*behördliche Kataster und behördliche Datenbanken*" zur Brutplatzfeststellung heranzuziehen. Angesichts dieser gesetzlichen Vorgaben ist es unverständlich, wenn in der Praxis manche Genehmigungsbehörde im erweiterten Prüfbereich dennoch Kartierungen verlangt oder gar ankündigt, selbst entsprechende Untersuchungen auf eigene Kosten durchführen zu lassen und erst hiernach eine artenschutzrechtliche Bewertung vorzunehmen.

dd) Schließlich stellt § 45b Abs. 5 BNatSchG klar, dass bei einem Abstand des Brutplatzes **jenseits des erweiterten Prüfbereichs** kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt und Schutzmaßnahmen entbehrlich sind. Dies entspricht den bisher vorliegenden Leitfäden und der Rechtsprechung.

3. Fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen (Anlage 1, Abschnitt 1)

a) Keine Signifikanzschwelle; probabilistische Methode

Die Genehmigungspraxis und Rechtsprechung, seit 2017 auch das Gesetz (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG), kennen seit langem Schutzmaßnahmen zur Senkung des Tötungsrisikos unter die Signifikanzschwelle. Zentraler Grund für die vielfache Befassung der Genehmigungspraxis und Rechtsprechung mit dem Tötungsverbot ist, dass besagte Signifikanzschwelle vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgegeben wurde. Die Fachwissenschaft ihrerseits ist nicht der Adressat, eine noch zulässige „Gefährdungslinie" zu definieren; dies ist vielmehr ureigenste Aufgabe des Gesetzgebers. Dies wurde und wird allzu oft verkannt, etwa wenn die Rechtsprechung den Fachbehörden eine Einschätzungsprärogative zubilligen wollte, solange fachlich allseits anerkannte Standards fehlen. Zur Verdeutlichung: Der Gesetzgeber kann und darf z. B. die innerorts zulässige Höchstgeschwindigkeit nicht in der Weise regeln, dass der Autofahrer nur so schnell fahren darf, dass „die Unfallgefahr nicht signifikant erhöht" ist, und es ansonsten – bis zur allseitigen fachlichen Anerkennung einer zulässigen

44 „*Sie beträgt in der Regel bis zu 4 oder bis zu 6 Wochen …*", siehe zu dieser Eingrenzung Anlage 1, Abschnitt 2 zu § 45b BNatSchG.

45 Dazu auch unten VI.3.

46 Siehe dazu Entschließungsantrag BT-Drs. 20/2580, dort S. 12 f. (Fn. 9). Die HPA ist bisher teils in Ländererlassen vorgesehen (siehe z. B. die Hessische Verwaltungsvorschrift Naturschutz/Windenergie vom 17.12.2020, S. 18, VwV 2020).

47 Die RNA ist im vorzitierten Erlass in Hessen (Fn. 46) als „*Abbildung der realen Nutzung von Flächen und Räumen in bestimmten Erfassungszeiträumen*" definiert (dort S. 4). Gegenüber der HPA erfolgen bei der RNA aufwendige Beobachtungen des betroffenen Brutpaares vor Ort.

48 So z. B. noch LUBW-Hinweise (oben Fn. 40); Baden-Württemberg lässt entgegen diesem Erlass jetzt auch Ausnahmen vom Tötungsverbot in Dichtezentren zu (Auskunft des Umweltministeriums: „*Eine Ausnahme für WEA im Rotmilan-Dichtezentrum ist demnach nun grundsätzlich möglich; das bisherige Dichtezentrenkonzept BW spielt keine Rolle mehr, der Rote-Liste-Status des Rotmilans (auf Landes- oder Bundesebene) ist für die Feststellung des Erhaltungszustandes derzeit maßgebend!*" (n. v.)).

49 Ein Entwurf einer Verordnung ist bis heute nicht veröffentlicht (Stand 01.12.2022), vgl. dazu auch unter VII.

50 Nach Anlage 1 Abschnitt 2 zu § 45b BNatSchG kommen diese derzeit nur für den Rotmilan in Betracht.

51 Zitiert nach BT-Drs. 20/2354, S. 32: „Bei Vorkommen mehrerer Vogelarten kann eine Kombination mit weiteren Maßnahmen erforderlich sein."

52 So in § 45b Abs. 2, 3, 4 und 5.

53 Noch nicht enthalten in BT-Drs. 20/2354, S. 8.

Höchstgeschwindigkeit – der jeweils örtlichen Verkehrspolizei überlassen, im Einzelfall die zulässige Höchstgeschwindigkeit behördlich einzuschätzen. Vielmehr muss der Gesetzgeber im Wege einer Setzung eine Festlegung treffen (z. B. 50 km/h innerorts). Eine einheitliche fachliche Einschätzung hierfür würde es kaum je geben können. Nicht anders liegt der Fall bei der Bewertung des Tötungsrisikos für Brutvögel.[54]

Auch die Neuregelung in § 45b BNatSchG legt aber eine solche Signifikanzschwelle nicht ausdrücklich fest.[55] Allerdings soll „die Einführung einer probabilistischen Methode zur Berechnung der Kollisionswahrscheinlichkeit" erarbeitet und geprüft werden[56]; ein Bericht dazu ist dem Bundeskabinett gemäß § 74 Abs. 6 S. 1 BNatSchG zeitnah bis zum 30.06.2023 vorzulegen.

b) Regelvermutungen bezogen auf Prüfradien und Schutzmaßnahmen

Anstelle der Festlegung eines (mathematisch-probabilistischen) Schwellenwertes konkretisiert der Gesetzgeber mit § 45b BNatSchG einstweilen die Signifikanzschwelle einerseits anhand der oben erläuterten Nah- und Prüfbereiche, andererseits durch vier fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen.

Bei alledem wird sich die Genehmigungspraxis fortan auf die in Anlage 1, Abschnitt 2 näher beschriebenen, dort übrigens insgesamt sechs Schutzmaßnahmen konzentrieren und diese, soweit notwendig, noch näher ausgestalten. Dies betrifft, um das Beispiel eines Rotmilanvorkommens im zentralen Prüfbereich erneut aufzugreifen, z. B. die Festlegung der Lage und Größe der „attraktiven Ausweich-Nahrungshabitate". Diese sind, wie bisher, einzelfallabhängig und mit Bezug auf die Gegebenheiten vor Ort festzulegen.

4. Abschaltung von WEA und Zumutbarkeitsgrenze (§ 45b Abs. 6 BNatSchG)

Detailliert regelt sodann § 45b Abs. 6 S. 2 BNatSchG solche Schutzmaßnahmen, die mit Abschaltungen für WEA verbunden sind. Hintergrund dürfte sein, dass einerseits die Genehmigungspraxis die Abschaltungen von WEA, meist mit Verweis auf ein nicht näher bestimmtes „Vorsorgeprinzip", immer weiter ausgeweitet und teils rechtswidrig überdehnt hat.[57] So hielt die Rechtsprechung für Rotmilane teilweise Tagabschaltungen über die Brutzeit hinaus im Zeitraum von Februar bis Oktober für erforderlich.[58] Nimmt man als weiteres Beispiel die immer weiter ausgedehnten Nachtabschaltungen für Fledermäuse hinzu[59], so steht zum einen zu befürchten, dass WEA wegen umfangreicher Abschaltungen nicht wirtschaftlich betrieben werden können. Zum anderen widerspricht die immer weitreichendere Abschaltung von WEA dem öffentlichen Interesse an einer Versorgung der Allgemeinheit mit Strom aus erneuerbaren Energien. Die Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich darauf, dass es hier nicht nur um privatrechtliche Interessen des jeweiligen WEA-Betreibers geht, sondern auch öffentliche Interessen in Rede stehen.[60] Dies wird verdeutlicht durch die neue Vorschrift des § 2 EEG, wonach die Errichtung und der Betrieb von Anlagen der erneuerbaren Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen.[61]

Vor diesem Hintergrund sind nach § 45 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 künftig Abschaltungen von WEA unzumutbar und damit unzulässig, wenn sie den Jahresenergieertrag um mehr als 8 Prozent bei Standorten mit einem Gütefaktor im Sinne des § 36h Absatz 1 Satz 5 EEG von 90 Prozent oder mehr, ansonsten um mehr als 6 Prozent verringern. Wie auch bei den Ausnahmeregelungen (näher unten III.) wird die Zumutbarkeitsgrenze mithin im Regelfall auf 6 % des Jahresertrags (bei windstärkeren Standorten 8 %) beschränkt. Wichtig ist dabei hervorzuheben: Umfasst ist die Summe aller Abschaltungen einer WEA, die häufig nicht nur wegen kollisionsgefährdeter Brutvögel, sondern auch aus anderen Gründen, etwa wegen Fledermausvorkommen, in ihren Betriebszeiten beschränkt ist. Die Berechnung der Zumutbarkeitsgrenze regelt § 45b Abs. 6 S. 3, 4 BNatSchG, und zwar mit einem Verweis auf die in Anlage 2 zu § 45b BNatSchG enthaltene Berechnungsformel, wobei Investitionskosten für Schutzmaßnahmen ab einer Höhe von 17.000 EUR je Megawatt angerechnet werden. Derzeit ist der Gesetzgeber dabei, redaktionelle Fehler der Anlage 2 kurzfristig zu beheben. In Detailfragen zur Berechnung der Zumutbarkeitsgrenze wird die Praxis voraussichtlich auf Berechnungsprogramme[62] zurückgreifen.

