

## Anmerkungen zum Eckpunktepapier „Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land“ aus der Sicht der Behördenpraxis

Ziel des Eckpunktepapiers ist eine bundesweite Standardisierung und Vereinfachung der artenschutzrechtlichen Prüfung in Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen, um diese zu beschleunigen und zugleich ein hohes materielles Artenschutzniveau und Rechtssicherheit zu gewährleisten. Das Konzept wird jedoch im Eckpunktepapier lediglich grob skizziert und bedarf umfangreicher, detaillierter Ausarbeitung. Um lückenlos präzise und schlüssig zu sein, ist ein einheitliches Regelungssystem aus einem Guss erforderlich, das in das Gesamtgefüge des BNatSchG und des Genehmigungsrechts korrekt eingepasst ist. Denn wie § 16b BImSchG zeigt, ergeben einzelne unzusammenhängende Textbausteine kein funktionsfähiges und zielführendes Ergebnis. Die ungleich komplexere Neuregelung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots bei WEA bedarf daher einer sorgfältigen Ausarbeitung. Dazu sollen hier einige Anmerkungen aus Sicht der Verwaltungspraxis zusammengestellt werden, die die Anforderungen an ein funktionsfähiges Regelungssystem und den erforderlichen Detaillierungs- und Standardisierungsgrad verdeutlichen, damit tatsächlich eine Vereinfachung, Standardisierung und Rechtssicherheit erreicht werden kann. Soweit auf Grund des noch hohen Abstraktionsgrades des Eckpunktepapiers schon möglich, werden hierzu mögliche Formulierungen skizziert. Als Arbeitshilfe wird parallel dazu eine Übersicht über die existierenden Länderleitfäden zusammengestellt. Auf Grund der weiterhin für jedes Projekt erforderlichen einjährigen Kartierungen und ggf. von Länderleitfäden zu den anderen artenschutzrechtlichen Verboten geforderten Raumnutzungs- und weiteren Untersuchungen sowie der mit einem strikt abstands-basierten Beurteilungssystem verbundenen Problematik der räumlich-zeitlichen Varianz von Brutplätzen bleiben jedoch grundlegende Probleme der Genehmigungspraxis ungelöst und kann a priori ein mehrjähriger Zeitraum für den Vorlauf und die Durchführung von Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen nicht unterschritten werden. Eine echte Entkopplung der Umsetzung von Windenergieprojekten und fachlich zentrierter Sicherung des Erhaltungszustandes von Populationen windenergiesensibler Vogelarten wird durch das vorgeschlagene Konzept nicht erreicht.

### Text des Eckpunktepapiers

#### 1. Standardisierung der Signifikanzprüfung

Es sollen erstmals im Bundesnaturschutzgesetz bundeseinheitliche gesetzliche Standards eingeführt werden, um zu prüfen, ob sich durch die Errichtung einer Windenergieanlage das Tötungs- und Verletzungsrisiko kollisionsgefährdeter Vögel signifikant erhöht. Damit schaffen wir für die Genehmigungsbehörden in den Ländern klare und verbindliche Prüfungs- und Bewertungskriterien und vereinfachen die Verfahren. Die Bewertung, ob eine Windenergieanlage das Tötungs- und Verletzungsrisiko für kollisionsgefährdete Vogelarten signifikant erhöht, erfolgt künftig:

- anhand einer abschließenden bundeseinheitlichen Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten (siehe Anlage).

Für einen einheitlichen, standardisierten Vollzug ist eine Vollregelung zu allen drei für WEA relevanten artenschutzrechtlichen Verboten erforderlich. Auch beim Störungs- und Beschädigungsverbot bestehen eine divergierende Verwaltungspraxis und hohe Rechtsunsicherheiten. Der Untersuchungs- und Maßnahmen-aufwand ist ähnlich hoch wie beim Tötungsverbot, da auch diese Arten stets eine einjährige Brut- und Rastvogelkartierung erfordern und zudem einige Länderleitfäden auch für störungs-empfindliche Arten Raumnutzungsanalysen vorsehen. Die Schaffung von großflächigen Ersatzhabitats erfordert auf Grund von Flächenknappheit jedenfalls Zeit- und Kostenaufwand und kann ggf. zum Scheitern des Projektes führen. Die Laufzeit eines Projektes (Gutachterstellung und Genehmigungsverfahren) wird stets durch den aufwändigsten Aspekt determiniert. Wird also nur das Tötungsverbot geregelt, vereinfacht und verkürzt, verkürzt dies die Laufzeit der Projekte nicht unmittelbar. Hinzu kommt, dass in der Alltagspraxis mitunter nicht klar zwischen den verschiedenen Verbotstatbeständen differenziert wird, sondern fachliche Wirkungen lose und wechselnd verschiedenen Verbotstatbeständen zugeordnet oder nur allgemein als artenschutzrechtlich unzulässig deklariert werden. Sofern weder im Oster- noch im Sommerpaket eine Vollregelung angestrebt wird, muss zum Erreichen einer tatsächlich abschließenden Regelung für kollisionsgefährdete Arten zumindest klargestellt werden, dass diese Arten nicht störungsempfindlich sind bzw. ein verbleibendes, nicht signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, ein Umfliegen des Hindernisses u.ä. nicht als Störung oder Entwertung einer Fortpflanzungsstätte im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG zu werten ist.

Vor dem Hintergrund der Diskussionen in der Rechtsprechung über den generellen Ausschluss von Vogelarten aus der Einzelfallprüfung im Genehmigungsverfahren (siehe Windenergie-Handbuch S. 224/225) muss die Gesetzesbegründung zur Artenliste der Anlage eine fachliche Aussage im Sinne der diesbezüglichen Rechtsprechung des BVerwG (9 B 25.17 und 9 B 5.20) enthalten, dass für alle weiteren Vogelarten auf Grund des artspezifischen Verhaltens oder eines hohen allgemeinen natürlichen und/oder anthropogenen Grundrisikos ohne weitere Prüfung ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko durch WEA ausgeschlossen werden kann. Sollte dies nicht für alle ausgeschlossenen Vogelarten zutreffen, muss für die verbleibenden Arten ergänzend das Argument der Robustheit herangezogen werden, was jedoch nicht auf ein ohne vertiefte Prüfung ausgeschlossenes signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, sondern auf eine ohne vertiefte Prüfung und ohne erforderliche Maßnahmen gegebene Ausnahme zielt und ebenfalls vom BVerwG als Ausschlusskriterium akzeptiert wurde (BVerwG 9 B 5.20, bisher allerdings noch offen, ob dies durch die OVG und/oder EuGH akzeptiert wird).

„Für die in der Anlage genannten Vogelarten sind keine betriebsbedingten Verletzungen der Verbote des § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 gegeben.“

„Das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 kennzeichnet eine unmittelbare physische Einwirkung auf die Fortpflanzungs- und Ruhestätte und wird daher durch betriebsbedingte Wirkungen von Windenergieanlagen nicht verletzt.“

„Für alle nicht in der Anlage gelisteten Vogelarten wird auf Basis einer generellen naturschutzfachlichen Bewertung des artspezifischen Verhaltens und des allgemeinen Grundrisikos, dem diese Arten stets ausgesetzt sind, festgestellt, dass Verstöße gegen das Tötungsverbot bereits mit dieser allgemeinen Prüfung sicher ausgeschlossen werden können und somit eine Prüfung des konkreten Einzelfalls nicht erforderlich ist.“

„Für einen Teil der Arten gründet sich die Entbehrlichkeit einer vertieften Prüfung im Einzelfall auf die Robustheit und weite Verbreitung der Art, die dazu führt, dass sich der Erhaltungszustand der Art auch ohne vertiefte Prüfung des konkreten Einzelfalls und ohne populationsstützende Maßnahmen nicht verschlechtert.“

- unter Berücksichtigung eines artspezifischen Tabubereichs in unmittelbarer Nähe zum Brutplatz und von weiteren Prüfbereichen (siehe Anlage). In den Prüfbereichen gilt die Regelvermutung, dass die Signifikanzschwelle überschritten ist. Diese Vermutung kann auf Grundlage einer bundeseinheitlichen verbindlichen Habitatpotenzialanalyse (inklusive Bewertungsmaßstäbe) widerlegt werden. Die bisher häufig erforderliche, aufwändigere Raumnutzungsanalyse entfällt, was den Aufwand begrenzt und das Verfahren beschleunigt. Sie kann aber weiter auf Antrag des Betreibers durchgeführt werden, wenn das im Einzelfall sinnvoll ist.
- Außerhalb der Prüfbereiche ist keine weitere Prüfung mehr erforderlich, da das Tötungsrisiko dort nicht signifikant erhöht ist. In diesem Bereich sind auch keine Vermeidungsmaßnahmen mehr zu ergreifen.