III. Sonderregelungen zur artenschutzrechtlichen Ausnahme (§ 45b Abs. 8, 9)

§ 45b Abs. 8 und 9 BNatSchG enthalten umfangreiche Sonderregelungen für die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen im Hinblick auf den Betrieb von WEA.

1. Geltungsbereich: Betrieb von WEA

Auch § 45b Abs. 8 BNatSchG bezieht sich ausdrücklich nur auf den Betrieb von WEA; die Errichtung ist nicht erfasst, was im Hinblick auf das Regelungsziel der Verfahrensbeschleunigung wenig Sinn macht.[63] Hintergrund dürfte sein, dass auch die Absätze 1 bis 6 des § 45b allein den Betrieb von WEA umfassen. Zugleich geht Absatz 8 aber auch weiter als die Absätze 1 bis 6, wenn er sich weder auf das Tötungsverbot noch auf kollisionsgefährdete Brutvogelarten beschränkt, sondern

54 Richtigerweise hat das BVerfG insoweit eine Maßstabsbildung zumindest in untergesetzlicher Form angemahnt (s. oben unter I. und Fn. 7).

55 Die Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten kennt übrigens jenseits der Windkraft durchaus solche Schwellenwerte, s. „Vermeidung von Vogelverlusten an Glasscheiben", dort S. 19 ff. (https://www.hamburg.de/contentblob/15087600/30745fe24e1bad457a25200ca484388b/data/lag-vsw-vermeidung-vogelverluste-glas-lana.pdf).

56 Siehe dazu die BT-Drs. 20/2354, dort S. 31: *„Mit dem Begriff der „Probabilistik" wird allgemein der Grundansatz bezeichnet, im Rahmen der Signifikanzprüfung mit Mitteln der Wahrscheinlichkeitsrechnung zu arbeiten, um festzustellen, ob bei Durchführung eines Vorhabens eine signifikante Erhöhung des Tötungs- oder Verletzungsrisikos für Exemplare betroffener Arten mit Blick auf ein sich dadurch ergebendes Kollisionsrisiko anzunehmen ist."* – Dazu z. B. *Wulfert/Lau/Köstermeyer*, Vögel und Windenergieanlagen – Vorgaben zur Signifikanzbewertung und Ausnahme, NuR 2022, 441, 445 ff.

57 Siehe z. B. vormalige WEA-Abschaltauflagen bei Kranichzug gemäß vieler Ländererlasse, obwohl die Schlagrisiken gering sind (näher OVG Koblenz, Urteil vom 31.10.2019 – 1 A 11643/17).

58 VGH München, Beschluss vom 23.01.2020 – 22 CS 19.2297; allerdings hat das OVG Münster (a. a. O., Fn. 8) ausdrücklich offengelassen, ob diese umfangreiche Abschaltung tatsächlich erforderlich war; es hat nur festgestellt, dass die Auflagen zumindest in der streitgegenständlichen Form dem Artenschutzrecht genügen.

59 Überblick der behördlichen Praxis mit Blick in die Erlasse der Bundesländer in OVG Münster, Beschluss vom 02.07.2021 – 8 B 875/21.

60 BT-Drs. 20/2354, S. 27: *„Windenergieanlagen werden in der Regel von Unternehmen oder Privatpersonen mit einer Gewinnerzielungsabsicht errichtet und dienen insofern zunächst ihrem privaten wirtschaftlichen Interesse. Da der Betrieb solcher Anlagen jedoch auch zur Erreichung der Zielsetzung der Bundesregierung zum Klimaschutz und den Zielsetzungen der Europäischen Union im Energie- und Klimabereich beiträgt, liegt er gleichzeitig auch in einem übergeordneten öffentlichen Interesse, …".*

61 Dazu *Attendorn*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket", NVwZ 2022, 1586 ff.; *Bader/Dreißler/Weinke*, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, 337 ff.; siehe ferner Ausführungen zur Ausnahme unten III.

62 Ein „Berechnungs-Tool" wird die Fachagentur für Wind an Land (FA Wind) in Kürze bereitstellen.

63 Ebenso *Gellermann*, NuR (2022) 44: 589, 594 f.

sämtliche Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG und alle Tierarten betrifft.[64] Dies ergibt sich aus Absatz 8 Nr. 3, der auf Gebiete „*mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten*" Bezug nimmt.

2. Sonderregelungen zu den einzelnen Ausnahmevoraussetzungen

Die Neuregelung in § 45b Abs. 8 und 9 BNatSchG ergänzt und modifiziert die generelle Ausnahmeregelung nach § 44 Abs. 7 BNatSchG bezogen auf die einzelnen Voraussetzungen für den Betrieb von WEA an Land. Dazu im Einzelnen:

a) § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG stellt zunächst klar, dass der Betrieb von WEA im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient. Die Regelung ist zusammen mit § 2 EEG 2021 zu lesen, fokussiert sich aber anders als dieser auf den Betrieb von WEA.[65] Die Schaffung von § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG wäre nicht zwingend nötig gewesen, weil die grundlegende Neuregelung im EEG auch die artenschutzrechtliche Ausnahme als Teil des Naturschutzrechts einbezieht.[66] Offenbar war es dem Gesetzgeber aber wichtig, deutlich zu machen, dass die Ausnahmegründe nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG gerade auch im Zusammenhang mit dem Betrieb von WEA vorliegen.[67] Die dazu geäußerte Kritik, die Formulierung der Nummer 1 erwecke den Eindruck, als hätte der Gesetzgeber der Windkraftnutzung einen „*absoluten Vorrang*" zuerkannt[68], verkennt Wortlaut und Gesetzeszweck. Die Annahme eines „*überragenden*" öffentlichen Interesses bedeutet nicht, dass sich dieses Interesse stets und gegen jegliche anderen öffentlichen Belange durchsetzt. Dies verdeutlicht zudem § 2 S. 2 EEG, wonach die erneuerbaren Energien „als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden" sollen, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausneutral ist. Hieraus folgt zweifellos eine besonders hohe Gewichtung der erneuerbaren Energien als „*vorrangiger Belang*", jedoch kein Automatismus dergestalt, dass sich ihr besonderes Gewicht stets durchzusetzen habe. Entsprechendes gilt auch im Rahmen von § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG.

b) § 45b Abs. 8 Nr. 2 BNatSchG regelt, dass eine Alternativenprüfung bei einem Gebiet, das für die Windenergie in einem Raumordnungsplan oder unter Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange in einem Flächennutzungsplan ausgewiesen ist, in der Regel nicht gemäß § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG durchgeführt werden muss, bis gemäß § 5 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes[69] festgestellt wurde, dass das jeweilige Land seinen entsprechenden Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 2 oder der jeweilige regionale oder kommunale Planungsträger ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel erreicht hat. Die Vorschrift erleichtert damit die Zulassung von Ausnahmen für WEA-Projekte innerhalb ausgewiesener Windenergiegebiete. Bislang wurde in der Rechtsprechung nämlich vereinzelt angenommen, dass sich die Alternativenprüfung nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG auf das komplette Gebiet der jeweiligen Planungsregion zu beziehen habe.[70] Diese Rechtsprechung ist mit der Neuregelung obsolet.

Europarechtliche Bedenken hinsichtlich dieser Norm[71] sind unbegründet, da die Vorschrift – wie erläutert – keinen absoluten Vorrang der Windenergienutzung postuliert und überdies lediglich eine Regelvermutung aufstellt. Folglich kommt in atypischen Fällen eine Ausnahme nicht in Betracht, was allerdings aufgrund des überragenden öffentlichen Interesses an der Windenergienutzung, die zugleich der öffentlichen Sicherheit dient, äußerst selten der Fall sein dürfte. Wenn vereinzelt eine Unvereinbarkeit dieser beiden Ausnahmegründe mit Artikel 9 der EU-Vogelschutzrichtlinie sowie Artikel 16 der FFH-Richtlinie postuliert wird[72], wird außerdem verkannt, dass nach den genannten EU-Vorgaben eine artenschutzrechtliche Ausnahme möglich ist, wenn es „*keine andere zufriedenstellende Lösung*" gibt. Diese Formulierung ist also durchaus offen für mitgliedstaatliche Lösungswege. Deutschland kann insoweit auf die besondere Bedeutung der Erzeugung von Strom durch WEA im Hinblick auf Energiewende, Klimaschutz und die Herstellung von Klimaneutralität (Art. 20a GG) verweisen[73]. Die Umsetzung von WEA-Vorhaben ist damit jedenfalls innerhalb derjenigen Flächen zwingend erforderlich, die der Flächenkulisse des WindBG entsprechen.

c) Für WEA-Planungen außerhalb der in Nummer 2 geregelten Windenergiegebiete enthält **§ 45b Abs. 8 Nr. 3 BNatSchG** demgegenüber deutlich engere Voraussetzungen. Dort ist eine Prüfung von Standortalternativen innerhalb „*eines Radius von 20 Kilometern*" um den Anlagenstandort erforderlich. Wie ein solcher Nachweis in der Praxis geführt werden soll, lässt das Gesetz offen. Eine Erleichterung ist im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nicht erkennbar, eher das Gegenteil. Überdies wird auch unter Heranziehung der Gesetzesbegründung nicht deutlich, warum gerade ein Radius von 20 km (und nicht etwa 5 oder 25 km) überprüft werden soll. Die Genehmigungspraxis wird ungeachtet dessen zeigen müssen, wie und in welcher Tiefe eine solche Alternativenprüfung erfolgen kann.