„Tabubereiche“ in dem Sinne, dass dort stets eine Verbotverletzung gegeben ist, die weder durch Vermeidungsmaßnahmen noch durch Ausnahmeerteilung zu überwinden ist, lassen sich aus dem Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht herleiten (OVG Berlin-Brandenburg 2 A 4.19, OVG Koblenz 8 B 11151/20). Die Rechtsprechung hat bereits klargestellt, dass mit Langzeitabschaltungen während der jahreszeitlichen Anwesenheits- und der tageszeitlichen Aktivitätsperiode eine Verletzung des Tötungsverbots auch bei unmittelbarer Brutplatznähe sicher ausgeschlossen ist (OVG Greifswald 1 M 245/21). Ebenso ließe sich nicht begründen, warum man für dasselbe getötete Individuum einer Vogelpopulation eine Ausnahme erteilen kann, wenn es einen Horst in 500 m Entfernung zur WEA besetzt, aber nicht, wenn es einen Horst in 300 m zur WEA besetzt - es ist und bleibt ein getötetes Individuum, das entweder von der Population verkraftet werden kann oder nicht. Hinter der Definition von Tabubereichen steht der rechtlich unzutreffende Gedanke, dass bereits (bzw. nur) ein erhöhtes Tötungsrisiko durch eine Ausnahme abgedeckt wird und man fachlich keine Ausnahme für ein besonders hohes Tötungsrisiko gewähren will. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sanktioniert allerdings nur die tatsächliche Tötung, nicht bereits die Verursachung eines erhöhten Tötungsrisikos, dementsprechend erlaubt eine Ausnahme die definitive Tötung des betroffenen Individuums. Um ein absolutes Verbot von WEA im Nahbereich von Brutplätzen durchzusetzen, bedürfte es daher eines neuen Verbotstatbestandes im BNatSchG. Ein derartiges absolutes Verbot der Errichtung von WEA in „Nahbereichen“ der in der Artenlisten genannten Größenordnungen würde eine erhebliche Beschränkung der Nutzbarkeit von für die Windenergie ausgewiesenen Flächen bedeuten und somit dem erkennbaren Ziel des Eckpunktepapiers, die Nutzbarkeit ausgewiesener Flächen sicherzustellen, zuwiderlaufen. Denn es entspricht der Praxiserfahrung, dass sich nach planerischer Ausweisung von Flächen für die Windenergie auch in diesen Bereichen Vogelarten komplett neu ansiedeln oder Brutplätze aus der Umgebung sich durch die üblichen saisonalen Verschiebungen in die ausgewiesenen Zonen oder das relevante Umfeld verschieben. Verschiebungen von WEA-Standorten um mehrere 100 Meter (Micrositing) sind im Rahmen einer Parkplanung nicht möglich, das Freihalten der „Nahbereiche“ bedeutet daher idR den Verzicht auf die betroffenen Standorte. Dementsprechend ist auch auf Genehmigungsebene das Freihalten eines kleinräumigen Bereichs um den zum Zeitpunkt der Kartierung besetzten Brutplatz („Momentaufnahme“) materiell wenig zielführend und kaum wirksam, da das Freihalten eines Horstumfeldes durch die typische Wechselhorstnutzung, die natürlichen Verluste von Horsten und andere übliche kleinräumige Verlagerungen von Brutplätzen bereits zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung oder kurze Zeit danach vielfach ins Leere geht, während in Bezug auf die verlagerten Brutplätze der Tabuabstand ggf. unterschritten wird. Die erstmalige Etablierung eines absoluten Verbots von WEA im Nahbereich der als Momentaufnahme einzustufenden kartierten Brutplätze ist daher materiellrechtlich nicht erforderlich.

Wenn für beide Prüfbereiche dieselbe Regelvermutung und dieselben Untersuchungsanforderungen gelten, macht eine Differenzierung verwaltungspraktisch keinen Sinn. Der überwiegende Teil der Länderleitfäden (z.B. NRW, Nds, RLP, TH, LSA, Sachsen, Bayern) differenziert entsprechend dem Helgoländer Papier die Regelvermutung zwischen dem inneren, zentralen und dem erweiterten Prüfbereich: Während im inneren Prüfbereich, der rund 50% der Flugaktivitäten um einen Brutplatz umfasst, als widerlegliche Regelvermutung von einem erhöhten Tötungsrisiko (oder einem Hinweis darauf) ausgegangen wird, gilt im erweiterten Prüfbereich die umgekehrte Regelvermutung, dass kein erhöhtes Tötungsrisiko besteht, es sei denn, es ergeben sich Hinweise auf - nur sehr selten auftretende - häufig genutzte Flugrouten zu speziellen Nahrungshabitats oder anderen Funktionselementen. Diese fachlichen Hintergründe der verschiedenen Abstandsbereiche und die daraus resultierenden unterschiedlichen Regelvermutungen ziehen in den betreffenden Länderleitfäden entsprechend differenzierte Untersuchungsanforderungen nach sich: Während im inneren Prüfradius eine aufwändige Brutvogelkartierung/Horstbaumerfassung sowie ggf. nachfolgende HPA/RNA erforderlich ist, ist im erweiterten Prüfbereich lediglich eine Datenrecherche und gutachterliche Analyse (eventuell zusätzlich HPA) durchzuführen. Sollte also dem Wortlaut des Eckpunktepapiers nach keine entsprechende Differenzierung der Regelvermutungen und Untersuchungs-umfänge erfolgen, würde dies eine deutliche Erhöhung des Untersuchungsaufwandes und eine verstrengerte Beurteilung durch umgekehrte Beweislasten im erweiterten Prüfradius bedeuten. Für die Arten, in denen anders als in den Länderleitfäden keine Differenzierung der Prüfradien mehr vorgesehen ist und dazu der innere Prüfbereich deutlich vergrößert wird (Weihen, Milane, Weißstorch), ergibt sich auf jeden Fall eine Verstärkung und Aufwandssteigerung. Für diese Arten fehlt in laufenden Projekten, in denen die Kartierung bereits stattgefunden hat, bei Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung ein relevanter Raum, der nicht kartiert wurde. Wird für diese Arten also der Prüfradius nicht auf die bisher üblichen Maße zurückgeführt, ist eine Übergangsregelung erforderlich, um laufende Projekte nicht zu verzögern. Dabei ist es nicht ausreichend, wie allgemein üblich auf den Zeitpunkt der vollständigen Antragstellung abzuheben, weil die Durchführung der Kartierung zum Zeitpunkt der vollständigen Antragstellung bereits 1-3 Jahre (oder mehr) zurückliegen kann, was durch die einjährige Laufzeit der Kartierungen, die oftmals auf Grund der hohen Auslastung der Gutachterbüros um mehrere Monate bis ein Jahr danach verzögerte Gutachten-erstellung, die Abstimmungsprozesse mit den Naturschutzbehörden, die Ausplanung von Maßnahmen sowie diversen weiteren Aspekten außerhalb des Artenschutzes, bedingt ist. Die mit den bisherigen Radien der Länderleitfäden durchgeführten Kartierungen sollten daher über den Zeitraum, für den üblicherweise eine Aktualität der Daten angenommen wird (5-7 Jahre), für Genehmigungen weiter verwendungsfähig bleiben. Relevante materielle Schutzzeitschranken sind mit einer solchen Übergangsregelung nicht verbunden, da die vergrößerten Prüfradien sämtlich über die Prüfradien des Helgoländer Papiers hinausgehen und idR für Brutplätze in diesen Entfernungen kein erhöhtes Tötungsrisiko zu besorgen ist.

„Kartierungsdaten, die in der Kartierungssaison des Jahres des Inkrafttretens der Anlage zu diesem Gesetz oder früher erhoben wurden und räumlich nicht vollständig den (inneren/erweiterten) Prüfbereich der Anlage abdecken, bleiben weiterhin nach den Maßstäben einer ausreichenden Datenaktualität gültig. Für die Beurteilung des Tötungsrisikos ist dabei davon auszugehen, dass sich im nicht kartierten Bereich keine Brutplätze (und keine essenziellen Funktionselemente) befinden.“

Für eine vollumfängliche Regelung des Tötungsverbots fehlen Aussagen und Regelungen für Rastvögel und Vogelzug. Gerade in diesen Bereich gibt es große Divergenzen in den Länderleitfäden und der Behördenpraxis sowie Unklarheiten der Rechtsprechung.

- durch eine Liste von artspezifischen Vermeidungsmaßnahmen, mit denen die vorhabenbedingte Erhöhung des Tötungsrisikos unter die Signifikanzschwelle gesenkt werden kann. Hier geht es zum Beispiel um Antikollisionssysteme, Abschaltungen aufgrund von Bewirtschaftungsereignissen in engem Umkreis um die Windenergieanlage unter Berücksichtigung von artspezifischen Verhaltensmustern, Windgeschwindigkeit etc. Weitere saisonale oder brutzeitbezogene Abschaltungen soll es nicht mehr geben

Hier werden Flächenmaßnahmen (z.B. Ablenkflächen mit attraktivem Nahrungsangebot, Umsiedlung von Rohrweihen und Falken, Habitataufbesserungen u.ä.) nicht erwähnt. Sollen sie gar nicht mehr zur Anwendung kommen?

Flächenmaßnahmen erfordern einen Zeit- und Kostenaufwand für die Flächenbeschaffung, Abstimmung und Ausplanung der Maßnahme, so dass ein Entfallen derartiger Maßnahmen beschleunigend und entlastend wirkt. In Bundesländern mit hoher Flächenkonkurrenz (z.B. NRW, Nds) wird die Verfügbarkeit und Bezahlbarkeit von Flächen zunehmend zu einem Hindernis, erst recht wenn der Windenergieausbau stark zunehmen soll. Projektbezogene Flächenmaßnahmen können zudem den weiteren Ausbau des Windparks am Standort einschränken. Andererseits bedeutet ein möglichst breiter Auswahlkatalog an Maßnahmen mehr Flexibilität, so dass jedes Projekt, die für es am besten zu erfüllenden Maßnahmen auswählen kann.

Egal um welche Art von Maßnahme es sich handelt, muss die Maßnahme nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ ausreichend präzise definiert sein, um eine Standardisierung und Rechtssicherheit zu gewährleisten. Zudem muss klar sein, ob und welche Maßnahmen additiv oder alternativ zu erfüllen sind.

Sofern Flächenmaßnahmen weiterhin zur Anwendung kommen, wird es auf Grund der unterschiedlichen Verfügbarkeit und der sehr großen Preisspanne für Pachten von Grundstücken kaum möglich sein, eine bundesweit einheitliche, „zumutbare“ Flächengröße zu definieren (zur generellen Problematik der Zumutbarkeitsschwelle siehe unten). Daher ist es umgekehrt jedenfalls erforderlich, alternative Maßnahmen zu Flächenmaßnahmen zu listen, zu denen neben temporären Abschaltungen auch produktionsintegrierte Maßnahmen gehören, da letztere Flächenkonkurrenzen mindern können (siehe Skizze zur Gestaltung eines Maßnahmenkatalogs unten).

Ein Hemmnis bei der Flächenbeschaffung (und ein großer Streitpunkt für die absehbare Zukunft bei Aufgabe von WEA-Standorten) ist zudem die im Naturschutzrecht ungeklärte Frage, ob Maßnahmenflächen nach Rückbau der WEA aufgegeben und wieder der landwirtschaftlichen Nutzung zugeführt werden dürfen. Die Naturschutzbehörden gehen hier oftmals von einem Verbot der Rückführung dieser zwischenzeitlich naturschutzfachlich wertvollen Flächen aus, in einigen Bundesländern werden Kompensationsflächen pauschal gesetzlich zu formal geschützte Objekten erklärt. Hier wäre eine klarstellende Regelung in Analogie zu § 30 Abs. 5 BNatSchG erforderlich, dass es sich bei artenschutzfachlichen Kompensationsflächen nur um „Natur auf Zeit“ handelt. Eine solche Klarstellung ist auch unerlässlich für eine artenschutzrechtlich sachgerechte Behandlung des Repowering (siehe hierzu unten).