Die artenschutzrechtliche Ausnahme ist ferner unzulässig, wenn der WEA-Standort „*in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten*" liegt. Dieser Bezug auf den naturschutzrechtlichen Gebietsschutz ist systemwidrig, da die Zulassung von Vorhaben in Natura 2000-Gebieten dem eigenen – und in vielerlei Hinsicht strengeren – Rechtsregime von § 34 Abs. 3 BNatSchG folgt und von der artenschutzrechtlichen Prüfung zu trennen ist.

d) § 45b Abs. 8 Nr. 4 und 5 BNatSchG enthalten weitere Sonderregelungen zu § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG, wonach sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtern darf. Nach Nummer 4 liegt keine Verschlechterung vor, wenn sich „*der Zustand der durch das Vorhaben jeweils betroffenen lokalen Population unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert*". Nach Nummer 5 ist eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes auch dann nicht anzunehmen, „*wenn auf Grundlage einer Beobachtung im Sinne des § 6 Absatz 2 zu erwarten ist, dass sich der Zustand der Populationen der betroffenen Art in dem betroffenen Land oder auf Bundesebene unter Berücksichtigung*

64 Ebenso *Agatz*, Arbeitshilfe BNatSchG-Änderung 2022, S. 8, https://windenergie-handbuch.de/wp-content/uploads/2022/10/Arbeitshilfe-BNatSchG-WEA-Regelung.pdf.

65 So auch die die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/2354, S. 26.

66 Siehe dazu die Begründung des § 2 Satz 2 EEG 2021 durch die Bundesregierung, BT-Drs. 20/1630, S. 159, wonach die erneuerbaren Energien im Rahmen von Abwägungsentscheidungen u. a. gegenüber Naturschutzrecht „*nur in Ausnahmefällen überwunden werden*" sollen.

67 Vgl. dazu die eingehende Auseinandersetzung mit VG Gießen, a. a. O. (Fn. 6), im UMK-Signifikanzrahmen (Fn. 30).

68 So *Gellermann* a. a. O. (Fn. 63), S. 595.

69 Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (Windenergieflächenbedarfsgesetz – WindBG), BGBl. 2022 Teil I Nr. 28, 28.07.2022, S. 1353.

70 So OVG Lüneburg, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, ZNER 2019, 161, 10. Leitsatz.

71 *Gellermann* a. a. O. (Fn. 63), S. 595.

72 Vgl. VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, dazu schon UMK-Signifikanzrahmen (a. a. O. Fn. 30).

73 BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., 2. Leitsatz; s. aktuell Beschluss vom 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21, 3. Leitsatz, wonach „*der Ausbau der Nutzung der Windkraft einen faktisch unverzichtbaren Beitrag zu der verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und durch grundrechtliche Schutzpflichten gebotenen Begrenzung des Klimawandels leistet und zugleich die Sicherung der Energieversorgung unterstützt*".

von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert". In letztgenanntem Fall ist also eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der lokalen Population zulässig, sofern nicht gleichzeitig eine Verschlechterung auf Bundes- oder Landesebene zu erwarten ist.

Die Gesetzesbegründung enthält hierzu eine für die Auslegung der Norm durchaus relevante Tabelle[74], aus der sich die erwartete Entwicklung des bundesweiten Erhaltungszustandes der WEA-sensiblen Brutvogelarten ergibt. Hiernach ist eine Verschlechterung auf Grundlage der aktuellen Daten namentlich nicht für die Arten Weißstorch, Rotmilan, Schwarzmilan, Wespenbussard, Wanderfalke, Seeadler und Uhu zu erwarten, sodass WEA im Regelfall selbst bei Beeinträchtigungen der lokalen Population dieser Arten mittels Ausnahme genehmigt werden müssen.

e) § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG enthält schließlich die Klarstellung, dass eine Ausnahme von den Verboten des § 44 Abs. 1 „*zu erteilen ist*", wenn die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 S. 1 bis 3 vorliegen. Damit verbleibt der Genehmigungsbehörde auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessen. Dies war im Rahmen immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren aber schon bislang nicht der Fall, weil ein Genehmigungsanspruch besteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gem. § 6 Abs. 1 BImSchG gegeben sind.[75] Allenfalls auf Tatbestandsseite verbleiben demnach (enge) Beurteilungsspielräume, so am ehesten im Zusammenhang mit der Regelvermutung von § 45b Abs. 8 Nr. 2 BNatSchG.

2. Anordnung von Schutzmaßnahmen bei Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme (§ 45b Abs. 9)

§ 45b Abs. 9 BNatSchG stellt das Pendant zur Regelung in Absatz 6 dar, bezieht sich aber auf die Situation der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 i. V. m. § 45b Abs. 8 BNatSchG. Abweichend von Absatz 6 regelt Absatz 9, dass bereits eine Verringerung des Jahresenergieertrags um höchstens 6% bei sog. 90%-Standorten sowie im Übrigen um höchstens 4% zur wirtschaftlichen Unzumutbarkeit führt.[76] Dieser sog. „*Basisschutz*"[77] wird kritisiert, weil damit diejenigen, die eine Ausnahme erhalten, in gewissem Umfang davon entbunden würden, zumutbare Möglichkeiten zur Vermeidung unnötiger Schäden durch Abschaltungen zu nutzen[78]. Insoweit ist aber zu beachten, dass sich Absatz 9 lediglich auf „*fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen*" bezieht, nicht hingegen auf sog. FCS-Maßnahmen, die im Rahmen der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme erforderlich sein können, um eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes einer Art zu verhindern[79]. Dies wirft die Frage auf, warum Absatz 9 überhaupt auf die Durchführung fachlich anerkannter Schutzmaßnahmen Bezug nimmt, für deren Anordnung im Rahmen der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme gar keine Grundlage besteht.[80] § 45b Abs. 9 BNatSchG erscheint an dieser Stelle gesetzgeberisch wenig geglückt.

3. Zur Systematik und Zielrichtung der Ausnahmeregelungen

Die Neuregelungen zur Ausnahme stehen im Zusammenhang insbesondere mit den nationalen Artenhilfsprogrammen nach § 45d BNatSchG (näher unter VI.3) und deren Finanzierung: Wenn es einer Ausnahme insbesondere wegen eines kollisionsgefährdeten Brutvogels im Nahbereich bedarf (näher oben II.2.b), soll die WEA-Genehmigung fortan regelmäßig erteilt werden, allerdings sind hierzu Zahlungen vom WEA-Betreiber zu leisten.[81] Auch mit dieser Zielrichtung will § 45b Abs. 8, 9 BNatSchG die in der Genehmigungspraxis – wegen bestehender Unsicherheiten – vielfach gemiedene Ausnahme auf rechtssicheren Boden stellen. Ob es in der Praxis nunmehr tatsächlich mehr Ausnahmen geben wird, dürfte einerseits davon abhängen, wie hoch die Zahlungen ausfallen[82], und ob diese sich für den WEA-Betreiber gegenüber den weitreichenden Abschaltungen finanziell lohnen[83], anderseits aber auch davon, ob die Rechtsprechung wegen der Klarstellungen in den Absätzen 8 und 9 die Bedenken und Einwände gegen Ausnahmeentscheidungen fallen lässt. Letzteres entspricht jedenfalls der gesetzlichen Intention.

IV. Sonderregelungen zum Repowering von WEA an Land (§ 45c)

1. Hintergrund

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit § 45c BNatSchG eine neue Regelung geschaffen, die sich mit dem Repowering von WEA an Land und insbesondere der viel diskutierten artenschutzrechtlichen Vergleichsbetrachtung („Delta-Prüfung")[84] beschäftigt. Erstmals gesetzlich umgesetzt wurde dies bereits durch die 2021 eingeführte Repoweringregelung des § 16b BImSchG, die seither Erleichterungen für die Modernisierung einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien (Repowering) u. a. zu Schallaspekten[85] enthält und ursprünglich in seinem Absatz 4 – fachfremd für das Immissionsschutzrecht – auch artenschutzrechtliche Aspekte regelte. Der neue § 45c BNatSchG überführt besagten Absatz 4 jetzt in das Bundesnaturschutzgesetz. Dabei beschränkt sich die Neuregelung jedoch nicht auf eine bloße Übernahme des § 16b Abs. 4 BImSchG a. F., sondern geht deutlich mehr ins Detail. Der Gesetzgeber reagiert insoweit auf Kritik, wonach § 16b Abs. 4 BImSchG a. F. inhaltlich unklar sei und zudem in das Bundesnaturschutzgesetz gehöre[86].

74 BT-Drs. 20/2354, S. 28.

75 Teils ist in der Literatur von „intendiertem Ermessen" die Rede, siehe dazu UMK-Vollzugshinweise zur Ausnahme („Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020)", S. 23, https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf; ebenso *Agatz*, a. a. O. (Fn. 64), S. 12.

76 Um zu vermeiden, dass aufgrund dieser im Vergleich zu Absatz 6 um 2 Prozentpunkte geringeren Werte ein Anreiz für Antragsteller besteht, in die Ausnahme auszuweichen, erfolgen Zahlungen in Höhe von zusätzlichen 2% in die Artenhilfsprogramme nach § 45d BNatSchG, die nicht im Rahmen des Referenzertragsmodells erstattet werden können; s. dazu BT-Drs. 20/2354, S. 33.

77 Diesen Begriff verwendet die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/2354, S. 28.

78 So *Gellermann* a. a. O. (Fn. 63) S. 596.

79 Weiterführend zu FCS-Maßnahmen z. B. *Lüttkes/Ewer*, BNatSchG-Kommentar, 2. Aufl., zu § 45, Rn. 50 ff.

80 Siehe hierzu eingehend *Agatz* a. a. O. (Fn. 64), S. 17, die in diesem Zusammenhang mehrere Widersprüchlichkeiten der Regelung in Absatz 9 darlegt.

81 Zur Kritik an diesem gesetzgeberischen Konzept näher unter VI.3.

82 Verweis auf Berechnung oben II.4 bzw. oben Fn. 62.

83 Siehe oben zu § 45b Abs. 6 S. 4 BNatSchG, näher unter II.2.b)aa).

84 S. zu diesem Ansatz OVG Bautzen, Beschluss vom 27.03.2018 – 4 B 185/17, Rn. 39; VGH Kassel, Beschluss vom 28.01.2014 – 9 B 2184/13, Rn. 24; VG Leipzig, Beschluss vom 26.04.2017 – 1 L 1117/16, Rn. 125; vgl. auch OVG Greifswald, Urteil vom 24.08.2021 – 1 LB 21/16 („Differenzbetrachtung").

85 Näher hierzu *Jarass*, BImSchG, Kommentar, 14. Aufl. 2022, § 16b Rn. 10; *Agatz*, Windenergiehandbuch, 18. Ausgabe Dezember 2021, S. 148 ff., https://windenergie-handbuch.de/wp-content/uploads/2022/03/Windenergie-Handbuch-2021.pdf.

86 Bundesverband WindEnergie e. V., Umsetzungsempfehlungen zum Koalitionsvertrag, Sommerpaket: Maßnahmen für mehr Fläche und zur Beschleunigung der Planungs- und Genehmigungsverfahren für Windenergie an Land, März 2022, S. 23, https://www.wind-energie.de/fileadmin/redaktion/dokumente/publikationen-oeffentlich/themen/04-politische-arbeit/01-gesetzgebung/20220328_BWE-Umsetzungsempfehlung_Sommerpaket_Planung_Genehmigung_Naturschutz.pdf.

2. Anwendungsbereich (§ 45c Abs. 1)

§ 45c Abs. 1 Satz 1 BNatSchG besagt zunächst, dass die nachfolgenden Absätze „*für Vorhaben zur Modernisierung von Windenergieanlagen an Land nach § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes*" gelten. Gemäß Satz 2 werden dabei, abweichend von der Repoweringdefinition in § 16b Abs. 2 Satz 2 BImSchG, jedoch auch solche neuen WEA erfasst, die innerhalb von 48 Monaten (§ 16b BImSchG: 24 Monaten) nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden, und deren Abstand zwischen der Bestands- und der neuen Anlage höchstens das Fünffache (§ 16b BImSchG: das Zweifache) der Gesamthöhe der neuen Anlage beträgt. Die Neuregelung „*dient der zusätzlichen Erleichterung und dadurch weiteren Beschleunigung des Repowerings von Windenergieanlagen an Land, indem eine gegenüber der Bestimmung des § 16b Absatz 2 Satz 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes größere Flexibilität*" gewährleistet wird.[87]

§ 45c Abs. 1 BNatSchG wurde auf Vorschlag des Umweltausschusses nachträglich in das Gesetz aufgenommen.[88] Vor allem deshalb kommt es wohl zu Widersprüchen, wenn einerseits Absatz 2 auf das Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b Abs. 1 BImSchG Bezug nimmt, andererseits aber besagte erweiterte Definition des Repowering in Absatz 1 erfolgt. Hier stellt sich die Frage, in welchem verfahrensrechtlichen Rahmen die Vorgaben des § 45c BNatSchG Anwendung finden sollen: Bedarf es stets einer Antragstellung nach § 16b BImSchG durch den Vorhabenträger, die aufgrund der Qualifizierung als immissionsschutzrechtlicher Änderungsgenehmigungsantrag bestimmten Vorgaben unterworfen ist[89]? Oder findet § 45c BNatSchG auch in immissionsschutzrechtlichen Neugenehmigungsverfahren nach § 4 BImSchG bezüglich Repoweringvorhaben[90] Anwendung? Vor dem Hintergrund der voneinander abweichenden Repoweringdefinitionen in den beiden Vorschriften spricht Überwiegendes dafür, dass § 45c BNatSchG gerade nicht an das engere Verfahrenskorsett des § 16b BImSchG gebunden ist, sondern unabhängig davon in sämtlichen auf Repowering bezogenen WEA-Genehmigungsverfahren gilt.[91] Wollte man dies anders sehen, so entstünden unauflösbare Widersprüche: Betrüge z. B. der Abstand zwischen Altanlage und Repowering-WEA das Vierfache der Gesamthöhe der geplanten Neuanlage, so wäre ein Verfahren nach § 16b BImSchG aufgrund des Nichterfüllens der dortigen Repoweringdefinition gar nicht möglich. Wollte man § 16b BImSchG hier dennoch in seiner durch § 45c Abs. 1 BNatSchG geschaffenen Modifikation heranziehen, so hätte dies die kaum vermittelbare Folge, dass Erleichterungen lediglich in naturschutzrechtlicher, nicht hingegen in schalltechnischer Hinsicht gelten würden. Seitens des Gesetzgebers bestehen aktuell Überlegungen, die erweiterte Repoweringdefinition des § 45c Abs. 1 BNatSchG in § 16b Abs. 2 Satz 2 BImSchG zu überführen[92], was ggf. einen Gleichlauf beider Vorschriften zur Folge hätte. Damit könnten deutlich mehr Vorhaben von den Erleichterungen des § 16b BImSchG profitieren.[93] Insoweit bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

3. Prüfungsmaßstab bei der artenschutzrechtlichen Prüfung (§ 45c Abs. 2)

a) Ansatzpunkt: Vergleich der Auswirkungen

§ 45c Abs. 2 BNatSchG erläutert die Vorgehensweise bei der Durchführung einer artenschutzrechtlichen Prüfung in Fällen des Repowering nach Absatz 1. Demnach müssen 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*"; dies soll jedoch nicht bei der Lage des Vorhabens in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten gelten.

b) Gesetzliche Kriterien der Vergleichsbetrachtung

aa) Die Vorschrift benennt beispielhaft[94] („*insbesondere*") verschiedene Kriterien, die in die Prüfung einzubeziehen sind. Absatz 2 entwickelt insoweit die Vorgängerregelung des § 16b Abs. 4 a. F. BImSchG weiter, denn dort fanden sich noch keine Kriterien für die Durchführung einer artenschutzrechtlichen Prüfung; diese waren lediglich der Gesetzesbegründung zu entnehmen.[95] Von daher ist die Neuregelung in der gesetzlichen Zielrichtung deutlicher, wobei sie aber immer noch mehrere Unklarheiten enthält. Eindeutig ist immerhin der gesetzliche Ausgangspunkt, wonach im Wege einer **Vergleichsbetrachtung** (häufig als „Delta-Prüfung" bezeichnet[96]) die artenschutzrechtlichen Auswirkungen des Altvorhabens einerseits mit denen des Repoweringvorhabens andererseits zu vergleichen sind. Von einer Überschreitung der Signifikanzschwelle ist danach in der Regel nicht auszugehen, wenn sich die Auswirkungen durch die Neuanlagen im Saldo nicht vergrößern. Weniger deutlich und jedenfalls unglücklich erscheint jedoch der in Satz 2 aus § 16b Abs. 4 BImSchG a. F. übernommene Begriff der „*Vorbelastung*" der zu ersetzenden Bestandsanlagen, der eher aus dem Immissionsschutzrecht bekannt ist[97].

Aufgrund der Nutzung des Plurals („*Bestandsanlagen*") erfasst die Vergleichsbetrachtung nach Absatz 2 auch solche Konstellationen, in denen mehrere Bestandsanlagen durch weniger Neuanlagen ersetzt werden (z. B. Repowering von zwei Alt-WEA durch eine Neuanlage), sofern die räumlichen und zeitlichen Voraussetzungen des Absatzes 1 eingehalten werden.

bb) Die Vergleichsbetrachtung hat zum einen anlagenbezogene **Kriterien** (Anzahl, Höhe, Rotorfläche und Rotordurchgang der WEA) sowie die Lage der Brutplätze kollisionsgefährdeter Arten einzubeziehen. Verschiebt sich also der Repowering-

87 So der Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz in seinem Bericht vom 06.07.2022, BT-Drs. 20/2658, Seite 13.

88 BT-Drs. 20/2593, S. 2.

89 So wird der Antragsteller nach § 16b BImSchG mit dem Betreiber der Altanlage personenidentisch sein oder jedenfalls ein Verfügungsrecht über die Alt-WEA besitzen müssen; vgl. *Agatz*, Windenergiehandbuch (a. a. O. Fn. 85), S. 17, wonach zwingend Betreiberidentität gegeben sein müsse.

90 Da § 16b BImSchG lediglich „auf Antrag des Vorhabenträgers" Anwendung findet, kann letzterer stattdessen auch einen Neuantrag nach § 4 BImSchG stellen, wie dies vor Inkrafttreten des § 16b BImSchG gemeinhin üblich war.