Bei einer tatsächlichen Entkoppelung von WEA-Projekten und Maßnahmen können über ein Artenhilfsprogramm realisierte Flächenmaßnahmen, die in einen naturschutzfachlichen Wert hineingewachsen sind, auch unabhängig von einer Aufgabe der WEA dauerhaft aufrecht erhalten werden.

➔ „Artenschutzrechtliche Vermeidungsmaßnahmen sind nur für die Dauer des Betriebs der Windenergieanlage zu erfüllen. Nach dauerhafter Aufgabe der betreffenden Windenergieanlage darf eine Fläche, auf der Vermeidungsmaßnahmen umgesetzt wurden, unmittelbar wieder der ursprünglichen Nutzung zugeführt werden.“

- und schließlich einer Zumutbarkeitsschwelle für die Antragsteller, die festlegt, bis zu welcher Summe Vermeidungsmaßnahmen (für alle artenschutzrechtlichen Maßnahmen, unter anderem auch Fledermausabschaltungen) zu akzeptieren sind und ab wann eine Ausnahme zu beantragen ist. Diese Zumutbarkeit liegt in der Regel bei sechs Prozent der jährlichen Erzeugung, an besonders windhöffigen Standorten ab 100 Prozent des Referenzertrags) können im Einzelfall auch höhere Ertragsverluste (bis acht Prozent) zumutbar sein. Die Überschreitung wird durch eine Prognose im Genehmigungsverfahren bestimmt. Abschaltungsbezogene Vermeidungsmaßnahmen sind in der Ausnahme nur in einem begrenzten Umfang zulässig, die exakte Stundenzahl wird noch festgelegt. Die Kosten hierfür können bei den erforderlichen Zahlungen in die Artenhilfsprogramme angerechnet werden.

Dies steht in gewissem Widerspruch zu den Aussagen in Nr. 2 des Eckpunkteapiers. Dort wird für Arten, deren bundesweiter Erhaltungszustand sich im Trend nicht verschlechtert, festgestellt, dass als FCS-Maßnahme lediglich die Artenschutzabgabe gezahlt werden muss, welche zur Stützung des bundesweiten Erhaltungszustandes verwendet wird, und keine projektbezogenen FCS-Maßnahmen vorgesehen sind. Projektbezogene FCS-Maßnahmen sind - schlüssigerweise - nur dann vorgesehen, wenn die Bewertung der Nicht-Verschlechterung ausnahmsweise auf den Erhaltungszustand der lokalen Population gestützt wird, worauf projektbezogene Maßnahmen unmittelbaren Einfluss haben. In diesem Fall muss dann aber das Erfordernis einer Zahlung in die überregionalen Artenhilfsprogrammen hinterfragt werden. Hier sollte das Gewollte klar geregelt werden.

Hierbei muss klargestellt werden, ob nur Maßnahmen in Bezug auf das Tötungsverbot oder auch in Bezug auf die anderen beiden Verbotstatbestände sowie baubedingte Maßnahmen einzubeziehen sind. Da für diese Aspekte keine bundesweite (gesetzliche) Regelung erfolgen soll, erscheint es nicht möglich, diese anderen Maßnahmen einzubeziehen, denn dann müsste konsequenterweise auch für diese Verbotstatbestände bei Überschreiten der summarischen Zumutbarkeitsschwelle eine Ausnahme erteilt werden, wozu jedoch die Regelungen zum Erhaltungszustand und Artenhilfsprogramme/Zahlungsbemessung fehlen (siehe entsprechend auch für Fledermäuse). Die Summation kann sich daher systembedingt nur auf Vermeidungsmaßnahmen für das Tötungsverbot in Bezug auf alle windenergiesensiblen Vogelarten beziehen. Unklar ist auch ob Flächenmaßnahmen einbezogen werden sollen. Dies würde eine Umrechnung von Abschaltungen und Flächenmaßnahmen auf eine einheitliche Bezugsgröße (die nur die Kosten sein können) erfordern. Da die Kosten für Flächenmaßnahmen extrem divergieren (siehe oben), ist aber keine bundesweit einheitliche Zumutbarkeitsschwelle sachgerecht. Ebenso würde auch die Bewertung von Antikollisionssystemen eine Umrechnung auf Kosten erfordern, da hier geringe Abschaltzeiten hohen Kosten für das Detektionssystem (sowie ggf. höherem Verschleiß der WEA durch häufige Abschaltung) gegenüberstehen.

Fledermausabschaltungen nach ProBat-Algorithmus bzw. worst-case-Abschaltung der Leitfäden der Bundesländer betragen regelmäßig bereits 2-6% des Ertrags, so dass sehr schnell und oft bei Hinzurechnen von Abschaltzeiten für Vögel eine Schwelle von 6% des Ertrags überschritten würde. Die Entscheidung über eine Ausnahme für Vögel würde somit von der Fledermausabschaltung dominiert, was fachlich und rechtlich fragwürdig ist. Zudem wäre dann auch (und noch dazu hauptsächlich) eine Ausnahme für Fledermäuse zu erteilen, da hier eine Unzumutbarkeit postuliert wird und im Rahmen der Ausnahme nur „begrenzte Stunden“ an Abschaltungen vorgesehen sind. Aussagen zum Erhaltungszustand sowie die Etablierung von Artenhilfsprogrammen für Fledermäuse sind jedoch unter Nr. 2 des Eckpunkteapiers nicht vorgesehen. Es ist daher sachgerechter und praktikabler, die Bewertung von Vögeln und Fledermäusen separat zu behandeln, indem die Zumutbarkeitsschwelle für Vögel entsprechend nur auf Vögel zugeschnitten wird (und deshalb ggf. bei weniger als 6% des Ertrags festgelegt wird) und eine bundesweit einheitliche, einfach zu handhabende Regelung für Fledermäuse zu treffen (siehe hierzu unten).

Eine Ausnahme muss nicht beantragt werden, da sie von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG umfasst ist. Zudem kann es keine Verpflichtung des Antragstellers geben, von der Vermeidung eines Verbotstatbestandes durch von ihm vorgesehene, geeignete Maßnahmen abzusehen, auch wenn diese über einer postulierten Zumutbarkeitsschwelle liegen. Insbesondere in den Fällen, in denen die anderen Tatbestandsvoraussetzungen einer Ausnahme nicht gegeben sind, wird es also auch weiterhin zu von Antragstellern vorgesehenen (Langzeit-)Abschaltungen (oder Flächenmaßnahmen) kommen, für die eine Genehmigung nicht verwehrt werden kann. Will man an den Standorten, an denen die Voraussetzungen für eine Ausnahme nicht vorliegen, die Errichtung von WEA mit Langzeitabschaltungen verhindern (z.B. im „Tabubereich“), so müsste (wenn keine neuartiger Verbotstatbestand im BImSchG geschaffen wird, siehe hierzu oben) in erster Linie der diesbezügliche Fehlanreiz der Anlage 2 Nr. 7.1 d) des EEG, der durch die Ausweitung des Referenzertragsmodells bis auf 50% des Referenzertrags nochmals verstärkt wird, behoben werden, indem Langzeitabschaltungen nicht mehr finanziell über das Referenzertragsmodell in gleicher Weise wie Windhöffigkeitsunterschiede ausgeglichen werden. Eine vollständige Streichung des finanziellen Ausgleichs für artenschutzrechtliche Abschaltungen ist hingegen nicht indiziert, da die Fledermausabschaltung und offensichtlich auch ernte- und ereignisbezogene Abschaltungen für Vögel weiterhin erwünscht sind und finanziert werden müssen. Aus dem Eckpunktepapier i.V.m. mit dem Entwurf der EEG-Novelle wird aber schlussendlich nicht deutlich, was genau gewollt ist. Auf Grund des teilweisen finanziellen Ausgleichs über das Referenzertragsmodell und die damit verbundene Verschiebung der Referenzertragsklassen ist auch eine Staffelung der Zumutbarkeit von Ertragsverlusten durch Abschaltungen weder erforderlich noch sinnvoll. Ebenso ist eine Anrechnung verbleibender Abschaltungen auf die Artenschutzabgabe nicht erforderlich - solange der Mechanismus der Anlage 2 Nr. 7.1 d) EEG erhalten bleibt. Wird die Prüfung von Ausführungsalternativen über das Kriterium des Ertragsverlustes definiert, wäre es wegen der finanziellen Kompensation des EEG zutreffender nicht von (wirtschaftlicher) „Zumutbarkeit“ für den Anlagenbetreiber zu sprechen, sondern davon, dass erhebliche Energieertragsverluste aus Sicht des öffentlichen Interesses an der Windenergieerzeugung keine „zufriedenstellende Alternative“ (was dem Wortlaut der EU-Richtlinie entspricht) und umweltfachlich kontraproduktiv sind, da dann zusätzliche Standorte für das Erreichen der Ausbauziele mit WEA bebaut werden müssen. Damit wird das Überwiegen des öffentlichen Interesses zutreffender und gewichtiger begründet.

Eine derartige Prognose ist nicht möglich. Der Jahresertrag einer WEA im langjährigen Mittel kann zwar einigermaßen genau prognostiziert werden. Allerdings haben weder Genehmigungs- noch Naturschutzbehörden ausreichende Erfahrung mit Ertragsprognosen, so dass Diskussionen und auch Fehlentscheidungen in Genehmigungsverfahren vorprogrammiert sind. Zudem müsste definiert werden, ob der Bruttoertrag oder der Standortertrag nach Anlage 2 des EEG (oder eine andere Ertragsgröße) als Bezugspunkt heranzuziehen ist. Die Bestimmung des Standortertrages ist nur als Abschätzung möglich und führt damit zu weiteren Unsicherheiten und Diskussionspunkten. Der Ertragsverlust eines einzelnen Sommertags, an dem z.B. eine Ernteabschaltung stattfindet, kann von nahezu null an einem windstillen Tag bis hin zum Vollastertrag reichen. Die Zahl der Erntevorgänge lässt sich nicht exakt vorhersagen und wird von Jahr zu Jahr unterschiedlich sein. Es müssten also zahlreiche Annahmen getroffen werden, für die es kein objektives „richtig“ oder „falsch“ gibt, die Überschreitung der Zumutbarkeitsschwelle wäre damit in gewissem Maß „gestaltbar“. Da die Zumutbarkeitsschwelle das zentrale Entscheidungskriterium ist, würden all diese Unsicherheiten der Ertrags- und Abschaltprognose nicht nur Streitgegenstand in Genehmigungs- sondern auch in Gerichtsverfahren. Eine solche Situation ist für keinen der Beteiligten erstrebenswert!

Es müsste also eine umfassende und sehr detaillierte Standardisierung der Ansätze und Eingangsdaten für die Prognose geregelt werden, um die zu erwartenden Divergenzen wenigstens etwas zu begrenzen, wobei klar ist, dass trotz allem Unsicherheiten und Angriffspunkte verbleiben werden. Eine solche Standardisierung könnte z.B. generell den 100%-Referenzertrag als Bezugsgröße heranziehen (da es nur auf den prozentualen, nicht auf den absoluten Ertragsverlust ankommt) und z.B. feste Sätze an Ertragsverlusten pro Ernteereignis und eine feste Zahl an Ernteereignissen pro Flurstück im relevanten Umkreis vorsehen. Damit könnten zumindest vergleichbare Werte erzielt werden, wobei aber deutlich wird, dass es sich lediglich um Konventionenwerte handelt und der reale Ertragsausfall bestenfalls als grobe Abschätzung abgebildet wird.

Abschaltzeiten bei Einsatz von Detektionssystemen lassen sich nicht berechnen, Erfahrungswerte liegen bisher ebenfalls noch nicht vor, so dass hier Prognosen derzeit nicht möglich sind. Hinzu kommt, dass bei Detektionssystemen zwar die Ertragsverluste niedriger sind, aber das System selbst mit erheblichen Kosten verbunden ist, was bei der Bewertung einer wirtschaftlichen „Zumutbarkeit“ berücksichtigt werden müsste.

Da der Text des Eckpunkteapiers sowie die Wahl der Zumutbarkeitsschwelle bei 6% des Ertrags impliziert, dass Ernte- und Mahd- oder andere ereignisbezogene Abschaltungen (z.B. Nebel) als zumutbar angesehen werden, aber Langzeitabschaltungen während der gesamten Brutperiode nicht, und weitere Abschaltarten derzeit nicht bekannt sind, könnte das Entscheidungskriterium auf genau diese Unterscheidung reduziert und damit wesentlich vereinfacht und rechtssicher gestaltet werden. Auf Grund der ohne Weiteres ersichtlichen vollkommen anderen Größendimension der Stromertragsverluste durch ereignisbezogene und Langzeitabschaltung ließe sich dieses Entscheidungskriterium auch gut als „keine zufriedenstellende Alternative“ für das öffentliche Interesse an der Windstromerzeugung begründen.

Um die geschilderten Probleme zu lösen, könnte die Prüfung der Ausführungsalternativen (Zumutbarkeit / zufrieden stellende Alternative) gestuft gestaltet werden:

An Hand des angekündigten, definierten Maßnahmenkatalogs werden die erforderlichen Abschaltungen in Form der jahres- und tageszeitlich Zeiträume einschließlich Abschaltparameter (Windgeschwindigkeiten, Erntereignisse, Sichtverhältnisse usw.) bestimmt, die ohne Weiteres (also ohne Einsatz von Detektionssystemen und ohne Flächenmaßnahmen) zur Vermeidung aller Verstöße gegen das Tötungsverbot windenergiesensibler Vogelarten erforderlich sind. Diese genau definierten Angaben, also bei welchem Tötungsrisiko welche Abschaltungen als Vermeidungsmaßnahme erforderlich sind, muss der Maßnahmenkatalog (unabhängig von einer Ausnahmeregelung) sowie so beinhalten, wenn er eine standardisierte Entscheidungsvorgabe hinsichtlich der Beurteilung der Verletzung des Verbotstatbestandes und den erforderlichen Maßnahmen geben soll. Ebenso muss der Maßnahmenkatalog dann (ebenfalls unabhängig von der Ausnahme), um eine ausreichende Auswahl und Flexibilität bei den Vermeidungsmaßnahmen zu geben für die jeweiligen Risikoklassen alternativ Flächenmaßnahmen (und ggf. weitere alternative Maßnahmen) angeben, die als gleichwertige Vermeidungsmaßnahme zu den jeweiligen Abschaltungen angesehen werden. Zur Entscheidung über die Ausnahme wird jede der definierten Abschaltungen im Maßnahmenkatalog eingestuft, ob sie „zumutbar“ bzw. „zufriedenstellend“ ist oder nicht, wodurch die kaum belastbaren Ertragsverlustprognosen durch eine Klassifizierung der verschiedenen Abschaltungen ersetzt wird.

Im konkreten Einzelfall stehen dann als Ausführungsalternativen zu der definierten Abschaltung die jeweils gleichwertigen Flächenmaßnahmen sowie stets der Einsatz eines Detektionssystems zur Verfügung. Unterschreitet die Abschaltzeit die Zumutbarkeitsschwelle, ist keine Ausnahme möglich, da mit der Abschaltung stets eine zumutbare Vermeidungsmaßnahme gegeben ist. Der Antragsteller hat die Wahl, ob er die Abschaltung oder die korrespondierenden Flächenmaßnahmen/sonstigen Maßnahmen oder ein Detektionssystem einsetzt. Überschreitet die Abschaltzeit die Zumutbarkeitsschwelle, so trifft der Antragsteller eine begründete Aussage zur Verfügbarkeit von Flächenmaßnahmen und dem wirtschaftlichen Einsatz von Detektionssystemen. Ist nach diesen Angaben keine dieser Ausführungsalternativen für das konkrete Projekt realisierbar, so wird eine Ausnahme erteilt und die zugehörige Zahlung an das Artenhilfsprogramm fällig. Auf diese Weise wird indirekt durch die Bemessung der Artenschutzabgabe die finanzielle Zumutbarkeitsschwelle definiert: In Regionen mit guter Flächenverfügbarkeit oder bei Projekten in der Trägerschaft von Landwirten kann die Durchführung einer Flächenmaßnahme für das Projekt tragbar und günstiger als die Artenschutzabgabe sein, während für ein Projekt in der Trägerschaft eines Projektierers in einer Region mit schlechter Flächenverfügbarkeit der Weg über die Ausnahme und die Artenschutzabgabe eröffnet ist. Ebenso kann für Projekte, für die sich eine hohe Artenschutzabgabe ergibt, der Einsatz eines Detektionssystem vorteilhaft sein. Auf diese Weise werden sowohl bundesweite und projektbezogene Spezifika aufgefangen als auch Flexibilität für die Antragsteller gewährleistet und zugleich aufwändige, extrem detaillierte Entscheidungsregelungen, die vermutlich trotzdem nicht jedem Einzelfall gerecht werden können, entbehrlich. Durch diesen Mechanismus wird zudem verhindert, dass im Rahmen des rechtlich stets möglichen Arbeitens mit worst-case-Ansätzen stets der Weg in die Ausnahme gewählt wird (was anscheinend nicht gewollt ist), denn durch die Bemessung der Höhe der Artenschutzabgabe kann gesteuert werden, wie oft bzw. weitgehend die Ausnahme in Anspruch genommen wird oder aber weiterhin projektbezogene Maßnahmen durchgeführt werden.



Skizze für Maßnahmenkatalog (nur beispielhaft für das System, inhaltlich unmaßgeblich)

	Alternative Vermeidungsmaßnahmen - immer mögliche Alternative: Vogeldetektionssystem			
Risikostufe gemäß HPA	Abschaltung	Flächenmaßnahme	produktionsintegrierte Maßnahme	sonstige Maßnahme
0 (kein seT)	-	-	-	-
1	Ernte- und Mahdabschaltung (zumutbar / zufriedenstellend)	0,5 ha Ablenkfläche	Zwischenfruchtanbau, Vermeidung von Schwarzbrachen im Umfeld der WEA	unattraktive Gestaltung Turmfuß
2	Ernte- und Mahdabschaltung, Abschaltung in Balzphase (zumutbar / zufriedenstellend)	2 ha Ablenkfläche	Ackergraskultur mit als Ablenkwirkung geeigneter Bewirtschaftung	Luderplatz
3	Abschaltung während Brutperiode (unzumutbar / nicht zufriedenstellend)	3 Flächen à 2 ha sowie 5 Kunsthorste	nicht wirksam	nicht wirksam
4	Abschaltung während gesamter saisonaler Anwesenheit (unzumutbar / nicht zufriedenstellend)	nicht wirksam	nicht wirksam	nicht wirksam

Für diesen Bereich sind die Regelungen abschließend. Abweichende Regelungen der Länder sind nicht möglich. Beim Umgang mit sogenannten **Ansammlungen** können die Länder ihre individuellen Vorgehensweisen beibehalten, ebenso beim Umgang mit **Fledermäusen**.

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz (BMUV) und das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) werden die kollisionsgefährdeten Brutvogelarten, die Abstände, die Vermeidungsmaßnahmen alle drei Jahre evaluieren und aktualisieren. Bis Ende 2022 werden BMUV und BMWK darüber hinaus die Einführung einer probabilistischen Methode zur mathematischen Berechnung der Kollisionswahrscheinlichkeit prüfen und soweit möglich einen Vorschlag hierzu vorlegen.

Diese bundeseinheitlichen gesetzlichen Standards werden wesentlich zur Rechtssicherheit der Genehmigungsentscheidungen beitragen und es den Behörden erleichtern, eine rechtssichere Ausnahme zu erteilen, wenn Vorhaben die Signifikanzschwelle überschreiten.

## 2. Artenschutzrechtliche Ausnahme

Die artenschutzrechtliche Ausnahme für die Genehmigung von Windenergieanlagen an Land wird konkretisiert. Liegen die dafür festgelegten Anforderungen vor, ist eine Ausnahme zukünftig **ohne behördliches Ermessen** zu erteilen.