91 *Agatz*, Arbeitshilfe BNatSchG-Änderung 2022, a. a. O. (Fn. 64), S. 19, spricht insoweit von einer „*Entkoppelung der materiellen Regelung zur artenschutzrechtlichen Prüfung von der Verfahrensart nach BImSchG*".

92 Mdl. Aussage einer Referentin des BMWK auf der Rechtskonferenz des Bundesverbandes WindEnergie e. V., am 07.09.2022, Berlin.

93 Auch in bauplanungsrechtlicher Hinsicht wäre dies eine erhebliche Weiterung, weil die als Teil des Wind-an-Land-Gesetzes am 01.02.2023 in Kraft tretenden neuen Vorschriften der §§ 245e Abs. 3 und 249 Abs. 3 BauGB (BGBl 2022, I. S. 1353, 1358 f.) ausdrücklich auf Vorhaben i. S. des § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG Bezug nehmen.

94 BT-Drs. 20/2354, S. 29.

95 BT-Drs. 19/30954, S. 12 ff.

96 Dabei ist der Begriff der Delta-Prüfung ungenau, denn es wird nicht lediglich das Delta zwischen den artenschutzrechtlichen Auswirkungen von Alt- und Neuvorhaben geprüft; vielmehr werden die jeweiligen Auswirkungen miteinander verglichen, weshalb im Folgenden der Begriff der „Vergleichsbetrachtung" verwendet wird.

97 S. Nr. 2.4 TA Lärm, wonach sich die Gesamtbelastung aus der Vorbelastung und der Zusatzbelastung zusammensetzt. Demgegenüber geht es bei § 45c BNatSchG um Fallkonstellationen, in denen die durch die Bestandsanlagen hervorgerufene „*Vorbelastung*" aufgrund des Rückbaus wegfällt.

Standort weiter weg von einem Brutplatz einer windenergiesensiblen Vogelart, so verbessert dies die Bilanz des Repoweringvorhabens im Vergleich zur Altanlage. Dies ist erst recht dann der Fall, wenn sich der Bereich der WEA, innerhalb dessen Kollisionsgefährdungen bestehen können, durch Erhöhung der Rotordurchgangshöhe am Mast[98] verlagert, weil in höheren Regionen weniger „Flugverkehr" herrscht.

Unverständlich ist – auch nach der Gesetzesbegründung – hingegen, wie sich die im Gesetz genannte *„planungsrechtliche Zuordnung der Bestandsanlagen"* (z. B. Vorranggebiet, Konzentrationszone[99]) bei der Differenzbetrachtung auswirken soll.[100] Sollte damit gemeint sein, dass sich die Lage der Bestandsanlagen innerhalb eines Vorranggebietes bzw. einer Konzentrationszone für WEA positiv auf die Vergleichsbetrachtung auswirkt, wäre dies überdies systemwidrig, weil es im Widerspruch zur planungsrechtlichen Privilegierung von Repoweringstandorten nach dem Wind-an-Land-Gesetz[101] stünde.

Weiterhin fordert § 45c Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 BNatSchG die *„Berücksichtigung der Belange des Artenschutzes zum Zeitpunkt der Genehmigung"*. Laut Gesetzesbegründung ist zu berücksichtigen, ob seinerzeit Belange des Artenschutzes geprüft wurden.[102] Nicht geregelt ist aber, welche Auswirkungen dies konkret auf die Vergleichsbetrachtung haben soll. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber verhindern, dass Bestands-WEA, die fehlerhaft ohne Beachtung des Artenschutzes genehmigt wurden, zu einer dauerhaften Absenkung des Artenschutzniveaus führen. Damit könnte im Zuge des Repowering zumindest eine Annäherung an das reguläre aktuelle Schutzniveau erfolgen, wenn die Bestandsanlagen insoweit (stark) defizitär sind.[103] Wer die Regelung so versteht, wirft aber die Folgefrage auf, ob § 45c BNatSchG gegenüber dem artenschutzrechtlichen Regime des § 45b BNatSchG (näher oben II.) überhaupt noch die vom Gesetzgeber gewollte Vereinfachung und Verbesserung enthält.

Schließlich sollen auch die *„durchgeführten Schutzmaßnahmen"* bei der Bewertung Berücksichtigung finden. Hiernach führt eine Reduzierung artenschutzrechtlicher Beeinträchtigungen durch bereits im Rahmen des Altvorhabens durchgeführte Schutzmaßnahmen (z. B. Anlegung von Ablenkflächen, zeitweilige Abschaltungen) zu einer Verringerung artenschutzrechtlicher Betroffenheiten, sodass dieser Aspekt in die Vergleichsbetrachtung einfließt. Die Genehmigungspraxis wird indes noch klären müssen, was genau mit der *„Berücksichtigung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen"* gemeint ist. Soll die Vergleichsbetrachtung im Ergebnis eine Vereinfachung der Genehmigungsverfahren von Repoweringvorhaben in artenschutzrechtlicher Hinsicht bewirken, wäre es sinnwidrig, dieser Formulierung die Bedeutung beizumessen, dass die heute fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen (z. B. Abschaltalgorithmus für Fledermäuse) stets und ausnahmslos erforderlich sind, auch wenn ohne sie das mit der Altgenehmigung erreichte Schutzniveau nicht unterschritten würde. Der Verweis auf die *„gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen"* wird vielmehr so zu verstehen sein, dass die Nichtunterschreitung des ursprünglichen Schutzniveaus gerade auch unter Anordnung entsprechender Maßnahmen sichergestellt werden kann.[104]

c) Bewertung und Ausblick

Die größte Herausforderung für die Praxis dürfte darin liegen, im Ergebnis eine fachlich zutreffende, nachvollziehbare und rechtssichere Vergleichsbetrachtung durchzuführen. Solange sich probabilistische Ansätze[105] im Artenschutzrecht jedenfalls bei den Behörden nicht durchgesetzt haben, wird lediglich eine verbalargumentative Betrachtung und Bewertung möglich sein, deren Ergebnis häufig Anlass für Diskussionen bieten könnte.

Ferner ist auch zu beachten, dass § 45c BNatSchG nicht auf der Erfassungsebene die Kartieranforderungen reduziert, sondern lediglich die Bewertungsebene erfasst. Vor diesem Hintergrund dürfte auch der missglückt formulierte Satz 1 zu verstehen sein, wonach der *„Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung"* (gemeint ist mutmaßlich die artenschutzfachliche Kartierung) durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b Abs. 1 BImSchG nicht berührt wird. Soweit § 45c BNatSchG mithin nicht die zeitaufwendige Erfassung der Avifauna im Repoweringfall reduziert, ist zu bezweifeln, dass die vom Gesetzgeber gewünschte Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens erreicht wird.[106]

Jedenfalls vereinfachen kann § 45c Abs. 2 BNatSchG Genehmigungsverfahren bei Repoweringprojekten, wenn sich die durch das Bestandsvorhaben herbeigeführte Situation „im Saldo" evident nicht verschlechtert. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn sich im Nahbereich der Bestandsanlage der Brutplatz einer windenergiesensiblen Vogelart befindet, bezogen auf die geplante Repowering-WEA jedoch lediglich im zentralen oder gar erweiterten Prüfbereich. Repowering-Planungen sollten solche eindeutigen Verbesserungen, wo möglich, umsetzen bzw. auf diese Weise WEA-Standorte optimieren. Gerade solche Planungen will das Gesetz artenschutzrechtlich privilegieren.

Jenseits solch eindeutiger Fälle stellt sich die Frage, ob es überhaupt Bedarf an einer artenschutzrechtlichen Sonderregelung für Repowering gibt, da nach der Standardisierung durch § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG in der Regel eine Verbotsverletzung mittels HPA oder (begrenztem) Maßnahmenaufwand ausgeschlossen werden kann[107] (dazu oben II.). Dem ist entgegenzuhalten, dass die genannten Vorschriften lediglich das Tötungsrisiko für kollisionsgefährdete Brutvogelarten im Umfeld ihrer Brutplätze regeln. Es verbleiben folglich etliche nicht erfasste Fälle (Fledermäuse, Haselmaus[108], Verstöße gegen das Störungsverbot sowie das Beschädigungs- und Zerstörungsverbot). Zudem kann § 45c BNatSchG auch ohne die Durchführung fachlich anerkannter Schutzmaßnahmen, die hingegen nach § 45b BNatSchG vielfach erforderlich sein werden, die Vereinbarkeit mit Artenschutzrecht sicherstellen. Schließlich ermöglicht § 45c Abs. 2 BNatSchG u. U. auch Genehmigungen von Repoweringprojekten ohne artenschutzrechtliche Ausnahme, obwohl sich im Nahbereich des Neuvorhabens der Brutplatz einer kollisionsgefährdeten Brutvogelart befindet. Von daher verbleiben für § 45c BNatSchG durchaus Anwendungsfälle mit Erleichterungen, wenn auch derzeit die erläuterten Unsicherheiten bestehen. Diese könnten aber in der Zukunft durch den in der Gesetzesbegründung angekündigten Leitfaden aufgelöst werden, der die Prüfungsmodalitäten auf planerischer Ebene im Zuge der Standortwahl und im Hinblick auf Naturschutzaspekte im Genehmigungsverfahren konkretisieren soll.[109]