Es ist nicht ersichtlich, warum es in Bezug auf „Ansammlungen“ erforderlich oder sinnvoll wäre, auf eine bundeseinheitliche Regelung zu verzichten. Der Begriff „Ansammlungen“ ist ungebräuchlich, er müsste zweifelsfrei legal definiert werden (Schlafplätze, Rastplätze, Dichtezentren, Schwerpunktverhalten usw.), um die Regelungsbereiche sicher abzugrenzen. Durch diese Öffnungsklausel besteht ein Potenzial für Divergenzen und Verzögerungen in Genehmigungsverfahren und damit einer Konterkarierung des angestrebten Ziels einer bundesweiten Standardisierung und Vereinfachung. Mit der Ausformulierung des § 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG hat der Bundesgesetzgeber geregelt, dass zur Beurteilung einer Verletzung des Tötungsverbots (entgegen dem Wortlaut des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und entgegen der ursprünglichen Signifikanzrechtsprechung des BVerwG) nicht auf das Risiko abzustellen ist, dass die beantragte WEA einen Vogel schlägt, sondern auf das Risiko des einzelnen Vogels, geschlagen zu werden (zum Unterschied zwischen beidem siehe Windenergie-Handbuch S. 229 m.w.V.). Für das Risiko eines einzelnen Individuums, von einer WEA geschlagen zu werden, spielt es allerdings offensichtlich keine Rolle, ob sich im Umfeld noch weitere Individuen derselben Art befinden oder nicht. Für eine Berücksichtigung von „Ansammlungen“ (egal ob hiermit Dichtezentren, Schlaf- oder Rastplätze oder einfach nur eine Mehrzahl kartierter Brutplätze gemeint ist), ist daher im Rahmen der Signifikanzprüfung weder bundes- noch landesrechtlich Raum, sofern nicht § 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG angepasst wird. Es ist im Zuge einer bundesgesetzlichen Regelung des Tötungsverbots daher gerade notwendig, die bundesrechtswidrigen Regelungen der Länderleitfäden zu beenden - oder aber § 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG auf die Risikoperspektive des Anlagenbetreibers zu ändern, denn die Wahrscheinlichkeit, dass eine WEA einen Vogel schlägt, steigt mit der Zahl der Individuen in ihrer Umgebung. Die opportunistisch wechselnd gewählte Risikoperspektive ist in der derzeitigen Verwaltungspraxis ein Grund für Divergenzen und „unberechenbare“ Entscheidungen. Spätestens bei der Entwicklung von probabilistischen Methoden müssen diese (und weitere) bisher ungeklärten Fragen eindeutig beantwortet werden. Im Rahmen der Ausnahmeprüfung ist es hingegen (unabhängig von der gewählten Risikoperspektive) möglich und sachgerecht, bei der Prüfung von Standortalternativen die Zahl der betroffenen Individuen oder die spezielle Funktion eines Standortes als Quellpopulation zu berücksichtigen (siehe unten Prüfung von Standortalternativen), da beides für die Beurteilung der Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustandes relevant ist. Daher ist es bereits regelungssystematisch nicht möglich, „Ansammlungen“ dem Regelungsbereich der Bundesländer zu überlassen.

Für den Umgang mit Fledermäusen steht fachlich gestützt durch das Renebat-Forschungsprojekt eine im Genehmigungsalltag einfach zu handhabende und zugleich fachlich erwünschte Regelung in Form der sog. „worst-case-Abschaltung“ zur Verfügung, die zudem auch durch die Rechtsprechung akzeptiert ist (z.B. OVG Münster 8 A 4256/19 und 8 A 1183/18). Durch das Entfallen von methodisch problematischen und aufwändigen einzelfallbezogenen Fledermausuntersuchungen wird das Genehmigungsverfahren und die vorlaufenden Untersuchungen entlastet (siehe z.B. Leitfaden Artenschutz NRW Kapitel 8, Nr. 2.b)2.). Allerdings enthalten noch nicht alle Länderleitfäden diese Option der worst-case-Abschaltung unter Verzicht auf aufwändige Untersuchungen. Ebenso gibt es fachliche Divergenzen hinsichtlich der genauen Setzung der Parameter (Jahreszeit, Windgeschwindigkeit, Temperatur, Niederschlag) der Abschaltung. All dies spricht gerade für eine - regelungssystematisch leicht umsetzbare - bundeseinheitliche Regelung des betriebsbedingten Tötungsverbots von Fledermäusen.



*„Zur Vermeidung des Eintritts des betriebsbedingten Tötungsverbots in Bezug auf Fledermäuse ist eine Abschaltung der Windenergieanlage im Zeitraum zwischen 01.04. und 31.10. in der Zeit zwischen Sonnenuntergang und Sonnenaufgang bei Temperaturen von mehr als 10°C und Windgeschwindigkeiten von weniger als 6 m/s in Nabenhöhe vorzunehmen. Die Abschaltzeiten können auf Basis eines zweijährigen Gondelmonitorings an der errichteten Anlage nach der Methodik des Renebat-Forschungsprojektes reduziert werden, wobei ein Sollwert von zwei getöteten Fledermäusen anzusetzen ist.“*

Dies entspricht bereits der geltenden Rechtslage bei der Erteilung von BImSchG-Genehmigungen. Im Rahmen von gebundenen Entscheidungen steht der Genehmigungsbehörde bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für Ausnahme- oder Befreiungstatbestände kein weitergehendes Ermessen zu. Dies ist herrschende Meinung in Rechtsprechung und -literatur (speziell für artenschutzrechtliche Ausnahmen bei WEA: OVG Münster 7 B 8/21). Es sollte hier kein anderer Eindruck erweckt werden, da für WEA häufig verschiedenste Arten von Ausnahmen und Befreiungen erforderlich sind (u.a. auch die unten angesprochene Befreiung nach § 67 BNatSchG in Bezug auf Schutzgebiete) und diese nicht im irrtümlichen Umkehrschluss zu einer vermeintlichen „Sonderregelung“ für artenschutzrechtliche Ausnahmen nun plötzlich einem weitergehenden Ermessen unterzogen werden sollten.

- Erneuerbare Energien liegen im übertragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Damit liegt der Ausnahmegrund in der Regel vor.
- Die Anforderungen der Alternativenprüfung werden konkretisiert. Dabei sollen folgende Regelvermutungen gelten:
  - In Gebieten, die gezielt für Windenergie ausgewiesen sind oder ausgewiesen werden sollen, ist regelmäßig davon auszugehen, dass in dem ordnungsgemäß durchgeführten Planverfahren die Auswahl der am besten geeigneten Standorte auch unter Berücksichtigung des Natur- und Artenschutzes erfolgt ist. Somit bestehen keine Standortalternativen, solange die Flächenziele nicht erreicht sind.
  - Begleitend werden die Anforderungen an die Umweltprüfungen bezüglich des Artenschutzes zeitnah gesetzlich konkretisiert.
  - Für Gebiete, für die (noch) keine Planung vorliegt, sollen die Anforderungen an die Alternativenprüfung gesetzlich präzisiert werden, indem ein klar umgrenzter Bereich festgelegt wird, in dem Alternativen zu prüfen sind.

Hierbei sollte auf alle Arten planerischer Ausweisungen Bezug genommen werden, d.h. Ausweisungen nach §§ 5, 8, 12 BauGB, § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB, § 249 Abs. 1 BauGB sowie regionalplanerische Ausweisungen nach § 7 Abs. 3 Nr. 1 und 3 ROG. Um eine Kompatibilität mit dem angekündigten neuen Planungsregime ohne erneute Anpassung der naturschutzrechtlichen Regelung zu gewährleisten, sollte ggf. sogar auf den Bezug auf bestimmte Paragraphen verzichtet und allgemein auf jegliche bauleit- und regionalplanerische Flächenausweisung für die Windenergie Bezug genommen werden. Außerdem sollte klargestellt werden, dass die ausgewiesenen Flächen in Summe alternativlos sind und somit kein Verweis von einer ausgewiesenen Fläche auf die andere stattfinden kann.

„Bei Vorhaben auf Flächen, die durch die Bauleitplanung oder Raumordnungsplanung für die Windenergienutzung ausgewiesen wurden, bestehen auf Grund der erforderliche Bedarfssicherung und der planerischen Funktionszuweisung keine Standortalternativen.“

Vermutlich sind hier Regelungen zur Prüfung artenschutzrechtlicher Belange auf Planungsebene gemeint. Zur beschleunigten Flächenausweisung sowie zur fachlichen Fundierung der Flächenauswahl sollte diese nicht auf die Momentaufnahme einer Kartierung sondern primär auf Erkenntnisse und Daten von Vollzugs- und Fachbehörden, Biostationen, Fachdatenbanken und ehrenamtlichem Naturschutz über die langfristige Bedeutung bestimmter Flächen und Gebiete für den Artenschutz und Populationserhalt gestützt werden. Hierbei kann auch auf von den Ländern im Rahmen der Artenhilfsprogramme definierte Gebiete zur Sicherung des Erhaltungszustandes (siehe unten) Bezug genommen werden.

Allein die Festlegung des räumlichen Suchbereichs für Standortalternativen ist nicht ausreichend, um diese Problematik in BImSchG-Genehmigungsverfahren zu überwinden. Alternativenprüfungen sind dem BImSchG-Genehmigungsverfahren als gebundener Entscheidung über das konkret beantragte Vorhaben grundlegend fremd. Hinzu kommt, dass selbst bei der kleinsten denkbaren Begrenzung auf das Gemeindegebiet für eine WEA eine sehr große Vielzahl an potenziellen Standorten verbleibt. Im Gegensatz zu trassenartiger Infrastruktur oder Großprojekten mit spezifischen Standortansprüchen, bei denen üblicherweise einzelne wenige Standortalternativen geprüft werden, ist es quantitativ nicht möglich, für eine sehr große Vielzahl an potenziellen WEA-Standorten eine Prüfung aller Genehmigungsvoraussetzungen vorzunehmen. Hierzu fehlt grundlegend speziell für die vergleichende artenschutzrechtliche Betrachtung eine flächendeckende Kartierung aller windenergiesensiblen Vogelarten. Für den Antragsteller ist eine abschließende Prüfung gar nicht möglich, da zahlreiche Genehmigungsvoraussetzungen von einer für ihn nicht vollumfänglich voraussehenden Einzelfallentscheidung der Behörde abhängen (z.B. artenschutzrechtliche Einschätzungsprärogative, optisch bedrängende Wirkung, Befreiung von Abstandsflächen), so dass eine Alternativenprüfung nur von der Behörde vorgenommen werden könnte (und sowieso auf Entscheidungsebene vorgenommen werden muss). Aber selbst die behördliche Prüfung kommt zu keinem Ergebnis, wenn die Inanspruchnahme von Alternativstandorten selbst wiederum von einer (auf die Verfügbarkeit des beantragten Standortes zurückgreifenden) Alternativenprüfung abhängt (z.B. WEA im Wald oder LSG). Im Ergebnis ergäbe sich eine echte (planerische) Abwägungsentscheidung, welche Aspekte vorzuzugewürdigt sind oder zurückstehen sollen, für die keinerlei gesetzliche Leitlinien existieren und einer Behörde im Rahmen gebundener Entscheidungen nicht zusteht. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob ein einziger alternativer Standort für eine WEA ausreicht, auf den ggf. alle im Gebiet beantragten WEA verwiesen werden können oder wie viele Alternativstandorte gegeben sein müssen. Und schließlich ist die Zugriffsmöglichkeit des Antragstellers auf ggf. ermittelte alternative Standorte kaum prüfbar, da im Gegensatz zu Infrastrukturtrassen u.ä. keine Enteignungen möglich sind.

Blendet man die Grundstücksverfügbarkeit aus und reduziert die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen ansonsten auf eine cursorische Prüfung, ob es einen Standort gibt, an dem kein Brutplatz der betroffene Vogelart innerhalb der artspezifischen Prüfradien der Anlage gegeben ist oder dieser zumindest in einer größeren Entfernung als der Tabuabstand liegt, wird ohne Weiteres zu bejahen sein, dass ein solcher Standort auch innerhalb eines Gemeindegebiets mit großer Wahrscheinlichkeit irgendwo - erst recht als Momentaufnahme einer saisonalen Kartierung - vorliegen wird, so dass ein besserer Standort zu unterstellen ist und die Ausnahmeerteilung vollständig ins Leere läuft.

Fachlich zutreffender und praktikabler ist hingegen ein umgekehrter Prüfungsansatz, wie er bereits in einigen Länderleitfäden (z.B. Bayern, Thüringen, Sachsen-Anhalt) enthalten ist: Liegt das beantragte Vorhaben in einem artenschutzfachlich außergewöhnlich hochwertigem Bereich wie z.B. einem Dichtezentrum oder Quellpopulationsgebiet ist anzunehmen, dass weniger konfliktreiche Standorte verfügbar sind. Liegt das Vorhaben hingegen in einem Bereich ohne quantitative oder qualitative besondere Artvorkommen, stellt also nur einen Standort mit einem für den betroffenen Landschaftsraum typischen Arteninventar durchschnittlicher Wertigkeit dar, ist davon auszugehen, dass alternative Standorte eine vergleichbare durchschnittliche Wertigkeit haben und somit keine bessere Alternative darstellen. Um Unsicherheiten über die Definition und das Vorliegen von wertvollen Gebieten im Genehmigungsverfahren zu vermeiden, können entweder Legaldefinitionen der v.g. Begriffe erfolgen und/oder diese Flächen im Zuge der Konzeptionierung der Artenhilfsprogramme konkret verortet deklariert werden. Diese Regelung kann zudem auf Gebiete mit Flächenausweisungen unterhalb von Flächenzielvorgaben erweitert werden, sofern Flächenzielvorgaben etabliert werden.

„In Gemeindegebieten ohne bauleit- oder raumplanerisch für die Windenergienutzung ausgewiesenen Flächen [oder mit Flächenausweisungen unterhalb der Flächenzielvorgaben des § XX BauGB] ist in der Regel davon auszugehen, dass kein Alternativstandort mit einem maßgeblich geringeren artenschutzrechtlichem Konfliktpotenzial gegeben ist, wenn das beantragte Vorhaben außerhalb von Naturschutz- und Natura2000-Gebieten und außerhalb von durch die Länder im Rahmen der konzeptionellen Artenhilfsprogramme festgelegten für die Sicherung des Erhaltungszustandes windenergiesensibler Vogelarten essenziellen Gebiete liegt.“

- Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art:
  - Es wird vermutet, dass kein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot vorliegt, wenn für die betreffende Art in ihrem Bestand zu erwarten ist, dass der Zustand der Population einen positiven Trend aufweist oder sich zumindest bundesweit nicht verschlechtert; weitere Voraussetzung ist, dass in ein für diese Art bestehendes Artenhilfsprogramm eingezahlt wird.
  - Die Vermutung gilt auch, wenn statt des Nachweises der Stabilität des bundesweiten Erhaltungszustands der Nachweis geführt werden kann, dass sich der Erhaltungszustand der durch das Vorhaben betroffenen lokalen Populationen nicht verschlechtert, gegebenenfalls unter Beachtung von FCS-Maßnahmen oder der Zahlungen in die Artenhilfsprogramme.
  - Für die als kollisionsgefährdet gelisteten Vögel wird sehr zeitnah festgelegt, ob sie in ihrem Bestand gefährdet sind.
  - Für eine Übergangszeit von drei Jahren wird für die Bestimmung des Erhaltungszustandes zunächst auf vorhandene Erkenntnisse abgestellt. In dieser Zeit reicht es für den Nachweis der bundesweiten Nicht-Verschlechterung aus, wenn die Art nicht auf einer Gefährdungsliste geführt oder wenn die Nicht-Gefährdung vom Bundesamt für Naturschutz festgestellt wird.

Derzeit existieren in Bund und Ländern nur einige wenige Artenhilfsprogramme, welche zudem nicht spezifisch auf windenergiesensible Arten zugeschnitten sind. Hier muss eine gesetzliche Verpflichtung der Länder zur Einrichtung von entsprechenden Artenhilfsprogrammen verankert werden. Um bereits unmittelbar ab Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelungen die Möglichkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nutzen zu können sowie den Fall abzusichern, dass ggf. ein zur Einrichtung eines Artenhilfsprogramms verpflichtetes Land seiner Pflicht nicht nachkommt, muss als Übergangs- und Auffangregelung eine zweckgebundene Zahlung an die für die Ausnahmeerteilung zuständige Naturschutzbehörde vorgesehen werden. In das Konzept der Artenhilfsprogramme kann sofern erforderlich die Kennzeichnung von für den Populationserhalt essenziellen Flächen integriert werden, die dann von WEA freizuhalten sind (siehe oben zu Standortalternativen).



„Die Länder richten bis zum xx.xx.xx Artenhilfsprogramme für die in der Anlage aufgeführten Vogelarten ein und überwachen regelmäßig die Entwicklung des Erhaltungszustandes. Zur Konzeption und Durchführung der Artenhilfsprogramme sowie zur Entwicklung des Erhaltungszustandes der Arten haben sie jährlich zum Jahresende dem BMUV zu berichten. Solange kein entsprechendes Artenhilfsprogramm vorliegt, ist die im Zuge der Ausnahmeerteilung erforderliche Zahlung an die für die Erteilung der Ausnahme zuständige Naturschutzbehörde zu zahlen und von ihr zweckgebunden für Artenschutzmaßnahmen für die betroffenen Vogelarten zu verwenden.“

Für diese Zahlung muss ein bundesweit einheitlicher Bemessungsschlüssel etabliert werden, da die Höhe der Artenschutzabgabe unmittelbar in Wechselwirkung mit der Zumutbarkeitsschwelle steht (siehe oben) und eine abschließende bundesrechtliche Regelung beabsichtigt ist. Im Gegensatz zu real erfolgenden Abschaltungen, die finanziell z.T. über den Mechanismus der Anlage 2 Nr. 7.1d) EEG kompensiert werden, kann eine Geldzahlung nur in den Gebotswert der EEG-Ausschreibung eingepreist werden, so dass es durch divergierende Länderregelungen zu Wettbewerbsverzerrungen und damit zur Gefährdung des über das 2%-Flächenziel angestrebten räumlich gleichverteilten Windenergieausbaus kommen würde. Da mit dem im Eckpunktepapier vorgesehenen Regulationssystem keine echte Trennung von projektbezogener Prüfung des individuenbezogenen Tötungsrisikos und naturschutzfachlichem Ziel der Sicherung des Erhaltungszustandes von Vogelarten umgesetzt wird, sind weiterhin in jedem Einzelfall aufwändige Kartierungen erforderlich, so dass hier keine finanziellen Ressourcen frei werden, die aufwandsneutral in die Artenschutzabgabe umgeleitet werden könnten. Bei der Bemessung der Artenschutzabgabe ist daher neben der Lenkungswirkung, wie oft eine Ausnahme in Anspruch genommen wird (siehe hierzu oben) auch die Auswirkung auf die EEG-Gebotswerte zu bedenken.

Zieht man als Ausgangspunkt der Überlegungen zur Bemessung der Abgabe den im Eckpunktepapier als zumutbar deklarierten Prozentsatz von 6% des Ertrags heran, so ergäbe sich bei einem jährlichen Stromertrag einer WEA von 10 Mio kWh und einer Vergütung von 6 ct/kWh ein jährlicher Betrag von 36.000 €. Dies dürfte bei einem Vielfachen der jährlichen Kosten für die heute üblichen Flächenmaßnahmen liegen, so dass voraussichtlich nur solche WEA die Ausnahme in Anspruch nehmen werden, für die Flächenmaßnahmen keine ausreichende Vermeidungswirkung haben (wobei wahrscheinlich vielfach auf Grund der vg EEG-Mechanismen stattdessen die Abschaltung gewählt werden wird). Mit einem angenommenen Bedarf von 500 TWh Windstrom mit 6 ct/kWh Vergütung ergibt sich bei Annahme, dass 10% der Anlagen eine Ausnahme in Anspruch nehmen und hierfür 6% des Ertrags zahlen ein überschlägiges jährliches Aufkommen einer Artenschutzabgabe von 180 Mio € und eine entsprechende Belastung der EEG-Gebotswerte. Diese überschlägigen Werte erscheinen sehr hoch, wenn man sie mit den Kosten üblicher Flächenmaßnahmen sowie üblichen Bemessungssätzen für Ersatzgeldzahlungen für den Eingriff in das Landschaftsbild vergleicht, so dass es fraglich ist, ob sich derartige Beträge fachlich und rechtlich als erforderliche FCS-Maßnahme rechtfertigen lassen, zumal davon auszugehen ist, dass mit zentral konzipierten Artenhilfsprogrammen für denselben Geldbetrag deutlich effizienter und bessere Wirkungen erzielt werden können. Entscheidet man sich also, die Artenschutzabgabe niedriger zu bemessen, so müsste sinnvollerweise auch vorgelagert die Zumutbarkeitsschwelle abgesenkt werden, denn ansonsten käme es formal (wenn auch ggf. nicht tatsächlich) zu einer finanziellen Begünstigung der WEA in der Ausnahme. Dies ist grundsätzlich rechtlich nicht verboten und tritt auch tatsächlich in den individuellen Einzelfällen von Ausnahmen außerhalb der Windenergie häufig so ein, würde jedoch bei einem als Regelfall entworfenen Konzept eine Verwerfung und Unschlüssigkeit darstellen, wenn auch rechtlich unbedenklich. Neben den obigen Darstellungen, die Ausführungsalternativenprüfung eher über die öffentliche Perspektive eines nicht zufriedenstellenden Stromertragsverlustes und nicht über die wirtschaftliche Einbuße des Anlagenbetreibers zu begründen, wäre also auch für die Bemessung der Artenschutzabgabe eher eine Regelung an Hand fachlicher Aspekte (z.B. der kartierten Artvorkommen) sachgerechter, um die dargestellte Unschlüssigkeit der Bewertung wirtschaftlicher Belastungen im Regulationssystem zu vermeiden.