98 Dies ist beim Repowering der Regelfall.
99 BT-Drs. 20/2354, S. 29.
100 Ebenso kritisch: *Agatz*, Arbeitshilfe, a. a. O. (Fn. 64) S. 20.
101 Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20.07.2022, BGBl 2022, I. S. 1353; s. insoweit die am 01.02.2023 in Kraft tretenden §§ 245e Abs. 3 und 249 Abs. 3 BauGB.
102 BT-Drs. 20/2354 a. a. O.
103 So *Agatz*, Arbeitshilfe, a. a. O. (Fn. 64).
104 Vgl. insoweit auch *Agatz*, Arbeitshilfe, a. a. O. (Fn. 64), die beide Auslegungsvarianten im Ergebnis für kritisch hält.
105 Siehe dazu bereits oben II.3.a) und Fn. 56.
106 Kritisch insoweit auch *Agatz*, Arbeitshilfe, a. a. O. (Fn. 64).
107 So auch diskutiert von *Agatz*, Arbeitshilfe, a. a. O. (Fn. 64) S. 21.
108 Dazu VGH Kassel, Beschluss vom 11.05.2022 – 9 B 234/22, ZNER 2022, S. 300.
109 BT-Drs. 20/2354, S. 29, er ist danach vom Bundesministerium für

§ 45c Abs. 2 BNatSchG und die Vergleichsbetrachtung entsprechen den Vorgaben der EU-Vogelschutzrichtlinie[110] und der FFH-Richtlinie[111].[112] So wird die Regelung wie stets im Lichte der der vorgenannten Richtlinien auszulegen sein. Dies erscheint auch möglich. Insbesondere kann sich die von § 45c Abs. 2 Satz 4 BNatSchG vorgesehene Vergleichsbetrachtung von vornherein nur auf einen Vergleich mit den Auswirkungen des *genehmigungskonformen* Betriebs der Alt-WEA beziehen; ein über die Vorgaben der Altgenehmigung hinausgehender Betrieb wäre rechtswidrig und kann selbstverständlich nicht Maßstab für die artenschutzrechtliche Zulässigkeit des Repoweringvorhabens sein.

4. Kompensation aufgrund Beeinträchtigung des Landschaftsbildes

§ 45c Abs. 3 BNatSchG regelt, dass bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes die Kompensation abzuziehen ist, die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistet worden ist. Damit übernimmt die Vorschrift wortgleich die Inhalte des § 16b Abs. 4 Satz 3 BImSchG a. F. und entsprechende Ansätze, wie sie sich schon lange in der Rechtsprechung finden lassen.[113]

5. Sonderregelung für die artenschutzrechtliche Ausnahme (§ 45c Abs. 4)

Schließlich enthält § 45c Abs. 4 BNatSchG eine gegenüber § 45b Abs. 8 Nr. 2 und 3 spezielle Regelung zur Ausnahme. Demnach sind bei Repoweringvorhaben Standortalternativen i. S. von § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG in der Regel nicht zumutbar, es sei denn, der Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten. Absatz 4 geht damit über § 45b Abs. 8 Nr. 2 und 3 BNatSchG hinaus, indem er – außer in dem genannten Ausnahmefall – eine Alternativenprüfung im Regelfall nicht für erforderlich hält.

Dieser Ansatz berücksichtigt die Tatsache, dass es sich bei einem Repoweringvorhaben gerade nicht um eine „Planung auf der grünen Wiese" handelt, sondern dass ein bereits seit vielen Jahren in Betrieb befindliches Bestandsvorhaben ersetzt werden soll. Die Regelung in Absatz 4 erscheint auch vor dem Hintergrund folgerichtig, dass das Wind-an-Land-Gesetz mit Wirkung zum 01.02.2023 Repoweringvorhaben planerisch in § 245e Abs. 3 sowie in § 249 Abs. 3 BauGB auch außerhalb von Windenergiegebieten privilegiert zulässt.[114]

V. Landschaftsschutzgebiete (§ 26 Abs. 3)

Rund 27 % der Fläche der Bundesrepublik sind als Landschaftsschutzgebiet (LSG) ausgewiesen[115]. Ziel solcher Ausweisungen ist der Schutz von Landschaften aus ökologischen wie auch kulturell-sozialen Gesichtspunkten (§ 26 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BNatSchG). Überdurchschnittlich hohe Anteile von LSG an der jeweiligen Landesfläche befinden sich in Nordrhein-Westfalen (NRW), im Saarland und in Brandenburg. Während die Rechtsprechung für Brandenburg[116] solche Bereiche teils als „gesperrt" für Windenergie („hartes Tabu") ansah, wurden etwa in NRW in der Praxis vielfach WEA auch in LSG zugelassen.[117] Voraussetzung dafür war aber stets eine Ausnahme nach der jeweiligen LSG-Verordnung bzw. eine Befreiung nach § 67 BNatSchG; die Rechtsprechung dazu wiederum war uneinheitlich.[118]

Hierzu schafft § 26 Abs. 3 BNatSchG erhebliche Erleichterungen und Vereinfachungen. So entfällt innerhalb von LSG zum einen nach S. 1 und S. 3 das generelle Bauverbot bzw. das Erfordernis für Ausnahme und Befreiung innerhalb von Windenergiegebieten nach § 2 Nr. 1 Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG). Zum anderen und darüber hinaus gilt nach S. 4 dasselbe außerhalb von für die Windenergienutzung ausgewiesenen Gebieten „*im gesamten Landschaftsschutzgebiet entsprechend*", bis die Flächenbeitragswerte nach § 5 WindBG erreicht sind. Einzige Rückausnahme ist die Lage des Vorhabens in einem Natura 2000-Gebiet oder einer Stätte zum Schutz des Weltkultur- oder Naturerbes[119]. Die Regelungen treten zum 01.02.2023 in Kraft[120].

Die Neuregelung ist einmal mehr im Zusammenhang mit der Festschreibung der „besonderen Bedeutung der erneuerbaren Energien" in § 2 EEG als „*im überragenden öffentlichen Interesse*" liegender und „*der öffentlichen Sicherheit*" dienender „*vorrangiger Belang*"[121], ebenso mit der Festschreibung deutlich erweiterter Flächenziele nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG)[122] zu verstehen.

VI. Sonstiges

1. Übergangsregelung und Option

Die Änderungen durch das 4. BNatSchGÄndG gelten grundsätzlich seit Inkrafttreten.[123] Dies betrifft insbesondere die Neuregelungen zur Ausnahme, zum Repowering und zu Artenhilfsprogrammen (oben III., IV., unten VI. 3). Das gilt allerdings nicht für die Standardisierung der Signifikanzformel, da ein sofortiges Inkrafttreten laufende Genehmigungsverfahren wegen Anpassungsbedarf[124] verzögern könnte. Um dies zu verhindern, sieht § 74 Abs. 4 BNatSchG vor, dass § 45b Absatz 1 bis 6 BNatSchG nicht anzuwenden sind auf bereits genehmigte WEA sowie auf solche Vorhaben, die vor dem 01.02.2024 bei der zuständigen Behörde beantragt wurden oder bei denen vor dem 01.02.2024 das Scoping (§ 2a der 9. BImSchV) erfolgt ist.[125]

Der Vorhabenträger kann nach § 74 Abs. 5 BNatSchG allerdings verlangen, dass auch diese Neuregelungen für sein Vorhaben Anwendung finden. Dies dürfte in der Praxis vielfach

Umwelt, Naturschutz, Nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz oder vom Bundesamt für Naturschutz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz zu erstellen.

110 Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (näher Fn. 23).

111 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. 1992 L 206 vom 29.11.2022, S. 7.

112 Anders *Gellermann* a. a. O. (Fn. 63).

113 So z. B. schon VG Schleswig, Urteil vom 18.08.2009 – 1 A 5/08, ZNER 2009, 427.

114 S. dazu bereits oben IV.3.b)bb).

115 Detailverzeichnis unter: https://www.bfn.de/landschaftsschutzgebiete.

116 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.02.2011 – 2 A 2.09, Rn. 63, insoweit bestätigt von BVerwG, Urteil vom 13.12.2013 – 4 CN 1.11, Rn. 13; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.05.2019 – 2 A 4.19, 2. Leitsatz; OVG Lüneburg, Urteil vom 26.02.2020 – 12 KN 182/17.

117 Vgl. z. B. BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01.

118 OVG Münster, Beschluss vom 09.06.2017 – 8 B 1264/16; das OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.09.2016 – 12 LA 145/15, verwies hingegen auf die Möglichkeit der Aufhebung oder Anpassung der LSG-VO.

119 Vgl. dazu OVG Koblenz, Urteil vom 06.06.2019 – 1 A 11532/18.

120 S. Art. 3 Abs. 1 des 4. BNatSchGÄndG, BGBl. 2022 I, 1371.

121 S. Literaturnachweise in Fn. 61.

122 Dazu *Benz/Wegner*, Das Wind-an-Land-Gesetz – neue Grundlagen für die Flächenbereitstellung für die Windenergie, ZNER 2022, 367.

123 Seit dem 28.07.2022 (näher Fn. 9).

124 So z. B. bei einem im Vergleich zur bisherigen Ländererlasslage größeren zentralen Prüfbereich für eine kollisionsgefährdete Vogelart. NRW kannte bisher keinen Nahbereich, innerhalb dessen nur eine Ausnahme möglich sein soll, sodass in NRW bislang praktisch keine Ausnahmen notwendig waren.