Mit einer generalisierten Ausnahme durch Verordnung, die für alle WEA in planungsrechtlich ausgewiesenen Zonen in Bezug auf alle windenergiesensiblen Vogelarten gilt, wäre die Bemessung der Artenschutzabgabe grundsätzlich losgelöst von einer „wirtschaftlichen Zumutbarkeitsschwelle“, so dass der vg. Rückkopplungseffekt zwischen beiden nicht auftritt. Die Bemessung kann ausschließlich nach fachlichen Kriterien (z.B. an Hand des typischen Arteninventars des Landschaftsraums, in dem die WEA errichtet werden soll und nicht an Hand der zufälligen Momentaufnahme einer Kartierung) gestaffelt werden. Zudem kann das Gesamtaufkommen auf Basis des einerseits für die Artenhilfsprogramme erforderlichen Budgets und andererseits des Beitrags, der in Summe durch die Anlagenbetreiber geleistet werden soll (und sich durch die (teilweise) Gegenfinanzierung von entfallenden Kartierungen nur begrenzt in der EEG-Umlage bzw. dem Strompreis niederschlägt) gezielt und verlässlich gesteuert werden.

Derzeit werden 9 der 16 Arten der Artenliste des Eckpunktepapiers auf der Roten Liste geführt und wären somit von einer Ausnahmeerteilung ausgeschlossen. Der (schlechte) Erhaltungszustand an sich ist jedoch nicht die rechtlich maßgebliche Tatbestandsvoraussetzung für die Ausnahmeerteilung, sondern die Frage, ob sich der Erhaltungszustand der Art durch das Projekt verschlechtert. Daher wäre der Bestandstrend der zutreffendere Indikator für die Prognose der Entwicklung des Erhaltungszustandes. Dieser ist nur bei 2 der 9 auf der Roten Liste geführten Arten negativ. Bei den Arten mit gleichbleibendem Status oder aufsteigender Bestandentwicklung ist es nicht plausibel, dass sich durch den - quantitativ begrenzten - relativen Zubau weiterer WEA der nächsten drei Jahre zum bereits bestehenden, den Entwicklungstrend nicht negativ beeinflussenden Anlagenbestand eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes ergibt.



- Parallel werden regelmäßig Daten zur Bestandsentwicklung dieser Arten erhoben und den Genehmigungsbehörden zugänglich gemacht, auf deren Basis dann die Prognose zur Bestandsentwicklung (siehe oben) abgegeben werden kann. Nach Ablauf der Übergangsfrist soll diese Prognose dann einfach und zuverlässig nach europarechtlichen Standards auf Basis dieser validen Bestandsentwicklungsdaten erfolgen.
- Gleichzeitig werden wir gezielt den wissenschaftlichen Kenntnisstand zu den hier berührten Fragestellungen rund um den Themenbereich Windenergie und Artenschutz fördern.

Es ist weder effizient noch sinnvoll, wenn mehrere hundert Genehmigungsbehörden denselben Datensatz auswerten und eine eigene Bewertung der Entwicklung des bundesweiten Erhaltungszustandes vornehmen. Die abzusehende Heterogenität der Bewertung desselben Sachverhalts durch verschiedene Behörden macht die Bewertung weder fachlich besser noch rechtssicherer. Die Feststellung des Erhaltungszustandes und seiner Entwicklung sollte daher weiterhin durch BMWK/BMUV ggf. unter Zuarbeit von LANA und ihren Fachbehörden erfolgen. Wenn es rechtlich als zulässig angesehen wird, dass der Gesetzgeber (bzw. die Ministerien als oberste Naturschutzbehörden) die Listen windenergiesensibler Arten verbindlich vorgeben, was eine generalisierende Bewertung des artspezifischen Verhaltens und des Grundrisikos sowie die Feststellung eines nicht signifikant erhöhten Risikos bzw. eines „robusten Erhaltungszustandes“ der ausgeschlossenen Arten bedeutet (siehe hierzu oben), dann ist nicht ersichtlich, dass für die windenergiesensiblen Arten nicht die Feststellung des Erhaltungszustandes und seiner weiteren Entwicklung ebenfalls durch BMWK/BMUV getroffen werden darf, auf die sich dann die Genehmigungsbehörden bei der Ausnahmeerteilung beziehen können (vgl. auch Leitfaden SH). Nur mit einer bundesweit einheitlichen Bewertung des Erhaltungszustandes kann der beabsichtigte bundesweit einheitliche Vollzug sichergestellt werden.

„BMWK und BMUV stellen auf Basis der Berichte der Ländern zur Artenhilfsprogrammen und Bestandsentwicklung sowie weiterer Daten aus der allgemeinen Bestandsüberwachung der Naturschutzbehörden und des allgemeinen wissenschaftlichen Erkenntnisstandes jährlich wiederkehrend fest, ob für die in der Anlage genannten Vogelarten eine Nicht-Verschlechterung der Erhaltungszustandes durch den Windenergieausbau sichergestellt ist.“

Dies ist nicht nur in Bezug auf das Tötungsverbot, sondern auch in Bezug auf das Störungsverbot indiziert, da mit den zahlreichen Kartierungsdatensätzen, die die Bestandsentwicklung postuliert störungsempfindlicher Arten in bestehenden Windparks über mittlerweile zwei Jahrzehnte dokumentieren, eine fachlich fundierte Evaluierung der bisherigen Bewertung möglich ist. Ebenso sollte das Erfordernis und die Parameter der worst-case-Fledermausabschaltung unter Berücksichtigung des Anlagenwachstums und auf Basis der zahlreichen vorliegenden Gondelmonitorings regelmäßig überprüft werden.

### 3. Nachträgliche Anordnungen und Nisthilfen

Wir wollen klarstellen, dass nachträgliche Anordnungen nur in Ausnahmefällen und nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für den Anlagenbetreiber möglich sind.

Nisthilfen für windenergiesensible Vogel- und Fledermausarten sind im definierten Nahbereich um bestehende Windenergieanlagen und auf für Windenergie in Raumordnungs- oder Bauleitplänen ausgewiesenen Flächen unzulässig.

Zunächst wäre eine grundlegende Klarstellung, ob die nachträgliche Ansiedelung überhaupt dem Verantwortungsbereich des Anlagenbetreibers zuzuordnen ist, wichtig und besser, da diese Frage in der Verwaltungspraxis oftmals übersprungen wird und somit rechtlich ungeklärt ist (siehe Windenergie-Handbuch S. 320 m.w.N.). Da diese Frage in gleicher Weise alle Vorhabenstypen betrifft, ist sie allgemein und nicht beschränkt auf WEA zu regeln. Hinsichtlich der nur bei Bejahung der Verantwortung überhaupt zu stellenden Frage, ob eine Verbotshandlung vorliegt, kann nur die gleiche Signifikanzbewertung maßgeblich sein, wie im Genehmigungsverfahren, da es sich um die Auslegung desselben gesetzlichen Verbotstatbestandes handelt. Dies sollte bei der gesetzlichen Definition der Signifikanzbewertung und insbesondere hinsichtlich des Tabubereichs bedacht werden. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Zumutbarkeit bzw. der Leistung einer Artenschutzabgabe im Falle der Erteilung einer Ausnahme für das nachträglich angesiedelte Individuum muss berücksichtigt werden, dass diese Kosten (anders als wenn diese bereits bei Genehmigungserteilung feststehen) nicht mehr in den Gebotswert eingepreist werden können.

„Eine nach Errichtungsbeginn erfolgende Ansiedelung von Arten im Gefahrenbereich von Anlagen und Vorhaben ist nicht dem Verantwortungsbereich des Anlagenbetreibers zuzuordnen und kann daher keine Verbotshandlung nach § 44 Abs. 1 begründen.“

Die reine Feststellung der Unzulässigkeit beseitigt nicht das Problem einer dennoch errichteten Nisthilfe. Zudem reicht die Unzulässigkeit nur im Nahbereich nicht aus, da laut dem Eckpunktepapier auch im zentralen und erweiterten Prüfbereich die Regelvermutung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos gilt und somit Vermeidungsmaßnahmen und/oder Ausnahmen erforderlich sind (zu dieser Verstärkung siehe oben, auch diese Rückwirkung sollte insbesondere bei der Definition und der Signifikanzbewertung des (erweiterten) Prüfbereichs bedacht werden). Hier muss eine klare Rechtsgrundlage für eine Beseitigungsanordnung oder Eigenvorname der Behörde bei nicht identifizierbarer Person, die die Nisthilfe errichtet hat, geschaffen werden, da bisher im allgemein davon ausgegangen wird, dass die Beseitigung der Nisthilfe einen Verstoß gegen das Zerstörungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 darstellt.

„Die zuständige Behörde hat die Beseitigung von Nisthilfen für in der Anlage gelistete Vogelarten, die sich innerhalb des (zentralen / erweiterten) Prüfradius befinden, anzuordnen bzw. die Beseitigung selbst vorzunehmen, sofern keine verantwortliche Person identifiziert werden kann. Die Beseitigung stellt keinen Verstoß gegen das Verbot des § 44 Abs. 1 N. 3 dar, wenn die Beseitigung außerhalb der Brutzeit bzw. bei Nicht-Besetzung der Nisthilfe stattfindet.“

#### 4. Repowering

Die Regelungen des § 16b BImSchG zur artenschutzrechtlichen Prüfung werden in das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) überführt. Dabei werden folgende Präzisierungen vorgenommen:

- Es wird gesetzlich klargestellt, dass und wie die Berücksichtigung der Vorbelastung zu erfolgen hat. Die gesetzliche Regelung wird durch einen Leitfaden des Bundes oder der Länder ergänzt.
- Standortalternativen sind in der Regel nicht zumutbar, auch außerhalb von für die Windenergie ausgewiesenen Gebieten. Ausnahmen gelten bei Anlagen in artenschutzrechtlich hochsensiblen Gebieten (insbesondere Dichtezentren). Damit wird die Alternativenprüfung erheblich erleichtert.

§ 16b BImSchG sollte komplett aufgehoben werden und die wenigen in ihm enthaltenen relevanten Regelungen an die rechtssystematisch richtigen Stellen eingeordnet werden:

- § 16b Abs. 1 ist i.V.m. Abs. 5 obsolet, beide Absätze können also ersatzlos entfallen
- § 16b Abs. 3 ist bereits durch die Sonderfallprüfung der Ziffer 3.2.2 der TA Lärm abgedeckt, welche nicht an die einschränkende Definition des § 16b Abs. 2 gebunden ist und über Abs. 3 hinausgehende Möglichkeiten zur Genehmigung von Repowering in lärmvorbelasteten Gebieten bietet
- § 16 Abs. 4 wird durch eine Regelung im BNatSchG ersetzt
- § 16 Abs. 6 kann entfallen, da sein Beschleunigungseffekt gering ist; ist ein Entfallen des Erörterungstermin für Repoweringprojekte gewünscht so muss dies zur Vermeidung eines absoluten Verfahrensfehlers nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG als zwingende Regelung in § 16 Abs. 1 der 9. BImSchV integriert werden
- § 16 Abs. 7 Satz 1 ist fehlerhaft und daher ersatzlos zu streichen, Satz 2 ist obsolet, die Sätze 3 und 4 sind (wenn gewollt) generell für alle Genehmigungsverfahren klarstellend in § 19 BImSchG und/oder § 21a der 9. BImSchV zu integrieren

Auf diese Weise ist die unpraktikable und rechtsunsichere räumlich-zeitliche Definition des Repowerings in Abs. 2 entbehrlich.

Der Begriff „Berücksichtigung als Vorbelastung“ ist auf Grund der üblichen Verwendung im Umweltrecht (Vorbelastung = bestehende bzw. bestehen bleibende Anlagen, deren Auswirkungen mit denen der betrachteten Anlagen zusammenwirken) in diesem Zusammenhang irreführend und missverständlich und sollte daher nicht verwendet werden. Eine Betrachtung der abzubauenen Bestandsanlagen als erhöhtes Grundrisiko widerspricht der Signifikanzrechtsprechung des BVerwG, eine Analogie zur Verbesserungsgenehmigung des Immissionsschutzrechts ist europarechtlich kritisch. Als beste Lösung erscheint die Betrachtung des Rückbaus der Bestandsanlagen als Vermeidungsmaßnahme (vgl. auch die Gesetzesbegründung zu § 16b BImSchG, dass die bestehende Gefährdung wegfällt), was auch eine räumlich-zeitliche Repoweringdefinition wie in § 16b Abs. 2 BImSchG entbehrlich macht und diese durch das artenschutzfachlich zutreffende Kriterium, dass der Rückbau das Tötungsrisiko für die betroffenen Individuen senken muss, ersetzt (siehe zu allen drei Regelungsansätzen Windenergie-Handbuch S. 247-249). Der Rückbau von WEA kann dann systematisch passend in den angekündigten Maßnahmenkatalog eingefügt werden. Weitere Regelungen oder Leitfäden von Bund und Ländern sind dann nicht erforderlich.

Wichtig wäre zudem die Klarstellung, dass artenschutzrechtliche Maßnahmen der Alt-WEA mit Aufgabe der Alt-WEA auch im Falle eines Repowerings nicht aufrecht erhalten werden müssen. Auf Grund des nach vielen Jahren bzw. Jahrzehnten der Betriebszeit der Alt-WEA veränderten Arteninventars sowie räumlich-zeitlicher Verlagerung von Brutplätzen sind die Maßnahmen oftmals nicht mehr erforderlich oder ggf. sogar artenschutzfachlich kontraproduktiv, wenn Lenkungsmaßnahmen in Bezug auf räumlich veränderte Brutplätze oder weitere errichtete WEA falsch verortet sind. Sofern die Maßnahme sich weiterhin auch als Vermeidungsmaßnahme für die neuen WEA eignet, kann sie hierauf übertragen werden, so dass keine weiteren Maßnahmen erforderlich sind.

Mit dem angestrebten vereinfachten artenschutzrechtlichen Ausnahmeregime soll der Windenergieausbau in dem erforderlichen Maß sichergestellt werden, was durch die Ausweisung qualitativ ausgewählter Flächen im quantitativ erforderlichen Maß umgesetzt wird. Ein unbegrenzter Windenergieausbau soll hingegen nicht artenschutzrechtlich privilegiert werden, so dass die Alternativlosigkeit nur für entsprechend ausgewiesenen Flächen gilt. Die angestrebte Systematik einer planungsrechtlichen Steuerung auf artenschutzfachlich und hinsichtlich anderer Aspekte möglichst konfliktarmer Flächen im quantitativen Umfang von definierten Flächenzielen würde durch eine pauschale Zulässigkeit des Repowerings auch außerhalb von Flächenausweisungen, die die vgl. („neuen“) Anforderungen erfüllen, konterkariert. Unabhängig davon ginge die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme für Standorte außerhalb von Zonen mit rechtswirksamer Ausschlusswirkung sowieso ins Leere, da die Genehmigung dann bereits aus planungsrechtlichen Gründen nicht erteilt werden kann.

Für das Repowering sollten also dieselben Maßgaben für die Standortalternativenprüfung und die Zumutbarkeitsschwelle gelten, wie bei Neugenehmigungen. Die für Neugenehmigungen im Eckpunktepapier vorgesehenen Erleichterungen reichen ohne Weiteres auch für eine sachgerechte Behandlung von Repoweringvorhaben aus. Da auch bei Neugenehmigungen in Gebieten ohne Flächenausweisung oder mit Flächenausweisung unterhalb des Flächenziels nur die Kriterien des Freihaltens artenschutzfachlich wertvoller Gebiete für die Standortalternativenprüfung praktikabel sind (siehe Vorschlag oben), kann die Standortalternativenprüfung im Rahmen des Repowerings mit derjenigen der Neugenehmigungen gleichgezogen werden bzw. eine Spezialregelung entfallen, was auch in dieser Hinsicht die problematische räumlich-zeitliche Definition eines „Repowerings“ entbehrlich macht.

## 5. Landschaftsschutzgebiete

- Landschaftsschutzgebiete sollen bei der Planung vollumfänglich betrachtet und Gebiete für Windenergie dort verstärkt ausgewiesen werden.
- Innerhalb von Landschaftsschutzgebieten sollen künftig Windenergieanlagen bereits zugelassen werden können, wenn dies planerisch vorgesehen ist. Eine zusätzliche Ausnahme nach der Landschaftsschutzgebietsverordnung oder Befreiung nach § 67 BNatSchG ist dann nicht mehr erforderlich.
- Bis zur Erreichung der Flächenziele sind Windenergieanlagen innerhalb von Landschaftsschutzgebieten auch außerhalb von für die Windenergie ausgewiesenen Gebieten zulässig.
- Dies gilt nicht, soweit Landschaftsschutzgebiete zugleich Natura-2000-Gebiete oder Weltkultur- und Weltnaturerbf lächen sind.

Hierbei sollte bedacht werden, dass es eines Primats der Regional- und Bauleitplanung gegenüber den Landschaftsschutzgebieten bei der Ausweisung von Flächen für die Windenergie bedarf, damit überhaupt eine Flächenausweisung in Landschaftsschutzgebieten möglich ist und die vorgesehene Regelung für die Genehmigungsebene greifen kann. Derzeit geht ein Teil der Rechtsprechung und der FNP-Genehmigungsbehörden nach § 6 BauGB von einer nicht ausreichenden Konfliktbewältigung und damit der Rechtswidrigkeit des Plans aus, wenn die Gemeinde trotz einer negativen Stellungnahme der Naturschutzbehörde eine Fläche ausweist. Im Zuge des angekündigten neuen Planungsregimes muss daher eine entsprechende Kollisionsklausel verankert werden.



„Soweit dies zur Erreichung der Flächenzielvorgaben, auch in Abwägung mit anderen, gegenüber der Windenergie schützenswerten öffentlichen Interessen erforderlich ist, kann der Träger der Bauleitplanung auch Flächen, die dem Landschaftsschutz unterliegen, als Konzentrationszone ausweisen. Dabei sind die Stellungnahmen der nach Landesrecht für die Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten sowie für die Erteilung von Befreiungen nach § 67 Abs. 1 BNatSchG zuständigen Stellen zu berücksichtigen; eine Einvernehmenspflicht besteht nicht. Mit Inkrafttreten der Bauleitplanung treten auf den ausgewiesenen Flächen Regelungen der Landschaftsschutzgebietsausweisung insoweit außer Kraft, als sie der Windenergienutzung entgegenstehen.“

Auf Grund der sehr stark divergierende Ausweisungspraxis von Landschaftsschutzgebieten sollte überlegt werden, diese Regelung auf Regionen mit einem hohen Flächenanteil von Landschaftsschutzgebieten zu beschränken, da in Regionen, in denen zurückhaltend mit der Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten umgegangen wird (z.B. SH, Nds, Hessen), davon auszugehen ist, dass hier nur Flächen mit tatsächlich höherem Wert für Natur und Landschaft ausgewiesen wurden, für die ein Schutz sachgerecht und angemessen ist und umgekehrt davon auszugehen ist, dass die Flächenziele auch ohne die Inanspruchnahme von Landschaftsschutzgebieten erreicht werden können. Ebenso sollte diese Regelung auf ländliche Gemeinden / Kleinstädte begrenzt werden, da in Großstädten die (flächenmäßig ebenfalls geringen) Landschaftsschutzgebiete zumeist die wenigen städtischen Grün- und Erholungsflächen umfassen - und Großstädte mit oder ohne Inanspruchnahme der Landschaftsschutzgebiete nie einen nennenswerten Beitrag zum Windenergieausbau erbringen können und nie das Steuerungsziel von 2% der Flächen erreichen werden. Auf Grund des unterschiedlichen Flächenpotenzials in städtischen und ländlichen Gemeinden ist es daher für die Wirksamkeit der Regelung und dem Erreichen des Flächenziels insgesamt wichtig, die Bezugsebene für das Erreichen des 2% Ziels zu definieren, wo sich für die hier vorgesehene Regelung zu Landschaftsschutzgebieten ein Bezug auf die Landesebene anbietet. Auch hier sollte auf bau- und regionalplanerische Ausweisungen jeglicher Art Bezug genommen werden. Außerdem muss aus der Regelung klar hervorgehen, wie WEA in Landschaftsschutzgebieten zu beurteilen sind, wenn das Flächenziel erfüllt ist: Nach der regulären Beurteilung des § 67 Abs. 1 BNatSchG, also zweier grundsätzlich gleichrangiger Belange, für die im Einzelfall zu entscheiden ist, welcher überwiegt, oder aber ob dann die Errichtung von WEA in Landschaftsschutzgebieten ausgeschlossen sein soll.