125 Ein zunächst fehlerhaftes Datum im BGBl (fehlerhaft: 01.09.2025) ist inzwischen korrigiert worden (s. Berichtigung des 4. BNatSchGÄndG vom 10.08.2022, BGBl. 2022 I, 1436 vom 22.08.2022).

dazu führen, dass Vorhabenträger für die Anwendung des neuen Rechts optieren, da dies durch die Standardisierung insbesondere auch die Bearbeitung durch die Behörde im Regelfall vereinfachen sollte. Es wird aber auch Fallgestaltungen geben, in denen das neue Recht für den Vorhabenträger nachteilig sein kann.[126]

Die beiden sich insoweit stellenden Fragen, ob (a) § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG auch auf vor dem 28.07.2022 genehmigte Vorhaben, aber wegen laufender Widerspruchs- und Klageverfahren von Umweltvereinigungen nicht bestandskräftige Genehmigungen Anwendung findet, und (b) was bei bestandkräftigen Genehmigungen gilt, beantworten sich aus der Gesetzesbegründung. Danach besteht durch das 4. BNatSchGÄndG bei bereits genehmigten WEA *„für die Vollzugsbehörde kein Erfordernis, nachträgliche Anordnungen vorzunehmen. Durch die erstmals bundesweit eingeführte Standardisierung der artenschutzrechtlichen Signifikanzprüfung … soll nicht zu einer erneuten Prüfung der Artenschutzrechtskonformität des Betriebs bestandskräftig genehmigter Anlagen und zum Erlass nachträglicher Anordnungen Anlass gegeben werden.*“[127] Die bisherige Praxis zu nachträglichen Anordnungen soll damit unberührt bleiben.

In der Folge bieten die Regelungen des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG einerseits keinen Anlass, behördlicherseits das Artenschutzrecht bei genehmigten WEA von sich aus neu zu prüfen. Anderseits ist aber nach Wortlaut und Zielrichtung der Übergangsregelung der Vorhabenträger nicht gehindert, von sich aus auf Grundlage des neuen Rechts einen Änderungsantrag betreffend den Betrieb der WEA zu stellen (z. B. Reduzierung von Brutzeitabschaltungen wegen Unzumutbarkeit, § 45b Abs. 6 BNatSchG). Dasselbe gilt erst recht bei fehlender Bestandskraft, also bei laufenden Drittrechtsbehelfen namentlich von Umweltverbänden.[128] In solchen Fällen stattdessen einen Genehmigungsneuantrag zu verlangen, um den Regelungen des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG zur Anwendung zu verhelfen, wäre eine sinnlose Förmelei. Die Widerspruchsbehörde bzw. das Gericht hat folgerichtig nach den Vorgaben des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG zu entscheiden, sofern der Genehmigungsinhaber dies beantragt.

2. Meldepflicht von Mahdereignissen; Nisthilfen

Der ursprüngliche Gesetzesentwurf sah die Möglichkeit vor, Eigentümern und Nutzungsberechtigten von landwirtschaftlichen Flächen nach pflichtgemäßem Ermessen eine Meldepflicht von Ernte- und Mahdereignissen behördlich aufzuerlegen (§ 45b Abs. 10 BNatSchG/Entwurfsfassung[129]). Die begrüßenswerte Regelung ist im Gesetzgebungsverfahren entfallen.

Erhalten geblieben ist aber die weniger klare Regelung des § 45b Abs. 7 BNatSchG, wonach *„in einem Umkreis von 1.500 m um errichtete Windenergieanlagen sowie innerhalb von Gebieten, die in einem Raumordnungsplan oder in einem Flächennutzungsplan für die Windenergienutzung ausgewiesen sind“*, keine Nisthilfen errichtet werden dürfen. Die Norm will vermeiden, dass sich bestehende Konflikte verschärfen oder gar neue herbeigeführt werden.[130] Anlass der Regelung war das in der Vergangenheit vermehrt zu beobachtende gezielte Errichten von Nisthilfen mit dem Ziel, Windenergieprojekte unter Verweis auf artenschutzrechtliche Verstöße zu verzögern oder zu verhindern. Allerdings reagieren schon heute auf solche Praktiken die Bau- oder Naturschutzbehörden, jedenfalls nach Hinweis von WEA-Projektieren und Genehmigungsinhabern, regelmäßig mit Beseitigungsverfügungen. Dagegen gerichtete Gerichtsverfahren haben regelmäßig keinen Erfolg.[131]

Insoweit besteht letztlich kein besonderes Bedürfnis für die Neuregelung des § 45b Abs. 7 BNatSchG. Sie dürfte insoweit vor allem als Bestätigung der geltenden Rechtslage zu verstehen sein. Somit bleibt es aber auch dabei, dass Nisthilfen dann rechtswidrig sind, wenn die (insoweit zu engen) Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 7 nicht erfüllt sind, so z. B. wenn die Nisthilfe zwar außerhalb eines Windenergiegebietes errichtet wird, aufgrund des geringen Abstandes zu diesem aber gleichwohl artenschutzrechtliche Konflikte hervorruft. Erst recht ist § 45b Abs. 7 BNatSchG nach seinem Sinn und Zweck nicht so zu verstehen, dass er das Anbringen von Nistkästen oder Bruthöhlen im nahen Umfeld der WEA ausschließt, wenn dies z. B. als sog. CEF-Maßnahme erfolgt.[132] In solchen Fällen sind Nisthilfen nämlich behördlich genehmigt bzw. Voraussetzung für eine rechtmäßige WEA-Genehmigung.

3. Insbesondere: Artenhilfsprogramme und Sonderabgabe

Die Gesetzesbegründung zur 4. BNatSchGÄndG hebt zum einen die *„doppelte Dringlichkeit“*[133] für den zügigen Ausbau der Windenergie an Land mit Blick auf die Klimakrise und den Ukrainekrieg hervor. Neben der Klimakrise sei *„die Biodiversitätskrise die zweite globale ökologische Krise, die die Lebensgrundlagen bedroht“*[134]. Weiter heißt es, *„zum dauerhaften Schutz, insbesondere der durch den Ausbau der erneuerbaren Energien betroffenen Arten“* solle *„das Bundesamt für Naturschutz mit der Aufgabe betraut werden, nationale Artenhilfsprogramme aufzustellen und … erforderliche Maßnahmen … ergreifen“*, um dann zu schließen: *„Zur Finanzierung dieser Programme und Maßnahmen sollen auch diejenigen Anlagenbetreiber beitragen, die aufgrund der neuen Vorschriften in den Genuss einer artenschutzrechtlichen Ausnahme gelangen“*[135].

Solche Ausführungen stoßen nicht nur in der Windbranche auf Kritik. Denn es fehlt, wie oben angesprochen[136], zunächst schon ein fachlicher Beleg dafür, dass der Ausbau von Windenergieanlagen an Land für eine schlechte Bestandsentwicklung bezogen auf einzelne Arten (mit-)verantwortlich ist.[137] Erst recht fehlt, auch in der Gesetzesbegründung, jeder Beleg dafür, dass der Ausbau der Windenergie insgesamt ein naturschutzfachlich relevanter Faktor für die Biodiversitätskrise sein könnte. Zumindest für die Windbranche nicht nachvollziehbar ist, dass vor diesem Hintergrund – so suggeriert es die

126 Z. B. bei einem Uhu-Vorkommen im Nahbereich, der auch bei einem Rotordurchlauf von z. B. mehr als 100 m nach neuem Recht zwingend eine Ausnahme erfordert. Fachlich und nach altem Recht bedarf es hier keiner Ausnahme (vgl. OVG Koblenz, Hinweisschreiben vom 10.10.2022 – 1 C 10714/22 (n.v.)).

127 BT-Drs. 20/2354, S. 31.

128 So auch die Auskunft des Niedersächsischen Umweltministeriums vom 07.09.2022 (n. v.).

129 BT-Drs. 20/2354, S. 7.

130 BT-Drs. 20/2354, S. 26.

131 Siehe z. B. VG Münster, Beschluss vom 01.04.2022 – 10 L 112/22, ZNER 2022, 335; VG Minden, Beschluss vom 18.02.2022 – 9 L 97/22, ZNER 2022, 335; in diesen Entscheidungen geht es schwerpunktmäßig um baurechtliche Fragestellungen.

132 Die Stabsstelle beim RP Freiburg teilte zu dieser Thematik kürzlich mit: *„Unserer Ansicht nach gilt die gesetzliche Regelung des § 45b Abs. 7 BNatSchG nur für Nistkästen innerhalb von Windvorranggebieten oder im 1,5 km-Radius um errichtete Windenergieanlagen. Da CEF-Maßnahmen in der Regel im Voraus (also vor Errichtung) durchgeführt werden, sehen wir in diesen Fällen kein Problem. Etwas anderes kann sich jedoch innerhalb von Windvorranggebieten ergeben. Hier schließen wir uns der Begründung des Fachanwalts an, dass dies vom Sinn und Zweck der Regelung nicht gewollt sein kann, da die Realisierung von Vorhaben ja gerade erleichtert werden soll.“* – Rechtstechnisch handelt es sich hier um eine teleologische Reduktion der Norm.

133 BT-Drs. 20/2354 S. 1.

134 BT-Drs. 20/2354 S. 1.

135 Zitate aus BT-Drs. 20/2354, S. 2.

136 Unter VI.3.

137 Trotz mehr als 30.000 WEA in Deutschland ist etwa die Bestandsentwicklung z. B. von Rotmilan und Seeadler erfreulich (vgl. dazu die Ausführungen in BT-Dr. 20/2354, dort Tabelle auf S. 28).

Gesetzesbegründung und § 45d BNatSchG – die Windkraft an Land gleichsam „Ablass" für einen Konflikt bezahlen soll, der in Fachkreisen zumindest umstritten ist. Die Windbranche sieht sich bezogen auf die Energiewende wie auch die Biodiversitätskrise als Teil der Lösung, nicht als Teil des Problems, zumal im Zuge der Umsetzung von WEA-Projekten regelmäßig umfangreiche naturschutzfachliche Maßnahmen (z. B. Anlage von Brut- oder Nahrungshabitaten abseits der WEA) geschaffen werden, die durchaus Anteil an der positiven Bestandsentwicklung betroffener Tierarten haben.

Die hiermit angesprochenen naturschutz*fachlichen* Fragen können hier nicht vertieft werden. Aus naturschutz*rechtlicher* Sicht ist vielmehr entscheidend, dass die Vorgaben und Verpflichtungen zur (Mit-)Finanzierung nunmehr gemäß § 45d BNatSchG im Gesetz festgeschrieben sind und damit unmittelbar gelten. Die Berechnung der im Falle einer Ausnahme fälligen Zahlungen erfolgt dabei gemäß der ausführlichen Anlage 2 zu § 45b BNatSchG, und zwar in Gestalt von jährlichen Zahlungen (§ 45d Abs. 2 S. 3 BNatSchG vgl. oben III.3). Die Eingriffs-Ausgleichskompensation nach § 15 BNatSchG bleibt daneben vollumfänglich bestehen (§ 45d Abs. 2 S. 8 BNatSchG).

Die Höhe der jährlichen Zahlungen – rechtlich eine zweckgebundene Sonderabgabe[138] – ist dabei noch unklar. Für eine 5 MW-Anlage rechnet der Gesetzgeber mit Zahlungen in Höhe von rund 50.000 EUR in 20 Jahren.[139] Für den Fall von absehbar verbleibenden Unsicherheiten zur Höhe der Sonderabgabe und damit zu erwartenden Klagen von Umweltvereinigungen ist zu beachten: Die Zahlungspflicht nach § 45d BNatSchG ist Rechtsfolge der Ausnahme, nicht hingegen eine zusätzliche Ausnahmevoraussetzung;[140] Rechtsbehelfe wegen etwaig fehlerhafter Höhe der Abgabe werden deshalb die WEA-Genehmigung selbst nicht infrage stellen können. Überdies wird sich in der Praxis die Frage nach einer Ausnahme und der Höhe einer Zahlung in Artenhilfsprogramme regelmäßig nur dann stellen, wenn der Nahbereich betroffen ist (vgl. oben II.2.b) und der Vorhabenträger nicht über die gesetzliche Zumutbarkeitsgrenze hinaus Abschaltungen verlangt und so die Ausnahme vermeidet. Die Praxis wird zeigen, ob die laut Gesetzesbegründung avisierten Geldzahlungen vor diesem Hintergrund tatsächlich generiert werden.

VII. Fazit, Regelungslücken und Ausblick

Zugutehalten muss man der jüngsten BNatSchG-Novelle einerseits, dass sie erstmals speziell für WEA-Vorhaben die Notwendigkeit einer artenschutzrechtlichen Standardisierung und Vereinfachung anerkennt, und auch „heiße Eisen" wie z. B. eine bundesweit einheitliche Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten nicht auslässt. Wie aufgezeigt, sind die Neuregelungen andererseits kein großer Durchbruch, der – bezogen auf die Ausbauziele des EEG – aber aus Sicht des Gesetzgebers erforderlich wäre, um kurzfristig substantiell mehr WEA-Genehmigungen zu generieren. Vor allem die Regelungen zur Ausnahme (§ 45b Abs. 7, 8 BNatSchG) und zum Repowering (§ 45c BNatSchG) weisen teils Unklarheiten auf. Am ehesten werden die Regelungen zu kollisionsgefährdeten Arten, Signifikanz und Schutzmaßnahmen (§ 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG) der gesetzgeberischen Zielsetzung einer Vereinfachung und Beschleunigung gerecht. Zum Repowering mag der angekündigte Leitfaden doch noch die vom Gesetzgeber gewünschte breite Anwendung ermöglichen (oben IV.).

Neben der hier geäußerten Detailkritik an einzelnen Regelungen und der Grundsatzkritik namentlich betreffend die nationalen Artenhilfsprogramme (die suggerieren, die Windenergie an Land sei mitursächlich für die Biodiversitätskrise, vgl. oben VI.3.), dürfte die große Schwäche der Novelle darin liegen, was sie alles nicht regelt. Im Wesentlichen beschränkt sie sich nämlich auf das Tötungsverbot betreffend kollisionsgefährdete Brutvogelarten (oben II.). Nicht umfasst sind, anders als zur Ausnahmeregelung, andere Arten wie Fledermäuse, Haselmaus usw. (oben III.). Auch errichtungsbedingte Aspekte werden nicht geregelt. Ausgenommen sind zudem laut Gesetzesbegründung Vogelzug und Ansammlungen[141]. Insbesondere fehlen auch Standardisierungen und Erleichterung betreffend die vor allem zeit- und kostenaufwendigen Erhebungen vor Antragserstellung (wobei immerhin die RNA regelmäßig entfällt, oben III.2.b). Nicht zuletzt sind das Störungsverbot und das Beschädigungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BNatSchG) in Gänze ausgespart, wobei gerade das Störungsverbot z. B. bezogen auf Schwarzstorch, Raubwürger[142] oder Waldschnepfe[143] jedenfalls nach Ansicht mancher Naturschutzbehörden viel Interpretationsraum zum Tatbestandsmerkmal der „lokalen Population" bietet.

Immerhin ist nach den gesetzlichen Vorgaben der §§ 54 Abs. 10c Nr. 1 und 74 Abs. 6 BNatSchG neben der bis zum 30.06.2023 erfolgenden Prüfung des Einsatzes probabilistischer Methoden auch mit einer Rechtsverordnung zur Konkretisierung der Anforderungen an die HPA (schon zum 31.12.2022) zu rechnen. Auch Standardisierungen zu Abschaltungen zum Schutz von Fledermäusen sollen erarbeitet werden. Im Übrigen sind seitens einiger Bundesländer sog. Vollzugshilfen zum 4. BNatSchGÄndG in Vorbereitung, wobei abzuwarten bleibt, ob diese die Zielrichtung der Vereinfachung und Beschleunigung aufnehmen.[144]

In der Gesamtschau der Novelle bleibt nach alledem „mehr Schatten als Licht": Stand heute ist zu befürchten, dass die Vierte Novelle zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes den vom Gesetzgeber gewünschten Zweck der Vereinheitlichung, Vereinfachung und Beschleunigung, wenn überhaupt, nur begrenzt erreichen wird. Die Mängel der Neuregelungen, aber auch die vielen nicht erfassten Aspekte zeigen, dass der Gesetzgeber gleichsam auf halbem Wege stehen geblieben ist. Mit Blick auf das gesetzgeberische Ziel, schnell zu deutlich mehr WEA-Genehmigungen zu kommen, bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber schon vor der gesetzlich vorgeschriebenen Evaluation im Sommer 2024[145] gesetzgeberisch nachlegt.

138 BT-Drs. 20/2354, S. 23.

139 Zitat aus der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/2354, S. 23: *„Die Zahlungen in Artenhilfsprogramme werden aufgrund der realen Volllaststunden rückwirkend berechnet und betragen beispielsweise bei durchschnittlichem Wind mit 2700 Volllaststunden (über 20 Jahre gerechnet) bei einer 5 MW Anlage mindestens 47.142 Euro (2 Prozent). Bei einem 20 Prozent erhöhtem Windertrag über 20 Jahre gerechnet, erhöht sich dementsprechend die Zahlung in die Artenhilfsprogramme auf mindestens 50.284 Euro. Bei einem 20 Prozent niedrigerem Windertrag über 20 Jahre beträgt die Zahlung in die Artenhilfsprogramme mindestens 43.999 Euro."*

140 Zu den Ausnahmevoraussetzungen oben III.; ebenso *Agatz*, Arbeitshilfe, a. a. O. (Fn. 64).

141 BT-Drs. 20/2354, S. 25: *„Nicht geregelt wird hingegen der Umgang mit der betriebsbedingten Kollisionsgefährdung von Ansammlungen bzw. während der Zeiten des Vogelzuges. Unter Ansammlungen sind insbesondere Kolonien, bedeutende Brut- und Rastgebiete sowie Schlafplatzansammlungen zu verstehen."*

142 Nach OVG Münster, Urteil vom 01.03.2021 – 8 A 1183/18, ist der Raubwürger nicht störungsempfindlich.

143 Aktuell nach VwV 2020 (Fn. 46), dort S. 15, nicht mehr störungsrelevant.

144 Zu Redaktionsschluss lag ein „Entwurf zum Erlass Anwendung der §§ 45b bis 45d BNatSchG sowie Prüfung der Betroffenheit von Vögeln und Fledermäusen im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung in Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen" vom MLUK (Brandenburg, vom 21.11.2022) vor, ebenso ein aktualisierter Entwurf einer „Arbeitshilfe zur Berücksichtigung des Fledermausschutzes bei der Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA) in Thüringen" vom 03.11.2022. – Sollte etwa der Entwurf für Brandenburg in Kraft treten, drohen durch zusätzliche Vorgaben zur Erhebung neue Verzögerungen.

145 § 74 Abs. 6 S. 2 BNatSchG, dazu oben unter II.1.